الوسيط في المذهب

تصنيف

الشيخ الإمام حجة الإسلام

محمد بن محمد بن محمد الغزالي

المتوفى ٥٠٥ هـ

وبهامشه

التنقيح في شرح الوسيط للإمام محيي الدين بن شرف النووي

شرح مشكل الوسيط للإمام أبي عمرو عثمان بن الصلاح

شرح مشكلات الوسيط للإمام موفق الدين حمزة بن يوسف الحموي

تعليقة موجزة على الوسيط للإمام ابراهيم بن عبد الله بن أبي الدم

وكلها تنشر لأول مرة

حققه وعلق عليه

أحمد محمود ابراهيم

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

فهرس محتويات المجلد الأول

تم المجلد الأول بحمد الله وتوفيقه

ويليه المجلدُ الثاني ، ويشمل أبواب الصلاة

فهرس محتويات المجلد الثاني

فهرس محتويات المجلد الثالث

فهرس محتويات المجلد الرابع

الموضوع — الصفحة

فهرس محتويات المجلد الخامس

فهرس محتويات المجلد السادس

فهرس محتويات المجلد السابع

* * *



بين يدي هذا العمل

ليس ثمة شك في أن تراثنا الفقهي تراث ضخم عظيم ، وما طُبِعَ منه يدل - في جانبه الأكبر - على براعةِ عقليةِ فقهائِنا ، ودقة تحليلهم للنصوص الشرعية ، وعمق نظرتهم لمشكلات الحياة ، واضطلاعهم بتقديم الحلول الشرعية المناسبة لكل منها . ولا يزال هذا التراث بحاجة إلى مزيد من الجهود الجادة لاستخراج بَقِيَّة من دُرَرِه المخطوطة التي لا زالت حبيسة مكتبات العالم .

وإذا كان التراث الفقهي يستمد أهميته من موضوعه نفسه ، فإن بعض هذا التراث يتميز بخصائص معينة تزيد من هذه الأهمية .. فبعض كتب الفقه في تراثنا تعد علامة بارزة في تاريخ التصنيف الفقهي ؛ إما لأنها حلقة وسيطة في تاريخ التصنيف ونقله بين ما قبلها وما بعدها من كتب الفقه ، وإما لروعة التصنيف وحسن الترتيب ودقة التحليل والتعليل ، أو لسلاسة العرض مع الاستيعاب ، أو لظهور التفكير الفقهي الواعي فيها الدَّالِّ على عبقرية صاحب الكتاب ، أو لغير ذلك من خصائص التميز .

ويعد كتاب « الوسيط في المذهب » لحجة الإسلام الغزالي - بحق - أحد أبرز الكتب الفقهية التي امتازت بكثير من الخصائص آنفة الذِّكْر ، على ما سيظهر بعد قليل خلال عرض الكتاب ومنهج تأليفه .. ولعل هذا هو الذي حدا بأستاذنا الدكتور محمد أحمد سراج - أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية حقوق الإسكندرية - أن يشرع في تحقيق هذا الكتاب في أوائل الثمانينيات ، ثم فَتَرَ عزمُه لما رأى الأخ الدكتور على محيي الدين علي القرة داغي قد حقق عُشْرَ الكتاب - وهو ما يمثل كتابَيْ الطهارة والصلاة - ونشره ، وأشار في مقدمة كتابه إلى عزمه على استكمال هذا المشروع .

ومضى العام تِلْوَ العام ، حتى قاربت سنوات عشر على الانقضاء ولم يظهر من الكتاب شيء جديد ، فأشار أستاذنا الدكتور محمد سراج على الأخ الزميل محمد محمد تامر -

المعيد بقسم الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم - بأن يقوم بتحقيق كتاب « الوسيط » لنيل درجة الماجستير . ولما كان العمل كبيراً أشار عليه بأن يسجل رسالته في النصف الثاني من الكتاب الذي يمثل رُبْعَي النكاح والجنايات .

ولكي يخرج العمل كاملا إلى النور اقترحت على أستاذنا الدكتور محمد سراج وعلى الأخ الزميل محمد تامر أن أقوم بتحقيق النصف الأول من هذا الكتاب ، الذي يمثل رُبْعَيْ العبادات والمعاملات ، على أن يلتزم كُلٌّ مِنَّا المنهج نفسه في التحقيق ، فوافقا على ذلك . ثم كَلَّلَ الله مسعانا بالنجاح حيث تقدمتُ بفكرة هذا المشروع للأستاذ الكريم عبد القادر البكار صاحب دار السلام للطباعة والنشر ، والذي تحمس للفكرة ، ووافق على تَبَنِّيها ، ودَعَم تحقيق الكتاب ماديا ومعنويا حتى تَمَّ - والحمد لله رب العالمين - على مدى أربع سنوات من العمل ، من أوائل عام ١٩٩٣ م إلى أواخر عام ١٩٩٦ م .

والحق أنه يجب أن نشير - في هذا السياق - إلى أننا أردنا أن نتميز بمنهجنا في تحقيق هذا العمل عن جهود أخرى بذلت لتحقيق بعضه ، حتى لا تكون الأعمال مجرد تكرار للجهود ، وأيضا حتى نكون قدمنا جديداً نخدم به هذا العلم ، ولذلك التزمنا من البداية إضافة كتب ثلاثة - لها أهمية كبرى - في حواشي هذا العمل ، وهذه الكتب هي : (شرح مشكل الوسيط) للإمام أبي عمرو بن الصلاح ، و (شرح مشكلات الوسيط) للإمام موفق الدين بن يوسف الحموي ، و (إيضاح الأغاليط الموجودة بالوسيط) لابن أبي الدم ، وكلها تتناول (الوسيط) بالبحث والدرس ولما ثار حول نصه من تساؤلات ولما أثار من استشكالات فقهية وحديثية وأصولية ، بل ولغوية ، فهي تعد بحق تحقيقا بارعاً لنص الوسيط بأقلام بعض أئمة الفقه الشافعي .

وأثناء العمل ظهر لي كتاب شيخ المذهب الشافعي ومحرره الإمام النووي المسمى (التنقيح في شرح الوسيط) ، وكنت قد قرأت في أكثر من مصور إشارة إلى وجود جزء للنووي في شرح الوسيط ، فلما وجدت مصورته في معهد المخطوطات بالقاهرة عزمت على إضافته إلى الكتب الثلاثة السابقة ، وعلم الله كم أخذ إضافة هذه الكتب الأربعة

إلى العمل من جهد ، نسأل الله أن يحتسبه عنده وديعة في خزائن حفظه ، وبذلك يكون عملنا - بحمد الله تعالى - متميزاً عن عمل غيرنا ، نافعاً لطلاب العلم وأهله .

ولا نكون مبالغين إذا قلنا : إن عَمَلَنا هذا تميز - أيضا - بالدراسة الفقهية المقارنة لآراء المذاهب المختلفة ، حيث التزمنا ذكر آراء المذاهب الأربعة في حواشي الكتاب كلما احتاج النص إلى ذلك ، إضافة إلى العناية اللائقة بتخريج حديث رسول الله ﷺ ، وغريب اللغة وغير ذلك من متطلبات التحقيق العلمي .

وأخيراً لا ننسى شكر الإخوة الفضلاء الذين عاونوا في بعض أعمال التخريج ومقابلة النسخ وتصحيح تجارب الطبع ، فتقبل الله جهدهم .

والله نسأل أن يتم علينا النعمة بأن يتقبل هذا العمل ، ويدخره لنا في ميزان حسناتنا ، وأن ينفع به المسلمين ، إنه نعم المولى ونعم النصير .

المحقق
أحمد محمود إبراهيم

القاهرة في ٢٩ ربيع الأول سنة ١٤١٧هـ .
١٤ أغسطس سنة ١٩٩٦ م .

مقدمة التحقيق

أهمية كتاب « الوسيط » بين المصنفات الفقهية

يعد كتاب « الوسيط » أحد أهم الكتب الفقهية في الفقه الشافعي بخاصة ، وفي الفقة الإسلامي بعامة . وترجع هذه الأهمية إلى عِدَّة أسباب ، بعضها ينسب إلى مُؤَلِّفه وعبقريته وطبيعة تكوينه العلمى ، وبعض آخر يتعلق بأصل الكتاب والمصادر التي أخذ عنها واستفاد منها ، وبعض ثالث يظهر في أثره في المصنفات الفقهية من بعده ، وبعض أخير يبدو من منهج تأليفه وطريقة تصنيفه .

وإذا تتبعنا مثل هذه الأسباب مع كتابنا هذا « الوسيط في المذهب » فيمكننا أن نقول :

(أ) بالنسبة لمُؤَلِّفه وعبقريته وتكوينه العلمي : فهو - بلا شك - أحد أكبر العقليات التي مرت في تاريخنا الإسلامي بخاصة ، وفي تاريخ الإنسانية بعامة ، وقد وهبه الله من الملكات الذهنية والنفسية التي انعكست على إنتاجه العلمي كله . وإذا كانت الأداة الأساسية للفقه هي العقل ، فإن الله قد حَبَا الغزالي عقلا كبيراً واعياً .

وهذا الذي حَدَا بابن كثير إلى أن يقول عنه - يعني الغزالي - : « برع في علوم كثيرة ، وله مصنفات في فنون متعددة ، فكان من أذكياء العالم في كل ما يتكلم فيه ، وساد في شبيبته حتى أنه دَرَّس بالنظامية ببغداد وله أربع وثلاثون سنة ، فحضر عنده رؤوس العلماء ، وكان ممن حضره أبو الخطاب وابن عقيل ، وهما من رؤوس الحنابلة ، فتعجبوا من فصاحته واطلاعه . قال ابن الجوزي : وكتبوا كلامه في مصنفاتهم » [(١)] .

وبالإضافة إلى العقلية الكبيرة التي وُهِبَها الغزالي ، فإنه تَكَوَّن تكويناً أصوليا وفقهيا عميقاً ، فقد تتلمذ على يد مجموعة من جِلَّةَ فقهاء عصره بطوس ، وجرجان ، ونيسابور ، وكان من أبرزهم إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف أبو المعالي الجويني حيث لازمه الغزالي وجَدَّ عنده ، وأخذ عنه العلوم ولا سيما الفقه والأصول ، وظهر على أقرانه حتى قال عنه شيخه هذا : « الغزالي بحر مغدق » [(٢)] . واستمر معه

---

(١) البداية والنهاية : (١٢ / ١٧٣ - ١٧٤) .
(٢) راجع : السبكي : طبقات الشافعية الكبرى (٦ / ١٩٢ - ٢١٦) .

حتى مات إمام الحرمين سنة (٤٧٨ هـ) [١] .

وظهر أثر هذه العقلية الفقهية ، وذلك التكوين الأصولي بوضوح في كتاب الوسيط ، ظهر في براعة التصنيف ودقة التعليل وحسن السبر والتقسيم .

ولو أضفنا إلى ذلك تمرس الإمام الغزالي بالتدريس لفترة طويلة ؛ لظهر لنا أثر الخبرة التدريسية - أيضا - في صياغة الغزالي لهذا المصنف ، الذي راعى فيه سهولة العبارة ، مع الاهتمام بالتعريفات والحدود ، وتفريع الأحكام على الأصول والقواعد الكلية ، لتقديم مادة خصبة لتدريب طلابه على التفكير الفقهي المنضبط .

(ب) **وأما بالنسبة لأصل الكتاب** : فإنه إن نظرنا إليه ، وإلى المصادر التي استقى منها ، فسوف نلمس قيمته العلمية العظيمة .. فإنه يعد - بحق - الحلقة الوسطى في تطوير التصنيف في المذهب الشافعي ، وذلك إذا قررنا أن كتب الشافعية عبارة عن أربع حلقات متصلة ، أُولَاها : كتب الإمام الشافعي نفسه وأصحابه كالمزني والبويطي ، والثانية : كتب إمام الحرمين أبي المعالي الجويني وتلميذه الغزالي ، والثالثة : كتب الشيخين الرافعي والنووي ، والرابعة : كتب أصحاب الشروح والحواشي المتأخرين [٢] .

قال السقاف : « اعلم أن كتب الإمام الشافعي - رحمه الله تعالى - التي صنفها في الفقه أربعة : الأم ، والإملاء ، ومختصر البويطي ومختصر المزني ، فاختصر الأربعة إمام الحرمين في كتابه النهاية [٣] .... [وقيل :] النهاية شرح لمختصر المزني ..... اختصر

(١) راجع : السابق (٥ / ١٦٥ - ٢٢٢) .

(٢) راجع : السيد علوي بن أحمد السقاف : الفوائد المكية (٣٥ - ٣٦) ، ضمن مجموعة رسائل طبعت تحت عنوان : « مجموعة سبعة كتب مفيدة » .

(٣) يقصد : (نهاية المطلب في دراية المذهب) وهو كتاب عظيم ، قال عنه ابن خلكان : « ما صنف في الإسلام مثله ... » تاريخ ابن خلكان (٣ / ٣٥٤) ، وتوجد منه أجزاء في دار الكتب المصرية برقم ٢١٢٠٩ ب فقه شافعي ، وفي معهد المخطوطات مصورة منه برقم ٣١٥ ، وفي مكتبة الإسكندرية برقم ٤٤ فقه شافعي ، وفي دمياط عمومية ٤٨ ، وراجع : د . عبد الرحمن بدوي : مؤلفات الغزالي (١٧) .

الغزالي (النهاية) إلى (البسيط) ثم اختصر البسيط إلى (الوسيط) ، وهو إلى (الوجيز) ، ثم اختصر الوجيز إلى (الخلاصة) »[1] .

ولذا فإنه لا خلاف بين من ترجموا للإمام الغزالي على أنه قام بجهد كبير في تهذيب المذهب الشافعي بكتبه الأربعة هذه « البسيط والوسيط والوجيز والخلاصة » . وقد سجل أحدهم هذا المعنى على النسخة الأصل لكتاب الوسيط في بيتين هما :

هَـذَّبَ المَذْهَـبَ حَبْـرٌ أَحْسَـنَ اللـهُ خَلَاصَـه

ببسيـطٍ ووسيـطٍ ووجيـزٍ وخُلَاصَـه

وعلى هذا فالوسيط خلاصة من البسيط الذي هو خلاصة من نهاية المطلب ، وهو بدوره خلاصة لكتب المذهب التي سبقته . فإذا أضفنا إلى ذلك قولة ابن العماد : إن الغزالي « زاد فيه [أي في الوسيط] أموراً من (الإبانة) للفوراني ، ومنها أخذ هذا الترتيب الحسن الواقع في كتبه ، وتعليق القاضي حسين ، والمهذب ، واستمداده منه كثير »[2] ؛ عرفنا القيمة العلمية الحقيقية للوسيط ، حيث يعد بذلك خلاصة ما سجل من مسائل المذهب حتى عصره .

(جـ) وأما عن أثره فيما بعده من المصنفات : فيبدو هذا الأثر واضحًا في شدة اهتمام العلماء به شرحا وتعليقا واختصاراً وغير ذلك ، حتى قال النووي عنه وعن كتاب (المهذب) للشيرازي : « وهما كتابان عظيمان .... وفي هذين الكتابين دروس المدرسين وبحث المحصلين المحققين وحفظ الطلاب المعتنين فيما مضى وفي هذه الأعصار في جميع النواحي والأمصار .. »[3] .

وقال - أيضاً - في مقدمة شرحه المسمى بالتنقيح[4] : « وقد أكثر العلماء من

(١) الفوائد المكية (٣٥) . وقيل : إن الخلاصة تلخيص لمختصر المزني .

(٢) شذرات الذهب : (٤ / ١٢) ، ومؤلفات الغزالي (١٩) .

(٣) النووي : مقدمة المجموع (١ / ١٦) .

(٤) والذي ضَمَّنَّاه هذا العمل ، في حواشي المجلد بين الأول والثاني .

أصحابنا الشافعيين - رحمهم الله - في تصنيف الفروع من المبسوطات والمختصرات ، وأودعوا فيها من الأحكام والقواعد والنفائس الجليلة ما هو معلوم مشهور لأهل العنايات . ومن أحسنها جمعا وترتيباً ، وإيجازاً وتلخيصاً ، وضبطًا وتقعيداً ، وتأصيلاً وتمهيداً : (الوسيط) ، للإمام أبي حامد الغزالي - « رحمه اللّه » .

ويمكن الجزم بأنه لم يصنف كتاب في الفقه الشافعي من بعد « الوسيط » إلا تأثر به واستفاد منه ، لا سيما كتب الشيخين الرافعي والنووي ، وهما إماما المذهب والاعتماد فيه على قولهما . فإن الغزالي نفسه اختصر (الوسيط) إلى (الوجيز) ، وجاء الرافعي فشرح الوجيز شرحاً مطولا أسماه (فتح العزيز) ، واختصر النووي (فتح العزيز) في (روضة الطالبين) الذي وصفه بأنه : « إن تم هذا الكتاب فإن من حَصَّله أحاط بالمذهب وحصل له أكمل الوثوق به » [1] .

كما أن الرافعي اختصر (الوجيز) في كتاب أسماه (المحرر) ، فجاء النووي فاختصر (المحرر) في (المنهاج) والذي كثر الاعتماد عليه والشرح له والتحشية عليه عند المتأخرين [2] .

ولقد ألقى العلامة ابن عابدين الضوء على هذا الأثر للوسيط فيما جاء بعده من كتب الفقه عند الشافعية ، بقوله : « وله [يقصد الغزالي] في الفقه المؤلفات الجليلة ، ومذهب الشافعي الآن مداره على كتبه ، فإنه نقح المذهب ولخصه بالبسيط والوسيط والوجيز والخلاصة ، وكتب الشيخين [يعني : الرافعي والنووي] مأخوذة من كتبه » [3] .

(د) وأما منهج تأليفه وطريقة تصنيفه : فتزيد من قيمته العلمية بين كتب الفقه بعامة وكتب المذهب بخاصة ، ويمكن استخلاص المعالم الآتية الدالة على جودة منهجه وموضوعيته :

---

(١) الروضة (١ / ٥ - ٦) .

(٢) راجع تسلسل كتب الفقه الشافعي عند السقاف : الفوائد المكية (٣٥ - ٣٦)

(٣) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢ / ٣٣٤) .

أولا : قَسَّمَ الغزالي كتابه إلى أربعة أرباع [١] ، هي : العبادات ، والمعاملات ، والمناكحات ، والجنايات . وداخل هذه الأقسام الأربعة كتب وأبواب وفصول ، ظهر فيها حسن التقسيم والترتيب ، ومنطقية التبويب والتفريع . وكان هذا هدفا من أهداف الغزالي في تصنيفه ، فقد قال في مقدمة وسيطه : « ... وتكلفت فيه مزيد تأنق في تحسين الترتيب ، وزيادة تحذق في التنقيح والتهذيب .. » [٢] .

ثانيا : يمكن القول بأن الغزالي استوعب المذهب وفروعه استيعابا شبه كامل في هذا المصنف ، وليس هذا فحسب ، بل إنه صاغ أحكامه وأورد فروعه مبيناً علة كل حكم ومتتبعاً قاعدة كل فرع ، وهذا بدوره يسهم إسهاماً كبيراً في تكوين الملكة الفقهية لدى طلاب العلم .

ثالثا : أنه على الرغم من أن الغزالي التزم أصول المذهب الشافعي وفروعه في الكتاب إلا أن روح التعصب للمذهب لم يكن لها أثر مطلقا ، وهذا له أكثر من مظهر ، منها :

- أنه عني عناية تامة بذكر الأدلة من الكتاب والسنة [٣] والإجماع والقياس ، وغير ذلك من الأدلة .

- أنه لم يغفل النص على آراء الأئمة الآخرين ، كأبي حنيفة ومالك وداود وأحمد من أهل السنة - رحمهم الله جميعاً - ، بل وبعض المواضع أوضح فيها آراء الشيعة وغيرهم . وتراه يعرض في كثير من الأحيان آراءهم وأدلتهم دون تعقيب بتضعيف أو تجريح أو نحو ذلك ، وتراه - أيضا - إن عقب ببيان ضعف دليل أو رأي فإنه يعقب

---

(١) وهذه ظاهرة في مؤلفاته لعل وراءها سببا دعاه إلى ذلك ، فكتابه الإحياء أربعة أرباع ، وكتابه المستصفى أربعة أقطاب .

(٢) راجع خطبة الكتاب في بداية النص المحقق من هذا المجلد .

(٣) وإن كانت هناك بعض الملاحظات على عنايته بالسنة من الناحية الفنية ، أي في طريقة رواية الأحاديث وخلط الروايات والاستشهاد بروايات ضعيفة ، إلى غير ذلك مما أخذ عليه .

بطريقة رقيقة مؤدبة ، لا تكاد تشعر معها بأنه يناقش رأي خصم ، أو يضعف دليل صاحب مذهب مخالف [١] .

رابعا : جودة الصياغة ودقة اللغة مع اختصار العبارات والخلو من الحشوُ والإطالة . ولعل هذا - أيضا - من الغايات التي استهدفها هو نفسه عندما اختصر (الوسيط) من (البسيط) ، ونص على ذلك في مقدمة الكتاب .

كل هذه الأسباب أَعْلَتْ من شأن (الوسيط) ، وجعلت كثيرا من العلماء - كما ذكرنا آنفا - يهتمون به شرحا وتعليقا أو اختصارا وتقريبا أو تخريجا ونحوه . وجدير بنا أن يستعرض وفيما يلي طرفًا من هذه الجهود .

* * *

(١) ولعل هذا السلوك الحضاري للغزالي - أقصد عدم التعصب للمذهب والبعد عن اللدد في خصومة الرأي - هو الذي جعل الدكتور القرضاوي يقول - مقترحا - « وكم أود أن يبحث كل باحث عن فقهه غير المذهبي من خلال كتبه الأخرى ، وبخاصة (الإحياء) حيث تحرر في كثير من المسائل من تقليد المذهب ، وبحث عن الدليل ، ووازن بين الأقوال ، واختار ما يراه صحيحا ، أو أصح وأقوى » انظر : الإمام الغزالي بين مادحيه وناقديه ، ص ١٥ .

شروح الوسيط ومختصراته والتعليقات عليه

يمكن تصنيف الجهود التي بذلها العلماء نحو « الوسيط » إلى أنواع ثلاثة رئيسية ، الشروح ، والمختصرات ، والتعليقات . وفيما يلي التعريف بطرف من هذه الأعمال :

أولاً : شروحه :

أ - « المحيط في شرح الوسيط » وهذا الشرح لأحد تلامذته الغزالي ، واسمُه محيي الدين أبو سعيد محمد بن يحيى بن منصور النيسابوري ، المتوفي سنة (٥٤٨ هـ) ويبلغ هذا الشرح ستة عشر مجلداً [١] .

ب - « المطلب العالي في شرح وسيط الغزالي » وهو للعلامة أحمد بن محمد بن علي المعروف بابن الرِّفعة والمتوفى سنة (٧١٠هـ) . وهو شرح كبير ولكنْ لم يتمه ابنُ الرِّفعة فأتمه الحمويّ [٢] . وتوجد منه نسخة مخطوطة في دار الكتب المصرية ، ونسخة مصورة في معهد المخطوطات بالقاهرة مع « تتمة المطلب » للإمام الحموي .

جـ - « البحر المحيط في شرح الوسيط » للشيخ نجم الدين القَمُولي أحمد بن محمد ابن أبي الحزم والمتوفَّى سنة (٧٢٧ هـ) . وقد اختصر المؤلفُ هذا الشرحَ في كتاب سماه « جواهر البحر » وقد اختصر هذا المختصرَ الشيخُ سراجُ الدين اليمني في كتاب سماه « جواهر الجواهر » [٣] .

د - وقد ذكر صاحب « كشف الظنون » بعضاً ممن قاموا بشرح الوسيط بقوله : « وشرحه ظهير الدين جعفر بن يحيى الترمنتي المتوفَّى سنة (٦٨٢ هـ) ، ومحمد بن الحاكم ولم يكمله ، والشيخ عمر بن أحمد النسائي المتوفى سنة (٧١٦ هـ) ، ولم يكمله ، وأبو الفتوح أسعد بن محمود العجلي المتوفى سنة (٦٠٠ هـ) ، وعز الدين عمر

---

(١) طبقات الشافعية لابن السبكي (٧ / ٢٥ - ٢٨) ، كشف الظنون (٧٩٧/٢) .

(٢) طبقات الشافعية لابن السبكي (٩ / ٢٤ - ٢٧) ، كشف الظنون (٢ /٧٩٧) .

(٣) طبقات الشافعية (٣٠/٩) ، كشف الظنون (٧٩٧/٢) .

بن أحمد المدلجي المتوفى سنة (٧١٠ هـ) .

وشرحه أبو الفضل محمد بن محمد القروي وابن الأستاذ كمال الدين أحمد بن عبد اللّه الحلبي المتوفى سنة (٧٢١ هـ) في أربعة مجلدات ، ويحيى بن أبي الخير اليمني المتوفى سنة (٥٥٨ هـ) ، وشرح فرائضه شرف الدين إبراهيم بن إسحاق بن إبراهيم المناوي المتوفى سنة (٧٢٧ هـ) » (١) .

ثانيًا - مختصرات الوسيط :

أ - « الوجيز » : وهو اختصار للوسيط اختصره الغزاليّ نفسه . وهذا المختصر مطبوع في مجلد واحد من جزءين .

ب - « الغاية القصوى في دراية الفتوى » وهو من اختصار قاضي القضاة ناصر الدين عبد اللّه بن عمر البيضاوي المتوفَّى سنة (٦٨٥ هـ) . وهو مطبوع ومحقق ، حققه الأخ الفاضل الدكتور / على القرة داغى ، ونشر في مجلدين .

جـ - ومن اختصره أيضاً نور الدين إبراهيم بن هبة اللّه الإسنوي المتوفي سنة (٧٢١ هـ) (٢) .

د - واختصره أيضاً برهان الدين إبراهيم بن عبد الرحمن العميري (٣) .

هـ - واختصره كذلك بدر الدين محمد اليمني (٤) .

ثالثًا - التعليقات على الوسيط :

١ - « إيضاح الأغاليط الموجودة في الوسيط » من تأليف ابن أبي الدم المتوفى سنة (٦٤٢ هـ) .

---

(١) كشف الظنون (٧٩٨/٢) .

(٢) كشف الظنون (٧٩٨/٢) .

(٣) مؤلفات الغزالي ص (٢١) .

(٤) السابق : نفس الصفحة .

٢ - « شرح مشكل الوسيط » للإمام أبي عمرو عثمان بن الصلاح المتوفى سنة (٦٤٣ هـ) .

٣ - « شرح مشكلات الوسيط » تأليف موفق الدين حمزة بن يوسف الحموي والمتوفى سنة (٦٧٠ هـ) .

وقد وضعنا هذه الكتب الثلاثة في حواشي هذا العمل إضافة إلى كتاب النووي المسمى « التنقيح في شرح الوسيط » .

* * *

منهجنا في التحقيق

لقد سرنا في تحقيقنا لهذا الكتاب على خُطَّتين ، إحداهما لخدمة متن الكتاب ، وهو نص كتاب (الوسيط) نفسه وفق مناهج التحقيق التي قررها أئمة هذا الفن ، والأخرى لخدمة نصوص الكتب الأربعة التي أضفناها مع حواشي هذا الكتاب .

(أ) عملنا في تحقيق متن الكتاب :

أولاً : نسخنا المخطوط والتزمنا في ذلك ما تقتضيه قواعد الرسم الإملائي الحديث .

ثانيا : اتخذنا النسخة المشار إليها « بالأصل » أصلاً في الكتابة وذلك للصفات التي تميزت بها عن غيرها ، وقد أوضحناها عند وصف المخطوطات .. فلتراجع هناك . وقابلنا عليها النسختين الأُخرَيَيْنْ . وقد أثبتنا الفروق بين النسخ كاملة ، ربما فيما عدا صيغ الصلاة والسلام على النبي ﷺ ، أو الترضية والترحم على الصحابة والعلماء .

ثالثاً : اهتممنا بضبط النص ، ووضع علامات الترقيم الحديثة .

رابعاً : عَزَوْنا الآياتِ الواردةَ في الكتاب إلى سورها ونَصَصْنا على أرقامها داخل السورة .

خامسًا : خَرَّجْنا الأحاديث الواردة بالكتاب ، وقد اعتنينا بذلك قدر الطاقة والإمكان ، وسرنا في ذلك على الخطوات الآتية :

١ - إن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفينا بتخريجه من الكتب الستة .

٢ - إن لم يكن الحديث في أحد الصحيحين اجتهدنا في تخريجه من كتب الحديث الأخرى كالسنن الأربعة ، ومسند أحمد ، وموطأ مالك ، وسنن الدرامي ، وصحيح ابن حبان ، ومستدرك الحاكم ، وصحيح ابن خزيمة ، وسنن البيهقي الكبرى ، ومصنف ابن أبي شيبة ، ومصنف عبد الرزاق .. وغيرها .

٣ - عزونا كلَّ حديث إلى كتابه وبابه ورقم المجلد والصفحة في مصدره الأصيل .

سادساً : ترجمنا للأعلام الواردة بالنص إن احتاج الأمرُ إلى ذلك . وقد أفردنا بحثاً في ترجمة علماء الشافعية الذين ورد ذكرهم في كتاب الوسيط ، وجعلنا هذه التراجم من مباحث هذه المقدمة .

سابعاً : قمنا ببيان الألفاظ التي تحتاج إلى بيان قدر الإمكان كلما أمكن ، سواء أكان ذلك من المصطلحات الشرعية أو الألفاظ اللغوية .

ثامناً : قمنا بدراسة فقهية مقارِنة للمسائل التي أوردها الإمام الغزالي في « الوسيط » إذا نص فيها على مَنْ خالف المذهبَ الشافعي كأبي حنيفة أو مالك ، أي قمنا ببيانها في المذاهب الأربعة : الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي ، مُصَوّرين المسألَةَ كما هي عند كل مذهب ، وذلك بالرجوع إلى المصادر الأصيلة المعتمدة عند أصحاب كل مذهب ، حتى يمكنك أن تقول : إن هذا الكتاب أصبح كتابا في الفقه المقارن .

تاسعاً : الأقوال والوجوه والطرق التي ذكرها الغزالي في كتابه عن الإمام الشافعي ، أو الوجوه والطرق التي حكاها عن أئمة المذهب الشافعي ، له فيها موقفان :

(الأول) : أن يذكر القولين أو الوجهين أو الطريقين دون ترجيح ، فننظر ماذا رجح النوويّ والرافعيّ ، فما رجحاه واتفقا عليه نصصنا عليه لكونه المذهب ، وما اختلفا فيه لفتنا النظر إليه ، فما رجحه النوويّ مقدمٌ على ما رجحه الرافعي على ما تقرر عند علماء المذهب الشافعي .

(الثاني) : أن يرجح أحدَ القولين أو الوجهين أو الطريقين ، فننظر في ترجيح الرافعي والنووي أيضاً ، فإن وافقاه على ذلك الترجيح - أو وافقه النووي - اكتفينا بذلك ولم نَنُصَّ أو نُعَلّق على هذه المسألة ، أما إذا خالفاه أو خالفه النووي بيّنّا ذلك ، وبينا الراجح في المذهب .

(ب) عملنا في تحقيق الكتب الأربعة المضمنة بالحاشية :

الكتب الأربعة التي تخيرناها هي تعليقات ومناقشات لبعض القضايا التي جاءت بنص (الوسيط) ، ومن ثم لم يلتزم أصحابها التعليق على النص كله ، بل تأتي

التعليقات كلما عَنَّ للمعلق إشكال أو رأى أن النص بحاجة إلى توضيح أو شرح .

ومن ثم اضطررنا إلى تقطيع نص الكتب الأربعة والإشارة إليها بواسطة الترقيم المتسلسل الذي يحيل إلى الهوامش في كل صفحة ، حتى نجمع بذلك هَمَّ القارئ فيطالع كل المناقشات التي وردت في هذه الكتب والتي نعلق نحن بها على النص في موضع واحد ، وعلى هذا سرنا في الكتاب كله .

إلا أنه تجدر الإشارة إلى الملاحظات الآتية :

أولا : جاء الجزء الذي وجدناه من شرح الإمام النووي في حوالى (١٢٠ لوحة) كلها تعليق على كتابي الطهارة والصلاة فقط . وقد عثرت على هذه المخطوطة بعد شروعنا في العمل بفتره طويلة ومن ثَمَّ آثرنا أن نفصل تعليقة النووي بحاشية مستقلة بأسفل الصفحات ، مع احتفاظي بمقدمة كتابه هذا بنصها - لما لها من فائدة عظيمة - وصَدَّرْتُ بها نص (الوسيط) ، وقد أشرت بالنقط (...) في بعض المواضع التي فيها خرم أو فساد في صورة المخطوطة .

ثانيا : نلاحظ أن كتابي ابن الصلاح والحموي قد رَكَّزَا في التعليق على النصف الأول من الكتاب ، بل على ربع العبادات ، حتى استغرق - مثلا- ابن الصلاح في التعليق عليه قرابة مجلد وربع المجلد من مجموع مجلدين ، هو حجم تعليقته على(الوسيط)[١].

وقد التزمنا ذكر نص ابن الصلاح كاملا دون اختصار ، بينما اضطررنا إلى شيء من اختصار بالحذف اليسير - وعلى قلة - مع نص الحموي عند حدوث التكرار بينه وبين نص ابن الصلاح ، أو من أجل إقامة النص بما يفهم القارئ .

ثالثا : جاءت تعليقة ابن أبي الدم مختصرة جِدًّا ، فهي تقع في حوالى (٢٠ لوحة) فاتبعنا فيها ما اتبعناه في نص الحموي .

---

(١) راجع وصف مخطوطتي ابن الصلاح والحموي في المبحث الخاص بوصف المخطوطات من هذه المقدمة .

وأخيراً : قمنا بعمل الفهارس الموضوعية الخادمة للكتاب كله . ونحن على يقين من أن العمل البشَري لا يخلو من نقص ، ورحم اللّه امرءاً أهدى إلينا عيوبنا .

* * *

وصف النسخ المخطوطة المعتمدة في هذا العمل

عند وصف النُّسَخ الخطية المعتمدة في هذا العمل يجب أن نميز بين طائفتين منها : الأولى : نُسَخ المتن ، ونقصد بها نص كتاب الوسيط ، والثانية : نسخ الحواشي ونقصد بها مخطوطات كتب النووي وابن الصلاح والحموي وابن أبي الدم ..

لقد توافر لدينا – بحمد الله – عند تحقيق هذا الكتاب مجموعة كبيرة من أدق مخطوطاته وأكملها وأقدمها . والأثبات من المحققين يأخذون بعين الاعتبار منازل نُسَخِ الكتاب المخطوط وأقدارها ، ولهم في ذلك عدة ضوابط موضوعية ، فيقدمون – مثلا – « نسخة المؤلف التي كتبها بيده على سائر النُّسَخ ، ثم تليها النسخة التي أملاها على تلاميذه ، أو أجازها ، أو اطلع عليها ، ثم يأتي في مرتبة بعد ذلك النسخة المنقولة عن واحدة من تلك النُّسَخ ، أو تلك التي كتبها أحد العلماء ، أو قرئت عليه ، أو ثبت عليها خَطُّه بالقراءة أو التملك ، فإذا عدمنا ذلك كله كان المعيار هو قدم تاريخ النَّسْخ ، مع الاطمئنان إلى الصحة والسلامة » [1] .

(أ) الطائفة الأولى : مخطوطات « الوسيط »

ولقد قَسَّمْنا المخطوطات التي توافرت بين أيدينا من نسخ كتاب « الوسيط » إلى مجموعتين :

المجموعة الأولى :

وهي التي اعتمدنا عليها اعتمادا أساسيا ، لما لها من خصائص الكمال والدقة والقدم ، ولما عليها من سماعات ومقابلات بنسخ أخرى . وهي ثلاث نسخ ، ووصفها على النحو الآتي :

النسخة الأولى : وقد أشرنا إليها بكلمة (الأصل) ، وهي محفوظة بدار الكتب المصرية تحت رقم (٣١٢) فقه شافعي . وتعد أهم نسخ « الوسيط » التي توافرت لدينا

(١) انظر : الطناحي : مدخل إلى تاريخ نشر التراث العربي ، ص ٨ .

بعامة ، وأهم النسخ الثلاث بخاصة ، ولذا جعلناها أصلا وقابلنا عليها النسختين الأخريين ، وذلك لما يلي :

- أولا : هي أقدم النسخ الكاملة بين أيدينا ، إذ كتبت سنة (٦٤٥ هـ) .

- ثانيا : أنها قوبلت على الأصل ، حيث قال ناسخها في آخرها : « قوبل بالأصل ، وصحح بقدر الطاقة والإمكان ، والله المستعان وعليه التكلان » ، وقد أثبت الناسخ بعد المقابلة ما فاته من الأصل بالحواشي ، وكتب في آخر كل سَقْطٍ قولة : (صح) .

- ثالثا : أنها قوبلت على نسخ أخرى ، وأثبت الناسخ الفروق بالحواشي ، ورمز إليه بـ (خ) .

- رابعاً : أنها نسخة الإمام العلامة الفقيه الشافعي الشيخ تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي أحد أئمة الشافعية المشهورين ، صاحب كتاب « طبقات الشافعية الكبرى » ، وقد ثبت اسمه مع توقيعه بخطه - رحمه الله - على صحيفة العنوان .

تقع هذه النسخة في مجلد واحد كبير ، تبلغ لوحاته (٣١٨ لوحة) ، ومسطرتها حوالى (٣٣ سطراً) ، وكلمات كل سطر حوالى (٢٠ كلمة) . وقد كتبت بخط نسخي جميل ودقيق وواضح .

وقد كتِبَ على صحيفة العنوان اسم الكتاب واسم مؤلفه ، على ما أثبتناه فيما بعد عند بداية النص المحقق ، وتحته هذان البيتان :

هَـذَّب المُهَذَّبَ حَبْـرٌ أحسـن اللـه خَلَاصـه
بـبـسـيـط ووسـيـط ووجـيـز وخُـلَاصـه

ثم كُتِبَ تحتهما : « رؤي على ظهر كتاب إحياء علوم الدين للإمام الغزالي - رضي الله عنه - مكتوباً للقاضي عبد الملك بن أحمد بن محمد بن المعافى - رحمه الله - يمدح [1] الإمام [2] .... » ثم ساق ثمانية أبيات بين الرثاء والمدح تتراوح ، ثم ذكر لغير

---

(١) كتب فوق هذه الكلمة بين السطرين كلمة (يرثي) ، وكأن الكاتب أراد أن يستبدل بها كلمة (يمدح) ، لأنها أليق بالأبيات بعدها .

(٢) يقصد الإمام الغزالي ، رحمه الله .

المادح الأول البيتين الآتيين [1] :

من رام حل المشكلات وعقدها   في علم عبد الله بن إدريس
محمد بن محمد بن محمد بوسي   طـه أغنـاه في التـدريـس

وكتب - أيضا - أعلى يسار صفحة العنوان : « أوقف هذا الجزء الملك المؤيد بالجامع المؤيدي ، وشرط ألا يخرج منه » .

وقد أثبت الناسخ اسمه وتاريخ النسخ في آخرها بقوله : « تم الكتاب بحمد الله تعالى ومَنّه وحسن توفيقه ، وقد وقع الفراغ منه على يد الفقير إلى الله - تعالى - ، الراجي رحمة رَبّه ، المعترف بذنبه : إسحاق بن محمود بن ملكويه الشابرخوامني البروجردي في الخامس من ربيع الأول ، سنة خمس وأربعين وستمائة بالقاهرة المحروسة ، رحم الله من طالعه ، أو نظر فيه ، وترحم على كتابه ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وعترته وصحبه أجمعين وسلم تسليما كثيراً » .

النسخة الثانية : وقد أشرنا إليها بالرمز (أ) ، وهي محفوظة بدار الكتب المصرية تحت رقم (٣١٨) فقه شافعي . وهي نسخة كاملة على قدر كبير من الدقة ، وتقع في ثلاثة أجزاء ، ولأن كاتب الأجزاء كلها كاتب واحد فهي متشابهة من حيث الخط فهي مكتوبة بخط عادي واضح ، ومن حيث عدد الأسطر التي تبلغ (٢٣ سطرًا) في الصفحة ، وفي كل سطر حوالى (١٢ كلمة) . وتتقارب الأجزاء في عدد اللوحات .

أما الجزء الأول : فيقع في (٢٤٤ لوحة) ، وقد كتب على صحيفة العنوان :

« الجزء الأول من كتاب الوسيط في الفقه على مذهب الشافعي ، تصنيف الإمام العلامة شيخ الإسلام محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، نفع الله به » .

---

(١) انظر صورة لوحة العنوان مع صور لوحات المخطوطات في موضعه من هذه المقدمة .

وكتب - أيضا - على هذه اللوحة : « وقف هذا الكتاب الجنات العالي السعدي بشير على طلبة العلم الشريف ، لينتفعوا بذلك بوجوه الانتفاعات الشرعية ، وشرط النظر فيه لنفسه ولمن يوصي له ... وألا يخرج من مقره إلا لمن يوثق به ... ولا يقيم عنده أكثر من ثلاثة أشهر ، ثم يعيده إلى الخزانة ، فإن تجددت له حاجة استعاره » .

وعلى هذا الجزء تمليكات بغير خط الناسخ ، وهو يبدأ بأول الكتاب وينتهي بآخر كتاب الشركة ، فهو يشتمل - بذلك - على العبادات كاملة ونصف المعاملات تقريبًا . وفي آخره كتب الناسخ : « تم الثلث الأول من كتاب الوسيط للغزالي في ليلة صبيحتها مستهل ذي القعدة سنة ثمانين وستمائة ، يتلوه في الجزء الثاني كتاب الوكالة ، إن شاء الله » .

وأما الجزء الثاني : فيقع في (٢٢٥ لوحة) ، وكتب عنوان الكتاب على نحو ما كتب في الجزء الأول ، وكتبت تأشيرة الواقف نفسه على نحو قريب منها في الجزء الأول . وعلى هذا الجزء - أيضا - تمليكات بغير خط الناسخ ، وكتب في الصفحة المقابلة للعنوان :

هذا الكتاب لو يباع بوزنه ذَهَبًا لكان البائع مغبونا
أو ليس من الخسران أنك آخذ ذَهَبًا ومعط لؤلؤًا مكنونا

ويبدأ هذا الجزء بكتاب « الوكالة » وينتهي بكتاب « الإيلاء » ، أي يشتمل على بقية قسم المعاملات ، وجزء كبير من قسم النكاح .

وأما الجزء الثالث : فيقع في (٢٢٥ لوحة) ، وهو موقوف من واقف الجزئين السابقين ، ويبدأ بكتاب الظهار ، وينتهي بآخر الكتاب .

وكتب في آخره : « تم الثلث الثالث من الوسيط في الفقه للغزالي بحمد الله وعونه ، نَسَخَه لنفسه العبد الفقير إلى الله ... وكان الفراغ منه في الثالث والعشرين من شهر ربيع الأول سنة ثلاث وثمانين ، أحسن الله بقيتها في خير وعافية » .

النسخة الثالثة : وقد أشرنا إليها بالرمز (ب) ، وهي محفوظة بمكتبة طلعت بدار الكتب المصرية تحت رقم (٢٠٦) فقه شافعي طلعت . وهي نسخة كاملة ، وتقع في

أربعة أجزاء ، تتشابه فيها الأجزاء : الأول والثالث والرابع ، لأن كاتبها واحد ، هو محمد أبو العينين عطية ، وقد تمت كتابتها سنة (١٣٢٥ هـ) ، نقلا عن نسخة بالكتبخانة الخديوية ، على نفقة السيد أحمد بك الحسينى ، واقف الكتاب كله .

وهذه الأجزاء الثلاثة متشابهة في الخط ، فقد كتبت بخط نسخ جميل وكبير وواضح جِدًّا ، ومسطرة هذه الأجزاء (١٩ سطراً) وعدد الكلمات ثماني كلمات في كل سطر تقريباً .

يبلغ عدد لوحات الجزء الأول (٢٩٧ لوحة) ، يبدأ بأول الكتاب وينتهي بآخر كتاب الحج ، ويشتمل بذلك على العبادات . والجزء الثالث عدد لوحاته (٣٤٨ لوحة) ، تبدأ بكتاب النكاح وتنتهي بقوله : « فرع : لو اشترى المجني عليه العبد الجاني بالأرش المتعلق برقبته صح كشراء المرتهن ، إذ لا يتجدد له على السيد طلبه » ، وهذا من الطرف الثاني في العفو الصحيح والفاسد من الباب الثاني في العفو من كتاب الجنايات . والجزء الرابع عدد لوحاته (٣٤٤ لوحة) ، يبدأ بكتاب الديات ، وينتهي بآخر الكتاب ، وكتب في آخره : « وكان الفراغ من كتابته في اليوم السابع والعشرين من شهر رجب سنة (١٣٢٥ هـ) وذلك على نفقة صاحب العزة المفضال السيد أحمد بك الحسيني » .

وهذه الأجزاء قد روجعت وصححت ، وأثبت ناسخها ذلك على حواشيها ، إلا أنها لم تخلو من بعض الأخطاء والتصحيفات .

وأما الجزء الثاني فهو نسخة خطية قديمة ، يرجع تاريخها إلى سنة (٦١٩ هـ) وهي ذو خط حسن واضح ، تبلغ حوالى (٢٢٢ لوحة) ، وكاتبها يدعى محمد بن هدية بن محمود ، إلا أن بعض لوحاتها ناقصة أكملها الناسخ الذي كتب الأجزاء الثلاثة الأخرى بالخط نفسه وطريقة الكتابة عينها .

ويشمل هذا الجزء على ربع المعاملات كاملا ، وكتب في آخرة : « تم ربع البيع بعون الله وحسن توفيقه ، والحمد لله رب العالمين ، وصلواته على سيد المرسلين وعلى آله وأصحابه أجمعين . ووقع الفراغ منه على يدي العبد المذنب الراجي عفو الله تعالى : محمد بن هدية بن محمود ... بمحروسة الموصل ، يوم الأحد في العشرين من جمادى

الآخرة سنة تسع عشرة وستمائة » .

وهذا الجزء مُقَابَل ومراجع على نسخ أخرى ، أثبت ناسخُه بعض فروق النسخ بحواشيه ، كما أن عليه كثيرًا من التعليقات المنقولة من كتب الفقه المعتمدة ، وألحق به في آخره لوحتان ليستا من الكتاب ، تشتملان على فتاوى في زمن الشيخ أبي إسحق صاحب « التنبيه » ، ومحمد بن علي الدامغاني ، ومحمد بن أحمد الشاشي ، وصورة ما أجابوا به رحمهم الله تعالى .

والأجزاء الأربعة مختومة بخاتم الواقف السيد أحمد الحسيني .

المجموعة الثانية :

وهي التي كان الاعتماد عليها اعتمادًا ثانويا عند الحاجة ، وذلك لأنها جميعا تشترك في كونها نسخ ناقصة ، وأحيانا يكون هذا النقص نقصا كبيراً . ومن هذه المخطوطات ما يلي .

النسخة الأولى : وهي المحفوظة بدار الكتب المصرية تحت رقم (٣١٥ فقه شافعي) ، وهي تقع في جزء واحد يبدأ بكتاب النكاح وينتهي بآخر الكتاب ، وعدد لوحاتها (٢٣٠) لوحة ، ومسطرتها (٢٠) سطرًا ، وكلمات كل سطر حوالي (١٨) كلمة . وعلى صفحة العنوان تعليقات وتمليكات كثيرة .

وهذه النسخة دقيقة وموثقة توثيقا جيدا ، فقد كتبت بعد وفاة المؤلف بست عشرة سنة ، في عام (٥٢١ هـ)، بخط جميل لأحد فقهاء الشافعية ، هو عبد اللّه بن حيدر القزويني (١) ، وعلى هذه النسخة في اللوحة الثانية بعد لوحة العنوان إجازة العلامة محمد بن مسعود بن محمد المسعودي (٢) بأخذه الفقه والمذهب على يد تلميذ الغزالي ، الشيخ محيي الدين أبي سعد محمد بن يحيى ، رحمهم اللّه جميعًا .

---

(١) راجع ترجمته في الطبقات الكبرى (٧ / ١٢٣) .

(٢) راجع ترجمته بالمرجع السابق (٧ ظ ٢٩٧ - ٢٩٨) .

وقد قوبلت هذه النسخة وروجعت على نسخ أخرى ، أثبت الناسخ فروقها على حواشيها .

النسخة الثانية : وهي المخطوطة بدار الكتب المصرية برقم (٣١٦ فقه شافعي) ، وهي تقع في أربعة أجزاء ، فُقِد أَولُها ، وأما الثلاثة الباقية فهي بخط ناسخ واحد ، مسطرتها حوالي (١٥) سطر ، وعدد الكلمات في السطر حوالي (١٦)كلمة .

عدد لوحات الجزء الثاني (١٨٨ لوحة) ، يبدأ بكلمات السلم وينتهي بآخر ربع المعاملات . والثالث (١٨٢ لوحة) ، يبدأ بكتاب النكاح وينتهي بفرع آخره : « إذ لا يتجدد على السيد طلبه والله أعلم » . والرابع (١٨٧ لوحة) ، يبدأ بكتاب الديات وينتهي بآخر الكتاب .

وتاريخ هذه النسخة كما نص ناسخها عليه سنة (٦٢١ هـ) ، وتوجد على هذه الأجزاء تمليكات وتأشيرات بالوقف ، وناسخها هو أبو نصر بن محمد بن أبي نصر بن عبد الله بن الحسين بن أحمد الشرواني .

والأجزاء الثلاثة مصححة ومقابلة على نسخ أخرى ، أثبت ناسخها الفروق بينها بحواشي الأجزاء .

النسخة الثالثة : وهي المحفوظة بدار الكتب المصرية برقم (٣١٣ فقه شافعي) وهي تقع في ثمانية أجزاء ، فُقِدَ منها خمسة ، والثلاثة الباقية هي الثالث والسابع والثامن ، وكلها بخط ناسخ واحد ، هو عبد الرزاق بن عمر بن عثمان المعروف بابن قاضي بالس بالقاهرة ، ومسطرتها جميعا (١٥ سطرًا) ، وعدد كلمات كل سطر (٩ كلمات) .

عدد لوحات الجزء الثالث (١٦٨ لوحة) ، تبدأ من كتاب البيع بقوله : « وأبو حنيفة لما أنكر القول بالمفهوم حكم بأن غير المؤبد أيضًا يبقى على ملك البائع ... » ، وتنتهي بفرع : « نقصان الولادة عندنا لا ينجبر بالولد خلافًا لأبي حنيفة » ، وسنة نسخه (٦٧٩ هـ) .

وعدد لوحات الجزء السابع (١٨٩ لوحة) ، تبدأ بكتاب الجراح ، وتنتهي بآخر

كتاب الصيد ، وسنة نسخها (٦٨٠ هـ) .

وعدد لوحات الجزء الثامن (١٧٣ لوحة) ، تبدأ بكتاب الضحايا ، وتنتهي بآخر الكتاب ، وكتب على الورقة الأخيرة : « تم الجزء والحمد للّه رب العالمين سلخ العاشر من رمضان الكريم ، سنة سبع وتسعين وستمائة » ، ولعل تاريخ النسخ هذا فيه سهو إذ الفرق بين هذا الجزء وسابقيه حوالي (١٧ عاما) فلعل الناسخ يقصد سنة تسع وسبعين ، بدلًا من سبع وتسعين .

النسخة الرابعة : وهي المحفوظة بدار الكتب المصرية برقم (٣١٤ فقه شافعي) ، كتبت سنة (٥٢١ هـ) ، بخط معظمه ليس منقوطا ، وهي تتكون من عدد غير معروف من الأجزاء ، ولم يبق منها إلا الجزء الرابع الذي يبدأ بكتاب الشفعة وينتهي بآخر الباب الثاني من كتاب الوصية . ومسطرتها (٢٢) سطرًا ، وكلمات السطر (١٢ سطرًا) .

النسخة الخامسة : وهي المحفوظة بدار الكتب المصرية تحت رقم (٣٦١ فقه شافعي) ، وهي تقع في جزءين ، فُقِدَ الأول ، وبقي الثاني الذي كُتِبَ عام (٢٥ هـ) ، ومسطرته (٣٢ سطرًا) ، وكلمات السطر (١٥) كلمة .

كلمة أخيرة حول مخطوطات الوسيط :

يلاحظ المتتبع لمخطوطات الوسيط في فهارس مكتبات العالم أنها منتشرة وكثيرة ، وإن كان ما اعتمدناه من النسخ موجودًا بدار الكتب المصرية إلا أن نُسَخًا أخرى محفوظة بمعهد المخطوطات بالقاهرة ، ومكتبة الأوقاف ببغداد ، ومكتبتي الشهيد والسليمانية بتركيا ، ودار الكتب الوطنية بطهران ، ومنش بألمانيا ، والديوان الهندي بالهند ، ودار الكتب الظاهرية بدمشق ، وأماكن أخرى .. يدل على أهمية الكتاب ومدى عناية أهل العلم به .

وفي هذا السياق نلفت النظر أيضًا إلى أهمية نص « الوسيط » المبثوث خلال كتب الشروح والتعليقات التي عنيت بنص « الوسيط » مثل كتاب « المطلب العالي في شرح الوسيط للغزالي » لمؤلفه أحمد بن محمد بن علي المعروف بابن الرفعة (ت : ٧١٠ هـ) ،

والذي أتمه العلامة الحموي ، حيث ذكر المؤلف نص الوسيط كاملًا .

(ب) الطائفة الثانية : مخطوطات الحواشي

لقد أضفنا في حواشي هذا العمل - كما ذكرنا آنفا - أربعة كتب لأربعة أئمة ، واعتمدنا في ذلك على النسخ الآتية :

أولًا : كتاب « التنقيح في شرح الوسيط » للإمام النووي :

اعتمدنا على نسخة دقيقة ، مصورة بمعهد المخطوطات العربية بالقاهرة عن نسخة المتحف العراقي ، ومحفوظة بالمعهد تحت رقم (١٠٤) فقه شافعي (مصنف غير مفهرس) . وهي تقع في (١٢٠ لوحة) ، مسطرتها (٢٥ سطرًا) ، وعدد كلمات كل سطر (١٠ كلمات تقريبًا) .

وهي مكتوبة بخط واضح ، أخذت من نسخة كتبت عن نسخة المؤلف ، فقد جاء في آخرها بخط غير ناسخها : « قلت : هذه النسخة من نسخة نقلت من خط المؤلف ، وفي آخرها بخط كاتبها : هذا آخر ما شاهدت من خط المصنف ، وهو قوله : (بغير إسناد) » .

كما جاء في آخرها بخط ناسخها : « هذا آخر ما وجد من هذا الشرح ، والحمد للّه رب العالمين ، علقه العبد الفقير إلى اللّه - تعالى - أحمد بن أقش الحراني ، عفا اللّه - عز وجل - عنهما ، في سادس وعشرين من ذي الحجة سنة خمس وثلاثين وسبع مائة » .

وهذا الشرح لم يكتمل - كما أشرنا سابقًا - ، وإنما هو عبارة عن تعليق على كتابي الطهارة والصلاة ، وقد أفردناه بحاشية مستقلة أسفل صفحات المجلدين الأول والثاني ، كما وضعنا مقدمته كاملة بعد مقدمتنا هذه وقبل بداية نص الوسيط ، لما لهذه المقدمة من فوائد . وأشرنا إلى مواطن السقط في المخطوطة أو الخرم والتشويه بعلامة النقط (...) الدالة على سقط في الكلام .

ثانيًا : كتاب « شرح مشكل الوسيط » للإمام ابن الصلاح :

والذي رمزنا إليه بقولنا : « المشكل » ولقد اعتمدنا على نسخة غاية في الدقة والإتقان كتبت سنة (٦٧٩ هـ) محفوظة بدار الكتب المصرية تحت رقم (٢٦٠) فقه شافعي ، وهي تقع في جزءين ، بخط عادي واضح لناسخ واحد ، مسطرتهما واحدة تبلغ حوالي (٢١ سطرًا) ، وعدد كلمات كل سطر حوالي (١٢) كلمة .

يبلغ الجزء الأول (٢٠٣) لوحة ، وعلى لوحة العنوان تمليك ، وخاتم الواقف وتأشيرة وقفه ، وفي آخر لوحة كتب : « تَمَّ الجزء الأول بحمد اللّه وعونه وحسن توفيقه ، وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلامه . يتلوه الجزء الثاني ، وهو كتاب الصيام - إن شاء اللّه تعالى - ، وكان الفراغ منه في العشر الأول من صفر سنة تسع وسبعين وستمائة ، أحسن اللّه بقيتها . كتبه العبد الفقير إلى اللّه تعالى عمر بن إبراهيم بن عبد الرحمن الشافعي ، غفر اللّه له ولجميع المسلمين » .

ويبلغ الجزء الثاني (٢٠٤) لوحة ، وعلى لوحة العنوان تمليك لنفس مالك الجزء الأول ، وكذا خاتم الواقف نفسه وتأشيرة وقفه . وختم بهذا الكلام :

« اللهم لك الحمد الأتم على كل نعمة ، ولك الحمد على كل حال ، إنا سائلوك متوسلين [1] بك وسيلة في كل مقام إجابة أن تصلي على محمد سيدنا وسيد عبادك وسلم ، وعلى سائر النبيين ، وآل كل ، والصالحين ، منتهى المنى .

وأن تنفع بما اشتمل عليه ... جميع المسلمين ، وأن تصونه من الخلل والخطأ والحرمان ، ومن خطوط عدوه الشيطان ، وأن تجعله لنا من موجبات الغفران والرضوان ، آمين يا رب العالمين وجميع المسلمين والحمد للّه رب العالمين » .

وبعد أن تَمَّ العمل وكاد أن يخرج للطبع تحصلت لنا نسخة أخرى ، محفوظة أيضًا بدار الكتب المصرية ، (ط ١ - ج ٤٢٣ ، ٢٧٥ ، ط ٢ - ٥٣٩) ، وهي في جزءين أيضًا ، مكتوبة بخط نسخي ، مسطرتها (١٩) سطرًا ، وعدد كلمات كل سطر

(١) كذا بالمخطوط ، والصحيح : « متوسلون » .

(١١) كلمة ، وكتبت سنة (٦٨١ هـ) .

ثالثًا : كتاب « مشكلات الوسيط » للحموي :

والذي رمزنا إليه بقولنا : « مشكلات الوسيط » . ولقد اعتمدنا على النسخة الخطية المحفوظة بدار الكتب المصرية ، تحت رقم (٢٨٢) فقه شافعي ، وهي تقع في مجلد واحد وتبلغ عدد لوحاته (٢٠٥) لوحة ، بخط فيه صعوبة بالغة وبعض التصحيف ، ومسطرة هذا المخطوط (١٣) سطرًا ، وعدد كلمات كل سطر (١٠) كلمات تقريبًا . وعلى صحيفة العنوان تمليكات وتأشيرة وقف وختم للواقف .

وفي آخرها قوله : « هذا آخر الكتاب ، وليعلم أنا ذكرنا في تقريرنا ما ذكرناه من الإشكالات والأجوبة : زيادة تطويل في العبارة ، وغرضنا بذلك الإيضاح والتسهيل ، وهذا آخر ما جمعناه من غير استقصاء جميعه ؛ واللّه المستعان وعليه الاعتماد والتعويل ، وهو حسبنا ونعم الوكيل ، وصلواته على محمد نبيه وآله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا .

وكان الفراغ منه سلخ رمضان المبارك سنة ثلاث وخمسين وسبعمائة على يد كاتبه العبد الفقير إلى اللّه محمد عمر عبد الحميد الأنصاري الشافعي البهنسي عفا اللّه عنه وغفر لنا ولهم أجمعين » .

ومع أخريات تجارب الطبع تحصلت لنا نسخة أخرى ، جميلة الخط واضحة ، وهي نسخة مصورة بمعهد المخطوطات بالقاهرة ومحفوظة تحت رقم (٢١٧) فقه شافعي ، عن نسخة بمكتبة أحمد الثالث برقم (١١٩٣) . وقد استفدنا بهذه النسخة استفادة كبيرة خاصة في النصف الثاني من الكتاب . وتبلغ (١٧٢ لوحة) ، ومسطرتها (١٥ سطرًا) ، وكلمات كل سطر حوالي (١٠) كلمات ، وهي مقابلة بنسخة أخرى كما يظن من حواشيها .

رابعًا : كتاب « إيضاح الأغاليط الموجودة في الوسيط » لابن أبي الدم :

وهي مخطوطة محفوظة بدار الكتب المصرية وملحقة بمخطوطة الحموي السابقة ،

تحت رقم (٢٨٢) فقه شافعي . وهي حوالي (٣٢) لوحة ، مسطرتها (١٥) سطرًا ، وكلمات كل سطر (١٠) كلمات تقريبًا .

وقد ذكر فيها ابن أبي الدم حوالي (٥٠) موضعًا من المواضع التي زعم أنه مجمع على كونها وهما في الوسيط وناقشها ، كما قال في آخر هذه المخطوطة : « هذا آخر ما أدرنا ذكره في المسائل والمنقولات المتفق على كونها وهمًا في الوسيط ، وعلى طابعه نقلناها في الشرح الكبير الذي وضعناه شارحًا لمشكلات الوسيط ومنبهًا على ... وعلى وجه الإيجاز والاختصار ، قاصدين بذلك تحقيق الحق ... راجين من اللّه عموم النفع به ، واللّه أعلم » .

ثم قال ناسخه في آخره : « تم الكتاب المسمى بالأغاليط الموجودة في الوسيط لابن أبي الدم - رحمه اللّه - وحسبنا اللّه ونعم الوكيل » .

* * *

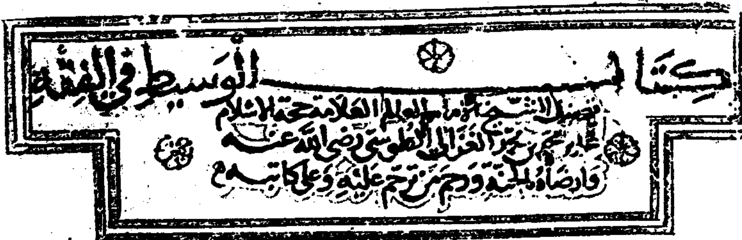
صور المخطوطات المعتمدة

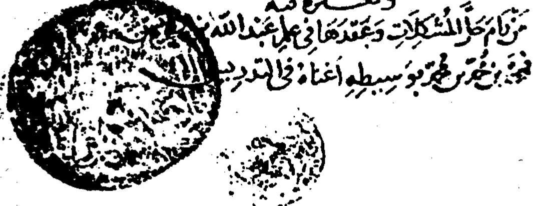
في هذا العمل

(أ) صور مخطوطات كتاب « الوسيط » للغزالي .

(ب) صور مخطوطات الكتب التي وضعناها في الحاشية .

(أ) صور مخطوطات كتاب الوسيط


كتاب الوسيط في الفقه
تصنيف الشيخ الإمام العالم العلامة حجة الإسلام
أبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي رضي الله عنه
وأرضاه الجنة ورحم من ترحم عليه وعلى كاتبه



(كتاب الوسيط)

لوحة العنوان من النسخة (الأصل)

(كتاب الوسيط)

اللوحة الأخيرة من النسخة (الأصل)

(كتاب الوسيط)

اللوحة الأولى من الجزء الأول من النسخة (أ)

لحلف معه فشهادته في نصيبه مردودة وفي نصيب شريكه قولان سيأتي
نظايرها في الشهادات أما إذا تخاصم الموكل والوكيل فالقول قول الوكيل
أنه لم يقبض وليس للمشتري أن يشهد على البايع فإنه يشهد به على
براءة نفسه فإن حلف الوكيل وحلف الموكل استحق نصيبه وللوكيل مطالبة
المشتري بحصته ولا يسقط ذلك بنكوله ويمين الموكل وحكي وجه
أنه إذا قبل الثمن المردود بالبينة سقطت مطالبته وهو فاسد
المسألة بحالها ادعى البايع والمشتري أن الوكيل قبض تمام الثمن
فأنكر الموكل فالمشتري لا يبرأ عن حصة الوكيل البايع وإن صدقه
في التسليم لأن الموكل لم يأذن وكيله فلا يبرأ بالتسليم إليه ثم إذا أخذ
حصته فهل للوكيل مشاركته فيه قال المزني نعم لأنه وكيله وقد أخذ
خمسمائة مثلا من جملة الألف فيتخير بين أن يطالب البايع بمايتين
وخمسين والمشتري بمايتين وخمسين وبين أن يأخذ خمسمائة دفعة
واحدة من المشتري بعد أن لم يتم بينة على أخذ ما ادعى عليه وقال
ابن سريج لا يرجع لأن الوكيل لما ادعى أن الموكل أخذ الكل فقد أبطل
نفسه فلا يبيع بعضه محسوبا من جهته ونحوها قال وسقي الكلام المزني
وجه حيث أن أحد الشريكين وإن لم يكن وكيلا في الاستيفاء إذا استوفى
جزءا من الثمن لنفسه فهل يختص به أم يتبعه شريكه أخذا من المكاتب
المشترك إذا أدى بعض النجوم وفيه خلاف فإن قلنا بقول المزني
فلا تقبل شهادة البايع للمشتري على قبض الموكل نصيبه لأنه يدفع
عن نفسه الرجوع والمشاركة وعلى قول ابن سريج له ذلك لأنه لا يجر
نفعا ولا يدفع ضررا والله أعلم تم المجلد الأول من كتاب الوسيط
للغزالي رضي الله [illegible]
يتلوه في الجزء الثاني باب الوكالة إن شاء الله تعالى



(كتاب الوسيط)

اللوحة الأخيرة من الجزء الأول من النسخة (أ)

(كتاب الوسيط)

لوحة العنوان من النسخة (أ)

نعم لو اشتراها وهي حامل فالظاهر أن الاستيلاد يسري إلى الحمل ويجوز أن
يخرج على سراية التدبير إلى الجنين فرع تصرفات السيد كلها نافذة إلا إزالة الملك
[illegible] [illegible] إليها راجعة فله الإجارة والاستخدام والتزويج بغير رضاها وفيه
وجه أنه لا يزوج إلا برضاها ووجه أنها لا تزوج أصلا ووجه أن القاضي يزوج
برضاها ورضا السيد والأول أضعف الثالث أرش الجناية على طرفها
[illegible] للسيد ولو ماتت في يد غاصبها فعليه الضمان للسيد ولو شهد
شاهدان على إقراره بالاستيلاد ورجعا بعد الحكم غرما للورثة عند عتقها بموت
السيد ولم يغرما في الحال إذ لم [illegible] إلا السلطنة التي في ذلك لا تقوم
مستولدة [illegible] [illegible] فإن كانا معسرين فهي مستولدة لهما فلو قال لأحد واحد ولدت
مني [illegible] وهما موسران فهي مستولدة لأحدهما لا ندري أيهما مستولدة [illegible]
عتقت ظاهرا وباطنا والولاء موقوف فإن مات أحدهما عتق نصيبه [illegible]
له بإقراره ولو كانا معسرين فهما [illegible] واحد منهما نصف الولاء [illegible]
واحد لأنه [illegible] الاستيلاد على الشريكين والولاء موقوف [illegible]

والله أعلم تم الثلث الثالث من الوسيط في الفقه للغزالي
الحمد لله وعونه نسخه لنفسه العبد الفقير إلى الله [illegible]
وكان الفراغ منه في الثالث والعشرين من شهر ربيع الأول
سنة ثلاث وثمانين وستمائة [illegible] أحسن الله [illegible]

(كتاب الوسيط)

اللوحة الأخيرة من الجزء الثالث من النسخة (أ)

(كتاب الوسيط)

اللوحة الأولى من الجزء الأول من النسخة (ب)

في محل اراقة الدماء وزمانها

الزمان فلا يختص بشيء من دماء المحظورات
والجبرانات بعد جريان سببها بزمان
وانما يختص بايام النحر الضحايا وكذا دم
التمتع والقران واما دم الفوات فيراق في الحجة
الثانية او في الحجة المقضية فيه قولان احدها
في [illegible] تحقق والثاني
لا لمعنيين احدها ان هذه حجة ناقصة
وكان الفوات اوجب القضاء والدم فيرتق
في القضاء ولانه سببه بالتمتع لانه اتى بافعال
عمرة وتمتع بالتحلل ليؤدي حجة في السنة
الثانية وعلى هذا المعنى لا يمتنع تقديمه
على القضاء اذ جوزنا تقديم دم التمتع على
الحج فانما يمتنع ذلك في الصوم اما المكان
فيختص جواز الاراقة بالحرم خلافا
لابي حنيفة والافضل النحر في الحج بمنى وفي
العمرة عند المروة لانهما محل تحللهما
وقد قيل لو ذبح على طرف الحرم [illegible]

على مساكين الحرم جاز وقيل من ارتكب
محظورا فالاراقة في محل الارتكاب وقيل ما [illegible]
بسبب مباح لعذر لا يختص بمكة [illegible]
وما عصى بسببه اختص بالحرم [illegible] الوجه [illegible]
لعينه واما الا[illegible]
[illegible] في [illegible]
[illegible] لا ايام المعلومات [illegible]
[illegible]
المعدودات فهي ايام التشريق [illegible]
الضحايا والله تعالى [illegible]

الجزء الاول من كتاب الوسيط
للامام العلامة شيخ الاسلام
محمد بن محمد بن محمد الغزالي
الطوسي رحمه الله
تعالى رحمة
واسعة
امين

(كتاب الوسيط)

اللوحة الأخيرة من الجزء الأول من النسخة (ب)

(كتاب الوسيط)

اللوحة الأولى من الجزء الثاني من النسخة (ب)

(كتاب الوسيط)

اللوحة الأخيرة من الجزء الثاني من النسخة (ب)

(كتاب الوسيط)

اللوحة الأولى من الجزء الرابع من النسخة (ب)

كتاب « الوسيط »

اللوحة الأخيرة من الجزء الرابع من النسخة (ب)

(ب) صور مخطوطات كتب الحاشية

التنقيح في شرح الوسيط للنووي

(اللوحة الأولى)

٢٤٠

جمهور الأصحاب نص عليه الشافعي في الأم والبويطي وسواء شعرها وعُود وأما أم أكره عليها نص عليه في الأم والبويطي ولأن سائر المحرمات من المأكول والمشروب قوليه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواشرة والمستوشرة أما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة فرواه البخاري ومسلم من رواية ابن عمر رضي الله عنهما وأما قوله والواشرة والمستوشرة فغريب ذكره أبو عبيد في غريب الحديث بغير إسناد

هذا آخر ما وجد من هذا الشرح والحمد لله رب العالمين

علقه العبد الفقير إلى الله تعالى أحمد ... الحراني عفا الله عز وجل عنهما في سادس عشرين ذي الحجة سنة خمس وثلاثين وسبع مائة

الحمد لله وحده وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلامه وحسبنا الله ونعم الوكيل

تاريخ كتاب ...

التنقيح في شرح الوسيط للنووي

(اللوحة الأخيرة)

شرح مشكل الوسيط لابن الصلاح

(اللوحة الأولى من الجزء الأول)

على خمسة وثلث لعله حينئذ فإن الصاع الأصل ترتب من ذلك
ولولا ذلك لانتشر الامر عليه وقد وضحت في ذلك مرة
اخرى وهو ما ذكره الشيخ ابو محمد بن ابي زيد من ائمة المالكية
فانه ذكر اختلاف الموزونات وحكى ان المجد معايرا لذلك
اقوى وامح والامر بان يعرف ولا يختلف في زمان ولا بلد من ان الصاع
اربع حفنات بكفي الرجل الذي ليس بعظيم الكف ولا صغيرهما وذكر ابو
حفص عمر بن ميمون المغربي الفقيه انه صح عنده ان قياس مد النبي
صلى الله عليه وسلم حفنه باليدين جميعا من كفي وسط من الرجال
وذكر مثل قول ابن ابي زيد سواء قلت هذا انما لا يخرج عن التقريب
فاذا اراد ما خرجه على اربع حفنات كما حفنه حصلت اليقين والله
اعلم ثم اعلم ان الدارمي ذكر ان تعبئة الكيل بالصاع ان لا علاوة ان راسه
لا ممسوحا وذلك ان ذلك عرفهم بالحجاز وعادتهم وذكر من كلام
الشافعي نحوا من ذلك فهذا كلام نفيس يفهم في الصاع جمعا من
ستابه ما لم يجتمع في غيره كتابا ولله الحمد وقوله في القولين في
الاقط اصحهما التردد في صحة حديث وردته هذا مستنكر عند
اهل الحديث فان حديث ابي سعيد الخدري كنا نعطي زكاة الفطر
في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام الى ان قال
او صاعا من اقط متفق على صحته رواه البخاري ورواه مسلم
نحوه ولهذا قطع بعض الاصحاب بجوازه وقوله لا واخرا ما ذكره من
توجيه اخراج اللحم بان اللبن عصارته ليس معناه انه يتحلل من

اللحم جارحا منه فانه يستحيل في المعدة من الدم المستحيل من صفوة
الطعام ويخرج من بين فرث ودم الى الضرع ثم يخرج من
الضرع وهذا لحم بالعصر فهذا معنى قوله انه عصارته ثم ان هذا
تكلف في توجيهه في ذلك بعيد فليقل بانه نعشانه قوم
وهم الترك والله اعلم قوله ... ولا يجزي المسوس بكسر
الواو واسم الفاعل من سوس الطعام فهو مسوس والله اعلم
العبد المشترك بين السيدين المختلف قوتيهما قال
ابن سريج يكلف من كان قوته ازدى ان يوافق الاخر هذا النقل
شيخه ونقل غيره عن ابن سريج ان من قوته اشرف يوافق من قوته
ادنى نفيا للضرر والله اعلم ولا خلاف ان الكفارات
لا يتنوع احادها من الصيام والاطعام هذا في كفارة ذات تخيير
ككفارة الحلق والحج فلو نوعها فاخرج ثلث شاة واطعم مسكينا
وصام يوما لم يجز والله اعلم

تم الجزء الاول بحمد الله وعونه وحسن توفيقه
وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلامه
يتلوه الجزء الثاني وهو كتاب الصيام ان شاء الله تعالى
وكان الفراغ منه في العشر الاول من صفر سنة تسع وسبعين وستمائة
احسن الله تقضيها
كتبه العبد الفقير الى الله تعالى عمر بن ابراهيم بن عبد الرحمن الشافعي عفا الله عنه

شرح مشكل الوسيط لابن الصلاح

(اللوحة الأخيرة من الجزء الأول)

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر

كتاب الصيام

قول رسول الله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وأفطروا
لرؤيته فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلثين يوما حديث
متفق على صحته وفي رواية للبخاري فأكملوا عدة شعبان
ثلثين [illegible] فرؤية الهلال سبب الوجوب ينبغي
أن يقول رؤية الهلال أو استكمال عدة شعبان سبب الوجوب
والله أعلم [illegible] في طريق معرفته وأفضاه بعد العيان شهادة
عدلين سواء كانت السما مصحية أو لم تكن ينبغي أن يقول وأفضاه
بعد العيان والتواتر وعند أبي حنيفة إذا كانت السما مصحية
فلا بد من التواتر أو الاستفاضة والله أعلم [illegible] في هلال شهر
رمضان هل يقبل فيه قول واحد فيه ثلثة أقوال المعروف أنه
قولين أحدهما لا يقبل والثاني يقبل وإذا قلنا يقبل فهل حكمه
حكم الشهادة أو الخبر فيه وجهان [illegible] باشتراط لفظ
الشهادة يجعله الوجه المنزل [illegible] ولا ينعقد في
النقل وكأنه من تصرفه ثم إن الأصح أنه يقبل قول الواحد وله
شهادة وهو المنصوص صريحا وقد يما ورد ليله بما رواه ابن
عمر رضي الله عنهما قال تراءى الناس الهلال فأخبرت رسول الله
صلى الله عليه وسلم إني رأيته فصام وأمر الناس بصيامه أخرجه

أبو داود وهكذى وصونا بين درجة الحسن والله أعلم
ثم إن الأظهر أن الأصح من الوجهين اللذين ذكرهما فيما إذا صمنا بقول
واحد وانقضت ثلثون يوما ولم نر هلال شوال أنه يجوز الإفطار
وقد نص الشافعي عليه وإيراده ذلك عقيب القول الثاني يوهم اختصاصه
به دون الثالث وليس مختصا به بل هو في غير هذا الكتاب مطلق
متفرع على قبول قول الواحد من غير فرق بين أن يكون من قبيل الشهادة
أو قبيل الخبر والله أعلم وأما إذا صمنا بشهادة عدلين والسما مصحية
ولم نر هلال شوال فالأصح أنه يجوز الإفطار [illegible] في توجيه
المنع قول العدلين اجتهاد وهذا يقين فقد لنت وجهته بأن الرؤية
في أول رمضان بقول العدلين مظنونة وعدم رؤيتنا الهلال شوال
يقين إن لم يكن عدم الهلال في نفسه يقينا فالمقابلة بين اليقين والظن
وقعت في الرؤية لا في نفس الهلال ثم وقعت كلامه فيما علق عنه
في الدرس كلام من يدعي اليقين في عدم الهلال لنفسه قائلا
إن النفوس متشوفة إلى طلب الهلال والأعين حادة فلو كان ثابتا
في نفسه لروي وهذا [illegible] والله أعلم ومن المهم معرفة
أنه إذا أخبر من يوثق بقوله برؤية الهلال فصدقه لزمه الصوم وإن لم
يكن من ذوي [illegible] ذلك طائفة من العراقيين والخراسانيين
الإمام من فرعه على القول بأنه يسلك به مسلك الخبر وأما
على القول الآخر فإنه لا يصوم والله أعلم إذا رئي الهلال في بلد

شرح مشكل الوسيط لابن الصلاح

اللوحة الأولى من الجزء الثاني

يعلق بين يديه وانما سقط باعتاقه ولم يسقط بتعتيقه بالاداات
اعتاقه اياه تضمن ابراه من الارش لانه لم يدع له مطمعا فيه لانه
اتلف رقه ولا شي في يده وذمته مع حصوا ... السبب متعلقا بجنت
يعوت العامل الحامل من اجلها ٥ حتى وكان في يده شي لم يكن اعتاقه
مسقط الارش على اظهر الوجهين وجه الوجه الاخر ان الارش
عند ارتفاع الحاب لا يتعلق الا بالرقبه فلا في انه لانه ابا ها بالاعتاق
متضمنا الا ابرابه فاعلم ذلك فانه في غايه الاشكال وقد من الله
الكريم علينا بكشفه وانما يتولد هدا في مسئله ملسها المن لا يعرف
قدره فليحتفل البلا الحرم الاسماع به والله بعينه اعلم واعز واكرم
الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله
اللهم لك الحمد الاسم على كل نعمه ولك الحمد على كل حاله
انا مستاليك ولك متوسلين بك في سبيله في كل مقام اجابه ان تصلي
على محمد سيدنا وسيد عبادك وسلم وعلى ساير النبيين ٥
وال كل والصالحين منتهى المني وان ينفع بما اشتمل عليه
هو اجمع جميع المسلمين وان تصونه من الخلل والخطا والحرمان
ومن خطوط عدو الشيطان وان يجعله لنا من موجبات
الغفران والرضوان امين يا رب العالمين و جميع المسلمين
والحمد لله رب العالمين





شرح مشكل الوسيط لابن الصلاح
اللوحة الأخيرة من الجزء الثاني

مشكلات الوسيط

للحموي رضي الله عنه

مشكلات الوسيط للإمام الحموي

صفحة العنوان

(مشكلات الوسيط) للإمام الحموي

اللوحة الأولى

تراجم علماء الشافعية الوارد ذكرهم في « الوسيط » *

- **المُزَني** (١) : هو أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمر صاحب الإمام الشافعي من أهل مصر ، وُلد بها سنة (١٧٥هـ) وكان زاهدًا عالمًا مجتهدًا قوي الحجة ، وهو إمامُ الشافعيين ، كان كلما صنف مسألةً وفرغ منها قام إلى المحراب وصلى ركعتين شكرًا للّه تعالى . قال عنه الشافعي : « المزنيُّ ناصِرُ مذهبي » ، وقال في قوة حجته : « لو ناظر الشيطانَ لَغَلَبَه » .

من مصنفاته : « الجامع الكبير » و « الجامع الصغير » و « المختصر » و « الترغيب في العلم » .

توفي - رحمه اللّه - سنة (٢٦٤هـ) لِسِتٍّ بقين من شهر رمضان بمصر ، ودُفِنَ بالقرب من مقبرة الإمام الشافعي - رضي اللّه عنه - وكان عمره تسعًا وثمانين سنة .

والمُزَني - بضم الميم وفتح الزاي وبعدها نون - : نسبة إلى مُزَينة وهي قبيلة كبيرة .

- **ابن سريج** (٢) : هو أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج ، فقيه الشافعية في عصره ، وُلِدَ في بغداد سنة (٢٤٩هـ) ونَشَأ بها ، وكان يُلَقَّب بالباز الأشْهب . وَلِيَ القضاءَ بشيراز ، وقام بنصرة المذهب الشافعيّ ، فنشره في أكثر الآفاق حتى قيل : « بَعَث اللّهُ عمرَ بن عبد العزيز على رأس المائة من الهجرة فأَظْهَر السنة وأماتَ البدعةَ ، ومَنَّ اللّهُ في المائة الثانية بالإمام الشافعي ، فأحيا السُّنّة وأَخْفى البدعةَ ، ومَنَّ بابن سريج في المائة

* لقد آثرت وضع تراجم مختصرة لعلماء الشافعية الوارد ذكرهم في هذا الكتاب هنا حتى يسهل العودة إليهم في موضع واضح ، بدلًا من الإحالة على الترجمة في بعض الهوامش . وقد رتبتها ترتيبًا زمنيًا بحسب سنة الوفاة .

(١) انظر ترجمته في : طبقات الفقهاء للشيرازي ص (٩٧) . وفيات الأعيان لابن خَلكان (١٩٦/١) ترجمة رقم (٩) . طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي (٩٣/٢) ترجمة رقم (٢٠) . طبقات الشافعية لابن هداية اللّه ص (٢٠ ، ٢١) . الأعلام للزركلي (٣٢٩/١) .

(٢) انظر ترجمته في : طبقات الفقهاء ص (١٠٨) وفيات الأعيان (٤٩/١) ترجمة رقم (٢٠) ، طبقات الشافعية الكبرى (٢١/٣) ترجمة رقم (٨٥) ، طبقات الشافعية لابن هداية اللّه ص (٤١ - ٤٤) ، الأعلام (١٨٥/١) .

الثالثةِ فنصر السنة وخذل البدعةَ » .

وكان لابن سريج مناظراتٌ ومُسَاجلات مع محمد بن داود الظاهري ، وكان شاعرًا له نَظْمٌ حَسَنٌ .

ولابن سريج نحو أربعمائة مصنف ، منها المطبوع والمخطوط ، ومن هذه المصنفات : الأقسام والخصال ، الودائع لمنصوص الشرائع .

تُوفي ابنُ سريج ببغداد سنة (٣٠٦هـ) .

- **أبو الطيب بن سلمة** [1] : هو محمد بن المفضل بن سلمة بن عاصم البغدادي الضبي فقيه شافعي ، من أهل بغداد ، أَخَذ الفقه عن أبي العباس ابن سريج ، وكان موصوفًا بفرط الذكاء ، ولهذا كان أبو العباس يُقْبِلُ عليه كلَّ الإقبال ويَمِيل إلى تعليمه غاية المَيْل .

وأبوه هو أبو طالب المَفَضَّل بن سلمة بن عاصم الضّبي اللغويُّ الشهير ، وجدُّه سلمة بن عاصم النحوي صاحب الفَرَّاء ، فهو من أهل بيتٍ كلُّهم علماء ونبلاء ومشاهير .

ولأبي الطيب في المذهب وجوهٌ حَسَنة ، وقد صنف كتبًا عديدة ، وتوفي - رحمه الله - في المحرم سنة ثمان وثلاثمائة ، وهو في شبابه .

- **الشيخ أبو علي** [2] : هو الحسين بن صالح بن خيران ، الفقيه الشافعي ، كان من جملة الفقهاء المتورعين وأفاضل الشيوخ ، وعُرِض عليه القضاءُ ببغداد في خلافة المقتدر فلم يفعل ، فوكَّلَ الوزيرُ أبو الحسن علي بن عيسى بداره مترسمًا ، فخوطب في

---

(١) انظر ترجمته في : طبقات الفقهاء للشيرازي ص (١٠٩) ، وفيات الأعيان (٣٤٣/٣) ترجمة رقم (٥٥١) ، طبقات الشافعية لابن هداية الله ص (٤٥ - ٤٧) . الأعلام (١٠٧/٧) .

(٢) انظر ترجمته في : طبقات الفقهاء الشافعية لأبي عمرو بن الصلاح (٤٥٩/١) ترجمة رقم (١٦٣) ، وفيات الأعيان (٤٠٠/١) ترجمة رقم (١٧٤) ، طبقات الشافعية الكبرى (٢٧١/٣) ترجمة رقم (١٧٦) طبقات الشافعية للحسيني ص (٥٥ - ٥٧) .

ذلك ، فقال : « إنما قصدت ذلك ليقال : كان في زماننا مَنْ وُكِّل بداره لِيتقلدَ القضاءَ فلم يفعل » وكان يُعاتِب أبا العباس بنَ سُرَيج على توليته ويقول : هذا الأمر لم يكن فِينا ، وإنما كان في أصحاب أبي حنيفة (رضي اللّه عنه) .

وخَيْرَان : بفتح الخاء المعجمة ، وسكون الياء المثناة مِنْ تحتها ، وفتح الراء .

وقد تُوفيّ الشيخُ أبو علي يوم الثلاثاء لثلاث عشرة ليلة بَقِيَتْ من ذي الحجة سنة عشرين وثلاثمائة .

- **الإصطخري** [١] : هو أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى ، فقيه شافعي ولد سنة (٢٤٤هـ) . كان من نظراء ابن سريج ، وولي قضاء قُمْ (بين أصفهان وساوة) ثم حسبةَ بغداد ، واستقضاه الخليفةُ المقتدرُ على سجستان .

قال ابن الجوزيّ : له كتاب في « القضاء » لم يُصَنَّفْ مثلُه . وقال الأسنوي : صَنَّف كتبًا كثيرة منها « أدب القضاء » استحسنه الأئمة ، وكانت في أخلاقه حِدَّة .

وقال ابن النديم : له من الكتب : « الفرائضُ الكبير ، وكتابُ الشروط والوثائق والمحاضر والسجلات » روى عنه ابن شاهين والدارقطني وغيرهما .

توفي - رحمه اللّه - سنة (٣٢٨هـ) من جمادى الآخرة يوم الجمعة ، وقيل : في شعبان . ودُفِنَ بباب الحرب ببغداد .

والإِصْطَخْرِيّ : بكسر الهمزة ، وسكون الصاد ، وفتح الطاء ، وسكون الخاء نسبة إلى إِصْطَخْر ، وهي من بلاد فارس .

---

(١) انظر ترجمته في : طبقات الفقهاء للشيرازي ص (١١١) ، وفيات الأعيان (٣٥٧/١) ترجمة رقم (١٥٠) ، طبقات الشافعية الكبرى (٢٣٠/٣) ترجمة رقم (١٦٥) ، طبقات الحسيني ص (٦٢) ، الأعلام للزركلي (١٧٩/٢) .

- **أبو يحيى البلخي** [1]: هو زكريا بن أحمد بن يحيى بن موسى القاضي الكبير ، رَوَى عن أبي إسماعيل الترمذي ، ويحيى بن أبي طالب ، وأبي حاتم الرازي ، وعن عبد الله بن أحمد بن حنبل وجماعة آخرين .

وروى عنه عبد الوهاب الهلالي، وأبو علي بن درستويه ، وجمعٌ كثير . وكان عالمًا كبيرًا من بيت علم ، كان جدُّه وأبوه عالِمَيْنِ .

أصله من بَلْخ (إحدى مدن آفغانستان) وفارق وطنَه لأجل العلم ، ومسح عرض الأرض ، وسافر إلى أقاصي الدنيا في طلب الحديث والفقه .

تُوفي بدمشق في شهر ربيع الأول سنة ثلاثين وثلاثمائة ، وقيل : في شهر ربيع الآخر .

- **أبو بكر الصَّيْرفي** [2] : هو محمد بن عبد الله : الإمام الجليل ، الأصولي ، أحدُ أصحابِ الوجوه ، المُسْفِرة عن فضله ، والمقالاتِ الدالة على جلالة قدره ، وكان يقال : إنه أعلم خلق الله تعالى بالأصول بعد الشافعي .

وتفقَّهَ على ابن سُرَيج ، وسَمع الحديثَ من أحمد بن منصور السوادي ، ومن تصانيفه « شرح الرسالة » وكتاب في الإجماع ، وكتاب في الشروط .

وتوفي سنة ثلاثين وثلاثمائة من الهجرة .

---

(١) انظر ترجمته في : تهذيب الأسماء واللغات للنووي (٢٧٢/٢) ، سير أعلام النبلاء للذهبي (٢٩٣/١٥) ترجمة رقم (١٣٥) . طبقات ابن السبكي (٢٩٨/٣) ترجمة رقم (١٨٥) ، طبقات الحسيني ص (٦٤) ، الأعلام للزركلي (٤٧/٣) .

(٢) انظر ترجمته في : طبقات الشيرازي ص (١١١) ، طبقات ابن السبكي (١٨٦/٣) ترجمة رقم (١٥٢) ، طبقات الحسيني ص (٦٣) ، الأعلام (٢٢٤/٦) .

- **صاحب التلخيص** [1] : هو أحمد بن أبي أحمد الطبري أبو العباس بن القاص ، شيخ الشافعية في طبرستان ولِدَ بها ، ودَرَّسَ الفقهَ ، وفَقَّهَ أهلها ، وسكن بغداد ، فكان له مصنفات منها : « أدب القاضي » و « المواقيت » و « المفتاح في الفقه » و « دلائل الفقه » .

وتُوفي - رحمه اللّه - مرابطًا بطرسوس سنة (٣٣٥هـ = ٩٤٦م) وعُرِف والدُه بالقاصّ ؛ لأنه كان يَقُصُّ الأخبارَ والآثارَ .

- **أبو إسحاق المروزي** [2] : هو إبراهيم بن أحمد بن إسحاق ، من أجلِّ فقهاء الشافعية على الإطلاق ، تفقه على أبي العباس بن سريج وانتهت إليه رئاسةُ العلم ببغداد ، ثم انتقل إلى مصر ، وجلس مجلس الشافعي ، شَرَحَ « المختصر » شرحًا بسيطًا ، وصنف في الأصول والفروع ، ونشر الفقه الشافعي هو وأصحابُه في الأقطار .

تُوفي سنة (٣٤٠)هـ ودُفن بالقاهرة قريبًا من الشافعي (رضي اللّه عنهم) .

قال النووي : « وحيث أُطلق أبو إسحاق في المذهب ، فهو المروزي ، وإليه تنتهي طريقةُ أصحابنا العراقيين والخراسانيين » .

- **ابن الحداد** [3] : هو محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر ، أبو بكر المصري الكناني ، الفقيه الشافعي . وُلِدَ لِسِتٍّ بِقِينَ من شهر رمضان سنة أربع وستين ومائتين .

وهو صاحب كتاب « الفروع » في المذهب الذي شرحه جماعةٌ من الأئمة الكبار ، وقد أخذ ابنُ الحداد الفقهَ على أبي إسحاق المروزي .

---

(١) انظر ترجمته في : طبقات الشيرازي ص (١١١) ، وفيات الأعيان (٥١/١) ترجمة رقم (٩) ، طبقات ابن السبكي (٥٩/٣) ترجمة رقم (١٠٥) ، طبقات الحسيني ص (٦٥ ، ٦٦) . الأعلام (٩٠/١) .

(٢) انظر ترجمته في : الاستيعاب لابن عبد البر (١٠٦٥/٣) ترجمة رقم (١٨٠٢) ، أسد الغابة لابن الأثير (٢٦/٤،٢٩) ، الإصابة لابن حجر (٤٨٨/٤) ، (١٢٤/٥) .

(٣) انظر ترجمته في : طبقات الشيرازي ص (١١٤) ، وفيات الأعيان (٣٣٦/٣ ، ٣٣٧) ترجمة (٥٤٥) ، طبقات ابن السبكي (٧٩/٣) ترجمة (١١٣) ، طبقات الحسيني ص (٧٠ - ٧٢) .

قال القضاعي في كتاب الخطط : وُلِدَ في اليوم الذي مات فيه المزنيُّ .

وكان ابن الحداد فقيهًا محققًا غواصا على المعاني ، تولَّى القضاءَ بمصر والتدريس ، وكانت الملوك والرَّعايا تُكَرِّمُه وتعظِّمُه وتقصدُه في الفتاوى والحوادث .

وحَدَّثَ عن أبي عبد الرحمن النسائي وغيرِه ، وكان متصرفًا في علوم كثيرة : كعلوم القرآن الكريم ، والفقه والحديث ، والشعر وأيام العرب والنحو واللغة وغير ذلك . ولم يكن في زمانه مثلُه ، وكان مُحَبَّبًا إلى الخاص والعام .

وعُرِفَ ابن الحداد ؛ لأن أحد أجدادِه كان يعمل الحديدَ ويبيعه ، فَنُسِبَ إليه .

وتوفي ابن الحداد سنة خمس وأربعين وثلاثمائة ، وقال السمعاني : سنة أربع وأربعين . وحضر جنازته الأمير أبو القاسم أنوجور بن الإخشيد ، وكافور وجماعةٌ من أهل البلد .

وكان عمره يوم وفاته تسعًا وسبعين سنة وأربعةَ أشهر ويومين ، رحمه الله تعالى .

- **أبو علي بن أبي هريرة** (١) : هو الحسن بن الحسين البغدادي الفقيه ، انتهت إليه إمامةُ الشافعية في العراق ، كان عظيم القدر مَهِيبًا ، أَخَذ الفقهَ عن أبي العباس بن سريج ، وأبي إسحاق المروزي ، وله مسائل في الفروع ، وشَرَح « مختصر المزني » ودَرَّسَ ببغداد .

وتُوفي - رحمه الله - ببغداد سنة (٣٤٥هـ) في شهر رجب .

- **أبو بكر الفارسي** (٢) : هو أحمد بن حسين بن سهل الفارسي ، من فقهاء

---

(١) انظر ترجمته في : طبقات الفقهاء للشيرازي ص (١١٢) ، وفيات الأعيان (٣٥٨/١) ترجمة رقم (١٥١) ، طبقات الشافعية الكبرى (٢٥٦/٣) ترجمة (١٦٩) ، طبقات ابن هداية الله ص (٧٢ ، ٧٣)، الأعلام للزركلي (١٨٨/٢) .

(٢) انظر ترجمته في : طبقات الشافعية الكبرى (١٨٤/٢ ، ١٨٥) ، طبقات الشافعية لابن هداية الله الحسيني ص (٧٥ - ٧٧) .

الشافعية ، تَفقه على يد ابن سريج والمزني ، وكان أول من دَرَّسَ مذهبَ الشافعيِّ بِبَلْخ برواية المزني .

قال النووي : من أئمة أصحابنا وكبارهم ، ومُتَقَدِّميهم وأعلامهم ، صاحب المصنفات الباهرة والفضائل المتظاهرة ، وهو إمام جليل ذَكَره أبو عاصم العبادي في الطبقة الثانية .

وكان زاهدًا عالمًا عاملًا بعلمه ، يتَّسِمُ بصفاتِ التدين والكمال ، من مصنفاته كتابُ « عيون المسائل » على مسائل الربيع في نصوص الشافعي و « الأصول » و « الانتقاد » على المزني و « الخلاف » مع المزني أيضًا .

وتوفي - رحمه الله - في حدود سنة (٣٥٠)هـ وقيل : توفي سنة (٣٠٥هـ) .

- **صاحب التقريب** (١) : هو أبو الحسن محمد بن علي بن إسماعيل ، وهو ابن القفال الشاشي الكبير ، من أكابر علماء عصره بالفقه والحديث واللغة والأدب ، من أهل ما وراء النهر وُلِدَ سنة (٢٩١هـ) .

وهو أول مَنْ صَنَّفَ في الجدل الحسن من الفقهاء ، وعنه انتشر مذهبُ « الشافعي » في بلاده ، ورَوَى عن محمد بن جرير الطبري وأقرانه .

رحل إلى خراسان والعراق والحجاز والشام ، له مصنفات منها « أصول الفقه » و « شرح رسالة الشافعي» وقد روى عنه الحاكم أبو عبد الله بن منده ، وأبو عبد الرحمن السلمي وجماعة كثيرة .

توفي - رحمه الله - حيث ولد : في الشاش (وراء نهر سيحون) ، وكانت وفاتُه سنة (٣٦٥هـ) وقيل سنة (٣٣٦) هـ .

---

(١) انظر ترجمته في : طبقات الشيرازي ص (١١٢) ، وفيات الأعيان (٣٣٨/٣) ترجمة رقم (٥٤٧) ، طبقات الشافعية لابن السبكي (٢٠/٣) ترجمة رقم (١٥٩) ، طبقات الحسيني ص (٨٨، ٩٩) ، الأعلام (٢٧٤/٦) .

- **أبو زيد المروزي** [1] : هو محمد بن أحمد بن عبد اللّه بن محمد الفاشاني نسبة إلى « فاشان » قرية من قُرَى « هَرَاة » إحدى مدن خراسان الأربعة - وُلِدَ سنة (٣٠١)هـ .

أجمع أهل الإسلام على زهده وورعِه وجلالتِه في العلم .

قال الحاكم عنه في تاريخ نيسابور : كان أحد أئمة المسلمين ، ومن أحفظ الناس لمذهب الشافعي وأحسنهم نَظَرًا وأزهدِهم في الدنيا .

أقام بمكة سبعَ سنين ، وحدَّث بها وببغداد بصحيح البخاري عن الفربري .

وقال إمام الحرمين عنه : « إنه كان من أذكى الناس قريحةً » وقال أبو بكر البزار فيما يرويه الحاكم : « عادلت الفقيه أبا زيد من نيسابور إلى مكة ، فما أعلمُ أنّ الملائكة كَتَبَتْ عليه خطيئةً » .

وقد تفقه أبو زيد على يد الشيخ أبي إسحاق المروزي ، وحدَّث عن محمد بن يوسف الفربري . وحدث عنه الهيثم بن أحمد الصباغ ، والحاكم ، وأبو عبد الرحمن السلمي وغيرهم من النيسابوريين ، وروى عنه أيضًا الحافظ الدارقطني مع تقدُّمه في السنّ ، وتفقه على يديه أبو بكر القفال المروزي وفقهاء مرو . توفي - رحمه اللّه - بمرو سنة (٣٧١)هـ .

- **أبو الحسن الماسَرْجِسي** [2] : هو أبو الحسن محمد بن عليّ بن سهل بن مفلح ، وهو منسوب إلى جد من أجداده واسمه ماسرجس . قال السمعاني : كان أبو الحسن الماسرجسي إمامًا من الفقهاء الشافعية ، ومن أعلم الناس بالمذهب وفروع المسائل ، تفقه بخراسان والعراق والحجاز ، وهو من أصحاب الوجوه في المذهب الشافعي . ومن أجَلِّ مَنْ تفقَّه عليه الماسرجسيُّ أبو إسحاق المروزي . ومن أجل مَنْ تفقَّه على الماسرجسيِّ

---

(١) انظر ترجمته في : طبقات الفقهاء للشيرازي (١١٥) ، وفيات الأعيان (٣/٣٤٥) ترجمة رقم (٥٥٣) ، طبقات ابن السبكي (٣/٧١) ترجمة رقم (١١٠) ، طبقات ابن هداية اللّه الحسيني ص (٩٦ ، ٩٧) .

(٢) انظر ترجمته في : تهذيب الأسماء واللغات (٢/٢١٢) ، وفيات الأعيان (٤/٢٠٢) ، شذرات الذهب (٣/١١٠) ، طبقات ابن هداية اللّه ص (٩٩ ، ١٠٠) .

أبو الطيب الطبري .

وقد توفي الماسرجسي سنة (٣٨٤) هـ ، وله من العمر سِتٌّ وثمانون سنة .

- الخِضْرِي (١) : هو محمد بن أحمد المروزي أبو عبد الله الخضري ، إمام « مَرْو » ومُقَدّم الفقهاء الشافعية ، صَحِب أبا بكر الفارسيَّ ، وكان من أعيان تلامذة أبي بكر القفال الشاشي ، وأقام بمرو ناشرًا فقهَ الشافعيِّ ، كان يُضْرب به المثل في قوة الحفظ وقلة النسيان ، له في المذهب وجوه غريبةٌ نقلها الخراسانيون عنه ، وكانت له معرفةٌ بالحديث أيضًا ، وكان ثقة . والخِضْرِي : نسبة إلى بعض أجداده ، واسمُه الخِضْر . حدَّث عن القاضي أبي عبد الله الحسين بن إسماعيل المحاملي وغيره . وتفقَّهَ عليه جماعةٌ منهم الأستاذ أبو علي الدقاق .

وتوفي - رحمه الله تعالى - في عشر الثمانين والثلاثمائة من الهجرة .

- أبو بكر الأُوْدَني (٢) : هو محمد بن عبد الله بن محمد بن نصر بن ورقاء إمام أصحاب الشافعي في عصره ، ذكره الحاكم أبو عبد الله النيسابوري في تاريخ نيسابور ، وقال : حجَّ ثم انصرف وأقام بنيسابور عندنا مرةً ، وكان من أزهد الفقهاء وأبكاهم على تقصيره . وله وجوهٌ في المذهب ، رَوَى عنه أبو عبد الله الحاكم وأبو عبد الله الحليمي وغيرهما .

والأُوْدَني : بضم الهمزة ، وسكون الواو ، وفتح الدال المهملة ، وبعدها نون . وهذه النسبة إلى « أودنة » وهي قرية من قرى بُخَارَىٰ ، هكذا قاله السمعاني ، والفقهاءُ يحرفونه ويقولون « الأودي » .

---

(١) انظر ترجمته في : وفيات الأعيان (٣٥١/٣ ، ٣٥٢) ترجمة رقم (٥٥٩) ، طبقات الشافعية الكبرى (١٠٠/٣) ترجمة رقم (١١٦) ، سير أعلام النبلاء (١٧٢/١٨) ترجمة رقم (٨٩) ، طبقات الشافعية لابن هداية الله ص (١٠٩) .

(٢) انظر ترجمته في : وفيات الأعيان (٣٤٦/٣) ترجمة رقم (٥٥٤) ، طبقات الشافعية الكبرى (١٨٢/٣) ترجمة رقم (١٤٨) ، طبقات الشافعية لابن هداية الله ص (١٤٨) .

وقد توفي أبو بكر الأُودَني في شهر ربيع الأول سنة خمس وثمانين وثلاثمائة ببخارىٰ ، ودُفِن بكلاباذ (محلة ببخارىٰ أيضًا) رحمه اللّه تعالى .

- **والحليمي** [١] : هو أبو عبد اللّه الحسن بن الحسين بن محمد بن حليم المعروف بالحليمي نسبة إلى جده ، كان شيخ الشافعية بما وراء النهر بعد أستاذه القفال الشاشي . وُلد سنة (٣٣٨) هـ بجرجان ، وقال فيه إمام الحرمين : كان الحليمي رجلًا عظيم القدر ، لا يُحيط بكُنه علمه إلا غواصٌ . وتوفي - رحمه اللّه - سنة (٤٠٣)هـ .

- **أبو حامد الإسفرائيني** [٢] : هو أحمد بن محمد بن أحمد الإسفرائيني ، شيخ طريقة العراق ، حافظ المذهب الشافعي وإمامُه ، وُلِد سنة (٣٤٤) هـ قدم بغدادَ شابًّا ، وَتفقه على الشيخين : ابن المرزبان ، والداركي . حدّث عن عبد اللّه بن عدي وأبي الحسن الدارقطني وغيرهما ، وروى عنه سليم الرازي .

قال الشيخ أبو إسحاق : « انتهت إليه رئاسةُ الدين والدنيا في بغداد ، واتفق الموافق والمخالِف على تفضيله » . وقال الخطيب : « كان يحضر مجلسه سبعمائة متفقه » .

وكان عظيم الجاه والهيبة عند الخليفة ، حتى قال له مرةً : (اعلمْ أنك لستَ بقادرٍ على عزلي عن ولايتي ... وأنا أقدر أنْ أكتب رقعةً إلى خراسان أعزلك عن خلافتك » .

له مصنفات كثيرة منها : التعليقة وكتاب في أصول الفقه ، وغيرها . توفي في شوال سنة (٤٠٦) هـ ببغداد .

---

(١) انظر ترجمته في : طبقات الشافعية الكبرى (٣٣٣/٤) ، البداية والنهاية (٣٤٩/١١) ، العبر للذهبي (٨٤/٣) ، طبقات الشافعية لابن هداية اللّه ص (١٢٠) .

(٢) انظر ترجمته في : تهذيب الأسماء واللغات (٢٠٨/٢) ، طبقات الفقهاء للشيرازي ص (١٢٣ ، ١٢٤) ، طبقات الفقهاء لأبي عمرو بن الصلاح (٣٧٣/١) ترجمة رقم (١٢٠) ، طبقات ابن هداية اللّه ص (١٢٨) .

- **المَحَامِلي** (١) : هو أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم بن إسماعيل ابن محمد بن سعيد بن أبان ، الضبي المحاملي الفقيه الشافعي ، وُلِد ببغداد سنة ثمان وستين وثلاثمائة من الهجرة وأخذ الفقهَ عن الشيخ أبي حامد الإسفرائيني ، وله عنه تعليقة تُنْسَب إليه ، وسمع الحديث من محمد بن المظفر وطبقته ، وكان بارعًا في الفقه حتى درس في حياة شيخه أبي حامد وبعده ، ورحل به أبوه إلى الكوفة ودَرّس فيها .

له مصنفات مشهورة منها : « تحرير الأدلة » و « المقنع » و « اللباب » و « المجموع » و « المجرد » و « رؤوس المسائل » و « عدة المسافر » .

وقد تُوفي المحاملي يوم الأربعاء لتسعٍ بَقِينَ من ربيع الآخر سنة (٤١٥) هـ وله سبع وأربعون سنة .

والضبي - بفتح الضاد ، وتشديد الباء - : نسبة إلى قبيلة كبيرة مشهورة .

والمحاملي - بفتح الميم والحاء ، وكسر الميم الثانية - : نسبة إلى المحامل التي يُحْمَل عليها الناس في السفر .

- **القَفَّال** (٢) : هو عبد الله بن أحمد المروزي الصغير أبو بكر القفال ، فقيه شافعي ، كان وحيدَ زمانه في الفقه والحفظ والزهد ، وكانت صناعته عمل الأقفال قبل أن يشتغل بالعلم ، وُلِدَ سنة (٣٢٧هـ) .

ومن علماء الشافعية أيضًا من يُسمى بالقفال الشاشي الكبير ، ولا ذِكْرَ له في

(١) انظر ترجمته في : طبقات الفقهاء للشيرازي ص (١٢٩) ، طبقات الفقهاء الشافعية لأبي عمرو بن الصلاح ص (٣٦٦/١) ترجمة رقم (٨٧) ، وفيات الأعيان (٥٧/١) ترجمة رقم (٢٦) ، طبقات الشافعية الكبرى (٤٨/٤) ترجمة رقم (٢٦٥) ، طبقات ابن هداية الله ص (١٣٢ ، ١٣٣) .

(٢) انظر ترجمته في : طبقات الفقهاء للشافعية (٣٩٦/١) ترجمة رقم (١٨١) ، تهذيب الأسماء واللغات (٢٨٢/٢) ، وفيات الأعيان (٢٤٩/٢) ترجمة رقم (٣٠٧) ، طبقات الشافعية الكبرى (٥٣/٥ - ٥٦) ترجمة رقم (٤٢٦) ، الأعلام (٦٦/٤) .

« الوسيط » ، وإنما الذي في الوسيط القفالُ المروزي الصغير .

له كثير من المصنفات في مذهب الشافعي ، منها شرح فروع محمد بن الحداد المصري ، في الفقه .

توفي في سجستان سنة (٤١٧هـ) وهو ابن تسعين سنة ، ودُفن بها ، وقبرُه بها معروفٌ يُزَار ، رحمه اللّه تعالى .

- **الأستاذ أبو إسحاق** [١] : هو الإمام إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن مهران الإسفراييني ، المُلَقَّب : بركن الدين ، عُرِف بالاجتهاد والورع ، وكان عالمًا بالعلوم الشرعية والعقلية واللغوية ، أقام بالعراق مدةً ثم انتقل إلى « إسفراين » فدخل عليه أهل نيسابور ونقلوه إلى نيسابور ، وبَنَوْا له مدرسةً ، فلزِمَها ودَرَّسَ فيها إلى أنْ توفي ، وأقرَّ له أهلُ العراق وخراسان بالتقدُّمِ والفضل .

له من المصنفات : « التعليقة في أصول الفقه » وغير ذلك . تُوفي (رحمه اللّه) في نيسابور يوم عاشوراء سنة (٤١٨) هـ ، ثم نُقِل منها إلى إسفرائين ودُفن بها .

- **المسعودي** [٢] : هو أبو عبد اللّه محمد بن عبد اللّه بن مسعود بن أحمد المروزي المعروف بالمسعودي ، كان عالمًا فاضلًا حسن السيرة ، وكان إمامًا مبرِّزًا زاهدًا ورعًا حافظا لمذهب الشافعي . وله شرح مختصر المزني . توفي سنة نيّف وعشرين وأربعمائة .

---

(١) انظر ترجمته في : طبقات الشيرازي ص (١٢٦) ، طبقات الفقهاء الشافعية لابن الصلاح (٣٢/١) ترجمة رقم(٨٧) ، وفيات الأعيان (٩٠٨/١) ترجمة رقم (٤) ، طبقات الشافعية الكبرى (٥٦/٤) ترجمة رقم (٣٥٧) ، طبقات ابن هداية اللّه ص (١٣٥ ، ١٣٦) .

(٢) انظر ترجمته في : طبقات الشافعية الكبرى (١٧١/٤) ، الوافي بالوفيات (٣٢١/٣) ، طبقات الشافعية لابن هداية اللّه ص (١٣٧) .

- **الصيدلاني** (١) : هو أبو بكر محمد بن داود بن محمد المروزي المعروف بالصيدلاني ، نسبة إلى بيع العطر ، ويُعرف بالداودي أيضًا نسبة إلى أبيه . كان إمامًا في الفقه والحديث ، وكان هو والقفال المروزي متعاصرين . وله مصنفات جليلة ، منها شرح لمختصر المزني .

وتوفي - رحمه اللّه - سنة (٤٢٧) هـ تقريبًا .

- **الشيخ أبو محمد** (٢) : هو عبد اللّه بن يوسف بن عبد اللّه الجويني والد إمام الحرمين ، من علماء التفسير واللغة والفقه ، وُلد في « جوين » (من نواحي نيسابور) وسكن نيسابور وكان عالمًا عاملًا ، قيل في حقه : لو كان الجويني في بني لإسرائيل لافتخروا به . له مصنفات كثيرة منها : كتاب كبير في التفسير ، والتبصرة والتذكرة في الفقه ، والوسائل في فروق المسائل ، والجمع والفرق في فقه الشافعية ، وإثبات الاستواء .

وتوفي - رحمه اللّه - في نيسابور سنة (٤٣٨) هـ .

- **الفُوْراني** (٣) : هو أبو القاسم عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن فوران المروزي الفوراني ، فقيهٌ من علماء الأصول والفروع ، كان شيخَ الشافعية بِمَرْو ، وُلد بها سنة (٣٨٨ هـ) وهو صاحبُ « الإبانة » التي أخذ عنها الغزاليُّ في الوسيط . وله مصنفاتٌ أخرى في الأصول والخلاف والجدل والملل والنحل .

---

(١) انظر ترجمته في : طبقات الشافعية لابن هداية اللّه ص (١٥٢،١٥٣) .

(٢) انظر ترجمته في : طبقات الفقهاء الشافعية لابن الصلاح (٥٢٠/١) ترجمة رقم (١٩٠) ، وفيات الأعيان (٢٥٠/٢) ترجمة رقم (٣٠٨) ، طبقات الشافعية الكبرى (٧٣/٥) ترجمة رقم (٤٣٩) ، طبقات ابن هداية اللّه ص (١٤٤ ، ١٤٥) . الأعلام (١٤٦/٤) .

(٣) انظر ترجمته في : تهذيب الأسماء واللغات (٢٨٠/٢ ، ٢٨١) ، وفيات الأعيان (٣١٤/٢) ، ترجمة رقم (٣٣٧) ، سير أعلام النبلاء (٢٦٤/١٨) ترجمة رقم (١٣٣) ، طبقات ابن هداية اللّه ص (١٦٢ ، ١٦٣) ، الأعلام للزركلي (٣٢٦/٣) .

توفي – رحمه اللّه – سنة (٤٦١ هـ) في شهر رمضان بمدينة مرو ، وهو ابن ثلاث وسبعين سنة .

والفُوْراني – بضمّ الفاء ، وسكون الواو ، وفتح الراء – : نسبة إلى جده فُوران .

– **القاضي حسين** (١) : هو الحسين بن محمد بن أحمد أبو علي المروزي ، من كبار فقهاء الشافعية ، رَوى الحديث عن أبي نعيم الإسفرائيني وغيره ، كان صاحبَ وجوهٍ غريبة في المذهب ، صنف في الأصول والفروع والخلاف وله « التعليقة في الفقه » .

أَخذ عنه الفقهَ جماعةٌ من الأعيان ، منهم إمامُ الحرمين ، والمتولي ، والفراء البغوي صاحب كتاب « التهذيب » وكتاب « شرح السنة » وغيرهما ، وقال الرافعي في التهذيب : إنه كان غواصًا في الدقائق ، وكان يُلَقَّب بحبر الأئمة .

قال النووي : ومتى أُطلق (القاضي) في كتب متأخري الخراسانيين كالنهاية ، والتتمة ، والتهذيب ، وكُتب الغزالي ونحوها – فالمرادُ به القاضي حسين .

توفي القاضي – رحمه اللّه – سنة اثنتين وستين وأربعمائة بِمَرْوُرُّوذ .

– **الإمام** (٢) : هو إمام الحرمين ، عبد الملك بن عبد اللّه بن يوسف بن محمد الجويني ركن الدين ، أعلمُ المتأخرين من أصحاب الشافعي .

وُلد في جُوَيْن (من نواحي نيسابور) سنة (٤١٩هـ) ثم رحل إلى بغداد ، ثم بمكة ، ومكث بها أربع سنين ، وذهب إلى المدينة فأفتى ودَرَّسَ جامعًا طرقَ المذاهب ، ثم رجع إلى نيسابور ، فَبَنى له الوزيرُ « نظَام المُلْك » المدرسةَ النظامية في نيسابور ، فكان يدرس بها ، وكان يحضر دروسَه أكابرُ العلماء .

---

(١) انظر ترجمته في : وفيات الأعيان (٤٠٠/١) ترجمة رقم (١٧٥) ، سير أعلام النبلاء (٢٦٠/١٨) ترجمة رقم (١٣١) ، طبقات ابن هداية اللّه ص (١٦٣) ، الأعلام للزركلي (٢٥٤/٢) .

(٢) انظر ترجمته في : وفيات الأعيان (٣٤١/٢) ترجمة رقم (٣٥١) ، طبقات الشافعية الكبرى (١٦٥/٥ – ٢٢٢) ترجمة رقم (٤٥٧) ، طبقات الشافعية لابن هداية اللّه ص (١٧٤ – ١٧٦) الأعلام (١٦٠/٤) .

وكان زاهدًا ورعًا حتى قيل في وصفه : « الفقهُ فقهُ الشافعي ، والأدبُ أدبُ الأصمعي ، وفي الوعظ الحسنُ البصري » .

وللإمام مصنفات عديدة منها : غياث الأمم والْتياث الظُّلَم ، والعقيدة النظامية ، والبرهان في أصول الفقه ، ونهاية المطلب في دراية المذهب في فقه الشافعية ، اثنا عشر مجلدًا ، والشامل في أصول الدين ، والورقات في أصول الفقه .

وتوفي الإمام - رحمه الله - بنيسابور سنة (٤٧٨هـ) .

* * *

التنقيح

في شرح الوسيط للغزالي

تأليف

الإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي *

---

* آثرت تصدير هذه الطبعة من « الوسيط » بالنص الكامل لمقدمة الإمام النووي في كتابه « التنقيح » ، ثم أفردت الحاشية الثانية للقطعة التي تحصلت لي من كتابه هذا ، وهي حوالي (١٢٠) لوحة ، لما لذلك من فوائد كثيرة .

١/أ



مقدمة كتاب التنقيح للنووي

الحمد لله ذي الجلال والإكرام ، والفَضْل والطَّوْل والمِنَنَ الجِسام ، الذي هدانا للإسلام ، وأَسْبغَ علينا جزيلَ نعمِه وألطافه العظام ، وأفاض علينا من خزائن مُلْكه أنواعًا من الإنعام ، و كَرَّم الآدميين وفَضَّلهم على غيرهم من الأنام ، وجعل فيهم قادةً يدعون بأمره إلى دار السلام ، واجتبى مَنْ لطف به منهم فجعلهم من الأماثل والأعلام ، فطهَّرهم من الكدر وَوَضَر الآثام ، وصَيَّرهم بفضله من أُولي النُّهى والأحلام ، ووفّقهم لإدامة مراقبته ولزوم طاعته على تكرر السنين والأيام .

واختار مِنْ جميعِهم حبيبَه وخليلَه عبدَه ورسولَه محمدًا ﷺ ، فمحى به عبادةَ الأصنام ، وأدْحَضَ آثار الكفر ومعالمَ الأنصاب والأزلام ، واختصَّه بالقرآن العزيز المعجز وجوامع الكلام ، فَبَيَّنَ ﷺ للناس ما أرسل به من أصول الديانات والآداب وفروع الأحكام ، وغير ذلك مما يحتاجون إليه على تعاقُب الأحوال والأعوام ، صلى الله عليه وعلى جميع الأنبياء والملائكة وآل كلٍّ وأتباعهم الكرام ، صلوات متضاعِفات دائمات بلا انفصام .

أحمده أبلغَ حَمْدٍ وأكملَه ، وأزْكاه وأشملَه ، وأشهد أنْ لا إله إلا الله الكريم الغفار ، وأشهد أنَّ محمدًا عبدهُ ورسولُه المصطفى المختار ، صلى الله عليه وزادَه فضلًا وشرفًا لديه .

أما بعد :

فإنَّ الاشتغال بالعلم أفضلُ القُرَب ، وأَجَلُّ الطاعات ، وأهمّ أنواع الخير ، وآكَدُ العبادات ، وأَوْلَى ما أُنفِقَتْ فيه نفائسُ الأوقات ، وشَمَّر في إدراكه والتمكُّنِ فيه أصحابُ الأنْفُسِ الزكيّات .

وأهمُّ أنواع العلوم في هذه الأزمان - لأكثر الناس - الفروعُ الفقهيات ؛ لافتقارِ جميع الناس إليها في كل الحالات ، وقد أكثر العلماءُ من أصحابنا الشافعيين - رحمهم الله - في تصنيف الفروع من المبسوطات والمختصرات ، وأَوْدَعُوا فيها من الأحكام والقواعد والنفائس الجليلة ما هو معلوم / مشهور لأهل العنايات . ١/ب

ومِنْ أحسِنها جمعًا وترتيبًا ، وإيجازًا وتلخيصًا ، وضَبْطًا وتقعيدًا ، وتأصيلًا وتمهيدًا : « الوسيط » للإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، ذي العلوم المتظاهرات ، والمصنفات النافعة المشتهرات .

وقد ألهم اللهُ الكريم الحكيم مُتأخِّري أصحابنا من زمن الغزالي إلى يومنا الاشتغالَ بهذا الكتاب في جميع بُلْدانهم القريبات والبعيدات ، ففيه تدريسُ المدرسين ، وحِفْظُ الطلاب المعتنين ، وبَحْثُ الفضلاء والمبرِّزين ؛ لِمَا جَمَعَه من المحاسن التي ذكرتُها والنفائس التي وصَفْتُها ، وغيرها من المقاصد التي أَغْفَلْتُها .

لكن فيه أنواعٌ لابُدَّ - لمن يريد اعتماده - من معرفتها ، ولمن يُحَصِّله من الإحاطة بها ؛ فاستخرتُ الله الكريم الرؤوفَ الرحيم في جَمْعِ كتابٍ في تنقيحه ، وبيان ما يُنْكر عليه ؛ ليحَصلَ الوثوقُ به والركونُ إليه ، وليستبين مَنْ حَصَّل هذا الكتاب الفتوى من « الوسيط » بما أُقِرُّه أو أُقَدِّره من الأحكام ، ولا يجد مُنْكَرًا عليه ، بل يمتاز به عند أُولي النُّهى والأحلام .

وهذا الكِتابُ مِنْ أهمِّ ما يحتاج إليه الطالب ، وينتفع به المدرسُ الراغب ، والمقصودُ به بيانُ اثْني عَشَرَ نوعًا [1] :

---

(١) أرى أنه لابد من النظر إلى الأنواع الستة الأولى في ضوء الالتفات إلى أن تصانيف الغزالي الفقهية وخاصة « الوسيط » مبكرة عن مرحلة تمحيص المذهب وتحرير مسائله على يدي الشيخين الرافعي والنووي .

ولابد أيضًا أن يؤخذ في عين الاعتبار المصادر المتقدمة عليه التي استقى منها ، فاعتماده على كتب شيخه إمام الحرمين أوجد بعض الأنواع الستة التي ذكر النووي أنه سيتتبعها .

وإذا أخذ في الاعتبار - أيضًا ما ذكره ابن أبي الدم في كتابه « إيضاح الأغاليط » الذي ضمناه هذا العمل من أنه سيذكر المجمع على كونه وهمًا عند الغزالي ، ثم يعدها قرابة خمسين موضعًا ، أو ما ذكره الحموي من الاستشكالات - مع التوسع والإطالة - قرابة ثلاثمائة موضع ليست كلها مسلمة لأصحابها ، إذا أخذنا ذلك بعين الاعتبار فحجم مواطن الإشكال في نفسها قد يبدو كثيرًا ، ولكن إذا قورن بحجم الفروع التي وردت بالكتاب فإنه يعد قليلا جدًا .

وهذا ليس دفاعًا عن الغزالي - وهو غني عن الدفاع من أمثالنا - ولكنه لفت للأنظار إلى شيء يستحق البحث والدرس للتعرف على مدرسة الشافعية للتصنيف .

الأول : ما غلط فيه من الأحكام ، وهو كثيرٌ .

الثاني : جَزْمه باحتمالٍ لشيخه إمام الحرمين وإهمالُه نصَّ الشافعيِّ ، والأصحاب - رحمهم الله - بخلافه ، وهذا أيضًا فيه كثيرٌ ، ولكنه أَقَلُّ من الأول .

الثالث : جَزْمُه بقولٍ أو وجهٍ ضعيف ، وهذا أكثر من النوعين السابقين .

الرابع : إطلاقُه قولين مكانَ وجهين وعكسه ، وهذا كثير جدًّا .

الخامس : ترجيحُه خلافَ الراجح عن الشافعيِّ والأصحاب .

السادس : بيانُ الراجح من قولين ، أو وجهين ، أو احتمالين ، أو طريقين أَهْمَلَ بيانَهُمَا ، وبيانُ خلافٍ أهملَه ولم يُبَيِّنْ أنه قولان ، أو وجهان ، أو طريقان ، أو غير ذلك .

السابع : بيان ما غَلَّطَه فيه كثيرون ، وليس هو غلطًا ، بل له وَجْهٌ خَفِيَ على مَنْ غلَّطه ، وهذا كثير جدًّا في الأحكام واللغات .

الثامن : في استنباط مسائل مُهِمّة تُسْتفاد من ضوابطه ، لا تكاد تُوجَد صريحةً لغيره ، وهي صحيحةٌ نفيسة / ، كاستفادة طهارة الدود المتولِّد من النجاسة من كون الحيوان طاهرًا إلا الكلب والخنزير وفروع أحدهما ، وأشباه ذلك . ٢/أ

التاسع : بيانُ الأحاديث ، صحيحِها وحَسَنها ، وضعيفِها ومُنْكَرِها ، وشاذِّها وموضوعِها ، ومقلوبِها والمُصَحَّفِ منها ، والمُغَيَّرِ لفْظُه ، وضَبْط لفظها ، وبيانُ ما قد يَخْفَى من معانيها . والوسيطُ مشتملٌ على هذا كلِّه .

العاشر : بيانُ لُغَاتِه العربية والعجمية والمعرَّبة وألفاظه المولَّدة ، وتمييزُ ذلك بعضه من بعض ، وبيان اشتقاقها وحدودها ، والمصحَّف منها ، وضبطها ضبطًا واضحًا ، وبيان معانيها .

الحادي عشر : بيان أسماء الرجال التي فيه من الصحابة والتابعين وتابعيهم ، والفقهاء من أصحابنا وغيرهم ، والنساء وغيرهن من ذوي الأسماء من الملائكة وغيرهم . وهذا النوعُ يشتمل على أصناف ، وهي بيان الأسماء الصريحة ، وبيان أسماء ذوي الكُنَى ، والأبناء وآبائهم ، والألقاب والأنساب كالأصمِّ والأعمش والمزني والبويطي ، والمُبْهَمَات

كرجلٍ وبعضهم ، والأغاليط وهذا الصنفُ كثيرٌ .

الثاني عشر : بيانُ ألفاظٍ زائدة وناقصة ، فالناقصة هي التي لا يصح الكلامُ بدونها، وقد حَذَفَها ، والزائدةُ هي التي يَفْسَدُ الحكمُ بذكرها ، ويتغيَّر المعنى بها ، فيجب حَذْفُها وهذا كثيرٌ ، ومن أمثلته : قولهُ في مواضع كثيرة : « الغَيْبة إن كانت فوق مسافة القصر أَبَاحَتْ ، ودون مسافة العَدْوَى [1] لاتُبيح ، وبينهما قولان » . فيد خل في قوله : « بينهما » نَفْسُ مسافةِ القصر ؛ لأنها بَيْنَ المسافة وبين ما دونها ، ولا خلافَ أنَّ مسافةَ القصر فقط لها حكمُ ما فوقها في جميع الأبواب ، فالصوابُ حَذْفُ لفظة: «فوق»،ولهذانظائرُ كثيرةٌ جدًّا سَتَراها في مواضعها إن شاء الله تعالى .

فهذه الأنواع التي قَصَدْتُها في هذا الكتاب ، فأذكرها - إن شاء الله تعالى - مختصرةً جدًّا بعباراتٍ وجيزة واضحة لايَقِفُ فهمُها على مَنْ له أدنى أُنسٍ ، وأقتصر في كل ذلك على المهِم الذي يحصل به الغرض .

وكنت أُوثر ذكْرَ هذه الأنواع مُفَصَّلةً ، كلّ نوعٍ وحدَه مرتبةً كما ذكرتُه ، فرأيتُ في ذلك مفسدةً ، وهي أن / الباب الواحد - بل الدرس الفرد - يشتمل على كثير من هذه ٢/ب الأنواع ، وربما اشتمل على أكثرها أو كلها فيتعذّر على مُطَالِعِهِ جَمْعُ ما يتعلّق به من أطراف هذا التصنيف ، فرأيت أن أَمُرَّ على الكتاب حَرْفًا حَرْفًا ، فكلما مررتُ بشيء ذكرتُ فيه ما يتعلق به من هذه الأنواع ، فهذا أنفع وأضبطُ على المُطَالِع . وقد التزمت أني لا أُخِلّ بشيء مما ذكرتُه من هذه الأنواع إلا ما الإنسانُ مُعَرَّض له من الذهول والنسيان وغير ذلك من النقائص .

ثم رأيتُ أن أَضُمَّ إلى هذا مقصودًا مهمًّا ، وهو أنَّ ما ذكره المصنفُ ، والإنكارَ فيه من

---

(١) قال النووي : « قوله في الوسيط والبسيط والوجيز : (إذا غاب إلى مسافة العدوى) قال إمام الحرمين وغيره : هي التي يمكن قطعها في اليوم الواحد ذهابًا ورجوعًا ، ومعناه أن يتمكن المبكر إليها من الرجوع إلى منزله قبل الليل . قال الرافعي : مأخذ لفظها - في الصحاح - أن العدوى الاسم من الإعداء ، وهي المعونة ، يقال : أعدى الأمير فلانًا على خصمه إذا أعانه عليه . والعدوى أيضًا : ما يعدي من جرب وغيره ، وهي مجاوزته من صاحبه إلى غيره ، فقيل لهذه المسافة مسافة العدوى ؛ لأن القاضي يعدى من استعدى به على الغائب إليها فيحضره . ويمكن أن يجعل من الإعداء بالمعنى الثاني لسهولة المجاوزة من أحد الموضعين إلى الآخر » انظر : تهذيب الأسماء واللغات (جـ ٢ / ق ٢ / ١٢) .

وجه من الوجوه - ولا مَدْخَلَ لنوعٍ مِن الأنواع فيه - نبهتُ على أنه صحيح ، فأقول : قولُه كذا هو كما قال ، أو قوله : كذا إلى قوله كذا هو كما قال ، وقد يكون فيه خلافٌ ضعيف لم يَذْكُره فلا ألتزم التنبيهَ عليه . وغرضي بهذا أنْ يثِقَ مُطَالِعُ هذا الكتاب بصحة كل ما في (الوسيط) مما لم أذكر فيه شيئًا ، ويَعْلم أني لم أتركْه ذهولًا عنه ولا شكًّا في صحته ، ولا غير ذلك من الاحتمالات المُشْكِلَة .

ثم إني لا أقول شيئًا من هذه الأنواع إلا بعد التفتيش التام والإتقان الذي يُمكنني ولا أدخر جهدًا ؛ فَثِقْ به .

ومتى قلتُ : « الصحيح » فَقَسِيمُه : « واهٍ » ، « والأصحّ » فقسيمُه : « متماسك » ، أو « المذهب » فهو من طريقين أو طُرق .

واستمدادي المعونةَ والهدايةَ والتوفيقَ والصيانةَ - في هذا وجميع أموري - من ربّ الأرضين والسماوات ، أسأله التوفيق لحسن النّيّات ، والإعانةَ على جميع أنواع الطاعات وتيسيرها والهداية لها دائمًا في ازدياد حتى الممات ، وأنْ يفعل ذلك بوالديَّ ومشايخي وأقربائي وإخواني وسائر مَنْ أُحبُّه أو يحبُّني فيه ، وجميع المسلمين والمسلمات ، وأنْ يجود علينا برضاه ومحبته ودوام طاعته ، وغير ذلك من وجوه المسَرَّات ، وأن يُطَهِّرَ قلوبَنا وجوارحَنا من جميع المخالفات ، وأنْ يرزقنا التفويضَ إليه والاعتماد عليه في جميع الحالات . اعتصمتُ بالله ، وتوكلتُ على الله ، ما شاء الله ، لاقوة إلا بالله ، لاحول ولا قوة إلا بالله العزيز الحكيم / حسبي اللهُ ونِعْمَ الوكيلُ . ٣/أ

وقد رأيت أن أقدم في [صدره فصولًا] [1] يحتاج إليها المشتَغِلُ « بالوسيط » وغيره .

* * *

(١) غير واضحة بالأصل ، اجتهدت في قراءتها .

فصل

في بيان القولين والوجهين والطريقين

فالأقوال للشافعي ، والوجوهُ لأصحابه المنتسبين إلى مذهبه يُخرِّجونها على أصوله ، ويَستنبطونَها من قواعده ، ويَجْتهدون في بعضها وإن لم يأخذوها من أصوله ، ويُسمَّى المأخوذُ من أصوله : قولًا مُخرَّجًا .

واختلف أصحابنا في المخرَّج : هل يُنْسب إلى الشافعي أم لا ؟ والأصحُّ أنه لا يُنْسَب إليه .

ثم قد يكون القولان قديمين ، وقد يكونان جديدين ، وقد يكون أحدهما قديمًا والآخرُ جديدًا ، أو قد يقولهما في وقت أو في وقتين ، وقد يُرَجِّح أحدَهما وقَدْ لا .

والوجهان قد يكونان لشخصين ، وقد يكونان لشخصٍ ، وما كان لشخصٍ يَنْقسم كانقسام القولين .

وأما الطرق : فهي اختلافُ الأصحاب في حكاية المذهب ، فيقول بعضُهم - مثلًا -: فيه قولان ، أو وجهان ، وبعضهم يجوِّز قولًا واحدًا ، أو وجهًا واحدًا ، أو يقول أحدهما : فيه خلافٌ مطلقًا ، ويقول الآخر : فيه تفصيل .

وقد يَسْتعملون الطريقين موضعَ الوجهين وعكسه ، وقد أوضحتُ هذا كلَّه بأمثلته من كلام الأصحاب في أول شرح المهذب (١) .

* * *

(١) راجع : المجموع شرح المهذب للنووي (١/ ١٠٧ وما بعدها) .

فصل

كل مسألة فيها قولان - قديمٌ وجديد - فالجديد هو الراجح وعليه العملُ إلا في نحو عشرين مسألةً قد جمعتُها في أول شَرحْ المهذب ، وهَذَّبْتُها وذكرتُ اختلافَ الأصحاب فيها وما يتعلّق بها ، وأنا أشير إلى طَرف من ذلك هنا (١) :

قال إمام الحرمين في « النهاية » في باب المياه والأذان : قال الأئمة : كلُّ قولين - جديد وقديم - فالجديد هو الصحيح ، إلا في ثلاث مسائل : مسألة التثويب في أذان الصبح ، القديمُ : استحبابُه ، والتباعُد عن النجاسة في الماء الكثير ، القديم : لايُشْترط .

ولم يذكر الثالثةَ هنا ، وذكر هو في مختصره للنهاية أنَّ الثالثة تأتي في زكاة التجارة ، وذكر في « النهاية » عند ذِكْرِه قراءةَ السورة في الركعتين الأُخْرَيين ، أن القديم : أنها لا تُستحب ، قال : وعليه العمل .

وذكر بعضُ المتأخرين أنَّ المسائل المستثناة أربعَ عشرةَ : فذكر الثلاث المذكورات . ومسألةَ الاستنجاء بالحجر فيما جاوز / المخْرَج ، والقديم : جوازُه ولَمْسُ المحارم ، القديم : لا يَنقض : الماء الجاري لا ينجس في القديم إلا بالتغيُّر . وتعجيل العشاء أفضل في القديم ، ووقت المغرب ، والقديم : امتدادُه إلى غروب الشفق . وصحة اقتداء مَنْ أَحْرَمَ منفردًا ، والقديمُ جوازُه . والقديم : تحريم أَكْلِ جِلْدِ المدبوغ . ووجوب الحدِّ بوطء المحْرَم المملوكة ، وكراهة تقليم أظفار الميت . وصحة شرط التحلُّل من الإحرام بمرض . وأن النِّصاب لا يُعْتبر في الرِّكاز . ٣/ب

وهذه المسائل التي ذكرها ليست متفقًا عليها ، بل خالف جماعاتٌ من الأصحاب فِي بعضها أوأكثرِها ، فرجَّحُوا فيها الجديدَ ، ونقل جماعاتٌ في كثير منها قولًا جديدًا يُوافِقُ القديمَ ، فيكون العملُ بهذا الجديدِ لا القديم .

ثم حَصْرُه المسائلَ التي يُفْتى فيها على القديم في هذه ضعيفٌ ؛ فإنَّ لنا مسائلَ غيرها صَحَح كثيرون - أو الأكثرون - فيها القديمَ ، منها :

---

(١) راجع : المجموع للنووي (١ / ١٠٨ وما بعدها) .

الجَهْرُ بالتأمين في الجهرية ، القديم : استحبابه ، وهو الصحيح عند الأصحاب . وإن كان القاضي حُسَين قد خالف الجمهورَ فقال في « تعليقه » : القديمُ : أنه لا يَجْهر .

ومنها : مَنْ مات وعليه صَوْمٌ ، القديم يصوم عنه وليُّه ، وهو الصحيح عند المحققين ؛ للأحاديث الصحيحة فيه .

ومنها : استحبابُ الخطِّ بين يَدَي المصلِّي إذا لم يكن عصًا ونحوُه ، القديم استحبابُه ، وهو الصحيح عند الأكثرين .

ومنها : إذا امتنع أحدُ الشريكين من عمارة الجدار المشترك ، القديمُ : إجبارُه ، وصحَّحَه ابنُ الصباغ وأفتى به الشاشيِ .

ومنها : الصداقُ في يد الزوج ، مضمونٌ ضمانَ اليد على القديم ، وصححه الشيخ أبو حامد وابنُ الصباغ .

ثم إنّ أصحابنا أَفْتَوْا بهذه المسائل من القديم ، مع أن الشافعيّ رَجعَ عنه ولم يَبْقَ مذهبًا له ، هذا هو الصوابُ الذي قاله المحققون ، وجزم به المتقنون مِنْ أصحابنا وغيرهم .

وقال بعضُ أصحابنا : إذا نصَّ المجتهدُ على خلاف قوله الأولِ : لا يكون رجوعًا عنه بل [يكون] له قولان ، قال الجمهور : هذا غَلَط ؛ لأنهما كنصَّيْنِ للشارع تعارَضَا وتعذَّر الجمع بينهما ، فَيُعْمَل بالثاني ويُتْرَك الأول .

قال إمام الحرمين في باب « الآنية » : « مُعْتَقَدِي أنّ الأقوالَ القديمةَ ليستْ من مذهب الشافعي ، لأنه جزَم / في الجديد بخلافها ، والمرجوعُ عنه ليس مذهبًا للراجع » فإذا عُلِمَ ٤/أ حالُ القديم ، ورأينا الأصحابَ أَفْتَوْا بالقديم في بعض المسائل ، حَمَلْنا ذلك على أنه أَدَّاهم اجتهادُهم إلى القديم ؛ لظهورِ دليله ، ولا يلزم من ذلك نسبتُه إلى الشافعيّ ، ولم يَقُلْ أحدٌ من المتقدمين : إن هذه المسائل مذهبُ الشافعي ، أو أنه استثناها .

قال أبو عمرو بن الصلاح - رحمه الله - : « فيكون اختيارُ أحدهم للقديم فيها من قبيل اختياره مذهبَ غير الشافعيّ إذا أدّاه اجتهادُه إليه ، فإنه إن كان ذا اجتهادٍ اتبع اجتهادَه ، وإن كان اجتهادُه مَشُوبًا بتقليدٍ نَقَلَه عن ذلك الإمام ، وإذا أفتى فيقول : مذهبُ

الشافعي كذا ؛ولكنيّ أقول بمذهب أبي حنيفة وهو كذا ، قال : ويلحق بذلك ما إذا اختار أحدُهم القولَ المخرَّج على القول المنصوص ، أو اختار من قولين رَجَّحَ الشافعيُّ أحَدهما غَيْرَ مارجَّحَه ، بل هذا أولى بالقديم » .

قال : « ثم حُكْمُ مَنْ لم يكن أهلًا للتخريج أن لا يَتْبَعَ شيئًا من اختياراتهم المذكورة ؛ لأنه مُقَلدٌ للشافعيّ دون غيره » هذا كلامُ أبي عمرو .

قلت : فالحاصلُ أنَّ مَنْ ليس أهلًا للتخريج يتعَيَّنُ عليه العملُ والفتوى بالجديد من غير استثناء ، ومَنْ هو أهلٌ للتخريج والاجتهاد في المذهب يلزمه اتباعُ ما اقتضاه الدليلُ في العمل والفتوى ، مُبَيِّنًا في فتواه أنَّ هذا رأيُه ، وأنَّ مذهب الشافعيِّ كذا ، وهو نصُّه في الجديد .

هذا كله في قديمٍ لم يعضده حديثٌ صحيح ، أمّا قديمٌ عضده نصُّ حديثٍ صحيح لا مُعَارضَ له فهو مذهب الشافعيِّ منسوبٌ إليه إذا وُجِدَ الشرطُ الذي سنذكره - إن شاء الله تعالى - فيما إذا صَحَّ الحديث بخلاف نصِّه .

واعلم أنَّ قولَهم : القديم ليس مذهبًا للشافعي ، أو هو مرجوعٌ عنه ، أو لا فَتْوَى عليه ، المرادُ به قديمٌ نصَّ في الجديد على خلافه . أما قديمٌ لم يُخَالِفْه في الجديد ، أو لم يتعرَّضْ لتلك المسألة في الجديد فهو مذهبُ الشافعيِّ واعتقادُه ، ويُعْمَل به ويُفْتَى عليه ، فإنه قاله ولم يَرْجِعْ عنه ، وهذا النوع وُجِد منه مسائلُ كثيرةٌ سيأتي منها جُمَلٌ في هذا الكتاب - إن شاء الله تعالى - ، وقد استوعبتُ أكثرها في شرح / « المهذب » في مواضعها ، وإنما ٤/ب أطلقوا أنّ القديم مرجوعٌ عنه أَوْ لا عَمَلَ عليه لكون غالبه كذلك والله أعلم .

واعلم أن القديم يُسمى كتاب « الحجة » ذكره صاحبُ « الشامل » وسُمِّى قديمًا ، لأنه صَنَّفَه ببغداد أولًا ، ثم صَنَّفَ الجديدَ بمصر (١) .

* * *

(١) هناك دراسات كثيرة لفكرة فقه الشافعي بين القديم والجديد ، ويعد من أكثرها تفصيلًا وعمقًا - فيما اطلعت عليه - رسالة الدكتوراة التي أعدها الدكتور أحمد نحراوي عبد السلام الاندونيسي الجنسية ، تحت عنوان : « الإمام الشافعي في مذهبيه القديم والجديد » ، وكانت طبعتها الأولى عام ١٤٠٨ هـ - ١٩٩٨ م ، مكتبة الشباب ، بالقاهرة .

فصل

ليس للمفتي ولا للعامل المنتسب إلى مذهب الشافعي في مسألة القولين والوجهين أنْ يعمل بما شاء منهمَا من غير نَظَرٍ ، بل عليه في القولين العملُ بآخرِهما إنْ عَلِمَه ، وإلا فبما رجَّحه الشافعيُّ . فإنْ قالهمَا في حالة ولم يُرجِّحْ - ولم يُوجد له هذا إلا في نحو سِتَّ عشرةَ أو سبعَ عشرةَ مسألةً - أو نُقِلَ عنه قولان ولم يُعْلَم أقالَهما فِي وقتٍ أم وقتين ؟ وَجَب البحثُ عن أرجحهما فَيَعْمَل به ؛ فإنْ كان أهلًا للتخريج أوْ للترجيح استقلَّ به مُتَعَرِّفًا ذلك من نصوص الشافعيِّ ومآخذِه وقواعدِه ، فإنْ لم يكن أهلًا فينقله عن أصحابنا الموصوفين بهذه الصفة ؛ فإنَّ كُتُبَهُم مُوضِّحةٌ لذلك ، فإن لم يَحْصل له طريقُ ترجيح وَجَب التوقُّفُ حتى يحصل .

وأما الوجهان : فَيُعْرَف الراجحُ منهما بما سَبَق ، لكنْ لااعتبارَ فيهما بالتقدُّم أو التأخّر إلا إذا وَقَعَا من شخص واحد .

وإذا كان أحدُهما منصوصًا والآخرُ مُخَرَّجًا فالمنصوصُ هو الأصحُّ غالبًا ، كما إذا رجح الشافعيُّ أحدَهما ، بل هذا أَوْلى إلا إذا كان التخريج من مسألة يتعذَّر فيها الفَرْقُ . فقيل : لا يَتَرجَّح عليه المنصوصُ ، وفيه احتمال ، وقَلَّ أن يتعذَّر الفَرْقُ .

أما إذا وَجَدَ مَنْ ليس أهلًا للتخريج ، خلافًا للأصحاب في الراجح من قولين أو وجهين ، فَلْيَعْتَمدْ ما صححه الأكثر والأعلمُ والأورعُ .

فإنْ تعارضَ الأعلمُ والأورعُ قَدَّم الأعلم ، فإن لم يَجِدْ ترجيحًا لأحدٍ اعْتَبَرَ صفات الناقلين لقولين ، القائلين للوجهين ، فما رواه البويطي والربيعُ المرادي والمُزَنيّ عن الشافعي .. مُقَدَّمٌ عند أصحابنا على مارواه الربيعُ الجيزي وحَرْمَلَةُ .

قال الشيخ أبو عمرو : « ويترجَّح أيضًا ما وافَقَ أكثَرَ أئمةِ المذاهب » ، وهذا الذي قاله فيه ظهورٌ واحتمال .

وحَكَى القاضي حسين - فيما إذا كان للشافعي قولان : أحدُهما يُوافق أبا حنيفة - وجهين لأصحابنا : أحدهما : أنّ / القول المخالف أَوْلَى ، وبه قال الشيخ أبو حامد ٥/أ

الإسفرائيني ؛ لأنّ الشافعي لم يخالفه إلا بموجبٍ للمخالفة .

والثاني : القولُ الموافق أولى ، قاله القفال المروزي ، وهو الأصح ، والمسألةُ مفروضةٌ فيما إذا لم يجد مُرَجحًا مما سَبَق .

وأما إذا رأينا لمُصَنِّفَين من المتأخرين اختلافًا ، فجزم أحُدهما بعكسِ ما جَزَم به الآخر ، فهما كالوجهين للمُتَقَدِّمَيْن على ما سبق من الرجوع إلى البحث ، وترجح أيضًا بالكثرة كما في الوجهين ، ويحتاج حينئذٍ إلى معرفة طبقات الأصحاب ومراتبهم وجلالتهم وأحوالهم ، وقد أوضحتُ ذلك في « تهذيب الأسماء واللغات » (١) والله أعلم .

واعلم أنَّ نَقَلَ أصحابنا العراقيين لنصوص الشافعي وقواعد مذهبه ، ووجوه مُتَقَدِّمي أصحابنا ، أتقنُ وأثبتُ مِنْ نَقْلِ الخُرَاسانيين غالبًا ، والخراسانيون أحسنُ تصرفًا وبحثًا وتفريعًا وترتيبًا غالبًا .

ومما ينبغي أن يُرَجح أُحدُ القولين - وقد أشار الأصحابُ إلى الترجيح به - أن يكون الشافعيُّ ذكره في بابه ومَظِنَّته ، وذكرَ الآخَر في غير بابه بعد ذكر وتهذيب ، بخلاف ما ذكره في غير بابه استطرادًا ، وبالله التوفيق .

* * *

---

(١) أشار النووي إلى مثل هذا المعنى وهو يذكر شيوخه في المذهب إلى الشافعي في « تهذيب الأسماء واللغات » : (١ / ١٧ - ٢٠) ، فليراجع .

فصل

صَحّ عن الشافعي - رحمه الله - أنه قال : إذا وجدتم في كتابي خلافَ سُنَّةِ رسول الله - ﷺ - فقولوا بالسُّنة ، ودَعُوا قولي ، وفي رواية : إذا صح الحديثُ خلافَ قولي فاعْمَلُوا بالحديث واتركوا قولي ، أو قال : فهو مَذْهبي ، ورَوَوْا هذا المعنى بألفاظ مختلفة ، وقد عَمِلَ بهذا أصحابُنا في مسألة التثويب واشتراط التحلل من الإحرام بعذر المرض وغيرِهما من المسائل المعروفة في كتب المذهب .

وممن حُكي عنه من أصحابنا الإفتاءُ على مذهب الشافعيّ بالحديث خلافَ نصِّه أبو يعقوب البوطي وأبو القاسم الداركي .

وممن نصَّ عليه الإمامُ أبو الحسن الكيا الهراسي ، صاحب إمام الحرمين في كتابه في الأصول ، وصَرَّح أصحابنا الجامعون بين الفقه والحديث باستعماله ، ولم يقع ذلك إلا / في ٥/ب
مسائل قليلة ، ومنه ما للشافعيّ فيه قولٌ على وَفْق الحديث .

وهذا الذي قاله الشافعي ليس معناه أنّ كل مَنْ رأى حديثًا صحيحًا قال : هذا مذهبُ الشافعي ، وعَمِلَ بظاهره ، وإنما هذا فيمن له رتبةُ الاجتهاد في المذهب أو قَرُبَ منه ، وشرطُه : أن يكون له خبرةٌ بالأحاديث بحيث يَغْلِب على ظنّه أنه لا يُعارِضُه حديثٌ يترجّح عليه ، وأنْ يَغْلِب على ظنه أنَّ الشافعي لم يَقِفْ [عليه] أو لم يَعْلم صحتَه ، وهذا إنما يكون بعد مطالعته كتُبَ الشافعيّ كلِّها ، ونحوَها من كتب الآخذين عنه وسائر أصحابه ، وهذا شرط صعب قلَّ مَنْ يتصف به ، وإنما شرطوا ما ذكرناه ، لأنّ الشافعي - رحمه الله - تَرَكَ العملَ بظاهر أحاديث كثيرة رآها وعلمها لكن قام الدليلُ عنده على طَعْنٍ فيها أو نَسْخِها ، أو تخصيصِها أو تأويلها ، أو نحوِ ذلك .

قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح - رحمه اللّه - : ليس العملُ بظاهر ما قاله الشافعيُّ بالهينِّ ، فليس كلُّ فقيه له الاستدلالُ بالعمل بما يَرَاه حجةً من الحديث ، وممن سلك هذا المسلكَ من الشافعيين مَنْ عمل بحديث تَرَكه الشافعيُّ عمدًا مع علمه بصحته لمانعٍ اطَّلع عليه وخَفِي على غيره ، كأبي الوليد موسى بن أبي الجارود صاحب الشافعي قال : صَحَّ حديثُ « أفطر الحاجم والمحجوم » .. فأقول : قال الشافعيُّ : أَفْطَر الحاجم والمحجوم ، فردوا

ذلك على أبي الوليد . لأنّ الشافعيَّ تَركَه مع علمه بصحته ؛ لكونه منسوخًا عنده ، وبيَّن الشافعيُّ نَسْخَه واستدلَّ عليه (1) .

وقد رُوِّينا عن إمام الأئمة أبي بكر محمد بن إسحق بن خزيمة أنه قال : « لا أعلم سُنَّةً صحيحةً لرسول الله ﷺ لم يُودِعْها الشافعيُّ كُتُبَه » ، وجلالةُ ابن خزيمة وإمامتُه في الحديث والفقه ، ومعرفتُه بكتب الشافعيِّ ، بالمحلّ المعروف فإنه أحدُ مُلازمي المزنيّ .

قال الشيخ أبو عمرو : « فَمَنْ وجد من الشافعية حديثًا يخالف مذهبَه ، فإنْ كملت شرائطُ الاجتهاد فيه مطلقًا أو في ذلك الباب ، أو المسألة استقلَّ بالعمل به ، وإن لَمَ تكْمُل وشقَّ عليه مخالفةُ الحديث - بعد أنْ بَحَث فلم يَجدْ عنه جوابًا شافيًا - فله العملُ به إنْ كان عَمِلَ به إمامٌ مستقلٌّ غيرُ الشافعيّ ، ويكون هذا عذرًا له فى تَرْكِ مذهب إمامه هنا » ، وهذا الذي قاله / حَسَنٌ مُتَعين ، واللّه أعلم . ٦/أ

* * *

(1) راجع هذه المسألة عند النووي في المجموع : (٦ / ٣٨٩ وما بعدها) .

فصل

اتفق علماءُ الطوائفِ على أنّ أحاديثَ الأحكام لا يعمل فيها إلا بحديثٍ صحيح أو حسن ، وإذا قال صحابيٌّ : أُمِرْنا بكذا ، أو نُهينا عن كذا ، أو أُمِرَ بكذا ، أو مِنَ السُّنة كذا ، أو مَضَتِ السُّنّةُ بكذا ، أو نحو ذلك فكلُّه مرفوعٌ إلى رسول الله ﷺ ويُحْتَجُّ به ، هذا هو الصحيح عند أصحابنا ، وبه قال جمهورُ العلماء ، سواء قاله في زمن النبيّ ﷺ أو بَعْدَه ، صرّح به الغزاليُّ في « المستصفى » [1] وآخرون .

وقال أبو بكر الإسماعيلي - من أصحابنا - : هو موقوفٌ على الصحابي .

ولو قال تابعيٌّ : من السُّنة كذا ، فوجهان حكاهما القاضي أبو الطيب ، الصحيح المشهور : أنه موقوفٌ على الصحابي . والثاني : أنه مرفوعٌ مُرسَل .

ولو قال صحابيٌّ : كنا نَفْعَل ، أو نَقُول ، أو كانوا يقولون ، أو يفعلون كذا ، أو لا يَرَوْن بأسًا بكذا ، فقيل : إن كان يَخفى في العادة فموقوفٌ ، وإلا فمرفوعٌ ، وبه قطع صاحبُ « المهذّب » وغَيْرُه . وقيل : إنْ أضافه إلى حياة رسول اللّه ﷺ فمرفوعٌ ، وإلا فموقوفٌ ، وبه قطع الغزالي في « المستصفى » وغيرُه مِنْ أصحابنا .

وقال الإسماعيلي وغيره : موقوف مطلقًا ، وهو ظاهر كلام كثيرٍ من أصحابنا والمحدثين ، وهذا أقوى ؛ فإنَّ ظاهره أنه فُعِلَ على وجه يُحْتَجّ به ولا يكون إلا برفعه .

وأما الحديث المرسل : وهو ما سقط من إسناده واحدٌ فأكثر ، فليس بحجة عندنا ، إلا أن الشافعيّ قال : يجوز الاحتجاج بمرسل الكبير من التابعين بشرط أن يَعتضد بأحدِ أربعة أمور ، وهي : أنْ يُسْنَد من جهة أخرى ، أو يُرْسِله مَنْ أخذ عن غير رجال الأوّل ، أو يُوافق قَوْلَ بعضِ الصحابة ، أو يُفْتي أكثر العلماء بمقتضاه ، هكذا نص عليه الشافعي في «الرسالة» [2] وغيرها بمعناه ، وكذا نقله عنه جماعاتٌ من أئمة أصحابنا المحدثين والفقهاء ، ولافَرْقَ عنده في هذا بين سعيد بن المسيب وغيره ، هذا هو الصحيح الذي

---

(١) راجع المستصفى (١/ ١٣٠ - ١٣١) .

(٢) راجع الرسالة : (٤٦١ وما بعدها) .

ذهب إليه المحققون . وإنما قبل الشافعي من مراسيل ابن المسيب ما وجد فيه الشرط ، كما قبلها من غيره ورد منها مالم يوجد فيه ، وقد بَسَطْتُ إيضاحه في مقدمة شرح المهذب [1] . ٦/ب

* * *

(١) راجع : المجموع (١ / ٩٧ وما بعدها) .

فصل

إذا قال الصحابيُّ قولًا ولم يُخالِفْه غيره ولم يَنْتشر فليس هو إجماعًا ، وهل هو حجة ؟ فيه قولان مشهوران للشافعيِّ ، الجديد : ليس بحجة ، والقديم : حجةٌ .

فإن قلنا : حجةٌ ، قُدِّم على القياس ، ولزم التابعيَّ العملُ به ، ولا يجوز مخالفتُه ، وهل يخَصُّ به العموم ؟ فيه وجهان .

وإنْ قلنا : ليس بحجة ، فِالقياسُ مُقَدَّم عليه ، وللتابعيِّ مخالفتُه .

فإن اختلفت الصحابةُ ، فإنْ قلنا بالجديد امتنع تقليدُ كلِّ واحدٍ منهم ، بل نطلب الدليلَ . وإن قلنا بالقديم : فهما دليلان تعارَضَا فَنَطْلُب الترجيحَ بكثرة العدد ، فإن استوى العددُ ، قدم بالأئمة ، فإنْ كان أحدُ الطرفين أكثر عددًا وفي الآخر إِمامٌ فهما سواء .

فإن استوى العددُ والأئمةُ وكان في طرفِ أحدُ الشيخين : أبو بكر وعمر - رضي الله عنهما - وفي الآخر غيرهما من الأئمة - فوجهان لأصحابنا : أحدهما : سواء ، والثاني : يُقَدَّم بالشيخ .

هذا كلُّه إذا لم ينتشر ، فإن انتشر : فإنْ خُولف فحكمُه ما سَبَق وإلا فخمسةُ أوجه : أحدها : أنه حجةٌ وإجماعٌ ، قال الشيخ أبو إسحاق في اللمع : وهو المذهب الصحيح والثاني : حجةٌ وليس بإجماع ، حكوه عن أبي بكر الصيرفي . والثالث : إنْ كان فتوى فقيهٍ فحجةٌ ، وإن كان حُكْمَ إمام أو قاضٍ فلا ، قاله ابنُ أبي هريرة . والرابع : عكسُه قاله أبو إسحق المروزي ؛ لأنه يُشَاور غالبًا ، بخلاف المفتي . والخامس : ليس بحجةٍ مطلقًا ، واختاره الغزالي والفخر الرازي ومَنْ تبعهما ، وهو شذوذٌ منهما مُخَالِفٌ لما عليه مُتَقَدِّمو الأصحاب ومُتَأَخِّرُوهم .

وأما إذا انتشر قولُ التابعيِّ ولم يخالف فالصحيح أنه كالصحابي . وقيل : ليس بحجة قطعًا .

قال صاحب الشامل : الصحيح أنه إجماعٌ ، وهذا الذي صححه هو الأظهر ، لأنَّ المعنى المعتبر في الصحابة موجودٌ .

فإنْ لم يَنْتشر قولُ التابعيِّ فليس بحجة بلا خلافٍ ، فهذا مختصرُ ما يتعلق بالفصل ، وقد بسطته بدلائله فى مُقدمة شَرْح « المهذب » .

ولا يُقْتَدى بإطلاقِ مَنْ يتساهل فَيُطْلق قولَه : إن الإجماع السُّكوتيَّ ليس حجةً عند الشافعيّ ، بل الصوابُ مِنْ مذهب الشافعي ما ذكرناه ، وهو موجودٌ في كتب أصحابنا العراقيين في الأصول ومُقَدِّمات كتبهم / المبسوطة فى الفروع ، كتعليق الشيخ أبي حامد ٧/أ والحاوي ... والشامل وغيرها ، وبالله التوفيق .

* * *

فصل

قال المحققون من المحدثين وغيرِهم من العلماء : إذا كان الحديث ضعيفًا لا يُقَال فيه : قال رسول الله ﷺ أوفَعَل ، أو أَمَرَ ، أو نَهَى ، أوحَكَم ، وما أَشْبَهَ ذلك من صيغ الجَزْم .

وكذا لا يقال : رَوَىَ أبو هريرة ، أو قال ، أو ذَكَر ، أوأخْبَرَ ، أو حَدَّث ، أو أَفْتَى .

وكذا لا يقال في التابعين فمن بعدهم في الضعيف بصيغة الجزم ، إنما يُسْتَعمل صيغُ الجَزْم في صحيح ، أو حسنٍ ، ويُسْتعمل في الضعيف صِيَغُ التمريض ، كَرُوِيَ عنه ، أوُ ذُكِرَ عنه ، ونُقِلَ ، وحُكِيَ ، ويُذْكَر ، ويُقَال ، ويُحْكَى ، وجاء عنه ، وَبَلَغنا عنه .

وهذا الفصلُ مما أخل المصنفُ وكثيرون من الفقهاء أو أكثرُهم وآخرون مِنْ غيرهم ، فيقول أحدهم في صحيح : رُوِيَ بصيغة التمريض ، وفي ضعيف : قَالَ ، وهذا قبيحٌ وَحَيْدٌ عن الصواب ، وسَأُنَبِّه على جُمَلٍ من هذا في مواضعها ، إن شاء الله تعالى .

* * *

فصل
في الإشارة إلى طرف من حال الإمام الغزالي
رحمه الله (١)

هو الإمام البارع ذو العلوم الباهرات ، والمحاسن المتظاهرات ، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الغزالي - والغزَّالي بتشديد الزاي هذا هو المشهور ، وبَلَغنا عنه أنه قال : يقولون فيَّ الغزَّالي ، وإنما أنا الغزالي بتخفيف الزاي نِسْبة إلى غزالة قرية من قُرَى طوس .

وَحَكَى الإمامُ أبو الحسن على بن محمد بن عبد الكريم ، المعروف بابن الأثير : التشديدَ وهذا الذي ذكرتُه من التخفيف ، ثم أَنْكَر التخفيفَ ، وقال : هذا خلافُ المشهور ، وقال في التشديد : أظنّ هذه النسبة إلى الغزَّال على عادة أهل جرجان وخوارزم كالعصَّاري نسبة إلى العَصّار .

قال الإمام أبو الحسن عبد الغافر الفارسي في وصف الغزالي : هو حجةُ الإسلام والمسلمين ، وأحدُ أئمة الدين مَنْ لم تَرَ العيونُ مثلَه لسانًا وبيانًا ، ونطقًا وخاطرًا ، وذكاءً

---

(١) لقد حظي الغزالي بدراسات كثيرة للغاية ، ترجمت له وتناولت كتبه وآثاره ، ودرست أصوله العقدية والأصولية والفقهية والسلوكية ، وذلك قديمًا وحديثًا ، ويمكن مراجعة ترجمته في : طبقات الشافعية الكبرى (٦/ ١٩٦) ، وشذرات الذهب (٤/ ١٠-١٣) ، والعبر (٥/ ٢٠٣) ، ووفيات الأعيان (٣/ ٣٥٢) ، والوافي بالوفيات (١/ ٢٧٤) .

وراجع من المؤلفات الحديثة عنه : الغزالي للدكتور أحمد فريد رفاعي « الجزءان الأول والثاني) طبعة عيسى الحلبي ، ومؤلفات الغزالي للدكتور عبد الرحمن بدوي (ط دار الجيل) ، والغزالي للدكتور محمد البهي ، والإمام الغزالي بين مادحيه وناقديه للدكتور القرضاوي (ط دار الوفاء) .

كما عني كثير من المستشرقين بدراسة الغزالي ، ومن مؤلفاتهم ، روحانية الغزالي لأسين بلاثيول (في أربعة أجزاء - ط مدريد ١٩٣٤) ، وحياة الغزالي ومؤلفاته لجوشه (ط برلين - ١٩٥٨ م) .

وقد أقيمت حلقات بحث ومؤتمرات علمية وندوات كثيرة حول الغزالي ، منها ندوة أقيمت بالمغرب عام ١٩٨٧م وطبعت في مجلد كبير . هذا فضلًا عن مئات الباحثين بل الآلاف التي نقلت عنه وتأثرت به أو تناولت زاوية مخصوصة تتعلق بالغزالي .

وطبعًا ، أَخَذ طرفًا من الفقه في صباه ، ثم قدم نيسابور واختلف إلى درس إمام الحرمين ، وجَدَّ واجتهد حتى تخرَّج فى مدة قريبة ، وبذ الأقران / وحَمَلَ القرآن ، وصار أَنْظَرَ أهلِ زمانه ، وواحدَ أقرانِه في أيام إمام الحرمين ، وكانت الطلبة يستفيدون منه ويُدَرِّس لهم ويُرْشدهم ، وَاجْتهد في نفسه ، وبلغ الأَمْرُ به إلى أن أخذ فى التصنيف ، وكان الإمام - مع علوّ درجته وسُمُوّ عبارته - يُظْهِر التبجح به والاعتداد بمكانه ، ثم بقي كذلك إلى انقضاء أيام الإمام فخرج من نيسابور وصار إلى المعسكر [1] ، واحتلَّ من مجلس نِظام المُلك أجمل مَحَلّ ، وأقبل عليه الصاحبُ لِعُلُوّ درجته وظهورِ اسمه ، وحُسْن مناظرته ، وجريء عبارته ، وكانت تلك الحضرة محل رحال العلماء ، ومقصد الأئمة والفصحاء ، فوقعت للغزاليّ اتفاقاتٌ حَسَنة من الاجتماع بالأئمة ، وملاقات الخصوم اللُّدّ ، ومناظرة الفحول ، ومناقرة الكبار ، فظهر اسمُه في الآفاق ، وارتفق بذلك أجملَ الارتفاق ، حتى آلت الحالُ إلى أن رسم بمصيره إلى بغداد للقيام بتدريس المدرسة الميمونية النظامية بها ، فصار إليها وأُعجب الجميع بتدريسه ومناظرته ، وما لَقِيَ مثل نفسه ، وصار - بعد إمامة خراسان - إمامَ العراق .

ثم نظر في علم الأصول - وكان قد أحكمها - فصنف به تصانيفَ ، وجرَّدَ المذهب ، فصنف فيه تصانيف ، وسبك الخلاف فحرَّر فيه أيضًا تصانيفَ ، وعَلَتْ حشمتُه ودرجتُه في بغداد حتى غلبت حشمةَ الكبراء والأمراء ودار الخلافة ، فانقلب الأمر من وجه إلى آخر وظَهَر عليه - بعد مطالعة العلوم الدقيقة ، وممارسة المصنفات فيها - سلوكُ طريق التزهد وتَرْكَ الحشمةَ ، وطَرْحُ ما نال من الدرجة والاشتغال بأسباب التقوى وزاد الآخرة ، فخرج عمَّا كان فيه وحجَّ ، ثم دخل الشام وأقام في تلك الديار قريبًا من عشر سنين يطوف ويَزُور المشاهدَ المعظمة .

وأخذ في التصانيف المشهورة التي لم يُسْبق إليها ، كإحياء علوم الدين والكتب

---

(١) يقصد بكلمة « المعسكر » هنا ذلك الميدان الفسيح الذي كان بجوار نيسابور ، أقام فيه الوزير نظام الملك معسكره ، وكان هذا الوزير ذا اهتمام بالعلم وتبجيل للعلماء ولذلك كان معسكره هذا محط العلماء وقبلتهم ومقصد البلغاء والفصحاء . راجع : الطبقات الكبرى (٦/ ٢٥٠) .

المختصرة التي من تأمَّلَها عَلِمَ مَحَلَّ الرجلِ من فنون العلم ، وأخذ في مجاهدة النفس وتغيير الأخلاق ، وتحسين الشمائل ، وتهذيب المعاش ، وانقلب شيطانُ الرعونة وطَلَبُ الرئاسة والجاه والتخلُّقُ بأخلاق أهل الدنيا .. إلى سكون النفس وكَرَم الأخلاق والتخلُّقِ بأخلاق الصالحين / وقصر الأملَ ، ووقف الأوقات على هِداية الخلق ودعائهم إلى طريق الآخرة ، ٧/ب
وتبغيض الدنيا والاشتغال بها والاستعداد للرحيل إلى الدار الباقية ، والانقياد لكل من يتوسم فيه ، أو يشم رائحة المعرفة أو التيقظ لشيء من أنوار المشاهدة حتى مَرَنَ على ذلك ولَانَ .

ثم عاد إلى وطنه نيسابور لازمًا بيته مشتغلًا بالتفكّر مُلازمًا للوقت مقصودًا وذُخْرًا للقلوب ولكل قاصد داخل عليه حتى ظَهَرت مصنفاتُه وفَشَتْ كتبه ، ولم تَبْدُ في أيامه مناقِصُه ، لِما كان فيه ، ولا اعتراض لأحد ؛ لما أثره ، حتى انتهت الوزارة إلى الأجل فخر الملك - تغمده الله برحمته - وتزينت خراسان بحشمته ودولته ، وقد تحقق مكان الغزالي ودرجته ، وكمال فضله وحالته ، وصفاء عقيدته وحُسْن سيرته ؛ فتبرَّك به وحضَره وسمع كلامَه فاستدعى منه أنه لا يبقي أنفاسه وفوائده عقيمة لا استفادة منها ، ولا اقتباسَ من أنوارها ، فألَحَّ عليه كلَّ الإلحاح ، وشدد فى الاقتراح إلى أنْ أجاب إلى الخروج ، وحُمِلَ إلى نيسابور وأشير عليه بالتدريس في الميمونية النظامية ، فلم يَجِدْ بدًا من الإذعان ونوى هدايةَ الطالبين ، وإفادة القاصدين دون الرجوع عما انخلع عنه .

قال الفارسي : وحكى لنا الغزالي في ليالٍ كيفيةَ أحواله بعد ما ظهر له سلوكُ هذا الطريق إلى الآخرة ، وغلبةَ الحال عليه بعد تَبحره في العلوم حتى تبرم من الاشتغال بالعلوم العَرِيّة عن المعاملة ، وتفكَّر في العاقبة ، وما ينفع في الآخرة فبدأ بِصُحبة الفارمدي وأخذ منه استفتاح الطريقة ، وامتثل ما كان يُشير به عليه من وظائف العبادات ، والإمعان في النوافل واستدامة الأذكار والجدّ والاجتهاد طلبًا للنجاة إلى أنْ جاز تلك العقبات ، وَمَلك تلك المشاق والصعاب .

ثم ذكر غير ذلك من أحواله إلى أن قال : ثم سألناه كيفية رغبته فى الخروج من بيته وعَوْده إلى نيسابور فقال معتذرًا : ماكنتُ أُجَوّز في ديني الوقوفَ عن إجابة الدعوة ومنفعة الطالبين ، وقد حُقَّ عليَّ أن أبوح بالحقّ وأنطق به / . ٨/أ

وعاد إلى بيته واتخذ في جواره مدرسةً لطلب العلم ، وخانقاة للصوفية ، وكان قد وَزَّع أوقاته على وظائف الحاضرين مِنْ خَتْم القرآن ، ومجالسة أهل القلوب ، والجلوس للتدريس ، بحيث لا تخلو لحظةٌ من لحظاته ولحظاتِ أصحابه من فائدة ، إلى أن تُوفي - رحمه الله - بعد مقاساة أنواع من القصد والمناوأة من الخصوم ، وكفاية الله - تعالى - له وصيانتِهِ له . وكان عاقبة أمرِه إقبالُه على حديث النبي ﷺ ومجالسة أهله ومطالعة صحيح البخاري ومسلمٍ ، ولو عاش لَسَبَقَ الجميعَ في ذلك الفن بيسير من الأيام يستفرغه في تحصيله .

وكان سمع الحديث قبلْ ذلك واشتغل في آخر عمره بسماعه ، ولم تتفق له روايةٌ ، - ولاضرر عليه - ؛ فما خَلّفه من الكتب المصنفة في أنواع العلوم يخلد ذكْرَه ويُقرر عند المطالعين المنصفين أنه لم يخلف بعدَه مثلَه .

وتُوفيِّ - رحمه اللّه - يوم الاثنين رابع عشر جمادى الآخرة ، سنة خمس وخمسمائة ، ودُفِنَ بظاهر قصبة طابران ، ولم يعقب إلا البنات ، وكان له من الأسباب من جهة الإرث والكتب ما يقوم بكفايته ونفقه عياله ، فما كان يباسط أحدًا في أمور الدنيا ، وعُرِضَتْ عليه أموالٌ فلم يَقْبلها .

اللهُ الكريمُ يرفعه بأنواع الكرامة في آخرته ، كما أكرمه في دنياه بفنون العلم وغيرها » هذا آخرُ كلام أبي الحسن الفارسي .

قال محمد بن محمد الخزيمي على منبره ببغداد : سمع مَنْ حَضَرَ مَوْتَ حجةِ الإسلام الغزالي ، وسألَه بعضُ أصحابه : أَوْصِني ، فقال : عليك بالإخلاص ، وجَعَل يُكرره حتى تُوفيِّ - رحمه الله - .

* * *

كتاب

الوسيط في الفقه

تصنيف

الشيخ الإمام العالم العلامة حجة الإسلام

محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي

رضي الله عنه وأرضاه بالجنة

ورحم من ترحم عليه وعلى كاتبه*

---

* كذا ورد عنوان الكتاب واسم مؤلفه في النسخة الأصل والراجح أن اسم الكتاب « الوسيط في المذهب » على ما ذكر المؤلف نفسه في خطبة الكتاب ، ولورود الاسم نفسه في بعض النسخ الأخرى ، وكذا ورد عند بعض المترجمين للغزالي . راجع : خطبة الكتاب الآتية ، وصور لوحات المخطوطات سابقًا ، وطبقات الشافعية الكبرى (٦/ ٢٢٤) .

على أن بعض النسخ جاء الاسم فيها « الوسيط في فروع الفقه » ، وذكر القاضي البيضاوي في الغاية القصوى (١/ ١٧٣) أن اسمه : « الوسيط المحيط بأقطار البسيط » ،



(١ وبه التوفيق ١)

أما بعد حَمْد اللّه [تعالى] (٢) ، الذي هو فاتحةُ كلِّ كتاب ، وخاتمةُ كلِّ خِطَابٍ [1]، والصلاة على رسوله ، التي هي جَالِبةُ كلِّ ثواب ، ودافعةُ كلِّ عِقَابٍ [2] ،

(١) في (أ) : « رب يسر بخير » ، وفي (ب) : « وبه ثقتي » . ثم زيادة في النسختين يبدو أنها من الناسخ ، وهي : « قال الشيخ الإمام العالم الزاهد الموفق زين الدين حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي – رضي اللّه عنه – » .

(٢) زيادة من (أ) .

(1) قال الإمام النووي : قال الإمام أبو حامد محمد بن محمد بن محمد أحمد الغزالي – رحمه اللّه – : (أما بعد حمد اللّه الذي هو فاتحة كلِّ كتاب ، وخاتمة كل خطاب) أراد – رحمه اللّه – الابتداء بحمد اللّه تعالى لحديث أبي هريرة– رضي اللّه عنه –: أن رسول اللّه ﷺ قال : « كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد / ٩/أ للّه فهو أقطع » حديث حسن ، رواه أبو داود سليمان بن الأشعث وآخرون ، ورواه الحافظ أبو عوانة يعقوب ابن إسحق الإسفراييني في صحيحه .

ومعنى « ذي بال » : أي له حال يُهتم به ، والمصنفات في العلم من أهم الأمور . وأجذم : بالجيم والذال المعجمة ، ومعناه : أقطع ، وكذا جاء في رواية أخرى ، ومعناه : قليل البركة ، وقد أوضحتُ باقي رواياته وما يتعلق به في شرح (المهذب) .

قال أهل اللغة : الحمد : الثناء على المحمود بجميل صفاته وأفعاله ، والشكر هو الثناء عليه بإنعامه . ونقيض الحمد الذم ، ونقيض الشكر الكفر .

وقوله : (الذي هو فاتحة كل كتاب) ، فيه إشارة إلى أنه ينبغي أن يبدأ به كل كتاب في العلم ، ودليله الحديث السابق .

قوله : (وخاتمة كل خطاب) ؛ لقول اللّه تعالى : ﴿ وآخر دعواهم أن الحمد للّه رب العالمين ﴾ ، ولو قال المصنف : الحمد للّه ، كما قاله الجماهير لكان أحسن من عبارته هذه .

(2) قوله : (والصلاة على رسوله ، التي هي جالبة كل ثواب ، ودافعة كل عقاب) ، الصلاة في اللغة : =

وعلى آله [1] الذين يَنْقَشِعُ [2] بِنُجُومِهِم ظلامُ (١) كل سَحَاب ، وينكشف بعلومهم غَمَامُ كلِّ حِجَابٍ، ويَمَّحي (٢) بِصَفْوِهِم [3] كَدَرُ كل ارْتياب ، ....

(١) « ظلام » : ليست في (أ) .
(٢) في (ب) : « وينمحي » .

= الدعاء ، وقيل : اللزوم .

قال الإمام أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري الفقيه الشافعي إمام اللغة ، وجماعاتٌ من العلماء : الصلاة من اللّه – تعالى – بمعنى الرحمة ، ومن الملائكة بمعنى الاستغفار ، ومن العباد تضرُّعٌ ودعاء .

وقوله : (على رسوله) ، قال الأزهري : الرسول الذي يتابع أخبار مَنْ بعثه ، أُخِذَ من قولهم : جاءت الإبل رَسَلًا – بفتح الراء والسين – أي متتابعة ، وقد يكون الرسول من رُسُلِ اللّه تعالى نبيًّا وهم رسل اللّه تعالى من الآدميين ، وقد يكون من الملائكة ، قال اللّه تعالى : ﴿ اللّه يصطفي من الملائكة رُسُلًا ومن الناس﴾ ، وقد يكون النبي رسولًا وقد لا يكون .

وقوله : (جالبة كل ثواب ، ودافعة كل عقاب) ، المراد به ثواب كبير وعقاب كبير ، وهو كقوله تعالى : ﴿ تُدَمِّرُ كل شيء ﴾ ، ﴿ وأوتيت من كل شيء ﴾ قال الإمام أبو الحسن علي بن أحمد الواحدي / المفسر ٩/ب الفقيه الشافعي : سُمِّيَ عقابًا ؛ لأنه يعقب الذنب .

(1) قوله : (وعلى آله) ، هذا كلام فصيح ، وقد أنكر الكسائي ، والنحاس ، والزبيدي وغيرهم ، إضافة آلٍ إلى مضمر ، واشترطوا إضافته إلى مظهر ، والصواب الذي عليه الجمهور من أهل اللغة وغيرهم واستعمله العلماء كافة من كل الطوائف : جواز إضافته إلى المضمر ، وقد جاز ذلك في كلام العرب نظمًا ونثرًا ، وقد أوضحته في « تهذيب الأسماء واللغات » .

واختلفوا في آل النبي ﷺ فقيل : عِتْرته المنتسبون إليه ﷺ . وقيل : بنو هاشم ، وبنو المطلب ، وهو قول الشافعي وجمهور أصحابنا .

وقيل : جميع المسلمين من هذه الأمة ، واختاره الأزهري وغيره .

(2) وقوله : (ينقشع) ، أي تنكشف ، وسُمِّيَ الصحابة نجومًا للحديث : « أصحابي كالنجوم » ، أي يُهْتدى بهم في طريق الآخرة ، كالنجوم في طرق الأرض .

(3) وقوله : (يمَّحي بصفوهم) ، هو بميم مشددة من غير نون ، ويقال في لغة ضعيفة : (يمتحي) بزيادة تاءٍ مثناة من فوق ، حكاها الإمام أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري في صحاحه ، ومعناه : يزول .

وقوله : (بصفوهم) – بفتح الصاد – أي : خالصهم ، يقال : صفوه – بالهاء – مع كسر الصاد وفتحها وضمها ، والارتياب : الشك .

ويَنْسَدُّ [1] بِيُمْنِهِم [2] خَلَلُ كل اضطراب .

فإني رأيتُ الهِمَمَ في طَلَب العلوم قاصرةً ، والآداء في تحصيلها فَاتِرَةً ، وكان تصنيفي « البسيط في المذهب » مع حسن ترتيبه ، وغزارة فوائده ، ونقائه عن الحَشْو والتَّزْويق ، واشتماله على مَحْضِ المُهِمّ وعين التحقيق ؛ مُسْتَدْعِيًا هِمَّةً عاليةً ، ونِيَّةً مجردة ، عمَّا عدا العلم خالية ، وهي عزيزة الوجود ، مع ما استولى (١) على النفوس من الكسَل والفُتُور ، وصار [بحيث] (٢) لا يُظْفَر بها إلا على الندُور .

فعلمتُ أن النزول إلى حَدِّ الهمم حَتْمٌ ، وأن تقدير (٣) المطلوب على قَدْر هِمَّةِ الطالب حَزْمٌ ؛ فصنَّفْتُ هذا الكتاب [3] وسَمَّيْتُه : « الوسيط في المذهب » [4] ، ونازلًا عن « البسيط » الذي هو داعية الإمْلال [5] ، مُتَرَقِّيًا عن الإيجاز القاضي بالإخْلَال ، يقع حجمه من كتاب (٤) « البسيط » موقع الشطر ، ولا يُعْوِزه من مسائل « البسيط » أكثر من ثلث العشر (٥) ، ولكني صَغَّرْت حجم الكتاب بحذف الأقوال الضعيفة ، والوجوه المزيفة

---

(١) في (أ ، ب) : « يستولي » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) ، (ب) : « تقريب » ، وله وجه .
(٤) في (أ) : « الكتاب » .
(٥) « ثلث » : ليست في (أ) . قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا يُعوزه من مسائل البسيط أكثر من العُشْر) وقع في بعض النسخ : (أكثر من ثلث العُشْر) ، وكأنه إصلاح أوجبه تَأَمُّل مسائل الكتابين . وإن المعوز منها =

---

(1) وقوله : (ينسد) هو بالنون ، وفي بعض النسخ (يستد) بتاءٍ بعد السين من السداد ، والأول أشهر وأصح .

(2) وقوله : (بيمنهم) أي ببركتهم .

(3) قوله : (فصنفت هذا الكتاب) ، قال أهل اللغة : التصنيفُ ، التمييزُ ، و « صنفته » : جعلته أصنافًا ، وكأن المصنف مَيَّزَ النوعَ أو القدر الذي أتى به في كتابه من غيره .

(4) وقوله : (وسميته الوسيط) ، الوسيط في اللغة : هو الأجود المختار ، قال أهل اللغة : فلان وسيط في قومه : أي أرفعهم محلًّا ، وأوسطهم نسبًا .

(5) قوله : (هو داعية الإملال) معناه : يدعو إلى الملل ، وهو السآمة والضجر ، يقال : أَمَلَّه يمله إملالًا ، إذا أَسْأَمَه ، ويقال أيضًا : أملَّ عليه بمعنى أسأمه .

السخيفة (١) ، والتفريعات الشاذة النادرة (1) ، وتكلَّفْت فيه مزيد تَأَنُّق في تحسين الترتيب ، وزيادة تَحَذُّقٍ في التنقيح والتهذيب (2) .

والله [تعالى] (٢) يُكْثر نفعَ الطلاب ، ولا يُخْلي السَّعْي (٣ في تقريبه (3) عن الأجر ٣) والثواب ، بمَنّهِ وفَضْلِه .

* * *

= في (الوسيط) لا يبلغ العُشْر ، ولا قريبًا منه . وكل هذا على التقريب لا على التقدير المحقق ، والله أعلم » .(المشكل : ١/١ب) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (صَغَّرت حجمه بحذف الأقوال الضعيفة ، والوجوه المزيفة السخيفة) كان ينبغي أن يقول : بحذف أقوال ووجوه ضعيفة ، بصيغة التنكير ، أو نحو هذا ، فإن (الوسيط) معروف عند نَقَلَةِ المذهب بكثرة الأقوال والوجوه الضعيفة ، وفيه منها ما ليس في أكثر مصنفات المذهب ، وقد أفصح هو بوصف كثير منها بذلك ، فإذًا إنما حذف بعضها وهو مراده بهذه العبارة ، على ما فيها من الإبهام ، والله أعلم بالصواب » . (المشكل : ١/١ب-٢أ) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « فيه من الأجر » .

---

(1) قوله : (ولا يعوزه من مسائل « البسيط » أكثر من العشر) ، هكذا هو في أكثر النسخ ، وفي بعضها : ثلث العشر ، وهذا أصح في المعنى فإن مسائله لا تنقص / عن « البسيط » [إلا بقدر يسير] . ١٠/أ

وقوله : (يُعْوِزه) هو بضم الياء ، وإسكان العين ، وكسر الواو .

وقوله : (صَغَّرت حجمه بحذف الأقوال الضعيفة ، والوجوه المزيفة السخيفة) ، كان ينبغي أن يقول : بحذف أقوال ووجوه ؛ لأن في (الوسيط) من الأقوال والوجوه السخيفة جملًا مستكثرات ، ولا يكاد يجتمع مثلها في كتاب في حجمه إلا نادرًا ، وهذا معروف . وفيه أقوال ووجوه باطلة لا يكاد يوجد في غيره وهو مُصَرِّح في الكتاب ببطلان كثير منها ، والله أعلم .

(2) قوله : (في التنقيح والتهذيب) هما متقاربان ، ومعناهما : التنقية والتصفية من الرديء ، يقال : رجل مُهَذَّب : أي مطهر الأخلاق .

(3) قوله : (تقريبه) أي تسهيله .

كتاب الطهارة (1)

وينحصر مقصوده في قسمين :

[القسم الأول : في المقدمات ، وفيه أربعة أبواب :

الباب الأول : في المياه الطاهرة .　　الباب الثاني : في المياه النجسة .

الباب الثالث : في الاجتهاد بين النجس والطاهر .　　الباب الرابع : في الأواني .

القسم الثاني : في المقاصد ، وفيه أربعة أبواب :

الباب الأول : في صفة الوضوء .　　الباب الثاني : في الاستنجاء .

الباب الثالث : في الأحداث .　　الباب الرابع : في الغسل] (١)

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من المحقق لبيان ما يحتويه « كتاب الطهارة » من أقسام وأبواب ، وسوف أضع ذلك في بداية كل كتاب أو كلما دعت الحاجة للبيان .

---

(1) قوله : (كتاب الطهارة) : هي في اللغة : النظافة ، وفي الشرع : رفع حدث ، أو إزالة نجس ، أو ما في معناهما ، كتجديد الوضوء ، والأغسال المسنونة ، والغسلة الثانية والثالثة في الوضوء ، وفي إزالة النجاسة ، والمضمضمة ، والاستنشاق ، والتيمم ، وطهارة المستحاضة ، وسلس البول ونحوهما وغير ذلك ، فإن هذه كلها طهارات شرعية ولا ترفع حدثًا ولا نجسًا ، لكنها في معناه وعلى صورته .

ولنا قول ووجه : أن طهارة المستحاضة والسلس ترفع الحدث . ووجه مشهور : أن التيمم يرفعه لفريضة ، والصحيح المشهور : لا يرفعان .

وبدأ المصنف بكتاب الطهارة كما بدأ به الشافعي والأصحاب - رحمهم الله - للحديث الصحيح عن أبي عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال : « بُني الإسلام على خمس : شهادة أن لا إله إلا الله ، وأن محمدًا رسول الله ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، والحج ، وصوم رمضان » ، فبدأ ﷺ من الفروع بالصلاة ، فينبغي الابتداء بها ، لكن لها مقدمة - وهي الطهارة - فبدئ بها ، والأصل فيها الماء .. وأما الكتاب فمشتق من الكَتْب وهو الجمع ، وهو في اصطلاح الفقهاء : اسم جنس له أنواع يسمونها الأبواب ، والباب ما يُدْخل منه إلى الشيء ، ويتوصل به إلى معرفته .

القسم الأول : في المقدمات (1) ، وفيه أربعة أبواب

الباب الأول

في المياه الطاهرة (2)

والطَّهورية (١) ....

(١) قال النووي : « الطَّهارة في اللغة : النظافة والنزاهة من الأدناس . ويقال : طَهَرَ الشيء بفتح الهاء ، وطَهُر بضمها ، والفتح أفصح ، يَطْهُر بالضم ، والاسم : الطُّهْر . والطَّهُور بفتح الطاء : اسم لما يُتطهر به ، وبالضم اسم للفعل ، هذه اللغة المشهورة التي عليها الأكثرون من أهل اللغة . واللغة الثانية بالفتح فيهما واقتصر عليها جماعات من كبار أهل اللغة » انظر : المجموع (١٢٣/١) ، وراجع : لسان العرب لابن منظور ، مادة (ط هـ ر) .

أما الطهارة في الشرع فمعناها : « رفعُ ما يمنع الصلاة من حَدَثٍ أو نجاسة بالماء ، أو رفع حكمه بالتراب » ، وقيل : « إزالة حَدَثٍ أو نَجَسٍ أو ما في معناهما وعلى صورتهما ، وقولنا : في معناهما : أردنا به التيمم والأغسال المسنونة كالجمعة وتجديد الوضوء » . انظر المغني لابن قدامة : (١٢/١) ، والمجموع للنووي : (١٢٣/١) . =

(1) قوله : (مقدمات الطهارة) هو بفتح الدال ، ويجوز بكسرها ويجوز فتحها ، والفرق على المختار : أن مقدمة الكتب مفعولة محضة ، ومقدمة الجيش يليق بها أن تُقَدِّم نفسها ، ويَقْدُم الجيشُ بعدها .

(2) قوله : (في المياه الطاهرة) ، إنما قال : المياه وهو جمع كثرة حقيقية ، يستعمل فيما فوق العشرة ، ولم يقل : أمواه ، الذي هو جمع قِلَّة مستعمَلٌ فيما دون العشرة ؛ لأن أنواع الماء زائدة على العشرة ، منها : ماء المطر ، والثلج ، والبَرَد ، والأنهار ، والبحار ، والمشمس ، والمنجس ، والمتغير بمكث وبخليط لا يمنع الاسم ، وبما لا يُسْتغنَى عنه ، وغير ذلك من أنواع الماء الطهور .

وينقسم الطاهر غير الطهور والنجس أقسامًا كثيرة معروفة .

وأما قوله بعد هذا : (المياه ثلاثة أقسام) فلا يخالف ما ذكرناه ؛ لأنه أراد أنواع الماء الطاهر وإن كثرت فهي منحصرة في ثلاثة أقسام .

وأصل الماء : مَوَه ، وقد سُمع من العرب « ماه » ، حكاه الإمام البارع في اللغة والعربية أبو الحسن على ابن إسماعيل المعروف بابن سِيده في كتابه « المحكم في اللغة » ، ولم يصنف فيها مثله ، وهو رَدٌّ على من زعم أنه أصل مرفوض ، فإنه لم يقف على هذه اللغة .

مختصة [(١)] بالماء من بين سائر المائعات [(٢)] . أما في طهارة الحدث ....

= وقيل : « زوال المنع المترتب على الحدث والخبث » . وقيل : « صفة حكمية تُوجب لموصوفها صحة الصلاة به أو فيه أوْ له ، قاله ابن عرفة المالكي ، وأشار بالأول للثوب ، وبالثاني للمكان ، وبالثالث للشخص » . انظر قليوبي وعميرة : (١٧/١) .

(١) في (أ) ، (ب) : « مخصوصة » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (الطُّهورية مخصوصة بالماء من بين سائر المائعات) هذا صحيح من حيث إن هذه الخصوصية إنما هي بالنسبة إلى المائعات فحسب لا مطلقًا ؛ فإن التراب طَهُور – أيضًا – بنص الحديث ، فهذا وجه يصح به هذا الكلام في نفس الأمر .

لكن كأنه أراد غيره ، فإنه حصر كتاب الطهارة في قسمين ، في كل قسم أربعة أبواب ، ليس منها باب التيمم ، بل أفرده خارجًا عنها ، فيكون مراده بقوله : (من بين سائر المائعات) التأكيد والتصريح بنفي الطهورية عن المائعات التي هي غير الماء ، ولا يكون مراده الاحتراز عن التيمم ، فإنه إذا لم يجعله طهارةً لم يجعل التراب طَهُورًا ، وذلك غير مَرْضِيّ ؛ لمخالفته نص الحديث الثابت ، ولما اشتهر في كلام الأئمة من الحُكْم بكونه طهارة . وهو – أيضًا – جعله في باب صفة الوضوء من (الوسيط) من طهارات الأحداث » . (المشكل : ١/٢أ) .

والحديث الذي يشير إليه ابن الصلاح هو ما رواه أبو ذر – رضي الله عنه – أن رسول الله ﷺ قال : « إن الصَّعيد الطيب طَهُور المسلم ، وإن لم يجد الماء عَشْرَ سنين ، فإذا وجد الماء فَلْيُمِسَّه بَشَرَتَه فإن ذلك خير » وفي رواية : « إن الصعيد الطيب وَضُوءُ المسلم » ، رواه الترمذي : (٢١١/١ – ٢١٣) أبواب الطهارة (٩٢) باب التيمم للجنب إذا لم يجد الماء (رقم : ١٢٤) وقال : « حديث حسن صحيح » ، وقد تتبع الشيخ أحمد محمد شاكر طرق هذا الحديث ، وناقش ما دار حوله من جدل وأثبت صحته . راجع تعليقه على سنن الترمذي : (٢١٣/١ – ٢١٦) . وروى الحديث – أيضًا –: أبو داود : (٢٣٥/١ – ٢٣٨) (١) كتاب الطهارة (١٢٥) باب الجنب يتيمم (رقم : ٣٣٢ ، ٣٣٣) ، والنسائي : (١٧١/١) (١) كتاب الطهارة (٢٠٣) باب الصلوات بتيمم واحد (رقم : ٣٢٢) .

وقال ابن الصلاح : « ثم إن كان في كلامه هذا [يقصد كلام الغزالي السابق] استعمالٌ منه للفظ (سائر) بمعنى : الجميع ، فذلك مردود عند أهل اللغة ، معدود في غلط العامة وأشباههم من الخاصة . قال أبو منصور الأزهري – صاحب كتاب تهذيب اللغة – فيه : أهل اللغة اتفقوا على أن معنى « سائر » : الباقي . قلت : ولا التفات إلى قول الجوهري ، صاحب كتاب صحاح اللغة : سائر الناس جميعهم . فإنه ممن لا يقبل ما ينفرد به ، وقد حُكِمَ عليه بالغلط في هذا من وجهين ؛ أحدهما : في تفسير ذلك بالجميع ، والثاني : أنه ذكره في فصل (س ي ر) وحقُّه أن يذكره في فصل (س أ ر) ؛ لأنه من السُّؤْر بالهَمْز ، وهو بَقِيَّةُ =

فبالإجماع [1] ، وأما في طهارة الخَبَثِ فعند الشافعي ، خلافًا لأبي حنيفة رضي

= الشراب وغيره ، والله أعلم » . المشكل (٢/١أ - ٢ب) .

وجاء في لسان العرب لابن منظور ، مادة (س أ ر) : « والسائر : الباقي ... وفي الحديث : « فضل عائشة على النساء كفضل الثريد على سائر الطعام » ؛ أي باقيه ... قال ابن الأثير : والناس يستعملونه في معنى الجميع وليس بصحيح ؛ وتكررت هذه اللفظة في الحديث ، وكله بمعنى باقي الشيء ، والباقي : الفاضل » ، وانظر - أيضًا - مادة (س ى ر) .

وقد اعْتُرِضَ على الإمام الغزالي في تعبيره هذا - أيضًا - لأن ظاهر الكلام يوحي بإدخال الماء في جنس المائعات ؛ ولذا قال الحموي : « ولا شك أن الماء في إطلاق الفقهاء لا يطلق عليه المائع ، وإن كان يطلق عليه في اللغة ذلك ؛ ألا ترى أن النحو لما اختص بأهل العربية ، والفقه بأهل الشريعة ، لم يحسن إطلاق أحدهما على الآخر ، وإن كان جائزا لغة وكذلك هنا » . مشكلات الوسيط للحموي (٢/١ب - ٣أ) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (أما في طهارة الحدث فبالإجماع) قد ينكر عليه ؛ لأنه إن أراد به إجماع الشافعي وأبي حنيفة لم يستقم ، لما عُرِفَ من خلاف أبي حنيفة في النبيذ . على أن الإجماع بهذا المعنى إنما يستعمل في علم الخلاف دون علم المذهب .

وإن أراد إجماع الأمة فلا يستقيم - أيضًا - لما ذكرناه ؛ ولأن ابن أبي ليلى والأصم أجازا الوضوء بالمائعات .

فأقول : أما خلاف الأصم فلا اعتداد به ، على ما ذهب إليه إمام الحرمين والقاضي أبو بكر الباقلاني ، وهذا كأنه مستند قوله في (الوسيط) في كتاب الإجارة : (ولا مبالاة بخلاف ابن كسيان) ، وابن كسيان هذا هو الأصم . ولكن خلاف ابن أبي ليلى يمنع من دعوى إجماع الأمة ، فيبقى إجماع الإمامين صالحًا لِأَنْ يُحْمل كلامه عليه . ووجدت فيما عُلّق عنه - من لفظه في تدريسه للوسيط - ما يدل على أن مراده به إجماع الإمامين ، إلا أن قوله في (البسيط) : (اتفقت الفرق على ذلك) يُشعر بأن مراده هاهنا - أيضًا - إجماع الأمة ، فيبطله خلاف ابن أبي ليلى ، إن صح عنه ، ... وأما خلاف أبي حنيفة في النبيذ فقد ذكر بعض أصحابه عنه أنه رجع عنه ، والصحيح : أن المجتهد إذا قال قولًا ثم رجع عنه بطل كالمنسوخ ، والله أعلم » . المشكل (٢/١ب) .

قال النووي في المجموع (١٣٩/١) : « قول الغزالي في الوسيط : طهارة الحدث مخصوصة بالماء بالإجماع ، محمول على أنه لم يبلغه قول ابن أبي ليلى إن صح عنه ، وأما الأصم فلا يعتد بخلافه » .

وقد ذهب الحموي إلى أن دعوى الإجماع محمولة على إجماع الصحابة ، فقال : « المنقول أن الصحابة أجمعوا على الاختصاص بالماء دون سائر المائعات ، وما نقل عن ابن مسعود الوضوء بنبيذ التمر فليس هذا في الباب بشيء » . مشكلات الوسيط للحموي (٣/١ب) . =

....

= ويقصد بحديث ابن مسعود هذا ما رواه أبو داود (٦٦/١ ، ٦٧) (١) كتاب الطهارات (٤٢) باب الوضوء بالنبيذ (رقم : ٨٤) ، والترمذي (١٤٧/١ ، ١٤٨) أبواب الطهارة (٦٥) باب ما جاء في الوضوء بالنبيذ (رقم : ٨٨) ، وابن ماجه (١٣٥/١ ، ١٣٦) (١) كتاب الطهارة وسننها (٣٧) باب الوضوء بالنبيذ (رقم : ٣٨٤) ، من طريق هناد وسليمان بن داود العتكي عن شريك عن أبي فزارة عن أبي زيد عن عبد الله بن مسعود – رضي الله عنه – أن النبي ﷺ قال له ليلة الجنِّ : « ما في إِدَاوَتِك ؟ » قال : نبيذ . قال : « ثَمَرَةٌ طَيِّبَة وماء طَهُور » زاد الترمذي : « فتوضأ منه » ولم يذكر ليلة الجن .

وهذا الحديث لا يصح ، ولا يقوم به حجة ، فقد ذكر ابن العربي في عارضة الأحوذي : (١٢٨/١) أن أبا فزارة راويه كان نَبَّاذا بالكوفة [يصنع النبيذ] ، وكان أصل الحديث بغير زيادة « فأخذه فتوضأ به » فزادها هو لِيُنَفِّق سلعته .

كما أن أبا زيد هذا مجهول عند أهل الحديث ، لا يُعْرف له رواية غير هذا الحديث . وقد نص غير واحد من أهل العلم على أن حديثه لا يصح . انظر : سنن الترمذي : (١٤٧/١ ، ١٤٨) ، وراجع : تعليقات الشيخ أحمد شاكر في نفس الموضع . بل إن الطحاوي – إمام الحنفية في الحديث والمنتصر لهم – قال في كتابه معاني الآثار : (٥٧/١ ، ٥٨) : « إنما ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى الوضوء بالنبيذ اعتمادًا على حديث ابن مسعود ، ولا أصل له » واختار أنه لا يجوز الوضوء به في حال من الأحوال .

وقد روى مسلم في صحيحه : (٣٣٢/١ ، ٣٣٣) (٤) كتاب الصلاة (٣٣) باب الجهر بالقراءة في الصبح والقراءة على الجن ، عن ابن مسعود – رضي الله عنه – أنه سئل : هل شهد أحد منكم مع رسول الله ﷺ ليلة الجن ؟ قال : لا . وفي رواية أخرى قال : لم أكن ليلة الجن مع رسول الله ﷺ ، ووددت أني كنت معه .

قال النووي : « أما النبيذ فلا يجوز الطهارة به عندنا على أي صفة كان من عسل أو تمر أو زبيب أو غيرها ، مطبوخًا كان أو غيره ، فإن نَشَّ [أي : أخذ يغلي] وأسكر فهو نجس يحرم شربه وعلى شاربه الحد ، وإن لم ينش فطاهر ، لا يحرم شربه ولكن لا تجوز الطهارة به . هذا تفصيل مذهبنا ، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف والجمهور ، وعن أبي حنيفة أربع روايات ؛ إحداهن : يجوز الوضوء بنبيذ التمر المطبوخ إذا كان في سفر وعدم الماء ، والثانية : يجوز الجمع بينه وبين التيمم ، وبه قال صاحبه محمد بن الحسن ، والثالثة : يُستحب الجمع بينهما ، والرابعة : أنه رجع عن جواز الوضوء به وقال : يتيمم ، وهو الذي استقر عليه مذهبه ، كذا قاله العبدري . قال : وروي أنه قال : الوضوء بنبيذ التمر منسوخ ، وحكي عن الأوزاعي الوضوء بكل نبيذ ، وحكى الترمذي عن سفيان الوضوءَ بالنبيذ » . انظر : المجموع (١٣٩/١ - ١٤٠) . وراجع : المغني لابن قدامة : (١٨/١ ، ١٩) ، وفتح القدير لابن الهمام : (٦٩/١ - ٧١) .

اللّه عنهما [1] .

---

(1) قوله : (الطهورية مخصوصة بالماء من بين سائر المائعات ، أما في طهارة الحدث فبالإجماع ، وأما في طهارة الخبث فعند الشافعي خلافًا لأبي حنيفة رحمهما اللّه) .

فقوله : (من بين سائر المائعات) يجوز أن يريد من بين جميع المائعات ، ويجوز أن يريد من بين باقي المائعات ، وكلاهما صحيح ، ولفظة « سائر » تطلق بمعنى الباقي ، وبمعنى الجميع .

أما بمعنى الباقي فهو الأشهر الأفصح ، ونقل الأزهري في كتابه « تهذيب اللغة » - وهو من أجمل كتب اللغة وأتقنها - اتفاقَ أهل اللغة عليه .

وأما بمعنى « الجميع » فقد ذكرها جماعة من أئمة اللغة منهم : الجوهري ، وأبو منصور الجواليقي ، وأبو محمد عبد اللّه بن بري بن عبد الجبار المقدسي الإمام في اللغة وغيرها الفقيه الشافعي وغيرهم ، وأنشدوا فيها أبياتًا وقد أوضحتها بما يتعلق بها في « تهذيب الأسماء واللغات » ، وقد أكثر / الغزالي في (الوسيط) ١١/أ
من استعمال سائر [بمعنى جميع . وأهل] اللغة قالوا : هو مأخوذ من السُّؤر بالهمز ، وهو البقية ، ولكنه يخالف البقية ؛ فإن « البقية » للقليل الباقي ، و « سائر » لأكثر الجملة . وقيل : هو مِنْ « سار يسير » .

وقوله : (من بين سائر المائعات) احترز به عن التيمم ، فإنه طهارة لكنه بجامد ، ولولاه لقال : من بين سائر الأشياء .

وقوله : (أما في طهارة الحدث فبالإجماع) هذا مما أُنكِرَ عليه ؛ لأن أصحابنا نقلوا عن ابن أبي ليلى - وهو : محمد بن عبد الرحمن ابن أبي ليلى - وأبي بكر بن كيسان الأصم أنهما جَوَّزا الوضوء بكل المائعات .

قال القاضي أبو الطيب طاهر بن عبد اللّه الطبري في تعليقه : إلا الدمع .

وعن أبي حنيفة رواية في جواز الوضوء بنبيذ التمر في السفر عند عدم الماء .

وأجيب عن أبي حنيفة بأن بعض أصحابه نقل رجوعه عنها ، والصحيح : أن المجتهد إذا رجع عن قول لا يبقى مذهبًا له .

وأما الأصم : فلا يعتد بخلافه ، كذا قاله القاضي الإمام أبو بكر محمد بن الطيب الباقلاني البغدادي ، إمام عِلْمَي الكلام والأصول وغيرهما ، والإمام أبو المعالي عبد الملك بن عبد اللّه بن يوسف بن عبد اللّه بن يوسف الجويني إمام الحرمين وغيرهما .

وأما ابن أبي ليلى فلا أعلم جوابًا صحيحًا عن مذهبه - إن صح عنه - إلا أن يحصل إجماع قبله أو بعده وقلنا : الإجماعُ بعد الخلاف يرفعه .

وقوله : (طهارة الخَبَث) بفتح الخاء والباء ، أي : النجس . وأما الشافعي فهو : أبو عبد اللّه محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف بن =

واختصاص الطهورية به ، إما تَعَبُّدٌ لا يُعقل معناه ، وإما أن يُعَلَّلَ [باختصاص الماء] (١) بنوع من اللَّطَافة والرِّقَّة ، وتَفَرُّدٍ في التركيب (1) لا يشاركه فيها سائر المائعات (٢) ، وهو الأقرب .

---

(١) زيادة من (أ) ، وهي ثابتة على هامش الأصل على أنها من نسخة أخرى .

(٢) قال ابن الصلاح : « فتفرده في التركيب هو أنه جسم ، ولم يُرَكَّب إلا من جَوْهَر الماء ، بخلاف ماء الورد وغيره من المائعات ، فإنها مركبة من جوهر الماء وغيره ، ولهذا إذا أُغْلي الصافي منها رسب له سفل ، والماء الصافي إذا أغلي لم يرسب له سفل ، وتفرده بهذا التركيب هو السبب في تفرده باللطافة والرقة ، فعطَفَ أحدهما على الآخر جمعًا بين السبب والمسبب ، والله أعلم .

ومن فوائد هذا الاختلاف : أنه إذا كان تعبدًا انْسَدَّ باب القياس عليه من أصله ، وإذا كان مُعَلَّلًا توقف امتناع القياس على إثبات قصور العلة وقيام الفارق ، والله أعلم .

وقال أبو سعد محمد بن يحيى - تلميذ المصنف - في كتابه (المحيط في شرح الوسيط) ، وإنما هو منه بمنزلة (المهذب) من (التنبيه) : هذا البحث عديم الأثر ، فإنه حُكمٌ - على التقديرين - مخصوص بالماء . وما ذكرناه أولى ، والله أعلم » . المشكل (١/٣أ) .

= كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان القرشي المطلبي الشافعي الحجازي المكي ، ابن عم رسول الله ﷺ أبي القاسم محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي ، يلتقى مع رسول الله ﷺ في عبد مناف .

وأما أبو حنيفة فاسمه : النعمان بن ثابت بن زُوطي البغدادي ، ومناقبهما مشهورة .

ولد الشافعي بغزة ، وقيل بعسقلان ، سنة خمسين ومائة ، وتُوفِّي بمصر سنة أربع ومائتين ليلة الجمعة آخر رجب ، وولد أبو حنيفة سنة ثمانين من الهجرة ، وتُوفِّي ببغداد سنة خمسين ومائة .

واعلم أنه يُنْسَب إلى الشافعي شافعي ، ولا يجوز شفعوي ، ولا تَغْتَرَّ بوقوعه في كتب كثير من الخراسانيين وغيرهم ؛ فهو غلط .

وقوله : (عند الشافعي) هو بكسر العين وضمها وفتحها ، ثلاث لغات حكاهن الإمام أبو إسحاق يعقوب بن إسحق المعروف بابن السكيت ، وآخرون والكسر أفصح .

(1) قوله : (وتفرد في التركيب) أي لم يركب من شيئين ، بخلاف ماء الورد وغيره .

ثم المياه ثلاثة أقسام : (١) (1)

القسم (٢) **الأول : ما بقي على أوصاف خِلْقَته فهو الطَّهُور** (٣) (2) :

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم المياه ثلاثة أقسام) أراد المياه الطاهرة ، وقد قَدَّمَ في عَقْد الباب تخصيصه بالمياه الطاهرة ، وإلا فهي أربعة أقسام بالماء النجس » . المشكل (١/٣أ) .

(٢) « القسم » : ليس في (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (الأول ما بقي على أوصاف خِلْقَته فهو الطَّهور ، وهو الماء المطلق) هذا ظاهره أنه حَدَّ الماءَ المطلقَ بالباقي على أوصاف خلقته ، كما حَدَّه به الشيخُ أبو محمد الجويني والشيخ أبو إسحق الشيرازي .

ولا ينبغي أن ينسب إليه تحديده ذلك بذلك ؛ لأنه صَرَّحَ من بعد في القسم الثاني في المتغير عن وصف خلقته بطول المكث وبما يتعذر صونه عنه وغير ذلك ، بأنه من الماء المطلق أيضًا ، فكأنه أراد بقوله أولًا – في الباقي على أوصاف خلقته –: (إنه هو الماء المطلق) أنه هو الأصل في ذلك ، والقسم الثاني ملتحق به .

والصحيح في تحديد الماء المطلق أنه الماء الذي نكتفي في ذكره بمجرد اسم الماء ، أو نقول : هو الماء الذي يتناوله مجرد اسم الماء . ثم إنه ليس من شرطه أن لا يُقيد ، بل قد يقيد ، فيقال : ماء السماء ، وماء البحر ، وماء البئر ونحو ذلك . وليس هذا كتقييد ماء الورد وغيره ممالايتناوله مجرد اسم الماء ، ولا يُكْتفى في ذكره بمجرد اسم الماء ؛ لأن الماء إنما سُمِّي ماء مطلقًا ؛ لأنه يطلق عليه اسم الماء .

ويفهم من إطلاق اسم الماء والتقييد بالبئر نحوه ، لا يمنع من فهمه من اسم الماء ، بخلاف قيد ماء الورد ونحوه ، فإنه لا يفهم منه اسم الماء إذا أطلق ، وإنما يفهم إذا قُيِّدِ فقيل : ماء الورد . فافهم ذلك ، فإنه مزلة قدم ورأيتُ جمعًا من المصنفين قد زَلُّوا فيه ، وفيهم من جعل المطلق عبارة عما لا يتقيد أصلًا ، وقَسَّمَ المقيد إلى طَهُور وإلى غير طَهُور ، والله أعلم » . المشكل (١/٣أ – ٣ب) .

---

(1) قوله : (المياه ثلاثة أقسام) ، أي المياه الطاهرة ، فإن الباب مخصوص بها .

(2) قوله : (ما بقي على أوصاف خلقته فهو الطهور ، وهو الماء المطلق) ، يقال : بقي بكسر القاف وفتحها ، والكسر أفصح وبه جاء القرآن ، وظاهر عبارته أنه حدَّ الطهورَ بالباقي على أوصاف خلقته . وكذا حدَّه الشيخ أبو محمد عبد الله بن يوسف الجويني والد إمام الحرمين ، وصاحب « المهذب » وآخرون ، وهو فاسد لنقصانه ؛ فإن المتغيّر بالمكث وبما يتعذر صونه عنه : طهور وقد زال عن وصف خلقته ، فالصواب أن المطلق : هو العاري عن الإضافة اللازمة . وقيل : ما يفهم من مطلق اسم الماء .

(١ فيدخل تحته ١) ماء البئر ، وماء البحر ، وكل ما نبع من الأرض ، أو نزل من السماء، وهو الماءُ المُطْلَق حَقًّا (٢) .

ولا يُسْتَثْنَى عن هذا الحدِّ (٣) إلا الماء المستعمل (٤) في الحدث [1] ، فإنه عند الشافعي طاهرٌ غير طَهُور (٥) ، وعند مالك - رضي اللّه عنه - طَهُور ، وهو قولٌ ....

(١) في (أ) : « ويدخل فيه » . (٢) « حقًّا » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) « الحد » : ليست في (أ) ، وفي (ب) : « من هذا الحد » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا يستثنى عن هذا إلا الماء المستعمل) ظاهره أنه عنده مطلق مستثنى ، وهذا وإن كان خلاف ما هو الأقوى ، وخلاف ما صار إليه صاحب « المهذب » وغيره ، فهو قولُ غيرِ واحد من الأئمة المحققين .

قال صاحب « التقريب » - ومن نفس كتابه نقلتُ بخراسان -: الصحيح أنه ماء مطلق ، مُنِعَ من استعماله تَعَبُّدًا . وقرأتُ هناك - أيضًا - بخط الشيخ أبي محمد الجويني والد إمام الحرمين فيما عَلَّقَه عن شيخه القفال في شرح التلخيص لابن القاص ، قال : قد سَمَّى صاحب الكتاب الماء المستعمل مطلقًا ، وهذا صحيح ، وكونه مستعملًا لا يخرجه عن حدِّ الإطلاق ؛ لأنه نعت كالحرارة والبرودة » . المشكل (١/٣ب) ، وراجع : المجموع للنووي : (١/١٢٥) .

(٥) وهذا مذهب الشافعي في الجديد ، وهو رواية عن أبي حنيفة وبه قال زُفَر ، وإحدى الروايتين عن مالك ، وبه قال الليث والأوزاعي ، وهو مذهب أحمد . واستدلوا على طهارته بما يلي :

أولًا : ما رَوَى أبو جُحَيْفة قال : « خرج علينا رسول اللّه ﷺ بالهاجرة ، فأُتي بَوَضوء فتوضأ ، فجعل =

(1) قوله : (ولا يستثنى عن هذا إلا الماء المستعمل في الحدث) ، وظاهر هذه العبارة أن المستعمل مطلق . وقد اختلف أصحابنا ، فقال صاحب « التقريب » - ، وهو الإمام أبو الحسن القاسم بن الإمام أبو بكر محمد بن علي القفال الشاشي الكبير - : الصحيح أنه مطلق ، مُنع استعماله تعبدًا . وقال الإمام القفال الصغير المروزي المتكرر في « الوسيط » وكتبِ متأخري الخراسانيين ، وهو أبو بكر عبد اللّه بن أحمد ، سَمِيُّ صاحب « التلخيص » : المستعمل مطلقًا ، وهو صحيح ؛ لأنه نعت له ، فلا يخرجه عن الإطلاق . والأصح المختار ما قاله صاحب « المهذب » وغيره : أنه غير مطلق ، واللّه أعلم .

وقوله : (إلا المستعمل في الحدث) مما ينكر عليه ؛ لأن المستعمل فى إزالة النجاسة إذا حكمنا بطهارته ، فهو كالمستعمل في الحدث فيجب استثناؤه أيضًا .

....

= الناس يأخذون من فضل وَضوئه فيتمسحون به » . رواه البخاري : (٢٩٤/١) (٤) كتاب الوضوء (٤٠) باب استعمال فضل وَضُوء الناس ، (رقم : ١٨٧) . وراجع أطرافه أرقام : (٣٧٦ ، ٥٠١ ، ٣٥٥٣ ، ٣٤٦٦، ٥٨٥٩) . فلو كان فَضْل وَضوئه نجسًا لما تمسَّحوا به .

ثانيًا : ما روى جابر بن عبد الله قال : « جاء رسول الله ﷺ يَعُودُني وأنا مريض لا أعقل ، فتوضأ وصَبَّ عليَّ من وَضُوئه ، فعقلت ، فقلت : يا رسول الله ، لمن الميراث ؟ إنما يرثني كلالةٌ !! فنزلت آية الفرائض » . رواه البخاري : (٣٠١/١) (٤) كتاب الوضوء (٤٤) باب صَبِّ النبي ﷺ وَضوءه على مغمى عليه (رقم : ١٩٤ (، وراجع أطرافه أرقام : (٤٥٧٧ ، ٥٦٥١ ، ٥٦٧٦ ، ٦٧٢٣ ، ٦٧٤٣ ، ٧٣٠٩) . رواه مسلم : (١٢٣٤/٣ ، ١٢٣٥) (٢٣) كتاب الفرائض (٢) باب ميراث الكلالة .

فلو كان وَضُوؤه نجسًا لما صَبَّه ﷺ على جابر رضي الله عنه .

ثالثًا : ما رواه أبو هريرة ، أنه لقي النبي ﷺ في طريق من طرق المدينة وهو جُنُب ، فَانْسَلَّ فذهب فاغتسل ، فتفقده النبي ﷺ فلما جاءه قال : « أين كنت ؟ يا أبا هريرة ! » قال : يا رسول الله ، لقيتني وأنا جنب ، فكرهت أن أجالسك حتى أغتسل . فقال النبي ﷺ : « سبحان الله ! إن المؤمن لا ينجس » . رواه البخاري : (٣٩٠/١ ، ٣٩١) (٥) كتاب الغسل (٢٣) باب عرق الجنب وأن المسلم لا ينجس (رقم :٢٨٣ ، وراجع طرفه رقم : ٢٨٥) ورواه مسلم ، واللفظ له : (٢٨٢/١) (٣) كتاب الحيض (٢٩) باب الدليل على أن المسلم لا ينجس .

ووجه دلالته : أن الماء طاهر لقي مَحَلًّا طاهرًا وهو المغتسِل ، فهو طاهر .

رابعًا : ما ورد عن عائشة وميمونة وأم سلمة – رضي الله عنهن – : « أن كل واحدة منهن كانت تغتسل مع رسول الله ﷺ من الجنابة في إناء واحد » . رواه مسلم (٢٥٥/١ – ٢٥٧) (٣) كتاب الحيض (١٠) باب القدر المستحب من الماء في غسل الجنابة ، ومثل ذلك لا يسلم من رشاش يقع في الماء من المستعمل ، فلو كان نجسًا لما جاز .

واستدل هذا الفريق على زوال طَهُورية الماء المستعمل بما يلي :

أولًا : « نهيُ النبي ﷺ أن تغتسل المرأة بفضل الرجل ، أو أن يغتسل الرجل بفضل المرأة » . وفي رواية : « نهى أن يتوضأ الرجل بفضل طَهُور المرأة » . وفي رواية : « بفضل وَضُوء المرأة » . رواه أبو داود : (٦٣/١) (١) كتاب الطهارة (٤٠) باب النهي عن الوضوء بفضل وَضوء المرأة (رقم : ٨١، ٨٢) ، والترمذي : (٩٢/١ ، ٩٣) أبواب الطهارة (٤٧) باب ما جاء في كراهية فضل طهور المرأة (رقم : ٦٣ ، ٦٤) ، والنسائي : (١٧٩/١) كتاب الطهارة (١١) باب النهي عن فضل وضوء المرأة (رقم : ٣٤٣) ، وابن ماجه : (١٣٢/١) (١) كتاب الطهارة (٣٤) باب النهي على فضل وضوء المرأة (٣٧٣ ، ٣٧٤) . =

للشافعي – رضي اللّه عنه – (١) . وعند أبي حنيفة – رضي اللّه عنه – نَجِسٌ (٢) (1) .

= ثانيًا : ما رواه أبو هريرة قال : قال رسول اللّه ﷺ : « لا يغتسل أحدكم في الماء الدائم وهو جنب » . رواه مسلم (٢٣٦/١) (٢) كتاب الطهارة (٢٩) باب النهي عن الاغتسال في الماء الراكد .

وراجع فيما سبق : الروضة للنووي : (١١٥/١ ، ١١٦) ، والمغني لابن قدامة : (٣١/١ ، ٣٢) ، وكشاف القناع للبهوتي : (٣٠/١ - ٣٢) ، والشرح الصغير للدردير بحاشية الصاوي : (٣٧/١ ، ٣٨) ، وشرح فتح القدير لابن الهمام (١/ ٨٥ ، ٩٠) .

(١) في (ب) : « وهو قول قديم للشافعي » . وهذا إيضاح جيد من هذه النسخة ، فإن ذلك – حقًّا – هو المذهب القديم للشافعي ، ورواية عن أحمد ، وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والزهري ، وهو مذهب أهل الظاهر . واستدلوا بما يلي :

أولًا : ما رواه ابن عباس قال : اغتسل بعض أزواج النبي ﷺ في جَفْنَةَ ، فجاء النبي ﷺ ليتوضأ منها – أو يغتسل – قالت له : يا رسول اللّه ! إني كنت جنبًا ، فقال رسول اللّه ﷺ : « إن الماء لا يُجْنِب » .

رواه أبو داود : (٥٥/١ ، ٥٦) (١) كتاب الطهارة (٣٥) باب الماء لا يجنب (رقم ٦٨) ، والترمذي : (١/ ٩٤) أبواب الطهارة (٤٨) باب ما جاء في الرخصة في فضل طهور المرأة (رقم : ٦٥) ، وقال : حديث حسن صحيح . والنسائي : (١٧٣/١) كتاب المياه (رقم : ٣٢٥) ، ولفظه : « إن الماء لا يُنَجِّسه شيء » . وابن ماجه : (١٣٢/١) (١) كتاب الطهارة (٣) باب الرخصة بفضل طهور المرأة (رقم: ٣٧٠) . وأخرجه أحمد (٣٣٠/٦) عن ابن عباس عن ميمونة زوج النبي ﷺ ولفظه : « إن الماء ليس عليه جنابة ، أو لا ينجسه شيء » .

ثانيًا : ما جاء أن النبي ﷺ اغتسل من الجنابة ، فرأى لُمْعَةً لم يُصِبْها الماء ، فعصر شعره عليها . رواه ابن ماجه : (٢١٧/١) (١) كتاب الطهارة (١٣٨) باب من اغتسل من الجنابة فبقي في جسده لمعة لم يصبها الماء كيف يصنع ؟ (رقم : ٦٦٣) . ورواه أحمد : (٢٤٣/١) .

وقالت المالكية : يكره التطهر به عند وجود غيره ، ولا يجوز التيمم مع وجوده ، ولم يكرهه أهل الظاهر . وراجع فيما سبق : الغاية القصوى للبيضاوي : (١٩٠/١) ، والمغني لابن قدامة : (٣١/١) ، وبداية المجتهد لابن رشد (٢٠/١) ، والدين الخالص للسبكي : (١٦٣/١) ، والمحلى لابن حزم : (١٨٢/١) .

(٢) كما في رواية عنه وهو قول أبي يوسف ، واستدلوا بما رواه أبو هريرة قال : قال رسول اللّه ﷺ : « لا =

(1) قوله : (وعند مالك طهور ، وهو قول للشافعي ، وعند أبي حنيفة نجس) فقوله : (وهو قول للشافعي) جَزْمٌ منه بإثبات قولين للشافعي في طهوريته ، وفي المسألة طريقان مشهوران ، أصحهما وأشهرهما : إثبات قولين ، كما ذكره المصنف ، القديم طهوريته ، والجديد منعها . والثاني : الجزم بعدم طهوريته . =

ويدل على طهارته قِلَّةُ احتراز الأولين منه [١] ، وأنه [٢] لم يلقَ محلًّا نَجِسًا [1] . ويدل على سقوط طهُورِيَّته أن الأولين - في إعواز [٣] الماء - لم يجمعوا [٤] الماء المستعمل [٤] ؛

= يغتسل أحدكم في الماء الدائم وهو جنب » .رواه مسلم : (٢٣٦/١) (٢) كتاب الطهارة (٢٩)باب النهي عن الاغتسال في الماء الراكد . والنسائي : (١٢٤/١ ، ١٢٥) (١) كتاب الطهارة (١٣٩) باب النهي عن اغتسال الجنب في الماء الراكد (٢٢٠) .

ووجه دلالة الحديث أن الماء يصير مستعملًا ، فترتفع طُهُوريته ، ولو لم يكن كذلك لما نهى عنه . والراجح عند الحنفية أنه طاهر غير طَهور . وراجع : فتح القدير لابن الهمام (٨٥/١ - ٩٢) .

(١) في (أ، ب) : « عنه » . قال ابن الصلاح : « قوله : (ويدل على طهارته قلة احتراز الأولين منه) اسْتَدَلَّ فيما عُلِّقَ من درسه على عدم احتراز الأولين منه بأنه لو احترزوا لنقل إلينا ، وبمثل هذا يُثْبت كثيرًا من الأمور المنفية التي ينسبها في هذا الكتاب وغيره إلى الأولين ، والله أعلم » . المشكل (٣/١ب - ٤أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « فإنه » .

(٣) أعوزه الشيء : إذا احتاج إليه فلم يقدر عليه ، والإِعْواز : الفقر ، والمُعْوِز : الفقير ، وعَوِزَ الرجلُ : افتقر ، وأَعْوَزَه الدهر : أحوجه . انظر : لسان العرب ، مادة (ع و ز) .

(٤) في الأصل : « المياه المستعملة » ، وما أثبتناه من (أ) ، وهو أليق بالسياق . =

= وأما قوله : (وعند أبي حنيفة نجس) ، فمما أنكر عليه وإنما نجاسته مذهب أبي يوسف ، وعن أبي حنيفة ثلاث روايات ، أصحها : طاهر غير طهور . والثانية : نجس نجاسة مغلظة . والثالثة : نجاسة مخففة .

ويُجاب عن المصنف : بأنه أراد بيان الرواية المخالفة ولكنه أوهم جزم أبي حنيفة بها .

وأما مالك فهو : أبو عبد الله مالك بن أنس بن أبي عامر الأصبحي من بني أصبح الحجازي المدني ، وُلد سنة إحدى - وقيل : ثلاث ، وقيل : أربع ، وقيل : سبع - وتسعين من الهجرة ، وتوفِّي بالمدينة سنة تسع وسبعين ومائة ، رحمه الله .

(1) قوله : (ويدل على طهارته قلة احتراز الأولين منه ، وأنه لم يلق محلًّا نجسًا) أراد بالأولين أوائل هذه الأمة وهم الصحابة وتابعوهم .

ومما يُستدل به قوله ﷺ : « الماء طهور لا ينجسه شيء » ، حديث صحيح رواه مالك في الموطأ ، وأبو داود ، وأبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي وغيرهم ، من رواية أبي سعيد سعد بن مالك بن سنان الأنصاري الخدري بأسانيد صحيحة ، فهذا عام خُصَّ منه المتغير ، والقليل الذي أصابته نجاسة ، وبقي ما سواهما على الطهارة الأصلية ، والصحيح : أن العام إذا خُصَّ تبقى دلالته ، والله أعلم .

(¹ليستعملوه ثانيًا ¹) .

ثم سقوط الطهُورية باعتبار معنيين ؛ أحدهما : تَأَدِّي العبادة به (٢) ، والآخر : انتقال المنع إليه (٣) . فإن انتفى المعنيان فَطَهُور كالمستعمل في الكرَّةِ الرابعة . وإن وُجد أحد

= قال ابن الصلاح : « قوله : (ويدل على سقوط طهوريته أن الأولين - في إعواز الماء - لم يجمعوا المياه المستعملة) هذا يتضمن دعوى إجماع العلماء على ذلك قبل ظهور الخلاف . وقد قال صاحب « التقريب » - رحمه الله -: ولا نعلم بين المتقدمين فيه خلافًا . وذكر المزني أنه إجماع العلماء ، والله أعلم » . المشكل (١/٤أ) .

(١) ليست في (أ ، ب) .

(٢) « به » : ليست في (أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم سقوط الطهورية باعتبار معنيين ؛ أحدهما : تأدي العبادة به ، والآخر : انتقال المنع إليه ...) إلى آخره : فيه إشكال وبحث من جهات ثلاث :

(إحداها) : أن لفظه هذا يُشعر بالجمع بين المعنيين في الاعتبار ، إما بأن يكونا جزئَي العلة ، والعلة مجموعهما ، وإما بأن يكونا علتين معًا مستقلتين حتى يكون ذلك من قبيل الحكم بعلتين معًا . وذكر الشيخ أبو الفتوح العجلي الأصبهاني - صاحب حواشي الوجيز -: أنه لم يجمع أحد في هذا التعليل بين المعنيين ، بل اختلفوا في أنه بأيهما يُعَلل . واتبعه على نحو ذلك صاحبُ « شرح الوجيز » ، أبو القاسم الرافعي القزويني - رحمهما الله - فقال : اتفقوا على أنهما ليسا علتين مستقلتين ، وإلا لما صار بعضهم إلى نفي الطُّهورية في صورة وجود أحد المعنيين دون الثاني ، وعلى أنهما ليسا جزئَيْ علةٍ واحدة ، وإلا لما صار بعضهم إلى إثبات الطُّهورية فيها .

وفسر العجلي قوله في « الوسيط » : (باعتبار المعنيين) بأن العلة لا تخرج عنهما ، ولا تَعْدُوهُمَا ، من حيث إن العلة أحدهما . ويتوجه ما قاله بأنه لما كان كل واحد منها قد علَّلْ به معلِّلٌ ساغ الجمع بينهما في الذكر .

وهذا الاتفاق الذي ادعياه لم أجده منقولًا في كتب من تقدم من الأئمة ، والاستدلال عليه باختلافهم في صورة انتفاء أحد المعنيين لا يصح ، فإن الخلاف يتصور فيها بأن يكون بعضهم علل بالمجموع ، فأثبت الطهورية عند انتفاء أحد المعنيين لانتفاء المجموع ، وخالفه غيره فصار إلى أن العلة : المعنى الموجود دون الثاني ، أو إلى أن كل واحد منهما علة مستقلة ، فنفى الطهورية لذلك .

ويتصور الخلاف فيه - أيضًا - بأن يصير بعضهم إلى استقلال كل واحد منهما ، فينفي الطهورية ، ويصير آخر إلى أن العلة المعنى المنتفي خاصة ، فلا ينفيها . =

المعنيين دون الثاني فوجهان ، كالمستعمل في الكرّة الثانية ، أو في التجديد ، فإنه لم يوجد

= ثم إن المزني علل في « المختصر » بأنه ماء أُدّيَ به الفرض مرة ، وهذا ظاهره التعليل بالمعنيين جميعًا ؛ لأن أداء فرض طهارة الحدث من المسلم يشتمل على أداء العبادة وزوال المنع ، وغُسْل الذمية التي تحت المسلم نادر ، يبعد أنه لاحظه في تعليله . ثم إن في « البسيط » التصريح بأنه على - أحد الوجهين - يعتبر مجموع الوصفين ، والله أعلم .

ووقفني - أيام مقامي بنيسابور - الشيخُ أبو حامد الجاجرمي على المجلد الأول من شرحه للوسيط ، وكان قد عمل بعضه ، فوجدته يقول فيه : إن الأصحاب اختلفوا في العلة على ثلاثة أوجه ؛ أحدها : قال بعضهم - وهو منقول عن المزني - هي أنه أُدّي به فرض الطهور ، وذكر المعنيين الآخرين .

ثم جمعني وإياه الطريق ، فقلت له : من أين ذكرت هذا ؟ فقال : في « الخلاصة » ؛ لأنه أدي به الفرض . فقلت له : هذا في « مختصر المزني » ولا كلام فيه ؛ وإنما الجمع بين الثلاثة الذي ما رأيت أحدًا ذكره ، ولعلك لما رأيت هذا مذكورًا ، ورأيت الآخرَيْن مذكورَيْن جمعتَ بينها . فقال : يجوز ، ثم بعد ذلك طالبتُه بإسناده إلى كتاب فلم يَقُمْ به ، فقلت له : قد ذكره المزني ، ولكن ليس ذلك معنًى ثالثًا ، وإنما هو عبارة مختصرة عن المعنيين ، والله أعلم .

ثم إن قوله في « الوجيز » : (لتأدي العبادة به وانتقال المنع إليه) وقع هكذا بحرف الواو في أكثر النسخ ، أو في كثير منها ، وأبى (الواو) - بمعناها من الجمع - العجليُّ والرافعيُّ ، بناءً على ما سبق ، وهو متداول بين الطلبة .

أما العجلي فقال : (الواو) سهو من الكاتب ، والصحيح (أو) . وأما الرافعي فإنه أقر (الواو) وجعلها بمعنى (أو) . قلت : وهذا كالهوس ، فإن الواو بمعناها من الجمع لا يزيد على لفظه في (الوسيط) المصرح بالجمع ، فإذا كان ذلك محمولًا على أن المراد أن العلة لا تَعْدُوهمَا كما سبق بيانه : كان ذلك بلفظ (الواو) - بمعناها من الجمع - محمولًا على مثل ذلك .

وجمعني والرافعيَّ - رحمه الله وإيانا - جامعُ همذان ، وهو قافل من الحج ، وأنا راحل إلى خراسان ، فدار بيني وبينه في ذلك كلامٌ ، لست أحصله الآن ، والله أعلم » .

(الثانية) : أن قوله : (انتقال المنع إليه) مستنكر ؛ من حيث إنه مُوهِمٌ أنه انتقل من أعضاء المحدِث مَنْعٌ قائم بها إلى الماء المستعمل ؛ كما تنتقل النجاسة من محلها إلى الماء المستعمل في إزالتها ، وليس كذلك ؛ لأن هذا المنع ليس شيئًا قائمًا بالأعضاء ؛ حتى يُوصَف بالانتقال منها ، إنما هو حكم من أحكام الشرع ، ولو كان قائمًا بها لكان في حكم العَرَض ، والعَرَض لا يتصور انتقاله .

وأيضًا : فإن انتقال المنع يتوقع على سقوط الطُّهورية ، فلا يكون علةً له أو مُشَبَّهًا بالعلة له ، وهذه العبارة =

انتقال المنع [إليه] [1] .

= من تصرفه في (الوسيط) دون (البسيط) ، وإنما عبر شيخُه إمامُ الحرمين وغيره ، وهو في (البسيط) عن ذلك بأداء الفرض ، وذلك شامل لغسل الذمية ، وكذا وضوء الصبي ، والوضوء للنافلة ؛ لأن المراد بفرض الطهارة مالا يجوز الصلاةُ أو الوطء - وغيرهما مما يتوقف عليها - إلا به ، لا ما يأثم بتركه ، والممكن في العذر عنه : أن المراد بانتقال المنع زوال منعٍ من الأعضاء ، وثبوت منع آخر يماثله أو يقاربه في الماء ، وتسمية ذلك نقلًا وانتقالًا كتسمية نسخ الكتاب بدلًا له مع أنه ليس فيه انتقال المكتوب المنقول بعينه من موضع إلى موضع .

وهذا أولى منه بذلك ؛ إذ ليس في النسخ إلا إثبات المثل في محل آخر مع بقاء المنقول في محله ، وهذا فيه إزالة المنقول من محله وإثبات مثله في محل آخر ؛ فهو أقرب إلى النقل الحقيقي الذي يتوارد فيه الإزالة والإثبات على شيء واحد بعينه .

وأما تعليل سقوط الطُّهُورية به فوجهه ما يأتي في البحث الثالث . والإنصاف الاعتراف بأن قوله : (انتقال المنع إليه) تصرف منه غير لائق به ، والله أعلم .

(الثالثة) : في صلاحية المعنيين للتعليل ، وقد تتخيل أنهما إنما هما أداء العبادة وأداء الفرض ، فيتجه أن يقال : ما أديت به العبادة أو أُدِّي به الفرض ، فلا يُؤدَّى به ذلك مرة أخرى ، حتى يتجدد ما تعود به صلاحيته ، كالعبد أو الطعام الذي تؤدى به الكفارة : لا تؤدى به الكفارة مرة أخرى ، حتى يتجدد ما تعود به صلاحيته ، وهو تجدد الملك هناك ، وتتجدد الكثرة ببلوغه قلتين هاهنا .

وذكر الإمام أبو المعالي في (نهاية المطلب) أن الأئمة ذكروا الأمرين لضبط المذهب ، وخرجوا علتهما المتفق عليه والمختلف فيه . وقال : المسلكان جميعًا لا يصلحان لإثبات أصل المذهب ، وإنما معتمد المذهب ما قدمناه من التمسك بسيرة الماضين . ولكن ما كان فرضًا وعبادة فلا استرابة في أنه المستعمل الذي اشتد للنافية بعادة الماضين ، وما وُجِدَ أحد هذين المعنيين تردد الأصحاب فيه ، وليس منع استعمال المستعمل مما يربط بمعنى صحيح على السبر ، والله أعلم » . المشكل (١/٤أ - ٥ب) .

وراجع : مشكلات الوسيط للحموي : (١/٦ب - ١٠ب) ، والوجيز للغزالي : (١/٥) ، ومختصر المزني بهامش الأم : (١/٣٩) ، والمجموع : (١/٢١٣ ، ٢١٤) .

(١) زيادة من (ب) ، وراجع : المجموع : (١/٢٠٧ ، ٢٠٨) ، والروضة : (١/١١٥ ، ١١٦) .

والذي استعملته الذِّمِّية [1] ؛ حتى تَحِلَّ لزوجها المسلم (١) [2] ، فإنه وُجِدَ انتقالُ المنع ،

(١) يعني : حتى يحل لزوجها المسلم وطؤها .

(1) قوله : (ثم سقوط الطهورية باعتبار معنيين ، أحدهما : تأدِّي العبادة به ، والآخر : انتقال المنع إليه ، فإن انتفى المعنيان فهو طهور ، كالمستعمل في الكرة الرابعة ، وإن وجد أحدهما فوجهان ، كالمستعمل في الكرة الثانية والثالثة ، وفي التجديد ، والذي استعملته الذِّمِّيَّة) : معنى هذا الكلام أن الغسلة الأُولى مستعملة بلا خلاف . واختلفوا في علة كونها مستعملة ، فقيل : لتأدِّي العبادة بها . وقيل : لانتقال المنع الذي كان في الأعضاء إليها . فأما الرابعة فغير مستعملة قطعًا ؛ لانتفاء العلتين ، فهي ليست عبادة ، بل مكروهة . وأما الثانية والثالثة فمن اعتبر العبادة قال : هما مستعملتان ، لتأدي العبادة بهما .

ومن اعتبر انتقال المنع قال : غير مستعملتين ، إذ لم يَبْقَ منعٌ بعد الأولى ، ويجري الوجهان في كل ما أُدِّي به طهارة وُجِدَ فيها أحد المعنيين فقط : لتجديد الوضوء ، والأغسال المسنونة ، وماء المضمضة ، والاستنشاق ، والكفين ، وغير ذلك مما هو عبادة ولم يُزِل منعًا ، وفي غسل الكتابية لانقطاع الحيض ، فإنه انتقل المنع ولم تقع عبادة إلا إذا قلنا : إذا أسلمت لا إعادة ، فإنه وقع أيضًا عبادة ؛ فيكون مستعملًا ؛ هكذا قاله المصنف والأصحاب . وفيه إشكال وينبغي أن لا يكون مستعملًا على اعتبار العبادة ، إلا إذا أسلمت وقلنا : لا إعادة .

فأما ما دامت كافرة فلا يصح أن يقال : أُدِّي به عبادة ، فإنه إنما يكون عبادة بالمتعين .

واعلم أن الأصحَّ التعليلُ بانتقال المنع ، وأن الذي لم يوجد فيه غير العبادة ليس بمستعمل .

ثم اعلم أن قوله : (انتقال المنع) فيه تَجَوُّزٌ ، فليس هنا انتقال حقيقي ، وهذه العبارة لا تعرف لغيره إلا لمن تابعه ، ولم يذكرها في « البسيط » وإنما عبارته في « البسيط » وعبارة شيخه إمام الحرمين في « النهاية » وغيرهما من الأصحاب عن ذلك : بأداء فرض الطهارة ، وهذه عبارة صحيحة ، والمراد بفرض الطهارة مالا يجوز الصلاة أو الوطء إلا به ، لا ما يأثم بتركه ، فيدخل فيه غسل الكتابية ، ووضوء الصبي ، والوضوء للنافلة .

ولنا وجه ضعيف : أن ما استعمله الصبي ليس بمستعمل ، والله أعلم .

(2) قوله : (والذي استعملته الذمية حتى تحل لزوجها المسلم) لو قال : (الكتابية) لكان أحسن وأعم وأصوب ؛ ليدخل فيه الكتابية الحربية . ولو قال : (حتى تحل لرجلها) لكان أحسن ليدخل فيه سيد الأمة الكتابية .

وقوله : (حتى تحل) إشارة إلى أن الخلاف إنما هو إذا اغتسلت بنية أن تحل لزوجها ، فإن لم تَنْوِ لم يصرْ مستعملًا ، وهذا صحيح ؛ فإنها لو اغتسلت بلا نية لم تحل له على المذهب ، وبه قطع أبو سعيد عبد الرحمن ابن المأمون المتولي صاحب « التتمة » .

ولم يُوجد تَأَدِّي العبادة ، إلا إذا لم نُوجب الإعادة [عليها] (١) إذا أَسْلَمَتْ (٢) .

فروع أربعة :

الأول : المستعمل في الحَدَثِ ، هل يُستعمل في الخَبَثِ ؟ (1) فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن للماء قوتين (٣) ، ولم يستوفِ إلا إحداهما .

والثاني : لا ؛ لأن تلك القوة في حكم خصلة واحدة (٤) لا تتجزأ (٥) ، وهذا كما أن المستعمل في الحدث لا يُستعمل في الجنابة (2) ، ولا يُقال : إن هذه القوة باقية (٦) .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) قال النووي : « أما ما اغتسلت به كتابيّةٌ عن حيض لتحلَّ لمسلم ، فإن قلنا : لا يجب إعادة الغسل إذا أسلمت فليس بطَهُور . وإن أوجبناها - وهو الأصح - فوجهان ، الأصح : أنه ليس بطهور » . انظر : الروضة : (١١٦/١) .

(٣) أي : قوة رفع الحدث ، وقوة إزالة الخَبَث .

(٤) « واحدة » : ليست في (أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأن تلك القوة في حكم خصلة لا تتجزأ) ، فقوله : (تلك القوة) إشارة إلى ما ذكر من القوتين ، فالمعنيُّ إذن بالقوة جنس القُوَى . وقوله : (لا تتجزأ) أي : ثبوتًا وارتفاعًا ؛ فإذا ارتفع بعضها ارتفع كلها بدلالة الأدلة المعتمد عليها في أصل الباب » . المشكل (١/٥ب) .

وقال الحموي : « ما ذكره الشيخ جائز ؛ فإنه ليس ثَّم تنافٍ بين العبارتين [يقصد عبارة : لأن للماء قوتين ... وعبارة : لأن تلك القوة ... ، حيث أعاد بلفظ المفرد (القوة) على المثنى (قوتين)] ، وبيانه : أن معنى تلك القوة أراد به على سبيل البدل ، ومتى كان كذلك صار كأنهما قوتان من حيث الصلاحية ، وإن كانت في اللفظ والاستعمال مفرد ، ولما كان كذلك جاز ، إلا أن العبارة الأولى أولى ، وليس يشترط في التصنيف أن يذكر في عبارته ما هو الأَوْلَى ؛ لما لا يخفى » . مشكلات الوسيط (١٢/١أ) .

(٦) الراجح عند الشافعية : أن الماء المستعمل في رفع الحدث لا يجوز استعماله في إزالة النجاسة . =

---

(1) قوله : (المستعمل في الحدث هل يستعمل في الخبث ؟ وجهان) الصحيح منهما : المنع ، وبه قال جمهور الأصحاب ، وجوَّزه أبو القاسم عثمان بن سعيد بن بشار الأنماطي ، وأبو علي الحسن بن خيران . فإذا ذهبت قوته بالنسبة إلى أحدهما ذهبت بالنسبة إلى الآخر .

(2) قوله : (كما أن المستعمل في الحدث لا يستعمل في الجنابة) ، هذا متفق عليه .

الثاني : إذا جُمع الماء (١) المستعمل حتى بلغ قُلَّتَيْنِ فَوَجْهَان (٢) (1) :

أحدهما : يعود طَهُورًا ، كالماء النجس إذا جُمع [فصار] (٣) قُلَّتين (٤) ؛ ولأن الكثرة

= قال النووي : « وبه قال جمهور أصحابنا أصحاب الوجوه » ، وقد ذهب أبو القاسم الأنماطي وأبو علي بن خيران من الشافعية إلى جواز ذلك ؛ بناءً على أن للماء قوتين أو حكمين - على حد تعبير صاحب المهذب - : رفع الحدث وإزالة النجس ، فإن ذهبت إحدى القوتين أو ارتفع أحد الحكمين بقي الآخر .

ورد النووي على ذلك بقوله : « وأما قول الأنماطي : للماء حكمان ، فلا يسلم أن له حكمين على جهة الجمع ؛ بل على البدل ، ومعناه : أنه يصلح لهذا ولهذا ، فأيهما فعل لم يصلح للآخر ؛ قال الأصحاب : وهذا كما أنه يصلح لرفع الحدث الأصغر وللجنابة ، فلو استعمله في أحدهما لم يصلح للآخر بالاتفاق من الأنماطي وغيره ، والله أعلم » . انظر : المجموع للنووي : (٢٠٨/١ ، ٢٠٩) ، وراجع : المهذب : (٨/١) ، والغاية القصوى : (١٩٣/١) ، والروضة : (١١٦/١) .

(١) « الماء » : ليست في (أ) . (٢) في (ب) : « فيه وجهان » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) وذلك لعموم حديث القلتين الذي رواه عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال : سُئِل رسول الله ﷺ عن الماء وما ينوبه من الدواب والسباع فقال ﷺ : « إذا كان الماء قُلَّتَين لم يحمل الخَبَث » ، وفي رواية قال ﷺ : « إذا كان الماء قلتين فإنه لا ينجس » . رواه أبو داود : (٥١/١ - ٥٣) (١) كتاب الطهارة (٢٣) باب ما ينجس الماء (أرقام : ٦٣ ، ٦٤ ، ٦٥) ، والترمذي : (٩٧/١ - ٩٩) أبواب الطهارة (٥٠) باب ما جاء أن الماء لا ينجسه شيء (رقم : ٦٧) ، والنسائي : كتاب الطهارة (٤٤) باب التوفير في الماء (٥٢) وابن ماجه : (٣٢/٢١) كتاب الطهارة (٣٥/١) باب مقدار الماء الذي لا ينجس (أرقام : ٥١٧، ٥١٨) . كما أخرجه أحمد : (٢٣/١ ، ٢٧) ، والحاكم : (١٢٣/١) وصححه ووافقه الذهبي ، وأخرجه الشافعي في الأم : (٤/١) وفي مسنده بهامش الأم : (٣،٢/٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٢٦١/١ ، ٢٦٢) .

وقال الخطابي : « قد تكون القُلَّة الإناءَ الصغير الذي تُقله الأيدي ويتعاطى فيه الشرب كالكيزان ونحوها ، وقد تكون القلة الجَرَّة الكبيرة التي يُقلها القوي من الرجال ، إلا أن مخرج الخبر قد دل أن المرد به ليس النوع الأول ؛ لأنه إنما سئل عن الماء الذي يكون بالفلاة من الأرض في المصانع والوهاد والغدران ونحوها ، ومثل هذه المياه لا تحمل بالكوز والكوزين في العُرْف والعادة ؛ لأن أدنى النجس إذا أصابه نَجَّسه ، فعلم أنه ليس معنى الحديث .

وقد روي من غير طريق أبي داود من رواية ابن جريج : « إذا كان الماء قلتين بِقلال هَجَر ... » وقلالُ هجر مشهورة الصنعية معلومة المقدار ، لا تختلف كما لاتختلف المكائل والصِّيعان ، والقِرب المنسوبة إلى =

(1) قوله : (إذا بلغ المستعمل قلتين فوجهان) الصحيح منهما : عَوْدُهُ طهورًا .

تَدْفَعُ [حكم] (١) الاستعمال (1) ، فإذا طرأت تَقْطَعُ (٢) حكمه كالنجاسة (٣) .

والثاني : لا يعود طَهُورًا ؛ لأن حكم النجاسة يسقط إذا انْغَمَرَتْ [و] اسْتُهلِكَتْ (٤) بكثرة الماء ، وأن (٥) الاستعمال أبطل قوة الماء ، فَيُلْحَق (٦) بماء الوَرْدِ ، وسائر المائعات (٧) .

الثالث : إذا انْغَمَسَ الجنُب في ماء قليل وخرج : ارتفعت جَنَابتُه ، وصار الماء مستعملًا (٨) .

= البلدان المحدودة على مثال واحد ، وهي أكبر ما يكون من القلال وأشهرها ؛ لأن الحد لا يقع بالمجهول ؛ لذلك قيل : « قلتين » على لفظ التثنية ، ولو كان وراءها قُلَّة في الكبر لأشكلت دلالته ، فلما ثنَّاها دل على أنه أكبر القلال ؛ لأن التثنية لابد لها من فائدة ، وليست فائدتها إلا ما ذكرناه ، وقد قدر العلماء القلتين بخمس قِرَب ، ومنهم من قدرها بخمسمائة رطل » . انظر تعليقات الخطابي على سنن أبي داود : (٥٣/١) ، وراجع : عون المعبود : (١/١-٣ - ١٠٤) ، وتحفة الأحوذي : (٢١٥/١ - ٢٢١) ، ومعرفة السنن والآثار : (٨٤/٢ - ٩٢) ، التلخيص الحبير : (١٦/١ - ٢٠) ، نصب الراية : (١٠٤/١ - ١١٢) .

(١) زيادة من (ب) . (٢) في (أ) : « قطعت » .

(٣) وقال ابن الصلاح تعليقًا على هذا القول : « اشتمل هذا على علتين وقياسين ؛ أحدهما : يرتفع حكم الاستعمال بالكثرة كما يرتفع حكم النجاسة بها ، وأولى لأنها أغلظ منه . فهذا إلحاق للرفع بمثله من الرفع . والثاني : الكثرة تدفع حكم الاستعمال إذا طرأت ، كما تدفعه إذا قارنت . فهذا إلحاق الدفع بالدفع ، ووجهه : أن الدفع دل على المنافاة بينهما ، ويلزم منها الرفع أيضًا ، ويتأكد - أيضًا - ذلك بالنجاسة من حيث إنَّا سَوَّيْنا فيها بين الرفع والدفع ، فإلحاق هذا بها أَولى من إلحاقه بالعدة والإحرام اللذين لم يلحق فيهما بالدفع ؛ لتباعد النوعين وتقارب نوعي الطَاهِرِيَّة والطهُورِيَّة ، والله أعلم » . المشكل (١/٥ب - ٦أ) .

(٤) « استهلكت » : ليست في (أ) . (٥) « أن » : ليست في (أ) .

(٦) في الأصل ، (أ) : « فليلتحق » ، وما أثبتناه من (ب) .

(٧) رجح النووي وغيره أن الماء المستعمل لوجُمِعَ فبلغ قلتين صار طَهُورًا . انظر : الروضة (١١٦/١) .

(٨) قال ابن الصلاح تعليقًا على ذلك : « صورتُه ما إذا انغمس ناويًا ، فأما إذا لَم ينوِ حتى استوى عليه الماء ارتفعت بلا مخالفة فيه من الخِضْري . وقوله : (خرج) ليس شرطًا في ارتفاع جنابته ، فإن جنابته ارتفعت =

---

(1) قوله : (ولأن الكثرة تدفع الاستعمال) ، معناه : أن الماء لو كان قلتين فانغمس فيه جُنُبٌ أو جماعات لم يثبت له حكم الاستعمال بلا خلاف ، ويقال : الكثرة ، بفتح الكاف وكسرها حكاهما الجوهرى وآخرون ، والفصيحُ الفتحُ ، وبه جاء القرآن .

وقال الخِضْرِيُّ من [أصحابنا] [١] : لا ترتفع ؛ لأنه صار مستعملًا بملاقاة أول جزءٍ [منه] [٢] .

وهو غلط ؛ إذ حكم الاستعمال [إنما] [٣] يَثْبُتُ بالانفصال ، ولا يثبت ....

= قبل خروجه بوصول الماء إلى جميع بدنه ، وإنما هو شرط في مجموع الحكمين المذكورين ، وحاصله راجع إلى اشتراطه في الثاني منهما ، وهو صيرورة الماء مستعملًا ، فإن الانفصال شرط فيه .

قلت : ثم إنهم إنما أخروا الحكم بالاستعمال إلى انفصال الماء عن الجميع ، ذكروه من أنه لو صار مستعملًا بملاقاة أول جزء من البدن لارتفاع حدث ذلك الجزء لاحتاج في كل جزء إلى ماء جديد ، وذلك حَرَجٌ ؛ فتأخر لذلك الحكم بالاستعمال إلى الانفصال وإلى خروج المنغمس من الماء ، وهذا يحصل بدون ذلك بأن يؤخر ذلك إلى وصول الماء إلى جميع بدنه ، وإن لم يخرج بعد ، فينبغي إذًا أن نحكم بالاستعمال قبل خروجه عند ارتفاع الجنابة عن جميع بدنه ، وهكذا يلزم في الذي يصب الماء عليه أن نحكم فيه بالاستعمال عند تكامل وصول الماء إلى عضوه أو إلى أعضائه ، وإن لم ينفصل بَعْدُ . وهذا مشكل لم أجد لهم جوابًا عنه ، والممكن فيه أن الاستعمال صورةً مستمرّ إلى الانفصال ، فيسوى بين الجميع في هذا الحكم ، ويلحق ما بعد زوال الحدث منه بما قبله في ذلك تبعًا ، كما ألحقت التسليمة الثانية في عدها من الصلاة بما قبلها تبعًا ، وإن خرج من الصلاة بالتسليمة الأولى ، وحكم الاستعمال مستنده إجماع من تقدم ، كما تقدم ، ولم يثبت ذلك عنهم إلا فيما بعد الانفصال . وهذا كله على ما عرف من أن الحدث يرتفع عن كل عضو باستتمام غسله ، ولا يتوقف على تمام وضوئه ، فلا نقول : إن ارتفاع الحدث عن وجهه يتأخر إلى تمام وضوئه ، كما قاله الإمام أبو المعالي في « نهاية المطلب » مستدلًا بامتناع مسّ المصحف بوجهه قبل تمام وضوئه ، فإن هذا بعيد عجيب مخالف للمعروف ولقاعدة المذهب ، وإنما امتنع مس المصحف لأن شرطه تمام الطهارة في جميع بدنه ، والله أعلم » . المشكل (٦/١أ - ٦ب) ، وراجع : مشكلات الوسيط للحموي : (١٠/١ب - ١١ب) .

(١) الزيادة من (ب) . والخِضْري - بكسر الخاء وإسكان الضاد - : هو أبو عبد الله محمد بن أحمد المروزي ، نُسِب إلى أحد أجداده ، وكان أحد شيخي عصره ، إمام مرو ، والمبرز من شيوخ خراسان ، حدَّث عن القاضي المحاملي وغيره ، وتتلمذ عليه الدقاق والقفال وغيرهما ، وقيل : كان يضرب به المثل في قوة الحفظ وقلة النسيان .

راجع ترجمته في : الطبقات الكبرى للسبكي : (١٠٠/٣) ، وطبقات الشافعية لابن هداية الله : (٢١٦) ، ووفيات الأعيان : (٣٥١/٣) ، وتهذيب الأسماء واللغات : (٢٧٦/٢) ، وشذرات الذهب : (٣/ ٨٢) ، وطبقات الشافعية للأسنوي : (٢٢٤/١) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) زيادة من (ب) .

حالة (١) تَرَدُّدِه على الأعضاء (٢) (1) .

(١) في (ب) : « حال » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في قول الخضري : (هو غلط) يتضمن أنه ليس معدودًا وجهًا في المذهب ، وأن المسألة لا خلاف فيها في المذهب ، فاعرِفْ ذلك فيه وفيما يرد عليك من أشباهه . وأيضًا : فقد نقل عن الخضري أنه رجع عنه لما عرف أنه خلاف النص » . المشكل (١/٦ب) . وقد نقل النووي عن إمام الحرمين رجوع الخضري عن هذا القول ، وراجع : المجموع : (١/٢١٨) .

---

(1) قوله : (إذا انغمس الجنب في ماء قليل وخرج ارتفعت جنابته ، وصار الماء مستعملًا . وقال الخِضْري : لا ترتفع ؛ لأنه صار مستعملًا بملاقاة أول جزء ، وهو غلط ؛ إذ حكم الاستعمال إنما يثبت بالانفصال ، ولا يثبت حال تردده على الأعضاء) .

أما قوله : (ماء قليل) فمعناه : دون قلتين . وصورة المسألة أن ينغمس ناويًا ، أما إذا انغمس بلا نية ، ثم لما صار تحت الماء نوى : فترتفع جنابته بلا خلاف ، ووافق عليه الخضري .

وإذا انغمس ناويًا كما صورناه ، فمخالفةُ الخضري إنما هي فيما عدا الجزء الذي لاقاه الماء أولًا ، وأما ذلك الجزء فترتفع عنه الجنابة عند الخضري وجميع الأصحاب . ثم على الصحيح ، وهو ارتفاع الجنابة عن الباقي ، صورتُه : أن يتمم الانغماس ، فلو انغمس بعضه ناويًا ، ثم اغترف للباقي بحيث فصل الماء صار المنفصل مستعملًا ، وحصول الماء على جميع البدن بلا خلاف ، ولا يصير الماء مستعملًا بالنسبة إليه حتى يخرج .

وأما بالنسبة إلى غيره فيصير في الحال مستعملًا على الصحيح الذي قطع به الأكثرون .

وقيل : لا يصير حتى يخرج كما في حق نفسه ، وقد استشكلوا عدم مصيره مستعملًا بالنسبة إليه قبل الخروج ، من حيث إنه إنما لم يَصِرْ مستعملًا حالة تردده على العضو للحاجة إلى تتميم العضو ، ولا حاجة هنا بعد الحكم بارتفاع الجنابة .

وأجيب عنه : بأن صورة الاستعمال باقية فأعطي حكم حقيقة الاستعمال .

وأما الخِضْري : فبخاء مكسورة وضاد ساكنة معجمتين وهو : أبو عبد الله محمد بن أحمد المروزي – من كبار أئمة مرو – من متقدمي أصحابنا الخراسانيين ، قال الإمام الحافظ أبو سعد السمعاني في كتابه « الأنساب » : هو نسبة إلى جَدٍّ له ، قال : والأصل في هذه النسبة الخَضِري بفتح الخاء وكسر الضاد لكنهم خففوه لثقله ، قال : وهذا الخضري إمام مرو ومتقدم الفقهاء الشافعية بها ، تفقه عليه جماعة ، وروى الحديث عن جماعة منهم : أبو عبد الله المحاملي ، قلت : وأخذ عنه الفقه القفالُ المروزي وغيرُه من كبار الأئمة .

واعلم : أن صاحبي « الإبانة » و « العدة » حكيا عن الخضري أنه رجع عن قوله في هذه المسألة إلى موافقة الأصحاب ، والله أعلم .

=

الرابع : المُحْدِثُ إذا أدخل يده في الإناء بعد غسل الوجه ، وكان [قد] [1] نوى رَفْعَ الحَدَث ، صار الماء مستعملًا إذا انفصلت [2] اليد [من الماء] [3] .

فطريقه : أن يقصد الاغْتِرافَ والتنحِية [4] ؛ حتى لا يصير مستعملًا ، فإن غفل عن [نية] [5] رفع الحدث ، وعن [قصد] [6] الاغتراف ، فالمشهور أنه يصير مستعملًا [7] .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في الأصل : « انفصل » ، والمثبت من (أ ، ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، وفي (ب) : « عن الماء » .

(٤) « التنحية » : ليست في (أ) .

(٥) الزيادة من (ب) .

(٦) الزيادة من (أ) .

(٧) وقال ابن الصلاح : « قوله : (إن غفل عن رفع الحدث وقصد الاغتراف) استبعد شيخه تصور هذا ، فإن من ينقل الماء من الإناء فقصده الاغتراف ، لاغسل اليد في الماء الذي في الإناء ، وقد قَطَعَا - رحمهما الله وإيانا - إذا قصد الاغتراف لم يصرْ مستعملًا ، ولم يخرجاه على الخلاف فيما إذا قصد التبرد في أثناء الوضوء عند غسل بعض الأعضاء ، فأحد الوجهين : أنه لا يعتبر القصد الطارئ ، وتراعى نية رفع الحدث السابقة ، فيرتفع الحدث ؛ لأن بقاءها حكمًا كبقائها حقيقة ، وهذا كذلك .

وينبغي أن يقال : إن ضم إلى قصد الاغتراف قَصْدَ أن لا يرفع به حدث الكف ، قطعنا بأن لا يرتفع حدثها من غير خلاف ، وإن اقتصر على قصد الاغتراف ولم يتعرض لرفع الحدث بنفي ولا إثبات ، فينبغي إجراء ذلك الخلاف فيه ، وهذا التفصيل يجري مثله في مسألة نية التبرد الطارئة ، ونية التنفل في مسألة إغفال اللمعة ، والله أعلم .

وإذا غفل عن القصدين ، فقد قطع شيخه بأنه يصير مستعملًا . وقال : هو من عنده ، ويتجه أن يقال : هيئة الاغتراف صارفة للملاقاة إلى هذه الجهة بحكم العادة فلا يصير مستعملًا ، وهذا لا يتجه بمجرد الهيئة العارية عن قصد الاغتراف مع بقاء ما سبق من قصد رفع الحدث حكمًا ، وإنما اتجاهه بما ذكره في الدرس من أنه لما جلس من الابتداء للوضوء فهو ناوٍ للوضوء والاغتراف معًا ، فاصطحبت النيتان ، والهيئة الآن تخص جهة الاغتراف ، وتمسك أيضًا بحال الأولين ، والله أعلم » . المشكل (١/٦ب - ٧أ) .

= وأما قول المصنف : (إن حكم الاستعمال إنما يثبت بالانفصال ولا يثبت حال تردده على الأعضاء) فمراده في حق المتوضئ ، وهذا متفق عليه ، وأما في حق الأجنبي فقد سبق أن الصحيح مصيره مستعملًا ، والله أعلم .

ويتجه أن يُقال : هيئة الاغتراف صارفة للملاقاة إلى هذه الجهة بحكم العادة ؛ فلا يصير مستعملًا (١) (1) .

القسم الثاني : فيما (٢) تَغَيَّرَ عن وصف خِلْقَته ، ولكن تَغَيُّرًا يسيرًا ، لا يُزايله اسم الماء المطلق ، فهو طهور (٣ كالماء المتغير ٣) بطول المكث ، أو (٤) المتغير بزعفران يسيرٍ ظهر عليه / أدنى ظهور ، فإنه طَهُور على المذهب (٥) . ١/أ

(١) ذكر النووي في الروضة : (١١٨/١) أنه إن لم ينو المحدث شيئًا فالصحيح : أن الماء يصير مستعملًا ، وقال : « وقطع البغوي بأنه لا يصير » .

(٢) في (أ) : «ما » .

(٣) الأصل : « كالمتغير » ، وما أثبتناه من (أ) .

(٤) في (أ) : « و » بدل « أو » .

(٥) قال ابن الصلاح : « أراد بكونه يسيرًا [يقصد : تغير الماء] كونه لم يسلب إطلاق اسم الماء وإن كان تَغَيُّرًا كبيرًا فاحشًا من حيث الصورة ، كما في المتغير بطول المكث ، والمتغيرِ بما يجاوره ، والمتغيرِ بما يجري عليه في مَقَرِّه ، فكل ذلك يطلق عليه أهل اللسان اسم الماء ، وإن تفاحش تغيره ، والله أعلم » . المشكل (١/ ٧أ) .

قلت : وما ذكره الغزالي هو الأصح في المذهب ، راجع : الروضة : (١١٩/١) .

وقال الحموي : « وأمكن أن يقال : إنما خَصّه باليسير حتى يفرق بينه وبين النجاسة ، فإن الماء ينجس بها ، وإن كان التغير يسيرًا ، إلا على وجه في الزعفران اليسير ، وبه خرج الجواب .

وقد ذكر بعض العلماء إشكالًا آخر غير هذا ليس بمرضي ، وقال : عطف الشيخ الزعفرانَ اليسير على المتغير بطول المكث ، وهذا يقتضي أن يكون في التغيير بطول المكث خلاف كما في التغير بالزعفران ، فإنه ليس كذلك بالاتفاق . ثم إنه عطف المتغير بما جاوره على الخلاف ، ثم عطف ما يتعذر صون الماء عنه =

(1) قوله : (وكان نوى رفع الحدث صار الماء مستعملًا إذا انفصلت اليد ، فطريقه أن يقصد الاغتراف حتى لا يصير مستعملًا ، فإن غفل عن نية رفع الحدث وعن قصد الاغتراف فالمشهور أنه يصير مستعملًا ويتجه أن يقال : لا يصير مستعملًا) .

أما إذا قصد رفع الحدث أو الاغتراف فالحكم ما ذكره بالاتفاق . وأما إذا غفل فالصحيح المشهور : أنه يصير مستعملًا كما ذكره ، وبهذا قطع شيخه إمام الحرمين والأكثرون .

وقوله : (يتجه أن يقال) هو احتمال للغزالي ، وبه قطع الإمام أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي صاحب « التهذيب » . وحكم الجنب بعد النية كالمحدث بعد غسل الوجه .

وكذلك المتغير بما يُجاوره كالعُود (١) ، والعَنْبر ، والكافور الصّلب (٢) ، وكذا المتغير بما يتعذر صَونُ الماء عنه كالتراب ، والزرنيخ (٣) ، والنُّورة (٤) ، ومالا يخلو الماء عنه في مَقرّه ؛ فإن اسم الماء المطلق لا ينسلب به ، وكذلك المُسَخَّن والمُشَمَّس (٥) (1) .

= كالمتغير بتراب المقرّ وما يجري على النورة والزرنيخ أن يكون فيه خلاف ، ومعلوم أنه ليس فيه خلاف .

قال الحموي : وهذا إشكال ضعيف جدًّا ، فإنه ليس من شرط المعطوف أن يوافق المعطوف عليه من كل وجه ، وإنما شرطه أن يوافقه في الإعراب والمعنى المشترك بينهما في الغالب ، فعلى هذا يصح ما ذكره ، فيكون المختلف فيه معطوفًا على المتفق عليه ، والمتفق عليه معطوفًا على المختلف فيه ، على الوجه الموافق له في العلة دون المخالف له .

وإن شئنا عطفنا المتفق عليه على المتفق عليه ، والمختلف فيه على المختلف فيه ، وإن وقف على البعد . فيكون في العود والعنبر والكافور خلاف ، ومعطوف على الزعفران اليسير . ويكون الزرنيخ معطوفًا على التغير بطول المكث ولا خلاف فيهما ، وكذلك مالا يخلو الماء عنه في مقرّه ، والله أعلم » . مشكلات الوسيط (١٣أ - ١٤أ) .

(١) العُود : هو ما يُتبخر به ، وقيل : هو الخشبة المطراة يُدخَّن بها ويُستجمر بها . انظر لسان العرب : (مادة : ع و د) .

(٢) في (أ) : « المتصلب » .

(٣) الزرنيخ : أعجمي فارسي معرب ، وهو عنصر شبيه بالفلزات له بريق الصلب ولونه ، ومركباته سامة ، ويستخدم في الطب وقتل الحشرات . انظر : المعجم الوسيط ، والمصباح (مادة : ز ر ن خ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « والنُّورة - هاهنا - حجارة رَخْوة فيها خطوط بيض ، إذا جرى عليها الماء انحلت فيه ، وهي مذكورة في « نهاية المطلب » في الرمي في الحج ، والله أعلم » . المشكل (٧/١أ - ٧ب) .

وجاء في لسان العرب مادة (ن و ر) : « والنُّورة حجر من الحجر الذي يحرق ويسوى منه الكِلْس ويحلق به شعر العانة ، وجاء في غيره : « النورة حجر الكلس ، ثم غلبت على أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنيخ ، وتستعمل في إزالة الشعر » راجع : المصباح ، والمعجم الوسيط : (مادة : ن و ر) .

(٥) لم يثبت في كراهية النبي ﷺ للماء المسخَّن أو المشمَّس حديث يحتج به ، بل كل ما ورد في ذلك عنه شديد الضعف ، بعض رواته متهمون بالنكارة والكذب ، ومن ذلك ما رُوِيَ عن عائشة - رضي الله عنها - =

(1) قوله : (القسم الثاني : فيما تغير عن وصف خلقته ولكن تغيرًا يسيرًا ، لا يزول به اسم الماء المطلق ، فهو طهور كالمتغير بطول المكث ، والمتغير بزعفران يسير ، ظهر عليه أدنى ظهور ، فإنه طهور على المذهب . وكذا المتغير بما يجاوره كالعود والعنبر والكافور الصلب . وكذا المتغير بما يتعذر صون الماء عنه ، كالتراب =

نعم في المشمس كراهية من جهة ....

= أن النبي ﷺ دخل عليها وقد سخَّنت ماء في الشمس ، فقال : « لا تفعلي يا حميراء ، فإنه يورث البرص » . وقد روي هذا من طرق لم يصح منها طريق واحد ، بل ذكره ابن الجوزي في الموضوعات . وقد نسبه بعض المصنفين إلى سنن أبي داود والترمذي ، وهو غلط فاحش .

وهذا الحديث وأحاديث أخرى لا ترقى إلى الاحتجاج ، بل قد وردت بعض روايات عن الصحابة ، هي أحسن حالًا من آنفة الذكر ، تُثبت عكس ذلك .

انظر : التلخيص الحبير : (٢٠/١ - ٢٣) ، وراجع : نصب الراية : (١٠١/١ - ١٠٤) . وسنن البيهقي : (٦/١- ٧) ، وسنن الدارقطني (٣٧/١ - ٣٩) .

وقال الشافعي في « الأم » : « ولا أكْره الماء المشمس إلا من جهة الطب » وقال النووي : « إن المشمس لا أصل لكراهته ، ولم يثبت عن الأطباء فيه شيء ، فالصواب الجزم بأنه لا كراهية فيه . وهذا هو الوجه الذي حكاه المصنف [يعني الشيرازي في المهذب] وضعفه ، وكذا ضعفه غيره ، وليس بضعيف . بل هو الصواب الموافق للدليل ولنصِّ الشافعي رحمه اللّه تعالى » المجموع (١٣٣/١) .

= والزرنيخ والنورة ، ومالا يخلو الماء عنه في مقره ، فإن اسم الماء المطلق لا ينسلب به ، وكذا المسخن والمشمس) .

اعلم أن هذا السياق الذي ذكره المصنف قد يوهم خلاف الصواب فيوهم إثبات خلاف فيما لاخلاف فيه . والوجه : أن أذكر حكم المذهب وكلام المصنف منزل عليه .

فقوله : (تغير تغيرًا يسيرًا لا يزول به الاسم) أراد بقوله (لا يزول به الاسم) بيان مراده باليسير ؛ فجعل اليسير عبارة عمَّا لا يسلب الاسم ، وإن كان في بعض صوره تغيرًا فاحشًا من حيث الصورة كالمتغير بالمكث تغيرًا فاحشًا فإنه طهور بلا خلاف ؛ لأنه لا يزول عنه الاسم مع فحش تغيره في الصورة . وكذا المتغير بما يتعذر صونه عنه كالتراب والزرنيخ والنورة وشبهها مما يكون في مقر الماء وممره : فإنه طهور بلا خلاف ، وكذا المسخن والمشمس طهور بلا خلاف .

وأما المتغير بزعفران ونحوه مما لا يتعذر صونُه عنه تغيرًا يسيرًا ففيه وجهان ؛ أصحهما : أنه طهور . والثاني : غير طهور ، ونسبه الإمام وغيره إلى العراقيين .

وأما المتغير بمجاورة العود وعنبر وكافور ، ففيه قولان مشهوران ؛ الصحيح : أنه طهور .

فهذا حكم المذهب في هذه الصورة ، وكلامُ المصنف يُوهِمُ إثباتَ الخلاف في ذلك كله ، وليس هو كذلك ولا هو مراده ، بل الصواب ما ذكرناه .

الطب (١) (1) ....

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (نعم في المشمس كراهية من جهة الطب) هذه الكراهية إذا أثبتناها على المشهور عند الأصحاب ، فهل هي كراهية شرعية ، أو كراهية إرشادية ؟ فيه وجهان .

والفرق – في فَنِّ أصول الفقه – بينهما : أن الكراهية الشرعية يتعلق فيها الثواب بالترك ، وكراهية الإرشاد لا يتعلق بها ثواب على الترك ، وفائدتها دنيوية لا دينية ، وهي مثل كراهية النبي ﷺ أَكْلَ التمر لِصُهَيْب وهو أرمد .

أحدهما : [يقصد : أحد الوجهين] : أنها كراهية إرشادية من جهة الطب ، وهذا هو طريقة صاحب هذا الكتاب ، وأفصح عنه في التدريس ، وهو ظاهر كلام الشافعي ، والأظهر .

والثاني : أنها كراهية شرعية . وهذا طريقة صاحب « الحاوي » وصاحب « المهذب » وغيرهما ، والله أعلم » . المشكل (١/٧ب) . وراجع المجموع للنووي : (١/١٣٥) .

وللتفريق بين الأمر التشريعي والأمر الإرشادي ، راجع : الإحكام للآمدي : (٢/١٤٢ وما بعدها) .

(1) قوله : (نعم في المشمس كراهية من ناحية الطبِّ ...) إلى آخر القسم . حاصل ما ذكره الأصحاب في المشمس أوجه :

أحدها : لا يكره مطلقًا ، حكاه صاحب « المهذب » وآخرون ، وهذا – وإن كان غريبًا في المذهب – فهو الصحيح المختار الموافق للدليل ولنصِّ الشافعي ، أما الدليل : فلأن الكراهة حكم شرعي فلا تثبت إلا بدليل ، ولم يصح فيه شيء ، والحديث المروي عن عائشة والأثر المحكي عن عمر ضعيفان ، ولم يثبت عن الأطباء فيه شيء . وأما نص الشافعي ، فقال في « الأم » : لا أكره المشمس إلا أن يُكْره من جهة الطب .

والوجه الثاني : يكره إن قصد تشميسه ، وإلا فلا . واختاره صاحب « المهذب » وآخرون من العراقيين .

والثالث : يكره بكل حال ، واختاره الإمام أقضى القضاة أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري صاحب « الحاوي » .

والرابع : يكره في الإناء المنطبع في بلد حار ، وإلا فلا .

والخامس : يكره بهذا الشرط ، وبشرط تغطية رأسه ، وإلا فلا .

والسادس : إن قال الأطباء : يورث البرص ، وإلا فلا . وهذا الوجه حكاه يحيى بن أبي الخير سالم بن أسعد بن يحيى بن سليمان بن موسى صاحب « البيان » ، وهو صحيح لكنه تعليق على ما ليس بواقع .

وحيث قلنا : « يكره » فهو في البدن ، دون الأرض والأواني ونحوهما ، وهي كراهة تنزيه ، لا تمنع صحة الوضوء .

ولا يكره المتشمس في البرك والأنهار بلا خلاف بكل حال .

لأن حَمْيَ الشمس يفصل (1) من الإناء أجزاءً تعلو الماء كالهباء (١) (2) ، فإذا لاقى البدن أورث البرص .

ثم اختلفوا في [أن] (٢) هذه الكراهية : هل تختص بالبلاد الحارَّة ، وبالأواني (٣) المنطبعة (3) وبقصد التشميس ؟

وهذا خلاف لا وجه له ؛ لأنه لا كراهية إلا من جهة الطِّب ، والمحذورُ من جهة الطب يختص بالحرارة المفرطة ، ولا يختص بوجود القصد ، ويختص بالجواهر المنطبعة ، فلا (٤) يجري في الخشب ، والخزف ، والجلد ، ولعله لا يجري في الذهب والفضة (4) من المنطبعات ؛ لصفاء جوهريهما (٥) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « حَمْي الشمس : بفتح الحاء وإسكان الميم على مثال (الرَمْي) حكاه الأزهري في « تهذيب اللغة » وغيره ، يقال : حَمِيَت الشمسُ تحمي حَمْيًا . والهَباء : بفتح الهاء والباء الموحدة والمد ، هو ما يدخل من الكُوَّة مع ضوء الشمس شبيه بالغبار ، والله أعلم » . المشكل (١/٧ب) .

(٢) الزيادة من (أ ، ب) .

(٣) في الأصل : « الأواني » ، قال ابن الصلاح : « والأواني المنطبعة هي التي تُطرق بالمطارق من نحاس وغيره » . المشكل (١/٧ب) . وذكر النووي أن المقصود بها أوجه : « أحدها : جميع ما يُطْرَق ، وهو قول الشيخ أبي محمد الجويني . والثاني : أنها النحاس خاصة ، وهو قول الصيدلاني . والثالث : كل ما يطرق إلا الذهب والفضة ؛ لصفائهما ، واختاره إمام الحرمين » . انظر المجموع (١/١٣٤) .

(٤) في الأصل ، (ب) : « ولا » ، وما أثبتناه من (أ) وهو أفضل .

(٥) في (أ ، ب) : « جوهرهما » ، وما أثبتناه أولى .

قال ابن الصلاح : « قوله : (ولعله لا يجري في الذهب والفضة) ليس فيه جزم بالحكم ، وقد جزم =

---

(1) قوله : (لأن حَمْي الشمس) هو بفتح الحاء وإسكان الميم ، حكاه الأزهري وغيره .

(2) قوله : (كالهباء) هو بالمد ، وهو ما يدخل الكوة مع ضوء الشمس شبيه بالغبار .

(3) قوله : (والأواني المنطبعة) هي التي تُطْرق بالمطارق . والأواني جمع آنية ، والآنية جمع إناء ، ككساء وأكسية .

(4) قوله : (ولعله لا يجري في الذهب والفضة) ، هذا تردد منه في جريانه فيهما ، وفيه وجهان على هذا الوجه : قال الشيخ أبو محمد : يجري . وقال أبو بكر الصيرفي والقاضي أبو علي حسين بن محمد والبغوي والمتولي وغيرهم : لا يجري في غير النحاس .

القسم الثالث : ما تفاحش تغيره بمخالطة ما يستغني [الماء] (١) عنه : بحيث لا يفهم من (٢) مطلق اسم الماء ، فإن استجد اسمًا آخر ، كالحبر ، والصِّبغ ، والمرقة (٣) فليس بطَهور بالإجماع (٤) .

وإن لم يستجد (٥ اسمًا منفردًا ٥) فليس بطَهُور - أيضًا - عند الشافعي (٦) - رضي اللّه عنه (1) - ، خلافًا لأبي حنيفة (٧) - ....

= غيره ، فقال الشيخ أبو محمد الجويني : يجري فيهما أيضًا . وقال الصيدلاني أبو بكر : لا يجري فيهما وفيما عدا النحاس . وخصص النحاس بالاعتبار ، والتخصيص بالنحاس موجود - أيضًا - في تعليق القاضي حسين ، وفي التتمة والتهذيب وغيرها ، واللّه أعلم » . المشكل (٧/١ب) . وراجع تعليقنا قبل السابق .

وقد ذكر النووي الخلاف بين فقهاء الشافعية في حكم كراهية الماء المشمس ، وبَيَّنَ أن مجموع ما ذهبوا إليه سبعة أوجه ، وراجعها في : المجموع : (١٣٣/١ ، ١٣٤) ، وراجع : الروضة : (١١٩/١) .

وعلى فرض كراهية استعمال المشمس إلا أن مَنْ تَطَهَّر به صحَّت طهارته ؛ لأن المنع لخوفِ الضرر ، وذلك لا يمنع صحة الوضوء أو نحوه . وراجع كلام الشيرازي في « المهذب » وتعليق النووي عليه : المجموع (١/ ١٣٦) . وراجع الروضة : (١١٩/١ ، ١٢٠) .

(١) زيادة من (ب) . (٢) في (ب) : « منه » .

(٣) في (أ) : « والمرق » .

(٤) وذكر ابن قدامة : أنه لا يعلم خلافًا في ذلك . انظر المغني : (٢٠/١) .

(٥) في (ب) : « اسمًا آخر منفردًا » .

(٦) وهو قول مالك والراجح من مذهب أحمد ، راجع : المغني : (٢١/١) ، والشرح الصغير : (٣١/١) .

(٧) وهو رواية - أيضًا - عن أحمد ، ومذهبُ أبي حنيفة وأصحابه أنه يجوز الطهارة بما اختلط بشيء طاهر =

---

(1) قوله : (فليس بطهور أيضًا عند الشافعي) لَفْظَةُ (أيضًا) منصوبة على المصدر . قال ابن السكيت وغيرُه : هو من آض يئض ، إذا رجع .

واعلم أن التغير الفاحش يسلب ، سواء تغير طعمُه أو لونُه أو ريحُه ، ولا يشترط اجتماع الصفات على الصحيح المنصوص في مواقع من كتب الشافعي ، وبه قطع الجمهور .

وفي قول ضعيف : يشترط اجتماعها . وكلام صاحب « التتمة » في هذه المسألة ضعيف غريب ، بل غلط نَبَّهْتُ عليه ؛ لئلا يُغتر به .

رحمة اللّه عليه [1] – لأنه تعبّد بالوضوء بالماء ، وقد سقط اسم الماء ، وإن لم (١ يتجدد اسم ١) آخر .

فروع أربعة :

الأول : في المتغير بالتراب المطروح (٢) فيه قصدًا ، فيه وجهان [2] :

أحدهما : أنه ليس بِطَهُور ؛ لأنه مُسْتَغْنًى عنه (٣) . وهو ضعيف ؛ (٤ فإن التغير ٤) بالتراب لا يسلب اسم الماء ، ويُعْلَم أن الأَوَّلين كانوا إذا رأوا ماء (٥) متغيرًا بالتراب لم يبحثوا عن سببه ، ولأن التراب مُجَاور له (٦) ، فإنه يرسب على القرب [3] ، وينفصل عن

= ولو تغير أحد أوصافه ، كالماء المختلط باللبن أو الزعفران أو الصابون أو العجين ، وبحيث لا يخرجه عن حد الإطلاق فيتغير اسمه أو معظم أوصافه . راجع : شرح فتح القدير : (٧١/١) ، والمغني : (٢١/١) .

(١) في (أ ، ب) : « يستجد اسمًا » .

(٢) في (أ) : « ففيه » ، وهو خطأ واضح .

(٣) في الأصل : « منه » . وما أثبتناه من (أ) ، وهو الصحيح .

(٤) في (أ ، ب) : « لأن المتغير » .

(٥) « ماء » : ليست في (أ) .

(٦) « له » : ليست في (أ) .

---

(1) قوله : (القسم الثالث : ما تفاحش تغيره بمخالطة ما يستغني عنه ، بحيث لا يفهم من مطلق اسم الماء ، فإن استجد اسمًا آخر ، كالحبر ، والصبغ والمرقة فليس بطهور بالإجماع ، وإلا فكذلك عند الشافعي خلافًا لأبي حنيفة) هكذا كله كما ذكره إلا ما قدمناه عن ابن أبي ليلى والأصم . ولنا قول واهٍ غريب كمذهب أبي حنيفة حكاه القاضي حسين .

(2) قوله : (المتغير بالتراب المطروح قصدًا فيه وجهان) الوجهان مشهوران في طريقة خراسان ، وحكاهما الماوردي في الحاوي قولين . وقطع جمهور العراقيين بأنه طهور ، وهو الصحيح عند من ذكر خلافًا ، كما أشار إليه المصنف هنا .

(3) قوله : (لأنه التراب مجاور ، فإنه يرسب على القرب) كان ينبغي أن يقول : في حكم المجاور ؛ لأنه في تلك الحال مخالط حقيقة .

الماء (١) .

الثاني : إذا تغير (٢) الماء بالمِلْح ، (٣) ، ففيه ثلاثة أوجه (1) . ويُفَرَّقُ في الثالث بين الجَبَلي والمائي ، ويُشَبَّه المائي بالجَمْد (2) ، وهو ضعيف ؛ لأنه لو كان كالجمد لذاب (٤ في الشمس ٤) . ولكن تعليله التشبيه بالتراب المطروح [فيه] (٥) قصدًا (٦) ، فإن ماء البحر

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولأن التراب مجاور ، فإنه يرسب على القرب) كان ينبغي أن يقول : إنه في حكم المجاور إذ هو في تلك الحالة مخالط حقيقة ، والله أعلم » . المشكل (١/٧ب - ٨أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « غُيِّر » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « يعني به الملح المطروح فيه قصدًا » . المشكل (١/٨أ) .

(٤) في (أ) : « بالشمس » . (٥) زيادة من (ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « هذا كلام مشكل مغلط ، فاعلم أنه ليس الضمير في قوله : (ولكن تعليله) عائدًا إلى الفرق بين الجبلي والمائي ، وإنما هو عائد على كون المائي لا يسلب الطهورية ، فإن قوله : (ويشبه المائي بالجمد) المراد به أنه يُشبه بالجمد في عدم السلب ، فقال : ليس تعليل عدم السلب فيه تشبيهه بالجمد ، ولكن تعليله التشبيه بالتراب المطروح فيه قصدًا ، ثم يلزم من ذلك بطلان الفرق بين المائي والجبلي ، وإجراء وجهي التراب فيهما ، فإنهما كلاهما من أجزاء الأرض كالتراب .

وفيما علقته مما علق عنه في درسه للوسيط مصداق ما شرحته ، والله أعلم .

والجمد : ذكره صاحب « العين » بفتح الميم ، وقال صاحب « الصحاح » : الجَمْدُ ، بالتسكين : ما جمد من الماء ، مصدر سُمِّي به . والجَمَد ، بالتحريك : جمع جامد ، مثل خادم وخَدَم ، والله أعلم .

والمشهور في الملح المائي : أنه لا يسلب الطهورية كالجمد ، وهو المقطوع به في كثير من التصانيف المشهورة ، وهو الأصح في بعضها ، وهو كالجمد في أنه ماء منعقد وإن لم يكن مثله في الذوب . ولا مانع من أن يكون المنعقد من الماء منقسمًا في ذلك .

وما ذكره في سبب ملوحة البحر فيه نزاع واختلاف ، والأصح أن الأصح : أنه يسلب الطهورية ؛ لأنه =

---

(1) قوله : (في المتغير بالملح ثلاثة أوجه) أصحها : أن الجبلي يسلب دون المائي ، وبه قطع كثيرون ، وصححه الباقون .

(2) قوله : (الجَمد) هو بفتح الجيم ، وبإسكان الميم وفتحها ، والإسكان أفصح ، ولم يذكر الجوهريُّ غيره ، وذكر صاحبُ « العين » الفَتْحَ ، وهو الماء الجامد .

مالح [1] ، وملوحته من أجزاء سبخة [2] في الأرض تنتشر فيه . ثم هو طهور ؛ لأنه ليس بقصد آدمي ، فإذا طرح قصدًا خُرِّجَ على الخلاف .

الثالث : الأوراق إذا تناثرت في الماء ، فما دامت مجاورة لا (١) تضر . وإن تَعَفَّنَت واختلطت ففيه ثلاثة أوجه ، يفرَّقُ في الثالث بين (٢ الخريفي والربيعي ٢) ؛ لتعذر الاحتراز عن الخريفي (٣) [3] .

= يسلب إطلاق اسم الماء ، وأما إجراء الخلاف في الجبلي فبعيد غريب ، والمشهور فيه القطع بأنه يسلب ، والله أعلم » . المشكل (١/٨أ - ٨ب) . وراجع : الروضة (١/١٢٠) .

(١) في (أ ، ب) : « فلا » .

(٢) في (أ ، ب) : « الربيعي والخريفي » .

(٣) ونص النووي على أن الماء المتغير بورق الأشجار إن لم تتفتت فهو طهور على الأظهر ، وإن تفتت فالأصح أنها لا تضر . راجع : الروضة : (١/١٢٠) .

(1) قوله : (ماء البحر مالح) ، هكذا هو في النسخ « مالح » ، وكذا ذكره المزني عن الشافعي . وأنكر بعض أهل اللغة وغيرهم وقالوا : صوابه ماء البحر ملح ؛ قال الله تعالى : ﴿ وهذا مِلحٌ أجاج ﴾ . والصواب : جواز مالح ، وفيه أربع لغات : ماء مِلْح ، ومالح ، ومَلِح ، ومُلَاح بضم الميم وتخفيف اللام ، حكاهن جماعةٌ من أهل اللغة .

وممن حكى جواز « مالح » عن العرب أبو العباس ثعلب ، وابن درستويه ، وأبو سليمان الخطابي ، وأبو العلاء الحسن بن لوشاذ . وقال البيهقي : وكان أوحد أهل عصره أدبًا وفصاحة وغيرهم ، وأنشدوا فيه أبياتًا للعرب ، وذكر البيهقي فيه حديثين مرفوعين ، وقد أوضحت هذا كله مبسوطًا بذكر قائله ، والحديث والشعر فيه في « تهذيب الأسماء واللغات » .

(2) قوله : (من أجزاء سَبِخة) هو بكسر الباء وفتحها .

(3) قوله : (الأوراق المجاورة ما دامت مجاورة لا تضر ، فإن تعفنت واختلطت فأوجه ، ثالثها : يضر الربيعي دون الخريفي) .

أما قوله في المجاورة : (لا تضر) فتفريع على الصحيح من القولين في المتغير بالعُود والكافور ، والمذهب : أنه لا يضر ، وفيه القول الذي في العود . وأما المختلط فأصحهما لا يضر مطلقًا ، وبه قطع جماعة .

والثالث : لا يضر الخريفي ويضر الربيعي لعلتين ، إحداهما : تعذر الاحتراز من الخريفي . والثاني : أنه لا =

الرابع : إذا صُبَّ مقدارٌ من ماء الورد ، أو غيره من المائعات على ماء قليل ، وكان بحيث لو خالف لونُه لونَ الماء لتفاحش تَغَيُّره : خرج [عن] (١) كونه طَهُورًا (٢) .

وإن كان أقل منه فلا يخرج عن كونه طهورًا . فلو استعمل الكل فهو جائز على

(١) ليست في الأصل ، أثبتناها من (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « هذا فيه عليه استدراكات ثلاثة ، اثنان عنهما جواب ، والثالث : لا جواب عنه مَخْلَصًا .

الأول في إطلاقه ماء الورد ، والمسألة مخصوصة بماء الورد المنقطع الرائحة الموافق للماء في صفاته . وقد استبعد ذلك صاحب (الشامل) ولا يبعد عند امتداد مدته ، أو يفرض فيما إذا كان الماء المصبوب عليه متغيرًا بطول المكث أو نحوه ، تغيرًا صار به على وفق صفة ماء الورد المنقطع . ويُجاب عن هذا الاستدراك بأنه اكتفى بإشعار قوله : (وكان بحيث لو خالف لونه ...) بأن الكلام فيما ليس مخالفًا للماء ، والله أعلم .

الثاني : في قوله : (على ماء قليل) ولا فرق بين القليل والكثير ، فإن الكلام في التغيير ، ويُجاب عنه بأنه فرضه في القليل ؛ لأجل قوله في التفريع : (فلو استعمل الكل فهو جائز) ، فإن المراد : لو استعمل الكل في طهارة واحدة ، وإنما يقع هذا في القليل لا فيما إذا كان قلتين » . المشكل (١/٨ب) .

وقال الحموي : « إنه إنما خص بالقليل لكون أصحابنا فرضوا ذلك في مصنفاتهم ، وقالوا : إذا كان عند إنسان أربعة أرطال ماء ، وكمل الأربعة برطل من مائع آخر ، وكذلك لو ألقى شيئًا من المائع فيما زاد على وضوء ، فإنه يجوز استعمال الكل على الأظهر ، ولما كان كذلك ذكر ذلك وخصَّه ؛ لما إذا كان قليلًا ، ليستغنى به عما ذكروه في مثالهم الطويل ، فإن ما ذكره أخصر مما قالوه ، ولما علم أنه إذا ظهر فيه التغبير منع من استعماله ، كان ما زاد على ذلك في معناه .

ثم أقول : فيه جواب آخر ، وذلك أن تخصيص الشيخ الماء بالقليل : أولى من غيره ، فإنه لا يخلو إما أن يذكره على الإطلاق ، أو يخصه بالكثير ، أو يخصه بالقليل على ما ذكره . فإنه إن خَصّ ذلك بالكثير فإن ذلك غير مقصود فيه ذلك ، فإنه لو قال ذلك لدخل فيه ماء البحار والغدران وغيرهما ، مما لا يتصور فيه ذلك التقدير .

ونقول : يمكن أن يخص ذلك القليل بماء دون القلتين لإمكان ضبطهما ، بخلاف انتهاء حد الكثرة ، فإن ضبط انتهائه غير ممكن ، ولا جائز أن يذكر ذلك على الإطلاق ؛ لما ذكرناه في الماء الكثير .

ولما انتفى هذان القسمان بقي ذكر القليل . ولو ذكر الشيخ ذلك [يقصد الاحتمالات الثلاثة والرد عليها على =

= مائية فيه بخلاف الربيعي . وهذا الثالث قول الشيخ أبي زيد محمد بن أحمد بن عبد الله المروزي .

ولو طرحت قصدًا ضرَّ على الأصح ، وقيل : فيه الأوجه .

الظاهر . [1]

= هذا النحو] لكان حسنًا ؛ ولكنه يطول بطول كلامه ، ومحط الشيخ في تصنيفه على الاختصار » . مشكلات الوسيط (١/١٤ب - ١٥ب) .

قال ابن الصلاح : « والثالث [يقصد الاستدراك الثالث] : في تخصيصه المخالفة في اللون بالتقدير من بين المخالفات . والصواب : أن المبتلى بذلك يستحضر في ذهنه المخالفات الثلاث بالأوصاف الثلاثة ، التي هي الطعم واللون والرائحة ، ويعتبر الوسط الأعدل من كل واحد منها ، ويلحظ مقدار تأثير كل واحد منها في تغيير الماء ، ويقابل بينها ، ثم يُقَدِّر الوسط من الجميع في هذا المائع . هذا تحقيق الحق في ذلك .

وقد يُجاب له عن هذا بأنه ذكر اللون مثالًا لا تقييدًا ، وآية ذلك أن شيخه خَصَّ الطعم بالتقدير ، وهذا لا يصفو به المخلص ، فإنه لم يذكر ذلك ذكر المثال وليس لفظه مشعرًا به ؛ فهو إذًا دائر بين استدراكين خافيين ، إما من حيث اللفظ وإما من حيث الحكم ، ولا يمكننا أن يستدل بذلك منهما على أنه يتخير فيما يقدره من الأوصاف ؛ إذ لا سبيل إليه ؛ فإنه قد يكون بتقدير وصف مغيرًا ، فيكون سالبًا للطهورية وبتقدير وصف آخر لا يغير ، فلا يكون سالبًا لها ، فيلزم أن يكون مخيرًا بين أن يجعله طهورًا وبين أن لا يجعله طهورًا ، وذلك محال ، والله أعلم » . المشكل (١/٨ب - ٩أ) .

وقال الحموي : « إنه إنما خَصَّ اللونَ بالذكر دون غيره ، لكونه أظهر في التقدير من الرائحة والطعم ، وإن كان في معناه أيضًا ، فإنما ذكر ذلك ضَرْبَ مثالٍ ، وذلك لا ينفي غيره ، كما فرض صاحب (النهاية) ذلك في الطعم ، وعلى قول ذلك القائل يحمل اللون بعد الطعم ، ولا يفترقه الحكم بالرائحة واللون ، والأول أصح ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (١/١٥ب) .

---

(1) قوله : (إذا صُبّ مقدار من ماء الورد أو غيره من المائعات على ماء قليل ، وكان بحيث لو خالف لونه لون الماء لتفاحش تغيره خرج عن كونه طهورًا ، وإن كان أقل منه فلا يخرج عن كونه طهورًا ، فلو استعمل الكل فهو جائز على الظاهر) مراده : ماء ورد انقطعت رائحته أو غيره من المائعات التي صفتها صفة ذلك الماء كماء الشجر والعرق ونحوهما ، ولا فرق في هذا بين الماء القليل والكثير ، وتقييد المصنف بالقليل لا حاجة إليه في أصل المسألة ، لكنه يحتاج إليه فيما فَرَّعه عليه من استعماله الكل ، فإن المراد استعماله في طهارة واحدة .

وأما قوله : (بحيث لو خالف لونه لون الماء) فهو مما أنكروه عليه من حيث إنه خص اعتبار المخالفة بتقدير اللون دون الطعم والرائحة . والصواب الذي قاله الأصحاب : أن يعتبر أوسط الصفات الثلاث ، وأوسط المخالفات من المائعات ، فإن كان مع هذا التقدير يتفاحش تغيره فليس بطهور ، وإن كان لا يتغير أصلًا فطهور ، وإن كان يتغير تغيرًا يسيرًا فطهور على الأصح ، كما سبق في المتغير تغيرًا يسيرًا بزعفران ونحوه ، ولا خلاف فيما ذكرناه من أن =

ومنهم من قال : إذا بقي قدر ذلك المائع لم يَجُزْ استعماله ؛ لأنه عند ذلك يتحقق أن الجاري على بعض أعضائه ليس بماء . وهو ضعيف ؛ لأنه إذا صار مغمورًا ثبت للكل حُكْمُ الماء ، (١) فلا يُفْصل جزء عن جزء (١) .

* * *

(١) في (أ) : « ولا ينفصل جزء عن جزئه » .

= المتغير إحدى الصفات الثلاث .

ثم هذا الذي جزم به المصنف من اعتبار التقدير تغيره ، وهو الأصح ، وبه قطع جمهور الخراسانيين .

وذكر العراقيون وجماعة من الخراسانيين وجهين ، أحدهما : هذا . والثاني : اعتبار الوزن ، فإن كان الماء أكثر وزنًا فطهور ، وإن كان المائع أكثر أو مثله فلا .

ولو وقع فيه ماء مستعمل فطريقان ؛ أصحهما : كالمائع ، فيكون فيه الخلاف السابق بتفصيله . والثاني : يتعين اعتبار الوزن ؛ لأنه ماء .

ولو وقع في ماء كثير نجاسةٌ لم تغيره لموافقتها له في الأوصاف فالاعتبار بتقدير المخالفة بلا خلاف ؛ لغلظ أمر النجاسة ، ولهذا اعتبروا في النجاسة بالمخالف أشده صفة ، وفي الطاهر اعتبروا الوسط المعتدل فلا يعتبر في الطعم حِدَّة الخل ولا في الريح المسك .

وأما قوله : (فلو استعمل الكل فجائز على الظاهر) ، فمعناه على الصحيح من ثلاثة أوجه .

قال أصحابنا : حيث قلنا في هذه المسألة : لا تسلب الطهورية ، فثلاثة أوجه ؛ الصحيح : أن له استعمال جميعه . والثاني : يجب أن يُبْقي قدر المائع ، ويكمل طهارته من موضع آخر . والثالث : إن كان الماء كافيًا لواجب الطهارة فله استعمال الجميع ، وإلا فيبقي قدر المائع .

وصورة المسألة : أن يستعمله هو في طهارة واحدة ، فلو فضل عن المتطهر الأول شيء جاز لغيره استعماله بلا خلاف ، وإذ جوَّزنا استعمال الجميع ومعه من الماء ما لا يكفيه وحده ، ولو كمله بمائع يهلك فيه لكفاه : لزمه تكميله .

ويجري الخلاف في استعمال الجميع فيما إذا استهلكت النجاسة القليلة في الماء الكثير ، وفيما لو استهلك خليط طاهر في ماء فلم يغيره مع مخالفته أوصاف الماء لقلته ، كَلَبَنٍ قليل ، والصحيح في جميع ذلك : جوازُ استعمال الجميع ، والله أعلم .

الباب الثاني

في المياه النَّجِسَة (١)

(وفيه (٢ أربعة فصول ٢))

الفصل الأول : في النجاسات

والأعيان (٣) تنقسم إلى حيوانات وجمادات .

والجمادات أصلها على الطهارة إلا الخمر ، فإنها نجسة تغليظًا (٤) . وفي معناها كل

---

(١) كان يحسن أن يُعنون هذا الباب ، كما عَنْون النوويُّ شبيهَه في (الروضة) بقوله : « باب بيان النجاسات والماء النجس » ؛ وذلك لأن الإمام الغزالي لم يقتصر فيه على بيان المياه النجسة ، بل أفرد الفصل الأول كاملًا لبيان أنواع النجاسات وما يُستثنى منها . وراجع الروضة : (١٢٢/١) .

والنجاسة لغة : الشيء المستقذر ، واصطلاحًا : مستقذر يمنع من صحة الصلاة حيث لا مُرَخِّص . انظر نهاية المحتاج : (٢٣١/١ ، ٢٣٢) ، والمقصود : الاستقذار الشرعي ، لا بمعنى عدم قبول النفس ؛ ليصح الاستدلال به على التي قد لا تستقذر من حيث القبول . راجع : قليوبي وعميرة : (٦٨/١) .

(٢) في (أ) : « فصول أربعة » .

(٣) الأعيان : هي كل ماله قيام بذاته ، بأن يتحيز بنفسه ، غير تابع تحيُّزه لتحيُّز شيء آخر ، بخلاف العَرَض ، فإن تحيزه تابع لتحيز الجَوْهر الذي هو موضعه ، أي محله الذي يُقَوِّمه . انظر : التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي : (٧٧) .

(٤) وذلك لقوله – تعالى –: ﴿ يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ﴾ [المائدة : ٩٠] . والرجس هو النجس . وقد جاء في الحديث أن النبي ﷺ قال : « إن هذه الحشوش محتضرة ، فإذا أحدكم دخل الغائط فليقل : أعوذ بالله من الرجس والنجس ، الشيطان الرجيم » ، رواه الحاكم : (١٨٧/١) وقال الذهبي : من شرط الصحيح .

قال ابن العربي : « ولا خلاف في ذلك [أي : في نجاسة الخمر] بين الناس إلا ما يؤثر عن ربيعة أنه قال : إنها محرمة ، وهي طاهرة » . ثم يؤكد ما ذهب إليه من نجاستها بقوله : « ويعضد ذلك من طريق المعنى أن تمام تحريمها وكمال الردع عنها الحكمُ بنجاستها حتى يتقذرها العبد ، فيكفّ عنها ، قربانًا بالنجاسة ، وشُرْبًا بالتحريم ، فالحكمُ بنجاستها يوجب التحريم » . أحكام القرآن : (٦٥٦/٢ ، ٦٥٧) . =

نبيذٍ مُسْكِرٍ ، (١ وكذا الخمر ١) المحترمة ، على المذهب الصحيح (٢) .

وأما الحيوانات ما دامت حَيَّةً ، فأصلها على الطهارة ، إلا الكلب والخنزير وما تولَّد [منهما ، أو] (٣) من أحدهما وحيوانٍ طاهرٍ .

فإذا ماتت فأصلها على النجاسة إلا في أربعة أجناس (1) :

= قال ابن الصلاح : « قوله : (فالجمادات أصلها على الطهارة إلا الخمر فإنها نجس) لم يستثن الفضلات النجسة المفضلة من باطن الحيوان ؛ لكونه جعلها من قبيل أجزاء الحيوان ، وذلك اصطلاح منه ... وقوله : (فإنها نَجَس) الأجود أن يقال بفتح الجيم ، فإنه مصدر يجوز استعماله في المؤنث ، ويجوز كسر الجيم على أن التقدير فيه : فإنها شيء نَجِس ، والله أعلم » . المشكل (٩/١أ) .

(١) في (أ ، ب) : « وكذلك الخمرة » ، والخمر ، والخمرة : لغتان صحيحتان . راجع لسان العرب : مادة (خ م ر) .

(٢) والخمر المحترمة : هي ما عُصِرت لا بقصد الخمرية ، كالخمر التي عصرت لتكون خَلًّا ، ولكي تصبح خَلًّا تتخمر أولًا فتصير خمرًا ، ثم تستحيل خلًّا . وقد حكم النووي بنجاستها ، وذكر وجهًا شاذًّا يقول بطهارتها . راجع : الروضة : (١٢٢/١ ، ١٢٣) ، ومغني المحتاج : (٧٧/١) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(1) (الباب الثاني : في المياه النَّجسة) قال المصنف الإمام أبو حامد الغزالي - رحمه الله -: (الأعيان تنقسم إلى حيوانات وجمادات ؛ فالجمادات أصلها على الطهارة إلا الخمر ، فإنها نجس تغليظًا ، وفي معناها كل نبيذ مسكر ، وكذا الخمر المحترمة ، على المذهب الصحيح . وأما الحيوانات ما دامت حية فأصلها على الطهارة إلا الكلب والخنزير وما تولد من أحدِهما وحيوانٍ طاهر ، فإذا ماتت فأصلها على النجاسة إلا في أربعة أجناس) .

الشرح : هذا الذي ضبطه - رحمه الله - من النفائس المستفادة ، ولا يكاد يوجد لغيره فجزاه الله خيرًا .

والمراد بالجماد : ماليس بحيوان ، ولا كان حيوانًا ، ولا جزءًا من حيوان ، ولا خرج من حيوان ، هكذا فسروه . وممن فسره الإمام أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل القزويني الرافعي رحمه الله .

وقولنا : (ولا كان حيوانًا) احتراز من الميت . وقولنا : (ولا جزءًا) احتراز من عضو الحيوان الحي إذا سقط ؛ فإنه نجس . وقولنا : (ولا خرج من حيوان) احتراز من فضلات الحيوان . =

الأول : الآدمي : فهو طاهر على المذهب الصحيح [(١)] [(1)] ؛ ....

(١) وقد روى الحاكم عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تنجسوا موتاكم ، فإن المسلم لا ينجس حيًا ولا ميتًا » . وقال : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . ووافقه الذهبي . انظر : المستدرك : (٣٨٥/١) : وراجع الأم : (٢٣٥/١) .

= وقوله : (إلا الخمر فإنها نجس تغليظًا) يعني : أنّ سبب نجاستها التغليظُ والزجرُ عنها ، يقال : نَجَس بفتح الجيم وهو مصدر ، ويجوز « نجِس » بكسر الجيم أي هي شيء نجس .

وقوله : (وفي معناها كل نبيذ مسكر) قيده بالمسكر ؛ لأنه قبل مصيره مسكرًا يُسمى نبيذًا ، وهو طاهر حلال بالإجماع ، وإن كان فيه حلاوة وحموضة ، وقد ثبتت الأحاديث أن رسول الله ﷺ كان يُنْبَذُ له فيشربه ، وهو محمول على هذا قبل أن يُسْكِر .

وقوله : (وكذا الخمرة المحترمة على المذهب) يعني : أن فيها وجهًا شاذًا ضعيفًا أنها طاهرة ، لكونها محترمة . والمراد بالمحترمة : التي عصرت بنية الخلّ فصارت خمرًا .

وقوله : (الخمرة) بالهاء ، صحيح ، وهي لغة قليلة ، لكن الفصيح الخمر بحذف الهاء ، وبه جاء القرآن .

ومما يستفاد من هذا الضابط : أن البنج وغيره من الحشيش المسكر يكون طاهرًا - وإن كان حرامًا - لأنه جماد ، وهذا صحيح .

وقوله : (وأما الحيوانات ما دامت حية فأصلها على الطهارة إلا الكلب والخنزير ، وفرع أحدهما) هو كما قال ، ولا فرق بين الحيوان المؤذي والمستقذر ، وغيره كالفأرة ، وسام أبرص ، والقرد ، والجعلان ، وغيرها من المستقذرات ، والذئب ، والنمر ، والدُّب وغيرها .

ولا كراهية في سؤر شيء منها ، ولعابها كلها وعرقها طاهر . ومما يستفاد من هذا الضابط : أن الدود المتولد من الميتة والعذرة ، والذي في جوف الحيوان : طاهر ، وهذا هو المذهب الصحيح الذي قطع به الجمهور . وقال الإمام أبو بكر الصيدلاني : هو نجس . وليس بشيء .

وقوله في الموضعين : (أصلها على الطهارة) يعني : وقد تنجس بعارض يطرأ .

وقوله : (فإذا ماتت فأصلها على النجاسة إلا أربعة أجناس) ولم يستثن الجنين الذي ينفصل ميتًا بعد ذكاة أُمّه ، فإنه طاهر بلا خلاف عندنا . وكذا الصيد الذي يدركه بعد إرسال كلب مُعَلَّم أو سهم ، فإنه طاهر بالإجماع ، وقد استثناها صاحب « الحاوي » ، وطريقة المصنف في عدم استثنائهما أجود ، فإنهما في معنى المذكى ، بل جاء في الحديث في سنن أبي داود وغيره : « ذكاة الجنين ذكاة أُمّه » والله أعلم .

(1) قوله : (الآدمي طاهر على المذهب) هذا الخلاف قولان مشهوران ؛ الصحيح - باتفاقهم - : طهارته ، =

لأنه تُعُبِّدَ (١) بِغُسْلِه ، والصلاة عليه ، ولا (٢) يليق بكرامته الحكم بنجاسته (٣) .

الثاني : السمك والجراد : قال رسول اللّه ﷺ : « أُحِلَّتْ لنا ميتتان ودَمَان ، الميتتان (٤) : السمك والجراد ، والدمان : الكبد والطِّحال » (٥) (1) .

---

(١) في (ب) : « لأنا تُعظغبدنا » . (٢) في (أ ، ب) : « فلا » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في الآدمي الميت : (لأنه تعبد بغسله والصلاة عليه ، فلا يليق بكرامته الحكم بنجاسته) إن أراد بغسله غسل الميت الشامل لبدنه فتأثيره من وجهين ؛ أحدهما : دلالته على ما ذكره من كرامته المنافية لنجاسته . والثاني : أنه لا عهد لنا بعين نجسة تُغْسل ، ولا معنى لذلك ، وإن أراد به غسله من نجاسه تقع عليه ، فإنه يجب إزالتها ، فوجه دلالته : أنه لا عهد لنا بنجاسة يجب إزالتها عن نجاسة ، واللّه أعلم » . المشكل (٩/١أ) . وراجع : فتح الباري : (٣٩٠/١ ، ٣٩١) و(١٢٥/٣ وما بعدها) ، ونيل الأوطار للشوكاني : (٧١/١ - ٧٣) .

وقال الحموي : « ما ذكره الشيخ [يقصد قوله : تعبد بغسله والصلاة عليه] ينبغي أن يكون الكافر نجسًا ، ومعلوم أنه طاهر عندنا وعند معظم العلماء ، ولو كان استدل بقوله تعالى : ﴿ ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ﴾ [الإسراء : ٧٠] لكان حسنًا ، وكان أولى مما استدل به ؛ لما لا يخفى . وإن كان كذلك إلا أن ما ذكره الشيخ متجه في الاستدلال ، فإن مراده بذلك أن بعض جنس الآدمي تُعُبِّدَ بغسله والصلاة عليه ، فألحق به الكافر إتباعًا ، بخلاف سائر الحيوانات ، فإنه ليس في بعض جنسها كذلك » . مشكلات الوسيط (١٥/١ب - ١٦أ) .

(٤) في (أ) : « فالميتتان » .

(٥) قال ابن الصلاح : « هذا - هكذا - حديث ضعيف عن أهل الحديث ، غير أنه متماسك . رويناه في =

= وسواء فيه المسلم والكافر ، وقوله تعالى : ﴿ إنما المشركون نجس ﴾ معناه : نجس في المعنى والاعتقاد ، أي اعتقادهم خبيث ، لا أن أعيانهم نجسة .

قوله : (لأنه تُعبد بغسله والصلاة عليه ، ولا يليق بكرامته الحكم بنجاسته) مراده : أنه لو كان نجسًا لما غُسّل ؛ إذ الغُسلُ لا يفيد في عينٍ نجسة ، ولا يؤمر به .

وأما قوله : (والصلاة عليه) فلا دلالة فيه .

(1) قوله : (الثاني : السمك والجراد ، قال رسول اللّه ﷺ : « أحلت لنا ميتتان ودمان ، الميتتان : السمك =

الثالث : ما يَسْتَحِيلُ من الطعام : كَدُودِ (1) الخَلِّ والتفاح (1) ، فهو طاهر على المذهب ويَحِلُّ أكلُه على أحد الوجهين . وقيل : إنه حرام ؛ ....

= كتاب (السنن الكبير) للحافظ أبي بكر البيهقي ، بإسناده عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم ، عن أبيه ، عن ابن عمر ، عن رسول الله ﷺ .

قال البيهقي : كذلك رواه عن عبد الرحمن أخواه عن أبيهم ، ورواه غيرهم موقوفًا على ابن عمر ، وهو الصحيح .

قلت : أخواه هما عبد الله وأسامة ، وإن كانوا قد ضُعِّفوا ثلاثتهم . فعبدُ الله منهم ، وقد وثَّقه أحمد بن حنبل وعلي بن المديني . وفي إجماعهم على رفعه ما يقويه قوةً صالحة .

وقد أخرجه أبو عبد الله بن ماجه القزويني في سننه ، لكن لم يخرجه أحد من أصحاب الكتب الخمسة التي هي أصول الحديث ، وهي : الصحيحان ، وسنن أبي داود السجستاني ، وجامع أبي عيسى الترمذي ، وسنن أبي عبد الرحمن النسائي .

ثم إن ثبوته عن ابن عمر كافٍ في صحة الاحتجاج به ؛ لأن قوله : « أحلت لنا ميتتان » بمنزلة قول الصحابي : أمرنا بكذا ونهينا عن كذا ، فإنه عندنا وعند أصحاب الحديث وأكثر أهل العلم في حكم المرفوع إلى رسول الله ﷺ ؛ لأن مطلق ذلك منصرف إلى مَنْ إليه الأمر والنهيُ والإحلال ، وهو رسول الله ﷺ ؛ فثبت الحديث على الجملة ، والله أعلم » . المشكل (١/٩أ - ٩ب) .

قلت : وقد رواه أحمد في مسنده : (٩٧/٢) ، وراجع : سنن ابن ماجه : (١١٠٢/٢) (٢٩) كتاب الأطعمة (٣١) باب الكبد والطحال (رقم : ٣٣١٤) ونصُّه : « أحلت لكم ميتتان ودمان ، فأما الميتتان : فالحوت والجراد ، وأما الدمان : فالكبد والطحال » . وراجع : سنن البيهقي : (٢٥٤/١) .

(١) في (أ ، ب) : « التفاح والخل » .

= والجراد ، والدمان : الكبد والطحال) أما طهارتهما فثابتة بالإجماع ، وأما هذا الحديث فرواه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني المعروف بابن ماجه ، والإمام الحافظ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي في سننهما من رواية ابن عمر - رضي الله عنهما - لكن إسناده ضعيف .

قال البيهقي : الصحيح أنه موقوف على ابن عمر ، ويحصل الاستدلال به على هذا ؛ لأن قول ابن عمر : « أحلت لنا » كقوله : « أُمرنا بكذا » ، وهو مرفوع إلى رسول الله ﷺ على الصحيح وقولِ الجمهور ، كما سبق بيانه في الفصول السابقة في مقدمة الكتاب ، فهو حديث ثابت ، ومعناه مجمع عليه .

والطِحال مكسور الطاء والله أعلم .

لتَحقّقِ الموت (١) (1) .

الرابع : ما ليست (٢) له نَفْسٌ سائلة : كالذّباب ، والبَعُوض ، والخَنَافِس ، والعقارب (٣) ، ففي نجاسة الماء بموتها قولان : الجديد - وهو مذهب أبي حنيفة (٤) - : أن

---

(١) قال النووي : « في المتولد أوجه ، الأصح : يحلّ أكله مع ما تولد منه ، ولا يحلّ منفردًا . والثاني : يحل مطلقًا . والثالث : يحرم مطلقًا » . الروضة : (١٢٤/١) .

وقال ابن الصلاح : « قوله فيما مات من دود الطعام : (يحل أكله على أحد الوجهين) يعني : مع الطعام وعَلّلَه في الدرس بوجهين ؛ بأنه يضعف تكليف التفتيش وإخراجه منه ، وبأنه جزء من الطعام ، وذكر في أكله منفردًا عن الطعام وجهين ، وهذا يكون مرتبًا على قول من قال : يحل مع الطعام ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٩ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « ليس » .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (الرابع : ما ليس له نفس سائلة) بناه على قول القفال في أنه لا ينجس بالموت ، على القول بأنه لا يُنَجِّس الماءَ ، وقول القفال هو الصحيح عنده ، والأكثرون على خلافه ، وقولهم هو الصحيح واللّه أعلم » . المشكل (١/٩ب) .

(٣) ومثالها -أيضًا -: النحل ، والزنبور ، والنمل ، والبق ، والصراصير ، والقمل ، والبراغيث ، وما شابهها . وفي الحية وجهان ؛ الأصح : أَنَّ لها نَفْسًا سائلة . راجع : المجموع للنووي : (١٨٠/١) .

(٤) راجع رأي الحنفية في : حاشية ابن عابدين : (٣١٩/١ ، ٣٢٠) . وقد صحح النووي هذا القول ، راجع : المجموع : (١٨٠/١ ، ١٨١) .

---

(1) قوله : (الثالث ما يستحيل من الطعام كدود الخل والتفاح ، طاهر على المذهب ، ويحل أكله على أحد الوجهين ، وقيل : إنه حرام لتحقق الموت) .

أما قوله : (طاهر على المذهب) فليس كذلك ، بل المذهب نجاسته ، كذا قاله الجمهور ، وكذا نقله الرافعي - مع تحقيقه - عن الجمهور . والقائل بالطهارة هو القفال المروزي .

وأما قوله : (يحل له أكله على أحد الوجهين) فيحتمل أنه أراد أكله مع ما تولد منه ، ويحتمل أكله منفردًا ، وفي الصورتين ثلاثة أوجه : أحدها : حله معه ومنفردًا . والثاني : تحريمه مطلقًا . وأصحها : حله معه وتحريمه منفردًا ، ووجهه أنه يشق تمييزه ، ولأنه كجزء منه . قال الرافعي : وهذه الأوجه في حله جارية سواء قلنا بنجاسته على قول الجمهور ، أم بطهارته على قول القفال .

الماء لا يَنْجُسُ به .

ثم قال القفال [(١)] : هذا خلاف في أن هذه الحيوانات هل تَنْجُسُ بالموت ؛ وكأنَّ عِلَّةَ النجاسة احتِبَاسُ الدم المُعَفَّن [الخفي] [(٢)] في الباطن . وقال العراقيون : تَنْجُسُ بالموت ، وإنما لا ينجس الماء في [(٣)] قولٍ ؛ لتَعَذُّرِ الاحتراز عنه .

وعلى هذا اختلفوا في أنه هل يُفرَّقُ بين القليل والكثير ؟ وهل يُفرّق بين ما يَعُمّ كالبعوض والذباب ، أو لا يَعُمّ كالعقارب ؟ [(٤)] [(1)] .

---

(١) هو الإمام القفال المروزي الصغير ، واسمه : عبد اللّه بن أحمد بن عبد اللّه ، أحد أئمة الشافعية الكبار ، وشيخ الخراسانيين ، وإمام زاهد ، تفقه على أبي زيد المروزي وغيره ، وله من الآثار ماليس لغيره ، وتوفيِّ سنة (٤١٧ هـ) بسجستان .

وقد عرف إمام آخر من كبار أئمة الشافعية - أيضًا - بالقفال الشاشي الكبير ، ولا ذِكْرَ له في كتاب « الوسيط » ، وإنما الذي في (الوسيط) القفال المروزي ... وذكر الشاشي في (الروضة) في مواضع كثيرة .

قال النووي : « والذي في (الوسيط) ، و (النهاية والتعليق) للقاضي حسين ، و (الإبانة والتتمة والتهذيب والعدة والبحر) ونحوها من كتب الخراسانيين ، هو القفال المروزي الصغير . ثم إن الشاشي تكرر في كتب التفسير والحديث والأصول والكلام والجَدَل ، ويوجد في كتب الفقه للمتأخرين من الخراسانيين .

واشترك القفالان في أن كل واحد منهما أبو بكر القفال الشافعي ، لكن يتميزان بما ذكرنا من مظانهما ، ويتميزان - أيضًا - بالاسم والنسب ، فالكبير شاشي ، والصغير مروزي ، والشاشي : اسمه محمد بن علي ابن إسماعيل » ، وُلد الشاشي سنة (٢٩١ هـ) وتُوفيِّ سنة (٣٦٥ هـ) بشاش ، إحدى قرى ما وراء النهر . انظر : تهذيب الأسماء واللغات للنووي : (٢٨٢/٢ ، ٢٨٣) ، وراجع : الطبقات الكبرى لابن السبكي (٢٠٠/٣ ، ٥٣/٥- ٦٢) ، ووفيات الأعيان : (٢٤٩/٢) ، والنجوم الزاهرة : (١١١/٢) ، وطبقات الشافعية لابن هداية اللّه : (٢٠٩) ، وطبقات الفقهاء للشيرازي : (١٢٠) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « على » .

(٤) راجع : المجموع للنووي : (١٨٠/١ ، ١٨١) .

---

(1) قوله : (الرابع : ماليس له نَفْسٌ سائلة ، كالذباب والخنافس والعقارب ، ففي نجاسة الماء بموتها قولان ؛ الجديد وهو مذهب أبي حنيفة : أن الماء لا ينجس به ، ثم قال القفال : هذا خلاف في أن هذا الحيوان هل ينجس بالموت ؟

=

....

= وقال العراقيون : ينجس بالموت ، وإنما لا ينجس الماء على قول لتعذر الاحتراز عنه ، وعلى هذا اختلفوا في أنه هل يفرق بين القليل والكثير ؟ وهل يفرق بين ما يعم وقوعه كالبعوض والذباب ، أولا يعم كالعقارب ؟) .

الشرح : الوجه أن أذكر الحكم ملخصًا ثم أنعطف على ألفاظ المصنف .

قال أصحابنا : إذا مات مالا نفس له سائلة – أي ليس له دم جارٍ – كذباب ، وزنابير ، وبقٍّ ، وقمل ، وبراغيث ، وقردان ، وصراصير ، وعقارب ، وخنافس ، ونحل ، ونمل وشبهها ، وكذا الوزغ على أصح الوجهين ، والحية على وجه ضعيف ، والضفدع على وجه أضعف منه ، فهل ينجس ما ماتت فيه هذه الميتة من ماء ولبن ودهن وطبيخ ، وغيرها من المائعات ؟ .

فيه قولان مشهوران نصَّ عليهما في مواضع من الجديد ، منها : « الأم » ، و « مختصر المزني » ، الصحيح منهما : لا ينجسه ، وبه قال جماهير العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، حتى إن جماعة نسبوا الشافعي إلى خرق الإجماع في قوله : ينجسه على قول ، وسواء – في جريان القولين – مات فيه ، أو في غيره ثم نُقِلَ إليه .

هذا إذا مات ولم يُغَيِّر ما مات فيه ، فإن كثر حتى غَيَّرَ الماء القليل أو الكثير أو المائع ، فهل ينجسه ؟ فيه وجهان ؛ أصحها : نعم ؛ لأنه متغير بالنجاسة . والثاني : لا .

فعلى هذا هل يكون الماء طهورًا ؟ فيه طريقان ؛ أصحهما : لا ، كالمتغير بزعفران ، وبهذا قطع الأكثرون . والثاني : فيه خلاف كالمتغير بورق الأشجار ، ذكره إمام الحرمين .

ثم هذا الخلاف في الماء هل يجيء في نجاسة هذا الحيوان ؟ فيه طريقان ؛ المذهب : لا يجيء بل نقطع بنجاسة الحيوان ، ويخص الخلاف بتنجيسه الماء والمائع ، وبهذا قطع العراقيون وجماهير الخراسانيين ، وشذ عنهم القفال فقال : في نجاسة الحيوان القولان اللذان في نجاسة الماء .

هذا كله في حيوان أجنبي ، أما ما تولد من نفس الشيء كدود خلٍّ ، وتفاح ، وجبن ، وتين ، وباقلي ، وغيرها فلا ينجس ما مات فيه قطعًا لتعذر الاحتراز ، فإن أخرج منه وأعيد إليه أو وقع في غيره فقد صار أجنبيًّا ففيه القولان ، وفي نجاسة هذا الحيوان الخلاف الذي ذكرناه في غيره ، هذا تلخيص حكم المذهب .

وأما لفظ المصنف فقوله : (الرابع ماليس له نفس سائلة) ، إنما يصح استثناؤه على قول .... المذهب خلافه فلا يصح استثناؤه .

وقوله : (ففي نجاسة الماء بموتها قولان) لو قال : (ففي نجاسة المائع) لكان أحسن وأعم .

وقوله : (الجديد لا ينجس) ، هذا مما أنكر عليه فإنه أوهم أن القولين قديم وجديد ، وهما جديدان كما ذكرناه .

وأما القفال المذكور هنا فهو المروزي . واعلم أن القفال لقب لاثنين من أئمة أصحابنا ، أحدهما : القفال الشاشي الكبير ، والثاني : القفال المروزي الصغير ، وكل واحد منهما يقال له : أبو بكر القفال الفقيه =

هذا حكم الحيوانات ، فأما أجزاؤها : فكل عُضْو أُبِينَ من الحيِّ فهو ميت إلا العظم والشعر ، ففيه خلاف سيأتي (١) (1) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (أما أجزاؤها ، فكل عضو أُبين من حي فهو ميت ، إلا العظم والشعر ففيه خلاف سيأتي) هذا إن حملته على ظاهر لفظه - وهو عود الاستثناء إلى الموت - فالحصر سالم على أن =

= الشافعي ، ويختلفان في أشياء يتميزان بها :

أحدها : الاسم ، فالشاشي اسمه محمد بن علي بن إسماعيل ، والمروزي عبد الله بن أحمد .

والثاني : النسب ، فالأول شاشي ، والثاني مروزي .

والثالث : الكِبَر والصِّغَر ، فيقال في الشاشي : القفال الكبير ، وفي المروزي : القفال الصغير .

والرابع : أن الشاشي يوجد في كتب التفسير والحديث وأصول الفقه والكلام والجدل ، وله كتاب « دلائل النبوة » وكتاب « محاسن الشريعة » وغيرهما ، وهو قليل الذكر في كتب الفقه .

وأما القفال المروزي فيتكرر في كتب الخراسانيين المتأخرين كالإبانة ، وتعليق القاضي حسين ، وكتاب المسعودي ، وكتب الشيخ أبي محمد ، والشيخ أبي علي ، والصيدلاني ، وهؤلاء الأئمة تلاميذ للقفال ، وفي الكتب المأخوذة من هذه كالنهاية وكتب الغزالي ، و « التتمة » ، و « التهذيب » ، و « العدة » ، و « البحر » ، ومن أخذ عنهم .

وحيث جاء القفال في « الوسيط » فهو المروزي ، ولا ذكر فيه للشاشي ، ولا ذكر في « المهذب » للمروزي .

وذكر صاحب « المهذب » القفال الشاشي في موضع واحد في كتاب النكاح في مسألة تزويج بنت ابنة بابن ابنة ، ولا ذكر للقفال في « المهذب » في غير هذا الموضع .

وبسطت هذه الأحرف في ذكر القفالين ؛ لعموم الحاجة إليها ، وقد أوضحتهما وذكرتُ جُملًا من أحوالهما ومصنفاتهما في « تهذيب الأسماء واللغات » ، وفي كتاب الطبقات .

واعلم أن القفال المروزي هو شيخ طريقة أصحابنا الخراسانيين ، ومدارها عليه وعلى أصحابه وأصحاب أصحابه ، والمتفرعين عنهم ، كما أن مدار طريقة العراق على الشيخ أبي حامد الإسفراييني وأصحابه وأصحاب أصحابه والمتفرعين عنهم ، وهما متعاصران ولهما المناقب الفاخرة ، والمحاسن المتظاهرة ، رضي الله عنهما .

توفي القفال المروزي سنة سبع عشرة وأربعمائة وهو ابن تسعين سنة ، ودُفن بِشِنْجِدَان بشين معجمة مكسورة ، ثم نون ساكنة ، ثم جيم مكسورة ، ثم دال مهملة ، وقبره معروف يُزار ، رحمه الله .

(1) قوله : (فأما أجزاؤها فكل عضو أُبين من الحي فهو ميت ، إلا العظم والشعر ففيه خلاف سيأتي) معنى هذا : أن المُبَان من حي له حكم ميتة ذلك الحي ، إلا الشعر والعظم ففيهما تفصيل وخلاف يُذْكر في باب الآنية .

فعلى هذا إن كانت ميتةُ ذلك الحيوان نجسةً فالجزء نجس ، وإن كانت طاهرة فالجزء طاهر ، وهو السمك =

أما (١) الأجزاء المنفصلة عن باطن الحيوان (٢) : فكل مُتَرَشَّح ليس له مَقَرٌّ يستحيل فيه ، (٣ كالدَّمع واللُّعاب والعَرَق ٣) ، فهو طاهر من كل حيوان طاهر . وما استحال في الباطن فأصله على النجاسة ، كالدم والبول والعَذِرَة (٤) ، إلا ما هو مادة الحيوانات ، كاللبن

= يكون المرادُ بالشعر : الشعرَ وما يلتحق به من صوف ووبر وريش .

والخلاف في موتها هو الخلاف المعروف في أنها هل تُحلها الحياة أو لا ؟

وإن حملته على ما تقتضيه سياقة الكلام كان المراد كل عضو أبين من حَيّ فهو نجس ، ثم لا يسلم الحصر ، فإن ما يُبان من أعضاء الآدمي والسمك طاهر على الصحيح .

وقولهم : ما أبين من حي فهو ميت ، يذكرونه عن رسول الله ﷺ ، والذي رويناه في ذلك في كتب الحديث حديث أبي واقد الليثي أن النبي ﷺ قال : « ما قُطع من البهيمة وهي حية فهو ميت » أخرجه أبو داود في سننه وأخرجه أبو عيسى الترمذي بإسناده عن أبي واقد الليثي ، قال : قدم النبي ﷺ وهم يجُبُّون أسنمة الإبل ويقطعون أليات الغنم فقال : « ما يقطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة » . قال أبو عيسى : هذا حديث حسن غريب ، والعمل على هذا عند أهل العلم .

ولفظُ « البهيمة » غير مخصوص بالحمار ، والله أعلم » . (المشكل : ١/١٠٠أ) .

(١) في (أ) : « وأما » . (٢) في (أ) : « الحيوانات » .

(٣) في (أ ، ب) : « كاللعاب والدمع والعرق » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (كل مترشح ليس له مقر يستحيل فيه كالدمع واللعاب والعرق فهو طاهر من كل حيوان طاهر . وما استحال في الباطن فأصله على النجاسة كالدم والبول والعذرة) فقوله : (ليس له =

= والجراد ، وكذا الآدمي على الصحيح ، وكذا الدود والذباب على وجه ضعيف سبق ، فميتتُه طاهرة .

ولنا وجه ذكره المصنف بعد هذا : أن العضو المبان نجس ، وإن كانت جملته طاهرة إذا مات .

وأما قوله : (إلا الشعر والعظم ففيه خلاف) ، فلو قال : تفصيل ، أو تفصيل وخلاف ، لكان أصوب ؛ لأن ما يؤكل لحمه ميتتُه نجسة ، وشعره المنفصل بِجَزٍّ طاهر قطعًا ، وكذا لو نتف أو سقط بنفسه على الصحيح .

ومما استدلوا به في هذه المسألة حديث أبي واقد الحارث بن عوف الليثي – رضي الله عنه – قال : قدم النبي ﷺ المدينةَ وهم يَجُبُّون أسنمة الإبل ، ويقطعون أليات الغنم ، فقال : « ما يقطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة » . رواه أبو داود والترمذي وغيرهما ، وهذا لفظ الترمذي ، قال : وهو حديث حسن ، قال : والعمل عليه عند أهل العلم .

قوله : (وأما الأجزاء المنفصلة عن باطن الحيوان فكل مترشح ليس له مقر يستحيل فيه ، كالدمع واللعاب والعرق ، فهو طاهر من كل حيوان طاهر) ، هذا كما قاله ، وهو متفق عليه .

والمنيّ والبيض [١] [(1)] .

* * *

= مقر يستحيل فيه) يصح تفسيره على وجهين ؛ أحدهما : نفي الاستحالة رأسًا ، أي ليس له مقر يستحيل فيه ، فلا يستحيل لعدم المقر الذي تتوقف عليه الاستحالة ، وهذا الظاهر من سياقة كلامه . وأضاف إليه في الدرس : (وإنما يترشح غيرُ مستحيله) وهذا تصريح بهذا الوجه . ثم إنه يحمل على نفي الاستحالة إلى فساد . والثاني : نفي استحالته بقَيْد ، وهو الاستحالة في مقر مجتمع فيه ، وعلى هذا معني قوله في القسم الثاني : (وما استحال في الباطن) أي في مقر مجتمع فيه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٠أ ، ١٠ب) .

وقال الحموي : « ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال من حيث إنه قال : (وما استحال في الباطن فأصله على النجاسة) فاقتضى هذا أن يكون البلغم والنخامة نجسَيْنْ ، وهما طاهران ، ولهما مقر ، سوى البلغم فإن فيه وجهًا : أنه نجس ، وإذا كان كذلك لم يلتحق بهذا القسم الأول ؛ لأن ذلك مترشح وهذا ليس كذلك ؛ فإنا نستخرجهما مع إدراك محلهما ، فإذا كان هذا تعين أن يكون قسمًا آخر ، إلا أنه أهمله مع كونه أراد أن يذكر جميع التقاسيم .

ومراده بالاستحالة : استحالة مفضية إلى التغير والفساد ، وهو منقول عن الأطباء ، وليس ذلك مُفضيًا إلى التغير والفساد ، فعلى هذا لا يمكن إلحاقه ، ويحكم بإلحاقه بالقسم الأول من حيث إنهما لم يفضيا إلى ذلك ، وإنما ذكْرُه في الأول الترشيح من غير مقر أنه الغالب ، ويحتمل أن يقال : الأصل نجاستهما فَعُفِيَ عنهما للحرج والمشقة » . مشكلات الوسيط : للحموي (١/١٦ب - ١٧أ) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (إلا ما هو مادة الحيوانات ، كاللبن والمني والبيض) مادة الشيء : أصله وعمدته ، وما يستمد منه ، فاللبن مادته في نقائه ، والمني أو البيض مادته في وجوده ، والله أعلم » . المشكل (١/١٠ب) .

---

(1) قوله : (وما استحال في الباطن فأصله على النجاسة كالدم والبول والعذرة ، إلا ما هو مادة الحيوان كاللبن والمني والبيض) .

أما قوله : (أصله على النجاسة) فهو كما قال .

وقوله : (إلا ما هو مادة الحيوان) معناه : أن اللبن والمني والبيض لا يجزم بنجاستها مطلقًا ، بل فيه تفصيل وخلاف نذكره بعد .

وقوله : (مادة الحيوان) بتشديد الدال ، أي أصله وما يستمد منه ، فالبيض والمنيُّ مادته في أصل وجوده ، واللبن مادته في بقائه .

والنظر في فضلات خمسة (١) :

الأولى : الدم والقَيْح ، فهو نجس من كل حيوان / إلا من رسول الله ﷺ ففيه وجهان ؛ أحدهما : أنه نجس ؛ طَرْدًا للقياس . والثاني : أنه طاهر ؛ لما رُوي أن أبا طَيْبَة الحَجَّام (٢) شرب دمَه ، فقال له (٣) : « إذًا لا يبجع بطنُك أبدًا » (٤) [1] . ١/ب

---

(١) في (أ ، ب) : « خمس » .

(٢) في (أ ، ب) : « الحاجم » . قال النووي : « أبو طيبة الذي حَجَم النبيَّ ﷺ مذكور في (المختصر) في الأطعمة ، وفي (المهذب) في آخر نفقة الأقارب ، وفي (الوسيط) في أول كتاب الطهارة ، هو بفتح الطاء المهملة ، اسمه نافع ، وقيل : ميسرة ، وقيل : دينار ، وكان عبدًا لبني بياضة » . انظر : تهذيب الأسماء واللغات : (٢٤٦/٢) .

(٣) « له » : ليست في (أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (لما روي أن أبا طَيْبة الحَجَّام شرب دمَه ﷺ فقال : إذًا لا يبجع بطنك أبدًا) هو أبو طَيْبة ، بطاء مهملة مفتوحة ، ثم ياء مثناة من تحت ساكنة ، واسمه نافع ، وقيل : غير ذلك . وقوله : يُبْجع هو بفتح الجيم ، وفيه وجهان ، أحدهما : يُبجع بالياء المثناة من تحت في أوله ، وبالرفع في (بطنُك) على أن يكون الفعل لبطنه . والثاني : (تبجع) بالتاء المثناة من فوق في أوله ، وينصب قوله : (بطنَك) ، على أن يكون الفعل لأبي طيبة ، ثم النصب فيه على التمييز ، أو على نزع الخافض . فيه من الخلاف ما في قوله – تبارك وتعالى –: ﴿ إلا من سَفِهَ نفسه ﴾ [البقرة : ١٣٠] حققت ذلك من معنى ما ذكره الأزهري =

---

(1) قوله : (الدم والقيح نجس من كل حيوان إلا من رسول الله ﷺ ففيه وجهان ؛ ثانيهما : أنه طاهر ؛ لما روي أن أبا طيبة الحاجم شرب دمه فقال له : « إذا لا يبجع بطنك أبدًا ») .

أما قوله : (نجس) ، فهو كما قال . وقوله : (وجهان) هما مشهوران ، الجمهور على النجاسة ، وحديث أبي طيبة ضعيف . وقد أحسن المصنف بقوله : رُوي بصيغة التمريض . « وطَيْبة » بفتح الطاء المهملة ، واسم أبي طيبة : نافع ، وقيل : ميسرة ، كان عبدًا لبني بياضة .

وقوله : « يبجع بطنُك » هو بمثناه تحت مكررة وفتح الجيم ، ورفع نون بطنُك على أنه فاعل ، ورُوي بمثناة فوق ونصب (بطنك) على أن أبا طيبة هو الفاعل ، و (بطنك) منصوب على التمييز ، أو على إسقاط الجار على الخلاف في نظائره ، كقوله تعالى : ﴿ سفه نفسه ﴾ ، ذكر معنى هاتين الروايتين الأزهري في « تهذيب اللغة » ، والمشهور الأُولَى .

وقوله : (أبدًا) منصوب على الظرف . =

الثانية : البول والعَذِرَة : نجس من كل حيوان ، ويُستثنى عنه موضوعان :

الأول : بول [١] رسول الله ﷺ [٢] ، ففيه وجهان ، وجه الطهارة : لما رِوِيَ أن أم أيمن شربت بولَه فلم يُنكر عليها ، فقال : « إذًا لا تلج النارُ بطنَك » [٣] [1] .

= في (تهذيب اللغة) من أصل عليه خَطُّه ، وهذا الحديث غريب عند أهل الحديث ، لم أجد له ما يثبت به ، ولا ما روي أن ابن الزبير شرب دمه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٠ب) .

وقد تتبع ابن حجر طرق الحديث المنسوب لأبي طيبة هذا ، وقرر أنه لم يَرَ ذكرًا له في روايات هذا الحديث ، بل الظاهر - على ما ذكره - أنه كغيره . وكل أحاديث هذا الباب ضعيفة أو موضوعة لا تنهض بحجَّة ، وفق ما قرره ابن حجر . راجع : تلخيص الحبير : (١/٣٠ ، ٣١) .

(١) « بول » : ليست في (أ) ، وراجع تعليق النووي الآتي بالهامش .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (البول والعذرة نجس ، ويستثنى منه موضعان ؛ الأول : بول رسول الله ﷺ) ، وفي بعض النسخ : (الأول : من رسول الله ﷺ) وعلى هذا يكون الاستثناء شاملًا للعذرة ، وفي طَرْدِهِ في العذرة بُعْدٌ ، وكلام مَنْ لا أحصيه من المُصَنفين مخصوص بالبول ، غير أن الإمام أبا المعالي قال : في فضلات بدنه ﷺ كبوله ودمه وغيرهما وجهان ، والله أعلم » . المشكل (١/١١ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (لما روي أن أم أيمن شربت بوله ، ولم ينكر عليها وقال : « إذا لا تلج النار بطنك » ، فقوله : (لا تلج النار بطنك) يجوز في قوله : (النارَ) النصب مع الرفع في قوله : (بطنُك) ، ويجوز بالعكس .

وهذا حديث قد ورد متلونًا ألوانًا ، ولم يُخَرَّج في الكتب الأصول ، فروي بإسناد جيد عن أُمَيمة بنت رُقَيْقة إحدى الصحابيات - واسمها واسم أبيها مضموما الأول - أن النبي ﷺ كان يبول في قدح من =

= ومقتضى كلام المصنف الجزم بنجاسة دم السمك والجراد ، والدم المتجلب من الكبد والطحال ، وفيها كلها وجهان ، الأصح والأشهر : النجاسة .

(1) قوله : (البول والعذرة نجس من كل حيوان ، ويستثنى منه موضوعان :

الأول : من رسول الله ﷺ ففيه وجهان ، وجه الطهارة : ما روي أن أم أيمن شربت بوله فلم ينكر عليها ، وقال : « إذًا لا يلجَ النار بطنك) .

أما قوله : (البول والعذرة نجس) فهو كما قال ، والمراد : بول كل الحيوانات ، المأكول وغيره . ولنا وجه حكاه جماعة : أن بول ما يؤكل لحمُه وروْثَه طاهران ، وهو قول أبي سعيد الإصطخري حكاه الفوراني وصاحب البيان وآخرون ، واختاره الروياني ، والمشهور : نجاستهما .

وقول المصنف : (البول والعذرة) قد يقال : لو ذكر الروث بدل العذرة لكان أحسن ، فإنه يلزم من =

....

= عيدان يوضع تحت سريره ، فبال فيه ليلة فوضع تحت سريره ، فجاء فإذا القدح ليس فيه شيء ، فقال لامرأة يقال لها بركة ، كانت تخدمه لأم حبيبة ، جاءت معها من أرض الحبشة : « البول الذي كان في القدح ، ما فعل ؟ » قالت : شربته يا رسول الله .

وبعض رواته يزيد على بعض ، وزاد بعضهم : فقالت : قمت وأنا عطشانة فشربته وأنا لا أعلم . وفي رواية أبي عبد الله بن مَنْدة الحافظ ، فقال : « لقد احتظرت من النار بحظار » .

قلت : هذا القدر منه قد اتفقت عليه هذه الروايات ، وأما ما اضطربت فيه منه فالاضطراب مانع من تصحيحه .

ذكر الدارقطني أن حديث المرأة التي شربت بوله ﷺ صحيح .

وروى أبو نعيم الحافظ في كتابه (حلية الأولياء) من حديث الحسن بن سفيان صاحب المسند بإسناده عن أم أيمن قال : بات رسول الله ﷺ فقام من الليل فبال في فخارة ، فقمت وأنا عطشى ، لم أشعر بما في الفخارة ، فشربت ما فيها ، فلما أصبحنا قال لي : « يا أم أيمن ، أهريقي ما في الفخارة » . قلت : والذي بعثك بالحق ، شربت ما فيها ، فضحك رسول الله ﷺ حتى بدت نواجذه ، ثم قال : « إنه لا يبجعن بطنك بعده أبدًا » .

قلت : فالاستدلال بذلك يحتاج إلى أن يقال فيه : لم يأمرها ﷺ بغسل فم ولا نهاها عن عودة .

وكون المرأة أم أيمن مولاة رسول الله ﷺ قد يظن من حيث إن اسمها بركة ، وفي الحديث تسمية المرأة الشاربة بركة ، ولا يثبت ذلك بذلك ، فإن في الصحابيات أخرى اسمها بركة بنت يسار مولاة لأبي سفيان ابن حرب ، هاجرت إلى أرض الحبشة ، وفي الحديث من نسبتها إلى أم حبيبة بنت أبي سفيان يدل على أنها بنت يسار ، والله أعلم » .المشكل (١٠/١ب - ١١ب) .

وراجع تهذيب الأسماء واللغات للنووي : (٢٥٧/٢ ، ٢٥٨) ، وتلخيص الحبير لابن حجر : (٣١/١ ، ٣٢) . وانظر سنن أبي داود : (٢٨/١) (١) كتاب الطهارة (١٣) باب في الرجل يبول بالليل في الإناء ثم يضعه عنده (رقم : ٢٤) ، والنسائي : (٣١/١) (١) كتاب الطهارة (٢٨) باب البول في الإناء (رقم : ٣٢) .

= الحكم بنجاسة الروث الحكم بنجاسة العذرة ، ولا ينعكس .

وهذا الاعتراض خيال ؛ لأن مراده بذكر العذرة أن يستثني ذلك من رسول الله ﷺ على أحد الوجهين ، فلو حذف العذرة وذكر الروث فات هذا المقصود . واستغنى بذكر البول عن الروث ؛ فإنه يلزم من تنجيس البول تنجيس الروث ، لوجهين : أحدهما : أن الروث أشد نتنًا واستقذارًا . والثاني : أنه لم يقل أحد من العلماء بنجاسة البول دون الروث ، فمتى ثبت نجاسة أحدهما عن أحد لزم ثبوت نجاسة الآخر عنده . =

الثاني : روث السمك والجراد ، وما ليس [١] له نَفْسٌ سائلة ، ففيه [٢] وجهان [1] ؛ أحدهما : نجس ؛ طردًا للقياس . والثاني : أنه طاهر ؛ لأنه إذا حكم بطهارة ميتتهما فكأنهما [٣] في معنى النبات [٤] ، وهذه رطوبات [٥] في باطنها [٦] .

(١) في (أ) : « ليست » .
(٢) في (أ ، ب) : « فيه » .
(٣) في (أ) : « فكأنها » .
(٤) في (أ) : « نبات » .
(٥) في (ب) : « طويات » .
(٦) في (أ ، ب) : « باطنهما » .

= وأما الوجهان فيه من رسول الله ﷺ فمشهوران عند الخراسانيين ، وأصحهما عندهم : وبه قطع العراقيون - : النجاسة ، والوجهان جاريان في العذرة كهما في البول . وقد صرح بنقلهما فيهما جماعة القفال والقاضي حسين وصاحبا « العدة » و « البيان » وآخرون ، ونقله صاحب « البيان » عن الخراسانيين وأشار إليه إمام الحرمين وآخرون ، فقالوا : في فضلات بدنه ﷺ كبوله ودمه وغيرهما وجهان .

وقد أنكر بعضهم على الغزالي طرده الوجهين في العذرة ، وأشار إلى تفرده به ، وهذا الإنكار غلط فاحش ، وعجب من هذا المنكر إنكاره مع شهرة المسألة في الكتب التي ذكرتها ، وقد بسطت إيضاحه في شرح « المهذب » ، وأما ما يقع في بعض نسخ « الوسيط » : (الأول : بول رسول الله ﷺ) فلا اعتماد عليه ولا اغترار به ، بل صوابه (من رسول الله ﷺ) .

وأما حديث أم أيمن : فقال الإمام الحافظ أبو الحسن علي بن عمر بن مهدي الدارقطني : هو حديث صحيح ، ولكن لفظه يخالف هذا لكن المقصود - وهو شرب البول - ثابت ولم ينكر ﷺ عليها ، ولا أمرها بغسل فمها ، ولا نهاها عن العودة إلى مثله .

وأما قوله : (إن أم أيمن هي الشاربة) فروي كذلك ، ورُوي أن الشارب امرأة أخرى ، يقال لها : بركة ، كانت تخدم أم حبيبة ، جاءت معها من الحبشة ، وهي غير أم أيمن ، وكان اسم أم أيمن - أيضًا - بركة ، والأشهر أن الشاربة أم أيمن ، وهي أم أسامة بن زيد وحاضنة رسول الله ﷺ ، وكان النبي ﷺ يكرمها ويزورها ، وكُنيت بابنها أيمن بن عبيد الحبشي .

وقوله : (إذًا لا يلج النار بطنك) روي بنصب النار ورفع بطنك ، وروي عكسه ، وهما صحيحان .

وفي (إذًا) مذهبان لأهل الأدب ؛ أصحهما : كتبها بالألف ، والثاني : إذن بالنون .

(1) قوله : (في روث السمك والجراد وما ليس له نفس سائلة وجهان) هما مشهوران ؛ أصحهما : النجاسة ، وبه قطع جمهور العراقيين .

فأما بول ما يُؤكل لحمه فنجس ، خلافًا لأحمد (١) (1) . وما رُوِيَ عنه ﷺ أنه قال لجماعة اصْفَرّت وجوههم (2) : « لو خرجتم إلى إِبلنِا فشربتم (٢) من أبوالها وألبانها » (٣) ،

---

(١) ظاهر الرواية عن أحمد : أن بول ما يؤكل لحمه طاهر ، وحُجّته في ذلك أمر النبي ﷺ بعض العُرَنيِّين بأن يشربوا من بول الإبل ، وسيأتي تخريجه . واستدل أيضًا بما أخرجه الترمذي في سننه : (٢/ ١٨٠، ١٨١) أبواب الصلاة (٢٥٩) باب ما جاء في الصلاة في مرابض الغنم و أعطان الإبل (رقم : ٣٤٨) عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « صلوا في مرابض الغنم ، ولا تصلوا في أعطان الإبل » ، وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

(٢) في (أ ، ب) : « فأصبتم » .

(٣) قال ابن الصلاح : « حديث شرب أبوال الإبل هو حديث أنس المخرج في الصحيح ، في قوم من عرينة استوخموا المدينة فَسَقِمَت أجسامهم ، فأمرهم رسول اللّه ﷺ أن يخرجوا إلى الإبل فيشربوا من ألبانها وأبوالها ، واللّه أعلم » . (المشكل ١/١١ب) والحديث أخرجه البخاري : (١/٣٣٥) (٤) كتاب الوضوء (٦٦) باب أبوال الإبل والدواب والغنم ومرابضها (رقم : ٢٣٣) وأطرافه كثيرة عنده ، كما أخرجه مسلم : (٣/ ١٢٩٦ ، ١٢٩٧) (٢٨) كتاب القسامة (٢) باب حكم المحاربين والمرتدين . وأبو داود : (٤/٥٣١ - ٥٣٥) (٣٢) كتاب الحدود (٣) باب ما جاء في المحاربة (٤٣٦٤ وما بعده) ، والترمذي : (١/١٠٦ - ١٠٨) أبواب الطهارة (٥٥) باب ما جاء في بول ما يؤكل لحمه (٧٢ وما بعده) والنسائي : (٧/٩٣ - ١٠٠) (٣٧) كتاب تحريم الدم (٧) باب تأويل قول اللّه عز وجل : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون اللّه ورسوله ... ﴾ (٤٠٢٤ وما =

---

(1) قوله : (بول ما يؤكل نجس خلافًا لأحمد) ، ولو قال : وروثه ، لكان أحسن ؛ ليعرف أن مذهب أحمد طهارتهما ، ومذهب مالك كمذهب أحمد ، وهو وجه لنا كما سبق .

وأحمد هذا هو الإمام أبو عبد اللّه أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال الشيباني المروزي ، ثم البغدادي الإمام في الفقه والحديث والزهد والورع – رحمه اللّه – ولد سنة أربع وستين ومائة ، وتُوفيِّ ببغداد في شهر ربيع الآخر سنة إحدى وأربعين ومائتين ، رحمه اللّه .

(2) قوله : (وما روي عن النبي ﷺ أنه قال لجماعة اصفرت وجوههم ...) إلى آخره ، هو حديث صحيح رواه إماما المحدثين أبو عبد اللّه محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري الجعفي مولاهم ولاء إسلام ، وأبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري في صحيحيهما ، اللذين هما أصح الكتب المصنفة ، من رواية أنس بن مالك رضي اللّه عنه .

وينكر على المصنف قوله فيه : (رُوِيَ) بصيغة التمريض في حديث صحيح ، وإنما حقه أن يذكره بصيغة جزم كما سبق في الفصول الماضية .

ففعلوا ذلك [(١)] ، فصحوا [(٢)] ؛ فهذا [(٣)] محمول على التداوي ، وهو جائز بجميع [(٤)] النجاسات إلا بالخمر ، فإنه - عليه السلام - سُئل عن التداوي بالخمر ؟ فقال : « إن اللّه - تعالى - لم يجعل شِفَاءَكُم فيما حَرَّمَ عليكم » [(٥)] .

= بعده) ، وابن ماجه : (٨٦١/٢) (٢٠) كتاب الحدود (٢٠) باب من حارب وسعى في الأرض فسادًا (٢٥٧٨، ٢٥٧٩) .

ولفظ البخاري : قال أنس : قدم أناس من عُكْل - أو عُرَيْنة - فاجتووا المدينة ، فأمرهم النبي ﷺ بلقاح ، وأن يشربوا من أبوالها وألبانها ، فانطلقوا ، فلما صحوا قتلوا راعي النبي ﷺ واستاقوا النَّعَم ، فجاء الخبر في أول النهار ، فبعث في آثارهم . فلما ارتفع النهار جيء بهم ، فأمر فقطع أيديهم وأرجلهم وسُمِّرت أعينهم وألقوا في الحرة يستسقون فلا يُسْقَون .

قال أبو قلابة - راوي الحديث عن أنس -: فهؤلاء سرقوا وقتلوا ، وكفروا بعد إيمانهم ، وحاربوا اللّه ورسوله . وراجع : تلخيص الحبير (٤٣/١ - ٤٤) .

(١) « ذلك » ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « وصحوا » .

(٣) في (أ) : « وهو » .

(٤) في (أ) : « بجملة » .

(٥) قال ابن الصلاح : « حديث : سئل رسول اللّه ﷺ عن التداوي بالخمر ، فقال : « إن اللّه تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » رويناه في كتاب « السنن الكبير » عن أم سلمة - رضي اللّه عنها - قالت : نبذت نبيذًا في كوز ، فدخل رسول اللّه ﷺ وهو يغلي ، فقال : « ما هذا » ؟ قلت : اشتكت ابنة لي ، فَنُعِتَ لها هذا . فقال رسول اللّه ﷺ : « إن اللّه لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » .

ولم يخرج في الكتب الخمسة المعتمدة ، ولا في سنن ابن ماجه ، ويغني عنه ما هو أصح وأولى وأدل وهو حديث وائل بن حجر الكندي ، أن طارق بن سويد الجعفي سأل النبي ﷺ عن الخمر ؟ فنهاه أو كره أن يصنعها . فقال : إنما أصنعها للدواء . فقال : « ليس بدواء ولكنه داء » أخرجه مسلم في صحيحه .

ومعني الحديث الذي ذكره : أن اللّه لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم التداوي به ، أو ما يشبه هذا من المعنى ، وفي ذلك إعلام بأن الخمر المسئول عنها يحرم التداوي بها ، ولا يشتمل ذلك التداوي بسائر النجاسات ، فإنها غير محرمة في حالة التداوي بدلالة ما سبق من قصة العرنيين ، واللّه أعلم » . المشكل (١/ ١١ب - ١٢أ) .

وراجع حديث طارق بن سويد في : مسلم : (١٥٧٣/٣) (٣٦) كتاب الأشربة (٣) باب تحريم التداوي بالخمر ، والترمذي : (٣٨٧/٤ ، ٣٨٨) (٢٩) كتاب الطب (٨) باب ما جاء في كراهية التداوي بالمسكر =

ونصَّ الشافعي - رضي اللّه عنه - على أن من غَصَّ [١] بلقمة ، له أن يُسيغَها بخمر[٢] إن لم يجد غيرها . فمن أصحابنا [٣] من جَوَّزَ التداوي [1] قياسًا على إساغة اللقمة ، وحمل الحديث على صورة عُلِمَ أن الشفاء لا يحصل بها [٤] .

الثالثة : الألبان : وهي طاهرة من الآدمي وكل حيوان مأكول . والمذهب : نجاستها

= (٢٠٤٦) ، وابن ماجه : (١١٥٧/٢) (٣١) كتاب الطب (٢٧) باب النهي أن يتداوى بالخمر (٣٥٠٠). وانظر تلخيص الحبير : (٧٤/٤) .

(١) قال ابن الصلاح : « غَصَّ بلقمة ، هو بفتح الغين لا بضمها ، واللّه أعلم » . (المشكل : ١٢/١أ) . وفي المعجم الوسيط (مادة : غصص) : « غَصَّ بالماء غَصًّا وغَصَصًا : وقف في حلقه فلم يكد يُسيغه . وغَصَّ المكانُ بأهله : امتلأ بهم وضاق » .

(٢) في (ب) : « بالخمر » .

(٣) في (أ ، ب) : « الأصحاب » .

(٤) في (أ ، ب) : « منها » .

قال الشافعي - رحمه اللّه - في الأم : (٢٢٦/٢) : « إن من الضرورة وجهًا ثانيًا وهو أن يمرض الرجل فيقول له أهل العلم به - أو يكون من أهل العلم به -: إن هذا المرض قَلَّما يبرأ من كان به مثله إلا أن يأكل كذا ، أو يشرب كذا . أو يقال له : إن أعجل ما يبرئك أكلُ كذا أو شرب كذا . فيكون له أكل ذلك وشربه ، مالم يكن خمرًا ، إذا بلغ ذلك منها أسكرته ، أو شيئًا يذهب العقل من المحرمات أو غيرها ، فإن =

(1) قوله في التداوي : (هو جائز بجملة النجاسات إلا الخمر ، فإنه سئل ﷺ عن التداوي بالخمر ، فقال : « إن اللّه لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » ، ثم قال : فمن أصحابنا من جوَّز التداوي) .

أما جواز التداوي بالنجاسات غير الخمر : فهو كما قال ، وأما بالخمر فالصحيح : تحريمه ، والحديث المذكور رواه البيهقي من رواية أم سلمة ، وأولى منه ما ثبت في صحيح مسلم عن وائل - رضي اللّه عنه - قال : سأل طارق بن سويد النبي ﷺ عن الخمر ، فنهاه وكره أن يصنعها ، فقال : إنما أصنعها للدواء ، فقال : « إنه ليس بدواء ، ولكنه داء » ، وقوله : حَرَّم عليكم بفتح الحاء والراء .

قوله : (ونص الشافعي على أن من غَصَّ / بلقمة فله أن يسيغها بخمر إن لم يجد غيرها) ، هذا النقل عن النص صحيح والجواز متفق عليه ، بل تجب الإساغة والحالة هذه . ٢١/أ

وقوله : (غَصَّ) بفتح الغين .

من كل حيوان لا يُؤكل [1] ؛ لأنها من بين فَرْثٍ ودَمٍ ، وإنما [١] طهارتها لِحِلِّ التناول .

واختلفوا في الإِنْفَحَة ، وهي لبن يستحيل في جوف الخروف [٢] ، [والجدي ،

= إذهاب العقل محرم ... » ثم قال : « وليس له أن يشرب الخمر ؛ لأنها تعطش وتجيع ، ولا لدواء ؛ لأنها تذهب بالعقل - وذهاب العقل يمنع الفرائض - وتؤدي إلى إتيان المحارم ، وكذلك ما أذهب العقلَ غيرُها » .

ولذا فالوجه الذي خرجه هؤلاء الأصحاب مخالف لنص الشافعي هذا .

(١) في (ب) : « وإنما حكم طهارتها » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (الإِنْفَحة لبن يستحيل في جوف الخروف) هي الإنفحة بكسر الهمزة ، وبعدها نون ساكنة ، ثم فاء مفتوحة ، ثم حاء مهملة مخففة ، هذه اللغة الجيدة فيها ، ويجوز تشديد الحاء . ويكون في جوف الجدي أيضًا .

والصحيح : أنها طاهرة ؛ لأن استحالتها لا إلى فساد ، وهذا قبل تناوله غير اللبن ، فإذا أكل غير اللبن ، فقد ذكر أنها نجسة بلا خلاف .

قلت : هذا لازم من اسمها ، فإنها الإنفحة ، وبعد الأكل ليست إنفحة ، وذكر صاحب (الصحاح) : إنها إنفحة مالم يأكل ، فإذا أكل فهو كرش . والله أعلم » . (المشكل : ١/١٢أ ، ب) ، وراجع : لسان العرب مادة (نفح) .

---

(1) قوله : (الألبان طاهرة من الآدمي وكل حيوان مأكول ، والمذهب : نجاستها مما لا يؤكل) ، أما لبن المأكول فطاهر بالنص والإجماع ، وكذا الآدمي على الصحيح المنصوص ، وبه قطع الجمهور .

ونقل صاحب « الحاوي » عن أبي القاسم الأنماطي نجاسةَ لبن الآدميات ، قال : وإنما يجوز الإرضاع للحاجة ، وهذا غلط صريح .

وأما لبن الكلب والخنزير وفرع أحدهما فنجسٌ بلا خلاف .

وأما لبن سائر الحيوان الذي لا يؤكل ففيه وجهان ؛ الصحيح : نجاسته . وقال الإصطخري : طاهر ، فعلى هذا في حِلِّ شربه وجهان ؛ لمخافة الضرر ، ولأنه مستقذر .

وينكر على المصنف إطلاقه الخلاف في نجاسة لبن ما لا يؤكل ؛ فإنه يقتضي إثبات خلاف في لبن الكلب والخنزير ، ولا خلاف فيه ، فكأنه أراد أن المذهب نجاسة مالا يؤكل مطلقًا .

وفيه وجه : أنه نجس من الكلب والخنزير ، وطاهر مما سواهما ، والله أعلم .

وغيرهما] (١) والقياس نجاستها . ومنهم من حكم بالطهارة (1) ؛ إذ بها (٢) يجبن اللبن ، والأولون لم يحترزوا منه .

الرابعة : المَنِيُّ ، فهو (٣) طاهر من الآدمي ، خلافًا لأبي حنيفة (٤) .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في الأصل ، (أ) : « به » .

(٣) في (أ) : « هو » .

(٤) قال في الهداية : « والمني نجس يجب غسله إن كان رطبًا ، فإن جف على الثوب أجزأ فيه الفرك ... قال مشايخنا – رحمهم الله –: يطهر بالفرك ؛ لأن البلوى فيه أشد ، وعن أبي حنيفة – رحمه الله – أنه لا يطهر إلا بالغسل ؛ لأن حرارة البدن جاذبة ، فلا يعود إلى الجرم ، والبدن لا يمكن فركه » . انظر : الهداية مع فتح القدير : (١٩٦/١ – ١٩٨) ، وراجع : حاشية ابن عابدين : (٣١٢/١ ، ٣١٣) .

---

(1) قوله : (واختلفوا في الإنفحة ، وهي لبن يستحيل في جوف الخروف ، والقياس نجاستها ، ومنهم من حكم بالطهارة) .

قال أصحابنا : إن أُخِذَتْ الإنفحة من سَخْلَة ميتة ، أو من مذبوحة قد أَكَلَتْ غير اللبن فنجسة بلا خلاف ، وإن أخذت من مذكّاة لم تأكل غير اللبن فطاهرة على الصحيح ، وبه قطع كثيرون وصححه الباقون ، وفي وجه : نجسة .

وينكر على المصنف قوله : (القياس) ؛ لأنه يوهم ترجيح النجاسة ، وهو ضعيف .

وهي (الإِنْفَحة) بكسر الهمزة وإسكان النون وفتح الفاء وتخفيف الحاء ، هذه أفصح اللغات عند الجمهور . والثانية : كذلك ، لكنها بتشديد الحاء . والثالثة : بفتح الهمزة مع التشديد . والرابعة : (مِنْفحة) بكسر الميم وإسكان النون وتخفيف الحاء .

فالأوليان مشهورتان ، وممن حكى الثالثة أبو عمر محمد بن عبد الواحد بن أبي هاشم الإمام في اللغة ، المعروف بغلام ثعلب ، والرابعة ابن السكيت ، والجوهري وآخرون .

قال الجوهري : هي كرش الخروف والجدي مالم يأكل غير اللبن ، فإذا أكل فكرش ، وجمعها أنافح .

وأما قول المصنف : (الإنفحة / لبن يستحيل في جوف الخروف) فتفسير ناقص ؛ لأنها تكون في جوف ٢١/ب
السخلة من الضأن والمعز الذكر والأنثى ، ولا يختص بالخروف كما يوهمه كلامه ، وإن كان خلاف مراده .

ومَنِيُّ سائر الحيوانات الطاهرة فيه ثلاثة أوجه (1) :

أحدها : الطهارة ؛ لأنه أَصْلُ حيوان طاهر ، فأشبه منيَّ الآدمي .

والثاني : النجاسة ؛ فإن ذلك تكرمة (١) للآدمي .

والثالث : أنه طاهر من الحيوان المأكول ؛ تشبيهًا ببيض الطائر المأكول (٢) .

وأما مني المرأة ففيه خلاف مبني على أن رطوبة باطن فرجها طاهر أو (٣) نجس ؟ وفيه وجهان (٤) (2) .

---

(١) في (ب) : « مكرمة » .

(٢) قال النووي : « وأما مني غير الآدمي ، فمن الكلب والخنزير وفرع أحدهما نجس ، ومن غيرهما فيه أوجه ؛ أصحها : نجس ، والثاني : طاهر ، والثالث : طاهر من مأكول اللحم ، نجس من غيره ، كاللبن .

قلت : الأصح عند المحققين والأكثرين الوجه الثاني ، والله أعلم » . الروضة : (١/١٢٧ ، ١٢٨) ، وانظر : مغني المحتاج : (١/ ٨٠) .

(٣) في (ب) : « أم » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (مني المرأة فيه خلاف مبني على أن رطوبة باطن فرجها طاهر أو نجس ؟) ليس هذا خلافًا في نجاسة نفس مَنِيِّها من أصله ، وإنما هو خلاف في نجاسة منِّيها بالمجاورة عند انفصاله منها ، والله أعلم » . المشكل (١/١٢ب) . وراجع : الروضة : (١/١٢٧) ، ومغني المحتاج : (١/٨٠) .

وقال الحموي : « جعل الشيخ المعنى مختلفًا فيه ، على القول الجديد ، ونحن نتكلم على ابتداء المني : =

---

(1) قوله : (المني طاهر من الآدمي ، خلافًا لأبي حنيفة ، ومني سائر الحيوانات الطاهرة فيه ثلاثة أوجه) ، هذا كله صحيح . ولنا قول شاذ : أن مني الرجل نجس ، والأصح من الأوجه الثلاثة : الطهارة مطلقًا ، وحيث حكمنا بالطهارة لا يحل أكله على الصحيح ، لأنه مستقذر . وقال الشيخ أبو زيد المروزي : يحل ، حكاه صاحب « البيان » وجماعة .

والفرق بين لبن غير الآدمي من الحيوان الطاهر الذي لا يؤكل ومنيه – حيث كان الأصح طهارة المني ونجاسة اللبن – أن المني أصل الحيوان ، والحيوان طاهر فأصله أولى ، واللبن غذاء مستحيل ليس بأصل للحيوان فأشبه البول .

(2) قوله : (وفي مني المرأة خلاف مبني على أن رطوبة فرجها طاهر أم نجس ؟ وفيه وجهان) والأصح : طهارة منيها وطهارة رطوبة فرجها وفرج سائر الحيوان الطاهر .

وقوله : (في منيها خلاف) أي في تنجسه بالمجاورة والمرور على الفرج ، لافي أصله .

والخامسة : البَيْض : وهو طاهر من كل حيوان مأكول ، ومما لا يُؤكل [لحمه] (١) فوجهان (٢) .

وإذا استحالت مَذِرَةً (٣) فتخرج على الوجهين في المني إذا استحال مُضْغة (٤) (1) ، ففي وجهٍ : تُستدام الطهارة ، وفي وجهٍ : يُحكم بنجاسته ؛ لأنه استحال دمًا .

= هل هو طاهر أم نجس ؟ فأما النجاسة هنا فوقعت عارضة ، ليست ذاتية لما لا يخفى ، وإن كان الأمر كذلك إلا أنه لمَّا لم يمكن خروجها إلا على هذا الوجه جعلها كالذاتية . ويخالف الرجلُ ؛ فإنه ليس لفرجه رطوبة ، على ما نُقِلَ من المذهب ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (١/١٦أ) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « وجهان » . وانظر : الروضة (١٢٨/١) .

(٣) البيضة المذرة : أي الفاسدة ، يقال : مَذِرَت البيضة مَذَرًا : أي فسدت ، ومذرت مَعِدَته : خبثت وفسدت . وأَمْذَرَت الدجاجةُ البيضة : أفسدتها . انظر : المعجم الوسيط ، مادة (مذر) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في البيضة : (إذا استحالت مذرة ، فيخرج على الوجهين في المني إذا استحال علقة) المذرة هي الفاسدة ، وليس مراده مطلق المذر ، بل ما إذا استحالت دمًا . ووقع في كثير من النسخ في المني إذا استحال مضغة ، وصوابه علقة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٢ب) .

---

(1) قوله : (البيض طاهر من كل حيوان مأكول ، وفيما لا يؤكل وجهان . وإذا استحالت مذرة فتخرَّج على الوجهين في المني إذا استحال مضغة) .

أما قوله : (البيض طاهر من المأكول) فمجمع عليه ، وأما الوجهان في بيض غير المأكول فهما الوجهان في منيه ، أصحهما : طهارة البيض ، كما الأصح طهارة المني .

وقوله : (مذرة) بالذال المعجمة وهي الفاسدة ، والمراد هنا : التي صارت دمًا ، والصحيح : طهارتها أيضًا ، ولو اختلطت صفرتها ببياضها ولم تستحل دمًا فطاهرة بلا خلاف . وسمى صاحب « التتمة » هذه مذرة طاهرة بلا خلاف .

وأما قوله : (في المني إذا استحال مضغة) فكذا وقع في بعض النسخ ، وفي بعضها علقة وهما صحيحان ، ففي الجميع وجهان ؛ الصحيح الطهارة فيهما ، وقد أنكر بعضهم عليه نقله الخلاف ، وزعم هذا المنكر أنها طاهرة بلا خلاف ، وهذا الإنكار باطل ، بل الخلاف في المضغة مذكور في تعليق القاضي حسين وغيره .

فروع أربعة :

الأول : (١) إذا ماتت الدجاجة وفي بطنها بَيْضٌ ، (٢ فهل يَنْجُس ٢) ؟ فعلى وجهين ؛ أحدهما : نعم ، كاللبن (1) . والثاني : لا ؛ لأنه منعقد في نفسه لا يمتزج بغيره (٣) .

---

(١) في (أ ، ب) : « أحدها » .   (٢) ليست في (أ) .

(٣) قال الشيرازي : « وأما البيض في جوف الدجاجة الميتة ، فإن لم يتصلب قشرهُ فهو كاللبن ، [يعني أنها تنجس] ، وإن تصلب قشرهُ لم ينجس ، كما لو وقعت بيضة في شيء نجس » . المهذب مع المجموع : (١/ ٢٩٩) ، وراجع تعليق النووي في نفس الموضع .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (إذا ماتت دجاجة وفي بطنها بيض هل ينجس ؟ فعلي وجهين ؛ أحدهما : نعم كاللبن) صورة المسألة ما إذا تصلب قشرها فينجس بالموت على أحد الوجهين ، كاللبن في ضرع الشاة الميتة ، فإن نجاسته كانت بالموت ؛ تنزيلًا له منزلة أجزائها ، لا بنجاسة الوعاء ، فإنها تقع عفوًا كما في نجاسة الدَّنِّ فيما يتخلل من الخمر ، فاعرف ذلك فإنه مشكل ، واللّه أعلم » . المشكل (١/ ١٢ب) .

قال الحموي : « البيضة إما أن تكون متصلبة أم لا ، فإن كان الأول لم يمكن إلحاقها باللبن ، فإنه مائع والبيض متصلب ، فهي كالبيضة المنفصلة إذا وقعت في نجاسة . وإن لم تكن متصلبة كانت نجسة قولًا واحدًا ، وإذا كان الأمر كذلك لم يبقَ للخلاف وجه ما .

وذكر بعض العلماء أن البيضة عند خروجها لا تكون متصلبة ، وإنما يحصل لها ذلك عند عقيب الخروج كما في الحمل ، وإذا كان كذلك اتجه ما ذكره الشيخ .

وجهُ التنجيس : أن التصلب لم يوجد بسبب عدم الخروج ، ووجه الصحة : وجود الانعقاد بسبب ما يقوم مقام الخروج ، وهو مفارقة الحياة . والقائل الأول يجعل الانعقاد لا أثر له من حيث إنه وجد في مقر =

---

(1) قوله : (إذا ماتت دجاجة وفي بطنها بيض هل ينجس ؟ وجهان / أحدهما : نعم كاللبن) . هذان الوجهان مشهوران ، واختلفوا في محلهما ، وحاصل المنقول ثلاثة أوجه ؛ أصحها : إن كانت البيضة متصلبة فطاهرة ، وإلا فنجسة : والثاني : طاهرة مطلقًا . والثالث : نجسة مطلقًا . قال صاحب « الحاوي » : ولو جعلت تحت دجاجة فصارت فرخًا ، فطاهر بلا خلاف . ٢٢/أ

وقوله : (كاللبن) يعنى كاللبن في ضرع شاة ميتة ، فإنه نجس بلا خلاف عندنا . وحُكي عن أبي حنيفة طهارته .

والدجاجة : بفتح الدال وكسرها .

الفرع [1] **الثاني** : أذا أُبِينَ عضوٌ من الآدمي أو السمكة ، ففيه وجهان ؛ أحدهما : أنه طاهر وهو الأظهر ؛ لأن ما أُبين من الحي فهو ميت ، ولا تزيد الإبانة على الموت [2] .

الثالث : دود القَزّ طاهر ، ويجوز بيعه ، وفي رَوْثه وبَزْره من [3] الخلاف الذي في بيض الحيوان الذي لا يؤكل [4] .

= النجاسة ، فيكون وجوده كعدمه ، فيلتحق باللبن في تنجيسه تبعًا لأصله .

هذا توجيه الخلاف فيه إذا كان القشر متصلبًا ، نقل الخلاف صاحب « التتمة » وغيره . وقيل : وجه شبهه باللبن أن البيضة تكون عليها قشر رقيق فتكون البيضة كاللبن في ضرع الشاة ، ووجه شبهه بما هو منعقد من حيث إن البيضة كاللبن الجامد في الوعاء ، والقشر مانع من سراية النجاسة إليه ، وهي مودوعة في الحيوان بخلاف اللبن .

هذا إذا كانت غير سيالة ، فإن كانت سيالة فهي نجسة قولًا واحدًا ، فإن قيل : فالمنقول في معظم الكتب أن البيضة إذا كانت متصلبة فهي طاهرة قولًا واحدًا . إذ كان كذلك إلا أن ذلك لا ينفي الخلاف فيه ، على ما ذكره صاحب « التتمة » و « النهاية » وغيرهما ، لكن لما كان الصحيح الطهارة لم يذكر الوجه الآخر ، وذلك لا ينفي الخلاف فيه » . مشكلات الوسيط (١/١٧أ - ١٨أ) .

(١) « الفرع » : ليست في (ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « وجه الوجه الذي ذكره في نجاسة العضو المبان من السمكة والآدمي ، أنه صار فضلة لبقائه حيًا بدونه ، فنجس بنجاسة الفضلات ، والله أعلم » . المشكل (١/١٢ب) .

وكلام ابن الصلاح هذا يوضح وجه الحكم بنجاسة العضو المبان من الآدمي أو السمكة ، وأما الوجه الذي رجحه المصنف وهو الذي ذكره النووي ، وهو طهارة هذا العضو ، مبني على الحكم بطهارة الآدمي والسمك حَيًّا وميتًا ، فكيف يحكم بنجاسة العضو المبان مع كون الإبانة لا تزيد على الموت ؟ . راجع : الروضة : (١/١٢٤) .

(٣) « من » : ليست في (أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (في دود القز ، وفي روثه وبزره من الخلاف ما في بيض الحيوان الذي لا يؤكل) يعني وروث مالا نفس له سائلة ، والله أعلم » . والمشكل (١/١٢ب) .

قال الحموي : « ذكر الشيخ قبل هذا أن الأعيان تنقسم إلى حيوان وجمادات ، وجعل الخمر ملحقة بالجمادات ، ثم تكلم في قسمة الحيوانات ، وفرّع عليها أربعة فروع ، فعلى هذا يَرِدُ على الشيخ إشكالان :

أحدهما : يرد على قوله : (دود القز طاهر ويجوز بيعه) ، فعلى هذا لا يخلو إما أن يكون دود القز طاهرًا في حال الحياة أو بعد الموت ، فإن كان الأول كان تكرارًا ؛ فإنه ذكر أن جميع الحيوانات أصلها على =

الرابع : المسك طاهر ، وفي فأرته [1] وجهان ، أصحهما : الطهارة [1] ؛ لأنه لم

= الطهارة إلا الكلب والخنزير ، فعلي هذا لا يكون مُفَرَّعًا على الحيوانات ، فإنه مندرج تحتها بطريق الأمثلة لا بطريق التفريع . وإن كان بعد موته كان تكرارًا أيضًا ، فإنه ذكر أولًا في طهارة كل ماليس له نفس سائلة خلافًا بعد موته ، ودود القز ليس له نفس سائلة ، فكيف يكون طاهرًا وجهًا واحدًا مع ذكره الخلاف ؟

الإشكال الثاني : أنه ذكر أن الأعيان تنقسم إلى حيوان وجمادات ، ثم ذكر بعد فراغه من الحيوانات والجمادات الفروع الأربعة ، وقال : (دود القز طاهر ويجوز بيعه) ، وإذا كان كذلك فأقول : إن كان حَيًّا التحق فيما فيه حياة على ما تقدم ، وإن كان ميتًا كان ينبغي أن يذكره مع الجمادات ؛ لكونه لا حياة فيه » .

ثم قال الحموي رَدًّا على ذلك : « الجمادات تنقسم قسمان : قسم لا يوجد منه حيوان على ما تقدم ، وقسم آخر منفصل من أجزاء الحيوانات كدود القز إذا كان ميتًا أو كبزر القز أيضًا ، فإن دوده متفرع منه ، وإن كان كذلك حملنا كلامه على التقدير الثاني ، ويكون جوابه أن الشيخ اختار على قول من الخلاف المذكور ماليس له نفس سائلة طهارته .

قال بعضهم : ينبغي أن لا يُجرَى فيه قول التنجيس ؛ لأن استخراج الحرير منه لا يمكن إلا بإلقائه في الماء وإغلائه ، فدعت الضرورة إلى أن يعفى عنه ، فيلتحق بالطاهر كدود الطعام يموت فيه ، فعلي هذا يكون من قسم الجمادات .

ولا يبعد أن نفرض كونه حَيًّا ويكون مراده بقوله : (أصلها على الطهارة) إذا كان متولدًا من حيوان ، وهذا يوجد مما لا حيلة فيه وكان فرعًا ، وإنما لم يفرع عليها لأنه مفرع من أجزاء الحيوانات لكونه من بزر القز وهو متفرع عنها .

وأما قوله : (ويجوز بيعه) فهو مشكل ، فإنه إن أراد به أنه ميت فطاهر ، وإن أراد به أنه حي فلا يكفي فيه الطهارة بطريق الجواز ؛ لأنه يجوز بيعه مع القز كدود الطعام مع الطعام ، وبه خرج الجواب على حسب الإمكان » . مشكلات الوسيط (١/١٨أ - ١٩ب) .

(١) قال النووي : « فأرة المسك : نافجته ، وهي وعاؤه » . تهذيب الأسماء واللغات : (٦٧/٣) . وجاء في لسان العرب لابن منظور : « قال عمرو بن بحر : سألت رجلًا عَطَّارًا من المعتزلة عن فأرة المسك ، فقال : ليس بالفأرة ، وهو بالخِشْفِ أشبه . ثم قال : فأرة المسك تكون بناحية تُبَّتَ ، يصيدها الصياد ، فيعصب سرتها بعصاب شديد وسرتها مُدَلَّاة ، فيجتمع فيها دمها ، ثم تذبح ، فإذا سكنت قَوَّرَ السرة المعصرة ، ثم دفنها في الشعير ، حتى يستحيل الدم الجامد مسكًا ذكيًا بعدما كان دمًا لا يرام نتنًا » انظر : لسان العرب ، مادة (فأر) .

---

(1) قوله : (إذا أبين عضو من آدمي أو سمكة فوجهان ؛ الأظهر : طهارته . ودود القز طاهر ويجوز بيعه ، وفي روثه وبزره الخلاف في بيض مالا يؤكل . والمسك طاهر ، وفي فأرته وجهان ؛ الأصح الطهارة) ، هذا كله كما قاله .

والبزر : بفتح الباء وكسرها لغتان . =

يحترز الأولون من استصحابه [1] .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « من أحسن ما يوجه به القول بطهارة فأرة المسك – على تقدير أنها جزء بان من حيٍّ – ماعلق بحفظي من مدة متقادمة عن القفال الكبير أبي بكر الشاشي – رحمه اللّه –: وهو أنها تندبغ بما فيها من المسك فتطهر طهارة المدبوغات ، وهذا فيه عمل بدليل نجاستها وطهارتها ، وقد أنكر بعضهم كونها بائنة من حي ، وسنذكر ذلك في الموضع الذي تكرر ذكرها فيه من كتاب البيع إن شاء اللّه تبارك وتعالى » . المشكل (١/١٣ أ) .

وقد جاء في حديث أبي سعيد الخدري ، عن النبي ﷺ أنه أخبر عن المسك بقوله : « وهو أطيب الطيب » ، رواه مسلم : (٤/١٧٦٥ ، ١٧٦٦) (٤٠) كتاب الألفاظ من الأدب (٥) باب استعمال المسك ، أنه أطيب الطيب ، وكراهة رَدِّ الريحان والطيب . والترمذي : (٣/٣٠٨) (٨) كتاب الجنائز (١٦) باب ماجاء في المسك للميت (رقم : ٩٩١ ، ٩٩٢) . وأبو داود : (٣/٥١٠) (١٥) كتاب الجنائز (٣٧) باب في المسك للميت (رقم : ٣١٥٨) . والنسائي : (٤/٣٩ ، ٤٠) (٢١) كتاب الجنائز (٤٢) باب المسك (رقم : ١٩٠٥ ، ١٩٠٦) . وهذا من أدلة طهارة المسك .

قال الرافعي : « وفي فأرته وجهان ؛ أحدهما : النجاسة ؛ لأنها جزء انفصل من حيٍّ ، وأظهرهما : الطهارة ؛ لأنه منفصل بالطبع كالجنين ؛ ولأن المسك فيها طاهر ، ولو كانت نجسة لكان المظروف نجسًا .

وموضع الوجهين ما إذا انفصلت في حياة الظبية ، أما لو انفصلت منها بعد موتها فهي نجسة كالجنين واللبن ، ومحكي وجه آخر : أنها طاهرة كالبيض المتصلب » . فتح العزيز بهامش المجموع : (١/١٩٣) .

= وقوله : (وفي روثه وبزره ما في بيض الحيوان) ، كان ينبغي أن يقول : وما في روث ماليس له نفس سائلة ، والأصح في البزر الطهارة ، وفي الروث النجاسة .

الفصل الثاني

في الماء الرَّاكد إذا وقعت فيه نجاسة

أما القليل فيتنجس (١) وإن لم يتغير ، مهما وقع فيه نجاسة يدركها الطَّرْف (٢) (1) .

فإن كان لايدركها ، فنصُّ الشافعي - رضي اللّه عنه - فيه مختلف . (2)

فمنهم من قال : قولان (٣) ؛ أحدهما : أنه (٤) يُجْتنب في الماء والثوب ؛ لتحقق وصول النجاسة . والثاني : أنه يُعْفَى عنه ؛ لتَعَذُّر الاحتزار منه .

ومنهم من قال : يُعْفَى [عنه] (٥) في الماء ، ولا يُعْفَى في الثوب على وَفْقِ النَّصَّين ؛ لأن أكثر ذلك يقع بطيران الذباب من النجاسة ، ولايمكن صَوْن الماء عنه ، وصون الثوب [عنه] (٦) ممكن ؛ فإن في طيرانها ما يجفها (3) ، وصونه عن غيره من النجاسات ....

(١) في (أ ، ب) : « فينجس » .

(٢) وبهذا جزم النووي في الروضة : (٢٠/١) ، والرافعي في فتح العزيز : (١٩٦/١) .

(٣) في (ب) : « قولين » .

(٤) « أنه » : ليست في (أ) .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) زيادة من (أ) .

(1) قوله : (قليل الماء ينجس وإن لم يتغير ، مهما وقعت فيه نجاسة يدركها طرف) ، هذا هو المشهور . ولنا قول ووجه شاذَّان : أنه لاينجس مالم يتغير وإن كان راكدًا ، وهو مذهب مالك وكثيرين ، واختاره المصنف في الإحياء .

(2) قوله : (وإن كانت لايدركها الطَّرْف ، فنصُّ الشافعي فيه مختلف) إلى آخره . حاصل ما ذكره الأصحاب في الماء والثوب إذا أصابتهما نجاسة لايدركها طرف ، سبعة طرق ؛ أصحها عند المصنف هنا وفي « الوجيز » وجماعة من المحققين : الطهارة فيهما ، وهذا هو الأصح المختار . والثاني : نجاستهما . والثالث : فيهما قولان . والرابع : ينجس الثوب دون الماء . والخامس : عكسه . والسادس : ينجس الماء ، وفي الثوب قولان . والسابع : عكسه .

(3) قوله : (في طيرانها ما يجفها) معناه : أن طيرانها يجفها غالبًا ، فإذا وصلت رطبة كان نادرًا ؛ فلا يعفى عنه .

ممكن ، [١] وهو الأصح [١] .

ومنهم من عكس وقال : يُعْفَى في الثوب ؛ [٢] لأنه بارز [٢] للنجاسات ، وتغطية الماء ممكن . وهذا خلاف النصّ .

ولعل الصحيح : أن ما انتهت قِلَّته إلى حَدٍّ لا [٣] يدركه الطرف [٣] مع مخالفة لونه للون ما اتصل به ، فهو مَعْفُوٌّ عنه [1] ، وإن كان بحيث يدركه الطرف عند تقدير اختلاف اللون ، فلا يُعْفى عنه [٤] .

---

(١) ليست في (أ ، ب) . (٢) في (أ) : « لأنها بارزة » .

(٣) في (أ) : « يدركها الطرف » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله بعد حكاية الخلاف فيما لايدركه الطرف : (ولعل الصحيح أن ما انتهت قلته إلى حد لايدركه الطرف مع مخالفة لونه للون ما اتصل به فهو معفو عنه ، وإن كان بحيث يدركه على تقدير اختلاف اللون فلا يعفى عنه) هذا كلام موهم معترض عليه فيه ؛ لأنه يوهم أن ماسبق من الخلاف ليس فيما لايدركه الطرف لقلته مع مخالفة اللون بل في مطلق ما لايدركه الطرف ، إما لقلته وإما لاتفاق اللون ، وليس كذلك ، فإنه لايخفى أن الخلاف من أصله إنما هو فيما لايدركه الطرف لقلته ، لا لاتفاق اللون ، وقد صرح في ذكره أصل المسألة فيما لايدركه الطرف لقلته ، فأقول : ليس ما ذكره طريقة أخرى ، وحاصله : أنه اختار مما سبق من الخلاف القولَ بالعفو في الماء والثوب ، ولم يحقق صورة المسألة من الابتداء ، فذكر ذلك عند الدرس بتصوير ما هو المختار عنده ، وأعاد ذكر القسم الأخير الذي لايُعْفى عنه وهو مايدركه الطرف من أجل أنه الآن حقق صورة المسألة فاعلم ذلك ، والله أعلم » . المشكل (١٣/١أ- ١٣ب) .

قال النووي في الروضة (٢١/١) : « النجاسة التي لايدركها الطرف ، كنقطة خمر ، وبول يسير ، لاتُبْصَرُ لقلتها ، وكذبابة تقع على نجاسة ثم تطير عنها ، هل ينجس الماء والثوب كالنجاسة المدركة أم يعفى عنها ؟ فيه سبع طرق » ، ثم حكى الطرق السبعة على نحو ماذكر الغزالي آنفًا ، ثم قال : « المختار عند الجماعة من المحققين ما اختاره الغزالي ، وهو الأصح » يقصد العفو عنها في الماء والثوب . وراجع : فتح العزيز بهامش المجموع : (٢٠٨/١ ، ٢٠٩) ، فقد بين المقصود باختلاف النص عن الشافعي في المسألة .

---

(1) قوله : (ولعل الصحيح أن ما انتهت قلته إلى حدٍّ لايدركه الطرف مع مخالفة لونه للون ما اتصل به ، فهو معفو عنه) ، هذا قد يوهم أنه طريق آخر ، وليس كذلك ، بل هو اختيار للعفو مطلقًا وبيانٌ لصورة المسألة وأنها مفروضة / فيما لم يدركه الطرف مع تقدير اختلاف اللون ، وكأنه لما أهْمَلَ تصوير المسألة أولًا ٢٢/ب
تداركه ، فذكره وذكر في ضمنه أن المختار العفو مطلقًا .

قال (١) مالك : الماء لاينجسه شيء ، إلا ما غَيَّرَ (٢ طعمَه ، أو لونه ، أو ريحَه ٢) ، وفرق الشافعي - رضي اللّه عنه - بين القليل والكثير ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام -: « إذا بلغ الماءُ قُلَّتَيْنْ لم يحمل خَبثًا » (٣) (1) . فإذا بلغ قلتين فينجس إذا تغير بالنجاسة ، وإن كان التغير يسيرًا (2) ، ثم يعود طاهرًا مهما زال التغيرُ بهبوب الريح وطول المكث .

(١) في (أ) : « وقال » . (٢) في (أ ، ب) : « لونه أو طعمه أو ريحه » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله ﷺ : (إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثًا) ، رواه ابن عمر - رضي اللّه عنهما - وفي رواية قوية أخرجها أبو داود وغيره : (فإنه لاينجس) ، وهذا الحديث حَسَنٌ ثابت ، رواه الشافعي وأحمد بن حنبل وعَمِلَا به ، وأخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم ، وأورده الحاكم أبو عبد اللّه الحافظ في صحيحه « المستدرك » ، وذكر أنه صحيح الإسناد على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه ، ومطاعن المخالفين فيه مندفعة عند من أحاط بعلمي الحديث والفقه . ونصر صاحب الكتاب في « الإحياء » مذهب مالك : أن الماء لاينجس إلا بالتغير ، واحتج بأشياء عنها أجوبة صحيحة ، وقد قيل : إن ذلك قول قديم للشافعي ، ولايثبت ذلك ، واللّه أعلم » . المشكل (١٣/١ب) .

وحديث القلتين أخرجه الشافعي في الأم : (٤٠٣/١) ، وفي مسنده بهامش الأم (٢/٦ ، ٣) ، وأحمد في مسنده (١٢/٢ ، ٢٣ ، ٢٧ ، ٣٨ ، ١٠٧) ، وأبو داود : (٥١/١) (١) كتاب الطهارة (٣٣) باب ما يُنجس الماء (رقم : ٦٣ ، ٦٤ ، ٦٥) ، والترمذي : (٩٧/١) أبواب الطهارة (٥٠) باب ما جاء أن الماء لاينجسه شيء (رقم : ٦٧) ، والنسائي : (٤٦/١) (١) كتاب الطهارة (٤٤) باب التوقيف في الماء (رقم : ٥٢) ، وابن =

(1) قوله : (لقوله ﷺ : « إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثًا ») ، هذا حديث حسن ، رواه أبو داود والترمذي وأبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن على بن سنان بن بحر النسائي وغيرهم بأسانيد صحيحة من رواية ابن عمر - رضي اللّه عنهما - ورواه الحاكم أبو عبد اللّه محمد بن عبد اللّه النيسابوري الحافظ في « المستدرك على الصحيحين » ، وقال : هو صحيح .

وفي رواية لأبي داود وغيره بإسناد جيد : « إذا بلغ الماء قلتين لم ينجس » ، وعلى هذا الحديث اعتراضات ضعيفة لاتروج على من حقق علمي الحديث والفقه ، وقد أوضحت أجوبتها في شرح « المهذب » ، ويكفينا أن أئمة الحديث صححوه ، وعليهم التعويل في هذا .

(2) قوله : (إذا بلغ قلتين تنجس إذا تغير بالنجاسة ، وإن كان التغير يسيرًا) ، هذا مجمع عليه سواء تغير طعمه أو لونه أو ريحه ، ودليله الإجماع .

وأما الحديث المروي : « الماء طهور لاينجسه إلا ما غير طعمه أو لونه أو ريحه » ، رواه هكذا ابن ماجه والبيهقي ، فهو حديث ضعيف بالاتفاق ، والضعف في الاستثناء ، وأما أوله وهو قوله ﷺ : « الماء طهور =

ولو زال بوقوع الزعفران أو المسك فلا ؛ لأنه استتارٌ لازوالٌ (١) . ولو زال بوقوع التراب فقولان (1) ، منشؤهما التردد في أن التراب ساترٌ (٢ أم مبطل ٢) ؟

فإن قيل : ما حَدُّ القُلَّتَيْنِ ؟

= ماجه (١٧٢/١) (١) كتاب الطهارة وسننها (٧٥) باب مقدار الماء الذي لاينجسه (رقم : ٥١٧ ، ٥١٨) . والحاكم : (١٣٢/١) وقال : صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي ورواه البيهقي في سننه : (١/ ٢٦٢) ، والدارمي (١/ ١٨٦) وسنن الدارقطني : (١٣/١) .

وراجع : تلخيص الحبير : (١٦/١ - ٢٠) فقد تكلم ابن حجر على طرق الحديث كلها ، وناقش ما وُجِّه إليه من انتقادات ، ورد عليها رَدًّا وافيًا . كما ناقش الماوردي هذه المسألة مناقشة ضافية ، وبيَّن مذاهب الأئمة فيها ، وانتصر لرأي الشافعية . راجع : الحاوي : (٣٢٥/١ وما بعدها) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولو زال بوقوع الزعفران والمسك فلا ؛ لأنه استتار ، لازوال) لا تناقض بين قوله أولًا : زال ، وبين قوله آخرًا : لازوال ؛ لأن المراد بالزوال الأول كونه صار بحيث لاتُشَمُّ رائحته ، ولايدرك مع بقاء التغير في نفسه حقيقة » . المشكل (١٣/١ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « أو مزيل » ، ولعله أوضح وأولي .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (ولو زال بوقوع التراب فقولان منشؤهما التردد في أنه ساتر أو مزيل) كنت قد حققتُ صورة هذه المسألة ، فيما أمليتُه من شرح مشكل المهذب ، وقلت : هذا تحقيق لو عرض على الأئمة لقبلوه إن شاء الله تعالى ، فذكرت أنه لابد في تصويرها من شرطين : أن يكون تَغَيُّر الماء بالرائحة ، وأن يكون الماء متكدرًا لم يَصْفُ بعدُ ؛ وذلك لأنه إذا صَفَا الماء لم يصادف تغيرًا ، فلا وجه =

= لاينجسه شيء فصحيح ، وقصدت بذكر هذا الحديث التحذير من الاغترار به ، وبيان الصحيح منه من الضعيف ، وأن اللون قد روي أيضًا خلاف ما يقوله صاحب « المهذب » وغيره .

(1) قوله : (ثم يعود طهورًا مهما زال التغير بهبوب الرياح وطول المكث ، ولوزال بالمسك والزعفران فلا ، وبالتراب قولان) .

أما قوله : (يعود طهورًا إذا زال بهبوب الرياح والمكث) فهو المذهب المنصوص ، وبه قطع الجمهور . وذكر المتولي في « التتمة » والرافعي وجهًا عن الإصطخري : أنه لايطهر .

وأما قوله في المسك والزعفران : (لايطهر) فمتفق عليه .

وقوله : (في التراب قولان) هما مشهوران ؛ أصحهما : لايطهر ، كذا صححه الأكثرون والمحققون ؛ لأنا تيقنا النجاسة ، وشككنا هل زالت أم استترت ؟ ويجري القولان في الجَصِّ ونحوه ، / وقيل : لايطهر في غير التراب قطعًا = ٢٣/أ

قلنا : قيل خمسمائة مَنٍ (١) . وقيل : خمسمائة رِطْلٍ (٢) .

والأقسط ما ارتضاه القَفَّال ، وصاحب الكافي : أنها (٣) ثلاثمائة مَنٍ (1) ؛ (٤ لأنها مأخوذة ٤) من استقلاق البعير ، وإبل (٥) العرب ضعاف لاتحمل أكثر من مائة وستين مَنًا ،

= للخلاف ، بل يجب القطع بزوال التغير ، سواء كان بالطعم أو اللون أو الرائحة ؛ لأن التراب قد انفصل عن الماء فلن يكون ساترًا لتغيره ، فعُلِمَ اختصاص الخلاف بحالة التكدر .

ثم إن تكدره يستر التغير الكائن في الطعم أو اللون لا محالة ، فتعين أن يكون محل الخلاف ما إذا كان التغير بالرائحة والماءُ مكدر بالتراب ، فإذا لم تدركه الرائحة فهل يُقْضى بزوالها ، ثم بطهارته ؛ لأن الظاهر زوالها ، أو لا يُقضى بزوالها ؛ لجواز بقائها ، واستتارها برائحة التراب ؛ لأن له رائحة ؟ والأصل بقاؤها ، فهذا الذي فيه القولان المذكوران . وإنما لم يجزْ القولان فيما إذا صفا الماء ؛ لأن رائحة التراب لا تبلغ إلى أن تستتر بعد انفصاله عن الماء فاعلم ذلك ، والله أعلم » . المشكل : (١/١٣ب - ١٤أ) .

(١) في (أ ، ب) : « رطل » .

(٢) في (أ ، ب) : « مَنٍ » ، وفي الأصل : « رطلًا » وهو خطأ .

(٣) في (أ) : « أنهما » . (٤) في (أ) : « لأنه مأخوذ » .

(٥) في (أ) : « وبعران » ، والبُعْران : جمع بعير ، وهو ما صلح للركوب والحمل من الإبل ، وذلك إذا استكمل أربع سنوات ، ويقال للجمل والناقة : بعير ، وتُجمع - أيضًا - على : أباعر وأباعير . راجع : المعجم =

= ثم القولان مختصان بحالة الكدورة ، فإن صفا لم يبقَ خلاف ، بل يُقطع بالطهارة إن لم يبقَ تغير ، وبالنجاسة إن بقي .

ثم الصحيح - الذي عليه الأكثرون - : أنه لافرق بين أن يكون التغير بالطعم أو باللون أو بالرائحة .

وقيل : الخلاف في التغير بالرائحة ، وأما في اللون والطعم فلا يطهر قطعًا ، وهذا غريب ضعيف . وممن صرح بأنه لافرق في جريان القولين بين الطعم واللون والرائحة المحاملي في كتابيه : « المجموع والتجريد » ، والفوراني في « الإبانة » ، والمتولي في « التتمة » ، وقد أوضحت في شرح المهذب هذا كله ، ونقلت عباراتهم فيه وبسطته بسطًا واضحًا .

(1) قوله : في حد القلتين : (قيل : خمسمائة مَنًا ، وقيل : خمسمائة رطل ، والأقصد ما ارتضاه القفال وصاحب الكافي : أنه ثلاثمائة مَنًا) .

هذا الخلاف مشهور ، والصحيح الذي قطع به العراقيون وغيرهم : أنه خمسمائة رطل بالبغدادي ، وقيل : ستمائة ، وقيل : ألف . =

فيحط عنه عشرة أمنان (١) للرَّاوِيَة (٢) والحبال (٣) (1) .

= الوسيط ، مادة (بعر) .

(١) في (أ) : « أمنا » ، ولعله سهو من الناسخ .

(٢) الراوية : هي المزادة أو الوعاء الذي يكون فيه الماء ، وهو المقصود هنا في هذا السياق . والراوية - أيضًا -: الدابة التي يُسْتَقَى عليها الماء ، من بعير أو بغل أو حمار ، الجمع : رَوَايا . انظر : القاموس المحيط والمعجم الوسيط ، مادة (ر و ي) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وبعير العرب) كذا وقع بلفظ الواحد في البعير ولفظ الجمع في العرب ، =

= والمَنَا : رطلان ، وهو منونٌ ، على وزن العصا ، هذه هي اللغة الفصيحة . وفيه لغة ضعيفة : مَنّ بتشديد النون ، وأكثرها ما يوجد في كتب الخراسانيين على هذه اللغة ، وفي الرطل لغتان ، كسر الراء وفتحها ، والكسر أفصح .

وأما قوله : (والأقصد ما ارتضاه القفال) ، فهذا الذي اختاره شذوذ منه عن المذهب ، وعن اختيار الأصحاب وهو متروك عليه لايلتفت إليه ، بل الصواب ترجيح خمسمائة .

أما القفال فسبق بيانه ، وأما صاحب « الكافي » فهو : الإمام أبو عبد الله الزبير بن أحمد بن سليمان بن عبد الله بن عاصم بن المنذر بن الزبير بن العوام القرشي الأسدي الزبيري ، هكذا نسبه الشيخ أبو إسحق الشيرازي وغيره ، وسماه غيره : أحمد بن سليمان ، وكان إمام البصرة في زمنه حافظًا للمذهب ، عارفًا بالأدب ، عالمًا بالنسب ، صنف كتبًا كثيرة ذكرتها في « تهذيب الأسماء » منها : « الكافي » نحو « التنبيه » ، فيه نفائس استفدت منه أشياء حسنة لم أرها في غيره من الكتب الكبار .

وأما قوله : (إن صاحب « الكافي » جعله ثلاثمائة مَنًا) فأظنه غلطًا ؛ لأن المذكور في « الكافي » أن القلتين خمسُ قِرَبٍ ، وليس فيه غير هذا ، هكذا رأيته في نسخة معتمدة منه .

٢٣/ب وقد اتفق / الأصحاب على القِرْبة ، مقدرة بمائة رطل ، ويحتمل أنه أراد أن صاحب « الكافي » ذكره في غير « الكافي » ، وقد رأيت عن بعض الأئمة إنكار هذا النقل على الغزالي .

(1) قوله : (لأنه مأخوذ من استقلال البعير ، وبعير العرب يكون ضعيفًا) إلى آخره ، هذا مما أنكروا عليه وغلَّطوه فيه ، والصواب المعروف عند أهل اللغة والفقه والحديث : أن القُلَّة الجرَّة الكبيرة ، سُميت قُلَّةً ؛ لأنها تُقَلُّ بالأيدي ، أي تحمل .

وذكر القاضي حسين أن القلتين من الماء في الأرض المستوية ذراع وربع في عرض ذراع وربع في عمق ذراع وربع .

والصحيح : أن هذا تقريب وليس بتحديد ، فعلى هذا قال الأكثرون : لو نقص

= وفيه عجمة .

وقوله : (للراوية والحبال) يتضمن كون الراوية قُلَّة ، وذلك غير صحيح ، ولا يعرف ذلك في اللغة أصلًا ، ثم إن الراوية في لسان العرب عبارة عن الدابة التي تحمل الماء ، واستعمالها فيما تحمل فيه الماء منسوب إلى العامة ، وهو محتمل على وجه الاستعارة ، والله أعلم .

والمنا بالتخفيف على وزن العصا أفصحُ من المَنّ ، والله أعلم .

وصاحب « الكافي » المذكور هو عبد الله الزبيري من قدماء الأصحاب العراقيين في الطبقة الثالثة .

والقفال هاهنا وحيث يذكر في « الوسيط » ونحوه هو : أبو بكر عبد الله بن أحمد القفال المروزي ، إمام المراوزة في الطبقة الخامسة أو السادسة ، وهو القفال الصغير .

والقفال الكبير هو : أبو بكر محمد بن علي الشاشي ، وقيل : ما يأتي ذكره في هذه الكتب ، وإذا ذكر قيل بالشاشي والله أعلم . وصاحب « التقريب » المذكور هو ابن القفال الشاشي ، واسمه القاسم أبو الحسن ، جليل القدر صاحب طريقة في المذهب ، وكتابه « التقريب » كبير من شروح « مختصر المزني » ، وربما اعْتُقد أنه كتاب التقريب للإمام سليم بن أيوب الرازي ، وليس له ، والله أعلم » . المشكل : (١/١٤ب - ١٥أ) .

وقال ابن الصلاح : « قوله في مقدار القلتين : (والأقصد ما ارتضاه القفال وصاحب الكافي : أنه ثلاثمائة مَنًا ؛ لأنه مأخوذ من استقلال البعير ، وبعير العرب يكون ضعيفًا لايحمل أكثر من مائة وستين منًا فتحط عنه عشرة أمنان للراوية والحبال) هذا كلام غير مرضي ، ولايصح قوله : (إن ذلك مأخوذ من استقلال البعير) ، بل من المعلوم أن القُلَّة سُمِّيت قلة ؛ لأنها تُقَلّ بالأيدي ونحو ذلك ، أي يحمل من غير تخصيص للبعير ، وهي عند العرب عبارة عن الجرَّة الكبيرة أو شبهها ، نحو الحُبّ . وقد فسرها الثقاة من رواة هذا الحديث : بِقِلالٍ كبار كانت بالمدينة تسمى قِلالَ هَجَر ، وهجر هاهنا قرية بقرب المدينة ، لا هجر المعروفة عند البحرين ، وتفسير الحديث من رَاوِيه يقبل وإن لم يسنده إلى رسول الله ﷺ .

وكانت معلومة المقدار عندهم كالمكاييل ، ولولا ذلك لم يقدر بها الشارع ﷺ ، ثم إنه احتيج إلى التقدير بغيرها لفنائها أو غير ذلك ، فقدرت بِقِرَبِ الحجاز ، وهي كبار معروفة عندهم ، فذكر ابن جُرَيْج - وهو أحد أكابر المتقدمين من علماء الحجاز - أن القُلَّة منها تَسَعُ قربتين أو قربتين وشيئًا . فاحتاط الشافعي - رضي الله عنه وعنهم - وقدَّر القلتين بخمس قرب منها ، وجعل الشيء فيه نِصْفًا ؛ ليستوعب جميع مايحتمله لفظ الشيء في مثله . ثم احتاج مَنْ تباعدَ من الحجاز إلى تقدير تلك القرب بالأرطال ، فاتفق أصحاب الشافعي وأصحاب أحمد على تقدير كل قربة منها بمائة رطل بالرطل العراقي .

وفي (الشامل) لابن الصباغ نسبة تقدير القربة بمائة رطل إلى الشافعي نفسه . ولم أجد ذلك في كلام الشافعي ومنصوصاته ، وغيره صرَّح بأن ذلك كان من أصحابه ، فالقلتان إذًا على مذهب الشافعي وأصحابه =

رطلان لم يضر ، ولم يسمحوا بثلاثة . ومنهم من لم يسمح بأكثر من ثلاثة / . ٢/أ

وقال صاحب التقريب : لايضر نقصان نصف القِرْبة وهو الذي تردد فيه ابن جُريج ؛ إذ قال : لقد رأيت قلال هَجَر فكانت القُلَّة تَسَعُ قربتين أو قربتين وشيئًا (١) .

ولعل الأقرب أن يقال : إذا نقص قدرٌ لو طُرِحَ عليه من الزعفران مثلُ ما طرح على الكمال (٢) ، لظهر التفاوتُ للحس ، فهو مؤثر .

وهذا الضبط أولى من التقدير بالأرطال ؛ فإن ذلك تَشَوُّف إلى التحديد (1) .

= خمسمائه رطل بالعراقي ، سوى من شذ منهم فقال : إنهما ألف رطل ، أو ستمائة رطل . وذكر القاضي حسين في طريقته عن المهندسين أن مقدار القلتين من الماء على الأرض المتساوية ذراع وربع في ذراع وربع في عمق ذراع وربع ، فاعلم ذلك ، فإن فيه من تحقيق أمر القلتين رغائب عزيزة مهمة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤أ - ١٤ب) .

وانظر نص الشافعي على مقدار القلتين في : الأم : (٤/١) ، وراجع : الروضة : (١٩/١) ، والحاوي : (١/ ٣٣٣- ٣٣٥) ، وفتح العزيز : (٢٠٥/١ - ٢٠٧) .

قال الشيخ وهبة الزحيلي من المحْدَثين : « القلتان : خمسمائة رطل بغدادي تقريبًا ، وبالمصري (٤٤٦,٤) رطلًا ، وبالشامي (٨١) رطلًا . والرطل الشامي (٢,٥) كغ ، فيكون قدرهما [أي : القلتين] (١١٢ ، ١٩٥ كغ) ، وتساوي (١٠) تنكات (صفائح) وقيل : (١٥) تنكة ، أو ٢٧٠ لترًا » انظر : الفقه الإسلامي وأدلته (١٢٢/١) ، وراجع وحدات المقاييس في نفس الكتاب : (٧٤/١ - ٧٧) .

(١) قال ابن الصلاح : « قول ابن جريج : (رأيت القلة منها تسع قربتين أو قربتين وشيئًا) يحتمل (أو) فيه التردد والشك كما ذكره في الكتاب ، ويحتمل التقسيم كما في (أو) من آية المحاربة ، أي أنها كانت منقسمة فمنها ما يسع قربتين ، ومنها ما يسع قربتين وشيئًا ، والله أعلم .

تقدير النقصان على قول القائل بالتقريب بأرطال معلومة تَشَوُّفٌ إلى التحديد كما ذكره ، ولكنه تحديد آخر غير التجويد الذي نفاه القائل بالتقريب فإن الذي نفاه هو التحديد بخمسمائة رطل . والعبارة المفصحة عما اختاره في ضبط النقصان أن يقول : إذا كان الناقص بحيث يغير من الزعفران أو غيره مالا يغير مثلُه القدرَ الكاملَ فهو دون القلتين ، وإذا كان الناقص بحيث لايغيره إلا مايغير مثله القدر الكامل فليس دون القلتين المعتبرتين ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥أ - ١٥ب) وراجع : فتح العزيز بهامش المجموع : (٢٠٧/١) ، والحاوي : (٣٣٥/١) .

(٢) في (أ ، ب) : « الكامل » .

---

(1) قوله : (والصحيح أن هذا تقريب وليس بتحديد ، فعلى هذا قال الأكثرون ، ولو نقص رطلان لم يضر ، ولم يسمحوا بثلاثة . ومنهم من لم يسمح بأكثر من ثلاثة . =

....

= وقال صاحب التقريب : لايضر نقصان نصف القربة ، وهو القدر الذي تردد فيه ابن جريج ؛ إذ قال : رأيت قلال هجر ، فرأيت القلة منها تسع قربتين أو قربتين وشيئًا . ولعل الأقرب أن يقال : إذا نقص قدر لوطرح عليه من الزعفران مثل ما لو طرح على الكامل لظهر التفاوت للجنس ، فهو مؤثر . وهذا الضبط أولى من التقدير بالأرطال ؛ فإن ذلك تشوف إلى التحديد) .

الشرح : أما قوله : (الصحيح أن هذا تقريب) فهو كما قال ، فهو أصح الوجهين ، وأما ما نقله بعده إلى آخره فهو كما قال .

وقوله : (وقال صاحب التقريب : لايضر نقصان نصف القربة) معناه : لايضر نقصان قربة من كل قلة ، فلا يضر في المجموع نقصان قربة كاملة ؛ لأن القلتين خمس قرب ، كل قلة قربتان ونصف ، فيعفى عن نصف قربة من كل قلة ، فهذا مراد المصنف ، وإن كانت عبارته غير موضحة له .

ويدل عليه أن إمام الحرمين وآخرين نقلوا عن صاحب التقريب أنه لايضر نقصان مائة رطل .

ويستدل عليه أيضًا من كلام المصنف بقوله : (وهو من كل قلة) ، كما هو صريح في كلامه ، وجعل الشيء نصفًا احتياطًا ليستوعب جميع مايحتمله لفظ الشيء في هذا السياق .

فقال صاحب « التقريب » : المعتبر أربع قِرَبٍ / وهي أربعمائة رطل ، ولايضر فوات ما فوقها ؛ لأن ابن ٢٤/أ جريج شك في الزيادة بقوله : (أو قربتين وشيئًا) ثم هذا الذي ذكره المصنف أن قوله : (أو قربتين وشيئًا) محمول على الشك ، هو الصواب الذي صرح به خلائق لايحصون من أصحابنا ، وقد أوضحته في شرح « المهذب » .

وقد غلط من قال : إنها للتقسيم ، أي منها مايسع قربتين ومنها مايسع قربتين وشيئًا ، وهذا خطأ ظاهر ؛ إذ لو كانت مختلفة لما ضبط بها ، فإنه لايحصل ضبط بالمختلف .

وقد نقل الأئمة أنها كانت قلالًا معروفة عندهم مضبوطة المقدار ، كذا ذكره الخطابي وخلائق .

وأما ابن جريج فهو الإمام أبو الوليد ، ويقال : أبو خالد ، عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج ، إمام أهل الحجاز في عصره ، وهو أحد أئمتنا وشيوخنا في سلسلة الفقه عن عطاء ، فإنه شيخ مسلم بن خالد الزنجي شيخ الشافعي ، وأخذ ابن جريج الفقه عن عطاء بن أبي رباح ، وأخذه عطاء عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ ، وقد أوضحت السلسة مِنّي إلى رسول الله ﷺ في أول كتاب « تهذيب الأسماء واللغات » .

وأما قوله : (بقلال هَجَر) فهي بفتح الهاء والجيم وهي قرية من قرى المدينة ، وليست « هجر » البحرين الموصوفة بكثرة التمر ، التي أخذ رسول الله ﷺ الجزية من مجوسها ، وهجر البحرين مصروفة ، وهجر المدينة غير مصروفة ، وقد بسطتهما في « تهذيب الأسماء » .

وأما صاحب « التقريب » المذكور هنا فهو : الإمام أبو الحسن القاسم بن الإمام أبي بكر القفال الشاشي =

فإن وقع الشك في أن الناقص فوق هذا القدر ، أو دونه ؟ فيحتمل أن يقال : الأصل النجاسة إلى أن تُستيقن الكثرة الدافعة ، أو يقال : الأصل (١ طهارة الماء ١) إلى أن يُسْتَيْقن النقصان (٢) . والاحتمال الأول أظهر (1) .

(١) في (أ ، ب) : « الطهارة » . (٢) « النقصان » : ليست في (أ) .

= محمد بن علي ، كان صاحب « التقريب » كبير الشأن جليل القدر ، صاحب إتقان وتحقيق ، وضبط وتدقيق ، وكتابه « التقريب » عظيم الفوائد من شروح « مختصر المزني » ، وقد أثنى عليه الأئمة ثناء عظيمًا ، لاسيما الإمام الحافظ الفقيه أبو بكر البيهقي ، وقد بسطت حاله في « التهذيب » .

وأما قول المصنف : (ولعل الأقرب ...) إلى آخره فهو اختيار لشيخه إمام الحرمين لايعرف لغيرهما قبلهما ، وتابعهما عليه الرافعي وغيره .

وأما قوله : (فإن ذلك تشوف إلى التحديد) ، ففيه إشارة إلى إيراد معهود ، وجوابه : أن التحديد المختلف فيه هو التحديد بخمسمائة رطل . ففي وجه : هو محدد / بخمسمائة رطل لو نقص عنها أدنى ٢٤/ب
شيء ضَرَّ . وفي الأصح : لايضر نقص يسير . واخْتُلف في ضبط ذلك اليسير ، فليس هذا الخلاف مخالفًا لكون التقدير بخمسمائة تقريبًا ، والله أعلم .

(1) قوله : (وإن شك هل الناقص فوق هذا القدر أو دونه ؟ فيحتمل أن يقال : الأصل النجاسة إلى أن تستيقن الكثرة الدافعة ، أو الأصل الطهارة حتى يستيقن النقصان ، قال : والاحتمال الأول أظهر) .

هذان الاحتمالان له ولشيخه أيضًا ، وجزم القاضي أبوالقاسم عبد الرحمن بن الحسين الصيمري وصاحبه - صاحب الحاوي - بأنه نجس كما اختاره الغزالي هنا .

والمختار : الجزم بالطهارة ؛ لأنا تيقنا طهارة الماء في الأصل وشككنا في ورود مُنجِّس ؛ فإنه لا يلزم من النجاسة التنجس ، فهذا هو المختار ، وإن كنت لم أره منقولًا .

وقوله : (الأصل النجاسة حتى تستيقن الكثرة) لايوافق عليه ، وكيف يصح دعوى أصل النجاسة ؟ ولعله أراد أن الأصل أن النجاسة تنجس الماء ، إلا أن الشرع عفا عن الكثير المحقق الكثرة ، ولكن لاتقبل منه هذه الدعوى ، بل أصل الماء الطهارة ؛ لقوله ﷺ : « الماء طهور لاينجسه شيء » وهو صحيح سبق بيانه .

قوله : (إذا وقعت نجاسة مائعة في قلتين ، فالكل طاهر) هذا متفق عليه وله استعمال جميعه على الصحيح . وقيل : يُبقي قدر النجاسة ، وقد سبق بيانه .ثم صورة المسألة : أن تكون النجاسة المائعة قليلة بالنسبة إلى ذلك الماء ، إما بأن تكون مخالفة له في أشد الصفات ولاتغيره ، وإما بأن توافقه ، ويكون بحيث =

فروع خمس :

الأول : إذا وقعت نجاسة مائعة في قلتين ، فالكل طاهر . وإن كانت جامدة فالقول الجديد : أنه لايجوز الاغتراف إلا بَعْدَ التباعد عنها بقلتين .

والقول القديم - وعليه فتوى الأكثرين -: أنه لايجب التباعد [1] عنها بقلتين [(١)] ؛

(١) « عنها بقلتين » : ليست في (أ) .

= لو قدرت في أشد الصفات لم تغيره . فأما لو كانت بحيث لو قدرت مخالفة لغيرته ، فتنجسه بلا خلاف ، ولايعتبر هنا الوزن قطعًا ، وإن كان في المخالف الطاهر وجهٌ سبق بيانه ، والمعتبر هنا أغلظ الصفات وأعلى المخالفات بخلاف ما سبق في التغير بطاهر ، وكل هذا متفق عليه ، وقد سبقت الإشارة إليه .

(1) قوله : (فإن كانت جامدة فالقول الجديد : أنه لايجوز الاغتراف إلا مما بَعُدَ عنها بقلتين . والقديم - وعليه فتوى الأكثرين -: أنه لايجب التباعد) .

الشرح : هذا الخلاف مشهور لكن المصنف وشيخه / وآخرون من الخراسانيين حكوه قولين ، والعراقيون وجماعة من الخراسانيين حكوه وجهين ، والأصح - باتفاقهم -: أنه لايجب التباعد . ٢٥/أ

وقوله : (وإن كانت جامدة) ، يعني ووقعت في أكثر من القلتين حتى يتصور التباعد بقلتين .

وقوله : (والقديم : أنه لايجب التباعد) ، هكذا حكاه شيخه الإمام وغيره .

وذكر الشيخ أبو على الحسين بن شعيب السِّنْجي بكسر السين المهملة وإسكان النون منسوب إلى قرية من قرى مرو ، قال في كتابه « شرح التخليص » : إن الشافعي نصَّ عليه في كتاب اختلاف الحديث ، وهو من الكتب الجديدة ؛ فيكون منصوصًا قديمًا وجديدًا .

ثم على قول التباعد هل يكون الماء المجتنب نجسًا أم طاهرًا مُنِع استعمالُه ؟ فيه وجهان : أصحهما الثاني ؛ لقوله ﷺ : « إذا بلغ الماء قلتين لم ينجس » ، وبهذا قطع كثيرون ، واقتضاه كلام آخرين .

فممن صرح به القاضي أبو الطيب في تعليقه ، وأبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد المحاملي في كتابيه « المجموع » و « التجريد » ، والماوردي ، وأبو نصر عبد السيد بن عبد الواحد بن الصباغ صاحب « الشامل » وصاحب « البيان » وغيرهم من العراقيين ، وجماعة من الخراسانيين . ونقل الاتفاق عليه الشيخ أبو حامد أحمد بن أبي طاهر الإسفراييني شيخ العراقيين ، والشيخ أبو محمد الجويني ، وقطع القاضي حسين وإمام الحرمين والبغوي بأنه نجس على هذا القول ، حتى قال هؤلاء الثلاثة : لو كان الماء قلتين فقط كان نجسًا على هذا القول ، وهذا ضعيف منابذ لقوله ﷺ : « إذا بلغ الماء قلتين لم ينجس » ، وخص منه المتغير وبقي ما سواه على عمومه ، وإذا لم نوجب التباعد فله أن يستعمل من أي موضع شاء ، ولايجتنب شيئًا منه ، هكذا صرح به الأصحاب واتفقوا عليه . =

لأن الماء الكثير دافع للنجاسة بكثرته ، فالاغتراف من جِوَارها [1] ليس بأبعد من الاغتراف (١) من جوار الماء المجتنب بسببها (٢) .

(١) « من الاغتراف » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في النجاسة الجامدة الواقعة في قلتين : (القول الجديد : أنه لايجوز الاغتراف إلا مما بعد عنها بقلتين) كان ينبغي ألا يقتصر في تصوير المسألة على قلتين ، بل يقول : أكثر من قلتين ؛ حتى يتصور الاغتراف مما بعد عنها بقلتين ، فكأنه أراد في قلتين فصاعدًا ، غير أن في العبارة كَزَزَاةٌ .

ثم إن القلتين المتجنبتين نجستان على هذا القول فيما ذكره صاحب « التهذيب » وصاحب الكتاب في درسه له ، وصَرَّح به شيخه ، وقال : لو كان الماء قلتين بلا مزيد كان نجسًا على هذا القول ، وكلام صاحب « الحاوي » وصاحب « المهذب » وغيرهما - وكأنهم الأكثرون - يقتضي أن ذلك طاهرٌ مُنِعَ من استعماله لقُرْبه من النجاسة .

وعن بعض المعلقين عن الشيخ أبي محمد الجويني أن الخلاف إنما هو في جواز الاستعمال ولاخلاف في الطهارة .

والوجهان كلاهما ضعيفان ، والقول بالتنجيس أضعفهما ؛ لمصادمته قوله ﷺ : « إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثًا » والله أعلم .

والقول القديم : أنه لايجب التباعد عن النجاسة ، وذكر الشيخ أبو علي السنجي في شرحه للتلخيص أنه قوله في اختلاف الأحاديث ، فعلى هذا هو أيضًا أحد القولين في الجديد ، فإن كتاب « اختلاف الحديث » من كتبه الجديدة .

ثم إن فيما علق عن صاحب الكتاب في تدريسه له أنه على هذا القول لايجب التباعد إلا عن حريم النجاسة ، وماتغير شكله بسبب النجاسة ، وذلك هو المذكور في متن الكتاب في فصل الماء الجاري ، حيث يقول : وهذا الحريم يتجنب في الماء الراكد أيضًا ، وهذا غير معدود من المذهب ، وإنما هو شيء جرَّ إليه =

= قال الماوردي : له أن يستعمل من أقربه إلى النجاسة وألصقه به .

وخالفهم الغزالي فقال بعد في فصل الماء الجاري : (وهذا الحريم مجتنب في الراكد أيضًا) ، يعني أنه يجب على هذا القول التباعد عن حريم النجاسة ، وهو ماتغير شكله بسببها ، وهذا الذي ذكره الغزالي هنا ذكره في « الوجيز » أيضًا هكذا ، ولكنه خطأ في المذهب مخالف لما اتفق عليه الأصحاب .

وصرح هو في / « البسيط » بموافقة الأصحاب ، فقال : لاحريم للراكد ، ويجتنب حريم الجاري . وفرّق ٢٥/ب بأن الراكد لاحركة له حتى ينفصل بعضه عن بعض في الحكم ، وكذا صرح به شيخه في « النهاية » ، والله أعلم .

(1) قوله : (فالاغتراف من جوارها) هو بكسر الجيم وضمها لغتان ، الكسر أفصح .

فإن أوجبنا التباعد ، فلو كان في بحر فتباعد بقدر شبر ليحسب العمق في قلتين (١) : لم يَجُزْ ، بل ينبغي أن يتباعد قَدْرًا لو حُسِبَ مثلُه في العُمْق وسائر الجوانب كان قلتين (٢) (1) .

= جَزْيُ الخاطر السريع حالة التأليف والتفريع أو نحو هذا .

والذي ذكره أئمة المذهب ومنهم الشيخ أبو محمد الجويني في كتابه « المحيط » ، وولده في كتابه « النهاية » والشيخ أبو على السنجي وصاحب « التتمة » وصاحب « التهذيب » وصاحب « الحاوي » وصاحب « الشامل » ومَنْ لانحصيه من الخراسانيين والعراقيين على اختلاف عباراتهم : أنه على القول بعدم وجوب التباعد لايُجتنب شيء منه ، بل له الاغتراف من أي موضع شاء منه . وهكذا ذكره هو في « البسيط » ، فقطع فيه بأن الراكد لاحريم له يجتنب ، وأن الجاري يجتنب حريمه على المذهب ، وفرق بينهما بأن الراكد لاحركة له حتى ينفصل البعض عن البعض في الحكم ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٥ب - ١٦أ) .

(١) في (أ) ، (ب) : « القلتين » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في كيفيه التباعد : (ينبغي أن يتباعد قدرًا لو حسب مثله في العمق وسائر الجوانب كان قلتين) كلام موهم ، وإنما هو جانبُ العرض فحسب ؛ إذ المعتبر في ذلك الطول والعرض والعمق فحسب من صوب المغترف ، وذلك مصرح به في « البسيط » و « النهاية » وغيرهما ، وليس لك أن تجعل ذلك مصيرًا منه إلى وجه ليس في هذه الطريقة ، وذكره صاحب « التتمة » ، وهو أنه لاتعتبر القلتان من صوب المغترف فحسب ، بل من جميع جوانب النجاسة ، فإن هذا الكلام إنما هو في جوانب الماء وأبعاده لا في جوانب النجاسة ، وبيان كيفية التباعد واعتبار الأبعاد الثلاثة فيه مما سبق يكشف إشكاله الإمام القفال ، قرأت ذلك بخط تلميذه أبي محمد الجويني عنه ، وذكر أنه سأل عن تحقيق ذلك جماعة منهم الشيخ أبو بكر الأودني والشيخ أبو عبد الله الخضري وجارا فيه أبا يعقوب الأبنوردي فما استقرت آراؤهم فيه على شيء » . المشكل (١/١٦ب) .

وراجع : فتح العزيز : (١/٢١٤ - ٢١٨) ، والروضة : (١/٢٣ ، ٢٤) ، والحاوي : (١/٣٣٦ ، ٣٣٧) .

(1) قوله : (فإن أوجبنا التباعد ، فكان في بحر فتباعد قدر شبر ليحسب العمق لم يجز ، بل يجب التباعد قدرًا لوحسب مثله في العمق وسائر الجوانب كان قلتين) .

هذا الذي ذكره متفق عليه صرح به شيخه وسائر الخراسانيين ، ولم يتعرض له أكثر العراقيين ولا نَفَوْه ، ولابد منه ؛ لأن المقصود على هذا القول أن تكون العلتان حائلتين بينه وبين النجاسة ، والعمق الزائد لا يصلح لذلك ، قالوا : وكذا لو كان الماء منبسطًا على الأرض في عمق شبر فليتباعد قدرًا لوحسب مثله في العمق الموجود لبلغ قلتين ، والعُمق بضم العين المهملة وفتحها لغتان .

الثاني : قلتان نجستان جمعتا عادتا طاهرتين . فإذا (١) فُرِّقَتا بَقِيَتا على الطهارة (1) ، ولم يضر التفريق .

الثالث : كوزٌ فيه ماء نجس غُمِسَ في ماء كثير ، فإن كان الكوز واسع الرأس طَهُرَ بالاتصال بالكثير ، إن مَكَث ساعة .

وهل يطهر على الفور ؟ فيه خلاف . وإن كان الكوز ضَيِّق الرأس فالأشهر أنه لايطهر (2) ؛ لأنه لايتعدى إليه قوتُهُ ، ولايصير كالجزء منه .

---

(١) في (أ ، ب) : « فإن » .

---

(1) قوله : (قلتان نجستان جمعتا عادتا طاهرتين ؛ لكمال الحد ، فإن فرقتا بقيتا على الطهارة) . هذان الحكمان متفق عليهما عندنا ، وخالفنا أصحاب أحمد فقالوا : لاتطهران .

وقوله : (طاهرتين) ، لو قال : مطهِّرتين ، لكان أحسن فإنهما مطهرتان ، ويلزم من التطهير الطهارة ، ولا عكس .

وقوله : (لكمال الحد) ، يعني بلوغ الحد الذي لاينجس الماءُ إذا بلغه ؛ لحديث القلتين .

(2) قوله : (كوز فيه ماء نجس غمس في ماء كثير ، فإن كان واسع الرأس : طهر بالاتصال بالكثير إن مكث ساعة ، وهل يطهر على الفور ؟ فيه خلاف . وإن كان ضيق الرأس فالأشهر : أنه لايطهر) .

الشرح : لم يوضح المصنف المسألة ، ومختصر ما قاله الأصحاب فيها : أنه إذا كان كوز ممتلئ ماءً نجسًا فغمس في ماء كثير طهور ، فإن كان واسع الرأس فأصح الوجهين عود الماء الذي في الكوز طهورًا ، وإن كان ضيقه فأصح الوجهين أنه لايطهر ، وإذا طهر في الصورتين فهل يطهر على الفور أم لابد من زمان يزول فيه التغير لو قدر متغيرًا ؟ فيه وجهان ؛ أصحهما الثاني . ويكون الزمان في الضيق أكثر منه في الواسع . فإن كان ماء الكوز متغيرًا فلابد من زوال تغيره ، ولو كان غير ممتلئ فما دام يدخل فيه الماء / فلا اتصال وهو ٢٦/أ على نجاسته إلا أن يدخل فيه أكثر من الذي فيه ، ففي طهارته حينئذٍ الوجهان المشهوران في الماء الطهور إذا ورد على ماء نجس وكان الوارد أكثر ولم يبلغا قلتين ، والأصح عدم الطهارة . والثاني : يكون طاهرًا غير طهور .

قال القاضي حسين والمتولي : لو كان ماء الكوز طاهرًا فغمسه في نجس دون قلتين بقدر ماء الكوز ، ففي الحكم بطهارة النجس الوجهان لعلته ، والله أعلم .

وقوله : (مكث) بضم الكاف وفتحها لغتان قُرِئَ بهما في السبع .

الرابع : إذا وقعت نجاسة جامدة في الماء الكثير وتَرَوَّحَ بها ، ففيه وجهان (1) :

أحدهما : [أنه] (١) لاينجس ؛ لأنه تغير بالمجاورة .

والثاني : ينجس ؛ لأنه تَغَيَّر بعد الوقوع فيه ، والتَّغَيُّر به يُعَدُّ مُسْتَقْذرًا .

الخامس (٢) : إذا وقع في البئر نجاسة وغَيَّرَتْه ، فالطريق أن يُزال تَغَيُّره بالمكاثرة بالماء ، أو بالصبر حتى يزول بطول المكث (2) .

فإن وقعت فيها فأرةٌ وانْمَعَطَت (٣) شعورُها (٤) ، فكل دَلْوٍ يَستقيه لا ينفك عن شعرٍ (٥) في غالب الأمر ، فالطريق أن يُسْتَقَى الماء بدِلَاءٍ (٦) على الوِلاء إلى أن تُنْزَفَ مثلُ جَمَّة البئر مرة أو مرات ؛ استطهارًا (٧) .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « الخامسة » ، وهو خطأ ؛ لأنه صفة للفرع .

(٣) في (أ) ، : « وتمعطت » .

(٤) في الأصل ، (ب) : « شعرها » ، وما أثبتناه من (أ) ؛ لتناسب تأنيث الفعل .

(٥) في (أ) : « شعرة » .

(٦) في (أ) ، : « بالدلاء » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله في البئر التي تقع فيه فأرة : (وينمعط شعرها فالطريق أن يُشتقى من الماء بدلاء على الولاء إلى أن ينزف مثل جمة البئر مرة أو مرتين أو مرات استطهارًا) .

جَمَّة البئر : بفتح الجيم وتشديد الميم ، ما اجتمع فيها من الماء . =

---

(1) قوله : (إذا وقعت النجاسة جامدة في ماء كثير وتروح بها ، ففي نجاسته وجهان) هذان الوجهان مشهوران ، الصحيح منهما : النجاسة ، وبه قطع الأكثرون ، والقائل بالطهارة الشيخ أبو محمد .

والصورة : إذا لم ينحل من النجاسة شيء ، فإن انحل وتغير به فنجس قطعًا .

(2) قوله : (إذا وقع في البئر نجاسة وغيرته فالطريق : أن يزال تغيره بالمكاثرة أو بالصبر حتى تزول بطول المكث) .

الشرح : هذا كما قاله ، وقوله : (فالطريق) يعني إلى مصيره طهورًا ، وله طريق آخر وهو أن يؤخذ بعضه بشرط أن يبقى قلتان .

وقد يقال : هذه المسألة سبقت ، فلا فائدة في إعادتها . وجوابه : إن قصد الاحتراز من مذهب أبي حنيفة ، فإنه يشترط هنا نزح دلاء مخصوصة وأشياء أخر لا أصل لها .

فما يتجدد بعد ذلك من الماء طاهر [1] ؛ لأنه مستيقن الطهارة ، وكون الشعر فيه

= والوِلاء بكسر الواو والمد : التوالي والتواصل . وفسره صاحب « النهاية » : بأن تتابع الدلاء بحيث لاتسكن جمة البئر عن تحركها بالدلو الأُولى حتى تلحقها الثانية ، ثم هكذا فهكذا حتى ينزح مثل جمة البئر .

قال : والاستطهار عندي أن ينزح مثل البئر مرارًا ، فإذًا قوله في « الوسيط » مرة بيان للمشروط ، وقوله : (أو مرات استطهارًا) بيان للمستحب ، وقوله : (استطهارًا) يتعلق بالمرتين والمرات ، وصرح في البسيط بما فسرناه ، وقد اقتصر في بعض النسخ على ذكر مرة ، وفي بعضها مرة أو مرتين دون مرات ، وفي بعضها جميعهن .

وهذا الماء عند كثرته وعدم تغيره طاهر يمتنع استعماله ، فلو استقى منه في دلو ونظر فلم يجد فيه شيئًا من النجس جاز له استعماله .

ثم إن الظاهر أنا إذا قلنا بطهارة الشعر فلا منع ، ولكن ذُكِرَ عنه فيما عُلِّق عنه في تدريسه للوسيط طَرْدُه ذلك ، وإن قلنا بطهارة الشعر وعلل بأن الشعر يتمعط ملتصقًا به شيء من جلد الفارة ولحمها وذلك نجس لا محالة . وقال في الدرس : وأما جدران البئر وأطرافها فإنها تتنجس بما في الدلاء حالة النزح ، فلتغسل ، ثم إن قلنا : الغُسَالة طاهرة ، فلا بأس ، وإن قلنا : نجسة ، فلتنزح تلك الغسالة ، وإن شاءَ شَاءٍ نَحَتَ جدران البئر وأخرج ذلك التراب ، والله أعلم » المشكل : (١/١٦ب - ١٧أ) .

قال الحموي : « ذكر الشيخ أن في الشعور خلافًا ، وكان ينبغي أن نفصِّل ما أطلقه ، فنقول : إن قلنا إنها طاهرة فلا كلام ، وإن كانت نجسة فينبني عليه ما ذكره . وكان ينبغي - أيضًا - أن نذكر ذلك في كل نجاسة متفق عليها ، كما لايخفى ، على ما ذكره بعضهم لمن يطالع الكتب .

ومراده بذلك [يقصد قول الغزالي : إذا وقع في البئر فأرة وانمعط شعرها ، فكل دَلْو تستقيه لاينفك عن شعر في غالب الأمر] إذا كان كل شعره غالبًا لاينفك عن شيء من حَرَمِ الفأرة ، فعلى هذا يكون ذلك متفق عليه ، وبه خرج الجواب أيضًا ، فإنه لما كان عنده المختار النجاسة من شعور غير الآدميين ، فَرَّعَ عليه » . مشكلات الوسيط (١/١٩ب - ٢٠أ) .

---

(1) قوله : (فإن وقع فأرة وتمعط شعرها ، فكل دَلْو لاينفك عن شعرة غالبًا ، فطريقه أن يستقي الماء بدلاء على الولاء إلى أن ينزف مثل جَمة البئر مرة أو مرتين أو مرات استطهارًا ، فما يتجدد من الماء بعد ذلك طاهر) .

الشرح : الفأرة مهموزة بلا خلاف عند أهل اللغة ، ويجوز تخفيفها بترك الهمز لنظائره .

وقوله : (على الوِلاء) هو بكسر الواو وبالمد .

وقوله : (ينزف) بالزاي والفاء ، أي يخرج .

وقوله : (جمة البئر) هو بفتح الجيم وتشديد الميم ، وهي هنا عبارة عن الماء المجتمع . =

مشكوكًا [1] [فيه] [2] ، بل الغالب عدمه ؛ لأن استيفاء جميع الماء على الوِلاء يستوعب جميع [3] الشعر في غالب الأمر .

* * *

---

(١) الأصل ، (أ) : « مشكوك » ، والمثبت من (ب) وهو الصواب .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) « جميع » : ليست في (ب) .

= وقوله : (مرة أو مرتين أو مرات) هكذا هو في بعض النسخ ، وفي بعضها مرة أو مرتين ، وفي بعضها مرة فقط .

وفسر إمام الحرمين الاستقاء على الولاء بأن تتابع الدلاء بحيث لا / تسكن جمة البئر عن تحركها بالدلو الأولى حتى تلحقها الثانية ، ثم هكذا في كل دلو حتى ينزح مثل الجمة . ٢٦/ب

قال : والاستظهار عندي أن ينزح مثل ماء البئر مرارًا ، وقول المصنف هنا : (مرة) بيان للمشروط .

وقوله : (أو مرتين ، أو مرات استظهارًا) بيان للمستحب والأحوط ، وهكذا صرح هو به في « البسيط » .

واعلم أن هذا الماء عند كثرته وعدم تغيره طاهر بلا خلاف ، وإنما الكلام في طريق استعمال ما يأخذه منه بدلو ونحوها ، فلو أخذ قبل النزح دلوًا ونظر فيها فلم يجد شيئًا فطاهر قطعاً ، ولو لم ينظر وغلب على ظنه أنه لاينفك عن شيء من الشعر ففي طهارته القولان في تقابل الأصل والطاهر ، هكذا نقله الرافعي ، وهو ظاهر حسن ، وهذا كله تفريع على المذهب وهو نجاسة شعر الميتة ، فإن لم تنجسه فالماء طاهر قطعًا ، صرح به الرافعي وغيره .

ونُقِلَ عن الغزالي في تدريسه « الوسيط » أنه أجرى هذا الحكم مع القول بطهارة الشعر ، وعلله بأن الشعر يتمعط ملتصقًا به شيءٌ من جلد الفأرة ولحمها وذلك نجس ، وهذا النقل إن صح عنه متروك ؛ لأن هذا توهم منجس ، والأصل عدمه ، والله أعلم .

الفصل الثالث

في الماء الجاري

وطبيعة الماء الجاري التفاصُل في الجريات [١] ، بخلاف الراكد ؛ فإن طبيعته [٢] التواصلُ والتَّرادّ .

فإذا وقعت نجاسة ، فإن كانت جامدة تجري بجري الماء : فما فوقها طاهر ؛ إذ لم يتصل بالنجاسة ، فإن الجريات متفاصلة وما تحتها طاهر ؛ إذ [٣] النجاسة لم تتصل بها ، وما [٤] على يمينها وشمالها وفي سَمْتها إلى العمق طريقان :

منهم من قطع بالطهارة لتفاصل جميع أجزاء الجاري ، ومنهم من خَرَّج على قولَيْ التباعد ؛ لأن التفاصل في جهة تلاحق الجريات في طول النهر لا في العرض [٥] .

فإن كانت النجاسة واقفة فالحكم ما سبق إلا ما أمام النجاسة ؛ فإن الماء يجري

---

(١) في (أ ، ب) : « الجريان » . وقال ابن الصلاح : « الجريان : جمع جِرْية ، بكسر الجيم ، وهي هاهنا اسم لقطعة جارية من الماء » . (المشكل : ١/١٧أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « طبعه » .

(٣) كذا في (أ ، ب) ، وفي الأصل : « إذا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وبما » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (وما على يمينها وشمالها وسمتها إلى العمق فيه طريقان : منهم من قطع بالطهارة ، ومنهم من خرج على قولي التباعد) هذا ليس على إطلاقه ، وشرحه : أن حريم النجاسة – وهو يلامس النجاسة وينعطف عليها ويتغير شكل جريانه بها – نجس قطعًا على المذهب ، وما زاد على ذلك مما على يمينها وشمالها إلى حافتي النهر وما في سمتها إلى العمق فذلك الذي فيه الطريقان ، منهم من قطع بطهارته ؛ لأنه متفاصل عنها كتفاصل ما فوقها وما أمامها ، ومنهم من جعل جميع ذلك ماءً واحدًا كالراكد ، فإن كان دون القلتين فهو نجس ، وإن كان أكثر من قلتين خرج على قولي التباعد ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧أ – ١٧ب) . وراجع : المجموع : (١/١٤٣ وما بعدها) ، والروضة : (١/٢٦) . وفتح العزيز بهامش المجموع : (١/٢٢٥ ، ٢٢٦) .

عليها ، وينفصل عنها [١] فهو نجس فيما دون القُلَّتين ، فإذا انتهى إلى حد القلتين فوجهان .

قال صاحب التلخيص : هو طاهر ؛ لأن بين المغترف وبين النجاسة قلتين [٢] .

وقال ابن سريج : هو نجس ، فإن [٣] امتد الجدول فراسخ إلى أن يجتمع في حوض [٤] قَدْر قلتين وهو الصحيح [1] ؛ لأن جريات الماء متفاصلة فلا تحصل الكثرة إلا..........

(١) في (أ) ، (ب) : « منها » .

(٢) في (الأصل ، أ ، ب) : « قلتان » وهو خطأ .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وإن » . (٤) في (أ) : « موضع » .

(1) قوله - رحمه اللّه - في الماء الجاري : (إذا وقعت فيه نجاسة جامدة تجري بجري الماء فما فوقها طاهر ؛ إذ لم يتصل بالنجاسة ، فإن الجريات متفاصلة ، وما تحتها طاهر ، وما عن يمينها وشمالها وفي سمتها إلى العمق فيه طريقان : منهم من قطع بالطهارة ، وقيل على قولي التباعد . فإن كانت واقفة فالحكم ما سبق إلا ما أمام النجاسة فنجس فيما دون قلتين ، فإذا انتهى إليهما فوجهان . قال صاحب « التلخيص » : طاهر ؛ لأن بين المغترف والنجاسة قلتين . وقال ابن سريج : نجس وإن امتد الجدول فراسخ إلى أن يجتمع في موضع قلتان ، وهو الصحيح) .

الشرح : قوله : (ما فوقها وتحتها طاهر) ، هذا متفق عليه .

وقوله : (ما عن يمينها وشمالها وسمتها ، فيه طريقان) ليس هو على إطلاقه ، بل إن كان دون قلتين فنجس ، وإن كان قلتين فطاهر على المذهب ، وقيل : على قولي التباعد ، وهذا كله إذا لم تغيره النجاسة ، فإن غيرته فالمتغير نجس ، وهو مع الباقي كنجاسة جامدة .

٢٦/ب وقوله : (فإن كانت / واقفة) إلى آخره صحيح وكذا قاله الأصحاب ، وصححوا قول ابن سريج كما صححه المصنف . وعلى هذا يقال : ماءٌ هو أَلْفُ قُلَّةٍ مثلًا لاتغير فيه وهو نجس ، وهذه صورته على قول ابن سريج ، وهو الصحيح .

وقوله : (تجري بجري الماء) لو حذف الباء وقال : (تجري جري الماء) لكان أصوب ، وهكذا صورها المحققون ، والحكم يختلف بذلك .

وقوله : (الجريات) هو جمع جرية بكسر الجيم ، وهي اسم لقطعة من الماء وهي الدفعة التي بين حافتي النهر ، ويجوز في الجريات ثلاث لغات كسر الجيم والراء ، وكسر الجيم مع إسكان الراء وفتحها .

وقوله : (سَمتها) هو بفتح السين .

وقوله : (لأن بين المغترف) هو بكسر الراء وفتحها ، و (الجدول) النهر الصغير وهو بفتح الجيم ، =

بالركود [١] .

أما إن [٢] كانت النجاسة مائعة ، فإن غيرت [٣] الماء فالقدر المتغير كنجاسة جامدة ، وإن انمحقت [٤] لم ينجس [الماء] [٥] ، وإن كان قليلًا ؛ لأن الأولين ما زالوا يتوضئون ويستنجون [٦] ....

(١) راجع : فتح العزيز بهامش المجموع : (٢٢٦/١ - ٢٢٧) ، والروضة : (٢٦/١ - ٢٧ ، والمجموع : (١/ ١٤٤، ١٤٥) ، والحاوي (٣٤٠/١ - ٣٤١) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٣) في الأصل : « غُيِّر » ، وما أثبتناه من (أ) ، (ب) .

(٤) في الأصل : « انمحق » .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) في (أ) ، : « ويستحمون » .

= و (الفرسخ) ثلاثة أميال .

وصاحب « التلخيص » هو أبو العباس بن القاصِّ ، تكرر ذكره في « الوسيط » و « المهذب » وغيرهما ، لكن في « الوسيط » : يقول صاحب « التلخيص » ، وفي « المهذب » : يقول أبو العباس بن القاصِّ ، وهو بتشديد الصاد المهملة ، وهو : أبو العباس أحمد بن أبي أحمد القاصّ الطبري الإمام البارع ، له المصنفات النفيسة ، منها : « التلخيص » ، و « المفتاح » ، وكتاب « القبلة » ، و « أدب القاضي » ، و « المواقيت » .

فأما « التلخيص » فما رأيت لمتقدم ولا متأخر أحسن منه ، واعتنى الأئمة بشرحه فشرحه أبو عبد الله الخَتَنُ ، ثم القفال المروزي ، ثم أبو علي السنجي ، وتفقه ابن القاصِّ على ابن سريج ، وتفقه عليه أهل طبرستان ، توفي بَطْرسُوس سنة خمس وثلاثين وثلاثمائة ، رحمه الله .

وأما ابن سريج : فهو الإمام القاضي أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج البغدادي إمام الشافعية ، قال الشيخ أبو إسحق في « الطبقات » : كان ابن سريج من عظماء الشافعيين ، وأئمة المسلمين ، وكان يقال له : الباز الأشهب ، وَلِي القضاء بشيراز وكان يُفضل على جميع أصحاب الشافعي حتى على المزني ، قال : وسمعت شيخنا أبا الحسن الشيرجي يقول : فهرست كتب ابن سريج تشتمل على أربعمائة مصنف ، وقام بنصرة مذهب الشافعي ، ورد على المخالفين ، تفقه على أبي القاسم الأنماطي .

وأخذ عن ابن سريج فقهاء الإسلام في زمنه / ، وعنه انتشر فقه الشافعي في أكثر الآفاق ، تُوفِّي - رحمه الله - ببغداد سنة ست وثلاثمائة . ٢٧/أ

من الأنهار الصغيرة (1) . هذا (١) في الأنهار المعتدلة (٢) .

أما (٣) النهر العظيم الذي يمكن التباعد فيه عن جميع جوانب النجاسة بقدر قلتين

---

(١) في (أ ، ب) : « وهذا » .

(٢) قال ابن الصلاح : « الجدول : النهر الصغير . والله أعلم .

قطع في النجاسة المائعة ، الواقعة في الماء الجاري ، من غير تغيير ، بأنها لاتنجسه ، وإن كان قليلًا ؛ لأن الأولين كانوا يتوضئون من الأنهار الصغيرة أسفل من المستنجين منها ، واحتج به في الدرس على صحة اختياره لمذهب مالك في أن الماء مطلقًا لاينجس إلا بالتغير ، ادعى أنه نقض على مذهبنا وأنه بالمصير إلى مذهب مالك يُتَخلص من متناقضات وتخبيطات تلزمنا في مذهبنا .

ولما ارتقى - رحمه الله وإيانا - في ذلك مرتقًى لم يكن له ارتقاؤه ، لم يستقر قدمه عليه ، ولم يستقم نعله ولا دليله ، فالذي عليه جمهور أئمة المذهب ونقلته : التسوية بين الجاري والراكد في الفرق بين القليل والكثير ؛ عملًا بعموم الخبر .

ونقل صاحب « التلخيص » وغيره قولًا قديمًا أن الماء الجاري لاينجس إلا بالتغير ، ولكن من غير فَرْق بين النجاسة المائعة والجامدة ، واختاره بعض الأصحاب ، احتجاجًا بأن الماء الجاري وارد على النجاسة المائعة فلم ينجس كالماء المزال به النجاسة .

وما احتج به من أمر الأولين لايسلم له ، فإنه تخمين لا يعضده نقل يعتمد ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧ب) .
وراجع : الحاوي : (١/٣٤٠) ، وفتح العزيز : (١/٢٣٠ وما بعدها) .

(٣) في (أ ، ب) : « وأما » .

---

(1) قوله : (أما إذا كانت النجاسة مائعة ، فإن غيرت الماء فالمتغير كنجاسة جامدة ، وإن انمحقت لم ينجس وإن كان قليلًا ، إلا أن الأولين مازالوا يتوضئون ويستنجون من الأنهار الصغيرة) .

أما قوله : (إن غيرته فكنجاسة جامدة) ، فكذا قاله الأصحاب .

وأما قوله : (وإن امحقت لم ينجس الماء ، وإن كان قليلًا) فهو اختياره واختيار شيخه واختيار البغوي ، وهو خلاف نص الشافعي والأصحاب ، فإنهم أفتوا بالنجاسة ، ونقلوا قولًا قديمًا أن الجاري لاينجس إلا بالتغير من غير فرق بين نجاسة مائعة وجامدة ، والمشهور عندهم النجاسة ، ووضوؤهم مما تحته . واحتجوا للمذهب بحديث القلتين ، وأجاب عنه إمام الحرمين بأن مجموع هذا الماء في النهر يزيد على قلتين ، وهذا الذي قاله الإمام ومتابعته حسن ، لكن المشهور في المذهب النجاسة .

فصاعدًا (١) ، فالذي قطع به معظم الأئمة : أنه لا يُجْتَنَبُ فيه إلا حريم النجاسة ، وهو الذي (٢) تغير شكله بسبب النجاسة ، وهذا الحريم مجتنب في الماء الراكد أيضًا (٣) (1) .

فرع : الحوض إذا كان (٤ يجري الماء ٤) في وسطه ، وطرفاه راكدان : فللطرفين حكم الراكد ، وللمتحرك حكم الجاري ، فلو وقعت نجاسة في الجاري فلا ينجس الراكد إذا لم

---

(١) قال ابن الصلاح : « الفرق الذي ذكره هو وشيخه بين الأنهار المعتدلة والأنهار العظيمة بعيدٌ لم يذكره الأكثرون ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧ب) . وقد أجاب الحموي في كتابه « مشكلات الوسيط » على هذا ، راجعه في آخر تعليق على هذا الفصل . وانظر : الروضة : (١/٢٦ ، ٢٧) .

(٢) « الذي » : سقطت من (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وهذا الحريم مجتنب في الماء الراكد) غير صحيح على المذهب ، وقد بينت ذلك في فصل الراكد ، وإنما الحريم المذكور المجتنب مخصوص بالجاري ؛ لأنه متفاصل الأجزاء يتنجس حريم النجاسة منه ؛ لملاقاته إياها من غير أن تحصل فيه كثرة دافعة لتفاصله ، وأما الراكد فليس فيه إلا التباعد بقلتين على قول ، وجواز الاغتراف من أي موضعٍ شاء على القول الآخر الصحيح ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧ - ١٨أ) .

وراجع : الروضة : (١/٢٧) حيث قال النووي : « والمذهب : القطع بأنه لايجب اجتناب الحريم في الجاري ولافي الراكد » . وكذلك راجع : فتح العزيز : (١/٢٣١) .

(٤) في (ب) : « الماء يجري » .

---

(1) قوله : (هذا في الأنهار المعتدلة ، فأما النهر العظيم الذي يمكن التباعد فيه عن جميع الجوانب من النجاسة بقلتين ، فالذي قطع به معظم الأئمة : أنه لايجتنب فيه إلا حريم النجاسة ، وهو الذي تغير شكله بسبب النجاسة ، وهذا الحريم مجتنب في الراكد أيضًا) .

أما قوله : (لايجتنب فيه إلا حريم النجاسة) ، فمعناه : لايجيء فيه خلاف التباعد ، بل يجزم هنا بأنه لاتباعد ، هذا قول معظم أصحابنا . ومنهم من طرد خلاف التباعد هنا ، وهو مقتضى إطلاق الأكثرين ، فإنهم لم يفرقوا بين العظيم والمعتدل .

وأما قوله : (حريم النجاسة مجتنب هنا وفي الراكد) ، فمما أنكروا عليه ، أما ذكره (في الراكد) فقالوا هو غلط لايعرف لغيره ولا لشيخه ، ولا له هو في « البسيط » ، وقد سبق بيانه . وأما ذكره الحريم في الجاري فذكره هو أيضًا في « البسيط » وشيخه ، ولكنه أيضًا خلاف ما عليه الأصحاب . قال الرافعي : المذهب أنه لايجتنب حريم الراكد ولا الجاري ، والله أعلم .

نوجب التباعد وإن كان الجاري قليلًا . وإن وقعت في الراكد وهو أقل من القلتين فهو نجس [1] .

والجاري يُلاقي في جريانه ماءً نجسًا ، فإن كان يختلط به ما يُغيِّره لو خالفه [١] لونه فينجسه [٢] .

---

(١) في (ب) : « خالفه في » .

(٢) قال ابن الصلاح : « فرع : (الحوض الذي ينصب في وسطه ما يجري فيه ويمر ، وطرفاه راكدان) إذا وقعت نجاسة في الجاري منه فحكمه على ماسبق ، فينجس من الجاري حريمها ، ولاينجس الراكد على طريقة مَنْ لم يوجب التباعد منها ، بل قطع بطهارة ما وراء حريمها ؛ إذ الراكد مما وراء حريمها .

وقوله : (إذا لم نوجب التباعد وإن كان الجاري قليلًا) محمول على هذه الطريقة ، وهي الطريقة الأولى ، وينبغي على الطريقة الثانية الجاعلة ما على يمين النجاسة وشمالها إلى حافتي النهر وإلى العمق شيئًا واحدًا كماء راكد ، أن يعتبر الجرية التي فيها النجاسة مع ما يحاذيها من الراكدين إلى حافتي الحوض وإلى العمق ، فإن لم يبلغ الجميع قلتين ، فالجميع نجس ، وإن كان أكثر من قلتين فعلى الخلاف كما سبق .

وأما إذا وقعت النجاسة في الراكد وهو أقل من القلتين فهو نجس ، والماء الجاري يلاقي في جريانه ماءً نجسًا ، فهو كنجاسة واقفة يلاصقها الماء الجاري منحدرًا ، فقياس ما تمهد من القاعدة أن نحكم بنجاسة ما يماس الراكد ويلاقيه من الجاري وهو الحريم ، وما زاد على ذلك فهو على الطريقة الأولى طاهر ، وعلى الطريقة الثانية إن كان قليلًا فنجس ، وإن كان كثيرًا فعلى قولي التباعد .

وأما قول صاحب الكتاب : (فإن كان يختلط به ما يغيره لو خالف لونه فينجسه) فلا أراه يستقيم وهو منفلت عن رابطة القاعدة فإنه فرضه مختلطًا به ، فيجب أن يعتبر بنفسه ، ولايقدر بغيره ؛ لأن المانع من نجاسة الجاري تَفَاصُله وعدم اختلاطه ، فإذا كان مختلطًا به نجس إن كان دون القلتين كماء نجس وقع في ماء قليل ، وأيضًا فالماء النجس إذا وقع فيما لايتنجس إلا بالتغير كالماء الكثير فليس كالبول الموافق للماء في صفاته ، في أنه يعتبر بغيره ، ويقدر فيه أنه لو خالفه هل كان يغيره ؟ فتأمل ذلك ، واللّه أعلم » . المشكل (١٨/١أ - ١٨ب) .

وقد جمع الحموي في كتابه « مشكلات الوسيط » خمسة إشكالات وُجِّهت إلى الغزالي في سياق هذا الفصل ، فَسَردها ثم ناقشها ، على النحو التالي :

« ما ذكره الشيخ يرد عليه خمسة إشكالات :

أحدها : أنه فَرَّعَ على القول القديم ، واختاره وقسم الأنهار ثلاثة ، ثم شرع يتكلم على الأنهار الصغيرة ، ثم قال في الاستشهاد مازالوا يستنجون من الأنهار الصغيرة ، ولاشك أن هذا ضعيف ؛ لمخالفته =

---

(1) قوله : (فرع : الحوض إذا كان يجري الماء في وسطه) إلى آخره ، هو كما قاله .

....

= إطلاق الحديث ، ولكون فتوى الفقهاء بخلافه ، فإن ذلك يختص بالقليل .

الثاني : أنه لو قال : كانوا يستنجون من الأنهار الصغيرة ، كونهم يستنجون منها لا يدل على أنهم كانوا يستنجون فيها ، وذلك لا يقتضي المنع حتى يُعْفَى عنه .

الثالث : أنه خَلَطَ القديمَ بالجديد ، فتارة يُفَرِّعُ على القديم ، وتارة يُفَرِّعُ على الجديد في شيء واحد . فيقول : (لا يخلو إما أن تكون النجاسة جامدة أو مائعة ، فإن كانت مائعة على القول القديم) ومعلوم أنه لا فرق بين المائعة والجامدة على القول القديم ، ثم إنه ذكر في النهر العظيم مثل المعتدل ، فإذا لم يحصل له تحديد قول على القول القديم ولا الجديد لمن يتأمل كلامه .

الرابع : أنه اختار للماء الراكد حريمًا وليس له حريم ، بخلاف الجاري ، وهو القدر الذي يصادفها من يمينها وشمالها في الجريان ، بخلاف الراكد فإنه لايظهر منه شيء من ذلك أيضًا ، فإنه ذكر في البسيط خلاف ما ذكره في « الوسيط » فقال : (الحريم أصلًا لا يختلف في الماء الراكد . وفي الماء الجاري وجهان ، والأصح : أن له حريمًا يختلف بخلاف الراكد الذي لاحركة له حتى ينفصل البعض عن البعض) وهذا بخلاف ما ذكره في « الوسيط » .

الخامس : أنه ذكر في آخر المسألة (فإن كان يختلط به ما يغيره لو خالفه لونه فينجسه) وإذا كان ذلك كذلك فلا حاجة إلى ذكر هذا ، فإنه قد ذكر قبلها مسألة أخرى تقوم مقامها ، وهو إذا صُبَّ مقدار من ماء وردٍ وغيره ، فذلك يسد مَسَدَّه ، وذلك قبلها مسألة أخرى ، فقال : (ولو وقعت نجاسة مائعة في قلتين فالكل طاهر) وإذا كان كذلك فلابد من التقدير فيها كما في المائع ، فيكون على هذا قد ذكر التقدير في المسألة الأولى وترك الثانية ، ومعلوم أنه لا فرق بينهما .

قال المصنف : أمكن أن يجاب عن الأول ، فيقال : مراد الشيخ بالأنهار الصغيرة إذا كانت قدر قلتين ، والمحقق فيها النجاسة المائعة فهو طهور ؛ لاندراس أثر النجاسة المائعة . وأما الأنهار المعتدلة : فيمكن التباعد فيها عن بعض الجوانب إن كانت جامدة ، وأما الأنهار الكبيرة فيمكن التباعد فيها عن جميع الجوانب ، ويحكم بطهارة المنحدر عنها في هذا النهر ، ومراده بتغير الشكل : انحراف مصادمة النجاسة دون تغير اللون والطعم والرائحة .

وأيضًا : يمكن أن يكون قد اختار القول القديم لكونه تَرَجَّحَ عنده ، هذا إذا كان المراد بالأنهار الصغيرة ما دون القلتين ، وعليه يحمل ذلك أكثرُ الفقهاء في زماننا . والصحيح عندي : أن تُحْمل الأنهار الصغيرة على القلتين ، فعلى هذا إذا وقع فيها نجاسة مائعة واستهلكت لم تضر على الجديد والقديم ، وبه خرج الجواب .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر ، ومرادهم بذلك أنهم كانوا يستنجون في الأنهار منها ، فحذف الجار والمجرور للعلم به . وأيضًا : فإن حروف الجر تقوم بعضها مقام بعض بطريق المجاز ، فتكون منها بمعنى =

....

* * *

= فيها ، وهو جائز في لغة العرب . ويحتمل أن يكون المراد بقوله : (يستنجون منها) إذا وقع فيها نجاسة فحذف ذلك للعلم به ؛ لأن عدم الاستنجاء بالماء وعدم وقوع النجاسة لايمنع من استعماله إجماعًا .

والجواب عن الإشكال الثالث ، فأقول : إنما وقع على ذلك الوجه من حيث إنه ذكرهما في أول الفصل على الإطلاق من غير تفصيل ، والذي أداه إلى هذا كثرة الاختصار ، وبه خرج الجواب على حسب الإمكان .

والجواب عن الإشكال الرابع فظاهر ، فإنه يمكن أن جعله للماء الراكد حريمًا ، وذلك متصور فيه بقوة ريح عاصف ، أو بإلقاء خشب في الماء حتى يوجد به تحريك يحصل له به حريم ، ويحول ذلك القدر الذي حصل به التحريك ، وهو القدر الذي تغير شكله بذلك . وأما ما ذكره في « البسيط » محمول على أنه اختار ذلك في وقت ، وما ذكره في « الوسيط » محمول على اختياره في وقت آخر ، ويمكن أن يقال : الماء الراكد ليس له حريم إذا لم يحصل بتحريك ، وما ذكره في « الوسيط » محمول على ما إذا وقع ذلك بهبوب الريح ، وبه خرج الجواب .

وأما الجواب عن الإشكال الخامس فأقول : إنما أهل ذلك في المسألة الثانية ؛ لأنها فرع المسألة الأولى فكانت مبنية عليها ، ولا يلزم إعادة ما ذكره ؛ فإن الكلام يطول به .

وأما المسألة الأخيرة – وإنما ذكرها كذلك لئلا يعتقد أن الماء الراكد إذا اتصل بالجاري كان له حكم آخر ، فلما قال : (فإن كان يختلط به ما يغيره لو خالف لونه فينجسه) علمنا بذلك له حكم ، لا فرق بين الراكد وبين ما إذا كان بعضه جاريًا وبعضه راكدًا ، وكان ذلك قطعًا للاحتمال .

قال المصنف : هذه الإشكالات ضعيفة غير الثالث والرابع ، وإنما ذكرناها لكون بعض الفقهاء يستشكلها ولهذا الترتيب الجواب عنها » . مشكلات الوسيط (١/ ٢٠ب – ٢٣أ) .

الفصل الرابع

في كيفية إزالة النجاسة وحكم الغُسالة

والنجاسة لاتخلو إن كانت حكميَّةً : فيكفي إجراء الماء على جميع موارد النجاسة ، وإن كانت عينية : فلابد من إزالة عينها [١] ، فإن بقي طعم النجاسة لم يطهر ؛ فإنه [٢] يدل على [٣] بقاء العين [٣] ، وإن بقي اللون بعد الحتِّ والقرض [٤] فهو مَعْفُوٌّ عنه [٥] ؛ لتعذر إزالته [٦] ، بخلاف إزالة الطعم ، وإن بقيت [٧] ....

---

(١) قال ابن الصلاح : « قَسَّمَ النجاسة إلى : حكمية ، وعينية . أما الحكمية : فهي التي لا يُشَاهد لها عينٌ ولا يُحَسُّ لها طعمٌ ولا لونٌ ولا رائحةٌ . والعينية نقيض ذلك .

وهذا أجود وأليق بكلام صاحب الكتاب من قول صاحب « النهاية » : العينية التى تُشَاهد عينُها ، والحكمية التي لا تشاهد عينها ، والله أعلم » . المشكل (١٨/١ب) ، وانظر : فتح العزيز : (٢٣٥/١ - ٢٣٧) ، والروضة : (٢٧/١) .

(٢) في (أ ، ب) : « لأنه » .

(٣) في (أ ، ب) : « بقائها » .

قال الحموي : « فرض الشيخ في أول كلامه إزالة العين ، ثم قال : (وإن بقي طعم النجاسة لم يطهر) ، ثم ذكر أن بقاء الطعم يدل على بقاء العين ، وإذا كان كذلك فهو مناقض لما ذكره أولًا ، كما لايخفى .

ومراد الشيخ أولًا من إزالة عينها : كون النجاسة غير مشاهدة في ظنه ، فإذا تبين بقاء الطعم دل على بقاء شيء من جِرْمِ النجاسة ، وأنه [أي : الزوال] لم يحصل أولًا قطعًا ، إذ لو حصل أولًا قطعًا لما بقي طعم النجاسة في أثناء الحال » . مشكلات الوسيط (٢٣/١ب) .

(٤) في (أ) : « والقرض » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن بقي اللون بعد الحتِّ والقرض فمعفو عنه) فالحت هو الحك ، والقرض هو تقطيعه وقلعه بالظفر ، ثم إن ظاهر كلامه يشعر بأن ذلك شرط ، وقد قاله غيره ، وهو الصحيح ، والله أعلم .

ثم إن المحل بطهارته ، أو يبقى نجسًا ويعفى عنه كدم البراغيث ، فيه وجهان ، ذكرهما صاحب « التتمة » وغيره ، والله أعلم » . المشكل (١٨/١ب) . وانظر : فتح العزيز : (٢٣٧/١ - ٢٣٩) ، والروضة : (٢٨/١) .

وراجع : اختلاف الحديث بهامش الأم : (١١٢/٧ ، ١١٣) .

(٦) في (أ) : « الاحتراز » ، بدل : « إزالته » .

(٧) في (أ) : « بقي » .

الرائحة فوجهان (١) ؛ أصحهما : أنه كاللون ؛ لأنها تعبق بالثوب (1) إذا كانت فائحة ، ويعسر إزالتها .

٢/ب ثم يُستحب الاستظهار (٢) في العينية والحكمية بعد حصول الطهارة بغسلة ثانية وثالثة / .

وهل تقف الطهارة على عصر الثوب ؟ فيه وجهان يُبتنيان (٣) على أن الغُسَالة طاهرة أو نجسة ؟ (٤)

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن بقيت الرائحة فوجهان) وإنما هما : فقولان معروفان ، والله أعلم » . المشكل (١٨/١ب - ١٩أ) .

قال الرافعي : « وإن بقيت الرائحة وحدها ، وهي عسرة الإزالة كرائحة الخمر ، فهل يطهر المحل ؟ فيه قولان ، وقيل : وجهان ، والأول أصح » . فتح العزيز : (٢٤٠/١) ، وراجع : الروضة : (٢٨/١) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (ويستحب الاستظهار بغسلة ثانية وثالثة) . فالاستظهار بالظاء المعجمة ، ومعناه : طلب الاستعانة . وقد أبعد من قال : تجوز قراءته بالطاء المهملة ، ومعناه : طلب الطهارة ، والله أعلم » . المشكل (١٩/١أ) .

(٣) في (ب) : « مبنيان » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في الوجهين في وجوب عصر الثوب : (يبتنيان على أن الغسالة طاهرة أو =

٢٨/أ (1) قوله : (النجاسة حكمية وعينية / ، فالحكمية يكفي إجراء الماء على جميع مواردها ، والعينية لابد من إزالة عينها ، فإن بقي طعم النجاسة لم يطهر ، وإن بقي اللون بعد الحت والقرص عُفي عنه ، وإن بقيت الرائحة فوجهان ؛ أصحهما : أنهما كاللون ؛ لأنها تعبق بالثوب) .

الشرح : الحكمية التي لا يحس لها طعم ولا لون ولا رائحة ، والعينية نقيضها ، وكل ما ذكره كما ذكره إلا قوله : فوجهان ؛ وصوابه : قولان .

وقوله : (عفي عنه) يحتمل أنه أراد أنه نجس ويعفى عنه ، ويحتمل أنه أراد طاهر قد عفي عن الحكم بنجاسته ، وهذان الاحتمالان وجهان حكاهما المتولي وغيره ، الصحيح منهما - وبه قطع الجمهور - : تَطَهُّر حقيقة .

وقوله : (إذا بقي اللون وحده عفي عنه) ، هذا هو الصحيح وفيه وجه شاذ ، ولو بقي اللون والرائحة معًا لم يطهر على الصحيح من الوجهين .

والحت : هو الحك ، والقرص : هو تقطيع النجاسة وقلعها بالظفر .

وقوله : (يَعبق) بفتح الياء أي يلزمه ولا ينفك .

فإن قلنا : يجب العصر ، ففي الاكتفاء بالجفاف وجهان [1] ؛ ووجه المنع : أنا نقدِّر انتقال النجاسة بالعصر ، ولا يزول بالجفاف إلا ببلل الماء .

= نجسة ؟) فيه إشكال من جهة أن طهارة الغسالة مقطوع بها ما دامت مترددة على المحل متغيرة ، وإنما الخلاف بعد انفصالها . وفي « نهاية المطلب » : هذا البناء يحكى عن الشيخ أبي علي السنجي ، مُوَجِّهًا بأنا إذا حكمنا بنجاسة الغسالة بعد الانفصال فهي نجسة ما دامت على المحل ، فإن عصرت فالبلل الباقي بعد العصر المعتاد طاهر .

قلت : وهذا بعيد يأباه النقل والدليل ، فإن الغسالة قبل انفصالها طاهرة وفاقًا ، مقطوع بذلك في طريقتي العراق وخراسان ، وفي « الحاوي » نقل الوفاق فيه ، وفي التهذيب وغيره القطع به .

وقد وجدته منصوصًا عليه للشافعي في كتابه « كتاب اختلاف الحديث » ، قال فيه : إذا ورد الماء على النجاسة لم ينجس ؛ لأنا لو قلنا : ينجس ، لم يطهر الثوب .

ثم إنه يمكن أن يوجه هذا البناء بأن المقصود من الغسيل إصدار النجاسة عن المحل ، وإنما يحصل ذلك بالعصر ، فوجب . ثم لا يتوجه ذلك على الحكم بطهارة الغسالة ، فإنه لو أعادها إلى المحل بعد انفصالها لم تمتنع ، فيتعين ابتناؤه على الحكم بنجاستها ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩أ) . وراجع : الحاوي : (١/٣٠٢) ، واختلاف الحديث بهامش الأم : (٧/١١٣ وما بعدها) .

---

(1) قوله : (ويستحب الاستظهار في العينية والحكمية بعد حصول الطهارة بغسلة ثانية وثالثة . وهل تقف الطهارة على عصر الثوب ؟ فيه وجهان ينبنيان على أن الغسالة طاهرة أم نجسة ؟ فإن أوجبنا العصر ففي الاكتفاء بالجفاف وجهان) .

الشرح : هذا كله كما قاله ، والأصح : أن العصر لايجب ، وأنه إذا وجب كفى الجفاف .

وقوله : (الاستظهار) هو بالظاء المعجمة ، أي الاستعانة والاحتياط .

قال الرافعي : ويجوز أن تقرأ بالطاء المهملة ، أي طلب الطهر الكامل ، وهذا الذي قاله ضعيف غريب ، والصواب المشهور بالمعجمة .

وقوله : (ينبنيان) هو بنونين بينهما باء موحدة ، وليس فيه تاء مثناة فوق ، هذا صوابه ، ويتكرر في « الوسيط » كثيرًا ، ويقع في أكثر النسخ (يبتنيان) بحذف النون الأولى وبتاء مثناة فوق ، وليس بشيء .

وهذا البناء الذي ذكره صحيح ، وقد نقله الإمام في « النهاية » عن الشيخ أبي على السنجي ، وأنكره غيره من حيث إن الماء ما دام مترددًا على الثوب فهو طاهر قطعًا ، وإلا لم يَطْهر أبدًا .

وقد نص على هذا الشافعي والماوردي والبغوي وآخرون ، ولكن هذا الإنكار ضعيف والبناء صحيح . =

هذا إذا أُورِدَ (١) الماءُ على النجاسة ، فإن أورِد الثوبُ النجسُ على ماء قليل نَجُسَ الماءُ ولم يطهر الثوب .

وقال ابن سريج : يطهر ؛ لأن الملاقاة لا تختلف بأن يكون الثوب مُورَدًا للماء ، أو واردًا عليه . وزاد عليه فقال : لو كان في إجَّانَةٍ (٢) ماءٌ نجسٌ فكُوثِرَ بصبِّ ماءٍ قليلٍ عليه صار الكلُّ طاهرًا ، بناءً على أن غسالة النجاسة طاهرة ، ثم قضى بأن الثوب لو وقع في ماء قليل بتحريك الريح نجس الماءُ . فَظُنَّ به (٣) أنه يشترط النيةَ في إزالة النجاسة (1) ، هذا كله

---

(١) في (أ) : « ورد » .

(٢) الإِجَّانَةُ : إناء تُغْسل فيه الثياب ، وجمعه : أجاجين ، وقيل للحوض حول الشجرة : إجانة ، على التشبيه . انظر : المعجم الوسيط ، مادة (أجن) .

(٣) « به » : ليست في (أ ، ب) .

= والمراد بالجزم بطهارته مادام على الثوب على صورة الغسل والتردد لتطهير الثوب ، فإذا حصلت الطهارة فلا يمتنع أن يقال بنجاسة الماء / الباقي على الثوب على وجه ؛ فيجب عصره ، ثم إذا عُصر طهر قطعًا ، ٢٨/ب والبلل الباقي طاهر بلا خلاف .

(1) قوله : (فإن أورد الثوب النجس على ماء قليل نجس الماء ولم يطهر الثوب . وقال ابن سريج : يطهر ، لأن الملاقاة لاتختلف بأن يكون الثوب موردًا للماء أو واردًا عليه ، فقال : لو كان في إجّانة ماء نجس فكوثر بصب ماء قليل عليه صار الكل طاهرًا ، بناءً على أن غسالة النجاسة طاهرة ، ثم قضى بأن الثوب النجس لو وقع في ماء قليل بتحريك الريح نجس الماء . فظن به أن تشترط النية في إزالة النجاسة) .

الشرح : قوله : (نجس الماء ولم يطهر الثوب . وقال ابن سريج : يطهر) هذا بيان منه للمذهب وهو نجاسة الماء والثوب . واتفق الأصحاب على أنه الصحيح ، وأما توجيه قول ابن سريج : فلأن الأصل نجاسة القليل بملاقاة النجاسة ، واستثنى الشرع للحاجة ما إذا لاقته على جهة الغسل ، ولافرق في هذا بين وروده عليها وعكسه ؛ لأن المقصود إزالة أثرها ، وذلك حاصل هنا ، فتوسع ابن سريج وزاد طريقًا محصلًا للغسل وهو إذا ورد الثوب النجس على الماء مع قصد الغسل ، وزاد طريقًا آخر ليس معتادًا في الغسل وهو مكاثرة الماء النجس بما يصب عليه ، فجعله غسلًا وحكم بطهارته ، وإن كان دون قلتين ، وهذا معنى قول المصنف وزاد .

أما قوله : (لو كان في إجّانة ماءٌ نجس فكوثر بصب ماء قليل عليه صار الكل طاهرًا) فهذه مسأله لها شروط لم ينبه المصنف عليها ، قال أصحابنا : إذا كان الماء دون قلتين فكوثر حتى بلغهما نظر : إن بلغهما بمكاثرة بمائع فجميعه نجس قطعًا ، وإن بلغهما بماء طاهر أو نجس ولا تغير فطاهر مطهر بلا خلاف ، وإن =

في الثوب [١] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « ابن سريج قضى بأن الثوب النجس إذا أورده على الماء القليل على قصد غسله أجزأ ؛ لأن الأصل نجاسة الماء القليل بملاقاة النجاسة ، واستثني للحاجة ما إذا كانت ملاقاته إياها على جهة الغسل ، وكما تنصرف الملاقاة إلى جهة الغسل بكونها على هيئة الغسل بأن يكون الماء مورودًا ، فالمقصود من الغسل إزالة أثرها واستهلاكها ، وذلك حاصل في هذه الصورة أيضًا ، فتوسع ابن سريج في الطرق المحصلة لهذا المقصود بزيادة هذا الطريق ، وزاد عليه طريقًا آخر ليس معتادًا في الغسل ، فأنزله منزلة الغسل ، وهو مكاثرة الماء النجس بما يصب عليه من الماء الطهور فجعله كالغسل له ، وحكم بطهارته ، فهذا وجه =

= بلغهما بمستعمل صار طهورًا على الصحيح ؛ لقوله ﷺ : « إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثًا » . وقيل : إنه نجس ؛ لأن المستعمل كمائع . والصواب : الأول .

ولا فرق في هذه الصور بين أن يكون الوارد أكثر أو أقل .

وأما إذا كوثر النجس بماء فلم يبلغ قلتين ، فإن كان الوارد نجسًا أو مستعملًا فالجميع نجس قطعًا ، وإن كان طهورًا فوجهان ؛ أصحهما – وبه قال الأكثرون -: نجس أيضًا ؛ لحديث القلتين / . والثاني : أنه ٢٨/ب طاهر ، وهو قول ابن سريج ، وصححه صاحب « المهذب » وأكثر العراقيين .

فعلى هذا إنما يطهر بشروط أن يكون المكاثر به طهورًا ووارِدًا على النجس وأكثر منه ، ولا تغير فيهما ، ولانجاسة جامدة .

أما قوله : (ثم قضى أن الثوب النجس لو وقع في ماء قليل نجس الماءُ فظن به اشتراط النية في إزالة النجاسة) ، فمعناه : أن ابن سريج يعترف بالفرق بين الوارد والمورود ، وإنما ألحق المورود بالوارد حيث يوجد القصد ، ولا قصد هنا ، ومن ظن به أنه اشترط النية في إزالة النجاسة فقد غلط ، وإنما اعتبر القصد إذا كان الماء مورودًا ليصرف الملاقاة بالقصد إلى جهة الغسل ، وليس في ذلك اشتراط للنية إذا كان الماء واردًا .

واعلم أن القاضي حسينًا والمتولي وابن الصباغ وآخرين نقلوا عن ابن سريج : اشتراط النية في إزالة النجاسة ، بناء على هذا الظن . وهذا النقل خطأ ، كما أشار إليه المصنف ، وكما شرحناه .

ونقل ابن الصباغ والمتولي وغيرهما : اشتراط النية لإزالة النجاسة عن أبي سهل الصعلوكي من أصحابنا ، وهذا ليس بشيء . وقد نقل الماوردي والبغوي في شرح إجماع المسلمين على أن النية لا تشترط في إزالة النجاسة .

(والإجَّانة) بكسر الهمزة وتشديد الجيم : هي الإناء الذي يغسل فيه الثياب .

وقوله : (فظُن به) ، هو بضم الظاء ، والله أعلم .

أما [1] الأرض إذا أصابتها نجاسة ، [2] إن كانت [2] جامدة تُرفع عينها [3] ، وإن [4] كانت مائعة كالبول يُفاض [5] الماء عليه [5] بحيث [6] تحصل به الغلبة على النجاسة [6] .

= قول صاحب الكتاب فيه . وزاد أيضًا ففي « النهاية » عن ابن سريج ، أنه قال : يطهر الماءان إذا قصد به الغسل ، فإذًا ذلك زيادة منه في القول بتأثير القصد في ذلك ، وأما قول المصنف أن ذلك منه بناء على أن الغسالة طاهرة على الوجه الذي سبق إيضاحه ، والله أعلم .

وأما قضاء ابن سريج : فإنه لو وقع الثوب النجس في ماء قليل نجس الماءُ ولم يطهر الثوب ، فلأنه يعترف بالفرق بين الوارد والمورود ، وإنما ألحق المورود بالوارد ، حيث يوجد القصد ولم يوجد هاهنا ، ومن ظن به من هذا كونه اشترط النية في إزالة النجاسة فقد غلط عليه ، وإنما اعتبر القصد فيما إذا كان الماء مورودًا ؛ لتنصرف الملاقاة بالقصد إلى جهة الغسل ، وليس في تلك اعتبار منه للقصد إذا كان الماء واردًا ، والله أعلم » . المشكل (١٩/١أ - ١٩ب) . وراجع في ذلك : الروضة : (٢٨/١) ، وفتح العزيز : (١٤٥/١ وما بعدها) .

وقال الحموي : « تكلم الشيخ أولًا على الوارد حتى فرغ منه ، ثم شرع يتكلم في المورود ، ثم قال : (واردًا عليه) بطريق النقض عليه ، وأنه ليس كذلك ، فإنه ذكره بطريق المكاثرة ، فلا يكون في معرض المبالغة والإنكار عليه ؛ لأنا اتفقنا على أن الماء إذا كان واردًا على النجاسة كان فيه قوة تزيد على المورود ، وإذا كان كذلك كان ما ذكره الشيخ رجوعًا لا مبالغة فيه إلى ما فيه مبالغة ، كما لايخفى .

وإنما ذكر الشيخ تلك الزيادة رَدًّا على ابن سريج ، وتزييفًا لما ذهب إليه ؛ لأنه لم يفرق في الثوب بين الوارد والمورود ، وفي الإجابة فرق ، وخصص الوارد بذلك دون المورود ، ولو عكس وارد الماء النجس على الماء الطاهر لما كان كذلك وكان حجة عليه ، حيث فرق هاهنا ولم يفرق في الثوب بين الوارد والمورود فيه » . مشكلات الوسيط (٢٤/١أ) .

(١) في (أ) : « فأما » . (٢) في (أ) : « فإن كان » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في نجاسة الأرض : (فإن كانت جامدة فطهارتها برفع عينها) كان ينبغي أن يقول : يابسة ، فإن الجامدة قد تكون رطبة فلا يكفي رفع عينها ، والله أعلم » . المشكل (١٩/١ب - ٢٠أ) .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) كذا بالأصل ، والضمير فيه عائد على البول ، وله وجه . وفي (أ ، ب) : « عليها الماء » ، والضمير عائد على النجاسة .

(٦) في (أ) : « تحصل الغلبة للنجاسة » وظاهره خطأ ، وله وجه بعيد إذا ضمنت اللام معنى (على) .وفي (ب) : « تحصل الغلبة للماء على النجاسة » .

وقال أبو حنيفة : هذا زيادة في النجاسة ، وهو مخالف [١] لقوله - عليه السلام -: « صُبُّوا عليه ذَنُوبًا من الماء » لَمَّا بال الأعرابيُّ في المسجد [٢] (1) .

---

(١) في (أ ، ب) : « خلاف » . ومذهب الحنفية أن الأرض تطهر باليبس بالشمس أو الريح أو النار أو نحو ذلك ، وعندها يجوز الصلاة عليها دون التيمم ، فإن صُبَّ عليها الماء للتطهير كُرِّرَ الصب ثلاثًا ، وجفف الماء في كل مرة بخِرْقة أو نحوها . ثم إن كان الماء المصبوب قليلًا فهو نجس ، وإن كان كثيرًا ، فبعضهم على أنه طاهر ، وحكم بعضهم بنجاسته . انظر : فتح القدير : (١٩٩/١) ، وحاشية ابن عابدين : (٣١١/١) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله ﷺ : (ذنوبًا من ماء) حديث ثابت في الصحيحين ، رواه أنس بن مالك وغيره ، والذنوب بفتح الذال : الدلو العظيمة الملاء ماء ، وقال ابن السكيت : هي التي فيها ماء قريب من الملء ، ولا يقال لها وهي فارغة : ذنوب ، والله أعلم » . المشكل (٢٠/١أ) .

والحديث أخرجه البخاري عن أنس : (٣٢٢/١) (٤) كتاب الوضوء (٥٧) باب ترك النبي ﷺ والناس الأعرابي حتى فرغ من بوله في المسجد (رقم : ١٩ ، وطرفاه : ٢٢١ ، ٦٠٢٥) ، وأخرجه عن أبي هريرة (٣٢٣/١)(٣٠) باب وجوب غسل البول في المسجد (رقم : ٢٢٠ ، وطرفه : ٦١٢٨) . وأخرجه مسلم : (٢٣٦/١ - ٢٣٧) (٢) كتاب الطهارة (٣٠) باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات إذا حصلت في المسجد . من طرق كلها عن أنس .

---

(1) قوله : (والأرض إذا أصابها نجاسة ، فإن كانت جامدة فطهارتها برفع عينها ، وإن كانت مائعة كالبول يفاض الماء بحيث يحصل به الغلبة للنجاسة . وقال أبو حنيفة : هذا زيادة في النجاسة ، وهو مخالف لقوله ﷺ : « صبوا عليه ذنوبًا من ماء » ، لما بال الأعرابي في المسجد) .

الشرح : هذا كله صحيح كما ذكره ، ولكن قوله : (فإن كانت جامدة) كان الأصوب أن يقول : كانت يابسة فقد تكون الجامدة رطبة ولا يكفي رفعها ، بل يجب مع ذلك غسل موضعها .

وقوله : (بحيث تحصل الغلبة للنجاسة) ، هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور . وقيل : يشترط أن يكون الماء سبعة / أضعاف البول . وقيل : لبول الرجل ذَنُوب ، ولرجلين ذنوبان ، على هذا أبدًا ، حكاه ٢٩/أ أصحابنا عن الأنماطي والإصطخري ، وهو والذي قبله ضعيفان جدًّا .

وقوله : (وقال أبو حنيفة : هذا زيادة في النجاسة) يعني : فلا يكفي صب الماء في الأرض ، بل يشترط حفرها وإزالة ترابها .

والحديث المذكور في قصة الأعرابي رواه البخاري ومسلم من رواية أنس وغيره . =

ثم إن لم نُوجب عَصْرَ الثوب طهر بالإفاضة ، وإلا فَنُضُوب الماء في الأرض كالعصر في الثوب ، فيطهر قبل الجفاف [1] .

وللشافعي - رضي اللّه عنه - قول قديم [في] [1] أن الأرض إذا جَفَّتْ عن البول بالشمس عادت طاهرة . ولا تفريع على هذا القول [2] . فعلى هذا الآجُر [3] الذي عُجِنَ بماء نجس ، [فإنه] طاهر على القديم ؛ لأن تأثير النار آكد من تأثير الشمس [4] .

وعلى الجديد : لو نُقِعَ في الماء لم يطهر باطنه ، بخلاف اللَّبِن ؛ فإنه يطهر إذا (٥ يصب الماء فيه ٥) ، ولكن إذا أفيض الماء على الآجر ، قال القفَّال : يطهر ظاهره .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا تفريع على هذا القول) ثم إنه فَرَّع عليه عُقَيْبه ، ففهم منه أنه أراد بقوله : لا تفريع عليه أنه لا يُبْنَى عليه حكم ولا عمل به ، واللّه أعلم » . المشكل (١/ ٢٠أ) .

(٣) الأَجُورُ واليَأْجُورُ والآجُرُونُ والأُجُرُّ والآجُرُّ والآجُرُ : فارسي معرب ، وهو طبيخ الطين ، الذي يبنى به . انظر : لسان العرب ، مادة (أجر) . (٤) انظر : فتح العزيز : (١/٢٤٩ ، ٢٥٠) ، والروضة : (١/٢٩) .

(٥) في (ب) : « نضب الماء عنه » . ولعله خطأ ، والسياق يقتضي ما أثبتناه وهو - أيضًا - موافق لعبارة الغزالي في (الوجيز) حيث قال : « اللبن المعجون بماء نجس يطهر إذا صب عليه الماء الطهور ، فإن طبخ طهر ظاهره بإفاضة الماء باطنه » . انظر : الوجيز (١/ ٩) .

وقال الرافعي معلقًا على هذا النص : « وأما ما يتعلق بلفظ الكتاب فقوله : =

= (والذَّنُوب) بفتح الذال المعجمة وضم النون ، هي الدلو الممتلئة ماء . وقال ابن السكيت : هي التي فيها قريب من الملء ، ولا يقال للفارغة : ذنوب .

(والأعرابي) بفتح الهمزة ، هو مَنْ يَسْكن البادية .

(1) قوله : (ثم إن لم نوجب عصر الثوب طهر بالإفاضة ، وإلا فنضوب الماء في الأرض كالعصر في الثوب فيطهر قبل الجفاف) ، هذا كله كما قاله .

قوله : (وإلا فنضوب الماء كالعصر) معناه : يشترط النضوب إذا شرطنا العصر ، وإذا شرطنا النضوب لا نشترط الجفاف ، بل يحكم بالطهارة إذا نضب وبقيت رطوبة ، كما يحكم بالطهارة إذا عُصِر الثوب وبقيت رطوبة ، ولو قال : ويطهر قبل الجفاف ، بالواو لكان أحسن من الفاء .

ويقال : (طهر) بفتح الهاء وضمها ، والفتح أفصح . ونضوب الماء : غورانه وذهابه .

وهذا (١ حسن إن ١) لم يختلط به جِرْمُ النجاسة . (٢ وقال أبو حامد : لايطهر . وهذا لايتجه إذا لم يختلط به جرم النجاسة ٢) ، بأن (٣) كان معجونًا بماء نجس ؛ فإن الماء يجري على ظاهره ولا محالة فيطهر (٤) (1) .

= (يطهر إذا صب فيه الماء الطهور) ليس المراد منه طهارة الظاهر وحده ، بدليل قوله بعده : (فإن طبخ طهر ظاهره دون باطنه) فإنه يبن إرادة طهارة الكل في الأول ، وحيئنذٍ فمجرد الصب لا يكفي ، بل في الكلام إضمار ، المعنى : إذا صب فيه الماء الطهور حتى ينتفع فيه ويصل الماء إلى جميع أجزائه . وفي بعض النسخ نضب ، وهو عبارة الوسيط » . انظر : فتح العزيز : (٢٥٢/١) .

(١) في (أ ، ب) : « يحسن إذا » .

(٢) العبارة ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « بل » .

(٤) في (أ ، ب) : « فيطهره » . وراجع في ذلك : فتح العزيز : (٢٥١/١) ، والروضة : (٢٩/١ ، ٣٠) .

---

(1) قوله : (وللشافعي قول قديم : أن الأرض إذا جفت من البول بالشمس عادت طاهرة ، ولا تفريع على هذا القول ، فعلى هذا الآجر الذي عجن بماء نجس طاهر على القديم ؛ لأن تأثير النار أكثر من تأثير الشمس . وعلى الجديد : لو نقع في الماء لم يطهر باطنه ، بخلاف اللبن فإنه يطهر إذا نضب الماء فيه ، ولكن إذا أفيض الماء على الآجر . قال القفال : يطهر ظاهره ، وهذا حسن إن لم يختلط به جرم النجاسة . وقال أبو حامد : لا يطهر . وهذا لايتجه فيما إذا لم يختلط به جرم النجاسة ، بل كان معجونًا بماء نجس ، فإن الماء يجري على ظاهره ؛ فيطهره لامحالة) .

الشرح : قوله : (إن الأرض إذا جفت عن البول) ، ليس القول القديم مختصًا بالبول ، بل سائر النجاسات المائعة كالبول ، وهذا القديم نقله صاحب « المهذب » ، وآخرون عن نصّه في « الإملاء » أيضًا وهو من كتبه الجديدة .

وقوله : (بالشمس / عادت طاهرة ، ولاتفريع على هذا القول ، فعلى هذا الآجر الذي عجن بماء نجس) ٢٩/ب إلى آخره ، لاعمل عليه ولا فتوى ، وإنما فرع عليه للبحث .

وأما حكم الفصل : فاللبن النجس إن اختلط بنجاسة جامدة كعظام ميتة وروث ورماد نجاسة ، فلا طريق إلى تطهيره ، فإذا طبخ وصار آجرًا فالجديد : بقاؤه نجسًا ، والقديم : طهارته .

فعلى الجديد : لو غُسِلَ لم يطهر على الصحيح المنصوص .

وقال ابن المرزبان : يطهر ظاهره وإن لم يختلط بجامدة بأن عُجن بماء نجس أو بول ، طهر ظاهره بإفاضة الماء ، وباطنه بنقعه في ماء كثير بحيث يصل إلى كل أجزائه ، كالعجين بمائع نجس ، فإن طبخ هذا طهر على القديم ظاهره وكذا باطنه على الأصح ، وعلى الجديد : هو على نجاسته ويطهر بالغسل ظاهره دون باطنه ، =

هذا كله في النجاسة المطلقة سوى المخففة والمغلظة .

أما المخففة : فبول الصبي قبل أن يَطْعَم [الطعام] (١) ، يكفي فيه رَشُّ الماء بحيث يُصيب جميع موارد النجاسة ، ولايشترط الإِجْراءُ والغسل بخلاف الصغيرة ؛ لما رُوِيَ أن الحسن أو الحسين – رضي اللّه عنهما – بال في حجْر رسول اللّه ﷺ ، فقالت لُبَابة بنت الحارث : أأغسل (٢) إزارك ؟ فقال – عليه السلام –: « إنما (٣ يُغسل من ٣) بول الصَّبيَّة ، ويُرش على بول الغلام » (٤) .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في الأصل : « أأغتسل » ، وفي (أ ، ب) : « أغسل » .

(٣) في الأصل : « يغتسل من » ، وما أثبتناه في (أ ، ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « ذكر حديث لُبَابة بنت الحارث عن رسول اللّه ﷺ : « إنما يغسل من بول الصَّبية ويرش على بول الغلام » .

ولبابة هذه ، هي بضم اللام وبياء موحدة مكررة ، وهي أم الفضل زوجة العباس بن عبد المطلب .

وهذا الفرق بين البولين قد رويناه في سنن أبي داود السجستاني ، و « السنن الكبير » للبيهقي ، وغيرهما .

وبعضها يزيد على بعض ، فرويناه من حديث لبابة وأبي السَّمْح مولى النبي ﷺ وخادمه ، وعلى بن أبي طالب ، وأم سلمة – رضي اللّه عنهم – وفي بعضها : « ما لم يطعم » لكن موقوفًا على عليّ وأم سلمة .

فهو حديث حسن يُحتج به ، وإن لم يلتحق بدرجة الحديث الموسوم بالصحيح ، إلا أن التردد المذكور في الوسيط بين الحسن والحسين ليس في حديث لبابة ، بل فيه الجزم بالحسين بلفظ التصغير ، والترديد هو في حديث أبي السمح . وقد ثبت في الصحيحين في بول الغلام خاصة حديث أم قيس بنت محصن أنها جاءت النبي ﷺ بابن لها صغير لم يأكل الطعام ، فأجسله رسول اللّه ﷺ في حجره فبال عليه ، فدعا رسول اللّه ﷺ بماء فنضحه عليه ولم يغسله » . المشكل (١/ ٢٠أ –٢٠ب) .

وقد أفاض ابن حجر في الكلام على هذا الحديث وطرقه ، ودرجة صحتها . وبين أنه لم يقع في أيٍّ من روايات الحديث لفظ « الصبية » ، وإنما جاء الحديث بلفظ « الأنثى » أو « الجارية » وكلها بمعنى واحد .

وقال في آخر تعليقه : (تنبيه) قال البيهقي : الأحاديث المسندة في الفرق بين بول الغلام والجارية ، إذا ضم =

= وإنما يطهر باطنه بأن يدق حتى يصير ترابًا ، ثم يفاض الماء عليه . فلو كان بعد الطبخ رخوًا لايمنع نفوذ الماء فهو كما قبل الطبخ ، واللّه أعلم .

منهم [1] من قاس الصبية عليه ، وهو غلط ؛ [2] لمخالفته النص [2] (1) .

= بعضها إلى بعض قويت ، كأنها لم تثبت عند الشافعي . حتى قال : ولا يتبين لي في بول الصبي والجارية فرق من السنة الثابتة . قلت : قد نقل ابن ماجه عن الشافعي فرقًا من حيث المعنى وأشار في « الأم » إلى نحوه » . انظر : تلخيص الحبير : (٣٧/١ - ٣٩) .

وقد أخرج البخاري حديث عائشة وأم قيس بنت محصن في صحيحه : (٣٢٥/١ ، ٣٢٦) (٤) كتاب الوضوء (٥٩) باب بول الصبيان (٢٢٢ ، ٢٢٣) ، وأخرج مسلم حديثهما أيضًا في : (٢٣٧/١ ، ٢٣٨) (٢) كتاب الطهارة (٣١) باب حكم بول الطفل الرضيع وكيفية غسله (٢٨٦ ، ٢٨٧) ، وأخرج أبو داود حديث لبابة وأم قيس وأبي السمح وعلي بن أبي طالب ، في : (٢٦١/١ - ٢٦٣) (١) كتاب الطهارة (١٣٧) باب بول الصبي يصيب الثوب (٣٧٤ - ٣٧٩) ، وأخرج الترمذي حديث أم قيس في : (١/ ١٠٤، ١٠٥) أبواب الطهارة (٥٤) باب ما جاء في نضح بول الغلام قبل أن يطعم (٧١) ، وأخرج النسائي حديث أم قيس وعائشة في : (١٥٧/١ ، ١٥٨) (١) كتاب الطهارة (١٨٩) باب بول الصبي الذي لم يأكل الطعام (٣٠٢ ، ٣٠٣) ، وحديث أبي السمح وأم كرز ، في (١/ ١٧٤، ١٧٥) (١) كتاب الطهارة وسننها (٧٧) باب ما جاء في بول الصبي الذي لم يطعم (٥٢٢ - ٥٢٧) .

(١) في (أ ، ب) : « فمنهم » . (٢) في (أ ، ب) : « لمخالفة النص » .

وقال ابن الصلاح : « قوله في « الوسيط » : (منهم من قاس الصبية عليه ، وهو غلط لمخالفة النص) هذا غير مرضي من جهتين ، إحداهما : إيراده إياه وجهًا لبعض الأصحاب وهو القول المنصوص عليه للشافعي - رضي اللّه عنه - نص على جواز الرش على بول الغلام مستدلًّا بالسُّنَّة فيه . ثم قال : (ولا يَبِينُ لي فرقٌ بينه وبين بول الصبية) هذا ما نقله المزني في مختصره .

ونقل صاحب « جمع الجوامع » من كتب الشافعي ومنصوصاته نصه على جواز الرش على بول الصبي قبل أن يطعم ، وأنه احتج فيه بحديث أم قيس بنت محصن ثم قال : (ولا يبين لي في بول الصبي والجارية فرق من السنة الثابتة ، ولو غسل بول الجارية - أكلت الطعام أو لم تأكل - كان أحب إليَّ احتياطًا ، وإن رش مالم تأكل أجزأ إن شاء اللّه تعالى) . ولم ينقل عنه غير هذا .

فذكر الحافظ الفقيه أبو بكر البيهقي أن أحاديث الفرق بينهما كأنها لم تثبت عند الشافعي - رضي اللّه عنه - وإلى مثل ذلك ذهب البخاري ومسلم حيث لم يودعا شيئًا منها كتابيهما ، إلا أن البخاري استحسن حديث أبي السمح. =

(1) قوله : (بول الصبي قبل أن يَطعم الطعام يكفي فيه رش الماء بحيث يصيب جميع موارد النجاسة ، ولا يشترط الإجراء والغسل ، بخلاف الصبية ؛ لما رُوي أن الحسن أو الحسين بال في حجر رسول اللّه ﷺ فقالت لبابة بنت الحارث : أغسل إزارك ؟ يا رسول اللّه ، فقال : « إنما يغسل من بول الصبية ، ويرش على =

....

= قلت : فالفرق بينهما إذًا كأنه قول مخرج لا منصوص ، ومع ذلك لا يذكر كثير من المصنفين غيره ، ولا يقوى ما يذكر من الفروق بينهما من حيث المعنى ، ومن أجودها أن بول الذكر أرق ، وبول الأنثى أثخن وألصق بالمحل . وللمُسَوِّي بينهما أن يقول : الاجتزاء بالنضح في بول الغلام إنما كان ترخيصًا لكثرة البلوى ، وعسر التصون من بوله ، والصغير والصغيرة سواء في ذلك .

ولما ذكر القاضي حسين نص الشافعي في أنه لايبين له فرق فيهما قال : وأصحابنا يجعلون في بول الصبية قولين ، أولهما : أنه كبول الصبي . والثاني : أنه يغسل . قلت : ومع ما ذكره من رجحان التسوية =

= بول الغلام » . فمنهم من قاس الصبية عليه ، وهو غلط ؛ لمخالفة النص) .

أما قوله : (يطعم ، ويكفي) فيفتح أولهما . (والحجر) بفتح الحاء وكسرها .

(ولُبابة) بضم اللام وبباء موحدة مكررة ، وهي امرأة العباس بن عبد المطلب ، رضي الله عنه وعنها .

وقولها : (أغسل) هو بهمزة قطع وبرفع اللام ، وهو استفهام .

والحديث رواه أبو داود وغيره هكذا بإسناد فيه ضعف ، ولم يقع في حديث لبابة تردد بين الحسن والحسين كما ذكره الغزالي ، بل فيه الجزم بالحسين بالتصغير ، والتردد بينهما إنما وقع في حديث أبي السمح ، رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه بإسناد حسن . وفيه التصريح بالتردد بينهما وبالفرق بين بول الصبي والصبية .

٣٠/أ وثبت الفرق بينهما أيضًا من رواية على رضي الله عنه / في سنن أبي داود والترمذي ، وقال : حديث حسن .

وفي الصحيحين من رواية عائشة ، ومن رواية أم قيس أن النبي ﷺ أُتي بصبي فبال عليه ، فدعا بماء فأتبعه إياه ولم يغسله . والصحيح : أنه يغسل بول الصبية ، وينضح بول الصبي . وفي وجه : يجب غسلهما . وفي وجه : يجوز نضحهما ، وهما ضعيفان .

وقد قال الشافعي في « المختصر » : يجزئ في بول الغلام الرش ، واستدل بالسنة ، ثم قال : ولا يبين لي فرق بينه وبين الصبية .

ونقل صاحب « جمع الجوامع » في منصوصات الشافعي أن الشافعي نصَّ على جواز الرش على بول الصبي مالم يأكل ، واحتج بالحديث ، ثم قال الشافعي : ولا يبين لي في بول الصبي والجارية فرق من السُّنة الثابتة ، ولو غسل بول الجارية كان أحبّ إليَّ احتياطًا ، وإن رش عليه مالم يأكل الطعام أجزأ إن شاء الله تعالى ، ولم يذكر الشافعي غير هذا .

قال البيهقي : كأن أحاديث الفرق بين الصبي والصبية لم تثبت عند الشافعي ، وإلى مثل هذا مال البخاري ومسلم ، حيث لم يذكرا شيئًا منها في كتابيهما ، إلا أن البخاري قال : حديث أبي السمح حسن .

قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح إنكارًا على الغزالي في قوله : (ومنهم من قاس الصبية على الصبي ، =

....

= فيما يرجع إلى نص الشافعي – رضي اللّه عنه – فالصحيح : الفرق ؛ لورود الحديث من وجوه تعاضدت بحيث قامت الحجة ، والفرق بينهما من حيث المعنى : أن الاعتناء بحمل الصبي أكثر ، والابتلاء ببوله أعظم ، واللّه أعلم .

ثم إن في تحقيق الفرق بين النضح والغسل الواجب في سائر النجاسات عمومًا واضطرابًا من الصائرين إليه ، فذهب الشيخ أبو محمد الجويني والقاضي حسين وصاحبه صاحب « التهذيب » إلى أنه يجب أن يغمر ويكاثر بالماء كسائر النجاسات ، وافتراقهما إنما هو في أنه لايجب العصر فيه ، وفي غيره وجهان ، واحتج بذلك صاحب « التهذيب » على أن الأصح : وجوب العصر في غيره ، خلافًا لمن ذهب إلى أن الأصح عدم وجوبه، ومنهم صاحب « النهاية » .

والمختار ما ذكره صاحب « النهاية » : من أن المعتبر فيه أن يغمر ويكاثر بالماء مكاثرة في غيره ، فإنه يشترط فيها أن تكون بحيث يجري بعض الماء من المحل ويتقاطر منه ، وإن لم يشترط عصره . ولقد حققت=

= وهو غلط لمخالفته النص) ، قال : قوله هذا غير مرضي من وجهين ؛ أحدهما : كونه جعله وجهًا لبعض الأصحاب ، مع أنه القول المنصوص للشافعي ، كما ذكرناه . والثاني : جعله إياه غلطًا ، وهو يرتفع عن ذلك ارتفاعًا ظاهرًا فإنه المنصوص .

ثم ذكر النص الذي قدمناه ، ثم قال : فالفرق بينهما حينئذٍ كأنه قول مخرج لا منصوص ، ومع هذا لايذكر كثير من المصنفين غيره ، قال : ولا يقوى ما يذكر من الفرق من جهة المعنى ، قالا : ومن أجود ما قيل : إن بول الذكر أرق وبول الأنثي أثخن وألصق بالمحل ، قال : وللقائل بالتسوية بينهما أن يقول : إنما جوز النضح في بول الغلام تخفيفًا لكثرة البلوى به ، وعسر الاحتراز ، والصبية تشاركه في هذا ، قال : ولما ذكر القاضي حسين نص الشافعي أنه لا يَبِينُ فرقٌ بينهما ، قال : وأصحابنا يجعلون في بول الصبية قولين ؛ أقيسهما : أنه كبول الصبي . والثاني : يجب غسله .

قال أبو عمرو : ومع ما ذكرناه من رجحان / التسوية فيما يرجع إلى نص الشافعي ، فالصحيح : الفرق ، ٣٠/ب لورود الحديث من وجوه تعاضدت بحيث قامت الحجة به .

قال : والفرق بينهما من جهة المعنى أن الاعتناء بحمل الصبي أكثر ، والابتلاء ببوله أعظم ، يعني لكونه يحمله الرجال والنساء غالبًا ، بخلاف الصبية فلا يحملها غالبًا إلا أمها .

قال أبو عمرو : وفي تخفيف هذا النضح ، والفرق بينه وبين الغسل الواجب في سائر النجاسات غموض واضطراب .

فقال الشيخ أبو محمد والقاضي حسين والبغوي : يجب أن يغمر ويكاثر بالماء كسائر النجاسات ، وإنما =

أما [١] المُغَلَّظة ، فنجاسة الكلب : فيغسل الإناء [٢] من ولوغ الكلب سَبْعًا ؛ للخبر [٣] (1) .

= في هذه المسألة أشياء ذُكِرَتْ على غير وجهها ، ولله الحمد ، ومنه التوفيق ، والله أعلم » . المشكل (١/٢٠ب - ٢١ب) .

(١) في (أ ، ب) : « وأما » .

(٢) « الإناء » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) يقصد حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « إذا شرب الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبعًا » أخرجه البخاري ، وهذا لفظه ، في : (١/٢٧٤) (٤) كتاب الوضوء (٣٣) باب الماء الذي يغسل به شعر الإنسان (١٧٢) . ومسلم : (١/٢٣٤) (٢) كتاب الطهارة (٢٧) باب حكم ولوغ الكلب (٢٧٩) ، وزاد في إحدى رواياته : « فليرقه » ، وفي رواية أخرى : « طهور إناء أحدكم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبع مرات ، أولاهن بالتراب » . وأبو داود : (١/٥٧ - ٥٩) (١) كتاب الطهارة (٣٧) باب الوضوء بسؤر الكلب (٧١ ، ٧٢ ، ٧٣) ، وفي رواية عنده : « السابعة بالتراب » . والترمذي : (١/ ١٥١، ١٥٢) أبواب الطهارة (٦٨) باب ما جاء في سؤر الكلب (٩١) ، وفي روايته : « أولاهن أو أخراهن بالتراب » . والنسائي : (١/٥٢-٥٤) (١) كتاب الطهارة (٥١) سؤر الكلب (٦٣، ٦٤، ٦٥) ، (٥٢) باب الأمر بإراقة ما في الإناء إذا ولغ فيه الكلب (٦٦) ، وأعاد الحديث برقم : (٣٣٨ ، ٣٣٩) . وابن ماجه : (١/١٣٠) (١) كتاب الطهارة وسننها (٣١) باب غسل الإناء من ولوغ الكلب(٣٦٣،٣٦٤،٣٦٥) .

وجاء عن عبد الله بن مغفل ، وجاء فيه : « فاغسلوه سبع مرات ، وعَفِّروه الثامنة في التراب » . وأخرجه من هذا الطريق كل من مسلم : (٢٨٠) ، وأبو داود : (٧٤) ، والنسائي : (٦٧ ، ٣٣٦ ، ٣٣٧) ، وابن ماجه : (٣٦٥) ، في نفس المواضع السابقة . وراجع : تلخيص الحبير (١/٢٣ - ٢٥) ، (١/٣٩ - ٤١) ، وفيه فوائد فقهية .

= يخالف سائر النجاسات في أنه لايجب عصره وجهًا واحدًا ، وفي غيره وجهان ، واحتج بذلك البغوي في أن الأصح وجوب العصر في غيره وهو اختياره ، خلاف ما صححه الأكثرون أنه لايجب .

والأصح في النضح ما ذكره إمام الحرمين وهو أنه يغمر ويكاثر بالماء مكاثرة لاتبلغ جريان الماء وتردده وتقاطره من المحل ، بخلاف المكاثرة في غيره ، فإنه يشترط فيها جريان بعض الماء وتقاطره ، وإن لم يشترط عصره . هذا آخر كلام أبي عمرو .

(1) قوله : (فيغسل الإناء من ولوغ الكلب سبعًا ؛ للخبر) يعني بالخبر حديث أبي هريرة ، قال رسول الله ﷺ : « طهور إناء أحدكم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبع مرات أولاهن بالتراب » ، رواه مسلم . وعنه أن رسول الله ﷺ قال : « إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليرقه ثم ليغسله سبع مرات » ، رواه مسلم .

⁽¹ وفي معنى لعابه : عرقه ¹⁾ ، وروثُه ، وسائر أجزائه (1) ، خلافًا لأبي حنيفة (٢) (2) .

---

(١) في (ب) : « وفي معناه : لعابه وعرقه » ، ولعله تحريف من النساخ لإشعاره بالتكرار .

قال ابن الصلاح : « قوله : (ويغسل الإناء من ولوغ الكلب سبعًا ، وفي معنى لعابه : عرقه) إنما قال هذا ، لأن الولوغ يلازمه حصول لعابه فيما ولغ فيه ؛ لأن ولوغه في اللغة عبارة عن شربه بأطراف لسانه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٢ب) .

وعند الحنفية : لايشترط العدد في غسل الإناء ولا التراب ، وإنما تغسل باقي النجاسات ، واستدلوا بما رواه الدار قطني والطحاوي عن أبي هريرة موقوفًا ، أنه يغسل من ولوغه ثلاث مرات ؛ اعتمادًا على فقه راوي حديث الغسل سبعًا وهو أبو هريرة نفسه . انظر : بدائع الصنائع : (١/٢٢١) .

(٢) الكلب – عند الحنفية – ليس نجس العين ، وإنما – كما يقول ابن عابدين –: « نجاسته بنجاسة لحمه ودمه ، ولايظهر حكمها وهو حي ، ما دامت في معدنها – كنجاسة باطن المُصَلِّي – فهو [أي : الكلب] كغيره من الحيوانات . وعليه الفتوى وهو الصحيح والأقرب إلى الصواب » . حاشية ابن عابدين : (١/٢٠٨) .

أما سؤر الكلب وعرقه وجلده فنجسة – عند الحنفية – دون الشعر والسن ، فقد حكموا بطهارتها . ويطهر الجلد – عندهم – بالدباغ . السابق (١/٢٠٨) ، وكذا : البحر الرائق : (١/٢٤٤) ، وفتح القدير : =

---

(1) قوله : (وفي معنى لعابه عرقه وروثه وسائر أجزائه) ، هذا الذي جزم به هو المذهب .

وفي وجه ضعيف في المذهب قوي في الدليل : أنه يكفي غسلة واحدة في غير الولوغ ، حكاه المتولي وغيره .

وأما قوله : (وسائر أجزائه) ، فأراد بسائر : الجميع ، وهي لغة صحيحة سبق تقريرها أول الكتاب ، ولايجوز أن يراد بسائر هنا : الباقي ؛ لأنه لم يسبق ذكر شيء من أجزائه ، وإنما سبق ذكر فضلات له ، فلو لم نترك عين دمه وروثه ونحوهما إلا بسبع غسلات مثلًا ، فثلاثة أوجه ؛ أصحها : يحسب ذلك غسلة واحدة . والثاني : يحسب سبعًا . والثالث : لايحسب ، بل يجب سبع بعد ذلك .

وأما قوله : / (يغسل من الولوغ سبعًا) ففيه يدخل الولوغ المتكرر ، وهذا هو الصحيح . وفي وجه : تتعدد السبع بعدد الولغات . ووجه : بعدد الكلاب . ٣١/أ

(2) قوله : (خلافًا لأبي حنيفة) معناه : أن أبا حنيفة لم يُوجب السبع في الولوغ ولافي الأجزاء ، بل اكتفى بغسله ما يغلب على الظن زوالُ النجاسة به ولو مرة إن كانت نجاسة حسية ، وإن كانت حكمية فثلاث .

قوله : (وفي إلحاق الخنزير به قولان) ؛ الأصح عند الأصحاب : الإلحاق وهو الجديد . والمختار القوي في الدليل : الاكتفاء بغسلة واحدة ، بل مقتضى الدليل طهارته كالأسد والذئب والفأرة ونحوها . وقولهم : إنه أسوأ حالًا من الكلب لا يُسَلَّم . وحكم المتولد من كلب وخنزيرة وعكسه حكم الخنزير ، ذكره صاحب =

وفي إلحاق الخنزير به (١) قولان (٢) ، من حيث إنه مخصوص بالتغليظ كالكلب إلا أن الاختلاط (٣) به لا يقع غالبًا ، هذا منشأ التردد .

ثم خاصية هذه النجاسة العدد والتَّعفير :

أما العدد : فلا يسقط إلا إذا غمس الإناء في ماء كثير ، ففيه وجهان (٤) [1] ؛ أحدهما : لايسقط ؛ وفاءً بالتعبد . والثاني : يسقط ؛ لأنه عَادَ إلى حالة لو كان عليها ابتداءً لم (٥) ينجس .

وأما التعفير : فاختلفوا في معناه [2] ؛ منهم من قال : [هو] (٦) تعبد محض لا يعلل (٧) . ومنهم من قال : هو معلل بالاستطهار بغير الماء ؛ ليكون فيه مزيد كلفة وتغليظ ،

= (٩٢/١ وما بعدها) ، والاختيار لتعليل المختار : (١٩/١) .

(١) « به » : ليست في (أ) .

(٢) القديم : عدم الإلحاق ، والجديد : الإلحاق . انظر : فتح العزيز : (٢٦١/١) ، والروضة : (٣٢/١) .

(٣) في الأصل : « الاحتياط » . وما أثبتناه من (أ ، ب) ، وهو الصحيح الذي يؤيده السياق .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم خاصية هذه النجاسة العدد والتعفير : أما العدد فلا يسقط إلا إذا غمس الإناء في ماء كثير ، ففيه وجهان) هذا يوهم أن الوجه المذكور في سقوط العدد غير جارٍ في التعفير ، وهو جارٍ فيه وتعليله : (بأنه عاد إلى حالة لو كان عليها ابتداءً لم ينجس) يدل على سقوط التعفير عنده أيضًا ، والله أعلم » . المشكل (٢١/١ب) .

وفي الروضة (٣٢/١) : « ولا يكفي غمس الإناء والثوب في الماء الكثير على الأصح » .

(٥) في (ب) : « لا » . (٦) زيادة من (ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأما التعفير : فاختلفوا في معناه ، فمنهم من قال : هو تعبد ، لايعلل) لقائل أن يقول : التعبد ليس بمعنى ، وكيف يدخل في الاختلاف في المعنى ؟ وجوابه : أن الاختلاف في المعنى قد يكون =

= « التلخيص » و « العدة » ؛ لأنه لا يسمى كلبًا .

(1) قوله : (ثم خاصة هذه النجاسة العدد والتعفير . أما العدد : فلا يسقط إلا إذا غمس الإناء في ماء كثير ، ففيه وجهان) ؛ الأصح : لا يسقط ، وهما جاريان في التعفير هنا إن أسقطنا العدد سقط التعفير ، وإلا فلا .

(2) قوله : (وأما التعفير فاختلفوا في معناه) ، الأصح : أنه معلل بالجمع بين نوعي الطهور .

ومنهم من قال : [هو] (١) معلل بالجمع بين نوعَي الطهور .

فعلى هذا الخلاف تخرج أربعة فروع (٢) :

الأول : الصابون والأُشْنان (٣) (1) هل يقوم مقام التراب ؟

فَمَنْ مَحَّضَ التعبد لم يُجَوِّز عند وجود التراب ، واختلفوا عند عدمه (٤) . فمنهم من جوَّز (٥) ؛ لأن الاستطهار أيضًا مقصود مع كون المستعمل ترابًا ، فعند العجز يقتصر على الممكن . ومَنْ علل بالاستطهار بشيء آخر جوَّز استعماله في كل حال . ومَنْ علَّل بالجمع

= في أصله ، وقد يكون في تفصيله ، فالقائل بالتعبد مخالف في أصله بنفيه له . والقائلان الآخران اختلافهما في تفصيله ، والله أعلم » . المشكل (٢١/١ب).

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) قال الحموي : « إن قيل : لايصح أن تكون مسألتنا مخرجة على الأصول الثلاثة ، فإنه قال في الفرع الرابع : (الغسلة الثامنة لا تقوم مقام التعفير من التراب إلا على وجه) معلوم أنه على الأصول الثلاثة كلها ليست بفرع .

وإن كانت كذلك إلا أنه فرع على وجه بعيد على الجمع بين نوعي الطهور ، فكأنه قال : التراب طهور والماء طهور أولى . ولم يشترط في التفريع على الأصول كلها ، وإنما على البعض أو على الكل بطريق البدل » . مشكلات الوسيط (٢٥/١أ) .

(٣) الأشنان – بضم الهمزة أو كسرها –: شجر من الفصيلة الرمرامية ، ينبت في الأرض الرملية ، يستعمل في غسل الثياب والأيدي . انظر : المعجم الوسيط ، مادة (أشن) .

(٤) في (أ ، ب) : « العدم » .

قال ابن الصلاح : « قوله في الصابون وعلى قول التعبد : (اختلفوا عند عدم التراب ؛ فمنهم من جوز ؛ لأن الاستظهار أيضًا مقصود) لقائل أن يقول : هذا مناقض لكونه تعبدًا . وجوابه : أن التعبد يتحقق بأن لايدرك العلة ، وإذا لم يدرك بعضها فلم يدركها ؛ لأن الشيء ينتفي بانتفاء بعض أجزائه ؛ لأن حقيقته لاتتحقق إلا بمجموعها ، والله أعلم » . المشكل (٢١/١ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « جوزه » .

---

(1) قوله : (الأشنان) هو بضم الهمزة وكسرها ، حكاهما أبو عبيدة والجواليقي ، قال : وهو فارسي معرب ، وهو بالعربية (حُرُضٌ) .

بين نوعي الطهور لم يُجَوِّز [١] .

وقد قيل : يجوز في الثوب لا في الإناء ؛ لأن التراب يفسد الثوب وهو بعيد .

الثاني : التراب النجس اكْتَفَى به مَنْ عَلَّل بالاستطهار ، ولم يُجوزه مَنْ مال إلى التعبد ، أو إلى الجمع بين نوعي الطهور .

الثالث : إذا مزج التراب بالخلِّ [٢] فهو جائز عند مَنْ يعلل بالاستطهار أو بالجمع [٣] بين نوعي الطهور ، و [هو] [٤] ممتنع عند مَنْ يميل إلى التعبد [1] .

الرابع : الغسلة الثامنة لاتقوم مقام التعفير إلا على وجه بعيد [2] في أن الماء أولى بالتعفير [٥] من التراب [٦] .

---

(١) جاء في الروضة (٣٢/١) : « ولا يقوم الصابون والأشنان ونحوهما مقام التراب على الأظهر ، كالتيمم » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا مزج التراب بالخل) صورته : ما إذا غسله سبعًا بالماء وحده ، ثم أوصل التراب مرة ثامنة إلى المحل بالخل . أما إذا مزج التراب بالخل ثم استعمله مع الماء ، فذلك جائز قطعًا ، ولا يتجه فيه خلاف ، إلا وجه ضعيف في أن ذلك يخرج التراب عن كونه طهورًا ، وليس ذلك مراد المصنف ، فإنه إنما منع منه وجه التعبد ، والله أعلم » . المشكل (٢٢/١أ) .

(٣) في (أ) : « الجمع » . (٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (أ ، ب): « من التعفير » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (الغسلة الثامنة لا تقوم مقام التعفير إلا على وجه بعيد في أن الماء أولى =

---

(1) قوله : (أربعة فروع) إلى آخرها ، هي كما قال ، إلا قوله : (إذا مزج التراب بالخل فهو جائز عند من يعلل بالاستطهار أو بالجمع بين نوعي الطهور ، ممتنع عند من يميل إلى التعبد) ، هذا مما خالف فيه الأصحاب فإنهم قالوا : الأصح أنه لا يجزئ الممزوج بِخَلٍّ ونحوه من المائعات على قولنا بالجمع بين نوعي الطهور . وصورة المسألة : أن يغسله سبعًا بالماء ، ثم يمزج التراب بخلٍّ فيغسل به ثامنة ، ولو غسل ستًّا بالماء وحده ثم سابعة بتراب ممزوج بمائع لم يكفِ على الصحيح . وفيه وجه ذكره البغوي وغيره .

(2) قوله : (إن الغسلة الثامنة تقوم مقام التعفير على وجه بعيد) ، هذا الوجه تفريع على اعتبار الجمع بين نوعي الطهور / كان الطهور متحدًا ، قال : وأما على قول التعبد أو الاستطهار فلا يجزئ قطعًا ، والله أعلم . ٣١/ب

فأما إذا ذرَّ الترابَ على المحل بعد الغسل لم يجز ، بل ينبغي أن يكدر به (١) الماء ؛ حتى يصل بواسطته إلى جميع أجزائه . هذا حكم الكلب .

أما الهِرَّة : فَسُؤرها طاهر ، ولكن إذا أكلت فأرة ، ثم ولغت في ماء قليل ففيه ثلاثة أوجه (1) :

أحدها : أنه نجس (٢) ؛ لتيقن نجاسة الفم ، مع أنه لم يتيقن زوالها .

والثاني : أنه طاهر ؛ لعموم الحاجة ، وقوله – عليه السلام –: « إنها من الطَّوَّافين عليكم و(٣) الطَّوَّافات » (٤) (2) .

= بالتطهير من التراب) هذا يتجه على القول بالاستظهار ، ولكن أي ذلك فيما علق عنه في الدرس فقال : إن عللنا بالتعبد فلا ، وإن عللنا بالاستظهار بشيء آخر فلا ؛ لأنه لابد من شيء آخر ليكون فيه مزيد كلفة وتغليظ فيتم الزجر عن مؤالفة الكلاب ، وإن عللنا بالجمع بين نوعي الطهور فيحتمل أن يقال : يقوم مقامه ؛ لأنهما نوعا طهور ، وإن كان الطهور متحدًا ، ويمكن أن يقال : أريد نوعا طهورٍ متعدد . قلت : فإذًا ليس المراد بالاستظهار المذكور الاستظهارَ في قلع النجاسة بل في مقصود الزجر عن مقاربة الكلاب فِطَامًا لهم عما اعتادوه من مؤالفتها ، والله أعلم » . المشكل (١/٢٢أ) .

(١) « به » : ليست في (أ ، ب) . (٢) في (ب) : « ينجس » .

(٣) في (أ ، ب) : « أو » .

(٤) الحديث أخرجه أبو داود ، عن كبشة بنت كعب بن مالك – وكانت تحت ابن أبي قتادة – أن أبا قتادة =

---

(1) قوله : (السؤر ، والفأرة) مهموزان يجوز تخفيفهما بحذفها .

وأصح الأوجه في ولوغ الهرة الثالث ، وصححه الأكثرون . ورجح المصنف في الوجيز والشيخ أبو إسحاق في غير « المهذب » و « التنبيه » العفو مطلقًا ، وعكسه الماوردي . والمائع كالماء القليل .

(2) قوله : (والثاني : أنه طاهر لعموم الحاجة ، وقوله ﷺ : « إنها من الطوافين عليكم ، أو الطوافات ») هذا الحديث صحيح رواه مالك في الموطأ ، والشافعي في مواضع ، وأبو داود والترمذي والنسائي بأسانيد صحيحة ، قال الترمذي : هو حسن صحيح ، وروي « أو الطوافات » بأو كما وقع هنا ، وهي للشك من الراوي ، أو للتقسيم في نوعي الذكور والإناث ، وهذا أظهر ؛ لأنه ثبت في روايات والطوافات بالواو ، =

الثالث : أنها إن غابت واحتمل ولوغها في ماء كثير فطاهر ، وإلا فنجس [١] .

أما الفأرة : إذا وقعت في ماء قليل وخرجت حَيَّةً ، فلا يُحكم بنجاسة الماء على الأظهر [٢] [1] .

= دخل فسكبت له وَضُوءه ، فجاءت هرة فشربت منه ، فأصغى لها الإناء حتى شربت ، قالت كبشة : فرآني أنظر إليه ، فقال : أتعجبين يا ابنة أخي ؟ فقلت : نعم . فقال : إن رسول الله ﷺ قال : « إنها ليست بنجس ، إنها من الطوافين عليكم والطوافات » ، سنن أبي داود : (٦٠/١) (١) كتاب الطهارة (٣٨) باب سؤر الهرة (٧٥) ، الترمذي : (١٥٣/١ ، ١٥٤) أبواب الطهارة (٦٩) باب ما جاء في سؤر الهرة (٩٢) ، والنسائي : (٥٥/١) (١) كتاب الطهارة (٥٤) باب سؤر الهرة (٦٨) ، وابن ماجه : (١/ ١٣١) (١) كتاب الطهارة وسننها (٣٢) باب الوضوء بسؤر الهرة والرخصة في ذلك (٣٦٧) .

وقد أخرج الحديث أيضًا : أحمد : (٢٩٦/٥ ، ٣٠٣ ، ٣٠٩) ، ومالك في الموطأ : (٢٣/١) ، والشافعي في المسند : (٥/٦) بهامش الأم ، وابن حبان : (٢٩٤/٢) ، وابن خزيمة : (٥٥/١) ، والحاكم : (١٦٠/١) .

قال النووي : « وهذا الحديث عمدة مذهبنا في طهارة سؤر السباع وسائر الحيوان ، غير الكلب والخنزير وفرع أحدهما » ثم تكلم عن طرقه واختلاف ألفاظه فليراجع : المجموع (١٧١/١ ، ١٧٢) .

(١) في (أ ، ب) : « نجس » .

(٢) قال ابن الصلاح : « علل الدرس القول بأن الماء القليل لاينجس إذا خرجت الفأرة منه حية ، بأنه - سبحانه وتعالى - خلق الحيوانات خلقة تتقلب معها منافذها ، حالة بروز الخارج منها ، ثم يعود المنفذ إلى ما كان ، من غير أن تلاقي النجاسةُ البشرة الطاهرة ، حتى لو رؤيت النجاسة على منفذها حكمنا بنجاسة الماء . قال : والوجهان في غير الآدمي من الحيوانات والطيور ، والله أعلم » . المشكل (٢٢/١أ - ٢٢ب) .

= وراوي الحديث أبو قتادة .

فإن قيل : كيف احتج المصنف بالمناسبة قبل الحديث وهو خلاف الأدب والعادة ؟ فجوابه من وجهين ؛ أحدهما : أنه أشار بقوله لعموم الحاجة إلى قوله تعالى : ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ ، فكان استدلاله بالكتاب ثم السنة . والثاني : أن الدلالة في عموم الحاجة أظهر منها في هذا الحديث فقدَّمها .

(1) قوله في الفأرة المنغمسة في ماء قليل : (لاينجسه على الأظهر) ، يعني من الوجهين ، والمائع كالماء القليل في هذا ، والعصفور نحوه كالفأرة .

ولا مبالاة بتقدير النجاسة على محل النَجْوِ منها (١) ، بخلاف الآدمي إذا استنقع في ماء قبل الاستنجاء بالماء ، فإنه ينجس الماء القليل ؛ فإن الأولين لم يلتفتوا إلى تقدير ذلك في الفأرة .

هذا كيفية الغسل في النجاسات ، أما الغُسَالة ففيها ثلاثة / أقوال [1] : ٣/أ

القديم : أنه طاهر أبدًا مالم يتغير (٢) .

والجديد : أنه إن طهر المحل فطاهر مالم يتغير (٣) [2] ، وإن لم يطهر [المحل] (٤) فنجس ، فكان (٥) حكمها حكم المحل بعد الغسل .

---

(١) في (أ ، ب) : « فيها » .

(٢) الضمير المذكر عائد على الماء المستعمل في الغسل ، وليس عائدًا - بالطبع - على الغسالة .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (الجديد أنه إن طهر المحل فهو طاهر ما لم يتغير) فقوله في هذا غير متصور إلا على وجه ضعيف ذكره صاحب « التتمة » ؛ أنه يطهر إذا انفصل الماء غير متغير ، والنجاسة غير باقية ، فإذًا ينبغي أن تناوله ، ويحمل ذلك على تغير يحدث فيها بعد انفصالها عن المحل ، فإن المغير للماء ربما تأخر تأثيره عن حالة وقوعه ، فاعلم ذلك ، والله أعلم » . المشكل (١/٢٢ب) . وراجع الروضة : (١/٣٤) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .   (٥) في (ب) : « وكان » .

---

(1) قوله : (في الغسالة ثلاثة أقوال : القديم : طاهرة مالم يتغير . والجديد : إن طهر المحل فطاهرة مالم يتغير ، وإلا فنجسة ، وحكمها حكم المحل بعد الغسل . والثالث - مخرج - : أن حكمها حكم المحل قبل الغسل) .

هذة الأقوال مشهورة في كتب الخراسانيين ، وحكاها العراقيون أوجهًا ، والصحيح في الطريقين ما حكاه هنا عن الجديد .

وصورة المسألة : أن لا تبلغ الغسالة قلتين ولا يزيد وزنها ولايتغير ، فإن تغير طعمها أو لونها أو ريحها بالنجاسة فنجسة قطعًا / كما أشار إليه . وإن زاد وزنها فنجسة قطعًا ، وقيل فيها الخلاف . ٣٢/أ

وإن بلغت قلتين فطاهرة قطعًا ومطهرة على المذهب ، وقيل : وجهان كالمستعمل في الحدث .

والقائل بالتخريج هو أبو القاسم الأنماطي . قال الفوراني وغيره : خرجه من رفع الحدث ، فإن حكمه حكم المحل قبل رفع الحدث ، ومعناه : أن المنع المقدر في أعضاء الوضوء انتقل إلى الماء ، فكذا هنا انتقلت النجاسة التي في المحل إلى الماء ، والله أعلم .

(2) وأما قوله : (فالجديد إن طهر المحل فطاهرة مالم يتغير) فمقتضاه أن المحل قد يطهر مع تغير الغسالة ، وليس الحكم كذلك ، بل مادامت الغسالة متغيرة فالمحل نجس على الجديد وغيره ، هذا هو المذهب .

وحكى المتولي وجهًا ضعيفًا : أن في الغسالة إذا انفصلت متغيرة وقد زالت النجاسة عن المحل يكون المحل طاهرًا مع أن الغسالة نجسة قطعًا ؛ لأن موجب النجاسة هو التغير ، وهو موجود في الغسالة دون المحل . =

والثالث - وهو مُخَرَّج - : أن حكمها حكم المحل قبل الغسل ؛ [تخريجًا من رفع الحدث] (١) .

فعلى هذا لو أصابت قطرة من غُسالة الكلب - في الكَرَّة الثالثة - ثوبًا ، فلا يغسل على القديم ، ويغسل على الجديد أربعًا ؛ لأنه في (٢) حكم المحل بعد الغسل ، ويُعَفَّر إن كان التعفير قد بقي .

وعلى القول المخرج يُغسل خمسًا ؛ (٣ لأن حكمه ٣) حكم المحل قبل الغسل (٤) .

فرع : المستعمل في النجاسة إذا حكمنا (٥) بطهارته : هل يُستعمل في الحدث ؟ فيه

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) « في » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ) : « لأنه » .

(٤) قال الرافعي في سياق شرحه لهذه المسائل في « فتح العزيز » : « وينبغي أن ينتبه فيه لمسائل :

إحداها : أن ما ذكره من الخلاف مخصوص بالماء القليل إذا غسل به النجاسة ، وإن أطلق اللفظ ، وإلا فلا خلاف في أن الكثير لاينجس إلا بالتغير .

الثانية : أطلق الخلاف فيها إذا لم يتغير ، ولو لم يتغير ، ولكن ازداد وزنه عند الانفصال على ما كان ، فهو نجس بمثابة مالو تغير في أصح الوجهين .

الثالثة : الخلاف المذكور في المستعمل في واجب الإزالة . أما المستعمل في مندوبها ففيه وجهان ، أظهرهما : أنه طاهر طهور بلا خلاف ، والثاني : أنه كالمستعمل في واجبها ، فيعود فيه القول الأول والثالث دون الثاني » . فتح العزيز : (٢٧٣/١) ، وراجع : الروضة : (٣٤/١ ، ٣٥) .

(٥) في (أ ، ب) : « حُكِمَ » .

= والصواب نجاسته ؛ لأن الغسالة انفصلت وبقي منها جزء فيه ، وذلك الجزء نجس فنجس المحل .

فيحتمل أن المصنف اختار هذا الوجه الضعيف الذي حكاه المتولي ، ولكن تأويل كلامه على موافقة الأصحاب والمذهب أولى .

وقد تأوله الشيخ أبو عمرو بن الصلاح - رحمه الله - على تغير يطرأ على الغسالة بعد انفصالها عن المحل ؛ لأن المغير قد يتأخر تأثيره عن حالة وقوعه ، والله أعلم .

وجهان ، كالوجهين في المستعمل في الحدث ؛ أنه هل يستعمل في الخَبَث ؟ [١] [1] .

* * *

(١) راجع : المجموع : (١/١٥٦) ، وفتح العزيز : (١/١١١) .

---

(1) قوله : (المستعمل في النجاسة إذا حكمنا بطهارته هل يستعمل في الحدث ؟ فيه وجهان كالوجهين في المستعمل في الحدث أنه هل يستعمل في النجس ؟)

الصحيح من هذين : المنع ، كما أن الصحيح في عكسه : المنع . والقائل بالجواز في الموضعين الأنماطي وابن خيران ، وهذا الخلاف إنما هو في الغسلة الأولى ، أما الغسلة الثانية والثالثة بعد طهارة المحل ففي مصيرهما مستعملتين وجهان كعكسه .

المذهب : لا تصيران ، فيجوز الطهارة بهما عن الحدث والنجس . والثاني : تصيران مستعملتين ، فعلى هذا هل يجوز استعمالهما في إزالة النجاسة ؟ / فيه وجهان مشهوران في المستعمل في الحدث أنه هل ٣٢/ب يستعمل أيضًا في الحدث مرة أخرى ؟

أحدهما : المنع ، وأشهرهما على قولين ؛ الجديد : المنع . والقديم : الجواز ، فإن جوزنا استعمالهما في النجاسة ففي الحدث أولى ، وإلا ففيه الوجهان ؛ الصحيح : المنع ، والله أعلم .

الباب الثالث

في الاجتهاد بين النجس والطاهر [1]

ومَهْما اشْتَبَهَم (١) طاهر بنجس وجب الاجتهاد والبناءُ على غالب الظن .

وقال بعض أصحابنا : له أن يستعمل أي الماءين شاء ؛ لأنه استيقن الطهارة (٢) وشكَّ في النجاسة .

وهو ضعيف ؛ لأن يقين الطهارة عارَضَه (٣) يقين النجاسة [2] .

وقال المزني (٤) : يتيمم ولا يجتهد (٥) .

---

(١) كذا بالأصل ، وفي (أ ، ب) : « اشتبه » ، ولعله أولى .

(٢) في (أ ، ب) : « طهارته » . (٣) في (أ ، ب) : « يعارضه » .

(٤) انظر ترجمته في مقدمة التحقيق .

(٥) رجح الماوردي وجوب التحري والاجتهاد ، ثم قال : « وقال أبو إبراهيم المزني ، أبو ثور : ولا يجوز أن يجتهد ، بل يتيمم ويصلي ، ولا إعادة عليه ... فأما المزني فاستدل بأن اشتباه الطاهر بالنجس كاشتباه الماء بالبول ، فكذلك =

---

(1) قوله : (باب : الاجتهاد بين النجس والطاهر) الاجتهاد والتحري والتأخي بمعنى واحد وهو : قصد الشيء وطلب صوابه والبحث عن المقصود .

(2) قوله فيما إذا اشتبه إناءان طاهر ونجس : (وجب الاجتهاد . وقال بعض أصحابنا : له أن يستعمل أي الماءين شاء ؛ لأنه استيقن طهارته وشك في نجاسته . وهو ضعيف ؛ لأن يقين الطهارة عارضه يقين النجاسة) هذا الدليل مما يمنع ؛ لأن يقين النجاسة ليس في هذا الإناء المعين الذي أخذه للطهارة ، وإنما هو في جملة الإناءين ، فلا يعارض يقين أصل طهارته . وإنما الدليل المعتمد : أن الطهارة شرط لصحة الصلاة ، فلا تصح الصلاة إلا بطهارة متيقنة ، أو مستصحبة ، أو مظنونة .

فالمستصحبة : كطهارة من تيقن الطهارة وشك في الحدث ، والمظنونة : كطهارة من اجتهد في الإناءين وتوضأ بالمظنون ، وإذا ثبت هذا لزم منه أنه لا يجوز استعمال أحدهما بغير اجتهاد ؛ لأن طهارته ليست متيقنة ولا مظنونة ولا مستصحبة .

وأما قوله : (وجب الاجتهاد) ، فالمراد : إذا لم يقدر على غيره وضاق وقت الصلاة .

وإن كان الاجتهاد (١) في ثوبين صلى صلاتين فيهما (٢) .

ثم للاجتهاد شرائط ستة (٣) (1) :

الأول (٤) : أن يكون للعَلَامَة مجال في المجْتَهَد فيه ، كما إذا اشتبه إناءٌ نجسٌ بطاهرٍ ، (٥ أو ثوبٌ نجسٌ ٥) بطاهر . فإن (٦) اشتبهت (٧) أُختٌ من الرضاع بأجنبية ، فلا

= لا يجتهد في اشتباه الطاهر بالنجس ... والدليل على فساد ما ذهب إليه المزني : أن من قدر على ماء طاهر ووجد سبيلًا إلى استعماله لم يجزْ أن يتيمم ، ولزمه التوصل إلى استعماله ، وهذا واجد لماء طاهر ، وقادر على التوصل إلى استعماله بالاجتهاد ، فصار الاجتهاد واجبًا عليه ، كما يجب عليه لأجل التوصل إلى الماء بارتياد دلو وحبل وإصلاح مسيل وتنقية بئر ، ولأن كل عبادة تؤدى باليقين تارة ، وبالظاهر أخرى ، جاز التحري فيها عند الاشتباه كالقبلة » . وانظر مزيد تفصيل ومناقشته لرأي المزني في : الحاوي : (٣٤٤/١ ، ٣٤٥) ، والمجموع : (١٨٠/١ - ١٨٣) وترجيح الماوردي موافق بنص الشافعي ، انظر مختصر المزني بهامش الأم : (٤٧/١) ، وراجع : الأم (٩/١، ١٠) ، والروضة : (٣٥/١) .

وقد قال النووي : « الصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور وتظاهرت عليه نصوص الشافعي – رحمه الله – أنه لا تجوز الطهارة بواحد منهما إلا إذا اجتهد وغلب ظنه طهارته بعلامة تظهر ، فإن ظنه بغير علامة تظهر لم تجز الطهارة به) . انظر : المجموع : (١٨٠/١) ، فأوجب على الصحيح الاجتهاد كما اشترط ظهور علامة الطهارة.

(١) كذا بالأصل في الصلب وأيضًا في (أ) . أما النسخة (ب) وهامش الأصل من نسخة أخرى : « الاشتباه » ، وهو أولى .

(٢) « فيهما » : ليست في (أ) . (٣) « ستة » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « ومن الباب الثالث في الاجتهاد بين النجس والطاهر قوله : (وللاجتهاد شرائط ست ، الأول) هذا يستدعي أن يقول : الأولى على التأنيث ؛ لأن الشرائط جمع شريطة ، لكنه حاد عن اللفظ إلى المعنى ، والتقدير الشرط الأول ، والله أعلم » . المشكل (٢٢/١ ب) . والشرط جمعه شروط أو أشراط . انظر القاموس المحيط ، مادة (شرط) .

(٥) العبارة ليست في (أ) . (٦) في (أ) : « وإن » .

(٧) في الأصل : « اشتبه » والتذكير فيه خطأ ، والتصويب من (أ ، ب) .

(1) قوله : (ثم للاجتهاد شرائط ست ؛ الأول) الشرائط جمع شريطة ، وكان ينبغي أن يقول : الأُولى ، لكنه عدل إلى معناه ، وتقديره : الشرط الأول .

واعلم أنه جعل شروطه ستة مع أن الأصح عدم اشتراط ثالثها وخامسها .

وقد أكثر المصنف استعمال مثل هذه العبارة ومراده : أنه متى وجدت هذه الستة جاز الاجتهاد قطعًا ، فإن فقد بعضها ففيه خلاف ، ثم يوضح ذلك ، والله أعلم .

اجتهاد ؛ لأنه لا علامة ، (١ ولو اشتبه [لحمُ] ١) مُذَكَّاة بميتة فلا اجتهاد - أيضًا - على الأصح (٢) (1) .

الثاني : أن يكون في المجتَهَدِ فيه أصل مستصحب ، كالماء النجس مع الماء [الطاهر] (٣) ، فإن كان معه بول ، أو ماء وَرْدٍ واشتبه بالماء ، فالأظهر : منع الاجتهاد (2) ؛ فالاجتهادُ ضعيف في النجاسات (3) ، فلابُدَّ وأن يعتضد بالاستصحاب (٤) .

---

(١) في (ب) : « اشتبهت » ، والزيادة من تعليق ابن الصلاح التالي مباشرة .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله فيما لا مجال للعلامة فيه : (لو اشتبه لحم مذكاة بلحم ميتة) وإن كان في لفظي الميتة والمذكاة بعض النبو عن هذا ؛ وذلك لأن تصويره فيما إذا كانت الميتة والمذكاة بحالها لم يفصلا يُحْوِج إلى تصويره فيما إذا كانت الميتة ذبيحة مجوس أو نحو ذلك ، ثم لا يحصل حينئذٍ الغرض من ادعاء كونها مما لا مجال للعلامة فيه ؛ لأن ما يكون بحيث يتكلف في تصوير الاشتباه فيه ويتمحل ؛ لكون الأمارت المميزة المانعة من الاشتباه غالبة عليه ، لا يستقيم أن يدعي فيه أنه لامجال للعلامات فيه ، بل يصلح مثالًا لما يذكره في الشرط السادس وهو أن يكون للعلامات مجال في المجتهد فيه ، ثم تقع منه صورة لا تلوح فيها علامة ، ووجه تجويز الاجتهاد فيهما أنهما لا يخلوان من أمارة من حيث الثقل والخفة ، فإن لحم الميتة ثقيل يرسب في الماء أولًا ، بخلاف لحم المذكاة ، والله أعلم » . المشكل (٢٢/١ب - ٢٣أ) .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) والصحيح في المذهب : أنه لايجتهد مع البول ، ويتوضأ بكل واحدة مرة مع ماء الورد . انظر : الروضة (٣٦/١) .

---

(1) قوله : (ولو اشتبه ميتة بمذكاة فلا اجتهاد أيضًا على الأصح) ، يعني أصح الوجهين ، وجزم به العراقيون . وصورته : أنه يشتبه لحم ميتة بلحم مذكاة أو / مذكاة مسلم بمذكاة مجوسي ، قالوا : ومن ٣٣/أ علامات لحم الميتة أنه أثقلُ من المذكاة ، ويرسب في الماء قبله .

وقوله : (أيضًا) هو منصوب على المصدر ، قال أهل اللغة : هو من آض يئيض أيضًا ، إذا عاد ورجع ، يقال : آض فلانٌ إلى أهله ، أي رجع .

(2) قوله : (فإن كان مع الماء الطاهر بول أو ماء ورد ، فالأظهر : منع الاجتهاد) يعني أظهر الوجهين وبه جزم العراقيون .

قال البغوي وغيره - ممن حكى الوجه الضعيف في جواز الاجتهاد هنا -: لابد من ظهور علامة ، ولايجيء فيه الوجه المعروف في الماءين أنه يكفي الظن بلا علامة .

(3) قوله : (الاجتهاد ضعيف في النجاسات) احتراز من الأحكام .

الثالث : أن لايقدر على الوصول إلى اليقين [1] ، فإن قدر على الخلاص بيقين في موضع آخره ، كما إذا كان على شط البحر ، ففي جواز الاجتهاد وجهان [2] : وجه الجواز أنه (١) يقين في غير محل الاجتهاد فلا يمنع ، وعليه يُخَرَّجُ ما إذا كان أحد الإناءين ماءً (٢) مستعملًا أو ماءَ وردٍ (٣) ، إذ (٤) استعمالهما ممكن جميعًا ، وكذا (٥) إذا اشتبه الثياب ومعه ماء يغسل به (٦) ثوبه (٧) .

الرابع : أن تكون النجاسة مستيقنة في أحد الإناءين ، فإن كان مشكوكًا فيها فلا حاجة (٨ إلى الاجتهاد ٨) ، بل يأخذ باليقين السابق ، وإن (٩) كانت النجاسة غالبة على الظن ، فيلتحق بمحل الشك أو باليقين ؟ فعلى وجهين (١٠) :

---

(١) في الأصل : « أنها » ، وما أثبتناه في (أ ، ب) .

(٢) « ماء » : ليست في (أ) .

(٣) في الأصل ، (ب) : « وردًا » ، وله وجه ، وما أثبتناه من (أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « فإن ».

(٥) في (أ ، ب) : « وكذلك » .

(٦) « به » : ليست في (أ ، ب) .

(٧) قال النووي : « يجوز فيه على الأصح في الجميع » . الروضة : (٣٦/١) .

(٨) في (ب) : « للاجتهاد » .

(٩) في (أ) : « فإن » .

(١٠) في (أ) : « قولين » .

=

---

(1) قوله : (الشرط الثالث : لايقدر على الوصول إلى اليقين) ، هذا مما أنكره عليه الشيخ أبو عمر بن الصلاح وغيره - رحمهم اللّه - فقالوا : حقيقة الشرط ما هو خارج عن حقيقة الشيء ، مع كونه أمرًا وجوديًا تتوقف صحته عليه . قالوا : والوجودي احتراز من عدم المانع ، فإنه أمر خارج تتوقف صحته عليه أيضًا . قالوا : فلا يصح أن يجعل هذا شرطًا لما تقدر في أصول الفقه ، أن هذا وأمثاله من قبيل عدم المانع ، لامن قبيل الشروط وإن تساويا في توقف الحكم عليهما فهما متباينان في الحقيقة .

وقد استعمل المصنف مثل هذه العبارة في قوله : (شروط الصلاة ، منها : ترك الكلام ، وترك الأفعال) وهو مما أنكروه عليه ، واللّه أعلم .

(2) قوله فيما إذا قدر على اليقين : (ففي جواز الاجتهاد وجهان) ، أصحهما عند الجمهور : الجواز .

أحدهما : أنه لا حاجة إلى الاجتهاد ؛ لأن اليقين لا يُرفع بالشك (٠)[1] ، [كالطهارة

= قال ابن الصلاح : « ما ذكره صاحب الكتاب في غلبة الظن بالنجاسة محصوله أن ظن النجاسة إذا كان مرسلًا غير مستند إلى سبب معين ففي ثبوت النجاسة به قولان ، أما إذا استند إلى سبب معين كبول الظبية في الماء الكثير في المسألة المذكورة ، فإنه يحكم بالنجاسة قطعًا ، وهذا صحيح بدلالة خبر العدل ، فإنه يوجب الحكم بالنجاسة قطعًا ، ولانبالي بأن الأصل عدمها . وإثبات النجاسة بالظن المرسل ضعيف ، وهو خلاف ظاهر المذهب ، وقد قيل : إنه قول مخرج من أحد القولين في المقبرة القديمة التي لا يتحقق نبشها ، وذكر المحاملي أنه ليس بشيء وإن بقي التنجيس ، منصوص عليه في الأم وحرملة ، واللّه أعلم » . المشكل (٢٣/١أ) . وراجع : الأم (١٠/١) .

(٠) في (ب) : « للاجتهاد » بدل : « بالشك » .

قال ابن الصلاح : « قوله : (اليقين لا يرفع بالشك) هذا قد أنكره بعض الأصوليين على من يقوله من الفقهاء ، من حيث إن الشك إذا طري على اليقين رفعه لا محالة .

وليس الأمر على ما قال ؛ لأن المراد من ذلك أن حكم اليقين لا يرفع بالشك لا نفس اليقين ، واللّه أعلم .

والحاجة ماسة جدًّا في هذا المقام إلى ذكر مهمات كنت حققتها وأوضحتها فيما سبق لي من شرح مشكل « المهذب » ، وأنا أعيد ذكرها هنا إن شاء اللّه – تعالى – على وجهها ، فإن تعتبرها مع استقامتها تكلف فأقول :

أولًا : أنه يتردد على ألسنة الفقهاء أن الأصل والظاهر إذا تعارضا في مسألة كان فيها خلاف ، وممن أطلق ذلك من المذكورين : القاضي أبو سعيد الهروي مصنف كتاب « الأشراف على غوامض الحكومات » ، فإنه يقول : كل مسألة تقابل فيها أصلان أو أصل وظاهر ففيها قولان .

وهذا الإطلاق غير مرضي والتحقيق الأصولي قاضٍ في ذلك بالتفصيل ، فأقول : إذا تعارضا فالواجب النظر في الترجيح كما في سائر صور تعارض الدليلين ، فتارة يتردد في الراجح فيرجح الظاهر مرة ، ويرجح الأصل أخرى فيجعل في المسألة قولان ، كما في الصور التي تقدم ذكرها .

وتارة يترجح الدليل المقتضي للعمل بالظاهر قطعًا ، فنحكم بالظاهر قطعًا كما في ما ذكرناه من إخبار العدل بوقوع النجاسة ، ومن صور ذلك : ما إذا رأى ظبية تبول في ماء كثير ، ثم وجده متغيرًا ، فالطريقة الصحيحة أنا نحكم بنجاسته قولًا واحدًا .

وتارة يترجح الدليل المقتضي لاستصحاب الأصل فيقضى به قولًا واحدًا ، ومثال ذلك فيما نحن بصدده أن يظهر احتمال النجاسة وتعم البلوى بحيث تقضي عاطفة الشرع باستصحاب الطهارة قطعًا ، فمن أصاب =

---

(1) قوله فيما إذا غلب على الظن النجاسة : (فيلحق بالشك أم باليقين ؟) فيه قولان ؛ الأصح : يلحق بالشك ، فيجوز استعماله بغير اجتهاد ، عملًا بالأصل .

=

مع الحدث][1] .

والثاني : (٢ أنه يجتهد ٢) ؛ لأن غلبة الظن لها تأثير في النجاسات ؛ فإنها مطلوب بالاجتهاد (٣) بخلاف الأحداث ؛ فإنه لامدخل للاجتهاد فيها . وعلى هذا يخرج جواز الصلاة في ثياب مدمن الخمر والنصارى [والقصابين (٤) والتوضُّؤ من أواني الكفرة (٥) المتدينين باستعمال النجاسة ، والصلاة في المقابر المنبوشة ، ومع طين الشوارع (1) ؛ فإن الغالب في الكل : النجاسة ، نعم يُعْفَى من طين الشوارع عمَّا (٦) يتعذر الاحتراز عنه .

= ثوبه شيء من لعاب الخيل أو البغال أو الحمير أو عرقها ، جازت صلاته فيه ، قطع الشيخ أبو محمد الجويني - رحمه الله - بذلك في كتاب التبصرة في الوسوسة ، وذكر أنها وإن كانت لاتزال تتمرغ في الأمكنة النجسة ، وتحك بأفواهها قوائمهما التي لاتخلو من النجاسة ، فإنا لا نتيقن نجاسة عرقها ولعابها ؛ لأنها تخوض الماء الغمر وتغسل أبدانها وتكرع في الماء الكثير كثيرًا ، فَغَلَّبْنا أصلَ الطهارة في لعابها وعرقها ، ولم يزل رسول الله ﷺ وأصحابه والمسلمون بعدهم يركبون الخيل والبغال والحمير في الجهاد وسائر الأسفار ، ولايكاد ينفك الراكب في مثل ذلك عن أن تصيب ثوبه شيء من عرقها أو لعابها ، ثم كانوا يصلُّون في ثيابهم التي ركبوا فيها ، وما كانوا يُعِدُّون ثوبين : ثوبًا للركوب ، وثوبًا للصلاة ، والله أعلم » . المشكل (٢٣/١أ - ٢٤أ) ، وراجع : المجموع (٢٠٨/١ - ٢١٤) .

(١) الزيادة من (ب) . (٢) في (أ) : « أن له أن يجتهد » .

(٣) في (أ) : « الاجتهاد » ، وفي (ب) : « الاجتهاد فيها » .

(٤) زيادة من (أ) . (٥) في (أ) : « الكفار » .

(٦) في (أ ، ب) : « ما » .

= قوله : (لأن اليقين لا يرفع بالشك) معناه : حكم اليقين .

(1) قوله : (وعلى هذا يخرج جواز الصلاة في ثياب مدمني الخمر ، والنصارى ، والقصَّابين ، والتوضؤ من أواني الكفار المتدينين باستعمال النجاسة ، والصلاة في المقابر المنبوشة ، ومع طين الشوارع) . الصحيح في جميع هذه المسائل : الحكم بالطهارة .

وقوله : (التوضؤ) ، الأجود الوضوء ، والمتدينون باستعمال / النجاسة هم الذين يعتقدون ذلك دينًا وقُرْبة ، كبراهمة الهند . ٣٣/ب

وقوله : (المقابر المنبوشة) مما غلطوه فيه ، فإن المنبوشة نجسة بلا خلاف ، وإنما الخلاف في المشكوك في نبشها .

ومهما أخبره عدل بولوغ الكلب في أحد الإناءين ، فهذا (١) كاليقين (٢ فلا يحتاج إلى الاجتهاد ٢) (1) .

وإن قال : أحدهما نجس لم يلزمه القبول ؛ إذ المذاهب مختلفة في أسباب النجاسة (2)، فلعله اعتقد النجاسة فيما ليس بنجس .

وقد نَصَّ الشافعيُّ – رضي اللّه عنه – على أنه لو رأى ظَبْيَةً تبول في ماء فانتهى إلى الماء وهو متغير ، فلا (٣) يدري أنه من طول المكث أو البول : أخذ بنجاسته ؛ إحالة على

---

(١) في (أ ، ب) : « فهو » .

(٢) كذا وقعت في الأصل و (ب) ، أما في (أ) : « فيحتاج إلى الاجتهاد » ، ولا يخفى ما بينهما من تعارض . ويمكن أن يجاب عن هذا الإشكال بما يلي : إن كان المخبر العدل واحدًا ، وأخبر أن أحد الإناءين بعينه هو الذي أصابته نجاسة ، صار ذلك كاليقين ، ولا حاجة إلى الاجتهاد ، وعلى هذا يحمل ما أثبتناه في المتن . أما إذا أخبر بأن أحد الإناءين – لا على التعيين – قد أصابته نجاسة ، احتيج مع ذلك للاجتهاد ، وعليه تحمل العبارة الثانية .

وإن كان الخبر من اثنين تعارض قولهما فقال عدل : أصابت النجاسة هذا الإناء دون الثاني ، وقال الثاني : بل أصابت الإناء الثاني دون الأول ، فما الحكم ؟ ، قال النووي : « حكم بنجاستهما ؛ لاحتمال الولوغ في وقتين ، فإن عينا وقتًا بعينه ، عُمِلَ بقول أوثقهما عنده على المختار الذي قطع به إمام الحرمين . فإن استويا ، فالمذهب أنه يسقط خبرهما ، وتجوز الطهارة بهما ، وفيه طرق للأصحاب » . انظر : الروضة (٣٨٨) ، وفي كل ما ذكر النووي لاحاجة إلى الاجتهاد .

(٣) في (أ) : « لا » .

---

(1) وقوله : (ومهما أخبره عدل بولوغ الكلب في أحد الإناءين فهذا كاليقين فلا يجتهد) ، وقد وقع في بعض النسخ : (فلا يحتاج إلى الاجتهاد) ، وكلاهما صحيح لكن الأول أجود ، ومعناه : أنه نجس ، فلا يجوز الاجتهاد .

وأما قوله : (أخبره عدل) ، فكان الأجود الأعم أن يقول : (ثقة) ليدخل العبد والمرأة ونحوهما ، فإنهما كالعدل في هذا قطعًا ، ولو أخبره به كافر أو فاسق لم تقبل ، وكذا الصبي المميز على الصحيح .

(2) قوله : (وإن قال : أحدهما نجس لم يلزمه القبول ؛ إذ المذاهب مختلفة في أسباب النجاسة) ، هذا الذي قاله محمول على مخبر ليس بفقيه لايعلم موافقته له في المذهب ، فإن كان فقيهًا موافقًا له في المذهب لزمه القبول منه ، صرح به الأصحاب ونص عليه الشافعي .

السبب الظاهر (١) (1) .

الخامس : أن يكون المجتهد بصيرًا ، فالأعمى يجتهد في وقت الصلاة بالأوراد ، ولا يجتهد في القبلة . وهل يجتهد في الأواني ؟ (2) فعلى وجهين ؛ لتردد الأواني بين الأصلين . ويُدْرِك الأعمى نجاسة أحد الإناءين بولوغ الكلب بنقصان الماء واضطرابه وابتلال طرف الإناء .

السادس : أن تلوح له علامة في اجتهاده (3) . فإن تأمل ولم (٢)يظهر له علامة تيمم (٣)

---

(١) انظر : الأم (١/١٠) . (٢) في (أ ، ب) : « فلم » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قول صاحب الكتاب : (السادس : أن تكون له علامة في اجتهاده ، فإن تأمل فلم تظهر له علامة تيمم) يعترض فيه عليه بأن يقال : ظهور العلامة من ثمرات الاجتهاد ، فهو متأخر عنه ، فلا يصح جعله شرطًا للاجتهاد ؛ لأن شرط الشيء يتقدم عليه ولا يتأخر .

وكنا نجيب عنه بأنه لم يُرِدْ بقوله أولًا : (للاجتهاد شرائط ست) نفس الاجتهاد ، بل الاجتهاد المعمول به ، ثم فهمت مما عُلِّق عنه في الدرس أنه ليس مراده أن تلوح له علامة يعمل بها ، بل علامة ينظر فيها ، وهذا يتقدم الاجتهاد وهو من شروطه ، فإنه لايمكن الاجتهاد بذلك ، والله أعلم » . المشكل (١/٢٥أ – ٢٥ب) .

---

(1) قوله : (نص الشافعي – رحمه الله – في مسألة بول الظبية على النجاسة) .

صورة المسألة : أن يكون ذلك الماء مما يجوز أن يتغير ببولها ، ثم إن الأكثرين أطلقوا المسألة كما أطلقها الشافعي .

وحكى البغوي وغيره عن بعض أصحابنا أن صورة المسألة : أن يرى الماء قبل بول الظبية غير متغير ، ثم يراه عقب بولها متغيرًا ، فأما إذا لم يره قبل البول ، أو رآه وطال عهده فالماء طاهر .

(2) قوله : (في الأعمى هل يجتهد في الأواني ؟ فيه وجهان) ، صوابه : قولان ؛ أصحهما : جوازه ، فإن اجتهد فتخير فله التقليد على الأصح ؛ لضعف اجتهاده .

(3) قوله : (السادس : أن تلوح له علامة) ، هذا مما اعترضوا عليه فيه ؛ لأن ظهور العلامة ليس من شروط جواز الإقدام على الاجتهاد ، وإنما هو ثمرته .

قال الشيخ أبو عمرو : كنت أجيب عنه بأنه لم يُرِدْ بقوله أولًا : (للاجتهاد شرائط ست) مجرد نفس الاجتهاد ، بل مراده : الاجتهاد المعمول به ، قال : ثم فهمت مما علق عنه في الدرس أنه ليس مرداه أن يلوح له علامة يعمل بها ، بل مراده : علامة ينظر فيها ، وهذا شرط وهو متقدم على الاجتهاد . هذا آخر كلام أبي ٣٤/أ عمرو / .

وصلى وأعاد الصلاة ؛ لأنه تيمم ومعه ماء مستيقن الطهارة وإن كان عاجزًا لجهله (١) ، ولكن الجهل ليس بعذر ، فإن صب الماء قبل التيمم سقط القضاء (1) ، وهو معذور في صَبِّه ، بخلاف ما إذا كان الماء طاهرًا ، فإن ذلك لا يُسقط القضاء في أحد الوجهين ؛ لأنه مُتَعَدٍّ بالصب (٢) .

فروع ثلاثة :

الأول (٣) : إذا صب أحدَ الإناءين قبل الاجتهاد ، أو غسل أحد الثوبين ، فهل يجوز

(١) في (أ) : « بجهله » .

(٢) وراجع : فتح العزيز : (٢٨٣/١ وما بعدها) ، والروضة : (٣٦/١) ، والحاوي : (٣٤٧/١ - ٣٤٨) .

(٣) « الأول » : ليست في (أ).

(1) قوله : (فإن تأمل فلم تظهر علامة تيمم وصلى وأعاد الصلاة ، فإن صب الماء قبل التيمم سقط القضاء) ، هذه العبارة توهم الأمر بالتيمم مع بقاء الماء ، وهذا لم يقله أحد ، بل اتفق الأصحاب على أنه يؤمر بأن يصبهما ، ثم يتيمم ويصلي ولايعيد .

قالوا : فإن تيمم قبل الصبِّ وصلى لم يصح تيممه ولا صلاته ، هكذا قطع به الجمهور .

وفي « البيان » وجه شاذ : أنه لا إعادة .

وفي « الحاوي » وجهان ؛ أحدهما : يجب تقديم الصبِّ على التيمم ؛ ليصح تيممه بلا إعادة . والثاني - قال ، وهو قول جمهور أصحابنا - : لايجب الصبُّ لكن يستحب ؛ لأنه ليس معه ماء يقدر على استعماله ؛ فجاز التيمم ، قال : ويجب الإعادة ؛ لأن معه ماءً طاهرًا . وهذا الثاني ضعيف ؛ لأن عدم القدرة على استعماله لو كان عذرًا لما وجبت الإعادة ، فحصل ثلاثة أوجه ؛ الصحيح الذي قطع به الجمهور : لايصح التيمم قبل الصبِّ ؛ فيجب تقديم الصب ، فإن تركه لزمه إعادة الصلاة . والثاني : لا إعادة . والثالث : يستحب تقديم الصب ، فإن تركه أعاد الصلاة ، والله أعلم .

قال الماوردي وغيره : فلو كان الإناءان بحيث لو خلطا بلغا قلتين وأمكن ذلك ، وجب بلاخلاف .

وأما قول المصنف : (سقط القضاء) فمراده : امتنع القضاء ، وليس المراد السقوط الحقيقي وهو السقوط بعد الثبوت ، وهذه العبارة ونحوها يتكرر في كتب الأصحاب ، ومعناها ما ذكرنا .

له الأخذ بالطهارة بالظاهر في الثاني ؟ فعلى وجهين [1] :

أحدهما : نعم ؛ لأنه بقي شاكًّا في نجاسته مع يقين الطهارة .

والثاني : لا ؛ إذ كان الاجتهاد واجبًا قبل الصَّبِّ ، فبعده كذلك . ولو أصاب أحد كُمَّيْهِ نجاسةٌ وأشكل [(١)] فاجتهد ، وغسل ما أدَّى إليه اجتهاده ، ففي صحة صلاته وجهان . ومنشأ المنع : أن هذا اجتهاد خالٍ عن الاستصحاب [2] ، فهو كماء الورد مع الماء .

الثاني : إذا أدى اجتهاده إلى أحد الإناءين ، فصلى به الصبح ، فأدى [(٢)] اجتهاده عند الظهر إلى الثاني ، ولم يبقَ من الأول شيء [(٣)] ، نصَّ الشافعيُّ – رضي اللّه عنه – أنه

---

(١) في (أ ، ب) : « فأشكل » .　　(٢) في (أ) : « وأدَّى » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ولم يبقَ من الأول شيء) هذا ليس شرطًا في الحكم المذكور عقبه ، فإنه إذا كانت قد بقيت من الأول بقية فالحكم في ذلك كالحكم [إن لم يبق منه شيء] ، وإنما تأثيره في أنه لايجيء فيه الخلاف المذكور في قضاء الصلاة الثانية ، بل يجب قضاؤها على ما قطع به فيما إذا تحير ولم يجتهد ؛ لأن معه ماء طاهرًا بيقين . واللّه تعالى أعلم » . المشكل (١/٢٥ب) .

---

(1) قوله : (إذا صب أحد الإناءين قبل الاجتهاد ، أو غسل أحد الثوبين ، فهل يجوز له الأخذ بالطهارة في الثاني ؟ فعلى وجهين) ؛ الأصح عند الأكثرين : لايجوز الأخذ بطهارته ولا اجتهاد فيه ، ولو انصب فهو كما لو صبّه .

٣٤/ب فإن قلنا بالأصح فوجهان ؛ أحدهما : يجتهد فيه ، / وقد أشار المصنف إلى الجزم به ، وأصحهما : لايجتهد ؛ لأن الاجتهاد إنما يكون بين شيئين . وحاصل المسألة ثلاثة أوجه :

الصحيح عند الأكثرين : لايجوز الاجتهاد في الباقي ، بل يتيمم ويصلي ولايعيد ؛ لأنه ممنوع من استعماله . والثاني : يتوضأ به بلا اجتهاد . والثالث : يجتهد ، فإن ظهرت له نجاسته تيمم ، وإن ظهرت طهارته توضأ به وصلى ، ولا إعادة على التقديرين ، واللّه أعلم .

(2) قوله : (ولو أصاب أحد كُمَّيْه نجاسة وأشكل فاجتهد وغسل ما أدى إليه اجتهاده ، ففي صحة صلاته وجهان ؛ وجه المنع : أنه اجتهاد خالٍ عن الاستصحاب) .

هذه المسألة مكررة ذكرها المصنف بعد هذا في شروط الصلاة . والأصح : بطلان صلاته .

وقوله : (خالٍ عن الاستصحاب) معناه ما ذكره في شروط الصلاة أنه تيقن نجاسة الثوب ولم يتيقن طهارته .

يتيمم ولا يستعمل الآخر ؛ لأن الاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد (١) .

وخَرَّجَ ابن سريج قولًا (٢) : أنه يستعمله (٣) ويُورده على جميع موارد الأول ؛ لئلا (٤) يكون مُصَلِّيًا مع يقين النجاسة . وهو الأصح (1) ؛ لأن هذه قضية مستأنفة . فلا (٥) يؤثر فيها الاجتهاد الماضي (٦) .

فإن فرعنا على النَّص لم يقضِ صلاته (٧) الأولى . وهل يقضي الثانية ؟ فيه (٨)

---

(١) راجع نص الشافعي في : الأم (٩/١ ، ١٠) .

(٢) « قولًا » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ) : « يستعمل » .

(٤) في (أ ، ب) : « كي لا » .

(٥) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٦) وراجع : الروضة (٣٧/١) .

(٧) في (أ ، ب) : « الصلاة » .

(٨) « فيه » : ليست في (أ) .

---

(1) قوله : (إذا أدى اجتهاده إلى أحد الإناءين فصلى به الصبح ، وأدى اجتهاده عند الظهر إلى الثاني ولم يبقَ من الأول شيء ، نص الشافعي – رحمه الله – أنه يتيمم ولايستعمل الآخر . وخرَّج ابن سريج : أنه يُسْتَعْمل ويورده على جميع موارد الأول ، وهو الأصح) .

أما قوله : (ولم يبقَ من الأول شيء) فزيادة فاسدة لا حاجة إليها ، فإن الخلاف والحكم المذكور جاريان سواء بقي من الأول شيء أم لا .

وهذه الزيادة ذكرها المصنف أيضًا في « البسيط » ولم يذكرها في « الوجيز » ، قال في « البسيط » : إذا بقي من الأول بقية فالحكم في استعمال الثاني على الخلاف بين النص وابن سريج ، ولكن يجب قضاء الصلاة الثانية هنا قطعًا تفريعًا على النص ، بخلاف ما إذا لم يبقَ من الأول شيء ، فإن في وجوب القضاء الوجهين المذكورين في الكتاب .

فقوله : (يجب قطعًا) ليس كذلك ، بل فيه خلاف مشهور في « المهذب » وغيره ، وأما تصحيح المصنف قول ابن سريج ، فهو شذوذ منه مخالف لما أطبق عليه الأصحاب في الطريقتين ، وللنص وللدليل ؛ لأنه يوجب إيراده على جميع موارد الأول ، وهذا نقض للاجتهاد بالاجتهاد وهو غير جائز / . ٣٥/أ

قال الشيخ أبو حامد : أنكر أصحابنا أجمعون ما قاله ابن سريج .

وجزم القاضي حسين والبغوي وآخرون بالنص ، ولم يعرجوا على حكاية قول ابن سريج ، واتفقوا على : أنه – على قول ابن سريج – يجب إيراد الماء على جميع موارد الثاني ، والله أعلم .

وجهان [1] . وجه / (١) القضاء : أن معه ماءًا طاهرًا (٢) بحكم الاجتهاد ، فكان كالطاهر ٣/ب باليقين ، إذا (٣) التبس عليه (٤ وجه الاجتهاد ٤) .

وعلى مذهب ابن سريج : لاقضاء فى الصلاتين قطعًا ، كما إذا صلى إلى جهتين باجتهادين ولم يتعين الخطأ في أحدهما (٥) .

الثالث : ثلاثة أواني واحد منها نجس ، اجتهد فيها ثلاثة [2] ، ....

(١) في (أ) « ووجه » . (٢) في الأصل : « طاهر » ، وهو خطأ .

(٣) في (ب) : « كما إذا » . (٤) العبارة ليست في (أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « إحداهما » ، وله وجه إن أعدنا الضمير على « الجهتين » ، وفيما أثبتناه في المتن على « الاجتهادين » .

---

(1) قوله : (فإن فرعنا على النص لم يقضِ الصلاة الأولى ، وهل يقضي الثانية ؟ فيه وجهان) .

أما الأولي : فلايجب قضاؤها على المذهب ، وهو المنصوص وبه قطع الأصحاب إلا الدارمي فقال في وجوب إعادتها وجهًا ، وهو شاذ باطل .

وأما الثانية : ففي وجوب إعادتها ثلاثة أوجه ؛ أصحها : إن تيمم وقد بقي من الماء الأول شيء يجب استعماله ، وجبت الإعادة وإلا فلا . والثاني : يجب مطلقًا . والثالث : لايجب مطلقًا ، واللّه أعلم .

(2) قوله : (ثلاثة أواني أحدها نجس ، اجتهد فيها ثلاثة) إلى آخره .

فقوله : (ثلاثة أواني) مما ينكره أهل العربية ، لأن المفرد إناء وجمعه آنية ، ككساء وأكسية ، والأواني جمع الجمع ، فأقل جمع الجمع تسعة على قول الجمهور : إن أقل الجمع ثلاثة ، أو أربعة على قول من يقول : أقل الجمع اثنان ، فكان ينبغي أن يقول : ثلاثة آنية ، أو ثلاثة من الأواني .

والأصح من هذه الأوجه قول ابن الحداد ، وضابطه : أنه يصح لكل واحد الصلاة التي أمَّ فيها ، ويصح من أول اقتدائه بعدد بقية الطاهر ، فإذا كانت الأواني مائة ، واحد نجس والباقي طاهرات ، صح لكل واحد التي أمَّ فيها وثمانية وتسعون اقتداء ، ولايبطل إلا اقتداؤه الأخير .

ثم صورة المسألة : أن لانظن طهارة غير إنائه ، فإن ظن طهارة آخر معه صح اقتداؤه بصاحبه بلا خلاف ، وعلى جميع الأوجه تصح له التي أم فيها ، وإنما الخلاف في غيرها إلا وجهًا شاذًّا حكاه صاحب « البيان » أنه في صورة الثلاثة لاتصح ما أم فيها بعد اقتداء بين ، لأن إقدامه على الثاني اعتراف بطهارة إماميه ونجاسة إنائه ، وهذا خيال فاسد .

ولو سُمع حدث من أحد جماعةٍ فكالأواني . وقيل : لايضر الاقتداء هنا قطعًا ، وهو فاسد .

وأما ابن الحداد : فهو القاضي أبو بكر محمد بن أحمد المصري صاحب الفروع ، وهو من نظّار أصحابنا =

واستعمل [١] كلٌّ واحدٍ واحدًا وصَلَّوْا ثلاث صلوات بالجماعة ، كل واحد إمامٌ في واحدة :

قال صاحب التلخيص [٢] : لايصح لكل واحد ما كان مقتديًا فيه ؛ لأنه شاكٌّ في صحة صلاة إمامه ، فصار كالمقتدي بالخنثى .

وقال أبو إسحاق [٣] : الصلاة الأولى صحيحة لكل واحد في اقتدائه الأول [٤] ، وفي الاقتداء الثاني بطلت إحدى صلاتيه [٥] ؛ فيلزمه قضاؤهما ليتفصَّي عنه [٦] بيقين .

وقال ابن الحداد [٧] : الاقتداء الثاني في حق كل واحد باطل ؛ لأن فيه يتعين تقدير

---

(١) في (أ ، ب) : « فاستعمل » .

(٢) قال ابن الصلاح : « المراد بصاحب التلخيص ، أينما ذكره أبو العباس أحمد بن أبي القاص الطبري ، صاحب أبي العباس أحمد بن عمر بن سريج – رحمهما اللّه تعالى وإيانا آمين – » . المشكل (١/٢٥ب) . وانظر ترجمته في مقدمة التحقيق .

(٣) انظر ترجمته في مقدمة التحقيق. (٤) « الأول » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (ب) : « صلاتين » .

(٦) في (أ) : « عنهما » . ومعنى قوله : « ليتفصَّى) أي ليبرأ منه .

(٧) انظر ترجمته في مقدمة التحقيق .

= وكبارهم ومقدميهم ، تفقه على أبي إسحاق المروزي ، وكان إمامًا في الفقه والعربية ، تُوفِّي سنة خمس وأربعين وثلاثمائة .

وأما أبو إسحق المذكور في هذه المسألة فهو المروزي ، وهو متكرر في « الوسيط » وسائر كتب المذهب ، وحيث أطلق أصحابنا أبا إسحق في كتب المذهب فهو المروزي . وقد ينسبونه المروزي ، وقد يطلقونه ، وهو إمام جماهير أصحابنا وشيخ المذهب ، تفقه على ابن سريج ونشر مذهب الشافعي في العراق وسائر الأنصار ، وتفقه عليه كبار الأصحاب ، توفي بمصر سنة أربعين وثلاثمائة .

وأما صاحب « التلخيص » فهو : أبو العباس أحمد بن أبي أحمد المعروف بابن القاصّ بتشديد الصاد المهملة ، وُصِفَ أبوه بذلك ؛ لأنه كان يقص على الناس ويعظهم ويرغبهم في الجهاد ، ولأبي العباس هذا مصنفات كثيرة نفيسة ، من أنفسها « التلخيص » تفقه على ابن سريج ، تفقه عليه أهل طبرستان ، توفي بطرسوس سنة خمس وثلاثين وثلاثمائة .

النجاسة (١) (1) .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « فصل ينتفع به إن شاء اللّه - تعالى - في الميز بين موقع الوسواس المذموم ، وموقع الاحتياط المحمود ، في باب الطهارة والنجاسة . وفيه مسائل :

الأولى : ذكر صاحب (نهاية المطلب) أن ما يتردد في طهارته ونجاسته مما في الأصل طهارته ثلاثة أقسام :

أحدها : ما يغلب على الظن طهارته ، فالوجه : الأخذ بطهارته ، ولو أراد الإنسان أن يطلب يقين الطهارة فلا حرج عليه ، بشرط أن لا ينتهي إلى الوساوس التي تنكّد عليه عيشه وتُكَدِّرُ عليه وظائف العبادات ، فإن المنتهي إلى ذلك خارج عن مسالك السلف الصالحين ، والوسوسة مصدرها الجهل بمسالك الشريعة ، أو نقصان في غريزة العقل . الثاني : ما تستوي في طهارته ونجاسته التقديرات ، فيجوز الأخذ بطهارته ولو انْكَفَّ المرءُ عنه كان محتاطًا . الثالث : ما يغلب على الظن نجاسته ، فللشافعي فيه قولان : أحدهما أنه يجب الأخذ بنجاسته ، والثاني : يجوز الأخذ بطهارته .

المسألة الثانية : اشتد نكير الشيخ أبي محمد الجويني - رحمه اللّه - في كتابه في (الوسوسة) على من لا يلبس ثوبًا جديدًا حتى يغسله ، لما يقع ممن يعاني قَصْرَ الثياب ودَقِّها وتخفيفها من إلقائها وهي رطبة على الأراضي النجسة ، ومباشرتها بما يغلب على القلوب نجاسته من غير أن تغسل بعد ذلك . وذكر أن هذه الطريقة بعينها هي طريقة الخوارج الحرورية ، أبلاهم اللّه تعالى بالغلو في غير موضع الغلو ،.. وبالتهاون في موضع الاحتياط .

ومن سلك ذلك فكأنه يعترض على أفعال رسول الله ﷺ والصحابة والتابعين وسائر المسلمين ، فإنهم كانوا يلبسون الجدد من الثياب قبل غسلها ، وحال الثياب في أعصارهم كحالها في عصرنا ، ولو أمر رسول اللّه ﷺ بغسلها لما خفي ذلك ، فإنه مما تعم به البلوى .

أرأيت لو أمرت بغسلها ، أكنت تأمن من أن يصيبها في الغسل ما يتوهم من النجاسة ؟ فإن قلت : أباشر غسلها بنفسي ، فهل سمعت أحدًا يروي في ذلك خبرًا عن رسول اللّه ﷺ ، أو عن أحد من الصحابة ، أنهم كانوا يوجهون على الإنسان من طريق اللزوم أو طريق الاحتياط أن يباشر بنفسه غسل ثيابه حتى يأمن عليها أوهام النجاسة ؟ واللّه أعلم .

الثالثة : قال الشيخ أبو محمد : نبغ أقوام يغسلون أفواههم إذا أكلوا خبزًا ، ويزعمون أن الحنطة تداس =

(1) قوله : (وقال ابن الحداد : الاقتداء الثاني باطل ، لأن فيه يتعين تقدير النجاسة) ، هذا مما أنكروه ، وصوابه : لأن به يتعين تقدير النجاسة ، ولكن قد يقال : وإن تعين به لايلزم منه بطلان الثانية ، وصحة الأولى .

بالثيران ، فهي تبول أو تروث في المداسة أيامًا طويلة ، ولا يكاد يخلو طحين تلك الحنطة وخبزها عن النجاسة . ثم ذكر أن هذا من مذهب الغلو والخروج عن عادة السلف ، فإنا نعلم أن الناس في الأعصار السالفة مازالوا يدرسون بالحيوانات كما يفعل أهل هذا العصر ، وما روي عن النبي ﷺ ولا عن أحد من الصحابة والتابعين وكل ذي تقوى وورع أنهم رَأوا غسل الفم من ذلك .

قلت : والفقه في ذلك أن ما في أيدي الناس من القمح المنجس بذلك ونحوه يسير جدًّا بالنسبة إلى القمح السالم من النجاسة ؛ فقد اشتبه إذًا واختلط قمح نجس قليل بمالا يحصر من القمح الطاهر ، فلا منع ، بل يجوز التناول من جانبٍ كما إذا اشتبهت أخته من الرضاع واختلطت بنساء أهل بلد لا يحصرون ، فإنه يجوز له التزوج من جانب ، وهذا بالجواز أولى . وفي كلام الأستاذ أبي منصور البغدادي في شرحه للمفتاح إشارة إلى أنه وإن تعين ما سقط عليه الروث في حال الدياسة ، فهو في محل العفو ؛ لعسر الاحتراز منه . والله أعلم .

الرابعة : مهما لم يكن الشك في النجاسة واقعًا فيما تعم به البلوى وكان لا يلزم من الاحتراز عنه مثل ما سبق من التشديد والغلو والتعمق ؛ فالاحتراز عنه معدود من الورع والاحتياط المحمود ، وذلك كالاحتراز من أواني المشركين التي لايغلب على الظن طهارتها ، وكسائر الشكوك في الصور الخاصة وما في معنى هذا . والله أعلم » . المشكل (١/٢٤أ - ٢٥أ). وراجع : المجموع (١/٢٠٦ - ٢٠٩) .

الباب الرابع

في الأواني

(وفيه ثلاثة فصول)

الأول : في المتَّخَذ من الجلود

وكل (١) جلد طاهر يجوز اتخاذ الأواني منه (1) ، وطهارة الجلد بالذكاة والدِّباغ (٢) .

أما الذَّكاة : فَتُطَهِّر جلدَ كل ما يُؤكل لحمه (٣) (2) .

وأما الدباغ : فيطهر كل جلد إلا [جلد] (٤) الكلب والخنزير وفروعهما ، خلافًا لأبي حنيفة ، فإنه عَمَّم أثر (٥ الدِّباغ والذكاة ٥) (3) جميعًا (٦) .

(١) في (أ) : « فكل » .

(٢) كذا بواو العطف في النسخ الثلاث ، وهي بمعنى « أو » ، وهو وجه جائز .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ومن الباب الرابع في الأواني قوله : (أما الذكاة فتطهر جلد كل ما يؤكل لحمه) ليس على حقيقته ؛ فإن الطاهر لا يطهر إذ الحاصل لا يحصل ، لكنه استعارة في استدامة الطهارة ؛ فإن الطهارة في الحالة الثانية مضاعفة إليها وكانت كالمطهرة فيها ، والله أعلم » . المشكل (١/٢٥ب) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « الذكاة والدباغ » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « حكي عن أبي حنيفة – رحمه الله – أنه عمم أثر الذكاة والدباغ جميعًا ، وصرح =

(1) قوله : (كل جلد طاهر يجوز اتخاذ الأواني منه) ، هذا ينتقض بجلد الآدمي فإنه طاهر على المذهب ، ويحرم استعماله بالإجماع ، ونقل الإجماع فيه ابن حزم والدارمي بمعناه ، ثم إنه احترز بالطاهر عن النجس ، فلا يجوز استعماله في المائع ، ويستثنى منه ما إذا كان جلدًا كبيرًا فيه قلتان فصاعدًا من الماء ، وأما استعماله في اليابس فيكره .

(2) قوله : (أما الذكاة فتطهِّر جلد كل ما يؤكل لحمه) ، هذا مما أُنْكِرَ عليه ، فإن الجلد طاهر في الحياة ، والطاهر لايطهر ؛ لأن تحصيل الحاصل / حمل عليه استعارة في استدامة الطهارة لمنع حدوث النجاسة . ثم ٣٦/أ إنه احترز بالمأكول عن غيره ، فإن ذكاته لاتمنع حدوث نجاسته إلا الآدمي على المذهب .

(3) قوله : (إن أبا حنيفة – رحمه الله – عمم أثر الذكاة والدباغ) هذا خلاف مذهب أبي حنيفة في الخنزير ، فإنه قال : لايطهر جلده بالذكاة ولا بالدباغ ، ولكن أبا يوسف قال بطهارته بالدباغ .

(ونون) الخنزير : أصلية ، وقيل : زائدة .

وأما الآدمي فلا ينجس بالموت على الصحيح [1] ، وإن (١) قيل بنجاسته ففي دباغ جلده تردد ؛ لأنه معصية (٢) [2] .

ثم كيفية الدِّباغ : إحالة باستعمال الشَّثِّ (٣) والقَرَظِ [3] و [استعمال] (٤) الأشياء

= في الدرس بأن أبا حنيفة قال : جلد الخنزير يطهر بالدباغ ولفظه هاهنا كالمصرح بذلك ، وفي الذكاة أيضًا ، وأبو حنيفة وأصحابه إنما مذهبهم أن جلد الخنزير لايطهر بذلك ، غير أن أبا يوسف رُوِيَ عنه طهارة جلد الخنزير بالدباغ ، والله أعلم » . المشكل (٢٥/١ب - ٢٦أ) . وهو الذي أكده الحنفية في كتبهم ، راجع مثلًا : بدائع الصنائع (٨٥/١ ، ٨٦) ، وحاشية ابن عابدين : (٢٠٤/١) .

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) في الروضة : « إذ قلنا بالقديم : إن الآدمي ينجس بالموت ، طهر جلده بالدباغ على الأصح » (٤١/١) .

وقال الكاساني : « وأما جلد الإنسان فإن كان يحتمل الدباغ وتندفع رطوبته بالدبغ ، ينبغي أن يطهر ؛ لأنه ليس بنجس العين ، لكن لايجوز الانتفاع ؛ به احترامًا له » انظر : بدائع الصنائع (٨٦/١) .

(٣) يمكن أن تقرأ : « الشب » بالباء الموحدة ، ويكن أن تقرأ : « الشث » بالثاء المثلثة ؛ نظرًا لعدم النقط في هذا الموضع من النسخ . انظر التعليق بعد التالي .

(٤) زيادة من (ب) .

---

(1) قوله : (الآدمي لاينجس بالموت على الصحيح) ، هذا الخلاف قولان مشهوران نص الشافعي - رحمه الله عليهما - الصحيح - باتفاق الأصحاب -: طهارته ، وهو نصه في « الأم » .

والثاني : النجاسة ، وهو نصه في البويطي .

وأما قول إمام الحرمين والغزالي في « البسيط » : (المنصوص طهارته ، والمخرج نجاسته) فغير مقبول بل هما منصوصان .

وقوله : (ينجس) بفتح الجيم وضمها ، وسواء المسلم والكافر في هذا . وأما قوله تعالى : ﴿ إنما المشركون نجس ﴾ ، فالمراد : نجاسة الاعتقاد لا الجثة .

(2) قوله : (وإن قيل بنجاسته ففي دباغ جلده تردد ؛ لأنه معصية) ، هذا التردد وجهان مشهوران ؛ أصحهما - بالاتفاق -: يطهر ، وإن كان الفعل حرامًا ، لأنه لمعنى آخر .

(3) قوله : (الشب والقرظ) هو بالباء الموحدة وبالمثلثة ، وكلاهما يُدْبَغُ به ، وضبطناه في « الوسيط » و « المهذب » بالمثلثة . ونقله الشيخ أبو حامد عن الأصحاب . وقاله الشافعي بالموحدة ، واختاره الأزهري .

و (القرظ) بالظاء المعجمة لا بالضاد ، وهو ورق شجر السَّلَم بفتح السين واللام .

الحرِّيفَة [1] ، المُنْتَزِعة للفضلات المعفنة (١) ، فلا (٢) يكفي تجميد الفضلات بالتَّتريب والتَّشميس [2] ، خلافًا لأبي حنيفة (٣) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « الشّبّ والقرظ المذكوران فيما يدبغ به ، أما القرظ فهو بالظاء المعجمة لا بالضاد وهو ورق شجر السَّلَم ينبت بنواحي تهامة ، وأما الشب فقد ذهب أبو منصور الأزهري الإمام اللغوي صاحب كتاب (الزاهر في شرح ما أشكل من ألفاظ مختصر المزني) ، وكان شافعيًا ، أخذ عن واحد عن الربيع ، إلى أنه الشب بالباء الموحدة ، وهو من جواهر الأرض التي يدبغ بها ، يُشْبه الزّاج . وذكر أن ذلك هو السماع ، وأنه بالثاء المثلثة تصحيف ، وبالباء الموحدة ذكره صاحب « الشامل » وغيره .

ووجدته بخط الإمام أبي الفرج الدارمي وغيره بالثاء المثلثة ، وفي صحاح اللغة للجوهري : أنه نبت طيب الريح مُر الطعم ، يدبغ به ، وقال الأزهري : شجر مر الطعم ولا أدري أيدبغ به أم لا ؟

ووجدت بخط الإمام أبي الفتح سليم بن أيوب الداري في تعليق شيخه الشيخ أبي حامد الإسفراييني عنه أن أصحابنا قالوه بالثاء المثلثة ، والشافعي قاله بالباء الموحدة ، قال : وقد قيل الأمران ، وأيهما كان فالدباغ به جائز .

قلت : فإذًا يحسن أن تقول : الدباغ جائز بالشب والشث ، فتجمع بينهما عملًا بالنقلين ، والله أعلم » .

المشكل (٢٦/١أ) . وراجع : القاموس المحيط ، ولسان العرب ، والمصباح المنير ، مادتي (شَبَّ ، شَثَّ) .

وانظر أيضًا : الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي للأزهري مع مقدمة الحاوي للماوردي (ص: ٢٠٩) .

(٢) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٣) الدباغ عند الحنفية على ضربين : حقيقي وحكمي ، فالحقيقي هو أن يدبغ بشيء له قيمة كالقرظ والعفص والسبخة ونحوها . والحكمي أن يدبغ بالتشميس والتتريب والإلقاء في الريح . والنوعان [عندهم مستويان في سائر الأحكام إلا في حكم واحد وهو أنه لو أصابه الماء بعد الدباغ الحقيقي لا يعود نجسًا ، وبعد الدباغ الحكمي فيه روايتان ، وهكذا قرار الكاساني . انظر : بدائع الصنائع (٨٦/١) ، وراجع : حاشية ابن عابدين (٢٠٣/١) . وانظر رأي الشافعية - أيضًا - في : الروضة (٤١/١ ، ٤٢).

---

(1) قوله : (الأشياء الحِرِيفة) بكسر الحاء ، و (العفِنة) بكسر الفاء .

(2) قوله : (فلا يكفي تجميد الفضلات بالتتريب والتشميس) ، هذا هو المنصوص وقول الجمهور ، وفيهما وجه ضعيف ، ولا يكفي الملح على الأصح المنصوص .

والأصح : أنه لايجب استعمال الماء في أثناء الدباغ ، وأنه يجب بعده ، فيكون كثوب نجس ، ثم الوجهان فيما إذا دبغه بطاهر ، فإن دبغه بنجس وجب غسله بعد الدباغ قطعًا .

وهل يجب استعمال الماء في أثناء الدباغ ليصل (١) إلى باطن الجلد ؟ وجهان ، يعبر عنهما بأن المغلب على الدباغ الإحالة أم (٢) الإزالة ؟ (٣) (3)

ثم إذا فرغ من الدباغ فهل يجب إفاضة الماء المطلق على ظاهر الجلد ؟ وجهان :

أحدهما : يجب ؛ لإزالة أجزاء (٤) الشّث والقَرَظ ؛ فإنها نجسة (2) لاصقة بالمحل (٥) .

والثاني : لا ؛ لأنه (٦) قال - عليه الصلاة والسلام -: « أيما إهَابٍ دُبِغَ فقد طَهَر » (3) (٧) ، علق الطهارة بمجرد الدباغ (4) .

---

(١) في (أ ، ب) : « ليصير الماء » . (٢) في (أ) : « أو » .

(٣) قرر النووي أنه : « لايجب استعمال الماء في أثناء الدباغ على الأصح » . انظر : الروضة (٤٢/١) .

(٤) « أجزاء » : ليست في (أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « بالجلد » بدل « بالمحل » . وجاء في الروضة : « ويجب الغسل بعده إن دبغ بنجس قطعًا ، وكذا إن دبغ بطاهر على الأصح » (١ / ٤٢) . (٦) في (أ ، ب) : « فإنه » .

(٧) يقول ابن الصلاح : « قوله ﷺ : « أيما إهاب دبغ فقد طهر » والإهاب هو الجلد قبل أن يُدْبغ ، ذكره =

---

(1) قوله : (وجهان يعبر عنها بأن المغلب على الدباغ الإحالة أم الإزالة ؟) ، يعني أن الدباغ متردد بين الإحالة والإزالة ، وفيه شوب من كل واحدة ، واختلفوا في المغلب منهما ، فالأصح : تغليب الإحالة كالخمر إذا تخللت ، فعلى هذا لايجب استعمال الماء في أثنائه .

(2) وأما قوله : (يجب غسله ؛ / لإزالة أجزاء الشب والقرظ فإنها نجسة) فيوهم أنها متفق على نجاستها ٣٦/ب وليس كذلك ، بل في نجاستها وجهان : أصحهما : النجاسة والغسل مبني عليها ، والقائل بالطهارة يقول : تطهر الأجزاء تبعًا كأجزاء الدن .

وقولهم : (أثناء الدباغ) ونحوه ، هو جمع (ثِنْي) بكسر الثاء وإسكان النون ، أي بين أجزائه .

(3) قوله ﷺ : « أيما إهاب دبغ فقد طهر » ، حديث صحيح رواه الترمذي والنسائي بلفظه ، قال الترمذي : حسن صحيح ، ورواه مسلم : « إذا دبغ الإهاب فقد طهر » ، وهو من رواية ابن عباس رضي الله عنهما .

و (طهر) بفتح الهاء وضمها .

و(الإهاب) الجلد قبل الدباغ ، وقيل مطلقًا ، وهو بكسر الهمزة .

(4) قوله : (علق الطهارة بمجرد الدباغ) للقائل بوجوب غسله أن يقول : المراد طهارة عينه لامنع غسله .

ومَنْ يُوجب استعمال الماء في أثناء الدبغ (١) يُجَوِّز أن يكون متغيرًا بالشّثّ والقَرَظ ، ومن يُوجب بعد الدباغ (٢) فلا يُجَوِّز ذلك .

فرع :

إذا دُبغَ الجلدُ طهر ظاهره وباطنه ، وجاز بيعه إلا في قول قديم ، مُسْتَنَدُه موافقةُ مالك - رحمه الله - فإنه قال : يطهر ظاهر الجلد دون باطنه (٣) (1) .

= غير واحد ، منهم الخليل ، وقطع به أبو داود السجستاني صاحب كتاب « السنن » فيه ، وحكاه عن النضر بن شميل ، ولم يذكر فيه صاحب « الصحاح في اللغة » إلا هذا . ومنهم من قال : الإهاب كل جلد دُبِغَ أو لم يدبغ ، والله تعالى أعلم » . المشكل (١/٢٦أ - ٢٦ب) .

والحديث بهذا اللفظ أخرجه عن ابن عباس : الترمذي : (٤/٢٢١) (٢٥) كتاب اللباس (٧) باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت (١٧٨) ، والنسائي : (٧/١٧٣) (٤١) كتاب الفرع والعتيرة (٤) باب جلود الميتة (٤٢٤١) ، وابن ماجه : (٢/١١٩٣) (٣٢) كتاب اللباس (٢٥) باب لبس جلود الميتة إذا دبغت (٣٦٠٩) ، وأحمد : (١/٢١٩ ، ٢٧٠ ، ٣٤٣) . وجاء بلفظ : « إذا دبغ الإهاب فقد طهر » عن ابن عباس - أيضًا - ، وأخرجه مسلم : (١/٢٧٧) (٣) كتاب الحيض (٢٧) باب طهارة جلود الميتة بالدباغ (٣٦٦) ، وأبو داود : (٤/٣٦٨) (٢٦) كتاب اللباس (٤١) باب في أُهُب الميتة (٤١٢٣) .

وقد وردت أحاديث كثيرة دالة على أن الدباغ مطهر للجلود ، راجع المواضع السابقة من كتب السنة وكذلك : فتح الباري (٩/٦٥٨ وما بعدها) ، وانظر مسند أحمد : (١/٢٢٧ ، ٢٣٧ ، ٢٦٢ ، ٢٧٩ ، ٢٨٠ ، ٣١٤ ، ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ٣٦٥ ، ٣٦٦ ، ٣٧٢) ، (٣/٤٧٦) ، (٥/٦) ، (٦/٧٣ ، ١٠٤ ، ١٤٨ ، ١٥٣) .

(١) في (أ ، ب) : « الدباغ » . (٢) في (أ ، ب) : « الدبغ » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (جاز بيعه إلا في قول قديم ، مستنده موافقة مالك ، في أنه يطهر ظاهره =

---

(1) قوله : (إذا دبغ الجلد طهر ظاهره وباطنه وجاز بيعه إلا في قول قديم ، مستنده موافقة مالك في أن يطهر ظاهره دون باطنه) ، هكذا قاله جماعة من الخراسانيين ، وابن أبي هريرة من العراقيين أنه على القول القديم لا يطهر باطنه ، فيجوز استعماله في اليابس دون الرطب ، ويُصَلَّى عليه لافيه . وجزم الجمهور بأنه يطهر ظاهره وباطنه على القديم والجديد ، ويستعمل في الرطب ، ويصلى فيه ، وهو نصه في القديم ، وأنكروا أن يكون للشافعي قول قديم بأنه لايطهر باطنه ، ونسبوا قائل ذلك إلى أنه اشتبه عليه وأنه استنبط من نصه في القديم على منع بيعه نجاسةَ باطنه ، وهو استنباط فاسد ، فإن دليل منع بيعه أنه منع التصرف فيه ، ثم رخص في الانتفاع به بعد الدباغ ، فبقي البيع على المنع ، ولايقال : البيع داخل في الانتفاع به / ؛ لأن الانتفاع المطلق إنما يفهم منه استعماله دون بيعه . = ٣٧/أ

فأما (١) جواز الأكل منه ففيه ثلاثة أوجه (1) :

أحدها : الجواز ؛ لأنه طاهر غير مُضِرٍّ ولا محترم (2) ، [فجاز أكله] (٢) .

= دون باطنه) هذا المستند مذكور عن طائفة من الخراسانيين ، وعن ابن أبي هريرة من العراقيين ، وكأنهم لم يتجه لهم قوله في القديم أنه لايجوز بيعه إلا بتقدير قول قديم بأنه لايطهر باطنه ، ولايصح ذلك عن القديم ، ونصه في القديم على المنع من البيع له مستند آخر ، وهو أن الموت اقتضى المنع من التصرف فيه مطلقًا ، ثم رخص في الانتفاع بعينه ، فبقي ما سواه على التحريم ، وذكر صاحب « التقريب » – وهو خبير بنصوص الشافعي – أن جواز الصلاة عليه وفيه نص قول الشافعي في القديم والجديد ، والله أعلم » . المشكل (١/٢٦ب) .

وقد رجح النووي طهارة الظاهر والباطن ، وما يترتب عليه من جواز البيع والصلاة فيه واستعماله في المائعات . انظر : الروضة (١/٤٢) ، والمجموع : (١/٢٨١ ، ٢٨٣) ، وراجع : الحاوي (١/٦٢ ، ٦٥) . وانظر نصوص الشافعي التي حكاها ابن الصلاح في : الأم (١/٧) ، ومختصر المزني : (١/٣) .

ومذهب مالك : أن جلد الميتة نجس ولو دبغ على المشهور المعلوم ، ولايجوز بيعه ولا يُصَلَّى عليه ؛ إذ لا يؤثر دبغه في طهارة في ظاهره ولا باطنه . وإن كان رَخَّص في استعماله بعد دبغه – إلا من الخنزير فلا يرخص فيه مطلقًا – في اليابسات ، بأن يُوعَى فيها نحو العدس والفول والحبوب ، والماء ؛ لأن له – فيما يرى مالك – قوة يدفع عن نفسه . وأجاز أن يغربل عليها ، ولا يطحن عليها ، وأجاز الجلوس عليها ولبسها فيما عدا الصلاة . انظر الخرشي على سيدي خليل : (١/٨٩ ، ٩٠) وحاشية العدوي : (نفس الموضع) ، وراجع : حاشية الدسوقي : (١/٥٤) ، والقوانين الفقهية : (٣٢) ، والكافي : (١٩) .

(١) في (أ ، ب) : « وأما » . (٢) ما بين المعقوفين زيادة من (ب) .

ويقول ابن الصلاح : « قوله في تعليل جواز أكل الجلد المدبوغ مطلقًا مما يؤكل لحمه ومما لايؤكل : (لأنه طاهر غير مضر ولامحترم) ، محتاج فيه إلى أن يقول : ولا مستقذر ؛ فإن الاستقذار أحد الأسباب المُحَرِّمَةَ قَطْعًا . قال الله – تعالى -: ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾ . وأما ما وجدته في شرح « التلخيص » للشيخ أبي علي الحسين بن شعيب السنجي من قوله عند ذكره قول ابن القاص : أن النيِّءَ لايجوز أكله ، أصحابنا قالوا : إن الشافعي سئل عن أكله فقال للسائل : إن استمْرَأْت فَكُلْ ، قال أبو علي : فكأنه لم يقطع بتحريمه ، =

= واعلم أن القول القديم لايلزم كونه موافقًا لمالك ، بل هو قول مجتهد يوافق مالكًا تارة ، ويخالفه أخرى .

قال القفال : أكثر القديم موافق لمالك .

(1) قوله : (في جواز الأكل ثلاثة أوجه) الصحيح : التحريم مطلقًا .

(2) قوله في تعليل جواز الأكل : (لأنه طاهر غير مضر ولا محترم) يحتاج أن يقول : ولا مستقذر ، فإن المستقذر يحرم .

والثاني : المنع ؛ لقوله – عليه الصلاة والسلام –: « إنما حرم من الميتة أكلها » (١) (1) .

والثالث (٢) : الفرق بين ما يؤكل لحمه وما لايُؤكل لحمه (٣) .

* * *

= فأقول : ليس الأمر فيه على ما توهمه أبو علي ، بل معنى ذلك إن صحّ عن الشافعي الاستبعاد والاطراح لسأل السائل ، ولما سأل عنه ، وأيضًا فليس ذلك مصيرًا إلى أن الاستقذار موجبًا للتحريم ، بل مصيرًا إلى أن من لا يستقذره فله أكله ؛ لانتفاء الاستقذار في حقه ؛ نظرًا إلى نفس الحكمة وإعراضًا عن المظنة . ووجدت ذلك بنيسابور بخط الشيخ أبي محمد الجويني فيما علقه عن شيخه الإمام أبي بكر القفال المروزي من شرحه للتلخيص ، قال : قال أصحابنا : من اشتهى فليأكل ، هكذا ذكره غيره منسوب إلى الشافعي ، وهذا أشبه ، وقد يطلق أحدكم فيقول : قال أصحابنا ومراده أهل طريقته ، لاجميع أصحاب الشافعي فاعلم ذلك ، واللّه أعلم » . المشكل (٢٦/١ب – ٢٧أ) .

(١) الحديث أخرجه البخاري عن ابن عباس – رضي اللّه عنهما – قال : وجد النبي ﷺ شاةً ميتة ، أُعْطِيَتْها مولاة لميمونة من الصدقة ، قال النبي ﷺ « هلا انتفعتم بجلدها ؟ » قالوا : إنها ميتة . قال : « إنما حرم أكلها » . صحيح البخاري : (٣٥٥/٣) (٢٤) كتاب الزكاة (٦١) باب الصدقة على موالي أزواج النبي ﷺ (١٤٩٣) وراجع أطرافه : (٢٢٢١ ، ٥٥٣١ ، ٥٥٣٢) . وأخرجه مسلم : (٢٧٦/١ ، ٢٧٧) (٣) كتاب الحيض (٢٧) باب طهارة جلود الميتة بالدباغ (٣٦٣) ، وأبو داود : (٣٦٧/٤) (٢٦) كتاب اللباس (٤١) باب في أهب الميتة (١٢٠ وما بعده) ، والنسائي : (١٧١/٧ – ١٧٣) (٤١) كتاب الفرع والعتيرة (٤) جلود الميتة (٤٢٣٤ وما بعدها) ، وابن ماجه : (١١٩٣/٢) (٣٢) كتاب اللباس (٢٥) باب لبس جلود الميتة إذا دبغت (٣٦١٠) .

(٢) في (أ) : « الثالث » .

(٣) « لحمه » : ليست في (أ) . وقد جاء في الروضة (٤٢/١) : « ويجوز أكل المدبوغ على الجديد ، إن كان مأكول اللحم ، وإلا فلا ، على المذهب . قلت [أي النووي] : الأظهر عند الأكثرين تحريم أكل جلد المأكول » . وراجع : المجموع (٢٨٤/١) .

(1) قوله : (لقوله ﷺ : « إنما حرم من الميتة أكلها ») هذا الحديث رواه البخاري ومسلم من رواية ابن عباس ، وهو بعض حديث ، وهو من العام المخصوص ، فإن بيع الميتة أيضًا حرام .

الصحيح في الشعر والصوف والوبر والريش : أنها نجسة من الميتة إلا الآدمي . والصحيح في العظم والقرن والظِلف : القطع بالنجاسة . والصحيح المشهور : الجزم بنجاسة شعر الكلب والخنزير ، وإن قلنا بطهارة شعور الميتات للتغليب .

قال الرافعي وغيره : والوجهان جاريان في حالتي حياته وموته .

الفصل الثاني

في الشعور [1] والعظام

وفي الشعر والصوف والريش قولان :

أحدهما – وهو المنصوص هاهنا – : أنها تنجس بالموت ، والإبانة ؛ تبعًا للأصل في حكم الحياة والموت .

والثاني – وهو منصوص [2] في الديات – : أنها لاتنجس بموت الأصل ؛ فإنها خالية عن الحياة [3] .

وأما العظام : ففيه [4] طريقان :

منهم [5] من قطع بنجاستها بالموت ؛ لأنها تتألم [6] ، ولأن الوَدَكَ [7] فيها نجس فيدل على نجاسة الظرف ؛ إذ لا حياة في الودك ، ومنهم من طرد القولين .

التفريع :

إن ألحقناها بالجمادات فجميع الشعور طاهرة [8] إلا شعر الكلب والخنزير على أحد

---

(١) في (أ) : « الشعر » . (٢) في (أ ، ب) : « منصوصة » .

(٣) الشعر والصوف والريش ينجس بالموت على الأظهر ، وهو المذهب ، وفي شعر الآدمي قولان أو وجهان ، والأصح أنه لاينجس . انظر : الروضة (٤٣/١) ، والمجموع : (٢٨٥/١ وما بعدها) ، والحاوي : (٦٦/١ وما بعدها) وراجع نص المزني في مختصره : (٣/١) ، وطالع بحثًا لطيفًا عقده النووي في المجموع : (٢٩١/١ ومابعدها) عن مذاهب العلماء في هذه المسألة .

(٤) في (أ ، ب) : « ففيها » . (٥) في (أ) : « فمنهم » .

(٦) دلالة على وجود الحياة بها ، فتأخذ بذلك حكم بقية الجسم ، حياة وموتًا . والمذهب : أنها تنجس بالموت . انظر المجموع : (٢٩١/١) .

(٧) الوَدَكَ : الدَّسَم ، أو دَسَم اللحم ودهنه الذي يستخرج منه . انظر : المعجم الوسيط ، مادة (و د ك) .

(٨) في (أ) : « طاهر » .

الوجهين (١) . وإن حكمنا بنجاستها ، فشعور ما يؤكل لحمه لاتنجس بالجز [1] ، لمسيس الحاجة إليها في المفارش .

وجلد الميتة إذا دبغ وعليه (٢ شعره ، ففيه ٢) وجهان (٣) [2] : أحدهما : أنه نجس ؛ لأن الدباغ لا يؤثر إلا في الجلد . الثاني : أنه يطهر تَبَعًا كما ينجس بموته تبعًا .

وأما شعور الآدمي : (٤) ، فقد نقل إبراهيم البلدي أن الشافعي – رضي اللّه عنه –

---

(١) يقول ابن الصلاح : « علل في درسه – رحمه اللّه وإيانا – استثناء شعر الكلب والخنزير وتنجيسه ، على القول بأن الشعر من الجمادات ، وأنها لاتنجس ، بأن ميتته نجس ، وهو جزء مستحيل من نفس الكلب ، بخلاف خضراء الدِّمن . فإن أصلها من الحَبِّ الطاهر . قلت : الأولى تعليله بأن نجاسة الكلب والخنزير مغلظة ، فَاقْتُطِعَ شعرهما عن سائر الشعور ، قضية للتغليظ ، وكما لم تكن حياتهما دافعة للنجاسة عنهما ، بخلاف حياة سائر الحيوانات ، كذلك الجمادية في شعرها لا تدفع عنهما النجاسة بخلاف سائر الجمادات ، وهذا الوجه هو الصحيح المشهور ، والوجه الآخر بعيد غريب ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٢٧أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « شعر فيه » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « في طهارة الجلد المدبوغ من الشعر قولان معروفان ، وقال : هو وجهان ، ووقع منه هذا القليل كثير خلافًا لنقله ، والقول بطهارته هو الصحيح عند الأستاذ وأبي إسحاق الإسفراييني ، والقاضي أبي المحاسن الروياني صاحب (بحر المذهب) ، والقول بعدم طهارته هو الصحيح عند أبي القاسم الصيمري والشيخ أبي محمد الجويني ، وصاحب (المهذب والتهذيب) في تعليقه وغيرهم ، وهذا هو الصواب ؛ لأحاديث النهي عن لبس جلود السباع والركوب عليها ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٢٧أ – ٢٧ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « الآدميين » .

---

(1) قوله : (شعر ما يؤكل لاينجس بالجزِّ) ، كان الأجود أن يقول : لاينجس بالانفصال في الحياة ؛ ليدخل فيه الشعر الساقط بنفسه والمنتوف ، وفيهما ثلاثة أوجه : الصحيح : طهارته كالمجزوز ، فإنه طاهر بالإجماع ، والثاني : نجاسته ؛ لأن ما أُبين من حي فهو ميت . والثالث : يطهر الساقط دون المنتوف .

(2) قوله : (جلد الميتة إذا دبغ وعليه شعر ففيه وجهان) ، صوابه : قولان ، وهما مشهوران ، أصحهما عند الأكثرين : لايطهر ، وهو نصه في (الأم) وهو الذي نقله عن الشافعي جمهور أصحابه . وصححه الصيمري وأبو محمد البغوي والشاشي والرافعي وآخرون . والقول بالطهارة نقله الربيع بن سليمان الجيزي .

رجع عن تنجيسه [1] ، وهو الصحيح [١] .

[٢] وإن حكم [٢] بنجاسته ، ففي شَعْر رسول اللّه ﷺ وجهان [٣] .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من نقل إبراهيم البلدي عن الشافعي ، نقله البلدي عن المزني عن الشافعي ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٢٧ب) . وراجع : المجموع : (١/٢٨٦) ، والحاوي : (١/٦٦) .

(٢) في (أ ، ب) : « فإن حكمنا » .

(٣) والصحيح : أن شعره ﷺ طاهر . انظر : الروضة : (١/٤٣) ، والمجموع : (١/٢٨٨) .

(1) قوله : (وأما شعور الآدمي ، فقد نقل إبراهيم البلدي أن الشافعي رجع عن تنجيسها) ، يعني نقله إبراهيم عن المزني عن الشافعي ، هكذا نقله الأُصحاب ، هو ظاهر ، فإن إبراهيم لم يدرك الشافعي ، والصواب في شعر رسول اللّه ﷺ : القطع بالطهارة .

الفصل الثالث

في أواني الذهب والفضة

وهي محرمة الاستعمال على الرجال والنساء ؛ لقوله ﷺ في [1] الذي يشرب في [2] آنية الذهب والفضة : « إنما يُجَرْجِرُ في بطنه نار جهنم » [3] (٦) .

وفيه [4] ست مسائل [4] :

(١) « في » : ليست في (أ) . (٢) في (أ ، ب) : « من » .

(٣) قال ابن الصلاح : « في الصحيحين من حديث أم سلمة - رضي الله عنها - عن رسول الله ﷺ : « الذي يشرب في آنية الفضة إنما يجرجر في جوفه نار جهنم » وزاد مسلم في رواية غريبة : « أن الذي يأكل ويشرب في آنية الذهب والفضة » . وقوله : يجرجر ، هو بضم الباء وكسر الجيم الثانية ، وفي قوله : نارَ جهنم ، روايتان مشهورتان ، إحداهما نصب النار ، وهو الأشهر والأقوى ، ولم يذكر الأزهري غيره ، فالنار على هذا مفعوله والشارب الفاعل ، ومعنى (يجرجرها في جوفه) : يلقيها فيه بجرع متتابع يسمع له صوت يتردد في حَلْقِه . والرواية الأخرى : نارُ جهنم ، بالرفع فتكون النار فاعلة ومعناه تصوت في جوفه النار ، وسمي المشروب نارًا اعتبارًا مما يئول إليه ، والله أعلم » . المشكل (٢٧/١ب) .

وانظر الحديث عند البخاري : (١٠ / ٩٦) (٧٤) كتاب الأشربة (٢٨) باب آنية الفضة (٥٦٣٤) ، ومسلم : (١٦٣٤/٣) (٣٧) كتاب اللباس والزينة (١) باب تحريم استعمال أواني الذهب والفضة في الشرب وغيره ، على الرجال والنساء (٢٠٦٥) ، وابن ماجه :(١١٣٠/٢) (٣٠) كتاب الأشربة (١٧) باب الشرب في آنية الفضة (٣٤١٣) .

(٤) في (أ) : « مسائل ست » .

(٦) قوله ﷺ / : « الذي يشرب في إناء الفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم » أخرجه البخاري ومسلم من رواية أم سلمة - رضي الله عنها - بهذا اللفظ . وفي رواية لمسلم : « إن الذي يأكل أو يشرب في آنية الفضة والذهب » ، وفي رواية له : « من شرب في إناء من ذهب أو فضة فإنما يجرجر في بطنه نارًا من جهنم» . ٣٧/ب

هو بكسر الجيم الثانية ، وضبطوا الرواية الأولى بنصب الراء ورفعها ، والمشهور النصب ، ويؤيده الرواية الأخيرة .

الأولى : أن هذا نهيُ تحريمٍ ، لتأكده بالوعيد . ومن أصحابنا من قال : إنه نهي كراهية [1] ، وهو بعيد [١] .

الثانية : أن التحريم غير مقصور على الشرب ، بل في معناه وجوه الانتفاع ، خلافًا لداود [٢] .

وتزيين الحوانيت [٣] [به] من [وجوه] [٣] الانتفاع المحرم على أصح الوجهين . وإذا

---

(١) والمذهب الصحيح المشهور – على ما جزم النووي – : هو حرمة استعمال آنية الذهب والفضة . انظر المجموع : (٣٠٥/١) ، والروضة : (٤٤/١) .

(٢) حكى الماوردي في « الحاوي » ، والنووي في « المجموع » أن داود الظاهري يحرم استعمال آنية الذهب والفضة في الشرب وحده دون باقي المنافع من أكل وغيره . وإن كان ما نص عليه ابن حزم في « المحلى » أنه لايحل الوضوء ولا الغسل ولا الشرب ولا الأكل في هذه الأواني . كأن ابن حزم الظاهري قد خالف شيخه داود ، ووافق رأي الجمهور .

وقد استدل داود بحديث أم سلمة المشار إليه آنفًا ، وفيه نص على الشرب فقط ، فدل – على حد تعبيره – على اختصاصه بالتحريم . واستدل أيضًا بحديث لحذيفة بن اليمان ، جاء فيه – حسب روايته – النهي عن الشرب فقط في هذه الأواني .

ورد الجمهور بأن النص على الشرب يُنبّه به على غيره من الاستعمال ، كما أن حديث أم سلمة قد نص في إحدى رواياته عند مسلم على الأكل أيضًا ، وكذلك حديث حذيفة كما جاء عند البخاري وغيره ، نُصَّ فيه على الأكل كذلك حيث قال ﷺ : « ... ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة ، ولا تأكلوا في صحافها ... » . وكما يقول الماوردي : « ولأن تحريم الشرب فيه لأحد معنيين : إما لما فيه من الخيلاء والكبر المُفْضِي إلى البغضاء والمقت ، ولما فيه من انكسار قلوب الفقراء المفضي إلى التحاسد والتقاطع . ووجود كل واحد من المعنيين فيما سوى الشرب من الاستعمال أكثر من وجوده وكان بالتحريم أحق » . انظر الحاوي : (٧٦/١ ، ٧٧) ، والمجموع : (٣٠٦/١) ، والمحلى : (٢٢٣/٢) ، وفتح الباري : (٩/ ٥٥٤ ، ٥٥٥) ، وراجع نص الشافعي في هذه المسألة في : الأم : (٨/١) ، ومختصر المزني : (٤/١) .

(٣) الزيادة من (ب) . وقد رجح الرافعي والنووي التحريم . انظر : فتح العزيز : (٣٠١/١) ، والمجموع : (٢٠٦/١- ٢٠٧) .

---

(1) قوله : (ومن أصحابنا من قال : نهي كراهة) ، إنما حكى الأصحاب هذا قولًا قديمًا لا وجهًا .

بطلت منفعته من كل وجه ، حرم اتخاذه ؛ فلا (١) قيمة على كاسره [1] .

الثالثة : أن هذا التحريم لا يتعدى إلى الجواهر النفيسة كالفيروزج والياقوت ، لأن المفاخرة (٢) بهما (٣) لا يدركها إلا الخواص . وفيه وجه آخر : أنه يتعدى ؛ لعموم المعنى [2]. ولا خلاف في أن الزجاج لا يلتحق به ، وكذا ما نفاسته في صنعته (٤) .

الرابعة : إذا مَوَّه الإناء بالذهب لم يحرم على أظهر المذهبين (٥) ؛ لأن المُمَوَّه لا يخفى [3] .

وفيه وجه آخر (٦) : أنه يحرم ؛ لما فيه من تخييل المفاخرة (٧) .

---

(١) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٢) في الأصل : « المفاخر » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) .

(٣) في (أ) : « بها » .

(٤) راجع : الحاوي (٧٨/١) .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (إذ مَوَّه الإناء بالذَّهَب لم يحرم على أظهر المذهبين) صورته ما ذكره في الدرس ، وذكره شيخه وغيرهما : ما إذا استهلك الذهب والفضة بحيث لايجتمع منه شيء بالنار ، أما إذا كان يجتمع بالنار منه شيء فهو حرام قطعًا . واللّه أعلم » . المشكل (٢٧/١ب – ٢٨أ) . وراجع : فتح العزيز (٣٠٣/١) .

(٦) في (أ) : « وفي وجه آخر » .

(٧) راجع : فتح العزيز (٣٠٣/١) .

---

(1) قوله : (حرم اتخاذه ولا قيمة على كاسره) هذا هو أصح الوجهين أو القولين .

(2) قوله : (في الجواهر النفيسة وجهان) ، إنما هما قولان نص على الجواز في (الأم) و (المختصر) ، وعلى التحريم في (حرملة) ، والأول : أصح .

(3) قوله : (إذا مُوِّه الإناء بالذهب لم يحرم على أظهر القولين) صورته : أن يكون مستهلكًا بحيث لايحصل منه شيء بالعرض على النار ، فهذا محل الوجهين ، فإن كان يحصل منه شيء فهو حرام قطعًا ، هكذا صورها إمام الحرمين والغزالي في (البسيط) والرافعي وغيرهم .

وأما إطلاق القاضي حسين والبغوي والمتولي وصاحبا (العدة) و (البيان) الوجهين فمحمول على المستهلك .

الخامسة : تضبيب الإناء بالذهب (١) (1) في محل يلقى فمَ الشارب محظورٌ على الأظهر ، وإن لم يلقَ وكان صغيرًا على قدر الحاجة : جاز [لأجل الحاجة] (٢) ، وإن كان كبيرًا (٣) فوق (٤) الحاجة : حرم ، وإن وجد أحد المعنيين فوجهان .

ومعنى الحاجة :أن يكون على قدر / حاجة الشَّعْب (٥) ، لا أن يَعْجِزَ عن التضبيب بغيره ؛ فإن ذلك يُجَوِّزُ استعمال أصل الإناء (٦) (2) . ٤/أ

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (تضبيب الإناء بالذهب) يعني أو بالفضة (في محل يلقى فم الشارب محظور على الأظهر) ، معناه : أن الأظهر التحريم فيه مطلقًا . سواء كانت الضبة كبيرة أو صغيرة ، للحاجة أو لغير حاجة ، والوجه الآخر أنها كما إذا لم تكن في محل ملتقى فم الشارب فيجري فيها التفصيل المذكور ، وهذا الوجه أظهر عند طائفة ؛ لأن مناط التحريم من الخيلاء وغيره لا يقتضي فرقًا ، وأما ما صار إليه طائفة من الخراسانيين والصحيح خلافه ، وأن ضبة الذهب حرام قليلها وكثيرها ، فإنهما لا يستويان معنًى وحكمًا ، ولذلك حرم على الرجال خاتم الذهب دون خاتم الفضة ، بل حرم في الخاتم المباح الأسنان من ذهب ، وهذا معترف به في طريقة خراسان ، وفي الوسيط أيضًا ، والله أعلم » . المشكل (١/٢٨أ) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) : « كثيرًا » .

(٤) في الأصل ، (ب) : « دون » ، والتصويب من (أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (معنى الحاجة : أن تكون على قدر حاجة الشَّعْب) فالشعب هو بفتح الشين المثلثة ، وإسكان العين المهملة ، والمراد به : الصدع والشق ، وإصلاحه أيضًا يسمى الشَّعْب ، ومنه قولهم للمصلح الشَّعَّاب ، فهو إذًا من الألفاظ المسماة بالأضداد ؛ لاستعماله في الجمع والتفريق ، ثم إنَّ ذِكْرَ الشعب كالمثال ، ولا ينحصر ذلك ، بل يلتحق به حاجة الشد والتوثق ومالا تقصد به الزينة ، والله أعلم » . المشكل (١/ ٢٨أ - ٢٨ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (لا أن يعجز عن التضبيب بغيره ، فإن ذلك يجوز استعمال أصل الإناء) هذا فيه =

---

(1) قوله : (تضبيب الإناء بالذهب) إلى آخره ، الأصح : أن الضبة إن كانت كبيرة لغير حاجة فاستعمال إنائها حرام ، وإلا فلا ، سواء كانت في موضع الشرب أم لا .

هذا في المضبب بفضة ، فأما المضبب بذهب فجعله المصنف وآخرون من الخراسانيين كالفضة ، والصحيح : القطع بتحريمه مطلقًا ، وبه قطع الماوردي ، وصاحب (المهذب) ، والجرجاني ، والشيخ نصر ، والعبدري ، وغيرهم . ونقله البغوي عن العراقيين مطلقًا ، ودليله الحديث الصحيح في تحريم الذهب مطلقًا .

(2) قوله : (ومعنى الحاجة : أن يكون على قدر حاجة الشعب إلى أن يعجز عن التضبيب بغيره ، فإن ذلك =

وحَدُّ الصغير مالا يظهر على البعد (١) (1) .

= نقص ، وتمامه بأن يقال : إن اضطر إلى استعماله ، وكذا هو في النهاية ، والله أعلم » . المشكل (١/٢٨ب) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وحدّ الصغير مالا يظهر على البعد) هذا مقام وَعِرٌ ، وفي ضبط ذلك اضطراب من المصنفين ، فالذي ضبطه به صاحب (التتمة) وصاحب (التهذيب) وغيرهما : أن الكثير ما استوعب جزءًا من أجزاء الإناء بكماله ، مثل أعلاه أو أسفله أو سعته أو عروته جميعًا ، والصغير مالا يستوعب ذلك ، وهذا حكاه صاحب (النهاية) عن بعض المصنفين . ثم غَلَّط قائله من جهة أن الإناء إذا كان كبيرًا أسفله ، ذراع في ذراع ، فما يشتمل على ثلثي أسفله مثلًا كبير متفاحش ، وإن لم يستوعب الأسفل جميعه .

ولاينبغي أن يُعَد ذلك من الغلط ، فإنه متوجه بما وجهه به تلميذه الإمام أبو الحسن الكيا الهرّاس الطبري ، أحد أكابر تلامذته ، في كتابه كتاب (زوايا المسائل) وهو أنه إذا استوعبت الفضة جزءًا كاملًا من الإناء خرج عن أن يكون تابعًا للإناء حتى يُعَدَّ الإناء إناءَ نحاسٍ أو حديد ، بل يعد إناء من نحاس وحديد وفضة ؛ لكون جزء من أجزائه المقصودة بكماله فضة ؛ بخلاف ما إذا لم يستوعب جزءًا فإنه يقع معمورًا تابعًا ، فلا ينسب الإناء إليهما .

والذي ضبطه به صاحب الكتاب هو ضبط شيخه الإمام أبي المعالي واختياره ، والمراد بهذا : مالا يخرج عن الاعتدال ، والعادة في رقته وغلظه ، ويثبت طرف منه بذيل الخلاف المعروف في تحريم الإناء من نحاس مموه بالفضة ، والخلاف في تحليل إناء من فضة مُغَشًى بالرصاص مثلاً ، وذلك أن الصانع لو بالغ في ترقيق ضبة الفضة خفيفة الوزن حتى صارت تلوح من البعد ، أو غلظ ضبة فضة ثقيلة الوزن وكثفها حتى صارت لا تلوح من البعد ، لكان الإفراط في بسطها مع خفة وزنها من قبيل التمويه ، ولكان صغرها في مرأى العين =

= يجوّز استعمال أصل الإناء) ، هذا الذي ذكره في ضبط الحاجة متفق عليه .

والشَّعب - بفتح الشين - : هو موضع الكسر .

٣٨/أ وقوله : (يعجز) بكسر / الجيم .

(1) قوله : (وحَدُّ الصغير مالا يَلُوح على البُعْد) هذا الضبط لشيخه إمام الحرمين ، ومراده : إذا لم يبالغ في تغليظ الضبة ولا ترقيقها .

وأما البُعد المذكور : فقال المصنف في تدريسه : ليس له ضابط بالذرعان .

قال صاحبه محمد بن يحيى : لعل ضابطه مجلس التخاطب ، وأنكر هذا .

وضبطه كثيرون أو الأكثرون بأن الكثير ما استوعب جزءًا كاملًا من الإناء ، كأعلاه أو أسفله ، أو =

السادسة : في الآنية الصغيرة كالمُكْحُلَة وظرف الغالية ترددٌ (1) . هذا إتمام (1) قسم المقدمات .

* * *

= مع ثقل وزنها من قبيل التغشية بالرصاص .

ثم إنه لم يضبط البعد الذي ذكره بضابط ، وقال تلميذه صاحب الكتاب في تدريسه له : لايمكن تحديده بالمسافة بالذرعان وحد ما يوقف عليه في أمثال هذا ما يؤس عنه . قال ذلك غير مرة . وجاء تلميذه ابن يحيى في شرحه للوسيط فقال : لعل الضابط فيه مجلس التخاطب ، قلت : وهذا بعيد عن مذاق فقه هذا الفضل ، وإنما المرجع في معرفة البعد إلى العرف ، فما يقول الناس فيه : هذا بعيد ، حكمنا فيه بالبعد ، ومالا فلا ، ولعل الإمام أبا المعالي إنما أطلق البعد ولم يضبطه ؛ اعتمادًا منه على كونه معروفًا بين الناس .

قلت : وعند هذا ينبغي أن نرجع ونقول من الابتداء : المرجع في معرفة القلة والكثرة إلى عرف الناس ، ولا نُطَوّل فيما يئول الأمر فيه إلى الرجوع إلى عرف مثله ، وقد وجدنا لنا في ذلك قدوة ، وهو القاضي أبو المحاسن الروياني صاحب كتاب (بحر المذهب) فإنه قال : المرجع في القليل والكثير إلى العرف والعادة ، وهذا متعين ؛ لأن للناس في ذلك عرفًا ، ألا تراهم يقولون في بعض ذلك : هذا كثير ، وفي بعضه : هذا قليل ؟ وقد عُلِمَ أن ما يطلق غير محصور بحد ، فالمرجع فيه إلى العرف إذا كان مما يتعارفه الناس ، كما في الحِرْزِ وإحياء الموات والقبض والتفرق في البيع وغيرها ، والله أعلم . ثم ما يتردد في أنه كثير أو قليل فالأصل الإباحة ، والله أعلم » . المشكل (١/٢٨ب - ٢٩ب) وراجع : فتح العزيز (١/٣٠٨) ، الحاوي : (١/٧٨ ، ٧٩) .

(١) في(ب) : « تمام » .

= شفته ، أو عروته ، أو نحوها ، والقليل مالا يستوعبه .

والأصح في ضبط القلة والكثرة : العُرف ، وبه جزم الروياني وغيره من المحققين ، ومتى شككنا في الكثرة فالأصل الإباحة .

(1) قوله : (في الآنية الصغيرة كالمكحلة ، وظرف الغالية تردد) صوابه : الإناء الصغير ، فإن الآنية جمع كما سبق آخر الباب قبله . والغالية : مسك وعنبر مخلوطان بدهن ، وهذا التردد للشيخ أبي محمد ، والصحيح المشهور : التحريم .

وصورة المسألة : إذا كان الإناء من فضة ، كذا ذكره إمام الحرمين وغيره .

القسم الثاني : في المقاصد ، وفيه أربعة أبواب

الباب الأول

في صفة الوضوء

(وفيه فرائض وسنن)

أما الفرائض فست (١) (1)

الأول (٢) : النية :

والنظر في أصلها ووقتها وكيفيتها :

الأول : النظر (٣) في أصلها ، وفيه ثلاث مسائل :

الأولى : [أن] (٤) طهارة الأحداث تفتقر إلى النية كالوُضُوء ، والغُسْل ، والتيمم (2) . وإزالة النجاسة لا تفتقر إلى النية .

وقال أبو حنيفة : لا نية إلا في التيمم (٥) .

---

(١) في الأصل : « فستة » .

(٢) في (ب) : « الأولى » .

(٣) « النظر » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) مذهب الحنفية : أن النية في الوضوء والغسل سُنَّة ، يستحب الإتيان بها ، وليست شرطًا في صحتهما ورفع الحدث بهما ، بخلاف التيمم فإنهم يرون وجوب النية له . ويعللون ذلك بأن المقصود من الوضوء والغسل هو الطهارة ، وتحصل بمجرد استخدام الماء وإجرائه على المحل المحدد من البدن ؛ فلا حاجة إلى النية . بخلاف التيمم ؛ لأن الصعيد الطاهر ليس بمطهر أصلًا ، فلزم وجود النية لحصول التعبد المأمور به .

وقد أفاض علماء الحنفية في مناقشة هذه المسألة ، حيث إنهم يبنونها على أصل التفرقة بين القربة والطاعة =

---

(1) قوله : (أما الفرائض فستة) ، أي : ستة أشياء ، وكان الأجود ستًّا .

(2) قوله : (طهارات الأحداث تفتقر إلى النية ، كالوضوء والغسل والتيمم) ، الصواب حذف هذه الكاف ، فيقول : وهي الوضوء والغسل والتيمم ، كما قاله إمام الحرمين وغيره .

والوُضُوء بالضم : الفعل ، وبالفتح : الماء الذي يُتوضأ به ، وقيل بفتحهما ، وقيل بضمهما ، وهو شاذ ضعيف .

الثانية : أن أهلية النية شرط ، فلا يصح وضوء الكافر وغُسله وإن نوى [١] ، وكذا [٢] المرتدُّ [1]، ولو توضأ ، ثم ارتد ، ثم عاد [إلى الإسلام] [٣] : لم يبطل وضوؤه . وفي التيمم وجهان ؛ لأنه [٤] طهارة ضعيفة تبطل برؤية السراب [٥] .

الثالثة : الذِّمّيّة تحت المسلم تغتسل عن الحيض ، لحق الزوج ، فإن أبت أُجبرت ، فلو [٦] أسلمت بعد الغسل ففي وجوب الإعادة [٧] للصلاة وجهان [2] :

= والعبادة في الأعمال . واستدلوا بأدلة أخرى وناقشوا رأي الشافعية . انظر مثلًا بدائع الصنائع : (١/١٩-٢٠) ، وشرح فتح القدير : (١/٣٢ ، ٣٣) ، وحاشية عابدين : (١/١٠٦،٢٢٩) .

وراجع - لمزيد تفصيل عند الشافعية - : الحاوي : (١/٨٧) ، والمجموع : (١/٣٥٤،٣٥٥) .

(١) وهذا خلاف مذهب الحنفية الذين يرون صحة وضوء وغسل الكافر ؛ بناء على حكمهم بأن معنى القربة والعبادة غير لازم في الوضوء والغسل . راجع بدائع الصنائع : (١/١٩) .

(٢) في (أ ، ب) : « وكذلك » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « لأنها » .

(٥) جاء في الروضة (١/٤٧) : أن الصحيح بطلان تيمم المرتد . وكذا قال الرافعي ، انظر : فتح العزيز (١/٣١٥) .

(٦) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٧) في (أ ، ب) : « إعادة الغسل » .

---

(1) قوله : (فلا يصح وضوء الكافر ولا غسله ، وكذلك المرتد) هذا من باب الخاص بعد العام ، ولو حذف (المرتد) لكان أجود . ولنا وجه ضعيف : أنه يصح من كل كافر كل طهارة ، والأصح : أن الردة تبطل التيمم دون الوضوء . والثاني : تبطلهما . والثالث : لا تبطلهما . والأصح : وجوب إعادة غسل الكافرة إذا اغتسلت لانقطاع الحيض أو النفاس أو للجنابة ثم أسلمت .

(2) قوله : (فلو أسلمت بعد الغسل ففي وجوب الإعادة للصلاة وجهان) ، كان الأجود حذف قوله : (للصلاة) ؛ لأن الوجهين جاريان / في وجوب الإعادة لوطء الزوج والسيد ، وفي مس المصحف ونحو ذلك مما يفتقر إلى الغسل .

أحدهما : يجب ؛ لأنها اغتسلت بغير النية [1] ، وإنما جاز في حق الوطء ؛ للضرورة (١) .

والثانية : لا يجب ؛ لأنه استقل بأحد المقصودين كالزكاة في حق الممتنع (٢) .

فأما الكافرة إذا لم يكن لها زوج ، أو المسلمة إذا امتنعت فأجبرت على الغسل : فعليهما الإعادة ، لأجل الصلاة [2] ؛ لانتفاء الضرورة في الموضعين .

النظر الثاني : في وقت النية :

وهو (٣) [عند] (٤) حالة غسل الوجه (٥) [3] ، فلو غرُبت (٦) بعد ذلك لا يضر .

---

(١) وهذا الذي رجحه الرافعي . انظر : فتح العزيز (٣١٣/١) .

(٢) قال ابن الصلاح : « ومن الباب الأول في صفة الوضوء قوله في تعليل أحد الوجهين في غسل الذمية من الحيض لحق زوجها المسلم أنه يصح مطلقًا : (لأنه استقل لأحد المقصودين كالزكاة في حق الممتنع) هذا لا ينبغي أن يجعل قياسًا على ذلك ، فإن فيه أيضًا وجهين ؛ أحدهما : أنه لا تبرأ ذمته من الزكاة باطنًا ، وليس من طريقته جواز مثل هذا القياس ، وإنما ذكره مثالًا ونظيرًا ، فَشَبَّه المسألة بالمسألة في جريان الخلاف ، وهذا مغاير لقياس الحكم في إحداهما على الحكم في الأخرى ، والمقصود أن هناك هما القربة وسد الخلَّة ، والله أعلم » . المشكل (٢٩/١ب) .

(٣) في (أ) : « وهي » .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقت النية حالة غسل الوجه) أي حالة الشروع فيه ، فلا يفهمن منه اقتران النية بجميعه ، ولا التحير في أن ينوي عند أي جزء أراد » . المشكل (٢٩/١ب).

(٦) (غربت) الشمسُ غروبًا : اختفت في مغربها ، وغرب فلان : غاب ، وغرب القوم : ذهبوا ، وغرب عنه : تنحى . المعجم الوسيط مادة (غرب) . وجاء في بعض النسخ المخطوطة بلفظ : (عزبت) وعَزَبَ الشيءُ عزوبًا : بعد وخفي . المعجم الوسيط ، مادة (عزب) .

---

(1) قوله : (لأنها اغتسلت بغير نية) معناه : بغير نية صحيحة ، وإلا فلو اغتسلت ولم تنوِ فطريقان ؛ قطع المتولي بأنها لا تباح للزوج . وذكر الروياني وجهين ؛ ثانيهما : الحل للضرورة ، ولعل المصنف اختاره .

(2) قوله : (الكافرة إذا لم يكن لها زوج ، والمسلمة إذا امتنعت وأجبرت على الغسل فعليهما الإعادةلأجل الصلاة) ، هذا الذي ذكره هو المذهب . وفيهما وجه : أنه لا إعادة .

وقوله : (لأجل الصلاة) الأجود حذفه ، كما سبق . وصورة المسألة في المسلمة : إذا امتنعت فغسلها الزوج .

(3) قوله : (وقعت النية حالة غسل الوجه) يعني : وقت وجوبها حال الشروع في أول جزء من الوجه .

والأكمل : أن يقرنها بأول سنن الوضوء (١) [1] ، فإن عَزَبَت قبل غسل الوجه فوجهان [2] :

أحدهما : الإجزاء ؛ لاتصاله (٢) بجزء من العبادة . والثاني لا ؛ لأنه لم يتصل بالفرض (٣) .

النظر الثالث : في كيفية النية ، وهي على ثلاثة أوجه :

الأول (٤) : أن ينوي رفع الحدث ، فهو كافٍ على (٥) الإطلاق ، فلو عَيَّنَ بعض الأحداث بالرفع ، ففيه أربعة أوجه [3] :

---

(١) قال ابن الصلاح : « وقوله : (والأكمل أن يقرنها بأول سنن الوضوء) ذكر هو فيما بعد أن أول سنن الوضوء : السواك ، ثم التسمية ، ثم غسل الكفين ، ثم المضمضة ، والظاهر أن السواك يتأخر فيكون عند المضمضة ، ولم يَعُدَّ كثير من الأصحاب السواك والتسمية وغسل الكفين من سنن الوضوء ، وإن كان مندوبًا إليها في ابتدائه ؛ لعدم اختصاصها بالوضوء ، والله أعلم » . المشكل (١/٢٩ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « لاتصالها » .

(٣) قال الرافعي : « وأصحهما : المنع ؛ لأن المقصود من العبادة واجباتها ، والمندوبات توابع وتزيينات ، فلا يكفي اقتران النية بها ؛ ولأنها أمور سابقة على فرض الوضوء فلا يكفي اقتران النية بها » . فتح العزيز : (١/ ٣١٧) . وراجع : المجموع : (١/٣٦١ ، ٣٦٢) .

(٤) في (ب) : « أحدها » .

(٥) في (أ ، ب) : « عند » .

---

(1) قوله : (الأكمل أن يقرُنها بأول سنن الوُضوء) ، هو بضم الراء ، وكان ينبغي أن يقول : (ويستصحبها) إلى آخره .

(2) قوله : (فإن عزبت قبل غسل الوجه فوجهان) الأصح : لا يجزئه . وصورته : أن لايكون غَسَلَ مع ذلك شيئًا من الفرض ، فإن انغسل مع المضمضة أو الاستنشاق شيء من الوجه - كما هو الغالب - أجزأته النية على المذهب ، فعلى هذا لابد من إعادة غسل ذلك الجزء على الأصح .

(3) قوله : (فلو عين بعض الأحداث بالرفع ففيه أربعة أوجه) الأصح : ارتفاع حدثه مطلقًا . وفيه وجه خامس : إن نوى رفع الأخير صح ، وإلا فلا . قوله : (فيما إذا غلط من حدث إلى حدث ارتفع حدثه) هذا مجمع عليه ، وفيه إشارة إلى أنه لو تعمد لا يرتفع وهذا هو الصحيح . وقيل : يرتفع ويلغُو تقييده بالسبب .

أحدها : أنه يرتفع على الإطلاق ؛ لأن الحدث لا يتجزأ ، فَرَفْعُ بعضه رَفْعُ كلِّه [١] .

والثاني [٢] : أنه لا يرتفع [٣] ؛ فإن بقاء بعضه بقاءُ كُلِّه ، ولم ينوِ رفع البعض .

والثالث : إن نوى رفع الحدث الأول صَحَّ ؛ فإن ما بعده ليس بحدث .

الرابع : إن لم ينفِ [٤] ما عدا المُعَيَّنَ صحَّ مطلقًا ، وإن نفى رفع [٥] الآخر ، فليس الإثبات أولى من النفي فيبقى الحدث .

ولو غلط من حَدَثٍ إلى حَدَثٍ [٦] ، فكان مُحْدِثًا من البول ، فقال : نويت رفع [٧] حدث النوم [٧] ، ارتفع حدثه ؛ لأن الأسباب جنس واحد في حق الحدث [٨] .

الوجه الثاني : إن نوى [٩] استباحة الصلاة ، أو ما لايُستباح إلا بالوضوء ، كَمَسِّ المصحف (1) للمُحْدِثِ (2) ، أو المكث في المسجد للجُنُب : فهو كافٍ .

(١) وهذا الوجه أصحهما ، كما رجح النووي في الروضة : (٤٨/١) ، والرافعي في فتح العزيز : (٣١٩/١) .

(٢) في (أ ، ب) : « الثاني » .

(٣) في (أ) : « يجوز » بدل : « يرتفع » .

(٤) في (أ ، ب) : « ينوِ نفي » بدل : « ينف » .

(٥) « رفع » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو غلط من حدث إلى حدث) أي غلط من سبب حدث إلى سبب آخر وإنما صح هاهنا قطعًا ، ولم يجزْ فيه الخلاف المذكور فيما إذا خصّ بعض أحداثه بالرفع ولم ينفِ غيره ، وإن سبق منه في (البسيط) أنه ينبغي أن يجزئ ؛ إذْ لا فرق بينهما ؛ وهذا لأنه هاهنا قد نوى رفع الحدث القائم به ، وذلك هو المقصود ، وإنما غلط في ذكر سببه ، وذكر السبب لا يشترط وما غلط فيه كأنه لم يذكره ، وفي (النهاية) عن المزني أنه نقل في مسألة الغلط إجماع العلماء على أنه لايضر ، فلو تعمد ذكر غير سببه لم يرتفع حدثه على الأصح ؛ لانتفاء ما ذكرناه ، والله أعلم » . المشكل (٣٠/١أ) . وانظر : فتح العزيز : (٣٢٠/١) ، والروضة (٤٨/١) .

(٧) في (أ ، ب) : « الحدث من النوم » .

(٨) في (ب) : « المحدث » .

(٩) في (أ ، ب) : « أن ينوي » .

(1) (المصحف) : مثلث الميم ، الضم أفصح وأشهر .

(2) قوله : (إنه يجزئه الوضوء إذا نوى به ما لا يستباح إلا بالوضوء) يدخل فيه ما إذا نوى أن يصلي صلاة لا يدركها ، كمن توضأ في رجب بنية استباحة صلاة العيد فإنه يصح .

وإن نوى مالا يُستحب فيه الوضوء ، كاستباحة دخول السوق (١) ، وزيارة الأمير [1] : فلا يصح . وإن ما يستحب (٢ الوضوء له ٢) ، كقراءة القرآن للمحدث وعبور المسجد للجنب ، فوجهان (٣) .

ولو نوى تجديد الوضوء أو غسل الجمعة ، فالمذهب : أن الحدث لا يرتفع ؛ لأنه ليس مستحبًّا لأَجْلِ الحدث ، بخلاف قراءة القرآن ؛ فإن الوضوء مستحب (٤) فيه لأجل (٥) الحدث .

ولو نوى استباحة صلاة معينه كالصبح ونَفَى غيرها ، ففيه ثلاثة أوجه . في الثالث : يُباح له ما عَيَّنَه دون غيره وهو الأضعف ؛ لأن الحدث لا يتجزأ بقاءً وارتفاعًا (٦) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله :(لو نوى ما لا يستحب له الوضوء كاستباحة دخول السوق) ذكر الاستباحة هاهنا فضلة ، ينبغي حذفها . والله أعلم » . المشكل (١/ ٣٠ أ) . وقصد ابن الصلاح أن دخول السوق مباح أصلًا ، فلا حاجة إلى استباحة دخوله بالوضوء أو غيره . والمقصود بالاستحباب في كلام الغزالي مطلق الطلب ، وإلا فالوضوء مستحب على كل حال .

(٢) في (أ ، ب) : « له الوضوء » .

(٣) في الروضة (١/ ٤٨) : « لم يصح على الأصح ». وانظر : فتح العزيز (١/ ٣٢٢) .

(٤) في (أ ، ب) : « يستحب » . (٥) في (أ ، ب) : « لرفع » .

(٦) وفي الروضة (١/ ٤٨) : « صح على الأصح » ، وكذا في فتح العزيز : (١/ ٣٢١) .

---

(1) قوله : (كاستباحة دخول السوق وزيارة الأمير) ينبغي إسقاط لفظة (الاستباحة) هنا .

والسوق : مؤنثة وقد تُذَكَّر .

الأصح فيمن / نوى ما يستحب له الوضوء : أنه لا يصح وضوؤه ، وفيمن نوى استباحة صلاة معينة ونفى ٣٩/أ غيرها : أنه يصح وضوؤه ويستبيح جميع الصلوات ، وفيمن تيقن الطهارة وشك في الحدث فتطهر احتياطًا ثم تيقن الحدث : أنه يلزمه إعادة الطهارة ؛ لأنه كان غير جازم ، وكان ذلك التردد معفوًّا عنه للضرورة ، وقد زالت .

فإن قيل : إذا كانت إعادة الطهارة واجبة كانت غير مرتفعة ، ويلزم منه أنه لا يستحب أن يتطهر احتياطًا .

فالجواب : أن الطهارة تصح ويرتفع حدثه ما دام شكُّه باقيًا ، وتجزئه صلاته في نفس الأمر للضرورة ، فهذا كافٍ في الاستحباب ، فإذا زال شكه زالت الضرورة فوجبت الإعادة .

فرع : مَنْ استيقن الطهارة وشكَّ في الحدث ، فله الأخذ بالطهارة . فلو تطهر احتياطًا ، ثم تبين الحدث ، ففي وجوب الإعادة وجهان (١) :

ووجه الوجوب : أن نية الاستباحة لم تكن جازمة ؛ لتردده في الحدث (٢) .

الوجه الثالث : أن ينوي أداء الوضوء ، أو فريضة الوضوء فهو جائز ، بخلاف ما إذا نوى فرض التيمم (1) ؛ فإن (٣) الوضوء قُربة مقصودة (٤) ، ....

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله فيمن استيقن الطهارة وشك في الحدث : (لو تطهر احتياطًا ثم تبين الحدث ، ففي وجوب الإعادة وجهان) فيه إشكال من حيث إنه يقال : هذا ينعطف على أصل صورة المسألة بالرفع ، فإن وجوب الإعادة ينفي وقوع تطهره احتياطًا ويلزم منه أن لا يشرع بطهره احتياطًا ، بل يحدث ويتطهر وجوبًا ، ولا سبيل إلى القول بذلك . وجوابه : أنَّا على القول بوجوب الإعادة ، لا نطلق القول بأنه لا يرتفع بذلك حدثه على تقدير تحقق حدثه ، وإنما نقول : لا يرتفع على تقدير أن ينكشف ، ونجعل تطهره هذا رافعًا لحدثه على تقدير أن يكون محدثًا في نفس الأمر ، غير أنه لم ينكشف ؛ وذلك للضرورة ؛ لأنه لا سبيل إلى رفعه - والحالة هذه - إلا بمثل هذه النية ، فإذا انكشف زالت الضرورة ، فوجبت الإعادة بنية جازمة ، وهذا كما إذا نسي صلاة في الخمس ولا يعرف عينها ، فإنا نجعله منقضيًا عن عهدتها بنية لا تجري مثلها حالة الانكشاف ، والله أعلم » . المشكل (١/٣٠أ - ٣٠ب) .

(٢) وفي الروضة (٤٨/١) : « ولو شك في الحدث فتوضأ محتاطًا فتيقن الحدث ، لم يعتد به على الأصح » .

(٣) في (أ ، ب) : « لأن » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا نوى فريضة الوضوء : (هو جائز بخلاف ما إذا نوى فرض التيمم ؛ لأن الوضوء قربة مقصودة) هذا غير مقطوع به كما أشعر به كلامه بل هو وجه ضعيف ، والصحيح : الجواز في التيمم أيضًا ؛ لأنه فرض ، وإن لم يكن قربة مقصودة والوصف بالفرضية غير محصور فيما هو قربة مقصودة ، والله أعلم » . المشكل (٣٠/١ب) . =

---

(1) قوله : (ينوي أداء الوضوء أو فريضة الوضوء ، وهو جائز ، بخلاف ما إذا نوى فرض التيمم ؛ لأن الوضوء قربة مقصودة ، وكذلك يستحب تجديده ، بخلاف التيمم) .

أما إذا نوى فرض الوضوء أو أداء الوضوء : فيصح وضوؤه بلا خلاف .

ولو نوى الوضوء فقط فوجهان حكاهما الماوردي والروياني ؛ أصحهما : صحته . والثاني : لا ؛ لأنه قد يكون تجديدًا ، فلا يلزم من الوضوء رفع الحدث ، وربما يفهم من كلام المصنف اختيار هذا الوجه . =

ولذلك (١) يُستحب تجديده بخلاف التيمم . وهل يشترط أن يضيف الوضوء إلى الله تعالى ؟ فيه وجهان (٢) (1) يجريان في النية في سائر العبادات .

= وقد رَدَّ الحموي هذا الاعتراض بقوله : « فإن قيل : تخصُّصُ الوضوء بقوله : (قربة مقصودة) يدل على أن التيمم ليس بقربة مقصودة ، وليس كذلك ، فإنهما سواء في ذلك » . ثم قال : « ومراده بقوله : (قربة مقصودة) أن الوضوء معقول المعنى محصول النظافة ، بخلاف التيمم ؛ ولهذا قال بعد قوله : (قربة مقصودة) : (ولذلك يستحب تجديده بخلاف التيمم) » . مشكلات الوسيط (١/٢٥أ - ٢٥ب) .

(١) في (ب) : « وذلك » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (هل يشترط أن يضيف الوضوء إلى الله تعالى ؟ فيه وجهان) هذا غير مختص بهذا ، بل هو جار ومذكور في وجوهها الثلاثة ، فيما إذا نوى رفع الحدث أو استباحة الصلاة =

= ولو نوى الجنب والحائض فرض الغسل أجزأهما ، ولو نويا الغسل فقط فلا ؛ لأن وقوعه مندوبًا وتبردًا وتنظفًا كثير ، فإذا أطلق لا يسبق إلى الفهم منه رافع الحدث ، بخلاف الوضوء .

فإن قيل : كيف يصح الوضوء بنية الفرضية قبل دخول وقت الصلاة ؟

فالجواب : أن في موجب الوضوء ثلاثة أوجه : أحدهما : نفس الحدث . والثاني : القيام إلى الصلاة . والثالث : كلاهما ، فعلى الأول : لا يرد السؤال ، وعلى الآخرين : المراد بالفرضية هنا فعل طهارة الحدث المشروطة في صحة الصلاة ، وشرط الشيء يطلق عليه اسم الفرض ، من حيث إنه لا يصح إلا به .

ولو كان المراد حقيقة الفرضية لما صح وضوء الصبي بهذه النية ، وقد اتفقوا على صحته بها / .

وأما قوله : (بخلاف ما إذا نوى فرض التيمم) فالمذهب : القطع بأن من نوى فرض التيمم لا يصح تيممه ، وهذا هو الأصح من وجهين مشهورين هكذا صححه الأصحاب .

وصحح الشيخ أبو عمرو صحته قال : لأنه فرض ، وإن لم يكن قربة مقصودة ، والوضوء بالفرضية غير مختص بما هو قربة مقصودة .

وهذا الذي ذكره من استحباب تجديد الوضوء متفق عليه ، والمشهور : أنه لا يستحب تجديد التيمم .

وفيه وجه حكاه الشاشي واختاره ، والمذهب : الأول ، ويتصور تجديده في حق من لا يحتاج إلى طلب الماء ، كالتيمم لمرض ، أو جرح ، أو من يقطع بأن لاماء حوله ، وغيرهم .

(1) قوله : (في اشتراط إضافة الوضوء وسائر العبادات إلى الله تعالى وجهان) هما مشهوران في كتب الخراسانيين ، أصحهما عندهم : لا يشترط ، وهو مقتضى طريقة العراقيين ، فإنهم لم يذكروه .

فروع خمسة :

[الأول] (١) : لو نوى بوضوئه رفع الحدث والتَّبرد (٢) جميعًا ، صحَّ على الأظهر [1] ؛ لأن التبرد حاصل قَصَدَ أو لم يَقْصِد . وإن (٣) نوى التبرد في أثناء الطهارة ، فإن كان قبل غروب النية لم يضر على الأظهر ، وإن كان بعد غروبها (٤) وجهان (٥) :

أحدهما : أنه يقطع (٦) حكم النية السابقة ؛ لأنها بقيت حُكْمًا ، وهذه وُجِدَتْ حقيقةً (٧) .

والثاني : أنه (٨) لا يضر ؛ لأن بقاءها حكمًا كبقائها حقيقة .

الثاني : [أن] (٩) الجنب يوم الجمعة لو نوى بغُسْلِهِ الجمعةَ ورفعَ الجنابة (١٠) ، حصلا على الأصح ، كمن يصلي الصبح وتحية (١١) المسجد (١٢) [2] .

= ونحوها أيضًا ، والله أعلم » . المشكل (١/٣٠ب) . وانظر : فتح العزيز (١/٣٢٥) .

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « مع التبرد » .
(٣) في (أ ، ب) : « فإن » .
(٤) في (أ ، ب) : « غروب النية » .
(٥) في (أ ، ب) : « فوجهان »
(٦) في (ب) : « ينقطع » .
(٧) وهذا ما رجحه في الروضة (١/٤٩) ، وقال : « لم يصح ما أتى بعد ذلك على الصحيح » ، وكذا في فتح العزيز : (١/٣٢٩) .
(٨) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .
(٩) زيادة من (أ ، ب) .
(١٠) في (أ ، ب) : « الحدث » .
(١١) في (أ) : « لتحية » .
(١٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو نوى بغسله الجمعة والجنابة ، حصلا على الأصح ، كمن يصلي =

---

(1) قوله فيمن نوى التبرد ورفع الحدث : (صح على الأظهر) ، يعني : أظهر الوجهين وهو المنصوص ، والأصح فيمن نوى التبرد في أثناء طهارته بعد غروب النية : أنها لا تصح .

(2) قوله فيما إذا نوى بغسله الجمعة والجنابة : (حصلا على الأصح كمن يصلي الصبح لتحية المسجد) يعني : أصح الوجهين .

وصورة مسألة التحية : أن ينوي ركعتين لفريضة الصبح وتحية المسجد فتحصلان بلا خلاف ، هكذا صرح به الأصحاب . =

ولو اقتصر على نية الجنابة ، ففي حصول غُسْل الجمعة قولان [(١)] .

ولو اقتصر على غسل الجمعة [(٢)] لا يحصل به رفع الجنابة على الأصح .

الثالث : لو أغفل لُمْعة [(٣)] في الغَسْلة الأولى فانغسلت في الثانية وهو على قصد التنفل ، هل

= [الصبح] لتحية المسجد) يعني : الفرض والتحية معًا ، وفي بعض النسخ : (كمن يصلي ركعتي الصبح) والكل سواء في ذلك ، ووجه جواز ذلك : أن تحية المسجد عبارة عن صلاة يصليها أو لدخول المسجد محييًا له بها ، كما يحيي بتحية السلام في أول اللقاء ، وهذا حاصل إذا بدأ فصلى الفرض أو سنته ، فهو كما لو نوى بوضوءٍ رفع الحدث والتبرد ، ولا بد من إجراء الخلاف في مسألة التحية أيضًا ، ويكون تشبيهه بمسألة التحية تمثيلًا للمسألة بالمسألة ؛ قياسًا للحكم على الحكم كما بيناه في أول الباب . وقال في الدرس في مسألة التبرد : كأن الفقهاء لم يعتنوا بملاحظة جانب الإخلاص ، فعن ذلك صححوا وجه الصحة . قلت : لا ينبغي أن نظن بهم ذلك مع اعترافهم بكون ذلك عبادة ، فإن نصوص الكتاب والسنة تمنعهم من المصير إلى ذلك ، وإنما جوزوا هذا فيما هو حاصل قَصَدَه أو لم يَقْصِدْه ، فلم يجعلوا قَصْدَه إشراكًا وتركًا للإخلاص بل قصْدًا للعبادة على صفتها الواقعة كمثل حكاية الحال ، والله أعلم » . المشكل (٣١/١أ) .

وقد استشكل بعضهم كلام الغزالي السابق كما ذكر الحموي ، حيث قال : « ما ذكره من كونه إذا نوى الصبح لتحية المسجد أنه يصح وجهًا واحدًا من غير خلاف ، فإنا لم نره في معظم الكتب ، ولأنه أشرك فأشبه ما لو نوى سنة الصبح لصلاة الصبح » . ثم رد على ذلك بقوله : « ما ذكره من النقل مذكور في (النهاية) ، هذا مع كونه يمكن أن يفرق بينهما على ما ذكره الشيخ أبو محمد قال : إذا نوى الصبح وحدها حصل له تحية المسجد ، وقد ذكره صاحب « التهذيب » أيضًا ، وإذا كان كذلك أمكن أن يقال : كل ما حصل بقرينة فَقَصدُه لاغٍ ، بخلاف ما لو نوى الصبح لسنتها ، فإنه لا يصح للتفريق » . مشكلات الوسيط (٢٥/١ب - ٢٦أ) .

(١) قال الرافعي : « إن قلنا : لا . فقضيته أنه لا يصح الغسل أصلًا ، كما لو نوى بصلاته الفرض والنفل جميعًا . وإن قلنا : يتأدى به - وهو الأصح - فوجهان كالوجهين في ضم نية التبرد إلى رفع الحدث ، أصحهما : أنه لا يضر » . فتح العزيز (٣٢٨/١) .   (٢) في (أ ، ب) : « فلا » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو أغفل لمعة) هي بضم اللام وإسكان الميم ، وهي عبارة عن مقدار قليل لم ينغسل ، وما حواليه مغسول ، أصله من قولهم : لمعة من سواد أو بياض أو حمرة في الثوب أو غيره . والله أعلم » . المشكل (١٣/١أ) . وانظر : لسان العرب ، مادة (ل م ع) .

= وأما قول الشيخ أبي عمرو : ولابد من جريان خلاف مسألة التبرد فيه ، فغير منقول ولامقبول .

والفرق : أن في التبرد أشرك بين قربة وعبادة ، وهذا علة الفساد على الوجه الضعيف .

وأما في مسألة التحية فإنها عبادة تحصل ضمنًا ، فتكون نيتها توكيدًا ، الأصح فيمن نوى الجنابة : أنه لا يحصل له غسل الجمعة .

يرتفع الحدث ؟ فيه وجهان (١) (1) :

ووجه المنع : أن نية الفرض باقية حكمًا ، وقصد التنفل موجود حقيقة ، فلا يتأدى (٢ الفرض به ٢) .

الرابع : في تفريق النية على أعضاء الوضوء (٣) وجهان ؛ أظهرهما : المنع ؛ لأنها عبادة

---

(١) الأصح : أنه يجزئه . انظر : الروضة (٤٩/١) .

(٢) في (أ ، ب) : « به الفرض » .

(٣) قال ابن الصلاح : « صورة تفريق النية على أعضاء الوضوء عند شيخه وما هو المعروف : أن ينوى عند غسل الوجه رفع حدث الوجه فحسب ، وهكذا عند كل عضو . ووجدت فيما عُلِّيَ عن أبي حامد أحمد ابن محمد الطوسي الراذكاني بيدي صاحب الكتاب ، ومن معاصري شيخه أن صورته : أن ينوي رفع الحدث عن جميع الأعضاء ثم يعود إلى مثل ذلك في كل عضو ، وهذا حيد عن صورة المسألة إلى فرع لها ، =

---

(1) قوله : (لو أغفل لمعة في الغسلة الأولى فانغسلت في الثانية وهو على قصد التنفل هل يرتفع الحدث ؟ فيه وجهان) ؛ الأصح : ارتفاعه .

اللُّمعة : بضم اللام .

وقوله : (في الثانية) مثال لاشرط ؛ فإنها لو انغسلت في الثالثة كان كالثانية ، وعبروا عن هذين الوجهين / بعبارة مشهورة في كتب الخراسانيين وكررها المصنف في باب سجود السهو وغيره ، وهي أنه هل ٤٠/أ يتأدى الفرض بنية النفل ؟ فيه وجهان .

وهذه العبارة تحتاج إلى شرح ، فإنه لا يصح الفرض بنية كل نفل قطعًا ؛ لأن من نوى ركعتين من الضحى لا يجزئه عن صلاة الصبح بإجماع المسلمين ، وإنما صورته : أن تكون قد سبقت نية تشمل الفرض والنفل جميعًا ، ثم يأتي بشيء من تلك العبادة ينوي به النفل ويصادف بقاء الفرض عليه فهل يجزئه ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا ؛ لأن نية النفل موجودة حقيقة وتلك ضمنًا واستصحابًا . وأصحهما : يجزئه ؛ لأن بقاء نية الفرض الشاملة له حكم الموجود حقيقة ، ولهذا صحت عبادته مع غفلته بعد ذلك استصحابًا لتلك النية .

قالوا : والباء في قولهم : (يتأدى الفرض بنية النفل) باء المصاحبة ، أي هل يتأدى الفرض بنية السابقة الشاملة المستصحبة مع ما صحبها من نية النفل ، والله أعلم .

واحدة ، فتشملها [1] نية واحدة (1) .

الخامس : المستحاضة ومن به سَلَسُ البول ، لا يكفيه نية رفع الحدث / ؛ لأن الحدث في حقه دائم (2) ، وتكفي نية استباحة الصلاة على أصح الوجهين ؛ لأنه المقصود [2] . ٤/ب

وفيه وجه: أنه يجب الجمع بين نية رفع الحدث والاستباحة .

وإليه ذهب [3] الخضري فقال : نية رفع الحدث [3] للحدث السابق ، والاستباحة للاحق [4] .

= فإن النية الثانية فيما ذكره تتضمن قطع النية الأولى . وإذا تكرر أثناء الطهارة انبنى على الوجهين في الصورة المعروفة ، إن قلنا : يصح الوضوء بِنِيّاتٍ ، في كل عضوٍ نيةٌ مفردة ، صح الوضوء فيما ذكره ، وإلا فلا ، والله أعلم » . المشكل (١/٣١أ) . وانظر : الروضة (١/٥٠) .

(١) في الأصل ، (ب) : « فلتشملها » ، ولا حاجة للام ، وإن كان له وجه بعيد .

(٢) وانظر : فتح العزيز (١/٣٣١ ، ٣٣٢) .

(٣) في (أ ، ب) : « الخضري لأن نية الرفع » .

(٤) قال ابن الصلاح :« ما حكاه الخضري في المستحاضة من أنه يجب الجمع بين نية الاستباحة للحدث القائم واللاحق وبين نية رفع الحادث السابق ، وحكاه شيخه عن القفال : مشكل ما عرف من القطع بأن نية الاستباحة كافية في رفع الحدث في حق المستحاضة ، ومن أجل ذلك عده صاحب (النهاية) غلطًا ، وحكاه صاحب (التتمة) في الاستحباب دون الوجوب ، وقال : لاخلاف أنه لا يجب الجمع بينهما . وقد حُكِيَ وجه غريب : أَن نيةَ الاستباحة لا تجري أصلًا في رفع الحدث ؛ لأن نية الاستباحة توجد من غير رفع =

(1) قوله : (في جواز تفريق النية على أعضاء الوضوء وجهان ؛ أظهرهما : المنع ؛ لأنها عبادة واحدة ، فليشملها نية واحدة)

فقوله : (يشملها) بفتح الياء والميم . وأما قوله : (أظهرهما المنع) فهو اختياره هنا وفي (الوجيز) ، والصحيح عند جمهور الأصحاب : صحة وضوئه ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وغيره ، ونقله الرافعي عن معظم الأصحاب ؛ لأنه يجوز تفريق أفعال الوضوء على الصحيح ، فكذا تفريق النية بخلاف الصلاة .

وصورة تفريق نية الوضوء : أن ينوي عند غسل الوجه رفع الحدث عن الوجه ، وعند اليدين رفع حدثهما ، وكذا الرأس والرجلان ، هكذا صورها الجمهور . ونقل الرافعي : أنه المشهور ، قال : ومن الأصحاب من قال : صورة الخلاف فيمن نوى رفع الحدث عن العضو المغسول دون غيره .

(2) قوله : (المستحاضة ومن به سلس لا تكفيه نية رفع الحدث ؛ لأن الحدث في حقه دائم) ، هذا التعليل يفهم منه أن طهارة المستحاضة ونحوها لا ترفع الحدث ، وهذا هو الأصح دليلًا .

وقيل : في ارتفاع حدثها قولان . =

الفرض الثاني : غسل الوجه :

وفيه مسألتان :

إحداهما [١] : أن حدَّ الوجه من مبتدأ تسطيح الجبهة إلى منتهى [٢] ما يُقْبِل من الذَّقْن في الطول ، ومن الأُذُن إلى الأُذُن في العَرْض [1].

فلا يدخل في الحد النَّزَعَتَانِ على طرفي الجبين [٣] [2] ، ولا موضع.........

= الحدث كما في التيمم ، ولكن لم يحكه هنا ولا مع حكايتهم هذا الوجه في المستحاضة . ولعل وجهه : أن نية الاستباحة في المستحاضة صادفت محلًّا آخر تنصرف إليه ، وهو الاستباحة من الحدث القائم بخلاف غيرها ، فلا بد لذلك من الإفصاح برفع الحدث السابق ، والله أعلم » . المشكل (٣١/١أ -٣١ب) . وراجع : الروضة (٤٩/١) ، والمجموع : (٣٦٣/١) ، والحاوي : (٩٥/١) .

(١) في الأصل ، (أ) : « أحدهما » ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل : « ما » زائدة قبل كلمة : « منتهى » ولا حاجة إليها .

(٣) النَّزَعتان : مثنى « النَّزعة » ، وهي موضع انحسار الشعر من جانبي الجبهة . انظر : المعجم الوسيط ، مادة (نزع) . قال النووي : « والنَّزَعتان : بفتح النون والزاي ، واحدتهما : نزعة بفتحهما ، وهو المعروف المشهور في كتب اللغة . وذكر البيهقي في كتابه (رد الانتقاد على ألفاظ الشافعي) عن أبي العلاء بن =

= وقال الأكثرون : يرتفع حدثها الماضي دون المقارن والمستقبل .

ولنا وجه في (الحاوي) وغيره : أنه يصح وضوؤها بنية رفع الحدث ، لتضمنه الاستباحة .

(1) قوله : (حَدُّ الوجه من مبتدأ تسطيح الجبهة إلى منتهى ما يقبل من الذقن في الطول ، ومن الأُذن إلى الأُذن في العرض) .

قال الرافعي : (من وإلى) إذا دخلتا على مثل هذا الكلام قد يراد بهما دخول ماوردتا عليه ، وقد يراد بهما خروجه ، فمن الأول : حضر القوم من فلان إلى فلان ، ومن الثاني : من الشجرة إلى الشجرة خمسُ أذرع ، فقول المصنف : (من مبتدأ تسطيح الجبهة إلى الذقن) جارٍ على المعنى الأول ، وقوله : (من الأذن إلى الأذن) ، على المعنى الثاني ؛ فلا تدخل الأذنان ولا وَتِدَاهما . (الذَّقن) : بفتح الذال المعجمة والقاف ، وهو مُلتقى اللحيين .

(2) قوله : (ولا يدخل في الحد النزعتان على طرفي الجبين) هما بفتح الزاي على المشهور ، وحُكي إسكانها ، وهما البياضان المكتنفان للناصية ، وهما من الرأس ، لكن استحب الشافعي والأصحاب غسلهما =

الصَّلَع من الرأس [1] .

وفي موضع التحذيف خلاف [2] . وظاهر المذهب : أنه من الوجه ؛ ولذلك [1] تعوَّدت النساء تنحية [1] الشعر عنه . وهو [٢] القدر [٣] الذي إذا وضع طرف الخيط على رأس الأذن والطرف الثاني على زاوية الجبين وقع في جانب الوجه [٤] .

= كوشاد الأديب الأصبهاني ، أنه يقال : نزعة ، بفتح الزاي وبإسكانها ، لغتان ، قال : يروون ذلك عن أبي عمرو الشيباني وغيره . قلت : والنزعتان هما الموضعان اللذان يحيطان بالناصية ، ينحسر الشعر عنهما في بعض الناس ، وذلك محمود عند العرب ، يمدحون به ، ويقال منه : رجل أنزع بين النزع ، قال جماهير العلماء : واستحب الشافعي والأصحاب - رحمهم الله تعالى - غسلهما مع الوجه ؛ للخروج من خلاف من قال : هما من الوجه » . تهذيب الأسماء واللغات (القسم الثاني - جـ١٦٤/٢) .

(١) في (أ ، ب) : « تعودون النساء بتنحية » .

(٢) قوله : « وهو القدر ... في تدوير الرأس » أي إلى آخر كلام الغزالي في هذه المسألة : ليس في (أ) .

(٣) في (ب) : « المقدار » .

(٤) قال ابن الصلاح : « الجبهة : موضع السجود ، وليست في الجبين ، كما تظنه العامة ، بل للإنسان جبينان ، يمينًا وشمالًا . من الجانبين إلى قصاص الشعر . والذقن - بالذال المعجمة والقاف المفتوحتين - : ملتقى اللحيَيْن . والنزعتان : واحدتهما نزعة بفتح الزاي ، وهمامحيطان بالناصية في جانبي الجبين ينحسر شعرالرأس عنهما ، وهما من الرأس ، لكن استحب الشافعي غسلهما مع الوجه ، فقيل : إن من العلماء من جعلهما من الوجه فاستحب الخروج من الخلاف ، والله أعلم » . المشكل (٣١/١ب) .

والتحذيف : هو تسوية الشعر ، فإذا أخذت من نواحيه ما تسويه به فقد حَذَّفْته . انظر : لسان العرب ، مادة (حذف) .

وقال النووي : « وأما موضع التحذيف فَسُمِّي بذلك ؛ لأن الأشراف والنساء يعتادون إزالة الشَّعْر عنه ؛ =

= مع الوجه للخروج من الخلاف ، فإن بعض العلماء جعلهما من الوجه . وأما (الجبينان) : فهما البياضان المكتنفان الجبهة يمينًا وشمالًا من طرفى الحاجبين إلى قصاص الشعر .

(1) وأما (الصَّلع) : بفتح الصاد واللام فهوما انحسر عنه الشعر من الرأس .

(2) والأصح عند الجمهور : أن موضع التحذيف من الرأس ، وهو الموافق لنص الشافعي في حد الرأس ، ونص عليه أيضًا فى (الإملاء) ، وصححه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمتولي والشاشي ، وصاحب =

وأما موضع الغَمَم (١) : فإن استوعبا جميع الجبهة وجب إيصال الماء إليه ، وإن أخذ بعض الجبهة فوجهان :

أحدهما : أنه (٢) يجب ؛ لأنه مُقْبل في جهة الوجه (٣) .

والثاني : لا (٤) ؛ لأنه في تدوير الرأس .

الثانية : يجب إيصال الماء إلى منابت الشعور الأربعة : الحاجبان ، والأهداب ، والشاربان ، والعذاران : وهما الخطان الموازيان (٥) للأذنين (٦) ؛ لِعِلَّتَيْن (1) :

إحداهما : أنها خفيفة في غالب الأمر .

= ليتسع الوجه . قال الشيخ أبو حامد : هو الشعر الذي بين النزعة والعذار ، وهو المتصل بالصدغ . وقال الشاشي في « المستظهري » : هو ما بين ابتداء العذار والنزعة داخلًا في الجبين من جانبي الوجه يؤخذ عنه الشعر ، يفعله الأشراف ... وقال أبو الفرج عبد الرحمن السرخسي في أماليه : هو موضع الشعر الخفيف الذي ينزل منبته إلى الجبين بين بياضين ، أحدهما : بياض النزعة . والثاني : بياض الصدغ . وقيل في حده أقوال أخر » . المجموع (٤٠٦/١) ، وراجع : الحاوي : (١٠٨/١) ، والروضة : (٥١/١) .

(١) غَمَّ غَمَمًا : سال شعر رأسه حتى إذا ضاقت جبهته وقفاه . يقال : هو أَغَمُّ الوجه والقفا . انظر القاموس المحيط ، مادة (غمم) ، وتهذيب الأسماء واللغات : (القسم الثاني - جـ٢/٦٣) .

(٢) « أنه » : ليست في (ب) .

(٣) وهو الأصح في المذهب . انظر : فتح العزيز (٣٣٨/١) .

(٤) « لا » : ليست في (ب) .

(٥) في (ب) : « المتوازيان » .

(٦) قال ابن بطال في (النظم المستعذب) : « العذرات : الشعر الخفيف المقابل للأذن » ، انظره بهامش المهذب (١٧/١) . وقال الرافعي : « العذار : هو القدر المحاذي للأذن ، يتصل من الأعلى بالصدغ ، ومن الأسفل بالعارض » فتح العزيز (٣٤١/١) . وقال النووي : « العذار : النابت على العظم الناتئ بقرب الأذن » . المجموع (٤١٢/١) .

= (البيان) وآخرون ، نقله الروياني والرافعي عن الجمهور والخلاف قولان ، وحكاه للأصحاب وجهين .

(1) قوله : (يجب إيصال الماء إلى منابت الشعور الأربعة ؛ لعلتين) ، هاتان العلتان مشهورتان ، وأشار إليهما الشافعي في « الأم » ؛ أصحهما : أن كثافتها نادرة .

وقوله : (يجب إيصال الماء إلى منابتها) ، يعني مع غسل الشعور . =

والثانية (١) : أن بياض الوجه محيط بها من الجوانب .

وأما اللحية : فإن كانت خفيفة يجب إيصال الماء إلى منابت ما وقع في حدِّ الوجه . والخفيفة (٢) : ما يتراءى منها (٣) البشرة للناظر في مجلس التخاطب ، أو ما يصل الماء إليه من غير مزيد تَكَلُّف (1). وإن كانت كثيفة فلا يجب إلا في حق المرأة (2) ؛ لأن اللحية لها نادرة .

ثم هل تجب إفاضة الماء على ظاهر اللحية الخارجة عن حدِّ الوجه ؟ فيه قولان : (3)

(١) في الأصل : « والثاني » ، وهو خطأ .

(٢) في (أ ، ب) : « والخفيف » . (٣) في (أ) : « معه » ، وفي (ب) : « منه » .

= ولنا وجه حكاه الرافعي : أنه لا يجب غسل منابت هذه الشعور إذ كانت كثيفة كاللحية / ، ولنا قول ٤١/أ في اللحية : أنه يجب غسل باطنها ومنبتها ، وإن كانت كثيفة . وهما شاذان باطلان .

(1) قوله في تفسير اللحية الخفيفة : (ما ترى بشرتها في مجلس التخاطب ، أو ما يصل الماء إليه من غير مزيد تكلف) هذان وجهان في تفسير الخفيف ، وهما مشهوران ، أصحهما الأول وهو ظاهر نص الشافعي ، وقطع به العراقيون والبغوي وآخرون ، وصححه الباقون .

وفيه وجه ثالث : وهو الرجوع إلى العرف .

(2) قوله : (وإن كانت كثيفة لم تجب إلا في حق المرأة) ، يرد عليه الخنثى المشكل ؛ فإنه كالمرأة في هذا باتفاق الأصحاب .

فإن قلنا بالضعيف : إن نبات لحيته علامة لذكورته لم يرد عليه ، ويستحب للمرأة حلق لحيتها .

(3) قوله : (هل تجب إفاضة الماء على ظاهر اللحية الخارجة عن حد الوجه ؟ فيه قولان) ، صوابه : الخارج بحذف الهاء ، وهذان القولان مشهوران ، أصحهما عند الأصحاب : الوجوب .

وهذه أول مسألة ذكر المزني في « مختصره » فيها قولين ، وفي عبارة المصنف فائدة حسنة وهي : الخارج عن حد الوجه - سواء خرج في طول اللحية أوعرضها - جرى القولان ، ثم ظاهر عبارة المصنف تقتضي أن الخلاف إنما هو في الإفاضة على الخارج سواء كان خفيفًا أو كثيفًا ، وهكذا صرح به في (البسيط) .

والصواب ما ذكره إمام الحرمين وغيره : أن الخارج إن كان كثيفًا فالقولان في وجوب إفاضة الماء على ظاهره ، ولا يجب غسل باطنه بلا خلاف ، وإن كان خفيفًا فالقولان في وجوب غسله ظاهرًا وباطنًا .

وشذ أبو عبد الله الزبيري فقال : القولان في وجوب غسل باطن الخارج خفيفًا كان أو كثيفًا ، وغلطه الأصحاب . =

أحدهما : نعم ؛ لأنه مقبل عند التخاطب ، فيُسَمَّى وجهًا (1) .

والثاني : لا ؛ لخروجه عن حدِّ الوجه .

أما العَنْفَقَةُ (2) الكثيفة : ففي (3) إيصال الماء إلى منابتها وجهان (4) . إن عللنا في الشعور الأربعة بالخِفَّة غالبًا فهي خفيفة غالبًا ، وإن عللنا بإحاطة البياض فلا .

الفرض الثالث : غسل اليدين مع المِرْفَقَين (5) :

وفيه ثلاثة فروع :

الأول : لو قُطِعَ (6) يدُه من الساعد ، وجب غسل الباقي [من الساعد] (7) .

وإن قُطِعَ فوق المِرْفَق اسْتُحب إمساسُ الماء ما بقي من عَضُدِه ؛ فإن تطويل الغُرَّة سُنة (8) ،

---

(1) وهو الصحيح في المذهب . انظر المجموع : (٤١٤/١ ، ٤١٥) ، والروضة : (٥٢/١) .

(2) العَنْفَق : قلة الشيء وخفته . والعنفقة : شعيرات بين الشفة السفلى والذقن ، لخفة شعرها غالبًا . انظر المعجم الوسيط : مادة (عنفق) .

(3) في الأصل ، (أ) : « في » .

(4) والصحيح : وجوب غسل بشرتها مع الكثافة . انظر المجموع : (٤١١/١) .

(5) قال ابن الصلاح : « ربما توهم بعضهم أن المرفق هو الطرف الذراع المحدد الذي من عنده يذرع ، وذلك خطأ ، وإنما المرفق عبارة عن مجتمع العظمين المتداخلين ، وهما طرف عظم الذراع وطرف عظم العضد ، وذلك هو الموضع الذي يتكئ عليه المرتفق المتكئ ، إذا ألقم راحته رأسه متكئًا على ذراعه ، فاعلم ذلك . والله أعلم » . المشكل (٣١/١ب - ٣٢أ) .

(6) في (أ ، ب) : « قطعت » ، وكلاهما جائز .

(7) زيادة من (أ) .

(8) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن قطع من فوق المرفق استحب له إمساس الماء ما بقي من عضده ، فإن =

= والخارج من العذار ، والعارض ، والسبال كالخارج من اللحية ، ولو خرجت سلعة في وجهه عن خده وجب غسلها على المذهب .

وقيل في الخارج القولان في اللحية .

وإذا لم نوجب الإفاضة على الخارج فهي مستحبة .

فتبقى [1] وإن سقط الفرض .

وإن قطع من المَفصِلِ (١) فقولان :

أحدهما : أنه لا يجب غسل عظم العَضُد ؛ لأن المرفق عبارة عن عظم الساعد وقد زال ؛

= تطويل الغرة مستحب) هذا غير مَرْضِيٍّ ؛ فإنه يوهم وجود تطويل الغرة في اليد ، ومن المعلوم الشائع اختصاص الغرة بالوجه ، وأن ما في اليدين والرجلين من ذلك هو التحجيل ، ولعل هذا وقع له مماروي عنه ﷺ : « تأتي أمتي يوم القيامة غُرًّا مُحَجَّلين من آثار الوضوء ، فمن استطاع أن يطيل غُرَّتَه فليفعل » ، ولم يقل : فمن استطاع أن يطيل غرته وتحجيله فليفعل . فتوهم أن الغرة شاملة لموضع التحجيل ، وليس الأمر على ذلك ، فإن من الإيجاز الذي يُكْتَفَى فيه بذكر أحد الناظرين ، كما في قوله - تبارك وتعالى - : ﴿ سرابيل تقيكم الحر ﴾ ولم يذكر البَرْد ، على أنه قد ورد في بعض روايته : « فمن استطاع أن يطيل غرته وتحجيله) . فإن كان مراد المصنف ، فإن تطويل التحجيل مستحب ، ونبه بذكر نظيره من الغرة عليه ، فلا محذور فيه سوى ما فيه من الإيهام ، والله أعلم » . المشكل (١/٣٢ أ) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن قطع من المفْصِل) فالمَفْصِل هو بفتح الميم وكسر الصاد ، ومن قاله بكسر الميم وفتح الصاد فقد أحال المعنى ؛ فإنه هكذا عبارة عن اللسان » . المشكل (١/٣٢أ) . وانظر القاموس المحيط ، والمعجم الوسيط : مادة (فصل) .

---

(1) قوله : (وإن قطع من فوق المرفق استحب إمساس الماء ما بقي من عضده ، فإن تطويل الغرة سنة فيبقى) .

قال أصحابنا وغيرهم : الغرة في الوجه ، والتحجيل في اليدين والرجلين وهو غسل ما فوق المرفقين والكعبين وهو سنة .

وأطلق المصنف عليه الغرة مجازًا لمقاربته الغرة في قوله - صلى الله عليه وسلم - : « تأتي أمتي يوم القيامة غرًّا محجلين من آثار الوضوء ، فمن استطاع أن يطيل غرته وتحجيله فليفعل » .

والمراد بقوله : (إمساس الماء ما بقي) غسله .

وقد صرح بالغسل جماعات منهم المصنف في (الوجيز) ، والروياني ، والرافعي .

فإن قيل : إنما كان غسل ما فوق المرفق مستحبًا تبعًا للذراع وقد زال المتبوع فينبغي أن لا يشرع التابع ، كمن فاته صلوات في زمن الجنون أو الحيض فإنه لا يقضي النوافل الراتبة التابعة للفرائض ، كما لا يقضي الفرائض ؟

فالجواب ما أجاب به الشيخ أبو محمد وغيره : أن سقوط القضاء عن المجنون رخصة مع إمكانه ، فإذا سقط الأصل مع إمكانه ، فالتابع أولى .

=

أو لأن غسل العضد كان تابعًا وقد سقط المتبوع [١] ، وهذا القول نقله المزني [٢] .

والثاني نقله الرَّبيع وهو : أنه يجب [٣] ؛ لأن المرفق عبارة عن مجتمع العظام ، وغسل الكل أصل لا تبع .

ومن الأصحاب من قطع بالوجوب وغَلَّطَ المزني في النقل ، وتكلَّف [٤] تأويله [1] .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (فيه قولان ، أحدهما : لا يجب غسل عظم العضد ؛ لأن المرفق عبارة عن عظم الساعد ، وقد زال ، ولأن غسل العضد كان تابعًا وقد سقط المتبوع) تحقيق الفرق بين هاتين العلتين : أنه على العلة الأولى ليس المرفق عبارة عن مجتمع الطرفين ، وإنما هو عبارة عن طرف عظم الساعد فحسب ، وإنما وجب غسل الطرف الآخر فى حالة السلامة لتداخلهما . وأما على التعليل الثاني : فنسلم أن المرفق عبارة عن مجتمع الطرفين ، ولكن ليسا أصلًا في الغسل ، بل طرف عظم العضد منهما ، إنما يغسل تباعًا لا أصلًا » . المشكل (٣٢/١أ -٣٢ب) .

(٢) انظر : مختصر المزني (٣٢/١أ - ٣٢ب) .

(٣) انظر : الأم (٢٢/١) .

(٤) في (أ ، ب) : « أو تكلف » .

= وأما سقوط غسل الذراع فلتعذره ، والتعذر مختص بالذراع ، فبقي العضد على ما كان من الاستحباب .

(1) قوله : (وإن قطع من المفصل فقولان ؛ أحدهما : لا يجب غسل عظم العضد ؛ لأن المرفق عبارة عن عظم الساعد وقد زال ، ولأن غسل العضد كان تابعًا وقد سقط المتبوع ، وهذا القول نقله المزني . والثاني – نقله الربيع – : أنه يجب ؛ لأن المرفق عبارة عن مجتمع العظام ، وغسل الكل أصل لا تبع . ومن الأصحاب من قطع بالوجوب وغلَّط المزني في النقل أو تكلف تأويله) .

أما (المَفصِل) : فبفتح الميم وكسر الصاد . (والمرفق) : بكسر الميم وفتح الفاء ، وعكسه لغتان . والصحيح من القولين : الثاني وهو : وجوب غسل طرف عظم العضد ، وأن المرفق اسم لمجتمع العظام لا لمجرد إبرة الذراع .

وأما قوله : (تكلف تأويله) ، فمعناه : إن أراد (قطع من فوق المرفق) فسقطت لفظة (فوق) وهي مراده . وذهب جمهور العراقيين إلى الجزم بما نقله المزني ، واعلم أن المزني والربيع عمدة نقل نصوص الشافعي ، وهما أجلُّ أصحابه ، فالمزني ناصِر المذهب ، والربيع راويته .

والمزني هو : أبو إبراهيم إسماعيل / بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحق المصري ، تُوفِّي بها سنة ٤٣/أ
أربع وستين ومائتين ، وهو ابن بضع وثمانين ، وكان ورعًا في العلم والزهد والعبادة ، دقيق النظر ، صنف كتبًا كثيرة ، قال الشافعي : المزني ناصر مذهبي . وأما الربيع فهو : أبو محمد الربيع بن سليمان بن عبد =

الفرع[(١)] **الثاني**[(٢)] : لو نفذ سَهْمٌ في كفه وبقي متفتقًا[(٣)] وجب إيصال الماء إلى باطنه ، وإن تَكَشَّطَتْ جلدة من الساعد وتَدَلَّتْ وجب استيعابها بالغسل[(1)] ، وإن الْتَصَقَتْ ببعض الساعد

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (منهم من قطع بالجوب وغلّط المزني في النقل أو تكلف تأويله) وجه تأويله أنه قال : فإن كان أقطعهما من المرفقين فلا فرض عليه ، فيحمل على أنه أراد قطعهما من فوق المرفق ، كما نقله الربيع ؛ لأن ما بعد (مِنْ) قد يدخل في المذكور قبلها . والله أعلم » . المشكل (٣٢/١ب) .

قال الماوردي - تعليقًا على نقل المزني السابق هذا - : « اختلف أصحابنا ، فكان أبو إسحق المروزي يقول : هذا غلط من المزني ، أو سهو في النقل ؛ لأنه إذا كان أقطع الذراعين من المرفقين ، لزومه غسل المرفقين ، ولم يسقط عنه الفرض فيهما . وقال أبو علي بن أبي هريرة : جواب المزني صواب ، ونَقْله صحيح ، وإنما غلط عليه في التأويل ، ومراده بقوله من المرفقين ، أي : من فوق المرفقين ، فحذف ذلك اختصارًا ، واكتفى بفهم السامع » . الحاوى (١١٣/١) . وأصح القولين الوجوب . راجع : المجموع : (٤٢٧/١) ، والروضة : (٥٢/١) .

(٢) « الفرع » : ليست في (أ ، ب) . (٣) في (ب) : « منثقبًا » .

= الجبار المؤذن المصري المرادي مولاهم ، تُوفيِّ بمصر سنة سبعين ومائتين ، قال الشافعي : الربيع راويتي ، وهذا الربيع هو المتكرر في (الوسيط) .

وأما الربيع بن سليمان الجيزي فلاذكر له في (الوسيط) أصلًا ، ولم يذكره صاحب (المهذب) أيضًا إلا في مسألة طهارة الشعر بالدباغ .

(1) قوله : (وإن كشطت جلدة من الساعد ...) إلى آخره ، حاصل المذهب فيه : أنه إذا انقطعت جلدة من الذراع وتدلت منه وجب غسلها ، وإن تعلقت من العضد وتدلت منه لم يجب ، سواء حاذى شيء منها محل الفرض أم لا ، بخلاف ما ذكروه في اليد ، فإن اسم اليد يقع عليها دون الجلدة .

وإن تقلع من أحدهما وبلغ التقلع إلى الآخر ثم تدلى منه فوجهان ؛ أصحهما - وهو المنصوص ، وبه قطع جمهور العراقيين والبغوي - : أن الاعتبار بما انتهى إليه لا بأصله ، فإذا تقلع من الذراع وجب . الثاني: أن الاعتبار بأصله لا بما انتهى إليه ، فينعكس الحكم ، وبهذا جزم الماوردي ، واختاره إمام الحرمين والمتولي والمصنف .

ثم حيث أوجبنا غسل المتقلع ، وجب غسل ظاهره وباطنه وغسل ما تقلعت عنه وظهر من محل الفرض .

وإن تقلع من أحدهما والتحم بالآخر وجب غسل ما حاذى منه محل الفرض ، فإن كان متجافيًا لزمه أيضًا غسل ما تحته .

أجرى الماء على المتجافي من غير فتق ، فإن [١] ارتفعت إلى العضد والتصقت يجب [٢] غسلها أيضًا ؛ نظرًا إلى أصله .

وقال العراقيون : لا يجب غسل ما في حدِّ العضد ؛ لأنه صار من العضد . وإن [٣] تدلت من العضد فلا يجب غسله [٤] ، وإن التصقت بالساعد يجب [٥] غسل ظاهر ما التصق ؛ بدلًا عمَّا استتر من الساعد ، ولا يجب غسل باقيه ؛ نظرًا إلى أصله . ويحتمل – على رأي العراقيين – : أن [٦] يجب غسل ما يُحاذي الساعد وإن لم يلتصق [٧] [1] .

---

(١) في (أ ، ب) : « وإن » .
(٢) في (أ ، ب) : « وجب » .
(٣) في (ب) : « فإن » .
(٤) في (ب) : « غسلها » .

وقال ابن الصلاح : « قال : (وإن كشفت جلدة من الساعد) وذكر الحكم فيه ثم قال : (وإن تدلت من العضد ، فلا يجب غسلها) فهذا ليس عائدًا إلى جلدة الساعد المذكورة ، وإنما معناه : وإن تدلت من العضد جلدة تقلعت من العضد » . المشكل (١/٣٢ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « وجب » .
(٦) في (ب) : « أنه » .
(٧) قال ابن الصلاح : « ثم إن قوله : (ويحتمل على رأي العراقيين أن يجب غسل ما يحاذي الساعد ، وإن =

---

(1) وأما قول المصنف : (وإن تدلت من العضد فلا يجب غسلها) إلى قوله : (ويحتمل على رأى العراقيين أن يجب غسل ما يحاذي الساعد وإن لم يلتصق) ، فمعناه : أنها إذا تدلت من العضد لم يجب غسلها ، سواء بلغت في التقلع إلى الذراع أم لا ؛ نظرًا إلى أصلها ، وهذا على طريقته وطريقة الماوردي والإمام المتولي . / ٤٣/أ

وقوله : (يحتمل على رأى العراقيين : أن يجب) ، يعني إذا تقلع من العضد وبلغ التقلع الذراعين ، هذا الاحتمال مصرح به فى كتب العراقيين ، ونصَّ عليه في (حرملة) .

وقد أنكر الشيخ أبو عمرو على المصنف هذا الاحتمال وقال : لا ذكر له في (النهاية) ولا (البسيط) ، ولا هو في كتب العراقيين ، وهذا الإنكار فاسد ؛ لأنه حمل كلام المصنف على أنه أراد أن التقلع لم ينزل عن العضد ، ولو كان مراد المصنف لكان الإنكار صحيحًا ، لكن ليس هو مراده ، بل مراده ما ذكرته أوله ، وكلامه كالصريح في ذلك فهو صواب ، والله أعلم .

قوله : (أجرى الماء على المتجافي من غير فتق) يعني : لا يلزمه فتقه ، بل لا يجوز .

الفرع (١) الثالث : لو نبتت يَدٌ زائدة من الساعد يجب (٢) غسلها ، وإن كانت الزائدة لا تتميز عن الأخرى (٣) وجب غسلهما (٤) (1) ، ....

= لم يلتصق) تخريجٌ من عنده ، خَرَّجَه في هذا الكتاب ، لا وجود له في (البسيط) و (النهاية) ولا يصح على أصل العراقيين ؛ فإن المحاذاة بمجردها غير معتبرة عندهم أيضًا ، ولكن خالف أكثرهم في مصيرهم إلى أن الاعتبار في الجلدة المنقطعة بالمحل الذي انتهت إليه وتَدَلَّتْ منه ، من غير نظر إلى أصلها ، والجلدة التي فيها الكلام محلها الذي تدلت منه هو من العضد ، وقد صرح شيخهم الشيخ أبو حامد الإسفراييني أنّ الجلدة المتقلعة من الساعد إذا بلغ تقلعها إلى العضد وتدلت ؛ بأنه لا يلزمه غسلها ، ولا غسل ما يحاذي منها محل الفرض ؛ بخلاف ما يحاذيه من اليد الزائدة النابتة في العضد ؛ حيث يجب غسل المحاذي منها على مانص عليه الشافعي - رحمه الله - في (الأم) . فإذا قطع بهذا في الجلدة المتعلقة من الساعد . فما الظن بالمتعلقة من العضد ؟ والفرق بين اليد والجلدة المذكورتين : أنه اجتمع في اليد اسم اليد والحصول في محل اليد المعهودة بخلاف الجلدة ، وقول صاحب الكتاب في اليد : (هذا فيه احتمال) قاله شيخه ، وذكر أنه لم يَرَ فيه مخالفًا من الأصحاب للنص ، قلت : فيه خلاف من بعض الأصحاب مذكور في (الحاوي) و (الشامل) و (التتمة)، والله أعلم » . المشكل (٣٢/١ ب - ٣٣ أ) .

وقد ذهب النووي إلى ترجيح اعتبار المنتهى في الجلد المتقلع ، وعدم النظر إلى الموضع الذي تقلع منه . انظر : المجموع (٤٢٣/١) .

(١) « الفرع » : ليست في (أ ، ب) . (٢) في (أ ، ب) : « وجب» .

(٣) قال النووي : « ومن أمارات الزائدة : أن تكون فاحشة القصر ، والأخرى معتدلة . ومنه : نقص الأصابع ، ومنه : فقد البطش وضعفه » . الروضة (٥٢/١-٥٣) .

(٤) قال الحموي : « جعل الشيخ عدم التمييز موجبًا لغسلهما ، وذلك يخالف ما ذكره أولًا من كونه يغسل اليد الزائدة لما لا يخفى » .

ثم رَدَّ على هذا الإشكال بقوله : « ما ذكره من ذلك الإطلاق يحتمل أمرين ؛ أحدهما : أن تكون الزائدة في محل الساعد . والثاني : أن تنبت من فوق الساعد .

فإن كانت الزائدة من نفس الساعد وجب غسلها ؛ لأنها في محل الفرض ، وإن كانت من تحت المرفق من غير التباس وجب غسلها ؛ لأنها في محل الفرض ، وإن كانت من فوق المرفق من غير التباس غَسَل=

(1) قوله : (لو نبت له يد زائدة من الساعد وجب غسلها ، وإن كانت الزائدة لا تتميز عن الأخرى وجب غسلهما) . =

وإن نبتت من [١] فوق المرفق لم تغسل ، فإن دخل رأسها في حدِّ الساعد نصَّ الشافعي – رضي الله عنه – في (الأم) على [٢] أنه يغسل ما يحاذي الساعد لحصول اسم اليد ، ومحاذاة [بعض] [٣] محل الفرض ، وهذا فيه احتمال [٤] [1] .

= الأصلية ، وإن وقع التباس وجب غسلهما ؛ ليخرج عن العهدة بيقين .

فعلى هذا يحمل الأول على ما إذا كانت زيادة في محل الفرض ، ويحمل ما ذكر ثانيًا وفرعها في غير محل الفرض وحصل التباس » . مشكلات الوسيط (١/٢٦أ) .

(١) « من » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) « على » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) وانظر مزيدًا من الإيضاح في : المجموع (٤٢١/١) ، والروضة : (٥٢/١ ، ٥٣) ، والحاوي : (١١٤/١) .

= صورة الأولى : أن ينبت له يدان في ساعد واحد وتتميز الزائدة بنقص الأصابع أو زيادتها ، أو فحش قصرها ، أوطولها ، أو بطشها ، أو غير ذلك .

وصورة الثانية : أن لا تتميز . فيجب غسلهما في الصورتين ، وكان الأخصر والأحسن أن يقال : لو نبت يدان في ساعد وجب غسلهما ، سواء تميزت الأصلية أم لا .

ولو سرق هذا الشخص قُطِعَتْ إحداهما فقط على المذهب ، نص عليه الشافعي ، وقطع به الجمهور ؛ لأن الحد مبني على الإسقاط والمساهلة ، وقد ذكر المصنف مسألة القطع في كتاب السرقة غلطًا ، وسنوضحها هناك إن شاء الله تعالى .

(1) قوله : (وإن نبتت من فوق المرفق لم تغسل ، فإن دخل رأسها في حد الساعد : نص الشافعي في « الأم » أنه يغسل ما يحاذي الساعد ، وفيه احتمال) ، هذا الذي نص عليه هو الصحيح الذي قاله الجمهور وهذا الاحتمال قاله أيضًا إمام الحرمين قال : والمسألة محتملة جدًّا ، ولكن لم أر فيها إلا النص .

وقد حكى الماوردي وابن الصباغ والمتولي والروياني والشاشي وغيرهم وجهًا موافقًا لهذا الاحتمال : أنه لا يجب غسل المحاذي ؛ لأنها ليست أصلًا ولا نابتة / في محل الفرض فيجعل تبعًا ، وحمل هذا القائل ٤٢/ب النص على ما إذا لصقت بمحل الفرض .

الفرض الرابع : مسح الرأس :

والنظر في قَدْرِهِ ، ومَحِلِّه ، وكيفيته :

أما قَدْرُه : فما ينطلق عليه الاسم ولو على بعض شعرة من الرأس (١) (1) .

وقيل : إنه لا [يجزئ] (٢) أقل من ثلاث شعرات (٣) . وقدَّره أبو حنيفة - رضي الله عنه - بالربع ، ومالك أوجب الاستيعاب (٤) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في قدر المسح : (ما ينطلق عليه الاسم ولو على بعض شعرة) وكذا قول شيخه . قال الأئمة : لو مسح بعضًا من شعره كفى ؛ لتحقق الاسم . فيه إشكال لم أرهم تعرضوا له وهو : أن الشعرة الواحدة المذكورة إن كانت حالة المسح عليها قَارَّةً على الرأس على العادة ، ففي المسح عليها مسح على ما حواليها ، فلا يكون مقتصرًا على مسح شعرة . وإن اجتذبها من بين شعر الرأس ومسح عليها قائمة فلا يسمى بذلك ماسحًا للرأس ، فلنفرض إذًا ذلك فيما إذا كان شعر رأسه مطليًا بشيء وبعض شعره بارز فَأَمرَّ يَدَه عليها مع ما حولها ، فإنه يُسمَّى ماسحًا للرأس ، ولم يقع المسح في الحقيقة إلا على بعض شعره ، والله أعلم » . المشكل (١/٣٣أ) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) قال الشافعي : « قال الله تعالى : ﴿ وامسحوا برءوسكم ﴾ وكان معقولًا في الآية أن مَنْ مسح من رأسه شيئًا فقد مسح برأسه ، ولم تحتمل الآية إلا هذا ، وهو أظهر معانيها . أو مسح الرأس كله ، ودلت السُّنَّة على أن ليس على المرء مسح الرأس كله ، وإذا دلت السنة على ذلك فمعنى الآية : أن من مسح شيئًا من رأسه أجزأه » . الأم (١/٢٢) .

ونص النووي على أن مسح ثلاث شعرات وجهٌ شاذٌّ . انظر : الروضة : (١/٥٣) . والمجموع : (١/٤٣٠) .

(٤) راجع مذهب الحنفية في : فتح القدير : (١/١٧) ، وحاشية ابن عابدين : (١/٩٩) . ، ورءوس المسائل . (١٠٣) . وراجع مذهب مالك في : الشرح الصغير : (١/١٠٨) ، وحاشية الدسوقي : (١/٨٨) .

---

(1) قوله : (فيما إذا اقتصر على مسح بعض شعرة : أجزأه) ، وكذا صَرَّح به الجمهور ، ونقله الإمام عن الأئمة ، فهو المذهب ، وإن كان فيه نظر من حيث الدليل .

ومن صور الاقتصار على بعض شعرة : أن يكون رأسه مطليًا بحناء ونحوه ، ولم يظهر من شعره إلا بعض شعرة .

ومنها : أن يضعها على خرقة لستر باقي الشعر ، ثم يمسح الشعرة فوق الخرقة .

أما كيفيته : فهو مدُّ البلل على جزء من الرأس (١) . ولو غسل أجزأه ؛ لأنه فوق المسح ، ولكن لا يُستحب . وهل يُكْرَه ؟ فيه تردد (1) [والأظهر : أنه لا يكره] (٢) .

وغسل الخُفِّ بدل المسح مكروه ، ولكن (٣ مسح الرأس ٣) يستحب فيه التكرار (٤ بخلاف الخف ٤) ، وهو تقريب من الغسل ، ولو وضع الماء على الرأس ولم يمده فوجهان : اختار (٥) القفَّال : أنه لا يجزئ ؛ لأنه منوط بالاسم وذلك لا يُسَمَّى مَسحًا (٦) . والأظهر : الجواز ؛ لحصول الإبلال (٧) (2) ، كما يجزئ الغسل وإن لم

(١) قال الماوردي : « قال الشافعي – رضي الله عنه – : ثم يمسح رأسه ثلاثًا ، وأحب أن يتحرى جميع رأسه وصدغيه ، ويبدأ بمقدم رأسه ، ثم يذهب بهما إلى قفاه ، ثم يردهما إلى المكان الذي بدأ منه » . انظر : الحاوي (١١٤/١) .

(٢) زيادة من (ب) . وفي الروضة (٥٣/١) : « ولا يكره على الأصح » .

(٣) في الأصل : « هذا » بدل : « مسح الرأس » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) لوضوحه أكثر .

(٤) ليست في (أ) . (٥) في (أ ، ب) : « اختيار » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قطع هو وشيخه بأن غسل الرأس يجزئ وإن كان لا يسمى مسحًا . والفرق : أن الغسل أجزأ لا لكونه مشتملًا على المسح بل لكونه فوق المسح ، فالتنصيص على المسح تنبيه على الغسل من طريق الأَوْلَى ، وأما مجرد البلل فليس بالمسحِ المنصوص ، ولا ما هو أَوْلَى منه ، وهذا فرقٌ ظاهر وعلى هذا يمنع كراهيةَ الغسلُ . وقد حكى بعضهم في الغسل وجهًا أنه لا يجزئ . والأكثرون ممن جوزوه كرهوه لكونه سَرَفًا ، والله أعلم » . المشكل (٣٣/١أ – ٣٣ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله (الأظهر الجواز ؛ لحصول الإبلال) كان ينبغي أن يقول : (لحصول البلل) ؛ لأن الإبلال عبارة عن الشِّفاء ، ومن قولهم : أَبَلَّ من مَرَضه إذا شفي ، والله أعلم » . المشكل (٣٣/١ب) . وانظر : القاموس المحيط : مادة (بلل) .

(1) قوله : (هل يكره غسل الرأس ؟ فيه تردد) ، هذا التردد وجهان حكاهما الإمام وآخرون ، واختلف في أصحهما ؛ فنقل الإمام الكراهة عن الأكثرين ، وبه قطع المحاملي في (اللباب) ، وصاحب (التحرير) . وجزم القفال والإمام في (الأساليب) بعدم الكراهة ، وصححه المصنف في (الوجيز) والرافعي .

(2) قوله : (لحصول الإبلال) ، وصوابه : البلل أو البل .

يُسَمَّى مسحًا (١) .

وأما (٢) محلُّه : فهو الرأس ، وكل شعر كائن في حدٍّ (٣) الرأس . فإن مَسَحَ على شعر متجعد يخرج محلُّ المسحِ بالمد عن حدِّ الرأس لم يجز ، ولو حلق الشعر الذي مسح عليه لم تلزمه الإعادة خلافًا لابن خيران (٤) (1) .

الفرض الخامس : غسل الرجلين مع الكعبين : (2)

---

(١) وفي الروضة (٥٣/١) : « « ولو غسل رأسه بدل مسحه ، أو ألقى عليه قطرة ولم تسل عليه ، أو وضع يده التي عليها الماءعلى رأسه ولم يمرها ، أجزأه على الصحيح » .

(٢) في الأصل : « فأما » .

(٣) « حد » : ليست في (أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « (ولو حلق الشعر الذي مسح عليه لم تلزمه الإعادة ، خلافًا لابن خيران) كذا قال بالخاء المعجمة في أوله والنون في آخره ، كذا وجدته فيما علق عنه في الدرس ، ووجدته بخطه في أصله بالوسيط ، وكذا قال شيخه وذكر أن العراقيين نقلوه عن ابن خيران ، وهذا تصحيف بلا إشكال ، وإنما هو عن ابن جرير بالجيم والراء المكررة وهو محمد بن جرير الطبري صاحب اختيار ومذهب منفرد ، والله أعلم » . المشكل (٣٣/١ب - ٣٤أ) . وعلى هذا الخطأ نبه الإمام النووي في المجموع : (٤٩٩/١) .

---

(1) قوله : (ولو حلق الشعر الذي مسح عليه لم تلزمه الإعادة ، خلافًا لابن خيران) ، هكذا وقع هنا وفي (النهاية) خلافًا لابن خيران ، وهو غلط فاحش وتصحيف قبيح ، وصوابه : خلافًا لابن جرير بالجيم ، وقد ذكره المصنف في (البسيط) على الصواب ، فقال : هو قول محمد بن جرير الطبري .

وأما قول إمام الحرمين : إن العراقيين نقلوه عن ابن خيران فتصحيف ، إنما نقلوه عن محمد بن جرير . وقد صحف المصنف هذا الاسم هكذا مرة أخرى في أول كتاب الزكاة في نصاب الإبل .

(2) قوله (غسل الرجلين مع الكعبين) وقال قبله : (غسل اليدين مع المرفقين) ، مراده : غسل الكعبين وما تحتهما ، والمرفقين وما تحتهما وقد ينكر عليه ظاهر إطلاقه ؛ لأن اسم اليد يتناولها إلى المنكب ، والرجل إلى الورك فيقتضي حقيقة كلامه وجوب غسل الجميع ، ولكن يجاب : أن ما فوق الكعبين ليس بواجب بالإجماع ، وذلك معلوم لا إبهام فيه .

وعند الشيعة / (١) الواجب هو المسح (٢) . ٥/أ

(١) مفقود من هذا الموضع لوحة كاملة من الأصل . ولذا ضبطنا النص في هذا الموضع على النسختين (أ، ب) .

(٢) عقد كل من النووي في مَجْمُوعِه ، وابن قدامة في مُغْنِيه ، مبحثًا لطيفًا في استقصاء هذه المسألة ، وذكر المذاهب فيها ، ومناقشة أدلة كُلٍّ من هذه المذاهب . وخلاصة هذين المبحثين ما يلي :

أجمع أهل السنة - فيما حكى النووي وغيره - على وجوب غسل الرجلين ، ولم يخالف في ذلك - على حد تعبيره - من يعتد به .

ولكن خالف الشيعة فقالوا : الواجب المسح ، كما حُكي عن ابن جرير الطبري والجبائي المعتزلي أنهما خَيَّرا بين الغسل والمسح وأوجب بعض أهل الظاهر الغسل والمسح جميعًا .

حجج القائلين بالغسل :

أولًا : الآية الكريمة : ﴿ فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق ، وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين ﴾ على قراءة النصب في ﴿ أرجلكم ﴾ عطفًا على الوجوه والأيدي ، فيجب غسل الأرجل مثل الوجوه والأيدي .

ثانيًا : الأحاديث الصحيحة المستفيضة في صفة وضوئه ﷺ أنه غسل رجليه ، كما نبه على غسلهما ، وكذا ما روي عن كثير من الصحابة من غسل أرجلهم في الوضوء . ومن هذه الأحاديث ما رواه حُمْران مولى عثمان بن عفان أنه دعا بوَضُوء فأفرغ على يديه من إنائه فغسلهما ثلاث مرات ، ثم وصف وضوءه حتى قال : ثم غسل كل رجل ثلاثًا ، ثم قال : « رأيت النبي ﷺ يتوضأ نحو وضوئي هذا » . صحيح البخاري : (٢٦٦/١) (٤) كتاب الوضوء (٢٨) باب المضمضة في الوضوء (١٤٦) . وكذا حكي عن علي ، وابن عباس وعبد الله بن عمرو والرُّبيِّع ، وعبد الله بن أُنيس ، وعائشة ، وغيرهم رضي الله عنهم .

راجع مثل هذه الأحاديث في : صحيح مسلم : (٢١٣/١ وما بعدها) (٢) كتاب الطهارة (٩) باب وجوب غسل الرجلين بكمالهما (٢٤٠ - ٢٤٢) وكذا (١٠) باب وجوب استيعاب جميع أجزاء محل الطهارة (٢٤٣) وأيضًا : (١١) باب إطالة الغرة والتحجيل في الوضوء (٢٤٦)، وسنن أبي داود : (٧٨/١ وما بعدها) (١) كتاب الطهارة (٥٠) باب صفة وضوء النبي ﷺ (١٠٦ وما بعده) ، وكذلك (٥١) باب الوضوء ثلاثًا ثلاثًا (١٣٥) ، وسنن الترمذي : (٦٦/١ وما بعدها) أبواب الطهارة (٣٦) باب ما جاء فيمن يتوضأ بعض وضوئه مرتين وبعضه ثلاثًا (٤٧) ، وكذلك (٣٧) باب ما جاء في وضوء النبي ﷺ كيف كان ؟ (٤٨) ، وسنن النسائي : (٧٧/١ ، ٧٨) (١) كتاب الطهارة (٨٩) باب إيجاب غسل الرجلين (١١٠ ، ١١١) ، وكذلك (٩٠) باب بأي الرجلين يبدأ بالغسل (١١٢) ، وأيضًا : (٩١) غسل الرجلين باليدين (١١٣) =

....

= وأيضًا : (٩٣) باب عدد غسل الرجلين (١١٥) ، وأيضًا : (٩٤) باب حد الغسل (١١٦) .

ثالثًا : احتجوا أيضًا بالمعقول ، حيث قالوا : ولأنهما - أي الرجلين - عضوان محدودان بحد ينتهي فكان واجبهما الغسل كاليدين . وأنهما معرضتان للخبث ؛ لكونهما يوطأ بهما على الأرض .

حجج القائلين بالمسح وردُّها :

أولًا : الآية القرآنية : ﴿ وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين ﴾ على قراءة الجر في قوله - تعالى -: ﴿ وأرجلكم ﴾ ؟ فقالوا : عطف الأرجل على الرءوس ؛ ليدل على وجوب مسح الأرجل مثل الرءوس .

ورد الفريق الأول على الدليل : بأن الجر - وهو قراءة متواترة من السبع - جرٌّ للمجاورة وليس للعطف ، وهذا كثير في كلام العرب . ومنه قولهم : (هذا جُحرُ ضَبٌّ خربٍ) . بجر (خربٍ) على جوار (ضبٌّ) وحقه الرفع صفة لجحر . ومنه في القرآن الكريم : ﴿ إني أخاف عليكم عذابَ يومٍ أليمٍ ﴾ [هود : ٢٦] بجر ﴿ أليمٍ ﴾ بجوار ﴿ يومٍ ﴾ وحقه النصب صفة لعذاب .

وردوا ذلك أيضًا بقولهم : وإن تعادلت قراءتا الجر والنصب ، فقد بينت السنة المستفيضة وجوب الغسل ، فتعين .

ثانيًا : احتجوا بما روي عن أنسٍ - رضي اللّه عنه - أنه بلغه أن الحجاج خطب فقال : أمر اللّه - تعالى - بغسل الوجه واليدين وغسل الرجلين ، فقال أنس : صدق اللّه وكذب الحجاج ﴿ فامسحوا برءوسكم وأرجلكم ﴾ قرأها جَرًّا .

ورُدَّ هذا بأن أَنسًا أنكر على الحجاج كون الآية تدل على تعيين الغسل ، وكان يعتقد أن الغسل إنما على وجوبه من السنة . فهو موافق للحجاج في الغسل مخالف له في الدليل . وقيل : إنما قصد إنكار قراءة النصب . خاصة وأن أنسًا روى ما يدل على الغسل وكذلك كان يغسل رجليه .

ثالثًا : احتجوا بقول ابن عباس - رضي اللّه عنهما -: إنما هما غسلتان ومسحتان . يقصد بالغسلتين : الوجه واليدين ، وبالمسحتين : الرأس والرجلين .

وجوابه : أولًا : بأنه خبر ليس بصحيح ولا معروف عنه . وثانيًا : بأنه كان يقرأ الآية بقراءة النصب ، وروى أخبارًا في غسل الرجلين ، وكان يغسل رجليه أيضًا .

رابعًا : احتجوا بما روي أن عليًا - رضي اللّه عنه - توضأ فأخذ حفنة من ماء فرش على رجليه اليمنى وفيها نعله ثم صنع باليسرى كذلك .

وجوابه : أنه ضعيف ضعفه البخاري وغيره ، فلا يحتج به إن لم يعارض . فكيف وقد عورض بالصحيح الثابت ؟! وحمل الخبر على أنه غسل الرجلين في النعلين . =

الفرض السادس : الترتيب ، خلافًا لأبي حنيفة (١) -:

وفيه فروع [أربعة] (٢) :

الأول : لو نسي الترتيب لا يجزئه ، وفيه قول قديم : أنه يجزئه ، وكذلك في ترك الفاتحة ناسيًا ، وهو ضعيف (٣) .

الثاني : إذا انغمس المحدث في ماء ونوى رفع الحدث ، فيه وجهان ؛ أحدهما : لا

= خامسًا : احتجوا بقياس الرجلين على الرأس في سقوطها في التيمم . وهذا قياس منتقض برجل الجنب فإنه يسقط فرضها في التيمم ولا يجزئ مسحها بالاتفاق ، والله أعلم .

وراجع فيما سبق : المجموع : (٤٤٧/١ - ٤٥١) ، والمغني : (١٨٤/١ - ١٨٩) .

(١) مذهب الشافعية : أن الترتيب في الوضوء فرض ، فلو تركه المتوضئ عمدًا لم يصح وضوؤه ، ولكن يعتد بالوجه وما غسله بعده على الترتيب .

واستدل الإمام الشافعي لذلك بالآية الكريمة : ﴿ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ ﴾ ، وبصفة وضوء النبي ﷺ بنفس ترتيب الآية . ثم قال : « فمن بدأ بيده قبل وجهه ، أو رأسه قبل يده ، أو رجليه قبل رأسه ، كان عليه عندي أن يعيد حتى يغسل كُلًّا في موضعه بعد الذي قبله وقبل الذي بعده ، لا يجزيه عندي غير ذلك ، وإن صلى أعاد الصلاة بعد أن يعيدَ الوضوء » . انظر الأم : (٢٥/١ ، ٢٦) ، وراجع مختصر المزني : (١٠/١) ، والحاوي : (١٣٨/١) ، والمجموع : (٤٦٩/١) ، والروضة : (٥٥/١) .

وعند الحنفية : الترتيب في الوضوء سنة ، فيستحب أن يبدأ بما بدأ الله - تعالى - بذكره وبالميامن .

واحتجوا بأن العطف في الآية بالواو ، وهي تفيد مطلق الجمع . ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا ﴾ [التوبة : ٦٠] فذكر أصحاب الأسهم الثمانية مرتبة ، ومع هذا لو قدم بعضها لجاز ، فكذلك في الوضوء . انظر : رءوس المسائل : (١٠٢) ، وراجع : فتح القدير : (٣٤/١) ، وحاشية ابن عابدين : (١٢٢/١) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) قال النووي : « قال إمام الحرمين : هذا القول إن صح فهو مرجوع عنه ، فلا يُعد من المذهب » ، انظر المجموع : (٤٦٩/١ ، ٤٧٠) ، وراجع : الروضة : (٥٥/١) .

يجزىء ؛ لانعدام الترتيب . والثاني : يجزىء لِعِلَّتَيْنِ [1] :

إحداهما : أن الغسل حُطَّ عنه تخفيفًا ، فإذا اغتسل صار الجميع كالعضو الواحد ، فأشبه الجنب . والثانية : أن الماء يُلاقي أعضاءه في لحظات متعاقبة (١) ، فيترتب رفع الحدث ، وعلى هذا لو تنكس فأوصل الماء إلى أسافله ، ثم [إلى] (٢) أعاليه ، خرج على العِلَّتَيْنْ (٣) .

الثالث : الجنب الذي ليس بمُحْدِثٍ ، لا وضوء عليه ، وهو الذي لَفَّ على قضيبه خِرْقَةً ، وغَيَّبَ الحَشَفَةَ [2] . وإن (٤) كان مُحْدِثًا يكفيه الغسل واندرجت الطهارة الصغرى تحت الكبرى .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في المحدث المنغمس في الماء : (إن الماء يلاقي أعضاءه في لحظات متعاقبة) ليس المراد به التعاقب حسًا ، بل التعاقب حكمًا ، أي تعتبر ملاقاة الوجه أولًا ، ولا يعتد بملاقاة الرأس ، ثم يعتد بملاقاة اليدين ، وهكذا هكذا في لحظات معقولة غير محسوسة ، والله أعلم » المشكل (١/٣٣ب) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) قال النووي : « الأصح عند المحققين في مسألة الانغماس بلا مُكْثٍ : الإِجْزَاء » ، انظر : الروضة (١/٥٥) وراجع : فتح العزيز (١/٣٦١) .

(٤) في (أ) : « فإن » .

---

(1) قوله : (إذا انغمس المحدث في ماء ونوى رفع الحدث فوجهان : أحدهما : لايجزيء ؛ لانعدام الترتيب . والثاني : / يجزيء لعلتين) . أما قوله : (لانعدام) فتصحيف ، وصوابه لعدم . والأصح : الإجزاء ، والعلة الثانية أصح ، ولهذا كان الأصح في الذي اغتسل مُنَكِّسًا أنه لا يجزئه . ٤٣/أ

(2) قوله : (الجنب الذي ليس بمحدث لا وضوء عليه ، وهو الذي لف على قضيبه خرقة وغيَّب الحشفة)، هذا التصوير في انفراد الجنابة عن الحدث صحيح على المذهب ، وهو وجوب الغسل . ولنا وجه : أنه لايجب . ووجه : أن الخرقة إن كانت رقيقة لاتمنع اللذة والحرارة وجب ، وإلا فلا .

وصَوَّرُوه – أيضًا – فيمن خرج منه مني بالنظر أو القُبْلة فوق حائل ، والنوم قاعدًا ، فإنه يجب الغسل قطعًا ، ولا ينتقض وضوؤه على المذهب . وفيما إذا أولج في بهيمة أو رجل ولم ينزل فإنه جُنُب غير محدث .

وفي مراعاة الترتيب في أعضاء المحْدِث وجهان [1] :

أحدهما : يجب ؛ لأنه لا ترتيب في الغسل حتى يندرج تحته .

والثاني : لايجب ؛ لأن الترتيب هيئة لهذه الطهارة ، وقد اندرج أصل الطهارة ، فسقط حكم الهيئة .

الرابع : إذا خرج منه بلل ولم يَدْرِ مَنِيٌّ ، أو مَذْيٌ : لا يلزمه الغُسْل ؛ لأنه لا يتيقن(١) الجنابة ، ولكن يتخير : إن شاء توضأ مع الترتيب وغَسْلِ الثوب ، وإن شاء اغتسل وترك غَسْلَ الثوب ؛ أخْذًا بأنه منيٌّ (٢) ، فإن توضأ ولم يغسل الثوب وصلى فيه لم يصح على المذهب ، وفيه وجه لا يعتد به . وقيل أيضًا : لو توضأ مُنَكِّسًا جاز ؛ لأن الترتيب غير مستيقن ، وهو خطأ ؛ لأن الترتيب لا يسقط إلا بالغسل .

* * *

(١) في (ب) : « يستيقن » .

(٢) قال ابن الصلاح : « ما اختاره فيما (إذا خرج منه بلل ولم يدر أنه مني أو مذي من أنه يتخير) تحقيقه : أن ذِمَّتَه قد اشتغلت بموجب أحدهما يقينًا ، فلم يمكنا العمل بأصل البراءة فيهما معًا ، لذلك نحو ما تقدم في الأناناس ، فإذا أوتي بموجب أحدهما اتجه حينئذٍ الحكم ببراءة ذمته منهما ، أما من الذي أتى به فقطعًا ، وأما من الآخر فظاهرًا ؛ عملًا بأن الأصل عدمه . واتجه العمل بالأصل الآن ، لكونه عملًا بالأصل في أحدهما خاصة ، فلا يعارضه يقين الشك ؛ لأنه لم تشتغل ذمته بهذا الواحد المعين يقينًا ، وإنما اشتغلت بأحدهما على الجملة ، وليس كما إذا نسي صلاة من صلاتين مفروضتين ، وحيث أوجبنا عليه الإتيان بهما معًا ؛ لأن ذمته كانت قد اشتغلت بهما معًا ، فالأصل في كل واحدٍ منهما بقاء اشتغال ذمته بها ، وبان بهذا أن ما اختاره صاحب (المهذب) من وجوب الجمع بين حكميهما ليس بصحيح وإن كنا نظنه الصحيح ، والله أعلم » . المشكل (١/٣٤أ) .

(1) قوله : (وفي مراعاة الترتيب وجهان) هما مشهوران ؛ الصحيح المنصوص في (الأم) : لايجب .

القول في سنن الوضوء

وهي (١ ثماني عشرة ١)

الأولى : السّواك (٢) : لقوله – عليه الصلاة والسلام (٣) –: « السواك مَطْهرة للفم ، مَرْضَاةٌ للرب عز وجل » (٤) (1) .

---

(١) في (أ ، ب) : « ثمانية عشر » ، وما أثبتناه هو الصحيح .

(٢) قال الحموي : « جعل التسمية بعد السواك ، وكان مقتضى الدليل أن يذكر التسمية أولًا للخبر المشهور ، ثم يقع السواك بعده » . ثم قال : « وإن كان كذلك إلا أنه لما كان المراد بالسواك تطييب النكهة لأجل ذكر اللّه – تعالى – والصلاة ، اقتضى أن يكون بعد السواك ؛ ليكون معظمًا للّه – تعالى – في أكمل أحواله ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (١/٢٦ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « استدل على أن السواك من سنن الوضوء بقوله ﷺ : « السواك مطهرة للفم مرضاة للرب » وهو حديث ثابت روته عائشة – رضي اللّه عنها – أخرجه ابن خزيمة في صحيحه ، والنسائي وغيرهما » . المشكل (٣٤أ) .

والحديث أخرجه البخاري تعليقًا بصيغة الجزم عن عائشة – رضي اللّه عنها –: (١/١٥٨) (٣٠) كتاب الصوم (٢٧) باب سواك الرطب واليابس للصائم ، والنسائي : (١/١٠) (١) كتاب الطهارة (٥) باب الترغيب في السواك (٥) ، وابن خزيمة : (١/٧٠) حديث (١٣٥) . وإسناده صحيح من هذا الوجه ، وعنها عند أحمد أيضًا في مسنده : (١/٤٧، ٦٢ ، ١٢٤ ، ٢٣٨) . وروي عن أبي أمامة عن ابن ماجه : (١/١٠٦) (١) كتاب الطهارة وسننها (٧) باب السواك (٢٨٩) وإسناده ضعيف من هذا الوجه . وروي عن أبي بكر عند أحمد في مسنده : (١/٣) ، وإسناده منقطع . وراجع تلخيص الحبير : (١/٦٠) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (مطهرة) يجوز بفتح الميم وكسرها ، ولكنه لايدل على كونه من سنن الوضوء ، وإنما يدل على أصل كونه سنة ، والدليل على كونه من سنن الوضوء : حديث أبي هريرة – رضي اللّه عنه – أن رسول اللّه ﷺ قال : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك مع كل وضوء » أخرجه ابن خزيمة ، والحاكم أبو عبد اللّه ، في صحيحيهما ، رويناه في كتاب السنن الكبير بأسانيد حسنة من حديث مالك وحماد بن زيد وغيرهما » . المشكل (١/٣٤أ – ٣٤ب) . وانظر : صحيح ابن خزيمة : (١/ ٧٣) حديث (٤٠) ، والمستدرك : (١/١٤٦) ولفظه : « لولا أن أشق على أمتي لفرضت عليهم السواك مع الوضوء ... » ، وقال : صحيح على شرط البخاري ومسلم ، ووافقه الذهبي . وراجع : سنن البيهقي : (١/٣٥) .

---

(1) قوله في سنن الوضوء : (الأولى : السواك ؛ لقوله ﷺ : « السواك مطهرة للفم مرضاة للرب عز =

ثم آلته : قُضْبَان الأراك (١) ، وكل خَشِنٍ يُزيل القَلَح (٢) (1) .

ولا يكفي السواك بالإصبع ؛ لعدم الاسم (٣) (2) .

ووقته : عند الصلاة وإن لم يتوضأ (3) ؛ لقوله – عليه الصلاة والسلام -: « صلاة

(١) كذا في (أ ، ب) ، وفي هامش (ب) : « الأشجار » ، بدل « الأراك » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله (كل خشن يزيل القَلَح) تمامه : ولا يجرح اللثة ، والقلح هو بفتح القاف واللام ، وهو صُفْرة ووسخ في الأسنان ، والله أعلم » . المشكل (١/٣٤ب) – يقال : قَلِحَتْ السنُّ قَلَحًا : تغيرت بصفرة وخضرة تعلوها . راجع : المعجم الوسيط : مادة (قلح) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا يكفي السواك بالإصبع ؛ لعدم الاسم) تقديره : أنه جزء منه، ولا يُسَمَّى سواكًا كل ما هو جزء منه ، وبهذا حالف الأُشْنان والخِرْقَةَ الخشنة ونحوهما ، مما ليس جزءًا منه ، ولا يُسَم سواكًا ، ولكنه في الحقيقة مساوٍ لما يسمى سواكًا ، واختار القاضي الروياني وصاحب « التهذيب » جوازه بالإصبع الخشنة ، وهو خلاف المشهور في الطريقتين ، والله أعلم » المشكل (١/٣٤ب) .

= وجل ») هذا الحديث صحيح من رواية عائشة ، رواه النسائي وابن خزيمة في صحيحه وغيرهما بأسانيد صحيحه ، وذكره البخاري في صحيحه في كتاب الصيام تعليقًا .

والمَطهرة : بفتح الميم ، وأصلها الإناء الذي يتطهر منه ، سُمي السواك بها لأنه ينظف الفم ويطهره .

وقد ينكر على المصنف استدلاله بهذا الحديث لكون السواك من سنن الوضوء فإنه لا تعرض فيه للوضوء .

ويجاب : بأنه دال على أنه سنة في كل وقت ، وحالة الوضوء داخلة في ذلك ، والأحسن أن يستدل بحديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك مع كل وضوء » . صحيح ، رواه ابن خزيمة والحاكم وصححه وذكره البخاري في صحيحه في كتاب الصيام تعليقًا .

(1) القضبان : بكسر القاف ، وضمها ، الكسر أفصح . والقَلَح : بفتح القاف واللام ، وسخ الأسنان .

(2) الأصح : أن الأصبع لا يحصل بها السواك . وفي وجه : أنها إذا كانت خشنة حصل ، قطع به القاضي حسين ، وصاحب (اللباب) والبغوي ، ورجحه الروياني / . ووجه ثالث : يحصل إن فقد غيرها ، وإلا فلا . ٤٣/ب

وفي الأصبع عشر لغات ، بتثليث الهمزة والباء . والعاشرة : أصبوع .

(3) قوله : (ووقته عند الصلاة ، وإن لم يتوضأ) معناه : أنه مستحب عند الصلاة ، سواء صلى بالوضوء أم بالتيمم ، أم بغير طهارة إذا لم يجد ماء ولا ترابًا ، وهذا متفق عليه .

ويجوز في (عند) كسر العين وضمها وفتحها ، والكسر أفصح .

بسواك أفضل من سبعين صلاة بغير سواك »(١) . وعند الوضوء وإن لم يُصَلِّ ، وعند تغير النَّكْهَة(٢) بالنوم(1) أو بطول(٣) الأَزْم(٤)(2) ، أو أكل مَالَهُ رائحة كريهة .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ووقته عند الصلاة وإن لم يتوضأ ؛ لقوله ﷺ : « صلاة بسواك أفضل من سبعين صلاة بغير سواك ») هذا يروى من حديث عائشة - رضي اللّه عنها - ، وهو غير قوي ، ولذلك لم يخرج في كتب الحديث الأصول ، وقد رويناه في كتاب « السنن الكبير » للبيهقي من حديث أحمد بن حنبل وغيره بأسانيد لاتقوى ، وأخرجه الحاكم في صحيحه وادَّعَى أنه صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجه ، ولا يسلم له ذلك ، فإن الاعتماد فيه على رواية محمد بن إسحاق بن يسار ، وهو مدلس ، ولم يذكر فيه سماعه ، ويغني عنه حديث أبي هريرة - رضي اللّه عنه - عنه ﷺ : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة » رواه مسلم وغيره ، واللّه أعلم » . المشكل (٣٤/١ب) . وراجع : سنن البيهقي : (٣٨/١) ، والمستدرك : (١٤٦/١) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (عند تغير النكهة) بفتح النون وإسكان الكاف : أي رائحة الفم » . المشكل (٣٤/١ب) . وراجع : القاموس المحيط : مادة (نكه) .

(٣) في (أ) : « طول » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (أو طول الأَزْم) بهمزة مفتوحة وزاي ساكنة ، وهو ترك الأكل والشرب وترك الكلام أيضًا ، وأصل الأزم في اللغة : الإمساك ، واللّه أعلم » . المشكل (٣٤/١ب - ٣٥أ) . وراجع : القاموس المحيط : مادة (أزم) .

---

(1) والمراد بقوله : (ووقته عند الصلاة والوضوء وتغير الفم) أي الوقت المتأكد في الاستحباب ، وإلا فهو مستحب في كل الأوقات بلا خلاف ؛ لحديث : « السواك مطهرة » ، وغيره من الأحاديث الصحيحة . واتفق أصحابنا عليه ، وتَرَكَ من الأوقات المتأكدة عند قراءة القرآن .

قوله : (لقوله ﷺ : « صلاة بسواك أفضل من سبعين صلاة بغير سواك ») حديث ضعيف رواه البيهقي وغيره من رواية عائشة - رضي اللّه عنها - وإسناده ضعيف بيَّنَ البيهقيُّ وغيره ضعفه .

وأما قول الحاكم في « المستدرك » : إنه صحيح على شرط مسلم ، فغلطوه فيه ؛ لأن مداره على ابن إسحق وهو مدلس ، لم يذكر سماعه فيه ، وليس هو من شرط مسلم ، ويغني عنه حديث أبي هريرة - رضي اللّه عنه - قال رسول اللّه ﷺ : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة » . رواه البخاري ومسلم .

(2) قوله : (تغير النَّكْهة ، أو طول الأزم) هي بفتح النون وإسكان الكاف ، وهي رائحة الطعام ، والأزم بفتح الهمزة وإسكان الزاي ، أي الإمساك عن الطعام والشراب وعن الكلام ، وأصله الإمساك .

ولا يُكره إلا بعد الزوال للصائم ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام -: « لَخُلُوفُ فم الصائم أطيبُ عند اللّه من ريح المِسْك [1] » (١) .

وكيفيته : أن يستاك عرضًا وطولًا ، وإن اقتصر على أحدهما فعرضًا ، كذلك كان يستاك رسول اللّه ﷺ (٢) [2] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (لقوله ﷺ : « لخَلُوف فم الصائم أطيب عند اللّه من ريح المسك » هذا ثابت من حديث أبي هريرة ، متفق على صحته ، والخُلوف تغير رائحة الفم ، وهو بضم الخاء لاغير ، وكثير من المحدثين يفتحون الخاء وهو غلط والمعنى يفسد به ، فإن الخلوف - بفتح الخاء - هو الشخص الذي يكثر خُلْفُه وعدَه ، ذكر ذلك الإمام أبو سليمان الخطابي رحمه اللّه .

وقوله : « أطيب عند اللّه من ريح المسك » أي أفضل عند اللّه وأقرب إلى رضاه ، وأرجح في الميزان من ريح المسك الذي يستعمل لدفع الرائحة الكريهة ؛ طلبًا لرضا اللّه - تبارك وتعالى - حيث يؤمر بمجانبة الرائحة الكريهة ، وملامسة الرائحة الطيبة ، كما في المساجد وفي الصلوات وغيرها ، واللّه أعلم » . المشكل (٣٥/١أ) .

والحديث أخرجه البخاري : (١٠٣/٤) (٣٠) كتاب الصوم (٢) باب فضل الصوم (١٨٩٤) ، وأطرافه : (١٩٠٤ ، ٥٩٢٧ ، ٧٤٩٢ ، ٧٥٣٨) ، ومسلم : (٨٠٦/٢ ، ٨٠٧) (١٣) كتاب الصيام (٣٠) باب فضل الصيام (١١٥١) ، والترمذي : (١٢٧/٣) (٦) كتاب الصوم (٥٥) باب ما جاء في فضل الصوم (٧٦٤). والنسائي (١٦٢/٤) (٢٢) كتاب الصيام (٤١) فضل الصيام (٢٢١٤ وما بعده) ، وابن ماجه : (٥٢٥/١) (٧) كتاب الصيام (١) باب ما جاء في فضل الصيام (١٦٣٨) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (كيفيته : أن تستاك عرضًا وطولًا وإن اقتصر على أحدهما فعرضًا ، =

---

(1) قوله ﷺ : « لخلوف فم الصائم أطيب عند اللّه من ريح المسك » رواه البخاري ومسلم من رواية أبي هريرة ، والخلُوف بضم الخاء وهو تغير رائحة الفم وقوله : أطيب ، أي أفضل من المسك حيث ينوب استعماله .

(2) قوله : (وكيفيته : أن يستاك عرضًا وطولًا ، وإن اقتصر على أحدهما فعرضًا ، كذلك كان رسول اللّه ﷺ يستاك) ، هذا الحديث ضعيف لايعرف .

وقوله : (عرضًا وطولًا) ظاهره استحباب / الجمع بينهما ، وهذا باطل لا أصل له في الحديث ولا في المذهب ، = بل الصواب : الاقتصار على العرض ، بل نص جماعة من أصحابنا على كراهة الطول لخوف الأذى .

وينكر على المصنف قوله : (كذلك كان يستاك رسول اللّه ﷺ) بصيغة الجزم مع أنه حديث ضعيف ، وإنما =

الثانية : التسمية : وهى مستحبة في ابتداء الوضوء ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام -: « ولا وضوء لمن لم يسمِّ الله » (١) (1) . ومعناه : لا وضوءَ كاملًا .

= كذلك كان يستاك رسول الله ﷺ) ينافي المذهب ، والمعروف في الطريقتين : استحباب الاستياك عرضًا فحسب ؛ إذ يخشى في الاستياك طولًا إيذاء اللثة وإفساد عمود الأسنان ، وهو اللحم الذي يتخللها ، والله أعلم » . المشكل (١/٣٥أ) ، وانظر : الروضة : (١/٥٦) .

وحديث الاستياك عرضًا ، أورد ابن حجر في تلخيصه طرقه وألفاظه كلها ، وبين أن فيها جميعًا ضعفًا ، انظر : تلخيص الحبير : (١/٦٥ ، ٦٦) ، وراجع : سنن البيهقي : (١/٤٠) .

(١) قال ابن الصلاح : « حديث : « ولا وضوء لمن لم يذكر اسم الله - تعالى - عليه » روي من حديث سعيد بن زيد وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة - رضي الله عنهم - من وجوه في كل واحد منها نظر ، لكنها غير مُطَّرحة ، وهي من قبيل ما يثبت باجتماعه الحديث ، ثبوت الحديث الموسوم بالحر ، وقد أخرجه الترمذي ، وابن ماجه ، ولا يمنع من الحكم بهذا ما ثبت عن أحمد بن حنبل أنه قال في التسمية في الوضوء : لا أعلم فيه حديثًا ثابتًا . ولا يستشهد على ثبوته بكون الحاكم حكم بصحة إسناده ؛ لأنه ابتنى تصحيحه له على روايته إياه من حديث أبي هريرة ، ونظرنا فيه فوجدنا إسناده قد انقلب عليه ، والله أعلم » . المشكل (١/٣٥أ - ٣٥ب) .

والحديث أخرجه عن أبي هريرة أبو داود : (١/٧٥ ، ٧٦) (١) كتاب الطهارة (٤٨) باب في التسمية على الوضوء (١٠١ ، ١٠٢) ، وابن ماجه : (١/١٤٠) (١) كتاب الطهارة (٤١) باب ما جاء في التسمية في الوضوء (٣٩٩) .

وأخرجه عن سعيد بن زيد الترمذي : (١/٣٧ - ٣٨) أبواب الطهارة (٢٠) باب ما جاء في التسمية عند الوضوء (٢٥) ، وابن ماجه : الموضع السابق (٣٩٧ ، ٣٩٨) ، وأخرجه ابن ماجه - أيضًا - عن سهل بن سعد : نفس الموضع السابق (٤٠٠) . وراجع : سنن البيهقي (١/٤٣) ، وتلخيص الحبير : (١/٧٢ ، ٧٦) .

= تستعمل هذه الصيغة في الصحيح أو الحسن ، وللمصنف وغيره من الفقهاء الكثير من هذه العبارة وهو فاسد ، وإنما يقال في الضعيف : رُوي ، وحكي ، وذُكر ، ويُروى ، ويُذكر ، ونحوها من صيغ التمريض .

(1) قوله : (لقوله ﷺ : « لا وضوء لمن لم يسم الله ») ، هذا حديث ضعيف رواه أبو داود من رواية أبي هريرة ، والترمذي من رواية سعيد بن زيد ، ورُوي عن غيرهما وأسانيده ضعيفة ، وأما قول الحاكم : إنه صحيح ، فغلطه فيه الحفاظ .

الثالثة : غسل اليدين ثلاثًا قبل إدخالهما في [(١)] الإناء ؛ لقوله – عليه الصلاة والسلام [(٢)] –: « إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده [(٣)] في الإناءِ حتى يغسلها ثلاثًا ؛ فإنه لا يدري أين باتت يده » [(٤)] [(1)] .

---

(١) « في » : ليست في (ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « حديث « إذا استيقظ أحدكم من نومه .. » حديث ثابت في الصحيحين من حديث أبي هريرة – رضي الله عنه – غير أن ذلك التكرار ثلاثًا انفرد به مسلم عن البخاري » . المشكل (١/٣٥ب).

والحديث عند البخاري : (١/٢٦٣) (٤) كتاب الوضوء (٢٦) باب الاستجمار وترًا (١٦٢) ، ومسلم : (١/٢٣٣) (٢) كتاب الطهارة (٢٦) باب كراهة غمس المتوضئ وغيره يده المشكوك في نجاستها في الإناء قبل غسلها ثلاثًا (٢٧٨) ، وأبو داود : (١/٧٦ وما بعدها) (١) كتاب الطهارة (٤٩) باب الرجل يدخل يده في الإناء قبل أن يغسلها (١٠٣ /١٠٥) ، والترمذي : (١/٣٦) أبواب الطهارة (١٩) باب ما جاء إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها (٢٤) ، والنسائي : (١/٦،٧) (١) كتاب الطهارة (١) باب تأويل قوله – تعالى –: ﴿ إذا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُم وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى المَرَافِقِ ﴾ ، وابن ماجه : (١/٣٨ ، ١٣٩) (١) كتاب الطهارة (٤٠) باب الرجل يستيقظ من منامه هل يدخل يده في الإناء قبل أن يغسلها ؟ (٣٩٣) . وله متابعات أخرى وشواهد ، راجع : تلخيص الحبير : (١/٧٢ – ٧٦) .

(٣) « يده » : ليست في (أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « وقوله : (فإنه لا يدري أين باتت يده) سببه على ما ذكره الشافعي – رضي الله عنه –وغيره أن أهل الحجاز كانوا يقتصرون على الاستنجاء بالحجارة ، فإذا ناموا عرقوا لما في بلادهم من الحر ؛ فتقع يد أحدهم على ذلك المكان فينجس ، ويلتحق بذلك كل من شك في نجاسة يده ، وإن لم يقم من نوم . وإذا استيقن طهارة يده فاستحباب أصل غسل اليد ثلاثًا ثابت من غير خلاف نعرفه » . المشكل (١/٣٥ب) .

---

(1) حديث : « إذا استيقظ أحدكم » رواه البخاري ومسلم بلفظه كله ، إلا قوله : « ثلاثًا » ، فانفرد به مسلم ، وهو من رواية أبي هريرة .

وقوله ﷺ : « فإنه لا يدري أين باتت يده » . معناه : لا يأمن نجاستها .

قال أصحابنا : فمتى شك في نجاسة يده كره غمسها في الماء القليل وغيره من المائعات ، ولا يختص ذلك بالقيام من النوم ، وهذا الحكم مستفاد من العلة في الحديث .

وإن تيقن طهارة يده ففي بقاء الاستحباب وجهان (١) (1) .

الرابعة والخامسة : المضمضة ، والاستنشاق ، في الوضوء والغُسْل جميعًا (٢) .

ثم نقل المزني أنه يأخذ غُرفةً لِفِيهِ وأنفه (٣) هكذا روى عبد الله بن زيد من (٤)

(١) قال ابن الصلاح : « وقد قال صاحب (نهاية المطلب) فيما وجدناه من اختصاره للنهاية : (رأيت الأصحاب متفقين على استحباب الغَسْل) فإذًا قول تلميذه في (الوسيط) : (فإن تيقن طهارة يده ففي بقاء الاستحباب وجهان) لا يستفاد منه أن في استحباب أصل الغسل عند التيقن وجهين ، وذلك أنه إن أراد به أن في بقاء استحباب أصل الغسل وجهين ، فهو غلط وسهو سبق إليه القلم أو الخاطر ، وذلك أنا وجدناه في (البسيط) قد ذكر ذلك كذلك ونسبه إلى حكاية شيخه ، ونظرنا في كلام شيخه فإذا هو إنما حكاه في استحباب تقديم الغسل على الغمس لافي أصل الغسل ، وحكى استحباب أصل الغسل عن الأئمة مطلقًا ، وإن أراد بذلك أن في بقاء استحباب تقديم الغسل على الغمس وجهين ، فلا يكون حاكيًا للخلاف في أصل الغسل بل في تقديمه ، فالوجهان في ذلك معروفان محكيان في طريقي العراق وخراسان ، ولكن لفظه لفظ مغلّط ، كذلك وقع لفظه في متن (الوسيط) ، وفيما عُلّق من تدريسه له وفي (البسيط) أيضًا ، ويوهم جدًّا أن الخلاف في استحباب أصل الغسل ، والظاهر أن صاحب (الذخائر) أبا المعالي مجلّي بن جُمَيْع المصري في حكايته الوجهين في أصل الغسل غلط في ذلك من جهته ، فإنه كثير النقل عنه ، والله أعلم » . المشكل (١/٣٥ب - ٣٦أ) .

(٢) « جميعًا » : ليست في (أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « وأما قوله قبل ذلك : (يأخذ غُرفة) فيتعين فيه ضم الغين ، فإن الذي يوصف بالأخذ هو المغروف ، لا فعل الاغتراف ، والمصدر قد يقام مقام المفعول ، ولكن ما فرق فيه بين المصدر والمفعول بحركة فردة لا تساوي ماليس كذلك ، والله أعلم » . المشكل (١/٣٧ أ) .

(٤) « من » : ليست في (أ) .

---

(1) قوله : (فإن تيقن طهارة اليد ففي بقاء الاستحباب وجهان) معناه : في استحباب تقديم غسل اليدين على غمسهما وجهان .

وأما أصل غسلهما في ابتداء الوضوء فمستحب بلا خلاف ، نقل الاتفاق عليه إمام الحرمين وآخرون ، وقد توهم صاحب (الذخائر) من عبارة المصنف هنا وفي (البسيط) الوجهين في أصل غسلهما ، وهذا غلط ظاهر ، والأصح من الوجهين : انتفاء استحباب تقديم الغسل على الغمس .

وضوء رسول الله ﷺ [١] [1] .

ونقل البويطي : أنه يغرف لفيه غرفة [٢] ، ولأنفه غرفة . وهكذا روى عثمان وعليّ [٣] ،

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في المضمضة والاستنشاق : (نقل المزني أنه يأخذ غرفة لفيه وأنفه ، وهكذا روى عبد الله بن زيد عن وضوء رسول الله ﷺ) فالأمر فيه على ما قال ، ثبت في الصحيحين عن عبد الله بن زيد بن عاصم الأنصاري ، وهو غير عبد الله بن زيد بن عبد ربه الأنصاري صاحب الأذان الذي يأتي ذكره في باب الأذان ، أنه وصف وضوء رسول الله ﷺ فتمضمض واستنشق من كف واحد وفعل ذلك ثلاثًا » . المشكل (٣٦/١أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « وقوله (يغرف غرفة) يجوز في غرفة منه ضم الغين وهي الشيء المغروف ، ويجوز فتح الغين وهي فعل الاغتراف والمصدر » . المشكل (٣٦/١ب - ٣٧أ).

(٣) قال ابن الصلاح : « وأما قوله : (ونقل البويطي أنه يغرف لفيه غرفة ولأنفه غرفة ، وهكذا روى عثمان وعلي عن وضوء رسول الله ﷺ) فهذا لا يعرف ولا يثبت عن عثمان وعليّ - رضي الله عنهما - بل روى أبو داود في سننه عن عليّ ضد ذلك ، وهو القول الأول ، وأنه وصف وضوء رسول الله ﷺ فتمضمض مع الاستنشاق بماء واحد ، وإنما احتج أهل العلم بهذا الشأن لهذا القول ، وهو قول الفصل بين المضمضة والاستنشاق بحديث طلحة بن مُصَرِّف عن أبيه عن جده أنه رأى رسول الله ﷺ يفصل بين المضمضة والاستنشاق ، أخرجه أبو داود ، وليس إسناده بالقوى ، وقد أنكره بعض أئمة الحديث .

وجدُّ طلحة هو عمرو بن كعب اليامي الهمذاني ، وقيل : كعب بن عمرو ، واختلف في أن له صحبة .

ومصرف هو بضم الميم وفتح الصاد المهملة وكسر الراء المشددة وبعدها فاء .

والقول الأول - وهو قول الجمع - : أكثر في كلام الشافعي ، وهو رواية المزني والربيع ، وهو الصحيح في الحديث وأبعد عن السرف في الماء ، ثم الأصح تفسيره قول من قال : أنه بثلاث غرفات ، أو في حديث عبد الله بن زيد في رواية من الصحيح : « تمضمض واستنشق ثلاثًا بثلاث غرفات » .

وخفي ما ذكرناه عن طائفة من أئمتنا ذهبوا إلى أن قول الفصل أصح من المحاملي والروياني ، وما خفي من ذلك على صاحب الكتاب أكثر ، فإن المعروف بين نقلة المذهب أن في المسألة قولين : أحدهما : أن الجمع ٤٤/أ

(1) قوله : (يأخذ غرفة لفيه وأنفه ، وهكذا روى عبد الله بن زيد عن وضوء رسول الله ﷺ) .

الغرفة : بضم الغين وفتحها لغتان ، وقيل : بالفتح اسم للمرة الواحدة ، وبالضم اسم للمغروف . والضم هذا أجود لقوله : (يأخذ) وعبد الله بن زيد بن عاصم المازني هذا ، وهو غير راوي الأذان . ذاك عبد الله بن زيد بن عبد ربه الأندلسي ، وهذا الحديث رواه البخارى ومسلم .

من (١) وضوء رسول الله ﷺ (1) ، فقيل : به ، وقيل : الأقل ما نقله المزني ، والأكمل ما نقله البويطي .

التفريع :

إن أخذ لكل واحدة غرفة قَدَّم المضمضة على الاستنشاق ، وهذا التقديم مستحب

= أفضل والثاني : أن الفصل أفضل . ولم يذكر هو هذا أصلًا ، وقطع بأنه لم يختلف قول الشافعي في المسألة ، إذ لم يذكر إلا طريقتين ، أولهما : القطع بأن الفصل هو المستحب لاغير ، والثاني : أن الفصل والجمع مستحبان غير أن الجمع هو الأقل والفصل هو الأكمل ، وهذا الثاني قد نقله شيخه في (النهاية) ، وأما الأول فلم نجده بعد البحث لأحدٍ ولا وجود له في بسيطه والنهاية أيضًا ، والله أعلم » . المشكل (٣٦/١أ - ٣٦ب) .

(١) « من » : ليست في (أ) .

---

(1) قوله : (ونقل البويطي أنه يغرف لفيه غرفة ولأنفه غرفة وهكذا روى عثمان وعلي عن وضوء رسول الله ﷺ) هذا منكر لا أصل له ؛ بل في سنن أبي داود وغيره عن علي - رضي الله عنه - أنه وصف وضوء رسول الله ﷺ ، فتمضمض مع الاستنشاق . وإنما احتج الأصحاب فيه بحديث عن طلحة بن مصرف ، عن أبيه عن جده عمرو بن كعب ، أنه رأى النبي ﷺ يفصل بين المضمضة والاستنشاق ، لكنه حديث ضعيف أيضًا .

والبويطي : هو أبو يعقوب يوسف بن يحيى المصري ، منسوب إلى بويط قرية من صعيد مصر ، وهو أجلّ أصحاب الشافعي ، واستخلفه في حلقته عند وفاته ، وكان بارعًا في العلوم ، تُوفيِّ ببغداد مسجونًا ظلمًا .

والصحيح من القولين : أن الجمع أفضل من الفصل ، وهو الذي نقله الربيع والمزني ، وهو أكثر في كلام الشافعي ، وهو الذي جاءت به الأحاديث الصحيحة في الصحيحين وغيرهما ، ولم يثبت في الفصل شيء .

ثم الصحيح من الوجهين في كيفيته : أنه بثلاث غرف ، يتمضمض من كل ثم يستنشق ، ثبت ذلك في الصحيحين وصححه المحققون ولم يثبت خلافه ، ولا يُغتر بتصحيح كثيرين قول الفصل .

وأما عبارة المصنف فتقتضي القطع بترجيح الفصل ، ولم يقل بهذا أحد من المصنفين .

أو مستحق ؟ فعلى وجهين (١) . وإن أخذ غرفة واحدة فوجهان (1) :

أحدهما : يخلط فيتمضمض ويستنشق مرة ، ثم يفعل ذلك ثانية وثالثة ؛ لأن اتحاد الغرفة يدل على أنهما في حكم عضو واحد .

والثاني - وهو الأظهر - : أنه يُقدم المضمضة .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في تقديم المضمضة على الاستنشاق : (هذا التقديم مستحق أو مستحب فيه وجهان) هذا يتشبث بذيل مسألة لطيفة ابتكرناها وهي أنه هل يطلق على شروط النوافل وأركانها أنها مفترضة ؟ فهذا الكلام ونقول كلام شيخه يتضمن أنه لا بأس بإطلاق ذلك عليها ، وفيما نقل عن القاضي حسين في فتاويه أنه سئل عن قراءة الفاتحة في النوافل ، هل يقال إنها فرض ؟ فقال : لا أقول إنها فرض ولكن أقول : هي شرط كالطهارة والاستقبال فتخرج أركان النوافل أيضًا على وجهين ؛ أحدهما : أنها توصف بالشرطية ؛ إذ يلزم من انتفائها انتفاء صحتها في الشروط ، ولا توصف بالفرضية ؛ لجواز تركها بترك أصلها ، والثاني : أنها توصف بالفرضية من حيث إنه لو أتى بالنافلة مخلًّا بركن منها لكان قالبًا صورتها الشرعية ولكان كما لو زاد فيها ركوعًا أو سجودًا ، فيأثم بتغييره موضوع الشرع فيها فقد عصى إذًا بترك ركنها على الجملة ، وحد الواجب ما يلام شرعًا تاركه بوجه ما ، وهذا اختيار القاضي أبي بكر الباقلاني ، والإمام الغزالي في حد الواجب .

ويرد على الوجه الأول : أن الشرط من شأنه أن ينشأ قبل المشروط له ، ويتقدم عليه كما في الطهارة والاستقبال وغيرهما ، وهذا منتفٍ في هذه الأركان ، وأما الثاني : فيرد عليه أن التأثيم المذكور ليس على ترك ركن النافلة بل على تغييره موضوع الشرع ، على أن الحد المشهور للواجب ليس فيه قولنا بوجه ما ، وذلك لعله الصواب لأن الحامل على زيادة ذلك الواجب المخير والواجب الموسع ، أما المخير فليس بواحد من خصاله يوصف بعينه بالوجوب حتى يحتاج إلى أن يزيد من أجله في الحد بوجه ما ، نظرًا إلى أن كل واحد من الخصال يعصى بتركه على تقدير ترك بدله ، وإنما الموصوف بالوجوب واحد منها بعينه ، فلا يتصور تركه إلا بترك الجميع ، وترك الجميع يوجب الذم على كل وجه لا بوجهٍ ما ، وأما الموسع : فالجائز فيه التأخير لا الترك ، وهذا غير هذا ، فالصواب في ذلك - واللّه أعلم - : ألا يقال فيها شروط ولا فروض ويقتصر على وصفها بالأركان فإنها عبارة سالمة عن الإشكال ، والله أعلم » . المشكل (١/٣٧أ - ٣٧ب) .

(1) قوله : (المضمضة مقدمة على الاستنشاق ، وهل التقديم مستحق أم مستحب ؟ فيه وجهان) الصحيح : أنه شرط ، وهو معنى قوله : (مستحق) .

ثم يستحب المبالغة فيهما بتصعيد الماء بالنَّفَس إلى الخياشيم ، والرد إلى الغلصمة (١) ، إلا أن يكون صائمًا فيرفق (٢) ؛ كما ورد في الحديث (1) .

السادسة : التكرار مستحب (2) في الممسوح والمغسول (3) ، فلو شك أنه غسل ثلاثًا أو مرتين أخذ بالأقل كنظيره في ركعات الصلاة .

---

(١) قال ابن الصلاح : « ذكر أنه يستحب المبالغة فيها بتصعيد الماء إلى الخياشيم ورده إلى الغلصمة ، فالخياشيم جمع خيشوم ، واختلف فيها اللغويون ، فقيل : هي أقصى الأنف ، وقيل : هي عظام رقاق لينة في أقصى الأنف بينه وبين الدماغ ، وقيل غير ذلك ، وقد يسمى الأنف كله خيشومًا ، والغلصمة هي رأس الحلقوم » . المشكل (١/٣٧ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « وقوله (إلا أن يكون صائمًا فيرفق) كما ورد في الحديث وهو حديث لقيط بن صبرة أن رسول اللّه ﷺ قال له : « إذا استنشقت فبالغ ، إلا أن تكون صائمًا » أخرجه أبو داود وغيره ، وهو حديث حسن الإسناد ، وصبرة بفتح الصاد المهملة وكسر الباء . واللّه أعلم » . المشكل (١/٣٧ب) .

---

(1) قوله : (يستحب المبالغة فيهما بتصعيد الماء بالنفس إلى الخياشيم ورده إلى الغلصمة ، إلا أن يكون صائمًا فيرفق ، كما ورد في الحديث) .

الخياشيم : جمع خيشوم ، وهو أقصى الأنف .

والغلصمة : رأس الحلقوم .

وقوله : (فيرفق) برفع القاف ، والمراد بالحديث : حديث لقيط بن صبرة – رضي اللّه عنه – أن رسول اللّه ﷺ / قال له : « وبالغ في الاستنشاق إلا أن تكون صائمًا » . رواه أبو داود ، والترمذي وقال : حديث ٤٤/ب حسن صحيح ، فورد الحديث في الاستنشاق وقسنا عليه المضمضة . وربما أوهمت عبارة المصنف أن الحديث ورد في المبالغة فيهما ، وإنما ورد في الاستنشاق .

(2) قوله : (التكرار مستحب) يعني ثلاثًا .

(3) قوله : (في الممسوح والمغسول) ، أشار بذلك إلى مخالفة القائلين بأن مسح الرأس مرة ، وهو قول أكثر العلماء ، وحكاه الترمذي قولًا للشافعي ، وحكاه جماعة من أصحابنا وجهًا ، وأشار البيهقي والبغوي إلى اختياره لظاهر الأحاديث الصحيحة ، فإن فيها الاقتصار على مسحه مرة مع التصريح بالثلاث في غيره .

والمشهور من نص الشافعي والذي قطع به جماهير الأصحاب : استحباب مسحه ثلاثًا ، وهذا هو الصحيح ، وقد أوضحت دليله والجواب عن معارضه في شرح (المهذب) .

وقال الشيخ أبو محمد : يأخذ بالأكثر حذارًا من أن يزيد ؛ فإنه بدعة ، وترك سُنَّةٍ (١) أهون من اقتحام بدعة .

السابعة : تخليل اللحية إذا كانت كثيفة .

الثامنة : تقديم اليمنى على اليسرى (٢) [1] .

التاسعة : تطويل الغرة [2] .

العاشرة : استيعاب الرأس بالمسح .

وكيفيته : أن يبل جميع الكفين ، ويلصق أطراف الأصابع من إحدى اليدين بالأخرى ، ويبدأ بمقدم رأسه ، ويردهما (٣) إلى القفا ، ثم يعيدهما إلى مقدمة الرأس ليبتل كلا وجهي الشعر ، فإن لم يكفِ (٤) فلا فائدة في الإعادة ، وإن عسر تنحية العمامة

(١) في (أ) : « السنة » .

(٢) في (ب) : « اليمين على اليسار » . وقال ابن الصلاح : « قوله : (الثامنة : تقديم اليمين على اليسار) استثنى صاحب (الحاوي) من ذلك الأذنين ، فإنه يمسحهما معًا ، قال : وليس في أعضاء الطهارة عضوان لا تقدم اليمنى على اليسرى غير الأذنين ، وذكر الروياني صاحب (بحر المذهب) أيضًا أنه لا يستحب التيامن فيهما لإمكان الجمع بينهما مرة ، وهكذا الخدان من الوجه فلو كان أقطع اليد استحب له أن يبدأ بأذنه اليمنى ، لأنه لا يمكنه مسحهما معًا . والله أعلم » . المشكل (١/٣٧ب - ٣٨أ) .

(٣) في (ب) : « ويمدهما » .

(٤) في (ب) : « يكن شعر » .

(1) قوله : (تقديم اليمين على اليسار) ، يعني في اليدين والرجلين ، وأما الكفان ، الخدان ، والأذنان فلا يستحب التيامن فيهما ، بل يطهران معًا ، فإن كان أقطع قدَّمَ اليمنى .

(2) قوله : (تطويل الغرة) ، قال محققو أصحابنا : يُستحب تطويل الغرة والتحجيل للحديث الصحيح فيهما .

فأما التحجيل : فغسل ما فوق المرفقين والكعبين . قيل : المراد به العضد والساق . وقيل : نصفهما . وقيل : جميعهما .

وأما الغرة : فالمراد بها غسل يسير من مقدم الرأس ويسير من صفحة العنق الملاصق للوجه ، وهذا غير الجزء الواجب الذي لايتم غسل الوجه إلا به .

كمل المسح بالمسح على العمامة (١) (1) ، ولو (٢) اقتصر على مسح العمامة لم يجز .

الحادية عشرة (٣) (2) : مسح الأذنين (٤ ظاهرهما وباطنهما بماء جديد ٤) .

وكيفيته : أن يدخل مُسَبِّحَتَه في صِمَاخَيْ أُذُنَيْه (3) ، ويُدير إبهامَيْه على ظاهر أُذُنَيْه ، ثم يضع الكفين (٥) على الأذنين استظهارًا ، والتكرار محبوب فيه أيضًا .

الثانية عشرة (٦) : مسح الرقبة (٧) ؛ لقوله – عليه الصلاة والسلام –: « مسح

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في استيعاب الرأس بالمسح : (فإن عسر تنحية العمامة كمل المسح بالمسح على العمامة) قلت : لم أجد أحدًا من أصحابنا تعرض لهذا ؛ لأنه يشترط وضع العمامة على الطهارة ما يشترط في المسح على الخفين فيحمل إلحاقه في ذلك بذلك ، ويحتمل أن لا يلتحق به ، فإن هذا نوع آخر ؛ لأنه مسح وقع بدلًا عن مسح ، وذاك مسح وقع بدلًا عن غسل ، وهاهنا يجمع بمسحه على الناصية والعمامة بين الأصل والبدل ، ولا يجوز مثل ذلك المسح على الخف . وقد اشترط أحمد بن حنبل – رضي اللّه عنه – فيها وضعها على الطهارة ، غير أن من مذهبه جواز الاقتصار على مسح العمامة . والله أعلم » . المشكل (٣٨/١أ) .

(٢) في (أ) : « فلو » .

(٣) في (أ) : « عشر » .

(٤) في (أ) : « بماء جديد ظاهرهما وباطنهما » .

(٥) في (أ) : « الكف » . (٦) في (أ) : « عشر » .

(٧) قال ابن الصلاح : « ذكر مسح الرقبة في السنن وقال : (لقوله ﷺ : « مسح الرقبة أمان من الغل ») وهذا غير صحيح عند أهل الحديث عن رسول اللّه ﷺ وهو من قول بعض السلف ، وروى أبو عبيدة القاسم بن سلام عن موسى بن طلحة قال : من مسح قفاه مع رأسه وُقي الغل يوم القيامة ، والشافعي لم يذكره في كتبه ، والله أعلم » . المشكل (٣٨/١أ) .

(1) قوله : (فإن عسر تنحية العمامة كمل بالمسح عليها) وإنما قيده بالعمامة لموافقة الحديث ، والمراد ما على الرأس من عمامة ، أو قلنسوة ، أو خمار امرأة ، ونحو ذلك ، وسواء كان لبسها على طهارة أم لا .

(2) قوله : (الحادية عشرة) هو بإسكان الشين وكسرها وفتحها ، والإسكان [أفصح] .

(3) الصِّماخ : بكسر الصاد ، ويقال : السِّماخ . ويمسحه ثلاثًا بماء جديد .

الرقبة أمان من الغل » [1] .

الثالثة عشرة (١) : تخليل أصابع الرجلين ، وإن كانت مفتوحة (٢) [2] .

وكيفيته : أن يُخلل باليد اليسرى من أسفل أصابع الرجل اليمنى ، ويبدأ بالخنصر من الرجل اليمنى ، ويختم بالخنصر من اليسرى .

الرابعة عشرة (٣) : الموالاة ، وفيها (٤) قول قديم أنها واجبة .

وحدُّ التفريق الكثير : أن تجف الأعضاء مع اعتدال الحال ، والهواء .

(١) في (أ) : « عشر » . (٢) كذا في (أ ، ب) ، ولعله يقصد أن بين الأصابع انفراجًا .

(٣) في (أ) : « عشر » . (٤) في (أ ، ب) : « فيه » .

(1) قوله : (مسح الرقبة ؛ لقوله ﷺ : « مسح الرقبة أمان من الغل ») هذا / الحديث باطل ، بل موضوع ٤٥/أ إنما هو كلام بعض السلف ، ولم يصح عن النبي ﷺ في مسح الرقبة شيء ، وليس هو سنة ، بل هو بدعة ، ولم يذكره الشافعي ولا جمهور الأصحاب ، وإنما قاله أبو العباس بن القاصِّ فتابعه المصنف وطائفة يسيرة ، وهو غلط ؛ لقوله ﷺ بعد وضوئه : « فمن زاد على هذا فقد أساء وظلم » .

وينكر على المصنف قوله : (لقوله ﷺ : « مسح الرقبة أمان ») ، فأتى بصيغة الجزم في حديث باطل، وقد سبق التنبيه على مثله . وقد أحسن في (البسيط) بقوله فيه : (رُوي عن النبي ﷺ) .

(2) قوله : (تخليل أصابع الرجلين – وإن كانت منفرجة –) فيه تصريح بأن تخليلها مستحب ، سواء كانت منفرجة أم ملتفة ، وهذا هو الصواب .

وأما قول غيره : إن كانت ملتفة وجب التخليل فليس بصحيح ؛ لأن الواجب في الملتفة إنما هو إيصال الماء إلى ما بينها دون التخليل ، ثم بعد الإيصال يستحب التخليل ، فالتخليل مستحب مطلقًا . ثم تقييده بأصابع الرجلين يفهم منه أنه لايستحب تخليل أصابع اليدين . وقد صرح ابن كج باستحبابه ، ولم يتعرض له الجمهور ، والمختار استحبابه بأن يشبك بينهما ، لحديث لقيط بن صَبرة – رضي اللّه عنه – أن النبي ﷺ قال له : « أسبغ الوضوء ، وخلل الأصابع » . صحيح ، رواه أبو داود والترمذي ، وقال : حديث حسن صحيح .

وعن ابن عباس – رضي اللّه عنهما – قال رسول اللّه ﷺ : « إذا قمت إلى الصلاة فأسبغ الوضوء ، واجعل الماء بين أصابع يديك ورجليك » . قال الترمذي : حديث حسن ، قلت : هو من رواية صالح مولى التوأمة ، وقد ضعفه مالك فلعله اعتضد فصار حسنًا .

ثم إذا طال الزمان فهل تجب إعادة النية (١) ؟ (٢ فعلى وجهين ٢) :

أحدهما : تجب ؛ لأنه انقطع حكم النية بطول الزمان .

والثاني - وهو الأقيس -: أنه لاتجب ، لأنه لم يجرْ قطعٌ يضاد النية .

الخامسة عشرة (٣) : ألا يستعين في وضوئه (٤) بغيره ، فالأجر على قدر النَّصب . وقد استعان رسول اللّه ﷺ مرة وكان عليه جُبَّةٌ ، كُمُّهَا ضَيِّق فَعَسُرَ عليه الإسباغ منفردًا (٥) [1] .

السادسة عشرة (٦) : أن لا ينشف الأعضاء ؛ لإبقاء أثر العبادة . وقد نشف رسول الله ﷺ مرة [2] ، فتبين (٧) جوازه . وكان يواظب على تركه فَبَيَّنَ به الأفضل .

وقيل : إنه يستحب ؛ لأن فيه تصاونًا عن التصاق الغبار .

(١) زاد (ب) هنا : « أَوْ لَا » . (٢) في (ب) : « وجهان » .

(٣) في (أ) : « عشر » . (٤) في (أ) : « الوضوء » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله (قد استعان رسول اللّه ﷺ مرة ، وكان عليه جبة كمها ضيق فعسر عليه الإسباغ منفردًا) هكذا ذكره شيخه ، ذكر أنه استعان مرة بالغير للسبب المذكور ، وحديث المغيرة بن شعبة ثابت بروايات كثيرة ، في بعضها ذكر السبب الذي ذكره في الاستعانة مشعرًا بوجودها منه ﷺ لا لضيق الكم نفسه فحسب ؛ فإنه استعان في غسل وجهه به ، فلما انتهى إلى غسل يديه ضاقت كماه ، فلم يستطع أن يخرج يديه منهما ، فأخرجهما من أسفل الجبة وغسلهما ، وقد استعان ﷺ مرارًا فى وضوءات متعددة ، استعان بأسامة بن زيد - رضي الله عنه - فى حجته عشية رفع من عرفة ، رواه صاحبا الصحيحين ، واستعان أيضًا بالربيع بنت معوذ بن عفراء مرة أخرى ، وحديثها لم يخرج في الصحيح لكنه حديث حسن ، رواه الشافعي - رضي اللّه عنه - وأبو داود والترمذي وغيرهم ، والربيع هي بضم الراء على التصغير ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٣٨أ - ٣٨ب) .

(٦) في (أ) : « عشر » . (٧) في (أ) : « فبين » ، وفي (ب) : « لتبيين » .

(1) قوله : (وقد استعان رسول اللّه ﷺ مرة وكان عليه جبة ...) إلى آخره . رواه البخاري ومسلم من رواية المغيرة بن شعبة . ورويا استعانته ﷺ مرة أخرى بأسامة بن زيد ليلة عرفة .

(2) قوله : (وقد نشف رسول اللّه ﷺ مرة) هذا حديث ضعيف ، رواه أبو داود وغيره / من رواية قيس ٤٥/ب ابن سعد بن عبادة ، بإسناد ضعيف مختلف . وقد أحسن إمام الحرمين قوله فيه : رُوي أنه ﷺ نشف مرة ، فأتى بصيغة التمريض المقتضية ضعفه .

السابعة عشرة [١] : ألا ينفض يده [٢] ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام -: « إذا توضأتم فلا تنفضوا أيديكم » [1] .

الثامنة عشرة [٣] : الدعاء : وهو أن يقول عند غسل الوجه : « اللهم بيِّضْ وَجْهِي يوم [٤] تَبْيَضُّ وجوه وتَسْوَدُّ وجوه [٤] » ، وعند غسل اليد : « اللهم أعطني كتابي بيميني ولا تعطني بشمالي » .

وعند مسح الرأس : « اللهم حرِّم شعري وبَشَري على النار » ، وعند مسح الأذن : « اللهم اجعلني من الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » ، وعند غسل الرِّجل : « اللهم ثبت قدميَّ على الصراط » ، وعند الفراغ [2] : « أشهد أن لا إله إلا اللّه وحده لا

---

(١) في (أ) : « عشر » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (السابعة عشر : أن لا ينفض يديه ؛ لقوله ﷺ : « إذا توضأتم فلا تنفضوا أيديكم ») هذا مذكور في طريقتي خراسان والعراق ونسبه صاحب (الشامل) إلى أبي على الطبري صاحب كتاب (الإفصاح) ، ثم قال : وقد روت ميمونة أن النبي ﷺ اغتسل وجعل ينفض يديه ، قلت : حديث لا تنفضوا أيديكم لا صحة له ، ولم أجد له أنا في جماعة اعتنوا بالبحث عن أمثاله أصلًا ، وزاد بعض الفقهاء في آخره : فإنها مراوح الشيطان ، وحديث ميمونة حديث صحيح معروف فليعتمد عليه ، واللّه أعلم » . المشكل (٣٨/١ب) .

(٣) في (أ) : « عشر » . (٤) في (ب) : « تبيض وجوه أوليائك وتسود وجوه أعدائك » .

---

(1) قوله : (لقوله ﷺ : « إذا توضأتم فلا تنفضوا أيديكم ») . هذا حديث باطل لا أصل له . وثبت في الصحيحين نفضه ﷺ ، والأصح دليلًا : أن النفض مباح ، وإن كان الأشهر أنه خلاف الأولى ، كما جزم به المصنف ، وقيل : مكروه ، ولم يذكره الشافعي والشيخ أبو حامد والمحاملي وإمام الحرمين والبغوي وآخرون ، فلعلهم رأوه مباحًا كما هو الأصح .

(2) قوله بعد الدعاء على الأعضاء والذكر بعد الفراغ : (فقد وردت فيها الأخبار) أما الدعاء على الأعضاء فليس فيه حديث عن النبي ﷺ .

وأما قوله : (بعد الفراغ : أشهد أن لا إله إلا اللّه وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله) فحديث صحيح رواه مسلم من رواية عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه .

وأما قوله : (سبحانك اللهم وبحمدك) إلى آخره ، فحديث ضعيف من رواية أبي سعيد الخدري =

شريك له ، وأن محمدًا عبده ورسوله ، سبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا إله إلا أنت أستغفرك (۱ وأتوب إليك » ۱) .

(۲ فقد ورد فيها الأخبار الدالة على كثرة فضلها ۲) .

* * *

(۱) ليست في (أ) . وقال ابن الصلاح : « قوله : (سبحانك اللهم وبحمدك ، أشهد أن لا إله إلا أنت أستغفرك وأتوب إليك) ورد فيه حديث آخر ليس كالأول في الصحة ، وهو ما روى عن أبي سعيد الخدرى أن رسول الله ﷺ قال : « من توضأ فقال : سبحانك اللهم وبحمدك ، أشهد أن لا إله إلا أنت أستغفرك وأتوب إليك ، كتب في رق ثم طبع بطابع فلم يكسر إلى يوم القيامة » وهو حديث غريب ، ليس بالقوى أخرجه أبو عبد الرحمن النسائي في كتاب اليوم والليلة ، والله أعلم » . المشكل (۳۹/۱أ) .

(۲) هذه العبارة ليست في (أ) . وقال ابن الصلاح : « قوله بعد ذكر الدعاء على أعضاء الوضوء ، والذكر عند الفراغ منه ، (فقد وردت فيه الأخبار الدالة على كثرة فضلها) قلت : أما الأدعية على الأعضاء فلا يصح فيها حديث ، وأما الذكر الذي ذكره للفراغ من الوضوء فهو ملفق من حديثين ، فقوله : أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأن محمدًا عبده ورسوله . وارد في حديث ثابت عن عمر – رضي الله عنه – أن رسول الله ﷺ قال : « من توضأ فأحسن وضوءه ثم قال : أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمدًا عبده ورسوله ، فتح الله له ثمانية أبواب الجنة ، يدخلها من أي باب شاء) رواه مسلم في صحيحه وأبو داود والنسائي وابن ماجه وغيرهم » . المشكل (۳۹/۱أ) .

= رضي الله عنه .

وقوله : (ثبّت قدميّ) هو بتشديد الياء على التثنية .

* * *

الباب الثاني

في الاستنجاء

(وفيه أربعة فصول)

الفصل الأول : في آداب قضاء الحاجة

وهي سبعة عشر [١] [1] :

- أن يبعد عن أعين النظارين [2] في الصحراء [٢] .

(١) قال ابن الصلاح : « ومن الباب الثاني في الاستنجاء قوله : (آداب قضاء الحاجة وهي سبعة عشر) وقال في الدرس هى ستة عشر ، وإذا عددت ما ذكره في الكتاب وجدتها أكثر من ذلك ، وتصانيف الأصحاب متفاوتة في عددها ، فمن زائد ومن ناقص .

ومما لم يذكر في هذا الكتاب تجنب قارعة الطريق في ذلك ، وتجنب الكلام حالة إذٍ ، وأن يقول إذا خرج من الغائط : غفرانك . وهكذا الحال فيما ذكره من عدد سنن الوضوء ، وفيما لم يذكره منها : استقبال القبلة حالة الوضوء ، ذكره الإمام أبو عبد الله الحليمي قال : لأن ذلك إذا كان مستحبًا للقاعد الذي لا يشتغل بعبادة فهذا أولى .

ثم إن هذه الآداب ليست بآداب كل قاضي حاجة ؛ إذ منها ما تختص بقاضي الحاجة في الصحراء ، ومنها ما يختص بقاضي الحاجة في البنيان ، والله أعلم » . المشكا (٣٩/١أ - ٣٩ب) .

(٢) وقد أخرج أصحاب السنن عن المغيرة بن شعبة قال : كنت مع النبي ﷺ في سفر ، فأتى النبي ﷺ حاجته ، فأبعد في المذهب . واللفظ للترمذي : (٣٢/١) (١) أبواب الطهارة (١٦) باب ما جاء أن النبي =

(1) قوله : (آداب قضاء الحاجة هي سبعة عشر) ، ثم إنه ذكر أكثر من سبعة عشر ، ولا إنكار في ذلك ، ولكن عبارته تقتضي الحصر ، وقد بقي آداب لم يذكرها ، منها :

اجتناب قضاء الحاجة في قارعة الطريق وبقرب القبور . ومنها : ترك الكلام . ومنها :أن لا يستقبل بيت المقدس ، فإنه مكروه . وأن لا يطول القعود من غير حاجة . وأن لا ينظر إلى ما يخرج منه ، ولا إلى فرجه من غير حاجة . وأن لا يبول قائمًا من غير عذر . وأن يقول إذا فرغ وفارق موضعه : « غفرانك » .

(2) قوله : (يبعد عن الأعين) هو بفتح الياء وضم العين ، ويجوز ضم الياء وكسر العين .

- وأن يستتر بشيء إن وجد (١) .

- وأن لا يكشف عورته قبل الانتهاء إلى موضع الجلوس (٢) .

- وأن لا يستقبل الشمس والقمر (٣) (1) .

= ﷺ كان إذا أراد الحاجة أبعد في المذهب (٢٠) ، وأخرجه أبو داود : (١٤/١) (١) كتاب الطهارة (١) باب التخلي عند قضاء الحاجة (١) ولفظه : « كان إذا ذهب المذهب أبعد » ، والنسائي : (١٨/١) (١) كتاب الطهارة (١٦) باب الابتعاد عند إرادة الحاجة (١٦) ، وابن ماجه : (١٢٠/١) (١) كتاب الطهارة وسننها (٢٢) باب التباعد للبراز في الفضاء (٣٣١) .

وفى الباب أحاديث أخرى عن جابر وغيره يمكن مراجعتها في المواضع السابقة . وانظر : السنن الكبرى للبيهقي : (٩٣/١) .

(١) في (أ) : « وجده » .

(٢) ورد في الحديث عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ كان إذا أراد حاجة لا يرفع ثوبه حتى يدنو من الأرض . أخرجه أبو داود : (٢١/١) (١) كتاب الطهارة (٦) باب كيف التكشف عند الحاجة (١٤) ، وأخرجه الترمذي : (٢١/١) (١) أبواب الطهارة (١٠) باب ماجاء في الاستتار عند الحاجة (١٤) . وانظر : السنن الكبرى للبيهقي : (٩٦/١) ، ومعرفة السنن : (٣٣٨/١) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأن لا يستقبل الشمس والقمر) هذا يفارق مثله في القبلة في أمور أربعة : أحدها : تخصيص هذا بالاستقبال دون الاستدبار ، هكذا هو في كلامهم ، وفي الحديث المحتج به ، وما في (الشافي) لأبي العباس الجرجاني من التسوية بين استقبال الشمس واستدبارها في الكراهة غير معروف ، والمعنى فيه : أن الفحش المحذور لا يوجد في الاستدبار ؛ لأن استقبالهما إنما هو لوقوع شعاعهما =

(1) قوله : (وأن لايستقبل الشمس والقمر) ، هذا الأدب ذكره المصنف وطائفة قليلة ، ولم يذكره الشافعي وكثيرون أو الأكثرون .

والمختار : أنه / ليس بأدب ، بل هو مباح يستوي فعله وتركه ، لا يصح فيه شيء ، وهو مخالف للقبلة في أربعة أشياء : ٤٦/أ

أحدها : دليل النهي عن القبلة صحيح مشهور ، ولم يصح في هذا شيء . الثاني : النهي عن القبلة للتحريم وهنا للتنزيه . والثالث : يفرق في القبلة بين الصحراء والبناء ، ولا يفرق هنا . الرابع : يستوى الإقبال والاستدبار في القبلة ، ولا بأس هنا بالاستدبار عند المصنف وجمهور من ذكر المسألة ، وسوى بينهما في الصيمري والجرجاني .

– وأن لا يستقبل القبلة ولا يستدبرها ، (١ وهو واجب ١) إلا إذا كان في بناء(٢) [1]،

= على فرجه في تلك الحالة ، ولا يوجد مثله في استدبارهما . والثاني : استواء البنيان والصحراء في كراهة ذلك ، صرح به المحاملي ، ووجه استوائهما فيما ذكرناه . والثالث : ثبوت التحريم في القبلة والكراهة هاهنا . والرابع : أن مستند ذلك من الحديث صحيح معروف في القبلة ، وهو في الشمس والقمر ضعيف لايعرف ، روي في كتاب (المناهي) : « أن النبي ﷺ نهى أن يبول الرجل وفرجه بادٍ للشمس ، ونهى أن يبول وفرجه بادٍ للقمر .. » فتثبت الكراهة بما فيه من الإفحاش ، وإن لم يثبت فيه حديث ، والله أعلم » . المشكل (٣٩/١ب – ٤٠أ) .

(١) ليست في (أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في تحريم استقبال القبلة واستدبارها : (إلا إذا كان في بناء) هذا ليس على إطلاقه ، بل إنما يجوز في البناء إذا كان متخذًا لذلك ، وهو الكنيف أو كان قريبًا من الجدار بنحو ثلاثة أذرع ، فلو كان في عرصة دار متباعدًا عن الجدار لم يجز ، وليس الاعتبار عندهم في ذلك مطلق البناء ومطلق الساتر ، وإنما الاعتبار فيه بما يستر عن أعين المصلين من الملائكة والجن ؛ لئلا يستقبلهم أو يستدبرهم بفرجه ، وهذا المعنى اعتمده الأصحاب في ذلك ، وقد رُوِيَ عن الشعبي بإسناد ضعيف ، وهو يقتضي فيما لو قعد مستقبلًا للقبلة قريبًا من الساتر ولكن خلفه فضاء أنه لايجوز ، وقد أجازه صاحب (التهذيب) .

وقد روينا عن ابن عمر – رضي الله عنهما – أنه أناخ راحلته وجلس يبول إليها ، فقيل له في ذلك فقال : إذا كان بينك وبين القبلة شيء يسترك فلا بأس ، رواه أبو داود في سننه . فأقول : ليس المعنى المحرم ما ذكره من ذكره من استقبال المصلين أو استدبارهم ، وإنما المعنى فيه أن جهة القبلة جهة معظمة وجب تعظيمها باستقبالها في الصلاة ، وذلك ينافي استقبالها بالبول والغائط : لما فيه من الاستخفاف بها والهتك لحرمتها ، فإذا استقر بالكنيف المتخذ لذلك ، وإن لم يقرب من جداره أو بساتر آخر قرب منه لم يُعَدّ هاتكًا لحرمتها ، بل يعد معظمًا لها بتحريه الاستتار عنها بذلك ، والله أعلم » المشكل (٤٠/١أ – ٤٠ب) .

وحديث ابن عمر الذي ذكره ابن الصلاح من : « أنه أناخ راحلته مستقبل القبلة ثم جلس يبول إليها » ،=

٤٦/ب

(1) قوله : (أنه يحرم استقبال القبلة واستدبارها إلا إذا كان في بناءٍ) ، هذا ليس على إطلاقه ، بل قال أصحابنا : إنما يجوز ذلك في البناء إذا كان كنيفًا متخذًا لذلك ، أو كان قريبًا من الجدار ونحوه بحيث لايزيد ما بينهما على نحو ثلاث أذرع ، وأن لاينقص ارتفاع الساتر عن مؤخرة الرجل ، وهي نحو ثلثي ذراع ، هذا هو المذهب .

وفي وجه ضعيف : يجوز في البناء مطلقًا ، حكاه الماوردي والروياني وغيرهما .

وقد جزم المصنف في (البسيط) بما هو المذهب ، ولم يذكر هذا الوجه ، فلا يقال اختاره هنا .

وإن استتر (١) في الصحراء براحلته جاز ، وكذا بذيله على أحد الوجهين (1) .

– وأن يَتَّقي الجلوس في متحدَّث الناس (٢) .

= تفرد به أبو داود : (٢٠/١) (١) كتاب الطهارة (٤) باب كراهية استقبال القبلة عند قضاء الحاجة (١١) . وراجع السنن الكبرى للبيهقي : (٩٢/١) ، ومعرفة السنن والآثار : (٣٣٤/١) .

وفي الصحيح عن أبي أيوب الأنصاري قال : قال رسول اللّه ﷺ : « إذا أتى أحدكم الغائط فلا يستقبل القبلة ولا يوليها ظهره ، شَرِّقوا أو غَرِّبوا » ، أخرجه البخاري – واللفظ له –: (٢٤٥/١) (٤) كتاب الوضوء (١١) باب لا تستقبل القبلة بغائط أو بول إلا عند البناء : جدار أو نحوه (١١٤) ، وطرفه : (٣٩٤) ، وأخرجه مسلم : (٢٢٤/١) (٢) كتاب الطهارة (١٧) باب الاستطابة (٢٦٤) ، وأبو داود : (١/ ١٩) (١) كتاب الطهارة (٤) باب كراهية استقبال القبلة عند قضاء الحاجة (٩) ، والترمذي : (١٣/١) (١) أبواب الطهارة (٦) باب النهي عن استقبال القبلة بغائط أو بول (٨) ، والنسائي : (٢٢/١) (١) كتاب الطهارة (٢٠) باب النهي عن استدبار القبلة عند الحاجة (٢١) ، وابن ماجه : (١١٥/١) (١) كتاب الطهارة وسننها (١٧) باب النهي عن استقبال القبلة بالغائط والبول (٣١٨) .

وفي الباب أحاديث أخرى ، راجع بعضها في المواضع السابقة من الكتب الستة .

(١) في (ب) : « وإن يستتر » ، وفي هامشها : « فإن استتر » .

(٢) جاء في الصحيح عن أبي هريرة ، أن النبي ﷺ قال : « اتقوا اللَّعَّانَيْنِ » ، قالوا : وما اللَّعَّانَان يا رسول اللّه ؟ قال : « الذي يَتَخَلَّى في طريق الناس أو في ظلهم » ، أخرجه مسلم : (٢٢٦/١) (٢) كتاب الطهارة (٢٠) باب النهي عن التخلي في الطرق والظلال (٢٦٩) ، وأبو داود : (٢٨/١) (١) كتاب الطهارة (١٤) باب المواضع التي نهى النبي ﷺ عن البول فيها (٢٥) .

قال أبو سليمان الخطابي : « المراد باللعانين ، الأمرين الجالبين للعن ، الحاملين الناس عليه ، والداعيين إليه . وذلك أن من فعلهما شتم ولعن . يعني : عادة الناس لعنه ، فلما صارا سببًا لذلك أضيف اللعن إليهما » . راجع تعليقاته على سنن أبي داود : (٢٨/١) . وفي الباب أحاديث أخرى .

---

(1) قوله : (في حصول الستر بذيله وجهان) ، الأصح : حصوله ، صححه في (البسيط) وغيره ، وقطع به الفوراني .

– وأن لا يبول في الماء الراكد ، ولاتحت الأشجار المثمرة ، و [لا] في الجِحَرة (١) (1)

وفيها أخبار (٢) (2) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأن لا يبول في الجِحَرة) هو بكسر الجيم وفتح الحاء وفي آخره تاء التأنيث ، جمع جُحْر بضم الجيم وهو الثقب وهو ما استدار ، ويلتحق به ما استطال وهو الشق والسرب » . المشكل (١/٤٠ب) .

وقد جاء في النهي عن البول في الماء الراكد ، عن أبي هريرة ، أنه سمع رسول اللّه ﷺ يقول : « لا يبولن أحدكم في الماء الدائم الذي لايجري ثم يغتسل فيه » ، أخرجه البخاري : (٣٤٦/١) (٤) كتاب الوضوء (٦٨) باب البول في الماء الدائم (٢٣٨) ، ومسلم : (٢٣٥/١) (٢) كتاب الطهارة (٢٨) باب النهي عن البول في الماء الراكد (٢٨٢)، وأبو داود : (٥٦/١) (١) كتاب الطهارة (٣٦) باب البول في الماء الراكد (٦٩) ، والترمذي : (١٠٠/١) (١) أبواب الطهارة (٥١) باب ما جاء في كراهية البول في الماء الراكد (٦٨) ، والنسائي : (٤٩/١) (١) كتاب الطهارة (٤٦) باب الماء الدائم (٥٧) ، وابن ماجه : (١/ ١٢٤) (١) كتاب الطهارة وسننها (٢٥) باب النهي عن البول في الماء الراكد (٣٤٤) .

وجاء في النهي عن البول في الجُحْر ، عن عبد اللّه بن سَرْجِس ، أن رسول اللّه ﷺ نهى أن يُبال في الجحر . أخرجه أبو داود : (٣٠/١) (١) كتاب الطهارة (١٦) باب النهي عن البول في الجحر (٢٩) ، والنسائي : (٣٣/١ ، ٣٤) (١) كتاب الطهارة (٣٠) باب كراهية البول في الجحر (٣٤) . وانظر : السنن الكبرى للبيهقي : (٩٩/١) ، مسند أحمد : (٨٢/٥) .

وجاء عن ابن عمر قال : نهى رسول اللّه ﷺ أن يتخلى الرجل تحت شجرة مثمرة أو على ضفة نهر جار . أخرجه أبو نعيم في الحلية : (٩٣/٤) ، وابن عدي في الكامل : (١٦٧٢/٥ ، ٦ / ٢٠٥٠) ، والعقيلي في الضعفاء : (٤٥٨/٣) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (ففيها أخبار) كان ينبغي أن يؤخر قوله هذا إلى آخرها ، فإن مستند الجميع أخبار ، وقد عبر المؤلف عن كثير منها بغير ألفاظها ، وفيها ما هو ضعيف الإسناد » . المشكل (١/ ٤٠ب) .

(1) قوله : (ولا في الجِحَرة) بكسر الجيم وفتح الحاء ، جمع جحر ، وهو الثقب .

(2) قوله : (ففيها أخبار) ينبغي أن يؤخر هذا إلى آخرها ، فإن الجميع وردت فيها أخبار ، لكن بعضها صحيح وبعضها ضعيف ، وغيَّر المصنف بعض ألفاظه .

- وأن يتقي المحل الصلب ، ومهابَّ [(١)] الرياح في البول استنزاهًا من رَشَاشِه [(1)] .

- وأن يتكئ في جلوسه على الرجل اليسرى [(٢)] .

- وإن كان فى بنيان يُقدِّم الرجل اليسرى في الدخول ، واليمنى في الخروج .

- وأن لا يستصحب شيئًا عليه اسم اللّه - عز وجل - ورسوله عليه الصلاة والسلام [(٣)] [(2)] .

- ولا يدخل ذلك البيت حَاسِرَ الرأس [(٤)] .

(١) في (ب) : « مهبات » .

(٢) أخرج البيهقي في السنن الكبرى : (١٣٦/٧) ، عن سراقة بن مالك ، قال : « علمنا رسول اللّه ﷺ إذا دخل أحدنا الخلاء أن يعتمد على اليسرى وينصب اليمنى » . وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٣٦/٧) رقم : (٦٦٠٥) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأن لا يستصحب شيئًا عليه اسم اللّه - تعالى - ورسوله) فقوله : (ورسوله) لم نجده لغيره ، ورأيت جماعة من المصنفين منهم صاحب (المهذب) قد صرحوا بأن هذا الأدب مستحب ، وليتهم قالوا : يجب ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٤٠ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله :(وأن لا يدخل ذلك البيت حاسر الرأس) روينا فيه في كتاب (السنن الكبير للبيهقي) مسندًا عن عائشة - رضي اللّه عنها - قالت : كان النبي ﷺ : (إذا دخل الخلاء غطى رأسه) ، لكن إسناده ضعيف جدًا ، قال البيهقي : وقد روي في تغطية الرأس عند دخول الخلاء عن أبي بكر مرسلًا ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٤٠ب) . وانظر السنن الكبرى للبيهقي : (١ / ٩٦) ، وراجع : كنز العمال (٧/ ٤٥) .

---

(1) الرَّشاس : بفتح الراء .

(2) قوله : (وأن لا يستصحب شيئًا عليه اسم اللّه ورسوله) . اتفق أصحابنا على كراهية استصحاب ما فيه ذكر اللّه تعالى ، سواء الورقة والدراهم والثياب وغيرها ، ولا يحرم ذلك . وأما ما فيه ذكر رسول اللّه ﷺ فلم يتعرض له الجمهور ، وألحقه المصنف هنا وفي (الإحياء) ، وتابعه عليه الرافعي .

وقال المصنف في (البسيط) : والإمام لا يستصحب شيئًا عليه اسم معظم ، ثم قال الجمهور : يستوي فى هذا الأدبِ البناءُ والصحراءُ ، وخصَّه الشيخ أبو حامد بالبناء ، والمذهب الأول .

وقد يوهم سياق المصنف موافقة أبي حامد ، والوجه / تأويله على موافقة الجمهور . ٤٦/ب

- وأن يقول عند الدخول : بسم اللّه ، أعوذ باللّه من الخبيث المخّبِث [1] ، الشيطان الرجيم (١) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (يقول عند الدخول : أعوذ باللّه من الخبيث المخبث) فالمخبث بضم الميم وإسكان الخاء وكسر الباء هو الذي أصحابه وأعوانه خبثًا ، وقد يكون المخبث الذي يُعَلِّم غيره الخبث .

الثابت في الصحيحين أنه ﷺ كان يقول : « اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث » ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٤٠ب - ٤١أ) .

وراجع رواية الصحيحين عند البخاري : (٢٩٢/١) (٤) كتاب الوضوء (٩) باب ما يقول عند الخلاء (١٤٢) ، وطرفه : (٦٣٢٢) ، ومسلم : (٢٨٣/١) (٣) كتاب الحيض (٣٢) باب ما يقول إذا أراد دخول الخلاء (٣٧٥) . وأخرج نفس اللفظ أصحاب السنن ، انظر : سنن أبي داود : (١٦/١) (١) كتاب الطهارة (٣) باب ما يقول الرجل إذا دخل الخلاء (٤،٥،٦) ، وسنن الترمذي : (١١/١ ، ١٢) (١) أبواب الطهارة (٤) باب ما يقول إذا دخل الخلاء (٦) ، وسنن النسائي : (٢٠/١)(١) كتاب الطهارة (١٨) باب القول عند دخول الخلاء (١٩) ، وسنن ابن ماجه : (١٠٨/١) (١) كتاب الطهارة وسننها (٩) باب ما يقول الرجل إذا دخل الخلاء (٢٩٦) .

وجاء في رواية عن على قال : قال رسول اللّه ﷺ : « ستر ما بين الجن وعورات بني آدم ، إذا دخل الكنيف ، أن يقول : بسم اللّه » وفي رواية أخرى عن أبي أمامة ، أن النبي ﷺ قال : « لا يعجز أحدكم ، إذا دخل مرفقه ، أن يقول : اللهم إني أعوذ بك من الرجس النجس ، الخبيث المخبث ، الشيطان الرجيم » ، وفي رواية بدون ذكر « الرجس النجس » . وهذه الروايات عند ابن ماجه : (١٠٩/١) (١) كتاب الطهارة (٩) باب ما يقول الرجل إذا دخل الخلاء (٢٩٧ ، ٢٩٩) . وفي « مصباح الزجاجة » قال عن رواية أبي أمامة : « إسناده ضعيف » .

(1) قوله : (أعوذ باللّه من الخبيث المخبث) هو الذي أصابه خبث والذي يعلم الخبث . والذي في الصحيحين من رواية أنس بن مالك أن النبي ﷺ كان يقول : « اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث » ، وهو بضم الباء وإسكانها .

وعند الخروج : « الحمد للّه الذي أذهب عني ما يؤذيني ، وأبقى على ما ينفعني » (١) .

– وأن يُعِدَّ النُّبَل قبل الجلوس (٢) (1) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله (يقول عند الخروج : الحمد للّه ، أذهب عني ما يؤذيني ، وأبقى على ما ينفعني) قد روي عن طاوس عن رسول اللّه ﷺ مرسلًا ، ولا يثبت ، ومعناه : أن الطعام ينقسم في المعدة إلى صفو وثقل ، فالصفو يستحيل دمًا يبيت في عروقه وبه قوامه ، والثقل هو الفضلة المستقذرة التي يلقيها .

وذكر غيره أنه يقول ما روته عائشة – رضي اللّه عنها – أن رسول اللّه ﷺ كان إذا خرج من الخلاء قال : « الحمد للّه الذي أذهب عني الأذى وعافاني » أخرجه النسائي في كتاب (اليوم والليلة) ، ورَفْعُه إلى النبي ﷺ غير قوي ، والصحيح : أنه موقوف على أبي ذر » . المشكل (٤١/١أ) .

وحديث طاوس أخرجه الدارقطني في سننه : (١:٥٧) رقم (١٢) ، والبيهقي في معرفة السنن : (١/ ٣٣٥) رقم (٨١٣) وحديث عائشة أخرجه ابن ماجه عن أنس في سننه : (١/ ١١٠) (١) كتاب الطهارة وسننها (١٠) باب ما يقول إذا خرج من الخلاء (٣٠١) . وفيه ضعف أيضًا ، والثابت في السنن عن عائشة أن النبي ﷺ كان إذا خرج من الغائط قال : « غفرانك » أخرجه أبو داود : (١/ ٣٠) (١) كتاب الطهارة (١٧) باب ما يقول الرجل إذا خرج من الخلاء (٣٠) ، والترمذي : (١٢/١) (١) أبواب الطهارة (٥) باب ما يقول إذا خرج من الخلاء (٧) ، وابن ماجه : (١/ ١١٠) (١) كتاب الطهارة (١٠) باب ما يقول إذا خرج من الخلاء (٣٠٠) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأن يعد النبل قبل الجلوس) فقوله : (يعد) هو بضم الياء أي يهيئ ، والنبل عند الأصمعي بضم النون وفتح الباء ، وهي جمع نبلة على مثال سترة وستر ، والمحدثون يقولونها بفتح النون ، وإياه ذكر الزبيدي اللغوي ، وهي عبارة عن حجارة الاستنجاء الصغار ، وذكر أبو عبيد الهروي أنه من الأضداد ، يقال للكبار ويقال للصغار .

وهذا ورد في حديث رواه بعض أصحاب الغريب أن النبي ﷺ قال : « اتقوا الملاعن وأعدوا النبل » . ولم أجده ثابتًا ، ويغني عنه ما رواه أبو داود من حديث عائشة أن النبي ﷺ قال : « إذا ذهب أحدكم إلى الغائط ، فليذهب معه بثلاثة أحجار » ، واللّه أعلم » . المشكل (٤١/١أ) .

وحديث عائشة هذا رواه أبو داود : (١/ ١٠) (١) كتاب الطهارة (٢١) باب الاستنجاء بالحجارة (٤٠) ، والنسائي : (٤٢/١) (١) كتاب الطهارة (٤٠) باب الاجتزاء في الاستطابة بالحجارة دون غيرها (٤٤) .

(1) قوله : (وأن يعد النبل) أما يعد : فبضم الياء أي يهيىء . والنُّبَل : بضم النون وفتح الباء ، جمع : نُبْلة ، بضم النون وإسكان الباء . وقيل : النَّبَل بفتحهما ، وهي أحجار الاستنجاء الصغار والكبار .

- وأن لا يستنجي بالماء في موضع قضاء الحاجة (1) .

- وأن يستبرئ عن البول بالتنحنح والنتر (2) ، وإمرار اليد على أسفل القضيب (١) .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأن يستبرئ عن البول بالتنحنح والنتر) قد روى أبو بكر بن المنذر في النتر حديثًا ، وهو بالنون والتاء المثناة من فوق ، وذكر صاحب (صحاح اللغة) أنه الجذب في جفوة . وقد استحب الجذب صاحب (التهذيب) وذلك مما يخاف من إدمانه الضرر على العضو ، وقد حكى القاضي الروياني وصاحب (التتمة) أن النتر هو الدلك . وقال الروياني أيضًا : هو أن يضع إصبعه على ابتداء مجرى بوله ، وهو من عند حلقة الدبر ، ثم يسلت المجرى إلى رأس الذكر . وذكر إمام الحرمين نحو هذا ، وهو حسن بالغ في الاستبراء ، ولكن في لفظ النتر قصور عنه من حيث اللغة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤ب) .

وقد روي أن رسول الله ﷺ قال : « إذا بال أحدكم فلينتر ذكره ثلاث مرات » ، أخرجه ابن ماجه : (١١٨/١) (١) كتاب الطهارة وسننها (١٩) باب الاستبراء بعد البول (٣٢٦) . مروي عن رجل يُسَمَّى « يزداد » أو « ازداد » ، ولا تعرف له صحبة ، ورفعه ضعيف .

---

(1) قوله : (وأن لا يستنجي بالماء في موضع قضاء الحاجة) وهذا مخصوص بغير المراحيض المتخذة لذلك ، فإنه يستنجى فيها بالماء في موضع قضاء الحاجة .

وقوله : (بالماء) احتراز من الأحجار ، فإنه لا يؤخره حيث كان .

(2) قوله : (وأن يستبرئُ عن البول بالتنحنح والنتر) ، هو بالتاء المثناة فوق ، وهو جذب الذكر ، وأصل الاستبراء طلب البراءة . قال أصحابنا : هذا يختلف باختلاف أحوال الناس ، فمن احتاج إلى تنحنح ونحوه فعل ، ومن لا فلا ، ويكره التعرض للوسواس .

الفصل الثاني

فيما يُسْتَنْجَى عنه

وهي (١) كل نجاسة ملوثة (1) ، خارجة عن المخرج المعتاد (2) ، نادرًا كان أو معتادًا .

جاز الاقتصار فيه على الحَجَر ، إذا لم ينتشر (٢ إلا ما ٢) ينتشر من العامة (٣) (3) ، ويستوي فيه البول والغائط ، والرَّجُل والمرأة .

ونقل الربيع أنه (٤) إن (٥) كان في جوف مقعدته بواسير (4) لم يجز الاستنجاءُ إلا بالماء .

---

(١) في (ب) : « وهو » .

(٢) في (أ) : « عنه مالم » .

(٣) زاد (ب) هنا : « في داخل ذلك الموضع » . وقال ابن الصلاح : « عبر عن نصه في القديم فقال : (ويجوز الاقتصار فيه على الحجر ، مالم ينتشر عنه ما ينتشر عن العامة) وإنما عبارته فيما نقله الفوراني في (الإبانة) : وغيره (مالا ينتشر منه إلا ما ينتشر من العامة) ، وهكذا عبارته في (الوجيز) ومحصولهما واحد ، وذلك إنما ينتشر من (العامة) هو محل الجواز ، ومالا ينتشر من العامة هو محل عدم الجواز ، فهما نقيضان لا يخلو المحل من أحدهما ، والنقيضان أو الضدان اللذان لا يخلو المحل من أحدهما يجوز أن يعبر عن كل واحد منها بنفي ضده ، أو يلزم من انتفاء ضده وجوده ، ففي عبارته في « الوسيط » عبر عن صورة الجواز من المنتشر بنفي ضدها ، وفي عبارته في « الوجيز » عبر عن صورة الجواز بذكرها بنفسها بلفظ حاضر فيها ، والمراد بلفظ العامة معظم الناس ، والله أعلم » . المشكل (١/٤١ب - ٤٢أ) .

(٤) « أنه » : ليست في (أ) .

(٥) « إن » : ليست في (ب) .

---

(1) قوله فيما يستنجى عنه : (وهو كل نجاسة ملوثة) ، احترز بالنجاسة عن المني والريح ، فلو خرج المني واقتصر على التيمم في موضع جوازه صحت صلاته .

(2) قوله : (خارجة من المخرج المعتاد) احتراز من الفصد والحجامة والجراحات ونحوها ، ومن الخارج من المخرج المنفتح دون المعدة أو فوقها إذا نقضنا الوضوء به فإنه لا يجزئُ فيه الحجر على الأصح ، وقد ذكره المصنف في باب الأحداث .

(3) قوله : (مالا ينتشر من العامة) يعني معظم الناس .

(4) البواسير : جمع باسور بالباء ، ويقال بالنون ، ويقال : باصور بالصاد .

=

فمن الأصحاب من جعل هذا قولًا ، وعلل القولين بأن الاعتبار بالخارج أو المخْرَج . ومن الأصحاب من أول ما نقله الربيع (١) ، وقطع بما نقله المزني ؛ فإن البحث عن النجاسات مع أن المخْرَجَ معتاد فيه عُسْرٌ .

واختار القفَّال فيما حكاه الفوراني : أنه إن خرج غير المعتاد خالصًا لم يكفِ الحجر .

وقال العراقيون : لا يكفي الحجر في دم الحيض الموجب للغسل (٢) ، وَعَدُّوا المذي من النجاسات النادرة (٣) (1) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ومنهم من تأول ما نقله الربيع) ذكر الفوراني أنه تأوله على ما إذا كان بين الأليتين لا في داخل المخرج ، وهو تأويل بعيد ، والله أعلم » . المشكل (٤٢/١أ) .

(٢) أشار الحموي إلى أن قول الغزالي : « دم الحيض الموجب للغسل » يشكل ، حيث إن الحيض لايكون إلا موجبًا للغسل . ورد عن ذلك بقوله : « وعنه جوابان ؛ أحدهما : إنما ذكر ذلك ليحترز من مذهب بعض العلماء ، فإن أكثر الحيض عنده ثمانية عشر يومًا ، أقله لحظة ، وكان على مذهب الشافعي خمسة عشر يومًا ، منها موجب الغسل دون ما عداه . الثاني : أن الحيض في اللغة عبارة عن السيلان ، فلما قال : الحيض الموجب للغسل ، خرج عنه دم الاستحاضة » . مشكلات الوسيط (٢٧أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقال العراقيون : لايكفي الحجر في دم الحيض الموجب للغسل) لايتوهم من هذا أن فيه خلافًا من غيرهم ، فإنه لايعرف فيه خلاف ، وسبب نسبته إليهم أنهم بدءوا بذكره . =

= والصحيح : جواز الاستنجاء بالحجر من النجاسة النادرة ، سواء تمحضت أم كانت مختلطة بالمعتاد ، وأنه يجوز الحجر مالم يجاوز الخارج باطن الأَلْيتين ، وهو المنصوص في (الأم) و (الإملاء) و (حرملة) ، وصححه الجمهور ، وهما [يقصد : الأليتين] بالياء المثناة المكررة .

الفُوراني : بضم الفاء – هو أبو القاسم عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن فُوران ، بضم الفاء ، تُوفيِّ في شهر رمضان / سنة إحدى وستين وأربعمائة ، بمرو ، وهو من كبار أصحاب القفال المروزي . ٤٧/أ

(1) قوله : (وقال العراقيون : لايكفي الحجر في دم الحيض الموجب للغسل ، وعدُّوا المذي من النجاسات النادرة) .

هذه العبارة قد توهم أن غير العراقيين خالفهم في مسألتي الحيض والمذي ولا خلاف فيهما ، بل اتفق الأصحاب في الطريقتين على ما حكاه هنا عن العراقيين ، وليس مراده بإضافته إلى العراقيين أن غيرهم يخالفهم ، بل معناه أنهم ابتدءوا بذكره وشهروه في كتبهم . =

ونقل المزني : أنه يستنجي مالم يَعْدُ المخرجَ . ونقل الربيع : أنه يستنجي مالم يخرج إلى ظاهر الأليتين .

فمنهم من جعل النَّصين قولين آخرين ، ومنهم من قطع بما ذكرناه ، وهو المنصوص في القديم ، وأَوَّلَ هذه النصوص [1] .

فرع :

لو خرجت حصاة جافة أو دودة غير ملوثة ، ففي وجوب الاستنجاء وجهان [1] ، ووجه إيجابه : أنه لا ينفكُّ عن لوث وإن قَلَّ .

* * *

= وكذلك قوله : (وعدوا المذي من النجاسات النادرة) لا خلاف فيه ، بل المقطوع به في الكتب كونه من النجاسات النادرة ، وكذلك أسقط بعضهم من قوله في (الوجيز) : (وقيل : إن المذي نادر) لفظة (قيل) ، على أن قول القائل : (قيل : كذا) من غير أن يذكر غيره بمنزلة قوله : (ذُكِرَ كذا) ، لا يستدعي كونه مختلفًا فيه ، والله أعلم » . المشكل (١/٤٢أ) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ومنهم من قطع بما ذكرناه ، وهو المنصوص في القديم ، وأَوَّلَ هذه النصوص) أما تأويل ما نقله المزني فهو أنه أراد بقوله : (مالم يَعْدُ المخرجُ حلقة الدبر وما حولها) فعبر بالمخرج عن الجميع ، وتأويل نقل الربيع : (مالم يخرج إلى ظاهر الأليتين) مالم يخرج عن المعتاد ، جعل ذلك ضابطًا لذلك على التساهل ، والله أعلم » . المشكل (١/٤٢أ) .

= واعلم أن المراد بمسألة دم الحيض ما إذا وَجدت التي انقطع حيضها الماء واغتسلت وتركت موضع الاستنجاء فاستنجت فيه بالحجر فلا يجزئها . فأَمَّا إذا فقدت الماء ، أو كانت مريضة ونحوها ممن يباح لها التيمم فإنه يجزئها الاستنجاء بالأحجار مع التيمم ، وتصلي ولا إعادة قطعًا .

وهذا مراد صاحب (الحاوي) وغيره بقولهم : دم الحيض معتاد فيجزئ فيه الحجر قولًا واحدًا ، بخلاف دم الاستحاضة فإنه نادر فيكون فيه القولان في النادر .

(1) قوله : (لو خرجت حصاة أو دودة غير ملوثة ففي وجوب الاستنجاء وجهان) كذا حكاهما أيضًا الصيدلاني وأبو محمد والإمام وجهين ، والصواب : قولان ، كذا نقله الجمهور ، ونص عليهما الشافعي في (الجامع الكبير) ، أصحهما عند الجمهور : لايجب الاستنجاء ، وصحح إمام الحرمين الوجوب ، والمذهب الأول . فإن قلنا يجب : أجزأه الأحجار على الأصح . وقيل : فيه القولان في النادر ، وهذا أشهر ، وإن كان ضعيفًا .

الفصل الثالث

فيما يُسْتَنْجَى به

فإن (١) استنجى بالماء فليكن طهورًا ، وإن اقتصر على الحجر فليكن طاهرًا مُنَشِّفًا غير محترم ، ولا يختص بالحجر ؛ لأن ما عداه في معناه .

احترزنا بالطاهر عن الروث ، والعين النجسة (٢) (1) ؛ فإنها تزيد المحل نجاسة أجنبية ، فيتعين [حينئذٍ] (٣) الماءُ بعد استعمالها (2) .

وبقولنا : « منشف » (٤) عن الزجاج الأملس ؛ لأنه يبسط النجاسة ، فإن نقلها عن محلها تعين الماء (٥) .

---

(١) في (أ) : « وإن » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (احترزنا بالطاهر عن الروث والعين النجسة) لا نتناول بالطاهر النجس بالمجاورة ، وهو داخل في ذلك ، والله أعلم » . المشكل (٤٢/١أ) .

(٣) زيادة من (ب) . (٤) في (ب) : « منشفًا احترازًا » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله في المنع من الاستنجاء بالزجاج الأملس ؛ (لأنه يبسط النجاسة ، فإن نقلها عن محلها تعين الماء) هذا تصحيف ، ونقرأ قوله : (فإنَّ) بالتشديد ، أي : النقل يوجب استعمال الماء ، وإنما صوابه : (فإنْ) نقلها بحرف الشرط ، أي : إذا استنجى بالزجاج ثم أراد أن يستنجي بالحجر نظر ، =

---

(1) قوله : (احترز بالطاهر عن الروث والعين النجسة) ، كان ينبغي أن يقول : والمتنجسة فإنها كالنجسة في هذا بلا خلاف . ثم عطفه (العين النجسة) على (الروث) من باب عطف العام على الخاص ، وهو كثير في القرآن وكلام العرب .

(2) قوله في الاستنجاء بالزجاج الأملس : (يبسط النجاسة ، فإن نقلها تعين الماء) ، معناه : لا يجزئ الاستنجاء بالزجاج الأملس ، فإن خالف واستنجى به فإن نقل النجاسة – أي بسطها تعين الماء ، وإلا جازت الأحجار ، بخلاف ما سبق / في الاستنجاء بالنجاسة فإنه يتعين الماء مطلقًا في المذهب . ٤٧/ب

وفيه وجه مشهور رجحه المحاملي وجزم به الشيخ أبو حامد : أنه يجزئه الأحجار ، قال المحاملي : حتى لو كان جلد كلب كفاه بعده الأحجار ، وهذا غلط .

وفي التراب والحُمَمَةِ [1] اختلاف نَصٍّ (١) . والوجه : القطع بالجواز فيما لا يتفتت بالاستعمال والمنع في (٢) الرِّخْو[2] تنزيلًا للنصين (٣) على اختلاف حالين .

وبقولنا : « غير محترم » عن المطعومات ، وما كتب عليه شيء محترم ، والعصفورة الحية ، والاستنجاء بيد الغير (٤) ، كل ذلك محرم [3] ، وفي وجوب إعادة الاستنجاء

= فإن نقل الزجاجُ النجاسةَ لم يجز ذلك ، وتعين الماء ، وإن لم ينقلها جاز الاستنجاء بالحجر ، بخلاف الذي ذكره قبله من الاستنجاء بنجس ، فإنه يتعين فيه الماء مطلقًا ، من غير تفصيل ، فأراد الفرق في ذلك بين الاستنجاءين الفاسدين كما فعله الفوراني ، وهو يحذو حذوه كثيرًا ، والله أعلم » . المشكل (١/٤٢أ- ٤٢ب) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وفي التراب والحممة) بضم الحاء المهملة وفتح الميم ، المشكل في هذا توجيه قول من أثبت قولًا في المنع في الحممة الصلبة القالعة ، وقول من أثبت قولًا في الجواز في الحممة المتفتتة والتراب ، أما المنع في الحممة : فقد روينا عن ابن مسعود قال : قدم وفد الجن على رسول الله ﷺ فقالوا : يا محمد . انه أمَّتك أن يستنجوا بعظم أو روثة أو حممة ؛ فإن الله - تعالى - جعل لنا فيها رزقًا ، قال : فنهى النبي ﷺ ، كذا أخرجه أبو داود في سننه من بين أصحاب الكتب الستة ، وأما الجواز في التراب والحممة : فقد روينا مرسلًا عن طاووس عن النبي ﷺ قال : « لتستطب بثلاثة أحجار أو ثلاثة أعواد أو ثلاثة حثيات من تراب » رواه الدارقطني في سننه ، ولا يثبت مرفوعًا ، وهو صحيح عن طاووس من قوله ، والله أعلم » . المشكل (١/٤٢ب) . وقد سبق تخريج حديث طاوس هذا قبل قليل .

(٢) في (أ) : « من » . (٣) في (أ) : « للنص » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله (والاستنجاء بيد الغير) هذا القيل على طريقة شيخه حيث قطع بجواز الاستنجاء بيد نفسه ، وخَطَّأَ من ذكر فيه خلافًا وقال : إنه لا حرج على المرء في تعاطي النجاسة باليد ، وحرمه بيد غيره ، وقد عكس ذلك صاحب (الحاوي) ، فجوزه بيد غيره ولم يجوزه بيد نفسه ، والله أعلم » . المشكل (١/٤٢ب - ٤٣أ) .

---

(1) (الحُمَمة) : بضم الحاء وتخفيف الميم وهي الفحم .

(2) قوله : (الرِّخو) بكسر الراء ، ويجوز فتحها .

(3) قوله : (والاستنجاء بيد الغير ، فكل ذلك محرم) ، هذا التقييد بالغير هو طريقته وطريقة شيخه ، وحاصل المنقول في اليد أربعة أوجه : الصحيح عند الجمهور : لا يجزئ . والثاني : يجزئ . والثالث : تجزئ يده دون غيره . والرابع : عكسه ، واختاره الماوردي ، كما يجوز سجوده على يد غيره دون نفسه . ولو حذف المصنف =

وجهان ، ووجه الوجوب : أن الرُّخَصَ لا تُستفاد (١) (1) / بالمعاصي . والعظم من ٦/أ المطعومات وقال (٢) ﷺ : « إنه طعام إخوانكم من الجنِّ » (٣) .

أما (٤) الجلد فقد نقل حرملة (٥) منع الاستنجاء به ، ونقل البويطي جوازه ، ونقل الربيعُ منعه قبل الدباغ دون ما بعده ، فقيل : إنه (٦) أقوال . والصحيح الجواز ، وحمل المنع على جلد الدسم قبل الدباغ الذي لا يقلع النجاسة ، كما نقله الربيع .

فرع : الحجر المستعمل لا يستعمل ثانيًا (2) - وإن غسل - إلا بعد الجفاف ؛ لأن تلك الرطوبة تصير (٧ نجاسة فتكون ٧) كنجاسة أجنبية .

* * *

(١) إلى هنا تنتهي اللوحة المفقودة من النسخة الأصل . (٢) في (أ) : « قال » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في العظم : (قال رسول الله ﷺ : « إنه طعام إخوانكم من الجن ») هذا حديث صحيح أخرجه مسلم من حديث ابن مسعود ، والله أعلم » . المشكل (١/٤٣أ) .

وحديث ابن مسعود أخرجه مسلم في سياق قصة وفد الجن ، في صحيحه : (١/٣٣٢) (٤) كتاب الصلاة (٣٣) باب الجهر بالقراءة في الصبح والقراءة على الجن (٤٥٠) ، والترمذي : (١/٢٩) (١) أبواب الطهارة (١٤) باب ما جاء في كراهية ما يستنجى به (١٨) . وفي الباب أحاديث كثيرة أخرى .

(٤) في (أ) : « وأما » . (٥) في الأصل : « الحرملة » ، والتصويب من (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « إنها » . (٧) في (أ ، ب) : « نجسة فتصير » .

= لفظة (الغير) لكان أجود .

الأصح فيمن استنجى بمحترم : وجوب الإعادة .

(1) قوله : (والعظم من المطعومات ، قال ﷺ : « إنه طعام إخوانكم الجن ») رواه مسلم من رواية ابن مسعود رضي الله عنه .

(2) قوله : (الحجر المستعمل لا يستعمل ثانيًا) ، يستثنى منه ما إذا استعمل حجرًا فأَنْقَى ، ثم استعمل الثاني والثالث فلم يتلوثا ، هل يجوز استعمالهما من غير غسل ؟ فيه وجهان حكاهما القاضي حسين ، والمتولي ، والروياني ، والشاشي وآخرون .

أصحهما : جوازه ، صححه الشاشي والرافعي وغيرهما وقطع به البغوي .

الفصل الرابع

في كيفية الاستنجاء

وفيه مسائل أربعة (١) :

الأولى : أن العدد شرط (1) ؛ لقوله ﷺ : « فَلْيَسْتَنْجِ بثلاثة أحجار (٢) » (2) . فإن لم يحصل الإنقاء فليستعمل رابعة ، (٣) فإن حصل أوتر بخامسة ؛ لأن الإيتار مستحب .

وقال مالك : يكفي ولو بواحدة (٤) إذا حصل الإنقاء .

وقال أبو حنيفة : لاحاجة إلى الحجر ولا إلى الماء (3) ، بل يُعفى عن هذه النجاسة . ثم يتأدى (٥) العدد بأن يستنجي بحجر له ثلاثة أحرف بثلاث مسحات متفاصلة .

---

(١) « أربعة » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) هذا الحديث أخرجه – بهذا اللفظ – الشافعي في الأم : (١٨/١) ، من حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « إنما أنا لكم مثل الوالد ، فإذا ذهب أحدكم إلى الغائط فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها بغائط ولا بول ، وليستنج بثلاثة أحجار » ، ونهى عن الروث والرمة وأن يستنجي الرجل بيمينه .

وأخرجه أيضًا بألفاظ مختلفة اختلافًا يسيرًا ، أبو داود : (١٨/١ ، ١٩) (١) كتاب الطهارة (٤) باب كراهية استقبال القبلة عند قضاء الحاجة (٨) ، والنسائي : (٣٨/١) (١) كتاب الطهارة (٣٦) باب النهي عن الاستطابة بالروث (٤٠) ، وابن ماجه : (١١٤/١) (١) كتاب الطهارة وسننها (١٦) باب الاستنجاء بالحجارة والنهي عن الروث (٣١٣) . وراجع : السنن الكبرى للبيهقي : (٩١/١) ، (١٠٢/١) .

(٣) في (أ) : « رابعًا » .

(٤) في (أ) : فواحد ، وفي (ب) : « ولو واحدًا » .

(٥) في (أ) : « يتأتى » .

---

(1) قوله : (العدد شرط) يعني ثلاث مسحات .

(2) قوله ﷺ : « وليستنج بثلاثة أحجار » . صحيح رواه الشافعي وأبو داود والنسائي وغيرهم بأسانيد صحيحة .

(3) قوله : (وقال أبو حنيفة : لا حاجة إلى الحجر ولا إلى الماء) ، إنما قاله أبو حنيفة إذا لم يزد الخارج على قدر درهم ، فإن زاد وجبت إزالته بالماء عنده .

الثانية : قال رسول الله ﷺ : « يُقْبِلُ بواحدٍ ويُدْبِرُ بواحدٍ ويُحَلِّقُ بالثالث » (١) [1]، وقال في حديث آخر : « حَجَرٌ للصَّفْحَةِ اليمنى ، وحجر للصفحة اليسرى (٢) ، وحَجَرٌ للوسط » . (٣ فاختلف الأصحاب ٣) :

منهم من أخذ بالحديث الأول ، وأوجب استعمال كل حجر في جميع المحل ، إذ به يتحقق العدد ، وأَوَّلَ الثاني بأن (٤) البداية بالصفحة اليمنى .

ومنهم من أخذ بالرواية الثانية ؛ لأنها مُصَرِّحة بالتخصيص ، وإنما مراعاة العدد بالإضافة إلى جملة المحل ، لا إلى كل جزء .

ثم الأصح : أن هذا خلاف في الأحَبِّ . وقيل : إنه خلاف في الوجوب .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال رسول الله ﷺ : يقبل بواحد ... الحديث) هو حديث لايثبت ولا يعرف في كتب الحديث ، وأما الحديث الذي بعده وهو قوله : « حجر للصفحة اليمنى » : فهو حديث رواه سهل بن سعد الساعدي ، ولفظه : « أَوَلا يجد أحدكم ثلاثة أحجار ، حجران للصفحتين ، وحجر للمسربة » ، وليس له إلا إسناد واحد ، ولكن قال الدارقطني إنه إسناد حسن ، والمسربة هي مجرى الغائط وعند هذا نقول : لا اختلاف بين الحديثين ، وكلاهما حمل على استيعاب جميع المحل بالثلاثة » . المشكل (٤٣/١أ) . وراجع : المجموع (١٢٢/٢ - ١٢٣)

وقد أخرج حديث سهل الدار قطني : (٥٦/١) رقم : (١٠) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (١١٤/١) ، والطبراني في المعجم الكبير : (٦ /١٢١) رقم : (٥٦٩٧) .

(٢) قال ابن الصلاح : « وقوله : (حجران للصفحتين) معناه كل واحد منهما للصفحتين ، والله أعلم . وذكرنا ما ذكر غيره من أن الخلاف المذكور خلاف في الأوجب أو خلاف في الوجوب ، وذكر في الدرس أنه ينبغي أن يقال : من قال باستيعاب جميع المحل بكل حجر فلا يجوز عند تخصيص كل جانب بحجر ، فإنه أقل ، ومن قال بالتخصيص جوز الاستيعاب فإنه أعلى ، وهذا الذي قاله من عنده مليح » . المشكل (٤٣/١أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « واختلف أصحابنا » . (٤) في (أ ، ب) : « على أن » .

(1) قوله : (قال رسول الله ﷺ : « يقبل بواحد ، ويدبر بواحد ، ويحلق بالثالث » ، وقال في حديث آخر : « حجر للصفحة اليمنى ، وحجر للصفحة اليسرى ، وحجر للوسط » . الحديث الأول منكر لا أصل له . والثاني حديث حسن رواه الدارقطني والبيهقي من رواية سهل بن سعد ، وقال : إسناده حسن .

٤٨/أ

وأما قول الرافعي : اتفقوا على تصحيحه .

الثالثة : ينبغي أن يضع الحجر على موضع طاهر ويُدِيرُ ، فإن [١] أمرَّ ونقل النجاسة تعين الماء ، وإن لم ينقل فوجهان : الصحيح جوازه ، لأن تكليف الإدارة يُضَيِّق [٢] باب الرخصة ، ولا يخلو [٣] كل استنجاء عن نقل يسير فيتسامح به [٤] .

الرابعة : الأفضل أن يجمع بين الماء والحجر [1] ، وفيه نزل قوله تعالى : ﴿ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَن يَتَطَهَّرُواْ ﴾ وأن يستنجي باليسار ، فإن أخذ القضيب بيد [٥] والحجر بأخرى [٦] فليحرك اليد اليسرى [٧] ، فالاستنجاء بالمتحرك ، [والله أعلم بالصواب] [٨] .

* * *

(١) في (أ) : « وإن » .

(٢) في الأصل ، (ب) : « تضييق » ، وما أثبتناه من (أ) .

(٣) في (ب) : « ولا ينفك » .

(٤) في (أ) : « فيه » .

(٥) في (أ ، ب) : « بيده » .

(٦) في (أ ، ب) : « بالأحرى » .

(٧) « اليسرى » : ليست في (ب) .

(٨) زيادة من (ب) .

(1) قوله : (الأفضل أن يجمع بين الماء والحجر ، وفيه نزل قوله تعالى : ﴿ فيه رجال يحبون أن يتطهروا ﴾ هذا يذكره الفقهاء والمفسرون ، ولم يصح فيه حديث هكذا ، إنما صح واشتهر أنهم كانوا يستنجون بالماء ، ولكن يستنبط منه الجمع بين الماء والحجر ؛ لأن الاستنجاء بالأحجار كان شائعًا معلومًا لجميعهم ، وزاد أهل قباء الماء ، فذكر ما زادوه دون ما هو مشترك ، والله أعلم .

الباب الثالث

في الأحداث(١)

(وفيه فصلان)

[الفصل] (٢) الأول : في أسبابها

(وهي أربعة) (1)

السبب الأول (2) : خروج الخارج من أحد (٣) السبيلين :

ريحًا كان أوعينًا ، نادرًا أو معتادًا ، طاهرًا أو نجسًا (٤) ، وقد تخرج الريح من

---

(١) قال ابن الصلاح : « ومن الباب الثالث في الأحداث ، أراد الحدث الأصغر دون الحدث الأكبر ، ففيه الباب الرابع ، والله أعلم » . المشكل (٤٣/١ب) .

(٢) زيادة من (أ) . (٣) « أحد » : ليست في (أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في الخارج : (طاهرًا كان أو نجسًا) والمراد : نجس العين أو طاهر العين ، =

---

(1) قوله : (أسباب الحدث أربعة) ، هكذا عبارة الجمهور أن نواقض الوضوء أربعة ، وبقي خامس متفق عليه ، وسادس وسابع وثامن مختلف فيها .

فالمتفق عليه : انقطاع الحدث الدائم كدم الاستحاضة والسلس ، فإن صاحبه إذا توضأ حكم بصحة وضوئه ، فلو انقطع حدثه وشُفي انتقض وضوؤه ووجب وضوء آخر .

والثاني : نزع الخف ، وفي نقضه للوضوء خلاف مبني على رفعه للحدث ، والأصح : رفعه .

والثالث : الردة ، وهي تنقضه على وجه ضعيف ، سبق في نية الوضوء .

والرابع : : أكل لحم الإبل ، وفي نقضه قولان ؛ الجديد المشهور : لا ينقض . والقديم : أنه ينقضه ، وهذا هو الصحيح دليلًا .وكأن المصنف وغيره ممن لم يذكر هذه الأربعة هنا ، تركوها لكونهم ذكروها في أبوابها .

(2) قوله : (السبب الأول : خروج الخارج من أحد السبيلين ، ريحًا كان أو عينًا ، نادرًا أو معتادًا ، طاهرًا أو نجسًا ، وقد يخرج الريح من الإحليل لاسترخاء الأسر ، فكل ذلك ينقض الوضوء) . =

الإِحْلِيل لاسترخاء الأَسْرِ . فكل ذلك ينقض الوضوء (١) .

= وإن كان نجسًا بالمجاورة كما إذا خرجت منه حصاة أو دودة وبهذا مثَّل في الدرس ، ولا سبيل إلى أن نفسره بالمني ؛ لكونه طاهرًا مطلقًا فإنه لايوجب الحدث الأصغر عنده على ما صرح به في أخريات الغسل، وذلك هو المشهور خلافًا للقاضي أبي الطيب الطبري حيث جعله موجبًا للحدثين معًا .

ومن المستطرف ما بلغني عن بعض المشايخ المعروفين من أصحاب محمد بن يحيى من الخلافيين أنه التزم تصوير ذلك في الطاهر من حيث العين والمجاورة ، وزعم أن صورته أن يبلع حُقًّا مطبقًا على خاتم ثم ينزل حتى يقف عند حلقة الدبر ، وينفتح فيخرج منه الخاتم ساقطًا أو كما قال ، وهذا هوس عجيب ، والله أعلم » . المشكل (٤٣/١ب) .

(١) قال الحموي : « ما ذكره الشيخ هاهنا محمول على ما إذا خرج من مخرج البول ، فإنه ذكر أن مخرج البول غير مخرج المني وغير مخرج الحيض في حق المرأة ، وإذا كان كذلك لم ينتقض الوضوء بخروج المني من مخرجه ، هكذا قيل فيه ، والذي يتجه عندي أن الوضوء ينتقض بالخروج من رأس الذكر فإن ظاهر كلامه وما ذكره بعض أصحابنا يدل عليه فإنهم قالوا : لو أدخل قطنة في إحليله أو خيطًا ، صح وضوؤه وصلاته ، وإن خرج منه جزء يسير بطل وضوؤه ، فدل على أنه بمجرد الخروج ينتقض وضوؤه إذا انفصل عن المخرج ، ومعلوم أنه لا يتصور وقوع ذلك من مخرج البول لما لايخفى .

فإن قيل: كيف خص الشيخ – رحمه الله – سبق المني بعدم الانتقاض دون قصد الخروج فإنه لافرق بينهما ؟=

= أما قوله : (فكل ذلك ينقض الوضوء) فهو توكيد لقوله : السبب الأول .

وأما الأَسْر : فبفتح الهمزة وإسكان السين ، وهو الحلق ، والمراد هنا موضع الحدث وخروج الريح من قُبلي الرجل والمرأة ينقض كالدبر عندنا .

وقال أبو حنيفة : لاينقض .

قال أصحابنا : يتصور خروجه من قبل الرجل إذا كان آذِر ، وهو عظيم الخصيتين .

وأما قوله : (طاهرًا أو نجسًا) فمراده نجس العين ، أو طاهرهما متنجسًا بالمجاورة ، كالحصاة / والدودة . ٥٠/أ

وهكذا علق المصنف في درسه ، والمشهور تفسيره بالمني ، فإنه لا ينقض الوضوء على مذهب ، وبه قطع المصنف في آخر باب الغسل ، وسائر الأصحاب إلا القاضي أبا الطيب ، فقال مرة : ينقض ، ومرة : لا ينقض .

قال الرافعي : ولا يغتر بتعميم الأئمة أن الخارج من السبيلين ينقض ، فإن هذا ظاهر يعارضه نصُّهم في تصوير الجنابة المجردة عن الحدث أن مَنْ أنزل بالنظر فهو جنب غير محدث ، قال : ودليل المذهب أن الشيء مهما أوجب الأعظم الأثرين بخصوصه لايوجب أوهنهما بعمومه ، كزنا المحصن يوجب أعظم الحدين دون أخفهما .

والخارج من غير السبيلين بالفصد [١] والحجامة، والقيء، والقهقهة في الصلاة وغيرها: كل ذلك لاينقض الوضوء خلافًا لأبي حنيفة، ولا وضوء مما مسّته النار خلافًا لأحمد [٢] [1].

فرع:

لو انفتحت ثقبة تحت المعدة [وانسد المسلك المعتاد] [٣]، وخرجت منها النجاسة

= يقال: إنما ذكر ذلك من حيث إن الغالب فيمن يقصد خروج المني على هذا الوجه، لأنه لا ينفك عن خروج مذي قبله فيكون ذلك بإفضائه، بخلاف سبق المني فإن الطهارة باقية فيه باعتبار الغالب دون نفي الانتقاض على تقدير العمل به». مشكلات الوسيط (١/٢٧ب - ٢٨أ).

(١) في (أ، ب): « كالقصد ».

(٢) قال ابن الصلاح: « قوله: (ولاوضوء مما مسته النار خلافًا لأحمد) وهذا غير صحيح، إنما هو خلاف لطائفة من الصحابة والتابعين وخلاف لداود - إن اعتبرنا خلافه - وأما خلاف أحمد فإنما في أكل لحم الجزور، فإنه ينقض الوضوء وهو قول قديم للشافعي رضي الله عنه». المشكل (١/٤٣ب).

قال النووي: « هذا القديم وإن كان شاذًّا في المذهب فهو قوي في الدليل، فإن فيه حديثين صحيحين ليس عنهما جوابٌ شافٍ. وقد اختاره جماعة من محققي أصحابنا المحدثين، وقد أوضحت كل ذلك مبسوطًا في شرح (المهذب). وهو القديم مما أعتقد رجحانه، والله أعلم». انظر: الروضة (١/٧٢). وراجع: الأم (١/ ١٧)، ومختصر المزني: (١/ ٢٠)، والحاوي: (١/٢٠٥). وراجع مذهب أحمد في هذه المسألة - وهو كما قرر ابن الصلاح - في: المبدع شرح المقنع: (١/١٦٨)، ودليل الطالب: (١٩).

(٣) زيادة من (أ).

(1) قوله: (ولا وضوء مما مسته النار خلافًا لأحمد)، هذا مما أنكر عليه، فإن أحمد موافق على أن أكل ما مسته النار لاينقض، وإنما ينقض عنده أكل لحم الإبل، سواء كان مطبوخًا أو نيًّا، وهو قول قديم كما سبق.

وقد أحسن المصنف في (البسيط) بقوله: أوجب أحمدُ الوضوء من أكل لحم الجزور، وداودُ من أكل ما مسته النار، الأصح: أنه لاينتقض بالخارج من منفتح تحت المعدة مع انفتاح الأصلي، ولا منفتح فوقها من انسداده، ولامع انفتاحه. ولنا وجه في (الحاوي) وغيره: أنه لاينتقض من منفتح تحت المعدة مع انسداد الأصلي، وهو ضعيف جدًّا. والمراد بتحت المعدة: تحت السرة، وبفوقها: السرة وما فوقها وما يحاذيها.

الأصح: الانتقاض بالخارج النادر، حيث نقض المعتاد، وأنه لا يجزئ فيه الاقتصار على الأحجار، وأنه لاينتقض الوضوء بمسه، ولا الغسل بالإيلاج فيه، وجواز النظر إليه إذا كان فوق العورة، وأنه لايجب ستره في الصلاة ولا غيرها.

ومنهم من طرد الخلاف في وجوب المهر والحد وسائر أحكام الوطء، وهو غلط.

المعتادة : انتقض الطهر [١] ؛ لأنه في معنى المنصوص .

ولو كان السبيل المعتاد منفتحًا أو كان السبيل مُنْسَدًّا ولكن الثقبة فوق المعدة فقولان ، منشؤهما التردد في أنه [هل هو] [٢] في معناه أم لا ؟

التفريع :

حيث حكمنا [٣] بانتقاض الطهر فلو كان الخارج نادرًا فقولان [٤] ، فمحل القطع عند اجتماع ثلاثة أمور : أن يكون السبيل المعتاد مُنْسَدًّا ، وأن تكون الثقبة تحت المعدة ، وأن يكون الخارج معتادًا . فعند فَقْد بعض هذه [٥] المعاني يثور التردد .

وحيث حكم بالانتقاض ففي جواز الاقتصار على الحجر ثلاثة أوجه . يُفَرَّق في الثالث بين المعتاد وغيره ، وكأنا نرى الاقتصار [على الحجر] [٦] أبعد من [٧] القياس من انتقاض الطهر .

وفي انتقاض الطهر بمسّه ووجوب الغسل بالإيلاج فيه وحل النظر إليه تردد ، ولا يتعدى التردد من أحكام الأحداث [٨] إلى خصائص أحكام الوطء .

---

(١) في (أ ، ب) : « الوضوء » .
(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « حكم » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (التفريع حيث حكمنا بانتقاض الطهر فلو كان الخارج نادرًا فقولان) إنما خص النادر بأن جعله تفريعًا دون عكس الأمرين الآخرين ، مع أن الأمور الثلاثة متساوية في كونها قيودًا في الأصل ؛ لأنه يتفرع على عكس الأمرين الآخرين أيضًا ، فإذا حكمنا بانتقاض الطهر فيما لو كان المسلك المعتاد منفتحًا والثقبة الزائدة أسفل المعدة ، والخارج معتادًا ، أو حكمنا بالانتقاض فيما لو كان المسلك المعتاد مُنْسَدًّا والثقبة فوق المعدة والخارج معتادًا ، فلو كان الخارج منهما نادرًا ففي الانتقاض قولان ، والله أعلم » . المشكل (٤٣/١ب - ٤٤أ) .

(٥) « هذه » : ليست في (أ ، ب) .
(٦) زيادة من (أ ، ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « عن » .
(٨) في (أ ، ب) : « الحدث » .

السبب الثاني : زوال العقل :

فإن حصل بغشية أو إغماء [١] (1) أو جنون أو سكر : انتقض الطهر ، قائمًا كان أو قاعدًا ، وإن [٢] حصل بالنوم انتقض إلا إذا كان قاعدًا ممكنًا [٣] مقعدته من الأرض ، فلو تجافى بمقعدته [٤] انتقض ، ولو تمايل وانتبه [٥] وكان التنبه قبل التجافي لم ينتقض ، وإن كان بعده انتقض ، إذ يتيسر به [٦] خروج حدث لا يشعر به .

وقال المزني : النوم كالإغماء فينتقض الوضوء بكل [٧] حال ، وهو ضعيف ؛ لما رُوي أن طلحة قال لرسول الله ﷺ [٨] : أَمِنْ هذا وضوءٌ ؟ وكان قد نام قاعدًا فقال :

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (بغشية أو إغماء) هما مستعملان بمعنى واحد ، وكأنه أراد بالغشية ما قصرت مدته ، وبالإغماء ما طالت مدته ، أو ما يكون معه صرع من غير جنون ، كما قال شيخه : بجنون أو صرعة أو غشية ، والله أعلم » . المشكل (١/٤٤أ) .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) في الأصل : « متمكنًا » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) .

(٤) في الأصل : « مقعدته » ، والتصويب من (أ ، ب) .

(٥) في (ب) : « وتنبه » .

(٦) « به » : ليست في (أ) .

(٧) في (ب) : « على كل » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (لما روى أن طلحة قال لرسول الله ﷺ : أمن هذا وضوء ؟ وقد كان نام قاعدًا ، فقال : « لا أوتضع جنبك ») هذا حديث غير ثابت ولامعروف ، وقد روينا ذلك في كتاب (السنن الكبير) بإسناد ضعيف عن حذيفة بن اليمان لا عن طلحة ، والمعتمد في المسألة حديث أنس قال : « كان أصحاب رسول الله ﷺ ينامون – أي : قعودًا – ثم يقومون فيصلون ولا يتوضئون » . رواه مسلم في صحيحه ، وفي رواية على عهد رسول الله ﷺ ، والله أعلم » . المشكل (١/٤٤أ) .

وحديث حذيفة ذكره البيهقي في السنن الكبير : (١/١٢٠) . وراجع : تلخيص الحبير : (١/١٢٠)، ونص المزني في المختصر : (١/١٤،١٥) .

---

(1) قوله : (فإن حصل بغشية أو إغماء) قال الشيخ أبو عمرو : هما بمعنى واحد ، وكأنه أراد بالغشية ما قصرت مُدَّتُه ، وبالإغماء ما طالت .

« لا ، أو تضع جنبك » (1) .

وقال أبو حنيفة : النوم على هيئة من هيئات المصلين لا ينقض [الوضوء] (١) . ونقل البويطي قولًا في القديم وهو ضعيف (2) .

السبب الثالث : اللمس :

قال اللّه تعالى : ﴿ أَوْ لَـٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ (٢) . فحمله أبو حنيفة - رضي اللّه عنه - على المجامعة . وحمله الشافعي على الجسّ باليد (٣) (3) .

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) النساء : ٤٣ .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في الآية الواردة في ملامسة النساء ولمسهن : (حمله الشافعي على الجسّ باليد) هو الجس بفتح الجيم وهذا التخصيص غير مرضي ، فإن الشافعي إنما حمله على التقاء البشرتين ، والجس باليد ، واحتج بقول ابن عمر - رضي اللّه عنه -: قبلة الرجل امرأته وجسها من الملامسة ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٤٤أ - ٤٤ب) .

---

(1) قوله : (لما رُوي أن طلحة - رضي اللّه عنه - قال لرسول اللّه ﷺ : أمن هذا وضوء ؟ - وقد كان نام قاعدًا - فقال : « لا ، أو تضع جنبك ») هذا حديث منكر ، وقد رواه البيهقي بإسناد ضعيف من رواية حذيفة / ، لامن رواية طلحة رضي اللّه عنه .

حديث أنس - رضي اللّه عنه - قال : كان أصحاب رسول اللّه ﷺ - ينامون ثم يصلون وما يتوضؤون ، يعنى : ينامون قعودًا ، رواه مسلم . وفي رواية أبي داود : في عهد رسول اللّه ﷺ .

(2) قوله : (ونقل البويطي قولًا مثله في القديم ، وهو ضعيف) ، وصف هذا القول بالقديم ليس بمعروف ، ولم يذكره هو في (البسيط) ، ولا شيخه في « النهاية » إنما قالا : نقله البويطي ، قالا : وهو غلط عند الأصحاب .

ومعلوم أن البويطي من رواة نصوص الشافعي الجديدة ، غير معروف برواية القديم .

(3) قوله : (في قوله تعالى : ﴿ أولامستم النساء ﴾ ، حمله الشافعي على الجَسّ باليد) ، إنما حمله على التقاء البشرتين ، الأصح في الملموس : الانتقاض وهو نصه في معظم كتبه ، وصححه الأصحاب .

ثم فيه فروع أربعة [١] .

الأول : اللمس وفاقًا من غير قصدٍ ناقضٌ للوضوء [٢] ؛ للعموم . خلافًا لمالك .

وحَكَى صاحب التقريب وجهًا فيه ؛ تشوفًا [٣] إلى رعاية المعنى .

الثاني : الملموس ، وفيه قولان :

أحدهما :لاينتقض طهره اقتصارًا على الظاهر ؛ فإنه ما لمس .

والثاني : ينتقض ؛ تشوفًا إلى المعنى ؛ لأن الملامسة مفاعلة [٤] .

ولاخلاف أن المرأة إذا كانت هي اللامسة انتقض طهرها [1] ؛ لأنها في معنى الرجل .

الثالث : في المحَرَم [و / الميتة] [٥] والصغيرة التي لا تُشْتَهى قولان ؛ أصحهما : أنه لا ٦/ب ينتقض ؛ تشوفًا إلى المعنى ، والعجوز الهرمة ينتقض الوضوء بلمسها ، فلكل [٦] ساقط لاقط [٦] .

---

(١) « أربعة » : ليست في (أ) . (٢) « للوضوء » : ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « تشوف » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في طهر الملموس : (ينتقض تشوفًا إلى المعنى ؛ لأن الملامسة مفاعلة) هذا كلام مشكل لم يبينه في موضع آخر ، وبيانه : أنا راعينا الشهوة في ذلك ، لإشعار لفظ الملامسة ، والملامسة مفاعلة تقتضي استواء الجانبين ، والملموس يشارك اللامس في ثوران الشهوة ، فجعل لامسًا في الحكم ، والله أعلم » . المشكل (٤٤/١ب) .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « ساقطة لاقطة » . وقال ابن الصلاح : « قوله : (فلكل ساقطة لاقطة) الهاء فيها للمبالغة ، وهذا مثل استعملوه في غير هذا يعنون به : لكل ساقطة من الكلام لاقطة يسمعه منك فيحصيه عليك ، والله أعلم » . المشكل (٤٤/١ب) .

---

(1) قوله : (ولاخلاف أن المرأة إذا كانت هي اللامسة انتقض طهرها) ليس كذلك ، بل حكى القاضي حسين وغيره وجهًا أو قولًا : أن المرأة لاينتقض وضوؤها وإن كانت هي اللامسة .

وقوله [قبل ذلك] : (لأن الملامسة مفاعلة) ، يعني : فتقتضي استواء الجانبين في الحكم .

الرابع : في الشَّعْر والظُّفُر خلاف ، وكذا في العضو المُبَانِ منها [1] ، والصحيح : أنه لاينتقض لانتفاء المعنى (١ وهو الظاهر ١) ؛ إذ لا يُقال : لمس النساء .

السبب الرابع : مسُّ الذَّكَر :

قال – عليه الصلاة والسلام –: « مَنْ مَسَّ ذَكَرَه فليتوضأ » (٢) [2] .

وفي معناه : من مسَّ ذكر غيره ، وكذلك المرأة إذا مَسَّتْ فَرْجها (٣) .

ولو لمس (٤) حلقة دبره [3] قال في القديم : لاينقض ، وفي الجديد ألحقه بالمنصوص .

(١) في (أ ، ب) : « والظاهر » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله ﷺ : « مَنْ مسَّ ذكره فليتوضأ » هذا حديث حسن ثابت من حديث بُسْرَة بنت صفوان ، أخرجه أصحاب كتب السنن بأسانيد ، ولم يخرج في الصحيحين » . المشكل (١/٤٤ب) .

أخرجه أبو داود : (١/١٢٦) (١) كتاب الطهارة (٧٠) باب الوضوء من مس الذكر (١٨١) ، والترمذي : (١/١٢٦) (١) أبواب الطهارة (٦١) باب الوضوء من مس الذكر (٨٢) ، والنسائي : (١/١٠٠) (١) كتاب الطهارة (١١٨) باب الوضوء من مس الذكر (١٦٤) ، وابن ماجه : (١/١٦١) (١) كتاب الطهارة (٦٣) باب الوضوء من مس الذكر (٤٧٩) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وفي معناه : مَنْ مَسَّ ذكر غيره ، وكذلك المرأة إذا مست فرجها) تحقيق هذا : أنه يجري في الأحكام التعبدية الإلحاق بطريق ألَّا فارِقَ ، سَمَّيْناه قياسًا ، أو لم نسمه قياسًا ؛ لأنه لايتوقف على إبراز علة جامعة ، وإنما يمتنع فيها قياس العلة وما يلتحق به ، لتوقفه على علة جامعة تفصيلًا ، وذلك متعذر في التعدي ، وهذا مقرر في فن أصول الفقه ، والله أعلم » . المشكل (١/٤٤ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « مس » .

---

(1) قوله : (في الشعر والظفر والعضو المبان عنها خلاف) هو وجهان ، ولو حذف عنها لكان أحسن وأعم ليدخل عضو الرجل بالنسبة إليها .

(2) قوله ﷺ : « من مس ذكره فليتوضأ » . حديث صحيح رواه مالك في الموطأ والشافعي وأبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم بالأسانيد الصحيحة من رواية بُسرة بنت صفوان – رضي الله عنها – قال الترمذي : حديث حسن صحيح .

(3) قوله : (ولو مس حلقة دبره) ، هي بإسكان اللام على المشهور ، وحكى الجوهري وغيره فتحها شاذًّا ، ولو قال : (الدبر) لكان أعم ؛ ليدخل دبر غيره ، فإنهما سواء .

وقال في فرج البهيمة في الجديد : لاينتقض بمسه ، وفي القديم ألحقه (١) به [1] .

وأما الصغير والميِّت : فينتقض الطهر (٢) بمس ذَكَرِهما ؛ لوجود اسم (٣) الذَّكَرَ .

قال الشيخ أبو محمد : هذا يدل على تحريم النظر إلى فرج الصغير ، فيحمل ما رُوي من تقبيل رسول اللّه ﷺ زَبِيبَة الحسن أو (٤) الحسين ، على جريانه وراء الثوب (٥) [2] .

---

(١) في (ب) : « يلحق » .

(٢) في (أ ، ب) : « الوضوء » . (٣) زاد (ب) هنا : « مس » .

(٤) في (أ) : « و » بدل « أو » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله في انتقاض الوضوء بمس فرج الصغير : (قال الشيخ أبو محمد : هذا يدل على تحريم النظر إلى فرج الصغير ، فيحمل ماروي من تقبيل رسول اللّه ﷺ زبيبة الحسن والحسين على جريانه وراء الثوب) هذا التأويل صالح لرفع الاستدلال به على عدم الانتقاض ؛ لأن المنع من الاستدلال به على جواز النظر ، إذ في الحديث : « كنا عند النبي ﷺ . فجاء الحسن ، فأقبل يتمرغ عليه فرفع عن قميصه وقبل زبيبته » مع أنه ليس فيه أنه صَلّى ولم يتوضأ .

ثم إنه حديث ضعيف رويناه في (السنن الكبير) عن أبي ليلى الأنصاري يتداوله بطون من ولده فيهم مَنْ لايحتج به ، والصغير فيه هو الحسن المكبر ، رضي اللّه عنه .

وما ذكره من تحريم النظر إلى فرج الصغير فيه وجهان ، ذكرهما صاحب (التتمة) أحدهما : الجواز لتسامح الناس في ذلك قديمًا وحديثًا ، وذكر أنه الصحيح ، وأن إباحة ذلك تبقى إلى أن يصير بحيث أن يمكنه أن =

---

(1) قوله : (فرج البهيمة لاينقض مسه في الجديد ، وفي القديم ينقض) ، هذا الذي حكاه من كون النقض قولًا قديمًا غريب لا يُعرف ، إنما حكاه الأصحاب عن رواية يونس بن عبد الأعلى وابن عبد الحكم وهما من أصحاب الشافعي رواة الجديد دون القديم ، وإنما حكاه شيخه عن رواية يونس . ولو حذف المصنف لفظ (مسه) لكان أحسن / وحكم الطير حكم البهيمة ، وحكم دبرها حكم فرجها . ٤٩/ب

وادعى الرافعي أن الخلاف مخصوص بقُبلها ، وأن الدبر لاينقض قطعًا ، قال : لأن النقض في البهيمة قول قديم ، والقديم لاينقض بدبر الآدمي ، فدبر البهيمة أولى ، وهذا بناه على أن النقض قول قديم ، وليس هو بقديم كما ذكرنا .

(2) قوله في انتقاض الوضوء بمس فرج الصغير : (قال الشيخ أبو محمد : هذا يدل على تحريم النظر إلى =

فأما الذكر المبان ففيه وجهان [1] : وأما محل الجب فينقض [1] الوضوء بمسه .

= يستر عورته عن الناس ، وفيما علق عن شيخه القاضي حسين القطع بأنه يجوز النظر إلى فرج الصغيرة التى لاتشتهي مثل بنت سنة ، وذكر مثل ذلك في فرج الصبي الصغير ، والله أعلم » . المشكل (١/٤٤ب - ٤٥أ) .

وحديث الحسن أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : (١/١٣٧) :وقال : إسناده غير قوي .

ورواه الطبراني في الكبير : (١٢/١٠٨) رقم : (١٢٦١٥) من طريق ابن عباس ، وفيه مَنْ ضُعِّف .

وراجع : مجمع الزوائد للهيثمي : (٩/١٨٦) ، وتلخيص الحبير : (١/١٢٧) .

(١) في (أ ، ب) : « فينتقض » .

= فرج الصغير ، فيحمل ما روي من تقبيل رسول الله ﷺ زبيبة الحسن أو الحسين على جريانه وراء الثوب) هذا الحديث رواه البيهقي من رواية أبي ليلى ، قال : « كنا عند النبي ﷺ فأقبل الحسن يتمرغ عليه فرفع عن قميصه وقبّل زبيبته » . وهو حديث ضعيف متفق على ضعفه .

وقول المصنف : (الحسن أو الحسين) هو شك منه ، وهو الحسن بفتح الحاء مكبر ، وهذا الذي ذكرناه من لفظ الحديث يبطل التأويل المذكور .

ثم إنه قد يعترض على استدلال أبي محمد بالنقض على تحريم النظر ، ويقال : لا يلزم منه تحريم النظر ، ويجاب : بأن وجه الاستدلال : أنه جعل له حكم البالغ في النقض ، فكذا في النظر لاشتراكهما في انتهاك الحرمة .

ثم هذا الذي ذكره الشيخ أبو محمد من التحريم هو اختياره ، والأصح : جواز النظر إلى فرج الصغير مالم يبلغ حدًّا لستر نفسه في العادة ويأنف من الانكشاف ، صححه المتولي وآخرون ، وقطع القاضي حسين بمعناه .

والحسن المذكور هو : أبو محمد الحسن بن علي - رضي الله عنهما - وُلد في نصف شهر رمضان سنة ثلاث من الهجرة ، توفي بالمدينة مسمومًا ، سنة تسع وأربعين ، وقيل غيره .

وأما الحسين فهو : أبو عبد الله ، ولد في شعبان سنة أربع ، قتل يوم عاشوراء سنة إحدى وستين بالعراق ، رضي الله عنه .

وأما الشيخ أبو محمد فهو : الجويني والد إمام الحرمين وشيخه ، واسمه : عبد الله بن يوسف بن عبد الله ابن يوسف ، من جُوَيْن ، كورة معروفة بقرب بَيْهَق ، توفي في ذي القعدة سنة ثمان وثلاثين وأربعمائة ، وكان إمامًا بارعًا في التفسير والأصول والفقه والنحو والأدب صالحًا ، رحمه الله .

(1) والأصح : انتقاض الوضوء بمس الذكر المبان ، وعدم الانتقاض في المس برءوس الأصابع ، والخلاف فيما بين الأصابع وجهان .

ثم هذا كله في المس بالكَفِّ ، فإن كان برأس الأصابع فوجهان ؛ لأنه خارج عن سمت الكف ، ولكنه من جنس بشرة الكف ، وإن كان بما بين الأصابع فالصحيح : أنه لا ينتقض .

فرع :

إذا مسَّ الخُنْثَى من نفسه فرجَيْه : انتقض طهره (١) ، فإن مس أحدهما فلا ؛ لاحتمال أنه عضو زائد (٢) ، وإن (٣) مسَّ أحدهما وصلى ثم توضأ ومَسَّ الآخر وصلى فإحدى صلاتيه باطلة قطعًا (1) . (٤ وهل يقضي ؟ ٤) فيه وجهان :

أحدهما : أنه يقضيهما جميعًا كمن فاتته صلاة من صلاتين .

والثاني : لا يقضيهما ؛لأن لكل صلاة حكمها ، فهو كما لو صلى صلاتين إلى جهتين باجتهادين .

أما إذا مسَّ رجل فرج الخنثى : إن مسَّ ذَكَرَه انتقض ، وإن مس فرجه لم ينتقض ، والمرأة إن مست فرجه انتقض ، وإن مست ذكره (٥ لم ينتقض ٥) ؛ لاحتمال أنه عضو زائد .

(١) في (أ) : « الوضوء » ، وفي (ب) : « وضوؤه » .

(٢) قال الحموي : « قوله : (إذا مس الخنثى أحد فرجيه لم ينتقض وضوؤه ، من حيث إنه عضو زائد) ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال من حيث إنه لم يذكر فيه خلافًا حتى يبني عليه ، فإن المخرج المعتاد إذا كان منفتحًا تحت المعدة كان في مسه خلاف مشهور ، وإذا كان كذلك وجب أن يكون فيه الخلاف المشهور ، وإذا كان كذلك وقلنا : إن الوضوء لا ينتقض بمسه لايحسن هذا التعليل الذي ذكره لما لايخفى . وهذا الخلاف جارٍ فيه ، وهاهنا أولى بالانتقاض لتشبهه بالأصل ، والتحقيق : أن هذا الإشكال ليس بوارد على الشيخ ، فإن الأصحاب ذكروه مطلقًا وكأنهم بنوه على المختار دون نفي الخلاف فيه » . مشكلات الوسيط (٢٨أ) .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) ليست في (أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « فلا » .

---

(1) الأصح : أن الخنثى إذا مس فرجًا وصلى ، ثم توضأ ، ثم مس الآخر ينتقض ، وأنه إذا تعارض بوله وحيضه فمشكل .

ولو أن خنثيين مس أحدهما من صاحبه الفرج ، ومس الآخر الذكر فقد انتقضت طهارة أحدهما لا بعينه بكل حال ، ولكن تصح صلاتهما ، ويأخذ كل واحد منهما باحتمال الصحة ، كما إذا قال الرجل : إن كان هذا الطائر غُرابًا فامرأتي طالق ، وقال الآخر : إن لم يكن غرابًا فامرأتي طالق ، وأُشْكِل دام الحِلُّ لكل واحدٍ منها .

فإن قيل : وَبِمَ [(١)] يتبين حال الخنثى . قلنا : بثلاثة طرق :

أحدها : خروج الخارج [(٢)] من [أحد] [(٣)] الفرجين ، فإن بال بفرج الرجال [(٤)] ، أو أَمْنَى فَرَجُلٌ ، وإن بال بفرج النساء ، أو حاضت فامرأة ، وإن أمنى بفرج الرجال وحاض بفرج النساء (٥ فَمُشْكِل ، وإن بال بفرج الرجال وحاض بفرج النساء ٥) ، قيل [(٦)] : التعويل على المبال لأنه أدوم ، وقيل : مشكل .

الثانية : نبات اللحية ونُهود الثَّدْي فيه خلاف . والأظهر : أنه [(٧)] لا عبرة بهما ؛ لأن (٨ ذلك لا يُعَدّ ٨) نادرًا على خلاف المعتاد [(٩)] [(1)] .

(١) في (أ ، ب) : « بم » .

(٢) في (أ ،ب) : « خارج » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « الرجل » .

(٥) ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « وقيل » .

(٧) في (أ) : « أن » .

(٨) في (ب) : « ذلك يعد » .

(٩) قال ابن الصلاح : « قوله في دلالة نبات اللحية ونهود الثدي : (الأظهر : أن لاعبرة بهما ؛ لأن ذلك لا يعد نادرًا على خلاف المعتاد) ووقع في بعض النسخ (لأن ذلك يعد نادرًا) من غير حرف (لا) ، وهذا مشكل غير مذكور في (البسيط) ، وأصله وهو (النهاية) .

وشرحه إذا كان بحرف النفي : أن نبات اللحية للأنثى ونهود الثدي للذكر كثير ، والكثير ليس بنادر ولا =

(1) قوله في نبات اللحية والثدي : (الأظهر : لاعبرة بهما ؛ لأن ذلك لا يعد نادرًا) وقع في بعض النسخ : (لأن ذلك يعد نادرًا) ، والأول أجود ، ومعناه : أن هذا قد يكثر ، فوجوده مرات ، فلا يلزم منه ذكورة ولا أنوثة . ووجه الثاني : أنه قد يقع نادرًا فلا يوثق بدلالته .

وقوله - [من قبل] - : (الأظهر) يعني : من الوجهين .

ولا خلاف أن عدم نبات اللحية ، وعدم نهود الثدي في أوانهما لا نظر إليه ، ولا نظر إلى ما قيل من تفاوت عدد الأضلاع فلا أصل له في الشرع والتشريح (١) [1] .

الثالثة : أن يُراجع الشخص ليحكم بميله [2] ، فإن (٢) أخبر لايقبل رجوعه إلا أن

= مخالف للعادة ، فإن العادة العرفية تثبت بالتكرير والكثرة .

وإذا كان بغير حرف النفي ، فمعناه : أن الخنثى شخص خارج عن العادة فلا يستقيم فيه التمسك بالعادة في اللحية والثدي ، فإنه تمسك بالعادة فيما لا عادة فيه ، فاعلم ذلك ، فإنه حسن رائق استضأت في بعضه بما علقته بخراسان مما عُلِّقَ عنه من درسه - رحمه اللّه وإيانا - واللّه أعلم » . المشكل (١/٤٥أ - ٤٥ب) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا نظر إلى ما قيل من تفاوت عدد الأضلاع فإنه لا أصل له في التشريح) بالحاء في آخره وهو العلم بتفصيل بدن الإنسان وتركيبه - أحد أقسام علم الطب - كذلك وجدته في أصل المصنف ، ومما علق عنه من درسه ، ومعنى هذا الوجه : أنه إن تساوى الجانب الأيمن منه والجانب الأيسر في عدد الأضلاع فهو أنثى ، وإن نقص الجانب الأيسر بضلع فهو ذكر ؛ لأن اللّه تبارك وتعالى - خلق حواء من ضلع جانب آدم الأيسر - صلى الله عليهما وسلم - فجاءت أضلاع الذكور من أولاده من الجانب الأيسر ناقصة بضلع ، وهذا لا أصل له ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٤٥ب) .

(٢) في (ب) : « فإذا » .

---

(1) قوله : (ولا نظر إلى ما قيل من تفاوت عدد الأضلاع ، ولا أصل له في التشريح) ، وفي بعض النسخ : (الشرح) بدل : (التشريح) ، والأول أصح وأشهر ، وهو التشريح ، الذي هو العلم بتفصيل بدن الإنسان وتركيبه ، وهو أحد أقسام علم الطب .

وحاصل ما ذكره المصنف وجهان معروفان للأصحاب ؛ أحدهما : اعتبار عدد الأضلاع ، فإن تساوى جانباه فيها فهو امرأة ، وإن نقص الأيسر ضلعًا فرجل .

وزعم هذا أن اللّه تعالى [خلق] حواء - عليها السلام - من جانب آدم الأيسر ﷺ فجاءت أضلاع الذكور ناقصة ضلعًا . وهذا الذي زعمه لا أصل له ، والصحيح الوجه الثاني ، وهو أنه لا اعتبار .

(2) قوله : (الثالثة : أن نراجع الشخص ليحكم بقوله) ، وفي بعض النسخ : (ليحكي ميله) ، وكلاهما صحيح . فإذا فقدت العلامات وجب عليه أن يخبر بميله ، فإن قال : أميل إلى الرجال فامرأة ، أو إلى النساء فرجل ، فإن لم يمل أو مال إليهما فمشكل ، ويلزمه أن يصدق ، ولا يُراجع إلا بعد بلوغه وعقله .

وقيل : يكفي بعد تمييزه ، ولايجوز أن يؤخر الإخبار .

يكذبه الحسُّ بأن يقول : أنا رجل ثم يلد ولدًا [1] .

قاعدة :

يقين الطهارة لايرفع بالشك ، ولا يقين الحدث يرفع بشك الطهارة ؛ لقوله – عليه الصلاة والسلام –: « إن الشيطان ليأتي أحدكم وهو في صلاته [2] فينفخ بين أليتيه (١) ويقول : أَحْدَثْتَ ، أَحْدَثْتَ . فلا ينصرفَنَّ حتى يسمع صوتًا ، أو يشم (٢) ريحًا » (٣) .

---

(١) في (أ) : « أليته » . (٢) في (أ ، ب) : « يجد » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (لقوله ﷺ : « إن الشيطان ليأتي أحدكم وهو في صلاته فينفخ بين أليته ويقول : أحدثت أحدثت ، فلا ينصرفن حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا ») هذا الحديث ثابت في الصحيحين من حديث عبد اللّه بن زيد الأنصاري ، وفي صحيح مسلم من حديث أبي هريرة ، وليس فيه : إن الشيطان ليأتي أحدكم ، ولفظه من حديث عبد اللّه بن زيد : شُكِيَ إلى النبي ﷺ الرجلُ يُخَيَّلُ إليه أنه يجد الشيء في الصلاة ، فقال : « لاينصرف حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا » . المشكل (١/ ٤٥ب – ٤٦أ) .

وانظر حديث عبد اللّه بن زيد عند البخاري : (١/ ٢٨٦) (٤) كتاب الوضوء (٤) باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن (١٣٧) ، وطرفاه : (١٧٧ ، ٢٠٥٦) ، ومسلم : (١/ ٢٧٦) (٣) كتاب الحيض (٢٦) باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك (٣٦١) ، وأبو داود : (١/ ١٢٢) (١) كتاب الطهارة (٦٨) باب إذا شك في الحدث (١٧٦) ، والنسائي : (١/ ٩٨ ، ٩٩) (١) كتاب =

---

(1) قوله : (وإذا أخبر لا تقبل رجوعه إلا أن يكذبه الحس بأن يقول : أنا رجل ثم يلد) ، هذا الاستثناء مما أنكروه ؛ لأن مقتضاه أنه إذا ولد يقبل رجوعه ، ومعلوم أنه إذا ولد أو ظهر الحمل بطل قوله السابق من غير توقف على رجوعه .

٥١/أ وأجاب الرافعي : أنه محمول على أنه أراد : لانقبل رجوعه وننقض الحكم السابق ، إلا أن يكذبه الحس / ..... إمام الحرمين بهذا فقال : نقبل فيما عليه ، وأجرى عليه حكم قوله الأول إلا أن يوجد ما يكذبه بأن يلد . هذا لفظه ، وفيه تصريح بأن منع قبول الرجوع مخصوص بما عليه لا بماله ، وهذا ظاهر .

(2) قوله ﷺ : « إن الشيطان ليأتي أحدكم وهو في صلاته ... » إلى آخره رواه مسلم من رواية عبد اللّه بن زيد بن عاصم قال : شُكي إلى النبي ﷺ الرجل يخيل إليه أن يجد الشيء في الصلاة فقال : « لاينصرف حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا » والمراد بسماع الصوت ووجدان الريح : العلم بخروج الريح لاحقيقة السماع والشم .

فإن غلب على ظنه الحدث فلا تعويل عليه [1] ؛ لأن العلامات تندر في الأحداث ، فلا مجال للاجتهاد فيها بخلاف النجاسات (١) [2] .

واستثنى صاحب التلخيص من هذا أربع مسائل :

= الطهارة (١١٥) باب الوضوء من الريح (١٦٠) ، وابن ماجه : (١٧١/١) (١) كتاب الطهارة (٧٤) باب لا وضوء إلا من حدث (٥١٣) .

وحديث أبي هريرة أخرجه مسلم : (٢٧٦/١) (٣) كتاب الحيض (٢٦) باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث ... (٣٦٢) ، ولفظه : « إذا وجد أحدكم في بطنه شيئًا فأشكل عليه ، أخرج منه شيء أم لا ؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا » ، وأخرجه أبو داود : (١٢٣/١)(١) كتاب الطهارة (٦٨) باب إذا شك في الحدث (١٧٧) ، والترمذي : (١٠٩/١) (١) أبواب الطهارة (٥٦) باب ما جاء في الوضوء من الريح (٧٥) ، وابن ماجه : (١٧٢/١) (١) كتاب الطهارة (٧٤) باب لا وضوء إلا من حدث (٥١٥) .

وأما الحديث باللفظ الذي أخرجه المصنف فقد علق عليه ابن حجر في تلخيصه بقوله : « هذا الحديث تبع [يعني : الرافعي] في إيراده الغزالي ، وهو تبع الإمام ، وكذا ذكره الماوردي ، وقال ابن الرفعة في « المطلب » : لم أظفر به ، يعني هذا الحديث ، انتهى . وقد ذكره البيهقي في الخلافيات عن الربيع عن الشافعي أنه قال : قال رسول الله ﷺ . فذكره بغير إسناد ، دون قوله : فيقول أحدثت أحدثت ، وذكره المزني في « المختصر » عن الشافعي نحوه بغير إسناد أيضًا » . انظر : تلخيص الحبير : (١٢٨/١) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن غلب على ظنه الحدث فلا تعويل عليه ؛ لأن العلامات تندر في الأحداث ، فلا مجال للاجتهاد فيها بخلاف النجاسات) قلت : تبيينه أن أسباب الأحداث إذ حلت فليس لها آثار تبقي فى المحل تدل عليها ، وليس كذلك النجاسات ، فإن لها آثارًا تبقي في المحل تدل عليها . فلا جرم ما كان من أسباب الحدث له أمارات تدل عليه عَوَّلْنا عليها ، كالمنى وكدم الحيض في حق المميزة ، والله أعلم » . المشكل (٤٦/١أ) .

(١) ليست في (أ ، ب) .

---

(1) قوله : (فإن غلب على ظنه الحدث فلا تعويل عليه) ، يعني لايلزمه العمل به ، لكن يستحب ، وهذا من المواضع التي يتعارض فيها الأصل والظاهر ، ولايكون على قولين ، بل يحكم بالأصل قطعًا .

وإن كان المتولي قد حكى وجهًا : أنه إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث وهو خارج الصلاة لزمه الوضوء .

(2) قوله : (لأن العلامات تندر في الأحداث ، ولا مجال للاجتهاد فيها ، بخلاف النجاسات) ، إنما قال : (تندر) ، ولم يقل : (تمتنع) ؛ لأن العلامة في الحدث تُعْتمد أيضًا في المني ، ودم الحيض في حق المستحاضة .

إحداها : أن الناس لو شكوا في انقضاء وقت الجمعة : صلُّوا الظُّهْرَ [1] ، وإن كان الأصل بقاء الوقت . وعلته : أن الأصل وجوب الأربع فلا يُعْدَلُ إلى الجمعة إلا بيقين .

الثانية : إذا شك في انقضاء مدة المسح : لم يمسح . وسببه : أن الأصل غسل الرجل فلا عدول إلا بيقين .

الثالثة : إذا انتهى المسافر إلى مكان (١ وشك أنه وطنه أم لا ١) : أخذ بأنه وطنه (٢) .

(١) ليست في (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا انتهى المسافر إلى مكان وشك أنه وطنه) من صُوَرِه : أن ينتهي إليه في ظلمة الليل مَنْ جَوَّز القصر في المسألتين الأخرين ، ولم يجوز في المسألتين الأوليين الجمعة والمسح فله الفرق بأن الأمر في نية الإقامة ، وفي الوطن يتعلق به ، فإذا كان شاكًا فيه غير متحقق له دل ذلك دلالة قوية على عدمه فقضينا لذلك بعدمه ، بخلاف انقضاء وقت الجمعة والمسح ، والله أعلم » . المشكل (١/٤٦أ) .

(1) قوله : (واستثنى صاحب التلخيص من هذا أربع مسائل : إحداها : لو شكوا في انقضاء وقت الجمعة صلوا الظهر) ، أما قوله : (أنه استثنى أربع مسائل) فقد ينكر ؛ لأنه يوهم أنما اقتصر على أربع ، وليس كذلك بل قد استثنى في (التلخيص) إحدى عشرة مسألة ليس منها مسألة الجمعة ، ومنها الثلاث المذكورات هنا بعدها ، ويجاب عن هذا الإنكار بأن القفال نقل في شرح (التلخيص) عن الأصحاب أنهم خالفوا صاحب (التلخيص) في جميعهن ، وقالوا : ليس هو ترك يقين لشك ، بل هو رجوع إلى الأصل .

وقال إمام الحرمين : استثنى صاحب (التلخيص) مسائل مما يترك فيها اليقين بالشك ، قال : ونحن نذكر المستفاد منها ونحذف مالا يشكل ، فذكر الإمام هذه المسائل الأربع فالغزالي تابع الإمام في الاقتصار على ما رآه محتاجًا / إليه . ٥١/ب

والمختار في تسميتها طريقة صاحب (التلخيص) أنه يحتاج إلى استثنائها ، ورد إنكار القفال .

واعلم : أن صورة مسألة الجمعة المذكورة إذا شكوا في انقضاء وقت الجمعة قبل دخولهم في الصلاة فهنا يلزمهم الظهر ، فلو صلوا جمعة لم تصح .

أما إذا دخلوا في الجمعة والوقت باقٍ بيقين ، ثم شكوا في أثنائها في خروج الوقت فالمذهب : أنهم يتمونها جمعة . وفيه وجه شاذ ضعيف : أنهم يتمونها ظهرًا .

الرابعة : لو شك أنه نوى الإقامة أم لا : لم يترخص بالقَصْر ؛ لأن الأصل الإتمام .

وأبدى بعض الأصحاب خلافًا في المسألتين الأخيرتين دون الأُوَلَيَيْنْ وهو بعيد [1] .

فرع (١) :

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (فرع : إذا تيقن أنه بعد طلوع الشمس توضأ وأحدث ، ثم شك في السابق منهما) فالذي ذكر أنه الصحيح هو قول ابن القاص وجمهور الأصحاب ، والصحيح خلافه وهو : أنه يجب عليه الوضوء فى الصورتين ، سواء أكان قبل طلوع الشمس متطهرًا أو كان محدثًا .

وأما قول ابن القاص صاحب (التلخيص) ومن وافقه أنه يحكم عليه بضد ما كان عليه قبل طلوع الشمس ، فإن كان متطهرًا قبل طلوعها فهو الآن محدث ؛ لأن الطهارة المتقدمة زالت بالحدث المتأخر عن طلوعها ، كان متأخرًا عن الطهارة الثانية أو متقدمًا عليها ، ويشك في زوال هذا الحدث بتأخر الطهارة الثانية عنه والأصل بقاؤه ، وهكذا يتعذر مثله فيما إذا كان قبل طلوعها محدثًا .

وشبهوا ذلك بما لو أقام بينة بأن له على فلان ألفًا ، وأقام المُدَّعَى عليه بينة بأنه أبرأه من ألف ، فإنه يحكم ببراءته ؛ لأنه ثبت أن البراءة وردت على دَيْنٍ واجب فأزالته ، ويشك هل اشتغلت ذمته بعد البراءة بِدَيْنٍ آخر .

وقد بان ضعفه من حيث إن ذلك معارض بأنا قد تيقنا بعد طلوع الشمس طهارة وشككنا في زوالها بتأخر الحدث الموجود بعد الطلوع عنها، والأصل بقاؤها ، لافرق بين الحدث والطهارة ، إلا أن الحدث علمناه بصفة كونه مزيلًا للطهارة ، والطهارة لا يعلمها بصفة كونها مزيلة للحدث لجواز أن يكون طهارة على طهارة ، وهذا لا تأثير له ؛ لأن الطهارة على الطهارة مقرونة بانتفاء الحدث أيضًا ، فالأصل استمرار انتفاء الحدث سواء أكان انتفاؤه بتلك الطهارة أو بالطهارة التي قبلها ، وهكذا إذا كان محدثًا قبل طلوعها فقد علمنا بعد طلوعها حدثًا مقرونًا بانتفاء الطهارة ، فالأصل استمرار الطهارة ولا فرق كما ذكرناه .

وفي هذا ما يوجب الفرق بين هذا ومسألة البراءة ؛ لأنه لم يوجد مع سبب البراءة سبب آخر شاغل للذمة من قبض آخر أو غيره ، مضافًا إلى القبض المتقدم ، حتى يستصحب حكمه ، وهاهنا وجد مع سبب الحدث سبب آخر موجب لزوال الحدث وهو الطهارة الثانية ، مضافًا إلى ماتقدم من الطهارة ، فالأصل بقاء حكمها كما ذكرناه .

فوضح التعارض على التساوي في استصحاب كل واحد من الطهارة والحدث الموجودين بعد طلوعها في كل واحد من الصورتين من غير ترجيح لما هو منها ضد لما كان قبل طلوعها ، وإذا تعارضا وتساويا لم =

(1) قوله : (وأبدى بعض الأصحاب خلافًا في المسألتين الأخرين دون الأوليين) قال إمام الحرمين : والفرق : أن الأمر في الأخرين يتعلق بفعله واختياره ، فإذا شك فيه صار كأن لم يكن ، بخلاف الأوليين .

إذا تيقن أنه بعد طلوع الشمس توضأ وأحدث ، ولم يَدْرِ أيهما سبق [1] ؟

= يمكن الحكم بطهارته ولاتصح الصلاة من غير طهارة محكوم بثبوتها ؛ ولهذا قطعوا بأنه إذا لم يتذكر أنه كان قبل طلوع الشمس على طهارة أو حدث فإنه يجب عليه الوضوء .

فهذا الرأي الذي حققناه ضالة المحقق ولا أحسبه يعدل عنه إذا تنبه له واستوفى النظر ، وهو على ذلك غريب وقد ذكره صاحب (الشامل) ورجحه ، لكن لم يوضحه كإيضاحنا له ، وأحسبه تلقاه من أبي الفرج الدارمي ، وكان أبو الفرج من أذكى أصحابنا العراقيين في طبقة الشيخ أبي حامد الإسفراييني ، وكان مُولَعًا بالتدقيق في مسائل مشكلة دقيقة وإفرادها بالتصنيف ، وَقَفْتُ له على مسائل منها ، وهذه المسألة منهن ، بَيَّنَ فيها أن الصواب : إيجاب الطهارة في الصورتين وبطلان قول صاحب (التلخيص) .

وبقوله قال من ذكرها بعده من الأصحاب جماهيرهم ، حتى إن أبا الحسن بن المرزبان ، شيخ الشيخ أبي حامد ، صار إلى أنه إن كان قبلهما متطهرًا ، فهو الآن متطهر ، وإن كان محدثًا فمحدث ، وهو الوجه الثاني المزيف في (الوسيط) وغيره ، ثم لما وقف على قول صاحب (التلخيص) رجع إلى قوله ، ولله الحمد الأتم على ما هدانا وهو الأعلم » . المشكل (١/٤٦أ - ٤٧ب) .

---

(1) قوله : (إذا تيقن أنه بعد طلوع الشمس توضأ وأحدث ولم يدرِ أيهما سبق) إلى آخره ، حاصله : أن فيه أربعة أوجه ، ذكر المصنف منها اثنين ، أشهرهما - وهو قول صاحب (التلخيص) والجمهور ، وصححه المصنف وغيره -: أنه عكس ماكان قبل طلوع الشمس ، فإن لم يعرف ماكان قبلها لزمه الوضوء بالاتفاق .

والثاني : أنه كما كان قبلها ، وهو قول ابن المرزبان ، وهو غلط فاحش ، لأن ما قبلها تيقّنا بطلانه ، وذكر الدارمي وغيره أن ابن المرزبان رجع عنه إلى قول صاحب (التلخيص) حين بلغه .

والثالث : يعمل بمايظنه ، فإن تساويا فمحدث ، واختاره الدارمي .

والرابع : يلزمه الوضوء بكل حال ، وهذا الوجه هو الأظهر المختار ، حكاه القاضي أبو الطيب ، وابن الصباغ ، والروياني ، والشاشي وآخرون .

وقال القاضي أبو الطيب : هو قول عامة أصحابنا ، ورجحه الدارمي وابن الصباغ وآخرون ؛ لأن ما قبل طلوع الشمس تيقنا بطلانه ، وما بعدها متعارض فسقط ، ولاتصح الصلاة إلا بطهارة معلومة أو مظنونة أو مستصحبة فوجب الوضوء .

ثم الجمهور أطلقوا المسألة ، وقال المتولي والرافعي : صورتها فيمن عادته تجديد الوضوء ، فأما من لم يعتده فالظاهر : أن طهارته تكون بعد الحدث فيكون الآن متطهرًا .

قال صاحب التلخيص : يسند الوهم إلى ما قبله : فإن انتهى إلى الحدث فهو الآن متطهر ؛ لأنه تيقن طهرًا بعده وشك في الحدث بعد الطهر ، وإن انتهى إلى الطهر فهو الآن محدث ؛ (1 لما ذكرناه 1) .

ومنهم من قال : إن انتهى إلى طهر فمتطهر ، وإن انتهى إلى حدث [2] فمحدث ، والظَّنان الطارئان [3] يتعارضان . والصحيح هو الأول .

* * *

---

(1) ليست في (أ ، ب) . (2) في (أ) : « الحدث » .

(3) « الطارئان » : ليست في (أ ، ب) .

الفصل الثاني

في حكم الحدث (١)

وهو المنع من الصلاة ، (٢ والطواف ، وسجود التلاوة ٢) (1) ، ومسِّ المصحف ، وحمله ، ويستوي في المس الجلد والحواشي ومحل الكتبة (2) .

نعم في الخريطة والصندوق والغلاف والعلاقة وجهان (٣) (3) .

ولو قلَّب الأوراق بقضيب (٤ فيه وجهان ٤) ؛ أصحهما : المنع (4) ؛ لأنه حامل للورقة ، ولو قلب بطرف اليد وهي مستورة بالكُمِّ فحرام ؛ لأن التقليب باليد حرام (٥) .

وأما الحمل : فهو محرم إلا إذا كان في الصندوق ومعه أمتعة فوجهان (5) . ووجه

(١) في (أ ، ب) : « المحدث » . (٢) ليست في (أ ، ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من الوجهين في مس المحدث صندوق المصحف والغلاف والخريطة مخصوص بما هو مصنوع من ذلك للمصحف ومهيأله ويمسه والمصحف فيه ، والله أعلم » . المشكل (١/٤٧ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « فوجهان » . (٥) « حرام » : ليست في (أ ، ب) .

---

(1) قوله في حكم الحدث : (وهو المنع من الصلاة والطواف وسجود التلاوة / ..... وكذا سجود السهو ٥٢/أ والسجدة بعد السلام ، وقلنا : لا يصير عائدًا إلى الصلاة .

(2) قوله : (ومحل الكتبة) صوابه : الكتابة .

(3) قوله : (في الخريطة والصندوق والغلاف والعلاقة وجهان) هما مشهوران ، الأصح : التحريم .

وصورة المسألة :إذا كان المصحف فيهن ، وإلا فلا يحرم قطعًا .

(4) قوله : (إنَّ الأصحَّ في تقليب الأوراق بقضيبِ المنعُ) هذه طريقة الخراسانيين ، والأصح الجواز ، وبه قطع العراقيون .

(5) قوله : (وأما الحمل فحرام ، إلا إذا كان في صندوق ومعه أمتعته ، فوجهان) هما مشهوران للخراسانيين ، أصحهما – وبه قطع جمهور العراقيين وهو المنصوص –: الجواز .

قال الماوردي : وصورتها : أن يكون المتاع مقصودًا بالحمل ، وإلا فلا يجوز قطعًا .

وقول المصنف : (في صندوق) زيادة لا حاجة إليها ، بل يوهم أنها شرط للمسألة ، وليست شرطًا بل هو مثال .

التجويز أنه غير / مقصود . ٧/أ

ولا يحرم مس كتاب فيه بسم (١) الله ، ولا كتب التفسير والفقه ، ولا الثوب لطرازه ، ولا الدرهم لنقشه . وكذا كل (٢) مالم يكتب للدراسة . فأما لوح (٣) الصبيان فلا ؛ (٤ وإن كتب ٤) للدراسة ؛ (٥ لأن فيه مشقة ٥) . والأصح : أنه لايجب على المعلّم تكليف الصبي المميز الطهارة لمس المصحف واللوح ؛ فإن في حفظها عليهم عسرة (٦) .

أما الجنابة فكالحدث ، ونُزيد (٧ هاهنا تحريم ٧) قراءة القرآن والمكث (٨) في المسجد ، أما العبور فلا .

ثم لافرق (٩ في القراءة ٩) بين آية وبعضها إلا أن يأتي بها على قصد الذكر ، كقوله (١٠) : بسم الله ، والحمد لله (1) .

والمذهب : أن الحائض كالجنب . وحكى أبو ثور عن أبي عبد الله أنه كان لايُحَرِّمُ

---

(١) في (أ ، ب) : « اسم » .
(٢) « كل » : ليست في (أ) .
(٣) في (أ ، ب) : « ألواح » .
(٤) في (أ) : « لأنه يكتب » ، وفي (ب) : « لأنه كتب » .
(٥) ليست في (أ ، ب) .
(٦) في (أ ، ب) : « عسرًا » .
(٧) في (أ) : « بتحريم » .
(٨) في (أ ، ب) : « واللبث » .
(٩) ليست في (أ ، ب) .
(١٠) في (أ) : « لقوله » .

---

(1) قوله : (ولافرق في القراءة بين آية أو بعضها ، إلا أن يأتي بها على قصد الذكر ، كقوله : بسم الله والحمد لله) ، هذا مما ينكر عليه ؛ لأن فيه تصريحًا بأنه إذا قال : بسم الله والحمد لله ونحوهما ولم يقصد القرآن ولا الذكر كان حرامًا ، وليس هو بحرام قطعًا ، صرح به المصنف في (البسيط) والشيخ أبو محمد وولده إمام الحرمين وغيرهم قالوا : ولا يحمل مثل هذا على القرآن إلا بالقصد .

وكان ينبغي للمصنف أن يقول : (لا بأس بقوله : بسم الله ، والحمد لله ، إلا أن يقصد القرآن فيحرم) .

عليها القراءة ، إما لحاجة التعليم وإما خيفة (١) النسيان (٢) (1) فقيل (٣) : أراد بأبي عبد الله : الشافعي – رضي الله عنه – ، وقيل : أراد [به] (٤) مالكًا رضي الله عنه .

ولابأس للجنب بأن (٥) (2) يُجامع ويأكل ويشرب ، ولكن يُستحب له أن يتوضأ

(١) في (أ ، ب) : « لخيفة » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الحائض : (وحكى أبو ثور عن أبي عبد الله أنه كان لايحرم عليها القراءة ، إما لحاجة التعليم وإما خيفة من النسيان) هذا يوهم نسبة قوله : لحاجة التعليم أو لخيفة النسيان إلى أبي عبد الله ، ويوهم الترديد في ذلك على جهة الشك ، وليس الأمر على ذلك ، حكى شيخه أن أبا ثور حكى عن أبي عبد الله أنه كان لايحرم قراءة القرآن على الحائض ، فجعله بعض الأصحاب قولًا للشافعي ، ثم فرع عليه هازلًا ، فقال قائلون : يختص بالمُعَلِّمة لضرورة الاكتساب ، وقال آخرون : يعم النسوة ، والله أعلم » . المشكل (١/٤٧ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « وقيل » .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « أن » .

---

(1) قوله : (وحكى أبو ثور عن أبي عبد الله أنه كان لايحرِّم على الحائض قراءة القرآن إما لحاجة التعليم ، وإما خيفة من النسيان . قيل : أراد بأبي عبد الله الشافعي ، وقيل : مالكًا) هذه العبارة توهم أن قوله : (إما لحاجة التعليم وإما خيفة النسيان) من كلام أبي عبد الله ، وأنه للشك ، وليس المراد ذلك ، بل مراده ما ذكره شيخه إمام الحرمين وذكره أيضًا هو في (البسيط) أن بعض الأصحاب قالوا : أراد بأبي عبد الله الشافعي وجعلوه قولًا له / . ٥٢/ب

ثم اختلف الأصحاب ، فقال بعضهم : يختص بالنساء التى تعلمه لحاجة الاكتساب . وقال آخرون : يعم جميع النساء لخيفة النسيان .

والقول الظاهر : أنه أراد بأبي عبد الله مالكًا . وقال الأكثرون : أراد الشافعي .

قال الشيخ أبو محمد : وجدت أبا ثور جمعهما في موضع فقال : قال أبو عبد الله ومالك .

(2) قوله : (ولابأس للجنب أن يُجامع ويأكل ويشرب ، ولكن يستحب له أن يتوضأ وضوءه للصلاة ، ويغسل فرجه عند الجماع ؛ فقد ورد فيه حديث) ، فقوله : (ورد فيه حديث) يعني في الوضوء للأكل والشرب والجماع وغسل الفرج ، فقد ثبت في الجميع أحاديث صحيحة .

وحاصل المسألة : أنه يجوز للجنب أن يأكل ويشرب ويجامع وينام من غير أن يمس ماء ، لكن يستحب أن يتوضأ لكل واحد منها ويغسل فرجه .

ونص الشافعي والبويطي على كراهة نومه بلا وضوء .

وضوءَه للصلاة ويغسل فَرْجه عند الجماع ، فقد ورد فيه الحديث (1) .

---

(1) قال ابن الصلاح : « قوله : (لابأس للجنب أن يجامع ويأكل ويشرب ، ولكن يستحب أن يتوضأ وضوءه للصلاة ويغسل فَرْجَه عند الجماع) ، فقد ورد فيه حديث ثبت عن عائشة - رضي اللّه عنها - « أن رسول اللّه ﷺ كان إذا أراد أن يأكل أو ينام وهو جُنُب توضأ » أخرجه مسلم في صحيحه .

وعن أبي سعيد الخدري أن رسول اللّه ﷺ قال : « إذا أتى أحدكم أهله من الليل ثم أراد أن يعود فليتوضأ بينهما وضوءًا » أخرجه مسلم .

وفي سنن أبي داود عن عمار بن ياسر أن النبي ﷺ رَخَّصَ للجنب إذا أكل أو شرب أو نام أن يتوضأ .

ثم إنه نزل مسألة النوم والعناية بها عند نقلة المذهب أكثر ، وقد نص الشافعي - رضي اللّه عنه - في البويطي على أنه يكره له أن ينام حتى يتوضأ ، روي عن عمرأنه قال : يا رسول اللّه ! أيرقد أحدنا وهو جنب ؟ قال : « نعم إذا توضأ أحدكم فليرقد » رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما .

فيقول المصنف : (فقد ورد فيه حديث) عائد إلى الجماع ، وقد ورد في الجميع أحاديث كما ذكرنا ، وكلامه يوهم الاقتصار في الجماع على غسل الفرج ، وليس كذلك ، بل معه استحباب الوضوء كما سبق في الحديث ، واستحبابه مذكور في (البسيط) و (النهاية) وغيرهما ، وكذلك غسل الفرج مع الوضوء مستحب في الأكل والشرب ، فالجميع مستحب إذًا في الجميع ، واللّه أعلم » . المشكل (١/ ٤٧ب - ٤٨أ) .

وحديث عائشة أخرجه البخاري : (٣٩٣/١) (٥) كتاب الغسل (٢٧) باب الجنب يتوضأ ثم ينام (٢٨٨) وليس فيه لفظ الأكل ، ومسلم : (٢٤٨/١) (٣) كتاب الحيض (٦) باب جواز نوم الجنب واستحباب الوضوء له (٣٠٥) ، وأبو داود : (١٥٢/١) (١) كتاب الطهارة (٨٩) باب من قال : يتوضأ الجنب (٢٢٤) واللفظ الذي ذكره ابن الصلاح له ، والنسائي : (١٣٩/١) (١) كتاب الطهارة (١٦٦) باب وضوء الجنب إذا أراد أن ينام (٢٥٨) ، وابن ماجه : (١٩٣/١) (١) كتاب الطهارة (٩٩) باب من قال لاينام الجنب حتى يتوضأ وضوءه للصلاة (٥٨٤) .

وحديث أبي سعيد أخرجه مسلم : (٢٤٩/١) (٣) كتاب الحيض (٦) باب جواز نوم الجنب واستحباب الوضوء له (٣٠٨) ، وأبو داود : (١٥٠/١) (١) كتاب الطهارة (٨٦) باب الوضوء لمن أراد أن يعود (٢٢٠) ، والترمذي : (٢٦١/١) (١) أبواب الطهارة (١٠٧) باب ما جاء في الجنب إذا أراد أن يعود (١٤١) ، والنسائي : (١٤٢/١) (١) كتاب الطهارة (١٦٩) باب في الجنب إذا أراد أن يعود (٢٦٢) ، وابن ماجه : (١٩٣/١) (١) كتاب الطهارة (١٠٠) باب في الجنب إذا أراد العود توضأ (٥٨٧) . =

ورُوي [1] أن رجلًا سَلّمَ على رسول اللّه ﷺ وكان جُنبًا فضرب يده [2] على الجدار وتيمم ، ثم أجاب تعظيمًا للسلام [3] . فعلى هذا لو تيمم المحدث لقراءة القرآن مع

= وحديث عمار أخرجه أبو داود : (١٥٢/١) (١) كتاب الطهارة (٨٩) باب من قال : يتوضأ الجنب (٢٥٥) ، والترمذي : (٥١٢/٢) (٢) أبواب الصلاة (٤٣٢) باب ما ذكر في الرخصة للجنب في الأكل والنوم إذا توضأ (٦١٣) .

وحديث عمر أخرجه البخاري : (٣٩٣/١) (٥) كتاب الغسل (٢٧) باب الجنب يتوضأ ثم ينام (٢٨٩) ، ومسلم : (٢٤٨/١) (٣) كتاب الحيض (٦) باب جواز نوم الجنب واستحباب الوضوء له (٣٠٦) ، وأبو داود : (١٥٠/١) (١) كتاب الطهارة (٨٧) باب في الجنب ينام (٢٢١) ، والترمذي : (١/ ٢٠٦) (١) أبواب الطهارة (٨٨) باب ما جاء في الوضوء للجنب إذا أراد أن ينام (١٢٠) ، والنسائي : (١/ ١٤٠) (١) كتاب الطهارة (١٦٧) باب وضوء الجنب وغسل ذكره إذا أراد أن ينام (٢٦٠) ، وابن ماجه : (١٩٣/١) (١) كتاب الطهارة (٩٩) باب من قال : لا ينام الجنب حتى يتوضأ (٥٨٥) .

(١) في (أ ، ب) : « ويروى » .

(٢) في (أ ، ب) : « بيده » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (روي أن رجلًا سَلَّم على رسول اللّه ﷺ وكان جنبًا فضرب يده على الجدار ثم أجاب تعظيمًا للسلام) إلى آخر ما ذكره ، هذا قد ذكره شيخه ولاأعرفه معروفًا في نقل المذهب ، لكن الحديث ثابت في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي الجهم بن الحارث عن رسول اللّه ﷺ إلا أني لم أجد لقوله : (وكان جنبًا) صحة ، وفي رواية الشافعي - رضي اللّه عنه - إشعار بأن حَدَثَه ﷺ كان من البول ، واللّه أعلم » . المشكل (٤٨/١أ - ٤٨ب) .

وهذا الحديث أخرجه البخاري : (٤٤١/١) (٧) كتاب التيمم (٣) باب التيمم في الحضر إذا لم يجد الماء(٣٣٧) ، ومسلم : (٢٨١/١) (٣) كتاب الحيض (٢٨) باب التيمم (٣٦٩) ، وأبو داود : (٢٣٣/١ ، ٢٣٤) (١) كتاب الطهارة (١٢٤) باب التيمم في الحضر (٣٢٩) ، والنسائي : (١٦٥:١) (١) كتاب الطهارة (١٩٥) باب التيمم في الحضر (٣١١) . وليس فيها جميعًا : (وكان جنبًا).

والحديث وإن ذكر ابن الصلاح أنه عن أبي الجهم ، وكذا جاءت كنيته عند مسلم ، إلا أن الصحيح أنه : أبو الجهيم ، كما جاء عند البخاري وغيره . راجع : مسلم بشرح النووي : (٦٣/٤ ، ٦٤) . ورواية الشافعي ، راجعها في الأم : (٤٤/١) .

وجود الماء كان جاريًا على وفق الحديث ، ولا يجوز ذلك في صلاة الجنازة [1] ؛ فإن (١) الطهارة فيه واجبة .

وفضل ماء الجُنُب طاهر ، وهو الذي مَسَّه الجنب والحائض والمحدث (٢) خلافًا لأحمد [2] رحمه الله تعالى (٣) .

---

(١) في (أ ، ب) : « وما » .

(٢) « والمحدث » : ليست في (أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وفضل ماء الجنب طاهر ، وهو الذي مسه الجنب والحائض والمحدث ، خلافًا لأحمد) هذا غير صحيح ، وأحمد قاطع بطهارته ، وإنما خالف في طهوريته في رواية عنه أنه لايجوز للرجل أن يتوضأ بما أفضلته المرأة إذا خلت به .

وقوله : (وهو الذي مسه الجنب والحائض) كلام عجيب ، وكأنه أراد أولًا بقوله : (وفضل ماء =

---

(1) قوله : (وروي أن رجلًا سلم على رسول الله ﷺ - وكان جنبًا - فضرب يده على الجدار وتيمم ، ثم أجاب تعظيمًا للسلام ، فعلى هذا لو تيمم المحدث لقراءة القرآن مع وجود الماء كان جاريًا على وفق الحديث ، ولايجوز ذلك في صلاة الجنازة) . هذا الحديث رواه البخاري ومسلم من رواية أبي الجهم بن الحارث ، ولفظه : « أقبل النبي ﷺ من نحو بئر جمل ، فلقيه رجل فسلم عليه ، فلم يرد عليه النبي ﷺ حتى أقبل إلى الجدار فمسح بوجهه ويديه ، ثم ردَّ عليه السلام .

وأما قول المصنف وشيخه في هذا الحديث : (إنه ﷺ كان جنبًا) فشاذ مردود غير معروف .

في رواية الشافعي وغيره : أن حدثه كان البول ، وهذا الحكم الذي ذكره المصنف من التيمم لقراءة القرآن مع وجود الماء انفرد به وهو وشيخه لايعرف لغيرهما تصريحًا به ، لكن أشار القاضي أبو الطيب والماوردي والشيخ نصر وغيرهم إليه في باب التيمم إنما تيمم ﷺ لأن الطهارة للسلام ليست شرطًا فخفف أمرها ، بخلاف الصلاة .

وتأوله آخرون على أنه تيمم لعدم الماء ، وليس في الحديث دلالة لوجود الماء ، وهذا هو الظاهر / لأنه ٥٣/أ كان خارج المدينة .

(2) قوله : (وفضل ماء الجنب طاهر ، وهو الذي مَسَّه الجنب والحائض والمحدث خلافًا لأحمد) هذا الكلام أنكر فيه أربعة أشياء ، أحدها : قوله (خلافًا لأحمد) فمقتضاه : أن أحمد يقول بنجاسته ، وهو =

....

* * *

= الجنب وغيره) فإن فيه في أمهات الكتب بابًا ترجمته هكذا ، أو أراد بقوله : (والحائض) وكذا ما مسته الحائض والمحدث .

ويصح أن يُقْرأ قولُه : (والحائض والمحدث) بالجر ، عَطْفًا على الجنب في قوله : (ماء الجنب) أي : وماء الحائض ، لكنه بعيد عن أسلوب كلامه ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٤٨ب) .

= عند أحمد طاهر بلا خلاف ، ولكن قال : إذا خلت به المرأة لايجوز للرجل أن يتوضأ به على رواية عنه .

الثاني : أنه فسر فضل الجنب بفضل الجنب والحائض والمحدث .

الثالث : قوله : (فضل الجنب طاهر) فيه نقص ، والأجود : (طهور) .

الرابع : قوله : (مسه) فيه نقص ، وهو الذي فضل من طهارته . أما ما مسه في شربه أو أدخل يده فيه بلا نية فليس هو فضل جنب ، وما أفضله من طهارته ولم يمسه فهو فضل جنب ، فأوهم إدخال مالا يدخل وإخراج ما هو داخل .

ويجاب عن الأول : بأنه أراد فضله طهور مطلقًا . وخالفنا أحمد في بعض الصور في رواية .

وعن الثاني بجوابين ، أحدهما : أن المراد بالجنب الممنوع من الصلاة ، ثم فسره بالثلاثة . والثاني : أنه أراد فضل الجنب وغيره ؛ لدلالة التفسير عليه ، واقتصر على لفظ الجنب اقتداء بالشافعي والمزني والأصحاب ، فإنهم ترجموا هذا الباب بفضل ماء الجنب ، ثم ذكروا فيه الجنب وغيره .

وعن الثالث : أنه لم ينفِ كونه طهورًا ، وقد علم أن الماء الطاهر طهور إلا أن يستعمل أو يتغير ، ولم يثبت هنا تغير ولا استعمال ، فيلزم من كونه طاهرًا كونه طهورًا .

وعن الرابع : أن المراد مسه في الطهارة ، واكتفى بقرينة الحال ، والمراد مسه في استعماله ، وعبارة المصنف في (البسيط) كعبارته هنا ، وعبارته في (الوجيز) أجود ، فإنه قال : فضل ماء الجنب والحائض طهور .

الباب الرابع

في الغُسل (١) (1)

والنظر في موجبه وكيفيته

النظر الأول : في الموجب وهي أربعة :

الأول : الحيض والنفاس ، وسيأتي حكمهما في موضعهما .

الثاني : الموت ، وسيأتي في الجنائز .

الثالث : الولادة : فإذا انفصل الولد دون النفاس فالأصح وجوب الغسل (2) ؛ لأنه إذا أُوجب (٢) بخروج الماء - وهو أصل الولد - فبأن (٣) يجب بنفس الولد أولى (٤) (3) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « ومن الباب الرابع في الغسل) أنكر بعض من صنف في غلط العامة والخاصة على الفقهاء قولهم في هذا : الغُسْل ، بضم الغين . وزعم أن الصواب فيه الغَسْل بفتح الغين ، وأن الغُسْل بضم الغين إنما هو الماء الذي يغتسل به ، وليس كما قال بل هو بالضم مشترك بين الماء الذي يُغتسل به وبين فعل الاغتسال الذي يعم البدن ، وقد حققت هذا فيما أمليته من شرح مشكل المهذب ، والله أعلم » . المشكل (٤٨/١ب) .

(٢) في (أ) : « وجب » . (٣) في (أ) : « فلأن » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في الولادة بغير نفاس : (الأصح وجوب الغسل لأنه إذا وجب بخروج الماء =

---

(1) هو بفتح الغين وضمها ، والفتح أشهر في اللغة ، والضم هو الشائع عند الفقهاء ؛ وأما الماء فيقال فيه : « غُسل » بالضم لاغير ، وأما الغِسل بالكسر ، فهو ما يغتسل به الرأس من سدرٍ وخطمي ونحوهما .

(2) قوله : (فإذا انفصل الولد دون النفاس فالأصح وجوب الغسل) ، يعني أصح الوجهين وهما جاريان في وضع العلقة والمضغة . وصورة المسألة إذا لم يكن معه دم / ولا رطوبة فإن ... ، وجب الغسل قطعًا ، ٥٣/ب وأهمل المصنف بيان الرطوبة .

(3) قوله : (لأنه إذا وجب الخروج الماء وهو أصل الولد فبنفس الولد أولى) هذه العلة هي المشهورة في كتب الأصحاب ، اقتصر عليها الجمهور وفيها نظر .

وعلله طائفة بأنه لاينفك من رطوبة خفية .

وقيل : إنه لايجب ؛ لأن الأحداث لاتثبت قياسًا .

الرابع : الجنابة ، وهي المقصودة بالذكر ، ويحصل بالتقاء الخِتَانين ، وخروج المني[1] ، قالت عائشة - رضي اللّه عنها -: « إذا التقى الخِتَانَان فقد وجب الغسل ، فَعَلْتُهُ أنا ورسول اللّه ﷺ فاغتسلنا »[(1)] [(2)] . ونعني بالالتقاء التحاذي ؛ فإن ختان المرأة

= وهو أصل الولد ، فبأن يجب بنفس الولد أَوْلَى) هكذا قال شيخه ولايكاد يتقرر ، وعلّله هو في الدرس بأن الولد لايكاد ينفك من لوث يخرج معه من الرحم ، وكل ما خرج من الرحم من لوث فموجب للغسل ، وهذا قريب ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٤٩أ) .

وقال الحموي : « جعل الشيخ خروج الولد أولى في وجوب الغسل وأنه ليس كذلك ، فإن غاية مافي الباب أنه منيّ منعقد ، فكيف يكون المختلف فيه أولى من شيء متفق عليه ؟

وقيل : إن الولد يخلق من ماء الرجل والمرأة ، ومن الحيض أو يتعدى الولد منه ، وإذا كان كذلك كان أولى من المني ، فإنه يصير بمنزلة مالو خرج منها منيّ ودم النفاس فكان أولى » . مشكلات الوسيط (٣٠أ) .

(١) قال ابن الصلاح : « الحديث في وجوب الغسل بالتقاء الختانين ثابت في الصحيح من حديث أبي هريرة وعائشة - رضي اللّه عنهما - وأما باللفظ المذكور هاهنا فغير مذكور فيهما ، وكأنها أفصحت - رضي اللّه عنها - بهذا الإفصاح لكون الصحابة اختلفوا في ذلك ، فأرادت التأكيد مع أنها أمهم ، وجاءها أبو موسى الأشعري عند اختلافهم يسألها عن ذلك فقال : أنا أستحييك ، فقالت : فلا تستحي أن تسألني عن شيء كنت سائلًا عنه أمك التي ولدتك . إنما أنا أمك ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٤٩أ) . =

(1) قوله : (لأن الأحداث لاتثبت قياسًا) هذا مما تناقض فيه كلامه ؛ لأنه قال بعده : (يجب الغسل بالإيلاج في فرج البهيمة والدبر ولا ختان) يعني قياسًا على موضع الختان .

قوله : (وتحصل الجنابة بالتقاء الختانين وخروج المني) ، الأجود : أو خروج المني .

(2) قوله : (قالت عائشة - رضي الله عنها - : « إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل ، فعلتُه أنا ورسول اللّه ﷺ واغتسلنا ») .

هذا الحديث أصله صحيح لكن فيه تغيير ، فلفظه في صحيح مسلم عن عائشة - رضي اللّه عنها - قالت : قال رسول اللّه ﷺ : « إذا جلس بين شعبها الأربع ومس الختانُ الختانَ وجب الغسل » ، وفي رواية صحيحة لغير مسلم : « إذا التقى الختانان وجب الغسل » ، ورواه البخاري ومسلم من رواية أبي هريرة . وفي رواية مسلم : « وإن لم ينزل » .

فوق المنفذ ، يقال : التقى الفارسان إذا تحاذيا .

ثم ليس المقصود الختان فلو قُطِعت الحشفة فَغُيِّبَ مثل [1] الحشفة كفى ، وكذلك إذا ولج فى فرج ميت أو بهيمة ، أو في غير المأْتى ولا ختان فيه [2] ، وفي وجوب إعادة غُسِل الميت إذا أولج ، فيه خلاف [٦] .

= حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أخرجه البخاري : (٣٩٥/١) (٥) كتاب الغسل (٢٨) باب إذا التقى الختانان (٢٩١) ، ولفظه : « إذا جلس بين شعبها الأربع ثم جهدها فقد وجب الغسل » . وأخرجه مسلم :(٢٧١/١) (٣) كتاب الحيض (٢٢) باب نسخ « الماء من الماء » ووجوب الغسل بالتقاء الختانين (٣٤٨) ، وأبو داود : (١٤٨/١) (١) كتاب الطهارة (٨٤) باب الإكسال (٢١٦) ، والنسائي : (١١٠/١ ، ١١١) (١) كتاب الطهارة (١٢٩) باب وجوب الغسل إذا التقى الختانان (١٩١) ، وابن ماجه : (٢٠٠/١) (١) كتاب الطهارة (١١١) باب ما جاء في وجوب الغسل إذا التقى الختانان (٦١٠) .

وحديث عائشة - رضي الله عنها - أخرجه مسلم من طريق أبي موسى - رضي الله عنه - كما ذكر ابن الصلاح في صحيحه : (٢٧١/١ ، ٢٧٢) (٣) كتاب الحيض (٢٢) باب نسخ « الماء من الماء » ، ووجوب الغسل بالتقاء الختانين (٣٤٩) .

وأما لفظ المصنف - أبي حامد الغزالي - فقد أخرجه - عن عائشة أيضًا - ابن ماجه بنفس اللفظ : (١٩٩/١) (١) كتاب الطهارة (١١١) باب ما جاء في وجوب الغسل إذا التقى الختانان (٦٠٨) ، كذلك أخرجه الترمذي : (١٨٠/١) (١) أبواب الطهارة (٨٠) باب ما جاء إذا التقى الختانان وجب الغسل (١٠٨) ، ولفظه : « إذا جاوز الختانُ الختانَ فقد وجب الغسل ، فَعَلْتُه أنا ورسول الله ﷺ » ، وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

(١) في (أ) : « قدر » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وكذلك إذا أولج في فرج ميت أو بهيمة أو في غير المأتى ولاختان فيه) فقوله : (ولا ختان فيه) غير راجع إلى فرج الميتة ، بل إلى غير ذلك مما ذكره مما لاختان فيه ، والله أعلم » . المشكل (٤٩/١أ) .

(٦) قوله : (وفي وجوب إعادة غسل الميت إذا أولج فيه خلاف) هذا الخلاف وجهان : أصحهما : لايجب ، وهو مبني على ما إذا خرج من فرجه نجاسة بعد الغسل ، فإن قلنا : يجب فيه الوضوء أو الغسل وجب هنا ، وإن قلنا بالأصح : أن الواجب إزالة النجاسة فقط لم يجب إعادة الغسل هنا ، وفي وجوب غسل ما ترطب من ظاهر الميتة برطوبة فرجها الوجهان في نجاسة رطوبة الفرج ، الأصح : لايجب .

أما خروج المني : فموجب الغسل (١) ، وصفته (٢) : أنه أبيض ثخين دَفَّاق ، يخرج

(١) في (أ) : « للغسل » .

(٢) قال ابن الصلاح : « ثم إن الفرق بين المني والمذي والودي من المشكلات التي تعم بلوى المكلفين بها ، وإذا كنا نشرح ماالخص من مشكل هذا الكتاب فما يَعُمُّه وغيره أَوْلَى بذلك . وقد جمعت في ذلك كلام جماعة من الأئمة ودخل كلامهم بعضه في بعض .

أما المنيّ : فصفته أنه من الرجل - في حال الصحة - أبيض ثخين ، يتدفق في خروجه دفعة بعد دفعة ، ويخرج منه بشهوة وتَلَذُّذٍ بخروجه ، ثم إذا خرج استعقب فتورًا ، ورائحته كرائحة طلع النخل ، ورائحة الطلع قريبة من رائحة العجين .

ووجدت في تعليق الشيخ أبي محمد الكروني الأصبهاني - وهو في طبقة الشيخ أبي إسحق الشيرازي - بخط المعلق عنه أنه تشبه رائحته أيضًا رائحة القصيل ، وهذا حسن غريب .

وفي مجموع المحاملي « والتهذيب » وغيرهما : أنه إذا يبس كانت رائحته كرائحة البيض ، هذه صفاته .

وقد يفارقه بعضها مع بقاء ما يستقل بإثبات كونه مَنِيًّا من خواص صفاته التي بينتها ، وذلك بأن يمرض فيصير منيه رقيقًا أصفر ، أو يسترخي وعاء المنى فيسيل من غير التذاذ وشهوة ، أو يستكثر من الجماع فيحمر كما اللحم ، وربما خرج دمًا غليظًا . وفي تعليق أبي محمد الأصبهاني المذكور أنه في الشتاء يكون أبيض ثخينًا وفي الصيف يكون رقيقًا .

ثم إن من صفاته المذكورة ما يشاركه فيها غيره كالثخانة والبياض ، يشاركه الودي فيهما ، ومنها مالا يشاركه فيها غيره فهي خواصه التي عليها الاعتماد في معرفته وهي ثلاث : إحداها : الخروج بشهوة مع الفتور عقيبه ، الثاني : الرائحة التي تشبه رائحة الطلع والعجين كما سبق ، الثالثة : الخروج بتزريق ودفق في دفعات ، وكل واحدة من هذه الثلاث كافية في إثبات كونه مَنِيًّا ، ولايشترط اجتماعها فيه ، وإذا لم يوجد شيء منها لم نحكم بكونه مَنِيًّا وغلب على الظن أنه ليس منيًا ، هذا كله في مني الرجل .

وأما مني المرأة : فهو أصفر رقيق ، ولايكفي ذلك في معرفته فإنه لايختص به ، وفي هذا الكتاب وفي (النهاية) أنه لا خاصية له إلا التلذذ وفتور شهوتها عقيب خروجه ، فلا يعرف إلا بذلك ، وذكر القاضي أبو المحاسن الروياني صاحب (البحران) : رائحته أيضًا مثل رائحة مني الرجل ، فعلى هذا له خاصيتان يعرف بواحدة منهما أيهما كانت ، وما ذكره بعض شارحي « الوجيز » من قوله ما ذكره الأكثرون تصريحًا وتعريضًا التسوية بين مني الرجل والمرأة في طرد الخواص الثلاث فليس كما قال ، وهذه تصانيفهم ، والله أعلم .

وأما المذي : فهو ماء أبيض دقيق لزج ، يخرج شهوةً لا بشهوة ولا دفق ، ولا يستعقب خروجه فتورًا . =

بدفعات وشهوة ، ويعقب خروجه فتورٌ ، (١ وتشبه رائحته رائحه الطَّلْع ١) .

فلو فَقَدَ من هذه الصفات التلذذ بخروجه بأن يخرج (٢) بمرض وجب الغسل خلافًا لأبي حنيفة . وكذا (٣) إن خرج بعد الغسل من بقيه الأول خلافًا لمالك ؛ لأن بقية الصفات معرفة كونه منيًا (٤) . وكذا لو خرج على لون الدم - لاستكثار الجماع - وجب الغسل (٥) .

فخواصه ثلاث : التلذذ ، ورائحة الطلع ، والتدفق (٦) بدفعات . فإذا وُجِدَ واحد من هذه الصفات كفى .

فلو (٧) تنبه من النوم وَوَجَدَ رائحة الطلع من البلل لزمه الغسل ، وإن لم يَرَ إلا

= وقد قيل : إنه لا يُحَسُّ بخروجه ، والله أعلم .

وأما الودي : فهو يخرج عقيب البول ، هذا هو المشهور في تعريفه ، وقد روي ذلك عن ابن مسعود - رضي الله عنه - وفي كتاب (التعريب) لابن القفال : أنه يخرج عقيب البول إذا كانت الطبيعة مستمسكة . وفي (نهاية المطلب) : أنه يخرج في الغالب عند حمل الشيء الثقيل ، والأقاويل متقاربة فإنه إذا كانت الطبيعة منه مستمسكة جهد نفسه عند قضاء الحاجة ، فالتحق في ذلك بالحامل للشيء الثقيل .

وأما لونه : فقد ذكروا أنه أبيض ثخين . وفي تعليق الشيخ أبي حامد و « الشامل » : أنه كدر ثخين ، وفي إملاء الشيخ أبي الفرج السرخسي من الخراسانيين : أنه الماء الأبيض الثخين الذي يخرج على إثر البول قطرة أو قطرتين ، يشبه المني في اللون ولا يشبهه في الرائحة ، وهذا حسن .

ثم إنه بالدال المهملة ، ومن قاله بالذال المعجمة فقد غلط عند أهل اللغة ، وأغرب بعض أهل المغرب فحكاه وجهًا فيه وهو غير مقبول منه ، والله أعلم » . المشكل (٤٩/١أ - ٥٠ب) .

(١) في (أ) : « رائحته كرائحة الطلع » . (٢) في (أ) : « خرج » .

(٣) في (أ) : « وكذلك » . (٤) في (أ) : « شيئًا » .

(٥) « الغسل » : ليست في (أ) .

(٦) في الأصل ، (أ) : « والتزريق » ، وكلاهما صحيح .

(٧) في (أ) : « ولو » .

الثَّخَانَة والبياض فلا يلزمه ؛ لأنه مثل الودي ، فإن كان الودي لا يليق بطبع صاحب الواقعة ، أو تذكر في النوم نشاطًا وتلذذًا فهو غالب ظن يحتمل أن يطرح كما في الأحداث ، ويحتمل أن يخرج على الخلاف (١) (1) في النجاسات إذا قابل الغالب الأصل لأن المني مجال العلامات كالنجاسات .

وأما المرأة : فَمَنِيُّها أصفر رقيق ولا يُعرف في حقها إلا من الشهوة (2) ، فإذا تلذذت لخروج (٢) الماء اغتسلت ؛ لما رُوي أن أم سليم أم أنس بن مالك (٣) ....

(١) « الخلاف » : ليست في (أ) . (٢) في (أ) : « بخروج » .

(٣) في الأصل و (أ) و (ب) : « جدة أنس بن مالك » وهو غلط ، والصحيح ما أثبتناه . قال ابن الصلاح : « قوله : (لما روي أن أم سليم جدة أنس بن مالك) هذا غلط تسلسل وتوارد عليه أبو بكر الصيدلاني ثم إمام الحرمين ثم تلميذه صاحبنا هذا ثم تليمذه محمد بن يحيى ، فلا خلاف بين أهل الحديث وأهل المعرفة بالصحابة وبالأنساب أن أم سليم أم أنس بن مالك لا جدته ، وفي الصحيحين الإفصاح بذلك ، ولكن من أعرض عن علم الحديث مع ارتباط العلوم به وقع في أمثال هذا ، وما هو أصعب منه من التمسك بالحديث الضعيف واطِّراح الصحيح وإن ارتفعت في علمه منزلته ، وأسأل الله عفوه وفضله ، آمين » . المشكل (١/٥٠ب) .

وقد نبه إلى هذا الخطأ - أيضًا - ابن أبي الدم في كتابه على « الوسيط » المسمى : (إيضاح الأغاليط) ، وهو الموضع الأول في تعليقاته على أغاليط « الوسيط » ، حيث قال : « الوهم في ذلك وقع في قوله : أن أم سلمة جدة أنس بن مالك ، والصواب : أنها أم أنس بن مالك ، وهي امرأة أبي طلحة ، ذكره علماء الحديث وغيرهم ، منهم أبو داود في سننه ، وهو كذلك في النسخ الصحيحة من نسخ « النهاية » ، وقد يوجد في بعض منها مثل ما في « الوسيط » ، وهو غلط من النساخ » . انظر : إيضاح الأغاليط (٣أ) . =

(1) قوله : (فهذا غالب ظن يحتمل أن يطرح كما في الأحداث ، ويحتمل أن يُخرّج على الخلاف) : هذان الاحتمالان لإمام الحرمين ، أصحهما الأول ، وهو مقتضى كلام الجمهور .

(2) قوله في مني المرأة : (لا يُعرف في حقها إلا بالشهوة) هذا مما أنكره عليه الرافعي ، فقال : الذي ذكره الأكثرون تصريحًا وتعريضًا التسوية بين منيها ومني الرجل في طرد الخواص الثلاث . وقد قال البغوي : إذا خرج منيها بشهوة أو بغير شهوة وجب الغسل . وقال / الروياني : رائحة منيها ... مني الرجل ... الشيخ أبو عمرو على الرافعي ما ذكره من مسألة طرد الخواص الثلاث . ٥٤/أ

قالت [1] لرسول الله ﷺ : هل على إحدانا (١) غُسْلٌ إذا هي احتلمت ؟ فقالت عائشة (٢) – رضي الله عنها –: فَضَحْتِ النساءَ ، فَضَحَكِ الله ، أَوَ تَحْتَلِمِ المرأة ؟ فقال – عليه الصلاة

= وحديث أم سليم أخرجه عن أم سلمة البخاري : (٢٢٨/١ ، ٢٢٩) (٣) كتاب العلم (٥٠) باب الحياء في العلم (١٣٠) ، وأطرافه : (٢٨٢ ، ٣٣٢٨ ، ٦٠٩١ ، ٦١٢١) ، ومسلم : (٢٥١/١) (٣) كتاب الحيض (٧) باب وجوب الغسل على المرأة بخروج المني منها (٣١٣ ، ٣١٤) ، وأبو داود – تعليقًا –: (١٦٥/١) (١) كتاب الطهارة (٩٦) باب في المرأة ترى ما يرى الرجل (٢٣٧) ، والترمذي : (٢٠٩/١) (١) أبواب الطهارة (٩٠) باب ما جاء في المرأة ترى في المنام مثل ما يرى الرجل (١٢٢) ، والنسائي : (١١٢/١) (١) كتاب الطهارة (١٣١) باب غسل المرأة ما ترى في منامها ما يرى الرجل (١٩٦) ، وابن ماجه : (١٩٧/١) (١) كتاب الطهارة (١٠٧) باب في المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل (٦٠٠) .

وأخرجه عن أنس عن عائشة – رضي الله عنهما – : مسلم ، وأبو داود ، والترمذي ، والنسائي ، وابن ماجه في المواضع السابقة . وليس فيها جميعًا ما ذكر الغزالي من لفظ : « فضحك الله » .

(١) في الأصل : « أحد منا » . (٢) في (أ) : « عائشة وأم سلمة » .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (فقالت عائشة) في رواية أخرى أن أم سلمة أم المؤمنين قالت ذلك ، والروايتان في الصحيح باختلاف في اللفظ .

وقوله ﷺ : « ففيم الشبه » في جواب إنكارها احتلام المرأة ، ورؤيتها الماء منها ، وَجْهُهُ : أنها أنكرت ذلك بإنكارها ماءها من أصله ، والله أعلم » . المشكل (٥٠/١ب) .

وقال السيوطي تعليقًا على هذا الحديث : « قال القرطبي [يعني أبا العباس القرطبي صاحب المفهم] : إنكار عائشة وأم سلمة على أم سليم – رضي الله عنهن – قضية احتلام النساء يدل على قلة وقوعه من النساء . قلت : وظهر لي أن يقال : إن أزواج النبي ﷺ لا يقع لهن احتلام ؛ لأنه من الشيطان ، فعصمهن منه تكريمًا له ﷺ ، كما عُصِمَ هو منه . ثم رأيت الشيخ ولي الدين قال : وقد رأيت بعض أصحابنا يبحث في الدرس منع وقوع الاحتلام من أزواج النبي ﷺ ، لأنهن لا يطعن غيره ، ولا يقظة ولا نومًا ، والشيطان لا يتمثل به ، فَسُرِرْتُ بذلك كثيرًا » . حاشية السيوطي على سنن النسائي : (١١٣/١) . وراجع تخريج الحديث في التعليق قبل الفائت .

(1) قوله : (لما رُوي أن أم سليم جدة أنس بن مالك قالت) إلى آخره ، صوابه : أم أنس ، فهي أمه بلا خلاف بين العلماء من الطوائف لا جدته ، وقد قال بأنها جدته أيضًا الصيدلاني ثم إمام الحرمين ثم الروياني ثم محمد بن يحيى صاحب الغزالي ، وهو غلط فاحش ، وهذا الحديث في الصحيحين ، وينكر على المصنف قوله فيه : رُوي بصيغة التمريض الموضوعة للضعيف وأُمُّ أم سليم : سهلة ، وقيل : رميلة ، وقيل : رميثة ، وقيل غير ذلك .

والسلام -: « تربت يمينك (١) [1] ، فمم الشبه إذن (٢) ؟ إذا سبق ماءُ الرجل ماءَ المرأة نَزَع الولدُ إلى أعمامه ، وإذا سبق ماء المرأة ماء الرجل نزع الولد إلى أخواله » ، ثم قال لأم سليم : « نعم عليها الغسل إذا رَأَتِ الماءَ » .

فأما (٣) إذا خرج منّي الرجل من المرأة بعد أن اغتسلت فلا يلزمها الغسل إلا إذا كانت قضت وطرها فيغلب اختلاط منيِّها به فيجب الغسل بحكم الغالب، وهذا يدل على أن لغلبة الظن أثرًا .

النظر الثاني : في كيفية الغسل :

وأقل واجبه أمران (٤) [2] :

---

(١) قال ابن الصلاح : « وتربت يمينك » قلت : معناه في الأصل : افتقرت ، ثم استعملوا غير مريدين وقوع ذلك بل مبالغة في إيقاظ المخاطب لما ذكر ليتيقظ له وتشتد عنايته به ؛ لأن بشاعة اللفظ توجب ذلك » . المشكل (١/٥٠ب) .

(٢) « إذن » : ليست في (أ) . (٣) في (أ) : « أما » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأقل واجبه أمران) وجهه : أن أصله الأقل الذي هو واجبه أمران ، ثم أضاف الأقل إلى الواجب ؛ لكونه أعم منه لما عرف في بابه ، والله أعلم » . المشكل (١/٥٠ب) .

وقال الحموي : « لفظة : (الأقل) لاتخلو إما أن تستدعي أن يكون ثَمَّ واجب آخر أم لا ، فإن لم يكن واجب آخر تعين أن يكون كل الواجب دون أقله ، وإن كان ثَمَّ واجب آخر وهو إزالة النجاسة إن كانت ، فأقول : المنقول في كتب المذهب أنها واجبة ، فعلى هذا لايصح أيضًا من حيث إنه لايطلق عليهما في اللغة أقل من حيث إن مجموع الواجب ثلاثة ، فيكون أقله واحدًا وأكثره اثنين ، وليس سليمًا أنه يطلق على الأكثر أقل ، فإنه لافائدة في ذكر أقله وأكثره لأنه لايُخرج عن العهدة ، كذلك على تقدير وجود النجاسة الحكمية ، وإنما يتأتى هذا في بعض النوافل فإنه يطلق عليه ذلك ، كالوتر فإن أقلها ركعة مجزئة ، وأدناها ثلاث ركعات ، وأكثرها إحدى عشرة ركعة ، وإذا كانت كذلك لم يصح ما ذكره =

---

(1) قوله ﷺ : « تربت يمينك » أصله افتقرت ، ثم استعملوه لتنبيه المخاطب ولتشتد عنايته بما يقال له ، وأعرضوا عن أصله .

(2) قوله : (وأقل واجب الغسل أمران) معناه : أقله . وهو واجبه أمران .

[أحدهما] [(١)] : **النية** : فإن نوى استباحة الصلاة ، أو رفع الجنابة ، أو قراءة القرآن كفى ، وإن [(٢)] نوى رفع الحدث مطلقًا فالصحيح جوازه . وإن نَوَت الحائض بغسلها استباحة الوطِء جاز . وقيل : لا ؛ لأن الوطء موجب للغسل .

والثاني : الاستيعاب : فلا [(٣)] يجب فيها [(٤)] المضمضة والاستنشاق خلافًا لأبي حنيفة .

= الشيخ على جميع التقادير ، فإنه لو لم يذكر لفظة الواجب لما وجب عليه إشكال ، فكان معنى الكلام : أقل الغسل أمران على تقدير عدم النجاسة ، ولاشك أن هذا المذكور أقل بالنسبة إلى مجموع الغسل ، لما لايخفى .

قلت : وعنه جوابان :

أحدهما : أن ما ذكره الشيخ يحترز به عن مذهب أبي حنيفة وأحمد - رحمهما اللّه تعالى - فإنهما قالا بوجوب المضمضة والاستنشاق ، ومالك - رحمه اللّه - قال بوجوب الدلك والموالاة ، فعلى هذا يكون فرض الغسل سبعة ، وهي غير متفق عليها ، ولما كان كذلك ذكر الشيخ منها اثنين على أصل الشافعي على تقدير عدم النجاسة وهو قليل بالنسبة إلى السبعة . إذا قلت هذا فأقول : إنما يتأتى ذلك إذا كان أقل بمعنى قليل ، ولو كانت على حالها لماصح ذلك من حيث إن مقتضى صيغة أفعل أن لا يضاف إلا إلى ما هو جزء منها ، وإذا كان كذلك لم يكن أقل مضافة إلى ماهو جزء منها ، وهو غير جائز عند أهل العربية ، وإذا كان كذلك أمكن خروج الجواب على تقدير أن يجعل أقل بمعنى قليل على لغة من قال : إن أفعل لا تقتضي زيادة ، فإنهم قالوا : أعدل بني مروان ، والمراد : عادل بني مروان ، وأما على لغة من قال : إن أفعل تقتضي الزيادة ، فإنه يجوز استعمال ذلك بطريق المجاز ، كما قيل : اللّه أكبر ، أكبر بمعنى كبير ، وكقوله تعالى : ﴿ أصحاب الجنة يؤمئذٍ خير مستقرًا وأحسن مقيلًا ﴾ فعلى هذا يكون في مسألتنا كذلك ، وصار معناه : قليل واجب الغسل عند الشافعي مما اتفق على وجوبه المسلمون أمران ، لأن (قليل) لايشترط عندهم أن تضاف إلى ماهو جزءٌ منه ، بخلاف أفعل على ما تقدم بيانه .

الجواب الثاني : أن يقدر تقديرًا ويكون تقدير (أقل) متعلق واجب الغسل أمران بإضمار متعلقات ، وذلك جائز في لغة العرب ، وإذا كان كذلك كان في مسألتنا مثل ذلك حذف متعلقات لكونه معلومًا وأقام الواجب مقام المتعلقات ، وبه خرج الجواب . وهذا أولى من الجواب الأول ، فإنا على هذا التقدير نكون قد أجرينا صيغة أفعل على بابها ، ويكون هذا أقل الغسل عند الشافعي مع قطع النظر عن مذهب غيره ، فإن الحاجة لاتدعو إلى غيره لما لايخفى » . مشكلات الوسيط (٢٨ب - ٣٠أ) .

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « فإن » .
(٣) في (أ) : « ولا » .
(٤) في (أ) : « فيه » .

ويجب إيصال الماء إلى منابت الشعور وإن كثفت ، ونقض الضفائر إن كان الماء لايصل إلى باطنها دون النقض ؛ كقوله ﷺ : « بلوا الشعر وأنقوا البشرة ؛ فإن تحت كل شعرة جنابة » (١) [1] .

أما (٢) الأكمل فيستحب فيه (٣ ستة / أمور ٣) : ٧/أ

الأول (٤) : أن يغسل أولًا (٥ ما على بدنه ٥) من أذى ونجاسة إن كانت [2] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله ﷺ : « بلوا الشعر وأنقوا كل شعرة ؛ فإن تحت كل شعرة جنابة » هذا حديث ضعيف ، مروي من حديث ابن سيرين عن أبي هريرة ، وقد أخرجه الترمذي معترفًا بضعفه ، والله أعلم » . المشكل (١/٥١أ) .

وأخرج الحديث أبو داود : (١٧٢/١) (١) كتاب الطهارة (٩٨) باب في الغسل من الجنابة (٢٤٨) ، وقال : الحارث بن وجيه (أحد رواته) حديثه منكر ، وهو ضعيف . والترمذي : (١٨٧/١) (١) أبواب الطهارة (٧٨) باب ما جاء أن تحت كل شعرة جنابة (١٠٦) ، وابن ماجه : (١٩٦/١) (١) كتاب الطهارة (١٠٦) باب تحت كل شعرة جنابة (٥٩٧) .

(٢) في (أ) : « وأما » . (٣) في (أ) : « أمور ستة » .

(٤) في (أ) : « أما الأول » . وقد استشكل بعضهم على الغزالي جعل غسل النجاسة أولًا من المستحبات ، بينما إزالة النجاسة في حقيقته واجب ، ورد على ذلك الحموي بقوله : « أراد بأنه يُشتحب أولًا ، وإلا فإزالة النجاسة واجبة ، دل على ما ذكرناه قوله : (أولًا) ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (٣٠ب) .

(٥) في (أ) : « ما عليه » .

---

(1) حديث : « بلوا الشعر وأنقوا البشرة » إلى آخره ضعيف ، رواه الترمذي من رواية أبي هريرة ، وضعفه .

(2) قوله : (وأما الأكمل فيستحب أن يغسّل أولًا ما على بدنه من أذًى ونجاسةٍ) المراد بالأذى : المني ونحوه من الطاهرات .

وهذا الذي قاله المصنف تفريع منه على أن من كان على بدنه نجاسة كفته الغسلة الواحدة عن النجاسة والحدث جميعًا ، وهذا أصح الوجهين ، فحينئذٍ يكون تقديم إزالة النجاسة من الأكمل . وإن قلنا بالوجه الضعيف : أن الغسلة الواحدة لاتكفي عنهما ، كان تقديم إزالتها شرطًا .

الثاني : أن يتوضأ بعد ذلك وضوءه للصلاة وإن لم يكن مُحْدِثًا (١) ، ويتصور ذلك بتغيب الحشفة مع حائل ، أو بسبق المني على الطهارة . وهل يؤخر غسل الرجلين (٢) في وضوئه إلى آخر الغسل ؟ فيه قولان (٣) ؛ لاختلاف الروايتين عن (٤) فعل رسول الله ﷺ (1) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « الوضوء المذكور في سنن الغسل لم أجد في مبسوط ولا مختصر لأحد من أصحابنا تعرضًا لنية هذا الوضوء ، إلا لمحمد بن عقيل الشهرزوري نزيل دمشق ، وهو جد ابن الشهرزوري الدمشقي لأمه ، فإنه قال في مختصره الموسوم بالبلغة : ثم يتوضأ وضوءه للصلاة بنية الغسل . وأنا أقول : إن كان جُنُبًا من غير حدث أصغر فالأمر على ما ذكره ، وأما إذا كان جنبًا محدثًا كما هو الغالب فينبغي أن ينوي بوضوئه هذا رفع الحدث الأصغر ، أما على القول بإيجاب الجمع بين الوضوء والغسل فظاهر لأنه لا يجب وضوءان ، فيجعل ذلك الوضوء الواجب . وأما على القول بالتداخل فلأنه إذا نوى بهذا الوضوء رفع الحدث كان فيه خروج من الخلاف ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥أ) .

(٢) في (أ) : « الرجل » .

(٣) في الأصل : « على » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وهل يؤخر غسل الرجلين في وضوئه إلى آخر الغسل ؟ فيه قولان ؛ لاختلاف الروايتين عن فعل رسول الله ﷺ) المراد بالروايتين : رواية عائشة ورواية ميمونة رضي الله عنهما .

أما رواية عائشة : ففيها أنه توضأ ﷺ وضوءه للصلاة قبل إفاضة الماء عليه ، وهذا ظاهر يقتضي تمام الوضوء وتقديم غسل قدمه في وضوئه .

وأما رواية ميمونة : ففيها أنه توضأ وضوءه للصلاة قبل إفاضة الماء عليه أيضًا ، لكن فيها بعد ذكر إفاضة الماء عليه أنه تنحى فغسل رجليه . =

---

(1) قوله : (وهل يُؤخر غسل الرجل في وضوئه إلى آخر الغسل فيه قولان ؛ لاختلاف الروايتين عن فعل رسول الله ﷺ) أصح القولين : أن تقديم كمال الوضوء بغسل القدمين ، والحديثان في الصحيحين ، فروايات عائشة – رضي الله عنها – : « أنه ﷺ توضأ وضوءه للصلاة ثم أفاض الماء عليه » ، وفي معظم روايات ميمونة – رضي الله عنها – : « أنه ﷺ توضأ ثم أفاض الماء عليه ، ثم تنحى فغسل رجليه » . وفي رواية لها للبخاري : « توضأ وضوءه للصلاة غير قدميه ، ثم أفاض عليه الماء ثم نَحّى قدميه فغسلهما » ، / فمن قال بتأخير غسل الرجلين يفصل تأول روايات عائشة على أن المراد معظم الوضوء . ومن قال بالأصح تأوّل روايات ميمونة على أنه ﷺ أخر القدمين في بعض المرات بيانًا للجواز أو لحاجة ، كقلة الماء ، وغير ذلك . ٥٤/ب

الثالث : يتعهد [1] معاطف بدنه ، ومنابت شعوره بعد وضوئه ، ثم يُفيض الماء على رأسه ، ثم على ميامنه ، ثم على مياسره .

الرابع : التكرار ثلاثًا كما في الوضوء . والأظهر : أن تجديد الغسل لا يستحب ؛ فإنه [2] لا ينضبط بخلاف الوضوء ....

= وقد كان يمكن أن يحمل هذا على موافقة الأول على معنى أنه غسل رجليه آخرًا لاتتمة للوضوء ، بل لكونه مغتسلًا على الأرض فأفاض على رجليه بعد فراغه إزالة للطين عنهما ، لولا أن في رواية من روايات حديث ميمونة رواها البخاري : « ثم توضأ وضوءه للصلاة غير قدميه ، ثم أفاض عليه الماء ثم نحى قدميه فغسلهما » ، وهذا صريح .

قلت : ففي أحد القولين بتأول ظاهر حديث عائشة ، وبان بهذه الرواية الصريحة أن المراد به تقديم أكثر الوضوء على الإفاضة من غير غسل القدمين ، ووجه القول الآخر : أنا نحمل الرواية المصرحة عن ميمونة بتأخير غسل القدمين ، على أن ذلك جرى مرة أو نحوها إبانة لجوازه ، وتخفيفًا من أجل أنه كان يغلب منه الاغتسال على الأرض ؛ فيحتاج إلى إعادة غسل القدمين فاكتفى بمرة ، وكان الغالب منه ﷺ إتمام الوضوء قبل الإفاضة وإعادة غسل القدمين بعد الفراغ أخذًا بالأكمل ، والدلالة عليه ورود أكثر الأحاديث عن عائشة وميمونة بتقديم وضوء الصلاة على الإفاضة ووضوء الصلاة لايكون إلا بغسل الرجلين ، وفي كثير منها - حتى في رواية عن عائشة لمسلم صحيحة - إعادة ذكر غسل الرجلين بعد الفراغ فتكون الرويات الكثيرة واردة بالأفضل الغالب منه ﷺ ، ورواية ميمونة المصرحة بالتأخير واردة بالجائز ، وقد تكون ميمونة شاهدت منه ﷺ الأمرين ، فروت هذا مرة وهذا مرة ، فإنه من المشكل جدًّا ولم أر لهم تعرضًا لحله ، والله أعلم » . المشكل (١/٥١أ - ٥١ب) .

وحديث عائشة أخرجه البخاري : (١/٣٦٠) (٥) كتاب الغسل (١) باب الوضوء قبل الغسل (٢٤٨) ، وطرفاه : (٢٦٢ ، ٢٧٢) ، ومسلم : (١/٢٥٣) (٣) كتاب الحيض (٩) باب صفة غسل الجنابة (٣١٦) ، وأبو داود : (١/١٦٧) (١) كتاب الطهارة (٩٨) باب في الغسل من الجنابة (٢٤٣) ، والنسائي : (١/١٣٤) (١) كتاب الطهارة (١٥٦) باب ذكر وضوء الجنب قبل الغسل (٢٤٧) ، وطرفه : (٤٢٠) .

وحديث ميمونة - رضي الله عنها - أخرجه البخاري : (١/٣٦١) (٥) كتاب الغسل (١) باب الوضوء قبل الغسل (٢٤٩) ، وأطرافه : (٢٥٧ ، ٢٥٩ ، ٢٦٠ ، ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، ٢٧٤ ، ٢٧٩ ، ٢٨١) ، والنسائي : (١/٢٠٤) (٤) كتاب الغسل (١٤) باب إزالة الجنب الأذى عنه قبل إفاضة الماء عليه (٤١٨) .

(١) في (أ) : « يتعاهد » . (٢) في (أ) : « لأنه » .

وفيه وجه (١) (1) .

الخامس : إذا اغتسلت من الحيض فيُسْتَحَبُّ لها أن تستعمل فِرْصَةً من مسك (٢) ، إماطةً للرائحة (٣) ....

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (والأظهر أن تجديد الغسل لا يستحب فإنه لا ينضبط بخلاف الوضوء) معناه : أنه ينتشر ولا ينضبط زمانه ، فإنه ينتهي إلى ناقض قد لايوجد فيؤدي إلى تجديده لكل صلاة ، ويصير بحيث لا يشبه التجديد ويلتحق بالمستأنف لبعد العهد بالمحدود ، بخلاف الوضوء فإنه سينتهي سريعًا إلى ناقض ويخرج عن كونه تجديدًا ، واستدل شيخه بأنه لم يرد فيه ما ورد في تجديد الوضوء ولم يُؤْثَر عن السلف الصالحين ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٥٢أ) .

وقال بعض العلماء استشكالًا على الغزالي في جعله تجديد الوضوء منضبطًا وتجديد الغسل غير منضبط : « والأمر على العكس منه ، فإن وقوع أحداث الوضوء لاينضبط لكثرة وقوعها ، وحدث الغسل ينضبط لعلة وقوعه كما لايخفى » ، ورد على ذلك الحموي بقوله : « إنه أراد بكون الغسل ينضبط لكونه ليس له متعلق معلوم لتوقفه على الشهوة ، ولهذا يبقى الإنسان مدة طويلة لايقع له ذلك ، بخلاف الأحداث التي تعلق الوضوء بها ، فإنها تنضبط بالطبع في أوقات مخصوصة لاينفك عنها الإنسان ، ويكثر وقوعها فيها بخلاف ما ذكرناه من الجنابة » . مشكلات الوسيط (٣٠ب - ٣١أ) .

(٢) في (أ) : « المسك » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في الحائض : (يستحب لها أن تستعمل فرصة من مسك إماطة للرائحة) هي - الفِرْصة - بكسر الفاء وصاد مهملة ، وقوله : (من مسك) هو بكسر الميم ، وهو الطيب المعروف ، هذا هو المشهور في الرواية في الحديث الصحيح الوارد بذلك وغيره .

والفرصة : القطعة من كل شيء ، قاله أبو العباس ثعلب وغيره ، وقيل : الفرصة سُك معجون بالمسك كان عند نساء أهل المدينة ، والسُّك - بضم السين - نوع من الطيب فإذا كان فيه مُسك سُمِّيَ فِرْصة . وعلى هذا فقوله : (من مسك) زيادة في البيان ، وجاء في بعض روايات الحديث الصحيحة : « فرصة ممسكة » وهو مُشْعر بذلك ، وورد في كتاب عبد الرزاق مفسرًا في الحديث أنه يعني بالفرصة السك ؛ فقوي هذا القول بذلك فيما يرجع إلى تفسير الحديث لافي مراد الفقهاء من ذلك ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٥٢أ) .

---

(1) قوله : (الأظهر : أنه لا يُستحب تجديد الغسل ؛ لأنه لا ينضبط بخلاف الوضوء) معناه : أن الغسل لا ينتهي إلى ناقضه إلا بعد زمان طويل فيصير في معنى المستأنف لبعد العهد ، بخلاف الوضوء فإنه ينتهي إلى ناقضه سريعًا ، ويخرج عن الحاجة إلى التحديد . واحتج له الإمام بأنه لم يرد فيه أثر بخلاف الوضوء ، واتفقوا على استحباب تجديد الوضوء ، والأصح : أن شرطه أن يكون قد صلى بالأول صلاة ، وقيل : فريضة ، وقيل : أن يفعل به ما تشترط له الطهارة .

أَوْ ما يقوم مقامه (١) ، فإن (٢) لم تجد فالماء كافٍ[1] .

السادس : الدَّلْكُ ، وهو مستحب .

وماء الغسل والوضوء غير مقدر [2] ، وقد يرفق بالقليل فيكفي ، ويخرق بالكثير فلا يكفي .

* * *

(١) في (أ) : « مقام المسك » . (٢) في (أ) : « وإن » .

(1) قوله : (تستعمل الحائض فرصة من مسك إماطة للرائحة) الفرصة : بكسر الفاء ، القطعة . يعني تأخذ شيئًا من مسك تجعله في قطنة أو نحوها تدخلها فرجها بعد الغسل على المذهب . وقيل : قبله .قوله : (إماطة للرائحة) هذه العلة الصحيحة ، وقيل : لإسراع العلوق . والصواب الأول ؛ ولهذا يُستحب لغير المزوجة وللبكر ، والنفساء كالحائض .

قوله : (فإن لم تجد فالماء كافٍ) كان الأحسن أن يقول : فإن لم تفعل فالماء كاف . كذا ذكره الشافعي في (الأم) و (المختصر) والبندنيجي والمحققون ؛ لأن الماء كافٍ وإن وجدت . ومع هذا فعبارة المصنف وموافقيه صحيحة ، ومرادهم أنها سنة متأكدة يكره تركها بلا عذر ، فإن كان عذر لم يكره .

(2) قوله : (وماء الغسل والوضوء غير مقدر) يعني للإجزاء ، وأما الأفضل : فيستحب أن لا ينقص الغسل عن صاع ولا الوضوء عن مد ، والمد : رطل وثلث على المشهور . وقيل : المراد به هنا خاصة رطلان بالبغدادي ، والصاع أربعة أمداد .

كتاب التيمم

وفيه

ثلاثة أبواب

الباب الأول

فيما يبيح التيمم (١)

وهو العجز عن استعمال الماء ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَلَمْ تَجِدُوا مَآءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ (٢) ، ولقوله – عليه الصلاة والسلام –: « التراب كافيك ولو لم تجد الماء عَشْرَ حِجَجٍ » (٣) (1) .

---

(١) قال الحموي : « ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال من حيث إنه قال : (يبيح التيمم) ولاشك بأنه لايُطلق على الواجب مباحٌ في عرف الفقهاء ، ولهذا حدُّوا المباح فقالوا : هو ما أعلم فاعله أودل على أنه لاحرج عليه في فعله ولاتركه ولاينفع في الآخرة ، وليس ذلك حد الواجب بالاتفاق » . ثم قال : « وإن كان كذلك إلا أنه لما كان جواز التيمم عند عدم الماء على خلاف الدليل ، جاز إطلاقه عليه من حيث التجوز ، كإطلاق الرخصة على أكل الميتة عند الضرورة ، والإفطار عند خوف الهلاك ، وإن كان ذلك واجبًا كذلك هاهنا » . مشكلات الوسيط (٣١أ – ٣١ب) .

(٢) هذا الجزء تكرر مرتين في آيتين كريمتين ، الأولى : الآية (٤٣) من سوررة النساء ، والثانية : الآية (٦) من سورة المائدة .

(٣) قال ابن الصلاح : « ومن كتاب التيمم الحديث الذي ذكره ، رواه أبو داود وغيره من حديث أبي ذر فيمن تجنَّب عند عدم الماء ، أن رسول اللّه ﷺ قال : « يا أبا ذَرٍّ إن الصعيد الطيب طَهُور وإن لم تجد الماء إلى عشر سنين ، فإذا وجدت الماء فأمسسه جلدك » . قد روي بغير هذا اللفظ .

وهو على هذا الوجه دَالٌّ على أصل في الباب يشكل إثباته ، وهو أن التيمم لا يرفع الحدث ؛ لأن وجدان الماء ليس من الأسباب الموجبة للغسل والطهارة ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٥٢أ – ٥٢ب) .

وراجع حديث أبي ذر في سنن أبي داود : (١) كتاب الطهارة (١٢٥) باب الجنب يتيمم (٣٣٢) ، عن أبي ذر قال : اجتمعت غُنَيمْة عند رسول اللّه ﷺ فقال : « يا أبا ذر ابْدُ فيها » ، فبدوت إلى الرَّبْذَة ، فكانت تصيبني الجنابة ، فأمكث الخمس والست ، فأتيت النبي ﷺ فقال : « أبو ذر ؟ » فسكتُّ ، فقال : =

---

(1) قوله : (لقوله ﷺ : « التراب كافيك ولو لم تجد الماء عشر حجج ») هذا الحديث مشهور بمعناه عن أبي ذر رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ قال له : « الصعيد الطيب وَضُوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين ، فإذاوجد الماء فليمسه بشرته » / صحيح ، رواه أبو داود ، والترمذي وقال : هو حسن صحيح ، وفي روايته ٥٦/أ « الصعيد الطيب طهور المسلم » .

ولكن للعجز سبعة أسباب :

[السبب] (١) الأول : فقد الماء :

وللمسافر فيه أربعة أحوال :

الحالة الأولى : أن يتحقق عدم الماء حَوَالَيْه (٢) ، فيتيمم من غير طلب ، إذ لامعنى للطلب مع اليأس (1) .

الحالة الثانية : أن يتوهم وجود الماء حَوَالَيْه ، فيلزمه أن يطلبه (٣) من (٤) مواضع الخضرة ومنزل الرفاق ، ويتردد إلى حد يلحقه غَوْثُ الرفاق عند الحاجة ، (2) ولايلزمه

= « ثكلتك أمك أبا ذر ! لأمك الويل » ، فدعا لي بجارية سوداء ، فجاءت بِعُسٍّ فيه ماء ، فسترتني بثوب ، واستترت بالراحلة ، واغتسلتُ ، فكأني ألقيت عني جَبَلًا ، فقال : « الصعيد الطيب وَضُوء المسلم ، ولو إلى عشر سنين فإذا وجدت الماء فَأَمِسّه جلدك ، فإن ذلك خير » .

وأخرجه – أيضًا – الترمذي : (٢١١/١ ، ٢١٢) (١) أبواب الطهارة (٩٢) باب ما جاء في التيمم للجنب إذا لم يجد الماء (١٢٤) ، والنسائي : (١٧١/١) (١) كتاب الطهارة (٢٠٣) باب الصلوات بتيمم واحد (٣٢٢) .

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله (أن يتحقق عدم الماء حواليه) أن يكون في بعض رمال البوادي التي يقطع فيها من حيث مجاري العادات أن لا ماء فيها ، والله أعلم » . المشكل (١/٥٢ب) .

(٣) في الأصل : « يطلب » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) . (٤) في (أ ، ب) : « في » .

---

(1) قوله : (لا معنى للطلب مع اليأس) ووقع في بعض النسخ : (الإياس) والأول هو المعروف في اللغة ، ولنا وجه ضعيف : أنه يجب الطلب تعبدًا وإن تحقق العدم .

(2) قوله : (يتردد إلى حد يلحقه غوث الرفاق) يعني : يسمعونه في حال انغمارهم في أشغالهم ولغطهم ، وكذا صرح به في (البسيط) و (النهاية) وغيرها ، وهذا الضبط ذكره إمام الحرمين باجتهاده من غير نقل ، وتابعه عليه المصنف وغيره . قال الرافعي : لايوجد هذا الضبط لغيره ، قال : لكن تابعه عليه الأئمة ، وليس في الطرق ما يخالفه . ومراد المصنف بالتردد إلى حد الغوث : إذا لم يكن في موضع مستوٍ ، فإن كان في فضاء مستوٍ يذهب فيه النظر من غير حائل يمنع كأكمة ووهدة وغيرهما لم يجب التردد ولا المشي بلا خلاف ، بل يكفيه في الطلب الواجب أن ينظر وهو واقف في مكانه يمينًا وشمالًا وأمامه =

أكثر من ذلك (١) .

ثم يختلف ذلك باختلاف البقاع والأحوال ، فليجتهد المكلف فيه رأْيَه .

فلو أَدَّى صلاة (٢) بهذا الطلب ودخل وقت صلاة أخرى ففي وجوب إعادة الطلب وجهان ؛ أَوْلاهما : أنه لايجب [1] ؛ لأن غلبة (٣) الظن باقية .

(١) قال ابن الصلاح : « الضبط الذي ذكره في مكان الطلب جاء به إمام الحرمين من عنده ، وشرحه : أن يطلب الماء حواليه إلى حيث لو استغاث برفقته لَلَحِقَه غوثُهم على القرب مع ماهم عليه من تشاغلهم بأشغالهم ، وذلك يختلف باختلاف الأماكن صعودًا وهبوطًا ، وباختلاف أحوال الرفقة ونحو ذلك ، ثم إنه أتى به في (الوسيط) وغيره مطلقًا ، وذلك يوهم إيجاب التردد إلى حد يلحقه الفوت مطلقًا ، وذلك من المغلطات في المذهب ، الحادثات من كتبه ، وذلك أنه إذا كان في فضاء مستوٍ من الأرض يتسرح الطرف فيه لا حائل فيه يمنع من نفوذ البصر من أكمة ووهْدَة وغيرهما ، فالطلب الواجب فيه أن ينظر يمينه وشماله وأمامه ووراءه من غير أن يزايل موضعه ، ويتردد إلا إلى حيث يلحقه الغوث ولا غيره ، هذا هو المنصوص للشافعي - رضي اللّه عنه - المنقول في كتاب (جمع الجوامع) في منصوصاته وفي غيره ، ورأيته مقطوعًا به في غير واحد من مصنفات الأصحاب وشيخه الذي من تصرفه تحديد التردد بمحل الغوث لم يقله في هذه الحالة ، بل مخصوصًا بالمكان غير المستوى ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٥٢ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « صلاته » . (٣) في (ب) : « علة » .

= ووراءه ، نص عليه الشافعي في مواضع واتفق الأصحاب عليه ، وإنما ذكر إمام الحرمين هذا التردد إلى محل الغوث فيما إذا كان المكان غير مستوٍ ، وكلام المصنف محمول عليه .

ثم شرط التردد في موضعه : أن لا يخاف ضررًا في نفسه ولا ماله الذي معه ولا المخلَّف في منزله ؛ لأن الخوف يبيح ترك الماء المتيقن فالمتوهم أولى .

(1) قوله : (فلو أدى صلاة بهذا الطلب ، ودخل وقت صلاة أخرى ففي وجوب إعادة الطلب وجهان ، أَوْلاهما : لايجب) صورة المسألة فيما إذا لم يفارق موضعه ، ولاحدث سبب يتوهم وجود الماء به كغمامة وطلوع ركب ونحوه ، فإن كان شيء من ذلك وجب إعادة الطلب بلا خلاف ، وصورتها أيضًا فيمن يستيقن بالطلب الأول عدم الماء ، فإن استيقن لم يجب الطلب ثانيًا على المذهب ، ويجيء فيه الوجه الضعيف السابق أول الباب ، وقد أشار المصنف إلى هذا الشرط بقوله : (لأن غلبة الظن باقية) ، وأشار إلى أن الصورة مفروضة فيمن غلب على ظنه العدم ولم يتيقنه ، والأصح من الوجهين حينئذٍ =

الحالة الثالثة : أن يتيقن وجود الماء في حدِّ القرب ، فيلزمه أن يسعى إليه [1] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « والمتحصل مما ذكره من أنه (إذا تيقن وجود الماء في حد القرب لزمه طلبه) إلى آخر ما ذكره أنه يلحظ في القرب من حيث مسافة المكان ما يتردد إليه المسافر للرعي والاحتطاب ، ومن حيث الزمان مصادفته الماء في وقت الصلاة ، فإن اجتمع الأمران بأن كان على مسافة الرعي ويلقاه في الوقت فهو قريب يلزمه السعي إليه بلا خلاف ، وإن انتفى الأمران بأن كان فوق مسافة الرعي ولا يلقاه في الوقت فبعيد لا يلزمه السعي إليه بلا خلاف ، وإن كان بين الرتبتين - أي إن كان فوق مسافة الرعي ويلقاه في الوقت - ففي وجوب السعي إليه القولان المذكوران ، هذا مراده بما بين الرتبتين .

وقد يتحقق ما بين الرتبتين على العكس بأن يكون الماء قريبًا من حيث المكان بعيدًا من حيث الوقت والزمان ، وفي ذلك أيضًا قولان ، وهذا هو ما ذكره بعد هذا في الحالة الرابعة ، فيما لو لاح للمسافر ماء على حَدِّ القرب ، ولو اشتغل به لخرج الوقت قبل وصوله إليه .

ثم اعلم أن اعتبار مسافة الرعي والاحتطاب في حد القرب من تصرفات شيخه الإمام أبي المعالي ، لم أجده لغيره بعد بحثي عنه من مدة طويلة ، والمنصوص المعروف الذي قطع به غيره : اعتبار القرب بالوقت في هذا الماء الذي علم مكانه ، فما أمكن وصوله إليه في الوقت فهو قريب يلزمه طلبه ، وما لا فلا ، فجعلوا هذا الطلب مخالفًا للطلب فيما إذا لم يعلم وجود الماء في أن ذلك أخف ، لكون المطلوب غير موثوق بالظفر به .

وألجأه إلى تصرفه المذكور النص الذي نقله أن الماء إذا كان قدام المسافر على صوب مقصده وهو سائر نحوه ، ويعلم أنه ينتهي إليه قبل انقضاء الوقت إن لم يعقه عائق ، فالتيمم جائز له في أول الوقت .

وإن من الأصحاب من سوى في هذا بين أن يكون الماء قدامه وأن يكون على يمين المنزل ويساره ، فأحوج الإمام ذلك إلى أن يحمل هذا على ما إذا كان هذا الماء ليس على مسافة الطلب التي يلتزم المسافر طلبه منها ، حيث يتوهم الماء حواليه ، بل فوق تلك المسافة ، إذ لا فرق بين المتوهم والمستيقن ، فرأى ضبط ذلك بمسافة الرعي والاحتطاب .

فيحصل من ذلك في حد القرب في الماء المستيقن مذهبان : أحدهما : التحديد بالوقت . والثاني : التحديد بمسافة المكان مسافة الرعي ، وهذا مذهب ضعيف مخترع لم يكن لصاحب الكتاب أن يجعل =

= وجوب إعادة الطلب خلاف ما أشار المصنف إلى ترجيحه ، وممن صحح وجوب إعادة الطلب إمام الحرمين ، وقطع به الشيخ أبو حامد والماوردي والبغوي وآخرون ، قالوا : ويكون هذا الطلب / ٥٥/ب .... الخلاف بذلك ، وليس مختصًا ، بل هو جارٍ حيث تيمم تيممًا آخر لبطلان الأول بحدث أو غيره ، أو لفريضة أخرى أو لغير ذلك . اتفق عليه الأصحاب .

وحَدُّ القرب : إلى حيث يتردد إليه المسافر للرعي والاحتطاب وهو فوق حد الغوث . فإن انتهى البعد إلى حيث لايجد الماء في الوقت فلا يلزمه .

وإن كان بين الرتبتين فقد نص الشافعي [1] - رضي اللّه عنه - أنه يلزمه الوضوء إن

= كلامه مدارًا عليه ، فإنه ناشئ من المصير إلى إثبات قول أن المسافر النازل في منزل يعلم وجود الماء منه حيث ينتهي إليه في الوقت لا يلزمه طلب ويتيمم ، وتأويله على ما إذا كان فوق مسافة الطلب ، ولايصح ذلك فإنه متلقّى من نصه في المسافر السائر النازل .

وفي السائر ورد حديث ابن عمر - رضي اللّه عنهما - المذكور ، وقد رواه مالك والشافعي وغيرهما بنحوٍ من لفظه في الكتاب ، وبينهما فرق وهو : أن السائر لا يُعد تاركًا لطلب الماء الذي يسير إليه ، والنازل يعد تاركًا لطلب الماء الموجود في جانبين من جوانب منزله ، وقد نقل صاحب (التهذيب) في السائر أن المذهب : جواز التيمم له مع كونه على ثقة من وصوله إلى الماء قبل خروج الوقت ، لحديث ابن عمر ، وعن (الأم) أنه لايجوز ذلك ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٥٣أ - ٥٣ب) .

(1) قوله : (الثالثة : إن تيقن وجود الماء في حد القرب فيلزمه أن يسعى إليه ، وحَدُّ القرب إلى حيث يتردد المسافر للرعى والاحتطاب وهو فوق حد الغوث ، فإن انتهى البعد إلى حيث لايجد الماء في الوقت فلا يلزمه ، وإن كان بين الرتبتين فقد نص الشافعي .. إلى آخره) معناه : إن تيقنه حيث يتردد المسافر في العادة للرعي والحطب وكان بحيث يصله في وقت الصلاة وجب السعي إليه قطعًا ، فإن انتفى الأمران بأن كان فوق المسافة المذكورة ولا يجده في الوقت فبعيد لايجب السعي إليه ، وإن كان بينهما بأن كان فوق المسافة ويلقاه في الوقت ففي وجوب السعي إليه الطريقان ، وكذا لو كان قريبًا من حيث المسافة بعيدًا من حيث الوقت وفيه أيضًا الخلاف ، وهو ماذكره في الحالة الرابعة فيما لو لاح للمسافر ماء في حد القرب ولو اشتغل به لخرج الوقت قبل وصوله ، هذا معنى كلام المصنف ومراده ، لكنه شاذ في المذهب .

قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح - رحمه اللّه -: هذا الضابط في حد القرب هو من تصرفات إمام الحرمين ، لم أجده لغيره بعد البحث مدّة . قال : والمنصوص المعروف الذي قطع به غيره : اعتبار القرب بالوقت ، فما أمكن وصوله في الوقت فقريب يجب قصده ، ومالا فلا . فجعلوا هذا الطلب أكثر من طلب مالا يعلم وجوده لكونه غير موثوق به ، وذكر الرافعي الطريقتين اللتين ذكرهما المصنف وإمام الحرمين ، ثم قال : هذا نقل الإمام والغزالي في آخرين ، قال : ولكن المذهب جواز التيمم للمسافر السائر وإن علم وصوله الماء في آخر الوقت . وإذا جاز لمن يعلم وصوله في صوب مقصده فالنازل في بعض المراحل أولى بالجواز إذا كان عن يمينه أو يساره ، لزيادة مشقة السعي إليه ، وإذا جاز للنازل فالسائر أولى ، واللّه أعلم .

كان على يمين المنزل ويساره (١) ، ونصَّ فيما إذا كان قُدَّامه على صوب مقصِده أنه لا يلزمه . فقيل قولان بالنقل والتخريج (٢) ، وهو الأصح .

أحدهما : أنه يجب ؛ لأنه علق التيمم بالفقد ، وهذا غير فاقد . والثاني : لا يجب (٣) ؛ لأنه في الحال فاقد .

ومنهم من فَرَّقَ بين النَّصَّيْنْ ، وقال : يمين المنزل ويساره منسوب إليه ، وعادة المسافر التردد إليه ، وأما التقدم ثم العود قهقرى فليس بمعتاد .

وروي أن ابن عمر تيمم فقيل [له] (٤) : أتتيمم وجدران المدينة تنظر إليك (1) ؟

---

(١) في (أ ، ب) : « أو يساره » .

(٢) قال ابن الصلاح : « ثم إن هذا أول موضع من الكتاب جرى فيه ذكر قولين بالنقل والتخريج ، فلنشرح ذلك قائلين : إذا نص الشافعي في مسألة على حكم ونص في مسألة أخرى تماثلها على حكم آخر يخالفه ، نظر الأصحاب فلم يجدوا بينهما فرقًا فإنهم يُسَوُّون بينهما فيخرجون ما نص عليه من الحكم في هذه في تلك ، وما نص عليه في تلك في هذه ، معتمدين في التسوية بينهما على عدم الفارق بينهما ، غير متوقفين على علة جامعة بينهما ، كما يفعله المجتهد في قياس ، لافارق في منصوص الشارع . فيحصل عند ذلك في كل واحدة من المسألتين قولان بالنقل والتخريج ، ثم جائز أن يراد به في كل مسألة منهما قول منقول عن الشافعي وقول مُخَرَّج ، وجائز أن يراد به أنه صار في كل مسألة بنقل المنصوص من صاحبها ، والتخريج فيها قولان ، وبهذا يشعر قولهم . فمن الأصحاب من نقل وخرج وجعلها على قولين ، وأكثر ذلك ما يكلف فيه بعض الأصحاب فرقًا بين المسألتين ، فقرر النصين قرارهما ولم يخرج فكان فيها طريقتان . ثم إن القول المخرج هل ينسب إلى الشافعي – رضي اللّه عنه – ؟ فيه كلام ذكرناه في كتاب الفتوى ، وهو الكتاب الفرد الذي لاعوض عنه للفقيه ، واللّه أعلم » . (المشكل : ١/٥٤أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « أنه يجب » .

(٤) زيادة من (ب) .

---

(1) قوله : (رُوي أن ابن عمر – رضي اللّه عنهما – تيمم فقيل له) إلى آخره : هذا صحيح رواه مالك والشافعي وغيرهما بأسانيد صحيحة بمعناه ، قال نافع : أقبل ابن عمر من الجرف ، حتى كان بالمربد تيمم وصلى العصر ، ثم دخل المدينة والشمس مرتفعة فلم يُعد الصلاة .

(¹فقال : أَوْ أَحْيَي ¹) حتى أدخلها ؟ ثم دخل المدينة والشمس حَيَّة ولم يَقْضِ الصلاة (٢) .

التفريع :

إن قلنا : يجوز التيمم فما الأَوْلَى ؟

نظر : إن تيقن وجود الماء قبل مضي الوقت فالأَوْلَى التأخير للوضوء ، وإن توقعه (٣) بظن غالب (٤) فقولان [1] :

أحدهما : التعجيل أَوْلَى (٥) ، كما أن تعجيلها أَوْلَى من تأخيرها ؛ لحيازة فضيلة الجماعة [2] ، ....

(١) في (أ) : « وأحيا » .

(٢) أخرج هذا الأثر عن ابن عمر – رضي الله عنهما – البخاري – تعليقًا – في صحيحه : (٤٤١/١)(٧) كتاب التيمم (٣) باب التيمم في الحضر إذا لم يجد الماء وخاف فوات الصلاة . كما أخرجه الشافعي في الأم : (٣٩/١) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٢٣٣/١) . وراجع : تلخيص الحبير : (١٤٥/١) .

(٣) فى الأصل : « توقف » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (إن تيقن وجود الماء قبل مضي الوقت) هذا التقدير راجع إلى نفس المكان ، أي : هو معلوم الوجود بمجاري العادات ، كما الفرات ودجلة .

وقوله : (وإن توقعه لظن غالب) فقوله : (غالب) صفة لازمة للظن ، فهي للبيان لا للاحتراز ، وذلك كماء الغدران عقيب المطر ، والله أعلم » . المشكل (٥٤/١أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « أفضل » .

---

(1) قوله : (وإن توقعه بظن غالب فقولان) الأصح : أن تعجيلها بالتيمم أفضل . وقوله : (غالب) بيان للظن ، فإنه الاحتمال الراجح ، وليس هو احتراز من ظَنٍّ ليس بغالب .

(2) قوله : (كما أن تعجيلها أولى من تأخيرها لحيازة فضيلة الجماعة) هذا ليس عائدًا إلى مسألة التيمم مختصًّا بها ، بل مسألة مستقلة ، وهي أن تعجيل الصلاة في أول وقتها منفردًا أفضل أم تأخيرها لتفعل في أواخر الوقت أو أثنائه بالجماعة ، وفي ذلك قولان . قال في (الأم) : التعجيل أفضل . وبه قطع المصنف وجمهور الخراسانيين ، وادعى الإمام والمصنف في (البسيط) اتفاق الأصحاب عليه ، وقال في (الإملاء) : التأخير أفضل وبه قطع كثيرون أو الأكثرون من العراقيين ، والأكمل في الصورتين : أن يصلي في أول الوقت بالتيمم ومنفردًا ، ثم يعيدها في آخره بالوضوء وفي جماعة .

إذ فضيلة الأُولى (١) ناجزة والأخرى موهومة[1] . والثاني (٢) : التأخير أَوْلى ؛ لأن للوضوء رتبة الفرائض[2] ، (٣ فبجبره تنجبر ٣) فضيلة الوقت .

الحالة الرابعة : أن يكون الماء حاضرًا (٤) كماء البئر إذا (٥) تنازع عليه النازحون ، وعلم أن النوبة لاتنتهي إليه إلا بعد فوات (٦) الوقت[3] ، نص الشافعي - رضي الله عنه - (٧ أنه يصبر ٧) ؛ إذ لاتيمم مع وجود الماء ، ونص في الثوب الواحد يتناوب عليه جماعة العراة أنه (٨ يصبر ولا ٨) يصلى عاريًا ، ونص في السفينة فيها موضع واحد يمكن القيام فيه أنه (٩) يصلي قاعدًا ولا يصبر (١٠) .

وقال أبو زيد المروزي وجماعة من المحققين : لافرق ، بل فيهما قولان ، بالنقل والتخريج : أحدهما : الصبر ؛ لأن القدرة حاصلة . والثاني : التعجيل ؛ لأن القدرة بعد الوقت

---

(١) في (أ) : « الأول » .
(٢) في (أ) : « الثاني » .
(٣) في (أ ، ب) : « فيجبر نقصان » .
(٤) في (أ ، ب) : « واردًا » .
(٥) « إذا » : ليست في (أ ، ب) .
(٦) « فوات » : ليست في (أ ، ب) .
(٧) ليست في (أ ، ب) .
(٨) ليست في (أ ، ب) .
(٩) في (أ ، ب) : « أن » .
(١٠) في (أ) : « يسير » .

---

(1) قوله : (والأخرى موهومة) المعروف في اللغة : متوهمة .

(2) قوله : (لأن للوضوء رتبة الفرائض) ، معناه : أنه لايجوز التيمم مع القدرة عليه ، بخلاف فضيلة أول الوقت ، فإنه يجوز تركها مع القدرة عليها .

(3) قوله : (إذا تنازع النازحون على البئر وعلم أن النوبة لاتنتهي إليه إلا بعد الوقت) إلى آخره . حاصله طريقان : المذهب أنه يصلي في الوقت بالتيمم / ...... قال أبو زيد المروزي : اسمه محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد ، الإمام البارع الرباني ، المشهور بالورع والزهادة والعبادة ، والنظر والتحقيق وحفظ المذهب ، تفقه على أبي إسحق المروزي وغيره ، تُوفي بمرو في رجب سنة إحدى وسبعين وثلثمائة ، رحمه الله . ٥٦/أ

لاتأثير لها في صلاة الوقت .

وهو جارٍ فيما لو لاح للمسافر ماء في حد القرب ، وعلم أنه لو اشتغل به لفاتته الصلاة .

ولا جريان له في المقيم بحال ، حتى إذا ضاق عليه الوقت وعلم فواته لم يتيمم ، هكذا قاله الأصحاب (١) .

ومن الأصحاب من قرر النصَّين وفرق بأن أمر القعود أسهل ، ولذلك يجوز تركه (٢) في النفل مع القدرة ، بخلاف التيمم وكشف العورة .

فرعان :

أحدهما : لو وجد ماءً لايكفيه لوضوئه فقولان (1) ؛ أحدهما : أنه فاقد فيتيمم . والثاني : واجد فيستعمل ؛ لأن المقدور (٣) لايسقط بالمعسور (2) كما لو كان بعض أعضائه جريحًا . فإن قلنا : يستعمل فيقدمه على التيمم حتى يكون فاقدًا عند التيمم .

الثاني : لو صَبَّ الماء قبل الوقت ثم تيمم في الوقت لم يَقْضِ ، ولو صب [الماء] (٤) بعد

---

(١) قال ابن الصلاح : « المقيم الحاضر إنما لم يجزْ له التيمم مع وجود الماء إذا تنبه من غفلة أو نوم أو نحو ذلك ، وكان بحيث لو تيمم أدرك الوقت ، ولو اشتغل بالوضوء فاته الوقت بخلاف مالو لاح للمسافر ماء قريب ، ولو اشتغل به لفات الوقت فإنه يتيمم على أحد القولين كما ذكره ، وفرق بينهما في الدرس بأن السفر يكثر فيه مثل هذا فتثبت الرخصة فيه بخلاف الحضر ، والله أعلم » . المشكل (١/٥٤أ - ٥٤ب) .

(٢) « تركه » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « الميسور » .

(٤) زيادة من (أ) .

---

(1) قوله : (لووجد ماء لا يكفيه لوضوئه فقولان) هما مشهوران ، أصحهما : يجب استعماله ثم يتيمم للباقي ، والثاني : يُستحب .

ولو قال : (لايكفيه لطهارته) لكان أعم ليدخل المغتسل .

(2) قوله : (لأن المقدور لا يسقط بالمعسور) قال أهل اللغة : المعسور ضد الميسور . قال الجوهري : هما مصدران ، وقال سيبويه : هما صفتان ، ولا يجيء عنده المصدر على وزن المفعول ، ويتأول قولهم : دعه إلى ميسوره ومعسوره ، ويقول : معناه إلى أمر يوسر فيه أو يعسر فيه . ثم إن مراد المصنف الغالب ، وإلا فقد يسقط الميسور للمعسور ، كمن وجب عليه كفارة مرتبة فوجد بعض الرقبة .

دخول الوقت ، أو وهب من غير عوض [١] للمتهب ففي القضاء وجهان [٢] [1] :

---

(١) كذا في الأصل و (أ ، ب) : « من غير عوض » ، والصحيح - فيما يبدو -: « من غير غرض » ، وراجع تعليق ابن الصلاح التالي .

(٢) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من أنه يقضي بهبة الماء بعد دخول الوقت من غير غرض للمتهب يوهم إطلاقه أنه لايقضي إذا كان للمتهب فيه غرض ، إن كان مثل غرض الواهب أو دونه ، بأن كان غرضه طهارة مثل طهارته أو دونها ، وهذا قد يوجه بما ذكره شيخه من قوله : لو كان هو محتاجًا فهو أولى بمائه ، وله أن يؤثر رفيقه على نفسه ، فإن الإيثار من شيم الصالحين ، ولكن ليس الأمر فيه على ذلك ، فإن هذا وإن أطلقه فمراده منه ما إذا كان عطشان ورفيقه عطشان فله إيثار رفيقه بمائه ، فإنه قد قال بعد قوله هذا بنحو ورقة : (لو كان للرجل ماء فهو أَوْلَى بمائه من كل محدث ، وليس له أن يؤثر محدثًا على نفسه ويتيمم ، فإن الإيثار إنما يسوغ في حظوظ الأنفس والمهج لافيما يتعلق بالقُرَب والعبادات) ، ذكر هذا في مسألة الجماعة المحتاجين ينتهون إلى ماء مباح فمن يكون أولى به ؟ وهكذا ذكر صاحب الكتاب نحو ذلك في هذه المسألة ، فلنقطع إذًا بأن غرض المتهب الذي تُجوز الهبة من أجله غرض العطش ونحوه مما يُدفَعُ فيه بالماء التلفُ .

وذكر الإمام في مسألة الماء المباح أن الأصحاب أجروا فيها تفاصيل الصور الآتية في مسألة الماء المأمور بدفعه إلى أولى الناس به ، ونسبهم إلى الغلط في ذلك ، وتبعه هو على ذلك في (البسيط) ذهابًا إلى أن الصواب : قسمة الماء بينهم على السواء لتساويهم في سبب الملك ، وعدم تأثير زيادة الحاجة في ذلك ، والانتصار للأصحاب أنهم لم يملكوا الماء بمجرد الانتهاء إليه قبل الأخذ وإنما ثبت لهم حق الملك ، فيستحب لأحدهم الإعراض عن التملك لمن هو أولى منه ، والله أعلم » . المشكل (١/٥٤ب - ٥٥أ) .

---

(1) قوله : (لوصب الماء بعد دخول الوقت أو وهب من غير غرض للمتهب ففي القضاء وجهان) هما مشهوران ، أصحهما : لاقضاء ، وموضع الوجهين إذا تيمم بعد تلف الماء في يد المتهب فإن كان باقيًا في يده بني على أنه هل يملكه المتهب ، وفيه وجهان مشهوران ، أصحهما : لا يملكه ، فعلى هذا يلزم الواهب القضاء قطعًا ، والثاني : يملكه ، فيكون في القضاء الوجهان لزوال ملكه بالهبة كالإتلاف .

وقوله : (من غير غرض للمتهب) احتراز مما إذا كان له غرض ، وفيه تفصيل : فإن كان المتهب محتاجًا إليه لعطش ونحوه فهو معذور ، ولاقضاء على الواهب قطعًا ، وإن كان غرضه الوضوء أيضًا فالواهب غير معذور فيكون وجوب القضاء على الوجهين ؛ لأن الإيثار إنما يكون بحظوظ النفس لا بالقرب والعبادات ، وهذا متفق عليه ، واتفقوا على أنه إذا احتاج إلى مائه للوضوء لا يجوز له إيثار من يتوضأ به ، بخلاف ما إذا عطش فآثر به عطشان ، فإنه يُستحب لما ذكرنا .

وجه (١) وجوبه : أنه عَصَى بِصَبِّه ، والهبة مع حاجة إلى (٢) الوضوء ، والرخص لا تناط بالمعاصي ، بخلاف ما قبل الوقت ؛ فإنه لاحاجة ، وبخلاف مالو جاوز شط النهر في أول الوقت ؛ لأنه لم يضيع .

ثم الصحيح : أنه لا يلزمه إلا قضاء تلك الصلاة ؛ لأنه في حق / غيرها (٣) صب قبل وقته (٤) . وقيل : يلزمه قضاء ما يغلب إمكان أدائه بوضوء واحد . ٨/أ

(٥ السبب الثاني ٥) : أن يخاف (٦) على نفسه أو ماله لو توضأ (1) :

بأن كان بينه وبين الماء سَبُعٌ أو سارقٌ فله التيمم .

وفيه مسألتان (٧) :

إحداهما : لو وهب منه الماء أو أُعير منه أو أُقرض (٨) ثمن الماء ، وهو موسر : فعليه

---

(١) في (أ ، ب) : « ووجه » .
(٢) « إلى » : ليست في (أ ، ب) .
(٣) في (أ ، ب) : « غيره » .
(٤) في (أ) : « وقت » .
(٥) ليست في (أ ، ب) .
(٦) في (أ ، ب) : « يناله ضرر » .
(٧) قال ابن الصلاح : « ثم إنه ذكر السبب الثاني للعجز عن أن يخاف على نفسه أو ماله ، ثم ذكر أن (فيه مسألتين ؛ إحداهما : لو وهب منه الماء ، والثانية : لو بيع منه بغبن) ولقائل أن يقول : أين هذا من ذلك ؟ وجوابه : أن تقدير الكلام : السبب الثاني أن يكون الماء حاضرًا ولكن يحول بينه وبينه حائل ، ومن الجائز أن يكون مملوكًا لغيره فلو وهبه منه أو باعه منه فالحكم فيه ما ذكره إلى آخره ، والله أعلم » . المشكل (١/٥٥أ) .
(٨) في (ب) : « اقترض » .

---

(1) قوله : (السبب الثاني للعجز : أن يخاف على نفسه أو ماله) ثم ذكر فيه بمسألتين وهما (هبة الماء وبيعه بغبن) قد يقال : / هاتان المسألتان لا تدخلان في هذا السبب ، وقد رد عليه الشيخ أبو عمرو بأن ٥٦/ب تقديره : السبب الثاني أن يكون الماء حاضرًا ويحول دونه حائل ، ومن الحائل أن يكون مملوكًا لغيره ، فلو وهبه له أو باعه فالحكم ما ذكره .

القبول[1] ؛ إذ المنة لا تثقل فيها (١) . وهل يجب الابتداء بسؤال هذه الأمور ؟ فيه وجهان [2] ؛ لأن السؤال أصعب على ذوي المروءات وإن هان قدر المسئول .

فأما إذا وهب منه الدلو ، أو ثمن الماء لم يلزمه القبول [3] ؛ لعظم المنة فيه (٢) .

الثانية : لو بيع الماء بِغَبْنٍ : لم يلزمه شراؤه [4] ، وكذا إن بيع بثمن المثل ولكن عليه دين مستغرق ، أو احتاج إليه لنفقة سفره في ذهابه وإيابه فلا يلزمه شراؤه .

---

(١) في (أ ، ب) : « فيه » . (٢) « فيه » : ليست في (ب) .

---

(1) قوله : (لو وهب منه الماء أو أعير منه الدلو أو اقترض ثمن الماء وهو موسر فعليه القبول) أما هبة الماء وإعارة الدلو : فيجب قبولهما على المذهب ، وفيهما وجه شاذ ، وأما قبول قرض ثمن الماء وهو موسر به بمال غائب ففيه وجهان مشهوران ، أصحهما : لايجب ، وصححه الرافعي وغيره ؛ لأنه قد يطالبه به قبل وصول ماله ، والثاني : يجب ، وبه قطع المصنف وإمام الحرمين .

(2) قوله : (وهل يجب عليه الابتداء بسؤال هذه الأمور ؟ فيه وجهان) الأصح : وجوب طلبه هبة الماء واستعارة الدلو دون اقتراض ثمن الماء ، ولو أقرض الماء نفسه وجب قبوله على المذهب ، وحكى البغوي فيه وجهًا .

(3) قوله : (إذا وهب له ثمن الماء لايجب قبوله) ظاهر إطلاقه : أنه لايجب وإن كان الواهب ولده أو والده ، وهذا هو المشهور . وذكر الدارمي وغيره في وجوب قبوله من الولد والوالد وجهين ، كبذل الماء للحج .

(4) قوله : (لو بيع الماء بغبن لم يلزمه شراؤه) ظاهر إطلاقه : أنه لايجب الشري سواء كان الغبن يسيرًا أو كثيرًا ، وهو المذهب ونص عليه في (الأم) وقطع به الجمهور . وقيل : يجب إن كان الغبن مما يتغابن الناس بمثله ، قاله القاضي حسين والبغوي . وحجة المذهب : أنه لو خاف تلف هذا القدر لو ذهب إلى الماء لم يلزمه .

(والغبن) بإسكان الباء ، وحكي فتحها وهو شاذ ، و (الشرى) يقصر فيكتب بالياء ، ويمد فيكتب بالألف .

وقول الفقهاء : (باع منه) أو (وهب منه) أو (زوج منه) ونحوها كله جائز ، وتكون (من) زائدة على مذهب الأخفش وغيره ممن يجوز زيادتها في الإثبات ، وقد جاءت أحاديث كثيرة بذلك .

(١ وفي قدر ثمن المثل ثلاثة أوجه [1] :

أحدها : أنه أجرة نقل الماء ١) ، فبه تعرف الرغبة في الماء وإن كان مملوكًا ، على الأصح . هذا أعدل الوجوه (٢) [2] .

وقيل : يعتبر بحال السلامة واتساع الماء (٣) . وقيل : تعتبر الحالة الراهنة وضرورتها .

السبب الثالث : إن احتاج (٤) إليه :

لعطشه في الوقت ، أو لتوقع العطش في ثاني الحال ، أو لعطش رفيقه في الوقت ، أو لعطش (٥) حيوان محترم فكل ذلك يبيح التيمم . وتوقع عطش الرفيق في المآل فيه

(١) في (أ ، ب) : « وقدر ثمن المثل أجرة مثل الماء » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وفي قدر ثمن المثل ثلاثة أوجه : أحدها : أنه قدر أجرة نقل الماء ، فبه تعرف الرغبة فيه ، وإن كان مملوكًا على الأصح . وهذا أعدل الوجوه) ، وفي هذا إشارة منه إلى أن هذا الوجه أصح ، وصرح بأنه الأصح في (الوجيز) وخالف بذلك جمهور المصنفين ، وهو إن كان أعدل من وجه ففيه اضطراب من وجه ، وليت شعري ماذا يقول فيما إذا بعدت المسافة التي نقل منها بحيث لا يلزمه السعي إليها إذا تيقن الماء فيها ، ولا بدل أجرة لمن ينقل إليه الماء منها ؟! وقد لا يكون منقولًا نقلًا لمثله أجرة ، كما إذا كان قد تناوله مالكه من غَدير انتهى إليه ، والله أعلم » . المشكل (١/٥٥أ).

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (في الوجه الثاني يعتبر بحالة السلامة واتساع الماء) أي في ذلك المكان الذي عدمه فيه مشتريه ، والله أعلم » . المشكل (١/٥٥ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « أن يحتاج » .

(٥) في (أ ، ب) : « عطش » .

---

(1) قوله : (وفي قدر ثمن المثل ثلاثة أوجه) هي مشهورة ، أصحها عند جمهور الأصحاب الثالث وهو الاعتبار بالحالة الراهنة في ذلك المكان ، وبهذا قطع الدارمي وآخرون ، ونقله إمام الحرمين عن الأكثرين ، وصححه الرافعي وغيره من المحققين / . ٥٧/أ

(2) وقوله : (أعدل الوجوه) الأحسن : (الأَوْجُه) ، لأنه جمع (وجه) .

نظر [١] [1] .

قال الشافعي - رضي اللّه عنه - : ولو [٢] كان معه ماء فمات ، ورفقاؤه محتاجون [٣] إليه لعطشهم يمموه وشربوا الماء [٤] ، وصرفوا ثمنه إلى ورثته ؛ لأن مثل الماء لاقيمة له [2] في ذلك الموضع في غالب الأمر ، فكان العدول إلى القيمة أولى [٥] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وتَوَقُّع عطش الرفيق في المآل فيه نظر) ، وتبع في هذا التردد شيخه ، وقد قطع غيرهما بأن الرفيق والبهيمة في ذلك كنفسه فيتيمم ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٥٥ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « لو » .　　　　(٣) في (أ ، ب) : « يحتاجون » .

(٤) « الماء » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قال الشافعي - رحمه اللّه -: (لو كان معه ماء فمات ورفقاؤه محتاجون إليه لعطشهم يمموه وشربوا الماء ، وصرفوا ثمنه إلى ورثته ؛ لأن مثل الماء لاقيمة له في ذلك الموضع) عبارته هذه حاملة على اعتقاد أن الشافعي صرح بأنه لايجب مثل الماء بل قيمته ، وليس كذلك وإنما قال الشافعي : (ويؤدون الثمن في ميراث الميت) وهذه العلة ليست في كلامه ، فاختلف أصحابه ، فمنهم من قال : أراد بالثمن المثل ؛ لأن الماء مثلي ، فلا يترك فيه قاعدة ضمان المثليات . ومنهم من قال : أراد به القيمة وهو الذي ذكر ، وعلله صاحب الكتاب ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٥٥ب) .

---

(1) قوله : (وتوقع عطش الرفيق في المآل فيه نظر) هكذا قاله أيضًا شيخه ، والمذهب الذي قطع به الجمهور : أن الرفيق والبهيمة في هذا كنفسه فيتيمم .

(2) قوله : (قال الشافعي : لو كان معه ماء فمات ورفقاؤه محتاجون إليه لعطشهم يمموه وشربوا الماء وصرفوا ثمنه إلى ورثته ؛ لأن مثل الماء لاقيمة له) ، فقوله : (لأن مثل الماء لاقيمة له) هو من كلام المصنف لامن كلام الشافعي . واختلف الأصحاب في مراد الشافعي بقوله : (ثمنه) ، فقيل : أراد مثله ؛ لأن الماء مثلي ، والمثلي يضمن بمثله . وقيل : أراد القيمة وهو الذي جزم به المصنف وجماهير الأصحاب في معظم الطرق ، قالوا : وسمى الشافعي القيمة ثمنًا مجازًا ، وإلا فحقيقة الثمن ما كان في عقد ، وقد استعملت العرب الثمن في موضع القيمة . قال أصحابنا : وصورة المسألة : أن يشربوه في موضع للماء فيه قيمة ، فهل له رد القيمة والمطالبة بمثل الماء ؟ فيه وجهان كالوجهين فيمن أتلف مثليًا فتعذر المثل فغرم القيمة ثم وجد المثل ، هل للمالك رد القيمة والمطالبة بالمثل ؟ وهما مشهوران في كتاب الغصب .

فرع :

إذا سلم ماء إلى وكيله وقال : سَلِّمه إلى أولى الناس به (١) ، فحضر جُنُب وحائض وميت ، فالميت أَوْلَى ؛ لأنه آخر عهده ، والأحياء يتيممون ، ومَنْ عليه النجاسة أولى من الجنب والحائض ؛ إذ لا بدل (٢ لإزالة النجاسة ٢) . وفيه مع الميت وجهان [1] ، والجنب مع الحائض يتساويان (٣) . وقيل : الحائض أولى [2] ؛ لأن حدثها أغلظ .

ولو اجتمع محدث وجنب ، فالجنب أولى ، إلا أن يكون الماء (٤) على قدر الوضوء ، فالصحيح : أن المحدث أولى لاكتفائه به ، ولو انتهى هؤلاء إلى ماء مباح في سفر فمن سبق إلى الماء فهو ملكه ، وإن تساووا فهو في يدهم .

والمالك إن (٥) كان محدثًا أولى بماء (٦) ملكِهِ (٧) من الجنب [3] .

السبب الرابع : العجز بسبب الجهل :

---

(١) « به » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « للنجاسة » .

(٣) في (أ ، ب) : « متساويان » .

(٤) « الماء » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٦) « بماء » : ليست في (أ) .

(٧) في (ب) : « بملكه » .

---

(1) قوله : (إذا حضر مع الميت مَنْ عليه نجاسة أيهما أولى ؟ فيه وجهان) هما مشهوران أصحهما عند الأصحاب : الميت أولى ، وصورة المسألة أن لايكون على الميت نجاسة ، فإن كان كما هو الغالب فهو أحق بلا خلاف . قال أصحابنا : ولا يفتقر استحقاق الميت إلى قبول ، وفيه وجه .

(2) قوله : (والجنب مع الحائض يتساويان . وقيل : الحائض أولى) في المسألة ثلاثة أوجه ، أصحها عند الأصحاب : الحائض أولى . والثاني : الجنب . والثالث : يستويان ، قاله ابن القطان . ولم يوافقوا المصنف على ترجيحه . فعلى هذا قال الأكثرون : يُقرع بينهما .

(3) قوله : (والمالك إذا كان محدثًا أولى بما يملكه من الجنب) الأجود أن يقول : أولى من غيره ، فإنه مقدم على الحائض أيضًا ، وعلى ذى النجاسة والميت .

وفيه أربع صور :

أحدها (١): أن ينسى الماء في رَحْلِه بعد أن كان علمه [1] ، فتيمم وصلَّى : قَضَى الصلاةَ خلافًا لأبي حنيفة . وفيه قول قديم كما في نسيان الفاتحة ، وترتيب الوضوء ناسيًا (٢) [2] .

الثانية : إذا أدرج في رَحْلِهِ ماء (٣) ولم يشعر به فطريقان ؛ أحدهما (٤) : القطع بأن لا قضاء ؛ إذ لا تقصير . والثاني (٥) : تخريجه على القولين (٦) كما في النسيان .

الثالثة : لو أضل الماء في رحله مع توهم وجوده ، فإن لم يمعن في الطلب لزمه القضاء ، وإن أمعن حتى غلب ظن الفقد ، ففي القضاء قولان كالقولين فيمن أخطأ في اجتهاده في القبلة .

الرابعة : لو أضل رحله في الرحال في جنح ليل : لزمه القضاء إن لم يمعن في

---

(١) في (ب) : « إحداهما » . (٢) « ناسيًا » : ليست في (ب) .

قال ابن الصلاح : « قوله في نسيان الماء في رحله : (وفيه قول قديم كما في نسيان الفاتحة وترتيب الوضوء ناسيًا) هكذا وقع بسقوط كلمة الترك ، وإنما هو : (وترك ترتيب الوضوء ناسيًا) ، والله أعلم » . المشكل (١/٥٥ب) .

(٣) « ماء » : ليست في (ب) . (٤) في (أ) : « إحداهما » .

(٥) في (أ) : « الثانية » . (٦) في (ب) : « قولين » .

---

(1) قوله : (نسي الماء في رحله بعد أن كان علمه) ، فقوله : (بعد أن كان علمه) توكيد للنسيان ونفي للمجاز .

(2) قوله : (كما في نسيان / الفاتحة وترتيب الوضوء ناسيًا) كان ينبغي أن يقول : (وترك ترتيب الوضوء ناسيًا) أو : (ترتيب الوضوء) ويحذف قوله : (ناسيًا) فيكون معطوفًا على الفاتحة ، أي كما في نسيان ترتيب الوضوء . ٥٧/ب

الأصح فيمن أدرج الماء في رحله ولم يشعر : القطع بأنه لا إعادة ، صححه الإمام والمصنف في « البسيط » .

والأصح فيمن أضل الماء في رحله وأمعن في الطلب أنه على وجهين ، أصحهما لاقضاء .

و (جنح الليل) : بضم الجيم وكسرها : جانبه .

الطلب ، وإن أمعن فطريقان : أحدهما : أنه (١ يجب القضاء ١) ، كما إذا (٢) أضل الماء في رحله . والثاني : القطع (٣ بأن لا قضاء ٣) ؛ لأن الرحل أضبط للماء من المخيم للرحل فلا تقصير .

فرع :

لو رأى بئرًا بالقرب بعد التيمم فهو كما إذا (٤) وجد الماء في رحله في صورة الجهل وصورة النسيان جميعًا (1) .

السبب الخامس : المرض :

الذي يخاف من استعمال الماء معه فوت الروح ، أو فوت عضو مبيح للتيمم . وإن لم يخفْ عاقبته ولكن يألم به من برد أو حر أو جرح : لم يجزْ (٥) التيمم ، وإن خاف منه مرضًا مخوفًا فالصحيح : أنه يباح التيمم .

وإن (٦) لم يخف إلا شدة الضَّنَى وبطء البرء فوجهان ، منشؤهما : أن الضرر الظاهر هل يكفي ؟ أم لابد من خوف فوات (٧) ؟ والأصح : أن الضرر الظاهر يكفي ؛

---

(١) ليست في (ب) .
(٢) في (ب) : « لو » .
(٣) في (ب) : « بنفي القضاء » .
(٤) في (أ ، ب) : « لو » .
(٥) في (أ ، ب) : « يبح » .
(٦) في (أ ، ب) . « فإن » .
(٧) قال ابن الصلاح : « ذكر من الأمراض ما يلتبس ف، ذكر من المرض الذي يخاف من استعمال الماء معه فوت الروح ، وذكر ما يخاف معه مرضًا مخوفًا ، والفرق بينهما : أن في الأول نفس استعمال الماء يحصل منه الموت ، وفي الثاني بينهما واسطة فيحصل من الاستعمال مرض ، ومن ذلك المرض الموت .
وذكر شدة الضنا أو بطء البُرْء ، ففي بعض النسخ (بالواو) وفي بعضها (بأو) ، فشدة الضنا تشتمل =

---

(1) قوله : (لو رأى بئرًا بالقرب بعد التيمم فهو كما إذا وجد الماء في رحله في صورة الجهل وصورة النسيان جميعًا) معناه : إن كان علمها ثم نسيها فهو كنسيان الماء في رحله ، وإن لم يعلمها فهو كإدراج الماء في رحله من غير علمه ، هذا مراد المصنف . وللشافعي نصان فيما إذا لم يكن علمها . قال في (الأم) : لا إعادة وفي (البويطي) : يجب الإعادة . فقال جمهور الأصحاب : أراد بالأول إذا كانت خفية ، وبالثاني إذا كانت ظاهرة ، وهذا هو الصحيح . وقيل بالإعادة مطلقًا وعكسه .

لأن هذا أشق من طلب ماء من فرسخ ونصف فرسخ ، وذلك لايجب .

(١ ولو خاف ١) بقاء شَيْنٍ قبيح ، فإن لم يكن على عضو ظاهر لم يتيمم (٢) ، وإن كان فوجهان ؛ لأنه ضرر ظاهر (1) .

السبب السادس : إلقاء الجبيرة بانخلاع العضو :

وهو كالمرض فيجب غسل ما صحَّ من الأعضاء ، والمسح على الجبيرة بالماء .

وهل ينزل المسح منزلة (٣ مسح الخف ٣) في تقدير مدته وسقوط الاستيعاب ؟ وجهان (2) ؛ أحدهما : نعم ؛ قياسًا عليه . والثاني : لا ، بل يجب الاستيعاب ؛ لأنه مبني (٤) على الضرورة

= على زيادة النحافة والضعف وشدة الوجع ، وإبطاء البرء وهو تأخر العافية ، وإن لم يزد مقدار المرض ، والله أعلم » . المشكل (١/٥٥ب - ٥٦أ) .

(١) في (أ ، ب) : « واختلفوا في » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (على عضو ظاهر) الظاهر : أن الظاهر هو ما يبدو في حالة المهنة غالبًا كالوجه واليدين ، والله أعلم » . المشكل (١/٥٦أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « المسح على الخف » . (٤) في (أ ، ب) : « بني » .

---

(1) قوله : (وإن لم يخف إلا شدة الضنا أو بطء البرء ، فوجهان) ، وقال فيما إذا خاف شينًا قبيحًا على عضو ظاهر : (فوجهان) صوابه في الصورتين : قولان ، أصحهما : جواز التيمم .

والضنا مقصور وهو النحافة والضعف وشدة الوجع .

وأما إبطاء البرء : فهو تأخير العافية ، وإن لم يزد مقدار المرض والألم ، والعضو الظاهر : هو الذي يبدو في حال المهنة غالبًا ، كالوجه واليدين .

وفي العضو لغتان ، ضم العين وكسرها .

(2) قوله : (وهل ينزل المسح على الجبيرة منزلة مسح الخف في تقدير حدثه وسقوط الاستيعاب وجهان) والصحيح : وجوب الاستيعاب وأنه لا تتقدر مدته . فإن قلنا بتقدير فهي يوم وليلة للحاضر وثلاثة للمسافر ، هكذا صرح به الرافعي وأنكره عليه الشيخ أبو عمرو ، وقال : الصواب أنه يوم وليلة حضرًا وسفرًا ، والأصح ما ذكره الرافعي وهو مقتضى إطلاق من حكى هذا الوجه ، قال إمام الحرمين : إنما يجيء الوجهان إذا أمكن نزع الجبيرة ووضعها بلا ضرر ، فإن أضرَّ به لم يجب بلا خلاف ، وهذا الذي ذكره الإمام حاصله رفع الخلاف من أصله .

فيراعى [١] فيه أقصى الإمكان . والتقدير لا يعرف إلا بتوقيف في المدة [٢] .

ثم يتيمم مع الغسل والمسح على أظهر الوجهين [1] . وقيل : إنه لا يتيمم كما لا يتيمم مع المسح على الخف .

وهل يَمْسَحُ [على] [٣] الجبيرة بالتراب ؟

فيه وجهان ؛ أصحهما : أنه لايجب ؛ لأن التراب ضعيف لا أثر له على ساتر .

وفي تقديم الغسل على التيمم ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه [٤] يجب ، كما لو وجد (٥ ماء لايكفي ٥) لتمام الطهارة .

---

(١) في (أ) : « فيرعى » ، وفي (ب) : « فراعى » .

(٢) قال ابن الصلاح : « الخلاف الذي ذكره في تقدير مدة المسح على الجبيرة شاذ ، ذكره بعض الخراسانيين ، وقد ذكره الفوراني وإمام الحرمين ، ثم ذكر الإمام أن الخلاف مخصوص بما إذا أمكن رفع الجبيرة ووضعها من غير خلل يعود إلى العضو ، فأما إذا كان رفعها يخل بالعضو فإنه لاخلاف أنه لايجب رفعها ، وإنما الخلاف فيه إذا كان يتأتى النزع فيه والرفع بعد انقضاء كل يوم وليلة ، وإن كان يتأتى النزع في كل وقت من غير خلل فلا يجوز المسح ويجب غسل ما تحتها ، قلت : إذا تأملت هذا وجدت حاصله رافعًا للخلاف في التوقيت ، ثم إن اقتصاره مع الفوراني على ذكر اليوم والليلة في ذلك في أثناء الكلام مشعر بأنه لا يفترق بالسفر والحضر ؛ لأن سببه المرض ، ولا اعتماد على ما ذكره بعض الشارحين من أنه في السفر الطويل يتأقت على القول بالتأقيت بثلاثة أيام ولياليهن من حيث النقل ، وإن كان محتملًا من حيث المعنى وكأنه شبه عليه ، والله أعلم » . المشكل (١/٥٦أ) .

(٣) زيادة من (أ ، ب) . (٤) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « من الماء مالا يكفيه » .

---

(1) قوله : (يتيمم مع الغسل والمسح على أظهر الوجهين) فقوله (الوجهين) تبع فيه إمام الحرمين ، والصواب : قولان ، وهما مشهوران ، أصحهما : يجب التيمم ، والثاني : لايجب ، ولم يوضح المصنف ذلك الأصح في الجبيرة والجراحة ، أنه إذا كان محدثًا وجب عليه أن لا ينتقل من عضو حتى يتم الطهارة ذلك غسلًا وتيممًا ، وأما الجنب : فلا حجرَ في حقه فيقدم ما شاء ، وفيه وجه شاذ ضعيف : أنه يجب تقديم الغسل ، حكاه القاضي حسين والإمام وآخرون . والحائض والنفساء كالجنب .

والثاني : لا حَجْرَ فيه ؛ فإن التيمم للجراحة وهي قائمة ، وثَمَّ لِفَقْدِ الماء فلابد من إفنائه أولًا .

والثالث : أنه لا ينتقل (١) إلى (٢) عضو مالم يُتَمّمْ تطهيرَ (٢) العضو الأول ، فلو كان (٣) الجراحة على يده فيغسل (٤) وجهه ثم يديه ، ويمسح على الجبيرة ثم يَتَيَمَّمُ ، ثم يمسح رأسه ويغسل رجليه .

السبب السابع : العجز بسبب جراحة (٥) :

فإن (٦) لم يكن عليه لصوق [1] فلا يمسح على محل الجرح ، وإن كان عليه لصوق فيمسح على اللصوق كالجبيرة .

وهل يلزمه / إلقاء اللصوق عند إمكانه (٧) ؟ ١٨/ب

(١) في (أ ، ب) : « ينقل » .

(٢) في (أ ، ب) : « العضو مالم يتم تطهر » .

(٣) في (أ ، ب) : « كانت » .

(٤) في (أ ، ب) : « يغسل » .

(٥) في (أ ، ب) : « الجراحة » .

(٦) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٧) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وهل يلزمه إلقاء اللصوق عند إمكانه ؟ فيه تردد للأصحاب ، وينقدح عليه التردد في وجوب لبس الخف على من وجد من الماء ما يكفيه لو مسح ولا يكفيه لو غسل) إلى آخره ، هذا نقله عن شيخه وغَيَّره تغييرًا قد يوهم غير ما ينبغي ، إنما حكى شيخه إيجاب ذلك عن شيخه والده ، وقال : لم أرَ هذا لأحد من الأصحاب ، واستبعده ، ثم ذكره أنه قد يترتب عليه أن من كان على طهارة وقد أرهقه حدث ووجد من الماء ما يكفيه لوجهه ويديه ورأسه ولا يكفي لرجليه ، ولو لبس الخف لأمكنه أن يمسح على خفيه ، فهل يجب عليه أن يلبس الخف ليمسح بعد الحدث عليه ؟ قال : مقياس ما ذكره شيخي إيجاب ذلك وهو بعيد عندي ، ولشيخي أن ينفصل عنه بأن مسح الخف رخصة محضة ، فلا يليق بها إيجاب لبس الخف ، وما نحن فيه من مسالك الضرورات فيجب فيه الإتيان بالممكن ، والله أعلم » . المشكل (١/٥٦أ - ٥٦ب) .

---

(1) (اللَّصوق) - بفتح اللام - هو : ما كان على جرح أو قرع ، و (الجبيرة) - بفتح الجيم - و (الجبارة) بكسرها : ما كان على كسر .

فيه تردد للأصحاب . ويتقدم (١) عليه التردد في وجوب لبس الخُفِّ على من وجد(٢ من الماء ما يكفيه ٢) لو مسح على الخف ، ولا يكفيه لو غسل (1) .

فرعان :

أحدهما : أنه (٣) تجب إعادة التيمم عند كل صلاة ، ولا تجب إعادة الغسل ولا إعادة مسح الجبيرة .

الثاني : إذا توهم الاندمال ففتح الجبيرة فإذا هو مندمل : فهو كنزع الخف في غسل ذلك العضو ، وتدارك سائر الأعضاء .

وإن كان الجرح قائمًا فوجهان في إعادة التيمم (2) ؛ أحدهما : نعم كما لو رأى سَرَابًا .

والثاني : لا ؛ إذ طلب الاندمال غير واجب ، بخلاف طلب الماء .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « وينقدح » .

(٢) في (أ ، ب) : « ماء يكفيه » .

(٣) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .

(1) قوله : (وهل يلزمه إلقاء اللصوق من عند إمكانه ؟ فيه تردد للأصحاب وينقدح عليه التردد في وجوب لبس الخف على من وجد من الماء ما يكفيه لو مسح على الخف ولا يكفيه لو غسل) أما مسألة اللصوق : فالمشهور الذي قطع به الجمهور : أنه لا يلزمه ، وحكى إمام الحرمين عن والده أنه أوجب ذلك .

قال الإمام : ولم أرَ هذا لأحد من الأصحاب . قال : وفيه بعد . وأما مسألة الخف فانفرد الإمام بذكرها ، فقال : قياس ما ذكره شيخي إيجاب ذلك . قال : وهو بعيد عندي ، ولشيخي أن يفرق بأن مسح الخف رخصة محضة فلا يليق بها إيجابها ، وما نحن فيه ضرورة فيجب فيه الممكن .

(2) قوله : (وإن كان الجرح قائمًا فوجهان في إعادة التيمم) هما مشهوران ، أصحهما : لاتجب إعادته .

الباب الثاني

في كيفية التيمم

(وله سبعة أركان [١]) [1]

الركن [٢] الأول : نقل التراب الطهور إلى الوجه واليدين :

---

(١) يقول ابن الصلاح : « ومن الباب الثاني في كيفية التيمم ، ذكر أن له سبعة أركان ؛ (الأول : نقل التراب الطهور إلى الوجه واليدين ، والثاني : القصد إلى الصعيد ، فلو تعرض لمهب الرياح ومسح به وجهه لم يجز ، والثالث : النقل ، فلو كان على وجهه تراب فردده عليه لم يجز ، والرابع : النية) هذا مشكل وشرحه : أن المقصود بالركن الأول : اشتراط أصل النقل في منقول مخصوص ، وبيان أنه التراب الموصوف ، والمقصود بالثاني : أن يكون ذلك النقل بقصده إلى فعلٍ منه أو ممن ينوب عنه يحصل به النقل ، وبالثالث : أن يكون النقل إلى عضو التيمم بفعل التيمم لا قبله ، فلو كان على وجهه تراب نقله إليه من قبل فأمره عليه لم يجز ، والرابع : النية وهي القصد إلى استباحة الصلاة بنقل التراب، والركن الثاني : القصد إلى نقل التراب ، فتغاير متعلق القصد .

وفيما ذكره تكلف ، والأَوْلَى : أن يجتزأ عن الثلاثة الأول بواحد ، فيقال : نقل التراب إلى الوجه واليدين بالقصد لنقله ، وصاحب (التهذيب) وغيره إنما عدوها خمسة : النية والقصد إلى التراب ، لنقله ومسح جميع الوجه ، ومسح اليدين إلى المرفقين ، والترتيب ، والله أعلم » . المشكل (١/٥٦ ب - ٥٧ أ) .

(٢) « الركن » : ليست في (أ ، ب) .

---

(1) قوله : (له سبعة أركان : الأول : نقل التراب الطهور . الثاني : القصد إلى الصعيد ، فلو تعرض لمهب الرياح ومسح به وجهه لم يجز ، الثالث : النقل ، فلو كان على وجهه تراب فردده عليه لم يجز ، الرابع : النية) هذه الأركان الثلاثة الأولى متداخلة ، ويكفي عنها أن يقول : نقل التراب إلى الوجه واليدين بالقصد لنقله ، وقد عد البغوى وآخرون الأركان خمسة : النية ، وقصد التراب لنقله ، ومسح الوجه ، ومسح اليدين ، والترتيب .

[وقد أجاب الشيخ أبو عمرو عن الإشكال في كلام المصنف] بأن المقصود بالركن الأول أصل النقل إلى منقول مخصوص وهو التراب ، وبالثاني : أن يكون ذلك النقل بقصد ه إلى فعل منه أو ممن ينوب عنه ، وبالثالث : أن يكون النقل إلى عضو التيمم بفعل التيمم لا قبله ، وبالرابع : النية وهي قصد استباحة الصلاة بنقل التراب ، بخلاف الركن الثانى فإنه قصد نقل التراب فتغايرا . قال : وفيما ذكره تكلف .

(الحجر الصَّلْب) بفتح الصاد وهو الأملس ، والمراد هنا : ما لا تراب عليه ولا غبار .

فلو (١) ضرب اليد (٢) على حجر صَلْدٍ (٣) ، ومسح وجهه لم يجزْ ، خلافًا لأبي حنيفة .

ثم ليكن المنقول ترابًا ، طاهرًا ، خالصًا ، مطلقًا .

أما قولنا : (تراب) فيندرج (٤) تحته الأعفر [1] ° وهو الأسود ° الذي يستعمل في الدواة ، [2] والأصفر والأحمر وهو الطين الإِرْمِني (٦) ، والأبيض وهو المأكول من التراب ، لا (٧) الجص ، والسبخ [3] وهو الذي لا ينبت ، لا الذي يعلوه ملح (٨) ، والملح ....

---

(١) في (أ ، ب) : « ولو » . (٢) في (أ ، ب) : « اليدين » .

(٣) في (أ ، ب) : « صلب » . وقال ابن الصلاح : « والحجر الصلد : هو الأملس ، عَبَّرَ به عن الذي لا تراب ولا غبار عليه ، والله أعلم . والأعفر : هو الذي ليس بياضه خالصًا » . المشكل (١/ ٥٧ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « يندرج » . (٥) في (أ ، ب) : « والأسود » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله : (والأحمر هو الطين الإرمِني) فالإرمني هو بكسر الهمزة وكسر الميم ، وهو معروف في الأدوية ، منسوب إلى إرمينية ناحية منها مدينة دلاط ، وهي بكسر الهمزة وميم مكسورة بعدها ياء ساكنة ثم نون مكسورة بعدها ياء غير مشددة ، والله أعلم . السبخ بفتح الباء أفصح وأولى ، ويجوز بكسرها » . المشكل (١/٥٧أ) . (٧) في (أ ، ب) : « إلا » .

(٨) قال ابن الصلاح : « (السبخ) : بفتح الباء أفصح وأَوْلَى ، ويجوز بكسرها . وقوله : (وهو الذي لا ينبت لا الذي يعلوه ملح ، فالملح ليس بتراب) ذكر الشافعي السبخ فيما يجوز التيمم به وفسره هو وشيخه بالذى لا ينبت لا الذي يعلوه ملح ، قلت : الذي يعلوه ملح هو من السبخ لكنه تراب خالطه ملح فيلتحق في عدم الجواز بالتراب الذي يخالطه ما ليس بتراب ، فهذا وجه ما ذكره وفيه إشكال ، والله أعلم . إنما جاز التيمم بالرمل الذي خالطه غبار وتراب مع أنه لا يجوز بالتراب المشوب بالدقيق لأن المتيمم إذا وضع يده على الرمل المخالط للغبار والتراب علق به الغبار دون الرمل لثقله وبسفله ، وخفة الغبار بخلاف الدقيق ، والله أعلم » . المشكل (١/٥٧أ) .

---

(1) قوله : (أما قولنا : تراب يندرج تحته الأعفر) هكذا هو في النسخ يندرج بغير فاءٍ ، والمشهور في العربية جواب أما بالفاء ، فيقول : (فيندرج) وقد أكثر المصنف وغيره من حذف هذه الفاء وهى لغة صحيحة ، وقد جاءت متكررة في الأحاديث الصحيحة ، وغيرها من كلام العرب ، لكن الفصيح المشهور إثباتها .

(2) قوله : (والأسود الذى يستعمل في الدواة) وفي بعض النسخ : (الدُّوِي) بضم الدال وكسر الواو وتشديد الياء ، جمع دواة وكلاهما صحيح .

(3) (الجص) بكسر الجيم وفتحها عجمي معرب ، (السبخ) بفتح الباء وكسرها وإسكانها .

ليس بتراب [1] والبطحاء هو (١) التراب اللين في مسيل الماء . ويخرج الزرنيخ ، والنورة ، وسائر المعادن ؛ (٢ لأنه لا يُسمَّى ٢) ترابًا .

وقولنا : (طاهرٌ) يخرج منه أن التراب النجس لا يتيمم به ، إذ الطهور ما يكون طاهرًا في نفسه .

وقولنا : (خالص) يخرج عليه (٣) التراب المشوب بالزعفران والدقيق فلا يجوز التيمم به ، فإن كان الزعفران مغلوبًا لا يرى فيجوز التيمم – على وجه – كالزعفران اليسير في الماء . وعلى الثاني : لا ؛ لأن الماء بلطافته يجري على مواضع (٤) الزعفران [2].

وقولنا : (مطلق) يخرج عليه أن سحاقة الخزف أصلها تراب [3] ولكن لا يُسمَّى ترابًا ، فلا يتيمم [به] (٥) ، وفي الطين المأكول إذا شوي ثم سحق وجهان [4] ؛ لأن الشَّيَّ فيه قريب .

واختلف نص الشافعي – رضي الله عنه – في الرمل ، والأصح : تنزيله على حالين ، فإن كان عليه غبار جاز ، وإلا فلا .

(١) في (أ ، ب) : « وهو » .
(٢) في (أ ، ب) : « لأنها لا تسمى » .
(٣) في (أ ، ب) : « عنه » .
(٤) في (أ ، ب) : « مواقع » .
(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(1) قوله : (والسبخ وهو الذى لا ينبت لا الذي لا يعلوه ملح ، فالملح ليس بتراب) معناه : أن الشافعي والأصحاب قالوا بجواز التيمم بالسبخ وهو التراب الذى لاينبت ، وأما الذي يعلوه ملح : فلا يجوز التيمم به لأنه تراب خالطه ما ليس بتراب .

(2) قوله : (في التراب المخلوط بالزعفران المغلوب وجهان) هما مشهوران ، أصحهما : لا يجوز ، بخلاف الرمل الذي فيه غبار فإنه يجوز التيمم به على الصحيح ؛ لأن الرمل لا يعلق بالعضو بخلاف الزعفران ونحوه .

(3) قوله : (وقولنا : مطلق يخرج منه سحاقة الخزف) هذا مما أنكروه عليه ، لأن السحاقة لا تسمى ترابًا مطلقًا ولا غير مطلق ، فلا يحتاج إلى الاحتراز / عنها ؛ لأنها لم ٥٨/أ

(4) قوله : (وفي الطين المأكول إذا شوي ثم سحق وجهان) كان ينبغي أن يحذف لفظة : (المأكول) ، فإن المشوي فيه وجهان ، سواء كان مأكولًا أم غيره ، أصحهما عند الأكثرين : لا يجوز ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والبغوي ، وأصحهما عند إمام الحرمين والروياني والرافعي والمحققين : الجواز . قال إمام الحرمين : القول بالمنع غير معدود من المذهب ، فالصواب القطع بالجواز .

وفي التراب المستعمل : وهو الذي التصق بوجه المتيمم وجهان [1] . (١ وجه التفريق ١) بينه وبين الماء : أن التراب لا يرفع الحدث .

الركن الثاني : القصد إلى الصعيد :

فلو تعرض لمهب (٢) الرياح ثم مسح وجهه لم يجزْ ؛ لأن التيمم عبارة عن القصد (٣) .

وحكى صاحب التقريب فيه وجهًا [آخر] (٤) قياسًا على الوضوء .

ولو يَمَّمَه غيره بغير إذنه فهو كالتعرض للريح ، وإن كان بإذنه وهو عاجز ، وإلا فوجهان [2] .

الركن الثالث : النقل :

فلو كان على وجهه تراب فردده عليه بالمسح لم يجزْ ؛ إذ لا نقل ، وإن نقل من سائر أعضائه إلى وجهه ويديه جاز ، (٥ وإن نقل من يده إلى وجهه جاز ٥) لوجود النقل ، وفيه وجه آخر : أنه لا

(١) في (أ ، ب) : « ووجه الفرق » . (٢) في (أ ، ب) : « لمهبات » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لأن التيمم عبارة عن القصد) بيانه وتمامه بأن يقول : وقد قال اللَّه - تبارك وتعالى - : ﴿ فتيمموا صعيدًا طيبًا فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه ﴾ فتضمن مجموع ذلك وجوب القصد إلى الصعيد ونقله إلى وجهه ويديه ، واللَّه أعلم » . المشكل (١/٥٧أ - ٥٧ب) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) ليست في (أ ، ب) .

(1) قوله : (وفي التراب المستعمل وهو الذي التصق بوجه المتيمم وجهان) هذان الوجهان تفريع على المذهب في أن الماء المستعمل لا يجوز استعماله ، أصحهما عند الأصحاب : لا يجوز التيمم به ، وبه قطع الأكثر ، قال المصنف في درسه : هما ملتقيان على أن سبب الاستعمال في الماء انتقال المنع أم تأدي العبادة ؟

واتفقوا على أن اللاصق بالعضو مستعمل ، وفي المتناثر عند الوجه أو اليدين وجهان مشهوران ، أصحهما عند الأصحاب : لا يجوز أيضًا ، صححه أبو حامد والمحاملي والفوراني وإمام الحرمين وابن الصباغ والبغوي وخلائق ، وقطع به المتولي وغيره نص عليه الشافعي ، فلا يغتر بقول المصنف : (وهو الذي التصق بوجه المتيمم) ، ثم تخصيصه بوجه المتيمم منكر ، وصوابه : بعضو المتيمم ، فقد اتفقوا على أن اليدين كالوجه في هذا .

(2) قوله : (فيمن يممه غيره بإذنه بلا عذر) وفيه وجهان ، أصحهما : الجواز وبه قطع الجمهور ونصَّ عليه في (الأم) ، والوجه الآخر خرجه صاحب (التلخيص) من مسألة التعرض للريح .

يجوز ؛ لأن أعضاء التيمم في حكم عضو واحد ، ولو مَعَكَ وجهه في التراب فالصحيح جوازه ؛ لوجود القصد والنقل ، وإن لم يكن بواسطة اليد (١) .

الركن الرابع : النية ولابدَّ منها :

وفيه مسألتان :

إحداهما : إن نوى (٢) رفع الحدث : فلا يصح ؛ لأن التيمم لا يرفع الحدث ، ولذلك يجب الغسل على الجنب عند رؤيته (٣) الماء .

وقال ابن سريج : يرفع الحدث في حق فريضة واحدة .

الثانية : إذا نوى استباحة الصلاة : جاز ، فإن (٤) نوى الاستباحة عن الحدث وهو جنب أو بالعكس : لم يضر ؛ لأنه غلط فيما يستغنى عن ذكره .

ثم له أربعة أحوال :

إحداها : أن ينوي استباحة الصلاة مطلقًا ، فالمذهب : صحة تيممه للفرض والنفل جميعًا [1] .

وقيل : يقتصر على النفل ، كالمصلي إذا نوى الصلاة ، وهو بعيد .

الثانية :أن ينوي استباحة الفرض والنفل ، فالصحيح : جوازهما .

وقيل : لابد من تعيين الفرض المقصود ، وهو بعيد .

الثالثة : إذا نوى الفرض كان له أن يؤدي به النفل بطريق التبعية على الأصح . نعم لو خرج وقت الفريضة ففي النفل بذلك التيمم وجهان ؛ لفوات وقت المتبوع [2] .

(١) في (أ ، ب) : « النقل » .
(٢) في الأصل : « ينو » .
(٣) في (أ ، ب) : « رؤية » .
(٤) في (أ ، ب) : « وإن » .

(1) قوله : (فيما إذا نوى استباحة الصلاة مطلقًا يصح تيممه على المذهب للفرض والنفل) هذه طريقته وطريقة إمام الحرمين . وقال الجمهور : هو لمن نوى استباحة النفل وهذا هو الصحيح .

(2) قوله : (فيمن نوى الفرض هل له التنفل بعد خروج وقت الفرض ؟ وجهان أصحهما الجواز /) ، وأن من ـ ٥٨/ب

ولو تنفل قبل الفريضة فقولان (١) مشهوران . أصحهما : الجواز ، وهو نصه في (الأُمّ) .

ووجه المنع : أن التابع لا يقدم .

الرابعة : إذا نوى النفل ولم يتعرض للفرض فهل يصلي للفرض ؟ فيه قولان مشهوران . فإن قلنا : لا يؤدي الفرض فهل يؤدي النفل ؟ فوجهان (٢) . ووجه المنع : أن النفل تابع فلا يفرد وهو ضعيف ؛ إذ حاجة المسافر تمس إلى النوافل مفردًا .

فرع :

لو نوى استباحة فريضتين (٣) : فسدت نيته (1) على وجه ، وصح (٤) في حق فرض واحد على الوجه الثاني .

الركن الخامس : مسح الوجه :

ويجب فيه الاستيعاب ، ولا يجب إيصال التراب إلى منابت الشعور وإن خفَّت ؛ للعسر .

وقال أبو حنيفة : لو أغفل رُبْعَ الوجه لجاز (٥) (2) .

(١) في (أ ، ب) : « فوجهان » .

(٢) في (أ ، ب) : « فيه وجهان » .

(٣) في (أ ، ب) : « فرضين » .

(٤) في (ب) : « وصحت » .

(٥) في (ب) : « جاز » .

= نوى فرضيته صح تيممه ، وله أن يكتفي بإحداهما ، أيهما شاء .

نص عليه في (البويطي) وقطع به جمهور العراقيين ، وقيل بتعين الأُولى حكاه الدارمي ، وهو غلط .

(1) وقوله : (فسدت نيته) هو بفتح السين وضمها .

(2) قوله : (وقال أبو حنيفة : لو أغفل رُبع الوجه جاز) هذه العبارة تُوهم أن أبا حنيفة إنما يقول بالجواز فيمن ترك ذلك ناسيًا غافلًا دون المتعمد ، وليس هو مذهبه ، بل مذهبه : الجواز عام في الناسي والعامد ، وكان ينبغي للمصنف أن يقول : (قال أبو حنيفة : لو ترك) . وأما قوله : (ربع الوجه) فقد يُنكر أيضًا ؛ لأن عن أبي حنيفة في المسألة أربع روايات :

إحداها : وجوب الاستيعاب ، كمذهبنا ، الثانية : إن ترك دون درهم أجزأه ، وإلا فلا ، والثالثة : إن ترك دون الربع أجزأه ، وإن ترك الربع لم يجزيه ، والرابعة : إن مسح أكثره أجزأه ، وإلا فلا . فليس عنه رواية =

الركن السادس : مسح اليدين إلى المرفقين :

وقال مالك : إلى الكوعين [1] وهو قول قديم .

ثم تخفيف التراب مستحب . وطريق (١) الاستيعاب مع التخفيف والاقتصار على ضربتين – (٢ فإنه سُنة ٢) – أن يضرب ضربة لا يُفرِّجُ فيها أصابعه [2] ، ويمسح (٣) وجهه ويستوعب (٤) ؛ إذ سعة الوجه قريب من سعة الكفين ، وفي الضربة الثانية يفرج [أصابعه] (٥) ، ثم يلصق ظهر (٦) أصابع يده اليمنى ببطون أصابع يده اليسرى بحيث لا يجاوز أطراف الأنامل من إحدى اليدين عرض المُسَبِّحَة من الأخرى ، ثم يمر يده اليسرى من حيث وضعها على ظاهر / ساعده اليمنى (٧) ، ثم ٩/أ

(١) في (ب) : « فالطريق » .

(٢) في (ب) : « فإن السنة » .

(٣) في (أ ، ب) : « فيمسح » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله في كيفية التيمم : (فإن السنة أن يضرب ضربة فيفعل كذا وكذا ، وفي الضربة الثانية يفعل كذا وكذا) لا يتوهم من هذا أن هذه الكيفية وردت بها السُّنة ، فإنه لم يُرِدْ هو ذلك ، ولم يَرِدْ بها خبر ولا أثر ، ولكن لما ثبت عن رسول اللّه ﷺ الاقتصار فيه على ضربتين وثبت وجوب الاستيعاب ، ذكر الشافعي وأصحابه هذه الكيفية ليبينوا كيف يحصل الاستيعاب بضربتين ، ويتجه أن يقال : إنها مستحبة لكونها طريقًا إلى الوفاء بسنة الاقتصار على ضربتين ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٥٧ب) .

(٥) من (ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « ظهور » .

(٧) في (أ ، ب) : « الأيمن » .

= بجواز الربع تحديدًا ، ولكن يصح كلام المصنف على الرواية الرابعة .

(1) قوله : (وقال مالك : إلى الكوعين) هذه رواية ضعيفة عنه ، والمشهور عنه إلى المرفقين .

(2) قوله : (فإن السنة أن يضرب ضربة) إلى آخره ، هذا قد يُوهم أن هذه الكيفية مروية عن النبي ﷺ ، ولم يصح في هذه الكيفية شيء ، ولكن لما ثبت الاقتصار على ضربتين وثبت وجوب الاستيعاب ذكر الشافعي وأصحابه هذه الكيفية ليبينوا حصوله بضربتين ، قال جماعة من الأصحاب باستحبابها ، ولكونها طريقًا إلى سنة الاقتصار على ضربتين ، قال الرافعي : وزعم بعضهم أنه منقول عن فعل رسول اللّه ﷺ .

قوله : (يضرب ضربة لا يفرق فيها أصابعه) هذه طريقة القفال وجماعة ، أنه لا يفرق في الأولى ، والصحيح : أنه يُستحب التفريق فيها ، نص عليه الشافعي في « مختصر المزني » وفي (البويطي) ، وبه قطع =

يقلب بطن كفه اليسرى على بطن ساعده اليمنى [١] ويمرها [٢] إلى الكوع ، ويُجْرِي بطن إبهامه اليسرى على ظهر إبهامه اليمنى ، ثم يفعل باليسرى [٣] كذلك ، ثم يمسح كفيه ، ويُخلل بين [٤] أصابعه ، فإن لم يحصل الاستيعاب زاد ضربة ثالثة ، ولو فرج الأصابع في الضربة الأولى قال القفال : لا يصح ؛ لأن غبار الضربة الثانية لا يصل إلى تلك البشرة . وهو بعيد ؛ (٥ فإنه تضييق للرخصة ٥) .

الركن السابع : الترتيب :

كما ذكرناه في الوضوء ، وكذا [٦] حكم الموالاة .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « الأيمن » .

(٢) في (أ ، ب) : « ويمره » .

(٣) في (أ ، ب) : « باليد اليسرى » .

(٤) « بين » : ليست في (ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « فإن ذلك يضيق الرخصة » .

(٦) في (أ ، ب) : « وهذا » .

= جميع العراقيين وجماعة من الخراسانيين ، قالوا : وفائدة استحباب التفريق : زيادة تأثير الضرب في إثارة الغبار ، وليكون أسهل وأمكن في تعميم الوجه بضربة واحدة ، والله أعلم .

قوله : (الركن السابع الترتيب كما ذكرنا في الوضوء وهذا حكم الموالاة) يعني : أن حكم موالاة التيمم كموالاة الوضوء وفيها القولان ، الصحيح الجديد : سُنة ، والقديم : واجبة . وقيل : إنه سُنة هنا قطعًا . وقيل : واجبة قطعًا .

الباب الثالث

[1] في أحكام التيمم [1]

(وهي ثلاثة)

الحكم [2] الأول : أنه يبطل برؤية الماء قبل الشروع في الصلاة :

بل بظن الماء (1) عند رؤية السَّراب ، أو طلوع الركب ؛ لأنه يجب الطلب ، وتقديم [3] الطلب شرط التيمم ، بخلاف ما إذا ظن المتيمم العاري ثوبًا فلم يكن ، لا يبطل تيممه ؛ لأن طلبه ليس من شرط التيمم .

أما بعد الشروع : فلا تبطل الصلاة (2) ، خلافًا لأبي حنيفة والمزني [4] .

وفيه وجه [آخر] [5] مخرج من وجهين ذكرهما ابن سريج في المستحاضة إذا انقطع دمها في أثناء ....

(١) في (أ ، ب) : « في الأحكام » .

(٢) « الحكم » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (ب) : « وتقدم » .

(٤) يقول ابن الصلاح – رحمه الله – : « ومن الباب الثالث في أحكام التيمم ما أطلقه من أن الصلاة لا تبطل برؤية الماء بعد الشروع : مقيد بصلاة لا يجب قضاؤها كصلاة المسافر ، وإلا تبطل على المذهب » . المشكل (٥٧/١ ب) .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

---

(1) قوله : (يبطل التيمم برؤية الماء بل بظَنِّه) كان الأحسن أن يقول : بل بتوهمه ، ثم إنه إنما بالرؤية أو الظن أو التوهم ، إذا لم يقارن ذلك مانع من استعمال الماء ، فإن قارنه لم يبطل بلا خلاف ، كمن وجده وهو محتاج إليه للعطش ، وعلم أنه لا يفضل عن حاجته ، أو رأي بئرًا مع علمه بتعذر الاستقاء منها ونحو ذلك ، وكان ينبغي للمصنف التنبيه على هذا .

(2) قوله : (إن الصلاة لا تبطل برؤية الماء بعد الشروع فيها) المراد : صلاة المسافر الذي لا يلزمه القضاء ، وأما المتيمم في الحضر : فتبطل صلاته بذلك على المذهب ، وبه قطع الجمهور .

الصلاة [١] [1] ، وظاهر [٢] المذهب الفرق ؛ لأن حدث المستحاضة يتجدد ولا بدل له.

فإذا قلنا : لا تبطل صلاته ففيه أربعة أوجه [2] :

أحدها : أن الأَوْلى أن يقلب فرضه نَفْلًا حتى يتدارك فضيلة الوضوء [٣] .

والثاني : أن الأَوْلى أن يُتِمَّ [٤] الصلاة .

والثالث : أن الأَوْلى أن [٥] يخرج من الصلاة حتى لا يكون مصليًا مع وجود الماء .

والرابع : أنه ليس له أن يخرج ، ولا أن يقلب [٦] نفلًا ، بل يلزمه الاستمرار ، وهذا بعيد ؛ إذ الوقت إذا كان متسعًا فالشروع ليس بملزم إذا لم يكن ....

---

(١) قال الحموي : « ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال من حيث إنه قال : وفيه وجه مخرج من وجهين ، ومعلوم أن الوجه لا يكون مخرجًا من وجهين كما لا يخفى ، والتخريج واقع من حيث البطلان بسبب انقطاع الدم في أثناء الصلاة ، دون تخريجه منهما وهو إشكال ظاهر » . ثم قال : « مراده بالتخريج : من أحد الوجهين ، فإنه لما كان ذلك مقنعًا حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه ، والتخريج من وجه البطلان ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (٣٢ أ - ٣٢ ب) .

(٢) في (ب) : « فظاهر » .

(٣) « الوضوء » : ليست في (أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « يتمم » .

(٥) « أن » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « يقلبه » .

---

(1) قوله : (أما بعد الشروع : فلا تبطل الصلاة ، وفيه وجه مخرج من وجهين ذكرهما ابن سريج في المستحاضة إذا انقطع دمها في أثناء الصلاة) هذه العبارة موهمة خلاف الصواب ، فالصواب : أن الشافعي نص في مسألة المستحاضة على بطلان الصلاة ، وفي مسألة التيمم أنها لا تبطل ، فنقل ابن سريج الجواز وخرج المسألتين على قولين ، وقال جمهور الأصحاب : المسألتان على ما نص عليه ، والفرق من وجهين ذكرهما المصنف ، أحدهما : أن حدثها متجدد ، والثاني : لم تأتِ ببدل عن النجاسة .

(2) قوله :(فإذا قلنا لا تبطل صلاته فيه أربعة أوجه) هي مشهورة ، قال أصحابها : الأفضل الخروج منها أو قلبها نفلًا ... / .

٥٩/ب

خلل [1] ، فكيف إذا كان ؟! [1] ولذلك [2] نص الشافعي - رضى الله عنه - أن المنفرد إذا أدرك جماعة يقطع الصلاة ، فكيف يقطع الفرض لأجل الفضيلة لولا جوازه ؟ وكذا المسافر يصبح صائمًا فله أن يفطر ، ولا يلزمه بالشروع .

وهذا القائل يقول : [3] المتنفل إذا رأى الماء [3] تبطل صلاته ؛ فإنه لا مانع من الخروج .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (الوقت إذا كان متسعًا ، فالشروع ليس بملزم إذا لم يكن خلل ، فكيف إذا كان ؟) هذا غير مرضي ولا مقبول عند نقلة المذهب ، بل الحكم في ذلك : أنه لا يجوز له الخروج إذا لم يكن خلل وعَدَّد لقيام الفارق بين الحالين ، وفي كتاب (التتمة) أنه إذا شرع في صلاة الفرض والوقت متسع لم يضق ولم يطرأ عذر فالخروج غير جائز بلا خلاف ، وقد وجدنا نص صاحب المذهب الشافعي على ذلك ، فنص في (الأم) على أن من دخل في صوم واجب من قضاء أو نذر أو كفارة أو في صلاة مكتوبة في وقتها أو صلاة قضاء أو نذر لم يكن له أن يخرج من ذلك كله من غير عذر ، كانتقاض طهر أو غيره ، وإن خرج كان آثمًا ، والذي صار إليه صاحب الكتاب إنما هو شيء قاله شيخه إمام الحرمين من عنده لم ينقله . بل عقبه بأن قال : وما عندي أن الأصحاب يسمحون بهذا ؛ فكان من حق صاحب الكتاب أن يتبين من حال هذه المقالة مثل ما بينه شيخه ولا يذكرها ذكر مُضيف لها إلى المذهب قاطع بها ، فإن ذلك يُوجب خلافًا في معرفة المذهب ، وليس له من أشباه ذلك الكثير ، رحمنا الله وإياه ، والله أعلم » . المشكل (١/٥٧ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « وكذلك » . (٣) في (أ ، ب) : « إذا رأى المتنفل الماء » .

---

(1) قوله : (الوقت إذا كان متسعًا فالشروع ليس بملزم إذا لم يكن خلل فكيف إذا كان ؟) هذا الذي جزم به من جواز الخروج من الفريضة إذا اتسع الوقت ليس هو مذهب الشافعي ولا وجهًا في المذهب ، وإنما هو احتمال لإمام الحرمين ذكره ، ثم قال : وما عندي أن الأصحاب يسمحون بهذا ولا يُجَوِّزونه .

وذكر الغزالي في (البسيط) هذا الاحتمال عن إمام الحرمين ، ثم قال : في الأصحاب مَنْ يسمح بذلك في صلاة الوقت ، وإن كان في أول الوقت ولا في القضاء ، وهذا الذي في (البسيط) هو الصواب ، وليته قال في (الوسيط) مثله . واعلم أن الصواب : أنه لا يجوز الخروج من المكتوبة في أول الوقت ، نص عليه الشافعي في (الأم) في باب تفريق الصوم والصلاة ، واتفق عليه الأصحاب في جميع الطرق ونقلوا إجماع الأصحاب عليه ، ممن نقل إجماعهم عليه المصنف في (البسيط) والمتولي في كتاب التيمم وفي كتاب صلاة الجماعة وخلائق ، وقد اعترف به إمام الحرمين كما ذكرنا ، وأما المسألتان اللتان استدل بهما المصنف هنا فقد استدل بهما أيضًا إمام الحرمين ، والفرق : أن هناك عذرًا في القطع بخلاف مسألتنا ، الأصح في المتنفل إذا رأى الماء في أثنائها : أنه إن كان =

والصحيح : أنه يُتَمِّم كما في الفرض ، نعم لو كان نوى أربعًا فهل يلزمه الاقتصار على أقل صلاة؟ أو كان نوى ركعتين فهل يمتنع (١) أن يزيد فيجعلهما (٢) أربعًا ؟ فعلى وجهين مشهورين .

الحكم الثاني : فيما يؤدِّي بالتيمم :

وفيه أصلان للشافعي - رضى اللَّه عنه - :

الأول : أنه لا يجمع بين فرضين بتيمم واحد ؛ لأنه (٣) طهارة ضرورة .

نعم يجمع بين النوافل ، وبين فرض ونوافل ؛ لأن النوافل تابعة وهى في حكم جنس واحد قطعت بتسليمات (٤) أو جمعت (٥ تحت تحريمة ٥) واحدة .

وعليه أربعة فروع :

الأول : الجمع بين منذور (٦) وفريضة أو منذورتين ، يُخَرَّج على أنه يسلك بالمنذور مسلك واجب الشرع حتى لا يجوز القعود فيه (٧) مع القدرة ، أو مسلك جائزه ؟ وفيه قولان (٨) (1) .

---

(١) في (أ ، ب) : « يلزمه الامتناع » .

(٢) في (أ) : « فيجعلها » .

(٣) في(أ ، ب) : « لأنها » .

(٤) في (أ ، ب) : « بتسليمين » .

(٥) في (أ ، ب) : « بتحريمة » .

(٦) في (أ ، ب) « منذورة » .

(٧) في (ب) : « فيها » .

(٨) يقول ابن الصلاح : « قوله في الجمع بين فريضة ومنذورة : (يُخَرَّج على أنه يسلك بالمنذور مسلك واجب الشرع أو جائزه ، وفيه قولان) المنذور هو كما أوجبه الشرع من غير نذر منه في أصل وجوب فعله بلا خلاف ، وإنما هذا الخلاف في أنه في صفته وكيفيته ، كما يجوز ولا يجب من القربات ، أو كما يجب في أصله منها ، واللَّه أعلم » . المشكل (٥٨/١ أ) .

= نوى عددًا أتمه وإن كان كبيرًا ولا يجوز الزيادة ، وإن لم ينوِ عددًا صلى ركعتين ولم تجز الزيادة ، وأنه لا يجوز الجمع بين منذورة وفريضة ، ولا بين منذورتين ، وأن صلاة الجنازة لها حكم النافلة في التيمم ، ويجب القيام فيها سواء تعينت أم لا .

(1)قوله : (هل يسلك بالمنذور مسلك واجب الشرع أم مسلك جائزه ؟ وفيه قولان) معنى هذا : أن الوفاء بالنذر واجب بلا خلاف ، ولكن هل يسلك بصفته وكيفية أدائه مسلك واجب الشرع أم مسلك / جائزه ؟ فيه = ٦١/أ

الثاني : نُصَّ على الجمع بين فريضة وصلاة جنازة ، أو بين صلاتي جنازة ، ونص على منع القعود فيها مع القدرة ، فيه [1] قولان بالنقل والتخريج ، منشؤهما أنهما تلحق بالفرائض أو النوافل .

وقيل : إذا تعين عليه لم يجمع .

ومنهم من قرر النصين ، وقال : هي في حكم نافلة ، ولكن القيام أعظم أركانها ، والقعود يغير صورتها فلا [2] يحتمل مع القدرة .

الثالث : [أن] [3] لا يجمع بين ركعتي الطواف وصلاة أخرى ، إن قلنا : إنهما فريضتان على قول .

وهل يجمع بينهما وبين الطواف من حيث إنه [4] كالجزء التابع له [5] ؟ فعلى وجهين .

الرابع : مَنْ نسي صلاة من خمس صلوات مبهمة : فعليه خمس صلوات . قال الخِضْري : يتيمم لكل صلاة . والصحيح : أنه يكفيه تيمم واحد ؛ لأن المقصود بالوجوب واحد .

فعلى هذا لو نسي صلاتين من يوم وليلة فإن شاء تيمم خمسًا ، واقتصر على خمس صلوات وهو رأي صاحب التلخيص ، وإن شاء اقتصر على تيممين يؤدي بأولهما الأربعة الأولى من الخمس [6] وهي :

الصبح ، والظهر ، والعصر ، والمغرب ، ثم يتيمم ويصلي الأربعة الأخيرة وهي :

---

(1) في (أ ، ب) : « فقيل » .
(2) في (ب) : « ولا » .
(3) زيادة من (أ ، ب) .
(4) في (أ ، ب) : « إنها » .
(5) « له » : ليست في (ب) .
(6) في (أ ، ب) : « الخمسة » .

= القولان ، والمراد بجائزه : القربات التي يجوز تركها ، والأصح : أنه يسلك به مسلك واجبه ، إلا فيما إذا أراد إعتاق رقبة ، فإن الأصح : أنه يجزيه رقبة كافرة ومعيبة حملًا على جائزة قوله : (في الجمع بين الطواف وركعتيه إذا أوجبناهما وجهان) الأصح : لا يجوز .

الظهر ، والعصر ، والمغرب ، والعتمة (١) فيكون مُتَفَصِّيًا عن العهدة بيقين ، فلو أدى بالتيمم الأول الأربعة الأخيرة لم يجزْ ؛ لاحتمال أن الفائتة (٢) ظهر وعشاء ، والعشاء في النوبة الأولى لم تصادف إلا تيممًا مستعملًا ، وفي النوبة الثانية ما صلى العشاء (٣) .

الأصل الثاني : أنه لا يتيمم لصلاة قبل دخول وقتها ، خلافًا لأبي حنيفة ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « أينما أدركتني الصلاة تيممت وصليت » (٤) (1) ، وإنما تدرك

---

(١) في (أ ، ب) : « والعشاء » . (٢) في (أ ، ب) : « الفائت » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ذكر فيما لو نسي صلاتين مختلفتين من يوم وليلة أنه إن شاء اقتصر بتيممين يؤدي بأولهما الأربع الأول من الخمس وهي : الصبح ، والظهر ، والعصر ، والمغرب ، ثم يتيمم ويصلي الأربع الأخيرة وهي : الظهر ، والعصر ، والمغرب ، والعشاء . فلو عكس وبدأ بالأربع الأخيرة فإذا اكتفى بالتيمم الأول لم يجز ، إلى آخر ما ذكره ، هذا يوهم تعين ما هو غير متعين من ذلك ، فاعلم أنه لا يتعين في ذلك الابتداء بالصبح ولا أن تأتي بالصلوات على التوالي الواقع فيها في أوقاتها ، بل له أن يبدأ بأية صلاة أراد ويثني بغير الصلاة التي تليها في حالة أدائها في أوقاتها ، ولكن يشترط أن يراعي شرطًا واحدًا وهو أن يجعل ما بدأ به في المرة الأولى متروكًا في المرة الثانية ، والذي بدأ به في المرة الثانية متروكًا في المرة الثالثة ، فيما إذا نسي ثلاث صلوات وصلى تسع صلوات بثلاث تيممات ، وهاك ضابطًا نتوسع به ونعتمد عليه في جميع الصور ، وهو : أن ينظر الناسي إلى عدد ما نسيه من جملة الخمس ، فيتيمم بعدد المنسي ثم يصلي بكل تيمم من الصلوات مقدار العدد الذي يجتمع من منسية واحدة إذا ضمها إلى عدد ما لم ينسه من الخمس ، وهكذا الأمر فيما سبق ذكره فيما إذا نسي صلاتين مختلفتين من الخمس ، فلو أنه نسي ثلاث صلوات تيمم ثلاثًا وصلى تسع صلوات ، ثلاثًا منها بكل تيمم لأن غير المنسي ثنتان وهما مع منسية واحدة ثلاث ، فيتيمم ويصلي الصبح والظهر والعصر ، ثم يتيمم ويصلي الظهر والعصر والمغرب ، ثم يتيمم ويصلي العصر والمغرب والعشاء ، فإن كان المنسي أربعًا تيمم أربعًا وصلى ثماني صلوات بكل تيمم صلاتين ، وإن نسي الخمس كان تيممه خمسة بموجب القاعدة أيضًا ، ويساوي عدد التيممات والصلوات ، وإن نسي ستًّا أو أكثر تيمم للخمس خمسة ، وجعل الزائد بمثابة ما إذا كان ذلك هو المنسي لا غير ، وعمل فيه ما ذكرناه أولًا ، والله أعلم » . المشكل (١/٥٨أ - ٥٨ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لقوله ﷺ : « أينما أدركتني الصلاة تيممت وصليت ») هذا قد رويناه في كتاب (السنن الكبير) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : =

---

(1) قوله : (لقوله ﷺ : أينما أدركتني الصلاة تيممت وصليت) هذا حديث حسن رواه البيهقي بإسناد حسن عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : « جعلت لي الأرض مسجدًا =

صلاة الخسوف بالخسوف (1) ؛ وصلاة الاستسقاء ببروز الناس إلى الصحراء ، وصلاة الميت بغسل الميت (2) ، والفائتة بتذكرها .

وفي النوافل الرواتب وجهان ؛ أحدهما : أنه لا يتأقت تيممها ؛ لأن التأقيت فيها غير مقصود بل هي تابعة .

فروع ثلاثة :

أولها : لو تيمم لفائتة ضحوة النهار فلم يؤدها فأراد أن يؤدي الظهر بعد الزوال : جاز عند ابن الحداد ؛ لأن التيمم لم يكن مستغنىً عنه في وقت فعله ، بخلاف ما إذا نوى [به] (١) استباحة الظهر قبل الزوال .

= « جُعِلَت لي الأرض مسجدًا وطهورًا ، أينما أدركتني الصلاة تمسحت وصليت » إسنادة حسن يُحتج بمثله ، وفي الصحيحين من حديث جابر بن عبد الله نحوه وهو : « وجعلت لى الأرض مسجدًا وطهورًا ، فأيما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصل » ، والله - سبحانه وتعالى -أعلم » . المشكل (١/٥٨ ب - ٥٩ أ) . وانظر الحديث الأول عند البيهقي في السنن الكبرى : (١ / ٢٢٢) ، ومسند أحمد : (١ / ٢٢٢) .

والحديث الثاني عند البخارى : (١ / ٤٣٥ ، ٤٣٦) (٧) كتاب التيمم (١) باب (٣٣٥) . وطرفاه : (٤٣٨ ، ٣١٢٢) ، ومسلم : (١/ ٣٧٠ ، ٣٧١) (٥) كتاب المساجد ومواضع الصلاة (٥٢١) ، والنسائي : (١/ ٢٠٩ - ٢١١) (٤) كتاب الغسل والتيمم (٢٦) باب التيمم بالصعيد (٤٣٢) .

(١) زيادة من (أ ، ب).

= وطهورًا ، أينما أدركتني الصلاة تمسحت وصليت » ، وفي الصحيحين نحوه عن جابر - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : « جعلت لي الأرض مسجدًا وطهورًا ، فأيما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصل » .

(1) قوله : (وإنما تدرك صلاة الخسوف بالخسوف) أي إنما يدخل وقتها بالخسوف .

(2) قوله : (وصلاة الميت بغسل الميت) هذا الذي جزم به هنا هو الصحيح وبه قطع هو أيضًا في (البسيط) و(الوجيز) وشيخه والبغوي وآخرون ، وجزم هو في فتاويه بأنه يدخل وقتها بالموت ، وصححه الشاشي .

وقال القاضي حسين وغيره : ويُستحب أن يتيمم بعد التكفين ؛ لأن الصلاة قبله مكروهة وإن كانت صحيحة . الأصح : أنه لا يصح التيمم للنوافل المؤقتة قبل وقتها وسواء الرواتب وغيرها كالكسوف وغيره ، وأنه إذا تيمم لنافلة ضحوة فلم يصلها فله أن يصلي به الظهر فى وقتها . وهذه المسألة وما بعدها تفريع على الصحيح أنه لا يشترط تعين الفريضة وأنه يصح التيمم للنفل .

وقال أبو زيد : لا يجوز ؛ لتقدمه على وقته .

الثاني : لو تيمم للظهر في وقته ثم تذكر فائتة فأراد أداءها : جاز على الأصح ، ومنهم من [(١] خرج على الوجهين [١)] / لأن وقت الفائتة بالتذكر . ٩/ب

الثالث : لو تيمم للنافلة ضحوة فأراد أن يؤدي الظهر بعد الزوال به ، إذا [(٢)] قلنا : يجوز أداء الفرض بمثل هذا التيمم ففيه من الخلاف ما في الفائتة ، وأولى بالمنع ؛ لأن هذا التيمم لم يستعقب إباحة فرض مقصود .

الحكم الثالث : فيما يُقْضَى من الصلوات المؤداة على نوع من الخلل :

والضابط فيه : إن كان بسبب عذر إذا وقع دام فلا قضاء فيه ، كصلاة سَلِس [(٣)] البول ، والمستحاضة [(1)] وصلاة المريض قاعدًا ....

(١) في (أ ، ب) : « طرد الوجهين » .

(٢) في (أ ، ب) : « إن » .

(٣) زاد في الأصل : « من به » قبل كلمة : « سلس » بفتح اللام على أنه المصدر ، وهذة الزيادة ليست في (أ، ب) ، ويقول ابن الصلاح : « قوله : (كصلاة سلس البول والمستحاضة) هو بكسر اللام وهو الشخص الذي به ذلك ، وما ذكر مع الاستحاضة فهو بفتح اللام وهو عبارة عن المصدر ، والله أعلم .

ثم إنه عَدَّ صلاة المسافر وتيممه في قسم العذر الذي إذا وقع دام ، وذلك مستدرك عليه ؛ لأن عدم الماء في السفر ليس مما يدوم غالبًا ، بل الغالب أنه كذا عدمه في بعض المراحل تجده في أكثرها ، والصواب ما فعله غيره من الأصحاب حيث قسموا العذر إلى عام : كالسفر والمرض ، وإلى نادر . ثم النادر ينقسم إلى : ما إذا وقع دام ، وإلى : ما إذا وقع لم يدم . وعَدَّ أيضًا في قسم ما لا يدوم ولا بدل فيه : المربوط على خشبة إذا صَلَّى بالإيماء ،وقطع فيه بوجوب القضاء ، كمن لم يجد ماًء ولا ترابًا ، وهذا فيه نظر ؛ لأن الإيماء إلى الركوع والسجود بدل عنهما ، فالصواب أن يعد ذلك من قبيل القسم الآخر الذى في القضاء ، فيه قولان وهو قسم ما لا يدوم ، وفيه بدل ، وهذا إذا صلى إلى القبلة ، وفي المحبوس في حش المومئ إلى السجود قولان مشهوران ، وقد ذكر الخلاف فيه هو في آخر الباب وهذا مثله ، وقد قال الصيدلاني في المربوط المومئ : إن صلى إلى القبلة فلا قضاء ، وإلا فعليه القضاء » . المشكل (٥٩/١ أ) .

(1) قوله : (كصلاة سلس البول والمستحاضة) هو بكسر اللام ، ومتى ذكر مع المستحاضة كان بكسر اللام، وهو الشخص الذي به ذلك ، ومتى ذكر مع الاستحاضة فبالفتح وهو المصدر .

أو (١) مضطجعًا ، وصلاة المسافر بتيممه [1] وإن لم يكن العذر دائمًا نظر : فإن لم يكن عنه (٢) بدل : وجب (٣) القضاء كمن لم يجد ماءً ولا ترابًا ، فصلى (٤) على حسب حاله ، أو المربوط على خشبة إذا صلى بالإيماء ، أو من على جُرحه ، (٥ أو عضده ، أو محجمه ٥) نجاسة (٦) [2] ؛ إذ لا بدل لإزالة النجاسة .

ويستثنى عن هذا الصلاة في حال المسابغة ؛ إذ لا قضاء فيها ، رخصة بنص القرآن [3] .

فأما إذا كان لها بدل كتيمم المقيم في الحضر ، أو التيمم لإلقاء الجبيرة ، أو تيمم

(١) في (أ ، ب) : « و » .

(٢) في (أ ، ب) : « له » .

(٣) في (أ ، ب) : « لزم » .

(٤) في (أ ، ب) : « وصلى » .

(٥) في (أ ، ب) : « فصده أو حجامته » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله : (أو من على جرحه أو فصده وحجامته نجاسة) كذا وقع ، وفيه عُجْمة ، فكأنه لما رأى الجرح يعبر به عن محل الجرح ، عبر بالفصد والحجامة عن محلهما ، ولا سواء في ذلك في الاستعمال ، والله وأعلم » . المشكل (١/٥٩ أ - ٥٩ ب) .

(1) قوله : (ما كان بسبب عذر إذا وقع دام فلا قضاء فيه كصلاة سلس البول وصلاة المريض قاعدًا أو مضجعًا ، وصلاة المسافر بتيممه) . [فإن كانت صلاة سلس البول مما يدوم فإن صلاة] المريض قاعدًا أو مضجعًا وصلاة المسافربالتيمم مما يدوم ، والصواب : مما ذكره محققو الأصحاب أن العذر عام ونادر ، فالعام كالمرض والسفر ولا قضاء فيه ، والنادر نوعان : نوع يدوم إذا وقع كالمستحاضة والسلس ولاقضاء فيه ، ونوع لا يدوم ، وهذا ضربان : ضرب معه بدل ، وضرب لابدل معه . وعد المصنف أيضًا مما لا يدوم ولابدل معه المربوط على خشبة إذا صلى بالإيماء ، وقطع بوجوب القضاء فيه كمن لم يجد ماء ولا ترابًا ، وهذا الذي قاله هو المشهور ، وإن كان الشيخ أبو عمرو قد أنكر عليه ، قال : الإيماء إلى الركوع والسجود بدل عنهما ، قال : فالصواب أن يعد ذلك مما لا يدوم وفيه بدل فيكون فيه القولان . وقال الصيدلاني في المربوط على خشبة : إذا أومأ إن استقبل القبلة فلا قضاء ، وإلا فعليه القضاء . وقد ذكر الرافعي هذا الاعتراض عنه بأن المراد بالبدل هنا : الشيء المضبوط الذي يعدل إليه كل عاجز كالتيمم ، وليس الإيماء كذلك بل يختلف بالأحوال والأشخاص وله درجات متفاوتة .

(2) قوله : (على فصده أو حجامته نجاسة) يعني : موضع فصده أو حجامته .

(3) قوله : (رخصة) بإسكان الخاء وضمها ولا يفتح الخاء .

المسافر بعذر البرد فيه (١) قولان (1) .

وروي أن عليًا - رضي الله عنه - كُسِرَ (٢) زَنْدُهُ فألقى الجبيرة [عليه] (٣) ، وكان يمسح عليها ولم يأمره رسول الله ﷺ بقضاء الصلاة .

وتوقف الشافعي في صحة [هذا] (٤) الحديث (٥) (2) ، ولعل أولى القولين ......

(١) في (أ ، ب) : « ففيه » .
(٢) في (أ ، ب ، وهامش الأصل) : « انكسر » .
(٣) زيادة من (أ ، ب) .
(٤) زيادة من (ب) .
(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (روي أن عليًا انكسر زنده فألقى الجبيرة عليه وكان يمسح عليها ، ولم يأمره رسول الله ﷺ بقضاء الصلاة ، وتوقف الشافعي - رضى الله عنه - في صحة هذا الحديث) قلت : هو ضعيف عند أهل الحديث مشهور بالضعف ، وفيه أن رسول الله ﷺ أمره بالمسح عليها ، والله أعلم » . المشكل (٥٩/١ ب) . وهذا الحديث أخرجه ابن ماجه : (٢١٥/١) (١) كتاب الطهارة وسننها (١٣٤) باب المسح على الجبائر (٦٥٧) . وإسناده فيه عمرو بن خالد ، كَذَّبه أحمد وابن معين ، وقال البخاري : منكر =

(1) قوله : (كتيمم المقيم في الحضر أو التيمم لإلقاء الجبيرة أو تيمم المسافر بعذر البرد فيه قولان) هذان القولان مشهوران في الصور الثلاث ، لكن الأرجح مختلف ، فالأصح في تيمم الحاضر : وجوب الإعادة وقطع به كثيرون ، وأما الماسح على الجبيرة ففيه طرق مختلفة مختصرها ثلاثة أقوال ، أحدها : يجب الإعادة مطلقًا ، والثاني : لا ، وأصحها : إن وضعها على غير طهر وجبت ، وإلا فلا ، وأما المتيمم لعذر البرد ففيه ثلاثة أقوال ، أصحها : تجب الإعادة مطلقًا ، والثاني : لا ، والثالث : تجب على الحاضر دون المسافر .
قال الرافعي وغيره من المحققين : وجوب / القضاء على من تيمم في الحضر لسبب فقد الماء ليس هو لعلة ٦٢/أ الإقامة ، بل لأن فقد الماء في موضع الإقامة نادر . قالوا : وكذلك عدم القضاء في السفر ليس لكونه مسافرًا بل لأن فقد الماء في السفر مما يعم ، حتى لو أقام الرجل في مفازة أو في موضع يفقد فيه الماء غالبًا وطالت إقامته فيه يتيمم ويصلي ولا يعيد ، وفي مثله قال رسول الله ﷺ لأبي ذر رضي الله عنه : « الصعيد الطيب وضوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين » ، قال : ولو دخل المسافر في طريقه قرية أو بلدة وعدم الماء فتيمم وصلى لزمه الإعادة على أصح الوجهين ، وإن كان حكم السفر باقيا نظرًا إلى ندور الفقد في ذلك . قالوا : وقول الأصحاب أن المقيم يقضي والمسافر لا يقضي جارٍ على الغالب من حال السفر والإقامة ، والحقيقة ما ذكرناه ، والله وأعلم . واعلم أن قول المصنف أن المسافر لا يقضي محمول على غير العاصي بسفره ، فأما العاصي بسفره ففيه ثلاثة أوجه ، أصحها : يلزمه التيمم والإعادة ، والثاني : يلزمه التيمم ولا إعادة ، والثالث : يحرم عليه التيمم .

(2) قوله : (وروي أن عليًا - رضي الله عنه - انكسر زنده فألقى الجبيرة عليه وكان يمسح عليها ولم يأمره =

بسقوط(١) القضاء . وقد قال المزني : كل صلاة وجبت في الوقت فلا قضاء لها . [1]وقال أبو حنيفة - رحمهُ اللّه تعالى - : كل صلاة تفتقر إلى القضاء (٢) فلا تؤدى في الوقت ، وهما (٣) قولان مَعْزِيّان (٤ إلى الشافعي ٤) [2] رضي اللّه عنه .

فرع :

العارى إذا صلى : إن كان ممن لا يعتاد الستر (٥) : فلا قضاء عليه [3] .

= الحديث ، وقال أبو زرعة ووكيع : يضع الحديث ، وقال الحاكم : يروى - عن زيد بن على - الموضوعات وراجع : مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه : (١/ ٢٣٥) .

والحديث رواه - أيضًا - الدارقطني : (١/ ٢٢٦ ، ٢٢٧) باب جواز المسح على الجبائر (٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (١ / ٢٢٨) .

(١) في (أ ، ب) : « سقوط » .
(٢) في (ب) : « قضاء » .
(٣) في (أ ، ب) : « وقيل هما » .
(٤) في (أ ، ب) : « للشافعي » .
(٥) يقول ابن الصلاح :« قوله فيمن صلى عريانًا : (إن كان مما لا يعتاد السترة) يعني : يغلب العري فيهم =

= رسول اللّه ﷺ بقضاء الصلاة . وتوقف الشافعي في صحة هذا الحديث) هذا الحديث رواه ابن ماجه والبيهقي وفيه : أن النبي ﷺ أمره بالمسح عليها ، واتفق الحفاظ على ضعفه : لأنه من رواية عمرو بن خالد الواسطي واتفقوا على جرحه ، قال أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وآخرون : هو كذاب . وقال وكيع وآخرون : كان يضع الحديث . قال البيهقي : ولا يثبت في هذا الباب عن النبي ﷺ شيء ولكن صح عن ابن عمر موقوفًا .

وقوله : (زَنْده) هو بفتح الزاي .

(1) قوله : (قال المزني : كل صلاة وجبت في الوقت فلا قضاء لها ، ثم ذكر أنه قول للشافعي) وهذا القول وإن كان ضعيفًا عند الأصحاب غريبًا على الصحيح ولم يثبت في وجوب القضاء في مثل هذا شيء وقد أدى وظيفة وقته .

(2) قوله : (قولان معزيان إلى الشافعي) أى مضافان ، ويجوز معزيان ومعزوان ، يقال : عزيته وعزوته ، وهو الأشهر .

(3) قوله : (العاري إذا صلى إن كان ممن لا يعتاد الستر فلا قضاء عليه ، وإن كان ممن يعتاد ولكن عجز) =

وإن كان [ممن][(١)] يعتاده ولكن عجز فقضاؤه[(٢)] ينبني على أنه يُتَمِّم[(٣)] الركوع والسجود أم لا ؟ وفيه ثلاثة أوجه[(1)] :

أحدها : لا ؛ حذرًا[(٤)] من كشف السَّوْأَتَيْنِ .

= عاجزين عن الساتر على الإطلاق ، يعني : من غير فرق بين من يعم العري فيهم ومن لا يعم العري فيهم ، بل سَوَّى بينهم في عدم وحوب القضاء ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٥٩ ب) .

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) في الأصل : « قضاؤه » .

(٣) في (أ ، ب) : « يتم » .

(٤) في (ب) : « حذارًا » .

= إلى آخره . هذه العبارة موهمة خلاف الصواب ، وصوابه : أنه إذا صلى عاريًا لعجزه عن السترة ، فإن كان من قوم لا يعتادون الستر : فلا قضاء لأن العري ليس بنادر فيهم فهو كصلاة المريض قاعدًا .

وقوله : (عجز عن) بفتح الجيم على المشهور ، ويجوز كسرها .

(1) قوله : (هل يتم الركوع والسجود أم لا ؟ وفيه ثلاثة أوجه) يعني : هل يركع ويسجد كاللابس أم يقتصر على الإيماء إليهما .

وقوله : (ثلاثة أوجه) كذا حكاها إمام الحرمين أوجهًا ، والصواب المشهور : أن الأولين قولان ، والثالث : وجه . والأصح : وجوب إتمام الركوع والسجود ، وهذه الأوجه تفريع على أنه يلزمه أن يصلي قاعدًا وهو قول ضعيف ، والصحيح من القولين : أن يلزمه أن يصلي قائمًا بإتمام الركوع والسجود ، فاقتصر المصنف على التفريع على القول الضعيف وأهمل ذكر أصل القول الصحيح وتفريعه .

قوله : (وكذلك الأوجه في المحبوس في موضع نجس إن سجد سجد على النجاسة ، وكذلك من ليس معه إلا إزار نجس) لم يوضح المصنف المسألتين فنذكره مختصرًا . قال أصحابنا : إذا حبس في موضع نجس لزمه أن يصلي ويتجنب النجاسة ما قدر ، وينحني لسجوده بحيث لو زاد لأصابها ، ويحرم وضع الجبهة عليها ، هذا هو المذهب ، وفيه وجه ضعيف : أنه يجب ، وعلى التقديرين يلزمه الإعادة على الجديد ، وهو الأصح عند الأصحاب وفيه قول قديم : لا تجب بل يندب فإذا أعاد فأيهما فرضه فيه / إحداهما مبهمة ، والرابع كلاهما وهو الأقوى ، ٦٣/أ
واختارته طائفة ؛ لأنه مكلف بهما ، أما إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس وعجز عن تطهيره فالمذهب أنه يلزمه أن يصلي عريانًا قائمًا ولا إعادة ، وفيه الخلاف السابق ، وفيه قول ضعيف أنه يصلي فيه ويعيد ، ولو كان له ثوب طاهر ولم يجد إلا موضعًا نجسًا بسطه وصلى عريانًا بلا إعادة ، وقيل : يصلي فيه ويعيد ، والمذهب الأول ، والله أعلم .

والثاني : نعم ؛ حذارًا [1] من ترك السجود .

والثالث : يتخير بينهما .

وكذا الأوجه [2] في المحبوس في موضع نجس ؛ إِنْ سَجَدَ سَجَدَ على النجاسة ، وكذا من ليس معه إلا إزار نجس [3] ، وهو بين أن يصلي عاريًا ، أو نجسًا [4] .

فإن قلنا : لا يُتَمِّمَ [5] السجود ، فالأصح وجوب القضاء . وإن قلنا : يتم ، فالأصح أنه لا يقضي . [6] وبه قطع [6] صاحب التقريب على الإطلاق ، وعلل بأن وجوب الستر لا يختص بالصلاة .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « حذار » .

(٢) في (أ ، ب) : « الخلاف » .

(٣) في (ب) : « فهو » .

(٤) في (أ ، ب) : « مع النجاسة » .

(٥) في (أ ، ب) : « يتم » .

(٦) في (أ ، ب) : « وقطع » .

باب : المسح على الخفين

وهو رخصة [1] لم ينكرها إلا الروافض [2] الذين أثبتوا المسح على الرِّجْل .

ودليله : قول صفوان بن عسال المرادي (١) : « أمرنا رسول اللّٰه ﷺ إذا كنا مسافرين ، أو سَفْرًا (٢) أن لا ننزع خِفَافَنَا ثلاثة أيام ولياليهن » (٣) [3] .

(١) « المرادي » : ليست في (أ ، ب) . (٢) في الأصل : « سَفْرَى » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ومن باب المسح على الخفين قوله : (وهو رخصة لم ينكرها إلا الروافض) إنكاره مروي عن غيرهم كأبي بكر بن داود الظاهري وهو إحدى الروايتين عن مالك .

ثم إنه استدل على جوازه فقال : دليلنا قول صفوان بن عسال : « أمرنا رسول اللّٰه ﷺ إذا كنا مسافرين أو سَفْرًا - أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن » وهذا حديث أخرجه النسائي والترمذي وغيرهما ، وله مرتبة الحديث الحسن .

وترك الاستدلال بالأحاديث التي هي أقوي منه التامة في الصحيحين أو أحدهما عن جرير بن عبد اللّٰه البجلي ، وسعد بن أبي وقاص ، وحذيفة بن اليمان ، والمغيرة بن شعبة ، وعلى بن أبي طالب ، أخرجه عنه مسلم في صحيحه وعمرو بن أمية الضمري وغيرهم .

وابن عَسَّال هو بعين وسين مهملتين وسين مشددة .

وقوله : (مسافرين أو سَفْرًا) شك من الراوي في اللفظ وهما بمعنى واحد ، ومن قال فيه (سفرى) بألف مقصورة في آخره فهو غالط ، وإنما هو (سَفْرًا) آخره راء منونة ، وهو جَمْعٌ واحده : مسافر ، كما تقول : صاحب وصَحْب ، وراكب ورَكْب .

ثم قيل : إنه لم ينطق بمسافر واحده وإنما يقدر ، وقيل : بل نطق به ، واللّٰه أعلم » . المشكل (١/٥٩ ب =

(1) قوله : (وهو رخصة) قد يفهم منه أن غسل الرِّجْل أفضل من مسح الخف وهو مذهبنا ؛ لأن النبي ﷺ كان يغسل الرجلين في غالب الأوقات ومسح في بعضها بيانًا للجواز . ووجه فهمه من كلام المصنف أن المفهوم من الرخصة غالبًا التخفيف لا الندب .

(2) قوله : (هو رخصة لم ينكرها إلا الروافض) هذا قد يورد عليه أن أصحابنا حكوا منع جواز المسح أيضًا عن الخوارج وأبي بكر بن داود وهو رواية عن مالك . ويجاب عنه : بأن ابن المنذر وغيره نقلوا الإجماع على جوازه فلا يلتفت إلى ما خالف هذا .

=

والنظر في شرط المسح ، وكيفيته ، وحكمه :

الأول : في الشرط ، وله شرطان :

الأول : أن يلبس الخف على طهارة تامة قوية :

احترزنا بالتامة (١) عما إذا غسل رجله اليمنى وأدخلها الخف (٢) قبل غسل الثانية ، فلا يُعتد بهذا اللبس ، وكذلك إذا لبس قبل الغسل ثم صبَّ الماء في الخف لم يجزْ ؛ لأن كل ما شرط الطهارة فيه شرط تقديمها بكمالها عليه (٣) .

واحترزنا بالقوية عن طهارة المستحاضة ؛ فإنها لو توضأت ولبست ولم تُصلِّ بهذا

= - ٦٠ أ) . وحديث صفوان بن عسال عند الترمذي : (١/١٥٩) (١) أبواب الطهارة (٧١) باب المسح على الخفين للمسافر والمقيم (٩٦) . وقال : حسن صحيح . والنسائي : (١/٨٣) (١) كتاب الطهارة (٩٨) باب التوقيت في المسح على الخفين للمسافر (١٢٦ ، ١٢٧) .

وحديث عليّ عند مسلم : (١/٢٣٢) (٢) كتاب الطهارة (٢٤) باب التوقيت في المسح على الخفين (٢٧٦) ، والنسائي : (١/٩٩) (١) كتاب الطهارة (٩٩) باب التوقيت فى المسح على الخفين للمقيم (١٢٨) ، وابن ماجه : (١ / ١٨٣) (١) كتاب الطهارة وسننها (٨٦) باب ما جاء في التوقيت في المسح للمسافر والمقيم (٥٥٢).

(١) في (أ ، ب) : « بالتمام » .

(٢) في (أ ، ب) : « في الخف » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « يحتاج إلى دليل على ما ذكره من اشتراط لبس الخف على طهارة ، ودليله الحديث ، ومن أدل أحاديثه حديث أبي بكرة أن رسول اللّٰه ﷺ أرخص للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن ، وللمقيم يومًا وليلة إذا تطهر فلبس خفه أن يمسح عليهما ، وهو حديث حسن » . المشكل (١/٦٠ أ) .

= (3) قوله : (دليلنا قول صفوان بن عسال : « أمرنا رسول اللّٰه ﷺ إذا كنا مسافرين أو سَفْرًا أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن ») هذا الحديث صحيح رواه الشافعي والترمذي والنسائي وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة ، قال الترمذي : هو حسن صحيح . وينكر على المصنف اقتصاره على هذا القدر من الحديث فإن فيه زيادة : « إلا من جنابة لكن من غائط وبول ونوم » ، وقد اختلفوا في جواز اختصار الحديث برواية بعضه ، والصواب الذي عليه الجمهور : أنه يجوز إن كان الذى حذفه غير مرتبط بما أتى به بحيث لا =

الوضوء ، ثم أحدثت فأرادت أن تمسح لتصلي بها [١] فريضة واحدة ونوافل - كما كانت تصلي بوضوئها - لم يجزْ ذلك على أحد الوجهين ؛ لضعف طهارتها [1] . وعلى الوجه الثاني : يصح في حق صلاة واحدة كما في الوضوء ، ولا زيادة على صلاة واحدة بالإجماع [٢] [2] ، حتى لو توضأت وصلت فريضة [واحدة] [٣] ثم لبست ، لم تنتفع بهذا اللبس في حق الفرائض . والجريح إذا تيمم وغسل الصحيح : فطهارته كطهارة

---

(١) في (أ ، ب) : « به » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في المستحاضة إذا لبست الخف على طهارتها التي لم تُصَلِّ بها : (وجوزنا لها المسح لا زيادة على صلاة واحدة بالإجماع) يعني به : إجماع الأصحاب المفرعين على هذا الوجه ، وفيه خلاف محكي عن الشيخ أبي حامد صاحب (التعليق) أن لها أن تمسح يومًا وليلة أو ثلاثة أيام ولياليهن ، غير أنها تجدد عند كل صلاة فريضة الوضوء والمسح على الخف ، وقال إمام الحرمين في صورة إشكال أبداه معترفًا بأنه ليس من المذهب ، وأن المقطوع به عند الأئمة الأول ، والله أعلم » . المشكل (١/ ٦٠ أ) ، انظر : مشكلات الوسيط للحموي (٣٣ أ) .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

= تختلف الدلالة ، فإن ارتبط كالاستثناء / والشرط وغيرهما لم يجز ، وهذا السقط لم يكن للمصنف حذفه . ٦٣/ب

وقوله : (مسافرين أو سَفْرًا) هو بتنوين سفر والسفر بمعنى المسافرين جمع مسافر كصاحب وصحْب ، وهذا شك من الراوى هل قال مسافرين أو سفرًا . و(عسال) بالمهملتين .

(1) قوله : (في المستحاضة وجهان) الصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور : أنه يجوز لها المسح في حق فريضة واحدة إذا لم تكن صلت بوضوئها فريضة . وفيه وجه ثالث : أنها تمسح يومًا وليلة في الحضر ، وثلاثة أيام بلياليها في السفر كغيرها ، وهو قول الشيخ أبي حامد ، وهو مذهب زفر وأحمد .

(2) وأما قول المصنف : (لا تزيد على فريضة واحدة بالإجماع) فليس كما قال : وهو محمول على أنه لم يبلغه مذهب زفر وأحمد . وقول الشيخ أبي حامد . وقول المصنف : (إذا توضأت ثم أحدثت) يعني حدثًا ينقض طهارتها وهو غير خروج دم الاستحاضة فإنه لا يضرها حدث الاستحاضة ، إلا إذا أخرت الدخول في الصلاة على المذهب ، وصورة المسألة : إذا لم ينقطع دمها ، فإن انقطع وشفيت لزمها استئناف الطهارة وغسل الرجلين على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وحكى البغوى فيه وجهًا شاذًّا ضعيفًا : أن انقطاع دمها كحدث طارئ فتمسح .

المستحاضة في بناء اللبس عليه .

الشرط الثاني : أن يكون الملبوس ساترًا ، قويًّا ، مانعًا [للماء] (١) من النفوذ ، حلالًا (٢) .

فهذه أربعة قيود :

المراد بالأول : (٣ أن الخفَّ ينبغي أن يكون ٣) ساترًا إلى ما (٤) فوق الكعبين . فلو تخرق وبدا جزء [من محل الفرض] (٥) لم يجزْ المسح [عليه] (٦) ، خلافًا لمالك ؛ فإنه جَوَّزَ (٧) ، وهو قول قديم . والملبوس ....

(١) زيادة من (ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (الشرط الثاني : أن يكون الملبوس ساترًا ، قويًّا ، مانعًا للماء من النفوذ ، حلالًا) لا يقال : قطع في الضابط باشتراط كونه مانعًا للماء حلالًا ، وهو غير مقطوع به على ما يبينه في التفضيل ؛ لأنا نقول : الوجه فيه وفي أمثاله أنه يذكر في الضابط القيود المتفق عليها والقيود المختلف فيها ، ولا يذكر فيه الخلاف ، بل يؤخر ذكر الخلاف فيه إلى التفضيل طلبًا لوجازة الضابط ورشاقته ، فلا يكون ذلك على هذه الصفة قطعًا منه بالمختلف فيه .

ومن الفائدة فيه : أن يكون قد ذكر أولًا - بذكر الجميع - المحل الذي يثبت فيه الحكم اتفاقًا ، بخلاف ما إذا لم يذكر في الضابط القيد المختلف فيه فإن من يشترطه ينفي الحكم في القدر المذكور ، وهذا قد تكرر من صنيع صاحب الكتاب فيه كثير ، وقد وجهناه له والحمد لله .

يبقى أن يقال : فقد ترك ها هنا في الضابط من القيود المختلف فيها : أن لا يتعذر المشي عليه لأمر غير ضعفه في نفسه ، لكونه جديدًا أو لكونه مفرط السعة والضيق ، وترك أيضًا كونه يسمى خفًّا ، فإنه شرط عند الشيخ أبي محمد ، فلو لف على رجليه قطعة جلد وشده لم يمسح عليه عنده . فأقول : ذلك في تقدير اشتراطه يمكن إدراجه في ضمن كلامه ، فيقال : قوله : (أن يكون الملبوس) المراد به أن يكون الخف الملبوس ؛ لأن الكلام من أوله إلى آخره مسوق في الخف » . المشكل (١/٦٠ أ - ٦٠ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « أن يكون الخف » .

(٤) « ما » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) زيادة من (أ ، ب) .

(٧) في (أ) : « جوزه » .

المشف[١] [1] - كالزجاجة [٢] مثلًا - يجوز المسح عليه ، والملبوس المشقوق القدم الذي يشد محل الشق [منه] [٣] بشرج [٤] فيه تردد ، والصحيح : جواز المسح [2]؛ لمسيس الحاجة إليه في العادة .

وأما الثاني : فالمراد به أن يقوى [٥] بحيث يتأتى التردد عليه في المنازل على الحوائج ، وإن كان لا يداوم المشي عليه فلا [٦] يجوز المسح على الجورب ، و[لا] [٧] على اللفاف [٨] ، و[لا] [٩] جورب ....

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (الملبوس المشف) كان ينبغي أن يقول : (الشفاف) ، فإن المحفوظ فيه ثلاثيًا ، لا (أشف) رباعيًا ، والله أعلم » . المشكل (١/٦٠ ب) .

(٢) في (ب) : « كالزجاج » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (المشقوق القدم الذي يسد محل الشق منه بشرج) هو الشرج بفتح الشين المعجمة والراء وهو العُرَى التي في محل الشق ، والله أعلم » . المشكل (١/٦٠ ب) .

(٥)يقول ابن الصلاح : « وقوله : (قويًا) يسوغ تفسيره بالذي يقوى لابسه على المشي فيه ، وذلك ينفي الضعف من اللابس والملبوس . وإيراده مسألة خف الحديد في تفصيل قيد القوة يصلح محملًا لذلك ، والله أعلم » . المشكل (١/٦٠ ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٧) زيادة من (أ ، ب) .

(٨) في (أ ، ب) : « اللفافة » .

(٩) زيادة من (أ ، ب) .

---

(1) قوله : (الملبوس المشف) صوابه : الشفاف كما قالاه في (البسيط) و(النهاية) . يقال : شَفَّ ، ولا يقال : أَشَفَّ .

(2) قوله : (في الذي يشد محل الشق منه شرج فيه تردد : الصحيح جوازه) يعني بالتردد وجهين صرح بهما في (البسيط) وشيخه في (النهاية) وشيخه أبو محمد ، وقطع الجمهور بالجواز ، ، وهو المنصوص ، وشرطه : أن يكون بحيث لا يظهر بالمشي شيء من محل الفرض ، (والشرج) بفتح الشين والراء وهي العرى .

الصوفية (١) [1] ، ويجوز [المسح] (٢) على خف من حديد [2] وإن (٣) عَسُرَ المَشْيُ فيه (٤) لضعف اللابس .

والمراد بكونه مانعًا للماء : [احترازًا عن] (٥) المنسوج [3] ؛ فإنه وإن كان قويًا ساترًا فينفذ الماء منه إلى القدم . وفيه وجهان ؛ والصحيح : جواز المسح عليه ؛ لوجود الستر [4] ،

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ولا على جورب الصوفية) فجورب الصوفية يتخذ من جلد رقيق ويلبس في المداس أو النعل ونحوهما ، ويُسمونه المخملي بالخاء المعجمة ، على ما ذُكِرَ لي ، والله أعلم » . المشكل (١/٦٠ ب - ٦١ أ) .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) في الأصل : « وعسر » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) ، وهو أفضل .

(٤) زاد الأصل هنا كلمة : « ليس » ، ولا يصح بها المعنى ، وما أثبتناه في (أ ، ب) .

(٥) زيادة من هامش (ب) . =

---

(1) قوله : (ولا يجوز المسح على الجورب واللفافة وجورب الصوفية) المراد بالجورب الأول : المتخذ من صوف أو لبد ونحوهما ، ويجوز / المسح على الجورب إلا أن يكون بحيث يمكن متابعة المشي عليه لصفاقته أو لكونه منعلًا ، فإن كان كذلك جاز على الصحيح المنصوص ، وبه قطع الجمهور . وفيه وجه حكاه الماوردي والروياني وغيرهما : لا يجوز وإن كان صفيقًا يمكن متابعة المشي عليه ، إلا أن يكون مجلد القدمين .

(الجورب) بفتح الجيم .

(2) قوله : (ويجوز على خف من حديد) صورته : أن يكون لطيفًا يتأتى المشي فيه وإن كان يعسر . وقد أشار المصنف إلى هذا بقوله : (فإن عسر المشي فيه لضعف اللابس) ، فأما إذا كان ثقيلًا بحيث يتعذر المشي عليه فلا يجوز المسح عليه قطعًا .

(3) قوله : (والمراد بكونه مانعًا للماء المنسوج) كان ينبغي أن يقول : الاحتراز من المنسوج ، وكأنه أراد منع المنسوج فحذف لفظة المنع التي هي المضاف وأقام المضاف إليه مقامه ، وهو شائع في اللغة معروف . وهكذا قوله : (والمراد بكونه المسح على المغصوب) .

(4) قوله : (الصحيح جواز المسح على ما لا يمنع الماء) هذا اختياره هو وشيخه ، والأصح عند أكثر الأصحاب منعه ، وبه قطع الماوردي والفوراني والمتولي . قال الرافعي : وهو ظاهر المذهب .

كما إذا انثقبت طهارة الخف ، وبطانته ، في موضعين غير متوازيين [(1)] .

والمراد بكونه حلالًا : المسح (١ على ١) الخف المغصوب ؛ فإنه ممنوع على أحسن الوجهين ؛ لأنه مأمور بالنزع [(2)] . والمسح إعانة على الاستدامة .

وقيل : إنه يبيح (٢) كالتَّوَضُّؤ (٣) [(3)] بالماء المغصوب ؛ فإنه يرفع الحدث .

فرع :

الجرموق الضعيف فوق الخف (٤ لا يمسح عليه ٤) ، وإن كان قويًّا والخف ضعيف فهو الخف ، والآخر لفاف (٥) (٦ فيجوز المسح عليه ٦) ، وإن كانا قويين : لم يجزْ المسح على الجرموق في القول الجديد ؛ لأنه يبعد أن يجعل بدلًا على (٧) البدل ، والحاجة لا تمس إليه إلا نادرًا ، فليدخل اليدين [في] (٨) الخفين وليمسح (٩) على الأسفل . والقول القديم -

= يقول ابن الصلاح : « قوله : (والمراد بكونه مانعًا للماء [احترازًا عن] المنسوج) أي المتسق بجهة الاحتراز منه والنفي له ، وهكذا مثله في قوله : (والمراد بكونه حلالًا المسح على الخف المغصوب) في العبارة بعض الشيء ، والله أعلم ، والظهارة والبطانة هما بكسر الظاء والباء ، والله أعلم » . المشكل (١/٦١ أ) .

(١) ليست في (أ) .
(٢) في (أ) : « يباح » .
(٣) في (أ) : « كالمتوضئ » .
(٤) في (أ ، ب) : « لا يجوز المسح عليه » .
(٥) في (أ ، ب) : « لفافة » .
(٦) ليست في (أ ، ب) .
(٧) في (أ ، ب) : « عن » .
(٨) زيادة من (أ ، ب) .
(٩) في (أ ، ب) : « ويمسح » .

(1) قوله : (الصحيح جوازه كما لو انثقبت ظهارة الخف وبطانته في موضعين غير متوازيين) مقتضى كلامه : القطع بجواز المسح في مسألة الظهارة والبطانة ، وكذا نقلاه في (البسيط) (والنهاية) عن الأصحاب ، وصورته : أن تكون كل واحدة منهما صالحة للمسح عليها وإلا فلا يجوز ، و(الطهارة) و(البطانة) بكسر أولهما .

(2) قوله : (المسح على الخف المغصوب ممنوع على أحسن الوجهين) هذا ترجيح منه لمنعه ، وأشار إليه صاحب (الشامل) ، ولكن الصحيح وقول جمهور أصحابنا صحته .

(3) قوله : (كالتوضي) الأجود : (كالتوضؤ) ، (الجرموق) بضم الجيم هو خف فوق خف ، وهو عجمي معرب .

وهو مذهب المزني - : أنه يجوز [المسح] (١) لأنه من مرافق السفر ، ثم تقديره أن يكون كظهارة الخف ، أو يكون بدلًا عن الرجل والأسفل لفافًا (٢) ، أو يكون بدلًا عن الخف الأسفل . فهذه ثلاثة (٣) احتمالات / (٤) (1) تتفرع منها (٥) مسائل أربع : ١٠/أ

الأولى : إن لبس الجرموق على طهارة كاملة فله المسح عليه ؛ وإن لبس على الحدث فوجهان : أحدهما : الجواز ؛ لأنه في حكم ظهارة ألصقت بعد اللبس . والثاني : لا ؛ لأنه بدل عن الخف أو الرجل ، فليلبس على طهارة .

فأما إذا لبسهما على (٦) طهارة المسح فإن جوزنا على الحدث فهذا أولى ، وإن منعنا فوجهان : مأخذهما ضعف طهارة المسح كطهارة المستحاضة .

الثانية : لو نزع الجرموقين بعد المسح عليهما ، فوجهان : أحدهما : لا يلزمه شيء وكأنه (٧) نحى الطهارة بعد المسح . والثاني : يلزمه إما المسح على الخف ؛ لأنه بدل عنه ، أو غسل الرجل إن جعل بدلًا من (٨) الرجل .

الثالثة : لو لبس في إحدى رجليه جرموقًا ليمسح (٩) عليه ، وعلى الخف الآخر فوجهان :

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « لفافة » .

(٣) في (ب) : « ثلاث » .

(٤) في الأصل : « احتمال » .

(٥) في (أ ، ب) : « عنها » .

(٦) في (أ ، ب) : « بعد » .

(٧) في (أ ، ب) : « فكأنه » .

(٨) في (أ ، ب) : « عن » .

(٩) في (أ ، ب) : « هل يمسح » .

---

(1) قوله : (فهذه ثلاثة احتمالات) هذه الاحتمالات / ذكرها ابن سريج ، أصحها : أن الجرموق بدل عن الخف ، والخف بدل عن الرجل ، الأصح : أنه إذا لبس الجرموق على حدث لا يجوز المسح عليه ، وأنه إذا لبس على طهارة مسح جاز المسح عليه ، وأنه إذا نزعه بعد مسحه وجب مسح الخف ، وأنه لا يجوز المسح على جرموق والخف في الرجل الأخرى . ٦٤/ب

أحدهما : أنه (١) يجوز ؛ فإنه (٢) كطاقة من الخف . والثاني : لا يجوز ؛ لأنه كالجمع بين البدل والمبدل إن جعلناه مبدلًا (٣) عن الخف .

وإن (٤) جعلناه بدلًا عن الرجل فالأصح جوازه ؛ لأن الخف الثاني مستقل بنفسه .

الرابعة : إذا مسح عليهما ثم نزع أحدهما ، فإن جعلناه (٥) كطاقة لم يضر تركه (٦) ، وإن قدرناه بدلًا عن الرجل أو الخف لزم نزع الآخر (٧ حتى لا ٧) يكون جمعًا بين البدل والمبدل ، وقد ثبت لذلك الخف حكم (٨ اللفاف إذا ٨) مسح على سائره ، بخلاف ما إذا لم يلبس إلا أحد الجرموقين .

النظر الثاني : في كيفية المسح :

وأقله ما يطلق (٩) عليه الاسم مما (١٠) يوازى محل الفرض ، فلو اقتصر على الأسفل فظاهر النص منعه [1] ؛ لأنه لم يُؤْثَر الاقتصار عليه [2] ، والباب باب الرخصة .

وقَدَّر أبو حنيفة المسح بثلاثة أصابع .

---

(١) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « لأنه » .

(٣) في (أ ، ب) : « بدلًا » .

(٤) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٥) في الأصل : « جعلنا » .

(٦) في (أ ، ب) : « نزعه » .

(٧) في (أ ، ب) : « لئلا » .

(٨) في (أ ، ب) : اللفافة إذ » .

(٩) في (أ ، ب) : « ينطلق » .

(١٠) في (أ ، ب) : « فيما » .

---

(1) قوله : (وأقل المسح ما ينطلق عليه المسح مما يوازي محل الفرض ، فلو اقتصر على الأسفل فظاهر النص منعه) هذا الكلام يقتضي الجزم بجواز الاقتصار على عقب الخف وحرفه ، وهو وجه ضعيف ، والصحيح عند الجمهور : أنه لا يجوز . وكان ينبغي للمصنف أن يستثني العقب والحرف كما استثنى الأسفل ، فإن الجمهور على موازاة محل الفرض .

(2) قوله : (لأنه لا يُؤْثَر الاقتصار عليه) معناه : لم يرد فيه أثر ، أي خبر .

أما الأكمل : فالمسح ، والغسل وتكرار (١) المسح مكروهان ، وقصد الاستيعاب ليس بسنة ؛ إذ لم ينقل عن رسول الله ﷺ إلا أنه مسح على الخف خطوطًا (٢)(1) ، ولكن يستحب أن يمسح على (٣) الخف وأسفله .

والموازي للعقب فهل (٤) يستحب (٥ عليه المسح ٥) ؟ فيه خلاف (2)

النظر الثالث : في حكمه :

وهو إباحة الصلاة (3) بغير حصر ، ولكن إلى إحدى غايتين (4) :

الغاية الأولى : مُضي يوم وليلة من وقت الحدث الواقع بعد اللبس في حق .....

---

(١) في الأصل : « والتكرار » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لم يُنْقَل عن رسول الله ﷺ إلّا أنه مسح على الخف خطوطًا) معناه : لم ينقل فيما يرجع إلى الاستيعاب وحده إلا هذا ، وليس ما ذكره من المسح خطوطًا ثابتًا في الرواية فيما علمناه ، ولا وجدنا أصلًا في كتب الحديث ، وقول صاحب (النهاية) فيه إنه حديث صحيح غير صحيح ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦١ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « أعلى » .

(٤) في (أ ، ب) : « هل » .

(٥) في (أ ، ب) : « مسحه » .

---

(1) قوله : (إذ لم ينقل عن رسول الله ﷺ إلا أنه مسح على الخف خطوطًا) هذا حديث مروي من رواية علي - رضي الله عنه - وهو حديث منكر لا يُعرف . وأما قول إمام الحرمين إنه حديث صحيح فغلط فاحش ، ومعنى كلام المصنف لم ينقل فيما يرجع إلى الاستيعاب وضده إلا هذا ، وينكر على المصنف هذا النفي لحديث المغيرة بن شعبة - رضي الله عنه - قال : « رأيت النبي ﷺ يمسح على الخفين على ظاهرهما » رواه الترمذي وقال : حديث حسن . وعنه قال : « وضأت رسول الله ﷺ في غزوة تبوك فمسح أعلى الخف وأسفله ، رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة وغيرهم . واتفقوا على ضعف هذه الرواية .

(2) قوله : (والموازي للعقب هل يُستحب مسحه ؟ فيه خلاف) هو طريقان ، أصحهما : القطع باستحبابه ، وهو نص الشافعي في معظم كتبه . والثاني فيه قولان ، أصحهما : استحبابه . والثاني : لا ، وبه قال ابن سريج .

(3) قوله : (حكم المسح إباحة الصلاة) يعني : وغيرها مما يتوقف على الوضوء .

(4) قوله : (إلى إحدى غايتين) هذا مما أنكروه / ..... ونفاس أو دميت رجله ولم يمكن غسلها في الخف . ١/٦٥

المقيم [1] ، ومضي ثلاثة أيام ولياليهن في حق المسافر .

وقال مالك : لا يتقدر .

فرعان :

الأول : إذا لبس المقيم على الطهارة ثم سافر قبل الحدث : أتم مدة [١] مسح المسافرين وفاقًا ؛ لأنه العادة ، ولو أحدث في الحضر فكذلك [٢] ؛ لأنه لا حجر في الحدث [2] .

وقال المزني : يقتصر على مدة المقيمين [٣] ؛ لأن أول المدة من وقت الحدث وقد وقع في الحضر .

أما إذا مسح في الحضر ثم سافر : أتمَّ مسح المقيمين [3] خلافًا لأبي حنيفة ، ولو مسح في السفر ثم أقام : اقتصر على مدة المقيمين تغليبًا للإقامة ، فإن كان قد استوفاه في السفر اقتصر عليه .

وقال المزني : يوزع [4] ، فإن كان قد ....

---

(١) « مدة » : ليست في (أ ، ب) . (٢) في (أ) : « فكمثل » .

(٣) في (أ ، ب) : « المقيم » .

---

(1) قوله : (إن ابتداء المدة من وقت الحدث) قد توهم أنه يتصور المسح قبل الحدث وليس كذلك ، بل يتصور في التجديد ، فإذا لبسه على طهارة وصلى ثم أراد تجديد الوضوء قبل الحدث جدده ماسحًا على الخف ، ولا تحسب عليه المدة حتى يُحدث .

(2) قوله : (لأنه لا حجر في الحدث) معناه : لو منعناه من المسافرين بسبب حدثه في الحضر لزم منه أن من أراد سفرًا وحضر الحدث يمسكه إلى أن يخرج إلى السفر .

(3) قوله : (إذا مسح في الحضر ثم سافر أتم مسح المقيم) هذا الإطلاق يتناول ما إذا مسح الخفين أو أحدهما ، وهذا هو الأصح . وقال كثيرون من أصحابنا : إذا مسح أحدهما في الحضر ثم مسح الآخر في السفر أتم مسح مسافر .

(4) قوله : (وقال المزني : يوزع) معناه : يمسح ثلث ما بقي من الثلاثة . الأصح في نازع الخف : أنه لا يلزمه استئناف الوضوء وأن القولين أصل بأنفسهما غير مبنيين على شيء ، وأن مسح الخف يرفع الحدث عن الرجل ، ولهذا يصلي به صلوات ، والخلاف فيه قولان منصوصان ، وقيل : مستنبطان ، وقيل : وجهان .

استوفى [1] في [2] يومين وليلتين فبقي [3] له ثُلُث المدة فيستوفي ثلث مدة المقيمين ، وعلى هذا القياس منهاجه [4] .

الثاني [5] : لو شك فلم يدرِ : أمسح في الحضر أم لا ؟ أوشك فلم يدرِ : انقضت المدة أم لا ؟ أخذ بالأسوأ ، وهو أنه مسح وانقضى ؛ إذ الأصل الغسل فلا يترك [6] إلا باستيقان المرخّص .

الغاية الثانية : لو [7] نزع الخفين أو أحدهما : فإنه يوجب غسل القدمين ، وهل يوجب[8] استئناف الوضوء ؟ قيل : إنه مبني على الموالاة .

وقال القفال : لا ؛ بل القولان جاريان مع قرب الزمان ، ومأخذه : أن المسح هل يرفع الحدث ؟ وفيه خلاف . فإن قلنا : لا يرفع فيكفي الغسل ، وإن قلنا : يرفع فقد عاد الحدث بالنزع وهو في عوده لا يتجزأ ، فيجب الاستئناف .

فرع :

لو لبس فَرْدَ خفٍّ وكانت الرِّجل [9] الأخرى ساقطةً من الكعب : جاز المسح .

---

(١) في (أ ، ب) : « استوفاه » .
(٢) « في » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « فقد بقي » .

(٤) قال ابن الصلاح : « تعليله إتمام مدة المسح للمسافرين فيما إذا كان ابتدأ حدثه في الحضر بأنه لا هجر في الحدث ، معناه : أنه لو منعناه في مسح المسافرين بسبب حدثه في الحضر لكان المريد للسفر إذا تهيأ له يلبس الخف قبل الخروج كما جرت العادة ثم حضره الحدث يمسكه ويحجر على نفسه إلى أن يخرج إلى السفر كيلا يحرم مهلة مسح السفر ، ولا حجر في الحدث ، والله أعلم . إذا مسح في السفر المسافر فإن كان قد بقي له يوم مسح ثلث يوم وإن بقي له يومان وليلتان مسح ثلثيهما وهو ثلثا يوم وليلة ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦١ أ) .

(٥) قوله : « الثاني : لو شك ... المرخص » : سقط من (أ) ، وأما (ب) فقد تداركه من مراجعة للنص ووضعه على الهامش .

(٦) في (ب) : « يزال » .
(٧) « لو » : ليست في (أ ، ب) .

(٨) في (أ ، ب) : « يجب » .
(٩) « الرجل » : ليست في (أ ، ب) .

(١ ولو بقي بقية فلا يجوز المسح ١) ما لم يُوارِ تلك (٢) البقية بساتر (1) .

* * *

(١) ليست في (أ) ، وأثبتها (ب) على الهامش .

(٢) في الأصل : « تيك » .

(1) قوله : (ولو بقي من رجله بقية لم يجز المسح ما لم يوارها) هذا يتناول ما إذا كانت الرجل صحيحة أو عليلة ، بحيث لا يجب غسلها ، فلبس الخف في الصحيحة . وفيما إذا كانت عليلة وجهان ، قطع الدرامي بالجواز ، وصاحب (البيان) بالمنع وهو الأصح ؛ لأنه يجب التيمم عن العليلة فهي كالصحيحة .

كتاب الحيض [1]

وفيه
ستة أبواب

(1) (كتاب الحيض) : أصله السيلان ، وهو دم ترخية الرحم فيخرج من قعرها في أوقاته ، والاستحاضة تخرج من عرق يسمى العاذل بالذال المعجمة خارج الرحم في غير أوان الحيض ، وهو نوعان متصل بالحيض وغيره .

الباب (١) الأول

في حكم (٢ الاستحاضة والحيض ٢)

أما الحيض : فَسِنُّه مأخوذ من سِنِّ البلوغ . وفيه ثلاثة أوجه : أحدها : أول السنة التاسعة . والثاني : أول السنة العاشرة . والثالث : إذا مضى ستة أشهر من التاسعة .

وإنما عُوّل في هذا على الوجود فإن رأت الدم قبل هذا فهو دم فساد لا دم حيض [1] .

وأما مدة الحيض : فأكثرها خمسة عشر يومًا ، وأقلها يوم وليلة . وأقل مدة الطهر خمسة عشر يومًا ، وأكثرها لا حَدَّ له .

ونص في موضع في أقل الحيض : على يوم ، فقيل : أراد بليلته ، وقيل : بالاختصار (٣) عليه .

وأما أغلب الحيض : فست أو سبع ، وأغلب الطهر : أربع (٤) وعشرون أو ثلاث (٥) وعشرون وهو تتمة الدور . ومستند هذه التقديرات الوجود المعلوم بالاستقراء .

قال الشافعي : رأيت امرأة لم تزل تحيض يومًا ، وقال أبو عبد اللّه الزبيري [2] : في نسائنا من تحيض يومًا وليلة ، وفيهن من تحيض خمسة عشر يومًا . وكذلك قال عطاء . فعلى هذا لو وجد في عصر آخر (٦) امرأة تحيض أقل من ذلك أو أكثر فثلاثة أوجه :

---

(١) « الباب » : ليست في (ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « الحيض والاستحاضة » ، وهو أَوْلى لأصالة الحيض وتبعية الاستحاضة .

(٣) في (أ ، ب) : « بالاقتصار » . (٤) في (أ ، ب) : « أربعة » .

(٥) في (أ ، ب) : « ثلاث » . (٦) « آخر » : ليست في (أ ، ب) .

---

(1) الأصح في سِنّ الحيض والمني في الصبي والصبية : استكمال تسع سنين ، والأصح أن هذا الضبط للتقريب ، فعلى هذا لو كان من رؤية الدم واستكمال التسع ما لا يسع حيضًا وطهرًا كان ذلك الدم حيضًا ، وإلا فلا .

(2) قوله : (وقال أبو عبد اللّه الزبيري) هو صاحب (الكافي) من أصحابنا أصحاب الوجوه ، سبق بيانه في مسألة القلتين .

الأصح فيما إذا وجدت امرأة تحيض على الاطراد أقل من يوم وليلة أو أكثر من خمسة عشر ، أو تطهر أقل من خمسة عشر : أنه لا يعتبر به .

أحدها : لا يعتبر ؛ لأن بحث الأولين أَوْفَى . والثاني : يعتبر ؛ لأن [١] معولهم [على] [٢] الوجود . والثالث : كل قدر قال به بعض العلماء جاز اعتماده [٣] ، وما لا [٤] يوافق مذهب ذي مذهب فلا [٥] .

ولا خلاف أنها لو رأت يومًا دمًا ، ويومًا نقاء وهكذا على التعاقب فلا [٦] يجعل كل يوم طهرًا كاملًا ، بل حكمه ما يأتي في باب التلفيق .

أما حكم الحيض : فهو المنع / من أربعة أمور [٧] [1] : ١٠/ب

الأول : كل ما يفتقر إلى الطهارة كسجود الشكر ، وسجود التلاوة ، والطواف ، والصلاة : فلا يصح من الحائض ، ولا يجب عليها قضاء الصلاة ، ولا تصح طهارة الحائض إلا

---

(١) في (أ ، ب) : « إذ » .
(٢) زيادة من (أ ، ب) .
(٣) في (أ ، ب) : « الاعتماد عليه » .
(٤) في (أ ، ب) : « وإن لم » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من الخلاف فيما إذا وجدنا امرأة على خلاف ما ذكر في أقل الحيض ، أو أكثره . وكذا في الطهر لا يخفى أنه إنما هو فيما إذا استمرت عادتها على ذلك واستقامت . والقول باتباع ذلك والحكم به ، وإن ضعفه إمام الحرمين فهو الصحيح ، اختاره جماعة من المحققين . ومما علقته بنيسابور من كتاب (المحيط) لوالد إمام الحرمين عن الأستاذ أبي إسحق الإسفراييني أنه قال : كانت امرأة تستفتيني بإسفراين وتقول : عادتها في الطهر مستمرة على أربعة عشر فجعلت ذلك طهرًا على الدوام . قلت : وهذا منصوص الشافعي نقله صاحب (التقريب) فيه ، وناهيك به إتقانًا وتحقيقًا واطلاعًا كأنهم لم يقفوا على النص فيه ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦١ ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « لم » .

(٧) يقول ابن الصلاح :« ومن كتاب الحيض قوله : (أما حكم الحيض فهو المنع من أربعة أمور) بل هو أكثر من ذلك ، فمن أحكامه غير ذلك : المنع من الطلاق ، ومنها : وجوب الغسل به عند انقطاعه ، ومنها : حصول البلوغ به ، ومنها : تعلق الاستبراء والعدة به ، والله أعلم » . المشكل (٦١/١ أ - ٦١ ب) .

---

(1) قوله : (أما حكم الحيض فهو المنع من أربعة أمور) هذا مما أنكروه عليه لأنه يقتضي حصر أحكامه في الأربعة ، وليس كذلك ، بل له أحكام أخر ، منها وجوب الغسل عند انقطاعه ، وتحريم الطلاق فيه ، وحصول البلوغ به ، وتعلق الاستبراء والعدة به ، ومنع وجوب طواف الوداع ، وعدم انقطاع التتابع في صوم الكفارة والنذر .

غسلها لأجل الإحرام والوقوف بعرفة ؛ لأنه للنظافة [1] .

الثاني : الاعتكاف ، بل العبور في المسجد حرام عليها ، فإن أمنت التلويث ففي العبور المجرد وجهان .

الثالث : الصوم ، فهو ممنوع ، والقضاء واجب بخلاف الصلاة .

الرابع : الجماع ، وهو محرم بالنص ، قال الله تعالى : ﴿ فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ ﴾ [١] . والاستمتاع بما [٢] فوق السرة وتحت الركبة جائز .

وفي الاستمتاع بما تحت الإزار مما سوى الجماع وجهان [2] :

ويشهد للإباحة : قوله – عليه الصلاة والسلام – : « افعلوا كل شيء إلا الجماع » .

وللتحريم : قول عائشة – رضي الله عنها – قالت : كنت مع رسول الله ﷺ في مضجعه ، فحضت فَانْسَلَلْتُ فقال : « مَالَكِ أَنَفِسْتِ ؟ » قلت : نعم : فقال : « خذي ثياب حيضتك وعودي إلى مضجعك ، ونال مني ما ينال الرجل من امرأته إلا ما تحت...

(١) البقرة : ٢٢٢ . (٢) في (أ ، ب) : « في ما » .

---

(1) قوله : (لا تصح طهارة الحائض إلا غسلها لأجل الإحرام والوقوف بعرفة) هذا مما ينكر ، فإنه يُستحب لها غسلها للرمي وللوقوف بالمشعر الحرام ونحوهما ، اتفق عليه الأصحاب ، وثبت في الصحيحين أن النبي ﷺ قال لعائشة – رضى الله عنها – حين حاضت : « اصنعي ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت » .

الأصح : جواز العبور في المسجد إذا أمنت التلويث .

(2) قوله : (وفي الاستمتاع بما تحت الإزار مما سوى الجماع وجهان) المراد بما تحت الإزار ما بين السرة والركبة ، والأصح عند جمهور الأصحاب تحريمه ، وهو المنصوص في (الأم) و(البويطي) و(أحكام القرآن) ، والمختار : إباحته لصحة حديث الإباحة وعدم معارض صحيح صريح له ، وأمامباشرته ﷺ فوق الإزار فللتنزيه ، ولا يلزم منه تحريم ما تحته ، وبالإباحة قال أبو إسحق المروزي وأبو علي بن خيران وأبو الحسن ابن خيران واختاره الماوردي في (الإقناع) والروياني في (الحلية) ، ولم يتعرض المصنف للتصريح بحكم نفس السرة والركبة ، والمختار : الجزم بإباحته / ..... يخرج على الخلاف في كونها عورة إن قلنا به فهما ٦٦/أ كما بينهما ، وإلا فحلال قطعًا .

الإزار » (١) (1) .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في الاستمتاع بما تحت الإزار ، أى بما تحت السرة وفوق الركبة ، يشهد للإباحة قوله ﷺ : « اصنعوا كل شيء إلا الجماع » . هذا طرف من حديث أنس بن مالك الذي رواه مسلم في صحيحه أن اليهود كانوا إذا حاضت المرأة فيهم لم يؤاكلوها ولم يجامعوهن في البيوت ، فسأل أصحاب النبيّ ﷺ النبيَّ ﷺ فأنزل اللّه عز وجل : ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى ﴾ إلى آخر الآية ، فقال رسول اللّه ﷺ : « اصنعوا كل شيء إلا النكاح » » . المشكل (١ / ٦١ ب) .

وحديث أنس أخرجه مسلم : (١ / ٢٤٦) (٣) كتاب الحيض (٣) باب جواز غسل الحائض رأس زوجها وترجيله وطهارة سؤرها (٣٠٢) ، وأبو داود : (١ / ١٧٧ ، ١٧٨) (١) كتاب الطهارة (١٠٣) باب في مؤاكلة الحائض ومجامعتها (٢٥٨) ، والنسائي : (١ /١٨٧) (٣) كتاب الحيض والاستحاضة (٨) باب ما ينال من الحائض (٣٦٩) ، وابن ماجه : (١ / ٢١١) (١) كتاب الطهارة وسننها (١٢٥) باب ما جاء في مؤاكلة الحائض وسؤرها (٦٤٤) .

قال ابن الصلاح : « والتحريم وإن كان ظاهر نص الشافعي – رضى اللّه عنه – فدليل الإباحة أقوى من دليله ، وحديث عائشة المذكور في الكتاب محتمل أن يكون تركه ﷺ ما تحت الإزار لا للتحريم .

وقوله ﷺ : (أَنفِسْتِ) هو بفتح النون وكسر الفاء ، ومعناه : أحضت ، وأما بضم النون فمعناه : ولدت ، وهذا الحديث يروى في الصحيحين عن أم سلمة ، ورويناه في كتاب « السنن الكبير » عن عائشة ، وليس في واحد منهما آخر الحديث المذكور في الكتاب الذي احتج به ، واللّه أعلم » . المشكل (١ / ٦١ ب – ٦٢ أ) .

وحديث عائشة أخرجه مالك في الموطأ : (١ / ٣٦) برقم : (١٢٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (١ / ٣١١) ، وقال في تلخيص الحبير : « إسناده عند البيهقي صحيح . وليس فيه : « ونال مني ما ينال الرجل من امرأته » . قال : قال النووي : وهذه الزيادة غير معروفة في كتب الحديث » . راجع تلخيص الحبير : (١ /١٦٧). =

---

(1) قوله : (ويشهد للإباحة قوله ﷺ : « افعلوا كل شيء إلا الجماع » وللتحريم قول عائشة) إلى آخره ، أما الحديث الأول : فرواه مسلم من رواية أنس ولفظه : « اصنعوا كل شيء إلا النكاح » ، وأما الثاني : فرواه البيهقي إلا آخره ، ورواه البخارى ومسلم مختصرًا . قالت : « كان النبي ﷺ يأمرني فأتزر ، فيباشرني وأنا حائض » ، وروياه من رواية أم سلمة بنحو رواية المصنف إلا آخره . وروياه عن ميمونة : « أن النبي ﷺ كان إذا أراد أن يباشر امرأة من نسائه أمرها فاتزرت وهي حائض » .

قوله : (أنفست) بفتح النون وكسر الفاء أى حضت .

قوله : (ثياب حيضتك) بفتح الحاء وكسرها ، و(المضجع) بفتح الجيم .

فرع :

إن جامعها والدم عبيط (١) [1] : تصدق بدينار ، وفي أواخر الدم يتصدق بنصف دينار، وهو استحباب ؛ لحديث ضعيف ورد فيه (٢) [2] .

= وحديث أم سلمة أخرجه البخاري : (١ / ٤٨٠) (٦) كتاب الحيض (٤) باب من سَمَّى النفاس حيضًا (٢٩٨) ، وأطرافه : (٣٢٢ ، ٣٢٣ ، ١٩٢٩) ، ومسلم : (١ / ٢٤٣) (٣) كتاب الحيض (٢) باب الاضطجاع مع الحائض في لحاف واحد (٢٩٥) ، والنسائي : (١ / ١٨٨) (٣) كتاب الحيض والاستحاضة (١٠) باب مضاجعة الحائض في ثياب حيضها (٣٧١) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قال : (إذا جامعها والدم عبيط تصدق بدينار ، وفي أواخر الدم يتصدق بنصف دينار ، وهو استحباب لحديث ضعيف ورد فيه) فالعبيط هو بفتح العين المهملة : وهو الطري » . المشكل (١ / ٦٢ أ) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « وقوله : (لحديث ضعيف) يعني به : حديث ابن عباس – رضي الله عنهما – أن رسول الله ﷺ قال في الذي يأتي امرأته وهي حائض : (يتصدق بدينار أو بنصف دينار) وهو حديث مشهور أخرجه أبو داود ، والنسائي وغيرهما بهذا اللفظ ، ولم يحمله على التخيير بل على التقسيم والتفصيل المذكورين أول الدم وآخره ؛ لأنه ورد مبينًا مفصلًا كذلك في رواية رويناها في كتاب (السنن الكبير) . وأخرج الترمذي نحو ذلك أيضًا ، ورواية التفصيل وإن لم تكن في القوة كالرواية المشهورة فهي تصلح للاعتماد عليها في التفسير الذى ذكرناه .

ثم إن هذا الحديث ضعيف من أصله لا يصح رفعه عن رسول الله ﷺ وإنما هو موقوف على ابن عباس من قوله ، وقد كان شعبة رواه مرفوعًا ثم رجع عن رفعه ووقفه على ابن عباس ، فقيل له : إنك كنت ترفعه ، فقال : إني كنت مجنونًا فصححت ، وقد حكم الحاكم أبو عبد الله الحافظ النيسابوري بأنه حديث صحيح ولا التفات إلى ذلك منه ، فإنه خلاف قول غيره من أئمة الحديث ، وهو معروف بالتساهل في مثل ذلك ، =

(1) قوله : (والدم عبيط) بالعين المهملة أى طري .

(2) قوله : (في التصدق بدينار أو نصفه وهو استحباب لحديث ضعيف ورد فيه) هذا الحديث عن ابن عباس – رضي الله عنهما – أن رسول الله ﷺ قال في الذي يأتي امرأته وهي حائض : « يتصدق بدينار أو بنصف دينار » رواه أبو داود والنسائي وغيرهما وهو ضعيف باتفاق الحفاظ ، وأنكروا على الحاكم قوله : إنه حديث صحيح . وقد قال الشافعي : هذا حديث لا يثبت مثله . قال الحفاظ : وإنما هو عن ابن عباس موقوف عليه . ولفظة (أو) فيه للتقسيم المذكور كذا جاء مبينًا في رواية للبيهقي وغيره .

والقول الصحيح الجديد لا يُوجب هذا التصدق ، والقديم يوجبه .

أما (١) **الاستحاضة : فلا تمنع الصلاة والصوم ، ولكن حكمها حكم سلس البول ، فعليها أن تتوضأ لكل صلاة بعد دخول وقتها ، ولا تؤدي بوضوء واحد أكثر من فريضة واحدة ، ومن النوافل ما شاءت كالمتيمم .**

وفي وجوب المبادرة ثلاثة أوجه (1) **، أحدها : يجب ؛ لتقليل الحدث . والثاني : لا كالمتيمم** (2) **. والثالث : لها فُسْحة ما دام وقت الصلاة باقيًا .**

وعليها أن تلتجم (٢) **..**

= وقد قال الشافعي - رضي الله عنه - أيضًا في كتاب (أحكام القرآن) : إنه حديث لا يثبت مثله .

ثم إن إضافة صاحب الكتاب استحباب ذلك إلى حديث ضعيف غير صحيح ، والقاعدة متقررة على أن الحديث الضعيف لا يصلح لإثبات استحباب ولا غيره من الأحكام ، وإنما المنهج القويم في جواب من احتج بالحديث في إيجاب ذلك أن يقال عنه جوابان ؛ أحدهما : حمله على الاستحباب بدلالة القياس ، والثاني : أنه حديث ضعيف مضطرب في إسناده ومتنه .

والمسألة ذات قولين مشهورين : أحدهما - وهو القديم - : الإيجاب ، والثاني وهو الحديث : نفي الإيجاب ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦٢ أ - ٦٢ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « فأما » . (٢) في (أ ، ب) : « تتلجم » .

(1) قوله : (وفي وجوب المبادرة ثلاثة أوجه) في المسألة أربعة أوجه ترك المصنف الصحيح منها ، فالصحيح الذي قطع به الأكثرون وصححه الآخرون : أنها إن أخرت لاشتغالها بسبب من أسباب الصلاة كستر العورة والأذان والإقامة والاجتهاد في القبلة والذهاب / إلى المسجد الأعظم وانتظار الجماعة ونحو ذلك ٦٦/ب جاز ، وإن أخرت بلا سبب بطلت طهارتها . والثاني : تبطل وإن أخرت لعذر ، حكاه الماوردي وهو ضعيف غريب .

والثالث : يجوز التأخير بلا سبب ما لم يخرج الوقت . والرابع : يجوز وإن خرج الوقت .

(2) قوله : (والثاني لا يجب المبادرة كالمتيمم) هذا يقتضي الجزم بأن المتيمم يجوز له التأخير وهو المذهب والمنصوص وقطع به الجمهور ، وفيه وجه : أنه لا يجوز حكاه الماوردى وآخرون عن الإصطخري ، والفرق على المذهب : أن حدثها متجدد ، وعليها أن تتلجم وتستثفر . قال أصحابنا : يلزمها التلثم والاستثفار مع حشو فرجها بقطنة أو خرقة ونحوها - بعد غسله - ولا تسقط الشد والتلجم إلا أن تتأذى بالشد ويحرقها اجتماع الدم أو كانت صائمة فيسقط الحشو نهارًا وتقتصر على الشد والتلجم . ومتى اندفع دمها بالحشو بغير شد وتلجم اقتصرت عليه .

وتستثفر [1] ، وعليها تجديد العصابة لكل فريضة إن نزل الدم إلى ظاهرها ، وإن لم يظهر فوجهان ؛ أصحهما : أنه يجب كالوضوء ؛ فإن باطن العصابة نجس واحتمل [2] للضرورة .

ولو [3] زالت العصابة بعد الفريضة بنفسها وكان ذلك بسبب زيادة نجاسة ، فتمنع من النوافل ؛ لأن ذلك منسوب إلى تقصيرها .

فرع :

إذا شفيت قبل الشروع في الصلاة : لزمها استئناف الوضوء ، وإن شفيت في أثناء الصلاة فوجهان ؛ أحدهما : أنها كالمتيمم إذا رأى الماء فيستمر ، والثاني - وهو الأصح - : أنها تتوضأ وتستأنف ؛ لأن الحدث متجدد ، ولا بدل [له] [4] ، وقد خُرِّجَ في المتيمم [5] من المستحاضة وجه ، والمذهب هو الفرق .

وإن شفيت بعد الصلاة فلا شيء عليها ، ولو انقطع بعد الوضوء بساعة [6] تتسع لوضوء وصلاة فلم تصلِّ يلزمها [7] استئناف الوضوء السابق على الانقطاع..........

(١) يقول ابن الصلاح : « ذكر في المستحاضة أنها تتلجم وتستثفر ، فالتلجم كيفيته : أن تأخذ أولًا تكة أو نحوها فتشدها في وسطها ، ثم تأخذ خرقة عريضة مشقوقة الرأسين ، فتشد أحد رأسيها في التكة من مقدمها وعند سرتها وتمد الخرقة بين أليتها وعلى فرجها ، وتعقد رأسها الآخر من ورائها في التكة المشدودة في وسطها ، وهذا التلجم هو الاستثفار ها هنا فيما ذكره صاحب (الشامل) وغيره .

وهو كما قال ، غير أن لهما معنيين مختلفين وقد اجتمعا في هذا الأمر الواحد ، فذلك يلجم لما فيه من مشابهة اللجام ، وهو أيضًا استثفار لما فيه من مشابهة ثفر الدابة (بفتح الثاء والفاء) ، وهو الذي يكون تحت ذنبها وفي ذلك تسمية لتلك الخرقة لجامًا وثفرًا لمشابهتها إياهما ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦٢ ب - ٦٣ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « فاحتمل » .

(٣) في (أ ، ب) : « فلو » .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « التيمم » .

(٦) في (أ ، ب) : « ساعة » .

(٧) في (أ ، ب) : « لزمها » .

لتقصيرها (١) (1) ، ولو انقطع في الحال وهي لا تدرى : أيعود أم لا ؟ إن كان لا يُعد من

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لو انقطع بعد الوضوء ساعة) هذا الانقطاع غير انقطاع الشفاء الذي ذكره قبله ، فهذا انقطاع عاد بعده الدم ، وذلك انقطاع لم يعد بعده الدم ، واعلم أنه متى انقطع دمها بعد الوضوء وقبل الصلاة لزمها استئناف الوضوء في جميع الصور ، إلا فيما إذا عرفت من عادتها أنه يعود قبل مضي زمان يسع الوضوء ثم لم تطهر - خلاف ما اعتادته - فهذه لها أن تصلى من غير استئناف الوضوء ، فلو ظهر خلاف عادتها واتصل الانقطاع لزمها استئناف الوضوء والصلاة .

فقوله : (لو انقطع بعد الوضوء ساعة يتسع لوضوء وصلاة فلم تصل لزمها استئناف الوضوء السابق على الانقطاع) شامل لما سوى الصور التي استثنيناها ، وهي ثلاث صور . إحداها : أن ينقطع وهي تعرف من عادتها دوام الانقطاع الساعة المتسعة لذلك ، أو أخبرها بذلك أهل الخبرة والطب ، وفي هذه الصورة تمنع من الشروع في الصلاة قبل استئناف الوضوء ، الثانية : أن تكون عادتها عود الدم سريعًا قبل مضي الساعة المذكورة ، ولكن بان خلاف ما اعتادته ، ودوام الانقطاع ساعة متسعة لذلك ، فهاهنا أيضًا يلزمها استئناف الوضوء والصلاة ، وإن جاز الشروع في الصلاة من غير استئناف وضوء ؛ لأنه كان بناء على طريان خلافه . والثالثة : أن تكون شاكة بأن بدأت بها الاستحاضة ولم تكن لها عادة ، أولها عادة مضطربة ، فيلزمها استئناف الوضوء وتمنع من الصلاة بدونه ، لأن الأصل دوام الانقطاع ، وإذا خالفت وصَلَّت من غير استئناف ، وبان زمان الانقطاع متسعًا لذلك لزمها استئناف الوضوء والصلاة ، وإن عاد من غير اتساع ، ففي إجزاء الصلاة الوجهان المذكوران في آخر الباب .

هذا تفصيل المذهب في ذلك ، إذا عرفته عرفت ما في قوله : (ولو انقطع في الحال ، وهي لا تدري أيعود أم لا ؟ فإن كان لا يعد من عادتها العود فلها الشروع في الصلاة) ، فقوله : (لا تدري أيعود أم لا ؟) عبارة غير لائقه بالمعتادة التي فيها التفصيل الذي ذكره ، وإنما هي عبارة لائقة لصورة الشك التي لا يترتب عليها التفصيل الذي ذكره ، ولا يجيء فيها ما ذكره من جواز الشروع في الصلاة بلا خلاف في المذهب ، =

---

(1) قوله : (ولو انقطع بعد الوضوء ساعة يتسع لوضوء وصلاة) إلى آخره ، هذا الانقطاع غير الانقطاع الذى قبله فهذا انقطاع عاد بعده الدم ، وذاك انقطاع شفاءٍ لم يعد بعده الدم . ثم ضابط هذا الانقطاع الذي ليس هو شفاء ، أنه متى انقطع بعد الوضوء وقبل الصلاة ثم عاد لزمها استئناف الوضوء في جميع الصور ، إلا فيما إذا عرفت من عادتها أنه يعود قبل مضي زمان يسع الوضوء ثم لم يظهر خلاف ما عرفته ، فهذه لها أن تصلي من غير استئناف الوضوء ، ولو ظهر خلاف عادتها وطال الانقطاع : لزمها استئناف الوضوء والصلاة ، وإذا كانت مدة الانقطاع تسع الطهارة والصلاة فخالفت وشرعت في الصلاة من غير استئناف الوضوء ثم عاد الدم قبل فراغ الصلاة لزمها إعادة الصلاة في أصح الوجهين لا الوضوء على أصح الوجهين / . ٦٧/

عادتها العود : فلها الشروع في الصلاة من غير استئناف الوضوء [1] ، ولكن إن دام الانقطاع فعليها القضاء ، وإن بَعُدَ ذلك من عادتها : فعليها استئناف الوضوء في الحال ، فإن شرعت من غير استئناف ولم يعد لم تصح الصلاة ، وإن عاد فوجهان ؛ لأنها شرعت على تردد [2] .

* * *

= ثم إن المعتادة لا يكفي في جواز شروعها في الصلاة من غير استئناف الوضوء أن لا يبعد العود من عادتها ، بل يحتاج ذلك إلى أن تطهر من عادتها ، ذلك والله أعلم » . المشكل (١ / ٦٣ أ - ٦٣ ب) .

(1) قوله : (ولو انقطع في الحال وهي لا تدرى أيعود أم لا ؟ إن كان لا يبعد من عادتها العود فلها الشروع في الصلاة من غير استئناف الوضوء) هذه العبارة وهي قوله : (إن كان لا يبعد) عبارة منكرة ، وصوابه : (إن كانت تعرف من عادتها العود بأن اعتادت ذلك أو أخبرها به من يعرف ذلك فهذه هي التي يجوز لها الشروع في الصلاة من غير استئناف الوضوء ، فأما الشاكة فلا يجوز شروعها بلا خلاف) .

(2) قوله : (وإن عاد فوجهان) هما مشهوران ، أصحهما : وجوب إعادة الصلاة .

الباب الثاني

في المستحاضات

وهن أربع [١] [1]

[المستحاضة] [٢] الأولى : مبتدأة مميزة : [2]

وهي التي لم تسبق لها عادة ، ولكن انقسم دمها إلى القوي والضعيف ، فهي تتحيض [٣] في الدم القوي ، وتستحيض في الضعيف ، بشرط أن لا ينقص القوي عن يوم وليلة ، ولا يزيد على خمسة عشر يومًا ، وبشرط [٤] أن لا ينقص الضعيف عن خمسة عشر يومًا [٥] [3] .

(١) يقول ابن الصلاح : « ومن الباب الثاني في المستحاضات قوله : (وهن أربع) بل هن خمس ، والخامسة : الناسية المتحيرة المطلقة وغير المطلقة ، وقد أفردها بباب فلعله فعل ذلك لكونها قسمًا من أقسام المعتادة ، ورجع عن هذا في باب التلفيق وجعلهن أربعًا ، والناسية الرابعة منهن وحذف المعتادة المميزة ؛ لوضوح حكمها ، واستغنى بما قدمه منها في هذا الباب .

قالوا : (مبتدأة) بفتح الدال مفعولة ، على أنه يقال : ابتدأها الدم فهي مبتدأة ، ولم أجده منصوصًا عليه في كتب اللغة ، ولم يقلها الفقهاء : بكسر الدال على أنها فاعلة كما في المعتادة وما في المستحاضات ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦٣ ب) . =

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « تحيض » .

(٤) في (ب) : « ويشترط » .

(٥) قال الحموي : « ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه ذكر ثلاث شرائط ، والمذكور في

(1) قوله : (الباب الثاني في المستحاضات ، وهن أربع) أنكروه عليه ، فإنهن خمس ، فالخامسة : الناسية المتحيرة وغيرها ، لكنه أفردها بباب خاص جعلها قسمًا من أقسام المعتادة ، ثم رجع عن هذا في باب التلفيق فجعلهن أربعًا رابعتهن الناسية وحذف المعتادة المميزة لوضوح حكمها واستغنى بما قدمه فيها في هذا الباب .

(2) قوله : (المبتدأة) سميت بذلك لأن الدم ابتدأها .

(3) قوله : (بشرط أن لا ينقص الضعيف عن خمسة عشر يومًا) يعني : متصلًا ، فلو رأت يومًا أسود ويومين أحمر وهكذا أبدًا فجعله الضعيف في الشهر لا ينقص عن خمسة عشر ، لكنها متصلة فلا يثبت التمييز .

والأصل فيه ما روي أن فاطمة بنت أبي حبيش قالت : إني أستحاض فلا أطهر . فقال – علية الصلاة والسلام – : « إنما هو عرق [1] انقطع ، إذا [2] أقبلت الحيضة [3] فدعي الصلاة وإذا أدبرت فاغتسلي ....

= التتمة أربع شرائط ، ذكر منها الشيخ ثلاثًا وذلك على ذلك ، وقال : الرابع أن لا يزيد زمان الدم القوي والضعيف على ثلاثين يومًا ، وإذا زاد على ذلك سقط حكمه ، وإذا كان كذلك كان ما ذكره الشيخ مخالفًا لما ذكره صاحب (التتمة) فإن الأصل في المذهب الاتفاق ، ما لم ينقل عن الشافعي خلافًا في ذلك أو عن الأصحاب .

الثاني : أن المنقول في معظم كتب المذهب شرطان ، ولم ينقل فيهما غيرهما ، وهو أن لا ينقص الضعيف عن أقل الطهر ، وإذا كان كذلك كان ما ذكره الشيخ وصاحب (التتمة) مخالفًا لمعظم الكتب » .

ثم قال الحموي : « أمكن أن يجاب عن الأول فيقال : ما ذكره صاحب (التتمة) غير مشهور في كتب المذهب ، ولم أرَ أحدًا في الكتب وافقه على ذلك ، وأما ما ذكره الشيخ وافقه على نقله بعضهم ، فلم يكن ما ذكره صاحب (التتمة) شرطا ، وكان ما ذكره الشيخ أولى ، وأما الجواب عن الثاني فظاهر ، ولا منافاة بين ما ذكره الشيخ وما ذكره في معظم الكتب ، وإنما شرط ذلك لئلا يدخل في حد التمييز ما لو كانت المراة حاضت مثلًا عشرة أيام سوادًا وعشرة حمرة ، ثم عاد السواد ودام إلى آخر الشهر ، فاشترط أن لا ينقص الضعيف عن خمسة عشر يومًا ، لئلا يعتقد معتقد أنها في العشرة الأخيرة كلها تكون مميزة فيها ، وإنما يقع التمييز إذا كان قد وقع السواد بعد الخامس والعشرين إلى خمس وثلاثين ، فذكر ذلك حتى إنه لا يخرج عن الضابط شيء ، فإنه على ما ذكر في معظم الكتب يقتضي أن تكون مميزة في العشرة الأخيرة كلها ، وليس كذلك لئلا يكون الفاصل بين الحيضتين أقل من خمسة عشر ، ومعلوم أن أقل الطهر خمسة عشر .

وطريق الجمع بينهما أن يقال : إذا لم يذكر معظم الأصحاب ما ذكره الشيخ لظهور ذلك ، فإنهم قد ذكروا في موضع آخر أن أقل طهر فاصل بين الحيضتين خمسة عشر يومًا ، وذلك لا يختص بالمميزة ، بل ذكروا ما هو من خاصيتها وهو : أن لا ينقص القوي عن يوم وليلة ولم يزد على خمسة عشر ، ، ولم يذكروا ذلك الشرط لما ذكرناه ، وبه خرج الجواب ، وما ذكره الشيخ موافق لما ذكر البغوي في تهذيبه وكذلك صاحب (التتمة) وغيره » . مشكلات الوسيط (٣٤ب – ٣٥ب) .

(١) في (أ ، ب) : « دم عرق » .

(٢) في (أ ، ب) : « فإذا » .

(٣) الأصل : « الحيض » .

وَصلِّي » (١) (1) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في المميزة : (روى أن فاطمة بنت أبي حبيش قالت : إني أستحاض فلم أطهر : فقال ﷺ : « إنما هو دم عرق انقطع فإذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة ، وإذا أدبرت فاغتسلي وصلي » هذا الحديث ثابت في الصحيحين وغيرهما دون قوله : (انقطع) ، فإنه زيادة لا تعرف ، وإنما لفظه المتفق عليه : « إنما ذلك عرق وليس بالحيضة ، فإذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة وإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي » وأما قوله : « فاغتسلي » فرواه ابن عيينة ، رواه البخاري عنه ومسلم من غير شك ، والحميدي صاحبه عنه – خبيرًا بحديثه – أنه شك فيه ، فقال : « وإذا أدبرت فاغتسلي وصلي ، أو قال : اغسلي عنك الدم وصلي » .

وقوله : (عرق انقطع) كأنه رواه من توهم أن الكلام بذلك ينتظم ويتم ، وذلك وهم فإن دم الحيض يخرج من قعر الرحم ، ودم الاستحاضة يسيل من عرق يقال له : العاذل ، فيما روي عن ابن عباس – رضي اللّه عنهما – بالعين المهملة والذال المنقوطة وهو عرق يقع فمه الذي يسيل منه في أدنى الرحم دون قعره ، فقوله ﷺ : « إنما ذلك عرق ، وليس بالحيضة » إشارة إلى هذا ، والعلم عند اللّه تعالى .

والحيضة : ذكر الإمام الخطابي أن الصواب فيها كسر الحاء ، أى الحالة التي تلزمها الحائض من التجنب والتحيض كالقعدة والجلسة ، وذكر الزبيدي في (مختصر العين) أنه بكسر الحاء الاسم ، واللّه أعلم .

وجه الدلالة في هذه الرواية الصحيحة : أن سياق الحديث دالٌّ على أن المراد بإقبال الحيضة وإدبارها إقبال صفة دم الحيض المعروفة به الغالبة عليها وإدبارها ، وليس المراد إدبار نفس الدم ، فإنها قد أخبرت أنه =

(1) قوله : (فيه ما روي أن فاطمة بنت أبي حبيش قالت : إني أستحاض فلا أطهر ؟ فقال ﷺ : « إنما ذلك عرق انقطع ، فإذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة وإذا أدبرت فاغتسلي وصلى ») ، هذا الحديث رواه البخاري ومسلم من رواية عائشة ولفظه المتفق عليه : « إنما ذلك عرق وليس بالحيضة ، فإذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة ، وإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي » ، وفي رواية للبخارى : « فاغتسلي » . وأما قوله : « عرق انقطع » فلفظة : (انقطع) زيادة لا تعرف .

و(الحيضة) بفتح الحاء وكسرها ، وادعي الخطابي أن الكسر متعين والمراد : الحالة / ..... ما ذكره من هذه الرواية أن المراد بإقبال الحيضة وإدبارها : إقبال صفة الدم المعروفة به وإدبارها ، وليس المراد إدبار نفس الدم وإقباله ، فإنه قد أخبرت أنه مستمر . ٦٧/ب

وينكر على المصنف قوله : (رُوي) بصيغة التمريض مع أنه حديث صحيح .

و(أبو حبيش) بضم الحاء المهملة وبشين معجمة واسمه : قيس بن المطلب بن أسد بن عبد العزى بن قصي .

وفي رواية: «ودم[1] الحيض أسود[٢]، بحراني، محتدم[٢][1] ذو دفعات[٣][2]، له رائحة تعرف».

والمحتدم : اللذاع للبشرة لحدته[٤] وله الرائحة الكريهة . والبحزاني : ناصع اللون[3] ،

= مستمر بها غير منقطع ، ثم إن المصنف أتى بما هو أوضح في ذلك ، فقال : وفي رواية : (دم الحيض أسود محتدم بحراني ذو دفعات له رائحة تعرف) لكن هذه رواية ضعيفة لا تعرف » . المشكل (١ / ٦٣ب - ٦٤ ب).

(١) في (أ ، ب) : « فدم » .

(٢) في (أ ، ب) : « محتدم بحراني » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ذو دفعات) الأجود فيه ضم الدال من دفعات فإن الدفعة بالضم للمدفوع ، وبالفتح المرة الواحدة من الدفع الذي هو المصدر ، ويستغنى عن هذه الرواية الضعيفة بما رواه أحمد بن حنبل وأبو داود والنسائي وابن ماجه أن رسول الله ﷺ قال لها : « إن دم الحيض أسود يعرف ، فإذا كان ذلك فأمسكي عن الصلاة ، وإذا كان الآخر فتوضئي وصلي » ، وهذا وإن لم يخرج في الصحيحين فهو حديث حسن ، فيحتج به ، والله أعلم » . المشكل (١ /٦٤ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « بحدته » .

ويقول ابن الصلاح : « قوله : (المحتدم اللذاع للبشرة بحدته) فمعنى اللذاع : المحرق ، وقوله : (البحراني : الناصع اللون) يعني الخالص اللون ، وفي الجمع بين هذا ووصفه بالسواد شيء ، وقد قال إمام الحرمين : لم يعنِ به أسود حالكًا ، وإنما أراد أنه تعلوه حمرة مجسدة كأنها سواد من تراكم الحمرة ، قلت : وقد قال الزبيدي : الدم البحراني : الشديد الحمرة ، وقال الخطابي : هو الدم الكثير الغليظ الذي يخرج من قعر الرحم ينسب إلى البحر لكثرته وسعته » . المشكل (١ / ٦٤ ب) .

---

(1) قوله : (وفي رواية : « دم الحيض أسود محتدم ») إلى آخره هذه الرواية ضعيفة غير معروفة ، ويغني عنها رواية فاطمة أن رسول الله ﷺ قال لها : « إن دم الحيض أسود يعرف ، فإذا كان ذلك فأمسكي عن الصلاة ، وإذا كان الآخر فتوضئي وصلي » ، صحيح رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة .

(2) قوله : (ذو دفعات) بضم الدال وفتحها ، الضم أجود وهو اسم للمدفوع ، وبالفتح اسم بالمرة الواحدة .

(3) قوله : (والنجراني الناصع اللون) ، يعني : خالص اللون شديد الحمرة ، وقد يُستشكل هذا مع وصفه بأنه أسود ، ويجاب بما ذكره إمام الحرمين فإنه قال : ليس معناه أنه أسود حالك ، بل المراد : أنه تعلوه حمرة مجسدة كأنها سواد من تراكم الحمرة . وهذا الذي ذكره المصنف من كون النجراني شديد الحمرة قد قاله أيضًا الزبيدي والجوهري وجمهور أهل اللغة . قالوا : وهو منسوب إلى النجر وهو قعر الرحم ، وزادوه الألف والنون في النسب مبالغة . وقال الخطابي : هو الدم الكثير الغليظ الخارج من قعر الرحم ، نسب إلى النجر لكثرته وسعته : قال أهل اللغة : ويقال للنجراني : ناجري أيضًا .

والتعويل على اللون لا على الرائحة والاحتدام [1] .

فرعان :

الأول : محل الاتفاق : مبتدأة رأت السواد أولًا - خمسة مثلًا [١] - ثم أطبقت الحمرة أو الصفرة ، فلو رأت [٢] أولًا خمسة [٢] حمرة ثم خمسة سوادًا ، ثم استمرت الحمرة ففية ثلاثة أوجه [2] :

الأول : أن النظر إلى لون الدم ، لا إلى [٣] الأولية ، فالأسود هو الحيض .

والثاني : أنه يجمع إذا أمكن - إلا إذا زاد السواد مع الحمرة - على خمسة عشر يومًا .

الثالث : أنها فاقدة للتمييز [٤] وسيأتي حكمها [٥] .

فعلى هذا لو رأت خمسةً حمرة وعشرة سوادًا ، ثم أطبقت الحمرة : فعلى الأول

---

(١) « مثلًا » : ليست في (أ ، ب) . (٢) في (أ ، ب) : « خمسة أولًا » .

(٣) « إلى » : ليست في (أ ، ب) . (٤) في الأصل : « للتميز » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا رأت خمسة حمرة ثم ستة عشر سوادًا ثم أطبقت الحمرة وهي فاقدة للتمييز ، لأن تجريد النظر إلى الأولية ضعيف ، أراد أنها فاقدة للتمييز بالاتفاق على الوجوه الثلاثة المذكورة ، وإن كان من قال في المسألة التي قبلها أنه يجرد النظر إلى الأولية إذا قلنا بالجمع وتعدد ، فهو يقول ها هنا خمسة الحمرة ولا حيض ولا تكون فاقدة للتمييز لكن لا يمنعنا ذلك من القطع بأنها فاقدة للتمييز ؛ لأن ذلك وجه ضعيف لا نبالى به ، هذا مراده بهذا الكلام ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦٤ ب - ٦٥ أ) .

---

(1) قوله : (والتعويل على اللون لا على الرائحة والاحتدام) هذا الذي جزم به وجه ضعيف جزم به أيضًا إمام الحرمين وادعي اتفاق الأصحاب عليه / ، وليس كما ادعى بل الصحيح [ما جزم] به العراقيون ٦٨/أ والأكثرون من غيرهم أن القوة تحصل بإحدى ثلاث خصال : وهي اللون والرائحة الكريهة والثخانة ، ويؤيد هذا أن الشافعي - رحمه الله - قال في صفة دم الحيض : إنه محتدم ثخين له رائحة ، وورد في الحديث التعرض لغير اللون كما ورد اللون .

(2) قوله : (فلو رأت خمسة حمرة ثم خمسة سوادًا ثم استمرت الحمرة فثلاثة أوجه) هي مشهورة ، أصحها : أن النظر إلى اللون فحيضها السواد اتفقوا على تصحيحه ، وهذه الأوجه محكية عن ابن سريج .

عشرة السواد حيض والحمرة قبلها دم فساد ، وعلى الثاني : جميع الخمس عشرة حيض ، فلو (١) كان السواد أحد (٢) عشر ، فعلى الأول : السواد حيض ، وعلى الثاني : هي فاقدة للتمييز .

قيل (٣) : إنها تقتصر على أيام الحمرة ؛ لقوه مجرد الأولية وهو بعيد ، فإن كان السواد ستة عشر فقد تعذر الجمع وتجريد السواد فهي فاقدة للتمييز ؛ لأن تجريد الأولية وجه ضعيف .

الثاني : أن القوة والضعف إضافة ، فالصفرة بعد الحمرة كالحمرة بعد السواد ، فلو رأت خمسة سوادًا ، ثم خمسة حمرة ، ثم أطبقت الصفرة : فالحمرة المتوسطة ملحقة بالسواد في كونها حيضًا ؛ لضعف ما بعدها على أحد الوجهين . وعلى الوجه الثاني : هي ملحقة بالصفرة [1] ، فلو رأت خمسة سوادًا وأحد عشر حمرة فالحيض هو / السواد على ١١/أ
وجه إلحاق الحمرة بالصفرة ، وعلى الوجه الآخر : تعذر الجمع فيتعين الرجوع إلى السواد ، وفيه وجه : أنها فاقدة للتمييز وكان السواد قد أطبق (٤) على ستة عشر يومًا .

تنبيهات ثلاثة :

الأول : المبتدأة إذا فاتحها الدم الأسود (٥) خمسة ، ثم تغير إلى الضعيف (٦) فلا تغتسل ، ولا تصلي ، بل تتربص ، فلعل الضعيف ينقطع دون الخمسة عشر فيكون الكل حيضًا [2] ، (٧ فإن جاوز ٧) واستمر الدم فإذ ذلك (٨) نأمرها بتدارك ما فات في أيام

(١) في (أ ، ب) : « فإن » .
(٢) في (أ ، ب) : « إحدى » .
(٣) في (أ ، ب) : « وقيل » .
(٤) في الأصل : « طبق » .
(٥) « الأسود » : ليست في (أ ، ب) .
(٦) في (ب) : « الضعف » .
(٧) في (أ ، ب) : « فإذا جاوزت » .
(٨) في (أ ، ب) : « ذاك » .

(1) قوله : (لو رأت خمسة سوادًا ثم خمسة حمرة ثم أطبقت الصفرة فهل تلحق الحمرة بالصفرة أم بالسواد؟ وجهان) الأصح : إلحاق الحمرة بالسواد فيكونان حيضًا وبهذا قطع الشيخ أبو علي البغوي .

(2) قوله : (تتربص فلعل الضعيف ينقطع دون خمسة عشر فيكون الكل حيضًا) هذه عبارة ناقصة ، وكان ينبغي أن يقول : فلعل الضعيف ينقطع على خمسة عشر فما دونها ، فإن الخمسة عشر كما دونها بلا خلاف ، قال أصحابنا : متى انقطع على خمسة عشر كان الجميع حيضًا ، سواء كان لونًا أو لونين أو =

الضعيف ، نعم في الشهر الثاني ، كما انقلب الدم [1] إلى الضعيف تغتسل ؛ إذ بان استحاضتها في الشهر الأول ، والاستحاضة (١) علة مزمنة طويلة البقاء فلا تخرج على أن العادة هل تثبت بمرة ؟ [2]

الثاني : أنها لو شفيت قبل خمسة عشر [3] في بعض الأدوار : فجميع ذلك الدم (٢) حيض مع الضعيف ؛ لانقطاعه دون أقل المدة [4] كما لو وقع مثلًا (٣) في الدور الأول .

الثالث : إذا رأت المبتدأة أولًا خمسة عشر [يومًا] (٤) دمًا أحمر ، ثم أطبق السواد : فقد تركت الصلاة في النصف الأول من الشهر رجاءَ الانقطاع ، وتترك في النصف الثاني رجاء استقرار التمييز ؛ لظهور الدم القوى . إذا فرعنا على أنه لا ينظر إلى الأولية فلا تعهد امرأة تؤمر بترك الصلاة شهرًا كاملًا (٥) إلا هذه ؛ للانتظار الذي ذكرناه (٦) [5] .

(١) في (أ ، ب) : « فالاستحاضة » . (٢) في (أ ، ب) : « الدور » .

(٣) في (أ ، ب) : « مثل ذلك » . (٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) « كاملًا » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا رأت المبتدأة خمسة عشر يومًا دمًا أحمر ثم انقلب إلى السواد ، ولا تعهد امرأة تؤمر بترك الصلاة شهرًا إلا هذه ، هذا فيه تقصير من حيث إنها تترك الصلاة أكثر من شهر ، فإنها في أول الشهر الثاني تتحيض ستًا أو سبعًا أو يومًا وليلة فإنها مبتدأة لا تمييز لها ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦٥ أ) .

= ألوانًا ، سواء تقدم القوى أم الضعيف أم توسط أحدهما ، وكل هذا متفق عليه ، إلا أن البغوي حكى وجهًا ضعيفًا فيما إذا تقدم الضعيف على قوي أن حيضها القوي لأن ما قبله لا يتقوى به بخلاف عكسه .

(1) قوله : (في الشهر الثاني كما انقلب الدم) ، لفظة : (كما) يستعملها المصنف وغيره من الخراسانيين كثيرًا بمعنى (عند) ، وليست عربية ولا صحيحة .

(2) قوله : (الاستحاضه علة مزمنة) أي دائمة مأخوذة من الزمانة لا من الزمان .

(3) قوله : (لو شفيت قبل خمسة عشر) صوابه : قبل مجاوزة خمسة عشر .

(4) قوله : (لانقطاعه دون أكثر المدة) صوابه : لانقطاعه قبل مجاوزة المدة .

(5) قوله : (ولا تعهد امرأة تؤمر بترك الصلاة شهرًا كاملًا إلا هذه /) لأنها حيض في أول الشهر الثاني مع ذلك يومًا ٦٨/ب
وليلة في قول ، وستًا أو سبعًا في قول ، فإنها مبتدأة لا تمييز لها .

المستحاضة الثانية : المبتدأة التي ليست مميزة :

إما بإطباق لون واحد ، أو بفقد شرط من شرائط التمييز ، ففيها قولان [1] .

أحدهما : أنها ترد إلى أقل مدة الحيض : يومًا وليلة احتياطًا للعبادة (١) ؛ فإنه المستيقن .

والثاني : أنها تردُّ إلى أغلب عادات النساء ، لقوله - عليه الصلاة والسلام - لبعض المستحاضات : « تحيضي في علم اللّٰه (٢) سِتًّا أو سَبْعًا كما تحيض النساء ويطهرن ، ميقات حيضهن (٣) وطهرهن » (٤) [2] .

وقوله : « في علم اللّٰه » معناه : فيما أعلمك اللّٰه من عاداتهن .

---

(١) في الأصل : « العبادة » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : « تحيضي في علم اللّٰه » تحقيق معناه : افعلي ما تفعله الحيض فيما علمه اللّٰه من عادة النساء وهي ست أو سبع ، وأعلمك إياه فتعرفي ذلك عنه ، وعلم اللّٰه ها هنا معلومه » . المشكل (١ / ٦٥ ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « وقوله : (ميقات حيضهن) منصوب على الظرفية ، أي في ميقات حيضهن وهو أول الشهر ، ومبدأ الشهر من حين رؤية الدم قال صاحب (التتمة) : وليس المراد من الشهر الشهر الهلالي ، لكن شهرًا بالعدد ثلاثين يومًا ، واللّٰه أعلم » . المشكل (١ / ٦٥ ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله في المبتدأة غير المميزة : (والثاني : أنها ترد إلى غالب عادة النساء ؛ لقوله ﷺ لبعض المستحاضات : تحيضي في علم اللّٰه سِتًّا أو سبعًا كما تحيض النساء ويطهرن ميقات حيضهن وطهرهن) فقوله : (لبعض المستحاضات) غير مستقيم مع كونه مستدلًّا به على حكم مستحاضة معينة ، =

---

(1) قوله في المبتدأة : (قولان) الأصح عند الأكثرين : ترد إلى يوم وليلة ، وصورتها : إذا عرفت وقت ابتداء دمها فإن جهلته فلها حكم المتحيرة بلا خلاف .

قوله : (لقوله ﷺ لبعض المستحاضات) إلى آخره ، هذا حديث حسن رواه أبو داود والترمذى وغيرهما من روايه حمنة ، قال الترمذي : هو حديث حسن : قال : وسألت البخاري عنه فقال : حديث حسن . قال : وكذا قال أحمد بن حنبل إنه حديث حسن صحيح.

وقوله ﷺ : « تحيضي » أى التزمي الحيض .

(2) وقوله : « في علم اللّٰه » أي فيما أعلمك اللّٰه من عادة النساء ، والعلم هنا بمعني المعلوم . وقال الخطابي : معناه : فيما علم اللّٰه من أمرك من ستة أو سبعة ، (كما تحيض النساء) أي بعضهن أو غالبهن . (ميقات =

التفريع :

إن رددناها إلى الأغلب : فلا خيرة بين الست والسبع ، لكن تتبع العادة [1] ، فإن

= وهذه المستحاضة هي حَمْنَة بنت جحش ، أول اسمها حاء مهملة مفتوحة ثم ميم ساكنة ثم نون ، وما ذكره مختصر من حديثها ونصه على جهته أن رسول الله ﷺ قال لها بعد كلام : « فتحيضي ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله ، ثم اغتسلي حتى إذا رأيت أنك قد طهرت فصلي ثلاثًا وعشرين ليلة أو أربعًا وعشرين ليلة وأيامها ، وصومي فإن ذلك يجزيك ، وكذلك فافعلي كل شهر كما تحيض النساء وكما يطهرن ميقات حيضهن وطهرهن » ، الحديث أخرجه أبو داود والترمذي وغيرهما ، وقال البخاري والترمذي : هو حديث حسن ، وقال أحمد بن حنبل : هو حديث صحيح ، ثم إن من المشكل أنه ليس في الرواية بيان أنها من أي المستحاضات كانت ، وقد ذكر الإمام الشافعي وغيره أنه يحتمل أنها كانت معتادة وشكّت في الست أو السبع أيتهما عادتها فردها إلى ذكرها لما يعلمه الله من عادتها ، فنقول : قوله : « كما تحيض النساء ويطهرن ميقات حيضهن وطهرهن » يدل على أنه ردها إلى عادة النساء من غير اعتبار لعادتها ، ويلزم من هذا أن تكون مبتدأة غير مميزة إذ لا جائز أن تكون غيرها من المستحاضات ؛ إذ كل واحدة منهن قد دللنا على أنها لا ترد إلى غالب عادة النساء ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦٥ أ - ٦٥ ب) .

= حيضهن) منصوب على الظرف . واختلفوا في حال حمنة هل كانت مبتدأة أم معتادة ، فذكر الشافعي في (الأم) احتمالين وهما مشهوران لأصحابنا أيضًا ، لكن اختار الشافعي أنها كانت معتادة وأوضح دليله ، واختار المصنف وإمام الحرمين وابن الصباغ وصاحب (المهذب) والشاشي وآخرون أنها كانت مبتدأة ، ورجحه الخطابي لقوله ﷺ : « كما تحيض النساء » . قال المتولي : من قال كانت معتادة ذكروا في ردها إلى ست أو سبع تأويلات ، أحدها : معناه ستًّا إن كانت عادتك ستًّا ، أوسبعًا إن كانت سبعًا . والثاني : لعلها شكّت هل كانت عادتها ستًا أو سبعًا ؟ فقال : تحيضي ستًّا إن لم تذكري عادتك ، أو سبعًا إن ذكرت أنها عادتك . والثالث : لعل عادتها كانت مختلفة ففي بعض الشهور ستة وفي بعضها سبعة .

(1) قوله : (إن رددناها إلى الأغلب فلا خيرة بين الست والسبع / ولكن تتبع العادة) هذا الذي جزم به هو المذهب ، وفيه وجه مشهور : أنها مخيرة بين الست والسبع حكاه العراقيون عن ابن سريج وأبي إسحق المروزي وصححه الخياطي وابن الصباغ وغيرهما ، ويكون لفظ أو للتخيير وعلى المذهب يكون للتقسيم ، فعلى هذا في النساء المعتبرات أربعة أوجه ، أحدها : نساء زمانها في الدنيا كلها . والثاني : نساء بلدها وناحيتها . والثالث : نساء عصبتها . والرابع : نساء قراباتها من جهة الأب والأم جميعًا . وهذا هو الأصح ، وبه قطع كثيرون وصححه الباقون . فعلى هذا إن لم يكن لها نساء قرابات فنساء بلدها . ٦٩/أ

كانت عادات ⁽١ النسوة دون ١⁾ الست رُدَّت إلى الست ، وإن كانت فوق السبع رُدّت إلى السبع ، لتعيين رسول الله ﷺ هذين العددين ، هذا هو المشهور .

وقيل : إن العادة تتبع بقدرها ، والتعيين جرى وفاقًا .

ثم العبرة بأي نسوة ؟ فوجهان [٢] ؛ أحدهما : تعتبر [٣] بنساء البلدة [٤] . والثاني : بنساء العشيرة من الجانبين .

فإن ⁽٥ رددناها إلى الأقل في الحيض ٥⁾ ففي الطهر ثلاثة أوجه [1] :

أحدها : أنه [٦] تُرَدُّ إلى الأقل [٧] كما في الحيض ، وهذا ضعيف ؛ إذ الرد إلى أقل الحيض احتياط [٨] .

والثاني : أنه [٩] ترد إلى تسع وعشرين يومًا تتميمًا للدور .

والثالث – وهو الأقرب – : وهو أنها ترد إلى أغلب العادات ، وليكن ⁽١٠ إلى أربع وعشرين ١٠⁾ ،

---

(١) في (أ ، ب) : « النساء فوق » .
(٢) في (أ ، ب) : « فيه وجهان » .
(٣) « تعتبر » : ليست في (أ ، ب) .
(٤) في (أ ، ب) : « البلد » .
(٥) في (أ ، ب) : « رددنا إلى الأول من الحيض » .
(٦) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .
(٧) في (أ ، ب) : « الأول » .
(٨) في (أ ، ب) : « احتياطًا » .
(٩) في (أ ، ب) : « أنها » .
(١٠) في (أ ، ب) : « أربعًا وعشرين » .

---

(1) قوله : (فإن رددناها إلى الأقل في الحيض ففي الطهر ثلاثة أوجه) هذه الأوجه مشهورة للخراسانيين ، وحكاها الشيخ أبو محمد في الفروق أقوالًا ، أصحها : ترد إلى تسعة وعشرين وصححه القفال وآخرون ، وقطع به الشيخ أبو حامد والعراقيون وجماعات من الخراسانيين ، لأن الغالب أن الدور ثلاثون ، فإذا ثبت للحيض يوم وليلة تعين الباقي للطهر ؛ ولأن الرد إلى يوم وليلة إن كان للاحتياط فالاحتياط للطهر أن يكون تسعة وعشرين .

فإن الاحتياط فيه أكثر منه في ثلاثة وعشرين (1) .

ثم الوقت الذي حكم بطهرها (١) فيه ماذا تفعل (٢) ؟

فعلى قولين ؛ أصحهما : أن حكمها حكم الطاهرات المستحاضات . والثاني : أنها تحتاط (٣ احتياط المتحيرة ٣) ، كما سيأتي [إن شاء الله] (٤) (2) .

المستحاضة الثالثة : المعتادة :

وهي التي استحيضت بعد عادات منظومة فترد إلى عادتها في قدر الحيض وميقاته ؛ لما رُوي أن أم سلمة استفتت لبعض........................

(١) في (أ ، ب) : « بتطهيرها » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ثم الوقت الذي حكم بتطهيرها فيه ماذا تفعل ؟ فعلى قولين) هذا ليس على إطلاقه ، بل هو عندهم مخصوص بما كان منه في الخمسة عشر ، أماما جاوز منه الخمسة عشر فلا خلاف أنها لا تحتاط فيه كالمتحيرة بل هي كالمستحاضة الطاهرة ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦٥ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « كالمتحيرة » . (٤) زيادة من (أ ، ب) .

(1) قوله : (والثالث : ترد إلى غالب العادات وليكن أربعة وعشرين فإن الاحتياط فيه أكثر منه في ثلاثة وعشرين) هذا الذي قاله تفريعًا على هذا الثالث هو وجه ضعيف ، حكاه إمام الحرمين عن والده الشيخ أبي محمد ، والصحيح - تفريعًا على هذا الثالث - : أنها ترد إلى الغالب من العادة ، وهو ثلاثة وعشرون أو أربعة ، ولا يتعين واحد منهما . صرح به الشيخ أبو محمد في (الفروق) ، وإمام الحرمين والمصنف في (البسيط) والرافعي وغيرهم .

(2) قوله : (ثم الوقت الذي حكم بطهرها فيه ماذا تفعل ؟ فعلى قولين ؛ أصحهما : أن حكمها حكم الطاهرات المستحاضات ، والثاني : تحتاط احتياط المتحيرة) هذان القولان مشهوران ونص عليهما في (الأم) وأنكروا / ... أماما بعد الخمسة عشر فطهر بيقين فلها فيه حكم الطاهرات المستحاضات بلا خلاف . وينكر ٦٩/ب
على المصنف أيضًا إطلاقه القول الضعيف بأنها تحتاط احتياط المتحيرة ، فقد استثنوا منه الصلاة فقالوا : لا تقضي الصلوات المؤديات في هذه الأيام بلا خلاف ، صرح به جميع الأصحاب ، ونقل الرافعي الاتفاق عليه ، قالوا : ولا يجيء فيه الخلاف في قضاء صلاة المتحيرة .

المستحاضات [1] ، فقال - عليه الصلاة والسلام - [١] : « مُريها فلتنظر عدد الليالي والأيام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل أن يُصيبها الذي أصابها ، فلتدع الصلاة ، فإذا خَلَّفت [٢] ذلك فلتغتسل ، ثم لتستثفر بثوبٍ ثم لتُصَلِّ » [٣] ، فإذن المستفاد من العادة قدر الحيض ووقته .

ولتَغَيُّرِ العادةِ صورٌ :

الأُولى : كانت تحيض خمسًا وتطهر [٤] بقية الشهر ، فجاءها دور وحاضت [٥] سِتًّا وطهرت بقية الشهر ، ثم استحيضت في الشهر الآخر : فالمذهب أنها ترد إلى الست [٦] ؛ لأنها ناسخة .

وفيه وجه : أن العادة لا تثبت بمرة واحدة ، وهو مذهب أبي حنيفة . والصحيح الأول ؛ لأن إمكان ما عهد على القرب ولو بمرة [٧] أظهر من إمكان ما سلف .

الثانية : كانت تحيض خمسًا ، فحاضت في دور آخر سِتًّا ، وفي دور ثالث سَبْعًا ،

(١) يقول ابن الصلاح : « حديث المرأة التي استفتت لها أم سلمة - رضي الله عنها - حديث حسن أخرجه الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، وأبو داود والنسائي وغيرهم » . المشكل (١ / ٦٥ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فإذا خَلَّفت ذلك) هو بتشديد اللام أي تجاوزت ذلك وجعلته خلفها ، والاستثفار المذكور قد شرحناه في الباب الأول ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦٦ أ) .

(٣) في (أ) : « لتصلي » .

(٤) زاد في (أ ، ب) هنا : « خمسًا وعشرين » .

(٥) في (أ ، ب) : « فحاضت » .

(٦) في (أ ، ب) : « ستة » .

(٧) في (أ) : « مرة » .

(1) قوله : (لما روي أن أم سلمة - رضي الله عنها - استفتت لبعض المستحاضات) إلى آخره ، هذا الحديث صحيح رواه مالك في (الموطأ) والشافعي وأحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة على شرط البخاري ومسلم . واسم أم سلمة : هند بنت أبي أمية حذيفة ، توفيت سنة تسعة وخمسين بالمدينة ، ودفنت بالبقيع .

قوله : (فإذا خلفت ذلك) هو بتشديد اللام وبالفاء ، أي تجاوزت ذلك وتركته خلفها .

واستحيضت في الرابع : فترد إلى السبع على الظاهر ؛ لأنه الناسخ .

وعلى الوجه الآخر وجهان ؛ أحدهما : الرد إلى الخمس ؛ فإنه المتكرر . والثاني : إلى الست ؛ لأن السبع (١) تشتمل على الست (٢) ، فقد (٣ تكرر الست ٣) .

الثالثة : تغير الميقات بالتأخر (٤) ، بأن كانت تحيض خمسة (٥) في أول الشهر ، فجاءها دور فحاضت في الخمسة الثانية ، واستحيضت فقد صار الدور خَمْسًا وثلاثين ، فإليه ترد على الصحيح ولا نبالي (٦) بالأولية .

وإن (٧) قلنا : لا تثبت العادة بمرة فتقيم دورها ثلاثين كما عُهِدَ ، ولا نبالي (٨) بفوات الأولين (٩) .

وقيل : لابد من مراعاة الأولية ، وهؤلاء اختلفوا ، منهم من قال : : ينقص من طهرها خمسة أيام في هذا الشهر ، بأن نُحيضها هذه الخمسة الثانية ونُطهرها بقية الشهر عشرين يومًا ، ثم تعود إلى أول الشهر فنحيضها خمسة ، ونطهرها خمسة وعشرين أبدًا .

---

(١) في (ب) : « السبعة » . (٢) في (أ ، ب) : « ستة » .

(٣) في (أ ، ب) : « تكررت الستة » .

وقال الحموي مناقشًا هذا الوجه : « جعل الشيخ في العدة التكرر ، وهو موجود في الخمسة الأولى كما لا يخفى ، وكأنه اعتراض على اختيار الست على الوجه الثاني ثم تعليل ذلك بأنها تكرر ، ثم أجاب عن ذلك بقوله : « أما الست فإنها متكررة بالنسبة إلى السبع ، والسبع غير متكررة . وأما الخمس فإن كانت متكررة في الست لكن مع الست مزيد اختصاص ، وهو كونها ناسخة للخمس كما في الست مع السبع ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (٣٥ ب - ٣٦ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « بالتأخير » .

(٥) في (أ ، ب) : « خمسًا » .

(٦) في (أ) : « مبالاة » ، وفي (ب) : « يبالي » . (٧) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٨) في (أ ، ب): « يبالي » .

(٩) في هامش الأصل من نسخة أخرى وفي (أ) : « الأولية » .

وقال أبو إسحاق المروزي : لا نحيضها خمسة في هذا الشهر أصلًا (1) لفوات أوله ، بل (١ نجعل الدم استحاضة ١) ، فإذا جاء أول الشهر حيضناها خمسًا وأقمنا الأدوار القديمة على وجهها .

الرابعة : إذا تقدم الحيض إلى الخمسة الأخيرة من الشهر : فقد صار الدور خمسًا (٢) وعشرين مرة واحدة ، فلا (٣) يخفى أمره إن أثبتنا العادة بمرة [واحدة] (٤) ، أو لم تثبت ، ولكن لم نبالِ بالأولية ، وإن (٥) تشوفنا إلى الأولية أمكن أن نجعل هذه / الخمسة استحاضة ١١/ب
ثم نُحيضها في الخمسة الأولى من الشهر الثاني ، وهو مذهب أبي إسحاق .

وعند غيره : نحيضها في هذه الخمسة وفي خمسة من أول الشهر فنزيد في حيضها مرة (٦) واحدة ، ثم تعود إلى القانون السابق (٧) (2) .

(١) في (أ ، ب) : « نجعلها مستحاضة » .
(٢) في (أ ، ب) : « خمسة » .
(٣) في (أ ، ب) : « ولا » .
(٤) زيادة من (أ ، ب) .
(٥) في (أ ، ب) : « فإن » .
(٦) في (أ ، ب) : « نوبة » .
(٧) « السابق » : ليست في (أ ، ب) .

(1) قوله : (وقال أبو إسحق المروزي : لا نحيضها خمسة في هذا الشهر) صوابه : حذف قوله : (خمسة) ؛ لأن أبا إسحق يقول : لا حيض لها في هذا الشهر أصلًا ، وعبارة المصنف بنفي الخمسة لا يلزم منها نفي غيرها ، واتفق الأصحاب على تضعيف قول أبي إسحق هذا وتغليطه فيه . قال الإمام : هو من هفواته .

(2) قوله : (في الصورة الرابعة وهي إذ كانت عادتها خمسة من أول الشهر فتقدم حيضها فرأت الخمسة الأخيرة) إلى آخره ، حاصل ما ذكره أربعة أوجه ، وهي مشهورة ، أصحها : أنها تحيض خمسة من أول الدم وتطهر عشرين ، وصار دورها أبدًا خمسة وعشرين .

والثاني : تحيض خمسة من أوله وتطهر خمسة وعشرين في هذا الشهر ، ثم في باقي الشهور تحافظ على الدور القديم ثلاثين . والرابع : أن الخمسة الأخيرة طهر وتحيض من أول الشهر خمسة وتطهر باقيه ، وهكذا أبدًا على عادتها القديمة . قال إمام الحرمين والمصنف في (البسيط) : واختلف أصحابنا / ... أبي إسحق المروزي ٧٠/أ
القائل بالمحافظة على الأولية فقيل : قياسه الوجه الثالث ، وقيل : الرابع وهذا هو الظاهر وبه جزم المصنف ، وأما قول المصنف : (وعند غيره تحيضها في هذه الخمسة) فهو تفريع على التشوف إلى الأولية وهو وجه ضعيف . =

الخامسة : إذا (١) عاجلها الحيض بحيث عاد النقاء إلى أربعة عشر ، فعلى مذهب الجميع : لابد وأن نخلف يومًا من أول الدم ، ونجعله استحاضة تتمة للطهر .

ثم التفصيل بعده كما (٢) سبق بأن نقيم دورها عشرين إذا أثبتنا العادة بمرة واحدة (٣) ، إذ لا يمكن أن يجعل تسعة عشر ، فجعل الخامس عشر طهرًا ضرورة ، (٤ أولا نثبت بمرة ٤) فتقيم دورها القديم من الوقت ، ولا نبالي (٥) بالأولية ، أو نتشوف إلى الأولية بأن نجعل بقية الشهر استحاضة (٦) (1) ، [والله أعلم] (٧) .

(١) في (أ ، ب) : « لو » .

(٢) في (أ) : « ما » .

(٣) « واحدة » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ) : « نبالا » ، وفي (ب) : « يبالى » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله في آخر الصور الخامسة : (أو نتشوف إلى الأولية فتجعل بقية الشهر استحاضة) لا يتوهم من قطعه بهذا ها هنا أن الوجه الثاني الذي ذكره معه في الصورة التي قبلها في زيادة حيضها في هذا الدور خاصة لا يجيء ها هنا بل يجيء أيضًا ، وقد ذكره شيخه ، فتحيضها العشرة الأخيرة من هذا الشهر مع الخمسة الأولى من الشهر الثاني ، فيصير حيضها في هذا الدور خمسة عشر ، ثم تحكم لها بالطهر خمسة وعشرين يومًا ، ثم تحيضها في أول الدور الثالث خمستها وتعود إلى الأدوار القديمة ، ولكنه وجه ضعيف فكأنه تهاون به فلم يعده ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦٦ أ) .

(٧) زيادة من (أ ، ب) .

= قوله : (فتزيد في حيضها نوبة واحدة) فنوبة منصوب على الظرف ، وليس مفعولًا به لئلا يفسد المعنى .

قوله : (تشوقنا إلى الأولية) أي نظرنا وتطلعنا .

القانون : هو الأصل ، جمعه قوانين ، وهو عجمي معرب .

(1) قوله : في أخر الصورة الخامسة : (ونتشوف إلى الاولية بأن نجعل بقية الشهر استحاضة) هذه العبارة قد توهم أن الوجه المذكور في آخر الصورة الرابعة لا تجيء هنا وهو جائز هنا بلا شك ذكره إمام الحرمين ، فحيضها العشرة الأخيرة من هذا الشهر مع الخمسة الأولى من الشهر الثاني ، فيكون في هذا الشهر خمسة عشر ثم تكون طاهرًا بقية الشهر الثاني ، وهو خمسة وعشرون ، ثم نحيضها من أول الشهر الثالث خمستها الأولى ونعود إلى الأدوار القديمة .

المستحاضة الرابعة : المعتادة المميزة :

وهي التي أطبق الدم عليها وسبقت لها عادة معلومة ، واختلف (١) لون الدم ، فإن طابق قوة الدم أيام العادة فذاك ، وإن اختلفت (٢) بأن كانت (٣) عادتها خمسة فرأت عشرة سوادًا والباقي حمرة ففيه ثلاثة أوجه (1) :

أحدها : الحكم بالعادة ؛ لأنها (٤) مجمع عليها ، وفي الحكم بالتمييز خلاف (2) ؛ ولأن الثقة بالعادة أولى .

والثاني : أن التمييز أولى ؛ لأنه علامة ناجزة ؛ فإن العادة قد انقضت .

والثالث : أنه يجمع بينهما فنحيضها في العشر بالعلتين (٥) .

فإن رأت خمسة حمرة وأحدعشر سوادًا فقد عسر الجمع ، فثلاثة (٦) أوجه (3) :

---

(١) في الأصل : « اختلف » .
(٢) في (أ ، ب) : « اختلف » .
(٣) في (أ ، ب) : « كان » .
(٤) في (أ ، ب) : « لأنه » .
(٥) في (أ ، ب) : « بعلتين » .
(٦) في (أ ، ب) : « ففيه ثلاثة » .

---

(1) قوله : في المعتادة المميزة : (فيها ثلاثة أوجه) هي مشهورة أصحها – باتفاق المصنفين وهو المنصوص – : يحكم بالتمييز .

(2) قوله : (أحدها : الحكم بالعادة ؛ لأنها مجمع عليها ، وفي الحكم بالتمييز خلاف) يعني بالخلاف أن أبا حنيفة لا يعمل بالتمييز لكن ينكر عليه دعوى الإجماع في العادة ؛ لأن أشهر الروايتين عن مالك أنه لا يحكم بالعادة .

(3) قوله : (فيما إذا رأت خمسة حمرة وأحد عشر سوادًا ثلاثة أوجه) أصحها : الحكم بالتمييز ، وقوله : (فثلاثة أوجه ، أحدها : تجرد العادة ، والآخر : التمييز ، والآخر : يتدافعان) هذه العبارة صحيحة ، وقد أنكر بعض الناس جواز استعمال لفظة الآخر في غير الأخير ، وزعم أن استعمالها في الثاني من ثلاثة أو الثالث من أربعة فاسد ، وهذا خطأ منه ، بل هو صحيح معروف / ... أخبركم عن النفر الثلاثة ، أما أحدهم : فآوى إلى ٧٠/ب
الله ، وأما الآخر : فاستحي ، وأما الثالث : فأعرض .

أحدها : أن نجرد العادة . والآخر : أن نجرد التمييز . والآخر (١) : أنهما يتدافعان ، فهي (٢) كمبتدأة لا تمييز لها .

فرعان :

الأول : المبتدأة إذا رأت خمسة سوادًا ، ثم أطبق الدم على لون واحد : ففي الشهر الثاني نحيضها خمسًا ؛ لأن التمييز أثبت لها عادة ، فلو تمكنت بعد ذلك من التمييز مرة أخرى ولكن رأت السواد في العشرة : فترد إلى العشرة ، ولا يخرج على الخلاف في إثبات العادة بمرة ؛ لأن هذه عادة تمييزية فينسخها مرة واحدة كغير المستحاضة إذا تغيرت عادتها القديمة مرة [واحدة] (٣) ، فإنا نحكم بالحالة الناجزة (٤) (1) .

---

(١) كذا في الأصل ، (أ ، ب) . (٢) في (أ ، ب) : « وهي » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (المبتدأة إذا رأت خمسة سوادًا ثم أطبق الدم على لون واحد : ففي الشهر الثاني نحيضها خمسة ، لأن التمييز أثبت لها عادة) وهذا كلام مغلط يفهم منه غير الصواب ، فإنه إذا كان الدم المطبق بعد السواد هو الدم الضعيف لم يكن الحكم فيه ما ذكره ، بل حكمه ما ذكره في الفرع المذكور في آخر باب النفاس من أنها تكون طاهرة في زمان الدم الضعيف وإن استمر سنة فصاعدًا ، وذلك قضية القاعدة في المميزة ، وإنما هذا مخصوص بما إذا بطل تمييزها بإطباق الدم الأسود كما فيما ذكره شيخه - =

---

(1) قوله : (المبتدأة إذا رأت خمسة سوادًا ثم أطبق الدم على لون واحد : ففي الشهر الثاني نحيضها خمسة ؛ لأن التمييز أثبت لها عادة ، فلو تمكنت بعد ذلك من التمييز مرة أخرى ولكن رأت السواد في العشرة فترد إلى العشرة ، ولا يخرج على الخلاف في إثبات العادة بمرة ؛ لأن هذه عادة تمييزية فنسختها مرة واحدة لغير المستحاضة إذا تغيرت عادتها القديمة مرة واحدة فإنا نحكم بالحالة الناجزة) هذه العبارة قد توهم خلاف الصواب ، لأنها توهم أنه إذا كان الدم المطبق بعد السواد هو الضعيف المستمر حيضناها في الشهر الثاني خمسة ، وهذا غلط قطعًا ، فإنه لو كان كذلك كانت طاهرة في كل زمان الضعيف ، وإن استمر سنة أو سنين كما صرح به المصنف في الفرع المذكور في أخريات النفاس وهذا ، المبتدأة دمًا أحمر واستمر شهرًا ثم رأت في الشهر الثاني خمسة سوادًا ثم باقيه حمرة ثم رأت فى الشهر الثالث دمًا مبهمًا مطلقًا ففي الشهر الأول هي مبتدأة لا تمييز لها ، ففي مردها القولان ، وفي الشهر الثاني مميزة ترد إلى التمييز ، وأما الثالث : فإن قلنا تثبت العادة بمرة فحيضها الخمسة ، وإن قلنا : لا تثبت بمرة فهي مبتدأة لا تمييز لها ، وفيها القولان ، والله أعلم .

....

= رحمه اللّٰه وإيانا - من صورتها أو نحو ذلك ، وذلك أن تتمكن من التمييز وترد إليه ، مثل : أن ترى الدم الأسود خمسة أيام والدم الضعيف خمسة وعشرين ، ويتكرر ذلك مرارًا ، ثم يستمر الدم الأسود ويجاوز الخمسة عشر فترد إلى الخمسة ، لأن التمييز أثبتها عادة لها .

وقول صاحب الكتاب : (ففي الشهر الثاني نحيضها خمسة) صورته على هذا : أن ترى خمسة سوادًا ثم خمسة وعشرين حمرة ، ثم ترى السواد في الشهر الثاني وتطبق ، فترد إلى الخمسة ، على أن العادة تثبت بمرة .

ثم إن قوله : (لو رأت السواد في العشرة فترد إلى العشرة ، ولا يخرج على الخلاف في إثبات العادة بمرة ، لأن هذه عادة تمييز به فتنسخها مرة واحدة ، كغير المستحاضة إذا تغيرت عادتها القديمة مرة فإنا نحكم بالحالة الناجزة) هذا دائر بين احتمالين ؛ أحدهما : أن يكون أراد ما إذا كانت ترى خمسة سوادًا وخمسة وعشرين حمرة ، وتكرر ذلك ، ثم رأت في شهر عشرة سوادًا وباقي الشهر حمرة ، ثم استمر السواد في الشهر الذي بعده وأطبق فنردها إلى العشرة لا إلى الخمسة السابقة ، وعلى هذا فدعواه أنه لا يخرج على الخلاف في ثبوت العادة بمرة مشكلة ، فإن تغير التمييز مع استمرار أصل الدم لا يزيد على التغيير بانقطاع الدم من أصله وبالطهر المحسوس ، كما إذا كانت عادتها أن تحيض خمسة وينقطع ، وتكرر ذلك ثم رأت في شهر عشرة وانقطع ، ثم في الشهر الذي بعده رأت الدم واستمر ، فإن الخلاف جارٍ في أنها ترد إلى العشرة وتثبت العادة بمرة ، أو ترد إلى الخمسة ولا يثبت بمرة ، واحتجاجه بغير المستحاضة لا يستقيم فإنه لا يعتمد فيها على عادة تسبق حتى يقال : تثبت العادة في حقها بمرة أو لا تثبت ، وإنما الاعتماد فيها على رؤيتها الدم في زمان الإمكان ، فاعلم ذلك ، واللّٰه أعلم .

الثاني : أن يكون أراد بذلك نفس الشهر الذي رأت فيه عشرة السواد ، والحكم بأنها ترد فيه إلى التمييز فيه في العشرة ، ولم يُرِدْ بذلك شهرًا آخر بعد شهر العشرة بطل فيه التمييز باستمرار السواد ، ويشهد لإرادته هذا استشهاده برد غير المستحاضة إلى الحالة الناجزة إذا تغيرت عادتها القديمة .

ويشهد للاحتمال الأول قوله : (ولا يخرج على الخلاف في إثبات العادة بمرة ، فإن ردها في نفس شهر العشرة إلى العشرة ليس ردًّا إلى العادة بل حكمًا بالناجز) وأي الصورتين أراد فليس ينفك عن مؤاخذة ، إن أراد الأول : ففي استشهاده بغير المستحاضة كما بينت ، وإن أراد الثانية : ففي قوله : (ولا يخرج على الخلاف في ثبوت العادة بمرة) كما بينت .

والإمام شيخه إنما ذكر الثانية ولم يقل : ولا يخرج على الخلاف في إثبات العادة بمرة ، ولكن قال : فهي الآن مردودة إلى العشرة ولا يخرج هذا على الخلاف في تقديم العادة أو التمييز . وهكذا ذكره هو في بسيطه وادعي أن الخلاف إنما هو في عادات تقدمت في غير الاستحاضة مع أطهار مستقيمة إذا عارضها التمييز القائم في زمان الاستحاضة ، وهذه عادات كانت تمييزية في أيام الاستحاضة ، فلا تقدم على تمييز ناجز بحال وهذا لا بأس به ، واللّٰه أعلم » . المشكل (١ / ٦٦ أ - ٦٧ أ) .

الثاني : قال الشافعي - رضي الله عنه - : الصُفْرَة والكُدْرَةُ [1] في أيام الحيض حيضٌ ، وذلك فيما يوافق أيام العادة .

وما (١) وراء عادتها (٢) إلى تمام خمسة (٣) عشر ، فيه ثلاثة أوجه [2] :

أحدها : أنها حيض ؛ لأنها مدة الإمكان كأيام العادة .

والثاني : لا ؛ لقول بنت جحش : « كنا لا نعتدُّ (٤) بالصفرة وراء العادة شيئًا » (٥) [3] .

والثالث : إن كان ما تقدمها من الصفرة دم قوي ولو لحظة (٦) فهو حيض [4] ؛ لقوته،

(١) في الأصل : « فيما » ، ولعله تصحيف . (٢) في (أ ، ب) : « العادة » .

(٣) في (أ ، ب) : « الخمسة » . (٤) في (ب) : « نعد » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله في الصفرة الواقعة فيما وراء عادتها : (لقول زينب بنت جحش : كنا لا نعتد بالصفرة وراء العادة شيئًا) هذا منكر لم أجده في شيء من كتب الحديث ، وكأنه تصحيف مما ذكره شيخه ، وهي حمنة بنت جحش ، وذلك أقرب ولم يصح أيضًا فيما نعلم ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦٧ أ - ٦٧ ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « لطخة » .

---

(1) قوله : (الصفرة والكدرة) قال الشيخ أبو حامد : هما ماء أصفر وماء كدم وليسا بدم . وقال إمام الحرمين : هما شيء كصديد تعلوه صفرة وكدرة ، ليسا على لون شيء من الدماء القوية ولا الضعيفة .

(2) قوله : (في الصفرة والكدرة فيما وراء العادة إلى تمام خمسة عشر ثلاثة أوجه) هي مشهورة ، أصحها : أنه حيض .

(3) قوله : (لقول بنت جحش : كنا لا نعتد بالصفرة وراء العادة شيئًا) هكذا هو في النسخ المحققة لقول بنت جحش ، وفي بعضها : لقول زينب بنت جحش ، وفي بعضها : فاطمة بنت جحش ، وفي (البسيط) : بنت جحش ، وفي (النهاية) : حمنة بنت جحش ، وكله تصحيف وصوابه : لقول أم عطية كذا رواه البخاري في صحيحه وسائر المحدثين وغيرهم . وقول المصنف : (وراء العادة) منكر لا يعرف ، وإن كان قد ذكره أيضًا شيخه في « النهاية » بهذا اللفظ ، وإنما لفظه في صحيح البخاري : « كنا لا نعد الصفرة والكدرة شيئًا » وفي رواية بإسناد صحيح على شرط البخاري : « كنا لا نعد الصفرة والكدرة بعد الطهر شيئًا » ، وفي رواية الدارمي : « كنا لا نعتد بالصفرة والكدرة بعد الغسل شيئًا » .

(4) قوله : (والثالث : إن كان ما تقدمها من الصفرة دم قوي ولو لطخة فهو حيض) هذه العبارة فيها تقديم وتأخير / .

٧١/أ

وإن كان الكل صفرة فتقتصر على أيام العادة فيه (١) .

فأما المبتدأة إذا رأت الصفرة أولًا : فمردها - أعني (٢) اليوم والليلة ، أو الست ، و(٣) السبع - كأيام العادة في حق المعتادة ، أو كما وراء العادة فيه وجهان (1) .

* * *

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (والثالث : إن كان تقدمها من الصفرة دم قوى ولو لحظة فهو حيض لقوته ، وإن كان الكل صفرة فيقتصر على أيام العادة فيه) هذا لفظه في (الوسيط) على ما حققته بنسيابور وكان أصل المصنف بها ، وهو كلام مشكل ، وتلخيصه وتقديره : إن كان الواقع وراء العادة من الصفرة هو ما تقدمه دم قوي ولو لحظة فهو حيض لقوته ، ووجه صحته : أن الواقع وراء العادة قد سبق ذكره فرجع الضمير في (كان) إليه وصار قوله : (ما تقدمها) خبرًا له ، وقوله : (من الصفرة) بيان له ، على أن (من) فيه لبيان الجنس ، وأنث الضمير في قوله : (تقدمها) لأن لفظة (ما) فيه وقعت على مؤنث وهو الصفرة ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦٧ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « إلى » . (٣) في (أ ، ب) : « أو » .

---

(1) قوله : (في مرد المبتدأة وجهان) هما غريبان ، حكاهما شيخه أيضًا وغيره ، أصحهما عند شيخه وغيره : أنها كالمعتادة فيما وراء العادة ، وبهذا قطع الجمهور ، والله أعلم .

الباب الثالث

في المستحاضة المتحيرة (1)

وهي التي نسيت عادتها قدرًا ووقتًا (2) . وفيها قولان ؛ أحدهما : أنها كالمبتدأة في قدر الحيض (3) .

أما وقته : فَرَدُّها (١) إلى أول الأَهِلَّة ؛ فإنه مبادئ أحكام الشرع (٢) (4) وهذا مُزَيَّف ؛

(١) في (أ ، ب) : « فترد» .

(٢) يقول ابن الصلاح : « ومن الباب الثالث في المتحيرة قوله في أول الأهلة : (إنه مبادئ أحكام الشرع) ليس بمقبول ، وشيخه إنما قال فيه : فإن المواقيت الشرعية هي الأهلة ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦٧ ب) .

---

(1) الباب الثالث : في المتحيرة ، يقال : لها أيضًا : المحيرة بكسر الياء .

(2) قوله في المتحيرة : (هي التي نسيتْ عادتها قدرًا ووقتًا) هذه صورتها المشهورة ، قالوا : ويتصور نسيانها بغفلة وإهمال أو علة متطاولة كمرض ونحوه أو الجنون أو غير ذلك . ثم صورة المسألة : أن لا تكون هذه الناسية مميزة ، فإن كانت مميزة ردت إلى التمييز على المذهب ، وبه قال جمهور أصحابنا ، ونقل إمام الحرمين أيضًا والأصحاب عليه للضرورة هنا ، بخلاف غير الناسية فإن فيها الأوجه الثلاثة السابقة في تعارض التمييز والعادة .

ومن الأصحاب من طرد فيها هنا الخلاف ، منهم صاحب (المهذب) وآخرون ، واعلم أن عبارته تقتضي حصر المتحيرة في الناسية لعادتها قدرًا ووقتًا ، وليست منحصرة في ذلك ، فإن المبتدأة إذا لم تعرف وقت ابتداء دمها كانت متحيرة وجرت فيها أحكامها .

(3) قوله في المتحيرة : (أنها على قولين ، أحدهما : كالمبتدأة في قدر الحيض) ذكر الأصحاب فيها ثلاث طرق ، أشهرها : أنها على قولين ، أحدهما : أنها كالمبتدأة ، وأصحهما : تؤمر بالاحتياط . والثاني : القطع بأنها كالمبتدأة ، وبه قطع القاضي أبو حامد . والثالث : القطع بالاحتياط واختاره الدارمي والماوردي وآخرون ، فإن قلنا : كالمبتدأة فطريقان ، أصحهما : أنها على القولين في يوم وليلة أو ست أو سبع ، والثاني : القطع بيوم وليلة ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والمحاملي وسليم وابن الصباغ والجرجاني وغيرهم ، وروى صاحب (البيان) في كتابه (مشكلات المهذب) أنه قول أكثر أصحابنا وليس كما قال .

(4) قوله : : (أما وقته : فَتُرَدّ إلى أول الأهلة ، فإنه مبادئ أحكام الشرع) هذا مما أنكروه عليه ؛ لأنه إنكار للحس ، فإن الزكوات والعدد والديات والجزى والكفارات وغيرها لا تختص بأول الأهلة وعبارة إمام الحرمين : (لأنّ المواقيت الشرعية هي الأهلة) .

فإن اختصاص الحيض بأول الهلال لا يقتضيه طبع ولا شرع ، فالقول (١) الصحيح : أنها مأمورة بالاحتياط [1] ، والأخذ بأسوأ الاحتمالات في أمور سبعة (٢) :

الأول : أن لا يُجامعها زوجها في كل حال ؛ لاحتمال الحيض [2] .

الثاني : أن لا تدخل المساجد ، ولا تقرأ القرآن إلا في الصلاة ، إلا على وجه بعيد في أن الحائض تقرأ خيفة النسيان [3] . وهذه (٣) أولى .

(١) في (أ ، ب) : « والقول » . (٢) « سبعة » : ليست في (أ ، ب) .

وقال ابن الصلاح : « ذكر أنها تؤمر بالاحتياط والأخذ بأسوأ الاحتمالات في أمور ، وجعل الثالث منها مالا تؤمر فيه بالاحتياط والأخذ بأسوأ الاحتمالات ، وهو اعتدادها بثلاثة أشهر إذا طُلِّقت ، وهذا لا وجه له من حيث نظم الكلام ، وإن لم يلزم منه تغليط في الحكم ، والله أعلم . قلت : يمكن أن يقال : إن اعتدادها بثلاثة أشهر فيه احتياط من حيث إن عدتها بالأقراء ، وقد تكون ثلاثة أقراء أقل من ثلاثة أشهر ، بل الغالب أن تكون أقل ، وأما كون ذلك أسوأ الاحتمالات فهو أسوؤها باعتبار أحوال الأقراء في حق من لم تخرج في حيضها وطهرها عن غالب عادات النساء في مجموع زمن الطهر والحيض ، والكلام فيمن لم يعلم من عادتها أنها خرجت في مجموع الزمنين عن شهر ، فإن علم من عادتها ذلك فلا تعتد بثلاثة أشهر ، وأما إن لم تعلم ذلك ولا ضده فيحمل الأمر على الغالب فيه لاطراده دائمًا إلا في النادر ، بخلاف مقادير الحيض والطهر ، فإنها غير مطردة على حال واحدة كاطراده ، والله سبحانه أعلم » . المشكل (١/٦٧ب - ٦٨أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « فهذه » .

---

(1) قوله : (والقول الصحيح : أنها مأمورةٌ بالاحتياط في أمور) ثم ذكر (ثالثها : العدة بثلاثة أشهر) وهو مما لا احتياط فيه فإن الاحتياط أن يمكث إلى سن اليأس ، وهو وجه حكاه المصنف في كتاب العدد عن حكاية صاحب (التقريب) ، والمراد : أنها مأمورة بالاحتياط والأخذ بالأشد في معظم الأحكام .

(2) قوله : (لا يجامعها زوجها في كل حال) هذا الذي جزم به من تحريم الوطء هو المشهور الذي قطع به الجمهور ، وحكى الماوردي وغيره وجهًا غريبًا أنه يحل ؛ لأنه يستحق الاستمتاع فلا يحرمه عليه بالشك ؛ ولأن في منعها دائمًا مشقة عظيمة عليها ، والسيد كالزوج هنا .

(3)قوله : (ولا تقرأ القرآن إلا في الصلاة إلا على وجه بعيد في أن الحائض تقرأ خيفة النسيان) صوابه : قول بعيد لا وجه ، وصوابه أيضًا حذف قوله (خيفة النسيان) لأنهم اختلفوا في سبب جواز القراءة لها على القول القديم ، فقيل : للنسيان ، وقيل : لحاجة التعليم كما سبق في بابه . فعبارة المصنف هنا تقتضي أنه لا يباح للمتحيرة إلا إذا جوزناه للحائض وعللناه بخوف النسيان ، ومعلوم أنه جائز لها أيضًا على هذا القول ، إلا إذا عللناه للتعليم .

الثالث : إذا طُلقت انقضت عدتها بثلاثة أشهر ، ولا يقدر تباعد حيضها إلى سن اليأس أخذًا بأسوأ الاحتمالات ؛ لأنه تشديد عظيم .

الرابع : أنها تصلي وظائف الأوقات لاحتمال الطُّهْر ، وتغتسل لكل صلاة (1) لاحتمال انقطاع الدم ، ثم لا تغتسل لصلاة إلا بعد دخول وقتها .

والأصح : أن المبادرة لا تجب عليها بعد الغسل ، إذ الانقطاع لا يتكرر بعد الغسل ، بخلاف الأحداث في حق المستحاضة .

الخامس : يجب عليها أن تصوم جميع شهر رمضان لاحتمال دوام الطهر ، ثم عليها أن تقضي ستة عشر يومًا ؛ لاحتمال دوام الحيض خمسة عشر يومًا ، وانطباقه على ستة عشر يومًا بطريانه في وسط النهار .

وقال الشافعي – رضي الله عنه – : تقضي خمسة عشر يومًا (2) . وكأنه(١) لم يخطر

(١) في (أ ، ب) : « كأنه » .

---

(1) قوله : (تغتسل لكل صلاة) هذا إذا لم يعلم انقطاع الدم في وقت بعينه ، فإن علمت أنه كان ينقطع مع غروب الشمس مثلًا لزمها الغسل كل يوم عقب غروب الشمس ، ولا يلزمها في اليوم والليلة غسل آخر وتصلي بذلك في الغسل على الخلاف في وجوب المبادرة إذا توضأت المستحاضة ، وهذا الخلاف إنما هو في وجوب إعادة الغسل إذا لم تُبادر ، فإذا لم تبادر وقلنا بالأصح أنه لا يجب إعادة الغسل لزمها الوضوء قبيل الصلاة ، إن قلنا بالأصح أنه يلزم المستحاضة .

(2) قوله : (أنها إذا صامت رمضان تقضي ستة عشر يومًا ، وأن الشافعي قال : تقضي خمسة عشر) هذا الذي قاله الشافعي قال به جمهور أصحابنا المتقدمين ، ولكن الأصح ما قاله المصنف وجمهور المتأخرين : أنه يلزمها ستة عشر ، وتأولوا نص الشافعي على أنه أراد من حفظت أن دمها كان ينقطع في الليل .

وأما قول المصنف : (كأنه لم يحصل الطريان وسط النهار) فعبارة ناقصة وبشعة .

قوله : (الطريان) هكذا يتكرر في (الوسيط) وهو تصحيف ، وصوابه (الطرآن) بالمد .

و(وسط النهار) بفتح السين ويجوز إسكانها و(النصف) بكسر النون وضمها وفتحها ، ويقال : نصيف أيضًا ، أربع لغات ، الأولى لغات أفصح . و (عمدت) بفتح الميم .

له تقدير الطريان في(١) وسط النهار (٢) .

السادس : إذا كان عليها صوم يوم واحد قضاء (٣) فلا تبرأ ذمتها بيوم واحد ولابيومين ؛ فإنها لو عمدت إلى ستة عشر يومًا ، وصامت من أولها يومًا ومن آخرها يومًا فربما انطبق حيض (٤) على الستة عشر بالطريان (٥) نصف النهار ، فإن جعل بين اليومين

---

(١) « في » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في قضاء ستة عشر يومًا إذا صامت جميع شهر رمضان : (قال الشافعي - رضي الله عنه - : تقضى خمسة عشر يومًا . وكأنه لم يخطر له تقدير الطرآن وسط النهار) هذا كما تراه ، فيقال له : قد خطر ذلك لغيره من أئمة أصحابه ولم يوجبوا إلا قضاء خمسة عشر يومًا ، وسببه ما نذكره إن شاء الله تعالى ، ومن العجب أنه مع قوله هذا قد قال هو في الباب الذي بعد هذا فيما إذا كان حيضها خمسة أصلها في الشهر فصامت شهر رمضان : أنها تقضي خمسة ولم يقل تقضي ستة لاحتمال الطرآن ، ولا يتهيأ له من العذر ما يتهيأ للإمام الشافعي - رضي الله عنه - لا هذا العذر القاصر الذي اعتذر هو به ، إذ قد خطر له ها هنا تقدير الطرآن وتلك المسألة في الذكر قريبة من هذه بعيدة ولا ما اعتذر به الأصحاب وذكروه من المستند لذلك ، إذ منهم من قال : بأن كلام الإمام مفروض فيمن علمت من عادتها أن حيضها لم يكن يطرأ وسط النهار ، وهذا منتفٍ فيما ذكره لما ينبه عليه إن شاء الله تعالى من كلامه هناك ، وفيما علقته بنيسابور - صانها الله تعالى وسائر بلاد الإسلام وأهله - من كتاب (المحيط بمذهب الشافعي - رضي الله عنه -) تأليف الشيخ أبي محمد الجويني أن عامة مشايخهم لم يوجبوا عليها إلا قضاء خمسة عشر يومًا ، وحكى عن شيخه القفال عن شيخه أبي دريد قوله : إن الواجب عليها قضاء ستة عشر يومًا ؛ لاحتمال الطرآن . ثم قال : وهذا الذي قاله محتمل ظاهر ، غير أن الذي اجتمع عليه أصحابنا سلوك سبيل التخفيف والترفيه في بعض الأحوال ، قلت : ومن قال بالخمسة عشر من العراقيين أبو علي صاحب (الإفصاح) والشيخ أبو حامد الإسفراييني والمحاملي - رضي الله عنهم - قلت : وما ذكره الشيخ أبو محمد من التخفيف يحتاج إلى تمام ، فما بالتحكم نخص بالتخفيف شيئًا دون شيء ، فأقول : أما الاقتصار في قضاء الصوم على خمسة عشر ؛ فلأن تقدير الطرآن في وسط النهار تقدير أمر مفسد للصوم بعد انعقاده والأصل عدمه ، وليس لذلك طرآنه ليلًا فإنه حينئذٍ لا ينعقد من أصله ، وأمّا التخفيف في قضاء الصلوات بعد أدائها وفي اعتدادها بثلاثه أشهر ؛ فلأن ذلك حرج شديد ، والأصل إعفاؤه في الشريعة السمحة ، والله أعلم » . المشكل (١/ ٦٨ أ - ٦٨ ب) .

(٣) « قضاء » : ليست في (أ ، ب) . (٤) في (أ ، ب) : « حيضها » .

(٥) في (أ ، ب) : « لطريان » .

خمسة عشر يومًا فِطْرًا ، فلعلهما وقعا في طرفي حيض (١) وكان الطهر في أيام الفطر ، فسبيلها أن تصوم ثلاثة أيام ، وتعمد إلى سبعة عشر يومًا تصوم يومًا في أوله (٢) وتفطر يومًا ، ثم تصوم يومًا ثم تصوم السابع عشر فتخرج عما عليها بيقين ؛ لأنه إن طرأ الحيض في اليوم الأول انقطع قبل الآخر (٣) ، وإن انقطع على الآخر (٤) لم يكن طارئًا في الأول ، وإن (٥) وقع الأول والأخير في طرفي حيضتين فالوسط في نقاء بينهما .

والضبط فيه : أن يقدر الشهر نصفين - وهو الدور بكماله في تقديرنا (٦) (1) - وتصوم يومين [من أول الشهر] (٧) في النصف الأول بينهما فطر ، فتصوم (٨) اليوم الثالث في النصف الأخير / وتؤخره عن أول النصف الأخير بقدر أيام الفطر بين اليومين ١٢/أ الأولين (2) ، فإن خللت بينهما يومين (٩) فلتصم الثالث في الثامن عشر ، وإن كان المتخلل

(١) في هامش الأصل من نسخة أخرى وفي (أ ، ب) : « حيضتين » .

(٢) في (أ ، ب) : « أولها » .

(٣) في (أ ، ب) : « الأخير » .

(٤) في (أ ، ب) : « الأخير » .

(٥) في (ب) : « فإن » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله في قضاء الصوم : (تقدر الشهر نصفين وهو الدور بكماله في تقديرنا) يعني : تقديرنا أكثر الحيض خمسة عشر يومًا ، فإن المراد بالشهر ثلاثون يومًا ، فإذا كان الحيض خمسة عشر والطهر خمسة عشر فقد كمل بهما الثلاثون يومًا ، وما ذكره من الضابط في صوم يومين فما زاد من الأضعاف وزيادة يومين مطرد في صوم واحد ، فيكون المجموع أربعة أيام ، فتصوم يومين ولاء من أول الشهر ، ويومين ولاءً من آخر النصف ، لكن لم يذكر ذلك اختيارًا لما هو أقل وهو الثلاثة المذكورة ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦٨ ب - ٦٩ أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ ، ب) : « ثم تصوم » .

(٩) في (أ ، ب) : « بيومين » .

---

(1) قوله : (تقدر الشهر نصفين وهو الدور بكماله في تقديرنا) يعني : في تقديرنا أكثر الحيض بخمسة عشر .

(2) قوله : (وتصوم اليوم الثالث في النصف الأخير وتؤخره عن أول النصف الأخير بقدر أيام الفطر بين اليومين الأولين) كان ينبغي أن يقول : (بقدر أيام الفطر أو أقل) فإنها لو صامت الأول والخامس عشر فقد خللت بثلاثة عشر فتصوم التاسع والعشرين ، أو السابع عشر أو ما بينهما ، وتجزيها بلا خلاف .

ثلاثًا ففي التاسع (١ عشر ، وإذا فعلت ذلك فكيفما قدم الحيض أو أخر وقع يوم النقاء ١) ، فإن (٢) كان عليها قضاء يومين فتضعف فيصير أربعة وتزيد يومين فيصير ستة (1) ، وتصوم(٣) ثلاثة ولاءً من أول الشهر ، وثلاثة ولاءً من أول (٤) النصف الثاني ، فيقع اثنان (٥) لا محالة في الطهر ، إما الأول وإما الثاني ، وإما من كل واحد منهما [يوم] (٦) .

وإن كان الواجب ثلاثة أيام أو أربعة أو خمسة فيضعف وتزيد يومين (٧ إلى أربعة عشر يومًا ٧) ، فيضعف وتزيد يومين فيصير ثلاثين يومًا فتصوم جميع الشهر ، ويحصل لها أربعة عشر كما ذكرناه في شهر رمضان ، فإن (٨) كان القضاء خمسة عشر [يومًا] (٩ فعلت بأربعة عشر [يومًا] ٩) ما ذكرناه ، ثم لا يخفى حكم الواحد الزائد (١٠) كما مضى .

---

(١) العبارة بين الرقمين ساقطة من (أ ، ب) .

قال الحموي : « ما ذكر الشيخ من أنها إذا صامت يومًا أولًا ، ثم خللت بيوم واحد ، ثم صامت الثالث ، ثم صامت السابع عشر ، وهو صحيح ، فإنها تخرج عن العهدة بيقين لما عُلم . وأما إن خللت بيومين فطرًا مثل : إن صامت اليوم الرابع فإنها تخلل في النصف الأخير بيومين ، فتصوم الثامن عشر وتبقي السادس عشر والسابع عشر بلا صوم فيه ؛ فتخرج عن العهدة بيقين ، ونفهم من هذا أنها لو خللت بيومين في الآخر لم يحصل لها يوم ، وأنه ليس كذلك ، فإنها لو خللت أولًا بيومين وصامت السابع عشر خرجت عن العهدة بيقين ، فعلى هذا لا فائدة فيما ذكره » .

ثم قال رادًا على هذا الاعتراض : « أراد الشيخ بذلك أن يبين أنها لو فعلت هكذا جاز ، وكان ما ذكره طردًا للطريقة وخرجت عن العهدة ، لا أنه لا يحصل بما دونه وهو بحسب الإمكان » . مشكلات الوسيط (٣٧ أ - ٣٧ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٣) في (ب) : « فتصوم » .

(٤) « أول » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « يومان » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) ليست في (ب) .

(٨) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) في (أ ، ب) : « والزائد » .

---

(1) قوله : (في صوم يومين أنه يحصل بستة) وذكر هو والأصحاب أن ضابطه : أن تضعف الواجب وتزيد يومين أبدًا وتقسم المجموع نصفين فتصوم نصفه أولًا ، ثم / ٧٢/ب

السابع : إذا أَدَّتْ وظائف الصلوات في وقتها لم يلزمها القضاء ، إذ الشافعي – رضي الله عنه – سكت عن قضاء الصلاة وصرح بقضاء الصوم ، مع أن القياس التسوية ، ولكن لعله رأى الحرج شديدًا في قضاء الصلوات (١) .

وقال أبو زيد المروزي : لابد من القضاء في قول الاحتياط (٢) .

---

(١) في (ب) : « الصلاة » .

(٢) قال الحموي : « ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه جعل القياس التسوية ، ومن المعلوم أنها لو لم تكن متحيرة لما وجب عليها قضاء الصلاة للحرج بخلاف الصوم ، وكذلك في المتحيرة ، فعلى هذا لا يكون القياس التسوية ثم لا فرق بينهما . وقال : لعله رأى الحرج شديدًا ، وهذا يخالف ما ذكره أولًا .

الثاني : أنه ذكر أنها تقضي الصلاة مطلقًا على قول أبي زيد ، وليس الأمر كذلك ، فإنها لا تقضي في كل شهر أكثر من يومين ، فإنها لا تخلو إما أن تكون حائضًا أم طاهرًا ، فإن كانت حائضًا فالصلاة عليها أكثر من يومين وسنبينه » .

ثم قال مجيبًا عن ذلك : « مراده بذلك في حال كونها متحيرة ، فإن القياس فيهما التسوية لكونها بادية الوقوع فيهما ، لكنه إذا وقع في المتحيرة دام بالنسبة إلى الصلاة وتقع متكررًا في كل شهر ، وذلك زيادة حرج بخلاف الصوم .

الجواب عن الثاني فأقول : المتحيرة على قول أبي زيد إذا أرادت الصلاة في وقتها ، وأرادت أن تقضي الصلاة فلا تخلو : إما أن تكون قد أدت الصلاة في أوائل الأوقات أم لا ، فإن كان الأول فإن لم تقضها حتى مضي خمسة عشر يومًا من أول يوم كان استثناء فيه ، فيجب عليها قضاء يوم وليلة ، وإن أوجبنا القضاء لاجتهال الانقطاع ، ولا يتصور أن ينقطع الحيض إلا في خمسة عشر يومًا الأخيرة ، فهذا يقتضي أن لا يجب إلا تدارك صلاة في هذه المدة ، وقد أشكل عينها ولا يخرج عن العهدة إلا بقضاء خمس صلوات وهى صلوات يوم وليلة ، ويحتمل أيضًا أن يتدارك صلاتي جمع وهما الظهر والعصر ، أو المغرب أو العشاء فلما أشكل ذلك قضت صلاة يوم وليلة كغيرها ، وإن كان الثاني : فلابد من قضاء يومين وليلتين ، وسببه : أنها إذا كانت تصلي في الوقت فقد يطرأ الحيض على صلاة في الوسط ، ثم يتفق مع الطروء والانقطاع فساد صلاتين متماثلتين وشكل عنها ، ومن فاتته صلاتان مماثلتان فلا يخرج عن عهدتها إلا بقضاء صلوات يومين وليلتين ، ولو كانت تصلي في أول الوقت فيحتمل وقوعه في استمرار الحيض وانقطاعه في أثناء الوقت ، فلو فرض الحيض في أثناء الصلاة المقامة في أول الوقت لما وجبت الصلاة ، فإنها لم يترك من الوقت ما يسع لإمامة الفريضة ، ولا يجتمع الفساد بسبب الطروء الانقطاع ، وإذا كان كذلك كان ما ذكره الشيخ محمد لاعلى قضاء يومين وليلتين ، وهو أسوأ الأحوال على ما بيناه » . مشكلات الوسيط (٣٧ب – ٣٩أ) .

وسبيل قضاء الصلوات (١) ما ذكرناه في الصوم ، فإن كان عليها مائة صلاة (٢) فتضعف وتزيد صلاتين فتكون مائتين وصلاتين ، فتأتي بالنصف وهي (٣) مائة صلاة ، وصلاة في أول الثلاثين من (٤) أي وقت شاءت (٥) ، ثم تأتي بالنصف الآخر في أول

---

(١) في (أ ، ب) : « الصلاة » .

(٢) في الأصل : « ظهر » ، وما أثبتناه في (أ ، ب) ، وهامش الأصل من نسخة أخرى ، وهو الأَوْلى في هذا السياق .

(٣) في (أ ، ب) : « وهو » . (٤) في (أ ، ب) : « في » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله في قضائها الصلوات الفائتة : (فإن كان عليها مائة ظهر فتضعف وتزيد صلاتين فتأتي بالنصف وهو مائة صلاة وصلاة في أول الثلاثين في أى وقت شاءت) أي تجعل الثلاثين في أى وقت شاءت ولا يتعين أول الشهر ، ثم قال : (وإنما استغنينا في الصلاة بزيادة صلاتين على الضعف ؛ لأن الانقطاع في واحدة لا يفسد ما مضى من الصلوات) ، فقوله : (استغنينا) أي عما تقرر في صوم اليوم الواحد والصلاة الواحدة من فعلها ثلاث مرات ، مرتين في أول الثلاثين مع التخليل بينهما بما يسعها ، ومرة ثالثة في أول السادس عشر مع تأخيرها عن أوله بمقدار ما خللت به أولًا بين الأولين ، وطرد ذلك غير واحد من الأصحاب في الصلوات المتعددة ، فقال : تصليها أولًا على الولاء ، ثم تصبر حتي تمضي مثل الأوقات التي صلتها فيها ثم تعيدها جميعها مرة أخرى ، ولها الفسحة إلى آخر الخمسة عشر ثم تصبر حتى يمضى من أول السادس عشر مقدار الوقت المتخلل بين المرتين الأوليين ثم تعيدها مرة أخرى ، وهذا وإن كانت تخرج به العهدة فقد استغنينا عنه بما دون ذلك ، وهو التضعيف مع زيادة صلاتين ، وفعل النصف أولًا على الولاء والاتصال من غير فصل وتخليل ، لأنا في الصلاة الواحدة حسبنا من انقطاع الحيض أو طرآنه المفسد لها فتحرزنا عن ذلك بتكريرها ثلاث مرات مع الفصل والتخليل ، وأما الصلوات فهي عبادات متعددة ، إنما يؤثر الطرآن والانقطاع بإفساد قضاء واحدة دون غيرها ، ويحصل الاحتراز عن ذلك بزيادة صلاتين ؛ لأن طرآن الحيض في وسط واحدة وانقطاعه في أخرى إنما يفسد صلاتين ، والكلام مفروض فيما إذا كان الجميع من جنس واحد فتسلم مائة لا محالة ، وذلك ما عليها وعلى الجملة ، فاستقصاء التقديرات في الصورتين شاهد بهذا الفرق بينهما ، وأمّا قوله : (لأن الانقطاع في واحدة لا يفسد ما مضى من الصلوات) فعقده من العقد وكان سعى أن يقول : لأن الطرآن ، فإن ما ذكره شأن الطرآن دون الانقطاع الذي يتقدمه لا محالة الحيض المفسد ، لما مضى قبله ، وقد تأولناه له بعد الجهد الجهيد والأمد الطويل على أنه ليس المراد ؛ لأن الانقطاع في واحدة لا يفسد ما مضى من الصلوات بما يتقدم الانقطاع من الحيض ، بل المراد : أن الانقطاع لا يفسد ذلك بما يتقدمه من طرآن الحيض الذي هو مما احترزنا عنه في الصلاة الواحدة بما ذكرناه ، وقلنا : يحتمل أن يطرأ الحيض في واحدة وينقطع في أخرى على ما شرحناه ، والله أعلم ، ومما أهل به فى ذلك مما لابد منه ما ذكره الإمام من أنه يجب أن يراعي أن تكون أزمنة الصلوات واغتسالاتها في أول السادس عشر مثل أزمنتها =

النصف الثاني من الشهر ، وهو أول السادس عشر [1] فتخرج عما عليها بيقين ، وإنما استغنينا (١) في الصلاة بزيادة صلاتين على الضعف (٢) ؛ لأن الانقطاع في واحد لا يفسد ما مضى [2] من

= أولًا ، كيلا يفسد النظام ، إذ يمكن أن يقع ما يريد على مثل الأزمنة الأولى من حيض جديد من السادس عشر ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦٨ ب - ٦٩ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « استظهرنا » . (٢) في (أ ، ب) : « التضعيف » .

(1) قوله : (فتأتي بالنصف وهو مائة صلاة وصلاة في أول الثلاثين في أي وقت شاءت ، ثم تأتي بالنصف الآخر في أول النصف الثاني من الشهر وهو أول السادس عشر) فقوله : (في أي وقت شاءت) يعني : تجعل أول الثلاثين في أي وقت شاءت ، ولا يتعين أول الشهر . وقوله : (في أول النصف الثاني من الشهر) ليس المراد الشهر الهلالي بل المراد شهرها وهو الثلاثون التي قصدتها . ... الدارمي أنها تضعف وتزيد يومًا فقط ، فإذا أرادت صوم يومين حصلا بخمسة من تسعة عشر أو تسعة وعشرين ، أو ما بينهما ولا يحصلان من ثلاثين فأكثر ، فإذا أرادتهما من تسعة عشر صامت الأول والثالث والتاسع عشر والسابع عشر ، وأفطرت الرابع والسادس عشر يبقى بينهما أحد عشر تصوم أحدها فيحصلا اليومان بيقين ، ولتمام تنزيلها طرق ذكرتها في شرح (المهذب) .

(2) قوله : (وإنما استغنينا في الصلاة بزيادة صلاتين على الضعف لأن الانقطاع في واحدة لا يفسد ما مضى)

فقوله : (إنما استغنينا بصلاتين) معناه : استغنينا بذلك ولم نوجب فعل جميع الفائت ثلاث مرات كما قلنا في صوم اليوم والصلاة الواحدة ، فاستغنينا بالضعف مع زيادة صلاة بشرط أن تفعل نصف ذلك أولًا على الولاء من غير فصل ، لأنا نخشى في الصلاة الواحدة انقطاع الحيض أو طرآنه المفسد لها ، فاحترزنا عنه بتكريرها ثلاث مرات مع الفصل والتحليل ، وأما الصلوات فإنها عبادات متعددة لا يؤثر الطرآن فيها إلا في صلاة واحدة ، ويحصل الاحتراز عن ذلك بزيادة صلاتين ؛ لأن طرآن الحيض في وسط صلاة وانقطاعه في وسط أخرى إنما يفسدهما فقط ، والكلام مفروض في صلوات من جنس واحد فيحصل له مائة بكل حال .

١/٧٣ وأما قوله : (لأن الانقطاع في واحدة لا يفسد ما مضى) فمما / أنكروه وكان ينبغي أن يقول : (لأن الطرآن) قال إمام الحرمين ... ويشترط أن تكون أزمنة الصلوات وأغسالها في أول السادس عشر مثل أزمنتها أولًا ، لأنه لو زاد احتمل وقوع الزائد في حيض جديد ، وقد أهمل المصنف بيان هذا الشرط ولابد منه .

وقوله : [من قبل] : (إذا أدت وظائف الصلوات لم يلزمها القضاء ، وقال أبو زيد : يجب) هذا الخلاف مشهور ، والأصح : وجوب القضاء صححه جمهور المتأخرين من الخراسانيين وغيرهم ، قال القائلون بهذا : وكون الشافعي لم يذكر القضاء لا يمنع وجوبه ، لأنه كما لم يذكره لم ينفه .

الصلوات [١] . وإن [٢] كانت الصلاة مختلفة الأجناس مثل : قضاء عشرين يومًا فهى مائة صلاة ، من كل جنس عشرون [صلاة] [٣] ، فتضعف وتزيد عشر صلوات وهي صلاة يومين وليلتين فتصلي المائة ، عشرين عشرين ، في أول الثلاثين ، ثم تصلي الصلوات العشر في الخمسة عشر بعد المائة بساعة فما فوقها ، ثم تترك في [٤] السادس عشر ساعةً تَسَعُ صلاة ، (٥ ثم تعيد ٥) المائة من الأجناس فتبرأ ذمتها ، وإنما زدنا عشرة لأن الانقطاع ممكن [٦] في صلاتين متماثلتين [في كلا الطرفين] [٧] وكذا الطريان ، وإذا [٨] فسدت (٩ الصلاتان المتماثلتان ٩) من يومين وليلتين ، فسبيل قضائهما قضاء صلاة

---

(١) قال الحموي : « ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه جعل انقطاع الحيض لا يفسد ما مضى وليس كذلك ، فإنه لو انقطع – مثلًا – في وقت العصر أفسد صلاة الظهر لما لا يخفى . الثاني : أنه خص الاثنين بنصف الصلاة في أول الثلاثين من الشهر ، وإذا كان كذلك كان المعهود من الألف واللام المعهود من أحد الشهور الاثني عشر ، ومفهوم أنه لا يشترط فيه ذلك لما لا يخفى » .

ثم قال رَدًّا عن ذلك : « أمكن أن يُجاب عن الأول بأن يقال : مراده بالانقطاع انقطاع الطهر دون انقطاع الحيض ، أو محتمل الحيض في وقت غير العصر والعشاء على ما تقدم ، يعني به الصلوات الواقعة في النصف الأول ، وبه خرج الجواب .

أما الجواب الثاني فأقول : مراد الشيخ وقت ابتدأت كيفما اتفق فإنه صالح له ، فعلى هذا تكون الألف واللام للاستغراق ، وأيضًا : فإنه إنما ذكر ذلك ضرب مثال وذلك لا ينفي ما عداه ، وبه خرج الجواب . ثم أقول أيضًا : لابد من زيادة بشرطين آخرين ، فهو أن يساوى أزمنة النصف الثاني في الصلاة حتى يكون كأزمنة النصف الأول لما لا يخفى عن من ... ذلك ، وأن تساوي أزمنة الغسل » . مشكلات الوسيط (٣٩أ- ٣٩ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « من » .

(٥) في (أ ، ب) : « ثم تصلي بقية » .

(٦) في (أ ، ب) : « يمكن » .

(٧) زيادة من (أ) ، وفي هامش الأصل من نسخة أخرى : « في كل الطرفين » .

(٨) في (أ ، ب) : « وإذا » .

(٩) في (أ ، ب) : « صلاتان متماثلتان » .

اليومين والليلتين (١) .

ووراء ما ذكرناه طرق في القضاء ، فصلناه (٢) في المذهب البسيط .

* * *

(١) قال الحموي : « المفهوم من كلام الشيخ أنها تصلي المائة العشرين عشرين في أول يوم شرعت ، ثم تصلي الخمسة عشر بعد المائة فما فوقها الصلوات العشر ، إما في ساعة أو ساعات ، والمراعي أن تصلي في الخمسة عشر ولا ينفصل بقدر ساعة فما فوقها ، فإنما يحصل لها ذلك الساعة ،فإذا كان كذلك فلابد من التعريض للترتيب ، فيبدأ بالصبح ، ثم تختم بالعشاء حتى تستتم المائة ، ثم تصلي الصلوات العشر كل صلاتين من جنس ، وعليه يحمل كلام الشيخ ، ثم من أول النصف الثاني ما يسع صلاة ، ثم بعد المائة كما ذكرت لك في النصف الأول ، وإنما أخرت الصلوات عن أول النصف الثاني لإمكان أن يطرأ الحيض في وسط صلاة في النصف الأول وينقطع في الساعة الأولى من النصف الأخير ، فيكون في الحيض المائة مع العشر ، وتركنا تلك الساعة ليسلم مائة صلاة على الكمال ، وامتحان ذلك ظاهر لما لا يخفى ، وأما فعلها للعشر فقدر ساعة فما فوقها ، فإنه وإن لم يكن شرطًا لكن قاعدة الطريقة أن يطرأ ذلك فيها ، وإن لم يكن في بعضها شرطًا ، وذلك بناء على ما إذا كان قضاء صلاة فإنها تصلي الصلاة ثم يفصل ، ثم تعيد بها ، ثم تصلى صلاة أخرى بعد الخمسة عشر بقدر صلاة وأكثر ، يفصل في الاثنين فصاعدًا على ما ذكره صاحب (التتمة) وغيره » . مشكلات الوسيط (٤٠ أ - ٤٠ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فصلناه) .

الباب الرابع

في المتحيرة [وهي] (١) التي تحفظ شيئًا (1)

والأصل في الباب : أن كل وقت لا يحتمل الطُّهْر فهو حيض بيقين ، وكل وقت لا يحتمل الحيض فهو طُهْرٌ [بيقين] (٢) ، وإن احتمل كلاهما : فإن احتمل انقطاع الدم يلزمها (٣) الغُسْل لكل صلاة ، وإن لم يحتمل الانقطاع فيلزمها الوضوء لكل صلاة ، وتحتاط على التفصيل السابق .

وفصول الباب ثلاثة :

الفصل الأول

فيما إذا لم تحفظ قدر الطُّهر والحيض

وفيه صور أربعة :

إحداها : إذا قالت : « أحفظ أن ابتداء الدم كان أول كل شهر » ، فيوم وليلة من أول كل شهر حيض بيقين ، وبعده يحتمل الانقطاع إلى انقضاء الخامس عشر ، فتغتسل لكل صلاة ، وبعده إلى آخر الشهر طهر بيقين فتتوضأ لكل صلاة .

الثانية : قالت (٤) : « حفظت أن الدم كان ينقطع آخر (٥) كل شهر » ، فأول الشهر

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « لزمها » .

(٤) « قالت » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « عند أول » بدل : « آخر » .

---

(1) الباب الرابع (في المتحيرة التي تحفظ شيئًا) . قد سبق أنَّ تسميةَ هذه متحيرةً غريبٌ وليس بجيد .

إلى المنتصف [(١)] طهر بيقين ، ثم بعده يتعارض الاحتمال ، فلا يحتمل الانقطاع ؛ لأن في آخره حيضًا[(٢)] بيقين، فتتوضأ وتصلي [(٣)] إلى انقضاء التاسع والعشرين، واليوم الأخير بليلته حيض بيقين.

الثالثة : قالت : « كنت أخلط شهرًا بشهر ، حيضًا بحيض [(٤)] » ، فلحظة من آخر الشهر [الأول] [(٥)] ، ولحظة من أول الشهر الثاني حيض بيقين ، ثم بعده يحتمل الانقطاع إلى قبيل [(٦)] غروب الشمس من اليوم الخامس عشر بلحظة ، فتغتسل لكل صلاة ، ثم لحظة من آخر الخامس عشر ولحظة من أول السادس عشر طهر بيقين ، ثم بعده إلى انقضاء [(٧)] التاسع والعشرين يحتمل الحيض [(1)] ولا يحتمل الانقطاع ، فلتتوضأ لكل صلاة [(٨)] .

الرابعة : [إذا] [(٩)] قالت : « كنت أخلط الشهر بالشهر وكنت اليوم السادس [(١٠)]

(١) في (أ ، ب) : « النصف » .

(٢) في الأصل : « حيض » ، وما أثبتناه في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « ثم تصلي » .

(٤) « بحيض » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « قبل » .

(٧) في (أ ، ب) : « آخر » : بدل « انقضاء » .

(٨) يقول ابن الصلاح : « ومن الباب الرابع في المتحيرة وهي التي تحفظ شيئًا قوله فيما إذا قالت : كنت أخلط شهرًا بشهر حيضًا : (لحظة من أول السادس عشر طهر بيقين ، ثم بعده إلى آخر التاسع والعشرين يحتمل الحيض ولا يحتمل الانقطاع) كذا وقع في (الوسيط) ، و(البسيط) وهو سهو وصوابه : إلى آخر الثلاثين ، فإنه ليس مرادهم بالشهر في هذا وهذه المسائل الشهر الهلالي فإنه يلزم أن يكون ما نذكره من ذلك دائرًا بين اليوم السابع والعشرين ، واليوم الموفي ثلاثين ، تارة في هذا وتارة في ذاك . بحسب نقصان الشهر وتمامه ، وإنما المراد بالشهر في ذلك ثلاثون يومًا ، تعين مبدؤها في وقت بعينه ، ويذكر أنها كانت تخلط آخر تلك الثلاثين بأول الثلاثين التي بعدها وهكذا هلمّ جرّا . وفي كلام إمام الحرمين إشعار بتصوير ذلك على ما ذكرناه ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٦٩ ب - ٧٠ أ) .

(٩) زيادة من (أ ، ب) .

(١٠) في (ب) : « السادس عشر » .

(1) قوله في آخر الصورة الثالثة : (بعده إلى آخر التاسع والعشرين يحتمل الحيض) هكذا وقع في (البسيط) أيضًا ، وصوابه : إلى قبيل آخر الثلاثين .

طاهرًا » ، فلحظة من أول الشهر ولحظة من آخره حيض بيقين ، ثم بعده يحتمل الحيض وانقطاعه (1 إلى انقطاع الخامس 1) ، (2 فتغتسل وتصلي ، ثم اليوم السادس طهر بيقين 2) (3 إلى انقضاء الخامس عشر 3) ، ولحظة من ليلة السادس عشر ، ثم بعده يحتمل الحيض ، ولا يحتمل الانقطاع إلى قبيل (4) غروب الشمس من آخر الشهر .

* * *

(1) هذه العبارة ليست في (أ) ، وفي (ب) : « إلى انقضاء الخامس عشر » .

(2) هذه العبارة ليست في (أ ، ب) . (3) ليست في (ب) .

(4) في (أ ، ب) : « قبل » .

الفصل الثاني

في الضالة

ولها حالتان :

الأولى : أن تحفظ قدر الحيض ولا تحفظ الأيام التي كانت فيها (١) ، فإذا قالت : « أضللت خمسة في شهر ، وأحفظ أني كنت لا أخلط شهرًا بشهر » : فتتوضأ لكل صلاة إلى انقضاء الخامس ، ثم تغتسل عند كل صلاة إلى انقضاء الشهر ، فإذا جاءها شهر رمضان تصوم (٢) كله ثم تقضي ....

(١) في (أ ، ب) : « فيه » .

ويقول ابن الصلاح : « قوله في الحالة الأولى للضالة : (أن تحفظ قدرًا كحيض ولا تحفظ الأيام التي كان فيها) أى لا تعين أيامًا من بعض الشهر محلًّا لها بخلاف الحالة التي بعدها ، ثم مثل ذلك فقال : (إذا قالت : أضللت خمسة في شهر ، وأحفظ أني كنت لا أخلط شهرًا بشهر فتتوضأ لكل صلاة إلى انقضاء الخامس ، ثم تغتسل عند كل صلاة إلى انقضاء الشهر ، فإذا جاءها شهر رمضان تصوم كله ثم تقضي خمسة) هذا سهوٌ ، والصواب : أنها تقضي ستة ؛ لاحتمال الطرآن في أثناء النوم والانقطاع في أثناء اليوم السادس .

لعله – رحمنا الله وإياه – وقع في هذا لما سبق منه في قول الإمام الشافعي – رضي الله عنه – في المتحيرة المطلقة إذا صامت شهر رمضان تامًّا تقضي خمسة عشر يومًا ، من قوله : (كأنه لم يخطر له تقديم الطرآن وسط النهار) ، ولا يتهيأ له من الاعتذار في هذا ما يتهيأ للإمام الشافعي في ذلك من أنه فرض المسألة في امرأة حفظت أن حيضها كان لا يطرأ نهارًا على ما سبق ، فإن قوله : (تغتسل عند كل صلاة) يأتي كونه فرضها فيما إذا حفظت أن حيضها لم يكن يطرأ نهارًا ، فإن هذه لا تغتسل في صلوات النهار ؛ لأنه لا يحتمل حالها الانقطاع نهارًا ، وكذلك ما ذهب إليه من قال : إن ذلك من التخفيف وترك لبعض التشديد ؛ لأن عدم الخطور الذى جعله المستند فى ذلك ، يأتي ذلك لكون اختيار التخفيف يستدعي الخطور .

ومن العجب هذا الذهول مع قرب عهده بذلك ، ثم إني وجدت الفوراني قد ذكر ذلك كما ذكره ، وله عادة بالنسج على منواله ، وكأنه نقله من كتابه من غير فكر فيه وهو سهو قاله من قاله ، والفوراني أيضًا ممن يقول بإيجاب قضاء ستة عشر يومًا في صيامها جميع شهر رمضان ، فسبحان مصرف القلوب ، وإياه نسأل العصمة والتوفيق ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٧٠ أ – ٧٠ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « تصومه » .

خمسة (1) .

ولو قالت : « أضللت خمسة في شهر ، وكنت اليوم الخامس حائضًا بيقين » ، فتتوضأ لكل صلاة إلى / انقضاء الرابع ، ثم اليوم الخامس حيض بيقين ، ثم تغتسل لكل ١٢/ب صلاة إلى انقضاء التاسع ، ثم هي طاهرة [١] بيقين إلى آخر الشهر .

الحاله الثانية : أن تحفظ الأيام التي أضلتها ، والتي أضلت فيها ، ولها صور أربعة [٢] :

إحداها : أن تقول : « أضللت عشرة في عشرين من أول الشهر » فالعشر [٣] الأخير [٤] طهر بيقين ، وجميع العشرين من أول الشهر يحتمل الحيض والطهر .

نعم ، لا يحتمل الانقطاع في العشر الأول فتتوضأ لكل صلاة ، ويحتمل في العشر الثاني فتغتسل لكل صلاة .

والضابط : أنا نقدم الحيض إلى أقصى الإمكان ونؤخرها [٥] إلى أقصى الإمكان ، فما يخرج من التقديرين طهر بيقين ، وما يندرج تحتهما حيض بيقين ، وما يندرج تحت [٦] أحدهما دون الآخر فهو مشكوك فيه . نعم لا يحتمل الانقطاع في مدة التقديم ، ويحتمل في مدة التأخير .

الصورة [٧] الثانية : قالت : « أضللت خمسة عشر في عشرين من أول الشهر » ،

---

(١) في (أ ، ب) : « طاهر » .
(٢) في (أ ، ب) : « أربع » .
(٣) في (ب) : « فالعشرة » .
(٤) في (أ ، ب) : « الأخر » .
(٥) في (أ ، ب) : « ونؤخره » .
(٦) في (أ ، ب) : « في » .
(٧) « الصورة » : ليست في (أ ، ب) .

---

(1) قوله في الحالة الأولى من حالة الضالة : (فإذا جاء شهر رمضان تصوم كله ثم تقضى خمسة) هكذا قاله أيضًا في (البسيط) . وقلد فيه الفوراني وهو غلط وصوابه : (تقضي ستة) لاحتمال الطرآن نصف الأول ، والانقطاع نصف السادس .

فالخمسة الثانية والثالثة من الشهر حيض بيقين ؛ لأنها تندرج تحت تقدير التقديم والتأخير جميعًا ، ولا يحتمل الانقطاع في خمسة عشر من أول الشهر ، ويحتمل في الخمسة الأخيرة من العشرين ، وأما العشر (١ الأخيرة فهي طهر ١) بيقين .

الصورة (٢) الثالثة : إذا قالت : « أضللت عشرة في عشرين من أول الشهر ، وكنت اليوم العاشر حائضًا » ، فليس لها حيض بيقين إلا ذلك اليوم ، وأحد عشر من آخر الشهر طُهْرٌ بيقين .

الصورة (٣) الرابعة : أن تقول : « كنت اليوم الخامس عشر حائضًا » ، فهي حائض (٤ في الحادى عشر ٤) إلى انقضاء الخامس عشر بيقين ؛ لأنه داخل في التقديرين .

وهذه التصورات لا حصر لها ، وفي هذا القدر مَقْنَعٌ ، [والله أعلم] (٥) .

---

(١) في (أ ، ب) : « الأخير فطهر » .

(٢) « الصورة » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) « الصورة » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « من أول الشهر » .

(٥) زيادة من (أ) .

وقد قال الحموي تعليقًا على هذه الصور الأربعة : « ما ذكرة الشيخ ثانيًا مثل ما ذكره أولًا ، وإنما كان كذلك لأنها في الثلاث ليس لها حيض ولا طهر بيقين كما في العشرين ، فالخمسة من ثلاثين كالعشرة من عشرين ، ثم هي بعد ثلاثين طاهرة كما في بعد العشرين ، وإذا كان كذلك لم يكن في ذكر ذلك فائدة لما لا يخفى ، فإنه لو اقتصر على أحدها لكان كافيًا .

ثم أقول : ذكر الشيخ في الصورة الثالثة أنها إذا قالت : عشرة من عشرين من أول الشهر ، وكنت أعلم أني في العاشر حائضًا ، وإذا كان كذلك فأقول : لا حاجة إلى ذكر هذه الصورة أيضًا ، فإنه ذكر في الحالة الثانية في الصورة الأولى أنها لو قالت : أضللت خمسة في شهر وكنت في الخامس حائضًا ، فتتوضأ لكل صلاة إلى انقضاء الرابع ، ثم اليوم الخامس حيض بيقين ، ثم تغتسل لكل صلاة إلى انقضاء التاسع ، ثم هي طاهره بيقين إلى آخر الشهر ، وإذا كان كذلك كان حكمها واحدًا لما لا يخفى ، وإنما كان كذلك على تقدير الحيض ليس لها في الحالتين إلا حيض يوم واحد بيقين ، وأما على تقدير احتمال صورة المشكوك فهي في صورة الخمس من الأول إلى الرابع في طهر مشكوك فيه ، إلا أنه لا يحتمل انقطاع الدم فيه ، ومن السادس إلى آخر التاسع في طهر مشكوك فيه ، إلا أنه يحتمل انقطاع الدم فيه ، فيغسله لكل فريضة ، ومن العاشر إلى آخر الشهر في طهر بيقين ، وإنما على تقدير العشرة فهي من أول الشهر إلى آخر التاسع في طهر مشكوك فيه ، إلا أنه لا يحتمل انقطاع الحيض فيه ، ومن الحادى عشر إلى آخر الشهر في طهر بيقين ، والأربعة كالسبعة والخامس =

....

كالعاشر حيضًا بيقين ، ومن السادس إلى التاسع كالحادى عشر إلى التاسع عشر ، والعاشر إلى آخر الشهر كالعشرين إلى آخر الثلاثين ، وإذا كان كذلك كان تكرار الماء لما لا يخفى كما ذكرناه في الأول » .

ثم قال الحموي : « مراد الشيخ بذلك أن يذكر جميع أحوال المتحيرة في الشهر كما وقع بها ، فذكر صورة بعد صورة ، سواء اتفقت المعاني فيها أو اختلفت ، وصار اتفاق المعاني ها هنا مع اختلاف الألفاظ كاتفاق المعاني الإقرار مع اختلاف الألفاظ ، فإنه لو قال قائل لإنسان : له على عشرة لزمه عشرة ، ولو قال : له على – مثلًا – : عشرون إلا عشرة لزمه عشرة ، وكذلك لو قال : ليس له عليَّ إلا عشرة لزمه عشرة أيضًا وكذلك لو قال : له علي شيء ليس إلا عشرة لزمه عشرة ، وإذا كان كذلك كان في مسألتنا مثل ذلك ، ثم أقول : يمكن أن نفرق بين الخمسة في شهر وبين العشرة في عشرين من أول الشهر ، وكذلك أن في الصورة الأولى ليس لها في جميع الشهر طهر بيقين ، وفي الصورة الأولى هي في العشرة الأخيرة طاهر بيقين وفيه فائدة أخرى : وهى أنها في الصورة الأولى لا تتصور أن تكون صورة أخرى فى الشهر ليس لها حيض بيقين ، وفي الصورة الأخرى يتصور أن تكون لها حيض بيقين فيما زاد على العشرة ، والمثال محال لأنه مهما كان المنسي أكثر من نصف المنسي فيه كان لها حيض بيقين ، وإن كان لها نصف وما دونه لا يكون لها حيض بيقين ، فذكر الحال الأول لما دون النصف ، والمثال الثاني في النصف لكونه آخر ما ينتهي إليه الضابط ، وبه خرج الجواب ، وأما قوله : أضللت عشرة من عشرين وكنت أعلم أني فى اليوم العاشر حائضًا وتكون فى الصورة الأخرى أنها لو قالت : أضللت خمسة فى شهر وكنت فى الخامس حائض فهو مبني على المسألتين المتقدمتين اللتين نقدم الجواب عنهما ، فإن قلنا فى المثال الأول منها : إنها فى الخمسة لا حيض لها فيه بيقين ، فتكون فى مسألتنا هذه الخامس حائض بيقين لتصريحها به ، وإن قلنا فى الصورة الثانية في العشر إنها لا حيض لها العشرين بيقين كان لها فى المثال الآخر مسألتنا حيض بيقن ، أعني العاشر لكونها صرحت به ، وبه خرج الجواب » .

ثم قال الحموي : ومراد الشيخ بقوله : (فإذا جاءها شهر رمضان تصومه كله ثم تقضي خمسة عشر) كمفروض فيهما إذا تم الحيض فى وسط النهار فإنه لو كان في وسط النهار لم يحصل لها خمسة لما تقدم .

قوله فيه أيضًا : (الرابعة : أن تقول أيضًا : كنت في الخامس عشر حائضًا فهى حائض من الحادى عشر إلى انقضاء الخامس عشر بيقين) .

ومقتضى ما ذكره الشيخ ها هنا أن تكون من أول الشهر إلى الرابع عشر فى طهر مشكوك فيه ، إلا أنه لا يحتمل انقطاع الدم فيه ، ومن أول السادس عشر إلى آخر التاسع والعشرين في طهر مشكوك فيه ، إلا أنه يحتمل انقطاع الدم فيه ، وهى في اليوم الخامس عشر حائض بيقين ، فعلى هذا لا يكون هذا الترتيب كما ذكره الشيخ فى قول : فهي حائض من الحادى عشر إلى انقضاء الخامس بيقين ، وهذا يخالف ما ذكره أولًا =

....

= لما لا يخفى ، وسنبين ذلك بعد ذكر الجواب ، وإذا كان كذلك فأقول : أمكن أن يُجاب عنه بأن يقال : ذكر قبل هذه المسألة ثلاث مسائل ، وذكر فى الثالثة : أضللت عشرة وكنت فى العاشر حائضًا ، ثم ذكر فى هذه المسألة التي أوردنا الإشكال عليها بعدها ، وكان اقتصر على المثال الذي ذكره فى الثالثة ، فعلى هذا يصح ما ذكره الشيخ فيكون على التقدير فيه السادس إلى انقضاء الخامس عشر ، لأن لو كان ابتداؤه قبل السادس لزم أن يكون انقطاعه قبل الخامس عشر ، فيخرج المصرح به عن أن يكون حيضًا ، فعلى هذا تكون فى الخمسة الأولى طاهر ، ومن أول السادس إلى آخر العاشر فى طهر مشكوك فيه ، إلا أنه لا يحتمل انقطاع الدم فيه ، ومن الحادى والعشرين إلى آخر الشهر فى طهر بيقين ، وبه نفهم ما أشار إليه » . مشكلات الوسيط (٤١أ- ٤٤ أ) .

الفصل الثالث

في العادة الدائرة

وفيه مسألتان :

الأولى : إذا اتسقت عادتها فكانت تحيض في شهر ثلاثًا ، وفي الثاني خمسًا ، وفى الثالث سبعًا ، ثم تعود إلى الثلاث ، ثم إلى الخمس ، ثم إلى السبع وتكرر ذلك ثم استحيضت (١) : ففي رَدِّها إلى العادة الدائرة وجهان (1) :

منهم من قال : لا يثبت بها عادة ؛ لاختلاف المقادير ، فكأنها مبتدأة إذا استحضيت ، ومنهم من قال : تثبت به عادة فترد إليها . فإن قلنا : لا ترد إلى العادة الدائرة ، فثلاثة أوجه (٢) ؛

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في العادة الدائرة : (وتكرر ذلك ، ثم استحيضت) هذا التكرير شرط ، وإن قلنا : العادة تثبت بمرة ، فلو أنها حاضت مرة في شهر ثلاثة ، ثم في الشهر الثاني خمسة ، ثم في الثالث سبعة ثم استحيضت في الرابع ، ولا خلاف أنها لا تردها في استحاضتها إلى انتظام هذه الأقدار في الأدوار وإن قلنا العادة تثبت بمرة ، لأن الكلام فى أن اختلاف الأقدار فى الأدوار على الاتساق والانتظام هل تثبت عادة ترد إليها ؟ ولا يوجد ذلك بدون التكرر ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٧٠ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فإن قلنا : لا ترد إلى العادة الدائرة بثلاث أوجه) هو منفرد عن غيره بنقل هذه الأوجه بناءً على هذا الوجه ، والمنقول عن القائلين بهذا الوجه أنها ترد إلى ما كانت عليه في الشهر الذي قبيل شهر الاستحاضة ، وإنما ذكر شيخه هذه الوجوه في صورة عدم التكرير ، وهي ما إذا وجد هذا الاختلاف في أشهر ثلاثة مرة واحدة ثم استحيضت ففيما ترد إليه في شهر الاستحاضة هذه الأوجه ، فكان =

---

(1) قوله : فى العادة الدائرة : (إذا اتسقت وتكررت ثم استحيضت ففي ردها إلى العادة الدائرة وجهان) هذا التكرر المذكور شرط لصورة المسألة بلا خلاف سواء أثبتنا العادة التي ليست دائرة بمرة أم لا ، فلو حاضت في شهر ثلاثة أيام وفي الثاني خمسة وفي الثالث سبعة ثم استحيضت في الرابع لم ترد إلى هذه الدائرة بلا خلاف ، ولهذا قال أصحابنا : أقل ما يتصور فيه العادة الدائرة في المثال المذكور ستة أشهر ، فإن كانت ترى هذه الأقدار مرتين فأقل ما يتصور فيه سنة كاملة ، والأصح : أنها ترد إلى العادة الدائرة .

قوله : / ..... وغيره لم نرَ هذه الأوجه بعد البحث لغير الغزالي ، حتى إن شيخه الإمام لم يذكرها ، بل اتفق ٧٣/ب المفرعون على هذا الوجه على أنها ترد إلى القدر الذي في الشهر الذي يلي شهر الاستحاضة ، وإنما ذكر إمام الحرمين هذه الأوجه فيما إذا لم تتكرر العادة الدائرة ، والله أعلم .

أحدها : أنها كالمبتدأة ، والثاني : أنها ترد إلى القدر الأخير قبل الاستحاضة بناء على أن العادة تثبت بمرة [واحدة] (1) . والثالث : أنها ترد إلى الثلاثة إن استحيضت بعد الخمسة ؛ لأنها متكررة في الخمسة .

الثانية : إذا كانت الأقدار ما سبق من (2 ثلاث وخمس وسبع 2) ، ولكن لا على الاتساق ، فإن قلنا : إن العادة المتسقة لا ترد إليها المستحاضة فهذه أولى . وإن (3) قلنا : ترد فهذه كالتي نسيت النوبة المقدمة (4) على الاستحاضة بالعادة الدائرة ، وحكمها الاحتياط ، فعليها (5 بعد الثلاث أن تغتسل 5) ؛ لأن الثلاث حيض بيقين ، ثم بعد الثالثة تتوضأ لكل صلاة إلى انقضاء الخامس ، ثم تغتسل مرة أخرى وتتوضأ لكل صلاة إلى انقضاء السابع ثم تغتسل ، ثم هي طاهرة إلى آخر الشهر [والله أعلم] (6) .

* * *

= صاحب الكتاب يصرف بنقلها من صورة عدم التكرير إلى صورة التكرير ، والعلم عند الله تبارك وتعالى .

ثم إن اقتصاره أولًا على القول بأنها كالمبتدأة ، ثم إعادته ذلك في جملة الوجوه ترجيح منه له ، والله أعلم ». المشكل (١ / ٧١ أ) .

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « ثلاثة وخمسة وسبعة » .

(٣) في الأصل : « فإن » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) وهو أفضل .

(٤) في (أ ، ب) : « المتقدمة » .

(٥) في (أ ، ب) : « أن تغتسل بعد الثلاث » .

(٦) زيادة من (أ) .

الباب الخامس

في التلفيق

والكلام في قسمين :

الأول : غير المستحاضة :

وهي التي انقطع دمها يومًا يومًا ، ولكن انقطع على الخمسة عشر ففيها قولان . المنصوص في مواضع عدة - وهو الأصح - ومذهب أبي حنيفة : أنه يسحب حكم الحيض على أيام النقاء ويجعل ذلك كالفترات بين دفعات الدم ؛ لأن الطهر الناقص فاسد كالحيض الناقص ، ولكن يسحب حكم الحيض على النقاء بشرطين (1) :

---

(١) يقول ابن الصلاح: « ومن الباب الخامس في التلفيق : النقاء يُمدُّ ، ومن قصره فقد أحال المعنى ؛ لأنه بالقصر عبارة عن مجتمع الرمل ، مما يشكل ضبط الفترات المقطوع بكونها حيضًا قولًا واحدًا ، وقد حرزت في ضبطها من كلام الشيخ أبي حامد الإسفراييني ، ومما علق عن الشيخ أبي إسحق الشيرازي في (الخلافيات) أن الفترة المذكورة عبارة عن حاله انقطاع الدم التي لا تحصل فيها فى الفرج نقاء ، بل يبقي فيه لوث وأثر ، حتى لو أدخلت فيه قطنة لخرج عليها حمرة أو صفرة من أثر الدم فهي في هذه الحالة حائض قولاً واحدًا ، طال ذلك أو قصر ، ومهما صار الفرج إليه نقيًا ، بحيث لو أدخلت قطنة لخرجت بيضاء ، فذلك محل الخلاف ، فهذا ضبط جلي مرضٍ .

وفات ذلك صاحب (النهاية) ، فإنه ذكر أن الأصحاب لم يذكروا في ذلك ضبطًا ، ومنتهى المذكور فيه : أن ما يعتاد تخلله بين دفع الدم فهو من الفترات الملحقة بالحيض ، وما يزيد على المعتاد في ذلك فهو على القولين جميعه من غير أن يستثني قدر الفترة منه .

ثم ضبط ذلك من عند نفسه ، فذكر أن الحيض يجتمع في الرحم ، ثم يدفعه الرحم شيئًا فشيئًا ، فإن الرحم ليس منكسًا في الخلقة حتى يسيل ما فيه دفعة واحدة ، فإذا خرجت منه دفعة من الفرج ثم انقطع بقدر ما تنتهي دفعة أخرى من الرحم إلى منفذ الفرج ، فذلك مقدار الفترة ، والزائد على ذلك هو النقاء الذي فيه القولان ، هذا شرح ما قاله ، وتتجه مخالفته في استثناء قدر الفترة من النقاء الزائد عليها على مقتضى الضبط الأول ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٧١ أ - ٧١ ب) .

أحدهما : أن يكون النقاء [1] محتوشًا بدمين في الأيام الخمسة عشر ، حتى يثبت لها حكم الحيض [2] ، فيتعدى إلى النقاء بينهما حتى لو رأت يومًا وليلة دمًا وأربعة عشر نقاء ، ورأت في السادس عشر دمًا فالنقاء مع ما بعده من الدم طهر ؛ لأنه ليس محتوشًا بالحيض في المدة .

الشرط (١) الثاني : في قدر الحيض المحيط بالنقاء ، وفيه ثلاثة أوجه ؛ أحدها : أنه لابد وأن يكون كل دم يومًا وليلة ، حتى يستقل بنفسه فيسري . والثاني : أنه لا يعتبر ؛ بل لو رأت ساعة دمًا في أول النوبة ، وساعة في آخر الخامس عشر ؛ كان النقاء المتخلل حيضًا (٢) .

والأعدل : اختيار أبي بكر المحمودي [3] وهو أن يشترط (٣) أن يكون جميع الدماء الواقعة في الخمسة عشر يومًا وليلة لا ينقص عنها حتى يسري إلى النقاء حكمه .

فرع :

المبتدأة إذا انقطع دمها (٤) فتؤمر بالعبادة (٥) في الحال ، فإذا استمر التقطع ففي الدور الثالث لا تؤمر بالعبادة ، وفي الدور الثاني يبنى (٦) على أن العادة هل تثبت بمرة أم لا ؟ وفيه

(١) في (أ ، ب) : « والشرط » .
(٢) في (أ) : « نقاء » .
(٣) في (أ) : « بشرط » .
(٤) في (أ) : « حكمها » .
(٥) في (ب) : « بالصلاة » .
(٦) في (أ) : « يبتنى » .

---

(1) (النقاء) بالمد ، أما الفرق بين النقاء والفترة : فالنقاء أن تدخل قطنة فتخرج بيضاء ، فإن تغيرت ففترة .

هكذا نص عليه الشافعي في (الأم) والشيخ أبو حامد وصاحبه القاضي أبو الطيب وصاحبه صاحب (المهذب) في تعاليقهم ، وقال إمام الحرمين : لم يضبطه الأصحاب ، قال : وضابطه عندي أن ما يعتاد تخلله بين دفعات الدم ففترة : وما زاد فكله نقاء من غير استثناء لقدر الفترة ، والمذهب الأول .

(2) قوله : (يسحب حكم الحيض على النقاء بشرطين ؛ أحدهما : كون النقاء محتوشًا بدمين فى الخمسة عشر حتى يثبت لها حكم الحيض) هكذا وقع في معظم النسخ (لها) ، ووقع في بعضها : (لهما) وهو الصواب .

وقوله : (محتوشًا بدمين) أي بين دمي حيض .

(3) قوله : (والأعدل : اختيار أبي بكر المحمودي) هذا الذي قاله المحمودي هنا هو الصحيح عند المصنفين ، وهو قول جمهور أصحابنا المتقدمين .

وجهان غريبان :

أحدهما : أنها (١ تؤمر أبدًا ١) عند النقاء بالعبادة ، ثم إن عاد الدم تبين البطلان (1) ، فالعادة لا تؤثر في ترك العبادة مع النقاء ، ولهذا إذا استحيضت هذه لم تلتقط أيام الحيض من دورها حتى يتخللها أيام الطهر ، على قول التلفيق أيضًا (٢) (2) .

---

(١) في (أ ، ب) : « أبدا تؤمر » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فالعادة لا تؤثر في ترك العبادة مع النقاء ، ولهذا إذا استحيضت هذه لم تلتقط أيام الحيض من دورها حتى يتخللها أيام الطهر على قول التلفيق أيضًا) هذا كلام مشكل ، وتفسيره مع تقديره : أن ترك العبادة لا يثبت بالعادة مع النقاء ؛ لأن ذلك لو ثبت لكان بناءً على تقدير عود الدم بعده والنقاء موجود حسًّا والأصل استمراره ، ويلزم من هذا أن لا يثبت النقاء المنقطع بالعادة .

ولأصل عدم ثبوت النقاء المنقطع بالعادة قال الأصحاب : لو استحيضت التي تقطع دمها في زمان صحتها ، واتصل دمها في استحاضتها من غير تقطع ، فإنا لا نلتقط في شهر الاستحاضة الايام التي كانت ترى فيها الدم ، ويجعل حيضها فيها ، والأيام التي كانت ترى فيها النقاء نجعلها طهرًا على قول التلفيق ، ولا نقول : قد ثبت لها النقاء المنقطع في ذلك بالعادة .

وقوله (أيضًا) : أتى بكلمة (أيضًا) لأن الأول على قول ترك التلفيق ، أي كما لم يثبت النقاء المنقطع بالعادة على قول ترك التلفيق لا يثبت على قول التلفيق أيضًا ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٧١ ب - ٧٢ أ) .

---

(1) قوله : (وفيه وجهان غريبان ؛ أحدهما : أنها تؤمر أبدًا عند النقاء بالعبادة ، ثم إن عاد الدم تبين البطلان) هذا الوجه الذي جعله غريبًا هو الأصح ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وغيرهما من العراقيين والشيخ أبو زيد وغيره من الخراسانيين ، وهو ظاهر نص الشافعي - رحمه الله - في (الأم) فإنه قال : يجب الغسل والصلاة كلما عاد النقاء ، وصحح الرافعي البناء على العادة ، كما رجحه المصنف وبه قطع الماوردي والمذهب الأول / . والضابط له : أن حكم جميع الشهور أبدًا حكم الشهر الأول ، ففي النقاء ٧٤/أ
تعمل عمل الطاهرات والمستحاضات من الغسل والعبادات ، ويحل لها ولزوجها ولسيدها الوطء.

(2) قوله : (فالعادة لا تؤثر في ترك العبادة مع النقاء ؛ ولهذا إذا استحيضت هذه لم تلتقط أيام الحيض من دورها حتى تتخللها أيام الطهر على قول التلفيق أيضًا) قال الشيخ أبو عمرو : معناه ترك العبادة لا يثبت بالعبادة مع النقاء ؛ لأنه لو ثبت لكان ذلك بناء على تقدير عود الدم بعده ، والنقاء موجود حسًّا ، والأصل استمراره ، ويلزم من هذا أن لا يثبت النقاء المقطوع بالعادة ، ولسبب عدم ثبوت النقاء المتقطع بالعادة قال الأصحاب : لو استحيضت التي تقطع دمها في صحتها واتصل دم استحاضتها بلا تقطع لم يلتقط في شهر =

الثاني : أنه إذا تكرر [١] التقطع [٢] في النوبة الأولى في الخمسة عشر فتستفيد منه التوقف في العبادة ؛ لأنه تكرر التقطع في هذه النوبة .

وعند هذا فجميع ما تؤثر فيه العادة ، وما لا تؤثر ، فهو [٣] أربعة أقسام :

الأول : [٤] ما يثبت [٤] بمرة واحدة وهي الاستحاضة ، فإنا في الدور الثاني نأمرها بالعبادة بعد انقضاء مدة العادة [1] ؛ لأنها علة مزمنة إذا نزلت دامت .

الثاني : ما لا يثبت وإن تكررت العادة كالمستحاضة ، إذا كانت عادتها تَقَطُّع الدم ، فإنا / وإن حكمنا بالتلفيق لا تلتقط من أيام الاستحاضة ، وكذلك إذا ولدت ولدين وهي ذات جفاف ، ثم استحيضت في الثالثة [2] فلا يصير عدم النفاس عادة ، بل يقال : هذه مبتدأة في النفاس ، وكذلك لو حاضت عشرًا وطهرت [٥] خمس سنين ، ثم كذلك مرات ، ثم استحيضت ، فلا نُدِيمُ [٦] طهرها إلى هذا الحد ، وعند هذا يعسر ضبط مَرَدِّه [٧] . ١٣/أ

---

(١) في الأصل : « تكررت » .

(٢) في (أ ، ب) : « القطع » .

(٣) في الأصل : « وهي » .

(٤) في (أ ، ب) : « ما تثبت العادة » .

(٥) في (أ ، ب) : « ثم طهرت » .

(٦)في الأصل : « نديم » ، وكذلك « نرد » ، وراجع الأصل عند التعليق .

(٧) كذا في (أ ، ب) ، وفي الأصل : « مرد » .

= الاستحاضة الأيام التي كانت ترى فيها الدم وتجعل حيضها ، وتجعل الأيام التي كانت ترى فيها النقاء طهرًا على قول التلفيق ، ولا نقول : قد ثبت لها النقاء المتقطع في ذلك بالعادة على قول ترك التلفيق ، أي كما لم يثبت النقاء المتقطع بالعادة على قول ترك التلفيق لا يثبت على قول التلفيق أيضًا .

(1) قوله : (الأول : ما يثبت فيه العادة بمرة واحدة وهى الاستحاضة ، فإنا في الدور الثاني نأمرها بالعبادة بعد انقضاء مدة العادة) .

فقوله : (مدة العادة) كلام ناقص ، وكان ينبغي أن يقول : بعد انقضاء مدة المرد ليدخل فيه مرد المعتادة والمبتدأة والمميزة ، فإن الحكم في الجميع سواء بلا خلاف .

(2) قوله : (ثم استحيضت في الثالثة) أى في الولادة الثالثة ، أو المرة الثالثة .

فقال (١) القفال : غاية الدور تسعون يومًا [1] ، الحيض منها خمسة عشر فما دونه ، والباقي طهر ؛ لأنه اكتفى في عدة الآيسة بثلاثة أشهر ، فلو تصور أن يزيد الدور عليه لما اكتفى به [2] ، وهذا متعلق في هذا المضيق لا بأس به ، فعلى (٢) هذا لو حاضت خمسة وطهرت خمسًا (٣) وثمانين ثبت به الدور ، إما مرة أو مرتين ، فإن زاد المجموع على التسعين فلا (٤) .

---

(١) في (أ ، ب) : « قال » . (٢) « فعلى » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « خمسة » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لو حاضت عشرًا وطهرت خمس سنين ، ثم كذلك مرات ، ثم استحيضت فلا نديم طهرها إلى هذا الحد ، وعند هذا [يعسر] ضبط مرده ، فقال القفال : غاية الدور تسعون يومًا ، الحيض منها خمسة عشر يومًا فما دونها ، والباقي طهر ؛ لأنه اكتفى في عدة الآيسة بثلاثة أشهر ، فلو تصور أن يزيد الدور عليه لما اكتفى به ، وهذا المتعلق في هذا المضيق لا بأس به) قد حكاه شيخه ، وقال : إن الشرع جعل عدة الآيسة ثلاثة أشهر ، فكان أقرب معتبر ، ولم يزد على هذا ، أو ما زاده =

---

(1) قوله : (لو حاضت عشرًا وطهرت خمس سنين ، ثم كذلك مرات ، ثم استحيضت فلا نُديم طهرها إلى هذا الحد ، وعند هذا يعسر ضبط مرده . فقال القفال : غاية الدور تسعون يومًا) هذا الذي حكاه عن القفال قد تابعه المصنف عليه وإمام الحرمين / ضعيف بل فاسد ، والصحيح المشهور الذي صرح به الجمهور : أن دورها ٧٤/ب
يمتد إلى هذا الحد فيكون دورها في المثال المذكور خمس سنين وعشرة أيام منها عشرة أيام حيض وخمس سنين طهر ، وهكذا لو كان طهرها أطول من هذا كان ذلك القدر دورها . وممن صرح به الشيخ أبو حامد في تعليقه والمحاملي في (المجموع) والمتولي وآخرون . قال الرافعي : هو ظاهر المذهب ، قال : وهو الموافق لإطلاق الأكثرين .

(2) قوله : (لأنه اكتفى في عدة الآيسة بثلاثة أشهر ، فلو تصورت أن يزيد الدور عليه لما اكتفي به) أما قوله: (لأنه اكتفي في عدة الآيسة بثلاثة أشهر) فهو من كلام القفال ، وتابعه عليه إمام الحرمين . وأما قوله : (لو تصور أن يزيد الدور عليه لما اكتفى به) فهو زيادة للمصنف لم يذكرها القفال ولا الإمام وهي زيادة باطلة مخالفة للحسّ . وقد ذكر القاضي أبو الطيب في تعليقه أن امرأة أخبرته عن أختها أنها تحيض في كل سنة يومًا وليلة وهي صحيحة تحمل وتلد ونفاسها أربعون يومًا ، وأما استدلاله بعدة الآيسة فقياس فاسد ، لأن المقصود من العدة غلبة ظن ببراءة الرحم ، ويحصل ذلك بثلاثة أشهر مع ما يدخل العدة من التعبد ، بخلاف العادة المبينة على اتباع الوجود واعتبار كل امرأة بحالها ، والله أعلم .

الثالث : ما اختلف في أن العادة وإن تكررت هل تؤثر فيه كالعادة الدائرة المتسقة وغير المتسقة ؟ والتوقف بسبب تقطع الدم كما ذكرناه .

الرابع : ما يثبت بالعادة (١) بمرتين ، وفي ثبوته بالمرة [الواحدة] (٢) خلاف ، كما في قدر الحيض إن لازم أول الدور ، فإن استأخر ففيه تَصَرُّف أبو (٣) إسحاق المروزي .

والقول الثاني : إنا لا نسحب حكم الحيض على النقاء (1) ؛ لأنه تغيير للحقيقة ، بل نحكم باللقط والتلفيق .

والنظر على هذا القول في ثلاثة أمور :

الأول (٤) : أن مجموع الدماء في خمسة عشر لو نقص عن يوم وليلة : فلا حيض لها (٥) ،

= صاحب الكتاب من قوله : (لو تصور أن يزيد الدور عليه لما اكتفى به) غير مستقيم ، فقد زاد الدور على ذلك قطعًا وحسًا في غير المستحاضة ، كهذه التي صورت المسألة فيها ، فإنها إن حاضت عشرًا وطهرت خمس سنين مرارًا فدورها خمس سنين وعشر .

ثم إنا نتعجب من قول القفال هذا ، كيف أثبت مثل هذا الحكم وقضى بحيض وطهر اعتبارًا بالمدة التي تغلب في تفصيلها البعيد ، ونلحظ في أصلهما براءة الرحم ، فأين الباب من الباب ؟ وأين ما يصحح القياس من جامع وغيره ؟

والظاهر من إطلاق الأصحاب الحكم بأن المعتادة ترد في قدر حيضها وطهرها إلى عادتها : أنا نردها إلى ما تقدم من طهرها وإن طال ودام سنين كثيرة ، وقد صرح الشيخ أبو حامد الإسفراييني وغيره من أصحابنا بذلك ، ولا بُعد فيه فإن ذلك استحاضة وهي علة مزمنة تمتد أمد دمها الفاسد ، والحديث المعتمد في المعتادة مطلق ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٧٢ أ - ٧٢ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « العادة » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ ، ب) : « أبي » ، وله وجه .
(٤) في (أ ، ب) : « أحدها » .
(٥) « لها » : ليست في (أ ، ب) .

---

(1) قوله : (والقول الثاني لا يسحب) هذا القول هو ثاني القولين المذكورين في أول الباب في قوله : (ففيها قولان) المنصوص في مواضع .

وإن اكتفينا به على القول الأول؛ لأنها صارت [حيضًا] (١) بانضمام الطهر إليها ، فكملت المدة [1] ، وها هنا لا تكتمل (٢) .

فأما إذا كان مجموع الدماء يومًا وليلة ، ولكن ينقص عند (٣) آحاد الدماء فالمذهب الصحيح : أنه حيض يفرق على الطهر كما يفرق الطهر (٤) على الحيض ، وعلى هذا لو كانت تحيض نصف يوم وتطهر نصف يوم ، فتصلي في وقت النقاء وتترك في وقت الحيض ، ولا يبقى مع هذا التقدير لأقل (٥) الحيض وأقل الطهر معنى (٦) [2] .

النظر الثاني : في قدر النقاء ، وليكن ذلك زائدًا على الفترات المعتادة بين دفعات الدم ، حتى يمكن أن تجعل نقاء مستقلًّا .

النظر الثالث : في الغسل عند ظهور النقاء ، فإن كان الدم المتقطع أقل من يوم وليلة : لم تغتسل إن قلنا : إن مجموع الدماء لو بلغ يومًا وليلة ليس بحيض ، وإن قلنا :

---

(١) زيادة من (أ ، ب) . (٢) في (أ) : « تكمل » .

(٣) في (أ ، ب) : « عنه » .

(٤) زاد في نسخة مشار إليها بهامش الأصل : « الصحيح » .

(٥) في الأصل : « أقل » ، والتصحيح من (أ ، ب) .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله على قول التلفيق : (لو كانت تحيض نصف يوم وتطهر نصف يوم فتصلى في وقت النقاء وتترك في وقت الحيض ولا يبقى مع هذا التقدير بأقل الحيض وأقل الطهر) معنى هذا مندفع ؛ فإنا لم نجعل ذلك حيضًا وطهرًا بل بعض حيض وبعض طهر ، وإنما الحيض والطهر فيه كل واحد منهما القدر الذي قدرناه ، ولكن يعرف كل واحد منهما في الآخر ، وإنما لقينا ذلك في نصف يوم مقتصرًا عليه ، والاعتماد على الوجود وهذا يوجد ، والله أعلم) . المشكل (١ / ٧٢ ب) .

---

(1) قوله : (فكملت المدة) يقال : (كمل) بفتح الميم وضمها وكسرها ، والكسر ضعيف .

(2) قوله : (لو كانت تحيض نصف يوم وتطهر نصف يوم فتصلي في وقت النقاء وتترك في وقت الحيض ، ولا يبقى مع هذا التقدير بأقل الحيض وأقل الطهر معنى) هذا الذي نفاه من المعنى مما أنكروه عليه / ، لأن هذا النصف والنصف ليسا حيضًا وطهرًا كاملين ، ولكن بعض حيض وبعض طهر ، وشرطه : أن يبلغ مجموع الدم يومًا وليلة كما سبق ، ولكنه حيض متفرق وطهر متفرق . وأما تقدير أصل الحيض بيوم وليلة فالمراد جميع حيضها . ١/٧٥

يكون حيضًا ففي الغسل وجهان (1) :

أحدهما : لا يجب بالشك ؛ إذ ربما لا يعود ما يتم به حيضًا . والثاني : يجب ؛ لأنه دم في زمان إمكان الحيض ، ولا يخرج عن كونه حيضًا إلا (١ بخلو الخمس عشر ١) عن دم يتممه ، فلتغتسل بناء على النقاء المشاهد (٢) (2) .

والقسم (٣) الثاني : في المستحاضات ، وهن أربع (٤) (3) :

الأولى : المعتادة :

فإذا كانت تحيض خمسًا وتطهر خمسًا وعشرين ؛ فجاءها دور وأطبق الدم مع

---

(١) في (أ ، ب) : « أن تخلو الخمسة عشر » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله على قول التلفيق فيما إذا انقطع الدم على أقل من يوم وليلة : (في وجوب الغسل وجهان ، الثاني : يجب لأنه دم في زمان إمكان الحيض ، فلتغتسل بناءً على النقاء المشاهد) وفي عدة نسخ (فلتقتصر) بدلًا من قوله : (فلتغتسل) ، والصحيح : فلتغتسل ، ومعناه : أن النقاء بعد دم يحكم بكونه دم حيض يوجب الغسل ، وهذا الخلاف إنما هو في الانقطاع الأول ، فإذا تكرر الانقطاع ففيه ما سبق قريبًا في الاعتماد على العادة في المتقطع ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٧٢ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « القسم » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (في المستحاضات ، وهن أربع) ترك الخامسة وهي المعتادة المميزة استغناءً بذكره المعتادة ، وبذكره المميزة ، على ما سبق في الباب الثاني من أنها على وجه حكمها حكم المعتادة المجردة ، وعلى وجه : حكمها حكم المميزة ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٧٢ ب) .

---

(1) قوله : (ففي الغسل وجهان) أصحهما : لا يجب ، والوجهان مخصوصان بالانقطاع الأول ، أما الانقطاع الثاني والثالث وما بعدهما فإذا بلغ مجموع ما سبق ذلك من الدم يومًا وليلة وجب الغسل وقضاء الصوم والصلاة .

(2) قوله : (فلتغتسل بناء على النقاء المشاهد) ووقع في بعض النسخ : (فلتقتصر) بدل (تغتسل) والصواب الأول وهو المذكور في (البسيط) ، ومعناه : أن النقاء الواقع بعد دم محكوم بكونه دم حيض يوجب الغسل .

(3) قوله : (المستحاضات أربع) ترك خامسة وهي المعتادة المميزة ؛ لأنها كالمميزة على وجه ، وكالمعتادة على الوجه الآخر ، وقد ذكرهما فلا حاجة إليها .

التقطع ، فكانت ترى الدم يومًا وليلة ، والنقاءَ كذلك ، فعلى قول السحب نحيضها خمسة من أول الدور [ولاءً] (١) ؛ لأن النقاء فيه محتوش بالدم ، وعلى قول اللقط وجهان [1] :

أحدهما : نحيضها (٢) الأول والثالث والخامس ؛ لأنا لا نجاوز (٣) في اللقط أيام العادة .

والثاني : أنا نحيضها خمسة كاملة ، ونجاوز أيام العادة ، فنضم (٤) إلى ذلك السابع والتاسع .

وعلى الوجهين في الدور الأول نأمرها بأن تتحيض أيام الدم إلى خمسة عشر ؛ إذ يتصور أن ينقطع قبل الخمس (٥) عشر فلا (٦) تكون مستحاضة [2] .

وتتفرع على الوجهين صور :

إحداها : أنها (٧) لو كانت ترى دمًا يومين ، ويومين نقاء ، فإن التقطنا من أيام العادة حيضناها الأول والثاني والخامس ، وفي الخامس وجه ضعيف أنه ليس بحيض لاتصاله بالسادس ، وهو استحاضة . وإن جاوزنا أيام العادة كملنا الخمسة بضم السادس والتاسع إليها .

الثانية : لو كانت ترى يومين دمًا وأربعة نقاء وهكذا ، فإن لم تتجاوز (٨) أيام العادة حيضناها اليومين الأولين فقط ، وإن تجاوزنا كملنا الخمسة بما بعدها ، وعلى السحب نحيضها اليومين الأولين فقط ؛ لأن النقاء بعده ليس محتوشًا بحيضتين .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « أن حيضها » .

(٣) في (أ) : « نتجاوز » .

(٤) في (أ) : « ويضم » .

(٥) في (أ) : « الخمسة » .

(٦) في (أ) : « ولا » .

(٧) « أنها » : ليست في (أ ، ب) .

(٨) في (أ ، ب) : « تجاوز » .

---

(1) قوله : (وعلى قول اللقط وجهان) هكذا حكاهما الجمهور وجهين ، وحكاهما الشيخ أبو حامد والماوردي والمحاملي والجرجاني قولين ، أصحهما – باتفاقهم – : أنه تلقط لها من مدة الإمكان وهي خمسة عشر ، ولا تبالي بمجاوزة الملفوظ منه قدر العادة .

(2) قوله : (إذ يتصور أن ينقطع الدم قبل الخمسة عشر) يعني : مجاوزة الخمسة عشر .

الثالثة : إذا كانت تحيض يومًا وليلة ، وتطهر تسعة (١) وعشرين ، فاستحيضت في دور فكانت ترى يومًا دمًا ، وليلة نقاء وهكذا ، فعلى قول السحب فيه إشكال ؛ فإن اليوم الواحد ليس بحيض كامل ، والليلة ليست محتوشة بدمين في وقت الحيض ، فلا يمكن تكميل اليوم به ، وإن (٢) ضممنا إليه اليوم الثاني كنا (٣) جاوزنا وقت العادة ، والمجاوزة على قول السحب محال ، وقال (٤) أبو إسحاق : لا حيض لها ؛ لاستحالة الأقسام كلها (1) .

وقال أبو بكر المحمودي : نعود إلى قول اللقط في هذه الصورة للضرورة ؛ فإن شطر عمرها دم فكيف لا نحيضها ؟

قال الشيخ أبو محمد : يحتمل أن نسحب حكم الحيض على ليلة النقاء ، ونضم اليوم الثاني إليه ، فيكون قد ازداد حيضها ، وذلك أقرب من التلفيق على قول ترك التلفيق .

فأما إذا فرعنا على قول اللقط وجاوزنا أيام العادة في اللقط فلا إشكال ، فإنا نستوفي مدة العادة ، وإن لم نجاوز فلا طريق إلا مذهب المحمودي ، وهو مجاوزة أيام العادة (2) ، والرجوع إلى الوجه الآخر .

هذا كله كلام في الدور الأول (3) من استحاضة ذات التلفيق .

أما الدور الثاني : إن انطبق فيه الدم على أول الدور على ترتيبه في الأول/لم يختلف ١٣/ب

---

(١) في (أ ، ب) : « تسعًا » .

(٢) في (أ ، ب) : « ولو » .

(٣) في (ب) : « لكنا » .

(٤) في (أ ، ب) : « فقال » .

---

(1) قوله : (قال أبو إسحق : لا حيض لها) إلى آخره . قول أبي إسحق هو الأصح .

(2) قوله : (فلا طريق إلا مذهب المحمودي وهو مجاوزة أيام العادة) هذا الذي ذكره يقتضي القطع بما ذكره ، وليس هو مقطوعًا ، بل حكى هو في (البسيط) وشيخه في (النهاية) فيه وجهين ، أحدهما : هذا ، وهو قول أبي بكر المحمودي ، وأصحهما : لا حيض لها على هذا الوجه الذي يفرع عليه ، وبهذا قال أبو إسحق ، وقطع به الرافعي .

(3) قوله : (هذا كلام في الدور الأول) / ..... بل إشارة إلى جميع الصور المذكورة . ٧٥/ب

الحكم ، وإن اقتضى تعاقب الحالين تراخى الدم عن أول الدور الثاني فيتصدى نظر أبي إسحاق الرد إلى أول الدور ، ونظر الأصحاب إلى الدم . وبيانه بصور ذكرناها في المذهب البسيط (١) .

---

(١) « البسيط » : ليست في (أ ، ب) .

ويقول ابن الصلاح : « قوله عقيب الصورة الثالثة من مسائل المعتادة : (هذا كلام في الدور الأول من استحاضة ذات التلفيق ، أما الدور الثاني : فإن انطبق فيه على أول الدور على ترتيبه في الأول لم يختلف الحكم ، وإن اقتضى تعاقب الحالين تراخى الدم عن أول الدور الثاني فيتصدى فيه نظر أبي إسحق إلى أول الدور ، ونظر الأصحاب إلى الدم ، وبيانه بصور ذكرناها في المذهب البسيط) .

فقوله : (هذا كلام) ليس إشارة إلى المذكور في الصورة الثالثة فحسب ، بل إليها وإلى غيرها من الصور المذكورة ، ومثال ما ذكره من انطباق الدم على أول الدور الثاني : ما إذا كانت ترى يومًا دمًا ويومًا نقاء ، ومثال انطباق النقاء على أول الدور الثاني : ما إذا كانت ترى يومين دمًا ويومين نقاء ، وهذا مما ذكره من الصور الثلاثة ، لكن لم يتعرض إلا لحكمها في الدور الأول دون الثاني .

ومن أمثلة ذلك من الصور التي ذكرها في (البسيط) ومن (النهاية) نقلتها : لو كانت عادتها أن تحيض عشرًا وتطهر عشرين ، فاستحيضت وانقطع دمها شيئًا فشيئًا ، فإن الدور الثاني ينطبق على أول سمة النقاء ، فأبو إسحاق يحمل على الأولية ويقول : قد خلا من العشر الأول ستة عن الدم فيقتصر على تحيضها الأربعة الباقية التي رأت فيها الدم من العشرة ، وغيره من الأئمة لا يُبالي بفوت الأولية ويجعل ابتداء دورها الثاني من السابع ، ويلحق ستة النقاء الأول بالدور الأول ، ونقول : صارت ستة وثلاثين يومًا .

ثم إن فرعنا على ترك التلفيق اقتصرنا على تحييضها ستة ولاءً من أول السابع ، وإن فرعنا على التلفيق ، إما مع مجاوزة أيام العادة من الخمسة عشر على وجه ، وإما من العشرة من غير مجاوزة العادة على ما تقدم شرحه على وجه ، فتجب ابتداء العشرة أو الخمسة عشر من أول السابع ، والله أعلم .

وقوله : (المذهب البسيط) عبارة خراسانية ويسمون (نهاية المطلب) (المذهب الكبير) أي كتاب (المذهب البسيط) . والله أعلم .

ذكر أن المبتدأة إذا تقطع دمها ، فيومًا دمًا ويومًا نقاء : فهي في الدور الأول تصوم وتصلي في أيام النقاء إلى خمسة عشر ، فإذا تجاوز ذلك بان أنها مستحاضة ، وفي مردها قولان ، أحدهما : أنه يوم وليلة ، ثم إذا وقع ذلك في شهر رمضان فلا يلزمها إلا قضاء تسعة أيام ؛ لأنها صامت سبعة في أيام النقاء من جملة الشطر الأول ، ولولا ذلك النقاء لما لزمها إلا ستة عشر ، فإذا احتسبنا سبعة منها بقي تسعة ، هذا فيه سهو أو طغيان من القلم في ثلاثة مواضع منه ؛ أولها : في قوله : (قضاء تسعة أيام) . وصوابه : ثمانية أيام ، فإنها هي أيام =

المستحاضة الثانية : المبتدأة :

فإذا انقطع دمها يومًا يومًا ، فإذا رأت النقاء في اليوم الثاني صامت وصلَّت . هكذا (١) تفعل مهما رأت النقاء إلى خمسة عشر ، فإذا (٢) جاوز الدم ذلك (٣ فتبين أنها ٣) استحاضة وفي مَرَدِّها قولان . فإن رُدَّت إلى يوم وليلة نحيضها (٤) على قول السحب واللقط يومًا (٥) وليلة ، ثم لا يلزمها إلا قضاء تسعة (٦) أيام في رمضان ؛ لأنها صامت سبعة في أيام النقاء من جملة الشطر الأول ، ولولا ذلك النقاء لما لزمها إلا ستة عشر ، فإذا احتسبنا منها (٧ سبعة بقيت تسعة ٧) (1) .

= الدم من الخمسة عشر يومًا ، وإذا احتسبنا منها سبعة النقاء والصيام بقي منها ثمانية لا تسعة ، والثاني : قوله : (ولولا ذلك لما لزمها إلا ستة عشر) ، وإنما صوابه : إلا خمسة عشر ، لأن الكلام مفروض فيما إذا كانت ترى يومًا دمًا ويومًا نقاء ، فليس فيه احتمال طرآن الدم في بعض يوم ، والثالث : في قوله : (بقي منها تسعة) ، إنما بقي منها ثمانية كما بيناه ، ولا يحتاج هذا إلى الاستشهاد بما في (التهذيب) وغيره من صواب ذلك ، فإن الأمر فيه أوضح من ذلك ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٧٢ ب - ٧٣ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « فهكذا » .

(٢) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٣) في (أ ، ب): « فتبين أنه » .

(٤) في (أ ، ب) : « فحيضها » .

(٥) في (أ ، ب) : « يوم » .

(٦) في (أ ، ب) : « ثمانية » .

(٧) في (أ ، ب) : « سبعة منها بقي تسعة » .

قال المصنف : « ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه قال : يلزمها تسعة أيام ، والمنقول ثمانية ذكرها صاحب التتمة وغيره . الثاني : أنه قال ستة عشر ، والمنقول خمسة عشر ، فإن قيل : لم لا يقال إنها تقطع دمها يومًا يومًا بطريق التلفيق ، كأن تكون ابتداؤها الدم في أثناء اليوم الأول هكذا أبدًا ؟ قلنا : لا يمكن فرضه هكذا لأنا لو فرضنا كذلك لما حصل لها صوم بالكلية في كل شهر ، فإنه إذا وقع في =

(1) قوله : (المبتدأة إذا انقطع دمها يومًا يومًا) إلى قوله : (ثم لا يلزمها إلا قضاء تسعة أيام في رمضان ؛ لأنها صامت سبعة في أيام النقاء من جملة الشطر الأول ، ولولا ذلك النقاء لم يلزمها إلا ستة عشر ـ فإذا احتسبنا سبعة منها بقي تسعة) . فقوله في الموضعين : (تسعة) غلط وصوابه : (ثمانية) لأنها أيام الدم من الخمسة عشر . وقوله : (ستة عشر) صوابه : (خمسة عشر) ، لأن الصورة فيمن رأت يومًا دمًا ويومًا نقاءً كما صرح به ، فلا يتصور الطرآن نصف النهار .

وقد نصَّ الشافعي - رضي الله عنه - في موضع على لزوم قضاء الصوم كله (١) [1] ، فتحصلنا على قولين .

واختلف في أصله [2] ، قال القفال : أصله أن المبتدأة فيما وراء المرد هل يلزمها

= أثناء اليوم الأول بطل الصوم فيه ، وكذلك في الثاني والثالث هلم جرا إلى السادس عشر هكذا أبدًا ، فلم يمكن تصحيحه إلا على ما ذكره صاحب (اليتيمة) وكان وهم في العدد وبنى على حساب ستة عشر ما يكون على هذا التقدير تسعة مع السبعة التي صامتها ستة عشر ، وهذا إشكال قوى لم يتجه لي فيه جواب » . مشكلات الوسيط (٤٤ ب - ٤٥ أ) .

وقال ابن أبي الدم : « الوهم فى هذا الفصل وقع في آخره وهو قوله : (ثم لا يلزمها إلا قضاء تسعة أيام في رمضان) وصوابه : أنه لا قضاء إلا ثمانية أيام ، وقوله : (ولولا ذلك لما لزمها قضاء ستة عشر يومًا) . والصواب فيه : خمسة عشر يومًا . وقوله : (فإذا أسقطنا سبعة بقي تسعة) . الصواب فيه : بقي ثمانية ، نص على ما ذكرناه للإمام في « النهاية » ونقله الشيخ في (الوسيط) على ماذكره محمد بن يحيى فى محيطه ، وهو الذي صرح به جماعة من أئمة المذهب فى تصانيفهم وهو على حسابي يظهر للفقيه بالعمل ما يتطرق اليد خلل ، وسواء فرض ابتداء الدم قبل طلوع الفجر من أول يوم من شهر رمضان وبعد طلوع الفجر منه فاعتبره صحيحًا موافقًا » . إيضاح الأغاليط (٥ ب - ٦ أ) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وقد نص الشافعي - رحمه الله - في موضع على قضاء الصوم كله) يعني : قضاء النصف الأول ، وفيما ذكره بعده من الخلاف في أصله ومبناه ما يدل على ذلك ، وقول أبي زيد : إن أصله أنها على قول التلفيق مترددة فيما صامته منه فى أيام النقاء السبعة ، لاحتمال كونها حائضًا فى أيام النقاء على قول عدم التلفيق ، وكان على القولين اللذين في مسألة الخنثى المذكورة ، هذا إنما يستقيم في الدور الأول ، فإنه يختص بالتردد والتوقف المذكور ، ، والشافعي طرد القولين في قضاء الصوم في الشهور كلها ، فالوجه : بناء القولين على ما ذكره القفال ، نعم ما ذكره أبو زيد يوجب إجراء القولين في الدور الأول ، وإن قلنا : إن المبتدأة فيما وراء مردها غير مأمورة بالاحتياط ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٧٤ أ) .

---

(1) قوله : (وقد نص الشافعي في موضع على لزوم قضاء الصوم كله) ، فقوله : (الصوم كله) يعني : صوم النصف الأول من الشهر .

(2) قوله : (فتحصلنا على قولين ، واختلف في أصله) الأصح : أنه لا يجب إلا قضاء ثمانية أيام ، والأصح في أصل الخلاف قول القفال : أنه مبني على القولين في المبتدأة هل يلزمها الاحتياط فيما وراء المرد إلى الخمسة عشر ؟ والأصح : لا يلزمها .

الاحتياط إلى خمسة عشر أم لها حكم الطاهرات ؟ فنص الشافعي – رضي الله عنه – تفريعًا [١] على الاحتياط ، وذلك يجري في كل شهر ؛ فلذلك [٢] قال الشافعي : وكذلك نفعل في المستقبل . وإن رددناها إلى الغالب : فالقول في مردها كالقول في المعتادة ستًّا أو سبعًا ، وجميع التفريعات يعود .

المستحاضة الثالثة : المميزة :

وهي التي ترى يومًا دمًا قويًّا ، ويومًا [دمًا] [٣] ضعيفًا [٤] [1] ، فإن انقطع القوي على الخمسة عشر ، وأطبق الضعيف بعده فجعلنا [٥] الضعيف نقاء على قول اللقط ،

---

(١) في (أ ، ب) : « تفريع » . (٢) في (أ ، ب) : « ولذلك » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (المستحاضة الثالثة : المميزة ، وهي التي ترى يومًا دمًا ويومًا دمًا ضعيفًا) هذه ليست منحصرة في النوع الذي ذكر مثاله ، وليس يشترط فيها التقطع بين القوي والضعيف ، بل تكون مميزة بدون ذلك ، بأن ترى يومًا دمًا قويًّا ويومًا نقاءً ، ولم يجاوز الضعيف إما متقطعًا وإما غير متقطع ، والله أعلم .

ذكر في المتحيرة التي تقطع دمها يومًا فيومًا أنها على قول السحب إذا أمرناها بالاحتياط فحكمها حكم من أطبق الدم عليها ، ثم قال : وإنما يفارقها في أنا لا نأمرها بتجديد الوضوء في وقت النقاء ، ولا نأمرها بتجديد الغسل ، هذا مستدرك عليه ؛ فإنه يستدعي أن المتحيرة عند انطباق الدم مأمورة بتجديد الوضوء حتى تكون هذه مفارقة لها في ذلك ، وليست تلك مأمورة بتجديد الوضوء والغسل ، فكان ينبغي أن يقول : تفارقها في الأمر بتجديد الغسل ، وكذلك لا تؤمر بتجديد الوضوء أو نحو ذلك ، والله أعلم » . المشكل (٧٤ أ – ٧٤ ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « جعلنا » .

---

(1) قوله : (الثالثة المميزة وهي التي ترى يومًا دمًا ويومًا دمًا ضعيفًا) هذه العبارة ربما أوهمت اشتراط التقطع بين القوي والضعيف ، وليس ذلك شرطًا ، بل ثبت حكم التمييز سواء تقطع قويًّا وضعيفًا أو قويًّا ونقاء ، بشرط ألا يجاوز القوي خمسة عشر ، وسواء كان الضعيف المجاوز خمسة عشر متصلًا أو منقطعًا بالنقاء .

مثال الأول : رأت يومًا وليلةً قويًّا ثم يومًا وليلة ضعيفًا ثم كذلك ثانيًا وثالثًا ، والبرء لم يجاوز القوي خمسة عشر ، ثم رأت بعد ذلك ضعيفًا وجاوز الخمسة عشر متصلًا أو تخلله نقاء . ومثال الثاني : : رأت يومًا وليلة قويًّا ثم مثله نقاء ثم كذلك ثانيًا وثالثا وأكثر ولم يجاوز خمسة عشر ، ثم رأت ضعيفا وجاوز / ٧٦أ
الخمسة عشر متصلًا أو تخلله نقاء .

وحيضانها ثمانية أيام ، وعلى السحب حيضناها خمسة عشر يومًا لإحاطة السواد بالضعيف المتخلل ؛ فإذا [١] استمر تعاقب السواد والحمرة في جميع الشهر ، فقد فقدت التمييز ؛ لفوات الشرط [٢] ، فهو كما لو أطبق لون واحد ، ولا تلتقط من أيام الشهر خمسة عشر يومًا سوادًا بالاتفاق ، فلم يجوز أحد تفريق [٣] الحيض على الطهر ، وإن جوزوا تفريق [٤] الطهر على الحيض ، فهذا يقوي قول السحب .

المستحاضة الرابعة : الناسية ؛ وفيها صور :

إحداها [٥] : المتحيرة التي لا تحفظ شيئًا ، إذا انقطع دمها يومًا يومًا ، فعلى قول السحب [خرج] [٦] أمرها على القولين في الاحتياط ، فإن أمرناها بالاحتياط فحكمها حكم من أطبق الدم عليها ، إذ ما من نقاء إلا ويحتمل أن يكون حيضًا ، وإنما يفارقها في أنا لا نأمرها بتجديد الوضوء في وقت النقاء ؛ لأن الحدث في صورته غير متجدد ، ولا [نأمرها] [٧] بتجديد الغسل [1] ؛ إذ يستحيل تقدير وقوع الانقطاع في حالة انتقاء الدم ، وعلى قول اللقط يغشاها زوجها في أيام النقاء ، وهي طاهرة فيها في كل حكم ، وأيام الدم يسلك فيها مسلك الاحتياط .

---

(١) في (أ ، ب) : « فأما إذا » .
(٢) في (أ ، ب) : « شرطه » .
(٣) في (أ ، ب) : « تفرق » .
(٤) في (أ ، ب) : « تفرق » .
(٥) في (أ ، ب) : « أحدها » .
(٦) زيادة من (أ ، ب) .
(٧) زيادة من (أ ، ب) .

---

(1) قوله : (وإنما يفارقها في أنا لا نأمرها بتجديد الوضوء في وقت النقاء ولا بتجديد الغسل) هذه العبارة مما أنكرها بعض الأئمة وادعوا أنها فاسدة ؛ لأنها توهم أن المتحيرة التي أطبق دمها تؤمر بتجديد الوضوء حتى تكون هذه مفارقة لها ، وليست تلك مأمورة بتجديد الوضوء وإنما تؤمر بتجديد الغسل ، فكان ينبغي أن يقول : وإنما يفارقها في أنا لا نأمرها بتجديد الغسل ، وكذا لا تؤمر بتجديد الوضوء ، وهذا الإنكار فاسد فإن المتحيرة المطبقة تؤمر بتجديد الوضوء أيضًا في كل وقت لا يحتمل انقطاع الدم فيه ، بأن قالت : أعلم أن حيضي كان ينقطع عند غروب الشمس ، فإنها تؤمر بتجديد الغسل كل يوم عقب غروب الشمس ، ويؤمر بتجديد الوضوء في باقي الصلوات . ويتصور ذلك أيضًا في الناسية التي حفظت الوقت دون العدد أو علمته ، وقد سماها المصنف متحيرة كما سبق .

الثانية : إذا قالت : « أضللت خمسة في عشرة من أول الشهر » ، وتقطع دمها يومًا يومًا ، فعلى قول السحب [١] تنحصر حيضتها [١] في التسعة من أول الشهر ؛ لأنها تكون نقية في [٢] العاشرة فليس [٢] محتوشًا بدمين في المدة ، ومع الانحصار في التسعة ليس لها حيض بيقين ، وإن زاد أيام الحيض على نصف محل الضلال ، بخلاف ما إذا أضلت خمسة في تسعة غير ذات التلفيق ؛ لأن العشرة ها هنا محل الضلال على التحقيق ، إلا أنا في تقدير التأخير نرد الخمسة إلى ثلاثة ؛ إذ السادس نقاء وكذا العاشر فينتقص [٣] القدر بذلك ، فنقول : ليس لها يقين حيض ، وعليها الغسل [٤] في آخر الخامس ، وآخر السابع والتاسع .

ومن أصحابنا من قال : تغتسل لكل صلاة في أيام الدم [٥] ؛ إذ يتصور الانقطاع في الوسط وهو فاسد ؛ إذ من ضرورته أن يقدر الابتداء في وسط النقاء ، وهو محال ؛ إذ كل نقاء ليس محتوشًا بحيضتين لا يجعل حيضًا على قول السحب . هذا كله على قول السحب .

فأما على قول اللقط : فإن لم نجاوز محل العادة فلا [٦] نجاوز العشرة . والتفريع كالتفريع على قول السحب إلا في الغسل ؛ فإنه يجب على الخمسة الأولى ؛ إذ كل منقطع حيض وما بعده طهر على هذا القول ، فإن [٧] جاوزنا العادة فلابد من تحيضها خمسة ، فيحتمل الأول والثالث والخامس والسابع والتاسع ، ويحتمل في حساب التأخير السابع والتاسع والحادى عشر والثالث عشر والخامس عشر ، فيدخل [٨] السابع والتاسع في الحسابين فهما حيض بيقين ، وحكم الأيام الأخيرة [٩] ما سبق .

* * *

---

(١) في (أ ، ب) : « ينحصرحيضها » .

(٢) في (أ ، ب) : « العاشر وليس » .

(٣) في (أ ، ب) : « فيتبعض » .

(٤) في (أ ، ب) : « الخامس » .

(٥) في (أ ، ب) : « الدماء » .

(٦) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٧) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٨) في (أ ، ب) : « ويدخل » .

(٩) في (أ ، ب) : « الآخر » .

الباب السادس

في النفاس

[والكلام في قسمين :

الأول] (١) : في (٢) النفساء غير المستحاضة ، وفيه (٣) ثلاثة فصول :

الفصل الأول : في قدر النفاس

وأكثره ستون يومًا ، وأغلبه (٤) أربعون [يومًا] (٥) ، وأقله لحظة . والتعويل فيه على الوجود .

وقال المزني : أقله أربعة أيام ؛ لأن أكثره مثل أكثر الحيض ، أربع مرات (٦) (1) .

* * *

(١) زيادة من النسخة المطبوعة ليست في الأصل ، أ ، ب .

(٢) في (أ ، ب) : « وفي » .

(٣) « وفيه » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في الأصل : « وأكثره » ، وله وجه . وما أثبتناه من (أ ، ب) ، وهو أوجه .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) قال الحموي : « ما ذكره الشيخ ها هنا عن المزني من أقل النفاس أربعة أيام عند المزني ، وأكثره ستون يومًا ، فهو مخالف لما ذكر في معظم الكتب ، فإن المنقول منها عنده أن أكثر النفاس أربعون ، وإذا كان كذلك ينبغي أن يكون أقله على هذا التقدير يومين وثلثي يوم ، وليس كذلك لما لا يخفى .

قال المصنف : لا منافاة بين أن يكون ما نقله الشيخ عن المزني حكاية عن الشافعي وما ذكره في معظم الكتب هو مذهب المزني ، وإذا كان كذلك لم يكن ما ذكره الشيخ مناقضًا لغيره » . مشكلات الوسيط (٤٥أ - ٤٥ ب) .

(1) قوله : (وقال المزني : أقله أربعة أيام لأن أكثره مثل أكثر الحيض أربع مرات) يعني : أكثره ستون وهذا هو المشهور عن المزني ، ونقله عنه صاحب (المهذب) أنه قال : أكثره أربعون . الأصح : أن دم الحامل حيض لشرطه .

الفصل الثاني : (١ في الدم ١) قبل الولادة

ولا شك أن الحامل قد ترى الدم على أدوار الحيض ، وهل له حكم الحيض ؟ ففيه (٢) قولان ، مع القطع بأنه لا يتعلق به مضي العدة .

فإن قلنا : إنه حيض فلو كانت تحيض خمسًا (٣) وتطهر خمسًا (٤) وعشرين ، فحاضت خمستها وولدت قبل مضي خمسة عشر من بعض الحيض (1) : فما بعد الولادة (٥) نفاس ، ونقصان الطهر قبله لا يقدح فيه ، أما تلك الخمسة فهل تنعطف (٦) عليها ؟

الأصح : (٧ أنه لا تنعطف ٧) (2) ؛ لأن تخلل الولادة أعظم من (٨) الفصل بين الدمين

---

(١) ليست في (ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فيه » .

(٣) في (أ ، ب) : « خمسة » .

(٤) في (أ ، ب) : « خمسة » .

(٥) في (أ ، ب) : « الولد » .

(٦) في (أ ، ب) : « تعطف » .

(٧) في (أ ، ب) : « أنا لا نعطف » .

ويقول ابن الصلاح : « ومن الباب السادس في النفاس قوله في التفريع على أن الحامل تحيض : (لو حاضت خمستها وولدت قبل أن تطهر خمسة عشر يومًا فما بعد الولد نفاس ، ونقصان الطهر قبله لا يقدح فيه ، أما تلك الخمسة فهل تنعطف عليها ؟ الأصح : أنه لا تنعطف عليها) ، معناه : لا ينعطف نقصان الطهر على الخمسة بالإفساد وإخراجها عن كونها حيضًا ، وسَمَّى ذلك انعطافًا لكونه أمرًا طرأ بعدها ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٧٤ ب) .

(٨) في (أ ، ب) : « في » .

---

(1) قوله : (فلو كانت تحيض خمسة وتطهر خمسة وعشرين ، فحاضت خمستها وولدت قبل مضي خمسة عشر) فقوله : (خمستها) ذكر مثالًا لا شرطًا ، وإنما شرط المسألة أن ترى دمًا يمكن كونه حيضًا ، ثم تلد قبل مضي خمسة عشر.

(2) قوله : (فما بعد الولد نفاس ونقصان الطهر قبله لا يقدح فيه وأما تلك الخمسة فهل ينعطف عليها ؟ الأصح أنه لا ينعطف) معناه : الأصح أنه لا ينعطف نقصان الطهر على الخمسة بالإبطال وإخراجها عن كونها حيضًا ، بل تكون الخمسة حيضًا ، فالخلاف في كونها حيضًا ، والأصح : أنها حيض / . ٧٦/ب

من تخلل طهر كامل ، ولو اتصلت / الولادة بآخر الخمسة ، وجعلناها حيضًا فلا نعدها ١٤/أ
من النفاس [1] ، ولا نقول : هو نفاس سبق ، وكذلك إذا بدت مخايل الطلق فظهر الدم قبل الولادة ، وفي هذه الصورة وجه أنه من النفاس وهو بعيد [2] .

نعم ، ظهر اختلاف الأصحاب فيما ظهر مع ظهور الولد قبل انفصاله ، هل يثبت له حكم النفاس ؟

* * *

(1) (ولو اتصلت الولادة بآخر الخمسة وجعلناها حيضًا فلا تعدها من النفاس) هكذا هو في أكثر النسخ ، وفي بعضها : (جعلناها حيضًا ولا نعدها من النفاس) وكلاهما صحيح لكنه على هذا التقدير الثاني يكون قوله (جعلناها حيضًا) تفريعًا على الأصح في أن حيضها لا يشترط أن يتخلل بينه وبين النفاس خمسة عشر ، والمقصود : أن هذه الخمسة ليست نفاسًا بلا خلاف وهي حيض على أصح الوجهين .

(2) قوله : (وكذلك إذا بدت مخايل للطلق وظهر الدم قبل الولادة قال : (وفي هذه الصورة وجه أنه نفاس) معناه : الأصح أن الدم عند أوائل الطلق ليس بنفاس على الأصح .

والأصح أيضًا : أنه ليس بحيض فتكون هذه الصورة مستثناة من قولنا : الأصح أن الحامل تحيض .

الفصل الثالث : في الدم بين التوءمين

وفيه وجهان ؛ أصحهما : أنه نفاس [1] ؛ لأنه على أثر الولد الأول . والثاني : أنه كدم الحامل ؛ لأنه قبل فراغ الرحم إلا أنه أولى بأن يجعل حيضًا ؛ فإن قلنا : إنه نفاس ، فما بعد الولد الثاني - أيضًا - نفاس ، ولكنهما نفاسان أو نفاس واحد في حكم المقدار ؟

فيه وجهان ؛ أصحهما : أنه نفاسان .

وإن [١] قلنا : إنه نفاس واحد ، فلو تمادى ما بعد الأول ستين [٢] يومًا ، قال الصيدلاني: ما بعد الولد الثاني ينقطع عنه بالاتفاق فيكون نفاسًا مفردًا [2] .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « فإن » .　　(٢) في (أ ، ب) : « ستون » .

(1) قوله : (في الدم الذي بين التوءمين وجهان ، الأصح : أنه نفاس) هذا التصحيح طريقة شيخه ، والأصح عند جمهور الأصحاب : أنه ليس بنفاس بل ابتداء النفاس من آخر الحمل ، وصححه الشيخ أبو حامد وسائر العراقيين والبغوي والروياني وصاحب (العدة) والرافعي وغيرهم من الخراسانيين ، فعلى هذا هل هو حيض. فيه ثلاث طرق ؛ أصحها وبه قطع المصنف : فيه القولان في دم الحامل ، أصحهما : حيض ، والثاني : دم فساد ، والطريق الثاني : حيض قطعًا ، والثالث : دم فساد قطعًا .

(2) قوله : (فلو تمادى ما بعد الأول ستين يومًا ، قال الصيدلاني : ما بعد الولد الثاني ينقطع عنه بالاتفاق فيكون نفاسًا مفردًا) هذا الذي نقله عن الصيدلاني من نقل الاتفاق كذا نقله الإمام عنه ، وقال الشيخ أبو محمد وطائفة : يكون ما بعد الثاني دم فساد تفريعًا على أنهما نفاس واحد ، والأول أصح .

القسم الثاني

في النفساء (١) المستحاضات

(وهُنَّ أربع)

الأولى : المعتادة : فإذا ولدت مرة أو مرتين ونفست أربعين [يومًا] (٢) (1) ، فإذا استحيضت رددناها إلى الأربعين ، فما بعد ذلك دم فساد ، إلى أن تعود إلى أدوارها في الحيض (2) ، فتكمل بعد الأربعين طهرها المعتاد (٣) ، فقدر (٤) النفساء كحيضة ، ولو ولدت مرات (٥) وهي ذات جفاف ، ثم ولدت واستحيضت فهي كالمبتدأة ، وعدم النفاس لا يثبت لها عادة .

---

(١) « النفساء » : ليست في الأصل ولا (أ) . (٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ما ذكر من أن المعتادة في النفاس المستحاضة ترد إلى عادتها في النفاس ، ثم ما بعدها دم فساد إلى أن تعود إلى أدوارها في الحيض ، وتكمل بعد عادتها طهرها المعتاد ، فقوله : (تكمل طهرها المعتاد) معناه : يجعل زمانه دمها فيه دم فساد ، كما قال أولًا ، وهذا إذا كانت لها عادة في الحيض . فلو كانت مبتدأة في الحيض ردت في طهرها بعد عادتها في النفاس إلى ما يجعل طهرًا للمبتدأة ، ويجعل دمها في أيامه دم فساد ، ثم تتحيض حيض المبتدأة على ما سبق في فضلها من الخلاف في مقدار حيضها وطهرها ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٧٤ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « ويقدر » . (٥) في (أ) : « مرارًا » .

---

(1) قوله : (الأولى : المعتادة فإذا ولدت مرة أو مرتين ونفست أربعين يومًا) إلى آخره ، فقوله : (مرة أو مرتين) معناه : مرة إن قلنا تثبت العادة بمرة وإلا فمرتين ، ومراده : الإشارة / إلى أنه على الخلاف المعروف ٧٩/أ في قدر الحيض هل تثبت العادة فيه بمرة أم يشترط مرتان ؟ والأصح : الاكتفاء بمرة .

ويقال : (نفست) بضم النون وفتحها ، والضم أفصح ، ومعناه ولدت .

(2) قوله : (أن المعتادة في النفاس ترد إلى عادتها فيه ، ويكون ما بعده دم فساد إلى أن تعود إلى أدوارها في الحيض) معناه : أن ما بعد عادة النفاس يحسب من أوله قدر طهرها في الحيض ويكون ذلك دم فساد ، ثم يكون لها بعده حيض بقدر عادتها في الحيض ، هذا إن كانت معتادة في الحيض ، فإن كانت مبتدأة كان قدر مردها في الحيض والطهر كعادة المعتادة .

الثانية [١] : **المبتدأة** : إذا استحيضت ترد إلى لحظة على قول ، أو إلى الأربعين .

وقال [٢] المزني : ترد المبتدأة إلى أكثر النفاس ، وهو تَحَكُّمٌ [٣] [1] .

الثالثة : **المميزة** : فيجري فيها ما يجري في الحائض إلا أن الستين في هذا المقام بمثابة خمسة عشرة فى أدوار الحيض فلا [٤] ينبغي أن يزيد الدم القوي عليه .

فرع :

المميزة إذا رأت يومًا وليلة سوادًا ، ثم استمرت الحمرة سنة فصاعدًا : فقياس التمييز أنها طاهرة في الجميع ، ويحتمل أن لا تخلي كل تسعين يومًا من حيض ، تلقيًا مما ذكره القفال [٥] [2] .

---

(١) في (أ ، ب) : « والثانية » . (٢) في (أ ، ب) : « قال » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله في المستحاضة المبتدأة : (قال المزني : ترد المبتدأة إلى أكثر النفاس وهو تحكم) ليس هذا مما يستحق أن يقال فيه إنه تحكم ، وهذا معدود وجهًا في المذهب ، حكاه كذلك الشيخ أبو حامد الإسفراييني وغيره ، وذكروه مطلقًا في المبتدأة والمعتادة ، وحكاه صاحب (الشامل) عن المزني أيضًا مطلقًا .

والفرق بين النفاس والحيض : أن ثبوت النفاس في مبدئه يقين أو هو فى ذلك أقرب إلى اليقين من الحيض ؛ لأنه لا معنى للنفاس إلا الدم الخارج بعد الولادة ، فلا يزول عنه إلا بيقين ، وإنما هو قريب من اليقين ، وهو مجاوزة منتهاه وأكثره بخلاف الحيض ، وفيه وجه ثالث ، وهو : أن الستين نفاس وما بعده حيض ، لأنهما مختلفان ، فلا يشترط بينهما طهر فاصل ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٧٤ ب - ٧٥ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٥) يقول ابن الصلاح : (فرع : المميزة إذا رأت يومًا وليلة سوادًا ، ثم استمرت الحمرة سنة فصاعدًا ، =

---

(1) قوله : (وقال المزني : ترد المبتدأة إلى أكثر النفاس وهو تحكم) هذا المنقول عن المزني مشهور به ، وحكاه الشيخ أبو حامد وغيره وجهًا لأصحابنا ، وحكاه صاحب (العدة) قولًا للشافعي ، وهذا غريب ، ثم منهم من خص مذهب المزني فيه بالمبتدأة ، ومنهم من طرده فيها وفي المعتادة ، والفرق على مذهب المزني بين مبتدأة الحيض والنفاس : أنا تيقنا دخولها في النفاس بخروجه عقب الولادة فلا يزول حتي تبلغ أكثره ؛ لأن الأصل بقاؤه .

(2) قوله : (فرع : للمميزة إذا رأت يومًا وليلة سوادًا ثم استمرت الحمرة سنة فقياس التمييز أنها طاهرة في الجميع ، ويحتمل أن لا تخلي كل تسعين من حيض تلقيًا مما ذكره القفال) هذا الفرع إنما هو من باب الحيض لا من باب النفاس ، وهذا الذي ذكر أنه قياس للتمييز هو الصحيح في المذهب ، وقول القفال ضعيف هناك ، وهنا أشد ضعفًا .

الرابعة : المتحيرة : إذا نسيت عادتها في النفاس [1] فعلى قول : ترد إلى الاحتياط ، وعلى قول : إلى المبتدأة كما في الحيض ، والرد ها هنا إلى المبتدأة أولى ؛ لأن أول وقته معلوم بالولادة [2] .

فرع :

إذا انقطع الدم على النفساء عاد الخلاف في التلفيق ، فلو طهرت خمسة عشر يومًا ثم عاد الدم ففي العائد وجهان ؛ أحدهما : أنه نفاس ؛ لوقوعه في الستين . والثاني : أنه حيض (١) [3] .

= فقياس التمييز أنها طاهرة في الجميع ، ويحتمل أن لا تخلي كل تسعين يومًا من حيض ، تلقيًا مما ذكره القفال) هذا فرع دخيل ها هنا ؛ إنما هو من مسائل الحيض ذكره شيخه وهو هاهنا ؛ ولهذا قال : (يومًا وليلة سوادًا) ؛ ليكون ذلك أقل الحيض ، ويرى أن سبب العدول عن تصويره في النفاس إلى تصويره في الحيض : أن المحدود من طول الدهر لا يوجد في النفاس لأنها بعد النفاس ترد إلى أدوار الحيض كما ذكرناه قريبًا ، ولعل سبب التردد في إلحاق ذلك بمسألة القفال : أن مستند تطويل الطهر هناك لو ثبت عادة تقدمت وتصرمت ، ومستنده ها هنا التميز وانقلاب الدم القوي إلى الضعيف ، وهو بمنزلة انقطاعه ، ولهذا ثبتت العادة في الحيض كما ثبتت بالانقطاع ، وتطويل الطهر آمادًا ممتدة بانقطاع الدم ثابت قطعًا ، والله أعلم » . المشكل (١ / ٧٥ أ - ٧٥ ب) .

(١) يقول ابن الصلاح : « ذكر فيما : (إذا انقطع الدم على النفساء فولدت ورأت دمًا ، ثم انقطع خمسة عشر يومًا ، ثم عاد الدم في الستين ، فالعائد نفاس أو حيض ؟ فيه وجهان . فإذا قلنا : إن العائد نفاس وراعينا ترك التلفيق ، فالأشهر : أن مدة النقاء حيض وإن بلغ خمسة عشر) ، فقوله : (حيض) كذا وقع في =

(1) قوله : (المتحيرة إذا نسيت عادتها في النفاس) قال الرافعي وغيره : قوله : (إذا نسيت عادتها) زيادة لا حاجة إليها لأنها لا تكون متحيرة إلا إذا نسيت عادتها ، قلت : لعله أراد الاحتراز عمن ذكرت قدر عادتها دون وقته أو عكسها ، فإنها تسمى متحيرة عند المصنف وبها ترجم الباب الرابع ، وحكمها يخالف / من نسيتهما . ٧٧/ب

(2) قوله : (والرد هنا إلى المبتدأة أولى ؛ لأن أول وقته معلوم بالولادة) معناه : لأن أول وقت النفاس معلوم بالولادة ، وهو مرد المبتدأة بخلاف مردها فى الحيض فإنها ترد إلى أول الهلال وهو تحكم لا أصل له .

وأما قوله : (والرد هنا إلى المبتدأة أولى) فمعناه : أن ردها هنا أقوى من ردها هناك ، وأن الأصح فى الموضعين أنها لا ترد إلى المبتدأة بل تؤمر بالاحتياط .

(3) قوله : (فلو طهرت خمسة عشر يومًا ثم عاد الدم ففي العائد وجهان ، أحدهما : أنه نفاس ، والثاني : =

قال الصيدلاني : هذا الخلاف فيه إذا لم يجاوز العائد ستين ؛ فإن جاوز قطعنا بأنه حيض [1] .

التفريع :

إن قلنا : إن [١] العائد نفاس ، ورأينا ترك التلفيق ، فالأشهر : أن مدة النقاء حيض ، وإن بلغ خمسة عشر .

ومنهم من قال : تستثنى هذه الصورة على قول السحب ؛ إذ يبعد تقدير مدة كاملة في الطهر حيضًا [2] .

= (الوسيط) و(البسيط) وفي أصلهما (نهاية المطلب) ، وصوابه : أنه نفاس فإنه بين دمي نفاس ، وهذا لا ريب فيه ، وأحسبهما عبرا بالحيض عن النفاس تساهلًا وتجوزًا من حيث إن النفاس - كما قيل - هو الحيض المجتمع زمان الحمل ، وذلك وإن كان بعيدًا لفظًا ولا سيما في هذه المسألة التي مبناها على الفرق بين الحيض والنفاس ، فيقر به أنه يبعد اجتماع هذه الكتب على الغلط ، وقد صح التعبير بصيغة النفي على الإثبات ، وبلفظ أحد الضدين عن الضد الآخر على ما عرفت شواهده في كتاب الله تعالى وغيره اعتمادًا على علم المخاطب بالمراد ؛ لعلمه بأن المتكلم غير غالط فهذا عذر لطيف دقيق وجدناه لهما ، والعلم عند الله - تبارك وتعالى - بعد أن كدنا نقضى عليهما بالسهو أو طغيان القلم » . المشكل (١ / ٧٥ ب) .

(١) « إن » : ليست في (ب) .

= أنه حيض هذان الوجهان مشهوران ، أصحهما : أنه حيض .

(1) قوله : (قال الصيدلاني : هذا الخلاف) إلى آخره ، هذا الذي حكاه عن الصيدلاني متفق عليه .

والصيدلاني منسوب إلى بيع العقاقير والأدوية ، كذا قاله السمعاني ، وهو أبو بكر محمد بن داود المروزي الصيدلاني ، الإمام البارع ، تفقة على القفال والمروزي .

(2) قوله : (إن قلنا : العائد نفاس ورأينا ترك التلفيق فالأشهر : أن مدة النقاء حيض وإن بلغ خمسة عشر ، ومنهم من قال : تستثنى هذه الصورة على قول السحب ، وإذ يبعد تقدير مدة كاملة من الطهر حيضًا) هكذا وقع الكلام في (الوسيط) و(البسيط) و(النهاية) وفيه غلطان صريحان فاحشان ، وهما قوله : فالأشهر أن مدة النقاء حيض ، وقوله : يبعد تقدير مدة كاملة في الطهر حيضًا ، وصوابه في الموضعين : نفاس بدل الحيض ، وقد ذكره في (الوجيز) على الصواب في الموضعين لأنه بين دمي نفاس ، وقوله : ومنهم من قال : تستثني هذه الصورة يعني فتكون طهرًا قولًا واحدًا .

وعليه يخرج ما إذا ولدت ولم ترَ الدم إلى الخمسة عشر في أن الدم الواقع في الستين ، هل هو نفاس أم لا ؟ ⁽¹ والله أعلم ¹⁾ (1) .

* * *

(١) ليست في (أ ، ب) .

قال الحموي : « ذكر الشيخ – رحمه الله – في التفريع إن قلنا : العائد نفاس ورأينا العمل بقول اللفظ فالأشهر : أن مدة النقاء حيض وإن بلغ خمسة عشر يومًا ، ومعلوم أنه كان ينبغي أن تكون على هذا التقدير مدة النقاء دما بعد ، لما لا يخفى ، وقد أشار إليه الشيخ في (الوجيز) غير أنه ذكر فيه ما يخالف هذا ، وقيل : تشير هذه الصورة على قول السحب إذ يبعد تقدير مدة كاملة في الطهر حيضًا ، وقد ذكره فعلى هذا يرد على « الوجيز » إشكال ، وهو أن النقاء أولا نفاس، ثم قال في الوجه الثاني : أنه يبعد أن تكون تقدير مدة كاملة في الطهر حيضًا ، ولا شك أنا إذا فرعنا على أن العائد حيض لا يكون مدة النقاء حيضًا بل تكون نفاسًا لما لا يخفى ، فهذا يرد على (الوسيط) فإنه جعل النقاء في فرضه أولًا حيضًا على المشهور ، ثم أكد ذلك في الوجه الثاني في قوله : إذ يبعد تقدير مدة كاملة في الطهر حيضًا كما ذكر في (الوجيز) ، إلا أنه في (الوسيط) أكثر فسادًا ، فإنه فرضه في الأول والآخر ، وفي « الوجيز » فرضه أولًا صحيح من حيث إنه جعل النقاء نفاسًا ، ثم عاد آخرًا وجعل حيضًا على رأي من قال ما العائد حيض وأن ليس النقاء حيضًا بالاتفاق ، والإشكال قوي لمن يتأمل ما أشرنا إليه » .

ثم قال الحموي رَدًّا على هذا الإشكال : « لا يبعد أن يجاب عنه فيقال : إن مراد الشيخ في قوله : أن الأشهر أن مدة النقاء حيض معناه : أن مدة متعلق النقاء حيض لأنه لا شك في كونه حيضًا حتى مضى طهر كامل ، ولما كان كذلك حذف المتعلق وأقام المضاف إليه مقامه ، فعلى هذا يكون النقاء طهرًا ويلزمه فيه كون النقاء نفاسًا على التفريع ، ولا يحتاج إلى هذا التقدير في الوجه أولًا فإنه جعل النقاء نفاسًا ، وأما قوله : إذ يبعد تقدير مدة كاملة في الطهر حيضًا ، معناه : يبعد تقدير مدة كاملة في الطهر وهو متعلق حيض في مدة النفاس ، فعلى هذا يستقيم كلام الشيخ في الموضعين جميعًا لمن يتأمل ما أشرنا إليه ، فإن تقدير الإضمار جائز كما في قوله تعالى ﴿ واسأل القرية ﴾ إنه لما تعذر أن تكون مدة النقاء حيضًا حملناه على المتعلق ، كما أن لما تعذر سؤال القرية حملناه على أهلها ، وبه خرج الجواب على حسب الإمكان .

قوله في أرباب الأعذار : الحالة الثانية أن تخلوا أول الوقت ، فإذا طرئ الحيض فإن مضى من الوقت قدر ما يسع صلاة لزمه ، وإن كان أول فلا ، بخلاف آخر الوقت ، إلى قوله : وخرج ابن سريج قولًا أنه لا يلزم ما لم يدرك جميع الوقت وآخره ، فإن قيل : قوله : جميع الوقت كافٍ ولا حاجة إلى قوله آخره : فإن آخر الوقت مندرج تحت جمعيه ، وكان ذلك تكرارًا ، والوجوب عندنا لا يختص بآخره ، بخلاف مذهب أبي حنيفة .

قال المصنف : أراد بجميع الوقت : أى وقت يتأتى فيه الإتيان بجميع الصلاة لا فى جميع الوقت ، إذ إدراك جزء من آخر الوقت يتأتى فيه بعض الصلاة وتكون الواو في آخره معنى أو وهو جائز ، فإن إلى ذلك يجب عليه تتمة الصلاة فتقضى كما في آخر جزء من وقت العصر ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (٤٦ أ – ٤٧ ب) .

(1) قوله : (وعليه يخرج ما إذا ولدت ، ولم ترَ الدم إلى خمسة عشر في أن الدم الواقع في الستين هو نفاس أم لا ؟) يعني : هل هو نفاس أم حيض ؟ وتكون ذات جفاف لا لها ، والأصح أنه حيض والله أعلم .

كتاب الصلاة

وفيه

سبعة أبواب

قال اللّه تعالى : ﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾ (١) (1)

وقال النبيُّ ﷺ : « بُنِيَ الإِسلامُ على خمس ... » (2) ، وقال : « الصلاة عماد الدين ، فمن تركها فقد هدم الدين » (٢) (3)

---

(١) هذ جزء آية تكرر كثيرًا في القرآن الكريم ، انظر على سبيل المثال : البقرة ٤٣ ، ٨٣ ، ١١٠ ، والنساء : ٧٧، والنور : ٥٦ .

(٢) يقول ابن الصلاح : « ومن كتاب الصلاة قوله : (قال النبي ﷺ : بني الإسلام على خمس ، وقال : الصلاة عماد الدين) فالأول : حديث معروف متفق على صحته ، والثاني : غير معروف وهو صحيح ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٧٥ ب) .

أما حديث : « بني الإسلام ... » فقد أخرجه البخاري : (١/٦٤) (٢) كتاب الإيمان (٢) باب دعاؤكم إيمانكم (٨) ، وطرفه : (٤٥١٥) ، عن ابن عمر – رضى اللّه عنهما – قال : قال رسول اللّه ﷺ « بني الإسلام على خمس : شهادة أن لا إله إلا اللّه ، وأن محمدًا رسول اللّه ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، والحج ، وصوم رمضان» . ومسلم : (١/٤٥) (١) كتاب الإيمان (٥) باب بيان أركان الإسلام ودعائمه العظام (١٦) ، والترمذي : (٥/٧) (٤١) كتاب الإيمان (٣) باب ما جاء بني الإسلام على خمس (٢٦٠٩) ، والنسائي : (٨/١٠٧) (٤٧) كتاب الإيمان (١٣) باب على كم بني الإسلام ؟ (٥٠٠١) .

وأما الحديث : « الصلاة عماد الدين ... » فقد قال ابن حجر : « قال النووي في التنقيح : هو منكر باطل . وليس كذلك ، بل رواه أبو نعيم شيخ البخاري في كتاب الصلاة ، عن حبيب بن سليم عن بلال بن يحيى ، قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله فقال : « الصلاة عمود الدين » وهو مرسل رجاله ثقات » . انظر تلخيص الحبير : (١/١٧٣) . والحديث أخرجه صاحب كنز العمال : (٧/٢٨٤) رقم : (١٨٨٨٩ ، ١٨٨٩٠) وقال: « أخرجه البيهقي في شعب الإيمان عن عمر ، وأبو نعيم الفضل بن دكين في الصلاة عن عمر » .

وعند أحمد عن الترمذي حديث بنفس المعنى عن معاذ ، ففي رواية : « رأس الأمر كله الإسلام ، وعموده الصلاة » ، وفي رواية : « رأس الأمر الإسلام وعموده الصلاة » ، وقال الترمذي : حديث صحيح . انظر : الترمذي : (٥/١٣) ، والمسند : (٥/٢٣١) .

---

(1) قوله عز وجل : ﴿ وأقيموا الصلاة ﴾ .

(2) قوله ﷺ : « بني الإسلام على خمس » . الحديث رواه البخارى ومسلم من رواية ابن عمر رضى اللّه عنهما .

(3) قوله : (وقال : « الصلاة عماد الدين ، فمن تركها فقد هدم الدين ») . هذا حديث منكر باطل .

وافتراضُ الصلوات الخمس مُجْمَعٌ عليها .

وقد كان التهجدُ بالليل (١) واجبًا في ابتداء الإسلام فَنُسِخَ ، إلا في حَقِّ (٢ رسول الله ٢) ﷺ (1) .

والنظر في الصلاة تحصره أبواب .

---

(١) « بالليل » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (ب) : « الرسول » .

---

(1) قوله : (وقد كان التهجد في الليل واجبًا في ابتداء الإسلام فنسح إلا في حق رسول الله ﷺ) أما نسخه في حق الأمة : فمجمع عليه ، وأما في حق النبي ﷺ ففيه وجهان مشهوران : أحدهما : أنه لم ينسخ في حقه ، وبه قطع المصنف هنا وفي أول كتاب النكاح ، وهو قول أكثر أصحابنا .

والثاني - وهو الأصح المنصوص - : أنه نسخ وجوبه في حقه ﷺ ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد ، ونقله عن نص الشافعي ، وصح عن عائشة - رضى الله عنها - في صحيح مسلم وغيره ما يدل عليه .

الباب الأول

في المواقيت [1]

(وفيه ثلاثة فصول)

[الفصل] (١) الأول

في وقت الرَّفاهية (٢) [2] للصلوات (٣) الخمس

والأصل فيه ما رواه ابن عباس [3] عنه – عليه السلام – أنه قال : « أَمَّني جبريل – عليه السلام – عند باب البيت (٤) مرتين ، فَصَلَّى بي الظُّهْرَ حين زالت الشمس ، وصلى بي العصر حين كان ظِلُّ (٥ كُلِّ شيء ٥) مثلَه ، وصلى بي المغرب حين أفطر الصائم ،

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (الأول : في وقت الرفاهية للصلاة الخمس) فالرفاهية والرفاهة بلا ياء ، وبياء غير مشددة : الدعة والراحة ، والمراد بهذا الكلام : وقت المترفه الذي لا عذر له من سفر وحيض وصبًى وجنون ، وغير ذلك مما يأتي في الفصل الثاني إن شاء اللّه تعالى » . المشكل (١/٧٥ب – ٧٦أ) .

(٣) في الأصل : « للصلاة » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) .

(٤) في (ب) : « الكعبة » .

(٥) في (أ ، ب) : « الشيء » .

---

(1) قوله : (الباب الأول في المواقيت) إنما قدمه تأسيًا بالشافعي – رحمه اللّه – فإنه قدمه لأن أهم الصلوات الخمس ، وأهم ما يعرف منها مواقيتها ، لأنها تجب بدخول الوقت وتفوت بخروجه .

فإن قيل : كيف قال المواقيت وهو جمع كثرة وهو عبارة عمَّا زاد على العشرة ولم يقل الأوقات الذي هو جمع قلة ، فإن الصلوات خمس ؟ فجوابه : أن كل صلاة منها لها أوقات معروفة من الفضيلة ، والاختيار ، والجواز غير ذلك فيزيد المجموع على العشرة .

(2) قوله : (وقت الرفاهية) هو بتخفيف الياء ، ويُقال أيضًا : الرفاهة ، بحذف الياء وهي الراحة والدعة ، والمراد هنا : وقت المترفه الذي ليس له عذر من سفر وحيض وصبئ وجنون ونحوها .

(3) قوله : (والأصل فيه ما روى ابن عباس) إلى آخره : هذا الحديث حسن رواه أبو داود والترمذي=

وصلى بي العشاء حين غاب الشفق ، وصلى بي الفجر (١) حين حَرُمَ الطعام والشراب على الصائم ، ثم عاد فصلى (٢) بي الظهر حين صار ظِلُّ كُلِّ شيء مثله ، وصلى بي العصر حين صار (٣) ظِلُّ كل شيء مِثْلَيْه ، وصلى بي المغرب كصلاته بالأمس ، وصلى بي العشاء حين ذهب ثلث الليل ، وصلى بي الصبح حين كاد حاجب الشمس يطلع (1)، ثم قال : يا محمد ! الوقت ما بين هذين (2) » (٤) .

(١) في (ب) : « الصبح » . (٢) في (أ ، ب) : « وصلى » .

(٣) في (أ ، ب) : « كان » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (والأصل فيه ما رَوَى ابن عباس - رضي اللّه عنه -) إلى آخره ، هذا حديث حسن أخرجه أبو داود والترمذي ، واحتج به الشافعي ، إلا قوله في آخره : « وصلى الصبح حين كاد حاجب الشمس يطلع » فإنه غير صحيح فيه ، إنما ورد فيه أنه صلى الفجر حين أسفر ، وبينهما تفاوت كثير ، فإن حاجب الشمس هو شعاعها وضوؤها المستعلي عليها المتصل بها ، وما ذكره قد رود معناه في حديث أبي موسى الأشعري ، ولفظه : « ثم أخر الفجر من الغد حتى انصرف منها ، والقائل يقول : قد طلعت الشمس أو كادت » ، أخرجه مسلم في صحيحه لكن لم يكن ذلك في إمامة جبريل ﷺ ، بل في صلاة صلاها رسول اللّه ﷺ بعد ذلك ، إذ أتاه سائل فسأله عن مواقيت الصلاة . وفي إمامة جبريل ﷺ أحاديث أخرى عن جماعة من الصحابة غير حديث ابن عباس ، رضي اللّه عنهم » . المشكل (١/٧٦ أ) .

وحديث ابن عباس - رضي اللّه عنهما - أخرجه أبو داود : (١/١٠٥) كتاب الصلاة - باب في المواقيت (٣٩٣) ، والترمذي : (١/٢٧٨) (٢) أبواب الصلاة (١) ما جاء في مواقيت الصلاة (١٤٩) وقال : حسن صحيح ، وأحمد في المسند : (١/٣٣٣) ، والدارقطني : (١/٢٥٨) إلا أنه ذكر طرفًا من الحديث .

= وغيرهما ، قال الترمذي : حديث حسن ، وقال الحاكم : حديث صحيح . ولكن قوله في الكتاب و (البسيط) : « عند باب الكعبة » منكر لا يعرف في رواية هذا الحديث ، إنما فيه : « عند البيت » ، من غير ذكر « الكعبة » .

(1) وقوله في الكتاب : (وصلى بي الصبح حين كاد حاجب الشمس يطلع) منكر أيضًا ، إنما المعروف في روايات هذا الحديث : « وصلى بي الفجر حين أسفر » .

(2) قوله : « الوقت ما بين هذين » ، معناه : ما بين الزمن الذي شرع فيه في اليوم الأول ، والزمن الذي يلي السلام من الصلاة في اليوم الثاني .

فنبدأ بصلاة الظهر تأسيًا بجبريل - عليه السلام - : ويدخل وقتها بالزوال ، وهو عبارة عن ظهور زيادة الظل في جانب المشرق (١) بعد تراجعه (٢) من جانب المغرب ، فإذا صار ظِلُّ (٣) (1) الشخص مثله من موضع الزيادة خرج وقت الظهر ، ودخل وقت العصر ، وتمادى إلى غروب قرص الشمس .

وللظهر (٤) وقتان : وقت الفضيلة وهو أَوَّلُه ، ووقت الاختيار بعد ذلك إلى آخره .

وللعصر أربعة أوقات (2) : وقت الفضيلة في الأول ، ووقت الاختيار بعده إلى أن يصير الظل مثليه

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في الزوال : (هو عبارة عن ظهور زيادة الظل في جانب المشرق) الأمر في هذا على ما ذكره في الدرس من أن الزوال يتحقق قبل ظهور زيادة الظل للجرم ، ولكن لا يرتبط به التكليف كي لا يكون تكليف ما لا يطيق ، والله أعلم ، ثم إن قوله : (ظهور زيادة الظل) ، إنما هو على الأغلب ، فإنه قد لا يبقى للشخص وقت الزوال ظلٌّ أصلًا ، فالزوال حينئذٍ يكون بظهور أصل الظل لا بزيادته ، لكن ذلك نادر ، فقد قيل : إنه لا يكون إلا في يوم واحد من السنة في بعض الأماكن ، وفي (الحاوي) أنه قيل : (إن ذلك يكون في مكة في أطول يوم في السنة ، وهو اليوم السابع عشر من حزيران ، والأثبت ما حكاه صاحب (الشامل) عن أبي جعفر الراسي صاحب كتاب (المواقيت) أنه قيل : إنه ينتهي طول النهار بستة وعشرين يومًا لا يكون للشخص فيء بمكة عند الزوال ، وكذلك ما ينتهي بستة وعشرين يومًا ، والله أعلم » . المشكل (١/٧٦ أ - ٧٦ب) .

(٢) في الأصل : « مراجعة » ، وما أثبتناه في (أ ، ب) ، وهو أولى .

(٣) « ظل » : ليست في (أ) . (٤) في (أ ، ب) : « فللظهر » .

(1) قوله في الزوال : « هو عبارة عن ظهور زيادة الظل » إلى آخره ، فقوله : « زيادة الظل » إنما هو على الغالب ، وقد لا يبقى للشخص ظل أصلًا عند الاستواء في بعض البلاد كمكة وصنعاء ونحوهما ، فحينئذٍ يكون الزوال بظهور أصل الظل ، ولا يقف على زيادته . قال أصحابنا : والمراد بالزوال يتعلق به التكليف : ما يظهر للحس ، لا الزوال في نفس الأمر ، فإن ذلك يتقدم على ما يظهر للحس ، لكن لما لم يمكن الاطلاع عليه لم يتعلق به تكليف ، وكذا طلوع الفجر الاعتبار فيه في الصلاة والصوم بما ظهر للحس ، لا بما في نفس الأمر . والله أعلم .

(2) قوله : (وللعصر أربعة أوقات) ، بقي خامس وهو وقت الظهر لمن جمعهما إليها بسفر أو مطر ، ودليل الكراهة عند الاصفرار مع أنها صلاة ذات سبب : حديث أنس - رضي الله عنه - قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « تلك صلاة المنافقين ، يجلس يرقب الشمس حتى إذا كانت بين قرني الشيطان قام فنقرها أربعًا ، لا يذكر الله فيها إلا قليلًا » . رواه مسلم .

وهو منتهي بيان جبريل ، ووقت الجواز بعده إلى الاصفرار ، ووقت الكراهية عند الاصفرار [١] .

ودليل الزيادة على بيان جبريل قوله – عليه الصلاة والسلام – : « من أدرك ركعة من الصبح [1] قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح ، ومن أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر » [٢] .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من أن للعصر أربعة أوقات ، وقت الفضيلة ، ثم وقت الاختيار ، ثم وقت الجواز من غير كراهة ، ثم وقت الكراهة ، وهو عند اصفرار الشمس ليس بالمشهور ، وفيه إشكال من حيث إنه يقال : إن الكراهية عند الاصفرار إنما هي بالنسبة إلى النوافل فلا يثبت بذلك وقت رابع للعصر نفسها ، ولهذا أحال صاحب (النهاية) في الاحتجاج لإثباته وقتًا رابعًا للعصر على شيخه في نهايته عن أبي بكر الصيدلاني ووافقه عليه ، وحكى الترمذي في جامعه – وناهيك به عن الشافعي وغيره من العلماء – كراهية تأخير العصر نفسها ، ويشهد لذلك حديث أنس بن مالك في هذا : « سمعت رسول اللّه ﷺ يقول : تلك صلاة المنافقين ، يجلس أحدهم حتى إذا اصفرت الشمس فكانت بين قرني شيطان قام فنقر أربعًا ، لا يذكر اللّه تعالى فيها إلا قليلًا » هذا لفظ رواية أبي داود في سننه ، وهو أولى من لفظ رواية مسلم في صحيحه ، وهذا كلام يفهم منه الذم لكل واحدة من الخصال المذكورة ، فتثبت الكراهة في كل واحدة منها غير موقوفة على وجود مجموعها ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٧٦ ب – ٧٧ أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « حديث : « من أدرك ركعة من الصبح ... » إلى آخره مخرج في الصحيحين من رواية أبي هريرة رضي اللّه عنه » .

والحديث أخرجه البخاري : (٢/٦٧) (٩) كتاب مواقيت الصلاة (٢٨) باب من أدرك من الفجر ركعة (٥٧٩) ، ومسلم : (١/٤٢٤) (٥) كتاب المساجد (٣٠) باب من أدرك ركعة من الصلاة (٦٠٨) ، وأبو داود : (١/١١٠) كتاب الصلاة – باب في وقت صلاة العصر (٤١٢) ، والترمذي : (١/٣٥٣) (٢) أبواب الصلاة (٢٣) باب ما جاء فيمن أدرك ركعة من العصر (١٨٦) ، والنسائي : (١/٢٥٧) (٦) كتاب المواقيت (١١) من أدرك ركعتين من العصر (٥١٧) ، وابن ماجه : (١/٢٢٩) (٢) كتاب الصلاة (١١) باب وقت الصلاة في العذر والضرورة (٧٠٠) .

---

(1) قوله ﷺ : « من أدرك ركعة من الصلاة » إلى آخره ، رواه البخاري ومسلم من رواية أبي هريرة ، قال الغزالي في درسه : وتأول الإصطخري هذا الحديث على أصحاب الأعذار ، أي إذا زال عذرهم قبل العصر بركعة لزمتهم العصر .

وذهب الإصطخري (1) إلى أن الوقت لا يزيد على بيان جبريل (١) .

فإن قيل : صلى جبريل العصر في اليوم الأول حين صلى فيها (٢) الظهر / في اليوم ١٤/ب

(١) قال الحموي : « مفهوم ما ذكره الشيخ هنا : أن آخر وقت العصر عند غيبوبة قرص الشمس على المذهب ، وعند الإصطخري آخره إذا صار ظل كل شيء مثليه ويكون ما بعده قضاء ، وكذلك في العشاء آخر وقتها نصف الليل أو ثلثه على اختلاف الحديثين ويكون ما بعده قضاء ، وكذلك في الصبح إلى الإسفار وما بعده يكون قضاء إلى طلوع الشمس ، وإذا كان كذلك لم يتأتَّ كذلك في الصبح من حيث إن الصبح فيه حديث عن النبي ﷺ أن جبريل صلى به في المرة الثانية حين كاد حاجب الشمس يطلع ، و(كاد) في لغة العرب لا تستعمل إلا لمقاربة الشيء ، فعلى هذا لا يجوز على الصحيح خلاف الإصطخري ولا يكون قضاء بالإجماع لما لا يخفى .

فإن قيل : أمكن أن نحمل ما ذكره على العصر والعشاء دون الصبح قلت : لا يمكن حمله على ذلك ، فإن المنقول في (المهذب) و (الشامل) وغيرهما أنه في الصبح كذلك ، واستدلوا عليه بأن جبريل - عليه السلام - صلي بالنبي ﷺ في المرة الأخيرة حتى أسفر الفجر ، فعلى هذا لا يمكن حمله على ذلك » .

وقال الحموي : « قيل : إن حاجب الشمس يطلق على معنيين، أحدهما : بمعنى أن يظهر جرم شيء من الشمس ، والثاني : ان تكون بمعنى الحجوبية ، وهو الذي يتقدم الشمس ، فإن حملنا على الأول أمكن أن يقال : إن (كاد) إنما تستعمل لمقاربة الشيء بحسب ذلك الشيء ، ألا ترى أنه يقال : كاد زيد يدخل المدينة ، وإن كان في سيره مساوقًا لها بقدر نصف ميل أو قريب منه ، ويستعمل أقرب من هذا ، مثل قوله تعالى : ﴿ يكاد سنا برقه يذهب بالأبصار ﴾ ، وكذلك أمكن أن تستعمل (كاد) قبل طلوع الشمس بقدر صلاة وأكثر منها ، وإن حملناه على الثاني اندفع الإشكال أيضًا لما لا يخفي ، فعلى هذا يتأتى زمان يكون أداء على المذهب ، وعند الإصطخري قضاء » . مشكلات الوسيط (٤٧ ب - ٤٨ ب) .

(٢) « فيها » : ليست في (أ ، ب) .

(1) قوله : (وذهب الإصطخرِي) هو بكسر الهمزة وفتحها ووصلها وقطعها وهو / أبو سعيد الحسن ابن ٨١/ب أحمد بن يزيد بن عيسى ، وكان قاضي قم ، ولي حسبة بغداد ، وكان ورعًا متقللًا من الدنيا ، وُلد سنة أربع وأربعين ومائتين ، وتُوفِّي سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة ، وهو من طبقة ابن سريج . قال أصحابنا : من دلائل عدم الاشتراك بين الظهر والعصر حديث ابن عمرو بن العاص - رضى الله عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ : « وقت صلاة الظهر إذا زالت الشمس ما لم يحضر العصر » . رواه مسلم .

الثاني ، فليثبت اشتراك بين الوقتين (١) ؟

قلنا : ذهب مالك إلى أن مقدار أربع ركعات مشترك .

وحمل الشافعي - رضي اللّه عنه - قوله ﷺ : « (٢ صَلَّى العصر ٢) » على انطباق ابتدائه في (٣) المثل الأول ، وقوله : « صلى الظهر » على انطباق التحلل عليه (٤) ، كما يقال : « (٥ بلغ البلدَ : إذا دخلها ، وبلغ : إذا قاربها » ٥) .

فأما المغرب : فيدخل وقته (٦) بغروب الشمس ، ويعلم في قُلَلِ (٧) الجبال بإقبال الظلام وانهزام الضوء ، وقال - عليه الصلاة والسلام - : « إذا أقبل الليلُ من هاهنا وأدبر النهار من هاهنا : فقد أفطر الصائم » (1) وأشار إلى المشرق والمغرب (٨) .

(١) قال ابن الصلاح : « من الحامل على نفي الاشتراك بين صلاتي الظهر والعصر في طرفي وقتيهما ، وتأويل قوله في حديث ابن عباس : « ثم صلى بي العصر حين كان ظل كل شيء مثله » ، ثم قال : « صلي في الغد الظهر حين كاد ظل كل شيء مثله » . حديث عبد اللّه بن عمرو بن العاص عن رسول اللّه ﷺ : « وقت صلاة الظهر إذا زالت الشمس ما لم يحضر العصر » أخرجه مسلم في صحيحه ، واللّه أعلم » . المشكل (٧٧/١ أ) .

(٢) ليست في (ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « على » .

(٤) في (أ ، ب) : « منه » .

(٥) في (أ ، ب) : « بلغت البلد : إذا دخلتها ، وبلغتها : إذا قاربتها » .

(٦) في (أ ، ب) : « وقتها » .

(٧) في الأصل : « خلل » .

(٨) يقول ابن الصلاح : « حديث : « إذا أقبل الليل من هاهنا وأدبر النهار من هاهنا فقد أفطر الصائم » مخرج في الصحيحين وغيرهما من رواية عمر بن الخطاب - رضي اللّه عنه - : « وغابت الشمس فقد أفطر الصائم » قلت : هذا الجمع بين الجميع للإشعار بأن غيبوبة الشمس عن الأعين مجردة عن إقبال الظلام وإدبار الضياء لا يكفي ، فإنها قد تغيب عن الأعين من غير أن تغيب بالكلية ، وبالأمرين الآخرين يعرف غيبها بالكلية ، واللّه أعلم » . المشكل (٧٧/١ أ) . =

(1) قوله ﷺ : « إذا أقبل الليل من ها هنا » إلى آخره ، رواه البخارى ومسلم من رواية عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه .

ثم في وقت المغرب قولان :

أحدهما : أنه يمتد إلى غروب الشفق ، وإليه ذهب أحمد بن حنبل ؛ لما رُوي أنه - عليه الصلاة والسلام - : « صلى المغرب عند اشتباك النجوم » (١) (1) .

= والحديث أخرجه البخاري : (٢٣١/٤) (٣٠) كتاب الصوم (٤٣) باب متى فطر الصائم ، (١٩٥٤) ومسلم : (٧٧٢/٢ - ٧٧٣) (١٣) كتاب الصيام (١٠) باب بيان وقت انقضاء الصوم وخروج النهار (١١٠٠) ، وأبو داود : (٣١٥/٢) كتاب الصوم - باب وقت فطر الصائم (٢٣٥١) ، والترمذي : (٨١/٣) (٦) كتاب الصوم (١٢) ما جاء إذا أقبل الليل وأدبر النهار فقد أفطر الصائم (٦٩٨) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (في وقت المغرب فيه قولان ، أحدهما : أنه ممتد إلى غروب الشفق ، وإليه ذهب أحمد لما روي أنه ﷺ صلى المغرب عند اشتباك النجوم) هذا الحديث غير معروف ولا ثابت ، وإنما المعروف حديث أبي أيوب الأنصاري أن رسول الله ﷺ قال : « لا تزال أمتي بخير - أو قال على الفطرة - ما لم يؤخروا المغرب إلى أن تشتبك النجوم » أخرجه أبو داود ، وروي نحوه من حديث العباس بن عبد المطلب وغيره » . المشكل (٧٧/١ أ) .

وقد قال النووي في مجموعه (٣٨/٣) تعليقًا على الحديث الذي ذكره المصنف : « إن الشيعة استدلوا بهذا الحديث على أنه لا يدخل وقت المغرب حتى تشتبك النجوم ، وهذا الحديث باطل لا يعرف ولا يصح ، ولو نقل لكان محمولًا على أنه ﷺ صلاها كذلك مرة لبيان الجواز » .

وحديث أبي أيوب الذي ذكره ابن الصلاح أخرجه أبو داود : (١١١/١) كتاب الصلاة - باب في وقت المغرب (٤١٨) ، وابن ماجه : (٢٢٥/١) (٢) كتاب الصلاة (٧) باب وقت صلاة المغرب (٦٨٩) ، وأحمد في مسنده (١٤٧/٤) ، (٤١٧/٥ ، ٤٢٢) ثم قال ابن الصلاح بعد قوله السابق : « ثم إن هذا القول مع ذلك هو الصحيح جزمًا ، وإن كان الثاني هو المعتمد المعروف عند جماهير أئمة المذهب ، والمشهور عن صاحب المذهب حتى قال الشيخ أبو حامد : إنه لا يعرف غيره عن الشافعي ، فقد ثبت بأحاديث صحيحة أن وقت المغرب يمتد إلى وقت الشفق ، وهذا هو الصحيح عند طائفة من الأصحاب منهم الزبيري وابن المنذر ، والفقيه الحافظ أبو بكر البيهقي وصاحب (التهذيب) ، واختاره صاحب الكتاب في الدرس ، وهو أحد قوليه في القديم نقله أبو ثور عن الشافعي ، وعلق الشافعي في (الإملاء) =

---

(1) قوله : (ثم في وقت المغرب قولان ؛ أحدهما : يمتد إلى غروب الشمس ، وإليه ذهب أحمد بن حنبل لما رُوي أنه ﷺ صلى المغرب عند اشتباك النجوم) ، هذا الحديث غريب ضعيف منكر ، ويغني عنه الأحاديث الصحيحة التي سنذكرها إن شاء الله تعالى . =

....

= القول به على ثبوت الحديث به ، وقد ثبت فيه أحاديث خرجها مسلم في صحيحه من رواية أبي موسى الأشعري ، وبريدة بن الحصيب وعبد الله بن عمرو بن العاص ، رضي الله عنهم ، ومن أصرحها حديث أبي موسى في بيانه ﷺ مواقيت الصلاة لسائل سأله عنها ، إذ فيه : « ثم أخر المغرب حتى كان عند سقوط الشفق » ، وفي رواية عنه : « ووقت المغرب ما لم يسقط ثور الشفق » ، وهو بالثاء المثلثة : أي ثورانه . روى ذلك هكذا مسلم في صحيحه ، والبخاري وإن لم يخرجها في صحيحه ، فقد قال فيما رواه عنه الترمذي في كتاب (العلل) : إن له حديث أبي موسى حديث حسن ، وكذلك قال في حديث بريدة .

وأما الحديث الوارد على نفي تأخيرها إلى اشتباك النجوم فمما لا يقاوم هذه في صحتها وصراحتها ، على أنّ تناوله على تأخيرها على جهة التقرب بذلك ، أو لاعتقاد أن وقتها لا يدخل إلا عند اشتباك النجوم كما يحكى عن الشيعة » . المشكل (١/٧٧ أ - ٧٨ أ) .

= وقوله : « وإليه ذهب أحمد » ، قد يتوهم منه انفراد أحمد به عن باقي العلماء أو عن الأئمة الثلاثة ، وليس هو منفردًا به ، بل قال به أيضًا أبو حنيفة والثوري وأبو ثور وإسحق ، وداود ، وابن المنذر ، وهو قول الشافعي في القديم ، وعلق القول به في (الإملاء) على ثبوت الحديث وقد ثبت فيه أحاديث فيكون نصًّا له أيضًا في الجديد ، فإن (الإملاء) من الجديد ، وهذا القول هو الصحيح المتعين ، وصححه جماعات من أئمة أصحابنا منهم : ابن خزيمة وابن المنذر ، وأبو عبد الله الزبيري ، والخطابي ، والبيهقي ، والغزالي في (الإحياء) وفي درسه ، والبغوي في (التهذيب) ، والروياني ، والعجلي ، والشيخ أبو عمرو بن الصلاح وغيرهم ، ودليله أحاديث صحيحة منها : حديث عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال : « وقت المغرب ما لم يغب الشفق » ، وفي رواية : « وقت المغرب إذا غابت الشمس ما لم يسقط الشفق » ، وفي رواية / : « ما لم يسقط ثور الشفق » . رواه مسلم بهذه ٨١/ب
الألفاظ كلها . وثورة الشفق بالثاء المثلثة ، أي ثورانه ، وعن أبي موسي - رضي الله عنه - في بيان النبي ﷺ للسائل مواقيت الصلاة ، قال : « ثم آخر المغرب حتى كان عند سقوط الشفق » رواه مسلم .

وعن بريدة - رضي الله عنه - : « أن سائلًا سأل النبي ﷺ عن مواقيت الصلاة فصلى النبي ﷺ المغرب في اليوم الثاني قبل أن يغيب الشفق » ، رواه مسلم . وعن أبي قتادة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال : « ليس في النوم تفريط ، إنما التفريط على من لم يصلِّ الصلاة حتى يجيء وقت الأخرى » ، رواه مسلم . فيتعين الجزم بهذا القول لهذه الأحاديث ، وقد نص عليه القول في القديم و (الإملاء) مع القاعدة المعروفة للشافعي أنه إذا صح الحديث فهو مذهبه ، وقد صحت الأحاديث بلا معارض ، ولم يقل الشافعي بالقول الآخر إلا لعدم وقوفه على هذه الأحاديث ؛ ولهذا علق القول به في (الإملاء) على صحة الحديث . =

والثاني : [أنه] (١) إذا مضى بعد الغروب وقت وضوءٍ (٢) وأذانٍ وإقامةٍ وقدر خمس ركعات فقد (٣) انقضى الوقت (1) ؛ لأن جبريل صلى في اليومين في وقت واحد (٤) ، وعلى هذا لا بأس بتناول لقمة أو (٥) لقمتين ....

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في الأصل : « ضوء» .

(٣) في الأصل : « وقد » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « وأمَّا حديث إمامة جبريل ﷺ فما في هذه الأحاديث متأخر عنه من حيث التاريخ ، على أني أقول : تبيان جبريل ﷺ مستقيم ، ففي أكثر الصلوات إنما بين الاختيار دون وقت الجواز ، كما في العصر والعشاء والصبح على ما عُرف فكذلك في وقت المغرب إنما بيانه لوقت الاختيار وأنه الوقت الواحد الذي صلاها فيه ﷺ في اليومين ، ففي هذا فارق وقت المغرب سائر الأوقات ، لا فيما قالوه . وفيه جمع بين الأحاديث من الطرفين متعين ، يتعين من أجله ترك ما قاله صاحب (التهذيب) على هذا القول من أن النصف الأول إلى غيبوبة الشفق للاختيار والنصف الثاني للجواز ، وعبارته موهمة ؛ لسعة ذلك ، إلى القائلين بامتداد وقتها إلى سقوط الشفق من الأئمة ، وذلك مشاهد منه . ثم إني وجدت ما وقع لي بعض المصنفين المتأخرين من أصحابنا بخطه ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٧٨ أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « و » .

= وأما حديث صلاة جبريل ﷺ المغرب في اليومين في وقت واحد فجوابه من ثلاثة أوجه ؛ أصحها : أنه لبيان وقت الاختيار لا الجواز فهكذا هو في كل الصلوات سوى الظهر ، والثاني : أنه منسوخ . الثالث : أن هذه الأحاديث أقوى لوجهين ؛ أحدهما : كثرة رواتها . والثاني : أنها أصح أسانيد ، واللّه أعلم .

(1) قوله : (والثاني : أنه إذا مضى بعد الغروب وقت وضوء وأذان وإقامة وقدر خمس ركعات فقد انقضي الوقت) ، ترك المصنف زمن ستر العورة وهو مما يعتبر ، والمراد بهذه المذكورات المعتدل لا الطويل ولا القصير .

وقوله : (خمس ركعات) هو الصحيح المشهور .

وفيه وجه : أنه ثلاث ركعات فقط ، والصواب : خمس ، ثلاث للفرض ، وثنتان للسنة ، فيكون يقال : إن السنة لا يتصور وقوعها إلا قضاء ، ولأنه يلزم منه أن لا يتصور / الجمع بين المغرب والعشاء في ٨٢/أ وقت المغرب ، وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا أخر الفرض إلى هذا الوقت .

يُسَكِّن بها سورةَ الجوع (١) (1) .

فرع : لو شرع في الوقت ومَدَّهُ (٢) حتى مضى هذا القدر ، فإن قلنا : إن مثل هذه الصلاة مقضية في غير المغرب ، ففي المغرب وجهان :

أحدهما : أنه (٣) مؤداة (2) ؛ لما رُوِيَ أنه - عليه الصلاة والسلام - : « قرأ سُورة الأعراف في المغرب »(٤) (3) ، فدل أن آخره غير مقدر .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لا بأس بتناول لقمة أو لقمتين) هذا الحصر يأباه الحديث ، ففي الصحيحين عن أنس أن رسول الله ﷺ قال : « إذا قدم العشاء فابدءوا به قبل صلاة المغرب ولا تعجلوا عن عشائكم » ، وفيما جاء عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال : « إذا وضع عشاء أحدكم وأقيمت الصلاة فابدءوا بالعشاء ولا تعجل حتى تفرغ منه) ، وفي رواية لأبي داود عن ابن عمر ما معناه : أن ذلك كان في عشائهم وكان خفيفًا ، والله أعلم » . المشكل (١/٧٨ أ - ٧٨ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « ومدها » . (٣) في (أ ، ب) : « أنها » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « حديث قراءة رسول الله ﷺ الأعراف في صلاة المغرب أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي من حديث زيد بن ثابت ، ورواه البخاري ولكن لفظه عنه : « أنه سمع رسول الله ﷺ يقرأ في المغرب بطولى الطولين ، أي بأطول السورتين الطويلتين يعنى (الأعراف) على ما قدر الراوي في إحدى روايات الحديث الصحيحة » . المشكل (١/٧٨ ب) .

=

---

(1) قوله : (وعلى هذا لا بأس بتناول لقمة أو لقمتين يكسر بها سورة الجوع) السَورة بفتح السين وهي الحدة . وهذا الذي قاله المصنف قاله أيضًا جماعات من الخراسانيين والصحيح بل الصواب : أنه لا ينحصر الجواز والعفو في ذلك ، بل يتناول كفايته ، ففي الصحيحين عن أنس - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : « إذا قدم العشاء فابدءوا به قبل أن تصلوا صلاة المغرب ، ولا تعجلوا عن عشائكم » . وفي الصحيحين أيضًا عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا وُضع عشاء أحدكم وأقيمت الصلاة فابدءوا بالعشاء ، ولا يعجل حتى يفرغ منه » - زاد البخاري في روايته : « وكان ابن عمر يوضع له الطعام وتقام الصلاة فلا يأتها حتى يفرغ منه ، وإنه ليسمع قراءة الإمام » .

(2) قوله : (ففي المغرب وجهان ؛ أحدهما : أنها مؤداة) هذا الوجه هو الصحيح ، وقطع به قاطعون ، وصححه الآخرون ، فعلى هذا له أن يستديمها إلى مغيب الشفق وتكون أداء .

(3) قوله : (روي أنه ﷺ قرأ سورة الأعراف في المغرب) . هذا صحيح رواه أبو داود ، والترمذي ، والنسائي ، وآخرون بلفظه ، والبخاري بمعناه ، وفي رواية للنسائي : « فرقها في الركعتين » ، وهذا يمنع تأويل من قال : قرأ بعضها .

فأما (١) العشاء : فيدخل وقته (٢) بغيبوبة الشَّفَق ، وهي الحمرة دون الصفرة ، والبياض (٣) (1) الذي يزول بعد الحمرة ، ثم يمتد وقت الاختيار إلى ثلث الليل على قول ؛ لبيان جبريل - عليه السلام - ، وإلى النصف (٤) على قول ؛ لقوله - عليه الصلاة

= والحديث عند البخاري : (٢٨٧/٢) (١٠) كتاب الأذان (٩٨) باب القراءة في المغرب (٧٦٤) ، وأبي داود : (٢١٣/١ ، ٢١٤) كتاب الصلاة - باب قدر القراءة في المغرب (٨١٢) ، والترمذي : (١١٢/٢ ، ١١٣) (٢) أبواب الصلاة (١١٣) باب ما جاء في القراءة في المغرب (٣٠٨) ، والنسائي : (١٦٩/٢) (١١) كتاب الافتتاح (٦٧) باب القراءة في المغرب بالمص (٩٨٩ ، ٩٩٠ ، ٩٩١) .

(١) في (أ ، ب) : « وأما » . (٢) في (أ ، ب) : « وقتها » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (أما العشاء : فيدخل وقتها بغيبوبة الشفق وهو الحمرة دون الصفرة والبياض) وما بين غيبوبة الشمس إلى زوال الصفرة يقرب مما بين الصبح الصادق إلى طلوع قرن الشمس ، وما بين زوال الصفرة إلى امحاق البياض يقرب مما بين الصبح الصادق والكاذب ، وهكذا ذكر ذلك هو في (البسيط) والذي ذكره ها هنا في (الوسيط) يشهد له إطلاق النص في (مختصر المزني) وهو قوله : فإذا غاب الشفق وهو الحمرة فهي أول وقت عشاء الآخرة ، وهكذا إطلاق كثير من الأصحاب ، لكن الذي نقله صاحب (جمع الجوامع) في منصوصات الشافعي عنه لفظه : والشفق : الحمرة التي في المغرب ، فإذا ذهبت الحمرة فلم يُرَ منها شيء فقد حل وقتها ، ومن افتتحها وقد بقي من الحمرة شيء أعادها ، وهذا يصلح شاهدًا للمذكور في (النهاية) ؛ لأن الحمرة وكثيرًا من الألوان تكون خالصة ثم تضعف وترق وتستحيل ألوانًا أخرى تعد بقية لتلك الألوان ، وفي حكم جزء منها بحيث يقال : إنه بقي ببقائها شيء من تلك الألوان ، وحتى لا يطلق عليها أنها ذهبت مع بقاء تلك البقية ، وينبغي أن يختار هذا فإنه الأحوط ، والله أعلم » . المشكل (٧٨/١ ب - ٧٩ أ) . وإلى مثل هذا الاشتباه أشار ابن أبي الدم حيث قال : « الوهم في هذا [يقصد في كلام الغزالي المشار إليه أعلاه] وقع في قوله : (دون الصفرة) وهو غلط ، فإن الصفرة ملحقة بالحمرة في كونها من الشفق الذي لا يدخل وقت العشاء إلا بزوالهما ، وهذا متفق عليه كذلك ، ذكره معظم أئمة المذهب في الطريقتين ، وقد صرح به الإمام في (النهاية) والشيخ في (البسيط) . أما البياض : فمذهب للشافعي - رضي الله عنه - أنه يدخل العشاء قبل غيبوبته . ووافق أبا حنيفة فيه وهو مشهور » . إيضاح الأغاليط (٦أ - ٦ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « نصف الليل » .

(1) قوله : (فأما العشاء فيدخل وقتها بغيبوبة الشفق ، وهو الحمرة دون الصفرة والبياض) ، هكذا جزم المصنف أيضًا في (الوجيز) بأن الشفق هو الحمرة دون الصفرة والبياض ، وقال هو في (البسيط) وشيخه في (النهاية) : يدخل وقت العشاء بزوال الحمرة والصفرة ، والمذهب الأول وهو المنصوص في (المختصر) وبه قطع الجمهور .

والسلام– : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتُهم بالسواك عند كل صلاة ، ولأخرتُ العشَاء إلى نصف الليل » (١) (1) فيدل ذلك على الاستحباب .

(١) يقول ابن الصلاح : « احتج من قال : وقت الاختيار للعشاء إلى ثلث الليل بحديث إتيان جبريل ، وقد سبق وذكرنا أنه حديث حسن ، ومما هو أصح منه وهو حديث أبي موسى الأشعري في بيان رسول الله ﷺ الأوقات بفعله بعد بيان جبريل ، رواه مسلم ، وأما قول المصنف لقوله ﷺ : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة ولأخرت العشاء إلى نصف الليل » فإنما هو في صحيح مسلم وغيره من حديث أبي هريرة : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بتأخير العشاء والسواك عند كل صلاة » ، ولم أجد ما ذكره مع شدة البحث في كتب الحديث ، فلنحتج له بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال : « ووقت صلاة العشاء إلى نصف الليل » أخرجه مسلم ، وهو متأخر ناسخ ، والله أعلم » . المشكل (٧٩/١ أ) ، وقد أخرج الترمذي عن أبي هريرة قال : قال النبي ﷺ : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم أن يؤخروا العشاء إلى ثلث الليل أو نصفه » انظر : السنن : (٣١٠/١ ، ٣١١) (٢) أبواب الصلاة (١٢٤) باب ما جاء في تأخير صلاة العشاء الآخرة (١٦٧) .

قال العلامة أحمد شاكر تعليقًا على هذا الحديث : « والحديث رواه أحمد في المسند رقم : (٧٤٠٦، ٩٥٨٩ ، ٩٥٩٠ ، ج ٢ ص ٢٥٠ ، ٤٣٣) من طريق عبيد الله عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبي هريرة . ورواه أيضًا ابن ماجه : (١٢١/١) من طريق عبيد الله عن سعيد عن أبي هريرة . وفي هذه الروايات الشك في « ثلث الليل أو نصفه » ، ورواه الحاكم : (١٤٦/١) من طريق عبد الرحمن السراج عن سعيد بن أبي هريرة وفيه « إلى نصف الليل » بغير شك » .

ثم قال : « ورواه أحمد – أيضًا – بإسناد آخر برقم : (١٠٦٢٦ ، ج ٢ ص ٥٠٩) قال : حدثنا ابن أبي عدي عن محمد بن إسحق عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن عطاء– مولى أم صفية – قال أحمد : =

(1) قوله : « لقوله ﷺ : (لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة ، ولأخرت العشاء إلى نصف الليل) ، هذا الحديث بهذا اللفظ غريب غير معروف ، وأما قول إمام الحرمين : إنه حديث صحيح ، لا يعتد به ، قال الشيخ أبو عمرو : لم أجده في كتب الحديث مع شدة البحث وإنما هو في صحيح مسلم وغيره من رواية أبي هريرة – رضي الله عنه – أن النبي ﷺ قال : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بتأخير العشاء والسواك عند كل صلاة » . ويحتج لهذا القول بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال : « ووقت صلاة العشاء إلى نصف الليل الأوسط » رواه مسلم قلت : وقد صح عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم أن يؤخروا العشاء إلى ثلث الليل أو نصفه » ، رواه الترمذي وقال : حسن صحيح .

فأما الصبح : فيدخل وقته بطلوع الفجر الصادق ، ويتمادى وقت اختياره إلى الإسفار ، ووقت جوازه إلى الطلوع ، ولا نظر إلى الفجر الكاذب ، وهو يبدو مستطيلًا ثم ينمحق (١) ، ويبدو الصادق مستطيرًا ، ثم لا يزال الضوء يزداد ، قال - عليه الصلاة والسلام - : « لا يغرنكم الفجرُ المستطيلُ ، وكلوا (٢) واشربوا حتى يطلع الفجرُ المستطيرُ » (٣) (1) .

= وقال يعقوب : صبية ، وهو الصواب - عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة ، ولأخرت العشاء الآخرة إلى ثلث الليل الأول ، فإنه إذا مضى ثلث الليل الأول هبط إلى السماء الدنيا إلى طلوع الفجر ، يقول قائل : ألا داعٍ يُجاب ؟ ألا سائل يعطيه ؟ ألا مذنب يستغفر فيغفر له ؟ » راجع : الترمذي (٣١١/١) .

وواضح أن الرواية الأخيرة هذه تطابق الرواية التي ذكرها الغزالي فيما عدا لفظة « نصف الليل » ، فيبدو أن الغزالي اعتمد على ما أخرجه أحمد . وكما يقول الشيخ شاكر : « ويظهر من هذه الروايات أن الشك في ثلث الليل أو نصفه إنما هو من سعيد المقبري أو من الرواة عنه » السابق (٣١١/١) . وهناك رواية أخرى للحديث - تؤكد نص رواية الغزالي - عن أبي هريرة - أيضًا - عند أحمد رقم : (٧٥٠٤ ، ج ٢ ص ٢٥٨ - ٢٥٩) وفيها : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم عند كل صلاة بوضوء ، أو مع كل وضوء سواك ، ولأخرت عشاء الآخرة إلى ثلث الليل » ، قال الشيخ شاكر : وهذا إسناده صحيح . السابق (٣١١/١) .

(١) في (أ ، ب) : « ينمحي » . (٢) في (أ ، ب) : « فكلوا » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (قال ﷺ : « لا يغرنكم الفجر المستطيل فكلوا واشربوا حتى يطلع الفجر المستطير ») هذا حديث قد روى مسلم نحوه عن سمرة بن جندب ، ولفظه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يغرنكم في سحوركم أذان بلال ولا بياض الأفق المستطيل هكذا ، حتى يستطير هكذا » ، وحكاه حماد بن زيد بيديه ، قال - يعني معترضًا - : المستطير : المنتشر ، والمعترض : الآخذ في العرض ، والله أعلم » . المشكل (٧٩/١أ - ٧٩ب) .

وحديث سمرة أخرجه مسلم : (٧٦٩/٢) (١٣) كتاب الصيام (٨) باب بيان أن الدخول في الصوم يحصل بطلوع الفجر ... (١٠٩٤) ، وأبو داود : (٣١٣/٢) كتاب الصوم - باب وقت السحور (٢٣٤٦) ، والترمذي : (٨٦/٣) (٦) كتاب الصوم (١٥) باب ما جاء في بيان الفجر (٧٠٦) .

---

(1) قوله : (قال ﷺ : « لا يغرنكم الفجر المستطيل ، فكلوا واشربوا حتى يطلع الفجر المستطير ») . هذا الحديث رواه مسلم في صحيحه بمعناه عن سمرة بن جندب - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يغرنكم من سحوركم أذان بلال ولا بياض الأفق المستطيل هكذا حتى يستطير هكذا » . قال الراوي : يعني معترضًا . وفي الصحيحين معناه من رواية ابن مسعود رضي الله عنه .

فرع : لا يُقَدَّم أذانُ صلاةٍ على وقتها إلا أذان الصبح .

قال سعد القرظ [(١)] : كان الأذان على عهد رسول الله ﷺ في الشتاء لسُبْعٍ بقي من الليل ، وفي الصيف لنصف سُبْع [(٢)] [(1)] .

---

(١) في الأصل ، (ب) : « القرظي » ، وهو تصحيف ، والصواب ما أثبتناه .

قال ابن الصلاح : « وسعد القرظ هذا هو مضاف إلى القرظ بفتح القاف والراء والظاء المعجمة القائمة ، وهو الذي يدبغ به وليس فيه ياء النسبة ، وكثير من الفقهاء يصحفونه (القُرظي) بضم القاف مع الياء النسبة اعتقادًا لكونه منسوبًا إلى بني قريظة ، وكذلك وقع في كثير من نسخ هذا الكتاب ، وهو غلط ، وإنما لقب بهذا لأنه كان كلما اتجر في شيء خسر فيه ، فاتجر في القرظ فربح فيه فلزم التجارة فيه فلقب به ، والله أعلم » . المشكل (٧٩/١ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله (قال سعد القرظ : كان الأذان على عهد رسول الله ﷺ في الشتاء لسُبْع يبقي من الليل ، وفي الصيف لنصف سبع) هذا الحديث غريب ضعيف غير معروف عند أهل الحديث ، وقد رواه الشافعي بإسناد لا يقوى في كتابه القديم عن سعد القرظ قال : « أذنَّا في زمن النبي ﷺ بقباء ، وفي زمن عمر بالمدينة ، وكان أذاننا بالمدينة للصبح لوقت واحد في الشتاء لسبع ونصف يبقى ، وفي الصيف لسبع يبقى منه ، فهذا الواقع في هذا الكتاب وغيره فيه تغيير ، وإنما هو على علاته سبع ونصف وسبع ، وكذلك ذكره صاحب (التقريب) ، وذكر إمام الحرمين الروايتين من غير تعرض لما نبهنا عليه . والله أعلم » . المشكل (٧٩/١ ب) .

---

(1) قوله : (قال سعد القرظ : « كان الأذان على عهد رسول الله ﷺ في الشتاء لسبع تبقى من الليل ، وفي الصيف لنصف سبع ») هذا حديث ضعيف منكر ، وقد رواه الشافعي في القديم بإسناد ضعيف عن سعد القرظ ، قال : أذَّنا في زمن النبي ﷺ بقباء وفي زمن عمر بالمدينة ، فكان أذاننا للصبح لوقت واحد في الشتاء لسُبع ونصف يبقى ، وفي الصيف لسُبع يبقى منه » . وهكذا ذكره صاحب (التقريب) .

وذكر إمام الحرمين الروايتين جميعًا ، وسعد القرظ : هذا مضاف إلى القرظ بفتح القاف والراء ، وهو الذي يدبغ ، لقب به لأنه كان إذا اتجر في شيء خسر فيه / فاتجر في القرظ فربح فيه فلزم التجارة فيه ، ٨٣/أ وقد يقع في بعض نسخ (الوسيط) القُرظي بضم القاف وبالياء وهو تصحيف فاحش .

وينكر على المصنف في هذا الحديث شيئان : تحريفه ، وحكمه بأن سعدًا قاله بصيغه الجزم مع أنه ضعيف ، ثم الصحيح في المذهب : أن وقت أذان الصبح يدخل بنصف الليل ، وهو قول أكثر أصحابنا المتقدمين ، وقطع به معظم العراقيين .

وقيل : إذا خرج وقت اختيار العشاء دخل وقت أذان الصبح ، وهو بعيد .

ثم الأَوْلى أن يؤذِّن (١) مؤذنان ؛ أحدهما قبل الصبح ، والآخر بعده .

ولو (٢) اقتصر على ما قبل الصبح أجزأه (٣) (1) .

قواعد ثلاثة (٤) :

الأولى (٥) : تجب الصلاة عندنا بأول الوقت وجوبًا مُوسَّعًا ، خلافًا لأبي حنيفة .

= وحديث سعد القرظ هذا أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار : (٢/٢١٠ ، ٢١١) رقم : (٢٤١٥) ولفظه : عن سعد القرظ قال : « أذنا في زمان رسول اللّه ﷺ بقباء ، وفي زمن عمر بالمدينة ، فكان أذاننا للصبح لوقت واحد في الشتاء لسبع ونصف تبقى ، وفي الصيف لسبع يبقي منه » ، وراجع تلخيص الحبير : (١٧٩/١) رقم : (٢٥٧) .

(١) في : (أ ، ب) : « يكون » . (٢) في (أ ، ب) : « فلو » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لو اقتصر على ما بعد الصبح أجزأه) : (وفي بعض النسخ على ما قبل الصبح) وكلاهما جائزان ، ولكن (بعد) هو الصحيح في النقل وهو الذي علقته ، ومما علق عنه في درسه - وفوقه صح بخطي - : وذلك هو المستحب عند إرادة الاقتصار على أحدهما ؛ فإنه المعهود في سائر الصلوات ، واللّه أعلم » . المشكل (٧٩/١ ب - ٨٠ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « ثلاث » .

(٥) في (أ) : « الأول » .

---

(1) قوله : (ثم الأولى أن يؤذن مؤذنان ، أحدهما قبل الصبح ، والآخر بعده ، ولو اقتصر على ما قبل الصبح أجزأه) فقوله : (قبل الصبح) ، هذا هو الموجود في معظم النسخ ، وفي بعضها : بعد الصبح وكلاهما جائز ، والمنقول عن الغزالي في درسه : (بعد) ، وهو المستحب لمن اقتصر على أذان لأنه المعهود في باقي الصلوات وهو الأصل ؛ وقد صرح به في (البسيط) الأصح : أن من مات في أثناء الوقت قبل الصلاة لا يكون عاصيًا ، والأصح فيمن استطاع الحج ومات قبله : يموت عاصيًا ، والفرق : أن في تأخير الحج مخاطرة ظاهرة ، وإنما يجوز التأخير بشرط العزم على الفعل في الوقت هذا هو الأصح . والأصح فيما إذا وقع بعض الصلاة في الوقت وبعضها خارجه أنه إن كان الواقع في الوقت ركعة فالجميع أداء ، وإلا فقضاء ، فإن قلنا : قضاء ، لم يجز قَصْرُها إذا قلنا : لا يجوز قصر فائتة السفر .

ثم لو مات في أثناء الوقت قبل الأداء : هل يلقى اللّه عاصيًا ؟ فيه وجهان .

ولو أدى في آخر الوقت ووقع بعضه خارج الوقت : فهي مؤداة نظرًا إلى ابتدائها على وجه ، ومقضية نظرًا إلى تمامها (١) على وجه ، والواقع في الوقت مؤدًّى ، والباقي قضاء على وجه ثالث .

فإن جعلناه قضاءً لم يجزْ التأخير إليه قصدًا (٢) (1) ، ولم يمتنع صحته بنية الأداء ، كالمحبوس إذا اجتهد في الوقت ونوى الأداء فكان في غير الوقت لم (٣) يلزمه الإعادة .

الثانية : تعجيل الصلوات في أوائل الأوقات أفضل عندنا ، قال - عليه الصلاة والسلام - : « أول الوقت رضوان اللّه ، وآخره عفو ....

---

(١) في (أ ، ب) : « إتمامها » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا وقع بعض الصلاة خارج الوقت : (إن جعلناه قضاءً لم يجز التأخير إليه قصدًا) هذا يُشعر بجواز التأخير إليه إذا جعلناها مؤداة ، وذلك فيه تردد من الشيخ أبي محمد الجويني ، ومال إلى أنه لا يجوز وهو المقطوع به في (التهذيب) ، واللّه أعلم ، ثم إنه أطلق ذكر البعض ، وإطلاقه يجيء على قول في أن المعذور يدرك بتكبيرة ، والصحيح : أن هذا الخلاف لا يجيء فيما إذا كان البعض الواقع في الوقت ما دون ركعة ، بل نقطع بكونها قضاءً ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٨٠ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « لا » .

---

(1) قوله : (فإن جعلناه قضاءً : لم يجز التأخير إليه قصدًا) ، هذا يوهم أنه إذا جعلناه أداء جاز التأخير إليه ، وهذا فيه تردد للشيخ أبي محمد ، واختار أنه لا يجوز التأخير إليه وهو المذهب ، وبه قطع البغوي والجمهور .

حديث : « أول الوقت رضوان اللّه » حديث ضعيف ، رواه الدارقطني وغيره من رواية جرير بن عبد اللّه ، وروي من رواية أنس ، وروى الترمذي نحوه من رواية ابن عمر وكلها ضعيفة .

قال البيهقي وغيره : أسانيدها ضعيفة ، ويغني عنه حديث ابن مسعود - رضى اللّه عنه - قال : سألت رسول اللّه ﷺ أي الأعمال أفضل ؟ قال : « الصلاة في أول وقتها » ، رواه ابن خزيمة بهذا اللفظ في صحيحه . و(الرضوان) : بكسر الراء وضمها .

اللّه » (١) . قال أبو بكر الصديق - رضي اللّه عنه - : « رضوان اللّه أَحَبُّ إلينا من عفو اللّه » (٢) .

قال الشافعي - رضي اللّه عنه - : العفو يوشك (1) أن يكون للمقصِّرين . وحيازة فضيلة الأولية بأن يشتغل بأسباب الصلاة كلما دخل الوقت (٣) (2) .

وقيل : لابد من بعد (٤) تقديم الأسباب حتى ينطبق التكبير على أول الوقت فهي الأولية .

وقيل : تتمادى فضيلة الأولية إلى النصف من بيان جبريل عليه السلام .

ويستثنى عن فضيلة التعجيل العشاء والظهر . ففي العشاء قولان ؛ في قول :

---

(١) يقول ابن الصلاح : « حديث : « الصلاة أول الوقت رضوان اللّه » رواه الدارقطني من حديث جرير ابن عبد اللّه ، وقد روي من حديث أنس ، وخرج الترمذي نحوه من حديث ابن عمر - رضي اللّه عنهما - ولا يصح هذا الحديث ، قال الحافظ أحمد البيهقي بعد أن رواه من حديث ابن عمر وضعفه : وقد يروى بأسانيد أخري كلها ضعيف ، قلت : يغني عنه أحاديث منها ما روي عن ابن مسعود قال : سألت رسول اللّه ﷺ أي العمل أفضل ؟ قال : « الصلاة في أول وقتها » رواه ابن خزيمة بهذا اللفظ في صحيحه ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٨٠ أ) .

والحديث أخرجه الدارقطني : (١/٢٤٩) باب النهي عن الصلاة بعد صلاة الفجر وبعد صلاة العصر (٢١) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (١/٤٣٥ ، ٤٣٦) .

والذي أخرجه الترمذي عن ابن عمر كان لفظه : « الوقت الأول من الصلاة رضوان اللّه ، والوقت الآخر عفو اللّه » وقال : غريب . انظر السنن : (١/٣٢١) (٢) أبواب الصلاة (١٣) باب ما جاء في الوقت الأول من الفضل (١٧٢) .

(٢) في (أ ، ب) : « عفوه » . وانظر قول أبي بكر هذا في تلخيص الحبير لابن حجر : (١/١٨١) .

(٣) في (ب) : « وقتها » . (٤) « بعد » : ليست في (ب) .

---

(1) قوله : (يوشك) بضم الياء وكسر الشين ، أي يسرع .

(2) قوله : (كما دخل الوقت) قد سبق أن استعمال « كما » بمعنى « عند » ليس عربيًّا ولا معربًا .

الأصح : أن تقديم العشاء أفضل ، والخلاف إنما هو في تأخيرها إلى آخر وقت الاختيار ، فأما التأخير بعده فلا يستحب بلا خلاف ولا فضيلة فيه قطعًا . حديث : « اشتكت النار إلى ربها سبحانه وتعالى » ، رواه البخاري ومسلم من رواية أبي هريرة رضي اللّه عنه .

و (فيح جهنم) : بفتح الفاء وإسكانها المثناة تحت ، وهو اشتداد حرها وانتشاره وغليانها .

يستحب التأخير ؛ لقوله – عليه الصلاة والسلام – : « لولا أنْ أشق على أمتي ... » الحديث .

وأما الظهر : فالإبراد به مستحب (1) في شدة الحرِّ ؛ لقوله ﷺ : « اشتكت النار إلى ربها فقالت : قد أكل بعضي بعضًا ، فأَذِنَ لها في نَفَسَيْنْ : نَفَس في الصيف ونَفَس في الشتاء . فأشد ما تجدون في (١) البرد من زَمْهَريرها ، وأشد ما تجدون من الحرِّ من حرها ، فإذا اشتد الحَرُّ فأَبْرِدُوا بالظهر ، فإن شدة الحر من فَيْح جهنم » (٢) .

ثم قيل : إن الإبراد سُنَّةٌ ؛ للأمر الوارد . وقيل : [هو] (٣) ....

(١) في (أ ، ب) : « من » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من حديث اشتكاء النار إلى ربها – تبارك وتعالى – والأمر بالإبراد بالظهر : رواه البخاري ومسلم من حديث أبي هريره بمعناه ، وفيح جهنم : غليانها واشتداد حرها وانتشاره » . المشكل : (١/٨٠أ) .

ونص الحديث من مجموعة أحاديث عند البخاري : (٢/٢٠ – ٢٥) (٩) كتاب مواقيت الصلاة (٩) باب الإبراد بالظهر في شدة الحر (٥٣٣ ، ٥٣٤ ، ٥٣٦ ، ٥٣٧ ، ٥٣٨) وأطرافهم . وهو عند مسلم : (١/ ٤٣١، ٤٣٢) (٥) كتاب المساجد (٣٢) باب استحباب الإبراد بالظهر (٦١٧) ، وأبو داود : (١/١٠٨) كتاب الصلاة – باب في وقت صلاة الظهر (٤٠١ ، ٤٠٢ ، ٤٠٣) ، والترمذي : (١/٢٩٥ – ٢٩٨) (٢) أبواب الصلاة (٥) باب ما جاء في تأخير الظهر في شدة الحر (١٥٧) ، والنسائي : (١/٢٤٨ ، ٢٤٩) (٦) كتاب المواقيت (٥) باب الإبراد بالظهر إذا اشتد الحر (٥٠٠ ، ٥٠١) ، وابن ماجه : (١/٢٢٢) (٢) كتاب الصلاة (٤) باب الإبراد بالظهر في شدة الحر (٦٧٨ ، ٦٧٩ ، ٦٨١) .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(1) قوله : (فأما الظهر فالإبراد به مستحب) ، ثم قال : (قيل : إن الإبراد سنة ، وقيل : رخصة) ، هذا الكلام في ظاهره تناقض ؛ لأنه جزم بأن الإبراد مستحب ثم ذكر فيه خلافًا ، وكأنه أراد بقوله : (مستحب) أنه مشروع ، ثم هل هو فضيلة أم رخصة ؟

وحاصله : أن في المسألة وجهين ؛ الصحيح منهما – وبه قطع الجمهور – : أن الإبراد سنة ، وهو أفضل من التقديم .

والثاني : أنه رخصة ، والتقديم أفضل منه ، ومعنى تسميته رخصة : أن التأخير في غير الحر ينسب صاحبه إلى تقصير ، فبالإبراد يزول التقصير ، وهذا الوجه ضعيف جدًّا

الأصح : اختصاص الإبراد بالبلاد الحارة ، وأن من يمشي في كن لا يُبرد ، وأنه لا يبرد بالجمعة ، وأن من اجتهد في الوقت وصادف ما قبله لزمه القضاء ، وكذا نظيره في صوم رمضان ، وأنه يجوز الاجتهاد في الوقت لمن قدر على الصبر إلى اليقين .

رُخصة (١) . وحَدُّه : أن يتمكن الماشون إلى الجماعات (٢) من المشي في الظل .

واختلفوا في أنه هل يختص بالبلاد الحارة ، وفي أن من يمشي في (٣ كِنٍّ إلى الجماعة ٣) هل يستحب له ؟

واختلفوا في الجمعة على وجهين ؛ وجه المنع : أن فواتها خطر ولابد (٤) من تقديم الخطبة ؛ فالبِدارُ أولى .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ثم قيل : إن الإبراد سنة للأمر الوارد ، وقيل : رخصة) هذا مشكل وكذا هو في (البسيط) و (النهاية) غير مبين ، فأقول : قد سبق أن التأخير في غير حالة الإبراد تقصير ، فأثر الرخصة في حالة الإبراد على هذا الوجه يظهر في نفي التقصير ، مع أن الفضيلة في التقديم بخلاف الوجه الآخر ، فإن الفضيلة فيه في التأخير ، وهذا الآن واضح ، وقد كنت تطلبت لذلك بخراسان شرحًا وبيانًا ، فوجدت بخط الشيخ أبي محمد الجويني فيما علقه عن شيخه القفال في شرحه (التلخيص) عند ذكره قول صاحب (التلخيص) في الإبراد ، فمنهم من جعل تأخيرها أفضل ومنهم من جعلها رخصة .

قال الشيخ أبو محمد : فقلت للشيخ : ما معنى قوله : ومنهم من جعلها رخصة ، وقد أجمعوا على أنه يجوز له أن يصلي الصلاة في آخر وقتها فكيف يسمى الإبراد رخصة ؟ فقال الشيخ : إنما يسمى ذلك رخصة على معنى أنه يؤخرها ثم يدرك مع ذلك فضيلة التقديم إلى أول الوقت ، وإن كان يجوز له تأخيرها .

ووجدت في شرح (التلخيص) للشيخ أبي على السنجي تلميذ القفال ما حكايته : التأخير أفضل على ظاهر الخبر من التعجيل ، ومنهم من قال - وهو الأصح - : إن التأخير رخصة وليس بعزيمة ، فالأفضل أداؤها في أول الوقت ، وللشافعي ما يدل عليه . وذكر صاحب كتاب (التهذيب) نحوًا مما ذكره أبو على ، غير أنه قال : الأصح أن التأخير أفضل ، ووجدت فيما علق عن صاحب الكتاب في تدريسه له أن هذا أمر ورد عقيب الحث على المبادرة إلى الصلاة في أول الوقت والأمر بذلك ؛ فكان أمر رخصة وإباحة في تأخيرها في شدة الحر ، وكان هذا الأمر يشبه الأمر الوارد عقيب الحظر ، كقوله تعالى : ﴿ وإذا حللتم فاصطادوا﴾ . فأقول : أما هذا وما قاله الشيخ أبو على فراجعان إلى ما ذكرته أولًا ، وبما ذكرته يتمان ويتقرران ، وأما ما ذكره الإمام القفال فهو غير مرضي ، وحاصله يرجع إلى أنه دفع الخلاف بين الوجهين وادعى اتفاقهما على أن التأخير أفضل ، فإنه أثبت فيه فضيلة التقديم ، ومعلوم أن فضيلة التقديم هي الأفضلية ، ورد الخلاف إلى تسميته رخصة ، وذلك خلاف ما يوجهه إيراد صاحب (التلخيص) له ، فإنه يقتضي أن التأخير ليس بأفضل على الوجه الثاني ، والعلم عند اللّه تبارك وتعالى » . المشكل (١/٨٠أ - ٨١أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « الجماعة » .

(٣) في (أ ، ب) : « إلى الجماعة في كن » .

(٤) في (أ ، ب) : « فلا بد » .

الثالثة : مَنْ اشتبه عليه الوقت يجتهد ويتبين ذلك بالأوراد وغيرها ثم يُصَلِّي ، فإن وقع في الوقت أو بعدها [١] فلا قضاء ، وإن كان قبل الوقت وأدرك الوقت : صلى ، وإن تبين بعد انقضاء الوقت فقولان ، وكذا في طلب شهر رمضان .

فرع : إذا أمكنه أن يصبر إلى دَرْك اليقين : ففي جواز الاجتهاد في الحال [٢] وجهان ؛ ووجه [٣] الجواز : أن عمر - رضي الله عنه - أفطر بالاجتهاد وغلط [٤] ، وكان قادرًا على الصبر / . ١٥/أ

* * *

(١) في (أ ، ب) : « بعده » .

(٢) « في الحال » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (ب) : « وجه » .

(٤) أخرجه البيهقي عن خالد بن أسلم أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أفطر في رمضان في يوم ذي غيم ، ورأى أنه قد أمسى ، وغابت الشمس ، فجاءه رجل فقال : يا أمير المؤمنين قد طلعت الشمس ، فقال عمر : « الخطب يسير وقد اجتهدنا » . انظر : السنن الكبرى : (٤/٢١٧) ، وراجع : تلخيص الحبير : (٢/٢١١ ، ٢١٢) .

الفصل الثاني

في وقت أرباب الأعذار

ونعني بالعذر : الجنون ، والصِّبَى ، والحَيْض ، والكُفْر [(١)] [(1)] .

ولها ثلاثة أحوال :

إحداها : [(٢)] أن يخلو عنها آخر الوقت ، فإن بقي قبل غروب الشمس ما يَسَعُ ركعة فزال العذر وجب العصر وفاقًا [(٣)] ، ولو بقي ما يسع تكبيرة فقولان :

أقيسهما - وهو مذهب أبي حنيفة - : أنه يلزم ؛ لأن هذا القدر يتسع الإلزام [(٤)] ،

---

(١) قال ابن الصلاح : « قد يستبشع عده الكفر من الأعذار ، ولكن لما كانت الصلاة لازمة في حال الكفر وسقطت عنه بإسلامه كما سقطت عن الحائض ونحوها عد من المعذورين نظرًا إلى الإسقاط ، واللّه أعلم » . المشكل (٨١/١ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : الأولى » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « إيجاب الظهر على المعذورين المذكورين بإدراكهم وقت العصر : رويناه في كتاب (السنن الكبير) عن عبد الرحمن بن عوف وابن عباس - رضي اللّه عنهم - قال الحافظ أحمد البيهقي : ورويناه عن جماعة من التابعين ، وعن الفقهاء الشيعة من أهل المدينة - رضي اللّه عنهم - ، وقياسنا إياهم على المعذور بالسفر إنما هو في توسيع الوقت عليهم ، وذلك في نفسه تخفيف ، وإيجاب الظهر عليهم لازم من ذلك لا أنه محل القياس على أنه من حيث المعنى لا يضاد التخفيف من حيث كونه ناهيًا لهم للعبادة المكتوبة ، واللّه أعلم » . المشكل (٨١/١ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « للالتزام » .

---

(1) قوله : (في وقت أرباب الأعذار) ويعني بالعذر : الجنون ، والصبى ، والحيض ، والكفر

قال أصحابنا : وفي معنى الجنون الإغماء ، وفي معني الحيض النفاس .

قال الرافعي : واستبشع بعضهم عدَّ الكفر من الأعذار ، قال : لا معنى للاستبشاع إذ العذر هنا مفسر بما يمنع القضاء ، ويجوز أن يعد عذرًا بعد الإسلام ، لأنه كان مخاطبًا بالصلاة ثم سقطت بالإسلام ، الأصح : إيجاب الصلاة بإدراك تكبيرة ، وأن الظهر والمغرب يجبان بإدراك تكبيرة من وقت الثانية ، وأنه لا يشترط إدراك زمن الوضوء ، وأنه إذا قلنا يشترط أربع ركعات فهن للظهر ، فيكفي ثلاث للمغرب في آخر وقت العشاء ، وإذا قلنا : يشترط ركعة فالمراد ركعة خفيفة جدًّا أخف ما يمكن .

قال أصحابنا : وشرط الوجوب أن تمتد السلامة من المانع قدر إمكان الطهارة وتلك الصلاة ، فإن عاد =

ولسنا نعتبر وقت الأداء .

والثاني - وهو اختيار المزني - : أنه لا يدركه (١) ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « ومن أدرك ركعة قبل غروب الشمس ، فقد أدرك العصر » (٢) وما دونها ليس في معناها ، فإن مدرك ركعةٍ من الجمعة مدرك لها ، بخلاف [مدرك] (٣) التكبيرة ، هذا حكم العصر .

أما الظهر : فيلزم - أيضًا - بإدراك وقت العصر ؛ لأنه وقته في حق المعذور بالسفر ، وهذا العُذْرُ أشدُّ (1) . ولكنه بِكَمْ يصيرمدركًا ؟ فيه قولان :

أحدهما : بما يصير [به] (٤) مدركًا للعصر .

والثاني : لابد من زيادة أربع ركعات على ذلك ؛ ليتصور الفراغ من الظهر فعلًا ، ثم لزوم العصر بعده .

وهل تُعتبر مدة الوضوء مع ذلك ؟ فعلى قولين (٥) .

---

(١) في (أ ، ب) : « يدرك » .

(٢) سبق تخريج هذا الحديث في الفصل السابق .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) يقول ابن الصلاح : « القول بأنه لا يعتبر في ذلك إدراك زمان الطهارة ، في توجيهه إشكال ، مع أنه الأصح عند صاحب (النهاية) وتقديره : أن الطهارة إنما تُعتبر في الصحة لا في الإلزام ، ولهذا تجب الصلاة على المحدث مع أنه في حالة الحدث غير ممكن من أدائها ، وذلك لما تقرر في أصول الفقه في مسألة =

= مانع قبل ذلك لم تجب .

مثاله : بلغ الصبي في آخر وقت العصر ثم جُنَّ ، أو أفاق المجنون ثم عاد جنونه ، أو طهرت الحائض ثم جُنَّت ، أو أفاقت المجنونة ثم حاضت ، فإن مضى في حال السلامة ما يسع طهارة وأربع ركعات وجبت العصر ، وإلا فلا .

(1) قوله : (لأنه وقت في حق المعذور بالسفر وهذا العذر أشد) معناه : أن وقت العصر وقت للظهر في حالة العذر بالسفر ، ففي حالة الضرورة أولى لأن حالة الضرورة قد يحتمل فيها ما لا يحتمل في مطلق العذر .

واعلم أن اشتراط أربع ركعات للزوم الظهر على القول الضعيف إنما هو في غير مسافر ، أما المسافر : فإنما يشترط فيه ركعتان .

وهذه الركعات الأربع [١] في مقابلة الظهر أو العصر ؟ فعلى قولين مُخَرَّجَيْنْ .

هذا إذا زال العذر قبل أداء الصلاة ، فإن زال بعده – وذلك يُتَصَوّر في الصبي ، يصلي ثم يبلغ والوقتُ باقٍ – فلا يلزمه [٢] القضاء [٣] ، خلافًا لأبي حنيفة ، فلو صلى الظهر فبلغ ووقت الجمعة قائم [٤] ، قال ابن الحداد : تلزمه الجمعة ، وهو غلط عند الأكثرين . ومنهم من وجهه بأن الصبي مضروب على ترك حضور الجمعة ، والمتعدي بالظهر قبل الجمعة لا يصح ظهره على وجه [٥] [1] ، ولو بلغ الصبي بالسن [٦] في أثناء الصلاة أتمها ، ولو [٧] بلغ في أثناء يوم من رمضان وهو صائم فلا قضاء عليه .

ومنهم من علل بوقوعه عن الفرض .

ومنهم من علل بأنه لم يدرك وقتًا يتصور فيه الشروع في العبادة .

وتظهر فائدة الخلاف في الصبي المفطر إذا بلغ . وللعراقيين وجه : أن الصبي تلزمه إعادة الصلاة وإن بلغ بعد الأداء .

الحالة الثانية : أن يخلو أول الوقت ، فإذا طرأ الحيضُ ، فإن مضى من الوقت قبله

= خطاب الكفار بالفروع من أنه ليس من شرط الفعل المأمور به أن يكون شرطه حاصلًا حالة الأمر ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٨١ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « الأربعة » .

(٢) في (ب) : « تلزم » .

(٣) في (أ ، ب) : « الإعادة » .

(٤) في (أ ، ب) : « باقٍ » .

(٥) يقول ابن الصلاح : قوله : (المتعدي بالظهر قبل فوات الجمعة لا يصح ظهره على وجه) إنما هو قول مشهور ، وقد ذكره هو في كتاب الجمعة قولًا ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٨١ ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « السن » .

(٧) في (أ ، ب) : « فلو » .

---

(1) قوله في : (المتعدي بالظهر قبل الجمعة : لا يصح ظهره على وجه) صوابه : لا يصح ظهره على أصح القولين ، وقد ذكره المصنف في كتاب الجمعة على الصواب .

ما يسع الصلاة لَزِمَتْه (١) [1] ، وإن كان أقل فلا ، بخلاف آخر الوقت ، فإن الشروع في آخر الوقت يمكن إتمامه بما بعد الوقت ، وهاهنا لا يمكن في زمان الحيض .

وخَرَّجَ ابن سريج قولًا : إنه لا تلزمه (٢) ما لم يُدرك جميع الوقت أو آخره .

وأما العصر : فلا يلزم بإدراك جزء من أول الظهر [2] ؛ لأن وقت الظهر لا يصلح للعصر ما لم يقع الفراغ من فعل الظهر (٣) ، بخلاف وقت العصر .

وذهب أبو يحيى البلخي إلى أن أول الظهر في إدراك العصر كآخر العصر في إدراك الظهر .

الحالة الثالثة : أن يَعُمَّ العذر جميع الوقت ، فيسقط القضاء بالحيض [3] والجنون والكفر والصِّبَى (٤) ، ولا تلتحق الردة بالكفر بل يجب القضاء على المرتد . نعم الصبي

(١) في (أ ، ب) : « لزمت » .
(٢) في (أ ، ب) : « لا يلزم » .
(٣) في (أ ، ب) : « العصر » .
(٤) « والصبى » : ليست في (أ) .

(1) قوله : (فيما إذا طرأ الحيض وكان قد مضى زمن يسع الصلاة لزمت) يعني قضاؤها ، والمعتبر أخف ما يمكن ، حتى لو طولت صلاتها فحاضت في أثنائها ، وقد مضى قدر يسع تلك الصلاة ولو خففت لزمها القضاء ، وإن كان مسافرًا فطرأ جنون أو إغماء وقد مضى من زمن الصلاة المقصورة قدر يسع ركعتين لزمه قضاؤها ؛ لأنه تمكن منها . قال أصحابنا : ولا يشترط هنا مع الزمن الذي يسع / الصلاة ٨٤/ب
زمن يسع طهارة بلا خلاف لأنه يمكن تقديمها إلا أن يكون هذا الشخص ممن لا يصح تقديم طهارته كالمتيمم والمستحاضة ، وسَلِس البول ، قال أصحابنا : ولا يختص وجوب الصلاة إذا أدرك زمانًا يسعها بما إذا كان المدرك من أول وقتها ، بل لو كان في وسط بأن أفاق في أثناء الوقت ثم جُنَّ في الوقت ، أو بلغ ثم جُن ، أو أفاقت ثم حاضت ، أو عكسه لزمت الصلاة إن كان زمن الثلاثة يسعها .

(2) قوله : (وأما العصر : فلا يلزم بإدراك جزء من أول الظهر) فقوله : (أول الظهر) مثال ولا يختص بالأول ، فإن العصر لا يجب بإدراك آخر وقت الظهر أيضًا ، ولا بإدراك جميعه ، ولو قال : لا يلزم بإدراك الظهر لكان أخصر وأوضح وأعم .

(3) قوله : (الثالثة : أن يعم العذر جميع الوقت فيسقط القضاء بالحيض) إلى آخره : المراد بالوقت هنا : وقت الضرورة والرفاهية جميعًا .

وإن لم يكن عليه قضاء ولكن يؤمر بالصلاة بعد سبع سنين ، ويُضرب على تركها بعد عشر سنين . والإغماء في معنى الجنون قَلَّ أو كثر [1] .

أما السُّكْر وزوال العقل بسبب مُحَرَّمٍ كشرب بنج ، أو تردية من مكان : فلا يُسقط القضاء .

فرع : لو سَكِرَ ثم جُنَّ ، فالأصح : أنه لا يلزمه إلا قضاء ما فاته في وقت السكر .

وقيل : يجب قضاء أيام الجنون لاتصاله بالسكر .

ولو (١) ارتد ثم جُنَّ : يلزمه قضاء ما فات (٢) [في وقت الردة ، وقيل : يجب قضاء ما فات] (٣) في الجنون ؛ لأن حكم الردة مستمر في الجنون .

ولو ارتدت أو سكرت ، ثم حاضت : لا يلزمها قضاء أيام الحيض ؛ لأن سقوط القضاء عن المجنون رخصة وعن الحائض عزيمة (٤) [2] .

(١) في (أ ، ب) : « فلو » . (٢) في (أ ، ب) : « فاته » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لأن سقوط القضاء عن المجنون رخصة ، وعن الحائض عزيمة) وذكر في الدرس أن الفرق بينهما عسير ، وأورد عليه وجوب قضاء الصوم عليها ، ونحن نقرر الفرق بعون اللّه تعالى .

فاعلم أن العزيمة عبارة عن : كل حكم ثابت على وفق الدليل ، والرخصة عبارة عن : كل حكم ثابت على خلاف الدليل لمعارض راجح ، فإذا عرفت ذلك فإنما كان سقوط قضاء الصلاة عن الحائض عزيمة ؛ =

(1) قوله : (والإغماء في معنى الجنون قل أو أكثر) يعني : سواء كان فوق يوم وليلة أم دون ذلك فلا قضاء إذا استغرق العذر وقت الرفاهية والضرورة .

وقال أبو حنيفة : لا يُسقط الإغماءُ القضاءَ ما لم يزد على يوم وليلة ، وقال أحمد : لا يسقط مطلقًا .

ويتصور عندنا سقوط القضاء بالإغماء في ساعة واحدة ، بأن يبلغ الصبي مغميّ عليه قبل خروج الوقت بساعة ، ثم يفيق بعد خروجه فسقط هنا القضاء بالإغماء ساعة .

(2) قوله : (سقوط القضاء عن المجنون رخصة ، وعند الحائض عزيمة) معناه : السقوط عن المجنون تخفيف مع أنه لا يطالب في الحال بترك الصلاة ، بخلاف السقوط عن الحائض فإنه عزيمة ، أي يجب عليها ترك الصلاة ، فإذا كانت مكلفة بتركها يستحيل أن تكلف بفعلها ؛ لئلا يلزم تكليف ما لا يطاق ، فإنه وإن كان جائزًا عند جمهور أهل السنة فليس بواقع .

....

* * *

= لأنها مكلفة بترك الصلاة فإذا تركتها فقد قامت بالأمر في الترك ، فلم تكلف مع ذلك بالقيام بالأمر بالفعل قضاء ، ولم يجمع عليها قيام بالأمرين تركًا وفعلًا ، فهذا مناسب معقول موافق للدليل ، ولا نقول : الفرق بين الصلاة والصوم كثرتها وندرة الصوم ، حتى يكون إسقاط قضائها تخفيفًا ورخصة ، بل سبب إسقاط قضائها ما ذكرناه . وذلك يقتضي إسقاط قضاء الصوم أيضًا ، غير أن للشارع زيادة عناية بصوم رمضان ، فأوجب قضاءه عليها بأمر محدد في وقت ثانٍ ، وتسميته قضاء مجاز ، وهو في الحقيقة فرض مبتدأ .

فمخالفة الدليل إن كانت ففي وجوب قضاء الصوم ، لا في سقوط قضاء الصلاة ، فتقرر إذًا أن سقوط قضاء الصلاة عنها ليس رخصة ، وأن المرتد تساوت المسألة في مستنده فتساوتا في الحكم ، وأما أن سقوط القضاء عن المجنون رخصة ؛ فلأن الدليل يقتضي أن من فاتته الصلاة في وقتها من غير أن يكون مكلفًا بتركها في وقتها يؤمر بقضائها في وقت ثانٍ لئلا يخلو من وظيفتها ، ولهذا وجب قضاؤها على النائم ، وإنما أسقط ذلك عن المجنون تخفيفًا عنه ورخصة ، والمرتد ليس أهلًا لذلك ، فألزم بقضائها بعد إسلامه وإقامته لذلك ، فاعلم ذلك ، فقد قررته فتقرر إن شاء اللّه تعالى » . المشكل (٨١/١ ب - ٨٢ أ) .

الفصل الثالث

في الأوقات المكروهة

وهي خمسة[1] : اثنان منها يتعلق (١) بالفعل فَهْمًا من قوله – عليه الصلاة والسلام – : « لا صلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس ، ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس » (٢) [2] .

ووجه تعليقها (٣) بالفعل : أنه يتمادى بالبدار (٤) إلى الفرض في أول الوقت ،

(١) في (ب) : « تتعلق » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله ﷺ : « لا صلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس » إلى آخره . مخرج في الصحيحين من حديث أبي سعيد الخدري ، ومن حديث أبي هريرة وغيره من الصحابة نحوه – رضي الله عنهم » . المشكل (٨٢/١ أ) ، وانظر الحديث عند البخاري : (٧٣/٢) (٩) كتاب مواقيت الصلاة (٣١) باب لا يتحرى الصلاة قبل غروب الشمس (٥٨٦) ، وأطرافه : (١١٨٨ ، ١١٩٧ ، ١٨٦٤ ، ١٩٩٢، ١٩٩٥) ، ومسلم : (٥٦٧/١) (٦) كتاب صلاة المسافرين (٥١) باب الأوقات التي نهي عن الصلاة فيها (٨٢٧) ، وأبو داود : (٢٤/٢ ، ٢٥) كتاب الصلاة – باب من رخص فيهما إذا كانت الشمس مرتفعة (١٢٧٦) ، والترمذي : (٣٤٣/١ ، ٣٥١) (١) أبواب الصلاة (٢٠، ٢١) باب ما جاء في كراهية الصلاة بعد العصر وبعد الفجر ، وباب ما جاء في الصلاة بعد العصر (١٨٣ ، ١٨٤) ، والنسائي : (٢٧٨/١) (٦) كتاب المواقيت (٣٥) باب النهي عن الصلاة بعد العصر (٥٦٧) ، وابن ماجه : (٣٩٦/١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٤٧) باب النهي عن الصلاة بعد الفجر وبعد العصر (١٢٥٠) .

(٣) في (أ ، ب) : « تعلقهما » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ووجه تعلقهما بالفعل أنه يتمادى بالبدار) عبارة قلقة ، وتحريرها أن نقول : وجه تعلقهما بالفعل أنهما إنما يؤخران بوجود الفعل حتى يطول زمانهما بالبدار ويقصر بالتأخير ، أو نحو هذا ، والله أعلم » . المشكل (٨٢/١ أ) .

(1) قوله : (الأوقات المكروهة خمسة) ظاهر عبارته أنها كراهة تنزيه وهو أحد الوجهين ، والثاني – وهو الأصح – : كراهة تحريم ، وبه قطع الماوردي في كتابه (الإقناع) ، وصاحب / (الذخائر) وغيرهما ، ٨٥/أ
وهو الموافق للدليل ، فإن أصل النهي التحريم .

(2) قوله ﷺ : « لا صلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس ، ولا صلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس » رواه البخاري ومسلم من رواية أبي سعد وغيره .

ويقصر بالتأخير [1] .

وثلاث منها تتعلق بالوقت ، وهو وقت (١ طلوع الشمس ١) والاستواء والغروب ، قال – عليه الصلاة والسلام – : « إن الشمس تطلع ومعها قرن الشيطان (٢) [2] ، فإذا ارتفعت فارقها ، فإذا استوت قارنها ، فإذا زالت فارقها ، فإذا دنت (٣) للغروب قارنها ، وإذا (٤) غربت فارقها » (٥) ، ونهى عن الصلاة في هذه الأوقات .

(١) في الأصل : « الطلوع » . (٢) في (ب) : « شيطان » .

(٣) في (أ) : « أذنت » . (٤) في (ب) : « فإذا » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من حديث : « إن الشمس تطلع ومعها قرن شيطان فإذا ارتفعت فارقها » . رواه الإمام مالك في موطئه والنسائي » . المشكل (٨٢/١ أ) .

والحديث أخرجه النسائي : (٢٧٥/١) (٦) كتاب المواقيت (٣١) باب الساعات التي نهي عن الصلاة فيها (٥٩٩) ، وابن ماجه : (٣٩٧/١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٤٨) باب ما جاء في الساعات التي تكره فيها الصلاة (١٢٣٥) . وأخرجه الشافعي في الأم : (١٣٠/١) .

وقال ابن الصلاح : « والراوي له : (الصنابحي) ، وهو بصاد مهملة مضمومة بعدها نون ثم ألف ثم باء موحدة ثم حاء مهملةثم ياء النسب . وسماه مالك : عبد اللّه ، وخالفوه في ذلك ، وقالوا : إنما هو أبو عبد اللّه ، واسمه عبد الرحمن ، واللّه أعلم .

وقرن الشيطان ورد ذكره في عدة أحاديث فقيل : قرنه أمته وشيعته ، وقيل : قرنه جانب رأسه ، وهذا =

---

(1) قوله : (ووجه تعلقهما بالفعل : أنه يتمادى بالبدار إلى الفرض في أول الوقت ، ويقصر بالتأخير) هكذا عبارته في (البسيط) وهي عَسِرة ، ومراده ما ذكره إمام الحرمين وغيره أن معنى تعلقهما بالفعل : أنه إذا عجل فريضة الصبح أو العصر في أول وقتها طال وقت الكراهة ، وإذا أخرها قصَّر لأن الكراهة تدخل بالفراغ من الفريضة .

(2) قوله : (قال ﷺ : إن الشمس تطلع مع قرن شيطان) إلى آخره رواه مالك والنسائي من رواية أبي عبد اللّه الصنابحي ، واسمه عبد الرحمن ، وسماه مالك : عبد اللّه ، والصواب الأول ، وهو تابعي ، وحدث بهذا عن النبي ﷺ فيكون مرسلًا .

و(قرن الشيطان) قيل : شيعته وتُبّاعه ، وقيل : جانب رأسه وهو الأظهر ، ومعناه : أنه يدني رأسه إلى الشمس في هذه الأوقات ليكون الساجدون للشمس حينئذٍ كالساجدين له ، ويكون له ولتباعه حينئذٍ تسلط يتمكنون من لبس الصلاة على صاحبها .

فأما المنوط بالطلوع فمن وقت بدوِّ إشراق الشمس إلى طلوع قرصها . وقيل : يمتد إلى استيلاء سلطان الشمس [1] ؛ لقوله – عليه الصلاة والسلام – : « فإذا ارتفعت فارقها » [1] .

= ظاهر هذا الحديث ، ومعناه : أنه يدني رأسه إلى الشمس في هذه الأوقات ، ليكون الساجدون للشمس في هذه الأوقات كالساجدين له ، وحينئذٍ يكون له ولشياطينه تسلط زائد وتمكن من أن يلبسوا على المصلين صلاتهم ؛ فكرهت لهم الصلاة صيانة لها ، كما كرهت في الأماكن التي هي مأوى الشيطان ، وفي حديث عمرو بن عنبسة عنه ﷺ وهو مما أخرجه أبو داود والنسائي : « فإنها تطلع بين قرني شيطان ، فيصلي لها الكفار » ، وفي رواية النسائي : « حتى ترتفع قيد رمح » وفيه في الغروب : « فإنها تغرب بين قرني شيطان ، وتصلي لها الكفار » ، وفيه في حالة الاستواء : « فإن جهنم تسجر ، وتفتح أبوابها » وهذا لا ينافي ما ذكرناه ، فإن فتح أبواب جهنم يوشك أن يكون لاستيلاء الشيطان وما يصدر من شيعته حينئذٍ ، والله أعلم » . المشكل (٨٢/١ أ – ٨٢ ب) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فأما المنوط بالطلوع في وقت بدو إشراق الشمس إلى طلوع قرصها ، وقيل : يمتد إلى استيلاء سلطان الشمس لقوله ﷺ : فإذا ارتفعت فارقها) فقوله : (بدو إشراق الشمس) غير مستقيم على هذا الوجه ، لأن إشراق الشمس إضاءتها ، يقال : شرقت شروقًا إذا طلعت ، وأشرقت إشراقًا إذا أضاءت بعد طلوعها . فالصواب إذًا ما وقع في بعض النسخ : وبدو شروق الشمس .

وقوله في الوجه الآخر : (إلى استيلاء حرها) وليس ذلك المراد منه بل المراد به ظهور شعاعها ، وكان هذا هو قول من قال : حتى ترتفع قيد رمح ، وذلك هو الصحيح لحديث عمرو بن عنبسة ، والله أعلم » . المشكل (٨٢/١ ب – ٨٣ أ) .

---

(1) قوله : (فأما المنوط بالطلوع فمن وقت بدوِّ إشراق الشمس إلى طلوع قرصها ، وقيل : يمتد إلى استيلاء سلطان الشمس) ، هكذا عبارته في (البسيط) وعبارة شيخه في (النهاية) ، فهذه العبارة بحروفها وفيها إنكاران آخران :

قوله : (إشراق الشمس) ومراده به الطلوع ، وهذا غلط فإن الإشراق هو الإضاءة ، وإنما يقال للطلوع الشروق ، يقال : شرقت الشمس تشرق شروقًا إذا طلعت ، وأشرقت إشراقًا إذا أضاءت بعد طلوعها وارتفاعها .

وقد وقع في بعض النسخ : (بدو شروق الشمس) وهذا هو الصواب .

وأما الثاني : فهو قوله / : (وقيل : يمتد إلى استيلاء سلطان الشمس) لأنه يوهم اشتراط استيلاء ٨٥/ب حرها ، وليس هو مراده ، بل مراده ما قاله غيره : أن الكراهة تمتد إلى ارتفاعها قيد رمح ، وهذا الوجه الثاني هو الصحيح الذي قطع به الأكثرون .

وأما الاستواء : فعبارة عن وقت وقوف الظِّل قبل ظهور الزيادة (١) (1) .

أما (٢) الغروب : فتدخل كراهيته باصفرار الشمس إلى تمام الغروب .

ويستثنى من هذه الكراهية من الصلوات ما لها سبب ، ومن الأيام الجمعة ، ومن البقاع مكة . (2)

أما الأول : فلما رُوي أنه – عليه الصلاة والسلام – رأى قيس بن قهد يصلي بعد

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وأما الاستواء فهو عبارة عن وقوف الظل) معناه ما ذكره في الدرس أي : ترى الظل كأنه واقف ، وإن لم يكن بالحقيقة واقفًا ، فإن الشمس لا تفتر عن سيرها أبدًا وهي أبدًا متحركة والظل بحسبها يتحرك ، والله أعلم » . المشكل (٨٣/١ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « وأما » .

---

(1) قوله : (والاستواء عبارة عن وقت وقوف الظل قبل ظهور الزيادة) المراد بوقوف الظل : ما يظهر لنا كأنه واقف وإن لم يكن وقوفًا حقيقيًا ، فإن الشمس لا تقف وهي متحركة ويتحرك الظل بذلك ، وقد فسره بقوله : (قبل ظهور الزيادة) .

(2) قوله : (ويستثني من الصلوات ما لها سبب ، ومن الأيام الجمعة ، ومن البقاع مكة) فقوله : (الجمعة) يوهم أن جميع يوم الجمعة يستثنى فلا يكره فيه الصلاة في شيء من الأوقات الخمسة وهذا وجه ضعيف ، ولكن الصحيح الذي قاله الجمهور : إنه لا يستثنى إلَّا حالة استواء الشمس خاصة . وأما قوله : (مكة) فكلام ناقص ، وكان ينبغي أن يقول : « مكة وحرمها » ، فإن له حكمها ، وفي هذا حديث قيس بن قهد ، رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وغيرهم ، وهو ضعيف ، في إسناده انقطاع ، قال الترمذي : لا يصح .

و(قهد) بقاف مفتوحة ، وهكذا وقع في بعض روايات هذا الحديث قيس بن قهد ، كما وقع هنا وفي (المهذب) وكتب الفقه . وفي رواية أبي داود والأكثرين : قيس بن عمرو ، وهو المعروف عند جمهور أئمة الحديث . ويغني عن هذا الحديث أحاديث صحيحة منها : حديث صلاته ﷺ سنة الظهر – حين فاتته – بعد العصر ، رواه البخاري ومسلم .

الصبح ، فقال : « ما هذا ؟ » فقال : ركعتا الفجر . فلم ينكر (١) . ففي معناهما (٢) كل ما له سبب : كالفائتة ، وصلاة الجنازة ، وسجود التلاوة ، وتحية المسجد (1) .

وأما ركعتا الإحرام فيكره (٣) (2) ؛ لأن سببها الإحرام ، وهو عذر (٤) متأخر ، وفي الاستسقاء تردد (3) ؛ لأن تأخيره ممكن (٥) .

(١) يقول ابن الصلاح : « حديث قيس بن قهد رواه الشافعي وأخرجه أبو داود وابن ماجه والترمذي ، وذكر الترمذي أن الراوي له عن قيس بن محمد إبراهيم التيمي ، ولم يسمع منه فهو مرسل ، وقيس هو ابن قهد بالقاف لا بالفاء ، والله أعلم » . المشكل (١/٨٣ب) .

والحديث أخرجه أبو داود : (٢/٢٢) كتاب الصلاة - باب من فاتته الصلاة متى يقضيها ؟ (١٢٦٧) والترمذي : (٢/٢٨٤) (١) أبواب الصلاة (١٩٦) باب ما جاء فيمن تفوته الركعتان قبل الفجر يصليهما بعد صلاة الفجر ، وابن ماجه : (١/٣٦٥) (٥) كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها (١٠٤) باب ما جاء فيمن فاتته الركعتان قبل صلاة الفجر (١١٥٤) ، والشافعي في الأم : (١/١٣١) .

(٢) في (أ ، ب) : « معناها » . (٣) في (ب) : « فتكره » .

(٤) في (أ ، ب) : « عنها » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قطع بكراهية ركعتي الإحرام ؛ لأن سببهما متأخر وهو عيب قد لا يوجد ، وفيه وجه آخر : أنهما لا يكرهان ، وهذا نراه أقوى ، لأن سببهما إرادة الإحرام ، وذلك غير متأخر.

وقوله : (وفي الاستسقاء تردد لأن تأخيره ممكن) هذا إذا نقض بالفائتة ، أجبنا بأن الفائتة تأخيرها خطر ويخشى فيه فتور الداعية ، ولا كذلك الاستسقاء فإنه يجتمع له الناس بأبلغ رغبة ورهبة فلا يخشى من تأخيرها عن الوقت المكروه مع قصره فتور وفوت ، والمسألة فيها وجهان لفريقين من الأصحاب كل =

(1) قوله : (وتحية المسجد) هذا ظاهره أنه لا فرق بين من دخل المسجد لغرض مقصود ، ومن دخله لقصد صلاة التحية لا غير ، وقد صرح به هو في (البسيط) وشيخه في (النهاية) ، ولكن فيمن دخل لقصد التحية فقط وجهان مشهوران ، أصحهما : الكراهة .

(2) قوله : (وأما ركعتا الإحرام فتكره) هذا الذي جزم به هو المذهب المشهور ، وفيه وجه : أنها / لا تكره ؛ لأن سببها إرادة الإحرام ، وهو موجود . ٨٦/أ

(3) قوله : « وفي الاستسقاء تردد » وهو وجهان مشهوران ، أصحهما : لا يكره ، وحكاه هو في « البسيط » وشيخه عن الأولين .

وأما استثناء الجمعة : فلما رَوَى أبو سعيد الخدري : « أنه نهى عن الصلاة نصف النهار[1] حتى تزول الشمس إلا يوم الجمعة » (١) . فقيل : يختص ذلك بمن يغشاه النعاس / ١٥/ب
فيقصد (٢) طردُه بركعتين . وقيل : إنه لا يختص به ، بل هو خاصية يوم الجمعة (٣) .

= منهما جازم بقوله غير متردد ، فتعبير المصنف عن ذلك بالتردد غير مرضي ، وله من ذلك الكثير ، وقد اعتذرت له بأن كل واحد من الوجهين مخرج على أصل المذهب فينشأ منهما تردد بالنسبة إلى أصل المذهب ، والله أعلم » . المشكل (٨٣/١ أ - ٨٣ ب) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وأما استثناء يوم الجمعة : فلما روى أبو سعيد الخدري أنه نهي كذا عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس ، إلا يوم الجمعة) هكذا وقع ها هنا من غير تصريح بالناهي وهو رسول الله ﷺ وهو مصرح به في غير هذا الكتاب ، وقد روي هذا الحديث عن أبي سعيد الخدري في جماعة من الصحابة بأسانيد لا تقوى ، ورواه أبو داود من حديث أبي قتادة وذكر في إسناده إرسالًا ، ورواه الشافعي من حديث أبي هريرة ، ونبه الحافظ الإمام أحمد البيهقي على ضعف أسانيده ثم قال : والاعتماد على أن النبي ﷺ استحب التبكير إلى الجمعة ثم رغب في الصلاة إلى خروج الإمام من غير تخصيص ولا استثناء ، والله أعلم » . المشكل (٨٣/١ ب) .

وانظر حديث أبي قتادة عند أبي داود : (٢٨٣/١) كتاب الصلاة - باب الصلاة يوم الجمعة قبل الزوال (١٠٨٣) ، ولفظه : عن أبي قتادة عن النبي ﷺ أنه كره الصلاة نصف النهار إلا يوم الجمعة ، وقال : «إن جهنم تسجر إلا يوم الجمعة » .

وانظر : الأم للشافعي : (١٣٠/١) ، وراجع : المجموع للنووى : (٨١/٤) .

(٢) في (أ ، ب) : « فقصد » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (بل هو خاصية يوم الجمعة) معناه : لا يكره فيه عند طلوع الشمس وغروبها ولا في شيء من الأوقات ، وهذا ضعيف ، فإن الحديث لا يقتضي ذلك إلا عند الاستواء ، والله أعلم » . المشكل (٨٣/١ ب) .

---

(1) قوله : (لما روى أبو سعيد أنه نهي عن الصلاة نصف النهار) إلى آخره فقول : (نهى) بفتح النون ، أى نهى النبي ﷺ فعاد الضمير في (نهى) إلى معلوم ، وهو مصرح به في روايات هذا الحديث ، ولكنه حديث ضعيف ، وروي من رواية جماعة من الصحابة بأسانيد ضعيفة .

الأصح : عدم الكراهة يوم الجمعة عند الاستواء ، يستوي فيه مَنْ غلبه النعاس ، ومن لم يحضر الجامع وغيرهما .

فأما استثناء مكة : فلما روي عن أبي ذر (١) أنه أخذ بعضادتي الكعبة (٢) ، وقال : من عرفني فقد عرفني ، ومن لم يعرفني فأنا جندب (1) سمعت رسول اللّه ﷺ يقول : « لا صلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس ، ولا بعد العصر حتى تغرب [الشمس] (٣) إلا بمكة » ؛ ولذلك (٤) لا يكره الطواف في سائر الأوقات ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « يا بني عبد مناف (2) ! من ولي منكم من أمور الناس شيئًا فلا يمنعن أحدًا طاف بهذا البيت [في أي] (٥) ساعة [شاء] (٦) من ليل أو نهار » (٧) .

(١) يقول ابن الصلاح : « حديث أبي ذر في استثناء مكة فيه نظر وإسناده ضعيف ، وقد رواه الشافعي وأحمد وأخرجه الدارقطني والبيهقي ، واللّه أعلم » . المشكل (٨٣/١ ب) .

وانظر الحديث في السنن الكبرى للبيهقي : (٤٦١/٢) ، وسنن الدارقطني : (٤٢٤/١ ، ٤٢٥) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله :(أخذ بعضادتي الكعبة) أي بعضادتي بنائهما وهما الخشبتان المنصوبتان عن يمين الراجل وشماله ، وفي غير هذه الرواية : (فأخذ بحلقة باب الكعبة) ، واللّه أعلم » . المشكل (٨٣/١ ب)

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « وكذلك » .

(٥) ، (٦) زيادة من (أ ، ب) ، ومن نسخة أخرى بهامش الأصل .

(٧) يقول ابن الصلاح : « حديث : « يا بني عبد مناف من ولي منكم من أمور الناس شيئًا فلا يمنعن أحدًا طاف بهذا البيت في ساعة شاء من ليل أو نهار » رواه جبير بن مطعم . أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ، قال الترمذي فيه : حسن صحيح ، وفي رواية له صحيحة : « فلا يمنعن أحدًا طاف بهذا البيت وصلى أي ساعة شاء » ، وهذا يصلح دليلًا في الصلاة ، واحتمال حمله على ركعتي الطواف قوي ، واللّه أعلم » . المشكل (٨٣/١ ب - ٨٤ أ) . =

(1) قوله : (لما روي عن أبي ذر - رضي اللّه عنه - أنه أخذ بعضادتي الكعبة وقال : من عرفني فقد عرفني ، ومن لم يعرفني فأنا جندب) إلى آخره . رواه الشافعي ، وأحمد ، والدارقطني ، والبيهقي ، وهو ضعيف ضعفه البيهقي وغيره ، و(جُندُب) بضم الجيم والدال وفتحها ، وهو اسم أبي ذر ، (العِضادتان) بكسر العين ، الخشبتان المنصوبتان في جنبي الباب يمينًا وشمالًا .

(2) قوله : (لقوله ﷺ : يا بني عبد مناف) إلى آخره . رواه أبو داود ، والترمذي ، والنسائي وغيرهم من رواية جبير بن مطعم . قال الترمذي : هو حديث حسن صحيح ، الأصح : أنه لا تنعقد في هذه الأوقات الصلاة التي لا سبب لها ، والوجهان جاريان سواء قلنا إن هذه كراهة تنزيه أو تحريم .

قاعدة :

لو تحرم بالصلاة (١) في وقت الكراهية ففي الانعقاد وجهان (٢) :

أحدهما : نعم كالصلاة في الحمام ، والدار المغصوبة . والثاني : لا كصوم يوم العيد .

فإن قلنا : لا تنعقد (٣) لم تلزم بالنذر . فأما أداء المنذورة (٤) فيها فجائز ؛ لأن النذر سبب كالقضاء (٥) [1] .

* * *

= الحديث أخرجه أبو داود : (١٨٠/٢) كتاب المناسك (الحج) باب الطواف بعد العصر (١٨٩٤) ، والترمذي : (٢٢٠/٣) (٧) كتاب الحج (٤٢) باب ما جاء في الصلاة بعد العصر وبعد الصبح لمن يطوف (٨٦٨) ، والنسائي : (٢٨٤/١) (٦) كتاب المواقيت (٤١) باب إباحة الصلاة في الساعات كلها بمكة (٥٨٥) ، (٢٤) كتاب المناسك (١٣٧) باب إباحة الطواف في كل الأوقات ، وابن ماجه : (٣٩٨/١)(٥) كتاب إقامة الصلاة (١٤٩) باب ما جاء في الرخصة في الصلاة بمكة في كل وقت (١٢٥٤) .

(١) في (أ ، ب) : « لصلاة » .

(٢) قال ابن الصلاح : « الوجهان المذكوران في انعقاد الصلاة في هذه الأوقات مأخذهما : أن النهي راجع إلى نفس الصلاة أو إلى أمر خارج ، وهذا لا يحملنا على أن نقول : هذه الكراهة كراهة تحريم ، خلافًا لما دل عليه إطلاقهم من أنها كراهة تنزيه ، وذلك أن نهي التنزيه أيضًا يُضاد الصحة إذا رجع إلى نفس الصلاة . فإنها لو صحت لكانت عبادة مأمورًا بها ، والأمر والنهي الراجعان إلى نفس الشيء يتناقضان على ما تقرر في أصول الفقه ، واللّه أعلم » . المشكل (٨٣/١ ب - ٨٤ أ) .

(٣) في (أ) : « ينعقد » .

(٤) في (أ) : « المنذور » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله في جواز أداء المنذورة فيها : (لأن النذر سبب كالقضاء) ذهب بعض المشايخ إلى أنه كان ينبغي أن يقول : كالفوات ؛ لأنه هو السبب ، قلت : ليس ذلك على ما توهموه ، فإن النذر ها هنا ليس عبارة عن فعل النذر الذي هو الالتزام حتى يقابل بالفوات ، وإنما المراد بالنذر والقضاء وصف الصلاتين بكونهما منذورة ومقضية ، فصفتاهما هاتان سبب لجواز فعلهما فيهما ، واللّه أعلم » . المشكل (٨٤/١أ) .

(1) قوله : (لأن النذر سبب كالقضاء) ، هذا كلام صحيح ، ولا يُقبل قول من زعم أن صوابه : الفوات .

الباب الثاني

في الأذان

الأذان (١) سُنَّةٌ [مؤكدة] (٢) ، وقيل : إنه (٣) فرض كفاية (٤) ، ولو امتنع عنه (٥) أهل بلدة (٦) يُقَاتَلُون (٧) عليه ؛ فإنه من شعائر الإسلام . والصحيح أنهم لا يقاتلون ؛ لأنه سُنَّة (1) .

والأصل فيه (2) : أن النبي – عليه الصلاة والسلام – شاور أصحابه (٨) في أمارة ينصبونها لحضور الجماعات ، فَذُكِرَ (٩) النار والناقوس ، فَذُكِرَ النصارى والمجوس ، فتفرقوا عن غير اتفاق رأي ، فقال عبد اللّه بن زيد الأنصاري : كنت بين النائم واليقظان

---

(١) في (أ ، ب) : « والأذان » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) « إنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « على الكفاية » .

(٥) « عنه » : ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « بلد » .

(٧) في (أ ، ب) : « قوتلوا » .

(٨) في (أ ، ب) : « الصحابة » .

(٩) في (أ ، ب) : « فذكروا » .

---

(1) قوله : (الأذان سنة ، وقيل : فرض كفاية فلو امتنع منه أهل بلد قُوتلوا ، والصحيح : أنهم لا يقاتلون ؛ لأنه سنة) معنى هذا أن في الأذان وجهين : أحدهما : فرض كفاية أني امتنعوا منه / قوتلوا . وأصحهما : ٨٦/ب
سنة ، فعلى هذا هل يقاتلون لتركه ؟ فيه وجهان ، الصحيح : لا يقاتلون . وقوله : (أهل بلد) كالمثال ، وأهل القرية الصغيرة والمحلة كأهل البلد في هذا .

(2) قوله : « والأصل فيه » إلى آخره ، هكذا ذكر هذا الحديث هو وشيخه والقاضي حسين ومن تابعه ، ولا نعلمه موجودًا هكذا بكماله في كتاب من كتب الحديث ، وكأنه ملتقط من روايات في السنن وغيرها ، بعضها صحيح وبعضها ضعيف ، وأصل الحديث في رؤيا عبد اللّه بن زيد الأذان والإقامة في المنام وإعلامه به النبي ﷺ وأمره أن يلقيه على بلال ليؤذن به صحيح رواه أبو داود والترمذي وغيرهما بأسانيد صحيحة ، وصححه الترمذي وغيره ، وبهذا التقدير يحصل غرض المصنف .

إذ نزل ملك من السماء [1] عليه ثياب خضر ، وبيده ناقوس . فقلت : أتبيع [هذا] [١] الناقوس [مني] [١] [2] ؟ فقال : وما تصنع به [مني] [١] ؟ فقلت : أضرب به في مسجد رسول اللّه ﷺ . فقال : أَوَلا أدلُّك على خَيْرٍ من ذلك ؟ فقلت [٢] : بلى . فاستقبل القبلة وقال [٣] : اللّه أكبر . وسرد الأذان ، ثم استأخر غير بعيد فأقام فأصبحت وحكيت الرؤيا لرسول اللّه ﷺ فقال : « رؤيا صدق إن شاء اللّه ، ألقه على بلال ، فإنه أندى صوتًا منك » [3] فقلت : ائذن لي مرة واحدة ، فأَذَّنْتُ بِإِذْنِه [4] ، فلما سمع عمر صوتي خرج يَجُرُّ رداءه وهو يقول : والذي بعثك بالحق لقد رأيت مثل ما أرى [٤] . فقال : « الحمد للّه ، فذاك [٥] أثبت » ، ثم أتاه بضعة عشر من الصحابة [٦ قد رأي كلهم مثل ذلك ٦] [5]

هذا تمهيد الباب . ومقصوده يحصره ثلاثة فصول .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « قلت » .

(٣) في (أ ، ب) : « فقال » .

(٤) في (أ ، ب) : « رأى » .

(٥) في (أ ، ب) : « فذلك » .

(٦) في (أ) : « كلهم قد رأى ذلك » . =

---

(1) وأما قوله : (كنت بين النائم واليقظان ، إذ نزل ملك من السماء) ، هذا ضعيف وباطل ، والصواب ما صح في سنن أبي داود وغيره ، قال : « طاف بي وأنا نائم رجل يحمل ناقوسًا » . وذكر الحديث .

(2) قوله : « قلت : أتبيع هذا الناقوس مني ؟ » لفظة : « منّي » ليست في هذا الحديث في كتب السنن المعتمدة .

(3) قوله : ﷺ « أندى صوتًا منك » ، أي : أبعد .

(4) قوله : (ائذن لي مرة واحدة فأذنت بإذنه) ، هذا باطل ، والصواب ما وقع في سنن أبي داود وغيره : أنه ألقاه على بلال ، فأذن بلال ، ولم ينقل أن عبد اللّه بن زيد أذن .

(5) قوله : (ثم أتاه بضعة عشر من الصحابة كلهم رأى مثل ذلك) ، هذا ليس بثابت ولا معروف ، وإنما الثابت : خروج عمر بن الخطاب – رضي اللّه عنه – لما روي أنه ﷺ قال لأبي سعيد الخدري : « إنك رجل تحب البادية » إلى آخره ، هذا الحديث مما غيره المصنف وشيخه وصاحب (الحاوي) والقاضي حسين والرافعي وغيرهم من الفقهاء ، فجعلوا النبي ﷺ هو قائل هذا الكلام لأبي سعيد / وغيروا لفظه = ١/٨٧

....

= ويقول ابن الصلاح : « ومن باب الأذان ما ذكره من الحديث في بدء الأذان ، لم نجده بجملته في رواية واحدة ، وهو كالملتقط مما جاء في ذلك من روايات متفرقة مع تفاوتها في صحة أسانيدها ، وما ذكره من أن عبد اللّه بن زيد هو أذن أولًا لم أجده بعد البحث ، وهو غيرصحيح ، وفيما رواه أبو داود وغيره خلافه ، وأن بلالًا هو الذي أذن أولًا بإلقاء زيد بن عبد اللّه عليه ، وكذلك لم أجد بعد إمعان البحث ما ذكره من رؤيا بضعة عشر من الصحابة مثل ذلك واللّه أعلم . وقوله ﷺ : « فإنه أندى منك صوتًا » : أي أبعد صوتًا وأرفع » . المشكل (٨٤/١ أ - ٨٤ ب) . وراجع الحديث عند أبي داود : (١٣٥/١ ، ١٣٦) كتاب الصلاة - باب كيف الأذان (٤٩٩) ، والترمذي : (٣٥٨/١) (٢) أبواب الصلاة (٢٥) باب ما جاء في بدء الأذان (١٨٩) ، وابن ماجه : (٢٣٢/١) (٣) كتاب الأذان (١) باب بدء الأذان (٧٠٦) .

= أيضًا ، فالصواب : ما ثبت في صحيح البخاري والموطأ وجميع كتب الحديث عن عبد اللّه ابن عبد الرحمن بن أبي صعصعة الأنصاري أن أبا سعيد الخدري قال له : أي أنك تحب الغنم والبادية ، فإذا كنت في غنمك أو باديتك فأذنت للصلاة فارفع صوتك بالنداء ، فإنه لا يسمع صوت المؤذن جن ولا إنس ولا شيء إلا شهد له يوم القيامة ، قال أبو سعيد : سمعته من رسول اللّه ﷺ هذا لفظ رواية البخاري وسائر المحدثين وغيرهم . واسم أبي سعيد : سعد بن مالك بن سنان الأنصاري الخدري ، منسوب إلى بني خدرة قبيلة من الأنصار .

الفصل الأول

في المحل الذي يشرع فيه الأذان

وهو جماعة الرجال في كل مفروضة مؤداة .

وفي الضابط قيود [أربعة] (١) :

الأول : الجماعة ، فالمنفرد في بيته أو في سفر إذا لم يبلغه نداء المؤذن ، فيه قولان :

الجديد : أنه يُؤذن ويقيم ؛ لما رُوي أنه - عليه الصلاة والسلام - قال لأبي سعيد الخدري : « إنك رجل تحب البادية والغنم ، فإذا دخل وقت الصلاة فأَذِّن وارفع صوتك ، فإنه لا يسمع صوتك شجر ولا مدر ولا حجر إلا شهد لك يوم القيامة » (٢) .

وفي القديم : لا يُشْرَعُ (1) ، لأن مقصوده الإبلاغ فيختص بالجماعة .

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (روي أن النبي ﷺ قال لأبي سعيد الخدري : إنك رجل تحب الغنم والبادية ، فإذا دخل وقت الصلاة فأذن وارفع صوتك ، فإنه لا يسمع صوتك شجر ولا مدر ولا حجر إلا شهد لك يوم القيامة) أصل هذا الحديث ثابت ، رواه الشافعي عن مالك ، وأخرجه البخاري في صحيحه عن ابن أبي أويس عن مالك ، لكن قول صاحب الكتاب وقول شيخه : أن النبي ﷺ قال لأبي سعيد : « إنك رجل تحب الغنم والبادية » وهم وتحريف ، إنما القائل لذلك أبو سعيد الراوي عنه وهو عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي صعصعة : (إني أراك تحب الغنم والبادية) ، ولفظه في كتاب البخاري عن أبي صعصعة المذكور أن أبا سعيد الخدري قال له : (إني أراك تحب الغنم والبادية ، فإذا كنت في غنمك أو باديتك فأذنت بالصلاة فارفع صوتك بالنداء فإنه لا يسمع مدى صوت المؤذن جن ولا أنس ولا شيء إلا شهد له يوم القيامة) . قال أبو سعيد : سمعته من رسول الله ﷺ ، ورواية الشافعي عن مالك نحو هذا أيضًا » . المشكل (١/٨٤ب - ٨٥أ) .

وانظر الحديث عند البخاري : (٢/١٠٤) (١٠) كتاب الأذان (٥) باب رفع الصوت بالنداء (٦٠٩) ، وطرفاه : (٣٢٩٦ ، ٧٥٤٨) ، والنسائي : (٢/١٢) (٧) كتاب الأذان (١٤) باب رفع الصوت بالأذان (٦٤٤)، وابن ماجه : (١/٢٤٠) (٣) كتاب الأذان (٥) باب فضل الأذان وثواب المؤذنين (٣٢٧) .

(1) قوله : (وفي القديم لا يشرع) تابع المصنفُ في تسمية هذا القول قديمًا صاحب (الإبانة) ، وغلطا فيه ، بل قال الأصحاب : نصه في القديم والجديد أنه يشرع ، وفيه قول مخرج من الفائتة أنه لا يشرع .

وقيل : إن كان يرجو حضور جمع يُؤذن ، وإلا فلا ، وكان الخدري يرجو حضور غلمانه ، ثم الصحيح : أنه يستحب رفع الصوت وإن كان منفردًا (1) . أما إذا بلغه نداء البلد فالخلاف مرتب ، وأَوْلَى أن لا يؤذن (2) اكتفاءً بالنداء العام ، وإن أذن فأَوْلَى بألا يرفع الصوت (١) .

القيد الثاني : الرجال ، ففي أذان المرأة في الانفراد والجماعة ثلاثة أقوال ؛ أحدها : أنها تؤذن وتقيم ، والثاني : لا ، والثالث : تقيم ولا تؤذن . ثم هي ممنوعة عن رفع الصوت منع تحريم (3) .

القيد الثالث : المفروضة ، فلا أذان في [جماعة] (٢) النوافل كصلاة الخسوف والاستسقاء والجنازة والعيد ، بل يُنَادَى : الصلاة جامعة (٣) (4) .

---

(١) في (أ ، ب) : « صوته » . (٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فلا أذان في جماعة النوافل كصلاة الخسوف والاستسقاء والجنازة=

---

(1) قوله : (الصحيح : أنه يستحب رفع الصوت وإن كان منفردًا) يعني الصحيح من الوجهين ، وصورة المسألة : إذا لم يُصَلِّ في مسجد صليت فيه جماعة فإن كان في مسجد صليت فيه جماعة لم يرفع الصوت ، نص عليه الشافعي في (الأم) ، واتفقوا عليه ، ولو حذف قوله : (وإن كان منفردًا) لكان أحسن ؛ لأن الكلام مفروض في المنفرد فلا حاجة إلى تكراره .

(2) قوله : (أما إذا بلغه نداء البلد فالخلاف مرتب ، وأولى بأن لا يؤذن) . حاصله طريقان ؛ أصحهما : أنه على الخلاف إذا لم يبلغة النداء ، وبه قطع الماوردي ، والثاني : لا يؤذن قطعًا ، والأصح على الجملة : أنه يؤذن ، فإن قلنا لا يؤذن : أقام على المذهب ، وقيل : وجهان ، وهو غلط . قوله : (في أذان المرأة في الانفراد والجماعة ثلاثة أقوال) : الصحيح المنصوص في (الأم) وبه قطع الجمهور : تُقيم ولا تُؤذن ، فعلى هذا لو أذنت ولم ترفع صوتها قال الشافعي في (الأم) والأصحاب : كان ذكرًا ولم يكن أذانًا ولا يكره ، وقال صاحب (المهذب) : يكره ، وليس / كما قال . واتفقوا على أنه لا يعتد بأذانها للرجال . ٨٧/ب

(3) قوله : (ثم هي ممنوعة من رفع الصوت منع تحريم) هذا صحيح ، قال الشافعي والأصحاب : إذا قلنا تؤذن لم ترفع صوتها فوق ما تسمع صواحبها ، فإن رفعت فوقه حَرُم ؛ لأنه يفتتن بصوتها كوجهها .

(4) قوله : (لا أذان في جماعة النوافل كالخسوف ، والاستسقاء ، والجنازة ، والعيد ، بل ينادى لها : الصلاة جامعة) ينكر عليه في هذا شيئان : أحدهما : كونه جعل صلاة الجنازة من النوافل ، وإنما هي =

القيد الرابع : المؤداة ، أما الغائبة ففيها ثلاثة أقوال :

الجديد : أنه يُقيم لها [١] ولا يُؤذن ؛ لأن الإقامة للشروع [٢] ، والأذان للإبلاغ .

والقديم : أنه يُؤذن ويُقيم نظرًا إلى حرمة الصلاة .

ونصَّ في الإملاء : أنه إن كان يرجو جماعة أَذَّن ، وإلا اقتصر على الإقامة .

فإن قلنا : يُؤَذِّن ، فلو كان يؤدي فوائت [1] فلا يؤذن إلا مرة واحدة [2] ، ولا سبيل إلى موالاة أذانين [3] في وقت واحد .

= والعيد) كان ينبغي أن يؤخر ذكر الجنازة ويقول : وكذا صلاة الجنازة ، فإنها ليست من النوافل بل فرض كفاية عنده وعند غيره . وقوله : (بل ينادى لها : الصلاة جامعة) هو بنصب الصلاة على الإغراء ، وبنصب جامعة على الحال ، والذي ذكره أبو حامد الإسفراييني وصاحب (التهذيب) وآخرون أنه لا ينادى لها أيضًا : الصلاة جامعة ، ولكن ما ذكره المصنف قد ذكره جماعة ، والله أعلم » . المشكل (١/٨٥أ) .

(١) « لها » : ليست في (ب) .

(٢) في الأصل : « للمشروع » .

= فرض كفاية ، وكان الصواب أن يقول : وكذا الجنازة ، والثاني : كونه جزم في صلاة النوافل بأنه يقول : الصلاة جامعة ، وهو وجه ضعيف ، والصحيح المنصوص في (الأم) وقطع به الشيخ أبو حامد ، والمحاملي ، والبغوي وآخرون : أنه لا يستحب ذلك . وقوله : (الصلاة جامعة) بنصبهما ، الأول على الإغراء ، والثاني على الحال . الأصح : أنه يؤذن للفائتة ، صححه الجمهور وممن صححه الشيخ أبو حامد والمحاملي في كتبه وسليم الرازي ، والفوراني ، وصاحب (التنبيه) والروياني ، ونصر المقدسي ، وهو الذي جاءت به الأحاديث الصحيحة ، ولا نغتر بتصحيح الرافعي وغيره منع الأذان ، ولا خلاف أنه يقيم لكل فائتة ، وعبارته في (الوجيز) تقتضي إثبات خلاف في الإقامة ، وهو غلط بلا شك .

(1) قوله : (فلو كان يؤدي فوائت) كان الأحسن أن يقول : (يقضي) بدل : (يؤدي) .

(2) قوله : (ولا يؤذن إلا مرة واحدة) يعني للصلاة الأولى .

(3) قوله : (لا سبيل إلى موالاة أذانين) فيه إشارة إلى ما ذكره أصحابنا : لا تشرع موالاة أذانين إلا في صورتين ، إحداهما : إذا أخروا مؤداة فأذن لها في آخر وقتها وصلوها ، ثم دخلت فريضة أخرى عقبها فيسن لها الأذان قطعًا ، الثانية : إذا صلى فائتة قبيل الزوال مثلًا وأذن لها على قولنا : يشرع الأذان للفائتة فلما فرغ منها دخلت الظهر فيؤذن لها . ولم يستثنِ / إمام الحرمين والمصنف في (البسيط) إلا الصورة الثانية ، ولابد من استثناء الأولى . ١/٨٨

ولو قدم العصر إلى وقت الظهر يؤذن (١) للظهر أولًا ، ويُقيم للعصر بعده ولا يؤذن .

فإن (٢) أخَّر الظهر إلى وقت العصر ، فإن قلنا : يؤذن كالفائتة فيؤذن للظهر ، ثم يقيم للعصر [بعده] (٣) ، وإن قلنا : لا يؤذن للفائتة (٤) فلا يؤذن للظهر ؛ لأنها كالفائتة ثم لا يؤذن للعصر - أيضًا - (٥) كيلا تنقطع الموالاة بين الصلاتين ، ويشهد له أن الرسول (٦) ﷺ جَمَعَ بين الظهر والعصر في وقت الظهر بعرفة بأذان وإقامتين ، وأَخّرَ المغرب إلى العشاء بمزدلفة بإقامتين (٧) [1] .

(١) في (أ ، ب) : « فيؤذن » . (٢) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) قوله : « فيؤذن للظهر ثم يقيم للعصر ... للفائتة » سقط من (ب) .

(٥) « أيضًا » : ليست في (أ ، ب) . (٦) في (أ ، ب) : « رسول اللّه » .

(٧) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره في الجمع بين الصلاتين في وقت الثانية من أنه يشهد للقول بأنه لا يؤذن ويقتصر على إقامتين لهما أن رسول اللّه ﷺ أخر المغرب إلى العشاء بالمزدلفة بإقامتين ، فهذا مما اختلفت الرواية فيه عن رسول اللّه ﷺ وذلك مستند اختلاف القول ، فروى البخاري من حديث ابن عمر أنه ﷺ جمع بينهما كل واحدة منهما بإقامة ، وفي رواية : لم يناد في كل واحدة منهما إلا بإقامة ، وروى مسلم في صحيحه من حديث جابر أنه ﷺ جمع بينهما بأذان وإقامتين ، ورواية جابر في الحج ترجحت على رواية غيره بأنه اقتص ذكر حجته ﷺ فساقه سياقة دلت على جودة حفظه ، وأيضًا ففي رواية عند أبي داود وغيره عن ابن عمر أيضًا أنه أذن وأقام للمغرب ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٨٥ أ - ٨٥ب) . انظر حديث ابن عمر - رضي اللّه عنهما - عند البخاري : (٣/٥٢٣) (٢٥) كتاب الحج (٩٦) باب من جمع بين الصلاتين بالمزدلفة ولم يتطوع (١٦٧٣) ، والرواية الأخرى عنه عند أبي داود : (٢/ ١٩٢) كتاب المناسك (الحج) - باب الصلاة بجمع (١٩٣٣) . وراجع حديث جابر عند مسلم : (٢/٨٨٦ - ٨٩٢) (١٥) كتاب الحج (١٩) باب حجة النبي ﷺ (١٢١٨) .

(1) قوله : (إن النبي ﷺ جمع بين المغرب والعشاء بمزدلفة بإقامتين) هذا رواه البخاري من رواية ابن عمر، وروى مسلم من رواية جابر أن النبي ﷺ جمع بينهما بأذان وإقامتين . ورواية جابر أولى لأوجه ؛ أحدها : أنه أحسن الصحابة سياقًا بإثبات الأذان ، واختلفت الرواية عن ابن عمر بإثباته ونفيه ، فروى أبو داود إثبات ، فالأصح استحباب الأذان .

فرع : الجماعة الثانية في المسجد المطروق هل يؤذن لها ؟ فيه قولان [1] نقلهما صاحب التقريب [١] ؛ أحدهما : لا ؛ فإن كل واحد من الجمع مدعوٌّ بالأذان الأول مجيب . والثاني : نعم ؛ لأن الدعوة الأُولى تَمَّت بالإجابة الأُولى .

ثم إذا قلنا هاهنا وفي [٢] المنفرد : إنه لا يؤذن ، ففي الإقامة خلاف [2].

* * *

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (الجماعة الثانية في المسجد المطروق هل يؤذن لها ؟ فيه قولان نقلهما صاحب التقريب) التقييد بالمطروق ، فلعل المصنف خصصه بالمطروق ؛ لأن إقامة الجماعة الثانية في غير المطروق الذي له إمام راتب مكروهة على الأصح ، أو لأن الحاجة إلى إقامة الجماعة الثانية إنما تدعو غالبًا في المسجد المطروق ، والله أعلم » . المشكل (١/٨٥ ب) .

(٢) في (أ) : « ففي » ، وفي (ب) : « في » .

---

(1) قوله : (الجماعة الثانية في المسجد المطروق هل يؤذن لها ؟) فيه قولان ، الأصح : استحباب الأذان ، ولا فرق بين المسجد المطروق وغيره ، فالقولان جاريان في الجماعة الثانية مطلقًا ، كذا نقلهما إمام الحرمين وغيره عن نقل صاحب (التقريب) . قال الرافعي وغيره : لم يذكر المطروق للاحتراز بل لأن إقامة جماعة بعد جماعة إنما يقع غالبًا في المسجد المطروق ولأن إقامة الجماعة في المسجد الذي ليس بمطروق إذا كان له إمام راتب مكروهة على الأصح .

(2) قوله : (ثم إذا قلنا هنا وفي المنفرد أنه لا يؤذن ففي الإقامة خلاف) يعني وجهين ، المذهب : استحبابها .

الفصل الثاني
في صفة الأذان

ويشرع فيه (١ أمور خمسة ١) :

الأول : الأذان مثنى مع الترتيل ، والإقامة فُرَادَى مع الإدراج ، بأخبار صحَّت فيه (٢) (1) .

وقال أبو حنيفة : الإقامة كالأذان / إلا في الترتيل . ١٦/أ

(١) في (أ ، ب) : « خمسة أمور » . (٢) في (أ ، ب) : « صحت في ذلك » .

ويقول ابن الصلاح : « قوله : (الأذان مثنى مثنى مع الترتيل ، والإقامة فرادى مع الإدراج بأخبار صحت في ذلك) هذا صحيح في كون الأذان مثنى والإقامة فرادى ، روينا عن أنس - رضي الله عنه - أنه قال : أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة ، اتفقا على صحته ، وفي رواية للبخاري : إلا الإقامة ، ورواه يحيى بن معين وقتيبة وابن سعيد أن رسول الله ﷺ أمر بلالًا بذلك .

وأما وصف الترتيل في الأذان والإدراج : فروي فيه حديث لا يصح ، وهو ما رويناه من حديث جابر وأبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال لبلال : « إذا أذنت فترسل ، وإذا أقمت فاحذم » ، ورويناه موقوفًا من كتاب أبي عبيدة في غريب الحديث بإسناده عن أبي الزبير مؤذن بيت المقدس أن عمر بن الخطاب قال له ذلك ، قال أبو عبيدة : قال الأصمعي : الحذم الحدر في الإقامة وقطع التطويل ، قلت : هو الحذم بالحاء المهملة والذال المعجمة ، فلم يصب في روايته . أخبرت بقراءتي في كتاب « مجمع الغرائب » عن جامعه أبي الحسن عبد الغافر بن إسماعيل الفارسي قال عند ذكر هذا الحديث كما ذكرته : أصل الحذم : الإسراع في المشي ، فأما الخذم والجذم بالخاء والجيم فهما من القطع وليسا في هذا الحديث ، والله أعلم » . المشكل (١/٨٥ب - ٨٦أ) .

(1) قوله : (الأذان مثنى مثنى مع الترتيل ، والإقامة فرادى مع الإدراج بأخبار صحت في ذلك) المراد : معظم الأذان مثنى ، وإلا فالتهليل في آخره مرة واحدة ، والتكبير في أوله أربع مرات ، ومعظم كلمات الإقامة فرادى ، وإلا فلفظ التكبير في أولها وآخرها ، ولفظ : قد قامت الصلاة مثنى . وقوله : (لأخبار صحت في ذلك) ، منها : حديث أنس قال / : « أُمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة » . رواه ٨٨/ب البخاري ومسلم بحروفه كلها ، وقد وهم من أنكر كون مسلم لم يذكر قوله : « الإقامة » ، فقد ذكرها في أثناء طرقه . أما الترتيل والإدراج ففيهما حديث ضعيف من رواية جابر وأبي هريرة أن رسول الله صلى الله ....

وبالغ مالك في الإفراد - يعني في الإقامة - فاكتفى بقوله : الله أكبر مرة في أولها ومرة في آخرها ، وبقوله : قد قامت الصلاة ، وهو قول ضعيف للشافعي .

وبالغ مالك في الإفراد ، واكتفى بقوله : « اللّه أكبر » ، مرة واحدة (١)

الثاني : الترجيع مأمور به ؛ لقول أبي محذورة : « علّمني رسول اللّه ﷺ الأذان تسع عشرة كلمة » (٢) (1) .

وكيفيته : أن يذكر كلمتي الشهادة مع خفض الصوت مرتين ، ثم يعود إليه ويرفع الصوت . والأصح : أنه ليس ركنًا (2) ؛ إذ لا إبلاغ فيه .

الثالث : التثويب (٣) في أذان الصبح مشروع على القديم . وقال في الجديد : أكره ذلك ؛ لأن أبا مَحْذُورة لم يَحْكه .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وبالغ مالك في الإفراد) يعني في الإقامة فيقول : (اللّه أكبر) مرة واحدة وكذلك في آخر الأذان وفي : « قد قامت الصلاة » مرة واحدة ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٨٦أ) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (الترجيع مأمور به ؛ لقول أبي محذورة : علمني رسول اللّه ﷺ الأذان تسع عشرة كلمة) رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم وهو في رواية مسلم وأكثر الروايات مفصل مع الترجيع تسع عشرة كلمة ، إن لم يقولوا تسع عشرة كلمة ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٨٦أ) .

والحديث أخرجه أبو داود :(١/١٣٤) كتاب الصلاة – باب كيف الأذان (٥٠٢) ، والترمذي : (١/ ٣٦٧) (٢) أبواب الصلاة (٢٦) باب ما جاء في الترجيع في الأذان (١٩٢) ، والنسائي : (٢/٤)(٧) كتاب الأذان (٤) كم الأذان من كلمة (٦٣٠) ، وابن ماجه : (١/٢٣٥) (٣) كتاب الأذان (٢) باب الترجيع في الأذان (٧٠٩) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « التثويب في أذان الصبح رواه أبو داود وغيره في حديث أبي محذورة ، ولم يخرج في الصحيحين وأكثر أصحابنا أو الكثير منهم لم يجعلوا المسألة ذات قولين ورأوا القطع باستحبابه ، وفي « المهذب » قال أصحابنا : ليس ذلك قولًا واحدًا ، وإنما كرهه في الجديد لأن أبا محذورة لم يحكه ، وقد صح ذلك في حديث أبي محذورة . واللّه أعلم » . المشكل (١/٨٦ أ) .

---

(1) قوله : (لقول أبي محذورة : علمني رسول اللّه ﷺ الأذان تسع عشرة كلمة) هذا الحديث رواه مسلم وغيره بإثبات الترجيع ، لكن لم يقل تسع عشرة كلمة ، بل ذكره بكماله فبلغ تسع عشرة ، إلا أنه وقع في رواية مسلم التكبير في أوله مرتين لا أربعًا ، ووقع في رواية أبي داود والترمذي والنسائي أربعًا بإسناد صحيح ، قال الترمذي : هو حديث صحيح . واسم أبي محذورة : سمرة ، وقيل : أوس ، أسلم بعد الفتح .

(2) قوله في الترجيع : (الأصح أنه ليس ركنًا) يعني : أصح الوجهين وحكاهما القاضي حسين وغيره قولين ، ويدل على أنه ليس ركنًا حذفه في أحاديث كثيرة ، والحكمة في الترجيع : أنه يأتي بتدبر وإخلاص .

والفتوى على القديم [1] ؛ لأنه صحَّ عن أبي محذورة [2] ، (١ وإن لم ١) يبلغ الشافعي رضي اللّه عنه .

ثم المشهور : أنه ليس ركنًا وجهًا واحدًا ، وفيه احتمال (٢) [3].

الرابع : القيام واستقبال القبلة في جميع الأذان مشروع . وهل يُعتد بالأذان دونهما ؟ فعلى وجهين :

---

(١) في (أ ، ب) : « ولم »

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (المشهور أنه ليس ركنًا وجهًا واحدًا ، وفيه احتمال) أي ليس فيه خلاف ، وإن كان في الترجيع خلاف ، وفيه احتمال أبداه شيخه ، لأنه كسائر الأذان في شرعية رفع الصوت به ، فكان أولى بالخلاف من الترجيع واللّه أعلم . ثم إنه عند رفع الصوت في الأذان العام الذي نعتبر فيه الإبلاغ ركنًا والترتيب شرطًا ، وقد سبق منه في الوضوء عند الترتيب ركنًا ، وهذا مشكل وشرحه : أن المبلِّغ إنما هو أذان يرفع به الصوت إذا جرى من المبلِّغ فكان ركنًا فيه ، والترتيب هيئة فيه يحصل أصل الإبلاغ والإعلام بدونه لما فيه من التصريح بقوله : حي على الصلاة ، ثم إن له التساهل بتسمية الشرط ركنًا على جهة الاستعارة، ولهذا عد الترتيب ركنًا في الوضوء وسيأتي إن شاء اللّه – تبارك وتعالى – تمام الكلام في هذا في أول باب استقبال القبلة ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٨٦ أ – ٨٦ ب) .

---

(1) قوله : (التثويب في أذان الصبح مشروع في القديم ، وقال في الجديد : أكره ذلك) ، قال : (والفتوى على القديم) ، لم ينفرد القديم باستحبابه ، بل نص عليه أيضًا في (البويطي) ، وحكاه عنه القاضي أبو الطيب وصاحب « الشامل » ، ونقله المتولي عن نصه في عامة كتبه واتفقوا على أن الأصح استحبابه ، وقطع به كثيرون ، ونقله صاحب (المهذب) عن أصحابنا مطلقًا .

(2) قوله : (صح عن أبي محذورة) هو كما قال ، رواه أبو داود وغيره بإسناد حسن ، وصح أيضًا من رواية أنس .

(3) قوله : (وفيه احتمال) هو احتمال لإمام الحرمين لأنه كباقي ألفاظ الأذان في رفع الصوت ، فكان أولي بالخلاف من الترجيع . وحجة المذهب في أنه ليس ركنًا : أنه محذوف في سائر الصلوات ، وفي أكثر روايات الحديث ، والأصح : صحة الأذان والإقامة قاعدًا ومضجعًا مع القدرة على القيام وإلى غير القبلة ، لكن يكره / من غير عذر .

٨٩/أ

يُنظر في أحدهما إلى حصول مقصود الإبلاغ [١] دونهما ، وفي الثاني إلى استمرار الخَلْق عليه كما في القيام في الخطبتين ، والقعود بينهما .

وعلى الوجهين [٢] يُستحب أن يقول : « حي على الصلاة » مرتين ملتفتًا إلى اليمين ، بحيث لا يحول صدره عن القبلة ، وفي « حي على[٣] الفلاح » إلى اليسار .

واختار القفَّال أنه يُقَسِّمُ الحيعلتين على الجهتين .

أما رفع الصوت فركن [1] ؛ إذ لا يحصل الإبلاغ دونه . ثم لا تتأدى سنة هذا الشعار إلا بأن يَعُمَّ صوت المؤذنين جميع أطراف البلد .

الخامس : يشترط الترتيب والموالاة في كلمات الأذان ، فإن عكسها لم يُعتد به ، وإن طَوّل السكوت في أثنائها فقولان .

ووجه البطلان : أنه يكاد يفوت مقصود الإبلاغ به . فإن قلنا : لا يبطل فلو تكلم في مثل تلك المدة فقولان . ولو بنى عليه غيره فقولان مرتبان [٤]، لزيادة اللبس .

---

(١) في (أ ، ب) : « البلاغ » .

(٢) في (أ ، ب) : « وجهين » .

(٣) سقطت « على » من الأصل .

(٤) « مرتبان » : ليست في (أ ، ب) .

---

(1) قوله : (أما رفع الصوت فركن) يعني : إذا أذن للجماعة فيشترط رفع الصوت على المذهب ، فلو أسرَّ ببعضه لم يصح ، وفي وجه : يصح ، وفي وجه ثالث : يصح إن أسر ببعضه دون كله ، وهو ظاهر النص ، ولكنه متأول على من أذن لنفسه فقط فإنه يكفيه الإسرار بحيث يسمع نفسه ، ثم إنه سمى رفع الصوت ركنًا والترتيب شرطًا .

قال الرافعي : الأمر في هذا هين ، وكلاهما لابد منه ، وقال أبو عمرو : سببه أن رفع الصوت جزء من الأذان فكان ركنًا ، بخلاف الترتيب فإنه هيئة خارجة عن ذات الأذان ، الأصح : بطلان الأذان بطول السكوت ، وبالكلام الطويل ، وبالردة ، وبالإغماء ، وأنه لا يصح بناء غيره عليه .

ولو ارتدَّ وطال الزمان فقولان مرتبان على السكوت ، ولو (١) قصر الزمان فقولان .

ووجه البطلان : أن الردة تُحبط ما مضى من العبادة (1) .

(٢ ولو تكلم في أثناء الأذان بكلام يسير لم يضر ٢) إلا إذا رفع صوته على حدِّ الأذان ففيه تردد ؛ لأنه يجر لبْسًا (2) .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « فلو » .

(٢) في (أ ، ب) : « ولو تكلم بكلام يسير في أثناء الأذان لم يضر » .

(1) قوله : (إن الردة تحبط ما مضى من العبادة) معناه : تبطل العبادة التي هو فيها ، وأما العبادات السابقة فلا تبطلها إلا إذا اتصلت بالموت ، وهذا لا خلاف فيه عندنا .

(2) قوله : (ولو تكلم في أثناء أذانه بكلام يسير لم يضر إلا إذا رفع صوته على حدِّ الأذان ، ففيه التردد لأنه يجر اللبس) هذا التردد للشيخ أبي محمد ، وقطع الجمهور بأنه لا يضر وهو المذهب ، هذا إذا كان كلامًا يسيرًا ورفع صوته به كرفع أذانه ، وهذا معنى قوله : (على حدِّ الأذان) .

الفصل الثالث
في صفات المؤذن

والمشروط ثلاث صفات :

أن يكون مسلمًا عاقلًا ذكرًا .

فلا يُعتد بأذان الكافر ، ويتصور ذلك منه إذا كان عيسويًّا [1] يعتقد أن محمدًا ﷺ رسول اللّه إلى العرب [(١)] .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في أذان الكافر : (لا يصح ، ويتصور منه إذا كان عيسويًّا يعتقد أن محمدًا رسول اللّه ﷺ مبعوث إلى العرب) العيسوية طائفة من اليهود ، وليست هذه التسمية نسبة إلى عيسى بن مريم – صلى اللّه عليه وعلى نبينا والنبيين وسلم – وإنما هي نسبة إلى أبي عيسى الأصبهاني اليهودي ، ولا يضيق تصوير ذلك ولا ينحصر فيما ذكرناه ، بل ذلك متصور في كل كافر ؛ لأنه وإن صار مسلمًا بالشهادتين فأول أذانه باطل لكفره حينئذ ، فيبطل أذانه ببطلان أوله ، واللّه أعلم » . المشكل (١/ ٨٦ب) .

وقد أثار الحموي بخصوص هذا الكلام إشكالًا ورد عليه بقوله : « قوله في صفات المؤذن : (فالمشروط ثلاث صفات : أن يكون مسلمًا ذكرًا عاقلًا ، فلا يعتد بأذان الكافر ، ويتصور ذلك إذا كان عيسويًّا يعتقد أن محمدًا رسول اللّه ﷺ) وإذا كان كذلك لم يصح ما ذكره ، فإن من شرطه أن يأتي بالأذان كله في الإسلام ، فإن الإسلام لا يحصل بمجرد قوله : (الله أكبر الله أكبر) وإنما يتحصل بقوله : (أشهد أن لا إله إلا اللّه وأشهد أن محمدًا رسول الله) وإذا كان كذلك لم يكن فيما ذكره الشيخ فائدة في الاحتراز لما علم أن العيسوي لم يحصل الأذان منه وإن اعتقد أن محمدًا رسول اللّه ، فإن إسلام مثله أن يأتي بالشهادتين ، ويبرأ من كل دين يخالف الإسلام ، ولم يوجد منه ذلك ، فلم يصح إسلامه ولا أذانه ، فعلى هذا لم يصح الأذان منه ، وهو في غير العيسوي أولى لما لا يخفى » . =

(1) قوله : (ولا يعتد بأذان الكافر ، ويتصور ذلك منه إذا كان عيسويًّا) العيسويون ليسوا من النصارى ، بل هم طائفة من اليهود نسبوا إلى أبي عيسى اليهودي الأصبهاني ، واسمه إسحق بن يعقوب ، وكان في زمن أمير المؤمنين المنصور ، وتبعه في ضلالته وفاحش كفره طائفة ، وخالف اليهود في أشياء كثيرة ، وحرم الذبائح ، وأما قوله : (ويتصور ذلك منه إذا كان عيسويًّا) فيوهم اختصاص صورته بذلك وليست مختصة به ، بل هو متصور في كل كافر ، فإنه إن صار مسلمًا بالشهادتين فأول إذا جرى في حال كفره / ؛ ٨٩/ب
ولهذا قال المصنف في (البسيط) وشيخه : يتصور استمراره على الكفر مع الأذان إذا كان عيسويًّا .

ولا يعتدُّ بأذان المجنون والسكران المخبط (١) (1) . ويصح أذان الصبي المميز .

ولا يعتد بأذان المرأة – أعني أذان الإبلاغ للرجال – ؛ إذ رفع الصوت مُحَّرم عليها .

والصفات المسنونة ثلاث :

الأولى : الطهارة ، فَيُعتدُّ بأذان الجنب والمحدث مع كراهية ، وكراهيةُ الجنب أشدُّ ، والكراهية في الإقامة أشد .

الثانية : أن يكون صَيِّتًا (2) حسن الصوت ليكون أَرَقَّ لسامعيه .

الثالثة : أن يكون عدلًا ثقة (٢) (3) ؛ لإشرافه على بيوت الناس ، ولتقلُّده عهدة مواقيت العبادات .

* * *

= ثم قال الحموي : « أمكن أن غير العيسوى لما قال : (اللّه أكبر اللّه أكبر) لم يعلم منه أنه يؤذن ؛ لأن ما أتى به ليس من خصائص الإسلام ، وإذا قال : (أشهد أن لا إله إلا اللّه وأشهد أن محمدًا رسول اللّه) علم أنه أسلم ، فكان الأذان من هنا إلى آخره صحيحًا ، غير أنه فقد منه الأول ، بخلاف العيسوي فإنه من حين شرع إلى حين فرغ من الأذان لم يحصل منه الإسلام ، وحصل منه الأذان بكماله إلى آخره ، فإذا برئ من كل دين يخالف الإسلام حصل له الإسلام ، فظهر الفرق بينهما ، إلا أنه لا يعتد به وإن حصل به الفرق ، وهو بحسب الإمكان » . مشكلات الوسيط (٤٨ ب – ٤٩ أ) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لا يعتد بأذان المجنون والسكران المخبط) هو المخبط بفتح الباء وهو الذي غلب عليه السكر حتى صار كالنائم والمغشي عليه ، فالصحيح : أنه لا يجري فيه الخلاف في أن السكران كالصاحي في أقواله وأفعاله ، واللّه أعلم » . المشكل (٨٦/١ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في صفات المؤذن : (أن يكون عدلًا ثقة) جمع بينهما كما جمع الشافعي – رضي اللّه عنه – بينهما ، واختلف أصحابه في وجه ذلك ، فقيل : جمع بينهما تأكيدًا ، وقيل : أراد عدلًا إن كان حرًا ، ثقة إن كان عبدًا ، وقيل : أراد عدلًا في دينه ، ثقة في علمه بالأوقات ، واللّه أعلم » . المشكل (٨٦/١ ب – ٨٧ أ) .

---

(1) قوله : « السكران المخبط » هو بفتح الباء أي الذي غلبه السكر ، وأراد الاحتراز عمن هو في مبادئ النشوة ، فإنه يصح أذانه قطعًا .

(2) قوله : « يكون صيتًا » أي شديد الصوت رفيعه .

(3) قوله : « يكون عدلًا ثقة » جمع ين الثقة والعدل كما جمع بينهما الشافعي – رحمه اللّه – واختلفوا في سببه ، فقيل : للتوكيد ، وقيل : أراد عدلًا إن كان حُرًا ، ثقة إن كان عبدًا ، وقيل : أراد عدلًا في دينه ، ثقة في علمه بالمواقيت .

مسائل ثلاثة

بها ختام(١) الباب

الأولى : أن الإمامة أفضل من التأذين على الأصح [1] ؛ لأنه (٢) ﷺ واظب على الإمامة ولم يؤذن [2] .

وقيل : (٣ سبب ذلك ٣) أنه لو قال : « حى على الصلاة » للزم الحضور . وقيل : سببه أنه لو قال : « أشهد أن محمدًا رسول اللّه » لخرج (٤) عن جزل الكلام [3] ،

(١) في (أ ، ب) : « اختتام » .

(٢) في (أ ، ب) : « لأن النبي عليه السلام » .

(٣) في (أ ، ب) : « سبب امتناعه » .

(٤) في (أ ، ب) : « خرج » .

(1) قوله : (الإمامة أفضل من الأذان على الأصح) هذه طريقة الخراسانيين ، ونقلوه عن نص الشافعي ، والأصح : أن الأذان أفضل من الإمامة وهو نصه في (الأم) وصححه العراقيون ، وهو قول جمهور أصحابنا المتقدمين قال الشيخ أبو حامد وجماهير العراقيين : هذا مذهب الشافعي ، قالوا : والوجه الآخر غلط ، واحتجوا بالأحاديث الصحيحة في فضل الأذان ولم يجئ في الإمامة مثل ذلك . وأجابوا عن مواظبة النبي ﷺ على الإمامة : بأنه ﷺ كان مشتغلًا بمهمات الإسلام والمسلمين التي لا يقوم غيره فيها مقامه ، ولو انقطع إلى الأذان لاحتاج إلى صرف أوقات إليه لمراقبة الوقت ؛ ولهذه العلة لم يؤذن الخلفاء الراشدون ، فهذا هو الصحيح في سبب تركه ﷺ الأذان ، وأما السببان الآخران اللذان ذكرهما المصنف ففاسدان .

(2) أما قوله : (إنه ﷺ لم يؤذن) فليس كما قال ، بل قد صح أنه ﷺ أذن مرة ، فقد روى الترمذي عن يعلى بن مرة – رضى اللّه عنه – أنهم كانوا / مع النبي ﷺ في مسير فانتهوا إلى مضيق ، وحضرت ٩٠/أ
الصلاة ، فمطروا السماء من فوقهم ، والبلة من أسفل منهم ، فأذن رسول اللّه ﷺ وهو على راحلته وأقام فتقدم على راحلته فصلى بهم ، يومئ إيماءً ، فجعل السجود أخفض من الركوع . إسناده جيد ، وصلى الفريضة على الراحلة للعذر محافظة على حرمة الوقت ، ويجب إعادتها على المشهور من مذهبنا ، واللّه أعلم .

(3) أما قوله : (لو قال : أشهد أن محمدًا رسول اللّه لخرج عن جزل الكلام) فينتقض بأنه ﷺ قال في مواطن كثيرة : « والذي نفس محمد بيده » ، وكان يقول في تشهده في الصلاة : « أشهد أن لا إله إلا اللّه وأشهد أن محمدًا رسول اللّه » .

ولو قال: أشهد أني رسول الله لتغير نظم الأذان [١] .

الثانية : يُستحب أن يكون في المسجد المطروق مؤذنان [1] أحدهما للصبح [٢] قبل الفجر . والآخر بعده ، كعادة بلال وابن أم مكتوم [2] .

وإذا كثر المؤذنون فلا يستحب أن يتراسلوا ، بل إن وسع [٣] الوقت ترتبوا ، وإن ضاق أذنوا آحادًا في أقطار المسجد ، ثم إنما يقيم من أذن أولًا ، فإن تساووا أُقرع بينهم .

ووقت الإقامة منوط بنظر الإمام ، ووقت الأذان [منوط] [٤] بنظر المؤذن .

ولو سبق المؤذنَ الراتبَ أجنبيٌّ بالأذان لم يستحق ولاية الإقامة على الأصح .

الثالثة : للإمام أن يستأجر على الأذان من بيت المال إذا لم يجد متطوعًا . وهل لآحاد الناس ذلك ؟ فيه خلاف .

ووجه المنع : أن الفائدة لا تختص به [٥] ، فليس له بذل المال عوضًا عما لا يحصل له [3] .

* * *

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وقيل : سبب امتناعه قوله ﷺ) تقديره ، (وقيل : بل الأذان أفضل وسبب امتناعه ﷺ كذا وكذا) ، وما ذكره من السبب في ذلك يشتمل على دعاوى غير صحيحة والصحيح في سبب ذلك : اشتغاله ﷺ بأعباء النبوة والأمور المهمة ، كان يشغله عن التأذين لاحتياجه إلى صرف وقت في مراقبة الأواقيت ، كما امتنع الخلفاء الراشدون منه مع انتفاء ما ذكره من السبب فيهم ، وعن عمر – رضي الله عنه – أنه قال : لو أطقت الأذان مع الخِلِّيفي لأذنت ، والخِلِّيفى بكسر الخاء وتشديد اللام المكسورة الخلافة ، والله أعلم » . المشكل (١/٨٧ أ) .

(٢) « للصبح » : ليست في (ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « اتسع » .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) « به » : ليست في (أ ، ب) .

(1) قوله : (يستحب أن يكون للمسجد المطروق مؤذنان) ، التقييد بالمطروق من أفراد المصنف وشيخه ، إنما قال الشافعي في (المختصر) : أحب أن يكون للمسجد مؤذنان وكذا قاله الأصحاب .

(2) حديث: « أذان بلال وابن أم مكتوم » في الصحيحين ، الأصح : أنه يجوز أن يستأجر الإمام آحاد الناس على الأذان ، وفيه وجه : أنه لا يجوز ، ووجه : أنه يجوز للإمام من بيت المال ولا يجوز غيره .

(3) قوله : (فليس له بذل المال عوضًا عمّا لا يحصل له) هذا ينتقض بصور ، منها : خلع الأجنبي .

الباب الثالث

في استقبال القبلة

وقد كان رسول الله ﷺ يستقبل الصخرة من بيت المقدس مدة مقامه بمكة [1] ، وهي قبلة الأنبياء (١) . وكان يقف بين الركنين اليمانيين (٢) ؛ إذ كان لا يؤثر استدبار الكعبة ، فلما هاجر إلى المدينة لم يمكن استقبالها إلا باستدبار الكعبة ، وعيَّرته اليهود ، وقالوا (٣) : إنه على ديننا ويصلي إلى قبلتنا ، فسأل الله - تعالى - أن يُحوِّله إلى الكعبة ، فنزل قوله تعالى : ﴿ قَدْ نَرَىٰ تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِى ٱلسَّمَآءِ ﴾ الآية (٤) .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « ومن باب استقبال القبلة قوله في صخرة بيت المقدس : (هي قبلة الأنبياء صلى الله عليهم) مروي عن الزهري ، ولم نجد له إسنادًا صحيحًا أو مشهورًا ، أن إبراهيم - صلى الله عليه وعلى نبينا - كانت قبلته الكعبة وذلك هو السبب في إيثار رسول الله ﷺ استقبال الكعبة فيما رواه ابن جرير الطبري بإسناده عن ابن عباس - رضي الله عنهما - وروى أيضًا عن مجاهد أن السبب قول اليهود : يخالفنا محمد ويتبع قبلتنا ، وهذا أقوم من قول صاحب الكتاب : عيرته اليهود وقالوا : إنه على ديننا ويصلي إلى قبلتنا ، وينبغي أن يفسر بأنه على ديننا في القبلة » . المشكل (١/٨٧ أ) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وإن كان يقف بين الركنين اليمانيين) وهو مقتضى ما رويناه عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه كان يصلي نحو بيت المقدس ، والكعبة بين يديه ، فإن هذا إنما يتهيأ بالوقوف بين الركنين اليمانيين ، والركنان اليمانيان أحدهما الركن الأسود الذي لا يسمى مفردًا بالركن اليماني ، لكن هذا من باب قولهم في أبي بكر وعمر : « العمران » ، وفي الأب والأم : « الأبوان » . والياء في آخر اليماني غير مشددة عند جماهير النحويين لكونها ليست ياء النسب ، لأن الألف عوض منها ، فلا يجمع بين العوض والمعوض ، وأجاز المبرد وغيره تشديدها ، وهو غريب شاذ عند أهل العربية ، والله أعلم » . المشكل (١/٨٧ أ - ٨٧ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « وقالت » .

(٤) راجع سبب نزول الآية في : البخاري : (٨/٢٠ - ٢٤) (٦٥) كتاب التفسير ، الأبواب : (١٢ ، ١٤، ١٥ ، ١٦ ، ١٧ ، ١٨ ، ١٩ ، ٢٠) الأحاديث : (٤٤٨٦ ، ٤٤٨٨ ، ٤٤٨٩ ، ٤٤٩٠ ، ٤٤٩١ ، ٤٤٩٢ ،=

---

(1) قوله : (كان رسول الله ﷺ يستقبل الصخرة من بيت المقدس مدة مقامه بمكة) إلى آخره ، هذا مشهور بمعناه في كتب التواريخ والمغازي ونحوها ولم يصح فيه شيء .

ثم للاستقبال ثلاثة أركان (١) : الصلاة التي فيها الاستقبال ، والقبلة ، والمصلي (1)

= ٤٤٩٣ ، ٤٤٩٤) وأطرافها . ومسلم : (٣٧٤/١ ، ٣٧٥) (٥) كتاب المساجد (٢) باب تحويل القبلة من القدس إلى الكعبة (٥٢٥ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧) والترمذي : (١٦٩/٢) (٢) أبواب الصلاة (١٣٨) باب ما جاء في ابتداء القبلة (٣٤٠) ، والنسائي : (٦٠/٢ ، ٦١) (٩) كتاب القبلة (١) باب استقبال القبلة (٧٤٢) ، وابن ماجه : (٣٢٢/١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٥٦) باب القبلة (١٠١٠) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وللاستقبال ثلاثة أركان : الصلاة والقبلة والمصلي) قلت : للإمام الغزالي – رحمه اللّه وإيانا – تصرف في استعمال لفظة (الركن) كرره في تصانيفه قد أشكل على الأكثرين من تحقيقه وتنقيحه ومع كثرة تجاوزه في كتبه لم أجد أحدًا تقدم بكشفه من أهل العناية بكلامه وقد مَنَّ اللّه تعالى بكشفه بعد مدة مديدة ، ووجه الإشكال فيه : أن ركن الشيء عند الغزالي وغيره : ما تركبت حقيقة الشيء منه ومن غيره ، ثم إنه لا يزال في أمثال هذا يستعمل الركن فيما ليس جزءًا من الحقيقة كما فعله هاهنا فإنه عدَّ الصلاة والمصلي والقبلة أركان الاستقبال ، وليست داخلة في حقيقة الاستقبال قطعًا ، ولا يستقيم أن يقال : إنه أراد بالركن ما لابد منه في الاستقبال مثلًا تجوزًا منه ؛ لأن ذلك يبطل بالزمان والمكان ويبطل بالشروط ، فإنها لابد منها ، وهو يجعلها غير الأركان ، فأقول واللّه الموفق : إن ركن الشيء فيما نحن بصدده وفي أمثاله عبارة عن مالابد منها ، وهو يجعلها للشيء منها في وجود صورته عقلًا ، إما لكونه داخلًا في حقيقته وإما لكونه لازمًا له به ، فقولنا : (لابد له منه في وجود صورته) فيه احتراز عن الشرط فإنه لابد منه في وجود صحته شرعًا لا في أصل صورته حسًا ، ومن أجل هذا اعتذر في كتاب النكاح ، حيث عَدَّ الشهادة من الأركان فقال : (هي شرط لكن تساهلنا بتسميتها =

(1) قوله : (وللاستقبال ثلاثة أركان : الصلاة ، والقبلة ، والمصلي) قال الشيخ أبو عمرو – رحمه اللّه – هذا مشكل ، فإن ركن الشيء ما تركبت حقيقته منه ومن غيره ، وقد أكثر الغزالي من استعماله فيما ليس جزءًا ، كما فعله هنا ، فإن هذه الثلاثة ليست من حقيقة الاستقبال ، ولا يصح أن يقال : أراد بالركن ما لابد منه فإنه ينتقض بالزمان والمكان والشرط ، قال : والجواب : أن ركن الشيء ما لابد منه في وجود صورته عقلًا لكونه داخلًا في حقيقته أو لازمًا له ، له به اختصاص ، وفيه احتراز من الشرط فإنه لابد منه في وجود صحته شرعًا لا في وجود صورته حسًا ، ولهذا / باعتذر الغزالي في النكاح حيث عدَّ ٩٠/ب الشهادة ركنًا ، ثم قال : هي شرط لكن تساهلنا بتسميتها ركنًا .

وقولنا : (لكونه داخلًا في حقيقته أو لازمًا له) احتراز من الزمان والمكان ونحوهما من الأمور العامة التي لابد منها ولا تعدُّ ركنًا ، وهذه الثلاثة المذكورة لابد في وجود صورة الاستقبال منها ، وقد يستعمل الركن موضع الشرط كما فعل في الشهادة في النكاح وترتيب الوضوء .

الركن [١] الأول : الصلاة

ويتعين الاستقبال في فرائضها [٢] من أولها إلى آخرها [٢] ، إلا في شدة الخوف حال القتال [1] .

= ركنًا) ، وقولنا : (لكونه داخلًا في حقيقته أو لازمًا له به) اختصاص احترزنا به عن الزمان والمكان ونحوهما من الأمور العامة التي لابد منها ولا تعد أركانًا ، وما جعله أركانًا للاستقبال بهذه المثابة ، فإنه لابد في جودة صورة الاستقبال حسًا وعقلًا من المستقبل والمستقبل وما فيه الاستقبال ، وهذه الأمور الثلاثة في هذا الاستقبال الذي نحن بصدده هي المصلي والقبلة والصلاة ، ثم إنه قد يستعير اسم الركن للشرط كما فعله في عده الترتيب في الوضوء من أركانه ، وكذا في الشهادة في النكاح ، والله أعلم » . المشكل (١/ ٨٧ ب - ٨٨ أ) .

وقد ناقش الحموى نفس هذه القضية ، وحاول توجيه كلام الغزالي توجيهًا يرفع الإشكال ، وإن كان توجيه ابن الصلاح أقوى وأوضح ، قال الحموى : « إنما جعل الشيخ القبلة ركنًا فلا يرد عليه شيء من حيث إن الاستقبال الشرعي لا يحصل على هذا الوجه ، وأما جعل الصلاة ركنًا في الاستقبال فظاهر الإشكال من حيث إن الشيخ جعل الاستقبال شرطًا من شروط الصلاة ، ثم جعل الصلاة ركنًا في الاستقبال ، وهو ممتنع لما لا يخفى . وأما كونه جعل المصلي ركنًا في الاستقبال ففيه إشكال من حيث إنه لابد منه فيه ، كما أنه لابد من الزمان والمكان ، وهو ليس مختصًا به ، وأيضًا كان ينبغي أن يجعل الوضوء ركنًا في الاستقبال ، إذ الاستقبال الشرعي لا يحصل إلا به وأنه ليس شرطًا بالاتفاق » ، ثم قال بعد ذلك : « إنما جعل الشيخ المصلي والصلاة ركنين في الاستقبال ، لئلا يعتقد معتقد أن الإنسان بعد موته يكون مصليًا عند استقباله القبلة مع النية ، وأنه ليس كذلك ، فلما جعلهما ركنين انتفت هذه الصورة وصار الاستقبال مخصوصًا بوجود المصلي والصلاة دون انتفائهما ، لما لا يخفى ، وإن كان كذلك لم يكن أن يجعل الوضوء ركنًا من حيث إنه إذا مات انتقض وضوؤه بخلاف الاستقبال فإنه لا ينتفي بموته ، وأما الزمان والمكان فليسا من خصائص الصلاة والاستقبال ، فلم يذكرا فيه » . مشكلات الوسيط (٤٩ ب - ٥٠ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « فالركن » .

(٢) ليست في (أ ، ب) .

---

(1) قوله : (ويتعين الاستقبال في فرائضها إلا في شدة الخوف حال القتال) الصواب : حذف قوله : (حال القتال) ؛ ليدخل أنواع الخوف التي لا قتال فيها . كالهرب من السيل والحية والغريم ونحوها ، ثم شرطه : أن لا يكون القتال والهرب معصية .

ولا يجوز أداء الفرائض (١) على الراحلة [1] ، وأما المنذور فجائز إن قلنا : يسلك به مسلك جائز الشرع لا مسلك واجبه . والأصح : أن صلاة الجنازة لا تُقام على الراحلة ؛ لأن الركن الأظهر فيها القيام .

ثم ليس منع الفرض على الراحلة للانحراف عن القبلة فقط ، بل لو صلى على بعير معقول أو في أرجوحة معلقة بالحبال لم تجزْ (٢) [2] ؛ لأنها غير مُعَدَّة للقرار ، بخلاف

(١) في (أ ، ب) : « الفرض »

(٢) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من أن الفريضة مع تمام أركانها لا تصح على البعير المعقول ، وتصح في الزورق المشدود على الساحل ، هو طريقة شيخه ، ولا يقوى الفرق بينهما ولا يرتضى ذلك ، وهو خلاف نقل صاحب (التهذيب) وغيره من أنه تجوز الفريضة مع تمام أركانها على الدابة واقفة ، وفي السائرة وجهان : أحدهما الجواز كالسفينة الجارية ، والله أعلم » . المشكل (١/٨٨ أ) .

---

(1) قوله : (فلا يجوز أداء الفرض على الراحلة) كان الأجود حذف لفظة : (أداء) ، فإنه لا يجوز الأداء ولا القضاء .

الأصح : أن القولين أن المنذورة لا تصح على الراحلة ، ويستثنى من منع الفرض على الراحلة صورة ذكرها أصحابنا وهي ما إذا لحقه ضرر بالنزول عن الراحلة بأن خاف على نفسه أو ماله أو انقطاعًا عن رفقته ونحو ذلك ، فإنه يصلي الفريضة على الراحلة وتلزمه الإعادة على المذهب . وقد اتفق أصحابنا على جواز هذه الصلاة ويلتحق ذلك ببعض أنواع صلاة شدة الخوف ، ويدل عليه الحديث الذي ذكرناه عن كتاب الترمذي في آخر باب الأذان .

(2) قوله في الفريضة : (لو صلى على بعير معقول أو في أرجوحة معلقة بالحبال لم يجز) وهذا اختياره واختيار شيخه الإمام ، وسبقهما به القاضي أبو علي البندنيجي ، والصحيح الذي قطع به الجمهور : أنه لا يجوز فعل الفريضة على الراحلة إذا كانت واقفة سواء كانت معقولة أم لا ، بشرط أن يتم الأركان إلى القبلة بأن يكون في سرير أو هودج ونحوه ، وممن قطع بهذا البغوي والمتولي والروياني والشاشي والمعتمد وآخرون ، فلو كانت الراحلة سائرة والحالة هذه لم يجز / على أصح الوجهين وهو المنصوص . الأصح : ٩١/أ
صحة الفريضة في الزورق الجاري في حق المقيم ببغداد ونحوه إذا استقبل القبلة وأتم الأركان .

(الأُرجوحة) بضم الهمزة ، ويقال أيضًا : (مرجوحة) .

السفينة الجارية والزورق المشدود على الساحل ؛ لأنها كالسرير ، والماء كالأرض / . ١٦/ب

والسفينة الجارية تمس حاجة المسافر إليها ؛ إذ الخروج إلى الساحل متعذر للصلاة ، وفي صلاة المقيم ببغداد في الزواريق الجارية مع تمام الاستقبال والأفعال تردد واحتمال .

أما النوافل : فيجوز إقامتها في السفر الطويل راكبًا وماشيًا [1] رخصة وترغيبًا في تكثير النوافل ؛ روى ابن عمر - رضي الله عنهما - : « أنه - عليه الصلاة والسلام - كان يصلي على راحلته أنَّى توجهت به دابته[1] » .

---

(١) راجع الحديث عند البخاري : (٦٦٧/٢) (١٨) كتاب تقصير الصلاة (٧) باب صلاة التطوع على الدواب (١٠٩٣) ، وطرفاه : (١٠٩٧ ، ١١٠٤) ، ومسلم : (٤٨٦/١ ، ٤٨٧) (٦) كتاب صلاة المسافرين (٤) باب جواز صلاة النافلة على الدابة (٧٠٠) ، وأبو داود : (٩/١) كتاب الصلاة - باب التطوع على الراحلة والوتر (١٢٢٤) ، والترمذي : (١٨٣/٢) (٢) أبواب الصلاة (٣) باب ما جاء في الصلاة إلى الراحلة (٣٥٢) ، والنسائي : (٢٤٤/١) (٥) كتاب الصلاة (٢٣) باب الحال التي يجوز فيها استقبال غير القبلة (٤٩٢) .

---

(1) قوله : أولًا : (أما النوافل فتجوز إقامتها في السفر الطويل راكبًا وماشيًا) في هذه العبارة فائدة وإنكار ، وأما الفائدة : فهي أن مقتضى إطلاقه جواز جميع النوافل في السفر على الراحلة إلى غير القبلة ، وهذا هو الصحيح المنصوص وبه قطع الجمهور ، وحكى الدارمي وجماعة من الخراسانيين وجهًا : أنه لا يجوز العيد والكسوف والاستسقاء لأنها نادرة ، وليس بشيء .

وأما الإنكار : فهو أن لفظة (الراكب) يدخل فيها راكب السفينة ، وقد نص الشافعي والأصحاب على أنه لا يجوز لراكب السفينة التنفل إلى غير القبلة لأنه يتمكن من الاستقبال بلا مشقة .

واستثنى الماوردي وصاحب (العدة) وغيرهما ملاح السفينة وهو قيمها الذي يسيرها ، فقالوا : له التنفل حتى صارت لكثرة المشقة عليه في ملازمة الاستقبال مع كثرة شغله .

ويستثنى أيضًا من كان راكبًا في هودج ونحوه وأمكنه الاستقبال في جميع الصلاة فإنه يلزمه ذلك على الصحيح من الوجهين ، ولذا يلزمه إتمام الأركان .

وروي أنه ﷺ أوتر على البعير (١) [1] . فاستدل به الشافعي - رضي الله عنه - على أنه غير واجب (٢) [2] ، وفي السفر القصير قولان : [3] .

---

(١) أخرجه البخاري : (٥٦٦/٢) (١٤) كتاب الوتر (٥) باب الوتر على الدابة (٩٩٩) ، وأطرافه : (١٠٠٠، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٨، ١١٠٥) ، ومسلم : (٤٨٧/١) (٦) كتاب صلاة المسافرين (٤) باب جواز صلاة النافلة على الدابة (٧٠٠) ، والنسائي : (٢٣٢/٣) (٢٠) كتاب قيام الليل وتطوع النهار (٣٣) باب الوتر على الراحلة (١٦٨٧، ١٦٨٨) ، وابن ماجه : (٣٧٩/١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٢٧) باب ما جاء في الوتر على الراحلة (١٢٠٠) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (روي أنه ﷺ أوتر على البعير ، فاستدل به الشافعي على أنه غير واجب) هذا مشكل من حيث إن الوتر كان واجبًا على رسول الله ﷺ وقد أداه مع ذلك على الراحلة ، وسُئلت عن ذلك بنيسابور - حرسها الله تعالى وسائر بلاد الإسلام وأهله - فأجبت بأن الاستدلال بذلك وقع على نفي وجوبه على العموم كما صار إليه أبو حنيفة ، فنقول : لو كان واجبًا على المكلفين على العموم لما جاز أداؤه على الراحلة كسائر الواجبات التي هي على العموم ، وقد جاز أداؤه على الراحلة بدلالة فعله ﷺ فلا يكون واجبًا على العموم ، ولا أثر للنزاع في التسمية التي لا مستند لها عند التحقيق إلا اصطلاح مجرد أريد به الفرق بين المقطوع بلزومه وغير المقطوع ، وهذا الذي قررته حاكم بالإبطال على ما رأيته من بعد حكاية الروياني صاحب (البحر) عن والده من قدحه في الاستدلال المذكور ، وقوله : (لم يدل ذلك على نفي وجوبه عنه) فلأن لا يدل على نفي وجوبه من غيره أولى ، والله أعلم » . المشكل (٨٨/١ ب) .

---

(1) قوله : (ر روى ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ كان يصلي على راحلته أينما توجهت به ، وروى أنه أوتر على البعير ») . فقوله :(وروى) بفتح الراء والواو ، أي روى ابن عمر أيضًا أن النبي ﷺ أوتر على بعيره ، وهذان الحديثان رواهما البخاري ومسلم من رواية ابن عمر .

(2) قوله : (فاستدل به الشافعي على أن الوتر غير واجب) هذا مما يستشكل ، وقد حكى الروياني عن والده أنه قدح في هذا الاستدلال وقال : لم يدل على نفي وجوبه عنه ﷺ ، فلأن لا يدل على نفيه عن غيره أولى ، ووجه الاستدلال : أنه لو وجب على العموم - كما يقول أبو حنيفة - لم يصح على الراحلة كباقي الواجبات ، فإن اعتراض الحنفي بأن الوتر واجب وليس بفرض ، فالجواب : أن هذا اصطلاح للتمييز بين ما دليله قطعي أو ظني ولا أصل له في اللغة ولا في الشرع فلا يؤثر فيما ذكرناه .

(3) قوله : (وفي السفر القصير قولان) هذا الذي ذكره من القولين طريقة أكثر الخراسانيين ، وقطع العراقيون وكثيرون من الخراسانيين بجوازه وهو المذهب ، ونص عليه في (الأم) و (المختصر) . وإنما قال البويطي : وقد قيل : لا يجوز إلا في سفر تقصر فيه الصلاة ، فجعل الخراسانيون هذا قولًا آخر ، وقال العراقيون : إنما أراد حكاية مذهب مالك ، واتفق مثبتو القولين على أن الصحيح الجواز .

أحدهما : جواز التنفل [١] على الراحلة ، لمسيس الحاجة .

والثاني : لا ؛ لأنه تغير [٢] ظاهر لهيئة الصلاة [٣] فتختص بالطويل لا القصير [٣] [(1)] ، وذهب الإصطخري إلى جواز ذلك للمقيم وهو خلاف نصِّ الشافعي رضى اللّه عنه .

ثم نظر في استقبال القبلة للمتنفل ، وكيفية أحواله :

أما الاستقبال : ففي ابتداء الصلاة أربعة أوجه : [(2)]

أحدها : أنه يجب الاستقبال عند التحريم [٤] ؛ لأنه لا عُسر فيه ، بخلاف الدوام ، فأشبه النية .

والثاني : أنه لا يجب ؛ لأن هذه الحاجة تَعُمُّ جميع الصلاة .

الثالث : أن العنان والزمام إذا [٥] كان بيده وجب ؛ لتيسره ، وإن كانت الدابة مقطرة فلا .

الرابع : أن وجه الدابة إن كانت [٦] إلى القبلة فلا يجوز تحريفها ، وإن كان إلى الطريق فلا يلزمه تحريفها إلى القبلة ، وإن كان إلى غيرهما فلابد من التحريف فليحرفها إلى القبلة ، ثم ليستبد في الطريق .

---

(١) في (أ ، ب) : « النفل » .
(٢) في (أ ، ب) : « تغيير » .
(٣) في (أ ، ب) : « فيختص بالطويل كالقصير » .
(٤) في الأصل ، (ب) : « التحرم » .
(٥) في (أ ، ب) : « إن » .
(٦) في (أ ، ب) : « كان » .

---

(1) قوله : (فيختص بالطويل كالقصر) هكذا وقع في بعض النسخ وأكثرها وهو الصواب، وفي بعضها : (فيختص بالطويل لا بالقصير كالقصر) وهذا فاسد ، الصواب حذف قوله : (بالقصير) فإن مقتضاه أن العامل الآخر يخصه بالقصر ، ومعلوم أنه لا يخصه .

(2) قوله : (أما الاستقبال ففي ابتداء الصلاة أربعة أوجه) أصحها عند الجمهور : إن سهل الاستقبال وجب ، وإلا فلا ، فالسهل أن تكون واقفة وأمكن تحريفها إلى القبلة أو انحرافه عليها ، أو كانت سائرة وبيده زمامها وهي سهلة . وغير السهل أن تكون مقطورة أو صعبة ونحوه .

ثم من أوجب في الابتداء تردد في وقت السلام كما في النية [1] .

أما دوام الصلاة فلا يجب الاستقبال فيها ، لكن صوب الطريق بدل عن القبلة [2]، فلو كان راكب تعاسيف [(١)] فلا يتنفل أصلًا [(٢)] [3] ؛ لأن الثبوت في جهة لابد منه ،

---

(١) في (أ ، ب) : « التعاسيف » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فلو كان راكب تعاسيف فلا يتنفل أصلًا) ذكر الأزهري أن العسف : هو ركوب الأمر بغير روية ، وركوب الفلاة وقطعها من غير صوب ، وقوله : (فلا يتنفل أصلًا) أطلقه ، وقد قيده شيخه في (النهاية) فقال : (فلا يتنفل أصلًا إذا لم يكن مستقبلًا في جميع صلاته) ، فأقول : التنفل على الراحلة رخصة من رخص السفر على ما تقرر ، وراكب التعاسيف لا يترخص برخص السفر فهو إذا كالمقيم ، والمقيم لو تنفل على الدابة مستقبلًا للقبلة في جميع الصلاة ، ففي (النهاية) عن القفال تجويز ذلك ، والصحيح : أنه كالمتنفل مضطجعًا مع القدرة مومئًا إلى الركوع والسجود ، وذلك غير جائز على ظاهر المذهب ، والله أعلم » . المشكل (٨٨/١ ب - ٨٩ أ) .

---

(1) قوله : (ثم من أوجب في الابتداء تردد في وقت السلام كما في النية) هذا التردد وجهان ؛ أصحهما : لا يشترط الاستقبال عند السلام ، وقوله : (كما في النية) يعني : نية الخروج من الصلاة في حق جميع المصلين ، والأصح : أنها لا تجب .

(2) قوله : (لكن صوب الطريق بدل عن القبلة) إنما قال : (صوب الطريق) لأنه لا يشترط أن يكون سلوكه في نفس الطريق المعين ؛ لأن المسافر قد يعدل عنه لزحمة ودفع غبار وسهولة ونحوها ، فالمعتبر الصَّوب دون نفس الطريق .

(3) قوله : (فلو كان راكب تعاسيف فلا يتنفل أصلًا) ، (راكب التعاسيف) هو الهائم الذي يستقبل تارة ويستدبر أخرى / وليس له صوب ومقصد معين . ثم إن المصنف أطلق هنا وفي (البسيط) و(الوجيز) أنه لا يتنفل أصلًا ، وحكاه في (البسيط) عن الشيخ أبي محمد ، وقال إمام الحرمين : لا يتنفل أصلًا إذا لم يكن مستقبلًا في جميع صلاته ، وجزم الرافعي بمفهوم كلام إمام الحرمين فقال : قول الغزالي : « لا يتنفل أصلًا » معناه : لا يتنفل متوجهًا حيث يسير ، كما نقل غيره ، إلا أنه لا يتنفل أصلًا ، فإن هذا الرجل لو تنفل مستقبلًا في جميع صلاته أجزأه . هذا كلام الرافعي ، واختار الشيخ أبو عمرو بن الصلاح - رحمه الله - أن كلام الغزالي على إطلاقه ، فقال : التنفل على الراحلة رخصة سفر ، وراكب التعاسيف لا يترخص فهو كالمقيم لو تنفل على الراحلة مستقبلًا في كل صلاته ، فقد جوزه القفال ، والأصح : منعه .

فلو [١] كان لمقصده صوب ولكن لم يسلك طريقًا معلومًا فقولان [1] .

فرع : لو انحرفت الدابة [٢] - في أثناء الصلاة - عن صوب الطريق نُظِرَ : فإن كان بتحريفه عمدًا ولو في لحظة [٣] بطلت صلاته [٣] [2] ، وإن [٤] كان ناسيًا للصلاة وتدارك مع قصر الزمان لم تبطل ، وإن طال ففيه خلاف [3] ، ومثله جارٍ في الاستدبار ناسيًا [4] . ثم إذا لم تبطل يسجد للسهو [5] .

وإن [٥] كان بجماح الدابة بطل إن طال الزمان ، كما إذا أمال المُسْتَقْبِلَ إنسانٌ ،

---

(١) في (أ) : « ولكن » .

(٢) في (أ) : « دابة » .

(٣) في (أ ، ب) : « بطل » دون لفظة : « صلاته » .

ويقول ابن الصلاح : « ما ذكره من أن تحريفه دابته عن صوب طريقه عمدًا مبطل لصلاته ليس على إطلاقه ، فإنه لو حرفها إلى القبلة لم تبطل صلاته ، فإنها هي الأصل ، وإنما هو مخصوص بما إذا حرفها عن صوب الطريق إلى غير جهة القبلة ، وبذلك قيد غيره كلامه في ذلك ، والله أعلم » . المشكل (٨٩/١ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « ولو » .

(٥) في (أ ، ب) : « فإن » .

---

(1) قوله : (لو كان لمقصده صوب ولكن لم يسلك طريقًا معلومًا فقولان) الأصح : الجواز .

(والمقصد) بكسر الصاد .

(2) قوله : فيما إذا حرَّف دابته عمدًا بطلب صلاته ، هذا إذا حرَّفها إليها لم تبطل بلا خلاف .

(3) قوله : (وإن طال ففيه خلاف) وهو وجهان ؛ أصحهما : البطلان ، وهما الوجهان في كلام الناس إذا طال .

(4) قوله : (ومثله جارٍ في الاستدبار ناسيًا) هذا غير مخصوص بالمسافر المتنفل ، بل عام في كل مصلٍّ ، ومعناه : أن الاستدبار كالانحراف ، فإن كان عمدًا بطلت ، وإن كان سهوًا وقصر الزمان لم تبطل ، وإن طال بطلت في الأصح .

(5) قوله : (ثم إذا لم تبطل يسجد للسهو) هذا إذا طال الفصل ناسيًا وقلنا : لا تبطل ، فأما إذا قصر فلا يسجد للسهو على الأصح المنصوص .

وإن قصر الزمان فوجهان في الإمالة ، والظاهر [أنه] (١) في الجماح أنه لا يبطل (٢) (1) ؛ لأن جماح الدابة عام ، ثم [هاهنا] (٣) لا يسجد للسهو (2) إذ لا تقصير منه (٤) .

أما كيفية الأفعال : فإن كان في مرقد فليتم الركوع والسجود (٥) (3) ، وإن كان

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « ذكر أنه إذا أماله عن قبلته إنسان وقصر الزمان ففي البطلان وجهان ، وقال فيما إذا كان بجماح دابته الظاهر : أنه لا تبطل ، فاعلم أنهم قطعوا في الجماح بعدم البطلان مع قصر الزمان ، فإن كان أراد بقوله : (الظاهر أنه يبطل) أن فيه خلافًا فقد انفرد بذلك عن غيره ، والله أعلم » . المشكل (٨٩/١ أ) .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله في جماح الدابة : (لا يسجد للسهو ؛ إذ لا تقصير منه) وجهه : أن ذلك فعل الدابة لا فعله بخلاف انحرافه ناسيًا ، ومنهم من سوى فقال : يسجد فيهما ، والله أعلم » . المشكل (٨٩/١ أ) .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وإن كان في مرقد فليتم الركوع والسجود) وهكذا يلزمه استقبال القبلة في جميع صلاته لتيسره ، والله أعلم » . المشكل (٨٩/١ أ) .

---

(1) قوله : (وإن كان لجماح الدابة بطلت إن طال الزمان كما إذا أمال المستقبلَ إنسانٌ ، وإن قصر الزمان فوجهان في الإمالة ، والظاهر في الجماح أنه لا تبطل) الأصح من وجهي الإمالة البطلان ، وأما الجماح : فقطع الجمهور بأنه لا تبطل ، وهو المذهب ؛ لأنه عام والإمالة نادرة . وذكر المصنف فيه في (الوجيز) وجهين ، وأشار إليه هنا بقوله : الظاهر / أنه لا تبطل . قال الرافعي وغيره : لا يُعرف هذا الخلاف لغير المصنف . ٩٢/ب

(2) قوله : (ثم ها هنا لا يسجد للسهو) هذا الذي جزم به وجه ضعيف ، والأصح : أنه يسجد في الجماح مطلقًا ، والثالث : إن طال الفصل سجد ، وإلا فلا ، وهذا كله تفريع على المذهب وهو أن سجود السهو يدخل صلاة النفل ، وفيه قول ضعيف غريب : أنه لا يدخل . واعلم أنه ذكر انحراف الدابة عن القبلة ، قال الرافعي : ومعلوم أنه لا اعتبار بانحرافها واستقبالها ، وإنما الاعتبار بحال الراكب حتى لو استقبل الراكب عند الإحرام حصل الغرض وصحت صلاته وارتفع الخلاف ، سواء كانت الدابة منحرفة أم لا ، وسواء كانت سائرة أم واقفة . فالمراد بانحراف الدابة انحرافه .

(3) قوله : (فإن كان في مرقد فليتم الركوع والسجود) هذا الكلام فيه نقصان ، أحدهما : اقتصاره على الركوع والسجود فإنه يوهم الاختصاص بهما ، وأن الاستقبال لا يشترط ، وليس كذلك بل الصحيح : =

على سَرْجٍ أو رَحْلٍ فينحني لهما ، ويجعل السجود أخفض من الركوع [1] ، ولا يلزمه أن ينحني بحيث يساوي الساجد على الأرض ، ولا أن تمس جبهته شيئًا ؛ لأن نزقات الدابة [2] لا تُؤمن .

أما الماشي فيتنفل عندنا خلافًا لأبي حنيفة . وحكم استقباله حكم راكب بيده زمام دابته (١) ، ونُقل عن الشافعي - رضي الله عنه - (٢ أن الماشي ٢) يركع ويسجد ويقعد ويستقر لابثًا في هذه الأركان ، ولا يمشي إلا في حالة القيام قارئًا (٣) .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « وأما قوله : « وحكم استقباله حكم راكب بيده زمام دابته) فهذا إطلاق غير مرضي ، والصواب فيه ما ذكره شيخه من أن هذا إنما هو على تخريج ابن سريج في أن الماشي ليس عليه اللبث ، وأنه كالراكب في جواز السير والإيماء في الركوع وغيره ، فعلى هذا حكم استقباله في حالة التحرم وما بعده حكم راكب بيده زمام دابته ، وأما إذا فرعنا على النص وظاهر المذهب في وجوب اللبث في ذلك ، فاستقباله القبلة في التحرم ، وهذه الأفعال واجب قطعًا ، قطع به الأصحاب ، ووجهه ظاهر ، والله أعلم » . المشكل (١/٨٩ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « في الماشي أنه » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من أن الماشي يتشهد لابثًا على الأرض ولا يمشي إلا في حالة القيام فقد نقله الشيخ أبو محمد الجويني عن نص الشافعي ، وأضاف ولده إمام الحرمين نقل ذلك عن النص إلى الأصحاب ، وغيرهما نقل النص في لبثه في الركوع والسجود دون التشهد ، وألحقوا التشهد بالقيام في جواز مشي الماشي فيه بطول زمانه ، وإلى هذا صار الشيخ أبو حامد الإسفراييني وغيره من العراقيين وصاحب (التهذيب) و(التتمة) من الخراسانيين ، وهو ظاهر المذهب ، والله أعلم » . المشكل (١/٨٩ أ - ٨٩ ب) .

= أنه يشترط الاستقبال في جميع صلاته وإتمام الركوع وسائر الأركان كراكب السفينة . وفيه وجه : أنه لا يشترط ، وحكاه ابن كج قولًا . النقص الثاني : هذا الإتمام والاستقبال شرط ، ولم يصرح بذلك .

(1) قوله : (وإن كان على سرج أو رحل فينحني لهما ويجعل السجود أخفض من الركوع) هذا الانحناء شرط ، قال إمام الحرمين : والفصل بين الركوع والسجود عند التمكن محتوم ، قال : والظاهر أنه لا يجب مع ذلك أن يبلغ غاية وسعه في الانحناء .

(2) قوله : (نزقات الدابة) هي بفتح النون والزاي وبالقاف ، أي : خفتها وتوثبها .

وخَرَّجَ ابن سريج قولًا : أنه لا يلبث ويقتصر على الإيماء بالسجود والركوع [1] . كيلا يتعطل مقصود السفر .

فرعان :

الأول : لو مشي في نجاسة قصدًا فسدت صلاته ، بخلاف ما لو وطئ فرسه نجاسة [2] ، ولا يكلف الماشي أن يُبالغ في التحفظ عن النجاسات اليابسة ؛ فإن ذلك مما يكثر في الطُّرُق .

الثاني : لو عزم [على] (١) الإقامة وهو في أثناء الصلاة فليس له أن يُتمم راكبًا ،

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

---

(1) قوله : (أما الماشي فيتنفل ، وحكم استقباله حكم راكب بيده زمام دابته ، ونقل عن الشافعي أنه يركع ويسجد ويقعد ويستقر لابثًا في هذه الأركان ، ولا يمشي إلا في حالة القيام ، وخرج ابن سريج قولًا : أنه لا يلبث ويقتصر على الإيماء بالسجود والركوع) هذا الذي قاله كله مخالف للمذهب ، وحاصل المذهب : أن في الماشي / ثلاثة أقوال : أصحها : أنه يشترط أن يركع ويسجد على الأرض ، وله ١/٩٣ التشهد والسلام ماشيًا ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد وسائر العراقيين والبغوي والمتولي ، قال الرافعي : وهو ظاهر المذهب . والثاني : يشترط مع ذلك أن يتشهد قاعدًا ويسلم ، ولا يمشي إلا في حال القيام ، وهذا القول حكاه الشيخ أبو محمد منصوصًا ، واختاره المصنف وشيخه . والثالث : خرجه ابن سريج وحكاه أبو محمد منصوصًا ، واختاره القفال : أنه لا يشترط لبثه في شيء أصلًا ، ولا يضع جبهته على الأرض بل يومئ بالركوع والسجود كالراكب ، وإن قلنا بتخريج ابن سريج لم يجب الاستقبال في غير الإحرام وحكمه في الإحرام حكم راكب بيده الزمام ، الأصح : اشتراطه . فإذا عرفت هذا فحاصله : أنه يشترط الاستقبال عند الإحرام ، وعند الركوع والسجود على المذهب ، ومقتضى قوله : (كراكب بيده زمام دابته) أنه لا يلزمه ذلك عند الركوع والسجود ؛ لأن الراكب لا يلزمه ذلك بلا خلاف ، فإن قيل : أراد به كراكب بيده زمام بالنسبة إلى حالة الإحرام ، قلنا : يلزم من هذا اشتراط الاستقبال في جميع الصلاة ، وهذا ليس بشرط على المذهب ، وأما ما اختاره من القعود في التشهد فخلاف الأصح الأشهر .

(2) قوله : (بخلاف ما لو أوطأ فرسه نجاسة) هكذا هو في بعض النسخ (أوطأ) ، وفي بعضها (وطَّأ) بتشديد الطاء وهو بمعنى الأول ، وفي بعضها (وطئت فرسه) ، وفي أكثرها (وطئ) بكسر الطاء المخففة وكله صحيح ، لكن (أوطأ) هو الذي في (البسيط) وشيخه في (النهاية) وهو الأجود ؛ لأنه يلزم منه أنها لو وطأت بنفسها لا تبطل الصلاة ، ولا ينعكس ، ولا خلاف أنها لا تبطل إذا وطئت ، فأما إذا أوطأها فلا تبطل على المذهب ، وبه قطع الإمام والجمهور ، وقال المتولي : تبطل .

بل عليه (١) أن ينزل ويتمم ، وإن لم يعزم [على] (٢) الإقامة ، وهو متردد لحاجته في البلد ، أو واقف على رجله (٣) فله أن يُتمم (1) .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « له » .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) في (ب) : « راحلة » .

(1) قوله / : (وإن لم يعزم الإقامة وهو متردد لحاجته في البلد ، أو واقف على راحلته فله أن يتم) ، ٩٣/ب
معناه : فله أن يتمها على الراحلة بالإيماء ، ولكن يشترط استقبال القبلة في جميعها ما دام واقفًا ، صرح به الصيدلاني والماوردي والإمام المصنف في (البسيط) وغيرهم .

الركن الثاني : القبلة

وفيها مسائل تتشعب من موقف المستقبل :

الموقف الأول : جوف الكعبة : فالواقف فيها له أن يستقبل أي جدار شاء ، ولهم عقدُ الجماعة متدابرين (١) [1] مستقبلين للجدران ، ولو (٢) استقبل الباب وهو مردود صحَّ ؛ لأنه من أجزاء البيت ، وإن كان مفتوحًا والعتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرَّحْل [2] جاز (٣) ، وإن كانت أَقَلَّ فلا ، ولو انهدمت الكعبة - والعياذ باللّه - فوقف في وسط العرصة لم تصح صلاته إلا أن يكون بين يديه شجرة (٤) أو بقية من حيطان البيت (٥) [3] .

(١) « متدابرين » : ليست في (أ ، ب) . (٢) في (ب) : « فلو » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ذكر أنه إذا استقبل وهو في جوف الكعبة - زادها اللّه شرفًا - بابها وهو مفتوح، والعتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرحل جاز ذلك . فمؤخرة الرحل الصحيح أنها بميم مضمومة ثم همزة ساكنة ثم خاء معجمة مكسورة وفي آخرها تاء التأنيث ، وهي عبارة يستند إليه راكب الرحل من خلف ظهره ، والرحل منزلته من ظهر الجمل منزلة البردعة من ظهر الحمار ، ثم ما مقدار مؤخرة الرحل ؟ ففي (النهاية) في نفس هذه المسألة أنها تقارب ثلثي ذراع ، وفي (المهذب) في بيان سترة المصلى ممن يمر بين يديه ، أن مؤخرة الرحل ذراع عن عطاء ، وهذا قد رويناه في (السنن الكبير) بإسناد صحيح عن عطاء ، وهو ابن أبي رباح ، وعن قتادة أنها ذراع وشبر ، وروينا من سنن أبي داود عن عطاء قال : مؤخرة الرحل ذراع فما فوقه ، وذكر ابن الصباغ وغيره أنه يكفي في ذلك شاخص دون ذلك ، ويجزئ أن تكون مستقبلًا جزءًا من البيت ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٨٩ ب - ٩٠ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « سترة » . (٥) في (أ ، ب) : « الكعبة » .

---

(1) قوله : (ولهم عقد الجماعةمتدابرين) كان الأجود حذف (متدابرين) لأن لهم عقدها بحيث يكون وجه المأموم في وجه الإمام ، وظهره إلى ظهره ، ووجه المأموم إلى ظهر الإمام ، وأن يقف بجنبه ، فلوعكس ففيه القولان في تقدم المأموم ، والأصح البطلان .

(2) قوله : (مؤخرة الرحل) ، فيها ست لغات : أفصحهن : ضم الميم وإسكان الهمزة وكسر الخاء ، وفسرها إمام الحرمين والرافعي وآخرون بقدر ثلثي ذراع تقريبًا ، وقيل : هي ذراع ، وقيل غير ذلك ، ولنا وجه : أنه يكفي في الشاخص أي قدر كان ، ووجه : أنه يشترط ارتفاعه قدر قامة المصلي طولًا وعرضًا .

(3) قوله : (لو وقف في وسط العرصة لم تصح إلا أن يكون بين يديه سترة أو بقية من حيطان الكعبة ، =

وخَرَّجَ ابن سريج قولًا : إنه يَصِحُّ صلاته ؛ لأن بين يديه أرض الكعبة وهو مُشْتَغِلٍ عليها .

الموقف الثاني : سطح الكعبة ، ولا تصح الصلاة عليها (١) إن لم يكن بين يديه شيء شاخص من نفس الكعبة كسترة (٢) [أو خشبة] (٣) لأنه لا يُسَمَّى مستقبلًا ، بخلاف ما لو وقف على أبي قبيس والكعبة تحته ، فإنه (٤) يُسمَّى مستقبلًا لخروجه منها ولو وضع بين يديه شيئًا لا يكفيه ؛ لأنه ليس جزءًا ، ولو غرز (٥) [بين يديه] (٦) خشبة فوجهان (٧) (1) ؛ لأن المثبت بالغرز (٨) [قد] (٩) يعد من أجزاء البناء .

---

(١) في (أ ، ب) : « عليه » .
(٢) في (أ ، ب) : « كسارية » .
(٣) زيادة من (أ ، ب) .
(٤) في (أ ، ب) : « لأنه » .
(٥) في (أ ، ب) : « غرس » .
(٦) زيادة من (أ ، ب) .

(٧) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ولو غرز بين يديه خشبة فوجهان) هذا عنده فيما إذا لم تكن مستمرة كَفَتْ من غير خلاف ، فلا يجري فيها من جهة الثبات ، لكن في (النهاية) أنه يطرد فيه الخلاف الآتي فيما إذا وقف على طرف الكعبة خارجًا ونصف بدنه خارجًا عن محاذاة الركن ، والله أعلم » . المشكل (١/٩٠ أ) .

(٨) في (أ ، ب) : « بالغرس » .
(٩) زيادة من (أ ، ب) .

= وخرج ابن سريج قولًا أنه يصح) المراد بهذه السترة ما تبلغ مؤخرة الرحل على المذهب ، وقيل : قامة ، وقيل : أدنى شاخص كما سبق في العتبة ، وهذا التخريج المذكور عن ابن سريج خرجه ممن وقف خارج العرصة واستقبلها ، أو وقف على أبي قبيس فإنه يصح قطعًا ، والفرق على المذهب : أن الخارج يعد مستقبلًا ، بخلاف مَنْ في العرصة ، وطرد ابن سريج تخريجه في الواقف على سطح الكعبة من غير سترة ، كذا نقله عنه إمام الحرمين والبغوي وآخرون ، ولو وقف في طرف العرصة أو السطح واستدبر الباقي لم يصح بالاتفاق . و (العَرْصة) بإسكان الراء .

(1) قوله : (ولو وضع بين يديه خشبة فوجهان) هما مشهوران ؛ أصحهما : لا يصح . وصورته : أن تكون الخشبة مغروزة غير مُسمَّرة ، فإن كانت مُسمَّرة صحت بلا خلاف ، قال إمام الحرمين : لكنه يخرج بعض يديه عن محاذاتها وسيأتي / خلاف من وقف على طرف ونصف بدنه في محاذاة ركن ، وفي هذا ١/٩٤
تردد ظاهر عندي وهذا الذي قاله الإمام غريب ، وظاهر كلام الأصحاب القطع بالصحة وإن خرج بعض بدنه عن محاذاة العصا ، وهذا هو الصواب ؛ لأنه يُعَدُّ مستقبلًا ، بخلاف مسألة الخارج عن محاذاة بعض الكعبة .

الثالث : الواقف في المسجد ، يلزمه محاذاة الكعبة ، فلو وقف على طرف ونصف بدنه في محاذاة ركن ففي صحة صلاته وجهان [1] ولو امتد صف مستطيل قريب من البيت فالخارجون عن سَمْت البيت ومحاذاته لا صلاة لهم ، وهؤلاء بعينهم قد يفرض تراخيهم (١) إلى آخر باب المسجد [2] فتصح صلواتهم ؛ لحصول صورة الاستقبال من حيث الاسم [3] .

الرابع : الواقف بمكة خارج المسجد ، ينبغي أن يسوي محرابه / [4] بناء على عيان الكعبة ، فإن دخل بيتًا ولم يقدر على معاينة الكعبة لتسوية القبلة ، فله أن يستدل على الكعبة بما يدل عليه (٢) . ١٧/أ

الخامس : الواقف بالمدينة ، ينزل (٣) محراب رسول الله ﷺ في حقه منزلة الكعبة ، إذ لا يمكن الخطأ فيه ، ولا يجوز الاجتهاد فيه بالتيامن والتياسر .

---

(١) في (أ ، ب) : « تأخرهم » .

(٢) في (أ ، ب) : « عليها » .

(٣) في (أ ، ب) : « نزل » .

---

(1) قوله : (في الواقف في طرف ونصف بدنه في محاذاة ركن ونصفه خارج وجهان) هما مشهوران ؛ أصحهما : لا يصح ، وبه قطع الصيدلاني .

(2) قوله : (أخريات المسجد) هو بهمزة مضمومة ، ثم خاء ساكنة ، ثم راء مفتوحة ، أي آخره .

(3) قوله : (من حيث الاسم) هو برفع (الاسم) على المشهور ، وحيثُ بضم الثاء على المشهور ، وحكي فتحها وكسرها ، وحوث كذلك .

(4) قوله : (محراب رسول الله ﷺ) قال أصحابنا : وفي معنى محراب المدينة البقاع التي صلى فيها رسول الله ﷺ إذا ضبط المحراب .

أما في سائر البلاد فيجوز الاعتماد على المحراب المتفق عليه [١] [1] . والظاهر جواز الاجتهاد في التيامن والتياسر . وقيل : إن ذلك ممنوع .

* * *

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (أما في سائر البلاد فيجوز على المحراب المتفق عليه) يعني : المتفق عليه بين أهل البلدة على تعاقب الأزمان ، وهذا مخصوص بالبلاد والقرى الكثيرة الآهلين ، وقوله : (فيجوز الاعتماد عليه) بل يجب الاعتماد عليه فيما يرجع إلى أصل جهته ، ثم إن في النفس إشكالًا من هذا الحكم ، ومن أحسن ما قيل في تقديره قول صاحب (الحاوي) فيه : إنه يتعذر مع اتفاقهم على قديم الزمان وتعاقب الأعصار وكثرة العدد أن يكونوا على خطأ يستدركه الواحد باجتهاده ولا يزول الإشكال بهذا ، فإنهم بعض الأمة بل عدد يسير بالنسبة إلى سائر الأمة ، وبعض الأئمة يتمكن منهم احتمال الخطأ ، ولهذا لم يكن اتفاق مثلهم من العلماء على حكم من أحكام الشرع حجة ، فأقول : إن لم يكن ذلك إجماعًا ، فالإجماع منعقد على اتباعه والعمل به ، فإن جميع السلف والخلف مجمعون على أن من انتهى إلى بلد صلى إلى قبلة أهله ، ولم يجتهد ، والله أعلم » . المشكل (١/٩٠ أ) .

(1) قوله : (أما في سائر البلاد فيجوز الاعتماد على المحراب المتفق عليه) يعني بالمتفق عليه الذي أقره أهل البلد ، والمراد : البلدة الكبيرة أو الصغيرة التي يطرقها المارُّون من المسلمين كثيرًا ، أو نشأ بها قرون من المسلمين .

وقوله : « يجوز الاعتماد » وفيه نقص ، وكان ينبغي أن يقول : (يجب اعتماده) ولا يجوز الاجتهاد في جهته كما قاله الأصحاب .

الركن الثالث : في المستقْبِل

فإن كان قادرًا على معرفة (١ جهة القبلة ١) يقينًا لم يجزْ [له] (٢) الاجتهاد ، فإن عجز عن اليقين اجتهد (1) ، فإن عجز عن الاجتهاد بالعمى فليقلد (٣) شخصًا مكلفًا مسلمًا عارفًا بدلائل (٤) القبلة (٥) (2) .

أما المجتهد فليس له أن يقلد غيره ، فإن ضاق عليه الوقت – وهو مارٌّ في نظره – فهو كمن يتناوب (٦) مع جمع على بئر ، وعلم أن النوبة لا تنتهي إليه إلا بعد الوقت (3). وقد ذكرنا حُكْمَه .

وإن ارتج عليه طريق الصواب (٧) وتحير ففي تقليده.........................

(١) في (أ ، ب) : « الكعبة » .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « قلد » .

(٤) في (أ ، ب) : « بأدلة » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله في الأعمى : (قلد شخصًا بصيرًا مكلفًا مسلمًا عارفًا بأدلة القبلة) ترك شرط العدالة مع كونه ذكر ما هو أوضح منه وهو التكليف وغيره ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٩٠ أ) .

(٦) في (أ ، ب) : « تناوب » .

(٧) يقول ابن الصلاح : « (وإن ارتج عليه طريق الصواب) ارتج : هو بضم الهمزة وإسكان الراء وكسر التاء ، أي أغلق عليه ونفد نظره ، بخلاف الذي ذكره قبله » . المشكل (١/٩٠ أ – ٩٠ ب) .

---

(1) فقوله : (فإن كان قادرًا على معرفة جهة القبلة يقينًا لم يجزْ له الاجتهاد ، فإن عجز عن اليقين اجتهد) هذا مما ينكر ، فإنه إذا عجز عن اليقين وأخبره ثقة عن علم لزمه العمل به – وإن كان خبر الثقة لا يفيد إلا الظن – ولا يجوز الاجتهاد حينئذٍ بلا خلاف ، ومقتضى عبارة المصنف الاجتهاد .

(2) قوله : (قلد شخصًا مكلفًا مسلمًا عارفًا بأدلة القبلة) ترك شرطًا آخر وهو كونه (ثقة) ، فإن الفاسق لا يُقلَّد على المذهب ، وبه قطع الجمهور . ونقل القاضي حسين والمتولي فيه وجهان كالصبي المميز ، والصحيح فيه : المنع أيضًا .

(3) قوله / في المجتهد : (إذا ضاق عليه الوقت – وهو مارٌّ في نظره – فهو كمن يتناوب مع جمع على بئر) إلى آخره ، هذا الذي قاله وجه ضعيف ، قاله أيضًا شيخه ، والصحيح عند جميع الأصحاب : أنه يجب عليه أن يصلي في الحال بحسب حاله ويلزمه أن يعيد الصلاة إذا عرف القبلة ، وقال ابن سريج : يجوز له التقليد ، وفيه وجه : أنه يصبر حتى يعرف القبلة وإن خرج الوقت ، وهو الذي أشار إليه المصنف . ٩٤/ب

خلاف [1] ، واختيار المزني جوازه ؛ لأنه الآن كالأعمى ، ومنهم من منع لأنه ناظر والتقليد (١) لا يليق به .

فإن قلنا : لا يقلد فيصلي على حسب حاله (٢) [2] ثم يقضي كالأعمى إذا لم يجد مَنْ يرشده ، والأصح : أنه يقلد ولكن يقضي ؛ لأن هذا عذر نادر .

أما البصير الجاهل بالأدلة (٣) : [3] فيبتنى (٤) أمره على أن تعلم أدلة القبلة هل يتعين ؟ وفيه خلاف [4] . فإن قلنا : يتعين ، فالتقليد لا يُسقط القضاء عنه ؛ لأنه مُقصِّر . وإن قلنا : إنه (٥) لا يتعين فهو كالأعمى .

---

(١) في (ب) : « فالتقليد » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فيصلي على حسب حاله) هو بفتح السين ، أي على قدر حاله ، وأكثر الفقهاء يغلطون بتسكين السين منه » . المشكل (١/ ٩٠ ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وأما البصير الجاهل بالأدلة) نعني به المتمكن من تعلمها ، والله أعلم » . المشكل (١/ ٩٠ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « يبنى » . (٥) « إنه » : ليست في (أ ، ب) .

---

(1) قوله : (وإن ارتج عليه طريق الصواب وتحير ففي تقليده خلاف) إلى آخره ، أما قوله : (ارتج) فبضم الهمزة وإسكان الراء وكسر المثناة فوق وتخفيف الجيم ، ومعناه : انسد .

وقوله : (ففي تقليده خلاف) ، هو ثلاث طرق : أحدها : يقلد . والثاني : لا . وأصحها وأشهرها : فيه قولان ؛ أصحهما عند الأكثرين : لا يقلد ، فعلى هذا يصلي كيف اتفق ، ويلزمه القضاء لأنه عذر نادر كالأعمى إذا لم يجد من يقلده يصلي بحاله ويلزمه القضاء ، وإن قلنا : يقلد فطريقان ، أصحهما وبه قطع الجمهور : لا قضاء كالأعمى إذا قلد وصلى .

والثاني : أنه على وجهين بناء على القولين فيمن صلى بالتيمم لعذر نادر لا يدوم هل يلزمه القضاء أم لا ؟ ثم قال إمام الحرمين : هذا الخلاف مخصوص بمن ضاق عليه الوقت ، فأما قبل ضيقه فيصبر ولا يقلد قطعًا لعدم الحاجة ، قال : وفيه احتمال من التيمم أول الوقت . وهذا الذي قاله الإمام شاذ ، والمشهور طرد الخلاف في الحالين . وصحح المصنف أنه يقلد ، وهو خلاف ما صححه الجمهور .

(2) قوله : (فيصلي بحسب حاله) هو بفتح السين ، أي بقدر حاله .

(3) قوله : (البصير الجاهل بالأدلة) يعني : المتمكن من تعلمها .

(4) قوله : (يعلم أدلة القبلة هل يتعين ؟ فيه خلاف) هو ثلاثة أوجه ، أحدها : فرض عين ، وصححه =

هذا بيان محل التقليد والاجتهاد . فأما حكم الاجتهاد : [فإنه] (١) إذا بنى عليه لم يلزمه قضاء الصلاة إلا إذا تعين له الخطأ وبان جهة الصواب . ففي القضاء قولان :

أحدهما : لا يجب ؛ لأنه أدى ما كلف ، وهذا مذهب أبي حنيفة والمزني .

والثاني : أنه (٢) يجب ؛ لأنه فات المقصود .

والقولان جاريان في الاجتهاد في الأواني والثياب ، وكذا في وقت (٣) الصوم والصلاة (٣) إن بان [له] (٤) أنه أدّاهما قبل الوقت ، فأما إذا وقع بعد الوقت فلا قضاء .

هذا فيمن عجز عن درك اليقين في الوقت . فأما من اجتهد في أول الوقت – وهو متمكن من الصبر – فالأوجه أن يُقال : اجتهاده [صحيح] (٥) بشرط الإصابة وسلامة العاقبة (1) ، أما إذا بان الخطأ يقينًا ولم تظهر [له] (٦) جهة الصواب إلا بالاجتهاد ، ففي

(١) زيادة من (أ ، ب) . (٢) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « الصلاة والصوم » . (٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) زيادة من (أ ، ب) . (٦) زيادة من (أ ، ب) .

= البغوي والرافعي ، والثاني : فرض كفاية . وأصحها : أنه فرض كفاية إلى أن يريد سفرًا ، فيتعين ، الأصح عند الأصحاب : وجوب القضاء إذا تيقن الخطأ في القبلة ، سواء / ظهرت له جهة الصواب أم لا ؟ وكذلك في الأواني ٩٥/أ والثياب والصوم والصلاة ، والخلاف في الأواني غريب ذكره المصنف وشيخه ، وقطع الجمهور بوجوب القضاء .

(1) قوله : (فأما من اجتهد في أول الوقت وهو متمكن من الصبر فالأوجه أن يقال : اجتهاده صحيح بشرط الإصابة وسلامة العاقبة) . فقوله : (وسلامة العاقبة) هو معنى الإصابة ، ولو حذفه لكان أحسن ، وهذا الذي ذكره متعلق بالخطأ في وقت الصلاة ، ومعناه : ما ذكره إمام الحرمين فإنه قال : الذي أراه أن المجتهد إن كان يتأتى منه الوصول إلى اليقين بأن يصبر ساعة فاجتهد وأخطأ ، فإن كان الخطأ بالتأخير لم يضر ، وإن كان بالتقديم فالوجه : القطع بوجوب القضاء بموضوع ، فأما إذا لم يمكنه الوصول إلى اليقين بأن كان محبوسًا بموضع الخلاف وهذا الذي ذكره الإمام اختيار له ، والمشهور : أنه لا فرق .

القضاء قولان مرتبان ، وأَوْلَى بأن لا يجب [1] ؛ لأن الخطأ - أيضًا - ممكن في القضاء فأشبه خطأ الحجيج يوم عرفة [١] [2] .

أما إذا تغير حاله في الصلاة بأن [٢] تيقن أنه مستدبر للكعبة : فإن أوجبنا القضاء بطلت صلاته ولزمه الاستئناف [3] ، وإن قلنا لا قضاء ، فقولان [4] :

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (أما إذا بان له الخطأ يقينًا ولم يظهر له جهة الصواب إلا بالاجتهاد ففي القضاء قولان مرتبان ، وأولى بأن لا يجب لأن الخطأ ممكن في القضاء فأشبه خطأ الحجيج يوم عرفة) يرد عليه أن يقال : ليس مثله ؛ لأن القضاء ليس على الفور ، فهو متمكن من تأخيره إلى أن يصل إلى بعض محاريب البلد التي يأمن معها من الخطأ ، وقد اعترض إمام الحرمين بنحو هذا على ذلك ، فأقول في تقديره : لو وجب القضاء لجاز له على الفور بالاجتهاد ، فإنه لا يجب تأخيره ولا يكن فيه حسد من الخطأ ما ليس مثله فيما إذا بان له جهة الصواب يقينًا ، وهذا القدر كافٍ في ترتبه عليه وفي ثبوت الأولوية ، وينبغي أن يشرح معنى ترتيب الخلاف على الخلاف » . المشكل (١/٩٠ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فإن » .

---

(1) قوله : (ففي القضاء قولان مرتبان ، وأولى بأن لا يجب) قد ذكرنا أن مثل هذه العبارة لا يلزم منه أن الأصح عدم القضاء ، بل معناها : عدم القضاء هنا أقوى منه هناك ، وإن كان الراجح في الموضوعين وجوب القضاء .

ومتي قال المصنف وغيره : ففيه خلاف مرتب ، فمعناه طريقان ؛ أحدهما : طرد الخلاف المذكور في الصورة المرتب عليها ، والثاني : القطع بعدم الخلاف ، وقد يعتبرون هذا بثلاثة أقوال أو أوجه .

(2) قوله : (لأن الخطأ أيضًا ممكن في القضاء فأشبه أخطاء الحجيج يوم عرفة) يعني : إذا غلطوا فوقفوا في العاشر .

واعترض إمام الحرمين على الأصحاب في التشبيه بخطأ الحجيج وقال : هذا باطل عندي لا وجه له ؛ لأن الخطأ في الوقوف غير مأمون في السنين المستقبلة فلا يمكنه الصبر إلى اليقين ، وأما هنا فيمكنه الصبر حتى ينتهي إلى موضع يتيقن فيه الصواب بمحاريب المسلمين أو غيرها ، ويجاب عن هذا الاعتراض بأن عليه ضررًا في الصبر لبقاء ذمته مشغولة .

(3) قوله : (بطلت صلاته ولزمه الاستئناف) زيادة للإيضاح لا حاجة إليها .

(4) قوله : (وإن قلنا فقولان) هكذا حكى المصنف في (البسيط) وشيخه في (النهاية) هذا الخلاف قولين ، وحكاهما غيرهما وجهين ؛ أصحهما : أنه يتحول إلى الجهة الأخرى ويبني على صلاته ، وبه قطع في (الوجيز) تفريعًا على هذا القول ، واحتجوا له بقصة أهل قباء ، وأجاب القائل الآخر عن قصة قُباء =

أحدهما : أنه يتحول إلى الجهة الأخرى . والثاني : أنه يستأنف ؛ لأن الجمع في صلاة واحدة بين جهتين مستنكر (١) .

ولو تبين بالاجتهاد أنه مستدبر : فحكمه حكم التيقن (٢) (1) . أما إذا ظهر الخطأ يقينًا أو ظنًّا ، ولكن لم تظهر جهة الصواب ، فإن طال زمان التحير بطل ، وإن قصر فقولان ، ثم حدُّ الطول أن يمضي ركن ، أو وقت مضي ركن ، والقصر دون ذلك ، فإن عجز عن الدرك بالاجتهاد على القرب بطلت صلاته ، وإن قدر على ذلك ففي البطلان قولان مرتبان . وأَوْلَى بالبطلان (2) لأجل التحير . ثم مدة القرب تعتبر بما إذا صُرف وجه

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا بان له الخطأ في أثناء الصلاة : (الثاني : أنه يستأنف ، لأن الجمع في صلاة واحدة بين جهتين مستنكر) قلت : الفرق بين هذا وبين فعل أهل قباء أن ذلك جمع بين قبلتين كل واحدة منهما صواب ، وهذا جمع بين جهتين ، والقبلة واحدة وإحدى الجهتين خطأ ، فلا يجوز كالجمع في قضية واحدة بين حكمين مختلفين ، والله أعلم » . المشكل (١/ ٩٠ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « اليقين » .

= بأن الأصح أن النسخ لا يثبت في حق الأمة حتى يبلغهم ، فلم تكن الكعبة قبلة في حقهم قبل بلوغ الخبر إليهم بخلاف المخطئ في القبلة .

وإن قلنا : يثبت النسخ في حقهم قبل بلوغهم فهم معذورون استقبلوا بيت المقدس بالنص ، ولا يجوز لهم مخالفته قبل بلوغ الخبر ، ولا ينسبون إلى تقصير ، بخلاف المجتهد المخطئ .

(1) قوله : (ولو تبين بالاجتهاد أنه مستدبر فحكمه حكم اليقين) يعني : فيكون فيه القولان المذكوران قبله تفريعًا على قولنا لا يجب القضاء ؛ أحدهما : تبطل صلاته فيجب الاستئناف ، وأصحهما : لا تبطل بل ينحرف إلى الجهة الأخرى ويبني على صلاته ؛ لأنه لو ظهر الخطأ بالاجتهاد بعد فراغ الصلاة لم يؤثر ، فكذا في أثنائها .

(2) قوله : (إذا ظهر الخطأ يقينًا أو ظنًّا ولم تظهر جهة الصواب) إلى قوله : (فقولان مرتبان وأولى بالبطلان) المذهب هنا البطلان . مثال ظهور الخطأ دون الصواب : أنه عرف أن قبلته في يسار المشرق ، فذهب الغيم وظهر كوكب قريب من الأفق وهو مستقبله فقد علم الخطأ يقينًا ولم يعلم الصواب ؛ لأنه يحتمل أن الكوكب في المشرق ، ويحتمل المغرب ، لكنه يمكنه معرفة الصواب على قرب بأن يرتفع فيعلم أنه المشرق ، أو ينحط فيعلم أنه المغرب ويعرف به القبلة ، وقد يعجز عن ذلك بأن يُطبق الغيم عقب ظهور الكوكب .

المصلي عن القبلة قهرًا[١] (1) .

هذا كله في الخطأ في الجهة ، فإن[٢] بان له الخطأ في التيامن والتياسر ، فهذا هل

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا أدرك في أثناء الصلاة جهة الصواب على القرب : (مدة القرب تعتبر بما إذا صُرف وجه المصلي عن القبلة قهرًا) هذا مشكل فإنه يسبق إلى الفهم منه أنه أحال على ذلك في بيان مقدار مدة القرب ، وذلك حوالة على عدم ، فإنه لم يذكر ذلك هناك والعهد به قريب ، والأمر فيه ما ذكره شيخه من أنه يعتبر في ذلك طول الزمان وقصره ، فإن طال بطلت صلاته ، وإن قصر فوجهان ، وإن لم يمضِ ركن في تلك الحالة ، ولا يعتبر في ذلك ما اعتبر فيما إذا شك بعد التحرم في الصلاة بالنية ثم تذكر أنه كان قد نوى ، كما ذهب إليه الشيخ أبو محمد من أنه إن مضى في حالة الشك ركن لإيراد مثله بطلت صلاته وإن قصر الزمان ، وإن لم يمضِ ركن لم تبطل صلاته ، وإن طال الزمان على أحد الوجهين ، وهذا لأنه في حال تردده في جهة القبلة في حكم المنحرف عن القبلة ، ثم إنه ينبغي أن يرجع في معرفة طول الزمان إلى العرف ، فإن لأهله حكمًا شائعًا فيما طال من الزمان وفيما قصر منه ، وفيما علقته مما علق عنه في الدرس تحديد طول الزمان بأن يمضي ركن أو وقت مضي ركن ، وهذا شيء آخر غير مرضي ، والله أعلم » . المشكل (١/٩٠ ب - ٩١ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « فأما إذا بان » .

(1) قوله : (ثم مدة القرب تعتبر بما إذا صرف وجه المصلي عن القبلة قهرًا) هذه العبارة تقتضي أنه قد ذكر مسألة صرف المصلي عن القبلة ثم أحال عليها ، ولم يذكرها أصلًا لا قبل هذا ولا بعده ، وكأنه أراد أنها معلومة قد ذكرها إمام الحرمين ، قال الإمام / : قال شيخي : هذا كمن شك في أثناء صلاته هل نوى؟ ثم ذكر أنه نوى ، فإن أتى بركن في زمن شكه بطلت صلاته ، وإلا فلا . ١/٩٦

قال الإمام : وهذا مشكل عندي فإنه في مدة الشك منحرف عن القبلة ، قال : والوجه عندى أن يمثل بمن صرف وجهه قهرًا عن القبلة ، فإنه إن دام ذلك زمانًا بطلت صلاته ، سواء مضى ركن أم لا ، وإن قصر ففيه الخلاف السابق ، ووجه الشبه بينهما : أنهما معذوران في ترك القبلة .

هذا كلام الإمام ، والمختار : الرجوع في ضبط القرب والبعد إلى العُرف ، وهذا هو الذي اختاره الإمام محمد بن يحيى صاحب الغزالي في كتابه (المحيط في شرح الوسيط) ، والشيخ أبو عمرو .

يؤثر ؟ فيه خلاف ، مبني على أن المطلوب جهة الكعبة أو عينها ؟ هكذا قاله الأصحاب [(١)] .

وفيه نظر [(1)] ؛ لأن الجهة لا تكفي ، بدليل القريب من الكعبة إذ خرج عن محاذاة

(١) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من الخلاف في أن مطلوب المجتهد في اجتهاده جهة الكعبة أو عينها ؟ ونسبة الخلاف إلى الأصحاب ، وقدحه في القول بالجهة بدلالة الصف الطويل القريب من الكعبة الخارج بعضه عن محاذاة الكعبة ، وقدحه في القول بالعين بدلالة الصف الطويل ، وتأويله قولهم ، وقوله : (لعل =

---

(1) قوله : (وإن بان له الخطأ في التيامن والتياسر فهل يؤثر ؟ فيه خلاف مبني على أن المطلوب جهة الكعبة أو عينها ، هكذا قاله الأصحاب ، وفيه نظر) إلى آخره هذا الذي ذكره طريقة لإمام الحرمين اخترعها لم يتقدمه فيها أحَد ، وتابعه المصنف عليها وهي شاذة ، بل المذهب الذي قطع به الأصحاب : أن في المسألة قولين ، أحدهما : أن فرض المصلي جهتها لاعينها ، وهذا هو الذي نقله المزني وأصحهما باتفاق الأصحاب : أن فرضه إصابة عين الكعبة ، وهذا نصه في (الأم) ، وقطع به الشيخ أبو حامد وغيره وقالوا : القول الآخر لا يُعرف للشافعي ، ودليل الصحيح : حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ لما دخل الكعبة خرج وصلى إليها وقال : « هذه القبلة » . رواه البخاري ومسلم .

ودليل الجهة : حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه قال : قال رسول الله ﷺ : « ما بين المشرق والمغرب قبلة » ، رواه الترمذي وقال : هو حديث حسن صحيح . وأجاب القائل بالعين عن صحة صلاة الصف الطويل : بأن التباعد من الحرم الصغير يوجب زيادة المقابلة ، وشبهوه بالنار على جبل ، وأجاب القائل بالجهة عن بطلان صلاة بعض الصف الطويل القريب : بأنه لا عذر لهم ولا مشقة / عليهم في ٩٦/ب
العين مع القرب بخلاف البعد ، ثم قال الأصحاب : إن ظهر الخطأ في التيامن والتياسر فإن كان ظهوره بالاجتهاد وظهر بعد فراغ الصلاة : فلا إعادة قطعًا ، وإن كان في أثنائها : انحرف وأتمها وأجزأته قطعًا ، وإن كان ظهوره يقينًا وقلنا : الفرض جهة الكعبة فكذلك ، وإن قلنا عينها ففي وجوب الإعادة بعد الفراغ والاستئناف في الأثناء القولان .

قال البغوي وغيره : ولا يستيقن الخطأ في الانحراف مع البعد عن مكة ، ولكن يُظن ، وأما مع القرب منها فيمكن الظن واليقين .

قال الرافعي : هذا كالتوسط بين اختلاف أطلقه العراقيون أنه هل يتيقن الخطأ في الانحراف من غير معاينة من غير فرق وبين القريب والبعيد من مكة ؟ فقالوا : قال الشافعي - رحمه الله - : لا يتصور إلا بالمعاينة ، وقال بعض الأصحاب : يتصور ، فحصل من جملة هذا : أن ظهور الخطأ في التيامن والتياسر مع بعد المسافة عن مكة لا يؤثر على المذهب .

الركن ؛ فإنه لا تصح صلاته مع استقبال الجهة . ومحاذاة العين - أيضًا - ليس بشرط ؛

= مراد الأصحاب أن بين موقف المحاذي الذي يقول الحاذق فيه إنه على غاية السداد وبين موقفه الذي يقال فيه : إنه خرج فيه عن اسم الاستقبال بالكلية مواقف يقال فيها إن بعضها أسد من بعض ، وإن كان الكل سديدًا فطلب الأسد هل يجب ؟ فيه وجهان) فأقول : حاصل ما ذكره : القطع بأنه يجب على المجتهد أن يطلب باجتهاده استقبال عين الكعبة ومحاذاتها من حيث الاسم لا من حيث الحقيقة التي شأنها أنه لو مد خيط مستقيم من موقفه إلى الكعبة لانتهى إليها نفسها ، ورد الخلاف المذكور إلى أنه هل يجب طلب الأقوم والأسد مما يشمله اسم الاستقبال أو يكفي مجرد ما هو سديد يشمله اسم الاستقبال ، وإن لم يكن بالأسد ؟ ثم إن سياق كلامه يقتضي أن موقف المحاذي لها على غاية السداد إذ ليس من قبيل الأسد المذكور . وليس كذلك بل هو منه وأولى إذا فهمت ما صار إليه .

فاعلم أن هذه طريقة اخترعها إمام الحرمين فاتبعه هو فيها مع تصرف يسير ، والذي عليه نقلة المذهب : أن المسألة ذات قولين لاذات وجهين ، أحدهما : وهو نصه في (الأم) أن فرضة طلب عين الكعبة ، ومن الأصحاب من جعله المذهب قولًا واحدًا ، وقال : القول الثاني المنسوب إلى نقل المذهب أن فرضه الجهة لا يعرف للشافعي ، وإنما هو قول أبي حنيفة ، وهذه طريقة الشيخ أبي حامد الإسفراييني ، وهذا القول هو الأصح عند جماعة منهم القفال .

ومن الدليل عليه : حديث ابن عباس في الصحيحين أن رسول الله ﷺ لما دخل البيت خرج وصلى إليه وقال : « هذه القبلة » ومن الدليل على القول بأن الجهة ما ثبت من قول عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - : « ما بين المشرق والمغرب قبلة » ، ومنهم من رفعه عنه إلى رسول الله ﷺ والمشهور وقفه على عمر رضي الله عنه . ثم إنه لا يقدح في القول بالعين صحة صلاة الصف الطويل كما ذكره ؛ لأنه كلما بعدت المسافة كثر المحاذي للعين حقيقة ، ألا ترى أن النار المشعلة على رأس جبل يقف من لا يحصى من الخلق في محاذاتها ، بحيث يكون كل واحد منهم محاذيًا لعينها حتى لو مد من موضعه خيطًا إليها لا تصل الخيط بها نفسها ، ولأنه إن خرج بعضهم عن مسامة عينها حقيقة فهو غير متعين ولا نحكم على أحد منهم ببطلان صلاته لذلك ، كما لو صلى أربعة إلى أربع جهات بأربع اجتهادات ، ثم إنا لو سلكنا طريقة من يفسر استقبال عينها بما يعد استقبالًا لعينها اسمًا لا حقيقة ، واكتفينا بذلك لكنا مكتفين بأصل اسم الاستقبال مسوين بين جميع من يشمله اسم الاستقبال من غير تخصيص للأسد كما ذكره .

وأما قدحه في القول بأن فرضه الجهة ، بدلالة أن الصف القريب من الكعبة إذا خرج بعضهم عن محاذاة عين الكعبة لم تصح صلاته ، وإن كان مستقبلًا للجهة فأقول : إنه غير ممتنع من أن يفرق في ذلك بين القرب والبعد ، فيكتفي في حق البعيد بالجهة وإن لم توجد محاذاة العين أصلًا ترخيصًا وتوسعة لما في إيجاب محاذاة العين عليه من الإحواج إلى أن تعلم أدلة القبلة مع العسر في تعلمها واستعمالها ، فقد قررنا - ولله الحمد الأكمل - وجه ما اشتهر بين العلماء منا ومن غيرنا من الاختلاف في أن الفرض طلب عين الكعبة أو جهتها ، ووضح معناه من غير حاجة إلى سلوك المضيق الوعر الذي سلكه صاحب الكتاب وشيخه ومن أخذ عنهما ، والله أعلم » . المشكل (١/٩١أ - ٩٢أ) .

فإن الصف الطويل (١ في آخر المسجد ١) لو تزاحفوا إلى الكعبة خرج بعضهم عن محاذاة العين وتصح صلاتهم ، فكيف الصف الطويل في أقصى المشرق ؟

فلعل مراد الأصحاب أن بين موقف المحاذي (٢) الذي يقول الحاذق فيه : إنه على غاية السداد ، وبين موقفه الذي يُقال فيه : إنه خرج عن اسم الاستقبال بالكلية ، مواقف يقال فيها : إن بعضها أَسَدُّ من بعض ، وإن كان الكل سديدًا ، فطلب الأسدِّ هل يجب؟ فيه وجهان . أحدهما : نعم ؛ لإمكانه . والثاني : لا ؛ لأن حقيقة المحاذاة في المسجد ممكن ثم لم تجب (٣) اكتفاء بالاسم ، فكذا (٤) هاهنا .

فروع أربعة :

الأول : لو صلى أربع صلوات (٥ إلى أربع جهات بأربع اجتهادات ٥) ، فالنص : أنه لا قضاء قولًا واحدًا ؛ لأن الخطأ لم يتعين . وخَرَّج صاحب التقريب أنه يقضي (٦) الكل كما لو نسي ثلاث صلوات من أربع صلوات .

الثاني : إذا صلى الظهر باجتهاد ، فهل يلزمه استئناف الاجتهاد للعصر ؟ فعلى وجهين (1) ينظر في أحدهما إلى تعدد الصلاة ، وإمكان تغير الاجتهاد . و[في] (٧) الثاني إلى اتحاد القبلة واتحاد المكان .

الثالث : إذا أدَّى اجتهاد رجلين إلى جهتين ، فلا يقتدي أحدهما بالآخر .

(١) في (أ ، ب) : « في أقصى المشرق » .
(٢) في (ب) : « المحاذاة » .
(٣) في (أ) : « يجب » .
(٤) في (ب) : « فكذلك » .
(٥) في (أ ، ب) : « بأربع اجتهادات إلى أربع جهات » .
(٦) في الأصل : « يقض » .
(٧) زيادة من (أ ، ب) .

(1) قوله : (إذا صلى الظهر باجتهاد هل يلزمه إعادة الاجتهاد للعصر ؟ وجهان) هما مشهوران ، أصحهما : يلزمه وهو المنصوص في « الأم » وخص بعضهم الخلاف بمن لم يفارق موضعه ، قال : فإن فارقه لزمه قطعًا كما في التيمم . قال الرافعي : لكن الفرق ظاهر .

الرابع: إذا تحرم المقلد بالصلاة فقال له مَنْ هو دون مُقَلّده أو مثله : أخطأ بك فلان لم يلزمه قبوله ، وإن كان أعلم منه (١) فهو كتغير اجتهاد البصير في أثناء الصلاة [1] . ولو قطع بخطئه وقال : القبلة وراءك - وهو (٢) عَدْل - فيلْزَمُه (٣) القبول (٤) ؛ لأن قطعه أرجح من ظن غيره [2] . ولو قال بصير للأعمى المتلبس بالصلاة : أنت مستقبل الشمس ، وعلم الأعمى أن القبلة ليست في جهة الشمس فعليه قبوله ؛ لأن هذا إخبار عن محسوس [3] لا اجتهاد / . ١٧/ب

* * *

(١) « منه » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في الأصل : « فهو » . (٣) في الأصل : « فيلزمه » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ولو قطع بخطئه فيلزمه القبول) يعني : سواء كان القاطع بخطأ مقلده أعلم من مقلده أو دونه أو مثله ، وإن ساوى مقلده في كونهما مجتهدين نظرًا إلى كونه قطع والأول لم يقطع ، هكذا نقل إمام الحرمين عن الأئمة ، وأنا أقول : هذا فيه نظر ، وينبغي أن لا نقبل منه إذا كان دون الأول أو مثله ، كما لو لم يقطع لأنه في نفس الأمر ظان ، ، فهو في قطعه مجازف واضع للقطع في غير موضعه ، ولا يقع به ترجيح ، وهذا في غاية الاتجاه ، والله أعلم » . المشكل (١/٩٢ أ - ٩٢ ب) .

(1) قوله : (إذا تحرم المقلد بالصلاة ، فقال له من هو دون مقلده أو مثله : أخطأ بك فلان لم يلزمه قبوله ، وإن كان أعلم منه فهو كتغير اجتهاد البصير في أثناء الصلاة) صورته : أن يكون قول الثاني عن اجتهاد أيضًا . قوله : (فهو كتغير اجتهاد البصير) يعني : فيلزمه الانحراف إلى الجهة الأخري ، وهل يبني أم يستأنف ؟ فيه الخلاف السابق .

(2) قوله : (ولو قطع بخطئه وقال : القبلة وراءك - وهو عدل - فيلزمه القبول ؛ لأن قطعه أرجح من ظن غيره) يعني سواء كان القاطع أعلم أو دون مقلده أو مثله والصورة أنهما جميعًا معتمدان الاجتهاد .

ونقل إمام الحرمين / هذا عن الأئمة وعللوه بأنه قطع والأول لم يقطع . قال الشيخ أبو عمرو : هذا ٩٧/أ مشكل فينبغي أن لا يقبل منه إذا كان دون الأول أو مثله ، كما لو لم يقطع ؛ لأنه في نفس الأمر ظانٌّ فهو في قطعه مجازف واضع للقطع غير موضعه ، فلا يحصل بقوله ترجيح .

(3) قوله : (إخبار غير محسوس) هذه اللفظة مما أنكرها بعض الناس وقال : صوابه محس ؛ لأنه يقال : (أحس) رباعيًا ، وهذا الإنكار فاسد فإنه يقال أيضًا حسّ ثلاثيًا ، فاستعمله الفقهاء والمتكلمون على هذه اللغة وإن كانت مرجوحة ، والله أعلم .

الباب الرابع

في كيفية الصلاة

وأفعال الصلاة تنقسم إلى أركان ، وأبعاض ، وسنن ، [وهيئات] (١) (1) .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

ويقول ابن الصلاح : « ومن الباب الرابع في كيفية الصلاة قوله : (أفعال الصلاة تنقسم إلى أركان وأبعاض وسنن) قلت : ركن الصلاة عبارة عما هو جزء من أجزائها الأصلية ، وحقيقتها متركبة منه ومن غيره ، التي إذا وجدا وجدت كانت معدودة من أجزائها ، ولكن ليست أجزاء أصلية ، لكونها حقيقتها مع كونها أمرًا وجوديًا تتوقف عليه صحتها ، وفي قولي : (وجودي) احتراز عن عدم المانع فإنه أمر خارج يتوقف عليه صحتها ولكنه ليس أمرًا وجوديًا ، فاعلم ذلك ، والله أعلم . وأما تسمية ما يجبر بالسجود من السنن أبعاضًا فقد نقل إمام الحرمين هذه التسمية عن الأئمة ، وذكر في توجيهها ما معناه موضحًا أن كل واحدة منهما أطلقوا عليه أنه بعض السنن التي تجبر بالسجود ، فإن البعض يطلق على الأقل وهي كذلك ، ثم قالوا في جميعها : الأبعاض التي تجبر بالسجود ، ثم اختصروا فقالوا : الأبعاض ، وهذا تكلف ، وهذه التسمية إنما هي من قول بعض الأصحاب ، ولعل الوجه في تسميتها بذلك : أن هذه السنن لما تأكدت حتى جبرت بالسجود ميزت عن سائر السنن باسم يشبه اسم الأركان التي هي أجزاء على الحقيقة إشعارًا بتأكدها ، ثم وجدت نحو هذا محكيًا عن بعضهم ، ولله الحمد » . المشكل (١/ ٩٢ب - ٩٣ أ) .

---

(1) قوله : (الصلاة تنقسم إلى : أركان وأبعاض وسنن) ، ثم قال : (وأما الهيئات) فبين أنه أراد أولًا بالسنن الهيئات ، وهكذا قاله الأصحاب . فأما الركن : فقال الشيخ أبو عمرو : هو الجزء من أجزائها الأصلية ، وحقيقتها متركبة منه ومن غيره .

وفي قولنا : (الأصلية) احتراز من الأبعاض والهيئات فإنها أجزاء ليست أصلية ؛ لأن حقيقتها توجد بدونها وفيه احتراز أيضًا من الشروط ، فإن الشرط خارج عن حقيقتها مع كونها أمرًا وجوديًا يتوقف عليه صحتها . وفي قولنا : (وجودي) احتراز من عدم المانع فإنه أمر خارج تتوقف عليه صحتها ، ولكن ليس وجوديًا . وأما (الأبعاض) فسميت بذلك لأن كل واحد منهما بعض الصلاة ، وخصت بهذا الاسم لتأكدها ، تقريبًا لها من الأركان .

أما الأركان : فأحد عشر [1] :

التكبير ، والقراءة ، والركوع ، والاعتدال منه ، مع [١] الطمأنينة فيهما ، والسجود ، والقعدة بين السجدتين مع الطمأنينة ، والتشهد الأخير ، والقعود فيه ، والصلاه على النبي ﷺ ، والسلام .

وأما النية : فبالشروط أَشْبَه [2] كاستقبال القبلة ، والطهارة ، ولو كانت النية ركنًا لافتقرت إلى نية [٢] .

---

(١) « مع » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وأما النية : فبالشروط أشبه ، ولو كانت النية ركنًا لافتقرت إلى نية) قد خالف هذا في نية الصوم ، فإنه جعلها فيه ركنًا ، والمسألة فيها وجهان محكيان ، وقوله : (لو كانت ركنًا لافتقرت إلى نية) يمنع ويقال : لما افتقرت حينئذٍ إلى نية تعين ما نذكره من امتناع أن تكون النية منوية ، ولكن يفرق بينهما وبين سائر الأركان بهذا الفارق فينبغي أن لا نقول : لافتقرت ، ويقول : لكانت منوية بنية الصلاة المشتملة على جميع أركانها ، ولا يعقل أن تكون النية منوية ، واللّه أعلم » . المشكل (٩٣/١ أ) .

---

(1) قوله : (أما الأركان فأحد عشر) يعني : أجناسها ، ثم منها مالا يتكرر كالسلام والتشهد ، ومنها متكرر في الركعة كالسجود ، وفي الصلاة كالركوع .

وجعل المصنف الطمأنينة جزءًا من الركوع وغيره ولم يعدها ركنًا مستقلًّا كما فعله غيره والجميع صحيح ، ويدل لطريقة المصنف وموافقيه قوله ﷺ : « اركع حتى تطمئن راكعًا » . وضمَّ صاحب (التلخيص) والقفال إلى الأركان المذكورة : استقبال القبلة ، وضم غيرهما الموالاة والترتيب شروط ، ونية الخروج ليست واجبة على الأصح ، فإن أوجبناها فهي ركن .

(2) قوله : (وأما النية فبالشروط أشبه) في النية وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد وآخرون : أصحهما وبه قطع الأكثرون : أنها ركن ، والثاني : شرط ، وبه قطع القاضي أبو الطيب وابن الصباغ ، واختاره المصنف مع أنه جعل النية في الصورة ركنًا .

وأما الأبعاض :

فيما ينجبر تركُهُ بسجود السهو وهو أربعة [1] : القنوت [2] ، والتشهد الأول ، والقعود فيه ، والصلاة على النبي ﷺ على أحد القولين .

وأما الهيئات :

فما لا يجبر (١) تركها بالسجود (٢ كتكبير الانتقالات والتسبيحات ٢) . فلنورد هذه الأركان بسننها على ترتيبها :

القول في النية ، والنظر في ثلاثة أمور :

الأول : في أصل النية :

والصلاة بالاتفاق مفتقرة إلى النية في ابتدائها [3] ، ولا يضر غروبُها في أثناء الصلاة . نعم لو طرأ ما يناقض جزم النية بطل ، وذلك من ثلاثة أوجه :

الأول : لو أن يجزم نية الخروج في الحال ، أو في الركعة الثانية ، أو يتردد في

---

(١) في (أ) : « يجوز » .

(٢) في (أ ، ب) : « كالتسبيحات وتكبيرات الانتقال » .

---

(1) قوله : (وأما الأبعاض فأربعة) ترك خامسًا وهو : القيام للقنوت ، وسادسًا وهو : الصلاة على آل النبي ﷺ في التشهدين إذا جعلناها سنة فيهما ، وقد صرح الأصحاب بهذين .

(2) وقوله : (القنوت) المراد : قنوت الصبح وقنوت الوتر في رمضان .

(3) قوله : (والصلاة بالاتفاق مفتقرة إلى النية في ابتدائها) أراد بالاتفاق إجماع الأمة ، وإنما قال : مفتقرة ليتناول قول من يجعلها ركنًا ، ومن يجعلها شرطًا ، الأصح : أن الصوم والاعتكاف لا يبطلان إذا جزم نية الخروج منهما ، وأنه إذا علق نية الخروج من الصلاة بدخول شخص ونحوه مما يحتمل وجوده في الصلاة وعدمه بطلت في الحال ، وأنه إذا قلنا بالضعيف لا تبطل في الحال بطلت عند وجود الدخول ، وبه قال الشيخ أبو محمد : لا تبطل إذا دخل وهو ذاهل عن التعليق المتقدم ، فإن كان ذاكره بطلت .

الخروج بطلت صلاته . ولو تردد في الخروج عن الصوم لم يبطل ، ولو جزم نية الخروج فوجهان .

والفرق : أن الصوم ليس له عقْدٌ وتحرّمٌ وتحلل ، ولذلك ينتهي بمجرد غروب الشمس فلا يؤثر فيه مجرد القصد .

الثاني : أن يُعَلِّق نية الخروج بدخول شخص ، ففي بطلانه في الحال وجهان : أحدهما : أنه يبطل ؛ لأنه ناقض جزم النية . والثاني : لا ، لأنه ربما لا يدخل ذلك الشخص وهو في الحال مستمر .

والثالث : أن يشك في نية الصلاة ، فإن مَضَى مع الشك ركنٌ لا يُزاد مثله في الصلاة كركوع أو سجود بطلت صلاته ؛ لأنه ذلك لا يُعتدُّ به ، ولا سبيل إلى إعادته وفيه احتراز قراءة الفاتحة [1] ومد الطمأنينة في الركوع ، وإن لم يمضِ ركن وقَصُرَ الزمان لم تبطل . وإن طال فوجهان كالوجهين في الكلام الكثير مع النسيان .

النظر الثاني : في كيفية النية :

أما الفرض : في العبارة عن نيته أن يقول : أُؤدي الظهر فرض الوقت للّه تعالى (١) .

(١) قال الحموي : « أما اشتراط الشيخ ذكر الظهر فظاهر لابد منه ، وأما الأداء وفرض الوقت وقوله : (للّه) فهو مخالف لاختيار معظم الأصحاب ، حيث إنهم اختاروا أن نية الأداء لا تجب على الأصح ، وقد ذكر الشيخ أن نية الأداء واجبة وجهًا واحدًا ، وفي نية الفرضية والإضافة إلى اللّه – تعالى – وجهان ، ويرد عليه – أيضًا – إشكال آخر فإن المفهوم من كلامه وجوب القول فيه ، وأنه ليس يذكر على الأصح » . ثم ناقش ذلك ورد عليه بقوله : « لا يبعد أن يكون اختار أن نية الأداء واجبة ، ولهذا قال : (إذ الأداء يعبر به عن القضاء) ، بخلاف قوله : (للّه) فإنه لم يفتقر إلى ذكرها ، لكون الصلاة لا تفعل إلا =

(1) في الصلاة كركوع أو سجود بطلت صلاته . وفيه احتراز من قراءة الفاتحة » ، معناه : أنه لو قرأ الفاتحة في حال الشك ثم تذكر أنه نوى لم تبطل صلاته ، وهذا اختيار المصنف وطائفة من الخراسانيين ، والصحيح أنها تبطل وهو المنصوص في « الأم » ، وبه قطع العراقيون وجماعة من غيرهم .

الأصح : بطلان الصلاة إذا طال الزمان في الشك من غير إحداث ركن واشتراط الفرضية في نية الصلاة ، وأنه لا يشترط الإضافة إلى اللّه تعالى .

فيتعرض بقوله : « أؤدي » لأصل الفعل وللأداء [1] . وهذا بشرط أن يخطر بقلبه كونه في الوقت ؛ إذ الأداء قد يُعبَّر به عن القضاء .

ويتعرض بالفرضية لنفي النفل ، وتمييز [2] الظهر عن العصر وغيره بذكر الظهر . وكل ذلك واجب إلا الفرضية والإضافة إلى اللّه تعالى ففيهما وجهان ؛ ووجه [3] كونه سُنَّة : أن صلاة الظهر لا تقع إلا فرضًا للّه تعالى .

ثم هذه النية محلها القلب وليس فيها نطق ونظم حروف ، لا بالقلب ولا باللسان ، نعم ، يُستحب مساعدةُ اللسانِ القلبَ [4] فيها [5] . وقد قال الشافعي : ينعقد إحرام الحج بمجرد النية من غير لفظ [6] بخلاف الصلاة ، فغلط من ظن أنه شَرَطَ اللفظَ في الصلاة ؛ فإنه أراد به الفرق بين التكبير والتلبية .

أما النوافل : فرواتبها يجب فيها التعيين بالإضافة ، وغير الرواتب تكفي فيها نية

= للّه ، فاستغنى عن ذكرها ، وبخلاف نية الفريضة فإنه لا حاجة إلى ذكرها استغناءً بذكر الظهر والعصر وغيرهما . ولا يرد عليه صلاة الصبي من حيث إنها نفل ، فإن صلاته في معنى الفرض ، ولهذا يجب فيها تعيين الصلاة ، واشتراط القيام فيها ، بخلاف سائر النوافل ، ولهذا لو صلى الفرض ثم بلغ في الوقت أجزأته على المذهب . وأما الجواب عن الثاني فظاهر ، فإن مراده أن يقول ذلك بقلبه دون لسانه ، وذلك جائز في الإرادة . والإشكالان ضعيفان ، وإنما ذكرتهما لكون بعض الفقهاء يعدهما من الإشكالات ، ولهذا التزمنا الجواب عنهما » . مشكلات الوسيط (٥٠ ب -٥١ب) .

(١) في (أ ، ب) : « والأداء » .

(٢) في (أ ، ب) : « وتميز » .

(٣) في (أ ، ب) : « وجه » .

(٤) في (أ ، ب) : « للقلب » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله في بيان حقيقة النية : (ليس فيها نطق ونظم حروف ، لا بالقلب ولا باللسان نعم تستحب مساعدة اللسان بالقلب) لا تناقض في هذا ، ومعناه : أن النطق المعبر عن النية باللسان ، ليس نية في الحقيقة ، وإنما هو إعانة على حضور حقيقة النية في القلب ، واللّه أعلم » . المشكل (٩٣/١ أ) .

(٦) في (أ) : « نية » بدل : « لفظ » .

الصلاة مطلقة (1) ، ولو نوى الفرض قاعدًا وهو قادر على القيام لم ينعقد فرضه . وهل ينعقد نفلًا ؟ فيه قولان (2) :

أحدهما : لا ؛ لأن ما نواه لم ينعقد ، فكيف يحصل غيره ؟

والثاني : نعم ؛ لأن التعذر في وصف الفرضية فيبقى أصل الصلاة ، ويشهد لذلك نص الشافعي - رضي الله عنه - على [جواز] (١) قلب الفرض نفلًا .

وهذا الخلاف جارٍ فيمن تحرّم بالظهر قبل الزوال ، والمسبوق (٢) إذا وقع تحرُّمُه في الركوع ، أو قلب المصلي ظُهره عصرًا ، أو وجد العاجز خفة في الصلاة فلم يقم ؛ فإن الفرض يفوت في هذه الصورة ، وفي بقاء النفل قولان .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « أو المسبوق » .

---

(1) قوله : (أما النوافل فرواتبها يجب فيها التعيين ، وغير الرواتب يكفي فيها نية الصلاة مطلقة) فقوله : (رواتبها) أراد به ذات الوقت أو السبب ، ويُستفاد من عبارته أن نية النفلية ليست بشرط ، وهو الصواب ، وقيل غير ذلك . وقوله : (يجب فيها التعيين) يعني : يشترط .

(2) وقوله : (ولو نوى الفرض قاعدًا وهو قادر على القيام لم ينعقد فرضه وهل ينعقد نفلًا ؟ قولان) إلى آخره .

وقال أصحابنا : مَنْ أتى بما ينافي الفرضية دون النفلية في أول فريضة أو أثنائها وبطل فرضه ، هل تنقلب صلاته نفلًا أم تبطل ؟ فيه قولان يختلف الأصح منهما بحسب الصور ، منها :

إذا قلب ظُهره إلى عصر أو نفل بلا سبب ، أو وَجَد المصلي قاعدًا خفة في صلاته وقدر على القيام فلم يقم ، أو أحرم القادر على القيام بالفرض قاعدًا ، والأصح : بطلان صلاته في جميع هذه الصور ، ومنها : لو أحرم بالظهر قبل الزوال فإن كان عالمًا بالحال فالأصح البطلان ، وإلا فالأصح الصحة وبه قطع الأكثرون . ومنها : لو وجد المسبوق الإمام راكعًا فأتى بتكبيرة الإحرام أو بعضها في الركوع لا ينعقد فرضًا ، فإن كان عالمًا بتحريمه فالأصح بطلانها ، وإلا فانعقادها نفلًا ، وهو المنصوص ، ومنها : لو أحرم بفرضه منفردًا ثم أقيمت جماعة فسلم من ركعتين ليُدْرِكَهَا فالأصح صحتها ، ومنها : لو خرج الوقت وهم في صلاة الجمعة وقلنا لا يجزئهم عن الظهر ، فالأصح : انقلابها نفلًا .

النظر الثالث : في وقت النية :

وهو وقت التكبير . قال الشافعي – رضي اللّه عنه – : ينوي مع التكبير لا قبله ولا بعده [١] [1] ، وذكر فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يبسط النية على التكبير ، بحيث ينطبق أوله على أوله ، وآخره على آخره [٢] .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (قال الشافعي : ينوي مع التكبير لا قبله ولا بعده) إنما لفظه على ما نص عليه المزني : نوى صلاته في حال التكبير لا بعده ولا قبله ، وهذا اللفظ يحتمل من اختلاف الأصحاب الواقع في ذلك مالا يحتمله ما ذكره » . المشكل (٩٣/١ أ) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في الوجه الأول : (تنبسط النية على التكبير بحيث ينطبق أوله على أوله وآخره على آخره) وهذا تساهل منه في العبارة ، فإن نفس النية عنده وعند المحققين لا يتصور انبساطها ، فإنها قصد ، والقصد إنما يوجد في لحظة واحدة ، وإنما الذي ينبسط على التكبير على هذا الوجه علوم متعددة بصفات للصلاة المنوية ، متعددة من كونها ظهرًا وفرضًا وغيرهما ، فيحصرها في ذهنه من أول التكبير إلى آخره ، فإذا تكامل في ذهنه في آخر التكبير العلم بصفات الصلاة قصد حينئذٍ فعلها ، فنطبق على أول التكبير أول تلك العلوم ، وعلى آخره القصد إلى فعل الصلاة الموصوفة بتلك الصفات المعلومة ، وآخره هو وقت انعقادها ، فليقترن نفس النية به ، وقد أشار إلى هذا فيما أتى به من التحقيق بعده .

وهذا تحقيق سبق إليه شيخه إمام الحرمين ، فذكر ما شرحه أن النية نفسها لا يتصور انبساطها على أزمنة مرتبة ، وأن الذي يترتب وينبسط علوم متعاقبة متعددة ، أما على قول من قال : يقرن النية بهمزة =

(1) قوله : (قال الشافعي – رحمة اللّه – : ينوي مع التكبير لا قبله ولا بعده) إنما لفظ النص في مختصر المزني : نوى صلاته في حال التكبير لا بعده ولا قبله ، والأصح عند أكثر الأصحاب : أنه يشترط أن يأتي بكل النية في أول التكبير وأن يستصحبها إلى فراغ التكبير ، والوجه الثاني : لا يجب الاستصحاب . والثالث : يجب ابتداؤها مع ابتدائه ، ويفرغ منها مع فراغه / . والرابع : يجب تقديم النية على أول التكبير بشيء يسير ليأمن أن يتأخر ٩٨/ب
أولها عن أول التكبير وقياسًا على الصوم ، حكاه الرافعي عن أبي منصور بن مهران شيخ أبي بكر الأردني .

واختار إمام الحرمين والمصنف في (البسيط) أنه لا يجب التدقيق المذكور في تحقيق مقارنة النية ، وأنه يكفي مقارنة النية العرفية العامية بحيث يعد مستحضرًا لصلاته غير غافل عنها اقتداء بالأولين في تسامحهم في ذلك ، وهذا الذي اختاره هو المختار .

والثاني : أن (١) تُقْرَن بهمزة التكبير . ثم هل يشترط استدامتها إلى آخر التكبير (٢) ؟ [فيه] (٣) فوجهان .

= التكبير ويستديمها إلى آخر التكبير فهي العلوم المتعلقة بصفات الصلاة المنوية ، فمن لم يهجم على قلبه تلك العلوم كما هو الواقع في العادة بعدم استحضار تلك العلوم في ذهنه قبل التكبير ، فإذا اجتمعت قصد فعلها بصفاتها قصدًا مقترنًا بأول التكبير فتكون نفس النية مقرونة بأول جزء من التكبير ،والمتقدم إنما هو العلم بصفات الصلاة ، ثم المستدام إلى آخر التكبير ليس نفس النية لما سبق ، وإنما هو العلم بجريان النية ويذكرها بقلبه ، وحاصل ذلك علوم أخر مرتبة متعلقة بغير ما تعلقت به تلك العلوم المتقدمة ، إذ تلك متعلقة بصفات الصلاة وهذه متعلقة بجريان نية الصلاة بصفاتها .

وأما على الوجه الآخر الأول في الكتاب : فلا تقدم عليه تلك العلوم بصفات الصلاة على التكبير ، بل يبسطها من أوله إلى آخره ، ويقرن نفس النية بآخر التكبير ، ولا يتقيد عند إمام الحرمين على هذا الوجه جواز تأخير أولها على أول التكبير ؛ لأن الاعتبار على هذا إنما هو باقتران نفس النية بآخر التكبير أو به يقع الانعقاد ، هذا إيضاح ما ذكره .

ثم إنه اختار من عنده أنه لا يلزم التدقيق المذكور في تحقيق مقارنة النية ، وأنه يكفي المقارنة العرفية العامية ، بحيث يُعد مستحضرًا لصلاته غير غافلٍ عنها اقتداءً بالأولين في تساهلهم في ذلك ، ووافقه على ذلك صاحب الكتاب في بسيطه .

وقدح قادح فيما قاله إمام الحرمين في امتناع بسط نفس النية ، وقال : لا مانع من بسط النية إلا كونها عرضًا فردًا ، والعرض الفرد لا يتصور بسطه ، وذلك لازم له في العلم والذكر لأنها أعراض لا يمكن بسط الفرد منها ، فإن عني ببسط العلوم توالي أمثالها فذلك جوابنا في بسط النية ، إذ لا معنى لبسط العرض واستمراره إلا توالي أمثاله ، وهذا لا يستقيم لأن قوله ببسط النية مريدًا به توالي نيات أمثال إن أراد به أنه يتذكر نيته ، وتذكرها بقلبه ذكرًا بعد ذكر ، فهذا لم يمنعه الإمام بل أثبته على القول باقتران النية بهمزة التكبير ، وهو الأصح الأشهر ، وذلك على الحقيقة إنما هو علوم بجريان النية متعاقبة إلى آخر التكبير ، وليست نيات أمثالًا فلا يتحقق به ما ادعاه من بسط النية نفسها ، وإن أراد به توالي نيات متجددات ينشئها نية بعد نية فهذا باطل مبطل ، لأن النية الثانية تتضمن إبطال ما قبلها على ما عرف فيمن كبر في إحرامه بالصلاة بتكبيرات بنيات منشآت ، إذ من ضرورة إنشاء عقد حل ما انعقد قبله ، فإن المنعقد لا يعقد فكيف يستقيم إلحاق النيات المتنافية بالعلوم المتواردة ؟ والله أعلم » . المشكل (١/٩٣ أ - ٩٤ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « أنه » .
(٢) « التكبير » : سقطت من (أ) .
(٣) زيادة من (أ ، ب) .

والثالث : أنه يتخير بين التقديم والبسط ؛ لأن الأولين تساهلوا فيه .

والتحقيق فيه : أن النية قصد ولكن شرطه الإحاطة بصفات المقصود وهو كون الصلاة ظهرًا وأداء وغير ذلك ، وربما يَعْسُرُ إحضار علوم متعددة في وقت واحد ، فالمقصود (١) أن يتمثل له إحضار (٢) هذه المعلومات عند أول التكبير ، ويقرن القصد به ويستديم العلم إلى آخر التكبير ، وكذا القصد ، أي لا يغفل ولا يعرض عن قصده ، فإن لم يتم كله إلا عند آخر التكبير ، ففي جوازه تردد . ووجه الاكتفاء : أن آخر التكبير وقت الانعقاد ، ومَنْ شَرَطَ الاقتران بالأول نظر إلى أول سبب الانعقاد ، ومَنْ خَيَّرَ رفع هذه المضايقة وهو الأَوْلى (٣) ، بدليل تساهل الأولين فيه .

القول في التكبير وسننه ، والنظر في القادر والعاجز :

أما القادر : فيتعين عليه أن يقول : « اللّه أكبر » بعينه من غير قطع ولا عكس (٤) [1] ، ومعنى التعيين (٥ أنه لو قال ٥) : « اللّه أجل » أو (٦) : « الرحمن أعظم » لا يقوم مقامه ، وكذا

---

(١) في (أ ، ب) : « والمقصود » .
(٢) في (أ ، ب) : « حضور » .

(٣) في (أ ، ب) : « أولى » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله في التكبير : (من غير قطع ولا عكس) فقوله : (من غير قطع) احتراز من قوله : (اللّه الجليل أكبر) . قوله : (ولا عكس) احتراز من قوله : (أكبر اللّه) ، وما ذكره من أن قوله : (أكبر اللّه) لا يسمى تكبيرًا ، وقوله : (عليكم السلام) يسمى تسليمًا ، توجيهه : أن العرب اعتادت في التسليم قولها : عليك سلام اللّه ونحوه ، ولم يعتد في التكبير أكبر اللّه ، واللّه أعلم » . المشكل (٩٤/١ ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « أن قوله » .
(٦) في الأصل : « و » .

---

(1) قوله : (يتعين أن يقول : اللّه أكبر من غير قطع ولا عكس) فقوله : (من غير قطع) احتراز مما إذا خلل بينهما كلامًا طويلًا كقوله : (اللّه لا إله إلا هو الحي القيوم أكبر) فإنه لا يجزئه قطعًا ؛ لخروجه عن اسم التكبير ، وقوله : (ولا عكس) احتراز من قوله : (أكبر اللّه) ، فإنه لا يجزئه على المذهب كما ذكره .

ترجمته خلافًا لأبي حنيفة . ولو قال : « اللّهالأكبر » صحَّ ؛ لأنه أتى بالواجب وزاد ما لم يغير / المعنى والنظم . ولو قال « اللّه الجليل أكبر » فوجهان ؛ لأن الزيادة مفيدة مغيرة للنظم [1] . والعكس أن يقول [(١)] : « الأكبر اللّه » فالنص أنه لا يجوز ، ونص في قوله : « عليكم السلام » أنه يجوز [2] . فقيل [(٢)] : لأن ذلك يُسمَّى تسليمًا وهذا لا يُسمَّي تكبيرًا . وقيل [قولان] [(٣)] بالنقل والتخريج ، مأخذهما : أن الترتيب هل هو شرط بين الكلمتين ؟ ١٨/أ

أما العاجز : فيأتي بترجمته [3] ولا يجزئه [(٤)] ذكرٌ آخر لا يؤدي معناه ، بخلاف العاجز عن الفاتحة [(٥)] فإنه يعدل إلى ذكر [آخر] [(٦)] لا إلى ترجمتها ، لأن مقصودها

(١) في الأصل : « يقوم » .

(٢) في (أ) : « قيل » ، وفي (ب) : « وقيل » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « يجزئه » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « تحقيق الفرق في أن العاجز عن التكبير يأتي بمعناه والعاجز عن الفاتحة لا يأتي بمعناها : أن النظم المعجز لا يتهيأ الاحتواء على لطائف معانيه ودقائقه في ترجمته وتفسيره بخلاف غير المعجز ، ولأن معنى التكبير ينتظم ذكرًا ، ومعنى الفاتحة لا ينتظم كله ذكرًا ولا إعجاز في التكبير ، واللّه أعلم » . المشكل (٩٤/١ ب) .

(٦) زيادة من (أ ، ب) .

(1) قوله : (ولو قال اللّه الجليل أكبر فوجهان ، لأن الزيادة مفيدة مغيرة للنظم) الوجهان مشهوران أصحهما : الصحة ، وقوله : (مفيدة مغيرة للنظم) تعليل للبطلان كما صرح به إمام الحرمين قال : لأنه أتى بزيادة كلمة مفيدة خارجة عن التبعية ، بخلاف اللام من الأكبر فإنها لا تستقل بإفادة معنى مغير .

(2) قوله : في العكس أن يقول : أكبر اللّه ، فلا يجزئه على النص ، ويجزئه عليكم السلام على النص ، يعني في التحلل من الصلاة ، والمذهب تقرير النصين ، والفرق بأن هذا يُسمَّى تسليمًا من حيث إنه معتاد العرب وغيرها ، كقولهم : عليك سلام اللّه ونحوه ، ولم يعتادوا في التكبير أكبر اللّه .

(3) قوله : (أما العاجز فيأتي بترجمته) ظاهر إطلاقه أنه يأتي بالترجمة بأي لسان شاء ، وهذا هو المذهب ، وبه قطع الأكثرون .

وفي وجه ضعيف : إن أحسن السريانية أو العبرانية تعينت لشرفها بإنزال الكتاب بها ، وبعدهما الفارسية أولى من التركية والهندية ، فإن لم يحسن إلا التركية والهندية تخير قطعًا / . ٩٩/أ

النظم المعجز وقد فات ، وهذا المعنى مقصود ظاهر .

فرع : البدوي يلزمه أن يقصد بلدة لِتَعَلُّم كلمة التكبير ، ولا يلزمه [1] ذلك عند فقد الماء لأجل الوضوء ؛ لأن التعلم يبقى ، والوضوء يعرض الانتقاض ؛ وقيل : بالتسوية؛ (١)لأن التسوية (١) في حقه كالتيمم .

أما سُنَّة التكبير فرفع اليدين معه ، وهو متفق عليه حالة التحرم [2] . وهيئتها (٢) أن يترك الأصابع (٣) منشورة ولا يتكلف ضمَّها وتفريجها [3] .

وفيها (٤) ثلاث (٥) مسائل :

الأولى (٦) : في قدر الرفع : ففي قول : يرفع (٧) إلى حذو المنكبين ، رواه أبو حميد

(١) في (أ ، ب) : « وأن الترجمة » .

(٢) في (أ ، ب) : « وهيئته » .

(٣) في (أ ، ب) : « أصابعه » .

(٤) في (أ ، ب) : « وفيه » .

(٥) في الأصل : « ثلاثة » ، وهو خطأ .

(٦) في (أ ، ب) : « إحداها » .

(٧) « يرفع » : ليست في (أ ، ب) .

(1) قوله : (البدوي يلزمه أن يقصد بلدة ليتعلم كلمة التكبير ، وقيل : لا يلزمه) هذان الوجهان حكاهما إمام الحرمين وآخرون ؛ أصحهما باتفاقهم : أنه يلزمه ، كما أشار المصنف إلى ترجيحه ، وذكرهما الإمام في لزوم القصد لتعلم التكبير أو الفاتحة ، ولا فرق بين المقيم ببادية والمقيم بقرية ليس فيها من يمكنه التعلم منه .

(2) قوله : (وأما سنة التكبير : فرفع اليدين معه ، وهو متفق عليه حالة التحريم) والمراد : أنه مجمع على أنه مشروع ، ولا التفات إلى مخالفة الزيدية فيه ، فإنهم لا يعتد بهم في الإجماع ، وإنما قلنا : مشروع : لأن لنا وجهًا أنه واجب هنا ، وهو قول الإمام أبي الحسن أحمد بن سيار المروزي من متقدمي أصحابنا ، وفرق بينه وبين باقي الرفع بأن التكبيرة هنا واجبة ، فكذا رفعها بخلاف الباقي ، فلو حملنا قول المصنف – وهو متفق عليه – على أنه سنة لم يصح لهذا الوجه .

(3) قوله : (يترك أصابعه منشورة ولا يتكلف ضمها ولا تفريجها) هذا اختياره واختيار شيخه ، والصحيح : أنه يستحب تفريجها ، وبه قطع الجمهور ، ونقله المحاملي في (المجموع) عن الأصحاب .

قال البغوي وغيره : يستحب التفريق في كل موضع أمرناه برفع اليدين .

الساعدي في عشرين [١] من جملة الصحابة [٢] .

(١) في (أ ، ب) : « عشرة » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في الاحتجاج للقول بأن الرفع إلى حذو المنكبين : (رواه أبو حميد الساعدي في عشرة من جلة الصحابة) أي رواه أبو حميد بمحضر من عشرة من الصحابة هو أحدهم أو زائد عليهم فصدقوه ، والحديث ثابت رواه البخاري من غير بيان لعددهم ، ذاكرًا أن ذلك في نفر منهم ، وعند أبي داود وغيره بيان أنهم كانوا عشرة على وفق رواياتهم المذكورة ، رواية ابن عمر في الصحيحين ، ورواية علي بن أبي طالب في سنن أبي داود ، ورواية غيرهم .

وأما الرفع إلى محاذاة الأذنين : فقد رواه مالك بن الحارث ووائل بن حجر عن رسول الله ﷺ روى ذلك مسلم في صحيحه ، وفي رواية لأبي داود في حديث وائل بن حجر : رفع يديه حتى كانتا بحيال منكبيه ، وحاذى بإبهاميه أذنيه ، وهذا شاهد لما ذكر صاحب (شرح التنبيه) من أنه حكى عن أبي ثور عن الشافعي أنه جمع رواية المنكبين ورواية الأذنين هكذا ، وفي رواية أخرى قليلة عن وائل : إبهاميه إلى شحمة أذنيه » . المشكل (٩٤ب - ٩٥ أ) . وراجع حديث ابن عمر في الرفع عند البخاري : (٢٥٥/٢) (١٠) كتاب الأذان (٨٣) باب رفع اليدين في التكبيرة الأولى (٧٣٥) ، وأطرافه : (٧٣٦ ، ٧٣٨ ، ٧٣٩) ، ومسلم : (٣٩٢/١ ، ٣٩٣) (٤) كتاب الصلاة (٩) باب استحباب رفع اليدين حذو المنكبين (٣٩٠ ، ٣٩١)، وأبو داود : (١٨٨/١ - ١٩٠) كتاب الصلاة - باب رفع اليدين في الصلاة (٧٢١ ، ٧٢٢ ، ٧٢٤ ، ٧٢٦ ، ٧٢٨) ، والترمذي : (٣٥/١) (٢) أبواب الصلاة (٧٦) باب ما جاء في رفع اليدين عند الركوع (٢٥٥) ، والنسائي : (١٢١/٢ - ١٢٣) (١١) كتاب الافتتاح ، الأبواب : (٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥) الأحاديث : (٨٧٧ ، ٨٧٨ ، ٨٧٩ ، ٨٨٠ ، ٨٨١ ، ٨٨٢ ،) ، وابن ماجه : (٢٧٩/١ - ٢٨١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٥) باب رفع اليدين إذا ركع وإذا رفع رأسه من الركوع (٨٥٨ - ٨٦٨) .

ثم قال ابن الصلاح تتمة للتعليق السابق : « ثم إن المشهور في المذهب قطع القول بالرفع إلى حذو المنكبين ، ورجحه الشافعي بأنه أثبت إسنادًا ، ورواه عدد من الصحابة - رضي الله عنهم - وهو مرجح أيضًا بأن الرواية اختلفت عمن روى الرفع إلى محاذاة الأذنين ، بخلاف من روى الرفع إلى حذو المنكبين .

والقول بالرفع إلى حذا الأذنين منسوب فيما لا يحصيه من كتب المذهب إلى أبي حنيفة ، ومعدود ذلك من مسائل الخلاف بيننا وبينه ، وأما الذي في (الوسيط) من جعل ذلك قولًا للشافعي فغريب ، وما ذكره من الحكاية عن الشافعي من جمعه بين الروايات لما سئل عن ذلك حين قدم العراق هو هذا القول الثاني الغريب بزيادة شرح ، وكذا هو في كتاب شيخه ، جعل في المسألة قولين فحسب ، وثانيهما على ما ذكرته ، وذكر أنه على القول بالرفع إلى حذو المنكبين لا يجاوز بأصابعه منكبيه .

=

والثاني : أنه يرفع بحيث تحاذي أطراف أصابعه أذنيه ، وكَفَّاه منكبيه [1] .

وقيل : إن الشافعي - رضي اللّه عنه - لما قدم العراق اجتمع عنده العلماء فَسُئل

= وأما الواقع في بعض نسخ (الوجيز) من جعل ذلك على ثلاثة أقوال ، أحدها : أنه يرفع إلى حذو منكبيه ، والثاني : إلى أن تحاذي رءوس أصابعه أذنيه ، والثالث : إلى أن تحاذي أطراف أصابعه أذنيه وإبهاماه شحمتي أذنيه وكفاه منكبيه فمما لا يعرف ولا صحة له .

وجماهير الأصحاب لم يذكروا في المسألة خلافًا ، بل منهم من قطع بقول الرفع إلى حذو المنكبين ، وذلك هو الأكثر والأشهر كما سبق ، ومنهم من قطع بالجمع بين الروايات وهو من المستغرب ، والحكاية المذكورة في الكتاب في الجمع عن صاحب المذهب للشافعي قد كنْت أستنكرها ولا أراها تصح عنه ، ثم وجدت مصداق ذلك في كتاب (التقريب) وعلقته منه بنيسابور ، ذكر أنه حكي له ذلك عن الشافعي ثم استنكره ، وذكر أنه لم يجد له أصلًا في أمهات كتب الشافعي ، وأن الموجود في الكتاب القديم أنه يرفع إلى حذو المنكبين . قلت : وإن لم يصح ذلك رواية عن الشافعي فهو متجه ، وقد اختاره صاحب الكتاب في تدريسه له ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٩٤ ب - ٩٥ ب) .

(1) قوله في قدر الرفع : (في قول : حذو المنكبين رواه أبو حميد الساعدي في عشرة من جلة الصحابة رضي اللّه عنهم . والثاني : يرفع بحيث يحاذي أطراف أصابعه أذنيه وكفاه منكبيه) هكذا ذكر القولين المصنف في (البسيط) وشيخه في (النهاية) ، وذكر في (الوجيز) ثلاثة أقوال هذين ، وثالثًا وهو : أن يحاذي رءوس أصابعه شحمتي أذنيه . قال الرافعي وغيره : هذا القول الثالث لا يعرف نقله إلا في (الوجيز) فهو شاذ مردود وأظنه اشتبه الكلام . وأما القولان المذكوران في الكتاب فنقلهما أيضًا ابن كج ، والمشهور منهما الذي قطع به الجماهير : حذو منكبيه .

٩٩/ب قال إمام الحرمين : والمراد به أن لا يجاوز بأصابعه منكبيه . وخالفه / الأكثرون فقالوا : المراد أن يحاذي راحتاه منكبيه .

وقال الرافعي : ظاهر المذهب أنه يرفعهما بحيث يحاذي أطراف أصابعه أعلى أذنيه ، وإبهاماه شحمتي أذنيه ، وراحتاه منكبيه ، وهذا هو الذي حكاه المصنف وغيره عن الشافعي أنه جمع به بين الروايات .

وحديث أبي حميد رواه أبو داود وآخرون بأسانيد صحيحة بلفظه ، ورواه البخاري في صحيحه فقال : عن أبي حميد في نفر من أصحابه ، ولم يقل عشرة . واسم أبي حميد : عبد الرحمن ، وقيل : المنذر بن عمرو الأنصاري الساعدي من بني ساعدة بطن من الأنصار .

عن أحاديث الرفع ، فإنه رُوي أنه رفع حذو منكبيه وحذو أذنيه ، وحذو شحمة أذنيه [1] ؟

فقال : أرى أن يرفع بحيث يحاذي أطراف أصابعه أذنيه ، وإبهامه شحمة [١] أذنيه ،وكفيه [٢] منكبيه . فاستحسن ذلك منه في الجميع بين الروايات .

الثانية : في وقت الرفع أوجه [٣] [2] ، فقيل [٤] : يرفع غير مكبِّر ثم يبتدئ التكبير

(١) في (أ ، ب) : « شحمتي » . (٢) في (أ ، ب) : « وكفاه » ، وله وجه .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ذكر أن في وقت رفع اليدين أوجهًا ثلاثة ، نسب كل وجه منها إلى رواية صحابي ، وليس ما ذكره بعينه ولفظه واردًا في رواياتهم ؛ فقوله : (إنه يرفع غير مكبر ثم يبتدئ التكبير عند إرسال اليد وهي رواية الساعدي) يعني المروية في عشرة من الصحابة ، وفيها : « كان رسول الله ﷺ إذا قام إلى الصلاة يرفع يديه حتى يحاذي بهما منكبيه ، ثم يكبر حتى يقر كل عظم في موضعه معتدلًا ثم يقرأ » ، رويناه في كتاب أبي داود هكذا بكلمة (حتى) التي للغاية ، وهي تدل بالمعنى على ما ذكره . ورواية البخاري : « رأيته إذا كبر جعل يديه حذاء منكبيه » ، وهذا لا يدل على ذلك بل على خلافه ، والله أعلم » . المشكل (١/٩٥ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « فقد قيل » .

---

(1) قوله : (روي أنه رفع حذو منكبيه ، وحذو أذنيه ، وحذو شحمة أذنيه) :

أما حذو منكبيه : ففي الصحيحين من رواية ابن عمر ، وفي البخاري من رواية أبي حميد .

وأما حذو أذنيه : ففي مسلم من رواية مالك بن الحويرث ، ومن رواية وائل بن حجر ، وفي رواية لمسلم من حديث مالك بن الحويرث : إلى فروع أذنيه .

وأما حذو شحمه أذنيه : فضعيفة .

(2) قوله : (في وقت الرفع أوجه) ذكر أصحابنا فيه خمسة أوجه ، أصحها : أن ابتداء الرفع مع ابتداء التكبير ، وانتهاؤه مع انتهائه ، وهذا نصه في (الأم) ، وصححه الجمهور . ونقل الشيخ أبو حامد اتفاق الأصحاب عليه . والثاني : يرفع بلا تكبير ، ثم يبتدئ التكبير مع إرسال اليدين وينهيه مع انتهائه .

والثالث : يرفع بلا تكبير ، ثم يكبر ويداه قارتان ثم يرسلهما بعد فراغ التكبير ، وصححه البغوي .

والرابع : يبتدئهما معًا ، وينهي التكبير مع انتهاء الإرسال . والخامس : يبتدئ الرفع مع ابتداء التكبير ، ولا استحباب في الانتهاء ، وصححه الرافعي ، والمذهب الأول .

عند إرسال اليد [1] ، وهي رواية الساعدي .

وقيل : يبتدئ الرفع مع التكبير ، فيكون انتهاء التكبير مع انتهاء اليد إلى مقرها [2]، وهذه رواية وائل بن حُجْرٍ (١) [3] .

وقيل : إنه يكبِّر ، ويداه قارتان حذو منكبيه ولا يكبر في الرفع والإرسال ، وهي رواية ابن عمر (٢) [4] .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وقيل : يبتدئ الرفع مع التكبير فيكون انتهاء التكبير مع انتهاء اليد إلى مقرها ، وهذه رواية وائل بن حجر) فقوله : (إلى مقرهما) معناه : إلى مقرهما من الصدر ، فذلك هو مقرهما لا غير ، وهذا ما ذكره صاحب (التقريب) ، فإنه قال فيه : ينهيه مع انتهاء الإرسال ، لا الوجه ، فهذا التفسير هو الذي قطع به صاحب (المهذب) » . المشكل (٩٥ ب - ٩٦ أ) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في الوجه الثالث : (قارتان حذو منكبيه) لا يستفاد منه تفسير مقرهما هاهنا بحذو المنكبين ، فإن ذلك القرار إنما هو على الوجه الثالث ، أما على هذا الوجه فلا يقرهما إذا حاذى منكبيه ، وإذا كان ذلك كذلك فهذا خلاف ما ذكره شيخه في ذلك ، فإنه ناط على هذا الوجه انتهاء التكبير بانتهاء اليد نهايتها في الرفع ، وهذا الوجه بهذا التفسير هو الذي قطع به صاحب =

---

(1) قوله : (أحدها : يرفع غير مكبر ، ثم يبتدئ التكبير عند إرسال اليد ، وهي رواية الساعدي) ، يعني : المروية عنه في عشرة من الصحابة ، وفيها : « كان رسول الله ﷺ / إذا قام إلى الصلاة يرفع يديه حتى يحاذي بهما منكبيه ، ثم يكبر حتى يقر كل عظم في موضعه معتدلًا ، ثم يقرأ » . رواه أبو داود بإسناد صحيح ، ولكن في رواية البخاري عنه قال : رأيته إذا كبر جعل يديه حذا منكبيه . ١٠٠/ب

(2) قوله : (في الوجه الثاني مع انتهاء اليد إلى مقرها) يعني : مقرها تحت الصدر .

(3) قوله : (وهذه رواية وائل بن حجر) الذي في سنن أبي داود وغيره عن وائل بن حجر : « أن النبي ﷺ استقبل القبلة فكبر فرفع يديه حتى حاذى أذنيه ، ثم أخذ شماله بيمينه » . وفي رواية : « رفع يديه حتى كانتا بحيال منكبيه ثم كبر » . وفي روايه : رفع يديه مع التكبيرة .

(4) قوله : (في الوجه الثالث وهي رواية ابن عمر) . روى مسلم في صحيحه عن ابن عمر - رضي الله عنهما قال : « كان رسول الله ﷺ إذا قام إلى الصلاة رفع يديه حتى تكون حذو منكبيه ، ثم كبر » ، وفي رواية أبي داود بإسناد صحيح أو حسن : « رفع يديه حتى تكونا حذو منكبيه ثم كبر » وهما كذلك .

ثم قال المحققون : ليس هذا اختلافًا [1] ، بل صحت الروايات كلها فنقبل الكل ونَجَوِّزُها على نسق واحد .

الثالثة : إذا أرسل يديه وضع إحداهما على الأخرى تحت صدره [1] ويأخذ الكوع من اليسرى بيمناه ويبسط أصابع [2] اليمنى في عرض المفصل أو في صوب ساعده ، واليمنى علية مكرمة [3] بالحمل .

= (المهذب) ، ثم إنه أصل هذا الوجه إنما ورد في بعض روايات حديث وائل بن حجر ، فقد رويناه في كتاب أبي داود السجستاني عنه : أنه أبصر النبي ﷺ حين قام إلى الصلاة رفع يديه حتى كانتا بحيال منكبيه وحاذى بإبهاميه أذنيه ثم كبر . نعم في رواية أخرى لأبي داود وغيره : أنه رآه ﷺ يرفع يديه مع التكبير ، وليتعلم المتفقه الذي لا اشتغال له بالحديث أن وائل بن حجر هذا هو بحاء مهملة مضمومة ثم جيم ساكنة . وقوله : (وقيل : يكبر ويداه قارتان حذو منكبيه ولا يكبر في الرفع والإرسال ، وهذه رواية ابن عمر - رضي اللّه عنهما -) هذه رواية قليلة عن ابن عمر - رضي اللّه عنهما - وهي ما رواه أبو داود عن عمر قال : « كان رسول اللّه ﷺ إذا قام إلى الصلاة رفع يديه حتى تكونا حذو منكبيه ، ثم كبر وهما كذلك » ، ورواه مسلم في صحيحه من غير أن يقول : وهما كذلك ، وهو يقتضي أيضًا من حيث إنه يقتضي وجود تمام التكبير في حالة كون اليدين حذو المنكبين ، واللّه أعلم .

وبعد هذا كله لطيفة علقتها بنيسابور مما علق عن صاحب الكتاب في الدرس قال : ثم حالة إرسال اليدين لا ينبغي أن يرسل يديه ثم يستأنف رفعهما إلى الصدر ، فإني سمعت واحدًا من المحدثين يقول : الخبر إنما ورد بأنه يرسل يديه إلى صدره ، واللّه أعلم » . المشكل (١/٩٦ أ - ٩٦ ب) .

(١) في الأصل و (أ ، ب) : « اختلاف » .

(٢) في (أ ، ب) : « أصابعه » .

(٣) في (أ) : « مكره » .

---

(1) قوله : (إذا أرسل يديه وضع إحداهما على الأخرى تحت صدره) ، فيه إشارة إلى الأصح وهو أنه يرسلهما إرسالًا خفيفًا إلى ما تحت صدره فقط ثم يضع إحداهما على الأخرى . وقيل : يرسلهما إرسالًا بليغًا ، ثم استأنف رفعهما إلى ما تحت صدره . وصرح المصنف في درسه باختياره الأول ، وجزم في (الخلاصة) بالثاني .

القول في القيام ، وهو ركن :

وحدُّه الانتصاب مع الإقلال . فلو اتكأ(١) على شيء(1) أو انحنى لم يعتد به ولا بأس بالإطراق ، فإن عجز عن الإقلال انتصب متكئًا فإن عجز عن الانتصاب قام منحنيًا ، فإن لم يقدر إلا على حد الراكعين قعد (٢) (2) ، فإن عجز عن الركوع والسجود دون القيام قام وأَوْمَى (٣) بالركوع والسجود (3) .

(١) في (أ) : « اتكى » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في قيام المريض : (فإن لم يقدر إلا على حد الراكعين قعد) وجهه : أن حد الركوع مفارق حد القيام ، فلا يعد به قادرًا على القيام ، وهذا ذكره شيخه معتمدًا على دلالة كلام الأئمة عليه من غير نقل صريح ، وقال : الذي دل عليه كلامهم أنه يقعد ولا يجزيه غيره ، وهو خلاف ظاهر المذهب ، والذي ذكره العراقيون أو من ذكره منهم وصاحب (التتمة) وصاحب (التهذيب) أنه لا يجزيه القعود ، بل يقوم في حد الراكع فإنه أقرب إلى القيام من القعود ، فإذا ركع زاد في انحنائه إن أمكنه ، تمييزًا بين القيام والركوع ، واللّه أعلم ، وعلل هو في الدرس بأنه إذا قام فناصب نصفه الأدنى ، وإذا قعد فناصب نصفه الأعلى ، والنصف الأعلى بالنصب أولى » . المشكل (٩٦/١ ب) ، وأكد كلام ابن الصلاح هذا ابن أبي الدم ، راجعه في : إيضاح الأغاليط (٦ب - ٧أ) . (٣) في (ب) : « وأومأ » .

(1) قوله : في القيام : (حده الانتصاب مع الإقلال ، فلو اتكأ على شيء) لم يصح مراده إذ اتكأ على شيء مع القدرة على الاستقلال بغير اتكاء ، وهذا الذي جزم به من بطلان صلاة المتكئ هو قول ابن القطان من أصحابنا وجزم به إمام الحرمين ومن تابعه ، والأصح الصحة ، وبه قطع أبو علي الطبري في (الإفصاح) ، والبغوى وآخرون ، وصححه القاضي أبو الطيب وغيره وقال الرافعي : لعله الأصح ، وفيه وجه ثالث : أنه يصح إن كان بحيث لو رفع السناد لم يسقط وإلا فلا .

(2) قوله / : (فإن لم يقدر إلا على حدِّ الراكعين قعد) هذا الذي ذكره اختياره واختيار شيخه ، الذي دل عليه كلام الأئمة أنه يقعد ولا يجزئه غيره ، وهذا ضعيف بل الصحيح الذي عليه الجمهور : أنه لا يجوز له القعود ، بل يجب عليه القيام على حاله ، فإذا أراد الركوع زاد في الانحناء إن قدر عليه ليفارق القيام الركوع في الصورة ، لأن الوقوف راكعًا أقرب إلى القيام من القعود وهذا هو نص الشافعي ، وبه قطع العراقيون ، والمتولي ، والبغوي ، وغيرهم ، ونقله ابن كج عن نص الشافعي قال الرافعي : هو المذهب . ١٠٠/ب

(3) قوله : (وإن عجز عن الركوع والسجود دون القيام قام وأومأ بالركوع والسجود) ، هذا مما أنكروه عليه ، فإن الصواب أنه يلزمه أن يأتي بالركوع والسجود في هذه الحالة بحسب الإمكان فيحني صُلبه قدر الإمكان ، فإن لم يطق لزمه أن يحني رقبته ورأسه ، فإن احتاج فيه إلى شيء يعتمد عليه ، أو إلى أن يميل إلى جنبه لزمه ذلك ، فإن لم يطق شيئًا من ذلك أومأ إليهما .

وقال أبو حنيفة : سقط عنه القيام ؛ لأن المقصود منه النزول إلى الركوع .

ولو عجز عن القيام قعد ، ولا يتعين في القعود هيئة للصحة ، ولكن (١) الإقعاء منهي [عنه] (٢) وهو أن يجلس على وركيه ، فينصب فخذيه وركبتيه ، قال - عليه الصلاة واالسلام - : « لا تُقعوا إقعاءَ الكلب (٣) » . (1)

(١) في (أ ، ب) : « لكن » . (٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « الكلاب » .

ويقول ابن الصلاح : « قوله : (قال ﷺ : لا تقعوا إقعاء الكلاب) هذا رواه ابن ماجه من حديث أبي موسى الأشعري وعلي عن رسول اللّه ﷺ ولفظه : « لا تقع إقعاء الكلاب » ، وروي عن أنس بن مالك نحوه ، وروينا نحوه من حديث أبي هريرة وأسانيد الجميع أسانيد واهية . نعم ورد النهي عن الإقعاء مطلقًا من حديث سمرة بن جندب قال : « نهى رسول اللّه ﷺ عن الإقعاء في الصلاة » وهو محمول على الإقعاء المذكور في الكتاب ، الذي هو أن يضع أليتيه على الأرض ، وينصب ساقيه ويضع يديه على الأرض ، وهذا الإقعاء غير ما صح عن ابن عباس وابن عمر - رضي اللّه عنهم - من الإقعاء بين السجدتين ، وقال ابن عباس : هو سنة نبيك ﷺ . أخرجه عنه مسلم في صحيحه ، فذلك الإقعاء هو أن يضع أليتيه على عقبيه قاعدًا عليهما وعلى أطراف أصابعه ، وقد استحبه الشافعي في الجلوس بين السجدتين في « الإملاء » وفي كتاب « البويطي » ، وقد خبط من المصنفين في هذا من لم يقف على أن الإقعاء نوعان كما ذكرناه ، وفيه في المذهب تخليط ، وللّه الحمد الأوفى على الهداية وهو أعلم » . المشكل (١/٩٦ ب - ٩٧ أ) .

وحديث الإقعاء عند ابن ماجه عن علي قال : قال النبي ﷺ : « يا علي ! لا تقع إقعاء الكلب » ، وأخرج - أيضًا - عن أنس بن مالك قال : قال لى النبي ﷺ : « إذا رفعت رأسك من السجود فلا تقع كما يقعي الكلب ، ضع أليتيك بين قدميك ، وألزق ظهر قدميك بالأرض » انظر : سنن ابن ماجه : (١/ ٢٨٩) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٢٢) باب الجلوس بين السجدتين (٨٩٥ ، ٨٩٦) . وأخرج البيهقي عن أبي هريرة أن رسول اللّه ﷺ نهاه عن إقعاء القرد . انظر : السنن الكبرى : (١٢٠/٢) .

---

(1) قوله : (الإقعاء منهي عنه ، وهو أن يجلس على وركيه وينصب فخذيه وركبتيه ، قال ﷺ : لا تقعوا إقعاء الكلب) . هذا الحديث رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما من رواية على وأبي موسى وأنس وأبي هريرة - رضي اللّه عنهم - وأسانيد الجميع ضعيفة جدًّا ، وهذا الإقعاء الذي ذكره المصنف وفسره هو المكروه ، وقد صح في مسلم وغيره عن ابن عباس - رضي اللّه عنهما - أنه قال : الإقعاء سُّنة نبيك ﷺ ، والمراد به أن يضع إليته على عقبيه قاعدًا عليهما وعلى أطراف أصابعه . ونص الشافعي في « البويطي » و « الإملاء » على استحبابه في الجلوس بين السجدتين ، والمشهور : استحباب الافتراش بينهما .

ثم في الهيئة المختارة قولان [1] .

أحدهما : الافتراش كالتشهد الأول . والثاني : التربيع .

واختار القاضي [حُسَين] (١) أن ينصب ركبته اليمنى ، كالذي يجلس بين يدي المقرئ ؛ ليحصل به مفارقة جلسات التشهد .

ثم هذا القاعد إن قدر (٢) على الارتفاع إلى حد الركوع يلزمه ذلك في الركوع [2] ، وإن لم يقدر فيركع قاعدًا وينحني مقدارًا تكون النسبة بينه وبين السجود كالنسبة بينهما في حال القيام .

وأقل ركوعه : أن ينحني بحيث تقابل (٣) جبهته ما وراء (٤) ركبته من الأرض ، فيحصل الأقل بأول المقابلة والكمال بتمامها (٥) ، بحيث يحاذي جبهته محل السجود .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .
(٢) في (أ ، ب) : « قعد » .
(٣) في (أ ، ب) : « تحاذي » .
(٤) في (أ ، ب) : « محل » .
(٥) قال الحموي : « قيل : كيف يقول في أقل الركوع في القعود أن ينحني بحيث تقابل جبهته ما وراء ركبته من الأرض ، ومعلوم أنه لا يتصور أن يحاذي جبهته ما وراء ركبتيه ، لما لا يخفي ؟ » ، ورد على ذلك بقوله : « يعني بما وراء ركبتيه جانب ركبتيه من جانب سجوده ، وهو جائز ، كما قيل في قوله تعالى : ﴿ **يعلم ما بين أيديهم وما خلفهم** ﴾ ، وكذلك : ﴿ **وكان وراءهم ملك** ﴾ الآية ، والمراد بذلك قدامهم ، فكذلك هنا » . مشكلات الوسيط (٥٠ أ) .

---

(1) قوله : (في الهيئة المختارة قولان) ، أصحهما عند الأصحاب : الافتراش أفضل . وفيه وجه : أنه يجلس متوركًا ، حكاه الإمام والمصنف في (البسيط) . وصورة الخلاف في قعوده موضع القيام والاعتدال ، وأما موضع القعود فيقعد فيه قعدة المصلي قائمًا .

(2) قوله : (ثم هذا القاعد إن قدر على الارتفاع إلى حد الراكعين لزمه ذلك في الركوع) هكذا قاله أيضًا الإمام قال : لأنه مقدور عليه . قال الرافعي : هذا تفريع منهما على أن من قدر على حد الراكعين يقعد ، وهو طريقتهما الضعيفة كما سبق ، فأما إذا قلنا بالمذهب أنه يلزمه القيام فلا تجيء هذه المسألة إلا أن يفرض حصول ضرر في الوقوف قدر القيام دون الوقوف قدر الركوع ، فحينئذٍ يقعد للضرر لا بسبب الانحناء ، ويسقط عنه الركوع ، هذا كلام الرافعي ، وتصور المسألة أيضًا من يعجز في أول صلاته ويتمكن من حد الراكعين عند الركوع .

ولو عجز عن السجود قرّب الجبهة من الأرض إلى قدر الإمكان .

ويجب أن يجعل السجود أخفض من الركوع ، فإن لم يقدر إلا على أكمل الركوع فيأتي به مرتين .

ولا يلزمه الاقتصار في الركوع على الأقل لإظهار التفاوت ، بل ذلك واجب فيما يجاوز أكمل الركوع [1] . أما إذا عجز عن القعود صلى على جنبه الأيمن مستقبلًا بجميع مقاديم [١] بدنه القبلة ، كالذي يُوضع [٢] في اللحد .

وقيل : إنه يصلي مستلقيًا على قفاه ، وأخمصاه إلى القبلة [2] ، ثم يومئ بالركوع

(١) في (أ ، ب) : « مقادم » . (٢) في (أ ، ب) : « وضع » .

---

(1) قوله : (فإن لم يقدر إلا على أكمل الركوع أتى به مرتين ، ولا يلزمه الاقتصار في الركوع على الأقل لإظهار التفاوت ، بل ذلك واجب فيما يجاوز أكمل الركوع) . هذا الذي ذكره الإمام قال : فيه ثلاث صور ، إحداها : أن يقدر على الانحناء إلى حد أقل ركوع القاعد ولا يقدر على الزيادة ، فلا يجوز صرف بعض المقدور عليه إلى الركوع وبعضه إلى السجود ، وجعل السجود أخفض لأنه يتضمن ترك الركوع من القدرة عليه ، بل يلزمه أن يأتي بالمقدور عليه مرة للركوع ومرة للسجود ويكونان سواء ، الثانية : أن يقدر على أكمل ركوع القاعدين من غير زيادة فله أن يأتي به مرتين ، ولا يلزمه الاقتصار للركوع على حد الأقل لإظهار التفاوت بينه وبين السجود ؛ لأن المنع من استيفاء كمال الركوع في حال الركوع بعيد .، الثالثة : أن يقدر على أكمل الركوع وزيادة فيلزمه أن يقتصر على حد الكمال للركوع ، ثم يأتي بالزيادة للسجود ؛ لأن الفرق بين الركوع والسجود واجب عند الإمكان وقد أمكن .

(2) قوله : (إذا عجز عن القعود صلى على جنبه الأيمن مستقبلًا بجميع مقاديم بدنه القبلة كالذي يوضع في اللحد . وقيل : يصلي مستقبلًا على قفاه وأخمصاه إلى القبلة) هذان الوجهان مشهوران ، وحكاهما جماعة قولين ؛ أصحهما باتفاقهم : الوجه الأول ، وهو نصه في (الأم) و (البويطي) / فيصلي على جنبه الأيمن ، ١٠١/ب فلو اضطجع مستقبل القبلة على جنبه الأيسر جاز وكان مكروهًا . ودليل الجواز قوله ﷺ صل قائمًا ، فإن لم تستطع فقاعدًا ، فإن لم تستطع فعلى جنب » . ولم يشترط الأيمن .

قال أصحابنا : ولو وضعه في اللحد على جنبه الأيسر على جهة القبلة جاز وكان مكروهًا .

قال إمام الحرمين وغيره : هذا الخلاف في الكيفية خلاف في الوجوب ، فمن قال بكيفيته لا يجوز =

والسجود ، فإن عجز فيومئ بالطرف ، فإن لم يبقَ في أجفانه حِراكٌ (1) فيمثل الأفعال في قلبه ؛ حتى إن خرس لسانه (2) يُجْرِي القراءة (١) على قلبه ؛ وذلك كله لقوله – عليه الصلاة والسلام – : « إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم » (٢) (3) .

(١) في (أ ، ب) : « مجراه » بدل : « القراءة » .

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري : (٢٦٤/١٣) (٩٥) كتاب الاعتصام (٢) باب الاقتداء بسنة رسول الله ﷺ (٧٢٨٨) ، ومسلم : (٩٧٥/٢) (١٥) كتاب الحج (٧٣) باب فرض الحج مرة في العمر (١٣٣٧) ، =

= عنده غيرها ، بخلاف الخلاف السابق في كيفية القعود ، فإنه في الأفضل لاختلاف أمر الاستقبال بهذا دون ذاك ، ثم إن هذا الخلاف في القادر على الكيفيتين ، فأما من لا يقدر إلا على واحدة فيجزئه بلا خلاف . وعدم القدرة قد يكون لعلة في جنبه أو ظهره أو غيرهما ، وقد يكون لضيق المكان وقد يكون لغيره .

قال أصحابنا : العجز المعتبر في العاجز عن القيام أن يلحقه مشقة شديدة لو قام ، أو خوف شيء مما سبق في التيمم . قالوا : وكذلك العجز عن القعود .

وقال إمام الحرمين : لا أكتفي في ترك القعود بما أكتفي به في ترك القيام ، بل يشترط فيه عدم تصور القعود أو خيفة الهلاك والمرض الطويل ، كالمرض المبيح للتيمم ، والمذهب الأول .

قال أصحابنا : وإذا قلنا يصلي مستلقيًا ، وضع تحت رأسه شيء ليرتفع ويصير وجهه إلى القبلة لا إلى السماء .

(1) قوله : (لم يبقَ فيه حَراك) بفتح الحاء أي حركة .

(2) قوله : (خَرِس اللسان) بكسر الراء .

(3) قوله : (لقوله : ﷺ : وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم) رواه البخاري ومسلم من رواية أبي هريرة . وقدح الرافعي في الاحتجاج به بأن القعود ليس جزءًا من القيام ، فلا يكون باستطاعته مستطيعًا بعض المأمور به لعدم دخوله فيه ، وكذا القول في الاضطجاع والإيماء وتحريك العين . وقد احتج بهذا الحديث للمسألة أيضًا إمام الحرمين ومحمد بن يحيى وآخرون ، وأجاب الشيخ أبو عمرو عن قدح الرافعي : بأنه وإن كان بالقعود ليس إيتاء بما استطاعه من القيام فهو آتٍ بما استطاعه من الصلاة المأمور بها ، فالصلاة بالقعود أو الاضطجاع أو الإيماء وغيره من الأمور المذكورة صلاة ؛ لأنها تسمى صلاة ، فيقال : صلى كذا وكذا فصلاته صحيحة أو فاسدة ، فهذه المذكورات أنواع لجنس الصلاة ، بعضها أدنى من بعض ، فإذا عجز عن الأعلى واستطاع الأدنى فأتى كان إيتاء بما استطاعه من الصلاة والله أعلم .

وقال أبو حنيفة : إذا عجز عن القعود سقطت الصلاة [(١)] [(1)] .

= والنسائي : (١١٠/٥) (٢٤) كتاب مناسك الحج (١) باب وجوب الحج (٦١٩) ، وابن ماجه : (٣/١) المقدمة (١) باب اتباع سنة رسول اللّه ﷺ (٢) . ويقول ابن الصلاح : « احتج على أنه يجب على المريض ما استطاع من قعود ثم اضطجاع ثم إيماء ثم إجراء الأفعال على قلبه بقوله ﷺ : « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » ، وهذا حديث متفق على صحته من حديث أبي هريرة رضي اللّه عنه .

ولكن قدح في احتجاجه الشيخ أبو القاسم الرافعي شارح (الوجيز) متمسكًا بأن القعود لا يشتمل عليه القيام ، فلا يكون باستطاعته إياه مستطيعًا لشيء من القيام المأمور به ، فلا يتناوله الحديث ، وهكذا القول في الباقي . قلت : قد احتج أيضًا بهذا الحديث على ذلك إمام الحرمين فأقول : لا نقول إنه بإتيانه بالعقود يكون آتيًا بما استطاعه من القيام المأمور به ، ولكنا نقول : بإتيانه به يكون آتيًا بما استطاعه من الصلاة المأمور بها ، فالصلاة بالقعود أو الاضطجاع أو غيرهما من الأمور المذكورة صلاة ؛ لأنه يطلق عليها اسم الصلاة ، ويقال : صلى كذا وكذا ، فصلاته صحيحة أو فاسدة ، فهذه أنواع لجنس الصلاة ، بعضها أدنى من بعض ، فإذا عجز عن الأعلى منها واستطاع الأدنى كان بإتيانه به آتيًا بما استطاع من الصلاة ، واللّه أعلم » . المشكل (٩٧/١ أ - ٩٧ ب) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وقال أبو حنيفة : إذا عجز عن القعود سقطت الصلاة) هذا مما أنكر عليه إذ لا يصح هذا عن أبي حنيفة ، والمنقول عنه خلافه في كتب أصحابه ، وأصحابنا ، وإنما الثابت عنه أنه إذا عجز عن الإيماء برأسه سقطت عنه الصلاة ، واللّه أعلم » . المشكل (٩٧/١ ب) .

وقال ابن أبي الدم أيضًا : « هذا غلط على أبي حنيفة - رضي اللّه عنه - فإن عنده العاجز عن القعود إذا قدر على الركوع والسجود قاعدًا يلزمه الصلاة قولًا واحدًا ، وإنما مذهبه أنه متى عجز عن الركوع والسجود بالكلية ولم يقدر على الإتيان بصورتهما لم تلزمه الصلاة بالإيماء ، هذا مذهب أبي حنيفة ، وهو المنقول عنه في كتب أصحابه ومصنفات أصحابنا عنه ، وذكره الإمام - رحمه اللّه - فيما ذكرناه وحكى أبو علي الطبري في كتابه المسمى بالعمدة وجهًا عن بعض أصحابنا مثل مذهب أبي حنيفة ، وهو بعيد غير معدود من المذهب » . إيضاح الأغاليط (٧أ) .

(1) قوله : (وقال أبو حنيفة : إذا عجز عن القعود سقطت عنه الصلاة) هذا مما أنكروه على المصنف ، لأن هذا لا يعرف لأبي حنيفة ، والصواب عنه الموجود في كتبهم وكتب أصحابنا أنه إذا عجز عن الإيماء برأسه سقطت عنه الصلاة .

فروع ثلاثة :

الأول : إذا وجد القاعد خِفَّة في أثناء الفاتحة (١) فليبادر إلى القيام وليترك القراءة في وقت النهوض قبل الاعتدال [1] ، وإذا اعتدل فلا يلزمه استئناف الفاتحة ، [2] ولو عجز في أثناء القيام قعد وعليه مداومة القراءة في حالة الانحناء إلى القعود ؛ لأنه (٢) أقرب إلى القيام ، (٣ وإن وجد خفة ٣) بعد الفاتحة لزمه القيام ليهوي إلى الركوع ، ولا تلزمه (٤) الطمأنينة ، بخلاف ما لو اعتدل عن الركوع وخفَّ قبل الطمأنينة ؛ فإنه يلزمه / الاعتدال ١٨/ب والطمأنينة فيه ، فإن (٥) خفَّ في الركوع قبل الطمأنينة وجب أن يرتفع منحنيًا كذلك إلى حد الركوع (٦) ؛ إذ لو انتصب قائمًا ثم عاد إلى الركوع كان قد زاد ركوعًا ، وإن (٧) خَفَّ بعد الطمأنينة فالظاهر أنه لا يجب الارتفاع راكعًا ؛ لأنه تَمَّ الركوع قاعدًا . [3]

الثاني : القادر على القعود ينتفل (٨) مضطجعًا مومئًا ، ....

---

(١) في (أ ، ب) : « الصلاة » بدل : « الفاتحة » .
(٢) في (أ ، ب) : « لأنها » .
(٣) في (أ ، ب) : « فإن خف » .
(٤) في (ب) : « يلزمه » .
(٥) في (أ ، ب) : « وإن » .
(٦) في (أ ، ب) : « الراكعين » .
(٧) في (ب) : « فإن » .
(٨) في (أ ، ب) : « يتنفل » .

---

(1) قوله : (إذا وجد القاعد خفة في أثناء الفاتحة فليبادر إلى القيام وليترك القراءة في وقت النهوض قبل الاعتدال) هذه المبادرة والترك للقراءة واجبان ، فإن قرأ لم يعتد به . والمراد بالاعتدال : الانتصاب قائمًا ، والمراد بالخفة : مالا يجوز معها القعود .

(2) قوله : (فإذا اعتدل فلا يلزمه استئناف الفاتحة) هذا متفق عليه لكن قال أصحابنا : تستحب إعادة الفاتحة في كل هذه الصور لتقع في حال الكمال .

(3) قوله : (وإن خف بعد الطمأنينة فالظاهر أنه لا يجب الارتفاع راكعًا ؛ لأنه تم الركوع قاعدًا) هذا الظاهر هو المذهب . وفيه احتمال لإمام الحرمين قال : لا يمتنع أن يقال يجب ذلك ما دام ملابسًا للركن تخريجًا من الخلاف فيمن طوَّل الركن هل يقع كله فرضًا أم الفرض قدر الإجزاء ؟

على أحد الوجهين (1) ، وتشبيهًا للنفل في حق القادر بالفرض في حق العاجز ، ولا يسوغ (١) ذلك في الوجه الثاني ؛ لأن ذلك يَجُرُّ إلى تجويز الإيماء بالقلب ، وإنما احتمل ذلك لضرورة الفريضة فلا يحتمل في النفل بالقياس .

الثالث : من به رَمدٌ وقال الأطباء : إنه (٢) لو اضطجع (٣) أيامًا أفادت المعالجة ففيه خلاف (٤) (2) ، وقد وقع ذلك لابن عباس فاستفتى عائشة وأبا هريرة – رضي الله عنهما – فلم يُرَخِّصَا له (٥) (3) ؛ لقدرته على القيام في الحال . والأقيس جوازه ، فإن

(١) في (أ ، ب) : « يشرع » . (٢) « إنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « اضطجعت » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (من به رمد ، وقال الأطباء لو اضطجعت أيامًا أفادت المعالجة) كان ينبغي أن يقول : من نزل الماء في عينه ، فإن العلاج المذكور علاجه ، ولا يسميه أهل الصناعة رمدًا » . المشكل (١/٩٧ ب) .

(٥) ذكر هذه الحادثة ابن حجر في تلخيصه ، ثم قال : « رواه الثوري في جامعه عن جابر عن أبي=

(1) قوله : (القادر على القعود يتنفل مضطجعًا مومئًا على أحد الوجهين) هذان الوجهان مشهوران وهما جاريان في القادر على القعود والقيام ، هكذا صرح بهما الأصحاب ، وأصحهما عند الإمام ومحمد بن يحيى منعه ، وأصحهما عند الأكثرين جوازه ، وهو الصواب لحديث عمران بن الحصين – رضي الله عنهما – قال : قال رسول الله ﷺ : « من صلى قائمًا فهو أفضل ، ومن صلى قاعدًا فله نصف أجر القائم ، ومن صلي نائمًا فله نصف أجر القاعد » . رواه البخاري / . والمراد بالنائم هنا المضطجع ،وهذا الحديث محمول على صلاة النافلة في حال ١٠٢/ب القدرة ؛ لأن الفريضة لا تصح في حق القادر إلا قائمًا ، والنافلة من العاجز لا ينقص ثوابها كيف صلاها .

(2) قوله : (من به رمد وقال الأطباء : لو اضطجعت أيامًا أفادت المعالجة ففيه خلاف) هذا الخلاف وجهان مشهوران ؛ أصحهما : الجواز ، والمراد : أن يكون قادرًا على القيام وفي عينه وجع يقول الأطباء : لا يمكن معالجته إلا أن يصلي مستلقيًا ، وهو مراد المصنف بالاضطجاع ، وأنكروا عليه تسميته رمدًا ؛ لأن الأطباء لا يسمونه رمدًا ، وهذا الإنكار ضعيف فإن المسألة غير منحصرة في غير الرمد ، بل لو احتج إلى ذلك في الرمد جرى الوجهان . قال أصحابنا : ولا نص للشافعي في المسألة .

(3) قوله : (وقد وقع ذلك لابن عباس فاستفتى عائشة وأبا هريرة – رضي الله عنهم – فلم يرخصا له) هذا ضعيف لا أصل له ، وقد روى البيهقي أنه استفتى عائشة وأم سلمة وروى بإسناد صحيح عن عمرو بن دينار قال : لما وقع في عين ابن عباس الماء أراد أن يعالج منه فقيل : تمكث كذا وكذا لا تصلي إلا مضطجعًا فكرهه .

خطر العمى شديد وقد جَوّزنا القعود بأدني (١) مرض يسلب الخشوع فَليُجوِّز (٢) الاضطجاع بما يقرب من حدِّ الضرورة ، كما جوزنا (٣) للمريض التيمم عند خوفه على نفسه من (٤) شدة الضنى .

القول في القراءة والأذكار ، والنظر في الفاتحة وسوابقها ولواحقها :

أما السوابق : فدعاء الاستفتاح عقيب التكبير ، وهو مشهور ، والتعوذ بعده من غير جَهر إلا في قول قديم ، وأما استحباب التعوذ في كل ركعة فوجهان من حيث إن الصلاة في حكم شيء واحد ، ولكن كل ركعة كالمنقطع (٥) (1) عما قبلها .

أما الفاتحة : فالنظر في القادر والعاجز . أما القادر : فتلزمه (٦ أمور خمسة ٦) :

الأول : أن أصل الفاتحة متعين (2) على الإمام والمأموم في الصلاة السرية والجهرية

= الضحى » . وقال : « أخرجه الحاكم والبيهقي ، وابن أبي شيبة وابن المنذر ، وذلك من عدة طرق مختلفة » : تلخيص الحبير : (٢٢٨/١) حديث رقم : (٣٣٩) .

وأخرج البيهقي في السنن الكبرى : (٣٠٨/٢ ، ٣٠٩) نحوه إلا أنه ذكر أن ابن عباس استفتى أم سلمة وعائشة ، رضي الله عنهم .

وقال ابن الصلاح : « وقوله : (ووقع ذلك لابن عباس فاستفتى عائشة وأبا هريرة فلم يرخصا له) هذا لا يصح هكذا ، والثابت في ذلك ما رويناه أنه نزل في عينه الماء فقيل له : تستلقي سبعة أيام لا تصلي إلا مستلقيًا فكره هو ذلك ، وأما استفتاؤه عائشة وأبا هريرة فلا يصح ، وكذا المذكور في المذهب من أن عبد الملك بن مروان حمل إليه الأطباء على البرد فذكروا له ذلك ، فاستفتى عائشة وأم سلمة فنهتاه ، وإنما تولى عبد الملك الخلافة بعد موتهما وموت أبي هريرة بسنين عدة ، والله أعلم » . المشكل (٩٧/١ ب - ٩٨ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « لأدنى » .

(٢) في (أ ، ب) : « فيجوز » .

(٣) في (أ ، ب) : « جوز » .

(٤) « من » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « كالمنقطة » .

(٦) في (أ ، ب) : « خمسة أمور » .

(1) الأصح : استحباب التعوذ في كل ركعة ، لكنه في الأولى أشد استحبابًا .

(2) قوله : (أصل الفاتحة متعين) وفي بعض النسخ (متعينة) وكلاهما صحيح صرح به في أول كتابه ، ونقل عن العرب : قطعت بعض أصابعه ، وأنشد :

لما أتى خبر الزبير تواضعت　　سور المدينة والجبال الخشع .

ولو حذف المصنف لفظة (أصل) كما حذفها في « البسيط » و « الوجيز » لكان أحسن .

إلا في ركعة المسبوق .

وقال أبو حنيفة : تقوم ترجمتها وغيرها من السور مقامها ، وخالف قوله - عليه الصلاة والسلام - : « لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب » (١) (1) .

وقال : لا تجب القراءة على المأموم أصلًا ، وهو الذي نقله المزني (2) ، ولكن في الصلاة الجهرية .

الثاني : تجب (٢) قراءة « بسم الله الرحمن الرحيم » ؛ إذ روى البخاري : « أنه

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : ﷺ : « لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب » صحيح متفق على صحته من حديث عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - ورواه الإمام أبو بكر بن خزيمة في صحيحه بإسناد صحيح من حديث أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تجزئ صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب » . وهكذا رواه أبو حاتم بن حبان في صحيحه ، وإن تفرد بهذه اللفظة شعبة ثم عنه وهب بن جرير ، فزيادة الثقة مقبولة لما عرف ، والله أعلم » . المشكل (١/٩٨ أ) .

والحديث أخرجه البخاري : (٢/٢٧٦) (١٠) كتاب الأذان (٩٥) باب وجوب القراءة للإمام والمأموم في الصلوات كلها (٧٥٦) ، ومسلم : (١/٢٩٥) (٤) كتاب الصلاة (١١) باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة (٣٩٤) ، وأبو داود : (١/٢١٥) كتاب الصلاة - باب من ترك القراءة في صلاته بفاتحة الكتاب (٨٢٢) ، والترمذي : (٢/٢٥) (٢) أبواب الصلاة (٦٩) باب ما جاء أنه لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب (٢٤٧) ، (٢/١١٨) (٢) أبواب الصلاة (١١٦) باب ما جاء في ترك القراءة خلف الإمام إذا جهر الإمام بالقراءة (٣١٢) ، والنسائي : (٢/١٣٧) (١١) كتاب الافتتاح (٢٤) إيجاب قراءة فاتحة الكتاب في الصلاة (٩١٠ ، ٩١١) ، وابن ماجه : (١/٢٧٣) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١١) باب القراءة خلف الإمام (٨٣٧) .

(٢) في (ب) : « يجب » .

(1) قوله ﷺ : « لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب » رواه البخاري ومسلم من رواية عبادة بن الصامت رضي الله عنه ، ورواه ابن خزيمة وابن حِبان بكسر الحاء من رواية أبي هريرة في صحيحيهما بإسناد صحيح قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تجزئ صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب » .

(2) قوله . (وهو الذي نقله المزنى /) يعني : نقله سماعًا من الشافعي ، وإلا فقد نقل المزني القولين في مختصره ، نقل القول الآخر عن أصحابه عن الشافعي ، ونقل هذا سماعًا . ١٠٣/أ

ﷺ عَدَّ الفاتحة سبع آيات ، وعدَّ بسم اللّه الرحمن آية منها (١) (1) » .

(١) قال ابن أبي الدم : « ومما وقع في كتاب الصلاة من الوهم ، قوله في بيان أن البسملة آية من الفاتحة : (لما روى البخاري في صحيحه أن النبي ﷺ عَدَّ فاتحة الكتاب سبع آيات ، وعَدَّ بسم اللّه الرحمن الرحيم آية منها) وهذا وهم وقع في « النهاية » بهذه العبارة ، وتبعه الغزالي فيه ، وهو غلط ، فإن هذا الحديث ليس في صحيح البخاري ولا صحيح مسلم ، وتتبعته في الصحيحين فلم أجده فيهما ، فلعله روي في غيرهما ، فلم أدخل هذا الوهم في عدد الغلطات » . إيضاح الأغاليط (٧أ - ٧ب) .

قال الحموي - دفاعا عن الغزالي - : « لا يبعد أن يقال : روى البخاري ذلك ، ولم يكتب في صحيحه ؛ لأنه اشترط في كتابه أن لا يذكر إلا المتفق على صحته ، ولم يذكر ذلك الحديث لضعفه لكونه في بعض رواياته غير موثوق به عند بعضهم ، وذلك لنفي ما ذكره » . مشكلات الوسيط (٥٠ ب) .

والحق : أن هذا دفاع متهافت ، إذ إنه من المتعارف عليه بين أهل الصناعة الحديثية أنه إذا أطلق القول بأن البخاري روى حديثًا ما فإن المقصود أنه رواه في صحيحه ، كما بيَّن ذلك ابن الصلاح في تعليقه الآتي .

وراجع هذا الحديث عند البيهقي في السنن الكبرى : (٤٤/٢) ، وابن خزيمة في صحيحه : (٢٤٨/١) .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (تجب قراءة : بسم اللّه الرحمن الرحيم ؛ إذ روى البخاري : « أن النبي ﷺ عدَّ الفاتحة سبع آيات ، وعد بسم اللّه الرحمن الرحيم آية منها ») ما ذكره من رواية البخاري له وَهْمٌ ، فلم يروِ البخاري ذلك ولا مسلم ، وإذا قيل روى البخاري أو مسلم كذا وكذا ، فإنما يطلق ذلك على ما روياه في صحيحيهما ، وهو مع ذلك حديث ثابت من حديث ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن أم سلمة - رضي اللّه عنها - عن رسول اللّه ﷺ أخرجه بمعناه الإمام ابن خزيمة في صحيحه واحتج به في المسألة .

وإن كان قد رواه عن عمر بن هارون عنه وليس بالقوي ، فقد تابع عمر عليه غيره ، وقال فيه البويطي في كتابه : أخبرني غير واحد عن حفص بن غياث عن ابن جريج ، وثبت عن ابن عباس - رضي اللّه عنهما - أنه قال في قوله - تبارك وتعالى - : ﴿ ولقد آتيناك سبعًا من المثاني ﴾ إنها فاتحة الكتاب ، وأن =

(1) قوله : (إذ روى البخاري أنه ﷺ عدَّ الفاتحة سبع آيات ، وعد بسم اللّه الرحمن الرحيم آية منها) هذا مما غلطوه فيه ؛ لأن البخاري لم يروه في صحيحه ولا في تاريخه ، وقد نسبه إلى البخاري أيضًا المصنف في (البسيط) والإمام في (النهاية) ومحمد بن يحيى في (المحيط) وكله غلط تواردوا عليه ، وهذا الحديث صحيح من رواية أم سلمة - رضي اللّه عنها - رواه ابن خزيمة بمعناه في صحيحه ، ولا ذكر للبخاري في (البسيط) إلا في هذا الموضع .

....

= (بسم اللّه الرحمن الرحيم) الآية السابعة ورويناه ذلك عن علي وأبي هريرة رضي اللّه عنهم .

قال الحافظ أحمد البيهقي : قد علمنا بالروايات الصحيحة عن ابن عباس أنه كان يعد (بسم اللّه الرحمن الرحيم) آية من الفاتحة ، ومن الحجة في انتهائها في أول كل سورة قول ابن عباس - رضي اللّه عنهما - : كان النبي ﷺ لا يعرف انقضاء السورة حتى تنزل عليه (بسم اللّه الرحمن الرحيم) . وفي رواية : كان المسلمون لا يعلمون انقضاء السورة حتى تنزل (بسم اللّه الرحمن الرحيم) . أخرجه أبو داود ، وصححه الحاكم في صحيحه ، وقال : إنه صحيح على شرط الشيخين واحتج به الشافعي في سنن (حرملة) .

ولكثير من مخالفينا في مسألتي إثبات البسملة والجهر بها استجراء على نسبتنا إلى ضعف الحجة فيهما ، وها نحن نأتي في ذلك بالحجة الواضحة غير الواهية إن شاء اللّه - تبارك وتعالى - فمن أقوى ما يحتج به في إثبات كون البسملة من الفاتحة ومن كل سورة سوى (براءة) إجماع الصحابة وسائر المسلمين على كتبها بين دفتي المصحف ، ومع القرآن ، بخط القرآن من غير تمييز ، فلو لم يكن في ذلك كله من القرآن لما استجازوا كتبها معه كذلك ، غير مقرون ببيان شافٍ شائع أنها ليست من القرآن ؛ لأن ذلك يحمل قطعًا على اعتقاد ما ليس بقرآن قرآنًا ، وهذا دليل قاطع أو كالقاطع حرر نحوه صاحب الكتاب وقرره في كتابه في حقيقة القولين ثم في (المستصفى) ، ولا يقال : إن القرآن لا يثبت شيء منه إلا بالتواتر وبدليل قاطع ، قاطع للشك وللاحتمال لما عرف . ولا وجود له هاهنا لأنا نقول : البسملة أصلها ثابت بالتواتر في سورة النمل وإنما الكلام في عدد مواضعها وأنها منه مرة أو مرات ، وذلك يجوز إثباته بالاجتهاد كعدد الآي ومقاديرها واللّه أعلم .

وأما الجهر بها : فدليله حديث نعيم بن عبد اللّه المجمر قال : صليت وراء أبي هريرة فقرأ ببسم اللّه الرحمن الرحيم ، ثم قرأ بأم القرآن حتى بلغ (ولا الضآلين) فقال : آمين ، وقال الناس ، ويقول كلما سجد : اللّه أكبر ، وإذا قام من الجلوس قال : اللّه أكبر، ويقول إذا سلم : (والذي نفسي بيده إني لأشبهكم صلاة برسول اللّه ﷺ) أخرجه النسائي ، وأورده الإمام أبو بكر بن خزيمة في صحيحه ، وإسناده صحيح ، وأخرجه الحاكم أبو عبد اللّه في صحيحه وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

واحتج به أبو بكر الخطيب الحافظ في كتابه في إثبات الجهر بالتسمية ، ورواه من وجوه متعددة مرضية ، ثم قال : وقد روى جماعة عن أبي هريرة أن النبي ﷺ كان يجهر ببسم اللّه الرحمن الرحيم ويأمر به ، ثم ساق أحاديثهم بأسانيدها .

وروى الخطيب أيضًا عن جماعة من الصحابة عن رسول اللّه ﷺ أنه جهر بالتسمية ، منهم عمر وعلي وعمار وابن عباس ، وابن عمر في بضعة عشر نفسًا ، قال : وممن سمي لنا أنه حفظ عنه الجهر بالتسمية من أصحاب رسول =

....

= الله ﷺ الأئمة الأربعة أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ، وعد منهم سبعة عشر نفسًا ، ثم ساق ذلك عنهم بأسانيدهم . قال : فأما من روي عنه ذلك من التابعين ومن بعدهم فهم أكثر من أن يذكروا . ثم ذكر أن ذلك في الجهر بالتسمية في أول الفاتحة .

وأما في الجهر بها في أول كل سورة : فيدل على ذلك ما كان من الأحاديث مطلقًا فيه أنه كان يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم ، وذكر أيضًا أحاديث كثيرة عنه ﷺ أنه كان يجهر بالتسمية في السورتين جميعًا .

قلت : واعتمد ابن مالك قال : صلى معاوية بالمدينة - ولا خلاف في كونه حجة في النقل - وذلك ما رويناه عن أنس بن مالك قال : صلى معاوية بالمدينة صلاة فجهر كذا فيها بالقراءة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم لأم القرآن ، ولم يقرآ بها للسورة التي بعدها ، حتى قضى تلك القراءة ولم يكبر حتى يهوي حتى قضى تلك الصلاة ، فلما سلم ناداه من شهد ذلك من المهاجرين والأنصار من كل مكان : يا معاوية ! أسرقت الصلاة أم نسيت ؟ فلما صلى بعد ذلك قرأ (بسم الله الرحمن الرحيم) للسورة التي بعد أم القرآن وكبر حتى يهوي ساجدًا .

وروينا نحوه عن عبيد بن رفاعة الزرقي عن معاوية ، وفيه أنهم قالوا له : سرقت صلاتك أين (بسم الله الرحمن الرحيم) . ورواه يعقوب بن سفيان الفارسي أحد أئمة الحديث المتقدمين في كتابه في الصلاة عن أبي بكر الحميدي ، واعتمد عليه يعقوب أيضًا في إثبات الجهر بالتسمية ، وأخرجه الحاكم أبو عبد الله في صحيحه ، وقال : هذا حديث صحيح على شرط مسلم .

وأما ما يحتج به المخالفون من الحديث المروي عن أنس بن مالك قال : صليت مع رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان فلم أسمع أحدًا منهم يقرأ (بسم الله الرحمن الرحيم) ، وفي رواية : وكانوا يستفتحون بالحمد لله رب العالمين ، لا يذكرون (بسم الله الرحمن الرحيم) في أول قراءة ولا في آخرها ، ورواه جماعة فلم يجهروا ببسم الله الرحمن الرحيم ، فهذا مما أخرجه مسلم ، ولم يخرجه البخاري ، وتركه الشافعي بعد اطلاعه عليه وروايته إياه عن مالك ، مع ما كان الشافعي عليه من المبالغة في اتباع الحديث الصحيح ، حتى أمر أصحابه إذا ظفروا بحديث صحيح على خلاف مذهبه بأن يتركوا مذهبه ويتبعوا الحديث ، وذلك أنه من قبيل الحديث المعلل الذي يُترك ، وإن كانت الرواة له ثقات ؛ لكونه اطلع فيه على علة خفية غامضة قادحة في صحته كاشفة عن وهم فيه دخل على بعض رواته بحيث يغلب ذلك فيه على الظن ، فيحكم به أو يتردد فيه ، فيتوقف ويمتنع الحكم بصحته ، وربما خفيت عِلَّته على أكثر حفاظ الحديث ، واطلع عليها الفرد منهم .

وبيان ذلك في هذا الحديث : أن الأكثرين رووه ، فكانوا يستفتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين من غير تعرض لذكر البسملة ، وذلك هو المتفق على صحته ، المخرج في الصحيحين ، فإنهم الأقلون الذين =

ثم التسمية عندنا آية من أول كل سورة كتبت فيها ، ولكنها آية مستقلة أم هي مع أول السورة آية ؟ ففيه [1] ....

رووه باللفظ النافي للبسملة أنهم رووه بالمعنى متوهمين من قوله : فكانوا يستفتحون بالحمد ، معناه : أنهم لم يكونوا يبسملون ، وأخطئوا في ذلك ؛ لأن معناه أن السورة التي كانوا يستفتحون القراءة بها من السورة هي الفاتحة ، وليس فيه تعرض للبسملة ، والتهمة يسقط الاحتجاج بما تمكنت منه عند أهل الحديث .

على أنه انضم إلى ذلك أمور شاهدة بالوهم في اللفظ النافي المذكور منها أنه ثبت عن أنس أنه سئل عن الافتتاح بالبسملة فقال : إنك لتسألني عن شيء لا أحفظه ، وما سألني عنه أحد قبلك . ورواه الإمام أبو الحسن الدارقطني بإسناده وقال : هذا إسناد صحيح ، ورواه الحافظ أبو بكر الخطيب وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ثبت الرجال لا علة فيه ولا مطعن عليه .

ومنها ما رويناه عن محمد بن أبي السري العسقلاني قال : صليت خلف المعتمر بن سليمان مالا أحصي صلاة الصبح والمغرب ، فكان يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم قبل فاتحة الكتاب وبعدها ، وسمعت المعتمر يقول : ما آلو أن أقتدي بصلاة أبي ، وقال : إني ما آلو أن أقتدي بصلاة أنس بن مالك ، وقال أنس : ما آلو أن أقتدي بصلاة رسول الله ﷺ رواه الحافظ أبو بكر البيهقي وقال : رواته كلهم ثقات .

وليس هذا مناقضًا للذي قبله لإمكان أن يكون أنس سمعه من بعض الصحابة عن رسول الله ﷺ فرواه عن رسول الله ﷺ حتى ذكر أنه مقتدٍ به فيه ، ثم إنه ليس في نفي الجهر إثبات الإسرار ، فإن الجهر قد يطلق ويراد به الجهر الشديد ، قال الله تعالى : ﴿ ولا تجهر بصلاتك ولا تخافت بها وابتغ بين ذلك سبيلًا ﴾ .

وفي بعض ما ذكرناه جواب عما احتجوا به من حديث عبد الله بن معقل المزني الوارد بنحو ما رووه عن أنس على أنه يرويه أبو نعامة قيس بن عناية الحنفي عن عبد الله بن معقل عن أبيه ، وتفرد به أبو نعامة ولم يحتج به صاحب الصحيح ، وابن عبد الله بن معقل مجهول .

ثم إنا إذا تنزلنا عن هذا المقام إلى مقام الترجيح فلما احتججنا به الرجحان من حيث إنه لم يختلف في لفظه ، وما تعلقوا به مختلف في لفظه ، ولأن نفي الجهر إنما رواه صحابيان وإثبات الجهر رواه أربعة عشر صحابيًا أو أكثر ، ولأن من روى الجهر مثبت ومن روى عدمه نافٍ ، وقد عرف أن المثبت مقدم على النافي .

هذا – ولله الحمد – بيان شاف على اختصار كاف ، ومسألة البسملة معدودة من مشكلات المذهب ، وهي أصولية فقهية حديثية ، وقد أوفيناها حقها من فنونها بعون الله وتوفيقه ، وهو أعلم » . المشكل (١/٩٨أ – ١٠١أ) .

(١) في (ب) : « فيه » .

قولان [1] . وذكر الصيدلاني القولين [١] في أنها : [٢] هل هي [٢] من القرآن في أول كل سورة سوى الفاتحة ؟ والمشهور هو الأول .

الثالث : كل حرف من الفاتحة ركن [2] فلو ترك تشديدًا فهو ترك حرف ، ولو أبدل حرفًا بحرف [٣] لم يجز [٤] ، ولو أبدل الضاد بالظاء ففيه تردد؛ لقرب المخرج وعسر التمييز [3] .

---

(١) في (أ ، ب) : « قولين » .

(٢) في (أ ، ب) : « آية » .

(٣) « بحرف » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « يجزه » .

---

(1) قوله : (ثم التسمية عندنا آية من كل سورة كتبت فيها ، ولكنها آية مستقلة أم هي مع أول السورة آية ؟ فيه قولان) هذه العبارة مما أنكر عليه لكونه جزم بأنها آية ثم قال : ولكن هل هي آية أم بعض آية ؟ وكان ينبغي أن يحذف لفظ الآية أولًا .

وقوله : (من أول كل سورة كتبت فيها) احتراز من (براءة) ، فإنها لم تكتب فيها وليست في أولها بالإجماع ، والأصح : أنها آية كاملة من أوائل باقي السور ، وأما الفاتحة فهي آية منها بلا خلاف عندنا .

(2) قوله : (كل حرف من الفاتحة ركن) قال الرافعي : يجوز أنه أراد أنه ركن من الفاتحة ؛ لأن ركن الشيء ما يتركب الشيء منه ومن غيره ، ويجوز أنه أراد به ركن من الصلاة ؛ لأن الفاتحة من أركان الصلاة وجزء الجزء جزء ، قال : والأول أصوب لئلا تخرج أركان الصلاة عن الضبط .

(3) قوله : (ولو أبدل الضاد بالظاء ففيه تردد لقرب المخرج وعسر التمييز) هذا التردد حكاه الإمام عن شيخه أبي محمد : وقال : الوجه القطع بأنه لا يجزئه ، وصححه أيضًا المصنف في (البسيط) ، ومحمد بن يحيى والرافعي وغيرهم ، والخلاف في القادر ، أما العاجز فيجزئه قطعًا .

وأما قوله : (لقرب المخرج) فمنكر فليس مخرجهما متقاربين ، بل العلة الصحيحة عسر / التمييز ١٠٣/ب وعموم البلوى بإهماله .

الأصح المنصوص في (الأم) وبه قطع الجمهور : أنه إذا عكس التشهد أجزأه إن لم يتغير المعنى ، فإن لم يتغير لم يجزئه قطعًا ، وتبطل صلاته إن تعمد .

الرابع : رعاية الترتيب فيها شرط ، فلو قرأ النصف الأخير أولًا لم يجز (١) ؛ (٢ لأن الترتيب ٢) ركن في الإعجاز ، فأما التشهد إذا قدم المؤخر منه ولم يغير المعنى فهو قريب من قوله : عليكم السلام .

الخامس : الموالاة شرط بين كلماتها ، فلو قطعها بسكوت طويل وجب الاستئناف إلا على وجه بعيد ذكره العراقيون . ولو تخللها تسبيح يسير (٣ انقطع الولاء ٣) بخلاف ما لو كرر كلمة من نفس الفاتحة فإن ذلك لا يُعدُّ انتقالًا إلى غيرها ، ولذلك (٤) لو قرأ الفاتحة مرات لم يضر ، بخلاف تكرير (٥) الركوع ، وفيه وجه ضعيف : أنه كالركوع .

فرعان :

الأول لو قال الإمام : « ولا الضالين » فقال المأموم : « آمين » لا تنقطع به الفاتحة إذا (٦) كان في أثنائها ، وفيه وجه آخر أنه (٧) تنقطع ، والأول أظهر ؛ لأنه إذا جرى له سبب لم يعتد انتقالًا .

وهذا الخلاف يجري فيما إذا سأل أو استعاذ [الله] (٨) عند قراءة الإمام : آية رحمة أو عقاب (٩) ، أو سجد مع الإمام عند قراءة الإمام آية سجدة . فإن هذه الأسباب متقاضية .

الثاني : لو ترك الموالاة ناسيًا نقل العراقيون أنه لا يضر (١٠) ، وللشافعي –

---

(١) في (أ ، ب) : « يجزه » .

(٢) في (أ ، ب) : « فالترتيب » .

(٣) في (أ ، ب) : « انقطعت الموالاة » .

(٤) في (أ ، ب) : « وكذلك » .

(٥) في (أ ، ب) : « تكرر » .

(٦) في (أ ، ب) : « إن » بدل : « إذا » .

(٧) في (أ ، ب) : « أنها » .

(٨) زيادة من (أ ، ب) .

(٩) في (أ ، ب) : « عذاب » .

(١٠) يقول ابن الصلاح : « ذكر أنه لو ترك الموالاة في الفاتحة ناسيًا فقد (نقل العراقيون أنه لا يضر) يعني عن الشافعي – رضي الله عنه – ثم قال : وللشافعي قول في القديم أنه لو ترك الفاتحة ناسيًا لم يضر ، ولكن ليس هذا تفريعًا عليه إذ فرق بينه وبين ترتيبها ناسيًا ، فقوله : (إذ فرق) هو بضم الفاء لا بفتحها لأن هذا الفرق ليس عن الشافعي ، وإنما ذكره الشيخ أبو محمد الجويني زيادة على النص تفريعًا على الجديد لا على القديم ، فإن ترك ترتيبها لا يضر على القديم ، إذ لا يزيد على تركها من أصلها » . المشكل (١/١٠١ أ) .

(١رضي الله عنه ١) - قول (٢ في القديم ٢) : أنه لو ترك الفاتحة ناسيًا لم يضر ؛ لأن النسيان عذر كالسبق ولكن ليس هذا تفريعًا عليه ، إذ فرق بينه وبين ترك ترتيبه (٣) ناسيًا [1] ، ويتأيد ذلك بأنه لو طوَّل ركنًا قصيرًا لم يضر ، وإن انقطعت به موالاة الأركان (٤) [2] .

وأما العاجز وهو الأُمِّي ففيه (٥ أربع مسائل ٥) :

الأولى : أنه لا تُجزيه (٦) ترجمته ، بل إن قَدَرَ فيأتي بسبع آيات من القرآن متوالية لا تنقص حروفها عن حروف الفاتحة ، فإن نقص الحروف دون عدد الآيات ففيه وجهان .

---

(١) ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « قديم » .

(٣) في (أ ، ب) : « ترتيبها » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ويتأيد ذلك بأنه لو طول ركنًا قصيرًا ناسيًا لم يضر وإن انقطعت به موالاة الأركان) يعني : يتأيد ما سبق من أن ترك الموالاة في الفاتحة ناسيًا لا يبطلها مع أنه يبطلها ترك الترتيب ناسيًا ، كما لو قدم السجود على الركوع ناسيًا ، فكما فرقنا بين الموالاة والترتيب في الأركان ، كذلك نفرق بينهما في القراءة ، فاعلم ذلك ، والله أعلم » . المشكل (١٠١/١ أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « مسائل أربع » .

(٦) في (أ) : « يجزيه » ، وفي (ب) : « يجزئه » .

---

(1) قوله : (إذ فُرق بينه وبين ترك ترتيبها ناسيًا) هو بضم الفاء وكسر الراء ؛ لأن هذا الفرق للشيخ أبي محمد الجويني لا للشافعي ، ومعناه : أن أبا محمد فرق بينهما فقال : لو ترك الترتيب ناسيًا لم يجزئه ، ولو ترك الموالاة ناسيًا أجزأه على الجديد .

(2) قوله : (ويتأيد ذلك بأنه لو طول ركنًا قصيرًا ناسيًا لم يضر وإن انقطعت به الموالاة) يعني : يتأيد ما سبق من أن ترك الموالاة ناسيًا لا يضر ، بخلاف الترتيب فإنه لو انقطعت الموالاة بتطويل ركن قصير ناسيًا لا يضر ، مع أنه لو انقطع الترتيب ناسيًا فقدم السجود على الركوع لا يجزئه السجود .

الأصح : أنه إذا قرأ بدل الفاتحة سبع آيات تنقص عن حروف الفاتحة لا يجزئه .

فإن عجز عن آيات متوالية فتجزئه آيات متفرقة [1] ، فإن لم تكن آحادُها مفهمة (١) كقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ نَظَرَ ﴾ (٢) لم يبعد (٣) أن يُرَدّ إلى الأذكار ، فإن لم يحسن إلا آية واحدة فيأتي بها ، وتأتي الأذكار بدلًا عن البقية ، وقيل : إنه يكرر الآية سبعًا فتكفيه ، فإن لم يحسن من القرآن شيئًا فيأتي بتسبيح وتهليل ، كقوله : سبحان الله ، والحمد لله ، وما فيه ثناء على الله ، ويراعي ⁽⁴ مساواة الحروف ⁴⁾ ، وفي الدعاء المحض اختلاف (٥) في أنه هل يقوم مقام التسبيح [2] ؟

الثانية : إذا لم يحسن النصف الأول ⁽⁶ من الفاتحة ⁶⁾ فيأتي أولًا بالذكر بدلًا منه ، ثم يأتي بما يحسن منها .

الثالثة : إذا تعلم الفاتحة في أثناء الصلاة قبل قراءة البدل لزمته ، وإن كان بعد الركوع لم تلزمه .

---

(١) في الأصل : « مفهم » وهو خطأ .
(٢) سورة المدثر : آية (٢١) .
(٣) « يبعد » : ليست في (أ) .
(٤) في (أ ، ب) : « مساواته في الحروف » .
(٥) في (أ ، ب) : « احتمال » .
(٦) في (أ ، ب) : « بالفاتحة » .

---

(1) قوله : (فيأتي بسبع آيات متوالية ، فإن عجز عن آيات متواليات أجزأه متفرقات) ظاهر عبارته : أنه لا يجزئه المتفرقة مع القدرة على المتوالية . وفي المسألة وجهان حكاهما السرخسي وغيره ؛ أحدهما : لا يجزئه ، وبه قطع إمام الحرمين والمصنف في (البسيط) والرافعي . وأصحهما : يجزئه ، وهو المنصوص في (الأم) ، وبه قطع البندنيجي والقاضي أبو الطيب ، وصاحب (البيان) وغيرهم . ثم إن الجمهور أطلقوا المسألة .

وقال إمام الحرمين : لو كانت الآية الفردة لا تفيد معنى منظومًا وحدها كقوله تعالى : ﴿ ثم نظر ﴾ ، فيظهر أن لا نأمره بقراءة المتفرقات ويجعله كمن لا يحسن قرآنًا أصلًا . فيأتي بالذكر .

وأشار المصنف إلى اختيار هذا ، والمختار : الإتيان بما يحفظه من القرآن وإن لم يكن مفهمًا .

(2) قوله : (وفي الدعاء المحض احتمال في أنه يقوم مقام التسبيح) هذا الاحتمال هو تردد للشيخ أبي محمد .

قال إمام الحرمين : والأشبه أن ما يتعلق بأمور الآخرة / كالثناء دون ما يتعلق بأمور الدنيا ، وهذا الذي رجحه الإمام هو الراجح ، ورجحه المصنف في (البسيط) . ١٠٤/أ

وإن / كان قبل الركوع وبعد الفراغ فوجهان ، ووجه (١) الوجوب : بقاءُ مظنّة ١٩/أ القراءة ، ولو (٢) كان في أثناء البدل لزمه ما بقي [من البدل] (٣) . وفي لزوم الاستئناف خلاف ، والأصح أنه يجب [1] .

الرابعة : إذا قرأ الأمي دعاء الاستفتاح وقصد به بدل الفاتحة جاز ، وإن قصد [به] (٤) الاستفتاح لم تسقط به القراءة فعليه الإعادة ، ولو أطلق ، ففي سائر الأذكار تردد ذكره صاحب التقريب في أنه هل يشترط قصد البدلية ؟ واشتراطه في دعاء الاستفتاح أوجه [2] لأن قرينة الحال تصرفه إلى الاستفتاح .

أما لواحق الفاتحة فشيئان :

الأول : التأمينُ : فهو مستحب عقيب الفراغ للمأموم والمنفرد [3] . وفيه لغتان : القصر ، والمد ، والميم مخففة على اللغتين ، وهو صوت [4] وُضع لتحقيق الدعاء ،

(١) في (أ ، ب) : « وجه » .

(٢) في (أ ، ب) : « فلو » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(1) قوله : (إذا تعلم الفاتحة بعد الركوع لم يلزمه ، فإن كان قبل الركوع وبعد الفراغ فوجهان . ولو كان في أثناء البدل لزمه ما بقي ، وفي وجوب الاستئناف خلاف ، والأصح أنه يجب) أما قوله : (بعد الركوع) فمراده : بعد شروعه في الركوع ، ولو قال : (في الركوع) لكان أحسن ، والأصح من الوجهين فيما بين الفراغ والركوع : عدم وجوب الفاتحة . وأما قوله : (ففيه خلاف) فهو وجهان ، وحكاهما السرخسي قولين ، والأصح : أنه يجب كما صححه المصنف ، ويتصور التعلم في أثنائها بتلقين أو مصحف أو غيرها .

(2) قوله : (في اشتراط قصد البدلية تردد) الأصح : أنه لا يشترط لا في دعاء الاستفتاح ولا في غيره .

(3) قوله : (التأمين مستحب للمأموم والمنفرد) هكذا هو في معظم النسخ ، والحق في بعضها والإمام ولابد منه ، وكأنه حذفه لكونه يفهم بطريق الأولى .

(4) قوله : (وهو صوت) صوابه : (لفظ) الأصح : استحباب جهر المأموم بالتأمين ، سواء كثر القوم أم قلوا .

ومعناه (١) : ليكن كذلك كقولهم : « صه » للأمر بالسكوت .

ثم اختلف نص الشافعي - (٢ رضي الله عنه ٢) - في جهر الإمام (٣) به (٤) وقيل(٥) :

إن كان في القوم كثرة جهروا ليبلغ الصوت ، وإلا فلا .

وقيل فيه قولان :

أحدهما : نعم ؛ لما روى أبو هريرة ، أن رسول الله ﷺ كان إذا أَمَّنَ أَمَّنَ مَنْ خلفه حتى كان للمسجد ضجة (٦) (1) .

(١) في (أ ، ب) : « معناه » بدون الواو . (٢) ليست في (أ) .

(٣) في (أ ، ب) وهامش الأصل : « المأموم » . (٤) « به » : ليست في (ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « فقيل » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله في جهر المأموم بالتأمين : (لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ كان إذا أمّن أمّن من خلفه حتى كان للمسجد ضجة) هكذا أورده شيخه - رحمه الله وإيانا - وهو غير صحيح مرفوعًا إلى رسول الله ﷺ ، وإنما رواه الإمام الشافعي بإسناده عن عطاء - هو ابن أبي رباح - قال : كنت أسمع الأئمة ابن الزبير ومن بعده يقولون آمين ومن خلفهم : آمين ، حتى إن للمسجد لَلَجّة » . المشكل (١٠١/١ أ) .

قال ابن حجر : « لم أره بهذا اللفظ [يعني : حديث أبي هريرة المذكور] وروى ابن ماجه حديثًا في معناه عن أبي هريرة قال : ترك الناس التأمين ، كان رسول الله ﷺ إذا قال : ﴿ غير المغضوب عليهم ولا الضآلين ﴾ قال آمين ، حتى يسمعها أهل الصف الأول ، فيرتج بها المسجد . ورواه أبو داود بلفظ : حتى يسمع من يليه من الصف الأول » . انظر تلخيص الحبير : (٢٣٨/١) الحديث (٣٥٤) ، وراجع : تحفة الأحوذي : (٥٨/٢ - ٦٩) باب ما جاء في التأمين .

قال ابن الصلاح : « وقوله : (إن للمسجد) أي لأهله ، وفي صحاح اللغة : سمعت لَجَّة الناس بالفتح : أي أصواتهم وصيحتهم ، والتجَّت الأصوات أي : اختلطت . والله أعلم » . المشكل (١٠١/١ أ - ١٠١ ب) .

---

(1) قوله : (لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ : كان إذا أمن أمن من خلفه ، حتى كان للمسجد ضجة) هكذا ذكر هذا الحديث ، هو في « البسيط » وشيخه في « النهاية » وهو غلط ، وإنما صوابه ما رواه الشافعي بإسناده عن عطاء بن أبي رباح قال : كنت أسمع الأئمة ابن الزبير ومن بعده يقولون : آمين ومن خلفهم آمين ، حتى إن للمسجد للجّة . وقال البخاري في صحيحه : قال عطاء : أَمَّنَ ابن الزبير ومن وراءه حتى إن للمسجد للجة ، و(اللجة) بفتح اللام : اختلاط الأصوات .

والثاني : لا ؛ كسائر الأذكار .

(١ وأما الضجة فهي ١) هينمة حصلت من همس القوم [1] عند كثرتهم (٢) .

وقيل : [إنه] (٣) إن لم يجهر الإمام جهر المأموم ، وإن جهر الإمام ففي المأموم قولان [2] . ثم المستحب أن يؤمن مع تأمين الإمام (٤ لا قبله ولا بعده ٤) [3] . لأنه يؤمن لقراءته ، لا لتأمينه . وقد رُوي عنه - عليه الصلاة والسلام - أنه قال : « إذا قال الإمام : ﴿ وَلَا ٱلضَّآلِّينَ ﴾ فقولوا (٥) : آمين ؛ فإن الملائكة (٦ تقول آمين ٦) ، فمن وافق تأمينه

---

(١) في (أ ، ب) : « والضجة هي » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وأما الضجة فهي هينمة حصلت من همس الناس عند كثرتهم) فالهمس في اللغة هو الصوت الخفي ، وذكر غيره نحو ذلك ، والظاهر من كلام المصنف أنه أراد بها صوتًا فيه اختلاط وارتفاع ، وفي ذلك زيادة على معناها الذي وجدناه عن أهل اللغة ، والله أعلم » . المشكل (١٠١/١ ب) .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « لا بعده ولا قبله » .

(٥) « فقولوا » : ليست في (أ) ، وفي (ب) : « قولوا » .

(٦) في (أ ، ب) : « تؤمن عند ذلك » .

---

(1) قوله : (فهي هينمة حصلت من همس القوم) (الهينمة) : كلام خفي ، و (الهمس) : الصوت الخفي ، والكَثرة بفتح الكاف ، وحكى الجوهري وغيره كسرها أيضًا وضعفوه .

(2) قوله : (إن لم يجهر الإمام جهر المأموم ، وإن جهر ففي المأموم قولان) / هذه العبارة تقتضي أن ١٠٤/ب الطريقين السابقين جاريان ، سواء جهر الإمام أم لا ، وهو صحيح . ولا يقال : هذا مخالف لما نص عليه الشافعي واتفق عليه الأصحاب أنه إذا لم يؤمّن الإمام أمَّن المأموم قولًا واحدًا ؛ لأن مرادهم إذا لم يوجد منه تأمين أصلًا ، وهنا قد أمن سرًّا .

(3) قوله : (المستحب أن يؤمن مع تأمين الإمام لا بعده) هذا متفق عليه . قال الإمام : قال شيخي : ليس في الصلاة شيء يستحب مقارنة الإمام فيه إلا التأمين .

تأمين الملائكة غُفِرَ له ما تقدم من ذنبه وما تأخر » (١) (1) .

الثاني : السورة ، ويستحب قراءتها للإمام والمنفرد في ركعتي الفجر (٢) والأولَيَين من غيرهما .

وهل تستحب في الثالثة والرابعة ؟ قولان منصوصان :

الجديد : أنها (٣) تُستحب لقول أبي سعيد الخدري : « حَزرنا قراءة رسول اللّه ﷺ الأولين من الظهر فكانت قدر سبعين آية ، وحزرْناها في الركعتين الأخريين فكان على

---

(١) يقول ابن الصلاح : « حديث : « إذا قال الإمام : ولا الضالين ، فقولوا آمين » حديث متفق على صحته ، ولكن قول صاحب الكتاب فيه هاهنا ، وفي (البسيط) أيضًا : « غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر » غير صحيح منه قوله : (وما تأخر) ، واللّه أعلم » . المشكل (١٠١/١ ب) .

الحديث أخرجه البخاري : (٧٨٢/٢) (١٠) كتاب الأذان (١٣) باب جهر المأموم بالتأمين (٧٨٢) وطرفه : (٤٤٧٥) ، ومسلم : (٣٠٧/١ - ٣١٠) (٤) كتاب الصلاة (١٨) باب التسبيح والتحميد والتأمين (٢٠) باب النهي عن مبادرة الإمام بالتكبير وغيره (٤٠٩ ، ٤١٠ ، ٤١٥) ، وأبو داود : (٢٤٤/١) كتاب الصلاة - باب التأمين وراء الإمام (٩٣٥ ، ٩٣٦) ، والترمذي : (٣٠/٢) (٢) أبواب الصلاة (٧١) باب ما جاء في فضل التأمين (٢٥٠) ، والنسائي : (١٤٤/٢) (١١) كتاب الافتتاح (٣٣) باب جهر الإمام بآمين (٩٢٧) ، وابن ماجه : (٢٧٧/١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٤) باب الجهر بآمين (٨٥١) . وليس في كل روايات الحديث السابقة لفظة : (وما تأخر) .

(٢) في (أ ، ب) : « الصبح » .

(٣) في (أ ، ب) : « أنه » .

---

(1) قوله : وقد روي عنه ﷺ أنه قال : إذا قال الإمام : ﴿ ولا الضآلين ﴾ فقولوا : آمين ») . إلى آخره . رواه البخاري ومسلم من رواية أبي هريرة إلا قوله : « غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر » فإن قوله : « وما تأخر » زيادة باطلة لا ذكر لها في الحديث ولم يذكرها إمام الحرمين .

النصف من ذلك »[(١)] [(1)] .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لقول أبي سعيد الخدري : حزرنا قراءة رسول الله ﷺ في الأولين من الظهر فكانت قدر سبعين آية) فقوله ها هنا ، وفي (البسيط) أيضًا : (سبعين آية) وَهْمٌ تسلسل وتوارد عليه شيخه ثم هو وتلميذه محمد بن يحيى ، وإنما صوابه : (فكانت قدر ثلاثين آية) ، والحديث صحيح أخرجه مسلم من وجوه منها - وهو أوضحها - أن النبي ﷺ كان يقرأ في صلاة الظهر في الركعتين الأوليين في كل ركعة قدر ثلاثين آية ، وفي الأخريين قدر خمس عشرة آية ، أو قال : (نصف ذلك) ، وفي العصر في الركعتين الأوليين ، في كل ركعة قدر خمس عشرة آية ، وفي الأخرتين قدر نصف ذلك المشكل (١٠١/١ ب) .

والحديث أخرجه مسلم : (٣٣٤/١) (٤) كتاب الصلاة (٣٤)) باب القراءة في الظهر والعصر (٤٥٢) ، وأبو داود : (٢١١/١) كتاب الصلاة - باب تخفيف الأخريين (٨٠٤) .

ثم قال ابن الصلاح - بعد كلامه السابق - : « ثم إن حديث أبي سعيد لا دلالة فيه على استحباب قراءة السورة في الثالثة والرابعة من غير الظهر ، كما قاله في الجديد ، وقد روى الربيع عنه أنه احتج في ذلك بما رواه عن مالك بسنده عن أبي عبد الله الصالحي أنه صلى خلف أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - صلاة المغرب ، فلما قام في الركعة الثالثة دنا منه فسمعه قرأ بعد الفاتحة هذه الآية : ﴿ ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب ﴾ وروى - أيضًا - عن مالك عن نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه كان إذا صلى وحده يقرأ في الأربع جميعًا ، في كل ركعة بأم القرآن وسورة .

وحجة القول الآخر وهو قديم ورواه البويطي أيضًا : حديث أبي قتادة في الصحيحين أن رسول الله ﷺ كان يقرأ في الركعتين الأوليين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورة ، قال : ويسمعنا الآية أحيانًا ، ويقرأ في الركعتين الأخيرتين بفاتحة الكتاب » . المشكل (١٠١/١ ب - ١٠٢ أ) .

(1) قوله : (لقول أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - حزرنا قراءة رسول الله ﷺ في الأولين من الظهر فكانت قدر سبعين آية ، وحزرناها في الركعتين الأخريين فكانت على النصف من ذلك) هذا الحديث رواه مسلم ، لكن قوله هنا وفي (البسيط) (سبعين آية) ، غلط توارد عليه إمام الحرمين ، ثم المصنف ، ثم محمد بن يحيى وصوابه : (ستين) .

ولفظه في مسلم : « أن النبي ﷺ كان يقرأ في صلاة الظهر في الركعتين الأوليين في كل ركعة قدر ثلاثين ، وفي الأخريين قدر نصف ذلك » .

والقول الثاني – وعليه العمل – : أنه (١) لا تستحب [1] ؛ لأن مبناهما على التخفيف .

أما المأموم فلا يقرأ السورة في الجهرية ، بل يقرأ الفاتحة في سكتة الإمام بعد الفاتحة ، ثم يستمع (٢) السورة . وإن لم يبلغه صوت الإمام فوجهان :

القياس : أنه يقرأ ؛ لأنه كالمنفرد (٣ عند فوات السماع ٣) .

والثاني : لا ؛ لقوله ﷺ : « إذا كنتم خلفي فلا تقرءوا إلا بفاتحة الكتاب ، فإنه لا صلاة إلا بها » (٤) [2] .

(١) في (أ ، ب) : « أنها » . (٢) في (أ ، ب) : « يسمع » .

(٣) في (أ ، ب) : « عن السماع » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « حديث : « إذا كنتم خلفي فلا تقرءوا إلا بفاتحة الكتاب) أخرجه بمعناه أبو داود والترمذي والنسائي من رواية عبادة بن الصامت ، وذكر البيهقي أنه حديث صحيح ، والله أعلم » . المشكل (١٠٢/١ أ) .

والحديث أخرجه أبو داود : (٢١٥/١ ، ٢١٦) كتاب الصلاة – باب من ترك القراءة في صلاته بفاتحة الكتاب (٨٢٣ ، ٨٢٤) ، والترمذي : (١١٦/٢) (٢) أبواب الصلاة (١١٥) باب ما جاء في القراءة خلف الإمام (٣١١) ، والنسائي : (١٤١/٢) (١١) كتاب الافتتاح (٢٩) قراءة أم القرآن خلف الإمام فيما جهر به الإمام (٩٢٠) . =

(1) قوله : (والقول الثاني – وعليه العمل – : أنها لا تستحب) المراد بالعمل : الفتوى ، يعني : هو الأصح الذي يفتى به ، وهكذا رجحه شيخه ، وسبق بترجيحه أبو إسحق المروزي .

قال الرافعي – وبه أفتى الأكثرون ومقتضى كلام المصنف وشيخه وكثيرين – : أن هذا القول قول قديم فحسب ، وليس كذلك بل نص عليه أيضًا في الجديد في البويطي ، وفي رواية المزني ، وكذا نقله القاضي أبو الطيب وغيره عنهما ، الأصح : أن المأموم الذي لا يسمع الإمام يستحب له قراءة السورة سواء/ فات السماع لبُعده من الإمام ، أو صممه ، أو إسرار الإمام ، أو لغط أو غير ذلك . ١٠٥/أ

(2) قوله ﷺ : « إذا كنتم خلفي فلا تقرءوا إلا بأم القرآن » إلى آخره . حديث صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي من رواية عبادة بن الصامت . قال الترمذي : هو حديث حسن ، وقال البيهقي : صحيح ، وقال الدارقطني : إسناده حسن ، وقال الخطابي : إسناده جيد لا مطعن فيه ، وعليه اعتراض له جواب طويل أوضحته في شرح (المهذب) .

القول في الركوع :

وأقله أن ينحني إلى أن تنال راحتاه ركبتيه لو مدَّهما بالانحناء لا بالانخناس (١) [(1)] ، ويطمئن بحيث ينفصل هَوْيُهُ عن ارتفاعه ، (٢ فلو زاد ٢) بالانحناء لم يحسب ذلك بدلًا عن الطمأنينة [(2)] ، ولا يجب عندنا ذكر في الركوع خلافًا لأحمد ؛ لأن الركوع يخالف المعتاد بصورته (٣) ، لا كالقيام والقعود (٤) [(3)] .

= قال ابن حجر : « أخرجه البخاري في جزء القراءة عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ ثقلت عليه القراءة في الفجر ، فلما فرغ قال : « لعلكم تقرءون خلف إمامكم ؟ » قلنا : نعم . قال : « فلا تفعلوا إلا بفاتحة الكتاب ، فإنه لا صلاة لمن لم يقرأ بها » . انظر : فتح الباري (٢٨٣/٢) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في الركوع : (أن تنال راحتاه ركبتيه بالانحناء لا بالانخناس) فالانخناس : هو التأخر ، بمعني : أنه لو نصب ركبتيه وانحط بقامته إلى خلف كأن يهوي إلى القعود ، فإن يديه تنال بذلك ركبتيه ولا يكون ذلك ركوعًا ؛ لكونه لم يكن بالانحناء ، والله أعلم » . المشكل (١٠٢/١ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « وزاد » .

(٣) « في (أ ، ب) : « صورة » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من الفرق بين القيام والقعود للتشهد حيث وجب فيهما الذكر وبين =

---

(1) قوله : (أقل الركوع أن ينحني إلى أن تنال راحتاه ركبتيه لو مدهما بالانحناء لا بالانخناس) .

(الانخناس) : التأخر ، والمراد : أنه لو نصب ركبتيه وانحط بقامته إلى خلف ، أو أخرج ركبتيه وهو مائل منتصب لم يكن ذلك ركوعًا ، قال إمام الحرمين : ولو مزج الانحناء بالانخناس وكان التمكن من وضع الراحتين على الركعتين بهما جميعًا لم يحسب ذلك ركوعًا ، وهذا يفهم من قول المصنف بالانحناء ، أي بالانحناء محضًا .

(2) قوله : (ولو زاد بالانحناء لم يحسب ذلك بدلًا عن الطمأنينة) معناه : أنه لو جاوز بالانحناء حد أقل الركوع ، وزاد في الهوي ثم ارتفع والحركات متصلة لم يوجد بينهما سكون لم تحصل الطمأنينة فلا تقوم زيادة الهوي مقام الطمأنينة ، وإن كان زمنها قدر الطمأنينة ؛ لأن المقصود هو نفس الطمأنينة وهي السكون لا مضي الزمان .

(3) قوله : (ولا يجب عندنا ذكر في الركوع ؛ لأنه يخالف المعتاد بصورته لا كالقيام والقعود) معناه : أن القيام يجب فيه القراءة ، والقعود يجب فيه التشهد ، ولا يجب الذكر في الركوع ، والفرق : أن صورة الركوع يخالف المعتاد فاكتفى بها في وقوعها عبادة بخلافهما . =

وأما [(١)] الأكمل : فهيئته أن ينحني بحيث يستوي ظهره وعنقه كالصفيحة [(٢)] [(1)] الواحدة ، وينصب ركبتيه ، ويضع كفيه عليهما ، ويترك الأصابع على جِبِلَّتها [(٣)] منشورة نحو القبلة [(2)] ، ويتجافى [(٤)] عند ذلك مرفقاه [(٥)] عن جنبيه [(3)] ، ولا يتجاوز في

= الركوع حيث لا يجب فيه ذكر ، فإن صورة الركوع تخالف المعتاد فاكتفى بها في انتهاضه عبادة من غير ذكر يرد عليه قيام الاعتدال عند الركوع والقعود بين السجدتين ، ويجاب عنه : بأن وقوع هذين فاصلين بين صورتين غير معتادتين محدودتين بهما ، أخرجهما من قبيل القيام والقعود المعتادين ، واللّه أعلم » . المشكل (١٠٢/١ أ - ١٠٢ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « أما » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (يستوي ظهره وعنقه كالصفيحة) الصفيحة : هي السيف العريض ، واللّه أعلم » . المشكل (١٠٢/١ ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ويترك الأصابع على جبلتها) كذا في نسخ بالباء وفي نسخ أخر (على جملتها) بالميم ، وكلاهما حسن ، فالأول معناه : يدعها على طبيعتها التي جبلت عليها من التفريج اليسير ، ولا يتكلف ضمها ولا تفريجها كثيرًا ، والثاني معناه : على اجتماعها المعتاد لا يزيله بزيادة في ضمها أو تفريجها ، واللّه أعلم » . المشكل (١٠٢/١ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « ويجافي » .

(٥) في (أ ، ب) : « مرفقيه » .

= فإن قيل : يرد على هذا الاعتدال والجلوس بين السجدتين : فالجواب ما أجاب به الشيخ أبو عمرو - رحمه اللّه - : أن وقوعهما فاصلين بين صورتين غير معتادتين محددين بهما أخرجهما عن القيام والقعود المعتادين .

(1) قوله : (كالصفيحة) هي السيف العريض .

(2) قوله : (ويترك الأصابع على جبلتها منشورة نحو القبلة) ، فقوله : (يتركها على جبلتها) هكذا قاله أيضًا شيخه ، ولم يذكر هو هذه اللفظة في (البسيط) ولا (الوجيز) ، والصواب الذي قطع به الأصحاب ونص عليه الشافعي في (المختصر) وغيره : أنه يستحب تفريقها .

(3) قوله : (ويجافي مرفقيه عن جنبيه) هذا الأدب مختص بالرجل ، فأما المرأة والخنثى فيستحب لهما ضم البعض إلى البعض .

الانحناء الاستواء [1] . وإذا ابتدأ الهوي وقال (١) : (اللّه أكبر) رافعًا (٢ يديه عندنا ٢) خلافا لأبي حنيفة .

ثم للشافعي -رضي اللّه عنه- قولان :

أحدهما : (٣ أن يمد ٣) التكبير إلى أن يستوي راكعًا كيلا يخلو هَوْيُهُ عن الذكر .

والثاني : الحذف حذارًا عن (٤) التغيير بالمد ، وهو جارٍ في تكبيرات الانتقالات كلها .

والذكر المشهور : « سبحان ربي العظيم وبحمده » (٥) [2] ، ثم إن كان إمامًا لم يزد

---

(١) في (أ ، ب) : « قال » .

(٢) ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « مد » .

(٤) في (أ ، ب) : « من » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (والذكر المشهور : سبحان ربي العظيم وبحمده) أما سبحان ربي العظيم فثابت عن رسول اللّه ﷺ أخرجه مسلم في صحيحه من حديث حذيفة بن اليمان ، وأما قوله : (وبحمده) فقد رواه أبو داود السجستاني في كتابه بإسناده عن عقبة بن عامر ، قال : كان رسول اللّه ﷺ : « إذا ركع قال : سبحان ربي العظيم وبحمده ثلاثًا ، وإذا سجد قال : سبحان ربي الأعلى ثلاثًا » ، ثم قال أبو داود : وهذه الزيادة نخاف أن لا تكون محفوظة .

وروى ابن المنذر قال : قيل لأحمد بن حنبل نقول : سبحان ربي العظيم وبحمده . فقال : أما أنا فلا =

---

(1) قوله : (ولا يتجاوز في الانحناء الاستواء) معناه : يكره المجاوزة .

وأما قوله : (أو لا يستوي ظهره وعنقه كالصفحة) فمعناه : يستحب ذلك ، ولا يلزم من استحبابه كراهة مجاوزته ؛ فلهذا ذكر النهي عن المجاوزة ، والأصح : استحباب مد تكبيرات الانتقالات .

(2) قوله : (والذكر المشهور : سبحان ربي العظيم وبحمده) أما سبحان ربي العظيم فثابت في صحيح مسلم من رواية حذيفة عن النبي ﷺ . وأما : « وبحمده » فرواه أبو داود وغيره من رواية عقبة بإسناد ضعيف ، قال : « كان رسول اللّه ﷺ إذا ركع قال : سبحان ربي العظيم وبحمده ثلاثًا ، وإذا سجد قال : سبحان ربي الأعلى وبحمده ثلاثًا » ، ورواه الدارقطني بهذا اللفظ من رواية حذيفة بإسناد ضعيف . وقد أنكر بعضهم على المصنف زيادته : (وبحمده) ، وادعى أنه شاذ في المذهب وليس كما قال ، بل الأكثرون أو كثيرون منهم : القاضيان أبو الطيب وحسين ، وصاحب « الشامل » والغزالي وآخرون .

على الثلاث [1] وروى أبو هريرة أنه – عليه الصلاة والسلام – كان يقول : « اللهم لك ركعت [2] ، وبك آمنت ولك أسلمت أنت ربي خشع سمعي وبصري ومُخِّي وعظمي

= أقول وبحمده ، وليس ذلك في نص الشافعي ، ولم أجده في « جمع الجوامع » من منصوصات الشافعي ، لكن ذكره صاحب (الشامل) وحكى عن أحمد ما ذكرناه ، وجعله مسألة خلاف ، واحتج بحديث ضعيف وبأنه زيادة أحمد ، وهذا غير مرضي .

ثم إن معنى قوله : (وبحمده) عند بعضهم : وبحمده أبتدئ . وقيل : معناه بحمده سبحتك ، وهذا أشهر . قلت : وعلى هذا فقوله : (بحمده) حال . والتقدير فيه : وحامدًا سبحته ، والباء بمعنى مع ، واللّه أعلم » . المشكل (١٠٢/١ ب ١٠٣ أ) .

وقد أخرج البخاري عن عائشة – رضي اللّه عنها – قالت : كان النبي ﷺ يقول في ركوعه وسجوده : « سبحانك اللهم ربنا وبحمدك ، اللهم اغفرلي » ، انظر : صحيح البخاري : (٣٢٨/٢) (١٠) كتاب الأذان (١٢٣) باب الدعاء في الركوع (٧٩٤) . وأطرافه : (٨١٧ ، ٤٢٩٣ ، ٤٩٦٧ ، ٤٩٦٨) ، ومسلم بلفظه : (٣٥٠/١) (٤) كتاب الصلاة (٤٢) باب ما يقال في الركوع والسجود (٤٨٤) ، (٥٣٧/١) (٦) كتاب صلاة المسافرين (٢٧) باب استحباب تطويل القراءة في صلاة الليل (٧٧٢) بلفظ : « ... ثم ركع فجعل يقول : سبحان ربي العظيم ... » . وأخرج أبو داود عن عبد اللّه بن مسعود قال : قال رسول اللّه ﷺ : « إذا ركع أحدكم فليقل ثلاث مرات سبحان ربي العظيم » (٢٣٢/١) كتاب الصلاة – باب مقدار الركوع والسجود (٨٨٦) ، كما أخرج بلفظ البخاري السابق : (٢٣٠/١) كتاب الصلاة – باب في الدعاء في الركوع والسجود (٨٧٧) ، وأخرج الترمذي عن ابن مسعود ، أن النبي ﷺ قال : « إذا ركع أحدكم فقال في ركوعه : سبحان ربي العظيم ، ثلاث مرات ، فقد تم ركوعه .. » ، وأخرج عن حذيفة أنه صلى مع النبي ﷺ فكان يقول في ركوعه : سبحان ربي العظيم ، انظر : السنن : (٤٦/٢ – ٤٨) (٢) أبواب الصلاة (٧٩) باب ما جاء في التسبيح في الركوع والسجود (٢٦١ ، ٢٦٢ ،) ، والنسائي : (١٩٠/٢) (١٢) كتاب التطبيق (٩) باب الذكر في الركوع (١٠٤٦ ، ١٠٤٧) ، وطرفه : (١١٤٥ ،) ، وابن ماجه : (٢٨٧/١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٢٠) باب التسبيح في الركوع والسجود (٨٨٨ ، ٨٨٩ ، ٨٩٠) .

---

(1) قوله : (ثم إن كان إمامًا لم يزد على الثلاث) يعني : إلا أن يرضى به المأمومون وهم محصورون .

(2) قوله : (وروى أبو هريرة أنه ﷺ كان يقول : اللهم لك ركعت) إلى آخره . هكذا رواه الشافعي وغيره من رواية أبي هريرة لكن إسناده ضعيف ، ولكنه صحيح من رواية عليٍّ – رضي اللّه عنه – أن رسول اللّه ﷺ كان إذا ركع قال : « اللهم لك ركعت ، وبك آمنت ، ولك أسلمت ، خشع لك سمعي وبصري ومخي وعظمي وعصبي » . رواه مسلم .

وعصبي ، وما استقلت به قدمي للّه رب العالمين » [١] .

القول في الاعتدال :

إذا رفع الرأس [٢] من الركوع رفع اليدين [٣] ، فيعدل [٤] قائمًا وقد انتهت يداه إلى منكبيه ، ثم يخفض يديه بعد الاعتدال . وأقله الاعتدال والطمأنينة .

ويُستحب أن يقول : « سمع اللّه لمن حمده » عند الرفع ، ثم يقول : « ربنا لك الحمد » [٥] ، يستوى فيه الإمام والمأموم والمنفرد . ورُوي أنه – عليه الصلاة والسلام –

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ كان يقول : اللهم لك ركعت ... إلى آخره) هذا حديث ثابت ولكن من حديث علي بن أبي طالب – رضي اللّه عنه – أخرجه مسلم في صحيحه عنه ، لكن دون قول : (أنت ربي) ، ودون قوله : (وما استقلت به قدمي للّه رب العالمين) ، وهما في رواية الشافعي ، وأما من حديث أبي هريرة فقد رواه الشافعي عن إبراهيم بن محمد وهو ابن أبي يحيى ، وهو وإن كان ثقة عنده فهو مجروح عند سائر أهل الحديث ، وأما قوله : (للّه) آخرًا مع قوله : (لك) أولًا فتأكيد ، واللّه أعلم » . المشكل (١٠٣/١ أ) .

وحديث عليٍّ أخرجه مسلم : (٥٣٥/١) (٦) كتاب صلاة المسافرين (٢٦) باب الدعاء في صلاة الليل وقيامه (٧٧١) ، والنسائي : (١٩٢/٢) (١٢) كتاب التطبيق (١٤) باب نوع آخر من ذكر الركوع (١٠٥١ ، ١٠٥٢) .

(٢) في (أ ، ب) : « رأسه » .

(٣) في (أ ، ب) : « يديه » .

(٤) في (أ ، ب) : « فيعتدل » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « مذهبنا في أن المأموم يجمع بين قوله : (سمع اللّه لمن حمده) وبين قوله : (ربنا لك الحمد) يخفى دليله ، ودليله : حديث أبي هريرة – رضي اللّه عنه – « كان رسول اللّه ﷺ إذا قال : سمع اللّه لمن حمده قال : اللهم ربنا لك الحمد » . رواه البخاري في صحيحه مع ما ثبت في الصحيحين من حديث مالك بن الحويرث أن رسول اللّه ﷺ قال : « صلوا كما رأيتموني أصلي » ، وقد روي جمع المأموم بينهما عن محمد بن سيرين وعطاء وأبي بردة بن أبي موسى الأشعرى ، وقد روي فيه حديثان لكنهما ضعيفان وقد صار عمل الناس على ترك الجمع بينهما ، واللّه أعلم » . المشكل (١٠٣/١ أ) .

قال : « ربنا لك الحمد ، مِلْءَ السموات [1] ومِلْءَ الأرض ، ومِلْءَ ما شئت من شيء بعده ، أهل الثناء والمجد ، أحق (١) ما قال العبد ، كلنا لك عبد ، لا مانع لما أعطيت ، ولا معطي لما منعت ولا ينفع ذا الجد منك الجد » (٢) [2] . فإن كان في صلاة الصبح

(١) في (أ ، ب) : « حق » ، وانظر تعليق ابن الصلاح الآتي .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (روي أنه ﷺ قال : ربنا لك الحمد ملء السموات ... إلى آخره) ذكره هذا بتمامه رواه أبو سعيد الخدري أخرجه مسلم في صحيحه ـ إلا أن الذي ضبطناه من رواية مسلم وحققناه : « أحق ما قال العبد وكلنا لك عبد » ، بلفظ : (أحق) على وزن أفعل الذي للتفضيل ، وبالواو الذي في : (وكلنا) هكذا رويناه في سنن أبي داود ، وكتاب السنن الكبير وغيرهما . فيكون معناه : أحق ما قال العبد » . المشكل (١٠٣/١ ب) . =

(1) قوله : (ورُوي أنه ﷺ قال : ربنا لك الحمد ملء السموات) إلى آخره . رواه مسلم من / رواية أبي ١٠٥/ب سعيد الخدري ، لكن وقع في (الوسيط) ومعظم كتب الفقه : (حق ما قال العبد ، كلنا لك عبد) .

والذي في صحيح مسلم وغيره من كتب الحديث : « أحق ما قاله العبد ، وكلنا لك عبد » ، بزيادة ألف في (أحق) ، وواو في (وكلنا) ، وكلاهما صحيح المعنى .

ووجه ما في صحيح مسلم أن تقديره : (أحق ما قال العبد لا مانع لما أعطيت) إلى آخره ، ويكون قوله : (وكلنا لك عبد) معترضًا بين المبتدأ والخبر ، والمراد بالعبد جنس العبيد . وقوله : (ملء السموات وملء والأرض) ، هو منصوب عند الجمهور ، وهو المعروف في الروايات ، ورفعه جائز . وادعى الزجاج وغيره أنه لا يجوز إلا الرفع ، وصنف فيه ابن خالويه مسألة بين فيها جواز النصب والرفع ورجح النصب . كما جزم به الجمهور قالوا : وهو منصوب على الحال أي : مالئًا السموات ، أي : لو قدر أجسامًا لملأها . وقوله : (أهل الثناء) بنصب (أهل) ورفعه ، النصب على النداء ، والرفع على تقدير : أنت أهلُ الثناء ، والنصب هو المشهور . والمجد : العظمة .

(2) قوله : (ولا ينفع ذا الجد منك الجد) هو بفتح الجيم ، هذا هو المشهور في الروايات وكتب الحديث واللغة والغريب وغيرها . وحكى ابن جرير وابن عبد البر وآخرون فيه الفتح والكسر وضعفوه ، ومعناه على قول من فتحه : أنه الحظ والغنى والعظمة والسلطان ، أي لا ينفع ذا الحظ في الدنيا بالمال والولد وغيرهما منك حظه ، أي لا ينجيه حظه منك ، وإنما ينجيه وينفعه العمل الصالح ، وأما من كسر الجيم فيقول : معناه الاجتهاد ، أي لا ينفع صاحب الاجتهاد منك اجتهاده ، إنما ينفعه وينجيه رحمتك . وقيل : المراد بالجد السعي التام في الدنيا والحرص عليها . وقيل : معناه لا ينفعه الإسراع في الهرب منك هربه ، فإنه في سلطانك وقبضتك .

استحب القنوت في الركعة الأخيرة ، خلافًا لأبي حنيفة ؛ لما روى أنس بن مالك : « أن رسول الله ﷺ لم يَزَلْ يقنت في الصبح حتى فارق الدنيا » (١) (1) .

= والحديث أخرجه مسلم : (٣٤٧/١) (٤) كتاب الصلاة (٤٠) باب ما يقول إذا رفع رأسه من الركوع (٤٧٧) ، والنسائي : (١٩٨/٢) (١٢) كتاب التطبيق (٢٥) باب ما يقوله في قيامه ذلك (١٠٦٨) ، وابن ماجه : (٢٨٤/١ ، ٢٨٥) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٨) باب ما يقول إذا رفع رأسه من الركوع (٨٧٩) .

ثم قال ابن الصلاح : « قوله : (لا مانع لما أعطيت ... إلى آخره) قوله : (وكلنا لك عبد) اعتراض اعترض بين المبتدأ والخبر ، ويكون قوله : (أحق ما قال العبد) خبرًا لما قبله ، أي قوله : (ربنا لك الحمد) إلى آخره أحق ما قال العبد ، والأول أولى ، والذي وقع في الكتاب من قوله : (حق ما قال العبد كلنا لك عبد) بحذف الألف من قوله : (حق) ، وحذف الواو في قوله : (كلنا لك) هو الواقع فيما لا أحصيه من كتب الفقه ، وكذلك وجدته بخط الإمام المصنف أبي الفتح سليم بن أيوب الرازي عن شيخه شيخ العراقيين أبي حامد الإسفراييني في تعليقه عنه ، ورواه في حديث أبي سعيد هكذا ، والله أعلم .

ثم إن كلمة (العبد) للجنس ، وقوله : (ملء السموات) هو بكسر الميم منصوبًا على الحال أي مالئًا للسموات ، والرفع فيه جائز ، ولابن خالويه مسألة فيها جواز الرفع ، والمراد بهذا الكلام أنه لا يخلو جزء منها عن حمد ، وذلك كناية عن عظم قدره » . المشكل (١٠٣/١ ب) .

ويقول ابن الصلاح : « قوله : (لا ينفع ذا الجد منك الجد) المشهور فيه فتح الجيم ، وهو الرواية الصحيحة ، ويراد بالجد الحظ ، ويراد به الغنى والمال ، ويراد به العظمة أيضًا ، وتحقيق معناه عندي : ولا يجلب إلى ذي الجد نفعًا منك الجد الذي له إنما ينفعه طاعتك ، فاعلم ذلك ، فإنه إفصاح عن معناه لا يستدرك من كلامهم فيه ، والله أعلم » . المشكل (١٠٣/١ ب - ١٠٤ أ) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (روى أنس بن مالك - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ لم يزل يقنت في الصبح حتى فارق الدنيا) هذا حديث قد حكم بصحته غير واحد من حفاظ الحديث ، منهم أبو عبد الله محمد بن علي البلخي من أئمة الحديث ، وأبو عبد الله الحاكم ، وأبو بكر البيهقي . =

(1) قوله : « لما روى أنس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ لم يزل يقنت في الصبح حتى فارق الدنيا » ، هذا حديث صحيح رواه الدارقطني والحاكم والبيهقي وآخرون ، ونص على صحته الحافظ أبو عبد الله البلخي ، والحاكم أبو عبد الله والبيهقي وآخرون . وأما ما ثبت في الصحيح من رواية أنس وأبي هريرة قالا : « ثم تركه » ، فالمراد : ترك الدعاء على أولئك الكفار ولعنتهم ، لا أنه ترك جميع القنوت ، وهذا التأويل متعين جمعًا بين الروايات الصحيحة .

....

= وأما المروي في صحيح مسلم من حديث عبد الرحمن بن مهدي بإسناده عن أنس أن رسول اللّه ﷺ قنت شهرًا يدعو على أحياء من أحياء العرب ثم تركه قائمًا ، المراد به أنه ترك دعاءه على أولئك الكفار خاصة ، ولعنه لهم ، فقد روينا عن عبد الرحمن بن مهدي ومحله من الأمة في الحديث معروف – أنه قال فيه : إنما ترك اللعن .

وروينا في حديث أنس الأول عنه أن النبي ﷺ قنت شهرًا يدعو عليهم ثم تركه ، فأما في الصبح فلم يزل يقنت حتى فارق الدنيا ، وذكر أبو عبد اللّه الحاكم أنه صحيح الإسناد رجاله ثقات .

وروى مسلم في صحيحه عن البراء بن عازب أن رسول اللّه ﷺ كان يقنت في الصبح والمغرب ، وفي رواية أخرى ، رواها أبو داود ، أنه كان يقنت في صلاة الصبح ولم يذكر المغرب .

ولا يضرنا في التمسك بالأول ترك الناس القنوت في المغرب ، لأن ذلك لم يوجد مثله في الصبح ، ووقع ذلك منهم في المغرب ، لأن تركه غير محظور ، ، فكان ذلك مصيرًا منهم إلى ما لا حرج فيه في إحدى الصلاتين توسعًا ، أو لغير ذلك .

وأما الصبح فقد روينا عن العوام بن حمزة قال : سألت أبا عثمان عن القنوت في الصبح ، قال : بعد الركوع؟ قلت : عن مَنْ ؟ قال : عن أبي بكر وعمر وعثمان – رضي اللّه عنهم – وذكر البيهقي أن إسناده حسن ، وعن الشافعي – رضي اللّه عنه – أنه قال : قنت بعد رسول اللّه ﷺ في الصبح أبو بكر وعمر وعلي كلهم بعد الركوع وعثمان بعض إمارته ثم قدم القنوت قبل الركوع وقال : ليدرك من سبق .

هذا بيان شافٍ بصحة مذهبنا في القنوت ، وكثيرًا ما يصول مخالفونا علينا بما في الحديث من قوله : « قنت شهرًا ثم تركه » حتى اغتر بذلك بعض أصحابنا ، فترك القنوت في الصبح ، حدثني شيخنا أبو المظفر السمعاني – رحمه اللّه – بمدينه مرو– جبرها اللّه وسائر بلاد الإسلام وأهله – عن والده الحافظ أبي سعيد السمعاني عن أبي الحسن محمد بن عبد الملك الكرخي ، وكان فقيهًا محدثًا من أكابر أصحاب الشيخ أبي إسحق الشيرازي ، غير أنه كان لا يقنت في صلاة الصبح ، ويقول : صح عندى أن النبي ﷺ ترك القنوت في صلاة الصبح ، قال السمعاني أبو سعد ، وحكى لي – رحمه اللّه – قال : رأيت ليلة الشيخ أبا إسحاق الشيرازي في النوم ، فسلمت عليه ، وأردت أن أقبل يده ، فأعرض عني وامتنع ، فقلت : يا سيدنا أنا من جملة غلمانك ، وأذكر (المهذب) من تصنيفك في الدرس فقال لي : لم تركت القنوت في صلاة الصبح ، فقلت له : إن الشافعي – رضي اللّه عنه – قال : إذا صح الحديث عن النبي ﷺ فاتركوا قولي وخذوا بحديث النبي ﷺ فإن ذلك قولى ، فهذا أيضًا قول الشافعي وشرعت معه في شرح الحديث وهو يصغي إلى أن تبسم في وجهي أو كما قال ، واللّه أعلم » . المشكل (١٠٤/١ أ– ١٠٥ أ) . وراجع روايات الحديث عند البخاري : (٥٦٨/٢) (١٤) كتاب الوتر (٧) باب القنوت قبل =

ثم كلماته مشهورة وهي متعينة ككلمات التشهد (١) [1] ، ثم قال العراقيون : إذا نزل بالمسلمين نازلة وأرادوا القنوت في الصلوات الخمس جاز ، وإن لم تنزل فقولان .

وقيل : إن لم تنزل لم يَجُزْ ، وإن نزل فقولان ، وهو أقرب (٢) [2] / . ١٩/ب

= الركوع وبعده (١٠٠١ ، ١٠٠٤) ، ومسلم : (٤٦٦/١ - ٤٧٠) (٥) كتاب المساجد (٥٤) باب استحباب القنوت في جميع الصلاة (٦٧٧ ، ٦٧٨) ، وأبو داود : (٦٩/٢) كتاب الصلاة - باب القنوت في الصلوات (١٤٤١ ، ١٤٤٤) ، والترمذي : (٢٥١/٢) (٢) أبواب الصلاة (١٧٧) باب ما جاء في القنوت في صلاة الفجر (٤٠١) ، والنسائي : (٢٠٠/٢) (١٢) كتاب التطبيق (٢٧) باب القنوت في صلاة الصبح (١٠٧١) ، والدارقطني : (٣٨/٢) ، والبيهقي : (٢٠١/٢) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ثم كلماته مشهورة وهي متعينة ككلمات التشهد) هكذا ذكر ذلك شيخه معينًا قوله : (اللهم اهدني فيمن هديت ... إلى آخره) ، وهذا شرود مردود مخالف لجمهور الأصحاب ، بل مخالف لجماهير العلماء ، فقد حكى القاضي أبو الفضل السبتي المالكي اتفاقهم على أنه لا يتعين في القنوت دعاء ، قال : إلا ما رُوي عن بعض أهل الحديث من تخصيصه بقنوت مصحف أبي بن كعب - رضي الله عنه - وهو : اللهم إنا نستعينك ونستغفرك ... إلى آخره ، بل مخالف لفعل رسول الله ﷺ ، فإنه كان يقول في قنوته : « اللهم أنج فلانًا وفلانًا ، اللهم العن فلانًا وفلانًا » ، من غير تقيد بمعين ، فليعد هذا إذًا غلطًا ، غير معدود وجهًا في المذهب ، والله أعلم » . المشكل (١٠٥/١ أ) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « وجه طريقة من قال : (إن لم تنزل نازلة لم يجز القنوت ، وإن نزلت فقولان) القياس على سائر الأركان فإنها لا تقنت فيها ، وإن نزلت نازلة ، وهذه الطريقة وإن قربها المؤلف فهي بعيدة مخالفة لظاهر المذهب ، ومخالفة لما ثبت عن رسول الله ﷺ من قنوته في جميع الصلوات عند نزول النازلة ، والله أعلم » . المشكل (١٠٥/١ أ) .

---

(1) قوله : (كلماته مشهورة وهي متعينة ككلمات التشهد) هذا الذي ذكره من تعين كلماته وهي : « اللهم اهدني فيمن » إلى آخرها ، قد صرح به هو أيضًا في (البسيط) وشيخه في (النهاية) ، والشاشي في « المستظهري » ، ومحمد بن يحيى في « المحيط » وهو شاذ مردود ، والصواب : أنها لا تتعين كسائر أدعية الصلاة ، وبهذا قطع الماوردي والقاضي حسين ، والمتولي والبغوي ، وجماهير الأصحاب . ونقل القاضي عياض إجماع المسلمين أن هذه الكلمات لا تتعين فيه . قال الماوردي : لو قرأ آية من القرآن هي دعاء حصل بها القنوت وإن لم يتضمن الدعاء كتبت يدا أبي لهب ففي حصوله وجهان ؛ أصحهما : لا يحصل .

(2) قوله : (ثم قال العراقيون : إذا نزل بالمسلمين نازلة ، وأرادوا القنوت في الصلوات الخمس جاز ، وإن =

واختلفوا في الجهر به في الصلاة [١] الجهرية ، والظاهر أن الجهر مشروع [٢] [1] . ثم إذا جهر الإمام أمَّن المأموم ، وإن [٣] لم يسمع صوته فيؤمن أو يقرأ ؟ [فيه] [٤] وجهان [2] .

(١) في (أ ، ب) : « صلاة » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من الخلاف في الجهر بالقنوت ليس على إطلاقه ، فإن المنفرد لا يجهر به كما في سائر الأذكار والدعوات ، وإنما الخلاف في الإمام ، والله أعلم » . المشكل (١/١٠٥ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « فإن » . (٤) زيادة من (أ ، ب) .

= لم ينزل فقولان . وقيل : إن لم ينزل لم يجز ، وإلا فقولان وهو أقرب) هذا الطريق الثاني الذي ادعى أنه أقرب هو طريقة الشيخ أبي محمد الجويني حكاه عنه هو في (البسيط) ، وشيخه في (النهاية) ، ولم يرجحاه كما رجحه هنا ، وتابعه في ترجيحه محمد بن يحيى ، وليس هو راجحًا بل هو فاسدُ منابذ لما ثبت في الصحيحين من قنوت رسول الله ﷺ في الصلوات عند النازلة ، والحاصل في القنوت في غير الصحيح ثلاثة أقوال ؛ والصحيح : القنوت عند النازلة وإلا فلا . والثاني : القنوت في الحالين . والثالث : تركه في الحالين ، ثم ظاهر كلام المصنف أن الخلاف في الجواز وعدمه ، وإذا جوزناه فلا يستحب ، وبهذا صرح الشيخ أبو حامد الإسفراييني والجمهور / ، ونقله الرافعي عن مقتضى كلام الأكثرين ، وصرح جماعة باستحبابه ، منهم صاحب ١٠٦/ب (العدة) قال : ونص على الاستحباب الشافعي في (الإملاء) ، وهذا أظهر وأقرب إلى السنة ، وأما تقييد المصنف الخلاف بالصلوات الخمس ، فهكذا قيده الأصحاب قالوا : ولا تعنت في غيرها لنازلة ولا غيرها .

قال الشافعي في (الأم) : ولا قنوت في صلاة العيدين والاستسقاء ، قال : فإن قنت عند نازلة لم أكرهه ، وإن قنت من غير نازلة كرهته .

(1) قوله : (واختلفوا في الجهر به في الصلوات الجهرية ، والظاهر : أن الجهر مشروع) يعني : الظاهر من الوجهين ، وهذا الخلاف مختص بالإمام ، أما المنفرد فيسر به وجهًا واحدًا كسائر الأدعية ، فصرح به الماوردي والبغوي وغيرهما . وأما قوله : (في الصلوات الجهرية) ففيه إشارة إلى أنه يسر به في الصلوات السرية إذا قنت فيها عند النازلة وجهًا واحدًا . قال الرافعي : وإطلاق غير الغزالي يقتضي طرد الخلاف في الجميع ، وهو كما قال الرافعي ، والصحيح : الجهر به في الجميع ، ففي صحيح البخاري من رواية أبي هريرة : « أن النبي ﷺ جهر بالقنوت في قنوت النازلة » ، وفي سنن أبي داود بإسناد حسن أو صحيح عن ابن عباس قال : « قنت رسول الله ﷺ شهرًا متتابعًا في الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح في دبر كل صلاة إذا قال : سمع الله لمن حمده في الركعة الأخيرة يدعو على أحياء من بني سليم ، ويؤمن من خلفه » .

(2) قوله : (إذا جهر الإمام أمن المأموم ، فإن لم يسمع صوته فيؤمن أو يقرأ ؟ فيه وجهان) . فقوله : (يقرأ) يعني : يتلفظ بكلمات القنوت كالإمام ، والأصح : أنه يقنت .

ثم يُستحب أن يرفع يديه ، ويمسح بهما وجهه (1) في آخره (١) .

(١) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من أنه يرفع اليدين في القنوت ويمسح بهما وجهه ، قد نفى الأمرين طائفة من أئمتنا ، وهو اختيار صاحبي (المذهب) و (التهذيب) ، ومنهم من أثبت الرفع دون مسح الوجه وبهذا نقول ونعمل ، وإليه ذهب من أئمتنا أبو بكر الحافظ البيهقي الإمام في الحديث والفقه .

واحتج في الرفع بما رواه بإسناد معتمد عن أنس في قصة قتل القراء الذين قنت رسول اللّه ﷺ بسببهم قال : لقد رأيت رسول اللّه ﷺ كلما صلى الغداة رفع يديه ويدعو عليهم ، يعني : على الذين قتلوهم ، واحتج أيضًا بأن عددًا من الصحابة - رضي اللّه عنهم - رفعوا أيديهم في القنوت . وروى بإسناد صحيح عن عمر - رضي اللّه عنه - أنه رفع يديه في القنوت وجهر بالدعاء .

ثم قال : وأما مسح اليدين بالوجه عند الفراغ من الدعاء فلست أحفظه عن أحد من السلف في دعاء القنوت ، وإن كان روي عن بعضهم في الدعاء خارج الصلاة ، وقد روى فيه عن النبي ﷺ حديث فيه ضَعْفٌ ، وهو مستعمل عند بعضهم خارج الصلاة ، فأما في الصلاة فهو عمل لم يثبت بخبر صحيح ولا أثر ثابت ولا قياس ، فالأولى أن لا يفعله ويقتصر على ما فعله السلف - رضي اللّه عنهم - من رفع اليدين دون مسحهما بالوجه في الصلاة . وباللّه التوفيق .

وروى بإسناده عن عبد اللّه بن المبارك أنه سُئِل عن مسح الوجه بعد الدعاء فقال : لم أجد له متنًا .

وله - أعني البيهقي - رسالة إلى الشيخ محمد الجويني ينكر عليه فيها .

قوله : (بأشياء ضعيفة منها مسحه وجهه بيديه في قنوت الصبح) قلت : روى الترمذي بإسناده عن عمر بن الخطاب - رضي اللّه عنه - قال : « كان رسول اللّه ﷺ إذا رفع يديه في الدعاء لم يحطهما حتى يمسح بهما وجهه » . ونقله الشيخ عبد الحق إلى كتابه في الأحكام ، وذكر أن الترمذي قال : هذا حديث صحيح غريب ، وهذا غير صحيح عن الترمذي ، وليس في أصل الحافظ أبي حازم العبدوني وغيره فيه إلا هذا ، حديث غريب ، وذكر أنه تفرد به حماد بن عيسى ، قلت : حماد ضعفه أحمد بن حنبل وأبو حاتم الرازي والدارقطني ، واللّه أعلم » . المشكل (١٠٥/١ ب - ١٠٦ أ) .

---

(1) قوله : (ثم يستحب أن يرفع يديه ثم يمسح بهما وجهه) هذا الذي جزم به أحد الأوجه ، واختاره كثيرون أو الأكثرون . والثاني : لا يُستحب مسح الوجه ولا رفع يديه . والثالث - وهو الأصح - يستحب الرفع دون المسح فقد صح عن النبي ﷺ الرفع . وصح أيضًا عن ابن عمر / - رضي اللّه ١٠٧/أ عنهما - ولم يصح في المسح شيء ، والصلاة منزهة عن الأفعال التي لم يثبت فيها شيء .

القول في السجود والاعتدال عنه [(١)] :

أما أقله فالكلام في الموضوع على الأرض ، وكيفية الوضع ، وهيئة الساجد .

أما الموضوع فالجبهة [(٢)] ، ولا يقوم غيرها مقامها . ثم يكفي أقل ما ينطلق عليه الاسم ، وفي وضع اليدين والركبتين والقدمين قولان :

أحدهما : يجب ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « أُمِرْتُ أن أسجد على سبعة آراب » [(٣)] [(1)] .

(١) في (أ) : « عنده » . (٢) في (أ ، ب) : « الجبهة » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لقوله ﷺ : أمرت أن أسجد على سبعة آراب) هذا حديث مخرج في الصحيحين من رواية ابن عباس - رضي اللّه عنهما - ففي رواية : « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم » ، وفي رواية : « أمرنا النبي ﷺ أن نسجد على سبعة أعضاء : الجبهة واليدين والركبتين والرجلين » ، الآراب هي الأعضاء ، واحدها (إِرْب) بكسر الهمزة وإسكان الراء ، ولم يعد الأنف ثامنًا لأنه عده مع الجبهة واحدًا ، بَيَّنَّ ذلك طاوس أحد الرواة عن ابن عباس - رضي اللّه عنهما - واللّه أعلم ، جوز ترك وضع اليدين والركبتين والقدمين ، فعدم وضعها لا يوجد معًا ، إنما يقع على البدل ، واللّه أعلم » . المشكل (١/١٠٦ أ) .

والحديث أخرجه البخاري : (٢/٣٤٩) (١٠) كتاب الأذان (١٣٨) باب لا يكف ثوبه في الصلاة (٨١٦) ، ومسلم : (١/٣٥٤) (٤) كتاب الصلاة (٤٤) باب أعضاء السجود والنهي عن كف الشعر (٤٩٠) ، وأبو داود : (١/ ٢٣٣) كتاب الصلاة - باب أعضاء السجود (٨٩٠) ، والترمذي : (٢/٦١ ، ٦٢)(٢) أبواب الصلاة (٨٧) باب ما جاء في السجود على سبعة أعضاء (٢٧٢ ، ٢٧٣) ، والنسائي : (٢/٢٠٨)(١٢) كتاب التطبيق (٤٠) باب على كم السجود (١٠٩٣ ، ١٠٩٤) ، وابن ماجه : (١/٢٨٦) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٩) باب السجود (٨٨٣ ، ٨٨٤ ، ٨٨٥) .

(1) حديث : (أمرت أن أسجد على سبعة آراب) رواه البخاري ومسلم من رواية ابن عباس رضي اللّه عنهما .

والآراب : الأعضاء ، واحدها إِرْب بكسر الهمزة وإسكان الراء .

وإن قلنا لا يجب فمعناه عند الأكثرين من أصحابنا : أنه يجوز ترك بعضها ، ولا يجوز ترك جميعها . وقال الشيخ أبو حامد والبندنيجي وآخرون : إن أمكنه السجود على جبهته دون باقي الأعضاء أجزأه ، ويتصور ذلك فيمن اعتمد في سجوده على وسط ساقه ، أو على ظهر كفه ، فإن هذا له حكم رفع القدمين والكفين ، نص عليه الشافعي والأصحاب قالوا : وإنما الواجب إذا أوجبنا الوضع أن يضع أطراف أصابع رجليه ويضع بطن كفه ، ويتصور أيضًا في غيره .

والثاني : لا ؛ لأن السجود عبارة عن وضع الجبهة ففيه تمكين (١) أعز الأعضاء من التراب .

فإن أوجبنا فلا يجب كشف القدمين والركبتين ، ويجب كشف الجبهة[1] ، وفي اليدين قولان :

أحدهما : يجب ؛ لقول خباب بن الأرت [2]: « شكونا إلى رسول الله ﷺ حَرَّ الرمضاء في وجوهنا وأكفنا فلم يُشْكِنا » (٢) أي لم يُزِل شكوانا .

---

(١) في (أ ، ب) : « تمكن » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في كشف اليدين : (قولان : أحدهما يجب ؛ لقول خباب بن الأرت : شكونا إلى رسول الله ﷺ حر الرمضاء في وجوهنا وأكفنا فلم يشكنا) الرواية فيه : (في جباهنا) ، وهو حديث أخرج أصله مسلم في صحيحه ، وهذا الذي ذكره هو وغيره من الفقهاء قد يغتر به ويتوهم منه أن الصحيح هذا القول ، وليس كذلك ، بل الصحيح ومنصوص الشافعي في كتبه : أنه لا يجب كشفهما ، وقال في السبق والرمي : قد قيل فيه قول آخر ، أنه يجب .

وحديث خباب لا حجة فيه ، فإنه لم يذكر فيه أنهم شكوا من كشفها وهي واقعة عين ، وقد تقرر في أصول الفقة أن وقائع الأعيان لا يحتج بها لتطرق الاحتمالات إليها ، على أنه قد بان أن شكايتهم كانت =

---

(1) قوله : (يجب كشف الجبهة) يعني : إذا لم يكن عذر في ترك كشفها ، فإن كان على جبهته جراحة وعصبها بعصابة ، وكان عليه مشقة شديدة في نزع العصابة فله أن يسجد عليها ولا إعادة عليه على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه حكاه الماوردي والشاشي وآخرون : أن عليه الإعادة ، وهو شاذ فاسد ، لأنها إذا سقطت الإعادة بالإيماء بالرأس والعين للعذر فهنا أولى ، الأصح : وجوب وضع اليدين والركبتين والقدمين على الأرض في السجود ، وأنه لا يجب كشف الكفين .

(2) حديث خباب – رضي الله عنه – : رواه البيهقي بلفظه في الكتاب بإسناد حسن ، ورواه مسلم في صحيحه مختصرًا فرواه عن زهير عن أبي إسحق عن سعيد بن وهب عن خباب قال : « أتينا رسول الله ﷺ فشكونا إليه حرًا ... فلم يُشْكنا » ، قال زهير : قلت لأبي إسحاق : أفي الظهر ؟ قال نعم ، قلت : أفي تعجيلها ؟ قال : نعم . وفي رواية للبيهقي : « فما أشكانا » ، وقال : : « إذا زالت الشمس فصلوا » ، وقد اعترض بعضهم على احتجاج أصحابنا بهذا الحديث كوجوب كشف الجبهة وقال / : هذا ورد في ١٠٨/أ الإبراد ، وهذا اعتراض ضعيف ؛ لأنهم شكوا حرَّ الرمضاء في جباههم وأكفهم ، ولو كان الكشف غير واجب لقيل لهم : استروها ، فلما لم يقلْ ذلك دل على أنه لابد من كشفها .

والثاني : لا يجب ؛ لأن التواضع حَصَلَ بالوضع . ثم لا يكفي في الوضع الإمساس مع إقلال الرأس ، بل لابد وأن يرخي رأسه . قالت عائشة - رضي اللّه عنها - : « رأيت رسول اللّه ﷺ في سجوده كالخرقة البالية » (١) (1) ، ثم [في] (٢) كشف

= من غير ذلك ، وهو تعجيل الصلاة من غير إبراد قبل نسخ ذلك بالإبراد ، بدلالة أن في بعض رواياته : شكونا إلى رسول اللّه ﷺ الرمضاء فما أشكانا ، وقال : إذا زالت الشمس فصلوا ، وقد روينا عن المغيرة ابن شعبة قال : كنا نصلي مع رسول اللّه ﷺ صلاة الظهر بالهاجرة فقال لنا : « أبردوا فإن شدة الحر من فيح جهنم » ، رواه أحمد بن حنبل والترمذي ، وذكر أنه سأل البخاري عنه فعده محفوظًا ، وقد ورد غير ذلك في كون الإبراد ناسخًا .

ثم إن قوله : « في جباهنا وأكفنا » زيادة وقعت في رواية قليلة ، وليست في روايات مسلم والبزار أبي بكر والطبراني أبي القاسم ، وغيرهم مع كثرتها ، واللّه أعلم .

وخباب : هو بخاء منقوطة مفتوحة ، ثم باء موحدة مشددة ، والأرت : على لفظ الأرت في اللسان ، والرمضاء : الرمل الذي اشتدت حرارته من الشمس ، واللّه أعلم » . المشكل (١٠٦/١ أ - ١٠٦ ب) .

وراجع الحديث عند مسلم : (٤٣٣/١) (٥) كتاب المساجد (٣٣) باب استحباب تقديم الظهر في أول الوقت في غير شدة الحر (٦١٩) ، والنسائي : (٢٤٧/١) (٦) كتاب المواقيت (٢) باب أول وقت الظهر (٤٩٧) ، وابن ماجه : (٢٢٢/١) (٢) كتاب الصلاة (٣) باب وقت صلاة الظهر (٦٧٥) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (قالت عائشة - رضي اللّه عنها - : رأيت رسول اللّه ﷺ في سجوده كالخرقة البالية) لم أجد لهذا بعد البحث صحة ، والأحاديث الصحيحة في التجافي في السجود تنفيه ، منها : حديث ميمونة - رضي اللّه عنها - قالت : « كان رسول اللّه ﷺ إذا سجد لو أرادت بَهْيمة أن تمر من تحته لمرت مما يتجافي » . رواه مسلم في صحيحه .

والبَهْيمة - بفتح الباء وإسكان الهاء - الصغيرة من أولاد الغنم . المتنكس في السجود المذكور وإيجابه في طريقة الخراسانيين ، تطلبت زمانًا مستنده فوجدت أبا حاتم بن حبان قد روى في صحيحه بإسناد عن أبي إسحاق قال : وصف لنا البراء بن عازب السجود فوضع يديه بالأرض ورفع عجيزته وقال : هكذا كان النبي ﷺ يفعل ، وقد أخرج نحوه أبو داود من قبله » . المشكل (١٠٦/١ ب - ١٠٧ أ) .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

---

(1) قوله : « قالت عائشة - رضي اللّه عنها - : رأيت رسول اللّه ﷺ في سجوده كالخرقة البالية » هذا حديث منكر لا يعرف له أصل .

الجبهة يكفي أقل ما ينطلق [١] عليه الاسم ، ولو سجد على طرفه ، أو [على] [٢] كور عمامته [1] ، أو طرف كُمِّه الذي يتحرك لم يجز .

أما هيئة الساجد : وهو [٣] التنكس بحيث يكون أسافلُهُ أعلى من أعاليه ، فلو سجد على وسادة وكان رأسه مساويًا لظهره فيه [٤] وجهان [2] ؛ لفوات التنكس .

ولو [٥] كان به مرض يمنعه من [٦] التنكس [٧] فهل يجب عليه وضع وسادة ليضع الجبهة عليها ؟ فيها وجهان ، أظهرهما الوجوب [٨] [3] ؛ لأن صورة السجود بالوضع لا

---

(١) في (أ) : « يطلق » .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « التنكس » .

(٤) في (أ ، ب) : « ففيه » .

(٥) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٦) في (أ ، ب) : « عن » .

(٧) في (ب) : « التنكيس » .

(٨) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فإن كان به مرض يمنعه من التنكيس فهل يجب عليه وضع وسادة ليضع الجبهة عليها ؟ فيه وجهان : أظهرهما الوجوب) معناه : يجب الوضع من غير تنكيس ، ولا يسقط مع إمكانه بسقوط التنكيس ، وعلى الوجه الآخر : تكفيه إمالة رأسه نحو الأرض بقدر الإمكان من غير وضع لجبهته على شيء ، وهذا أظهر عند غيره ، والله أعلم » . المشكل (١٠٧/١ أ) .

---

(1) قوله : (ولو سجد على طُرته وكور عمامته) ، (الطرة) بضم الطاء هي الناصية ، وأصلها طرف كل شيء . (والكَور) : بفتح الكاف وهو الطيَّة .

(2) قوله : (لو سجد على وسادة ورأسه مساوٍ لظهره فوجهان) الأصح منهما : لا يجزئه إلا أن يعجز عن التنكيس ؛ لأنه ثبت عن النبي ﷺ التنكيس مع قوله ﷺ : « صلوا كما رأيتموني أصلي » .

(3) قوله : (فيمن به مرض يمنعه التنكيس يلزمه وضع وسادة ليضع الجبهة عليها في أظهر الوجهين) هذان الوجهان حكاهما الإمام ، ورجح المصنف هنا وجوب وضع الوسادة ، ولم يرجحه في (البسيط) ولا شيخه ولا صاحبه محمد بن يحيى ، وصحح غيره أنه لا يلزمه ذلك .

قال الرافعي – وهو الأشبه بكلام الأكثرين – : فعلى هذا يكفيه أن يخفض الرأس إلى الحد الممكن ؛ لأن هيئة السجود بالتنكيس متعذرة سواء وضع الوسادة أم لا ، فلا فائدة في وضعها .

بالتنكس (١) .

والطمأنينة أيضًا واجبة في السجود .

أما الأكمل : فليكن أول ما يقع على الأرض منه ركبتاه . وقال أبو حنيفة : بل يداه (1) .

ثم يُستحب أن يكبر عند الهوي ولا يرفع اليد ، ويقول في سجوده (٢) : « سبحان ربي الأعلى » ثلاث مرات (٣) .

ويضع الأنف على الأرض مع الجبهة مكشوفًا ، ويفرق ركبتيه ، ويجافي مرفقيه عن جنبيه بحيث يرى عفرة إبطيه (٤) ، ويقل بطنه عن فخذيه ، ويضع يديه منشورة الأصابع على موضعهما في رفع اليدين ، وأصابعهما مستطيلة في جهة القبلة مضمومة ، ولا يؤمر بضَمِّ الأصابع إلا هاهنا (٥) .

(١) في (ب) : « بالتنكيس » .

(٢) في (أ ، ب) : « السجود » .

(٣) الحديث أخرجه مسلم : (٥٣٧/١) (٦) كتاب صلاة المسافرين (٢٧) باب استحباب تطويل القراءة في صلاة الليل (٧٧٢) ، وأبو داود : (٢٣٢/١) كتاب الصلاة - باب مقدار الركوع والسجود (٨٨٦) ، والترمذي : (٤٦/٢ - ٤٨) (٢) أبواب الصلاة (٧٩) باب ما جاء في التسبيح في الركوع والسجود (٢٦١، ٢٦٢) ، والنسائي : (١٩٠/٢) (١٢) كتاب التطبيق (٩) باب الذكر في الركوع (١٠٤٦) ، وابن ماجه : (٢٨٧/١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٢٠) باب التسبيح في الركوع والسجود (٨٨٨ ، ٨٩٠) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ويجافي مرفقيه عن جنبيه بحيث يرى عفرة إبطيه) عفرتهما : هي بضم العين المهملة وإسكان الفاء أي بياضهما ، وهو بياض غير خالص فيه قليل حمرة ، وإنما هذا في لابس الرداء أو نحوه من غير قميص . ومستند هذا وغيره من السنن والهيئات التي ذكرها أحاديث وردت ، حذفها اختصارًا ، والله أعلم » . المشكل (١٠٧/١ أ) .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ولا يؤمر بضم الأصابع إلا ها هنا) وقطع الروياني صاحب الكتاب الموسوم بالبحر وغيره بأنه يؤمر بضم الأصابع من اليد اليسرى في التشهد أيضًا ، وهذا ينبغي أن يكون أصح الوجهين ؛ لأن المعنى في ذلك في السجود كونها بالضم تصير موجهة نحو القبلة ، وهذا موجود في التشهد ، والله أعلم » . المشكل (١٠٧/١ أ) .

(1) قوله : (وأما ما يقع على الأرض ركبتاه . وقال أبو حنيفة : يداه) كذا حكاه عن أبي حنيفة أيضًا في (البسيط) ، وحكاه عنه أيضًا شيخه وصاحبه محمد بن يحيى ، وهو غلط ، بل مذهب أبي حنيفة كمذهبنا في تقديم الركبتين ، وإنما تقديم اليدين مذهب الأوزاعي ومالك في المشهور عنه ، ورواية عن أحمد .

ونقل المزني : أنه يضع أصابع رجليه بحيث تكون رءوسها في قبالة القبلة .

أما المرأة فتترك التخوية والتجافي في الركوع والسجود (1) .

ثم يكبر عند الاعتدال ، ويجلس مفترشًا بين السجدتين ، ويضع يديه قريبًا من ركبتيه منشورة الأصابع ويقول : « اللهم اغفر لي ، واجبرني ، وعافني ، وارزقني ، واهدني » (١) . ويطمئن في جلوسه .

(١) أخرجه أبو داود : (١ / ٢٢٢) كتاب الصلاة – باب الدعاء بين السجدتين (٨٥٠) ، والترمذي : (٢ / ٧٦ ، ٧٧) (٢) أبواب الصلاة (٩٥) باب ما يقول بين السجدتين (٢٨٤ ، ٢٨٥) ، وابن ماجه : (١/ ٢٩٠) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٢٣) باب ما يقول بين السجدتين (٨٩٨) .

---

(1) قوله : (ويجافي مرفقيه عن جنبيه ، ويقل بطنه عن فخذيه) قال : (والمرأة تترك التخوية والتجافي في الركوع والسجود) هذا مما ينكر عليه فإنه يوهم أو يقتضي أن الخنثى كالرجل في هذا ، بل فيه وجهان ؛ الصحيح منهما : أنه كالمرأة فيستحب أن لا يجافي مرفقيه ولايقل بطنه عن فخذيه بل يضم بعضه / إلى ١٠٨/ب
بعض ، والثاني : أنه لا يُستحب له المجافاة ولا الضم ، لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر .

قوله : (تُرى عُفرة إبطيه) هي بضم العين المهملة ، أي بياضهما ، قال أهل اللغة : وهي بياض غير خالص فيه قليل حمرة ، والإبط : ساكنة الباء لا غير ، وفيها لغتان : التذكير والتأنيث ، وإنما يتصور رؤية عُفرة الإبطين في لابس الرداء ونحوه ، ومراده : يفرق بحيث ترى عفرته لو لم يكن مانع من قميص ونحوه .

قوله : (ولا يؤمر بضم الأصابع إلا هنا) هذه العبارة نقلها إمام الحرمين عن شيخه وعن بعض المصنفين ، وتابعه المصنف عليها هنا وفي (البسيط) والرافعي . والأصح : أنه يستحب ضم الأصابع أيضًا إذا وضعهما على فخذيه في جلوسه بين السجدتين ، وكذا أصابع اليسرى في التشهد ؛ لأن المعنى الذي استحب ضمها في السجود من أجله موجود هنا وهو كونها إلى القبلة ، وبهذا الذي ذكرناه في التشهد من استحباب الضم فقطع الشيخ أبو حامد وأبو علي البندنيجي والمحاملي والروياني وآخرون ، ونقل أبو حامد في تعليقه اتفاق الأصحاب عليه .

قوله : (ونقل المزني أنه يضع أصابع رجليه بحيث تكون رءوسهما في قبالة القبلة) هذا الذي نقله عن المزني هو الصحيح الذي نص عليه الشافعي أيضًا في (الأم) وقطع به الجماهير ، ونقله إمام الحرمين كذلك ، ثم قال : وإنما يحصل توجيهها إلى القبلة بالتحامل عليها والاعتماد على بطونها ، ثم قال : والذي صححه الأئمة أنه لا يفعل ذلك ، بل يضع أصابع رجليه من غير تحامل . وتابع المصنف في « البسيط » ومحمد بن يحيى الإمام في ذلك وهو شاذ ضعيف ، والمذهب الأول .

ثم يسجد سجدة أخرى مثلها ، فإن كان يستعقب ذلك قيامًا فيجلس جلسه خفيفة للاستراحة : « كان رسول اللّه ﷺ لا ينهض حتى يستوي قاعدًا » (١) (1) .

ثم يبتدئ التكبير بحيث ينتهي عند استوائه جالسًا أو يستوي جالسًا ، ثم ينهض مبكرًا إلى القيام ؛ فيه خلاف (2) .

ثم (٢) كان رسول اللّه ﷺ إذا قام في صلاته وضع يديه على الأرض كما يضع

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في إثبات جلسة الاستراحة : (كان رسول اللّه ﷺ لا ينهض حتى يستوي قاعدًا) هذا رواه البخاري من حديث مالك بن الحويرث الليثي رضي اللّه عنه » . المشكل (١ /١٠٧ أ) .

وانظر الحديث عند البخاري : (٢ /٣٥٢) (١٠) كتاب الأذان (١٤٢) باب من استوى قاعدًا في وتر من صلاته ثم نهض (٨٢٣) ، وأبو داود : (١ / ٢٢١) كتاب الصلاة - باب النهوض في الفرد (٨٤٤) ، والترمذي : (٢ / ٧٩) (٢) أبواب الصلاة (٩٧) باب ما جاء كيف النهوض من السجود (٢٨٧) ، والنسائي : (٢ / ٢٣٤) (١٢) كتاب التطبيق (٩١) باب الاستواء للجلوس عند الرفع من السجدتين (١١٥٢) .

(٢) « ثم » : ليست في (أ ، ب) .

---

(1) قوله في جلسة الاستراحة : (كان رسول اللّه ﷺ لا ينهض حتى يستوي قاعدًا) هذا صحيح رواه البخاري من رواية مالك بن الحويرث رضي اللّه عنه .

(2) قوله : (ثم يبتدئ التكبير بحيث ينتهي عند استوائه جالسًا ، ثم ينهض مبكرًا إلى القيام فيه خلاف /) ١٠٩/ هذا الخلاف وجهان اقتصر المصنف هنا وفى (البسيط) وشيخه في (النهاية) والصيدلاني ومحمد بن يحيى عليهما ، وتركوا وجهًا ثالثًا في المسألة أنه يرفع مكبرًا ويمدُّ التكبير إلى أن ينتصب قائمًا حتى لا يخلو شيء من الصلاة من ذكر ، وهذا الثالث هو الصحيح عند جماهير الأصحاب ، ونقله الشيخ أبو حامد عن نص الشافعي ، وقطع به كثيرون منهم : الشيخ أبو إسحق في (المهذب) و (التنبيه) وجماعات ، ونقل الرافعي تصحيحه عن الجمهور .

العاجن [١] [1] .

فرع : إذا خَرَّ الهاوي إلى السجود على وجهه اعتدَّ به ، [2] لأن الهوي غيرُ

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (كان رسول اللّه ﷺ إذا قام في صلاته وضع يديه على الأرض كما يضع العاجن) هذا حديث لا يعرف ولا يصح ولا يجوز أن يحتج به ، وقد نسب إلى رواية ابن عباس – رضي اللّه عنهما – وقد صار في هذا الكتاب وفي (الوجيز) مظنة للغلط ، فمن غالط في لفظه بقوله : (العاجز) بالزاي وإنما هو بالنون ، وقد جعله صاحب الكتاب ، فما علق عنه من درسه الزاي أحد الوجهين فيه وليس كذلك ، ومن غالط في معناه غير غالط في لفظه يقول : هو بالنون ولكنه عاجن عجين الخبز ، فيقبض أصابع كفيه ويضمهما كما يفعله عاجن العجين ، ويتكئ عليها ويرتفع ، ولا يضع راحته على الأرض .

وهذا جعله المصنف في درسه الوجه الثاني فيه . وعمل به كثير من عامة العجم وغيرهم ، وهو إثبات شرعية هيئة في الصلاة ، لا عهد بها ، بحديث لم يثبت ولو ثبت لم يكن ذلك معناه ، فإن العاجن في اللغة الرجل المسن الكبير الذي إذا قام اعتمد على الأرض بيديه من الكبر ، وأنشدوا :

فأصبحت كبتا وأصبحت عاجنًا ... وشر خصال المرء كبت وعاجن

فإن كان وصف الكبير بذلك مأخوذ من عاجن العجين ، فالتشبيه في شدة الاعتماد عند وضع اليدين لا في كيفية ضم أصابعها . =

(1) قوله : (كان رسول اللّه ﷺ إذا قام في صلاته وضع يديه على الأرض كما يصنع العاجن) هذا الحديث ضعيف باطل لا يعرف ، نسبه بعضهم إلى رواية ابن عباس ولا يصح .

والعاجن هنا بالنون وهو الرجل المسن الذي حطمه الكبر ، فصار بحيث إذا قام اعتمد بيديه على الأرض ، فهذا صوابه لو صح هذا اللفظ .

وأما ما نقل عن الغزالي في درسه أنه قال : رُوي (العاجز) بالزاي و (العاجن) بالنون ، قال : وبالنون أولى ، قال : وهو الذي يقبض يديه ويقوم متعمدًا عليهما ، وعلله بعلة فاسدة ، والصواب : أن هذا الحديث باطل لا يحتج به وأنه يقوم ويداه مبسوطتان معتمدًا على راحتيه وبطون أصابعه .

(2) قوله : (إذا خر الهاوي إلى السجود على وجهه اعتد به) هذا إذا قصد بوضع جبهته على الأرض السجود أو لم يقصد شيئًا ، فأما إذا قصد الاعتماد فلا يجزئه ذلك عن السجود قطعًا .

وصورة الكتاب : فيمن قصد السجود فهوى إليه فسقط قد صرح المصنف بالتصوير ، فلو سقط من الاعتدال قبل قصد السجود لم يعتد به ، بل عليه أن يعود إلى الاعتدال ثم يسجد منه .

مقصود ، وإن خَرَّ على جنبه (١) واستدَّ (٢) على قصد السجود اعتدَّ به (٣) (1) ، وإن قصد

= وأما الذي في كتاب (المحكم في اللغة) للمغربي المتأخر الضرير من قوله في العاجن إنه المعتمد على الأرض بجمعه ، وجمع الكف بضم الجيم هو أن يقبضها كما ذكروه ؛ فغير مقبول ، فإنه ممن لا يقبل ما يتفرد به ، فإنه كان يغلط ويغلطونه كثيرًا وكان أضربه في كتابه مع كبر حجمه ضرارته ، والله أعلم » . المشكل . (١/١٠٧ أ - ١٠٧ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « جنب » .
(٢) في (أ ، ب) : « واستند » .

(٣) يقول ابن الصلاح : «إذا هوى إلى السجود يسقط إلى الأرض على جنب ، ثم استد ، أي : إذا استقام ساجدًا على جبهته . ذكرها في الكتاب ذكرًا مشكلًا يخشى منه على الناظر الغلط . فأقول : لها صور نذكرها على ترتيبها في الكتاب . إحداها : أن يقصد السجود بانقلابه على جبهته فتجزئه عن السجود . والثانية : أن يقصد بانقلابه على جبهته الاستقامة من وقعته على جنبه قاصدًا صرفه عن السجود ، فهذا غير مجزئ . الثالثة : أن يقصد الاستقامة ، ولا يقصد صرف ذلك عن السجود ، بل هو غافل عنه ، فالنص أنه لا يجزئه عنه . الرابعة – ولم يذكرها – : أن لا يقصد شيئًا لا السجود ولا الاستقامة فيجزئه ذلك عن السجود أيضًا قطعًا . =

(1) قوله : (وإن خر على جنب واستد على قصد السجود اعتد به) إلى آخر الفرع .

قوله : (استد) بالسين المهملة أي استقام ساجدًا ، وهذه المسألة لها أربع صور ذكرها الشافعي وإمام الحرمين والأصحاب ، ذكر المصنف منها الثلاثة الأول ، وفي بعض كلامه إيهام : إحداها : أن يقصد انقلابه / على جبهته السجود فقط فيجزئه قطعًا . الثانية : أن يقصد الاستقامة مع قصد صرفه عن السجود ١٠٩/ب فلا يجزئه قطعًا وتبطل صلاته ؛ لأنه زاد فعلًا لايزاد مثله في الصلاة عامدًا .الثالثة : أن يقصد الاستقامة ولا يقصد صرفه عن السجود ، بل غفل عنه فلا يجزئه على الصحيح المنصوص في (الأم) وبه قطع الأكثرون . وفيه وجه مخرج حكاه إمام الحرمين وغيره : أنه يجزئه ، قالوا : وهو مخرج من الخلاف في نية التبرد إذا عرضت في أثناء الوضوء مع الغفلة عن نية رفع الحدث ، فإذا قلنا بالصحيح المنصوص أنه لا يجزئه لم تبطل صلاته ، بل يكفيه أن يعتدل جالسًا ثم يسجد ، ولا يجوز أن يقوم ليسجد من قيام ، فلو قام كان زائدًا قائمًا متعمدًا فتبطل صلاته إن علم تحريمه . وذكر إمام الحرمين احتمالًا لنفسه أنه يلزمه القيام ليسجد منه واستضعفه ، وقال : الأظهر أنه لا يقوم .

الرابعة : أن لا يقصد شيئًا لا السجود ولا الاستقامة فيجزئه ذلك عن السجود قطعًا ، ونقل إمام الحرمين الاتفاق عليه . هذا تحرير المسألة فينزل عليه كلام المصنف ، فقوله في آخر الفرع : (ولا يلزمه القيام على الظاهر) إشارة إلى احتمال إمام الحرمين .

الاستقامة وصرف فعله عن السجود فلا يعتد بسجوده ؛ لأنه غَيَّر نية الأصل ، وإن لم يخطر له أمر الصلاة وقصد الاستقامة غافلًا فالنص أنه لا يعتدُّ به ، كما لو صرفه عن السجود ذاكرًا .

وفيه وجه مُخَرَّج يجري نظيره في اتباع الغريم في الطواف . ثم إذا لم يعتد بسجوده فيكفيه أن يعتدل جالسًا [1] ثم يسجد ، ولا يلزمه القيام على الظاهر .

القول في التشهد والقعود :

أما القعود في التشهد الأول فمسنون على هيئة الافتراش ، وفي الأخير على هيئة التورك ؛ لأن الافتراش هيئة مستوفز للحركة حتى نقول : المسبوق يفترش في التشهد الأخير [2] للإمام ، ولو كان على الإمام سجود سهو هل يفترش ؟ فيه خلاف[3] .

= ثم إن ما ذكره من أنه إذا لم يعتدّ بذلك عن سجوده فيكفيه أن يرفع رأسه من سجدته التي انقلب من وقعته إليها . ويعتدل جالسًا ، ثم يهوي من جلوسه إلى السجود ، ولا يلزم القيام ليهوي منه إلى السجود على الظاهر ، ليس على إطلاقه بل هو كما ذكره شيخه مخصوص بالصورة الثالثة ، وهي ما إذا قصد الاستقامة غافلًا عن السجود ، وهي إحدى صورتي عدم الإجزاء على النص في أنه لا تجزئه .

وأما الصورة الثانية – وهي ما إذا قصد الصرف عن السجود – : فهذا تبطل صلاته على ما ذكره شيخه ؛ لكونه زاد فعلًا لا يزاد مثله في الصلاة عامدًا ، ثم إن هذا التردد ذكره شيخه من عنده ، ووجه الاكتفاء بالاعتدال جالسًا ثم الهوي منه إلى السجود ، وذلك هو الأظهر عنده ، إن ذلك كافٍ في الفصل بين السجدتين الأصليتين . وادعى أنه لو قام على هذا كان زائدًا قيامًا من غير حاجة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٠٧ ب – ١٠٨ ب) .

---

(1) وقوله : (ثم إذا لم يعتد بسجوده فيكفيه أن يعتدل جالسًا) مخصوص بالصورة الثالثة دون الثانية ؛ لأن الصلاة تبطل في الثانية .

(2) قوله في المسبوق : (أنه يفترش في التشهد الأخير) هذا هو المذهب والمنصوص .

وفي وجه : أنه يتورك ، حكاه الشيخ أبو محمد والإمام وغيرهما .

ووجه ثالث : أنه إن كان موضع تشهده الأول افترش وإلا تورك .

(3) قوله في الساهي : (هل يفترش في التشهد الأخير فيه خلاف) هذا الخلاف وجهان ؛ أصحهما – وقول الجمهور – : يفترش .

والافتراش [١] : أن يضجع [٢] الرِّجل اليُسرى ويجلس عليها وينصب القدم اليمني ويضع أطراف الأصابع علي الأرض .

والتوركُ أن يضجع [٣] رجله كذلك ثم يخرجها [٤] من جهة يمينه ، ويمكِّن وركه من الأرض ، ثم يضع اليد اليسرى على طرف الركبة منشورة مع التفريج المقتصد ، وأطراف الأصابع مسامية للركبة ، وأما اليد اليمنى فيضعها كذلك لكن يقبض الخنصر والبنصر والوسطى ، ويرسل المُسَبِّحة . وفي الإبهام أوجه [٥] [1] ؛ قيل : يرسلها أيضًا ، وقيل : يُحلِّق الإبهام والوسطى ، وقيل : يضمها [٦] إلى الوسطى المقبوضة كالقابض ثلاثة [٧] وعشرين [2] ثم يرفع مُسَبِّحَتَه عند قوله : « لا إله إلا اللّه » مع الهمزة من قوله :

(١) في (أ ، ب) : « فالافتراش » .

(٢) في (أ ، ب) « يضع » .

(٣) في (أ ، ب) : « يضع » .

(٤) كذا بجميع النسخ .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وفي الإبهام أوجه) إنما هي أقوال منصوصة معروفة ، أصحها : أنه يضمها إلى الوسطى المقبوضة .

ثم ذكروا أن في كيفية ذلك وجهين : أحدهما : كالعاقد ثلاثة وعشرين ، والثاني : كالعاقد ثلاثة وخمسين ، وهذا تركه المؤلف ، وهو أصحها وأثبتها إسنادًا ، رواه مسلم في صحيحه عن ابن عمر عن رسول اللّه ﷺ .

والعقد ثلاثة وخمسين : أن يضع الإبهام أسفل من المسبحة على حرف راحته إلى جانب المسبحة .

والعقد ثلاثة وعشرين : أن يضع الإبهام على حرف إصبعه الوسطى ، وذلك معروف عند الحساب ، واللّه أعلم » . المشكل (١/١٠٨ ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « يضمهما » .

(٧) في (أ ، ب) : « ثلاثًا » .

(1) قوله : (وفي الإبهام أوجه) هكذا ذكرها أوجهًا هو في (البسيط) وشيخه ومحمد بن يحيى ، وصوابه : أقوال ، وهي أقوال منصوصة مشهورة .

(2) قوله : (وقيل : يضمها إلى الوسطى كالقابض ثلاثة وعشرين) هذا القول الثالث أنه يضمها إلى الوسطى هو الصحيح عند الأصحاب ، وعلى هذا في كيفية وضع الإبهام وجهان ؛ أحدهما : كالعاقد ثلاثة وعشرين ، وهو الذي جزم به المصنف ، وصورته : أن يضعها على حرف الوسطى . =

« إلا اللّه » وهل يحركها عند الرفع ؟ فيه وجهان (1):

فأما التشهد : فواجب (١) في الأخير خلافًا لأبي حنيفة .

والصلاة على الرسول واجب (٢) معه (٣) ....

(١) في (أ ، ب) : « فهو واجب » . (٢) في (أ ، ب) : « واجبة » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « الشافعي - رضي اللّه عنه - كالمنفرد بإيجاب الصلاة على رسول اللّه ﷺ في التشهد ، ويا حبذا ذلك من تفرده . وقد نسبه جماعة إلى مخالفته الإجماع في ذلك ، وليس كذلك . وقد رواه البيهقي عن الشعبي ، وأصحابنا يحتجون له بحديث أبي مسعود البدري ، أنهم سألوا رسول اللّه ﷺ فقالوا : كيف نصلي عليك ؟ وفي رواية صحيحة احتج بها أبو حاتم بن حبان في صحيحه والحاكم أبو عبد اللّه الحافظ وصححها : كيف نصلي عليك إذا نحن صلينا عليك في صلاتنا ؟ فقال ﷺ : « قولوا : اللهم صَلِّ على محمد وعلى آل محمد ... » إلى قوله : « إنك حميد مجيد » .

وهذا فيه ما يدل أنه نَدٌّ ، ولكن يقال : خولف ظاهر الأمر في الزيادة على أصل الصلاة عليه ، فيبقى في أصل الصلاة عليه . واحتج أبو حاتم وأبو عبد اللّه في صحيحيهما بما روياه عن فضالة بن عبيد الأنصاري أن رسول اللّه ﷺ رأى رجلًا يصلي لم يحمد اللّه ولم يمجده ، ولم يصلِّ على النبي ﷺ فقال ﷺ : « عجل هذا » ، ثم دعا النبي ﷺ فقال : « إذا صلى أحدكم فليبدأ بتحميد ربه والثناء عليه ، وليصلِّ =

= وأصحهما - وبه قطع الأكثرون وصححه الباقون - : كالعاقد ثلاثة وخمسين ، هكذا ثبت ذلك في صحيح مسلم من رواية ابن عمر - رضي اللّه عنهما - عن رسول اللّه ﷺ .

وصورة العقد ثلاثة وخمسين : أن يضع رأس الإبهام عند أسفل المسبحة على طرف الراحة ، وأهل الحساب يسمونه اليوم تسعة وخمسين ، ويخصون الثلاثة والخمسين بمن جعل الخنصر على البنصر ، فلعله كان ذلك الزمان حسابهم كذلك ، فترك المصنف هذا الوجه مع أنه الصحيح في المذهب وفي الحديث ، وقد ذكره في (البسيط) ، وذكره شيخه . و(الإبهام) مؤنثة ويجوز تذكيرها في لغة قليلة .

(1) قوله : (وهل يحركها عند الرفع فيه وجهان) هما مشهوران ؛ أصحهما : يكره تحريكها ولا تبطل به الصلاة . وقيل : تبطل حكاه صاحب (البيان) عن ابن أبي هريرة ، وهو غلط . والثاني : يستحب تحريكها ، وفيه حديث حسن أو صحيح من رواية وائل بن حجر - رضي اللّه عنه - أنه رأى النبي ﷺ يحركها .

وأما حديث : « تحريك الأصابع مذعرة للشيطان » فضعيف جدًّا .

....

=
على النبي ﷺ وَلْيَدْعُ بعد ما شاء » ، وقال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجه ، والله أعلم .

اعلم - علمك الله وإياي - أن التشهد وقع فيه في أكمله وأقله اشتباه واضطراب في المصنفات ونسخها . وأنا أسأل الله تعالى من فضله ، وأضبطه ضبطًا معتمدًا مزيحًا للإشكال ، صادرًا عن الاتفاق ، مستحقًّا لأن يرحل فيه فأقول : اختار الإمام الشافعي - رضي الله عنه - تشهد ابن عباس المعروف ، ويجوز عنده غيره كتشهد ابن مسعود وغيره .

وفي أكمله خلاف في موضعين منه ، وهما إثبات الألف واللام في (السلام) في الموضعين منه ، وإثبات أشهد في المرة الثالثة منه ، فالذي في هذا الكتاب و(النهاية) و (المهذب) وغيرها إسقاط الألف واللام من قوله : (سلام) وإثبات (أشهد) في المرة الثانية . أما التنكير في (سلام) فهو في رواية الشافعي لحديث ابن عباس من غير خلاف عنه فيه فيما نعلم وعليه نص . وأما إثبات (أشهد) فقد اختلف عليه فيه ، ففي مختصر المزني إثباته مع تنكير (السلام) كما في هذا الكتاب ، وفي رواية الترمذي لحديث ابن عباس أخرجه في جامعه وقال : حديث ابن عباس حديث حسن صحيح غريب ، استظهرت في ذلك بأصل الحافظ الكبير أبي حازم العبدوي به ، وفي رواية الربيع عن الشافعي على ما نقله عنه البيهقي الإسقاط في الموضعين في (أشهد) ، والألف والام . وهذه إحدى طريقتي العراقيين على ما صرح به في (البسيط) .ونقل عنهم طريقة ثانية ونفى الإثبات في الموضعين ، وهذا ما رواه مسلم في صحيحه وأبو داود في سننه في حديث ابن عباس ، فقد ثبت إذًا إثبات الألف واللام في (السلام) في معظم الروايات ، وأكثر التشهدات الثانية ، فينبغي أن يختاره ، والعلم عند الله تبارك وتعالى .

وأما الأقل عن الشافعي فقد ضبطه صاحب الكتاب في درسه له ضبطًا بينًا ، فذكر أنه أسقط فيه من الأكمل أربع كلمات وهي : (المباركات ، والصلوات ، والطيبات ، وبركاته) ، وأسقط العراقيون كلمة أخرى وهي (أشهد) في الثانية .

فبان بهذا أن ما اختلف فيه نسخ (الوسيط) من إسقاط (وبركاته) فيه وإثباتها ، الصواب منه إسقاطها ، وهو الذي وجدته في (جمع الجوامع) من منصوصات الشافعي ، وكذلك هو في تعليق الشيخ أبي حامد الإسفراييني على ما قرأته بخط تلميذه الإمام المصنف أبي الفتح سليم بن أيوب الرازي .

ومع ذلك فعن بعض العراقيين إثبات (وبركاته) فيه وكذلك وجدته في (التهذيب) ، وفيه أيضًا : (وأشهد أن محمدًا رسوله) بالإضمار .

=

وعلى « الآل » قولان .[1]

والتشهد الأول / مسنون . وفي الصلاة على الرسول فيه قولان ؛ لأنه [مبني] [(١)] ٢٠/أ على التخفيف .

فإن أوجبنا الصلاة على « الآل » في الأخير ففي كونها سُنَّة في الأول [(٢)] قولان .

ثم أكملُ التشهد مشهور وكلماته متعينةٌ .

وأما [(٣)] الأقل فهو : « التحيات للّه ، سلام عليك أيها النبي ورحمة اللّه [2] ، سلام

= فقد حصل في المنقول عن الشافعي في الأقل خلاف في ثلاثة أشياء ، في قوله : (وبركاته) ، وفي : « أشهد » في المرة الثانية ، وفي قوله : « (رسول اللّه) ، وقوله : (ورسوله) بعيد غريب عنه .

وأما الأقل عند ابن سريج ففيه في كثير من نسخ (الوسيط) : (سلام علينا وعلى عباد اللّه الصالحين) ، وهو غير صحيح ، وإنما هو : (سلام على عباد اللّه الصالحين) ، وقد ضبطه في الدرس بأنه أسقط مع الكلمات المسقطة في الأقل عن الشافعي كلمتين أخريين وفي هذا إثبات كلمة (الصالحين) . وكذلك هو في (النهاية) وغيره عن ابن سريج ، وصرح القاضي الروياني في شرح مشكل مختصر المزني بأن ابن سريج أسقط أيضًا ذكر كلمة (الصالحين) ، واللّه أعلم » . المشكل (١٠٨/١ ب – ١١٠ أ) .

(١) زيادة من (أ ، ب) . (٢) في (أ ، ب) : « الآل » .

(٣) في (أ ، ب) : « فأما » .

(1) قوله : (في الصلاة على الآل قولان) هكذا حكاهما هو في (البسيط) وشيخه ، ومحمد بن يحيى قولين ، والمشهور في كتب الأصحاب وجهان ، الصحيح المنصوص في (الأم) : أنها سنة . والثاني : واجبة ، وهو قول التربجي من أصحابنا .

الأصح : أن الصلاة على رسول اللّه ﷺ في التشهد الأول مسنونة ، وعلى الآل ليست مسنونة ، هكذا صححه الأصحاب ، وفيه نظر ، فينبغي أن يُسَنَّا جميعًا ، أولا يُسَنَّان ، ولا يظهر الفرق مع الأحاديث المصرحة بالجمع بينهما .

الأصح عند الأكثرين في التشهد : أنه يجب .

(2) قوله : (وبركاته) ، وقيل : لا يجب ، ويجب : (ورحمة اللّه) .

وقيل : لا يجب أيضًا ، والأصح : أنه يجوز إسقاط لفظة : (أشهد) ، في الشهادة الثانية فيقول :=

علينا وعلى عباد اللّه الصالحين ، أشهد أن لا إله إلا اللّه . وأشهد أن محمدًا رسولُ اللّه » وأسقط العراقيون كلمة « أشهد » في الكَرَّة [1] الثانية .

وكان الشافعي - رضي اللّه عنه - جعل الأقل ما رآه متكررًا في جميع الروايات ، وأما ابن سريج فإنه أوجز [2] بالمعنى وقال : « التحيات للّه ، سلام عليك أيها النبي ، سلام على عباد اللّه الصالحين ، أشهد أن لا إله إلا اللّه وأن محمدًا رسوله » ، ثم يقول بعد التشهد « اللهم صَلّ على محمد وعلى آل محمد » ، ثم يستحب بعده أن يقول : « كما صليت على إبراهيم وآل إبراهيم ، وبارك على محمد [وآل محمد] [3] كما باركت [4] على إبراهيم وآل إبراهيم إنك حميد مجيد » ، ثم يُستحب بعده الدعاء ، ويختصر إذا [5] كان إمامًا [6] .

(١) في (أ ، ب) : « المرة » .
(٢) في (أ ، ب) : « أوجب » .
(٣) زيادة من (أ ، ب) .
(٤) في الأصل : « كما ركت » ، وهو سهو .
(٥) في (أ ، ب) : « إن » .
(٦) راجع صيغ التشهد عند البخاري : (٣٦٣/٢ - ٣٦٩) (١٠) كتاب الأذان (١٤٨) باب التشهد في الآخرة (٨٣١) ، وأطرافه : (٨٣٥ ، ١٢٠٢ ، ٦٢٣٠ ، ٦٢٦٥ ، ٦٣٢٨ ، ٧٣٨١) ، ومسلم : (١/ ٣٠١ - ٣٠٦) (٤) كتاب الصلاة (١٦) باب التشهد في الصلاة (١٧) باب الصلاة على النبي ﷺ بعد التشهد (٤٠٢ ، ٤٠٣ ، ٤٠٤ ، ٤٠٥ ، ٤٠٦) ، وأبو داود : (٢٥٢/١ - ٢٥٦) كتاب الصلاة - باب التشهد ، وباب الصلاة على النبي ﷺ بعد التشهد (٩٦٨ - ٩٨٢) ، والترمذي : (٨١/٢ - ٨٣) (٢) أبواب الصلاة (٩٩) باب ما جاء في التشهد (٢٨٩ ، ٢٩٠) ، والنسائي : (٢٣٧/٢ - ٢٤٣) (١٢) كتاب التطبيق (١٠٠) باب كيف التشهد الأول (١١٦٢ - ١١٧٥) ، وابن ماجه : (٢٩٠/١ - ٢٩٥) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٢٤) باب ما جاء في التشهد (٢٥) باب الصلاة على النبي ﷺ (٨٩٩ ، ٩٠٢ ، ٩٠٣ . ٩٠٤ ، ٩٠٥ ، ٩٠٦) .

= (وأن محمدًا رسول اللّه) . وقيل يكفي (وأن محمدًا رسوله) ووقع في بعض نسخ (الوسيط) : (وبركاته) ، ولم يقع في أكثرها .

والعبد الصالح : هو القائم بحقوق اللّه تعالى وحقوق العباد ، ويجوز هنا : سلام عليك أيها النبي ، سلام علينا ، بحذف الألف واللام فيهما ، ويجوز السلام بالألف واللام فيهما ، ولا خلاف في جوازهما هنا ، وقد جاءت بهما الروايات ونص عليهما الشافعي والأصحاب ، وبالألف واللام أفضل وهو الأكثر في روايات الحديث وفي كلام الشافعي .

قال رسول الله ﷺ بعد تمام (١) للتشهد : « ثم ليتخير (٢) أحدكم من الدعاء أعجبه إليه (٣) (1) والأولى أن يكون سؤاله لأمور الآخرة .

فرع : العاجز عن التشهد يأتي بترجمته كتكبيرة التحرم (٤) ، والعاجز عن الدعاء لا يدعو بالعجمية بحال (٥) .

وتكبيرات الانتقالات وغيرها من الأذكار ففي الإتيان بترجمتها خلاف (2) ، قيل :

(١) في (أ ، ب) وهامش الأصل من نسخة أخرى : « تعليم » بدل : « تمام » .

(٢) في (أ ، ب) : « ليختر » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله ﷺ : « ثم ليتخير أحدكم من الدعاء أعجبه إليه » رواه ابن مسعود ، أخرجه البخاري في صحيحه ، وروى نحوه مسلم ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٠ أ) .

وانظره عند البخاري : (٢/٣٧٣) (١٠)كتاب الأذان (١٥٠) باب ما يتخير من الدعاء بعد التشهد (٨٣٥) ، ومسلم : (١/٣٠١ ، ٣٠٢) (٤)كتاب الصلاة (١٦) باب التشهد في الصلاة (٤٠٢)، والنسائي : (٢/٢٣٨) (١٢)كتاب التطبيق (١٠٠) باب التشهد الأول (١١٦٣) .

(٤) في (أ ، ب): « التحريم » .

(٥) « بحال » : ليست في (أ ، ب).

ويقول ابن الصلاح : « قوله : (العاجز عن الدعاء لا يدعو بالعجمية بحال) هذا في الذي يخترعه بالعجمية ، فأما الدعاء المسنون المأثور بالعربية ، ففي إتيان العاجز بترجمته الأوجه التي في سائر الأركان المسنونة ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٠ أ) .

(1) قوله : ﷺ : « ثم ليتخير من الدعاء أعجبه إليه » رواه البخاري بلفظه ، ومسلم بمعناه من رواية ابن مسعود رضي الله عنه .

(2) قوله : (العاجز عن الدعاء لا يدعو بالعجمية بحال) ، ثم ذكر في تكبيرات الانتقالات وغيرها من الأذكار ثلاثة أوجه : الأصح من هذه الأوجه : أنه يجوز الترجمة للعاجز عن العربية ، فيترجم الأدعية المأثورة والأذكار التي تجبر بالسجود والتي لا تجبر . ولنا وجه : أنه يجوز ذلك للقادر على العربية ، والمشهور المنع في حقه .

واتفقوا على جريان الخلاف في الدعاء المأثور ، وأما الدعاء الذي يخترعه الإنسان بالعجمية فلا يجوز بل يبطل الصلاة بلا خلاف ، وهو مراد المصنف بقوله : (لا يدعو بالعجمية بحال) ، وليس مراده الدعاء المأثور وإن كانت عبارته موهمة . الأصح : أن نية الخروج من الصلاة لا تشترط .

بالمنع ؛ لأن العجمية مبطلة ، وترك الذكر ليس بمبطل .

والثاني : يأتي بها كالتكبير .

والثالث : ما يُجبر تركه (١ بسجود السهو ١) يأتي بترجمته ، (٢ ومالا فلا ٢) .

القول في السلام :

لا يقوم مقام التسليم غيره من أضداد الصلاة عندنا خلافًا لأبي حنيفة ، وأقله أن يقول : « السلام عليكم » مرة واحدة . وهل تشترط نية الخروج ؟ وجهان .

ولو قال : « سلام عليكم » وجهان في إقامة التنوين مقام الألف واللام (٣) (1) .

ولو قال : « عليكم السلام » فطريقان (٤ كما سبق ٤) .

---

(١) في (أ ، ب) : « بالسجود » .

(٢) في (أ ، ب) : « وإلا فلا » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ولو قال : سلام عليكم ، فوجهان في إقامة التنوين مقام الألف واللام) قلت : لا ينبغي أن يكون في هذا خلاف ، فإن المنون لا يقوم مقام المعرف في المعنى وهو قاصر عنه ، وإنما جاز الأمران في التشهد لورود النص بهما ، وها هنا لم يرد النص إلا المعروف ، وإنما يقال هذا في علم العربية بمعنى أنهما يتعاقبان ولا يجتمعان ، بل إذا حذف أحدهما وجد الآخر وقام مقامه ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١١٠ أ) .

(٤) ليست في (أ ، ب) .

---

(1) قوله : (ولو قال : سلام عليكم فوجهان في إقامة التنوين مقام الألف واللام) هذان الوجهان مشهوران ؛ أصحهما عند الجمهور : أنه لا يجزئه ، ممن صرح به الشيخ أبو حامد والبندنيجي والقاضي أبو الطيب ، والجرجاني وآخرون ، وهو المنصوص . ونقله الشيخ أبو حامد عن عامة أصحابنا قال : ومن قال يجزئه فقد غلط . ودليل الجمهور قوله ﷺ : « صلوا كما رأيتموني أصلي » ، وثبتت الأحاديث الصحيحة أنه ﷺ كان يقوله بالألف واللام ولم ينقل بحذفهما / بخلاف السلام في التشهد فإنه نقل الوجهين . وأما قول الآخر : إن التنوين يقوم مقام الألف واللام فغلط ، لكنهما لا يجتمعان ، ولا يلزم من ذلك أن يسد مسده في العموم والتعريف . ١١١/أ

أما الأكمل فأن يقول : « السلام عليكم ورحمة اللّه » (١) (1) .

والتسليمة الثانية تُسَنُّ ، ونَصَّ في القديم على أنه لا تُسَنّ .

ونقل الربيع أنه إن كان إمامًا (٢) في جمع متعين (٣) يقتصر على تسليمة واحدة ، (٤) وإن كثر الجمع فتسليمتان (2) ثم إن سلم واحدة فتلقاء وجهه ، وإن سلم تسليمتين فيلتفت حتى يرى خداه - أي يرى من كل جانب خَدّ واحد - .

ثم ينوى بالسلام (٥) : السلام (٦) على من على يمينه من الجن والإنس والملائكة ، وكذا من الجانب الآخر ، والمقتدون ينوون الرد عليه ، ولو أحدث في التسليمة الثانية لم تبطل الصلاة ؛ لأنها واقعة بعد الصلاة تابعة ، هذا تمام كيفية الصلاة .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فأما الأكمل فأن يقول : السلام عليكم ورحمة اللّه) اعلم أنه لا يسن في هذا (وبركاته) هذا هو المشهور المحفوظ ووقع فيه في نهاية (المطلب) : (وبركاته) ووجدته أيضًا في كتاب (المدخل إلى المختصر) لزاهر السرخسي وفي (الحلية) للقاضي الروياني ، ولا يوثق بذلك فإنه شاذ في نقل المذهب ومن حيث الحديث أيضًا ، فلم أجده في شيء من الأحاديث الواردة في السلام إلا في حديث رواه أبو داود عن وائل بن حجر أن رسول اللّه ﷺ كان يسلم عن يمينه وعن شماله : (السلام عليكم ورحمة اللّه وبركاته) ، وهذه زيادة قد نسبها الحافظ أبو القاسم الطبراني في معجمه إلى رواية موسى بن قيس الحضرمي وعنه أخرجها أبو داود ، واللّه أعلم » . المشكل (١/١١٠ أ - ١١٠ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « الإمام » .

(٣) في (أ ، ب) : « قليل » بدل : « متعين » .

(٤) « واحدة » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « التسليم » .

(٦) « السلام » : ليست في (أ) .

---

(1) قوله : (أما الأكمل أن يقول : السلام عليكم ورحمة اللّه) هكذا هو في النسخ أن يقول . والأفصح الأشهر في العربية : فأن يقول بالفاء ولكن حذفها جائز ، وقد أكثر المصنف من حذف هذه الفاء في جواب (أما) ، وهو جائز .

(2) قوله : (ونقل الربيع أنه كان يقول : إن كان الجمع قليلًا فتسليمة ، وإلا فتسليمتان) هكذا أضاف شيخه هذا القول إلى رواية الربيع فيقتضي أنه قول جديد ، وهذا نقل غريب ، ولا أظنه يثبت فإن الأصحاب إنما حكوا في الطريقتين هذا القول عن القديم .

خاتمة :

من فاته (١) صلوات فلا ترتيب عليه (٢) في قضائها .

وقال أبو حنيفة : يلزمه تقديم الأول فالأول (٣) إلا إذا زاد على صلاة (٤) يوم وليلة .

نعم ، رعاية الترتيب بين الفائتة والمؤداة عندنا مستحبة (٥) (1) ، فيقدم الفائتة إن اتسع الوقت لهما ، وإلا قَدَّمَ المؤداة . وسبب التقديم أن لا يتساهل في القضاء بالتأخير ، ولو تذكر فائتة وهو في مؤداة أتم التي هو فيها ثم اشتغل بالقضاء .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « فاتته » .

(٢) « عليه »: ليست في (أ ، ب) .

(٣) « فالأول » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « صلوات » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لا ترتيب عليه في قضاء الفوائت ، نعم رعاية الترتيب بين الفائتة والمؤداة عندنا تستحب) هذا يوهم أن الترتيب بين الفوائت لا يستحب عندنا ، وهو مستحب عندنا أيضًا لفعل رسول الله ﷺ ، وللخروج من الخلاف ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٠ ب) .

(1) قوله : (لا ترتيب عليه في قضاء الفوائت ، ويستحب الترتيب بين الفائتة والمؤداة) هذا قد يوهم أنه لا يستحب الترتيب بين الفوائت وهو مستحب بلا خلاف .

الباب الخامس

في شرائط الصلاة ونواقضها

والشرائط سِتٌّ (١) :

الأول : الطهارة (1)**عن الحدث** : فهو (٢) شرط في الابتداء والدوام ، حتى لو

(١) في (أ ، ب) : « ستة » .

ويقول ابن الصلاح : « ومن الباب الخامس في شرائط الصلاة قوله : (الشرائط ستة : الأول) هذا لا يستقيم على لفظ الشرائط فإنها جمع شريطة فَرَدَّه إلى المعنى ، ونقول تقديره : (الشرائط ستة أشياء ، الأول) .

ثم إنه عد منها ما ليس بشرط ، وإنما هو من قبيل عدم المانع كترك الأفعال ، وترك الكلام .

وترك ما هو شرط حقيقة كاستقبال القبلة ، فإنه عنده وعند الجمهور شرط لا ركن ، ودخول الوقت ، وقد ذكرهما فيما سبق ، ولكن إذ تعرض لعدها الشروط فلابد من ذكرهما مع الحوالة على ما تقدم ، وكذلك الترتيب بين أفعال الصلاة ، وكذلك الموالاة بينهما على الأصح .

وليس بمرضي ما صار إليه صاحب (الحاوي) من ضبط الشروط بأنها ما يجب تقديمه على الصلاة ، فإن التحقيق في ضبط الشرط ما ذكرناه في أول باب كيفية الصلاة ، وأيضًا فصاحب الكتاب بهذا العدة ترك الكلام من الشروط ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٠ ب - ١١١ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « فهي » .

---

(1) قوله : (الشرائط ستة : الأول : الطهارة) (الشرائط) : جمع شريطة فكان حقه أن يقول : ست ولعله رده إلى المعنى ، أي الشرائط ستة أشياء ، الأول .

قوله : (ستة) عليه فيه إنكاران ؛ أحدهما : أنه عَدَّ منها ما ليس شرطًا حقيقة ، وإنما هو منهي عنه كترك الأفعال والكلام والأكل .

الثاني : أنه ترك ما هو شرط حقيقة ، فإنه ترك استقبال القبلة وهو شرط عنده وعند الجمهور ، وإن كان ابن القاص والقفال قد عداه فرضًا ، ومعرفة دخول الوقت ، وترتيب أفعال الصلاة ، وكذا الموالاة بينهما على الصحيح ، وكذا النية على أحد الوجهين ، وهو الأشبه عنده ، ولكن الأصح خلافه كما سبق ، ومعرفة أعمال الصلاة وكيفيتها .

أحدث في الصلاة عمداً أو سهوًا [١] بطلت صلاته ، ولو سبقه الحدث - بسبق بول أو منيٍّ أو مذي أو خروج ريح - بطلت صلاته على الجديد .

وعلى القديم لا تبطل [صلاته] [٢] ؛ لما رُوي مرسلًا أنه ﷺ قال : « مَنْ قاءَ أو رَعَف [٣] أو أمذى في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم » [1] .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لو أحدث في الصلاة عمداً أو سهوًا) أي ذاكرًا للصلاة أو غافلاً عنها مع كونه مختارًا للحدث بخلاف من سبقه الحدث » . المشكل (١/١١١ أ) .

(٢) الزيادة من (أ ، ب) .

ويقول ابن الصلاح : « قوله : (على القديم لا تبطل) ، لما روي مرسلًا أنه ﷺ قال : من قاء أو رعف أو أمذى في صلاته ، فلينصرف وليتوضأ ، وليبن على صلاته ما لم يتكلم) صرح في الدرس بأن المرسل حجة في القديم ، وهذا لا يعرف . والحديث قد روي موصولًا وكان ينبغي أن يقول : لما روي موصولًا ، لكنه على الجديد لم يعمل به ؛ لأنه لم يصح وصله ، وإنما هو مرسل ضعيف .

وشرح ذلك : أن هذا الحديث رواه جماعة عن إسماعيل بن عياش عن ابن جريج عن أبيه عن ابن أبي مليكة عن عائشة عن رسول الله ﷺ ، ورواه عن إسماعيل جماعة عن ابن جريج عن أبيه عن رسول الله ﷺ مرسلًا ، والمحفوظ فيه المرسل ، كذلك رواه جماعة غيره من الثقات ، ووصله المذكور أحد ما أُنْكر على إسماعيل بن عياش ، وأهل الحديث يضعفون إسماعيل فيما يرويه عن غير أهل الشام لسوء حفظه عنهم ، وابن جريج ليس شاميًا ، فاعلم ذلك ، فإن في (نهاية المطلب) على هذا الحديث كلامًا غير قويم ، والله أعلم » . المشكل (١/١١١ أ - ١١١ ب) .

والحديث أخرجه ابن ماجه : (٣٨٥/١،٣٨٦) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٣٧) باب ما جاء في البناء على الصلاة (١٢٢١) ، وهو ضعيف ، وأخرج مالك في موطئه عن نافع : أن ابن عمر كان إذا رعف انصرف فتوضأ ثم رجع فبنى ولم يتكلم : (٦١/١) (٢) كتاب الطهارة (١٠) باب ما جاء في الرعاف (٤٦) ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى : (١٤٢/١) ، والدارقطني : (١٥٣/١) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (رَعَفَ) الصحيح فيه فتح العين ، وقد روي ضمها على ضعف فيه ، وروي أن هذه الكلمة كانت السبب في لزوم سيبويه الخليل بن أحمد وتعويله عليه في طلب العربية ، بعد أن كان يطلب الحديث والتفسير ، وذلك أنه سأل يومًا حماد بن سلمة فقال له : أحدثك هشام بن عروة =

(1) قوله : (وعلى القديم لا تبطل ؛ لما روي من أنه ﷺ قال : من قاء ، أو رعف ، أو أمذى في صلاته =

ولأنه لو انحل إزاره عن عورته فرده على القرب ، أو وقعت عليه نجاسة يابسة فنفضها لم تبطل صلاته قولًا واحداً ، ولو كان ذلك قصدًا لبطل [(١)] مع قصر الزمان [(٢)] .

وعلى هذا القول إذا طرأ ناقض بغير قصده ولا تقصيره فله التدارك . بخلاف ما لو انقضت مدة المسح في أثناء الصلاة لأنه مقصر بابتداء الصلاة في آخر مدة المسح ،

= عن أبيه في رجل رعف في الصلاة ؟ - وضم العين - فقال له : أخطأت وإنما هو رعف بفتح العين فانصرف إلى الخليل ولزمه ، والله أعلم » . المشكل (١/١١١ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « لبطلت » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في احتجاجه للقديم : (ولأنه لو انحل إزاره عن عورته فرده على القرب ، أو وقعت عليه نجاسة يابسة فنفضها ، لم تبطل صلاته قولًا واحداً ، ولو كان ذلك على قصد لبطلت مع قصر الزمان) وسلب الاختيار موجود فيمن سبقه الحدث ، وجوابه : أن عدم البطلان في ذلك مضاف إلى الأمرين : سلب الاختيار وقرب الزمان ، حتى لو احتاج ستر عورته ودفع النجاسة إلى زمان غير قصير لبطلت على الجديد ، ولكان فيه قولا سبق الحدث ، والله أعلم » . المشكل (١/١١١ ب) .

= فلينصرف وليتوضأ ، وليبن على صلاته ما لم يتكلم ») . هذا الحديث روي موصولًا ومرسلاً / وكلاهما ضعيف ؛ لأن مداره على إسماعيل بن عياش عن ابن جريج عن أبيه عن ابن أبي مليكة عن عائشة عن النبي ﷺ . ١١١/ب

ورواه جماعة عن إسماعيل عن ابن جريج عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلاً ، وهذا هو المحفوظ الأشهر ، وإسماعيل بن عياش ضعيف عن كثيرين من أئمة الحديث . وقال الأكثرون : لا يحتج بروايته عن غير الشاميين ، ومعلوم أن ابن جريج ليس شاميًا ، بل هو حجازي ، فالحاصل أن الحديث ضعيف بالاتفاق .

واعلم أن عبارة المصنف في هذا الحديث أقل فسادًا من عبارته في (البسيط) ، فإنه قال في (البسيط) : إن هذا الحديث في كتب صحاح ، وليس هو في كتب صحاح ولا في كتاب صحيح ، وإنما قول شيخه في (النهاية) توجيه القديم الحديث المروي في الصحاح ، وهو ما رواه ابن أبي مليكة إلى آخره .

ففيه أغاليط فاحشة منها : قوله : (إنه في الصحاح) ، وقوله : (ابن أبي مليكة لم يلقَ عائشة) ، و(أن ابن جريج رواه عن ابن أبي مليكة) .

قوله : « من قاء أو رعف » أما قاء فبالمد ، وأما رعف فبفتح العين وضمها ، والفتح أفصح وأشهر .

ولو تخرق خفُّه فوجهان (1) ، لأنه [قد] (١) ينسب إلى تقصير لذهوله عن ضعف الخف .

والمتيمم إذا رأى الماء في أثناء (٢) صلاته لم تبطل صلاته ؛ لأن الصلاة مانعة من الاستعمال (٣) فانتفت القدرة .

ثم من سبقه الحدث يطلب الماء ويتوضأ ، ولا يتكلم ولا يحدث عمدًا وبعد وضوئه لا يعود إلى مكانه الأول (2) ؛ فإنه (٤) فعل مستغن عنه بل يبنى على مكانه خلافًا لأبي حنيفة .

(١) زيادة من (أ ، ب) . (٢) « أثناء » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « استعمال الماء » . (٤) في (أ ، ب) : « لأنه » .

(1) قوله : (لو تخرق خفه فوجهان) كان ينبغي أن يقول : (فطريقان) لأنهما طريقان ، أصحهما : أنه على قولي سبق الحدث ، والثاني : تبطل صلاته قطعًا لتقصيره في تعهده قبل الصلاة .

(2) قوله في التفريع على القديم الضعيف : (ثم من سبقه الحدث يطلب الماء فيتوضأ ولا يتكلم ولا يحدث عمدًا ، وبعد وضوئه لا يعود إلى مكانه الأول) مراده : أنه لا يصح البناء على القديم إلا بشرط أن لا يتكلم ولا يحدث عمدًا ولا يعود - بعد الطهارة - إلى موضعه ، فإن خالف بطلت صلاته ، وقد صرح بذلك في (البسيط) ، وصرح به شيخه وهي طريقة لهما شاذة ضعيفة في الأمور الثلاثة .

فأما الكلام : فقد نص الشافعي في القديم والأصحاب في الطريقتين على أنه يجوز أن يتكلم بما يحتاج إليه في تحصيل الماء ، وإنما تمتنع الزيادة على ذلك .

وأما الحدث : فقد نص أيضًا في القديم والأصحاب في الطريقتين على أنه لو أخرج بقية الحدث الذي سبقه لم تبطل صلاته على هذا القول ، واختلفوا في علته على وجهين مشهورين ؛ أصحهما : أن طهارته قد بطلت فلا أثر للحدث بعد ذلك .

والثاني : أنه يحتاج إلى إخراج البقية لئلا يسبقه مرة أخرى ، قالوا : فلو أحدث حدثًا آخر ففي جواز البناء وجهان بناء على الوجهين في علة البقية ، فعلى الأول يجوز البناء ، وعلى الثاني : لا يجوز .

وأما الثالث : فقد نص في القديم والأصحاب في الطريقتين على أنه يصلي بعد الطهارة في أقرب موضع يمكنه ، ولا تجوز مجاوزته إلا أن يكون إمامًا لم يستخلف أو مأمومًا يقصد فضيلة الجماعة فلهما العود إلى موضع سبق الحدث ، والله أعلم .

ولو سبقه الحدث في الركوع قبل الطمأنينة فليعد إليه وإن كان بعدها فلا ؛ لأن سبق الحدث لا يبطل ما مضى [1] ، ولو طير الريح الثوب وافتقر فى الإعادة إلى فعل كثير خُرِّجَ ذلك على قولي سبق الحدث .

الشرط الثاني : طهارة الخبث :

والنظر في أطراف :

الأول : فيما عفي عنه من النجاسات وهي أربعة [2] :

الأولى (١) : الأثر على محل (٢) النجو بعد الاستجمار على الشرط المعلوم . فلو حمل المصلي إنسانًا قد استجمر ففيه وجهان :

أحدهما : الجواز ؛ لأنه معفو عنه . والأصح المنع ؛ لأنه معفو على محل نجو المصلي للحاجة ، ولا حاجة إلى الحمل ، ولو حمل طيرًا لم تبطل صلاته / ؛ لأن ما في البطن ٢٠/ب

(١) في (أ) : « الأول » . (٢) « محل » : ليست في (أ ، ب) .

(1) قوله : (ولو سبقه الحدث في الركوع قبل الطمأنينة فليعد إليه ، وإن كان بعدها فلا ؛ لأن سبق الحدث لا يبطل ما مضى) يعني : لا يبطله على هذا القول الذي يفرع عليه وهو القديم ، وهذا الذي جزم به من الفرق بين ما قبل الطمأنينة وبعدها هو اختيار إمام الحرمين .

وجزم الصيدلاني بأنه يعود إلى الركوع مطلقًا ، وهذا هو الظاهر الأصح ، لأن الرفع من الركوع إلى الاعتدال مقصود ؛ ولهذا قال الأصحاب : يشترط أن لا يقصد صرفه عن ذلك ، وهذا الرفع حصل في حال الحدث فلم يعتد به ، فيجب أن يعود الركوع ، وإن كان اطمأن .

(2) قوله : (الطرف الأول فيما عفي عنه من النجاسة وهي أربع) هذا يقتضي انحصاره في الأربع المذكورة ، وليس العفو منحصرًا فيها ، بل بقي منها نجاسة المستحاضة والسلس والشعر المحكوم بنجاسته إذا كان يسيرًا في ثوبه وبدنه ، وكذا النجاسة التي لا يدركها الطرف من غير الدماء ، والدم الذي على سلاح المصلي صلاة الخوف ، ومن على جرحه دم كثير يخاف من غسله إذا قلنا بالعفو في هذه الثلاثة .

ليس له حكم النجاسة قبل الخروج ، وما على منفذه لا مبالاة به ، ومنهم من قطع بالبطلان ؛ لأن منفذ نجاسته (١) لا يخلو عن النجاسة ، وفي إلحاق البيضة المَذِرَة بالحيوان تردد (٢) ؛ فإن النجاسة فيها أيضًا مستترة خلْقَةً فلا تفارقه إلا في الحياة ، ويَطَّرِدُ ذلك فيمن حمل عنقودًا استحال باطن حباته خمرًا ، وكذا في كل استتار خلقي . ولا يجري في القارورة المصممة الرأس خلافًا لابن أبي هريرة (٣) [1] .

الثانية : طين الشوارع المستيقن نجاسته يعفى عنه بقدر ما يتعذر الاحتراز عنه ، فإن (٤) انتهى إلى حدٍّ ينسب صاحبه إلى سقطة أو نكبة [2] من دابة لم يعفَ عنه ، وكذا ما

---

(١) في (أ ، ب) : « النجاسة » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وفي إلحاق البيضة المذرة بالحيوان تردد) فالمذرة هي الفاسدة ، وهذا التردد مخصوص بما إذا كان مذرها باستحالتها دمًا فإن المذر بدون ذلك لا ينجس كإنتان اللحم ، والله أعلم » . المشكل (١/١١١ ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ولا يجري في القارورة المصممة الرأس خلافًا لابن أبي هريرة) فالمصممة الرأس هي المشدودة الرأس ، وصمامها سدادها ، وهذا الخلاف مخصوص بالمصممة بالرصاص ونحوه ، ولا تجري في المصممة بخرقة ونحوها ، والله أعلم » . المشكل (١/١١١ ب - ١١٢ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « فإذا » .

---

(1) قوله : (وفي إلحاق البيضة المذرة بالحيوان تردد ، ويطرد ذلك فيمن حمل عنقودًا استحال باطن حباته خمرًا ، وكذا في كل استتار خلقي ، ولا يجري في القارورة / المصممة الرأس خلافًا لابن أبي هريرة) . ١١٢/ب

أما (المذرة) : فبالذال المعجمة وهي الفاسدة ، والمراد هنا التي استحالت دمًا فهذه التي فيها الوجهان :

أصحهما : لا تصح صلاته إذا حملها . والأصح أيضًا في العنقود وكل استتار خلقي : أنها لا تصح .

وأما البيضة التي فسدت ولم تَصِرْ دمًا فطاهرة قطعًا فتصح صلاة حاملها .

والوجهان في القارورة هما في المصممة برصاص ونحاس ونحوهما ، والمذهب : أنها لا تصح صلاة حاملها ، فأما المسددة بخرقة ونحوها فلا تصح صلاته معها قطعًا ، فإن صممت بشمع فطريقان ؛ قيل كالرصاص ، وقيل كالخرقة .

(2) قوله : (سقطة أو بكبوة) صوابه : كبوة .

على أسفل الخفِّ من نجاسة لا يخلو الطريق عن مثلها في حق من يصلي مع الخفِّ (١) (1) .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في طين الشوارع : (وإذا انتهى إلى حد ينسب صاحبه إلى سقطة أو نكبة من دابة لم يعفَ عنه) كان ينبغي أن يقول : (أو كبوة من دابة) أي سقطة وعثرة من دابة ، فإن النكبة مصدر نكب عن الطريق أي عدل عنه ، والله أعلم .

ثم إنه قال : (وكذا ما على أسفل الخف من نجاسة لا تخلو الطريق عن مثلها في حق من يصلي مع الخف) فخالف في نقله هذا نقلة المذهب ، فإنهم ذكروا في ذلك قولين : أحدهما - وهو الجديد وعليه الفتوى - : أنه يجب غسله كالثوب إذا أصابته نجاسة مثلها ، والثاني - وهو القديم - : أنه إذا مسحه بالأرض والنجاسة يابسة عفي عنها ، لحديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال : « إذا جاء أحدكم إلى المسجد فلينظر ، فإن رأى في نعليه قذرًا أو أذىً فليمسحه وليصل فيهما » ، أخرجه أبو داود وفي روايته : « قذرًا أو قال : أذًى » فهو إذًا تردد من الراوي .

وعلى الجديد : يتأول ذلك على ما يستقذر مما هو طاهر من مخاطٍ ونحوه .

ثم إنهم شرطوا للعفو على القديم أن تكون النجاسة جافة ، فأما إذا كانت رطبة حالة دلكها بالأرض فلا عفو بلا خلاف ، فإن ذلك في الرطبة يُوجب انتشارها .

ثم إنهم لم يفرقوا بين القليل والكثير فيما يصيب الفعل من النجاسة بخلاف ما يصيب الثوب من طين الشوارع المستيقن نجاسته ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٢ أ - ١١٢ ب) .

---

(1) قوله : (يُعفى عن يسير طين الشوارع ، وكذا ما على أسفل الخف من نجاسة لا تخلو الطريق عن مثلها في حق من يصلي مع الخف) هذا الذي جزم به شاذ لا يعرف لغيره على هذا الإطلاق ، وإنما المعروف في كتب الشافعي وكتب الأصحاب في الطريقتين : أن الخف والنعل والمداس إذا أصاب أسفله نجاسة فدلكه بالأرض حتى ذهبت أجزاؤها وصلى فيه ففي صحة صلاته قولان مشهوران ؛ الجديد الأظهر عند الأصحاب : أنها لا تصح مطلقًا . والثاني وهو المنصوص في القديم : تصح بشروط : أحدها : أن يكون للنجاسة جرم يلتصق به ، أما البول ونحوه : فلا يكفي دلكه بحال . والثاني : أن يدلكه في حال الجفاف ، فأما في حال رطوبته فلا يكفي الدلك قطعًا . الثالث : أن يكون حصول النجاسة بالمشي من غير تعمد ، فلو تعمد تلطيخ الخف بها وجب غسله قطعًا .

الثالثة : دم البراغيث معفو عنه إلا إذا كثر كثرة يندر وقوعه (1) ، وربما يختلف ذلك باختلاف (١ الأوقات والأماكن ١) ؛ فإن الحاجة تختلف به والاجتهاد فيه إلى [رأي] (٢) المكلف : فإن رآه مجاوزًا لحد الحاجة فليغسل ، وإن رآه على حد الحاجة فليصلِّ معه ، وإن تردد احتمل أن يقال : الأصل العفو إلا فيما علم كثرته ، أو يقال : الأصل المنع إلا فيما تحققت الحاجة إليه . وطريق الاحتياط لا يخفى ، والميل إلى الرخصة (٣ أليق هاهنا ٣) بالفقه .

الرابعة : دم البثرات وما ينفصل منها من قيح وصديد (2) يُعفى عنها للحاجة ، نقل عن ابن عمر : « أنه دلك بثرة على وجهه فخرج (٤) منها الدم وصلّى ولم يغسل » (٥) (3) .

(١) في (أ ، ب) : « الأماكن والأوقات » . (٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « ها هنا أليق » . (٤) في (أ ، ب) : « حتى خرج » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (دم البثرات يعفى) واحتج بفعل ابن عمر – رضي الله عنهما – وقد رويناه في السنن الكبير بإسناد جيد عن بكر بن عبد الله المزني ، قال : رأيت ابن عمر عصر بثرة في وجهه ، فخرج شيء من دم ، فحكه بين أصبعيه ثم صلى ولم يتوضأ .

ثم إنه أطلق العفو عن دمها ، وأراد القليل منه دون الكثير ، كما صرح به في دم البراغيث ، وفيهما وجه آخر : أنه يعفى عن الكثير فيهما ، وهو الأصح عند العراقيين أو من قال ذلك منهم ، والله أعلم .

ولطخات الدماميل يستغنى في العفو عنها بالحديث المروي عن ابن عباس – رضي الله عنهما – أن رسول الله ﷺ رخص في دم الحبون – يعني الدماميل – وكان عطاء يصلي وهو في ثوبه ، رويناه في السنن ، وإسناده وإن كان فيه بقية عن ابن قتيبة ثقة فيما يرويه عن الثقات ، لكن تفرد به عن جريج ، وهو =

(1) قوله : (الثالثة : دم البراغيث معفو عنه ، إلا إذا كثر كثرة يندر وقوعه) إلى آخره ، هذا اختياره واختيار شيخه ، والأصح عند الجمهور : العفو عن كثيره أيضًا مطلقًا .

(2) قوله : (أنه يعفى عن دم البثرات والقيح والصديد) هذه ظاهره تعميم العفو في القليل والكثير ، وهذا هو الأصح . وفي وجه : يختص العفو بالقليل .

(3) قوله : (نقل عن ابن عمر – رضي الله عنهما – أن دَلك بثرة على وجهه فخرج منها الدم وصلى ولم يغسل) . هذا الأثر رواه البيهقي بإسناد حسن عن بكر بن عبد الله قال : رأيت ابن عمر عصر بثرة في وجهه فخرج منها شيء من دم فحكه بين أصبعيه ، ثم صلى ولم يتوضأ / ، و(البثرة) بإسكان الثاء وفتحها لغتان . ١١٣/أ

وإن أصابه من بدن غيره فوجهان : أصحهما : المنع [1] ؛ لإمكان الاحتراز .

وأما لطخات الدماميل والقروح [2] والفَصْدِ : فما يدوم منها غالبًا يلحق بدم

= ممن لا يحتمل تفرده ، قال أبو أحمد بن عدي الحافظ : نسبه أن يكون بين بقية وبين ابن جريج بعض المجهولين ، أو بعض الضعفاء ، لأن بقية كثيرًا ما يفعل ذلك ، والحبون بضم الحاء والباء وبالنون ، واحدها حبن بكسر الحاء وإسكان الباء ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٢ ب) .

وحديث ابن عمر أخرج البخاري نحوه : (٣٣٦/١) (٤) كتاب الوضوء (٣٤) باب من لم يرَ الوضوء إلا من المخرجين ، ولفظه : « عصر ابن عمر بثرة فخرج منها الدم ولم يتوضأ » . قال ابن حجر : « وصله ابن أبي شيبة بإسناد صحيح ، وزاد قبل قوله : لم يتوضأ ، (ثم صلى) » انظر : فتح الباري : (٣٣٨/١) وانظر - أيضًا - : السنن الكبرى للبيهقي : (١٤١/١) ، وراجع : المغني لابن قدامة : (٤٨٢/٢) .

(1) قوله : (إن الأصح منع العفو عن الأجنبي) هذا اختياره واختيار شيخه وجماعة ، والأصح عند الجمهور : العفو عن قليله ، ثم إنه حكى الخلاف وجهين ، وكذا حكاهما الصيدلاني وجماعة .

وقال الجمهور - وهو الصواب - : هما قولان مشهوران في (الأم) : أنه لا يعفى ، وفي (الأم) والقديم : يعفى ، ولا يختص الخلاف بدم البثرات ، بل هو جارٍ في دم الأجنبي مطلقًا ، والأصح : العفو عن قليله مطلقًا .

(2) قوله : (وأما لطخات الدماميل والقروح) إلى آخره ، المراد بدم القروح : المتغير ، وأمَّا ما لم يتغير فالمذهب القطع بطهارته كالعرق . وقيل : فيه قولان ؛ أصحهما : الطهارة . والثاني : أنه نجس فيكون حكمه في العفو حكم المتغير . ثم إن المصنف جزم بأن الدماميل ونحوها إذا دامت كانت كالاستحاضة قطعًا ، وإلا فكالبثرات ، والمشهور في المذهب : أن إلحاقها بالبثرات وجهين : الأصح : تلحق ، فإن كانت تدوم غالباً احتاط في شدِّ العصابة كالمستحاضة ، وإلا فيلحق بدم الأجنبي ، والله أعلم .

والأصح فيما إذا اشتبه كُمَّان فغسل أحدهما أو ثوبان فغسل أحدهما وصلى في الآخر بغير اجتهاد : أنه لا تصح صلاته .

وفيما إذا اجتهد في الثوبين فظن طهارة أحدهما فغسل الآخر وصلى فيهما : الصحة ؛ لأن كل واحد منهما محكوم بطهارته .

الاستحاضة ، وما لا يدوم يلحق بدم الأجنبي [١] ؛ لأن وقوعها نادر .

ومالَ صاحب التقريب إلى إلحاقها بدم البثرات ، وهو متجه .

النظر [٢] الثاني : فيما يطهر عن النجاسة :

وهو ثلاثة : الثوب ، والبدن ، والمكان .

أما الثوب : فقد ذكرنا كيفية غسله ، فإن تيقن نجاسة أحد الثوبين اجتهد . وقال المزني : يصلي في الثوبين صلاتين ، وقال في الإنائين : إنه يتيمم ولا يجتهد .

فروع ثلاثة :

الأول : لو أصاب أحد كُمَّيْه نجاسة وأُشكل فأدى اجتهاده إلى أحدهما فغسله ففي صِحة صلاته فيه [٣] وجهان .

ووجه المنع : أنه استيقن نجاسة الثوب ولم يستيقن طهارته .

وكذا الخلاف لو وقع ذلك في ثوبين ولكن صلى فيهما جميعًا .

الثاني : لو غسل أحد الثوبين وصلى في الآخر من غير اجتهاد ففي صحة صلاته

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في الدماميل والقروح : (ومالا يدوم غالبًا يلحق بدم الأجنبي) ولم يذكر حكم دم الأجنبي مطلقًا ، وإنما ذكر حكم دم البثرات من الأجنبي خاصة ، وعليه أحال هذا . وحكم دم الأجنبي مطلقًا أن الكثير لا يعفى عنه ، وفي القليل خلاف ، قيل : وجهان ، والصحيح المشهور قولان ، أحدهما نصه في (الإملاء) : أنه لا يعفى عنه كسائر النجاسات ، والثاني وهو نصه في (الأم) والقديم : أنه يعفى عنه ؛ لأن جنس الدم محل العفو على الجملة وهو مما يتسامح فيه الناس ، وهذا الأصح عند العراقيين وصاحب (التهذيب) ، والأول أصح عند إمام الحرمين في آخرين .

ثم في ضبط القليل على القديم قولان : أحدهما : قدر الدينار فما دونه ، والثاني : ما دون الكف ، وأما على الجديد فقيل : هو القدر الذي يتعافاه الناس في العادة ، وقيل : هو الذي لا يظهر للناظر إلا بتأمل وبطلب ، والله أعلم » . المشكل (١١٢/١ ب - ١١٣ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « الطرف » .

(٣) « فيه » : ليست في (ب) .

وجهان ، ولو أشكل محل النجاسة فغسل نصفه ، ثم غسل النصف الثاني (١) [1] . قال صاحب التلخيص : لم (٢) يطهر لاحتمال (٣ أن تكون النجاسة على وسط الثوب ٣) ، [فإذا غسل النصف الثاني] (٤) فينعكس (٥) أثر النجاسة على النصف الأول لاتصاله به (٦) .

الثالث : إذا ألقى طرف عمامته على نجاسة بطلت صلاته ، سواءٌ كان ذلك

(١) في (أ ، ب) : « الآخر » . (٢) في (أ ، ب) : « لا » .

(٣) في (أ ، ب) : « وقوع النجاسة على المنتصف » .

(٤) زيادة من (أ ، ب) . (٥) في (أ ، ب) : « ينعكس » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله عن صاحب (التلخيص) في وقوع الغسل على منتصف النجاسة من الثوب : (إذا غسل النصف الأول لاتصاله به) هذا مشكل من حيث كونه يوهم أن سريان النجاسة وانعكاسها مختص بالنصف المغسول ثانيًا ، وليس كذلك ، فإنه إذا غسل نصفًا أولًا ينجس بالسراية من النصف الآخر الذي لم يغسله ، ثم إذا غسل النصف الذي بقي ينجس أيضًا بالسراية من الأول المتجنس بعد غسله إليه ؛ فإذًا المراد بقوله : (الثاني) الآخر لا الأخير .

وليس ما قطع به من قول ابن القاص مقطوعًا به ، فقد خولف فيه ، والقول بتنجيس المتصل بالمغسول متجه ، فلو عاد فغسل موضع النجاسة وبَعّض الغسل ، ثم عاد فغسل للطرفين الواقعين في منتهى الغسلين آخرا ذلك .

أما القول بنجاسة المتصل بالمتصل وهلم جرا طردًا لقاعدة السراية فباطل فيما عرف في الفأرة الواقعة في السمن غير المائع ، وباطل بالنجاسة تقع في فضاء أنتج من الأرض ممطور ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١١٣ أ - ١١٣ ب) .

[1] قوله : (ولو أشكل محل النجاسة فغسل نصفًا ، ثم غسل النصف الآخر . قال صاحب التلخيص : لا يطهر لاحتمال وقوع النجاسة على المنتصف) هذه المسألة صورتها : أن يغسل نصفًا ثم النصف الآخر من غير زيادة عليه ، وفيها ثلاثة أوجه :

أحدها : قول أبي علي الطبري صاحب « الإفصاح » : أنه يطهر كله وتصح الصلاة فيه ، وصححه أكثر العراقيين . والثاني : لا يطهر حتى يغسله كله دفعة واحدة / لأن الرطوبة تسري . والثالث – وهو الأصح – : أنه ١١٣/ب
إن غسل مع النصف الثاني جزءًا مما يلاصقه من الأول طهر ، وإن لم يغسله معه غسله بعد وطهر ، وإلا فلا يحكم بطهارته حتى يغسل المنتصف وهو بفتح الصاد ، والأوجه جارية فيما إذا كان الثوب كله نجسًا وغسله هكذا .

الطرف يتحرك بحركته أو لا (١) يتحرك (٢) .

ولو قبض على حبل أو طرف عمامة فإن كان يتحرك الملاقي للنجاسة بحركته بطلت صلاته ، وإلا فوجهان [1] ؛ لأنه لا ينسب إليه لبسًا بخلاف العمامة ، ولو شدَّ

(١) في (ب) : « لم » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لو ألقى طرف عمامته على نجاسة بطلت صلاته سواء كان ذلك الطرف يتحرك بحركته أو لم يتحرك) ليس المراد بهذا مطلق الحركة ، وإنما المراد به حركة المصلي في انخفاضه وارتفاعه ، وما ذكره من التسوية بين أن يتحرك وأن لا يتحرك ، فقد ذكره شيخه وغيره ، وقد سبق قوله : (لو سجد على طرف كمه الذي يتحرك بحركته لم يجز) ، فخص المتحرك في هذا ولم يسوِ ، وهكذا ذكر ذلك شيخه مصرحًا بالفرق بينهما في فصل السجود قاعدًا بأنه سيوضح المعنى الفارق بينهما إذا انتهى إلى ما هاهنا ، ثم لما انتهى إلى ما هاهنا أغفل ذكره .

ولعل الفارق بينهما : أن المعتبر في السجود أن يضع جبهته على قرار الإمرار الوارد بتمكينها من الأرض ، وإنما يخرج ذلك عن كونه قرارًا بأن يكون بحيث يتحرك بحركته ، وأما ها هنا فالمعتبر أن لا يكون شيء مما ينتسب إليه لبسًا ملاقيًا نجاسة ؛ لقوله - تبارك وتعالى - : ﴿ وثيابك فطهر ﴾ ، وطرف عمامته وإن طال منسوب إلى لبسه له كطرف ذيله الذي طال بحيث لا يتحرك بحركته ، والله أعلم .

والخلاف الذي ذكره فيما إذا كان الطرف الملاقي للنجاسة بيده تخصيصه إياه بما إذا كان ذلك الطرف لا يتحرك بحركته دون المتحرك لم نجده لشيخه ومن تلقاه عنه ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٣ ب) .

(1) قوله : (ولو قبض على حبل أو طرف عمامة ، فإن تحرك الملاقي للنجاسة بحركته بطلت صلاته ، وإلا فوجهان) هما مشهوران ؛ أصحهما : بطلان الصلاة . وحاصل الفصل : أنه إذا قبض طرف حبل أو ثوب أو شده في يده أو رجله أو وسطه وطرفه الآخر نجس أو متصل بالنجاسة فثلاثة أوجه ؛ أصحها : بطلان صلاته . والثاني : لا تبطل . والثالث : إن كان الطرف نجسًا أو متصلًا بعين النجاسة بأن كان في عنق كلب بطلت ، وإن كان متصلًا بطاهر ، وذلك الطاهر متصل بنجاسة بأن شده في ساجور أو خرقة وهما في عنق كلب ، أو شد في حمار عليه حمل نجس لم تبطل ، وهذه الأوجه جارية سواء تحرك الطرف بحركته أم لا ، هكذا قاله الجمهور .

وقطع إمام الحرمين والمصنف ومن تابعهما بالبطلان إذا تحرك بحركته ، وخصوا الخلاف بغير المتحرك ، وقطع البغوي بالبطلان في صورة الشدِّ ، وخصَّ الخلاف بصورة القبض باليد ، والله أعلم .

على وسطه كان كما لو قبض على طرفه ، ولو كان تحت رجله فلا بأس ، لأنه ليس حاملًا ولا متصلًا ، ولو كان طرف الحبل على عنق كلب فهو كما إذا كان على نجاسة إن بعُدَ منه ، وإن كان قريبًا بحيث لو لم يتعلق بالكلب لكان هو حامله فوجهان مرتبان ، وأولى بالمنع (١) ، ولو كان متعلقًا بساجور في عنق الكلب فأوْلى بالجواز . ولو كان في عنق حمار وعلى الحمار نجاسة فوجهان ، ويظهر هاهنا وجه الجواز .

المحل الثاني (٢ الذي يجب ٢) تطهيره عن النجاسة : البدن :

وقد ذكرنا كيفية غسله وتتعلق به مسألتان :

الأولى : إذا وصل عظمًا نجسًا في محل كسرٍ وجب نزعه ، فإن (٣) كان يخاف الهلاك فالمنصوص أنه يجب نزعه ؛ لأنا نسفك الدم في مقابلة ترك صلاة واحدة ، وهذا يبطل الصلاة عمره ، وفيه قول مخرج : أنه لا يجب (1) ؛ لأن النجاسة تحتمل بالأعذار ، وخوف الهلاك عظيم ، ثم إنما ينقدح النص إذا كان متعديًا في الابتداء بأن وجد عظمًا ظاهرًا ، وإذا لم يستتر العظم باللحم (2) ....

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا كان طرف الحبل الذي بيده على عنق كلب : (إن كان قريبًا بحيث لو لم يتعلق بالكلب لكان هو حامله فوجهان مرتبان ، وأولى بالمنع) هذا قد يخفى تصويره من حيث إن الوجهين المرتب عليهما قد خصصهما بما إذا كان الطرف لا يتحرك بحركته ، وذلك يستدعي أن يكون الطرف الذي على عنق الكلب لا يتحرك بحركة المصلي مع كونه قريبًا منه ، فلنفرضه فيما إذا كان في رأس ذلك الطرف شيء ثقيل يمنعه من التحرك بحركته ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٣ ب - ١١٤أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « الواجب » .   (٣) في (أ ، ب) : « وإن » .

---

(1) قوله : (فيما إذا وصل عظمه بعظم نجس ، وإن كان يخاف الهلاك فالمنصوص : أنه يجب نزعه وفيه قول مخرج : أنه لا يجب) الصحيح الذي قاله الجمهور : أنه إذا خاف الهلاك فوجهان ؛ أصحهما - باتفاقهم - : لا يجب ، الثاني : يجب .

(2) قوله : (إنما ينقدح النص إذا لم يستتر العظم باللحم) هذا اختيار شيخه ، وهو وجه ضعيف لبعض الأصحاب ، وهو مذهب أبي حنيفة . والصحيح الذي عليه جمهور الأصحاب : أنه وجب النزع ، فلا فرق بين أن يستتر باللحم أم لا .

فإن استتر بَعُدَ إيجابُ النزع (١) ، ثم (٢) قال الشافعي – رضي الله عنه – : إذا مات قبل النزع فقد صار ميتًا كله – أى لا ينزع – وهو إشارة إلى نجاسة الآدمى بالموت ، وقيل : بوجوب (٣) النزع ؛ لأنا تُعبدنا بغسله فهو كالحي .

أما من شرب الخمر وغسل فاه صحَّت صلاته [1] ؛ لأن ما في الجوف لا حكم له .

المسألة الثانية : في وصل الشعر :

وقد قال ﷺ : « لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواشرة والمستوشرة (٤) [2] » .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من تخصيص وجوب نزع العظم النجس المجبور به عند خوف الهلاك بما إذا لم يستتر هو مذهب أبي حنيفة ، واختيار شيخه إمام الحرمين ووجه لبعض من تقدمه من الأصحاب ، وهو مطرد فيما إذا لم يخف الهلاك ، وأكثر الأصحاب على خلافه وأنه لا فرق ، حيث وجب النزع بين أن يستتر العظم باللحم أولا يستتر ؛ لأنها نجاسة أجنبية حصلت في غير معدنها ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٤ أ) .

(٢) « ثم » : ليست في (أ ، ب) . (٣) في (أ ، ب) : « نوجب » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله ﷺ : « لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة » ثابت في الصحيحين من رواية ابن عمر – رضي الله عنهما – ، وأما قوله : (والواشرة والمستوشرة) فزيادة ليست في روايات هذا الحديث الصحيح ، وذكرها فيه أبو عبيدة في غريب الحديث بغير إسناد ، ولم أجد لها ثبتًا بعد البحث الشديد ، غير أن أبا داود والنسائي رويا في حديث آخر عن أبي دجانة الأزدي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن الوشر والوشم ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٤ أ) . =

---

(1) قوله : (من شرب الخمر وغسل فاه صحت صلاته) هذا متفق عليه ، وهل يلزمه أن يتقيأ ذلك ؟ فيه وجهان مشهوران ؛ أصحهما : يلزمه ، وبه قطع / جمهور الأصحاب ونص عليه الشافعي في « الأم » ١١٤/أ و« البويطي » . وسواء شربها عدوانًا أم أكره عليها نص عليه في « الأم » ، و « البويطي » وكذا سائر المحرمات من المأكول والمشروب .

(2) قوله : (قال رسول الله ﷺ : « لعن الله الواصلة والمستوصلة ، والواشمة والمستوشمة ، والواشرة والمستوشرة ») . أما قوله ﷺ : « لعن الله الواصلة والمستوصلة ، والواشمة والمستوشمة » فرواه البخاري ومسلم من رواية ابن عمر رضي الله عنهما . =

الوشر : تحديد أطراف السن [1] .

والوشم : نَقْرُ [2] الأطراف بالحديدة [3] وتسويدُها .

وأما الوصل : فإن كان الشعر نجسًا فهو حرامٌ ، وإن كان شعر آدمى .

فإن كان شعر امرأة أجنبية فيحرم [4] ، لأن زوجَها ينظر إليها [5] ، وإن كان شعر رجل حرم عليها النظر فيه [6] ، على قولنا بتحريم النظر إلى العضو المبان ، وإن كان شعر

= والحديث أخرجه البخاري : (١٠/٣٨٦) (٧٧) كتاب اللباس (٨٣) باب وصل الشعر (٥٩٣٣) ، ومسلم : (٣/١٦٧٦) (٣٧) كتاب اللباس والزينة (٣٣) باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة (٢١٢٢) ، وأبو داود : (٤/٧٥) كتاب الترجل - باب في وصلة الشعر (٤١٦٨) ، والترمذي : (٤/٢٠٧) (٢٥) كتاب اللباس (٢٥) باب ما جاء في مواصلة الشعر (١٧٥٩) ، والنسائي : (٨/١٤٥) (٤٨) كتاب الزينة (٢٣) باب المستوصلة (٥٠٩٥ ، ٥٠٩٦ ، ٥٠٩٧) .

(١) في (أ ، ب) : « الأسنان » . (٢) في (أ ، ب) : « نقش » .

(٣) في (أ ، ب) : « بالحديد » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فإن كان شعر أجنبية ليست من ذوات المحارم فيحرم) كأنه عنى بالأجنبية ها هنا التي ليست بزوجة لزوج الواصلة ولا أمة له ، ثم لا يخفى أن في بعض ما خص به بعض الأقسام المذكورة من التعليل ما يشاركه فيه غيره من الأقسام ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٤ أ - ١١٤ ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « إليه » . (٦) في (أ ، ب) : « فيه » .

= وأما قوله : « والواشرة والمستوشرة » ، فغريب ذكره أبو عبيد في غريب الحديث بغير إسناد .

* * * * * *

هذا آخر ما وُجد من هذا الشرح والحمد لله رب العالمين نقلت هذه النسخة من نسخة نقلت من خط المؤلف وفي آخرها بخط كاتبها : هذا آخر ما شاهدت من خط المصنف وهو قوله : بغير إسناد .

علقه العبد الفقير إلى الله تعالى : أحمد بن أقبْش الحراني - عفا الله عز وجل عنهما - في سادس عشرين ذي الحجة سنة خمس وثلاثين وسبعمائة .

الحمد لله وحده ، وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلامه ، وحسبنا الله ونعم الوكيل .

بهيمة فإن لم تكن ذات زوج فهي متعرضة للتهمة فيحرم عليها ، وإن كانت ذات زوج يحرم[1] للخداع / ، ولقوله – عليه الصلاة والسلام – : « المتشبع بما لم[2] يعطَ ٢١/ب كلابس ثوبي زور »[3] ، وإن كان بإذن الزوج فوجهان :

أحدهما : المنع ؛ لعموم الحديث ؛ ولأن ذلك تصرف في الخلقة بالتغيير .

والثاني : الجواز وهو القياس ؛ إذ لا معنى للتحريم إلا سبب التزوير[4] .

ولا خلاف في جواز تجعيد الشعر وتصفيف الطُّرَّة ، وفي إلحاق تحمير الوجنة[5] بوصل الشعر تردد للصيدلاني[6] .

---

(١) في (أ ، ب) : « حرم » . (٢) في (أ ، ب) : « بما ليس عنده » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله ﷺ : (المتشبع بما لم يعط كلابس ثوبي زور) حديث صحيح يروى من حديث عائشة وأسماء ابنتي الصديق ، وغيرهما – رضي الله عنهم – ، ومن أحسن ما قيل في تفسير قوله : (كلابس ثوبي زور) وجهان ، أنا أحررهما ، أحدهما : أن معناه المتشبع بما لم يعط كالكاذب المتعاطي قول الزور ، والعرب تكني بالثوب عن الصفة والحال . فيقولون : لبس فلان ثوب كذا وكذا ، أي اتصف بكذا وكذا وتثنية الثوب من أجل أن الحلة ثوبان ، وهي أقل ما يتجمل به العربي .

الثاني : أن أحدهما كان إذا نهض ليشهد بشهادة زور لبس ثوبي جمال ليلحظ ويراعى فتقبل شهادته ، فأضيف الزور إلى الثوبين لذلك ، وكنى بلبسهما عن شهادة الزور ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٤ ب) .

والحديث أخرجه البخاري : (٩/٢٢٨) (٦٧) كتاب النكاح (١٠٦) باب المتشبع لما لم ينل وما ينهى من افتخار الضرة (٥٢١٩) ، ومسلم : (٣/١٦٨١) (٣٧) كتاب اللباس والزينة (٣٥) باب النهي عن التزوير في اللباس وغيره (٢١٢٩، ٢١٣٠) ، وأبو داود : (٤/٣٠١) كتاب الأدب – باب في المتشبع بما لم يعط (٤٩٩٧) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (إذ لا معنى للتحريم إلا بسبب التزوير) يعني في هذه الصورة ، وإلا فللتحريم معانٍ وأسباب غير ذلك سبقت ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٤ ب) .

(٥) في (ب) : « الوجه » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « أما قوله : (وفي إلحاق تحمير الوجنة بوصل الشعر تردد للصيدلاني) ففي كلام الصيدلاني خلاف ما حكاه ؛ إذ ذكر في طريقته أن تحمير الوجنة كوصل الشعر الظاهر في التفصيل المذكور ، والفرق بين أن تكون ذات زوج لم يأذن فلا يجوز ، وبين أن يكون بإذن الزوج فيجري فيه الوجهان ، واستبعد إمام الحرمين طرد هذا الخلاف فيما إذا أذن الزوج ورأى القطع بالجواز ، والله أعلم » . المشكل : (١/١١٤ ب) .

المحل الثالث : المكان :

فينبغي أن يكون ما يماس بدنه (١) طاهرًا (٢ وهو موقع ٢) الأعضاء السبعة في السجود ، وكذا ما يماس ثوبه .

ولو كان على طرف البساط نجاسة فلا بأس ، ولو كان ما يحاذي صدره في السجود (٣) نجسًا وكان لا يماسه فوجهان . ووجه المنع : أنه كالمنسوب إليه .

ولو بسط إزارًا سخيفًا على موضع نجس إن كانت المنافذ بحيث لا تمنع الملاقاة لم تصح الصلاة . وفي مثله في الفرش على الحرير تردد ، فإن النظر فيه إلى غالب ما يلاقي وذلك يحل العتابي الذى قَطْنُهُ غالب .

ومما يصل بمكان الصلاة نهى رسول ﷺ (٤ عن الصلاة ٤) في سبعة أماكن (٥) : « المَزْبَلَة ، والمجزَرَة ، وقارعةِ الطرِيق ، وبطن الوادي (٦ ، والحمام ، وظهر الكعبة ، وأعطان الإبل » ٦) .

---

(١) في (ب) : « يديه » .

(٢) في (أ ، ب) : « وهي موضع » .

(٣) في (أ ، ب) : « للسجود » .

(٤) ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « مواطن » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ويتصل بمكان الصلاة نهي رسول الله ﷺ عن الصلاة في سبعة مواطن : المزبلة والمجزرة وقارعة الطريق وبطن الوادي والحمام وظهر الكعبة وأعطان الإبل) هكذا أورده شيخه وحكم بأنه حديث صحيح وليس ذلك بصحيح عند أهل الحديث ، وقد أخرجه الترمذي وابن ماجه عن ابن عمر ، وفي رواية للترمذي عن عمر – رضي الله عنهما – عن رسول الله ﷺ ، وقال : إسناده ليس بذاك القوي .

قوله : (وبطن الوادي) ليس منه وإنما فيه المقبرة بدلًا منه ، وقد علل النهي عن الصلاة في بطن الوادي باختلال الخشوع فيه خوفًا من سيل هاجم ، فلو لم يخف سيل فلا نهي ، وهذا النهي لم أجد له ثبتًا ولا وجدت له ذكرًا في كتب من يرجع إليهم في مثل ذلك . كيف والمسجد الحرام إنما هو في بطن وادٍ وكثيرًا ما هجوت المسئول عليه على عقله ، والذي ذكره الشافعي – رضي الله عنه – في ذلك إنما هو وادٍ خاص ، وهو الذي نام رسول الله ﷺ فيه ومن معه عن الصلاة حتى فاتت فكره أن يصلى فيه وقال : « اخرجوا بنا من هذا الوادي فإن فيه شيطان » رواه أبو هريرة ، والله أعلم . =

لعل العبارة : وكثيرًا ما هجنت المسئول عليه على عقله .

وفي مسلح الحَمَام تردد بناء على أن العلة (١) خوف رشاش النجاسة أو أنه بيت الشيطان ، فعلى العلة الأخيرة تكره .

وأما أعطان الإبل : فليس المراد بها المرابض التي يكثر فيها البعر فإن ذلك موجود في مرابض الغنم مع النجاسة ولا كراهة . ولكن الإبل تزدحم على (٢) المنهل ذودًا ، حتى إذا شربت [استيقت] (٣) فلا يُؤمن (٤) نفارها وتفرقها (٤) في ذلك الموضع (٥) ، قال ﷺ في الإبل : « إنها جِنٌّ خلقت من جنٍّ أما ترى (٦) إذا نفرت كيف تشمخ بأنافها » (٧) .

= وأعطان الإبل : واحدها عطن بالعين والطاء المفتوحتين المهملتين » . المشكل (١/١١٤ ب - ١١٥ أ) .

والحديث عند الترمذي : (٢/١٧٧،١٧٨) (٢) أبواب الصلاة (١٤١) باب ما جاء في كراهية ما يصلى إليه وفيه (٣٤٦) ، وابن ماجه : (١/٢٤٦) (٤) كتاب المساجد والجماعات (٤) باب المواضع التي تكره فيها الصلاة (٧٤٦ ، ٧٤٧) .

(١) في (أ ، ب) : « علة الكراهية » . (٢) في (ب) : « في » .

(٣) الزيادة من (أ ، ب) . وقال ابن الصلاح : « قوله : (استيقت) هو بتاء مثناة من فوق مكسورة ثم ياء مثناة من تحت ساكنة ، أي سيقت ، فعل لم يُسم فاعله ، يقال : ساقها واستاقها فاعلمه فإنه تصحف ، ثم إن كلامه فيه نقص وإتمامه بأن يقول : دورًا دورًا كلما شرب دور يجيء إلى موضع ، حتى إذا شربت الأدوار كلها ساقوها ، فذلك الموضع هو العطن ، وقد أفصح شيخه وغيره عن ذلك ، وذكر الأزهري الإمام في علم اللغة في صفة العطن أن الإبل تجيء إليه إذا شربت الشربة الأولى ، وتترك فيه حتى تعادإلى الماء وتشرب شربة ثانية ثم تساق ، وهذا إنما يفعل في الصيف ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٥ ب) .

(٤) في (ب) : « تفرقها ونفارها » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله في تفسيره الإبل : (تزدحم في المنهل ذودًا ذودًا حتى إذا شربت فلا يؤمن من نفارها في ذلك الموضع) أما المنهل فهو هاهنا عبارة عن الماء الذي يورد إذا كان على طريق ، وكل ماء على غير طريق لا يسمى منهلًا ، وتسمى أيضًا المنازل التي تنزلها السفارة على الطرق التي تكون فيها الماء مناهل ، والذود من الإبل ما بين الثلاث إلى العشر ، هذا قول الأصمعي ، وأما قول أبي عبيد : إن الذود ما بين الاثنين إلى التسع ، ويختص بالإناث دون الذكور ، فلا يفسر به المذكور في الكتاب ؛ لأنه عام للذكور والإناث » . المشكل (١/١١٥ أ - ١١٥ ب) . (٦) في (ب) : « تراها » .

(٧) يقول ابن الصلاح : « قوله : (قال رسول الله ﷺ في الإبل : إنها جن خلقت من جن) إلى =

خاتمة :

مَنْ استصحب النجاسة عمدًا [١] بطلت صلاته ، فإن [٢] كان جاهلًا ففي وجوب القضاء قولان .

ولو علم النجاسة ثم نسيها فقولان مرتبان ، وأولى بالإعادة .

منشأ القولين : أن الطهارة عنها من قبيل الشرائط ، فلا يكون الجهل في تركها عذرًا أو استصحابها من قبيل المناهي فلا يُعد الناسي مخالفًا [٣] .

= آخره) . هذا رواه الشافعي - رضي الله عنه - عن إبراهيم بن أبي يحيى في حديث عبد الله بن مغفل المزني في أمر رسول الله ﷺ بالصلاة في مراح الغنم ، والنهي عنها في أعطان الإبل ، وابن أبي يحيى - وإن كان ضعيفًا - فقد روينا ذلك في كتاب (السنن الكبير) بمعناه ، بإسناد جيد عن عبد الله بن مغفل المزني قال : قال رسول الله ﷺ : « صلوا في مرابض الغنم ولا تصلوا في أعطان الإبل فإنها خلقت من الشياطين » ، وأخرج أبو داود في سننه نحوه من حديث البراء بن عازب عن رسول الله ﷺ ، واسم الشيطان يطلق على كل حي كافر » . المشكل (١/١١٥ ب) .

والحديث أخرجه ابن ماجه : (١/٢٥٣) (٤) كتاب المساجد والجماعات (١٢) باب الصلاة في أعطان الإبل وأمراح الغنم (٧٦٩) ، وأخرجه الشافعي في الأم : (١/٨٠) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٢/٤٤٩) .

(١) في (أ ، ب) : « عامدًا » .

(٢) في (ب) : « وإن » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله في القولين في وجوب إعادة الصلاة على من استصحب النجاسة فيها جاهلًا أو ناسيًا : (منشأ القولين أن الطهارة عنها من قبيل الشرائط ، فلا يكون الجهل في تركها عذرًا ، واستصحابها من قبيل المناهي ، ولا يُعد الناسي مخالفًا) . هذا ربما أوهم أن في النهي عن استصحابها خلافًا وليس كذلك ، فلا خلاف أن استصحابها من المناهي ، وإنما محل هذا الخلاف أنه يضم إلى ذلك كون التطهر منها شرطًا ، فعلى الجديد يضم ذلك إلى ذلك حتى تفسد الصلاة بانتفاء طهارة الخبث على كل حال كان بعذر أو بغير عذر ، فإن ذلك شأن الشرط ، إذ الشرط عبارة عن أمر وجودي يلزم من انتفائه انتفاء الحكم مع وجود علته .

وسواء في ذلك المعذور وغير المعذور ، والمكلف وغير المكلف ، كما في الشروط الثابتة في أحكام الصبيان ، إذ الشرط لا يتلقى من خطاب التكليف بل من خطاب الوضع والإجبار . =

والقول الجديد : أنه من الشروط . ومعتمد القديم ما رُوي أنه - عليه الصلاة والسلام - (١ خلع نعله في أثناء الصلاة ١) فخلع الناس نعالهم فقال بعد الفراغ : « أخبرني جبريل أن على نعلك نجاسة » (٢) .

الشرط الثالث : ستر العورة :

وهو واجب في غير الصلاة ، وفي وجوبه في الخلوة تستّر عن [أعين] (٣) الملائكة والجن تردد ، ولكن في غير وقت الحاجة .

وأما المصلي في خلوة فيلزمه التستر .

والنظر في العورة والساتر :

وأما (٤) العورة من الرجل : فما بين السرة والركبة ، ولا تدخل السرة والركبة فيه على الصحيح .

= ثم إنا نثبت شرطية طهارة الخبث بالقياس على طهارة الحدث ؛ لكون النص ورد فيها بصيغة تفيد الاشتراط ، وهو قوله ﷺ : « لا يقبل الله صلاة بغير طهور » .

ودليل القول القديم : ما رويناه في سنن أبي داود وغيره عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال : بينما رسول الله ﷺ يصلي بأصحابه إذ خلع نعليه فوضعهما عن يساره ، فلما رأى القوم ذلك ألقوا نعالهم ، فلما قضى رسول الله ﷺ صلاته قال : « ما حملكم على إلقائكم نعالكم ؟ » قالوا : رأيناك ألقيت نعلك فألقينا نعالنا ، فقال رسول الله ﷺ : « إن جبريل - عليه السلام - أتاني فأخبرني أن فيها قذرًا . أو قال : أذىً » وفي رواية : « خبثًا » ، واختصره صاحب الكتاب بالمعنى ، ووقع فيه تغيير كلمة لا على ما يشترط في جواز الرواية بالمعنى وهو قوله : « إن على نعليك نجاسة » .

والجواب للجديد عن هذا الحديث أن قوله : « قذرًا أو أذىً أو خبثًا » يحتمل أن يكون المراد به ما ليس بنجس من المستقذرات كالمخاط وغيره ، والله أعلم » . المشكل (١١٥/١ ب - ١١٦ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « خلع في أثناء الصلاة نعله » .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود : (١٧٢/١) كتاب الصلاة - باب الصلاة في النعل (٦٥٠) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٤٠٢/٢،٤٣١) ، والدارقطني : (٣٩٩/١) ، وأحمد : (٢٠/٣) .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) « وأما » : ليست في (أ) ، وفي (ب) : « أما » .

وأما الحرة : فجميع بدنها عورة في حق الصلاة إلا الوجه واليدين (١) إلى الكوعين : الظهر والكف . وظهر القدم عورة . وفي إخمصيها (٢) وجهان .

أما الأَمة : فما يبدو منها فى خالة المهنة كالرأس والرقبة وأطراف الساق والساعد فليس بعورة ، وما هو عورة من الرجل عورة منها ، وفيما بين ذلك وجهان .

أما الساتر : فهو كل ما يحول بين الناظر ولون البشرة ، فلا يكفي الثوب السخيف الحاكي للون [البشرة] (٣) ، ولا الماء الصافي والزجاج .

ويكفي الماء الكدِرُ والطين . ولو لم يجد ثوبًا فهل يكلف (٤) التطيين ؟ فعلى وجهين .

(٥ **فروع أربعة** ٥) :

الأول : إذا كان القميص متسع الذيل ولا سراويل صحَّت الصلاة ، فإنما يجب التستر من الفوق ومن الجوانب ، ولو لم يكن مزرورًا بحيث لو ركع انكشفت عورته لم تصح صلاته ، فإن كان كثافة لحيته تمنع من الرؤية فوجهان .

ووجه المنع : أن الساتر ينبغي أن يكون غير المستتر .

ويجري الخلاف فيما لو (٦) وضع اليد على ثقبة في (٧) إزاره .

الثاني : إذا بدا من عورته قدر يسير بطلت صلاته .

وقال أبو حنيفة : لا تبطل ما لم يظهر من العورة الكبرى مثل درهم ومن الصغرى الربع .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وأما الحرة فجميع بدنها عورة في حق الصلاة إلا الوجه واليدين) فقوله : (في حق الصلاة) احترازًا عن العورة في حق النظر إليها ، فإنها تشمل الوجه واليدين على تفصيل فيه ، سيأتي إن شاء الله تعالى » . المشكل (١/١١٦ ب) .

(٢) في (ب) : « إخمصها » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « يلزمه تكلف » .

(٥) ليست في (أ) .

(٦) في (أ ، ب) : « إذا » .

(٧) في (أ ، ب) : « من » .

فلو وجد خرقة لا تفي إلا بإحدى السوأتين . قيل : يستر القبل ؛ فإن السوأة الأخرى مستترة بانضمام الأليتين .

وقيل : يستر الدبر ؛ لأنه أفحش في السجود . والأولى التخيير .

ولا ينبغي أن يترك السوأة ويستر الفخذ ؛ فإن الفخذ تابع في حكم العورة كالحريم له .

الثالث : في عقد جماعة العراة قولان [١] :

أحدهما : أنها سُنَّة ثم يغضون البصر ويقف الإمام وسط الصف كإمام النساء .

والثاني : أَنَّ تركها أولى احتياطًا للعورة [٢] .

الرابع : لو عتقت [٣] الأمة في أثناء الصلاة وكان الخمار بالقرب تستَّرت واستمرت ، وإن كان بعيدًا فعلى قولي سبق الحدث ، فإن فرعنا على القديم فمكثت [٤] حتى أتي بالخمار في مثل تلك المدة التى كانت تمشي إليه فيحتمل أن يقال : هذا أولى لترك الأفعال ، ويحتمل أن يقال : التشاغل بالتدارك أولى من التعطل [٥] .

الشرط الرابع : ترك الكلام [٦] :

فكلام العامد مبطل للصلاة وإن قَلَّ ، فإن كان مفهمًا فالحرف الواحد مبطل

---

(١) يقول ابن الصلاح : « ذكر أن (في عقد الجماعة للعراة قولين ؛ أحدهما : أنه سُنة ، والثاني : أن تركها أولى) هذه المسألة ذات قولين ، جديد وقديم ، والثاني : هو القديم ، وأما الأول - وهو الجديد - : فقد ذكر صاحب الكتاب فيه أن الجماعة أولى ، وهكذا حكاه صاحب (التتمة) ، والذي حكاه القاضي حسين وصاحب (المهذب) وغيرهما فيه : أن الجماعة والانفراد سواء وهذا النقل هو المعتمد ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٦ ب) .

(٢) في (ب) : « للعورات » .

(٣) في (ب) : « أعتقت » .

(٤) في (أ) : « فمكث » .

(٥) في (ب) : « التعطيل » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله : (الشرط الرابع : ترك الكلام) اتبع الفوراني في هذا ، وهو أصولي لا يليق به ذلك ، فإنه قد تقرر في قاعدة أصول الفقه أن هذا وأمثاله من قبيل عدم المانع لا من قبيل الشروط ، وإن تساوى الأمران في توقف الحكم عليهما فهما متباينان في الحقيقة .

كقوله : « ق » و « ع » من « وقى » و « وعى » . وإن كان غير مفهم فلا يبطل إلا بتوالي حرفين [(١)] . ولا تبطل بصوت غفل من غير حرف ، وهل تبطل بحرف / واحد بعدها [(٢)] مدة ؟ فيه تردد [(٣)] . وفي التنحنح ثلاثة أوجه : ١١٢/ب

أحدها : أنه يبطل صلاته إلا إذا كان مغلوبًا ، أو امتنعت القراءة عليه فتنحنح ، وعلى هذا إن تنحنح لأجل امتناع الجهر فوجهان .

= ذكر أن الكلام إن كان مفهمًا كالحرف الواحد منه مبطل للصلاة ؛ كقوله (قِ) و (عِ) ، وإن لم يكن مفهماً فلا تبطل إلا بتوالي حرفين . هذا أولاً فيه إطلاق الكلام على غير المقيد ، ومن المشهور أن اسم الكلام مخصوص بالمقيد ، لكن هذا اصطلاح النحويين ، أما الفقهاء والأصوليون واللغويون فيطلقون اسم الكلام على المقيد وغير المقيد » . المشكل (١١٦/١ ب - ١١٧ أ) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ق) و (ع) لا تستعمل إلا موصولاً بهاء السكت (قه و عه) ، ولكنه بغير هاء السكت مفهم ، وإن كان لحنًا ، وإنما اشترطنا حرفين في غير المفهم ؛ لأن ما دون الحرفين ليس من جنس الكلام لأن الكلام عبارة عن أصوات منتظمة ، إذ ما ليس كذلك فإنه صوت غفل كصوت الأخرس والبهيمة ، ولا يتهيأ الانتظام بأقل من حرفين .

وأما الحرف الواحد المفهم فإنه لما أفاد معنى - والإفادة هي المقصود من الكلام - ألحقناه بالحرفين في ذلك ، بل هو أولى ، والله أعلم .

الصوت الغفل بضم العين المعجمة وإسكان الفاء هو العاطل الذي لا تقطيع فيه من قولهم : أرض غفل ، أي لا علم بها ولا أثر عمارة ، والله أعلم » . المشكل (١١٧/١ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « بعده » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وهل تبطل بحرف واحد بعده مدة ؟ فيه تردد) هذا التردد وهو للشيخ أبي محمد الجويني ، حكاه عنه ولده إمام الحرمين ، وصورته فيما نقله : فيما إذا أتى بحرف وأتبعه بصوت غفل ، ثم ذكر أن ذلك عنده أن هذا التردد من شيخه لم يقع فيما إذا كان الصوت الغفل مدّة ، لكون المدات تكون ألفًا أو واوًا او ياءً وهي وإن كانت إشباعاً للحركات الثلاث فهي معدودة حروفًا ، وإنما تردد شيخه في صوت غفل بعد حرف ليس مدة وإشباعاً لإحدى الحركات الثلاث ، فغيَّر صاحب الكتاب صورة ذلك فيه دون (البسيط) ، وأجرى التردد فيما إذا كان ذلك مدة ، وهو خلاف النقل ، وبعيد من حيث المعنى ، فإن كان قد صار إلى عدم الإبطال فيه صائر فهو يتوجه بأن إشباع الحركة في حكم الحركة لا يعد حرفًا ثانيًا ، والله أعلم » . المشكل (١١٧/١ أ - ١١٧ ب) .

الثاني : نقله ابن أبي هريرة عن الشافعي - رضي الله عنه - أن التنحنح لا يبطل أصلًا ؛ لأنه ليس من جنس الكلام .

الثالث : قال القفال : لو (١) كان مطبقًا شفتيه لا يبطل ؛ لأنه لا يكون على هيئة الحروف ، وإن كان فاتحًا فاه بطل (٢) ، والأول هو الأصح ، هذا في غير المعذور .

أما (٣) أعذار الكلام (٣) فخمسة :

الأول : أن يتكلم لمصلحة الصلاة فتبطل صلاته خلافًا لمالك ، ويدل عليه أمر التنبيه (٤) على سهو الإمام بالتسبيح والتصفيق مع أن تنبيهه من مصلحة الصلاة .

الثاني : النسيان وهو عذر في قليل الكلام ؛ لحديث ذي اليدين (٥) ، خلافًا لأبي حنيفة .

---

(١) في (ب) : « إن » . (٢) في (ب) : « تبطل » .

(٣) في (أ ، ب) : « الأعذار في الكلام » . (٤) في (ب) : « المنبه » .

(٥) قال ابن الصلاح : « ذو اليدين اسمه : خرباق بخاء معجمة مكسورة ثم راء ساكنة ثم باء موحدة ثم ألف ثم قاف ، لقب ذا اليدين لطول كان في يديه ، وهو من بني سليم ، وحديثه ثابت في الصحيحين ، والحديث حديث أبي هريرة ، وفيه ذكر ذي اليدين ، واختصاره : أن رسول الله ﷺ صلى الظهر أو العصر فسلم من ركعتين ثم قام إلى خشبة في مقدم المسجد فوضع يده عليها ، فقال له ذو اليدين : أقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول الله ؟ فقال رسول الله ﷺ : « أصدق ذو اليدين ؟ » فقال الناس : نعم . فصلى اثنتين أخريين ثم سلم ثم سجد » . المشكل (١/١١٧ أ - ١١٧ ب) .

ولفظه - عند مسلم - عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : « صلى بنا رسول الله ﷺ إحدى صلاتي العشي ، إما الظهر وإما العصر ، فسلم في ركعتين ، ثم أتى جذعًا في قبلة المسجد ، فاستند إليها مغضبًا ، وفي القوم أبو بكر وعمر ، فهابا أن يتكلما ، وخرج سرعان الناس ، قصرت الصلاة ، فقام ذو اليدين فقال : يا رسول الله ! أقصرت الصلاة أم نسيت ؟ فنظر النبي ﷺ يمينًا وشمالًا ، فقال : « ما يقول ذو اليدين ؟ » قالوا : صدق ، لم تصل إلا ركعتين فصلى ركعتين وسلم ، ثم كبر ثم سجد ، ثم كبر وسجد ، ثم كبر ورفع » . قال أيوب - راوي الحديث عن أبي هريرة - : وأخبرت عن عمران بن حصين أنه قال : وسلم .

أخرجه البخاري : (٣/١١٦) (٢٢) كتاب السهو (٣) باب إذا سلم في ركعتين أو في ثلاث فسجد=

وفي كثره [١] وجهان ؛ وتعليل وجه [٢] البطلان لمعنيين [٣] :

أحدهما : انخرام نظم الصلاة . والثاني : وقوع ذلك نادرًا . وعلى الأخير يبطل الصوم [٤] بالأكل الكثير .

الثالث : الجهل بتحريم الكلام عُذْرٌ في حق قريب العهد بالإسلام لأحاديث وردت فيه ، وليس عذرًا في حق غيره [٥] .

والجهل بكون الكلام مبطلًا مع العلم بالتحريم لا يكون عذرًا .

والجهل بكون التنحنح مبطلًا أو ما [٦] يجري مجراه فيه تردد ، والأصح أنه عذر .

الرابع : لو التفت لسانه بكلمة بدرت منه فهذا عُذر ، وأبو حنيفة يوافق ذلك [٧] ؛ لأنه لا يزيد على سبق الحدث [٨] .

الخامس : لو أكره على الكلام في الصلاة ففي بطلانها قولان ، كما لو أكره على

= سجدتين مثل سجود الصلاة أو أطول (١٢٢٧) ، ومسلم : (٤٠٣/١) (٥) كتاب المساجد (١٩) باب السهو في الصلاة والسجود له (٥٧٣) ، وأبو داود : (٢٦٣/١ - ٢٦٦) كتاب الصلاة - باب السهو في السجدتين (١٠٠٨) ، والترمذي : (٢٤٧/٢) (٢) أبواب الصلاة (١٧٥) باب ما جاء في الرجل يسلم في الركعتين من الظهر والعصر (٣٩٩) ، والنسائي : (٢٠/٣ - ٢٥) (١٣) كتاب السهو (٢٢) باب ما يفعل من سلم من ركعتين ناسيًا وتكلم (١٢٢٤) ، وابن ماجه : (٣٨٣/١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٣٤) باب فيمن سلم من ثنتين أو ثلاث ساهيًا (١٢١٣،١٢١٤) .

(١) في (أ ، ب) : « كثيره » . (٢) « وجه » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (ب) : « بمعنيين » . (٤) « الصوم » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (الجهل بتحريم الكلام عذر في حق قريب العهد بالإسلام لأحاديث وردت فيه) ورد في ذلك حديث صحيح خرجه مسلم وهو حديث معاوية بن الحكم السلمي أنه تكلم في صلاته خلف رسول الله ﷺ وهو حديث عهد بجاهلية ، فلما انصرف رسول الله ﷺ دعاه فأعلمه بأن الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس ، ولم يذكر أنه ﷺ أمر بالإعادة ، والله أعلم » . المشكل (١١٧/١ ب) .

(٦) في (ب) : « وما » . (٧) في (أ ، ب) : « عليه » .

(٨) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ولو التفت لسانه بكلمة بدرت منه فهذا عذر ، وأبو حنيفة يوافق عليه ؛ =

الأكل في الصوم .

فرعان :

الأول : إذا قال - وقد استأذن جمع على بابه - : ﴿ ٱدۡخُلُوهَا بِسَلَٰمٍ ءَامِنِينَ ﴾ إن قصد القراءة لم تبطل [صلاته] (١) ، وإن قصد الخطاب المجرد بطل ، وإن قصدهما جميعًا لم تبطل عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة .

الثاني : السكوت الطويل . ذكر القفال فيه وجهين :

أصحهما : أنه (٢) لا يبطل ؛ لأنه ليس يخرم نظم الصلاة . والثاني : أنه يبطل ؛ لأنه يقطع الولاء بين أفعال الصلاة .

وعلى هذا لو كان ناسيًا فطريقان :

أحدهما : أنه على الوجهين في الكلام الكثير .

والثاني : أنه كالكلام القليل وهو الأصح .

النظر الخامس : ترك الأفعال الكثيرة :

فلو (٣) مشى ثلاث خطوات بطلت صلاته ، وكذا إذا ضرب ثلاث ضربات . وأما الفعل القليل فإن كان من جنس الصلاة كركوع ، أو قيام فهو مبطل ، وإن لم يكن من جنسها فلا لما روي : « أنه - عليه الصلاة والسلام - أخذ أُذُنَ ابن عباس وأداره من يساره إلى يمينه » (٤) ، وأدرك أبو بكرة النبي ﷺ في الركوع فركع ثم خطا خطوة واتصل

= لأنه لا يزيد على سبق الحدث) ليس هذا تعليلاً لحكم المسألة ، وإنما هو تعليل لما ادعاه من غير نقل كان عنده من موافقة أبي حنيفة ، أي ليس يخالف في ذلك ، وإن خالف في الناسي وقال ببطلان صلاته ، لكون سبق اللسان سببها كسبق الحدث ، وسبق الحدث عنده غير مبطل للصلاة ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١١٧ب - ١١٨أ) .

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (ب) : « ولو » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - في « إدارة رسول الله=

بالصف فقال - عليه الصلاة والسلام - : « زادك [الله] [1] حرصًا ولا تَعُد » [2] وقال - عليه الصلاة والسلام - : « إذا مر المارُّ بين يدي أحدكم فليدفعه ، فإن أبى فليدفعه ، فإن أبي فليقاتله فإنه شيطان » [3] فدل على جواز الفعل القليل ، وهذا الدفع ليس

= ﷺ في صلاته إياه من يساره إلى يمينه » مخرج في الصحيحين » . المشكل (١/١١٨) .

والحديث أخرجه البخاري : (١/٢٥٦) (٣) كتاب العلم (٤١) باب السمر في العلم (١١٧) وأطرافه ، ومسلم : (١/٥٢٥) (٦) كتاب صلاة المسافرين (٢٦) باب الدعاء في صلاة الليل وقيامه (٧٦٣) ، وأبو داود : (١/١٦٣) كتاب الصلاة - باب الرجلين يؤم أحدهما صاحبه كيف يقومان (٦١٠،٦١١) ، والترمذي : (١/٤٥١،٤٥٢) (٢) أبواب الصلاة (٥٧) ما جاء في الرجل يصلي ومعه رجل (٢٣٢) ، والنسائي : (٢/٨٧) (١٠) كتاب الإمامة (٢٣) باب موقف الإمام والمأموم صبي (٨٠٦،٨٤٢) .

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « روايات حديث أبي بكرة في ركوعه خلف الصف ثم مشيه إلى الصف ثابت ، أخرجه البخاري وأبو داود والنسائي . وقوله : (ثم خطا خطوة) كأنه ذكره بالمعنى ، فإن ما في رواية أبي داود من أنه مشى إلى الصف يتضمن ذلك ، فإن أقل المشي خطوة » . المشكل (١/١١٨) .

والحديث أخرجه البخاري : (٢/٣١٢) (١٠) كتاب الأذان (١١٤) باب إذا ركع دون الصف (٧٨٣) ، وأبو داود : (١/١٧٩) كتاب الصلاة - باب الرجل يركع دون الصف (٦٨٣،٦٨٤) ، والنسائي : (٢/ ١١٨) (١٠) كتاب الإمامة (٦٣) باب الركوع دون الصف (٨٧١) .

(٣) قال ابن الصلاح : « ذكر أنه ﷺ قال : « إذا مر المار بين يدي أحدكم فليدفعه ، فإن أبى فليدفعه ، فإن أبى فليقاتله فإنه شيطان » هذا حديث صحيح أخرجه مسلم من رواية ابن عمر - رضي الله عنهما - وأخرجاه من رواية أبي سعيد الخدري أيضًا ، ولكن ليس في أكثر رواياتنا قوله ثانيًا : « فإن أبى فليدفعه » ، وقوله : « فإنه شيطان » الصحيح أن معناه : فإن معه شيطاناً ، بدلالة رواية ابن عمر : « فإن معه القرين » ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٨ أ) .

والحديث أخرجه البخاري : (١/٦٩٣) (٨) كتاب الصلاة (١٠٠) باب يرد المصلي من مر بين يديه (٥٠٩) ، وطرفه : (٣٢٧٤) ، ومسلم : (١/٣٦٢،٣٦٣) (٤) كتاب الصلاة (٤٨) باب منع المار بين يدي المصلي (٥٠٥) ، وأبو داود : (١/١٨٢) كتاب الصلاة - باب ما يؤمر المصلي أن يدرأ عن الممر بين يديه (٦٩٧) ، والنسائي : (٢/٦٦) (٩) كتاب القبلة (٨) باب التشديد في المرور بين يدي المصلي (٧٥٧) ، وابن ماجه : (١/٣٠٧) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٣٩) باب ادرأ ما استطعت (٩٥٤) .

بواجب ، والمرور ليس بمحظور ولكنه مكروه ، وإنما المبالغة لتأكيد الكراهة (١) .

وليكن للمصلي حريم يمنع المار بأن يستقبل جدارًا ، أو سارية ، أو يبسط مصلى ، أو ينصب خشبة بعيدة منه بقدر ما بين الصفين (٢) ، فتكون العلامة مانعة من المرور ، ولو خطَّ في (٣) الأرض خَطًّا : مال في (٤) القديم إلى (٥) الاكتفاء به وكتب ذلك في

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وهذا الدفع ليس بواجب ، والمرور ليس بمحذور ولكنه مكروه) هذا أنكره عليه الشيخ أبو الفتوح العجلي الأصبهاني ، وذكر أنه سهو منه وأن المرور حرام ، وأن صاحب (التهذيب) قال : لا يجوز المرور ، وما قاله هو الصحيح ؛ لأن في صحيح البخاري : « لو يعلم المار ما عليه من الإثم » ، قلت : وغير صاحب (التهذيب) قال مثل ما قاله ، وحديث : « لو يعلم المار » متفق على صحته ، أخرجه البخاري ومسلم عن أبي جهم الخزرجي عن رسول الله ﷺ قال : « لو يعلم المار بين يدي المصلي ماذا عليه لكان أن يقف أربعين خيرًا من أن يمر بين يديه » قال أبو النصر : - وهو الذي رواه عنه مالك - : لا أدرى قال : أربعين يومًا أو شهرًا أو سنة ، وروى البزار فيه في مسنده أربعين خريفاً ، وليس في الحديث لفظة : « من الإثم » تصريحًا ، ولكن ترجم البخاري وغيره عليه بباب إثم المار ، وسياق الحديث دال على عظم الإثم فيه ، والأمر بقتاله دل على ذلك أيضًا ، وما قاله شيخه ، وإن قاله شيخه فلا ينبغي أن يخرج عليه ، وقد قال الروياني صاحب كتاب (بحر المذهب) : له أن يضربه على ذلك وإن أدى إلى قتله ، والله أعلم » . المشكل (١١٨/١ أ - ١١٨ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « ثم إن قوله : (بأن يستقبل جدارًا أو سارية أو يبسط مصلى أو ينصب خشبة بعيدة منه بقدر ما بين الصفين ...) إلى قوله : (ولو خط على الأرض خطًّا مال في القديم إلى الاكتفاء به) مشعر بتخيره بين هذه الأمور من غير ترتيب ، وليس كذلك بل هي على الترتيب ، يقدم البناء ثم العصائم ثم الخط ، كما ذكره صاحب (المهذب) وغيره ، وذلك لأن حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - المذكور مصرح بالترتيب بين ذلك .

وقوله : (خشبة بعيدة منه بقدر ما بين الصفين) ليس مخصوصًا بالخشبة بل هو شامل لما سبق ذكره من الجدار وغيره ، وما بين الصفين مقدر بثلاثة أذرع ، وأصله : حديث سهيل بن سعد : « كان بين مصلى النبي ﷺ وبين الجدار ممر الشاة » . أخرجاه في صحيحيهما ، وقد قدر ممر الشاة بثلاثة أذرع ، والله أعلم » . المشكل (١١٩/١أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « على » . (٤) في (ب) : « إلى » .

(٥) في (ب) : « في » .

الجديد [1] ، ثم خط عليه فلو قَصَّر المصلي وترك العلامة فهل له منع المارّ ؟ فعلى وجهين : يلتفت في أحدهما إلى التقصير ، وفي الثاني إلى عموم الخبر .

ومهما لم يجد المارُّ سبيلًا سواه فلا يدفع بحال [2] .

فإن قيل : ما حد الفعل القليل ؟ قلنا : غاية ما قيل فيه : إنه [الذي] [3] لا يعتقد الناظر إلى فاعله أنه مُعْرِض عن الصلاة ، وهذا لا يفيد تحديدًا [4] ، فقد تردد القفَّال في

(١) يقول ابن الصلاح : « ما ذكر في الخط بين يدي المصلي من أن الشافعي – رضي الله عنه – قد صار إلى القول به في القديم ، ثم رجع عنه في الجديد ، ذكره شيخه في (النهاية) ، وجعل المسألة ذات قولين : أصحهما الجديد ، وهذا صحيح ، فقد نقل البيهقي – وناهيك به – أن الشافعي صار إليه في القديم ، وفي سنن حرملة ونفاه في البويطي ، وقطع صاحب (المهذب) والفوراني وصاحب (التتمة) والأكثرون بالاكتفاء بالخط ، ولم يثبتوا قولًا ثانيًا وفاتهم ما حققناه ، ومستند القول القديم حديث أبي هريرة – رضي الله عنه – أن رسول الله ﷺ قال : « إذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئًا ، فإن لم يجد فلينصب عصا ، فإن لم تكن معه عصا فليخط خطًّا ثم لا يضره ما أمامه » ، أخرجه أبو داود في سننه ، وذكر أنه سمع أحمد بن حنبل وصف الخط فذكر أنه مثل الهلال ، وذكر أبو داود عن غيره أن الخط بالطول ، وقد روينا عن الحميدي تلميذ الشافعي في الفقه ورفيقه في الحديث أنه ذكر أنه الخط مثل الهلال العظيم ، وإنما رجع الشافعي عن ذلك في الجديد لكونه رأى الحديث غير ثابت ، وهو كذلك ، فإنه مضطرب الإسناد جدًّا ، والله أعلم » . المشكل (١/١١٨ ب – ١١٩ أ) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ومهما لم يجد المار سبيلاً سواه فلا يدفع بحال) هذا مستنكر ولم يذكره غير شيخه ومن تلقاه عنه فيما علمناه ، وهو على خلاف ظاهر الحديث وإطلاقه ، وخلاف ما ثبت في الصحيحين من حديث أبي سعيد الخدري – رضي الله عنه – أنه صلى يوم جمعة إلى شيء يستره ، فأراد شاب أن يجتاز بين يديه ، فدفع أبو سعيد في صدره ، فنظر الشاب فلم يجد مساغًا إلا بين يديه ، فعاد ليجتاز ، فدفعه أبو سعيد في صدره أشد من الأولى ، فشكاه ، فقال أبو سعيد : سمعت النبي ﷺ يقول : « إذا صلى أحدكم إلى شيء يستره من الناس ، فأراد أحد أن يجتاز بين يديه فليدفعه ، فإن أبى فليقاتله فإنما هو شيطان » . المشكل (١/١١٩ أ – ١١٩ ب) .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله في حد الفعل القليل : (غاية ما قيل فيه : إنه الذي لا يعتقد الناظر إلى فاعله أنه معرض عن الصلاة ، وهذا لا يفيد تحديدًا) شرح هذا في درسه فذكر أن الذي يعد به معرضًا =

تحريك الإصبع على التوالي في حساب ، أو إدارة مسبحة ، أو في حَكَّة .

وأصناف الأفعال كثيرة فليعول [١] المكلف فيه [٢] على اجتهاده .

ولو قرأ القرآن من [٣] المصحف وهو يقلب الأوراق أحياناً لم يضره .

وقال أبو حنيفة : إن لم يحفظ القرآن على ظهر قلبه لم يَجُز [٤] .

الشرط السادس : ترك الأكل :

وهو مبطل قَلَّ أو كثر ؛ لأنه يُعَدُّ إعراضاً عن الصلاة ، ولو كان يمتص سكرة من غير مضغ [٥] فوجهان ، [٦] منشأ الخلاف [٦] أن الواجب هو الإمساك أو ترك فعل الأكل .

* * *

= عن الصلاة لا يمكن تحديده ، ومن طلب ما لم يخلق أتعب ولم يرزق ، وليس في أمثال هذا حد محدود ، بل ينتهي الفعل في أكثره إلى حد يقطع بأنه كثير ، ويتراجع في القلة إلى حد يقطع بأنه قليل ، وفيما بين ذلك أوساط متشابهة يرجم فيها بالظن ، ويوجد بقالب الرأي كما في نظائره ، والله أعلم » . المشكل (١١٩/١ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « فيقول » . (٢) « فيه » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « في » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله في المصلى : (إذا قرأ من المصحف ، قال أبو حنيفة : إن لم يحفظ القرآن عن ظهر قلبه لم يجز) أي لم تجز القراءة من المصحف ، فإن كان يحفظ لم تضره القراءة من المصحف ، والله أعلم » . المشكل (١١٩/١ ب) .

(٥) في الأصل : « موضع » . (٦) في (ب) : « منشؤهما » .

خاتمة :

شرط المكث في المسجد عدم الجنابة [1] ، فيجوز للمحدث المكث ، وللجنب العبور ، ولا يلزمه في العبور انتحاء [2] أقرب الطرق ، وليس له التردد في حافات المسجد من غير غرض .

وليس للحائض العبور عند خوف التلويث ، وكذا من به جراحة نضاخة بالدم .

فإن أمنت التلويث فوجهان ؛ لغلظ حكم الحيض .

والكافر يدخل المسجد بإذن آحاد المسلمين ، ولا يدخل بغير إذن [3] على أظهر الوجهين . فإن كان جُنبًا فهل يمنع من المكث ؟ فعلى وجهين :

أحدهما : نعم كالمسلم .

والثاني : لا ؛ لأنهم لا يؤاخذون بتفصيل شرعنا .

* * *

---

(١) في (أ) : « الجنابة » .

(٢) في (ب) : « انحناء » .

(٣) في (أ ، ب) : « الإذن » .

الباب السادس

في أحكام السجدات

(وهي ثلاثة)

الأولى : سجدة السهو

وهي سُنَّةٌ عندنا . / [١] وعند أبي حنيفة واجبة [١] . ٢٢/أ

والنظر في مقتضيه ومحله :

الأول : المقتضي : وهو قسمان : ترك مأمور ، وارتكاب منهي .

أما المأمورات : فالأركان لا تُجبر بالسجود ، بل لابد من التدراك .

وإنما يتعلق السجود من جملة السنن بما يؤدي تركه إلى تغيير شعار ظاهر خاص بالصلاة ، وهي أربعة : التشهد الأول ، والجلوس فيه ، والقنوت في صلاة الصبح ، والصلاة على الرسول ﷺ في التشهد الأول ، وعلى الآل في التشهد الثاني إن رأيناهما سنتين [٢] .

(١) في (أ ، ب) : « واجبة عند أبي حنيفة » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « ومن الباب السادس في أحكام السجدات من المشكل : الفرق بين الأبعاض التي هي : (التشهد الأول والجلوس فيه والقنوت ، والصلاة على رسول الله ﷺ في التشهد الأول وعلى آله في التشهد الأخير إذا رأيناهما سُنَّتَيْنْ) حيث يشرع في تركها سجود السهو ، وبين تكبيرات صلاة العيد ، والسورة ، والجهر في القراءة المفروضة في الجهرية ، حيث لا يشرع عندنا في تركها السجود ، خلافاً لأبي حنيفة ، وما ذكره المصنف في معرض الفرق يصعب تقريره ، فأقول مستعيناً بالله :

كل واحد من هذه الأبعاض شعار خاص بالصلاة ، وقد ورد النص في حديث ابن بحينة بالسجود في ترك التشهد الأول منها ، والباقي مقيس عليه . أما أن التشهد وجلوسه والقنوت المطول لركن قصير كذلك ، فذلك ظاهر ، وأما الصلاة على رسول الله ﷺ وعلى آله ففي مقام المناظرة يكفينا المنع على رأي ، وأما في مقام التحقيق فإنا نقول : ألحقناهما بالتشهد الأول لشبههما به ، لكونها واجبة في الصلاة على الجملة على مذهب ، ولا وجود لما ذكرناه في الأمور الثلاثة المذكورة .

أما الجهر وقراءة السورة : فالجهر هيئة والسورة تابعة للقراءة المفروضة فيها ، وإن كانا ظاهرين فلا =

ولا (١) يتعلق السجود بترك السورة ولا بترك الجهر وسائر السنن ، ولا بترك تكبيرات صلاة العيد وإن كان شعارًا ظاهرًا ، ولكنه ليس خاصًا في الصلاة بل يشرع في الخطبة وغيرها في أيام العيد . وعلّق أبو حنيفة بالسورة وتكبيرات العيد وترك الجهر .

فرع :

لو تعمد ترك هذه الأبعاض ففي السجود وجهان :

أحدهما : أنه يسجد ؛ لأنه أحوج إلى الجبر من الساهي .

والثاني : لا ؛ لأنه يجبر مع العذر ، والعامد غير معذور .

أما (٢) المنهيات : فما يُبطِل الصلاة عمده يتعلق السجود بسهوه ، ومالا فلا .

ومواضع السهو ستة نوردها على ترتيب الصلاة :

الأول : إذا نقل ركناً إلى غير محله كما لو قرأ الفاتحة - أو التشهد - في الاعتدال من الركوع فقد جمع بين النقل وتطويل ركن (٣) قصير (٤) . فالظاهر : أنه يُبْطِلُ عمدُه ويقتضي السجود سهوه ، وفيه وجه بعيد : أنه لا يُبْطِلُ .

فأما إذا وُجد النقل إلى ركن طويل أو تطويل القصير بغير نقل ففي البطلان وجهان :

أحدهما : نعم ، كنقل الركوع والسجود .

والثاني : لا ؛ لأن القراءة كالجنس الواحد .

وعلى هذا هل يسجد بسهوه (٥) ؟ فوجهان :

= يعدان من الشعار الظاهر ، ولا هما خاصان بالصلاة ، وأما تكبيرات العيد فغير خاصين بالصلاة ؛ لكونهما مشروعين في الخطبة ، وفي أعقاب الصلاة وغيرها في أيام العيد ، والله أعلم » . المشكل (١١٩/١ ب - ١٢٠ أ) .

(١) في (ب) : « فلا » .

(٢) في (أ ، ب) : « وأما » .

(٣) في (أ ، ب) : « الركن » .

(٤) في (ب) : « القصير » .

(٥) في (ب) : « لسهوه » .

وجه قولنا : يسجد ، أنه تغيير ظاهر ، وكما (١) لا يبعد أن يناط السجود بترك ما ليس بواجب من السنن لا يبعد أن يناط بترك (٢) ما ليس بمبطل من المنهيات ، وهذا استثناء عن الضبط الذي ذكرناه في المنهيات (٣) .

ولو نقل القراءة إلى القعود بين السجدتين فالمشهور - وهو اختيار ابن سريج - : أنه ركن طويل كالقعود للتشهد .

وقال الشيخ أبو علي : لا يبعد تشبيه بالاعتدال عن (٤) الركوع ؛ لأن المقصود الظاهر منه الفصل بين السجدتين (٥) .

---

(١) في (ب) : « فكما » . (٢) في (ب) : « بارتكاب » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لا يبعد أن يناط السجود بترك ما ليس بمبطل من المنهيات) هكذا وقع في النسخ ، وصوابه : بفعل ما ليس بمبطل ، والله أعلم » . المشكل (١/١٢٠ أ) .

(٤) في (ب) : « عند » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قول الأصحاب : (الاعتدال من الركوع ركن قصير ، الغرض منه الفصل ، وليس مقصوداً في نفسه) يمكن أن يستدل عليه بحديث أبي هريرة المخرج في صحيح البخاري وغيره في تعليم النبي ﷺ المسيء صلاته من حيث كونه لم يذكر في الاعتدال من الركوع الطمأنينة وذكرها في الركوع والسجود والقعود بين السجدتين ، فإذا لم يحمل على عدم وجوب الطمأنينة فيه تعين حمله على أنه ركن قصير يخفف ولا يطول ، وأيضًا فإنه لو كان مقصودًا في نفسه طويلاً لوجب فيه ذكره ؛ لأن القيام من الأفعال المعتادة فلابد من ذكر تصرفه عن جهة العادة إلى جهة العبادة ، كما وجب ذلك في القيام الأول وفي الجلوس الأخير ، بخلاف الركوع والسجود ؛ فإن هيئتها غير المعتادة كافية إلى صرفها إلى العبادة ، ولا يجب فإن رسول الله ﷺ لم يذكره للمسيء صلاته ، وتأخير البيان عن وقت الحاجة غير جائز .

وأما الاعتدال بين السجدتين : فقد حكى المصنف أن المشهور فيه أنه ركن طويل ، وقال الشيخ أبو علي : لا يبعد تشبيهه بالاعتدال عن الركوع ، ويدل على الأول ما استدللنا به من حديث المسيء صلاته ، ويدل على الثاني ما ذكرنا من المعنى ، وقد حكاه عن الشيخ أبي علي في صورة احتمال أبداه وهو أعلى حالاً من ذلك ، فإنه الذي صار إليه الشيخ أبو محمد الجويني في كتابه في (الفرق والجمع) وصاحب (التهذيب) وغيرهما ، ولما كتب بنيسابور - حرسها الله تعالى وسائر بلاد الإسلام وأهله - سألني الشيخ الأصيل أبو بكر القاسم بن عبد الله بن الصفار ، وهو أحد مشايخنا في رواية الحديث ، وكان إذ ذاك مفتي خراسان - رحمه الله وإيانا - قال لي : لماذا كان الاعتدال ركناً قصيرًا والجلوس بين =

الموضع (١) الثاني : إذا نسي الترتيب فما جاء به قبل أوانه غير معتدٌّ به . وكأنه ارتكب منهيًّا سهوًا ، ولو ترك (٢) سجدة من الأولى وقام إلى الثانية فلا يعتد من سجدتيه في الثانية إلا بواحدة يتم (٣) بها الركعة الأولى ، ولو ترك أربع سجدات من أربع ركعات كذلك (٤) فلم يحصل له إلا ركعتان ؛ إذ حصل من كل ركعتين ركعة فيصلي ركعتين ويسجد للسهو .

وقال أبو حنيفة : يكفيه أن يقضي أربع سجدات في آخر صلاته . ولو ترك ثماني سجدات لم يُجَوِّز القضاء جميعاً (٥) ، بل قال : ما لم تتقيد الركعة بسجدة واحدة لم يعتد بها .

فرعان :

الأول : لو ترك سجدة من الأولى وثنتين من الثانية وواحدة من الرابعة فقد حصل له من الثلاثة الأولى ركعة تامة وحصلت الركعة الأخيرة بلا سجدة فليسجد ثانية ، وليصل ركعتين ، وإن (٦) نسي أربع سجدات ولم يدرِ من أين تركها فليسجد سجدة ، وليصل ركعتين أخذًا بهذا التقدير الذي هو أسوأ التقديرات .

الثاني : إذا تذكر في قيام الثانية أنه ترك سجدة فليجلس للسجود ، فإن كان (٧ قد جلس بين السجدتين على قصد الفرض لم يلزمه إلا السجود ، وإن كان جلس ٧) على

= السجدتين طويلاً ؟ فقلت له : بحثت عن هذا بالفكر والمطالعة ، فلم يحصل فيه شيء واضح ، وكأنهم لما كان القيام قد استوفى حقه قبل الاعتدال غلب على ظنهم أن الغرض منه إنما هو مجرد الفصل ، وهو يحصل بأصله من غير تطويل ، وهذا منتفٍ في الجلوس بين السجدتين فقال : هل فيه نص ؟ فقلت : حديث الأعرابي لم يتعرض للطمأنينة فيه ، دل على أنه ليس المقصود إلا نفسه وأصله ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٢٠أ - ١٢٠ب) .

(١) « الموضع » : ليست في (ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فلو » .

(٣) في (ب) : « تتم » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لو ترك أربع سجدات من أربع ركعات كذلك) يعني به : أنه عرف كل ركعة ترك منها سجدة ، خلاف الصورتين المذكورتين في الفرع الآتي ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٢٠ب - ١٢١أ) .

(٥) في (ب) : « جمًّا » ، وهو سهو .

(٦) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٧) هذه العبارة ليست في (أ ، ب) .

قصد الاستراحة فيبنى على الخلاف في أن الفرض هل يتأدى بنية النفل ؟ (1) وإن لم يكن جلس بعد السجدة الأولى فالأظهر أنه يجلس مطمئنًا ثم يسجد .

وفيه وجه : أن الفصل بين السجدتين قد حصل بالقيام فيغنيه ذلك عن الجلوس .

الموضع الثالث : إذا قام قبل التشهد الأول ناسيًا فإن انتصب لم يعد ؛ لأنه لابسَ فرضًا ، فإن عاد مع العلم بطلت صلاته ، وإن ظن الجواز لم تبطل ، لكن يسجد للسهو ، ولو كان مأمومًا وقد قعد الإمام وقام (2) المأموم إلى الركعة الثالثة فهل يرجع ؟ فعلى وجهين :

أحدهما : نعم ؛ لأن القدوة أيضاً واجبة .

والثاني : لا (3) ؛ لأن سبق الإمام بركن واحد لا يبطل [الصلاة] (4) ، ولا خلاف أنه لو قام عمدًا لم تبطل صلاته ولم يجزْ له الرجوع إلى موافقة الإمام (5) ، كما لو رفع

---

(1) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا كان التارك لسجدة قد جلس على قصد الاستراحة : (ينبني على الخلاف في أن الفرض هل يتأدى بنية النفل ؟) ليس هذا على ظاهره ؛ فإن نية النفل لا تكون مؤدية للفرض من غير خلاف ، وإنما الباقي قوله : بنية النفل على الياء المستعملة بمعنى المصاحبة ، كما في قولهم : حضر فلان بعشيرته ، والمعنى : هل يتأدى هذا الفرض مع ما صحبه من نية النفل بما سبق في أول الصلاة من نية الفرض الشاملة المستصحبة حكمًا ، والله أعلم » . المشكل (١/١٢١ أ) .

(2) في (ب) : « فقام » .

(3) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فيما لو قام قبل التشهد الأول ناسياً وكان مأموماً ، وقد قعد الإمام ، هل يرجع ؟ فعلى وجهين ؛ أحدهما : نعم ، والثاني : لا) هذا الخلاف عند شيخه هو في جواز الرجوع ، ولا خلاف عنده في أنه لا يجب الرجوع ، وعند الشيخ أبي حامد الإسفراييني وآخرين هو في وجوب الرجوع . وصاحب الكتاب إنما أراد ما ذهب إليه شيخه ، وكلامه هاهنا دال على ذلك ومصرح به في غير كتابه هذا » . المشكل (١/١٢١ أ) .

(4) زيادة من (أ ، ب) .

(5) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ولا خلاف أنه لو قام عمدًا لم تبطل صلاته ، ولم يجز له الرجوع إلى موافقة الإمام) هذا مشكل ، فإن الخلاف في بطلان صلاته غير خافٍ ، وقد ذكره هو في باب صلاة الجماعة في مسألة تقدم المأموم بركن واحد أو أكثر ، والاعتذار عنه أن قوله : (لا خلاف) راجع إلى قوله : (لم يجز له الرجوع) ، وقوله : (لم تبطل صلاته) كلام اعترض ، قاله على ظاهر المذهب ولم يقصده بنفي الخلاف .

=

رأسه قبل الإمام قصدًا ورجع إلى السجود مع العلم بطلت صلاته ، وإن ظن أن [(١)] الإمام رافع [(٢)] رأسه فرفع ففي جواز العود وجهان .

أما إذا تذكر ترك السجود قبل الانتصاب فيرجع ثم يسجد للسهو إن كان قد [(٣)] انتهى إلى حد الراكعين لأنه زاد ركوعًا [(٤)] ، وإن كان دون حد الركوع فلا يسجد ،

= وآية ذلك أن أصل الكلام مستوفٍ في جواز الرجوع ، فقصد بذلك بيان الخلاف المذكور في جواز الرجوع في صورة الظن ، لا جريان له في صورة العمد ، ثم إن هذا القطع بعدم جواز الرجوع في صورة العمد على طريقة شيخه رحمه الله وإياهما .

وأما طريقة العراق : ففيها القطع بأن المأموم لو وقع قبل الإمام عمدًا جاز له أن يرجع إلى الركوع مع الإمام ، بل يستحب ، فإذًا ليس يسلم من المؤاخذة بكونه نفى الخلاف فيما فيه خلاف ، لكنا صرفنا ذلك من جهة إلى جهة أخرى لعلمنا باطلاعه على الخلاف في تلك الجهة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٢١ أ - ١٢١ ب) .

وقد استشكل الحموي كلام الغزالي في هذا الموضع - أيضاً - ورد عنه بقوله : « إنما ذكر الشيخ ذلك محترزًا به مما إذا قام ساهيًا ، فإن فيه خلافاً في أنه هل يعود أم لا ؟ بخلاف ما لو قام عامدًا فإنه لا يجوز له العود وجهًا واحدًا من حيث إنه قصد بذلك تفويت فضيلة المتابعة ذاكرًا في تلك اللحظة ، بخلاف الساهي فإنه وإن خالفه فعلًا لم يخالفه حكمًا . فإذا ثبت هذا فكأنه بنى على الصحيح في المذهب ، فقال : لا خلاف أنها لا تبطل بخلاف الساهي على أحد الوجهين ، ويحتمل أن يكون مراده .

ويحتمل أن يكون المراد بقوله : (لا خلاف فيه) أي بين أصحابنا المتقدمين ، وأما الشيخ أبو محمد فهو متأخر ليس له وجه معدود في كتب المذهب إلا على رأي صاحبي (النهاية) و (الوسيط) ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (٥٣ ب - ٥٤ أ) .

(١) « أن » : ليست في (أ ، ب) . (٢) في (ب) : « رافعاً » .

(٣) « قد » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (أما إذا تذكر ترك التشهد قبل الانتصاب ، فيرجع ثم يسجد للسهو إن كان قد انتهى إلى حد الراكعين) ولا ينبغي تجويزه ؛ لأن به - كما ذكر - زيادة ركوع وتعمد زيادة الركوع لا تجوز ، وهذا التفصيل إحدى الطرق في المسألة ، وقد ذكرها غيره بلفظ مشعر بوقوع الرجوع لا بتجويزه .

ثم اعلم أنه ليس الانتهاء إلى حد الراكعين في حق الناهض من الجلوس كالانتهاء إلى حد الراكعين في حق القائم الهاوي ، بل ذاك يعتبر فيه أقل الركوع على ما عرف حده ، وهذا يعتبر فيه أكمل الركوع ، بل أكثر منه مما يسمى ركوعاً ، والله أعلم » . (المشكل : ١/١٢١ ب) .

وإن ارتفع غير مُنْحَنٍ وصار أقرب إلى القيام منه إلى القعود رجع ، وفي السجود نظر : قال الصيدلاني : يسجد لأنه فعل كثير من جنس الصلاة . ويحتمل أن يقال : إن الخطوتين تزيد عليه فلا تبطل الصلاة بعمده بخلاف الانتصاب والركوع ، فإنهما من جنس واجبات الصلاة .

الموضع الرابع : إذا جلس عن قيام في الركعة الأخيرة للتشهد قبل السجود ، فإذا تذكر [(١)] بعد التشهد [(١)] تدارك السجود وأعاد [(٢)] التشهد / وسجد للسهو ؛ لأنه زاد قعودًا طويلًا في غير وقته ، ولو ترك السجدة الثانية فتشهد ثم تذكر تداركها وأعاد التشهد ، ولا يسجد ؛ لأن الجلوس بين السجدتين ركن طويل ، إلا إذا قلنا : إنه قصير ، أو قلنا : مجرد نقل الركن يبطل [(٣)] . ٢٢/ب

فأما إذا جلس عن قيام ولم يتشهد فإن طَوَّلَ سجد للسهو ، وإن كان خفيفاً فلا ؛ لأن جلسة الاستراحة معهودة في الصلاة ، وهذا يساويها وإن لم يكن في محله ؛ بخلاف الركوع والسجود [(٤)] .

الموضع الخامس : إذا تشهد في الأخيرة وقام إلى الخامسة ناسياً [(٥)] لم تبطل

---

(١) في (أ ، ب) : « في غير وقته » ، وما أثبتناه أولى بالسياق .

(٢) في (أ ، ب) : « فأعاد » .

(٣) في (أ ، ب) : « مبطل » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا جلس عن قيام قبل السجود ساهياً : (إن كان خفيفاً فلا يسجد للسهو ؛ لأن جلسة الاستراحة معهودة في الصلاة ، وهذا يساويها ، وإن لم يكن في محله ، بخلاف الركوع والسجود) معناه : أن جلسة الاستراحة معهودة في الصلاة مع كونها غير مقصودة في الصلاة ، وإنما زيدت فيها للاستراحة مع التخفيف فيها ، فزيادة ما يساويها في الصلاة عمدًا لا يبطلها ، ولا سجود في سهوها ، وهي ملتحقة بالفعل القليل من غير جنس الصلاة في عدم تأثيره في تغيير نظم الصلاة ، فلا تبطل بعمدها ، ولا يسجد لسهوها ، والله أعلم » . المشكل (١٢١/١ ب - ١٢٢ أ) .

(٥) يقول ابن الصلاح : « ذكر أنه إذا تشهد وقام إلى الخامسة ساهياً وعاد فالقياس : أنه لا يعيد التشهد ويسلم ، وظاهر النص أنه يتشهد ، وعلله ابن سريج بمعنيين ، ثم قال : والمعنيان ضعيفان ، وفرع على المعنيين فقوله : (وفرع) عائد إلى ابن سريج ، وليس يستفاد من إيراده هذا أو عبارته فيه نقل ما اعتمد عليه أئمة المذهب ، وإنما ذلك الوجه الأول ، فإياه اختار جمهور الأصحاب ، والله أعلم » . المشكل (١٢٢/١أ) .

صلاته وإن كثرت أفعاله الزائدة ؛ لأنه [١] من جنس الصلاة فلا [٢] تضر مع النسيان ، ولكن إذا عاد فالقياس أنه [٣] لا يعيد التشهد بل يسجد للسهو ، ويُسَلِّم ، ولكن ظاهر النص أنه يتشهد ، وعلل ابن سريج بعلتين [٤] :

إحداهما [٥] : رعاية الولاء بين التشهد والسلام .

والثانية [٦] : أن لا يبقى السلام منفردًا [٧] غير متصل بركن من أحد الجانبين ، والمعنيان ضعيفان .

وفَرَّعَ على المعنيين ما إذا هوى إلى السجود قبل الركوع فإن حاذرنا بقاء السلام فردًا فيكفيه أن يرتفع إلى حد الراكعين ، وإن راعينا الولاء فينبغي أن يقوم ويركع [٨ عن القيام ٨] ليتصل الركوع بقيام يُعتدُّ [٩] به .

الموضع السادس : إذا شكَّ في أثناء الصلاة في عدد الركعات [١٠] أخذنا [١١] بالأقل ، وسجد للسهو لاحتمال الزيادة ، ولو [١٢] سلم ثم شك ففيه ثلاثة أقوال :

---

(١) في (أ ، ب) : « لأنها » .

(٢) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٣) في (أ ، ب) : « أن » .

(٤) في (أ ، ب) وهامش الأصل من نسخة أخرى : « بمعنيين » .

(٥) في (أ ، ب) : « أحدهما » .

(٦) في (أ ، ب) : « والثاني » .

(٧) في (أ ، ب) : « فردًا » .

(٨) في (أ ، ب) : « من قيام » .

(٩) في (أ ، ب) : « معتد » .

(١٠) يقول ابن الصلاح : « قوله : (السادس إذا شك في عدد الركعات) هذا هو الموضع السادس من المواضع التي ذكرناها مواضع السهو ، وأنها ستة ، وليس في هذا سهو ، وكأنه أراد بمواضع السهو مواضع سجود السهو ، أو أراد مواضع ما يلتحق بالسهو ، ثم إن مواضع السهو ليست منحصرة في الستة التي ذكرها ، والله أعلم » . المشكل (١/١٢٢ أ) .

(١١) في (أ ، ب) : « أخذ » .

(١٢) في (أ) : « ثم لو » ، وفي (ب) : « فلو » .

أحدها : أن ذلك محطوط [1] عنه ؛ لأن الشك يكثر بعد الفراغ فلا سبيل إلى تتبعه .

والثاني : أنه كالشك في الصلاة ؛ فإن الأصل أنه لم يفعل فإن قَرُبَ الزمان قام إلى التدارك وسجد للسهو ؛ لأنه سلم في غير محله ، وإن طال الزمان فلا وجه إلا القضاء والاستئناف .

والقول الثالث - وهو من تصرف الأصحاب - : أنه إذا شك بعد تطاول الزمان فلا يعتبر ؛ لأن من تفكر في صلاة أمسه فيتشكك [2] فيها وإن قرب الزمان يعتبر [3] .

وليس من الشك أن لا يتذكر كيفية صلاته السابقة ، بل الشك أن يتعارض اعتقادان [4] على التناقض بأسباب حاضرة في [5] الذكر تُوجب تناقض الاعتقاد [6] .

قواعد أربعة :

الأولى : من شك في السهو فإن كان شكه في ترك مأمور سجد للسهو ؛ إذ [7] الأصل أنه لم يفعله ، وإن شك في ارتكاب منهي لم يسجد ؛ لأن الأصل أنه لم

---

(١) في (ب) : « محطوطًا » ، وهو خطأ . (٢) في (ب) : « فتشكك » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « المذكور من طول الفصل وقصده في الشك الطارئ بعد السلام ، قيل فيه : إن الطويل ما زاد على قدر ركعة ، والقصير ما دون ذلك ، وقيل : إن الطويل ما كان على قدر الصلاة التي كان فيها ، والأقوى : أن الرجوع في ذلك إلى العرف والعادة ، قلت : فعلى هذا يجري فيه ما حكيناه من الضبط في الفعل الكثير والقليل عن المصنف - رحمنا الله وإياه - والله أعلم » . المشكل (١٢٢/١ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « اعتقادات » . (٥) في (أ ، ب) : « من » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وليس من الشك أن لا يتذكر كيفية صلاته ، بل الشك أن يتعارض اعتقادان على التناقض بأسباب حاضرة في الذكر) هذا صحيح مع إيهام في العبارة ، فالشك أن يتقابل احتمالان في شيء واحد ، وهما احتمال أنه ثابت ، واحتمال أنه غير ثابت ، ويتساويان حتى يتردد بينهما على السواء ، ولن يقع ذلك إلا ولكل واحد منهما سبب يُوجب إمكانه واحتماله ، فذلك التردد هو الشك نفسه والباقي سببه ، وإذا عرفت ذلك عرفت أنه ليس من الشك أن لا يتذكر كيفية صلاته السابقة فإن ذلك عدم محض ، والشك أمر وجودي ، والله أعلم » . المشكل (١٢٢/١ أ - ١٢٢ ب) .

(٧) في الأصل : « إذا » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) ، وهو أولى بالصواب .

يرتكب ، ولو علم السهو وشك في [١] أنه هل سجد له أم لا ؟ فالأصل أنه لم يسجد [٢] . ولو سجد للسهو فلم يدر أسجد سجدتين أم واحدة أخذ بالأقل ؛ لأن الأصل عدمها فيسجد سجدة أخرى ، ثم لا يسجد لهذا السهو ؛ لأنه يجبر نفسه وغيره [٣] .

والأخذ باليقين مطّرد إلا في مسألة وهي [٤] من شك أَصَلَّى (٥ ثلاثاً أم أربعاً ٥) ؟ أخذ بالأقل وسجد [٦] ؛ لورود الحديث وإن كان الأصل أنه لم يزد ، قال الشيخ

---

(١) « في » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « يفعل » بدل : « يسجد » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « شرح ما ذكره في سبب شرعية سجود السهو فيما إذا شك أنه صلى ثلاثاً أو أربعاً ، فأخذ بالأقل ، فما وجه سجوده مع أن الأصل أنه لم يزد ؟ أما الشيخ أبو محمد الجويني – في آخرين – فإنهم أبوا تعليله ، وقالوا : مستنده نص الحديث ، ولا اتجاه له من حيث المعنى .

وأما الشيخ أبو علي السنجي – في آخرين – فإنهم عللوه بأنه أتى بالركعة الأخيرة على تردد في أنها زائدة ، فإن كانت زائدة فسجوده لزيادتها ، وإن لم تكن زائدة فتردده فيها نقص وضعف في النية يجبر بالسجود ، حتى لو زال التردد بعد إتيانه بها مترددًا وقبل السلام عرف أنها أصلية سجد للسهو لاقترانها بالتردد .

وأبى الشيخ أبو محمد السجود فيما إذا زال تردده قبل السلام ، وقال : المعتمد الحديث ، وإنما ورد فيما إذا دام التردد إلى ما بعد السلام ، ورجح إمام الحرمين هذا ناقضًا ما قاله الشيخ أبو علي بما إذا كان عليه فائتة وشك في قضائه إياها ، فإنه يقضيها ثم لا يسجد للسهو ، وإن كان يقضيها مترددًا في كونها مفروضة عليه .

وجاء عن القفال ما يوافق المذكور عن الشيخ أبي على ، وصاحب (التهذيب) في طائفة لم يذكروا غيره .

قلت – وأسأل الله توفيقه وعصمته – : الأوجه موافقة الشيخ أبي علي في تعليله دون تفريعه ، فإنه ليس هذا التردد كالتردد الذي نقص الإمام ، فإن هذا فيه احتمال زيادة مبطلة بخلاف ذلك .

وأما تفريعه فيما إذا زال التردد قبل السلام فنقول : وإن عللنا بالتردد فلا يسجد في هذه الصورة ، فإن المقتضي للسجود تردد يدوم إلى آخر الصلاة . وقد ألم صاحب الكتاب بهذا في درسه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٢٢ ب – ١٢٣ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « وهو » .

(٥) في (أ ، ب) : « ثلاثة أم أربعة » .

(٦) قال الحموي : « ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان ؛ أحدهما : أنه قال : (الأخذ باليقين مطرد إلا في مسألة) ومعلوم أن الذي استثناه قد عمل فيه باليقين ، يريد أنه ضم إليه ركعة أخرى ، فعلى هذا لم يكن استثناء لما لا يخفى . الثاني : استثناء مسألة واحدة ، فكان ينبغي أن يستثني مسائل ؛ إحداها : ما ذكر ، =

أبو علي : سبب السجود أنه إن [1] لم يزد فقد أدى الرابعة [2] مع تجويز [2] أنها خامسة فتطرق إليه نقص حتى لو تيقن قبل السلام أنها رابعة سجد أيضًا ؛ لوجود التردد في نفس الركعة [3] .

وأنكر الشيخ أبو محمد تعليله وتفريعه ، وقال : لا يسجد إذا زال التردد قبل السلام .

الثانية : إذا تكرر السهو لم يتكرر السجود بل يكفي لجميع أنواع السهو سجدتان . وقال ابن أبي ليلى : لكل سهو سجدتان ، وهو لفظ الخبر [4] . لكن [5] معناه تعميم السجود على أنواع السهو كما يقال : لكل ذنب توبة ، فلا [6] يتكرر سجود السهو إلا إذا أداه في غير محله كما إذا سجد في صلاة الجمعة ثم بان لهم أن الوقت خارج تموها ظهرًا وأعادوا السجود ، وكذا المسافر إذا قصر وسجد فتبين له انتهاء السفينة إلى دار الإقامة أتم [7] وأعاد السجود ، وكذا المسبوق إذا سجد لسهو الإمام [8]

= والثانية : أنه إذا شك هل سجد سجدة أو سجدتين ؟ أو شك هل ركع أم لا ؟ وما كان في معناه ، فإنه يضم سجدة أخرى أو يركع ركوعًا ويسهو للسهو فيهما ، كالشك في الركعات .

أما الجواب عن الأول فظاهر ، ومراده : استثناء سجود السهو للخبر ، دون البناء على الأقل . وأما الجواب عن الثاني فظاهر – أيضاً – فإنه إنما خص ذلك بالذكر لكون الحديث ورد فيه ، ثم قسنا عليه ما هو في معناه » . مشكلات الوسيط (٥١ ب – ٥٢ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « وإن » . (٢) في (أ ، ب) : « على ظن » .

(٣) في (أ ، ب) : « الرابعة » بدل : « الركعة » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وقال ابن أبي ليلى : لكل سهو سجدتان ، وهو لفظ الخبر) هذا خبر لا يثبت ، وقد رويناه في « السنن الكبير » من حديث ثوبان عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لكل سهو سجدتان بعد ما يسلم » ، وأخرجه أبو داود ، وضعف البيهقي إسناده ، وقال : حديث أبي هريرة وعثمان وغيرهما في إجماع عدد من السهو على النبي ﷺ ثم اقتصاره على سجدتين يخالف هذا ، والله أعلم ، ولو ثبت فهو مشترك الدلالة ، إذ يحتمل أن يكون معناه : أن السجدتين تكفيان كل سهو لجميع أنواعه ، والله أعلم » . المشكل (١٢٣/١ أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « ولكن » . (٦) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٧) في (أ ، ب) : « تمم » . (٨) « الإمام » : ليست في (أ ، ب) .

متابعةً أعاد في آخر صلاة نفسه على رأي .

فرع :

لو ظن سهوًا فسجد ثم تبين أنه لم يكن سهو فقد زاد إذًا سجدتين .

قال بعض المحققين : يسجد الآن لزيادة السجدتين .

قال الشيخ أبو محمد : ذلك السجود سجود (١) سهو من وجه ، وجبر لنفسه من وجه ، كالشاة من الأربعين ؛ فإنها تُزكّي نفسها وبقية النصاب .

الثالثة : (٢ إذا سَها المأموم ٢) لم يسجد ، بل الإمام يتحمل عنه كما يتحمل عنه سجود التلاوة ، ودعاء القنوت ، والجهر في الجهرية ، والقراءة ، واللبث في القيام من (٣) المسبوق ، وكذا التشهد الأول عن المسبوق بركعة واحدة ، فإن ثانيته ثالثة الإمام ولا يقعد فيها .

نعم لو سلم الإمام وسلم المسبوق ناسيًا قام إلى التدارك وسجد لسهوه بالسلام بعد مفارقة الإمام .

فرع :

لو سمع صوتاً فظن أن الإمام سلم فقام ليتدارك ، ثم عاد إلى الجلوس والإمام بعدُ في الصلاة ، فكل ما جاء به سهو لا يُعتد [به] (٤) ولا (٥ يسجد ٥) ؛ لأن القدوة مُطَّردة ، فإذا سلم الإمام فليتدارك الآن ، وإن تذكر في القيام أن الإمام لم يتحلل فليرجع

---

(١) « سجود » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « إذا سها خلف الإمام » ، و « سَهِيَ » و « سها » كلاهما صحيح . انظر : المعجم الوسيط ، مادة « سهو » .

(٣) في (أ ، ب) : « عن » .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « ولا سجود » .

إلى القعود ، أو لينتظر قائمًا سلامه ثم ليشتغل بقراءة الفاتحة (١) .

الرابعة : إذا سَهَا الإمام سجد وسجد المأموم لمتابعته ، فلو ترك قصدًا بطلت صلاته لمخالفته ، ولو ترك الإمام السجود فظاهر النص أن المأموم يسجد ، ثم يسلم ؛ لأن سجوده (٢) لسهو الإمام ولمتابعته جميعاً (٣) ، ومذهب (٤ البويطي والمزني ٤) وطائفة من الأصحاب أنه لا يسجد ؛ لأنه / يسجد لمتابعة الإمام . ٢٣/أ

فرعٌ :

إذا سَهى الإمام بعد اقتداء المسبوق سجد ويسجد (٥) المأموم معه ؛ للمتابعة وإن لم يكن آخر صلاته ، هذا هو الظاهر .

وهل يُعيد في آخر صلاته (٦) ؟

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في المسبوق : (إذا ظن أن الإمام قد سلم ، فقام ثم بان له أن الإمام لم يسلم فليرجع إلى القعود أو لينتظر قائماً سلامه ، ثم ليشتغل بقراءة الفاتحة) هذا التخيير لا يعرف ، وهو مخالف للقاعدة ، ولم نره لغيره ، والذي ينبغي فيه أنه يجب عليه الرجوع لما فيه تركه من المخالفة بالسبق بركن يفعله الإمام بعده ، فإنه موافق له في أصل فعله . فإن كان أراد بهذا الترديد وجهين ، وألحقه بالسبق بركن واحد فيما إذا غلط فسبق الإمام فقد سبق منه فيه وجهان . أحدهما : يجوز له العود ، والثاني : لا يجوز بل ينتظره ، فقد أبعد لفظاً ومعنى ، والله أعلم » . المشكل (١/١٢٣ أ - ١٢٣ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « السجود » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا ترك الإمام السجود لسهوه : (أن المأموم يسجد ثم يسلم ؛ لأن السجود لسهو الإمام ولمتابعته جميعاً) لا ينبغي أن يجعله تعليلاً منه بمجموعهما ، على أن يكون كل واحد منهما جزءًا لعلة ، بل علتين مستقلتين ، فاعلمه والله أعلم » . المشكل (١/١٢٣ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « المزني والبويطي » .

(٥) في (أ ، ب) : « وسجد » .

(٦) يقول ابن الصلاح : ما ذكره في الخلاف المعروف في المسبوق إذا سها الإمام ، فسجد لسهوه ، وسجد معه ، فهل يعيد المسبوق في آخر صلاة نفسه سجود ذلك السهو ، من أن مأخذ الخلاف (هو أنه يسجد لسهو الإمام أو لمتابعته) معناه : أن سهو الإمام أدخل نقصًا على صلاته وصلاة المأموم ؛ لارتباط صلاته بصلاته ، فسهو الإمام – مع قطع النظر عن المتابعة – يقتضي بوجه السجود على المأموم جبرًا للنقص الذي تعدى إلى صلاته ، وعلى الرأي الآخر إنما يسجد لمتابعة الإمام لا للسهو ، فإنه لم يوجد منه سهو ، والله أعلم » . المشكل (١/١٢٣ ب) .

فيه قولان ، يلتفتان [١] على أنه يسجد للسهو ، أو لمتابعته ؟

وإن لم يسجد الإمام فظاهر النص أنه يسجد في آخر صلاة نفسه ، وإن كان الإمام[٢] سهى قبل اقتدائه فهل يلحقه حكمه كما بعد الاقتداء ؟

ظاهر المذهب أنه يلحقه .

النظر الثاني : في محل السجود وكيفيته :

وظاهر النص الجديد : أنه يسجد سجدتين بعد التشهد قبل السلام .

وقال مالك : إن كان السهو نقصاناً فهو قبل السلام ، وإن كان زيادة فبعده . وقال أبو حنيفة : يسجد بعد السلام . ومذهب مالك قول قديم .

والتخيير بين التقديم والتأخير قول ثالث .

ومُسْتَنَدُ الأقوال تعارض الأخبار ، « ولكن كان آخر سجود الرسول ﷺ قبل السلام » ، [٣] فكأنه ناسخ [٣] لغيره [٤] .

(١) كذا بالأصل ، وفي (أ) : « يبتنيان » ، وفي (ب) : « ينبنيان » .

(٢) في (أ ، ب) : « إمامه » .

(٣) في (ب) : « فكان ناسخاً » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله في اختلاف القول في أن سجود السهو قبل السلام أو بعده : (مستند الأقوال تعارض الأخبار ، ولكن كان آخر سجود رسول الله ﷺ قبل السلام) أما تعارض الأخبار : فلأنه ثبت حديث عبد الله بن مالك بن بحينة في ترك رسول الله ﷺ التشهد الأول ، وأنه سجد سجدتي السهو قبل السلام ، أخرجاه في صحيحيهما .

وثبت حديث أبي هريرة وغيره في تسليمه ﷺ في صلاة العصر من ركعتين ، وكلام ذي اليدين ، وإتمامه ما بقي من صلاته ، وأنه سجد سجدتي السهو بعد السلام .

وثبت حديث عبد الله بن مسعود أن النبي ﷺ صلى الظهر خمسًا ، فقيل له : أزيد في الصلاة ؟ فسجد سجدتي السهو بعد السلام أخرجاه في الصحيحين ، لكن في هذين الحديثين بيان أنه ﷺ لم يذكر السهو إلا بعد السلام ، وفي هذا ما يمنع الاحتجاج به في محل النزاع . =

ثم هذا الاختلاف في الَوَلَى أو في الوجوب ؟ [فيه] [1] وجهان .

فإن فَرَّعْنا على أنه قبل السلام ، فلو سلم عامداً قبل السجود فقد فوت على نفسه .

وإن سلم ناسياً وتذكر على القرب فهل يسجد ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه مسنون ، والسلام ركن جرى محللًا .

والثاني : نعم وكأن السلام موقوف . فإن عنَّ له السجود بان أنه لم يتحلل حتى لو أحدث في السجود بطلت صلاته . وإن عنَّ له أن لا يسجد بان أنه كان محللًا .

= وثبت حديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال : « إذا شك أحدكم في صلاته ، فلم يَدْرِ كم صلى ، فليطرح الشك ، وليبن على اليقين ، وليسجد سجدتين وهو جالس قبل أن يسلم) ، أخرجه مسلم في صحيحه ، وأخرج أبو داود صاحب السنن بإسناده عن عبد الله بن جعفر أن رسول الله ﷺ قال « من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعدما يسلم » ، وذكر الحافظ أحمد البيهقي أن إسناده لا بأس به ، إلا أن حديث أبي سعيد الخدري أصح إسنادًا منه ، ومعه حديث عبد الرحمن بن عوف وأبي هريرة .

قلت : فإذًا الاعتماد في تصحيح القول الجديد على ترجيح الأحاديث الواردة بأنه قبل السلام أصح إسنادًا وأقوى وأظهر دلالة ، وأما أن آخر الأمرين من رسول الله ﷺ قبل السلام ، فقد اعتمده الشافعي - رضي الله عنه - وروى عن الزهري أنه قال ذلك ، وهو مرسل ، وإسناده غير محتج به ، لكنه يصلح لإلزام الخصم ، وهو مالك وأبو حنيفة ، فإنهما يريان الاحتجاج بمثل ذلك . وأما بالنسبة إليه وإلى إثبات الحكم به ، فالمرسل إذا اعتضد بمرسل آخر ونحو ذلك كان عنده حجة ، فلعل هذا المرسل كان عنده بهذه المثابة ، فهذا هو العذر عما يقال من أن الإلزام يصلح للمناظر في مقام الجدل دون مقام التحقيق .

وسلك إمام الحرمين في المنع من الاحتجاج بقول الزهري مسلكاً آخر ، فقال : فعل النبي ﷺ لا يتضمن الإيجاب عند المحققين ولكنه يتضمن الجواز والإجزاء ، فلئن صح ما ذكره الزهري أنه سجد قبل السلام آخرًا فهذا لا يعين ذلك ، ولا ينفي جواز ما تقدم ، قلت : ولكن فعله ﷺ في الصلاة يتميز عن فعله في غيرها ، بدليل من خارج يوجب حمله على الوجوب وهو قوله ﷺ : « صلوا كما رأيتموني أصلي » ، فاندفع ما ذكره ، والله أعلم » . المشكل (١/١٢٣ أ - ١٢٤ ب) ، وراجع : الأم : (١/١١٤) ، والسنن الكبرى للبيهقي : (٢/٣٤١) ، وتلخيص الحبير : (٢/٦) .

(١) زيادة من (أ ، ب) .

لو طال الزمان ثم تذكر تبين [1] أنه كان محللًا ؛ إذ تعذر التدارك .

وإن فرعنا على أنه بعد السلام فهل يفوت بطول الفصل ؟ وجهان :

أصحهما : أنه يفوت ؛ لأنه من التوابع كالتسليمة الثانية .

والثاني : لا ؛ لأنه جُبْرانٌ فيضاهي جبرانات الحج .

* * *

---

(١) في الأصل : « تبينا » .

السجدة الثانية

سجدة التلاوة

وهي سُنة مؤكدة . وقال أبو حنيفة : إنها واجبة .

ومواضعها في القرآن أربع عشرة [1] آية ، وليس في سورة « ص » سجدة ، خلافًا لأبي حنيفة ، وفي « الحج » ، سجدتان ، وقال [2] ﷺ :

« من لم يسجدهما لم [3] يقرأهما » [4] . وقال أبو حنيفة : فيها سجدة واحدة .

وأثبت ابن سريج [5] سجدة « ص » [6] .

---

(١) في الأصل : « أربعة عشر » ، وهو خطأ ، وما أثبتناه موافق لما في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « قال » .

(٣) في (أ ، ب) : « لا » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وفي الحج سجدتان ، قال ﷺ : من لم يسجدهما لا يقرأهما) هذا حديث أخرجه أبو داود في سننه عن عقبة بن عامر قال : قلت : يا رسول الله في سورة الحج سجدتان ؟ قال : (نعم ، ومن لم يسجدهما فلا يقرأها) في إسناده من لا حجة فيه ، وهو ابن لهيعة عن مسرح بن هاعان عن عقبة ، وابن لهيعة ومسرح ضعيفان ، لكن له شاهد يقويه ، وقد روي ذلك عن جماعة من الصحابة - رضي الله عنهم - وقوله : « من لم يسجدهما فلا يقرأهما » معناه - والله أعلم - : من لم يرد أن يسجدهما فلا يقرأ آيتيهما ، والله أعلم » . المشكل (١/١٢٤ ب) .

والحديث أخرجه أبو داود : (٢/٥٩) كتاب الصلاة - باب تفريع أبواب السجود وكم سجدة في القرآن (١٤٠٢) ، والترمذي : (٢/٤٧٠،٤٧١) (٢) أبواب الصلاة (٥٤) باب ما جاء في السجدة في الحج (٥٧٨) وقال : هذا حديث ليس إسناده بذاك القوي . وأخرج ابن ماجه : (١/٣٣٥) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٧١) باب عدد سجود القرآن (١٠٥٧) عن عمرو بن العاص : « أن رسول الله ﷺ أقرأه خمس عشرة سجدة في القرآن ، منها ثلاث في المفصل ، وفي الحج سجدتين » ، والدارقطني : (١/٤٠٨) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٢/٣١٧) .

(٥) كذا بالأصل ، وفي (أ ، ب) : « أبو حنيفة » بدلًا من : « ابن سريج » ، وهو خطأ .

(٦) رسمت في الأصل : « صاد » ، وقد رسمناها وفق الرسم المصحفي .

والقول القديم : أن السجدات إحدى عشرة ؛ إذ روى ابن عباس - رضي الله عنه - : « أنه ما سجد رسول الله ﷺ في المفصل بعد ما هاجر » (١) .

ولكن روى الشافعي - رضي الله عنه - بإسناده في الجديد أنه - عليه الصلاة والسلام - سجد في سورة ﴿ إِذَا ٱلسَّمَآءُ ٱنشَقَّتۡ ﴾ ، قد رواه أبو هريرة ، وقد أسلم بعد الهجرة بسنتين (٢) .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من قول ابن عباس - رضي الله عنهما - : (ما سجد رسول الله ﷺ في المفصل بعدما هاجر) في إسناده ضعف ، ولو صح إسناده ؛ فالإثبات بعدم النفي على ما عرف وذلك فيما ذكره من حديث أبي هريرة ، أخرجه الإمامان في صحيحيهما عن أبي هريرة أنه قرأ في صلاة العتمة : ﴿ إذا السماء انشقت ﴾ فسجد ، وقال : سجدت بها خلف أبي القاسم ﷺ فلا أزال أسجدها حتى ألقاه . وأخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة قال : سجدنا مع النبي ﷺ في : ﴿ إذا السماء انشقت ﴾ وفي : ﴿ اقرأ باسم ربك ﴾ وقد علم أن أبا هريرة إنما أسلم بعد الهجرة بست سنين ، والله أعلم » . المشكل (١٢٤/١ ب - ١٢٥ أ) .

وحديث ابن عباس أخرجه أبو داود : (٥٩/٢) كتاب الصلاة - باب من لم يرَ السجود في المفصل (١٤٠٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٣١٢/٢ ، ٣١٣) .

(٢) « بسنتين » : كذا بالأصل و (أ ، ب) بالتثنية . قال ابن الصلاح : « قوله في الكتاب : (بسنتين) تصحيف بفتح السين على التثنية ، وإنما صوابه بكسر السين على الجمع ، وهو ست ، والله أعلم » . المشكل (١٢٥/١ أ) .

والراجح : أن أبا هريرة أسلم مبكرًا ، إثر دعوة الطفيل بن عمرو الدوسي له في قومه ، ولكنه هاجر مع مَنْ هاجر مِنْ قومه إلى المدينة سنة ست أو سبع ، حيث أدركوا النبي ﷺ في خيبر . راجع : طبقات ابن سعد : (٣٦٢/٢) ، والبداية والنهاية : (١٠٣/٨-١١٥) وأسد الغابة : (٣١٥/٥) ، والإصابة مع الاستيعاب : (٢٠٢/٤) ، وتهذيب الأسماء واللغات : (٢٧٠/٢) ، وراجع أيضاً : أبو هريرة راوية الإسلام لمحمد عجاج الخطيب : (٦٨ وما بعدها) ، ودفاع عن أبي هريرة للعلي العزي : (٢٥ وما بعدها) .

وحديث أبي هريرة هذا أخرجه البخاري عن أبي سلمة قال : رأيت أبا هريرة - رضي الله عنه - قرأ : ﴿ إذا السماء انشقت ﴾ فسجد بها ، فقلت : يا أبا هريرة ! لم أرك تسجد ؟ قال : « لو لم أر النبي ﷺ سجد لم أسجد » (٦٤٧/٢) (١٧) كتاب سجود القرآن (٧) باب سجدة : ﴿ إذا السماء انشقت ﴾ (١٠٧٤) ، ومسلم : (٤٠٦/١، ٤٠٧) (٥) كتاب المساجد (٢٠) باب سجود التلاوة (٥٧٨) ، وأبو داود : (٦٠/٢) كتاب الصلاة - باب السجود في : ﴿ إذا السماء انشقت ﴾ و ﴿ اقرأ ﴾ (١٤٠٧ ، ١٤٠٨) ، =

ثم هذه السجدات مشروعة في حق القارئ والمستمع أيضًا إذا كان متطهرًا . فإن لم يسجد القارئ لم يتأكد الاستحباب في حق المستمع وهذا في غير الصلاة أما في الصلاة فلا يسجد المأموم إلا لقراءة (١) إمامه إذا سجد متابعة له ، ولا يسجد لقراءة نفسه ولا لقراءة غير الإمام .

ومن قرأ آية في مجلس واحد مرتين فهل تشرع السجدة الثانية [له] (٢) ؟ فيه وجهان .

فإن قيل : وما كيفية هذه السجدة ؟ قلنا : هي سجدة واحدة ، تفتقر إلى شرائط الصلاة كالاستقبال والطهارة والستر . وفي أقلها ثلاثة أوجه ؛ الأصح : أنها سجدة فردة (٣) .

يُستحب (٤) أن يكبر عند الهوى إلى الأرض . وقيل : لا يستحب . وهو بعيد . والثاني : [أنه] (٥) لابد من التَّحَرُّم (٦) بالتكبير والنية ، (٧ وسجدة وسلام ٧) .

= والترمذي : (٤٦٢/٢، ٤٦٣) (٢) أبواب الصلاة (٥٠) باب ما جاء في السجدة في : ﴿ اقرأ باسم ربك ﴾ و ﴿ إذا السماء انشقت ﴾ (٥٧٣) ، والنسائي : (١٦١/٢) (١١) كتاب الافتتاح (٥١) باب السجود في ﴿ إذا السماء انشقت ﴾ (٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣) ، وابن ماجه : (٣٣٦/١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٧١) باب عدد سجود القرآن (١٠٥٨، ١٠٥٩) .

وقد جاء في آخر رواية أبي داود قوله : « أسلم أبو هريرة سنة ست عام خيبر ، وهذا السجود من رسول الله ﷺ آخر فعله » . قال العظيم آبادي : « هذه العبارة ليست في أكثر النسخ ، وكذا ليست في مختصر المنذري » راجع : عون المعبود : (٢٨٣/٤ ، ٢٨٤) .

(١) في (أ ، ب) : « لسجود » .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله في أقل ما يجزئ في سجدة التلاوة : (الصحيح أنها سجدة فَرْدَةٌ) يعني من غير تحرم وسلام وتشهد ، وظاهر كلامه وكلام شيخه أنها بغير نية أيضاً ، ولا يستقيم مع هذا القول بأن هذا الوجه هو الصحيح ، بل لا وجه لتصحيحه ، وتصحيحهما من غير نية لمساواتها العبادات المفتقرة إلى النية ، والله أعلم » . المشكل (١٢٥/١ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « ويستحب » .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « تحرم » .

(٧) في (أ ، ب) : « والسجدة والسلام » .

وفي التشهد وجهان . فإن قلنا : لا يجب : ففي استحباب التشهد وجهان . وكان رسول الله ﷺ (١ في سجود التلاوة - يقول ١) : « سَجَدَ وجهي للذي خَلَقَهُ وشَقَّ سمعه وبصره ، بحوله وقوته » (٢) .

وروي أنه قال : « اللهم اكتب لي (٣ عندك بها ٣) أجرًا . واجعلها لي عندك ذُخْرًا ، واقبلها مني كما قبلت من عبدك داود » (٤) .

(١) في (أ ، ب) : « يقول في سجود التلاوة » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (كان رسول الله ﷺ يقول : في سجود التلاوة : « سجد وجهي للذي خلقه وصوره ، وشق سمعه وبصره ، بحوله وقوته) أخرجه أبو داود بإسناد فيه ضعف عن عائشة - رضي الله عنها - وفيه أن رسول الله ﷺ كان يقول في سجود القرآن بالليل ... » . المشكل (١/١٢٥أ) .

والحديث عن عائشة عند أبي داود : (٦٢/٢) كتاب الصلاة - باب ما يقول إذا سجد (١٤١٤) والترمذي : (٤٧٤/٢) (٢) أبواب الصلاة (٥٥) باب ما يقول في سجود القرآن (٥٨٠) وقال : هذا حديث حسن صحيح ، والنسائي : (٢٢٢/٢) (١٢) كتاب التطبيق (٧٠) باب نوع آخر من الدعاء في السجود (١١٢٩) . وأخرجه أيضًا الدارقطني : (٤٠٦/١) ، والحاكم في مستدركه : (٢٢٠/١) وصححه على شرط الشيخين ووافقه الذهبي ، وزاد الحاكم في آخره : « فتبارك الله أحسن الخالقين » .

وأخرج نحوه مسلم عن علي بن أبي طالب : (٥٣٥/١)(٦) كتاب صلاة المسافرين (٢٦) باب الدعاء في صلاة الليل وقيامه (٧٧١) . وانظر - أيضا - ابن ماجه : (٣٣٥/١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٧٠) باب سجود القرآن (١٠٥٤) .

(٣) في (أ ، ب) : « بها عندك » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (روي أنه قال : اللهم اكتب لي بها عندك أجرًا ، واحطط لي بها وزرًا ، واجعلها لي عندك ذخرًا ، واقبلها منى كما قبلت من عبدك داود عليه السلام) هذا مروي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله ! إني رأيتني الليلة ، وأنا نائم أصلي خلف شجرة ، فسجدت فسجدت الشجرة بسجودي ، فسمعتها وهي تقول : اللهم اكتب لي بها أجرًا ، وضع عني بها وزرًا ، واجعلها لي عندك زخرًا ، وتقبلها مني كما تقبلتها من عبدك ، قال ابن عباس : فقرأ النبي ﷺ سجدة ، فسمعته يقول مثل ما أخبر الرجل عن قول الشجرة » . المشكل (١/ ١٢٥ أ - ١٢٥ ب) .

وهذا الحديث رواه الترمذي : (٤٧٢/١،٤٧٣) (٢) أبواب الصلاة (٥٥) باب ما يقول في سجود القرآن (٥٧٩) ، وابن ماجه : (٣٣٤/١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٧٠) باب سجود القرآن (١٠٥٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٣٢٠/٢) .

الثالث : [١] أن التحرم [١] لابد منه . أما السلام فلا . هذا في غير الصلاة . أما المصلي فيكفيه سجدة [واحدة] [٢] ، ويُستحب في حقه تكبير الهوي ، ولا يستحب رفع اليد . وفي غير الصلاة قال العراقيون : يستحب رفع اليد ؛ لأنه [٣] تكبيرة التحرم [٤] .

فرعٌ :

إذا كان محدثًا في حال التلاوة ، أو كان متطهرًا وترك [٥] السجود حتى طال الفصل ففي قضائها قولان كما في النوافل ذكرهما صاحب التقريب ، وقال : ما لا يتقرب به ابتداء لا يُقْضى كصلاة الخسوف والاستسقاء . وهذا إشارة إلى أن المتقرب [٦] بسجدة من غير سبب جائز .

وكان الشيخ أبو محمد شدد [٧] النكير على فاعل ذلك وهو الصحيح .

فعلى هذا يبعد [٨] القضاء .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « التحريم » .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) في (ب) : « لأنها » .

(٤) يقول ابن الصلاح : قوله : (ولا يستحب رفع اليدين ، وفي غير الصلاة قال العراقيون : يستحب رفع اليدين لأنها تكبيرة التحرم) ونقله عن (الوسيط) شارح (الوجيز) : (ولا يستحب رفع اليدين في الصلاة ، وقال العراقيون ...) إلى آخره ، بإسقاط كلمة (غير) ، ثم قال معترضاً عليه : هذا شيء بدع حكماً أو علة ، ولا يكاد يوجد نقله لغيره ، ولا ذكر له في كتبهم . وهذا تحريف لما في (الوسيط) وقع فيه » . المشكل (١٢٥/١ ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « فترك » .

(٦) في (أ ، ب) : « التقرب » .

(٧) في (أ ، ب) : « يشدد » .

(٨) كذا في (أ ، ب) ، وفي الأصل : « لا يبعد » ، هذا وإن كان صحيحًا من حيث الإشارة إلى جوازه فقهًا ، إلا أن السياق يقتضي حذف « لا » النافية ، لما لا يخفى .

السجدة الثالثة

سجدة الشكر

وهي مسنونة عند مفاجأة الإنسان نعمة [1] أو دفع بلية . ولا يستحب لاستمرار نعمة .

ولو بُشِّر بولد في صلاته فسجد بطلت صلاته ، بخلاف التلاوة ؛ فإن لها تعلقًا بالصلاة .

ثم إن رأى فاسقًا وسجد [2] شكرًا على دفع المعصية فليظهره فَلَعَلَّه يرعوي .

وإن [3] رأى مبتلى فلا يظهره ؛ كي لا يتأذى به [4] .

فرعٌ :

سجود التلاوة في أثناء الصلاة يُؤَدَّى على الراحلة . فأما في غير الصلاة فهل [5] يؤدى [على الراحلة] [6] ؟ فيه خلاف كما في صلاة الجنازة ، لأن أظهر أركانه تمكين الجبهة من الأرض وينمحي بالإيماء ، وكذا الخلاف في سجود الشكر .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « بنعمة » .

(٢) في (أ ، ب) : « فسجد » .

(٣) في (أ ، ب) : « ولو » .

(٤) « به » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (ب) : « هل » .

(٦) زيادة من (أ ، ب) .

الباب السابع

في صلاة التطوع

(وفيه فصلان)

الأول : في السنن الرواتب [1] تبعًا للفرائض

وهو [2] إحدى عشرة ركعة :

ركعتان قبل الصبح / ، وركعتان قبل الظهر ، وركعتان بعده ، وركعتان بعد ٢٣/ب
المغرب ، وركعتان بعد العشاء ، والوتر ركعة .

وزاد آخرون ركعتين أخريين قبل الظهر .

وزاد بعضهم أربع ركعات قبل العصر ، فيصير العدد سبع عشرة على وفق عدد الفرائض [3] .

ولم يواظب رسول الله ﷺ على سنة قبل العصر ، حسب مواظبته على ركعتين قبل الظهر ، واستحب بعض الأصحاب ركعتين قبل المغرب [4] .

---

(١) في (أ ، ب) : « الراتبة » . (٢) في (أ ، ب) : « وهي » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ومن الباب السابع في صلاة التطوع قوله : (وزاد آخرون ركعتين أخريين قبل الظهر) هذا هو قول من يقول : ليس قبل الظهر أربع وبعده ركعتان ، ويجعل عدد الرواتب المؤكدة ثلاث عشرة ركعة ، ومستند هذا الوجه الأول - وهو أنها إحدى عشرة ركعة - من الحديث صحيحٌ ثابتٌ في الصحيحين ، ومستند الوجه الثالث - وهو زيادة أربع قبل العصر مضمومة إلى الثلاث عشرة دون ذلك - روينا أن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « رحم الله امرءًا صلى قبل العصر أربعاً » ، أخرجه أبو داود والترمذي ، ورواه البخاري في تاريخه ، لا في صحيحه ، والله أعلم » . المشكل : (١٢٥/١ ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (واستحب بعض الأصحاب ركعتين قبل المغرب) قلت : هذا هو الصحيح ؛ فإن فيهما أحاديث ثابتة في الصحيحين وغيرهما ، ولكن لا يرقيهما من درجة الاستحباب إلى درجة السنن الراتبة المؤكدة ، فقد روى عبد الله بن مغفل المزني قال : قال رسول الله ﷺ : « صلوا قبل المغرب ركعتين » ، ثم قال : « صلوا قبل المغرب ركعتين » ، ثم قال في الثالثة : « لمن شاء » كراهية أن يتخذها الناس سنة . أخرجه البخاري في صحيحه ، وحاصله : أنها مستحبة لا سنة ، والله أعلم » . المشكل (١٢٥/١ ب - ١٢٦ أ) .

أما الوتر : فَسُنَّة ، وقال أبو حنيفة : واجب .

وأحكامه خمسة :

الأول : أنه - عليه الصلاة والسلام - أوتر بواحدة ؛ وثلاث ، وخمس ، وكذا بالأوتار إلى إحدى عشرة [١] .

والنقل متردد في ثلاث عشرة [٢] ، فلو زاد على هذا العدد ففي صحة إيتاره

---

(١) في الأصل : « أحد عشرة » وهو خطأ ، وفي (أ) : « إحدى عشر » ، وهو خطأ أيضاً ، وما أثبتناه من (ب) وهو الصواب .

ويقول ابن الصلاح : « قوله : (أوتر رسول الله ﷺ بواحدة وثلاث وخمس ، وكذا بالأوتار إلى إحدى عشرة) هذا فيه شيء ، إذ لا يعلم في روايات الوتر مع كثرتها أنه ﷺ أوتر بواحدة فحسب ، فإن أراد ما روي أنه ﷺ كان يصلي إحدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة ، فهذا ليس واحدة فحسب ، وهو من قبيل قوله : (أوتر بإحدى عشرة) ، ولكن روي عنه ﷺ أنه سَوَّغ الوتر بواحدة » . المشكل (١/ ١٢٦أ) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « وقوله : (والنقل متردد في ثلاث عشرة) اعلم أن معناه : أن النقل فيها في ثبوته وصحته تردد ، وذلك أنه روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنه ﷺ لم يكن يوتر بأكثر من ثلاث عشرة . أخرجه أبو داود .

وقد روي بلفظ آخر ، هذا أصرح منه ، لكن يرد عليه وجوه ثلاثة :

أحدها : أنه روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت : « كان رسول الله ﷺ يصلي فيما بين أن يفرغ من صلاة العشاء إلى الفجر إحدى عشرة ركعة ، يسلم من كل ركعتين ، ويوتر بواحدة ، ويسجد سجدة » أخرجه مسلم في صحيحه ، وهذا يتضمن نفي الزيادة على إحدى عشرة ركعة .

والثاني : أنا روينا عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت : « كان رسول الله ﷺ يصلي ثلاث عشرة ركعة بركعتيه قبل الصبح » أخرجه أبو داود ، وهذا تفسير لرواية الثلاث عشرة نافٍ لمخالفتها رواية الإحدى عشرة .

والثالث : رواية الأسود بن يزيد أنه سأل عائشة عن صلاة رسول الله ﷺ بالليل فقالت : « كان يصلي ثلاث عشرة ركعة من الليل ، ثم إنه صلى إحدى عشرة ركعة ، وترك ركعتين » أخرجه أبو داود ، وقد اختار الفوراني وصاحب (التهذيب) أن أكثره ثلاث عشرة ، وإنما ظاهر المذهب إحدى عشرة ركعة ، والله أعلم .
=

وجهان : وجه المنع : أن هذه سنة مؤكدة فيتبع في حدها التوقيف كركعتي الصبح .

ووجه الجواز : أن اختلاف فعل رسول الله ﷺ يدل على فتح الباب .

الثاني : إذا زاد على الواحدة ففي التشهد وجهان :

أحدهما : أنه يتشهد تشهدين في الأخيرتين . والثاني : أنه [1] يتشهد في الأخيرة تشهدًا واحدًا ؛ كيلا يشتبه بالمغرب إن كان ثلاثاً . وكل ذلك منقول ، والكلام في الأولى . نعم لو تشهد في كل ركعة فهذا لم ينقل .

الثالث : الأفضل في عدد الركعات ماذا ؟ فيه أربعة أوجه [2] :

= والفصل في الثلاث وما وراءها من الأعداد أقوى إسنادًا وأثبت ، ومن أدلته حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - المتفق على صحته قال : قال رسول الله ﷺ : « صلاة الليل مثنى مثنى ، فإذا رأيت الصبح يدركك فأوتر بواحدة » ، ومنها : حديث الزهري عن عروة عن عائشة : « أن رسول الله ﷺ كان يصلي بالليل إحدى عشرة ركعة ، يسلم من كل ركعتين ، ويوتر بواحدة » أخرجه مسلم في صحيحه ، والله أعلم » . (المشكل ١٢٦/١ أ - ١٢٦ ب) .

(١) « أنه » : ليست في (ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (الأفضل في عدد الركعات ماذا ؟ فيه أربعة أوجه ... إلى آخره) هذا مشكل من حيث إنه ينبغي أن تتوارد الأوجه الأربعة على شيء واحد ، وصورة ما أورده غير وافية بذلك ، ويمكن أن نقول : إن ما ذكره يتضمن تواردها على أن الركعة الفردة هل هي أفضل من ثلاث موصولة ؟ ففيه الأوجه الأربعة ، أحدها : أن الثلاث الموصولة أفضل من الفردة مطلقاً ، والثالث : التفصيل ، فالركعة الفردة أفضل إن تقدمها ركعتان ، وإن لم يتقدمها ركعتان فالثلاث الموصولة أفضل . والرابع : التفصيل من وجه آخر ، فالثلاث الموصولة أفضل من الركعة الفردة من الإمام دون غيره .

هذا إذا أمكن من الاعتذار له ، وليس بتام ؛ لأن الأفضلية على الوجه الثالث ليست للركعة الفردة خاصة ، بل لها وللركعتين اللتين تقدمتاها ، وقد اعترف هو بذلك في قوله في هذا الوجه : ثلاث مفصولة أفضل من ثلاث موصولة ، والله أعلم .

ثم إنه صدر الكلام بقوله : (الأفضل في عدد الركعات ماذا ؟) وذلك يستدعي أن يذكر أن ثلاثاً =

أحدها : أنه (١) ثلاثة موصولة أفضل ؛ فإن الركعة المفردة ليست صلاة عند قوم ، فليحترز عن شبهة الخلاف .

الثاني : أن ركعة فردة أولى من ثلاثة موصولة ، بل من إحدى عشرة موصولة ؛ لأنه صح مواظبتُه على الفردة في آخر التهجد .

الثالث : أن ثلاثة مفصولة بسلامين أفضل من ثلاثة موصولة ، ولكن الواحدة ليست أفضل من ثلاثة موصولة .

الرابع : أن الإمام تستحب في حقه الموصولة ؛ لاختلاف اعتقاد المقتدين به حتى تصح صلاته في كل مذهب .

الحكم الرابع : حق الوتر أن يكون مُوتِرًا لما قبله :

فلو أوتر بواحدة قبل الفرض لم يصح وتْرُهُ على المذهب ، ولو أوتر بواحدة بعد الفرض فوجهان :

ووجه المنع : أن الموتر هو النفل ، وأنه مقدمة مشروطة لصحة الوتر ، فإن (٢) وصل بهما تسليمة (٢) واحدة نوى بالكل الوتر ، وإن لم يصل نوى سنة ثم يصير وتراً بما بعدها .

وليكن الوتر آخر صلوات المتهجد . كان عمر - رضي الله عنه - لا يوتر وينام ، ثم يقوم ويصلي ويوتر ، وكان أبو بكر - رضي الله عنه - يوتر ، ثم ينام ، ويقوم ويتهجد

= مفصولة أفضل من ثلاث موصولة أم لا ؟ وفي ذلك ثلاثة أوجه ، أظهرها : ما ذكره العراقيون وبعض الخراسانيين ، أن الثلاث المفصولة أفضل من الموصولة ، والثالث : إن كان إماماً فالموصولة أفضل وإلا فالمفصولة أفضل ، والله أعلم » . المشكل (١/١٢٦ ب - ١٢٧ أ) .

(١) « أنه » : ليست في (ب) ، وفي (أ) : « أن » .

(٢) في (أ ، ب) : « وصلها بتسليمة » .

ووتره سابق فترافعا إلى رسول الله ﷺ فقال : « هذا أخذ بالحزم - عنى به أبا بكر - وهذا [أخذ] (١) بالقوة - عنى به عُمَرَ - » (٢) .

وكان ابن عمر يُوتر ، ثم إذا انتبه صلى ركعة وجعل وتره شفعاً ويتهجد ثم أعاد الوتر (٣) ، وسَمَّى ذلك نقض الوتر .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « حديث أبي بكر وعمر في تقديم الوتر على النوم وتأخيره ثابت ، إسناده جيد ، رواه الشافعي عن سعيد بن المسيب مرسلاً ، وقد عرف أن مرسل سعيد حجة ، ورواه أبو داود من حديث أبي قتادة موصولاً ، وحكم الحاكم أبو عبد الله بأنه صحيح على شرط مسلم ، وما حكاه عن ابن عمر من نقض الوتر ليس من تمام هذا الحديث ، بل هو من حديث آخر ثابت عن ابن عمر ، رواه الشافعي عن مالك ، وخالف ابن عمر غيره من الصحابة ؛ فلم يروِ نقض الوتر ، منهم : ابن عباس وأبو هريرة رضي الله عنهم .

وقول صاحب الكتاب : (واختار الشافعي فعل أبي بكر الصديق) هذا ليس مناقضاً لقوله : (وليكن الوتر آخر التهجد) لا من حيث إنا نحمل هذا على نقض الوتر ، وذاك على تقديم الوتر ، فإن مراده بهذا : أنه اختار فعل أبي بكر في الجزم بتقديم الوتر ، على ما بينه في (البسيط) وشيخه في (النهاية) ، وإنما اندفاع المناقضة بأن ذاك الأول في حق مَنْ لم ينم أو نام وهو واثق باستيقاظه ، وهذا الجزم في حق من لم يكن كذلك .

وقد صح عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « من خاف أن لا يقوم من آخر الليل فليوتر أوله ، ومن طمع أن يقوم آخره فليوتر آخره ، فإن صلاة آخر الليل محضورة مشهودة ، وذلك أفضل » . أخرجه مسلم في صحيحه ، والله أعلم » . المشكل (١٢٧/١ أ - ١٢٧ ب) .

وحديث أبي بكر وعمر أخرجه أبو داود : (٦٧/٢) كتاب الصلاة - باب في الوتر قبل النوم (١٤٣٤) ، وابن ماجه : (٣٧٩/١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٢٨) باب ما جاء في الوتر أول الليل (١٢٠٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٣٥/٣) .

(٣) روى نحو ذلك الشافعي عن نافع عن ابن عمر ، انظر : الأم : (١٢٤/١) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٣٦/٣) . وأحمد في مسنده ، انظر : الفتح الرباني : (٣١٠/٤ ، ٣١١) .

واختار الشافعي فعل أبي بكر رضي الله عنه وأرضاه .

الخامس : القنوت مستحب في الوتر في النصف الأخير من رمضان بعد رفع الرأس من الركوع .

وقال أبو حنيفة : يقنت قبل الركوع في الوتر جميع السَّنَةِ .

وقال مالك : بعد الركوع في جميع شهر رمضان .

وفي الجهر بالقنوت خلاف .

والعادة قراءة : ﴿ سَبِّحِ ٱسْمَ رَبِّكَ ٱلْأَعْلَى ﴾ و ﴿ قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْكَـٰفِرُونَ ﴾ . في الأوليين ، وقراءة سورة الإخلاص والمعوذتين في الأخيرة . وقيل : إن عائشة - رضي الله عنها - روت ذلك (١) .

* * *

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (والعادة قراءة : سبح اسم ربك الأعلى ... إلى قوله : وقيل إن عائشة روت ذلك) مثل هذا لا يذكر بهذه العبارة ، فرواية عائشة لذلك مشهورة في كتب الفقه والحديث . أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه وغيرهم ، وقال الحاكم أبو عبد الله : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، والله أعلم » . المشكل (١٢٧/١ ب) .

الفصل الثاني

في غير الرواتب

وهي تنقسم إلى ما يشرع فيه الجماعة كالعيدين والخسوفين والاستسقاء ، وهي أفضل مما لا جماعة فيه ، وأفضلها العيدان لتأقيتهما ، ثم الخسوفان .

أما الرواتب : فأفضلها الوتر وركعتا الفجر ، وفيهما قولان :

أحدهما : أن الوتر أفضل ؛ لأنه - عليه الصلاة والسلام - قال : « وإن زادكم صلاة هي خير لكم من حمر النَّعَم » (١) .

والثاني : ركعتا الفجر أفضل (٢) ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها » (٣) .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (أحدهما : أن الوتر أفضل ؛ لأنه ﷺ قال : إن الله زادكم صلاة هي خير لكم من حمر النعم) هذا حديث حسن الإسناد أخرجه أبو داود وابن ماجه والترمذي ، ولفظه : « إن الله أمدكم بصلاة » ، وذكر الترمذي أنه حديث غريب ، قلت : الاستدلال به مندفع ، فإنا روينا مثله في ركعتي الفجر في (السنن الكبير) من حديث أبي حفص عمر بن محمد بن بحير البخاري الحافظ بإسناده عن أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله ﷺ : « إن الله - عز وجل - زادكم صلاة إلى صلاتكم هي خير لكم من حمر النعم ، ألا وهي الركعتان قبل صلاة الفجر » ، وذكر الحافظ البيهقي أن إسناد هذا أصح من إسناد الحديث الأول وأن البخاري قال في رجال إسناد الحديث الأول : إنه لا يعرف سماع بعضهم من بعض ، قال : وبلغني عن محمد بن إسحق بن خزيمة أنه قال : لو أمكنني أن أرحل إلى بحير لرحلت إليه في هذا الحديث » . المشكل (١٢٨/١ أ) .

والحديث أخرجه أبو داود : (٦٢/٢،٦٣) كتاب الصلاة - باب استحباب الوتر (١٤١٨) ، والترمذي : (٣١٤/٢) (٢) أبواب الصلاة (٢١٥) باب ما جاء في فضل الوتر (٤٥٢) ، وابن ماجه : (٣٦٩/١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١١٤) باب ما جاء في الوتر (١١٦٨) .

(٢) « أفضل » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (والثاني أن ركعتي الفجر أفضل ؛ لقوله ﷺ : ركعتا الفجر هي خير لكم من الدنيا وما فيها) هذا صحيح أخرجه مسلم من حديث عائشة - رضي الله عنها - وأخرج البخاري ومسلم عنها =

فأما [1] ما عدا الرواتب مما لا [2] تشرع الجماعة فيها كصلاة الضحى وتحية المسجد، وركعتي الطواف، وسائر التطوعات التي لا سبب لها. [3]

وفي التراويح ثلاثة أوجه [4]:

أحدهما: أن الجماعة أولى؛ تأسيًا بعمر رضي الله عنه.

والثاني: الانفراد أولى؛ لأن الاستخلاء بصلاة الليل أبعد من الرياء.

والثالث: أنه إن كان لا يخاف الكسل ويحفظ القرآن فالانفراد أولى وإلا فالجماعة، وقد قال ﷺ: « فَضْلُ تطوع الرجل في بيته على تطوعه في المسجد كفضل صلاة المكتوبة في المسجد على صلاته في بيته » [5]؛ وروي أنه قال: « صلاة في

= قالت: « لم يكن النبي ﷺ على شيء من النوافل أشد تعاهدًا منه على ركعتي الفجر »، وفي هذا ترجيح للقول بأن ركعتي الفجر لا، وإن كان قد قيل: إنه المرجوح، وقد اختلف في وجوبها أيضاً، فعند بعض أصحاب أبي حنيفة أنهما واجبتان، والله أعلم ». المشكل (١٢٨/١أ - ١٢٨ ب).

وحديث عائشة الذي ذكره المصنف أخرجه مسلم: (٥٠١/١) (٦) كتاب صلاة المسافرين (١٤) باب استحباب ركعتي سنة الفجر والحث عليهما (٧٢٥)، والترمذي: (٢٧٥/٢) (٢) أبواب الصلاة (١٩٠) باب ما جاء في ركعتي الفجر من الفضل (٤١٤)، والنسائي: (٢٥٢/٣) (٢٠) كتاب قيام الليل وتطوع النهار (٥٦) باب المحافظة على الركعتين قبل الفجر (١٧٥٩).

(١) في (أ، ب): « وأما ». (٢) في (أ، ب): « فلا ».

(٣) قال ابن الصلاح: « جعل صلاة الضحى والعيدين من غير الرواتب وهذا مما اختلف فيه اصطلاح الأصحاب؛ إذ منهم من جعل الرواتب عبارة عن النوافل التابعة للفرائض فحسب، ومنهم من جعلها عبارة عن النوافل المخصوصة بوقت خاص، فجعل منها صلاة التراويح وصلاة العيدين وصلاة الضحى، وهو اختيار صاحب (المهذب)، والله أعلم ». المشكل (١٢٧/١ ب - ١٢٨ أ).

(٤) يقول ابن الصلاح: « ما ذكر من أن ما تشرع فيه الجماعة يستثنى من إطلاقه التراويح، فإن فيها - على قولنا: تشرع فيها الجماعة - خلافاً، والأصح أن الرواتب أفضل منها؛ لترك النبي ﷺ التراويح ». المشكل (١٢٧/١ ب).

(٥) يقول ابن الصلاح: « قوله: (وقد قال ﷺ: فضل تطوع الرجل في بيته على تطوعه في المسجد =

مسجدي هذا أفضل من مائة صلاة في غيره من المساجد ، وصلاة في المسجد الحرام أفضل من ألف صلاة في مسجدي ، وأفضل من ذلك كل رجل يصلي في زاوية [بيته] (١) ركعتين لا يعلمهما إلا الله » (٢) .

= كفضل صلاته المكتوبة في المسجد على صلاته في بيته » ، لم أجد له هكذا ثبتاً ، وقد روي نحوه بإسناد ضعيف عن ضمرة بن حبيب مرسلاً ، ولكن ثبت في الصحيحين من حديث زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ قال : « أفضل الصلاة صلاة المرء في بيته إلا المكتوبة » وفي رواية أبي داود صاحب السنن : « صلاة المرء في بيته أفضل من صلاته في مسجدي هذا ، إلا المكتوبة » . المشكل (١٢٨/١ ب) .

قال الحافظ العراقي في تخريج أحاديث الإحياء تعليقًا على حديث المصنف : « رواه آدم بن أبي إياس في كتاب الفوات من حديث ضمرة بن حبيب مرسلًا ، ورواه ابن أبي شيبة في المصنف ، فجعله عن ضمرة عن رجل من أصحاب النبي ﷺ موقوفًا » . انظر : الإحياء (٢٠٢/١) .

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وروي أنه قال : صلاة في مسجدي هذا أفضل من مائة صلاة في غيره من المساجد إلا المسجد الحرام ، وصلاة في المسجد الحرام أفضل من ألف صلاة في مسجدي هذا ، وأفضل من ذلك كله رجل يصلي في زاوية بيته ركعتين لا يعلمهما إلا الله تعالى) لم أجد له ثبتاً هكذا بمجموعة من حديث واحد ، ولكن قد رويناه مفرقاً في أحاديث غير أن قوله : « صلاة في مسجدي هذا أفضل من مائة صلاة » سهو وقع من شيخه ثم منه في (الوسيط) و (البسيط) ، وإنما رواه الناس : « صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة في غيره من المساجد إلا المسجد الحرام » ، أخرجه مسلم في صحيحه هكذا من حديث ابن عمر – رضي الله عنهما – ، وأخرجا مثله في الصحيحين من حديث أبي هريرة – رضي الله عنه – ، وروينا مثله في كتاب (السنن الكبير) من حديث عبد الله بن الزبير ، وزاد : « وصلاة في المسجد الحرام خير من مائة صلاة في مسجدي » ، وروى نحو هذا أبو عبد الله بن ماجه في سننه من حديث جابر ، وإسناد هذه الزيادة إسناد جيد ، فتضمن أن صلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة ألف صلاة في غيرهما ، وأما باقي الحديث فقد روي نحوه بإسناد ضعيف ، ولكنه في معنى حديث زيد بن ثابت الثابت ، الذي أوردناه ، والله أعلم » . المشكل (١٢٨/١ ب – ١٢٩ أ) .

قال الحافظ العراقي تعليقًا على حديث المصنف المذكور : « أخرجه أبو الشيخ في الثواب من حديث أنس ، وإسناده ضعيف . وذكر أبو الوليد الصفار في كتاب الصلاة تعليقًا من حديث الأوزاعي قال : دخلت على يحيى فأسند لي حديثًا فذكره ، إلا أنه قال في الأولى : ألف ، وفي الثانية : مائة » . الإحياء (٢٠٢/١) .

قواعد ثلاثة :

الأولى : التطوعات التي لا سبب لها لا حصر لركعاتها ، فإن تَحَرَّمَ بركعة جاز له أن يتمها [1] مائة بتسليمة واحدة ، وإن تحرم بمائة جاز [له] [2] أن يقتصر على واحدة فما فوقها ، وله أنّ يتشهد بين كل ركعتين ، أو في كل ركعة [3] ، أو في آخر الصلاة فقط . والأولى من التطوعات مثنى مثنى على نهج الرواتب .

الثانية : في قضاء النوافل ثلاثة أقوال :

أحدهما : أنها تُقْضَى قياسًا على الفرائض .

والثاني : لا ، والأصل / [4] أن القضاء [يجب] [5] بأمر مجدد . فأما الفرائض ٢٤/أ فإنها ديون لازمة [6] .

والثالث : [7] ما تأقت بوقت ولم [7] يتبع فريضة كصلاة العيد والضحى يقضى ، والتوابع لا تقضى .

فإن فرعنا على القضاء فالصحيح أنه يقضى أبدًا .

---

(١) في (أ ، ب) : « يتممها » .
(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من التطوعات غير المحصورة في عدد من أن (له أن يتشهد في كل ركعة) إنما ذكره شيخه احتمالاً أبداه من عنده ولم يذكره غيره فيما نعلمه ، والظاهر المنع ، فإنه اختراع كيفية لا نظير لها ولا أصل يتم إلحاقه به ، والله أعلم » . المشكل (١٢٩/١ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « فإن الأصل » .
(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله في قضاء النوافل : (والثاني : لا تقضى ؛ لأن الأصل أن القضاء بأمر مجدد ، أما الفرائض فإنها ديون لازمة) معناه : أن الدليل يقتضي أن القضاء حيث يثبت ، إنما يثبت بأمر مجدد لا بالأمر بالأداء ، فإنه قاصر عما بعد الوقت ، أما الفرائض فإنما وجد الأمر المجدد بقضائها بعد الوقت ؛ لأنها في الوقت ديون لازمة ، فإذا لم تؤدَّ فيه وجب أن تستدرك بعده بتأكدها باللزوم ، وهذا غير موجود في النوافل فلا يلزم تجدد الأمر للندب بعد وقتها بقضائها ، والله أعلم » . المشكل (١٢٩/١ أ) .

(٧) في (أ ، ب) : « ما يتأقت ولم » .

وقيل : إن فائت النهار يقضى بالنهار ، وفائت الليل بالليل ، ولا يتجاوز ذلك (١) .

وقيل : تقضى نافلة كل صلاة ما لم يدخل وقت فريضة أخرى ، أما ركعتا الصبح (٢) فتُؤَدَّى بعد فعل الصبح ، ولا يكون قضاء ، فإن تقديمه أدب (٣) .

الثالثة : يؤدي النافلة (٤) قاعدًا مع القدرة على القيام (٥) ، وفي الاضطجاع خلاف .

ولو قال : « لله عليَّ أن أقوم في (٦) كل نافلة » لم يلزمه ، كما لو التزم الإتمام والصوم في السفر ، فإن هذا تغيير الشرع (٧) ، فخلاف (٨) ما لو قال : « لله عليَّ أن أصلي أربع ركعات قائمًا » فإن ذلك يلزمه . ولو لم يقل قائمًا . وقلنا : النذر يُنَزَّل على واجب الشرع ، لا على جائِزِهِ ، يلزمه (٩) .

* * *

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وقيل : إن فائت النهار يقضى بالنهار ، وفائت الليل يقضى بالليل) معناه : ذلك النهار وتلك الليلة اللذين وقع فيهما الفوت ، فما فات بالنهار يقضى مالم تغرب الشمس من ذلك اليوم ، وفائت الليل يقضى مالم يطلع الفجر من تلك الليلة ، وهكذا نقله في (البسيط) ، وهكذا نقله غيره ، وقال إمام الحرمين في حكايته له : مالم تطلع الشمس ، ثم استنكره ، والله أعلم » . المشكل (١٢٩/١ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « الفجر » . ويقصد ركعتي السنة .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره في سنة صلاة الصبح من أنها إذا فعلت بعد الفرض فهي أداء لا قضاء ، قد طرده غيره في سائر سنن الصلوات المقدمة عليها ، فوقتها يبقى ما بَقِيَ وقت الفرض ، وفيها عن القاضي حسين وجه غريب أنها بعد فرضها لا تكون أداءً ، والله أعلم » . المشكل (١٢٩/١ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « النوافل » .

(٥) « القيام » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) « في » : ليست في (أ ، ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « للشرع » .

(٨) في (أ ، ب) : « بخلاف » .

(٩) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من أنه (لو نذر القيام في كل نافلة لم يلزمه ، ولو نذر أن يصلي أربع ركعات قائماً لزمه) ذلك الذي فهمناه من الفرق بينهما لم يلزمه أنه في الصورة الأولى وجه نحو الصفة القيام الذي رخص الشرع في تركه ، وكان ذلك شاملاً للجنس أجمع ، وذلك تغيير لوضع الشرع في الجنس أجمع مع أنه صفة تابعة للموصوف لا تستقل بخلاف الصورة الثانية ، فإنه وجه النذر فيها نحو الموصوف الفرد ، وهو صلاة أربع ركعات موصوفة بصفة القيام ، فكان من قبيل ما لو نذر إعتاق عبد سليم من العيب ، وأمثال ذلك ، والله أعلم » . المشكل (١٢٩/١ ب) .

كتاب الصلاة بالجماعة
وحكم القدوة والإمامة

وفيه
ثلاثة (١) أبواب

[الباب الأول : في فضل الجماعة .

الباب الثاني : في صفات الأئمة .

الباب الثالث : في القدوة] * .

---

(١) في الأصل : « أربعة » ، ولعله سهو أو خطأ من الناسخ .

* ما بين المعقوفتين مزيد تفصيل من المحقق .

الباب الأول

في فَضْل الجماعة

وهي مستحبة غير واجبة إلا في صلاة الجمعة .

وهي واجبة عند داود وأحمد .

وقال بعض أصحابنا : هي فرض على الكفاية [1] .

وفيها [2] خمس مسائل [2] :

الأولى : الجماعة في الجمع الكثير أفضل ، إلا إذا تَعَطَّل في جواره مسجدٌ ، فإحياؤه - [3] ولو بِجَمْعٍ قليل [3] - أفضل .

الثانية : تحوز المرأة فضل الجماعة ، اقتدت برجل أو امرأة ، قال - عليه الصلاة والسلام - : « تقف إمام [4] النساء وسطهن » ، « وكانت عائشة - رضي الله عنها - تفعل كذلك [5] » [6] .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « ومن كتاب الصلاة بالجماعة ومن الباب الأول منه ، إذا قلنا : إن الجماعة فرض كفاية ، فالمعتبر في الكفاية أن تظهر إقامة الجماعة في جميع البلد ولا يخفى على أهله إقامتها ، وإن حصل ذلك بأقلهم ، وتركها جماهيرهم ، والله أعلم » . المشكل (١٢٩/١ ب - ١٣٠ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « مسائل خمس » .

(٣) العبارة ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « إمامة » .

(٥) في (أ ، ب) : « ذلك » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله : (قال - عليه السلام - : تقف إمامة النساء وسطهن ، وكانت عائشة تفعل ذلك) أما رواية ذلك عن رسول الله ﷺ فلا يعرف ، وأما فعل عائشة فقد ذكره الشافعي ، وبه احتج وبمثله عن أم سلمة ، وذكر آثارًا موقوفة غير مرفوعة إلى رسول الله ﷺ » . المشكل (١٣٠/١ أ) .

قال الشافعي في الأم (١٤٥/١) : روى الليث عن عطاء عن عائشة : أنها صلت بنسوة العصر فقامت في وسطهن » وقال : « وعن صفوان قال : إن من السنة أن تصلي المرأة بالنساء تقوم في وسطهن » .
وأخرج البيهقي في السنن الكبرى : (١٣١/٣) عن ابن عباس قال : « تؤم المرأة النساء تقوم وسطهن » ، وأخرج الدراقطني : (٤٠٤/١) عن ريطة الحنفية قالت : « أمتنا عائشة فقامت بينهن في الصلاة المكتوبة » . وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه : (١٤٠/٣ ، ١٤١) . وراجع الحديث برواياته في نصب الراية : (٣٠/٢ - ٣٢) .

وقال أبو حنيفة : الانفراد والجماعة في حقها سواء .

الثالثة : وردت رغائبُ في فضيلةِ التكبيرة الأولى (١) ، وذلك بشهود المقتدي تَحَرُّمَ الإمام ، واتباعه له ، وقيل : مدرك الركوع مدرك لفضيلتها . وقيل : (٢ لابُدَّ مِنْ إدراك ٢) القيام .

أما فضيلة الجماعة فتحصل بأن يدرك الإمامَ في الركوع الأخير ، ولا تحصل بما بعده ؛ لأنه ليس محسوبًا له في صلاته (٣) .

الرابعة : إذا أحس الإمام بداخل في الركوع فمده ليدركه الداخل فثلاثة أقوال :

أحدها : أن ذلك لا يجوز ، بل لو طَوَّلَ بطلت صلاته .

والثاني : أنه لا يبطل ، ولكن يُكْرَه .

والثالث : أنه يستحب ، ولكن بشرط أن لا يَظْهَر التطويل ، وأن لا يُمَيِّز بين داخلٍ وداخلٍ .

الخامسة : مَنْ صلى في جماعة لم يستحب له إعادتها في جماعة أخرى على الصحيح . فأما المنفرد فيعيد بالجماعة .

ثم الفرض أيهما ؟ فيه قولان :

أحدهما : أنه الأُولى ؛ لسقوط الخطاب به ، وعلى هذا لا ينوى في الثانية (٤)

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وردت رغائب في فضيلة التكبيرة الأولى) فمنها : ما روي عن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - أنه استند إلى الصلاة ثم قال : (بادروا حد الصلاة) يعني التكبيرة الأولى ، ومنها : ما روي أن السلف - رضي الله عنهم - كانوا يعزون أنفسهم ثلاثة أيام إذا فاتتهم التكبيرة الأولى ، ويعزون سبعاً إذا فاتتهم الجماعة ، ولم أقف على أسانيدها ، ونقاد أهل الحديث يتسامحون في أسانيد الرغائب والفضائل ، والله أعلم » . المشكل (١/١٣٠ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « لا ، بل مَنْ أدرك » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من أن فضيلة الجماعة لا تحصل لمن لم يدرك الركوع الأخير ، وإنما أدرك بعده ، مخالف لما قطع به الشيخان صاحب (المهذب) (والتهذيب) وغيرهما من العراقيين وغيرهم ، من أنها تحصل ولو لم يدرك إلا التشهد ؛ لأنه لولا ذلك لما جاز له زيادة ذلك في صلاته ، والله أعلم » . (المشكل : ١/١٣٠ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « الثاني » .

الفرضية بل يكون ظُهْرًا نفلاً ، كما في حق الصبي . وقيل : إن كان في المغرب يزيد ركعة ، حتى لا يبقى وترًا ؛ فإن الأحب في النوافل الشفع .

الثاني : أن الفرض أحدهما لا بعينه يحتسب الله - تعالى - أيَّهما شاء ، فعلى هذا ينوي الفرض في الثاني [(١)] .

قاعدة :

لا رخصة في ترك الجماعات إلا بعذر [(٢)] عام ، كالمطر مع الوحل [(٣)] ، والريح

---

(١) « في الثاني » : ليست في (أ ، ب) .

ويقول ابن الصلاح : « ما ذكره فيمن صلى منفردًا ثم أعاد في جماعة ، وقلنا : إن الفرض هو الأول ، والثاني نفل من أنه لا ينوي الفرضية ، فهذا رأي شيخه واستبعد أن ينوي الفرضية مع علمه بأنها ليست بفرض ، ولكن معظم الأصحاب على أنه ينوي الفرض ، فأقول : وجهه أنه إنما استحب له إعادتها جماعة ليحصل له ثواب الجماعة في فرض وقته ؛ حتى يكون بمنزلة من صلاها جماعة من الأول ، فهو في التقدير مُصَلٍّ أولًا فلينوِ الفرض ، وذلك توسيع للطريق إلى حيازة فضيلة الجماعة في فرائض الأوقات لشدة الاعتناء بها ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٣٠ أ - ١٣٠ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله :(لا رخصة في ترك الجماعة إلا بعذر) هذه العبارة صحيحة ، وإن قلنا إنها سنة ؛ لأنها من السنن المؤكدة التي يكره تركها ، وقد قال رسول الله ﷺ : من سمع النداء فلم يجب فلا صلاة له إلا من عذر » . المشكل (١/١٣٠ ب) .

(٣) قال الحموي : « ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال من حيث إنه جعل المطر مع الوحل عذرًا ، والمطر وحده كافٍ في كونه عذرًا ، فعلى هذا لا فائدة من ذكر الوحل بعده ، ولو كان المطر مختلفًا فيه لكان في انضمام الوحل إليه فائدة .

وعنه جوابان ؛ أحدهما : أن نفرض أن ذلك المطر كان رقيقًا ، فإذا انضم إليه الوحل صار عذرًا قولًا واحدًا ، لما لا يخفى . الثاني : أن نفرض أن ذلك الوحل غير رقيق ، فإذا انضم إليه المطر كان الوحل عذرًا قولًا واحدًا بعد أن ذكر الأصحاب فيه خلافًا .

فإن قيل : فالإشكال باقٍ على حاله بالنسبة إلى المطر على ما ذكرناه أولًا ، إذ لو قدم الوحل وذكر المطر بعده لكان الجواب صحيحًا ، لما لا يخفى .

قيل : لا فرق بين أن يتقدم الوحل أو يتأخر ؛ لأنه أتى بلفظ (مع) وهو لا يقتضي الترتيب ، بل مجرد المعية ، وإذا كان كذلك صح ما ذكرناه من الجواب » . مشكلات الوسيط (٥٤ أ - ٥٤ ب) .

العاصفة بالليل، دون النهار [١]، أو خاص مثل أن يكون مريضًا، أو جائعًا، أو ممرضًا، أو هاربًا من السلطان، أو مديونًا معسرًا يحذر الحبس، أو حافظ مال، أو مُنْشِدَ ضالّة، أو عليه قصاص يرجو العفو عند سكون الغليل، أو كان حاقنًا [٢]، وقد قال ﷺ: « لا يُصَلِّيَنَّ أحدكم وهو زَنَّاء » [٣]، وروى « ... وهو ضامٌّ وركيه » أي: حاقنًا [٤].

---

(١) يقول ابن الصلاح: « وقوله: (كالمطر مع الوحل والريح العاصفة بالليل دون النهار) فقوله: (بالليل) يرجع إلى الريح خاصة، قوله: (كالمطر مع الوحل) ليس معناه أن المطر إنما يكون عذرًا إذا انضم إليه الوحل، وإنما معناه: اجتماع المطر والوحل والريح، في أن كل واحدٍ منهما عذر مستقل بانفراده، والله أعلم ». المشكل (١٣٠/١ ب).

(٢) في (أ، ب): « حاقبًا »، وفيها معنى احتباس البول، راجع: المعجم الوسيط، مادة « حقب ».

(٣) يقول ابن الصلاح: « قوله: (وقد قال ﷺ: لا يصلين أحدكم وهو زَنّاء. وروي: وهو ضَامٌّ وركيه) أي حاقن، فالزناء هو بفتح الزاي وتخفيف النون وبالمد، ومعناه: الحاقن ». المشكل (١٣٠/١ ب).

(٤) يقول ابن الصلاح: « قوله: (أي حاقن) وقع في بعض النسخ بالنون وفي بعضها بالباء (حاقب)، فيكون بالنون تفسير للرواية الأولى، وبالباء تفسير للرواية الثانية، وهو بالباء للغائط، وبالنون للبول.

وأما قوله: (وهو زناء) فهو بهذا اللفظ غريب، رواه أبو عبيد في غريب الحديث بإسناد ضعيف، وهو بمعناه صحيح، روى أبو داود من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: « لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يصلي وهو حقن حتى يتخفف »، وروى أبو داود والترمذي نحوه من حديث ثوبان، والله أعلم.

وأخرج مسلم في صحيحه من حديث عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: « لا صلاة بحضرة الطعام، ولا لمن يدافعه الأخبثان »، وأما قوله: « وهو ضام وركيه »، فقد رواه مالك في موطئه، ولكن عن عمر بن الخطاب موقوفاً عليه ». المشكل (١٣٠/١ ب - ١٣١ أ).

أما حديث أبي هريرة فقد أخرجه أبو داود: (٢٢/١، ٢٣) كتاب الطهارة - باب أيصلي الرجل وهو حاقن؟ (٩٠) وعن ثوبان أخرجه أبو داود: الموضع السابق (حديث: ٩١)، والترمذي: (١٨٩/٢) (٢) أبواب الصلاة (١٤٨) ما جاء في كراهية أن يخص الإمام نفسه بالدعاء (٣٥٧)، وابن ماجه: (٢٠٢/١) (١) كتاب الطهارة (١١٤) باب ما جاء في النهي للحاقن أن يصلي (٦١٧، ٦١٩).

وحديث عائشة أخرجه مسلم: (٣٩٣/١) (٥) كتاب المساجد (١٦) باب كراهية الصلاة بحضرة الطعام (٥٦٠).

وقيل : إنه إذا ألحقته [١] الحاجة بحيث تُبْطِلُ [٢] الخشوع لم تصح [٣] صلاته .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « لحقته » .

(٢) في (أ ، ب) : « يبطل » .

(٣) في (أ ، ب) : « تبطل » ، وله وجه ضعيف بعيد ، وما أثبتناه أولى .

الباب الثاني

في صفات الأئمة

(وفيه فصلان)

الفصل [١] الأول

فيمن يَصحُّ الاقتداء به

وكل [٢] من لا تجزئُ صلاته عن وجوب القضاء فلا يصح الاقتداء به كمن لم يجد ماء ولا ترابًا ، ولو اقتدى به مثله ففيه تردد .

ومن صحت صلاته في نفسه صح الاقتداء به إلا المقتدي ، والمرأة [٣] ، والأمّي [٤] فيصح الاقتداء بالصبي ، والرقيق ، والمتيمم ، والمريض القاعد [٥] ، ويقف المقتدي قائمًا ، ويصح الاقتداء بالأعمى وهو أولى من البصير ؛ لأنه أخشع خلافًا لأبي حنيفة .

أما المقتدي فهو تابع فلا يُقْتَدَى به . وأما المرأة فلا يَقْتدي الرجل بها وإن كان مَحْرَمًا ولا بالخنثى ، ولا يَقْتَدي الخنثى بالخنثى ، فإن اقتدى بخنثى ثم بان بعد الصلاة كونه رجلاً فأصح القولين وجوب القضاء ؛ لأن التردد منع الصحة في [٦] الابتداء . أما المرأة فتقتدي بالرجل وبالخنثى .

ولا بأس بحضور العجوز المسجد ، ووقوفها في آخر الصف ، ومن العلماء من كره ذلك .

---

(١) « الفصل » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فكل » .

(٣) في الأصل : « بالمرأة » ، ولا وجه له . وما أثبتناه من (أ ، ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « ومن الباب الثاني في صفات الأئمة قوله : (ومن صحت صلاته في نفسه صح الاقتداء به إلا المقتدي والمرأة والأمي) هذا الحصر غير سالم ؛ إذ ليس المراد بقوله : صح الاقتداء به ، صحة الاقتداء به على الجملة ، بل صحة الاقتداء به مطلقاً بدلالة استثنائه المرأة والأمي اللذين يصح اقتداء مثلهما بهما ، وعند هذا يرد عليه ما إذا اختلف اجتهاد شخصين في القبلة وفي الأواني وأشباه ذلك ، فإنه لا يصح اقتداء أحدهما بالآخر مع صحة صلاته في نفسه ، والله أعلم » . المشكل (١٣١/١ أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « والمريض والقاعد » .

(٦) في (أ ، ب) : « من » .

أما [1] الأمي ، وهو الذي لا يحسن الفاتحة أو شيئًا منها ، [2] فيصح اقتداء الأمي به [2] ، ولا يصح للقارئ الاقتداء به على الجديد ؛ لأنه بصدد تحمل الفاتحة عن المسبوق . ويجوز في القديم وهو مذهب المزني ، وهو مقتضى قياس الاقتداء بالمتيمم والمريض . وخرج قول ثالث : إنه لا يجوز في الجهرية على قولنا : إن [3] المأموم في الجهرية لا يقرأ ، ويجوز في السرية [4] .

فرعان :

أحدهما : من يُحسن النصف الأول من الفاتحة لا يقتدي بمن لا يحسن إلا النصف الأخير ؛ لأنه أمي في بعض ما يحسنه المقتدى ، والأمي في حرف كالأمي في الكل .

الثاني : لو تبين بعد الصلاة أنه كان أميًا لم يلزمه القضاء ، كما لو بان كونه جنبًا أو محدثًا ، ولو بان كونه امرأة ، أو كافرًا لزمه القضاء ؛ لأن ذلك مما تظهر علامته غالبًا ولا يعرف بصلاته كونه مسلمًا ما لم يسمع منه كلمة الشهادة ، ولو بان كونه زنديقًا فوجهان ؛ لأن ذلك يخفى في غالب الأمر .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « وأما » .

(٢) العبارة ليست في (أ ، ب) .

(٣) « إن » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره في اقتداء القارئ بالأمي من أن الجديد لا يصح والقديم أنه يصح ، والقول المخرج أنه يصح في الصلاة السّرِّيّة ، ولا يصح في الجهرية مخالف للنقل الصحيح المعروف في التصانيف ، إنما القديم هو ما جعله مخرجًا ، وهو الفرق بين السرية والجهرية ، والمخرج هو ما جعله القديم ، وهو أنه يصح مطلقًا ، والله أعلم » . المشكل (١/١٣١ أ - ١٣١ ب) .

الفصل الثاني

فيمن هو أولى بالإمامة

قال – عليه السلام – / : « يَؤُمُّكُم أقرؤكم ، فإن لم يكن فأعلَمُكُم بالسُّنَّة ، فإن لم يكن فأَقْدَمُكُم سِنًّا » [١] ، إلا أن الأَفْقَه مُقَدَّمٌ على الأَقْرَأ ؛ لأن حاجة [٢] الصلاة إلى الفقه أكثر ، والفقيه أيضاً مقدم على المشهور بالوَرَع لذلك ، وإن كان الوَرِعُ مُقَدَّمًا على الفقيه الفاسق ، وقدم رسول الله ﷺ الأقرأ ؛ إذ كان أقرأهم في ذلك العصر أفقههم . ٢٤/ب

فأَحَقُّ الخِصال الفقهُ ، ثم ظهور [٣] الوَرَع ، ثم السِّنّ والنَّسَب [٤] ؛ وفيهما قولان :

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (قال ﷺ : يؤمكم أقرؤكم ، فإن لم يكن فأعلمكم بالسنة ، فإن لم يكن فأقدمكم سنًّا) هذا حديث رواه أبو مسعود عقبة بن عمر البدري الأنصاري ، أخرجه مسلم في صحيحه ، ولفظه : « يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله ، فإن كانوا في القراءة سواء فأعلمهم بالسنة ، فإن كانوا في السنة سواء فأقدمهم هجرة ، فإن كانوا في الهجرة سواء ، فأقدمهم سنًّا » ، وهذا بظاهره يحتج به لأبي حنيفة وأحمد في تقديمهما الأقرأ على الأفقه ، وجوابه ما ذكره في الكتاب : من أن أقرأهم في ذلك العصر كان أفقههم ، ولو قال : (كان أقرؤهم فقيهاً) لكان أسلم ، وقد قال الشافعي – رضي الله عنه – : كانوا يسلمون كبارًا فيتفقهون قبل أن يقرءوا . قلت : فإذًا في قوله : (يؤم القوم أقرؤهم) تقديم الأقرأ الأفقه أو الأقرأ الفقيه ، أو القارئ الفقيه على الفقيه الذي ليس بقارئ إلا أنه يحسن الفاتحة وما يكفي المصلي ، وفي قوله : (فإن كانوا بالقراءة سواء فأعلمهم بالسنة) تقديم الأفقه من القارئين المتساويين في القراءة على الآخر ، ونحن قائلون بكل ذلك ، فاعلم ذلك ، فإنه من المشكل على المذهب ، والله أعلم » . المشكل (١٣١/١ ب) .

وحديث أبي مسعود أخرجه مسلم : (٤٦٥/١) (٥) كتاب المساجد (٥٣) باب من أحق بالإمامة (٦٧٣) ، وأبو داود : (١٥٦/١) كتاب الصلاة – باب من أحق بالإمامة (٥٨٢) ، والترمذي : (٤٥٨/١–٤٦١) (٢) أبواب الصلاة (٦٠) باب ما جاء من أحق بالإمامة (٢٣٥) ، والنسائي : (٧٦/٢) (١٠) كتاب الإمامة (٣) باب من أحق بالإمامة (٧٨٠) ، وابن ماجه : (٣١٣/١ ، ٣١٤) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٤٦) باب من أحق بالإمامة (٩٨٠) .

(٢) في (أ) : « الحاجة » ، وهو خطأ من الناسخ .

(٣) « ظهور » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فأحق الخصال الفقه ، ثم ظهور الورع ، ثم السن والنسب) ترك القراءة ، وهي من آكدها ، فهي خمس ، ومن الأصحاب من ضم إليها الهجرة فجعلها ستًّا ، والله أعلم » . (المشكل : ١٣١/١ ب)

أحدهما : تقديم النسب ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « قدموا قريشًا » .

والثاني : تقديم السن ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « أقدمكم سِنًّا » [1] .
فإن تساوت هذه الصفات فيرجح بحسن المنظر ، ونظافة الثوب .

ومَنْ كره القوم إمامته كره له ذلك .

وأما باعتبار المكان : فالوالي أولى من المالك ، والمالك أولى من غيره ، والمستأجر أولى من المالك ، والسيد أولى من العبد الساكن ، وفي المستعير والمعير تردد للأصحاب ، [والله - تعالى - أعلم] [2] .

* * *

---

(١) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من الاحتجاج لتقديم النسب بقوله ﷺ : (قدموا قريشًا) ، وليقدم السن بقوله : « فأقدمهم سنًّا » فهذا صحيح الإسناد صحيح ، و (قدموا قريشًا) إسناده مرسل وهو وإن كان مرسلاً جيدًا لا يبلغ درجة الصحيح ، والله أعلم » . المشكل (١/١٣١ ب - ١٣٢ أ) .

حديث : « قدموا قريشًا » أخرجه البيهقي في المعرفة : (١/١٥٢) ، (٤/٢١١) ، وأبو نعيم في الحلية : (٩/٦٤) عن أنس بن مالك ، والهيثمي في مجمع الزوائد : (١٠/٢٥) عن على . وقال : رواه الطبراني ، وفيه أبو معشر وحديثه حسن ، وبقية رجاله رجال الصحيح . قال ابن حجر في تلخيص الحبير (٢/٣٦) : رواه الشافعي وابن أبي شيبة .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

الباب الثالث

في شرائط القُدْوَة

وشروطها (١) : المتابعة قَصْدًا وفعلاً وموقفًا .

ويرجع ذلك إلى شروط (٢) ستة :

الأول : أن لا يتقدم في الموقف على الإمام ، فإن فعل بطلت صلاته على الجديد خلافًا لمالك ، ولا تبطل بتقدمه صلاة الإمام ، ولا بتقدم المرأة إذا اقتدت خلافًا لأبي حنيفة .

ولو ساواه جاز ، ولكن التخلف قليلًا أحب ، ثم التعويل على مساواة الكعب ، فإن المشط قد يطول (٣) .

والمستحب إذا كانوا ثلاثة أن يَصْطَفُّوا خَلْفَه ، والواحد يقف على يمينه والاثنان يصطفان عندنا . وقال ابن مسعود : « يقف أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره » (٤) .

ولو أَمَّ برجل وامرأة وقف الرجل عن يمينه والمرأة خلفه ، ولو أم بامرأة وخنثى وقفت المرأة خلف الخنثى .

ومما يُستحب في الموقف أن لا يقف الداخل منفردًا إذا وجد صَفًّا ، فليدخل الصفَّ أو يجذب إلى نفسه واحدًا منهم إن ضاق الصف ، وحق المجرور أن يساعده ، وصلاة

---

(١) في (أ ، ب) : « وشروطها » .

(٢) في (أ ، ب) : « شرائط » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ومن الباب الثالث في شرائط القدوة ما ذكره في تقديم المأموم على الإمام وتأخره ومساواتهما من أن التعويل على الكعب شاذ ، والمذكور في (نهاية المطلب) و (التهذيب) وغيرهما في ذلك العقب ، والتعويل عليه أولى ، فإن التقدم والمساواة فيه أحرى بأن يدرك ولا يخفى ، والله أعلم » . المشكل (١٣٢/١ أ) .

(٤) راجع نحو هذا عند مسلم : (٣٧٨/١- ٣٨٠) (٥) كتاب المساجد (٥) باب الندب إلى وضع الأيدي على الركب في الركوع ونسخ التطبيق (٥٣٤) ، وأبي داود : (١٦٤/١) كتاب الصلاة - باب إذا كانوا ثلاثة كيف يقومون (٦١٣) ، والترمذي : (٤٥٣/١) (٢) أبواب الصلاة (٥٨) باب ما جاء في الرجل يصلي مع الرجلين (٢٣٣) ، والنسائي : (٨٤/٢) (١٠) كتاب الإمامة (١٨) باب موقف الإمام إذا كانوا ثلاثة (٧٩٩) .

المنفرد في [(1)] الصف [(2] مكروهةٌ صحيحةٌ [2)] . وقال أحمد : هي باطلة .

فرعٌ :

لو وقفوا حول الكعبة ، أو داخل البيت متقابلين صحت صلاتهم ؛ إذ لا يظهر فيه التقدم ، وقد قيل : ينبغي أن لا يكون المأموم أقرب إلى الكعبة في جهته من الإمام .

الشرط الثاني : أن يجتمع [(3] المأموم والإمام [3)] في مكان واحد ، فلا [(4)] يبعد تخلفه ، ولا يكون بينهما حائل لتحصل نسبة الاجتماع .

والمواضع ثلاثة :

موضع بُني للصلاة فهو جامع ، وإن اختلف البناء وبَعُدَ التخلف فهو [(5)] كالمسجد ، فلو وقف على السطح الإمام في بئر في المسجد صح ، ولو كانا في بيتين [في المسجد] [(6)] أو مسجدين متجاورين وبينهما باب لافظ مفتوح أو مردود وصح [(7)] .

الموضع الثاني : الساحة التي لا يجمعها حائط فينبغي أن يكون المأموم فيها على حد قرب : وهو غَلْوَة سهم [(8)] ما بَيْنَ مائتي ذراع إلى ثلثمائة ؛ لأن المكان إذا اتسع كان هذا اجتماعًا .

وقيل : إنه مأخوذ من مسافة بُعْدِ المُقابلين [(9)] في غزوة ذات الرقاع عن رسول الله

---

(1) في (أ ، ب) : « من » .

(2) في (أ ، ب) : « صحيحة مكروهة » .

(3) في (أ ، ب) : « الإمام والمأموم » .

(4) في (أ ، ب) : « ولا » .

(5) « فهو » : ليست في (أ ، ب) .

(6) زيادة من (أ ، ب) .

(7) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وإن كانا في مسجدين ، وبينهما باب لافظ) أي لاصق بالأرض نافذ من غير فاصل بينهما من طريق أو غيره ، هذا ما أشعر به ما علقته من بعض التعاليق الخراسانية ، ولم أجد الكلمة في كتب اللغة ، وكأنه مستعار من قولهم : لفظ الشيء من فيه إذا نبذه ورماه ، وكان الباب الموصوف بسهولة النفوذ منه يرمي من أحد المكانين إلى آخر ، والله أعلم » . المشكل (١٣٢/١ أ) .

(8) يقول ابن الصلاح : « غلوة سهم : أي رمية بسهم أبعد ما يقدر عليه الرامي ، والغلوة غايتها ، والله أعلم » . المشكل (١٣٢/١ أ) .

(9) في (أ ، ب) : « المتقابلين » .

ﷺ ؛ لأنهم كانوا مقتدين وحكم الصلاة مستمر عليهم ، ويمكن حَدُّ ذلك بما يبلغ المأموم فيه صوت الإمام عند الجهر المعتاد ، وهذا جارٍ في الأملاك والبيوت الواسعة .

وقيل : إنه (١) يشترط اتصال الصف في الملك وهو بعيد .

فرعٌ :

إذا كان بين الإمام والمأموم شارع مطروق أو نهر لا يخوض فيه غير السابح (٢) ، ففي انقطاع الاجتماع به وجهان . أما النهر الذي يخوض فيه السابح فلا يقطع الاتصال .

الموضع الثالث : الأبنية المملوكة - وبها تلتحق المدارس والرباطات - فإذا وقفا في بناءين لم يصح إلا باتصال محسوس كما إذا تواصلت المناكب (٣) على الباب المفتوح بين البنائين ، فلو بقي على العتبة مقام واقف لم يجزْ ، وإن تخلل فرجة لا تتسع لواقف

(١) « إنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (نهر لا يخيض فيه غير السابح) وفي بعض النسخ بإسقاط كلمة (فيه) ، والأول أولى ، يقال : أخاض القوم خيلهم الماء : إذا خاضوا بها الماء ، حكاه الأزهري في (تهذيب اللغة) ، فيكون التقدير في هذا : نهر لا يخيض أحد فيه دابة ولا غيرها لكثرته ، إلا السابح الذي يخيض نفسه فيه بسباحته ، وعلى هذا فغير السابح مرفوع بالفاعلية ، وإذا حذفنا منه كلمة (فيه) نصبنا (غير) ، وجعلنا النهر والماء فاعلاً ، فيكون مجازًا لا بأس به إن ساعده نقل على أن في توقف المجاز على النقل خلافاً ، وهذا الوجه هو مراد صاحب الكتاب بدالة قوله في البحر : (فإن كان ما بينهما تخيض السفينة) ، والله أعلم » . المشكل (١٣٢/١ أ - ١٣٢ ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله في الإمام والمأموم : (إذا كانا في أبنية مملوكة ، فإذا وقفا في بناءين لم يصح إلا باتصال محسوس) فقوله : (في بناء) فيه احتراز مما إذا كانا في بيت واحد ونحوه ، فإنه لا يعتبر فيهما إلا القرب والمعتبر في السباحة كما سبق .

قوله : (إلا باتصال محسوس ، كما إذا تواصلت المناكب) يعني به في الصف الواقف خلف الإمام في البناء الذي هو فيه إذا امتد طولاً إلى بناء آخر ، إما على اليمين وإما على اليسار ، وهذا الوصف هو المذكور في قوله : (ولو تقدم على الصف المتصل في البناء الذي ليس فيه الإمام لم تصح صلاته ، وفيه احتراز عما إذا تقدم على الصف المذكور مأموم في البناء الذي فيه الإمام ، فإنه تصح صلاته ، لكونه مع الإمام ، والله أعلم » . المشكل (١٣٢/١ ب) .

فالأصح الجواز ، ولو تقدم على الصف المتصل في البناء الذي ليس فيه الإمام لم تصح صلاته ، ولو وقف وراءهم صح ، فأما إذا كان الاتصال بتلاحق الصفوف بأن كان البناء الآخر وراء الإمام لا على طرق جنبيه ؛ فإن زاد ما ين الصفين على ثلاثة أذرع لم يصح ، وإن لم يزد فوجهان ، بخلاف اتصال المناكب ؛ فإن ذلك اتصال محقق .

وقال العراقيون : اختلاف البناء لا يضر إذا لم يكن بينهما جدار حائل .

فروعٌ ثلاثةٌ :

الأول : البحر كالموات فلو كان في سفينتين مكشوفتين (١) ، وبينهما أقل من غلوة سهم جاز فإن ما بينهما بحوض السفينة ، لا كالنهر على الأرض (٢) .

وقال الإصطخري : لا يجوز إلا إذا كانت إحداهما مربوطة بالأخرى بحيث يؤمن من التباعد .

الثاني : إذا اختلف الموقف ارتفاعًا وانخفاضًا (٣) فهو كاختلاف البناء فلابد من

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (في سفينتين مكشوفتين) فيه احتراز مما إذا كانتا مسقفتين فيهما أبنية ، فإنهما كالدارين ، والله أعلم » . المشكل (١٣٢/١ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « ذكر أن الإمام والمأموم إذا كانا في البحر في سفينتين مكشوفتين جاز إذا كان بينهما أقل من غلوة سهم ، وقال : فهو كالذي على الأرض ، لا كالنهر على الأرض ، أراد أن ما يتخلل السفينتين من البحر وإن كان لا يخوضه غير السابح ، فلا يقطع الاتصال بخلاف ما إذا كانا على الأرض وبينهما نهر لا يخوضه غير السابح فإنه يقطع الاتصال على أحد الوجهين ، والفرق ما أشار إليه من أنهما هاهنا في سفينتين وما بينهما من البحر يخاض بالسفينة ، والله أعلم » . المشكل (١٣٢/١ ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (إذا اختلف موقف الصف الواقف خلف الإمام ارتفاعاً وانخفاضًا) فشرح ما ذكره فيه : أنه لا يشترط الاتصال ين المستفل وبين المعتلي الواقف إلى جانبه ، بأن يكون المستفل بحيث تلقى رأسه ركبة المعتلي ، فلو كان المستفل قصيرًا والمعتلي طويلاً نظر فإن كان موقف المستفل بحيث تلقى رأسه ركبة المعتلي ، فلو كان لكل واحد منهما قامة معتدلة كفى ذلك ، وصاحب (التقريب) لم يعتبر الركبة في كل ذلك ، وقال : يكفي أن يلقى قدمه ، والله أعلم » . المشكل (١٣٢/١ ب - ١٣٣ أ) .

اتصال محسوس ، وهوْ أن يلقى رأس المتسفل [(١)] ركبة العالي تقديرًا لو قدر لكل واحد منهما قامة معتدلة .

الثالث : إذا اختلف [(٢)] البقاع بأن وقف الإمام في المسجد والمأموم في ملك فهو كما لو كانا في بناءين مملوكين ، وإن كان المأموم في موات ولا حائل فيعتبر غلوة سهم من موقف الإمام على وجه ، ومن آخر المسجد على وجه ، ولو كان بينهما حائل يمنع البصر والوصول كالجدار لم يجزْ على الأصح ، وما [(٣)] يمنع الوصول دون البصر كالشباك أو البصر / دون الوصول كالباب المردود فوجهان ، والباب المغلق كالجدار . ٢٥/أ

الشرط الثالث : نية الاقتداء :

فلو تابع من غير النية بطلت صلاته ، ولا يجب على الإمام نية الإمامة ، ولكن لا ينال الثواب إذا لم ينوِ ، ولا يجب على المأموم تعيين الإمام ، ولو [(٤)] عينه وأخطأ بطل [(٥)] ، بخلاف الإمام إذا عين المقتدي وأخطأ .

ولو ربط المقتدي نيته بالحاضر ، وقال : نويت الاقتداء بزيد الحاضر فإذا هو عمرو ففي الصحة وجهان ، كما إذا قال : بعت [(٦)] هذه الرمكة فإذا هي نعجة [(٧)] .

(١) في (أ ، ب) : « المستقبل » .

(٢) في (أ ، ب) : « اختلفت » .

(٣) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٤) في (أ ، ب) : « فلو » .

(٥) في (أ ، ب) : « بطلت صلاته » .

(٦) في (ب) : « بعتك » .

(٧) يقول ابن الصلاح : « قوله : (كما إذا قال : بعت هذه الرمكة فإذا هي نعجة) هكذا وقع في كلامه ، والرمكة هي الأنثى من البرادين ، ولا تشتبه بالنعجة ، وصوابه : فإذا هي نعلة ، والله أعلم » . المشكل (١٣٣/١ أ) .

وقال الحموي : « قوله : (ولا يجب على المأموم تعيين الإمام .... فإذا هي نعجة ، وفيه وجهان) ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان ؛ أحدهما : أنه جعل القول في النية ركنًا ، وقاسه على قوله : (بعتك هذه الرمكة) ولاشك أن القول ركن في البيع بالاتفاق عندنا . الثاني : لو قال : (نويت الاقتداء بزيد الحاضر فإذا هو عمرو) وفيه خلاف مشهور ، وذكر أنه لو عين وأخطأ بطل مع أنه عين ، وأي فرق بينهما .

أمكن أن يجاب عن الأول بأن يقال : مراده أن يذكر ذلك بقلبه ، فإنه تسمية قولًا واحدًا ، وإن لم =

واختلاف نية الإمام والمأموم لا يضر فيجوز اقتداء المتنفل بالمفترض وعكسه ، وفي الأداء بالقضاء ، وعكسه وإن كان أحدهما ظهرًا والآخر عصرًا . خلافًا لأبي (١) حنيفة .

الشرط الرابع : توافق الصلاتين في النظم ، فلا يصح الاقتداء في الرواتب بمن يصلي على الجنازة أو صلاة الخسوف ؛ لتعذر المتابعة .

وقيل : إنه يصح .

ثم عند المخالفة ينفرد فراغ الإمام مما يخالف وهو بعيد .

نعم لو اختلف عدد الركعات فإن كان صلاة المأموم أطول جاز ، ويكون كالمسبوق إذا أسلم الإمام ، وإن كان أقصر كما لو اقتضى في الصبح بمن يصلي الظهر فوجهان : أصحهما الصحة . ثم إذا قام الإمام إلى الثالثة تخير فإن شاء سلم وإن شاء صبر حتى

= ينطق به لسانه . وصار هذا كما لو قال : (بعتك هذه النعجة) إلى آخره . وكانت النية في القلب ، كالتلفظ بالصريح في البيع ، فإنه ركن فيهما ، وبه خرج الجواب .

وأما الإشكال الثاني : فليس بوارد على الشيخ ، وإنما يشكل الفرق على المذهب ، وإذا كان كذلك فأقول : لا يتصور معرفة الفرق بينهما إلا بمعرفة تصور المسألة ، وإذا كان كذلك فلا يخلو إما أن يكون قد عين إمامه في نيته أم لا ، فإن لم يكن قد عينه صح الاقتداء بلا خلاف ، وإذا كان معينًا عنده ولكن لم ينوه معينًا بناء على ترجيح لم تصح صلاته ؛ لأنه لم ينوه فيهما ، ذلك فيهما ، ونظيره في البيع إذا لم يَبْن على مشاهدة ، فإنه لا يصح ولا يتجه فيه خلاف ، فإنا إن قلنا ثمّ لم يصح في صورة مشاهدة وبان خلافه وقد كافأه ركن اللفظ في البيع ، لكن ألغى قوله (نعجة) وبقي قوله : (بعتك) لم يصح في صورة لم يشاهد المبيع . وإن قلنا : لا يصح البيع فيهما لم تصح الصلاة بطريق الأولى ؛ لأنه إذا لم يعقد البيع وقد أتى بالصيغة فلا تنعقد الصلاة ولم يأتِ بنية معتمدة فيها . وأما إذا نوى الاقتداء في الصلاة بزيد الحاضر فإذا هو عمرو ، بناء على ترجيح بأنه زيد ، فهو مبني على ما لو قال : (بعتك هذه النعجة) فإذا هي رمكة ، فإن قلنا : يصح في البيع صح الاقتداء إذا بان أنه غيره ، وألغي قوله : (نعجة) . وإن قلنا : لا يصح لم يصح الاقتداء ؛ لاختلال بعض النية وبعض اللفظ في البيع ، وذلك يقتضي الاختلال بالكل ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (٥١ ب - ٥٣ ب) .

(١) سقط من الناسخ في الأصل : « لأ » .

يعود إليه الإمام فيسلم معه [1] . ولا يقال : يقوم ويوافق ولا يحتسب له ؛ لأن ذلك لا يحتمل في ركعات مستقلة .

الشرط الخامس : الموافقة : وهو [2] أن لا يشتغل بما تركه الإمام من سجود تلاوة أو قعود للتشهد الأول ، فإن فعل [3] بطلت صلاته ، فأما جلسة الاستراحة فلا بأس [4] ، وأما القنوت فلا بأس به أيضًا إن أدرك الإمام في السجود ؛ إذ ليس فيه إلا تخلف يسير .

الشرط السادس : المتابعة [5] : وهو أن لا يتقدم على الإمام ، ولا يتخلف عنه تخلفًا كثيرًا ، ولا يساوقه ، بل يتابعه فإن ساوق لم يضر إلا في التكبير ، فإن ابتداء تكبيره ينبغي أن يَكون [6] بعد فراغ الإمام على العادة .

والمستحب أن يكبر الإمام إذا ظن استواء الصفوف بعد قوله : « استووا رحمكم الله » والناس يسوون صفوفهم بعد فراغ المؤذن من الإقامة . وقال أبو حنيفة : يُسَوُّون عند قوله : « حي على الصلاة » ، ويكبر الإمام عند قوله : « قد قامت الصلاة » . والصحيح : أن السلام كسائر الأركان ، فيجوز المساوقة [7] فيه .

وقال الشيخ أبو محمد : هو كالتكبيرة .

أما التخلف : إن كان بركن واحد لم يُبطل ، وإن كان بركنين بطل ، لو لم يركع حتى سجد الإمام بطلت صلاته قطعًا ، ولو لم يركع حتى رفع رأسه من الركوع

---

(١) في (أ ، ب) : « بعده » .

(٢) في (أ ، ب) : « وهي » .

(٣) في (ب) : « فعل ذلك » .

(٤) في (أ ، ب) : « فلا بأس بها » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قال : (الشرط الخامس الموافقة) ، ثم قال : (الشرط السادس : المتابعة) وكل واحد من هذين اللفظين يصلح لأن يكون في موضع الآخر ، لكن اصطلح مع نفسه فعبر بالموافقة عن مجانبة مخالفة الإمام في ترك سجدة التلاوة ونحوها ، وبالمتابعة عن مجانبة مخالفته في وقت الفعل تقدمًا وتأخرًا ، لا في أصل الفعل ، والله أعلم » . المشكل (١٣٣/١ أ) .

(٦) في (ب) : « تكون » .

(٧) في (ب) : « المساواة » .

فوجهان :

أحدهما : يُبطل [١] ؛ لأن الاعتدال أيضًا ركن فقد [٢] سبق بركنين .

والثاني : لا ؛ لعلتين :

إحداهما : أنه ليس ركنًا مقصودًا فعلى هذا لا تبطل ما لم يلابس السجود قبل ركوع المأموم [٣] .

الثانية : أن الاعتدال إنما يكون سابقًا به إذا فرغ عنه ، لا بالشروع فيه ، فعلى هذا إذا هوى للسجود قبل ركوعه بطلت صلاته وإن لم يلابس السجود بعد .

وحكم التقدم [٤] كالتخلف .

وقال الشيخ أبو محمد : التقدم بركن واحد يبطل ؛ لأنه لا يليق بالمتابعة كالتقدم في المكان ، وهو بعيد في المذهب ، هذا كله إذا تأخر بغير عذر فإن كان معذورًا كالمسبوق إذا [٥] أدرك بعض الفاتحة فثلاثة أوجه [٦] :

(١) في (ب) : « تبطل » .

(٢) في (أ ، ب) : « وقد » .

(٣) في (أ ، ب) : « الإمام » .

(٤) في (أ ، ب) : « التقديم » .

(٥) « إذا » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله في المسبوق : (إذا أدرك بعض الفاتحة فثلاثة أوجه ؛ أحدها : يترك القراءة ويركع ، والثاني : يتمم لأنه التزم بالخوض ، والثالث : إذا اشتغل بدعاء الاستفتاح فقد قصر فليتدارك ، وإلا فليركع ، فإن قلنا : يتدارك ، فرفع الإمام رأسه من الركوع قبل ركوعه فقد فاتته هذه الركعة ، وتبطل صلاته على أحد الوجهين ؛ لأن هذا الركوع قام مقام ركعة ، وكأنه سبقه بركعة وهو بعيد) يعني : لأنه ركن واحد والسبق بركن غير مبطل ، هذا مشكل من حيث إنه أطلق قوله في التفريع ، فإن قلنا : يتدارك ، فأوهم أنه على الوجه الثاني المقول فيه بوجوب تدارك ما بقي من الفاتحة لكونه التزم ذلك بالشروع فيها يفوته تلك الركعة إذا رفع الإمام رأسه من الركوع قبل فراغه من التدارك ، ومن المعلوم المنظور أنه ليس كذلك ، وأنه يكون مدركًا للركعة وإن لم يلحق الإمام إلا بعد أركان ، فلا يضره ذلك لكونه معذورًا غير مقصر في التخلف .

وأحسب هذا الإيهام تعدى إليه - رحمه الله وإيانا - لما ذكره في درسه بعد طول العهد ، فإني رأيت

أحدها : يترك الفاتحة [1] ويركع ؛ لأن السبق يسقط كل الفاتحة فبعضها أولى .

والثاني : يتمم ؛ لأنه التزم الخوض .

والثالث : إن اشتغل بدعاء الاستفتاح فقد قصر فليتدارك ، وإلا فليركع . فإن قلنا : يتدارك فرفع الإمام رأسه من الركوع قبل ركوعه فقد فاتته هذه الركعة وتبطل صلاته على أحد الوجهين ؛ لأن هذا الركوع قائم مقام ركعة فكأنه سبقه بركعة ، وهو بعيد .

فروع خمسة :

الأول : المسبوق ينبغي أن يكبر للعقد ثم للهَوِيِّ ، فإن اقتصر على واحد وقصد الهوي به لم ينعقد ، وإن قصد العقد انعقد بشرط أن يقع تكبيره في اعتداله ، وإن أطلق فالقياس أنه ينعقد لقرينة البداية .

= هناك بخراسان في (الوسيط) الذي علقه عنه من الدرس ضابط نقص من تلامذته ، هذا مذكور على أنه وجه زيفه ، وذكر فيه أنه قد قيل : إن هذه الركعة قد فاتته ؛ لأن المسبوق إنما يدرك الركعة إذا أدرك الإمام في الركوع ، ثم قال : وليس بشيء ، بل الأصح : أنه يكون مدركًا للركعة ، فإن قلنا : فاتته الركعة ففي بطلان صلاته وجهان ، وهذا التزييف إنما يأتي على تقدير حمل ذلك على إطلاقه بحيث يندرج فيه الوجه الثاني ، أما إذا خصصناه بالوجه الثالث المقول فيه بالتدارك بناء على تقصيره كما سنبينه - إن شاء الله تعالى - فلا وجه لتزييفه .

وقد حدثني بعض أصحابنا الطوسيين غير مرة أنه أرسله من استشكل ذلك بطوس إلى من كان عنده أصل الإمام الغزالي بخطه من ذرية ابنته ، فأخرج له الأصل وإذا فيه : (فإن لا يتدارك) ، و (لا) فيه ملحقة ، وليس الأمر في ذلك على ذلك ، وإنما هو في (الوسيط) . فإن قلنا : يتدارك من غيره ، ووجهه أنه مخصوص بالتدارك المقول به في الوجه الثالث ، فإنه مبني على التقصير دون التدارك المقول به في الوجه الثاني ، فإنه غير مبني على تقصيره ، بل على أن الشروع ملزم ، وهذا التخصص مصرح به في (البسيط) ، وكذلك صرح في (النهاية) بأن الحكم بفوات الركعة وما تفرع عليه جارٍ على الوجه الثالث نحو جريانه على الوجه الأول المقول فيه بوجوب الركوع إذا خالف ولم يركع ، بل قرأ حتى فاته الركوع ، والله أعلم » . المشكل (١٣٣/١ أ - ١٣٤ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « القراءة » .

ونقل العراقيون عن الشافعي – [1] رضي الله عنه [1] – أنه لا ينعقد ، لأنه قارنته قرينة الهوي ولا مخصص .

الثاني : إذا نوى قطع القدوة في أثناء الصلاة ، فيه ثلاثة [2] أقوال :

أحدها : المنع ، وفاءً بالملتزم .

والثاني : الجواز ؛ لأنه نفل فلا [3] يلزم بالشروع .

والثالث : الجواز للمعذور بعذر يجوز ترك الجماعة به .

وعلى الأقوال إذ أحدث الإمام انقطعت القدوة ولم تبطل صلاة المأموم .

الثالث : المنفرد إذا أنشأ القدوة في أثناء الصلاة ؛ فالنص الجديد يدل على منعه . والقديم على جوازه .

ويشكل على الجديد جواز الاستخلاف ؛ فإن فيه اقتداءً بمن لم يقتد به . وإنما منع الشافعي – [4] رضي الله عنه [4] – الاستخلاف في القديم [5] ، ولكن ليس في الاستخلاف انتقال المنفرد إلى الاقتداء ، بل [6] هو تبديل [6] المقتدى به .

الرابع : إذا شك المسبوق فلم يدرِ أن الإمام فارق حد الراكعين قبل ركوعه فقولان :

أحدهما : أنه مدرك ؛ إذ الأصل بقاء الركوع .

والثاني : لا ؛ إذ الأصل عدم الإدراك / . ٢٥/ب

---

(١) ليست في (أ ، ب) .

(٢) « ثلاثة » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٤) ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « القديم لهذا » .

(٦) ليست في (أ ، ب) .

الخامس : إذا كان مسبوقًا فسلم الإمام نص الشافعي (١ - رضي الله عنه - ١) على أنه يقوم من غير تكبير .

وعلته : أنه كبر في ارتفاعه عن السجود مع الإمام ، وهو الانتقال في حقه .

وقال الشيخ أبو حامد : يكبر هاهنا للانتقال .

* * *

---

(١) ليست في (أ ، ب) .

كتاب
صلاة المسافرين

وفيه بابان

[الباب الأول : في القصر .

الباب الثاني : في الجمع] * .

* ما بين المعقوفتين مزيد من المحقق .

[الباب] [١] الأول

في القصر

وهو رخصة جائزة عند وجود السبب ، والمحل ، والشرط .

والنظر الأول : في السبب :

وهو كل سفر طويل مباح . فهذه ثلاثة قيود :

الأول : السفر :

وحدُّه الانتقال مع ربط القصد بمقصد معلوم [٢] . فالهائم ، وراكب التعاسيف لا يترخص [٣] وإن [٤] مشى ألف فرسخ ، وأمر السفر ظاهر وإنما الغموض في بدايته ونهايته .

أما البداية : فهي [٥] الانفصال عن الوطن ، والمستقر [٦] .

والمستقر ثلاثة :

الأول : البلد ، والانفصال عنه بمجاوزة السور ، فإن لم يكن له سور فبمفارقة البنيان .

---

(١) زيادة من المحقق .

(٢) يقول ابن الصلاح : « ومن كتاب صلاة المسافرين ذكر أن حد السفر : (الانتقال مع ربط القصد بمقصد معلوم) وهذا يحتاج إلى تمام ، بأن يقال : الانتقال من محل الإقامة كيلا ينتقض بالانتقال من دار إلى دار هما في بلدة واحدة ، ونحو ذلك » . المشكل (١٣٤/١ أ) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « وقوله : (فالهائم وراكب التعاسيف لا يترخص) قال الشيخ أبو الفتوح العجلي : هما عبارتان من غير واحد ، وليس كذلك ، إنما الفرق بينهما مما يشكل ، والفرق – والله أعلم – : أن الهائم الذي خرج على وجهه ولا يدري أين يتوجه ، وإن سلك طريقًا مسلوكًا ، وراكب التعاسيف لا يسلك طريقًا ، وكلاهما مشتركان في أنهما لا يقصدان مقصدًا معلوماً ، والله أعلم » . المشكل (١٣٤/١ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « ولو » .

(٥) في (أ ، ب) : « فهو » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله في ابتداء السفر : (إنه الانفصال عن الوطن والمستقر) فالمستقر أعم من الوطن ، فإنه يشمل مقر المقيم غير المستوطن » . المشكل (١٣٤/١ أ) .

فإن كان وراء البنيان خراب ففي اشتراط مجاوزته تردد .

ولا يشترط مجاوزة المزارع والبساتين التي يخرج إليها للتنزه [١]

الثاني : القرية ، ولابد فيها من مجاوزة البساتين والمزارع المحوطة دون التي ليست محوطة [٢] .

وإن [٣] اتصلت أبنية قرية بأخرى فالقياس : أن يكفيه مجاوزة قريته .

ونقل العراقيون عن [٤] الشافعي – [٥] رضي الله عنه [٥] – أن ذلك لا يكفي .

الثالث : الصحراء ، والانفصال عنها بمجاوزة الخيام ، والنادي ، والدمن [٦] ، وإن نزلوا على منهل أو محتطب فلابد من مجاوزتهما إلا أن يتسع بحيث لا يختص بالنازلين ، وإن تفرقت الخيام بحيث لا يستعين [٧] بعضهم ببعض [٨] فلكل حلة حكمها ، وقد قال

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في السفر من البلد غير المسور : (لا يشترط مجاوزة المزارع والبساتين التي يخرج إليها للتنزه) فقوله : (للتنزه) احتراز مما إذا كانوا يسكنونها ، ولو في بعض فصول السنة ، فإنه يشترط في الترخص مجاوزتها ، والله أعلم » . المشكل (١٣٤/١ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره في ترخص المسافر من قرية من أنه : (لابد فيها من مجاوزة المزارع والبساتين المحوطة دون التي ليست بمحوطة) . مخالف لما ذكره غيره ، ففي طريقة العراق أن القرية كالبلدة في أنه ليس يشترط مجاوزة البساتين والمزارع ، وفي طريقة شيخه إمام الحرمين أنه لا يشترط في القرية مجاوزة المزارع محوطة كانت أو غير محوطة ، وتشترط مجاوزة البساتين إن كانت محوطة ، ولا يشترط إن لم تكن محوطة ، والله أعلم » المشكل (١٣٤/١ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « ولو » .

(٤) في (أ ، ب) : « عن نص » .

(٥) ليست في (أ ، ب) .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله : (النادي والدمن) فالنادي هاهنا مجلس القوم ومجتمعهم للحديث ، والدمن بكسر الدال المهملة جمع دمنة ، وهي ما تلبد من السرحين ونحوه ، وقيل : أراد بها مطارح التراب والمواضع التي يتردد أهل الخيام إليها » . المشكل (١٣٤/١ ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « لا يستعير » .

(٨) في (أ ، ب) : « من بعض » .

الشافعي - (١ رضي الله عنه ١) - : لو نزلوا في واد والسفر في عُرْضِه فلابد من جَزْعه (٢) .

وقال الأصحاب : إن كانوا (٣) على ربوة فلابد من الهبوط (٤) ، أو في وهدة فلابد من الصعود .

فرعٌ :

إذا رجع المسافر (٥ ليأخذ شيئًا ٥) خلَّفه فلا يقصر في الرجوع ولا في مستقره . فإن لم يكن المستقر وطنًا ، بل أقام بها غريبًا فأظهر الوجهين : أنه كسفره .

أما نهاية السفر فتحصل بأحد أمور ثلاثة :

الأول : الوصول إلى عمران الوطن .

الثاني : العزم على الإقامة مطلقًا ، أو مدة تزيد على ثلاثة أيام في موضع تتصور الإقامة به (٦) ولو في واد ، فإن (٧) كان لا يتصور فالأصح أنه يترخص ؛ لأن العزم فاسد .

الثالث : الإقامة في صورتها إذا زادت على ثلاثة أيام انقطع الترخص ، ولا

---

(١) ليست في (أ) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (قال الشافعي : لو نزلوا في واد والسفر في عرضه فلابد من جزعه) فقوله : (في عرضه) لك أن تقرأه بفتح العين ولك أن تقرأه بضمها ، أي جانبه وهو بضمها أيضًا وسطه ، والجميع راجع إلى معنى واحد ، وفيه احتراز مما إذا كان السفر في طول الوادي ، وجزعه بفتح الجيم وإسكان الزاي المنقوطة أي قطعه .

وهذا وما ذكره في الربوة والوهدة المراد به ما إذا لم يتسع ذلك بحيث يخرج عن كون جميعه منسوبًا إليهم ، أما إذا اتسع فلا يعتبر غير مجاوزة الخيام والنادي والدمن وملعب الصبيان وحظائر الإبل ونحو ذلك ، وفي قول صاحب الكتاب في المحتطب إلا أن يتسع بحيث لا يختص بالنازلين ثنيته على ذلك ، والله أعلم » . المشكل (١/١٣٤ ب - ١٣٥ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « كان » .

(٤) في (أ ، ب) : « هبوط » .

(٥) في (أ ، ب) : « لأخذ شيء » .

(٦) في (أ ، ب) : « فيه » .

(٧) في (أ ، ب) : « فلو » .

يحسب [١] في الثلاث يوم الدخول ويوم الخروج [٢] .

ثم المقيم فوق الثلاثة [٣] إذا كان عازمًا [٤] على أن يشغله [٥] ألا يتنجز في الثلاثة فلا يترخص كالمتفقه والتاجر تجارة كبيرة ، إلا إذا كان شغله قتالًا ففيه قولان :

أحدهما : يترخص [٦] لما روي أن رسول الله ﷺ قصر في بعض الغزوات ثمانية عشر يومًا ، وروي سبعة عشر ، وروي عشرين [٧] .

---

(١) في (أ ، ب) : « يحتسب » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في الإقامة : (إذا زادت على ثلاثة أيام انقطع الترخص ، ولا يحسب في الثلاث يوم الدخول ويوم الخروج) وكذلك قوله في العزم على الإقامة مدة تزيد على ثلاثة أيام ، فهذه عبارة شيخه أيضًا ، وعبارة الشافعي ومعظم أصحابه في ذلك : إقامة أربعة أيام ، ومفهومه وما صرح به بعضهم : أنه لا تعتبر في تلك الزيادة على ثلاثة أيام إذا لم تبلغ الأربعة .

وعبارة صاحب الكتاب عند التحقيق راجعة إلى ذلك ؛ لأنه وإياهم لا يحسبون في ذلك يومي الدخول والخروج ، ويلزم من ذلك أن يكون ما ذكراه من الزيادة على ثلاثة أيام تمام الأربعة ، وهو يوم ؛ لأن ما دون اليوم يكون يوم الدخول أو يوم الخروج لا محالة ، وقد اشترطنا في الزيادة أن تكون خارجة عن يومي الدخول والخروج ، وهذا لطيف فافهمه .

ولا نقول مثل ذلك في عبارة شيخه ؛ لأنه قد صرح بالمخالفة فقال : إن نوى مقام أربعة أيام أو مقام ثلاثة أيام ولحظة صار مقيمًا ، وإنما يستقيم هذا مع القول باحتساب يومي الدخول والخروج ، وسياق كلامه يشعر بأن في ذلك خلافًا ، وهي كذلك ، فقد حكى فيه صاحب (التهذيب) وغيره وجهين ، والله أعلم » . المشكل (١٣٥/١ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « الثلاث » . (٤) في (ب) : « جازماً » .

(٥) في (أ) : « شغل » ، وفي (ب) : « شغله » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ثم المقيم فوق الثلاث إذا كان عازمًا على أن شغله لا يتنجز في الثلاث فلا يترخص) هذه عبارة غير مرضية ، وقد غيرت في بعض النسخ ، وتمامها وتحريرها بأن يقال : المقيم فوق الثلاث إذا كان عازمًا من الابتداء على أن شغله لا ينجزه في الثلاث فيجعل التنجيز من فعله ، والله أعلم » . المشكل (١٣٥/١ أ - ١٣٥ ب) .

(٧) يقول ابن الصلاح : « قوله : (روي أن رسول الله ﷺ قصر في بعض الغزوات ثمانية عشر يومًا ، =

= وروي سبعة عشر يومًا ، وروي عشرين يومًا) أما ثمانية عشر وسبعة عشر : ففي إقامته ﷺ عام فتح مكة وفي حرب هوازن ، أما ثمانية عشر : فقد رويناه في سنن أبي داود ، ورويناه في كتاب (السنن الكبير) عن عمران بن الحصين ، وفي إسناده علي بن زيد ، وليس بالقوى .

وأما رواية سبعة عشر - بنقصان ثلاثة من عشرين - : فقد رويناه من وجوه عن ابن عباس - رضي الله عنهما - منها في السنن لأبي داود ، لكن الذي روينا عن ابن عباس في صحيح البخاري تسعة عشر ، بنقصان واحد من عشرين ، وذكر الحافظ أحمد البيهقي أن هذه أصح الروايات عن ابن عباس ، قال : ويمكن الجمع بينهما بأن يكون من قال : سبعة عشر يومًا لم يعد يوم الدخول ويوم الخروج ، ومن قال : تسعة عشر عدهما ، ومن قال : ثمانية عشر عد أحدهما ، والله أعلم .

وأما رواية عشرين يومًا : ففي غزوة تبوك ، روينا من حديث جابر بن عبد الله قال : « أقام رسول الله ﷺ بتبوك عشرين يومًا يقصر الصلاة » . أخرجه أبو داود ، وذكر الحافظ أحمد البيهقي أنه غير محفوظ سندًا ، بل مرسلًا من غير ذكر جابر .

فالأصح إذًا ما رواه البخاري وهو تسعة عشر يومًا ، وهذا يقتضي تعيينها دون سائر الأعداد ، على القول بأنه لا يجوز الزيادة في ذلك على مدة إقامته - عازمًا قاصدًا صلاته - على النبي ﷺ .

وحكى إمام الحرمين وغيره في ذلك طريقين ؛ أحدهما : أن في ذلك ثلاثة أقوال ؛ أحدها : أنها سبعة عشر ، والثاني : ثمانية عشر ، والثالث : عشرون يومًا . والثاني : أن المعتمد ثمانية عشر .

قلت : والذي رأيته في كلام الشافعي ولم يحكِ صاحب (الحاوي) غيره : سبعة عشر أو ثمانية عشر على الترديد ، وهذا يقتضي الاقتصار على الأول سبعة عشر .

ولا ينبغي أن يعدل عن اختيار ما حققناه ، فإنه من تحقيق أهل الحديث ، وعليهم الاعتماد في مثل هذا .

وفي كتاب إمام الحرمين من المزال عن وجهه في هذا المقام أنه عكس ، فجعل رواية ثمانية عشر عن ابن عباس ، ورواية سبعة عشر عن عمران بن الحصين ، وأنه جعل رواية عشرين يومًا واردة في غزوة فتح مكة ، وإنما وردت في غزوة تبوك كما سبق ذكره ، والله أعلم » . المشكل (١/١٣٥ ب - ١٣٦ أ) .

راجع بعض روايات قصر الرسول ﷺ عند البخاري : (٢/٦٥٣) (١٨) كتاب تقصير الصلاة (١) باب ما جاء في التقصير ، وكم يقيم حتى يقصر (١٠٨٠،١٠٨١) ، وأطرافهما : (٤٢٩٨،٤٢٩٩،٤٢٩٧) ، ومسلم : (١/٤٨١) (٦) كتاب صلاة المسافرين (١) باب صلاة المسافرين وقصرها (٦٩٣) ، وأبو داود : (٢/١٠،١١) كتاب الصلاة - باب متى يتم المسافر ، باب إذا أقام بأرض العدو يقصر (١٢٢٩-١٢٣٤) ، والترمذي : (٢/٤٣١) (٢) أبواب الصلاة (٤٠) باب ما جاء في كم تقصر الصلاة (٥٤٨،٥٤٩) ، =

والثاني : لا ؛ لأنه مقيم والقتال المجدد لا يرخص في القصر ، وفعل رسول الله ﷺ يُحمل على عزمه الارتحال في كل يوم إن تنجَّز غرضه .

فإن قلنا : يترخص ففي الزيادة على هذه المدة قولان [1] :

الأقيس : الجواز ؛ لأنه لو طال القتال على رسول الله ﷺ استمر على [2] القصر ، ولما روي أن ابن عمر أقام على القتال بأذربيجان ستة أشهر وكان يقصر [3] .

أما إذا كان عزمه الخروج في كل ساعة لو تنجَّز غرضه ولكن اندفع بعائق ، فإن كان غرضه القتال يرخص على الصحيح ؛ للخبر . ومن مَنَعَ حَمَلَ ذلك على أن رسول الله ﷺ كان يتنقل من موضع إلى موضع . وإن كان غرضه غير القتال فقولان :

أحدهما : المنع ؛ لأن هذا خاصية القتال ، وإلا فهو مقيم من حيث الصورة .

= والنسائي : (١٢١/٣،١٢٢) (١٥) كتاب تقصير الصلاة في السفر (٤) باب المقام الذي يقصر بمثله الصلاة (١٤٥٢-١٤٥٦) ، وابن ماجه : (٣٤١/١،٣٤٢) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٧٦) باب كم يقصر الصلاة المسافر إذا أقام ببلدة (١٠٧٣-١٠٧٧) .

وقد تباينت الروايات في ذكر عدد الأيام - كما أوضح ابن الصلاح آنفًا - فلتراجع . وانظر : تلخيص الحبير : (٤٥/٢،٤٦) ، ونصب الراية : (١٨٤/٢-١٨٦) .

(١) في (أ ، ب) : « وجهان » . (٢) « على » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (روي أن ابن عمر - رضي الله عنهما - أقام على قتال بأذربيجان ستة أشهر ، وكان يقصر) هذا رويناه في السنن الكبير ، وإسناده جيد .

وأذربيجان : الأفصح أنها بهمزة في أولها مفتوحة من غير مد ، ثم ذال معجمة ساكنة ، ثم راء مفتوحة ، ثم باء موحدة مكسورة ، ويقال : بهمزة ممدودة ، ثم ذال مفتوحة ، ثم راء ساكنة ، وهذا أشهر ، وهي ناحية تشتمل على بلاد معروفة ، والله أعلم » . المشكل (١٣٦/١ أ) .

وحديث ابن عمر - رضي الله عنهما - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : (١٥٢/٣) ، ومعرفة السنن والآثار : (٢٧٤/٤) ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه : (٥٣٣/٢) حديث (٤٣٣٩) . وأخرج أحمد في مسنده (٨٣/٢) عن ابن عمر قال : « يا أيها الرجل ! كنت بأذربيجان - قال الراوي : لا أدري قال أربعة أشهر أو شهرين - فرأيتهم يصلونها ركعتين ركعتين ... » .

والثاني – وهو اختيار المزني – : أنه يترخص ؛ لأنه منزعج بالقلب [1] ولا فرق بين القتال وبين [2] غيره في حكم القياس .

فرعٌ :

لو خرج من بغداد يقصد الري فبدا له أثناء [3] الطريق العود : انقطع سفره فلا يقصر في الحال ما لم يفارق مكانه كمشي السفر .

ثم إن فارق وكان بينه وبين مقصده مرحلتان قَصَرَ ، وإلا فلا .

ولو [4] انتقض عزمه في العود ، وأراد التمادي إلى الري ولم تبق مرحلتان لا [5] يقصر ، وكذا لو غير عزيمته من الري إلى همدان انقطع ذلك السفر [6] ، فليفارق مكانه ثم ليترخص [7] .

القيد الثاني : الطويل :

وحَدُّهُ : مسيرة يومين ، وبالمراحل مرحلتان ، وبالأميال ثمانية وأربعون ميلًا بالهاشمي كل ثلاثة أميال فرسخ [8] .

---

(١) في (أ ، ب) : « القلب » .

(٢) « وبين » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « في أثناء » .

(٤) في (أ ، ب) : « فلو » .

(٥) في (أ ، ب) : « لم » .

(٦) « السفر » : ليست في (أ ، ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « بترخص » .

(٨) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من أن (السفر الطويل حده بالأميال ثمانية وأربعون ميلًا بالهاشمي ، وكل ثلاثة أميال فرسخ) ، فالميل أربعة آلاف خطوة ، وكل خطوة ثلاثة أقدام ، فكل ميل إذًا اثنا عشر ألف قدم ، والمعتبر في كل ذلك الوسط .

وقوله : (بالهاشمي) نسبة إلى بني هاشم . وفيه احتراز من أميال بني أمية ، فهي أكبر وبها حدد الشافعي في القديم فقال : أربعون ميلًا ، يريد أميال بني أمية ، والمقدار واحد . وأخطأ بعض الشارحين للوجيز فأفحش ، فزعم أن ذلك نسبة إلى هاشم جد رسول الله ﷺ ، وكأنه لم يرد أن النسبة إلى بني هاشم هاشمي ، وليس يخفى أن ذلك لا يلائم حال هاشم ، وإنما يلائم حال بني هاشم حين أفضت الخلافة إلى بني هاشم لما تولاها بنو العباس ، والله أعلم » . المشكل (١٣٦/١ أ – ١٣٦ ب) .

وقال أبو حنيفة : هو مسيرة ثلاثة أيام .

ثم رُخص السفر ثمانية :

أربعة منها تتعلق بالقصير والطويل : كالصلاة على الراحلة على أصح القولين ، وترك الجمعة ، والتيمم ، وأكل الميتة [١] .

وأربعة تتعلق بالطويل : القصر ، والفطر ، والمسح ثلاثة أيام ، والجمع في أصح القولين .

ثم الصوم أفضل من الفطر ، وفي القصر والإتمام قولان .

وقال الصيدلاني : القصر أفضل ، وفي الفطر قولان ؛ لأن بدل الصوم يثبت في الذمة ، ونقصان القصر لا يثبت [٢] في الذمة [٢] .

ثم لطول السفر أربعة شرائط :

الأول : أن [٣] يعزم عليه في الأول ، فلو خرج في طلب الآبق [٤] على عزم [٥] أن ينصرف مهما لقيه لم يترخص وإن مشى ألف / فرسخ ، إلا إذا علم أولًا أنه لا يلقاه قبل مرحلتين . ٢٦/ب

الثاني : أن لا يحسب [٦] الإياب في طول السفر ، فلو كان مجموع الإياب

---

(١) يقول ابن الصلاح : « ذكر أن : (الرخص المتعلقة بالسفر الطويل والقصير أربع : الصلاة على الراحلة ، وترك الجمعة ، والتيمم ، وأكل الميتة) قال تلميذه محمد بن يحيى : تناول الميتة رخصة السفر والحضر جميعًا مهما تحققت الضرورة . قلت : إنما يجعل أكل الميتة من رخص السفر حيث يكون الاضطرار ناشئًا من السفر في حق من كان بحيث لو أقام في الحضر لم يضطر ، وهكذا التيمم بسبب عدم الماء ، وذلك هو الغالب ، فإن عدم الطعام والماء لا يكاد يقع في الحضر ، وقد يقال في التيمم : إنه أراد التيمم الذي لا تجب إعادة الصلاة المؤداة به ، فإن ذلك يعم السفر الطويل والقصير على أصح القولين ، ولكن ذلك مخالف لظاهر لفظه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٣٦ ب) .

(٢) ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « أنه » .

(٤) في (أ) : « آبق » .

(٥) « عزم » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « يحتسب » .

والذهاب مرحلتين لا يقصر لا ذاهبًا ولا جائيًا .

الثالث : أن يكون طوله ضروريًا ، فلو ترك الطريق القصير وسلك الطويل لم يقصر إلا إذا كان فيه غرض من أَمن ، أو سهولة طريق . وفي غرض التنزه والتفرج وجهان .

الرابع : أن لا يعزم على الإقامة في الطريق ، فلو قصد سفرًا طويلًا على أن يقيم في كل مرحلة أربعة أيام لم يترخص .

القيد الثالث : المباح (1) :

فالعاصي بسفره لا يترخص كالآبق ، والعاق ، وقاطع الطريق ؛ لأن الرخصة إعانة ولا يُعان على المعصية ، ومن عَيَّنَ مقصدًا ولا غرض له لم يترخص ؛ لأنه عاصٍ بإتعابه نفسه .

قال الشيخ أبو محمد : من الأغراض الفاسدة طَوْفُ الصوفي إذا لم يكن له غرض سوى رؤية البلاد .

وفي جواز أكل الميتة والمسح يومًا وليلة للعاصِ وجهان :

الأصح : الجواز ؛ فإنه ليس من خصائص السفر فأشبه تناول المباحات .

أما العاصي في سفره بالشرب وغيره فيترخص .

فرعٌ :

لو أنشأ سفرًا مباحًا ثم غير القصد إلى معصية فالنص أنه يترخص ؛ لأن الشروط إنما تُعتبر عند ابتداء الأسباب وقد انعقد هذا السفر سببًا مرخصًا ، وكذا على العكس الآبق إذا توجه إلى سيده لم يترخص ؛ لفقد الشرط في الابتداء ، وخرّج ابن سريج قولًا : أن النظر إلى الحال لا إلى الابتداء وهذا أوضح .

---

(1) قال ابن الصلاح : « قوله : (القيد الثالث : المباح) لم يُرد بالمباح هاهنا ما قرره في أصول الفقه من أن المباح : ما استوى طرفاه في عدم الثواب والعقاب ، وإنما المباح هاهنا على اصطلاح الفقهاء ، وهو ما لا حرج في فعله ، فيدخل فيه الواجب والمندوب إليه ، والله أعلم » . المشكل (١٣٦/١ ب - ١٣٧ أ) .

النظر الثاني : في محل القصر :

وهو كل صلاة رباعية مؤداة في السفر أدرك وقتها في السفر . والرباعية احتراز عن المغرب والصبح فلا قصر فيهما . والمؤداة احتراز عن المقضية ، ولا (١) قصر إذا قضى في السفر ما فات في الحضر ، ولو فات في السفر ففي قضائها ثلاثة أقوال :

أحدها - وهو مذهب المزني - : جواز القصر ؛ إذ لم يجب إلا هذا القدر (٢) .

والثاني : المنع ؛ لأنه (٣) هذه رخصة ووقت القضاء متسع .

الثالث : إن قضى في السفر قصر ، وأما في الحضر فلا .

وإن تخلل حَضَرٌ بين سفرين فوجهان .

فرعٌ :

نص الشافعي - رضي الله عنه - أن المسافر في آخر الوقت يقصر ، ونص في

---

(١) في (أ ، ب) : « فلا » .

(٢) قال الحموي : « ما ذكره الشيخ من النقل يرد عليه إشكال من حيث إنه خص مذهب المزني بالسفر ، والمنقول في معظم الكتب أنه لو فاتته صلاة في الحضر فقضاها في السفر أتى بها مقصورة ، اعتبارًا بوقت القضاء ، وإذا كان كذلك اقتضى أن يلزمه الإتمام في صورة فاتته في الحضر ، فإنه يقضيها أربعًا ، وذلك مخالف لسائر الكتب » .

ثم قال الحموي : « ما ذكره الشيخ صحيح ، فإن الجمع بينهما ممكن ، فإنه إذا فهم تعليل المزني كان القصر جائزًا في الموضعين المذكورين ، تخفيفًا على المكلف حتى يسهل عليه القضاء ، وصار هذا كما لو فاته صوم يوم طويل في الحضر ثم أراد أن يقضيه في يوم قصير جاز ، فكذلك هنا ، وكذلك إذا فاتته صلاة في الحضر ، وكان قادرًا على القيام فيها في ذلك الوقت ، وعند الأداء كان عاجزًا عن القيام فيها - وما أشبهه - فإنه يصليها قاعدًا حسب الوقت . إذا ثبت هذا كان في مسألتنا كذلك إن شاء صلى ركعتين ، وإن شاء أربعًا عند المزني ، وكأن الشيخ استغنى بذكره في السفر حيث فات ولم يتعرض فيما ذكره في معظم الكتب لكون القلة تقتضيه لما علم . والذي أشكل عليه إنما كان لعدم فهم تعليل المزني ، فإنه اعتقد أن تعليل المزني إنما كان باعتبار وقت الوجوب ، فأشكل عليه ذلك » . مشكلات الوسيط (٥٤ ب - ٥٥ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « لأن » .

الحائض إذا أدركت أول الوقت أنه تلزمها الصلاة .

فقيل : قولان بالنقل والتخريج .

أحد القولين : أنه يلزم بأول الوقت الإتمام على المقيم وأصل الصلاة على الحائض ؛ لإدراك وقت الإمكان ، ولتغليب جانب الوجوب .

والثاني : لا ؛ لأن الوجوب إنما يستقر بكل الوقت أو بآخره .

ومنهم من فرق : بأن الحيض إذا طرأ كان ذلك القدر من الوقت بالإضافة إلى إمكانها كل الوقت ، بخلاف المسافر .

النظر الثالث : في الشرط (١) :

وهو اثنان :

الأول : أن لا يقتدي بمتمٍّ ، فإن اقتدى به (٢) ولو في لحظة لزمه الإتمام ، ولو تردد في أن إمامه مسافر أو مقيم لزمه الإتمام وإن كان مسافرًا بمجرد التردد ، بخلاف ما لو شك أن إمامه هل نوى الإتمام ؟ لأن النية لا يطلع عليها ، وشعار المسافر ظاهر والظاهر من المسافر أن ينوي القصر .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في شرط القصر : (هو اثنان ؛ أحدهما : أن لا يقتدي بمتم ، والثاني : أن يستمر على نية القصر جزمًا في جميع صلاته) هذا يفهم منه انحصار الشرط في هذين الاثنين ، وليس كذلك ، فإن له شروطًا منها :

أن لا يقيم في جزء من صلاته بل يستمر سفره من أولها إلى آخرها ، فلو نوى الإقامة في أثناء صلاته أو طرأت الإقامة نفسها بأن انتهت السفينة وهو يصلي فيها إلى وسط بلده لزم الإتمام .

ومنها : علم القاصر بجواز القصر ، فلو قصر جاهلاً بذلك لم يصح قصره ، وإن نوى ؛ لأنه لا يجوز له ترك ما أمر به من الإتمام من غير علم بما يجوز له تركه ، والله أعلم » . المشكل (١٣٧/١ أ) .

(٢) « به » : ليست في (أ ، ب) .

فروعٌ :

الأول : لو اقتدى بمتم ثم فسدت صلاته لزمه الإتمام في الاستئناف ؛ لأنه التزم مرة بالشروع .

الثاني : لو اقتدى بمن ظنه مسافرًا ثم بان كونه مقيمًا لزمه الإتمام لأنه مقصر ؛ إذ شعار الإقامة ظاهر .

ولو بان أنه مقيم محدِثٌ قال صاحب التلخيص : له القصر ؛ لأنه في الظاهر ظنه مسافرًا ، وفي الباطن لم تصح قدوته .

وحكى الشيخ أبو علي وجهًا : أنه يتمم ، ويلتفت [١] على أن المسبوق هل يصير مدركًا بالركوع إذا بان كون إمامه محدثًا ؟

الثالث : إذا رَعَفَ الإمام المسافر وخلفه المسافرون [٢] فاستخلف مقيمًا أتم المقتدون ، وكذا الراعف إذا عاد ، واقتدى بالمستخلف ؛ لأنه لم يكمل واحد [٣] صلاته حتى كان فيها في صلاة مقيم .

الشرط الثاني : أن يستمر على نية القصر جزمًا في جميع الصلاة ، فلم [٤] ينوِ القصر ولا الإتمام لزمه الإتمام ، ولو شك في أنه هل نوى القصر ولو في لحظة لزمه الإتمام ، ولو قام الإمام إلى الثالثة ساهيًا فشك أنه هل نوى الإتمام لزمه الإتمام ، بخلاف ما إذا شك في نية إمامه ؛ لأن النية لا يطلع عليها ، وحال المسافر ظاهرة القصر بخلاف ما إذا قام إلى الثالثة ؛ فإنه تأكد ظن الإتمام بالقيام [٥] .

---

(١) في (أ ، ب) : « وهو يلتفت » .

(٢) في (أ ، ب) : « مسافرون » .

(٣) في (أ ، ب) : « واحد منهما » .

(٤) في (أ ، ب) : « فلو لم » .

(٥) في (أ ، ب) : « بالقيام إلى الثالثة » .

أما القاصد إذا قام إلى الثالثة والرابعة سهوًا (١) فيسجد (٢) لسهوه ولا (٣) يعتد به إتمامًا ، بل لو قصد أن يجعله إتمامًا لزمه أن يقوم فيصلي ركعتين أخريين .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « ساهيًا » .

(٢) في (أ ، ب) : « فسجد » .

(٣) في (أ ، ب) : « فلا » .

الباب الثاني

في الجَمْع

والجمع بين الظهر والعصر ، وبين المغرب والعشاء في وقتيهما جائز بسببين : السفر ، والمطر .

(١ ونعني به السفر المباح . وقال أبو حنيفة : لا يجوز الجمع بالسفر ١) .

وفي السفر القصير عندنا قولان :

أحدهما : نعم ؛ فإن أهل مكة يجمعون بمزدلفة وسفرهم قصير .

والثاني : لا كالقصر ، وأهل مكة يجمعون بعذر النُّسُك ، ولذلك يجوز لأهل عرفة أيضًا وليسوا مسافرين .

ومَنْ علل بالسفر منع أهل عرفة من الجمع . ويخرج (٢) أهل مكة على القولين .

ثم / شرائط الجمع ثلاثة : ٢٦/ب

الأول : الترتيب : وهو تقديم الظهر [على العصر] (٣) ، مهما عجل العصر ، فإن أخَّر الظهر إلى وقت العصر ففي تقديمه وجهان :

ووجه الفرق : أن العصر في وقته فلم يفتقر إلى تقديم غيره ؛ بخلاف العصر في وقت الظهر (٤) .

---

(١) العبارة ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « وخرج » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « في عدم اشتراط الترتيب على أحد الوجهين فيما إذا أخر الظهر إلى وقت العصر : (وجه الفرق أن العصر في وقته فلم يفتقر إلى تقديم غيره بخلاف العصر في وقت الظهر) هذا مشكل وإيضاحه : أنا إنما اشترطنا الترتيب : أي تقديم الظهر على العصر في الجمع في وقت الأولى لأن العصر في غير وقته ، وإنما يصح مجموعًا إلى غيره وهو الظهر ، فلابد من وجود الظهر المجموع إليه أولاً ليجمع إليه غيره ، بخلاف الجمع في وقت العصر ، فإن العصر واقعة من وقتها فيصح ، وإن لم يقدم الظهر عليها . وتصح الظهر مؤخرة بوصف الجمع ؛ لأن الجمع قد وقع ضرورة تحولها في وقت العصر على وجه مألوف فيه ، والله أعلم » . المشكل (١٣٧/١ أ - ١٣٧ ب) .

الثاني : الموالاة عند التقديم ، فلا (١) يحتمل الفصل بأكثر من قدر إقامة ؛ لتحقق صورة الجمع .

فأما في التأخير ففي الموالاة وجهان . وفائدة اشتراطها في التأخير أن يصير الظهر فائتة لا يجوز قصرها إذا لم يصلِّ العصر عقيبها .

الثالث : نية الجمع عند التقديم في أول الصلاة الأولى أو في وسطها (٢) ، فلو نوى في أول الصلاة الثانية لم يجز .

وقال المزني : يجوز (٣) ؛ لأن اتصالها به لا يزيد على اتصال سجود السهو .

ومعنى النية في التأخير أن لا يتركها على قصد التكامل (٤) والترك فيعصى به وتصير قضاء ، وقد تردد الأصحاب في أن الظهر المؤخَّرَ مع نية الجمع أداء أو قضاء ، والصحيح أنه أداء .

السبب الثاني : المطر :

« وقد جمع رسول الله ﷺ بالمدينة من غير خوفٍ ولا سفر » . وقال الشافعي –

---

(١) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (نية الجمع عند التقديم في أول الصلاة الأولى أو في وسطها) هذا اقتصار منه على القول الأصح المنصوص عليه في الجمع بالسفر ، وترك القول الثاني المنصوص عليه في الجمع بالمطر ، وهو أنه لا يجوز إلا عند التحرم بالصلاة الأولى ، ومن المتصور ذكر القولين في الجمعين » . المشكل (١/١٣٧ ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فلو نوى في أول الصلاة الثانية لم يجزْ ، وقال المزني : يجوز) ، هذا ليس مذهب المزني ، وإنما هو قول ثالث مخرج ، خرجه المزني للشافعي ، وإنما قول المزني ومذهبه أن نية الجمع ليست شرطًا أصلًا ، ويكفي فعل الجمع وصورته .

ثم إن القول الثالث الذي خرجه المزني إنما هو تجويز إيقاع نية الجمع بين الصلاتين ، فلو أنه نوى الجمع في أول الصلاة الثانية فالظاهر من كلام المفرعين على تخريجه هذا أن ذلك لا يجوز ؛ لأنها جازت بين الصلاتين لتعلق الجمع بالصلاتين . قال إمام الحرمين : ليس يبعد عن القياس تجويز ذلك على هذا ، إذا عرفت هذا فالذي ذكره في الكتاب اختصار منه لكلام شيخه في ذلك على وجه يخل بفهم المنقول عن المزني موهمًا غيره ، والله أعلم » . المشكل (١/١٣٧ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « التكاسل » .

رضي الله عنه – : « ما أراه إلا من عذر المطر » (١) . ولا خلاف أن الأوحال والرياح لا تُلْحَق بالمطر ، وفي الثلج خلاف (٢) .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (جمع رسول الله ﷺ بالمدينة من غير خوف ولا سفر ، قال الشافعي – رضي الله عنه – : ما أراه إلا من عذر المطر) هذا رواه الشافعي وغيره عن مالك بإسناده عن ابن عباس – رضي الله عنهما – قال مالك : أرى ذلك كان في مطر ، هذا الحديث رواه مسلم في صحيحه من وجهين ، أحدهما : هكذا ، والثاني : « جمع رسول الله ﷺ بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمدينة من غير خوف ولا مطر » ، فلا حجة إذًا فيه .

وقد حمل الجمع فيه عمرو بن دينار – وهو أحد رواته – على تأخير الأولى إلى آخر وقتها ، وتقديم الثانية إلى أول وقتها ، ولم يمنعنا مثل هذا التأويل من القول في الجمع بالسفر ؛ لأن في بعض رواياته الثابتة التصريح بما معناه الجمع بين الصلاتين في وقت إحداهما ، فينبغي إذًا أن يعدل إلى الاحتجاج بالقياس على الجمع في السفر .

ويعضده بورود فعل مثل ذلك في المطر عن ابن عمر وابن عباس – رضي الله عنهم – وبما رويناه بإسناد جيد عن موسى بن عقبة بن عمر بن عبد العزيز كان يجمع بين المغرب والعشاء الآخرة إذا كان المطر ، وأن سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وأبا بكر بن عبد الرحمن وشيخه ذلك الزمان كانوا يصلون معهم ولا ينكرون ذلك ، فتنزل هذا مع غيره على شهرة ذلك وانتشاره من غير منكر ، فاعتمد ذلك ، فإن تقرير تجويز الجمع بالمطر من مشكلات المذهب ، ولذلك توقف بعض أصحابنا فيه وعنه ، وطرد القياس في الجمع بعذر المطر جماعة من أصحابنا فجوَّزه منهم أبو سليمان الخطابي والقاضي الحسين والروياني وغيرهم ، والله أعلم » . المشكل (١/١٣٧ ب – ١٣٨ أ) .

وقد أخرج البخاري عن ابن عباس – رضي الله عنهما – أن النبي ﷺ صلى بالمدينة سبعًا وثمانيًا الظهر والعصر والمغرب والعشاء ، فقال أيوب : لعله في ليلة مطيرة ؟ قال : عسى . (٢/٢٩) (٩) كتاب مواقيت الصلاة (١٢) باب تأخير الظهر إلى العصر (٥٤٣) ، وطرفاه : (٥٦٢،١١٧٤) ، وراجع صحيح مسلم : (١/٤٨٩ – ٤٩١) (٦) كتاب صلاة المسافرين (٦) باب الجمع بين الصلاتين في الحضر (٧٠٥) ، وأبو داود : (٢/ ٥، ٦) كتاب الصلاة – باب الجمع بين الصلاتين (١٢١٠) . والترمذي بلفظ : « من غير خوف ولا مطر » قال : فقيل لابن عباس : ما أراد بذلك ؟ قال : أراد أن لا يحرج أمته (١/٣٥٤ ، ٣٥٥) (٢) أبواب الصلاة (٢٤) باب ما جاء في الجمع بين الصلاتين في الحضر (١٨٧) ، والنسائي : (١/٢٩٠) (٦) كتاب المواقيت (٤٧) الجمع بين الصلاتين في الحضر (٦٠١) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وفي الثلج خلاف) هذا في الثلج الذي يذوب ، ووجه المنع : أن نفضه عن الثوب ممكن ، والله أعلم » . المشكل (١/١٣٨ أ) .

هذا في الجماعة . أما من يصلي في بيته أو كان طريقه [١] إلى المسجد في ركنٍّ ففي حقه وجهان .

ثم قال أصحابنا [٢] : التقديم بعذر المطر جائز وفي التأخير وجهان [٣] ؛ لأنه بالتقديم يفرغ قلبه ، وفي التأخير لا يأمن انقطاع المطر .

فرعٌ :

لو نوى الإقامة قبل صلاة العصر بطل الجمع ، ولو نوى في خلال [٤] العصر فوجهان ، ولو نوى بعد العصر وأدرك العصر [٥] فوجهان مرتبان . وأولى بأن لا يبطل .

أما انقطاع المطر في أثناء الظهر والعصر بعد اتصاله بأول الصلاتين غير ضار .

وقال أبو زيد : ينبغي أن يتصل المطر بالتحلل من الأول [٦] ، والتحرم بالثاني [٧] ؛ ليتحقق الجمع والاتصال .

هذا إذا كان ينقطع ويعود ، فلو انقطع ولم يعد فهو كما لو نوى المسافر الإقامة .

* * *

---

(١) في (أ) : « في طريقه » ، وفي (ب) : « في طريق » .

(٢) في (أ ، ب) : « الأصحاب » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (قال الأصحاب : التقديم بعذر المطر جائز وفي التأخير وجهان) لا يصح ذلك عن الأصحاب ، فمشهور عنهم ذكرهم قولين في ذلك لا وجهين ، والله أعلم » . المشكل (١٣٨/١ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « حال » .

(٥) في (أ ، ب) : « وقت العصر » .

(٦) في (أ ، ب) : « الأولى » .

(٧) في (أ ، ب) : « الثانية » .

كتاب الجمعة

وفيه
ثلاثة أبواب

[الباب الأول : في شرائطها .

الباب الثاني : في بيان من تلزمه الجمعة .

الباب الثالث : في كيفية أداء الجمعة .] * .

---

* ما بين المعقوفتين مزيد من المحقق .

الباب الأول

في شرائطها

وهي ستة [١] :

الأول : الوقت [٢] فلو وقعت تسليمة الإمام في وقت العصر فاتت الجمعة .

والمسبوق لو وقع آخر صلاته في وقت العصر فيه وجهان :

أحدهما : أنها تصح ؛ لأنه تابع للقوم وقد صحت صلاتهم ، ولذلك حُطَّ [٣] شرط القدوة في الركعة الثانية عنه [٤] .

والثاني : أن الجمعة ؛ فائتة ؛ لأن الاعتناء [٥] بالوقت أعظم ، بخلاف القدوة وانفضاض العدد ؛ فإنهما يتعلقان بغير المصلي فالأمر [٦] فيهما أخف .

الشرط الثاني : دار الإقامة ؛ فلا تقام الجمعة في البوادي [٧] ولا عند الخيام [٨] ؛ لأنها معرضة للنقل وإن كان لإقامتهم أثر في قطع رخص السفر ، وإن كانت أبنيتهم من سعف وخشب جاز ؛ لأنهما لا يُنقل [٩] ؛ ولا يشترط أن يعقد الجمعة في ركنٍ أو مسجد بل يجوز في الصحراء إذا كان معدودًا من خطة البلد ، فإن بعد عن البلد بحيث يترخص المسافر إذا انتهى إليه لم تنعقد الجمعة فيها ، بخلاف صلاة العيد فإنه لا يشترط فيها دار الإقامة ، ويشهدها الرجالةُ والركبان فالأحب [١٠] فيها الخروج .

(١) يقول ابن الصلاح : « ومن كتاب الجمعة ما ذكره من أن شرائطها ست ، المراد به شرائطها المختصة بها ، وإلا فشرائط سائر الصلوات شرائط فيها أيضًا ، والله أعلم » . المشكل (١٣٨/١ ب) .

(٢) في الأصل : « الأوقت » ، وهو خطأ من الناسخ ، وما أثبتناه في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « حط عنه » .

(٤) « عنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « الاعتبار » .

(٦) في (أ ، ب) : « والأمر » .

(٧) في الأصل بالهامش : بمعنى « السواد » .

(٨) في (أ ، ب) : « أهل الخيام » .

(٩) في (أ ، ب) : « تنقل » .

(١٠) في (أ ، ب) : « والأحب » .

وقال أبو حنيفة : لا يقام في القرى ، بل لابد من مصر جامع بسوق قائمٍ (١ ونهرٍ جارٍ وسلطان قاهرٍ ١) .

الشرط الثالث : أن لا تكون الجمعة مسبوقة بأخرى فلا تنعقد في بلد جمعتان ؛ لأنه إذا لم تجز إقامتها في كل مسجد كسائر الجماعات فالمقصود شعار الاجتماع ، ثم لا مرد بعد الواحد .

وقال أبو يوسف : تصح جمعتان ولا تصح ثلاثة ، وهو تحكُّمٌ .

فرعان :

أحدهما : إذا كَثُر الجمع وعَسُر الاجتماع في مسجد واحد ، إما للزحمة ، وإما لنهر لا يخوض (٢) إلا السابح كدجلة ، فيجوز عقد جمعتين كما ببغداد (٣) .

ومنهم من علل حكم بغداد بأنها كانت قرى متفاصلة (٤) فحدثت العمارات الواصلة فاستمر الحكم القديم .

قال صاحب التقريب : حكم العلة يقتضي أن يترخص المسافر عن (٥) قريته ، وإن لم يجاوز هذه العمارات استصحابًا لما كان ، فإن لم يُجوَّز له الترخص نظرًا إلى ما

---

(١) في (أ ، ب) : « سلطان قاهر ونهر جار » .

(٢) في (أ) : « يخيض » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ما اختاره من أنه إذا عظم البلد ، وعسر الاجتماع في موضع واحد للزحمة ، جازت الزيادة على جمعة واحدة ، من غير تخصيص لبغداد بذلك ، هو الصحيح ، وهو اختيار المزني وابن سريج وأبي إسحق المروزي وأبي عبد الله الخياطي والقاضي أبي القاسم بن كج والقاضي الروياني ، وجعل صاحب الكتاب من هذا القبيل ما إذا كان في وسط البلد نهر عظيم لا يختص إلا بالسابح كدجلة في بغداد ، مضيفًا ذلك إلى عسر الاجتماع في مسجد واحد بسبب النهر وغيره جعل ذلك سببًا آخر لتجويز جمعتين في الجانبين مضيفًا ذلك إلى أن النهر فاصل يقطع حكم أحد الشقين عن الآخر ، والله أعلم » . المشكل (١٣٨/١ ب) .

(٤) في (أ) : « متفاصلاً » .

(٥) في (أ ، ب) : « عند » .

حدث فمقتضاه منع الجمعتين وما ذكره متجه ، فهو في محل التردد [١] .

الثاني : لو عقدت جمعتان فالسابقة هي الصحيحة إن كان فيها السلطان . وإن كان السلطان في الثانية فوجهان .

وهذا التردد بعيد عند الشافعي - رضي الله عنه - إذ لا تعلق للجمعة عنده بالسلطان .

ولكن يصح للترجيح ؛ إذ لا يعجز كل شرذمة عن المبادرة بعقد جمعة فيفوِّتون على الباقين .

ثم النظر في السبق إلى تحريمة الصلاة .

وقيل : إلى التحلل ، وقيل : إلى أول الخطبة ، وهما ضعيفان .

أما إذا وقعتا معًا تدافعتا . وإن احتمل التساوق والتلاحق تدافعتا أيضًا واستؤنفت الجمعة ، إذ لم يحصل لأحد براءة الذمة في حال ، وإن تلاحقا ولكن لم يعرف السابق فقولان : أظهرهما التدافع ؛ إذ لم تحصل البراءة .

وحكى الربيع بن سليمان أنهم يصلون الظهر ؛ إذ صَحَّت جمعة [٢] في علم الله [تعالى] [٣] قطعًا .

أما إذا تعين السابق ثم التبس : فالمذهب أن الجمعة فائتة [٤] . وقيل : بطرد القولين ، وهو بعيد / . ٢٧/أ

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وما ذكره متجه ، فهو في محل التردد) أي استصحاب حكم التفرق في القرى التي تواصلت بعد تفرقها في جواز عقد جمعتين أو جمع ، وجواز الترخص للمسافر من إحداها واقع في محل التردد والاحتمال ، والله أعلم ، يتصور معرفة التلاحق من غير تعيين بأن يسمع من هو معذور وهو خارج المسجدين بتكبيرتي التحرم متلاحقتين ولا تعرف السابقة فتجبر بذلك ، والله أعلم » . المشكل (١/١٣٨ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « جمعتهم » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا تعينت الجمعة السابقة ثم التبست : (فالمذهب أن الجمعة فائتة) أي على الجميع إعادة الظهر ، وليس لهم فعل الجمعة ، وإلا فالجمعة السابقة في نفس الأمر صحيحة غير ثابتة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٣٨ ب) .

الشرط الرابع : العدد ، فلا تنعقد الجمعة عندنا بأقل من أربعين ذكورًا مكلفين أحرارًا مقيمين لا يظعنون شتاء ؛ ولا صيفًا إلا لحاجة . وهل يشترط أن يكون الإمام زائدًا [١] على الأربعين ؟ فيه وجهان . ومستند العدد أن المقصود الاجتماع ، ولم ينقل في التقدير خبر . والأربعون أكثر ما قيل ، وقال جابر بن عبد الله : « مضت السنة : أن [٢] في كل [٣] أربعين فما [٤] فوقها جمعة » [٥] فاستأنس الشافعي به ، وبمذهب عمر بن عبد العزيز وبالاحتياط [٦] .

---

(١) في (أ ، ب) : « زيادة » .

(٢) « أن » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) « كل » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « وما » .

(٥) أخرجه الدارقطني : (٤/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (١٧٧/٣) . وانظر : نصب الراية : (١٩٨/٢) ، وتلخيص الحبير : (٥٥/٢) .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ومستند العذر أن المقصود الاجتماع ولم ينقل في التقدير خبر ، والأربعون أكثر ما قيل ، وقال جابر بن عبد الله : مضت السنة أن في كل أربعين فما فوقها جمعة ، فاستأنس الشافعي به وبمذهب عمر بن عبد العزيز وبالاحتياط) في هذا الكلام أمران ردهما على ما في (البسيط) و (نهاية المطلب) ، وهما غير مرضيين ، أحدهما : قوله : (ولم ينقل في التقدير خبر) مع جزمه بأن جابرًا قال : (مضت السنة ... إلى آخره) ، والثاني : قوله : (فاستأنس الشافعي به وبمذهب عمر بن عبد العزيز) .

وهذا لأن حديث جابر - وإن كان ضعيفاً عند أهل الحديث - فهو - رحمه الله وإيانا - لكونه لم ينل علمهم قد أثبته ، حيث أورده إيراد الثابت قائلًا : (قال جابر) ، ولو كان عنده ضعيفًا لقال : (وروي عن جابر) ، أو نحو هذا .

وإذا كان كذلك فهو خبر وارد في التقدير حجة فيه بمفهومه ، إذ من أصلنا أن هذا المفهوم حجة ، وأن قول الصحابي : (مضت السنة) محمول على سنة رسول الله ﷺ فعلى هذا لم يكن ينبغي أن يقول : (لم يرد في التقدير خبر) ، ولا أن يقول : (فاستأنس الشافعي به) ؛ لأن هذا إنما يقال فيما ليس ينتهض حجة ويصلح للترجيح . وأيضًا فهذا الحديث غير موجود في كلام الشافعي المنقول في ذلك .

وإصلاح هذا الكلام بأن يقال : (لم يرد في التقدير خبر ثابت ، وقد روي عن جابر ، ولذا فيستأنس به وبمذهب عمر) وكأنه - رحمه الله وإيانا - لم يرَ حينما قال ذلك أن قول الصحابي : مضت السنة محمول على سنة رسول الله ﷺ فقال ذلك . =

فرعٌ :

إذا انفضَّ القوم فله ثلاثة أحوال :

الأولى : في الخطبة : فلو سكت الإمام وعادوا على قرب ، أو مكانهم آخرون بنى عليه ، وإن مضى ركن في غيبتهم لم يعتد به ؛ لأن الخطبة واجبة الاستماع فلابد من استماع (١ أربعين جميع الأركان ١) قولًا واحدًا (٢) ، وإن طال سكوت الإمام ففي جواز البناء قولان يقربان من قولي الموالاة في الوضوء .

الثانية : أن ينفضوا بعد الخطبة ، وقبل الصلاة : وطال الفصل ففي جواز بناء الصلاة قولان يُعَبَّرُ عنهما بأن الموالاة بين الخطبة والصلاة هل يشترط ؟ فإن (٣) قلنا : تشترط فلابد من إعادة الخطبة . فإن لم تعد أَثِمَ المنفضون . وفي إثم الخطيب قولان (٤) :

أحدهما : لا ؛ لأنه أدى ما عليه ، وإنما الذنب للقوم .

= وتوجيه الدليل في المسألة أن نقول : الأصل الظهر ولا يعدل عنه إلى الجمعة إلا بشرط أصل العدد بالإجماع ، وقد ثبت ذلك في عدد الأربعين بدلالة حديث كعب بن مالك أن أسعد بن زرارة صلى الجمعة بالمدينة بأربعين رجلًا قبل مقدم رسول الله ﷺ إليها ، رواه أبو داود وغيره ، وهو حسن الإسناد صحيح ، فيبقى فيما دون الأربعين على الأصل ، والله أعلم » . المشكل : (١٣٨/١ ب - ١٣٩ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « جميع الأركان للأربعين » .

(٢) في الأصل : « واحد » .

(٣) في (أ ، ب) : « إن » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من أن القولين في اشتراط الموالاة في الخطبة يفرعان من القول في اشتراط الموالاة في الوضوء ، يرد عليه بأن بينهما تباعدًا من حيث إن الجديد ، والأصح في الوضوء أنها لا تشترط ، والجديد هاهنا والأصح أنها تشترط ، وأيضًا : فإن ترك الموالاة في الوضوء بعذر لا يقدح قولًا واحدًا على أصح الطريقين على ما ذكره الإمام في نهايته في باب الوضوء ، وهاهنا نقل القولين مطلقًا في مسألة الانفضاض ، مع أنه عذر في حق الخطيب ، وفيما لو سكت وأطال من غير انفضاض ، ولعل سبب الفرق : أن للموالاة تأثيرًا عظيمًا في باطن القلوب الذي هو المقصود من الخطبة ، وذلك يفوت بتركها ، وسواء فيه وجود العذر وعدمه ، وما هو المقصود من الوضوء لا يفوت بترك الموالاة ، والله أعلم » . المشكل (١٣٩/١ ب) .

والثاني : نعم ؛ لأنه تمكن من الإعادة .

الثالثة : أن ينفضوا في خلال الصلاة : ففيه ثلاثة أقوال منصوصة (١) :

أحدها : أن (٢) تبطل الجمعة بنقصان العدد في لحظة كما في الوقت ، وكما في الخطبة ، فعلى هذا لو تأخر تكبير المقتدين إلى فوات الركوع لم تنعقد الجمعة ، وإن تأخر بحيث لم تفتهم الفاتحة انعقدت ، وإن تأخر بحيث التحقوا بالمسبوقين ففيه تردد والأصح المنع . ولو (٣) انفضوا بعد الشروع ولحق الإمام أربعون على الاتصال ممن سمعوا الخطبة استمرت الصحة ، وإن لم يسمعوا فلا ، إلا إذا لحقوا قبل انفضاض السامعين فتستمر الجمعة وتستقل بهم ، وكانوا كثمانين سمعوا وانفض منهم أربعون .

والقول الثاني : إن كمال (٤) العدد لا يشترط إلا في الابتداء للانعقاد ، وفي الدوام يكفي أن يبقى واحد لتبقى الجماعة .

[والقول] (٥) الثالث : أنه لابد وأن يبقى اثنان والإمام ثالثهم ليبقى أقل الجمع .

وخرج قول رابع : إنه يصح وإن لم يبق إلا الإمام ؛ لأن الناقص كالمعدوم . وخرَّج المزني خامسًا : وهو أنهم إن (٦) انفضوا في الأولى بطلت ، وفي الثانية لا ؛ فانفراد الإمام كانفراد المسبوق بركعة ثانية .

الشرط الخامس : الجماعة : فلا يصح الانفراد بالجمعة ، ولا يشترط حضور

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في انفضاضهم في أثناء الصلاة : (فيه أقوال ؛ أحدها : أنه تبطل الجمعة بنقصان العدد في لحظة كما في الوقت وكما في الخطبة) يعني : ما إذا أتى بركن من أركان الخطبة في حال انفضاضهم ، فإنها لا تصح قولًا واحدًا ، وإنما لم يجزْ فيها هذا الخلاف ، لأن المصلي مصلٍّ لنفسه ، وذلك موجود حالة الانفضاض ، والخطيب يخطب لغيره ، وذلك مفقود في حالة الانفضاض ، فلم يلزم من المسامحة في نقصان العدد في الصلاة على قول المسامحة في الخطبة ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٣٩ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « أنه » .

(٣) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٤) في (أ ، ب) : « كان » .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « إذا » .

السلطان في جماعتها ولا إذنه [في جماعتهم] [1] خلافًا لأبي حنيفة . وفيه ثلاث مسائل :

الأولى : في أحوال الإمام : فإن كان العدد قد تم به فلابد وأن يكون كاملًا مصليًا للجمعة ، وإن كمل العدد دونه فله أحوال :

الأولى : أن يكون متنفلًا أو صبيًّا فقولان :

أحدهما : الصحة ؛ لأن الاقتداء في الفرض بالنفل جائز .

والثاني : لا ؛ لأنه [2] الأصل ، فاعتبار كماله ليكون في جمعة مفروضة أولى [3] .

الثانية : أن يكون محدثًا ولم يعلم فقولان مرتبان . وأولى بالبطلان ؛ لأن الإمام هاهنا ليس مصليًا إلا أنه (في حق) [4] المقتدي [5] كالمصلي . ولو أدرك المسبوق ركوع الركعة الثانية ففيه وجهان : يرجع حاصلهما إلى أن المصلي خلف المحدث مع الجهل مقتد أو منفرد ؟ فإذا جعلناه منفردًا لم تصح الجمعة به ، وإذا صححنا الجمعة [6] لزم إلحاق المسبوق به .

الثالثة : أن يكون الإمام عبدًا أو مسافرًا [7] فهما في جمعة مفروضة فالصحيح

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فإنه » .

(٣) « أولى » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) « في حق » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « للمقتدي » .

(٦) في (أ ، ب) : « الجماعة » .

(٧) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا كان الإمام عبدًا أو مسافرًا والمأمومون مع كمال صفاتهم : (فيه وجه : أنا إذا قلنا : إن الإمام محسوب من الأربعين لا يصح ، بل يشترط فيه صفات الكمال) شرحه : أنا إذا قلنا : الإمام محسوب من الأربعين فمعناه أنه تصح الجمعة بأربعين كاملين ، من غير زيادة ، أحدُهم الإمام ، فإذا كان عدد الكاملين المأمومين أربعين فهل يجوز أن يكون الإمام غير كامل ، عبدًا أو مسافرًا ، أو تشترط فيه صفات الكمال ؟

وإن تم عدد الأربعين الكاملين بالمأمومين فوجهان ؛ أحدهما : أنه لا يجوز ، ويشترط الكمال فيه ؛ لأنه ركن في العدد الكامل ، فينبغي أن يشترط فيه صفات الكمال ، وإن كان زائدًا ، والثاني – وهو الصحيح – : أنه يجوز ذلك ؛ لأن عدد الكاملين قد تم دونه ، والكمال لا يشترط في أكثر من أربعين ، ومعنى قولنا أن الإمام محسوب من الأربعين : أنه يجوز أن يتم به عدد الأربعين ، ومعنى قولنا أن الإمام محسوب من الأربعين : أنه يجوز أن يتمم به عدد الأربعين الكاملين ، ولا يشترط أن يكون زائدًا على الأربعين ولا إذا كان زائدًا أن يكون كاملًا في صفاته ، فاعلم ، والله أعلم » . المشكل (١/١٣٩ ب - ١٤٠ أ) .

الجواز . وفيه وجه ، أنا إذا قلنا : إن الإمام محسوب من الأربعين لا يصح بل تشترط فيه صفات الكمال [١] .

الرابعة : إذا قام الإمام إلى الثالثة في الجمعة ناسيًا فأدركه مسبوق فيها فهذا مصلٍّ لكن فعله ليس محسوبًا من الجمعة ، فهو [٢] كالمحدث في حقه إذا لم يعلم .

---

(١) ذكر الحموي نص الغزالي من بداية الشرط الخامس حتى نهاية المسألة الثالثة ثم علق على ذلك بقوله : « ما ذكره الشيخ هاهنا يرد عليه ثلاثة إشكالات :

أحدها : أنه ذكر أن الإمام لابد أن يكون كاملًا مصليًا للجمعة ، ثم ذكر أنه إذا كان زائدًا على الأربعين فيه أحوال . فلما انتهى إلى الحالة الثالثة ذكر أن الصحيح هو الجواز ، ثم قال : (وفيه وجه ، أنا إذا قلنا : إن الإمام من جملة الأربعين أنه لا يصح ...) إلى آخر كلامه ، والكلام مفروض فيما إذا كان زائدًا على الأربعين ، وذلك يخالف ما ذكره أولًا ، لما لا يخفى .

الثاني : أن المفهوم من كلامه أولًا في الشرط الرابع العدد إلى أن قال : (وهل يشترط أن يكون الإمام من جملة الأربعين فيه وجهان) وإذا كان كذلك فلا حاجة إلى قوله : (وفيه وجه ، أنا إذا قلنا : إن الإمام من جملة الأربعين) ومعلوم أنه تكرار لما لا يخفى .

الثالث : أنه قال في العبد والمسافر : (فهما في جمعة مفروضة) ومعلوم أن الجمعة لا تكون إلا مفروضة غير متنفل بها ، لما لا يخفى »

ثم قال الحموي : « أمكن أن يجاب عن الأول فيقال : لما ذكر في آخر كلامه أن الصحيح هو الجواز ، ثم الكلام فيه ، ثم إنه بعد ذلك ذكر فيما إذا كان الإمام من جملة الأربعين أنه لا يجوز وفرع عليه ، ثم رجع إليه .

أما الجواب عن الثاني فظاهر ، فإنه أراد بذلك ذكر الخلاف مع قطع النظر عن التفصيل ، وما ذكره ثانيًا بناه على ذلك العدد بدونه ، إلى أن ذكر الوجه .

أما الجواب عن الإشكال الثالث فظاهر ، وجوابه ينبني على أن الإمام هل يكون من جملة الأربعين أو يكون زائدًا عليها ، فإن قلنا بالأول تكون منعقدة ؛ لأنه يشترط أن يكون الأربعون بالعين أحرارًا مقيمين . وإن قلنا : إنه يكون زائدًا عليها ، كان الإمام المسافر والعبد في جمعة مفروضة ، أي منعقدة ، لاستكمالهم الأربعين ، وهو خارج عنهم .

والإشكالان الأولان ضعيفان لما لا يخفى » . مشكلات الوسيط (٥٥ ب - ٥٧ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « فهذا » .

وقيل : إنه لا يدرك الجمعة به ؛ لأن الحدث لا يعرف ، والزيادة تعرف فكان ككفر الإمام وأنوثته .

المسألة الثانية : في الاستخلاف : وقد اختلف قول الشافعي - (1 رضي الله عنه 1) - في جواز أداء صلاة واحدة خلف إمامين بأن تبطل صلاة الأول بحدث أو غيره فيستخلف غيره في الباقي . الجديد جوازه ؛ وقد نقل فيه الخبر (2) . واختلفوا في محل القولين :

(3 منهم من أطلق 3) . ومنهم من خصص بالجمعة وقطع بجوازه في غيرها . ولو خطب واحد وأمَّ آخر فقولان مرتبان . وأولى بالجواز . فإن منعنا الاستخلاف تعذرت الجمعة إلا بالاستئناف إن كان حدث الإمام في الأولى ، وإن كان في الثانية فيتمونه (4) جمعة ، ولا يضر انفرادهم في الثانية كالمسبوق . وإن فرعنا على الجديد فله ثلاث شرائط :

الأول : أن يستخلف مَنْ كان مقتديًا به فلا يصح استخلاف من لم يشرع في الابتداء .

الثاني : أن يستخلف على الفور (5) ، فلو أدوا ركنًا قبل استخلافه لم يجز .

الثالث : أن يكون المستخلف قد سمع الخطبة على أحد الوجهين ، والأظهر : (أن ذلك) (6) لا يشترط ؛ لأنه شارك في الشروع في الجمعة ، ولا يشترط فيه ثلاثة أمور :

---

(1) ليست في (أ ، ب) .

(2) يقول ابن الصلاح : « قوله في الاستخلاف : (الجديد جوازه ، وقد نقل فيه الخبر) ورد ذلك في الصحيحين حديث سهل بن سعد الساعدي في صلاة أبي بكر - رضي الله عنه - بالناس لغيبة رسول الله ﷺ في إصلاحه بين طائفتين من الأنصار ، ثم رجوعه ﷺ في أثناء الصلاة وتقدمه وتأخر أبي بكر وائتمامهم به ﷺ في بقية الصلاة ، والله أعلم » . المشكل (١٤٠/١ أ) .

(3) ليست في (أ ، ب) .

(4) في (أ ، ب) : « فيتمونها » .

(5) في (أ ، ب) : « القرب » .

(6) في (أ ، ب) : « أنه » .

الأول : أن يكون حدث الإمام سبقًا ، بل لو تعمد واستخلف جاز خلافًا لأبي حنيفة ؛ لأن سبق الحدث في الجديد مبطل كالعمد .

الثاني : لا يشترط [(١)] استئناف [(٢)] نية القدوة ، بل هو خليفة الأول فكأنه / هو . ٢٧/ب

الثالث : لا يشترط صدوره من الإمام ، بل لو قدم القوم ، أو واحد منهم ، أو تقدم واحد بنفسه جاز . وإن [(٣)] اجتمع تعيين القوم والإمام فلعل تعيين القوم أولى ؛ لأنهم المصلون . ويجب عليهم التقديم في الركعة الأولى إذا لم يستخلف الإمام ، وإن كان في الركعة الثانية فلهم الخيرة بين [(٤)] الانفراد وبين التقديم [(٤)] .

فرعٌ :

لو استخلف في الثانية مسبوقًا بالأولى لكن بعد أن اقتدى به في الثانية لم يجز إن شرطنا سماع الخطبة . وإن لم نشترط فقولان : مأخذ المنع أنه ليس مصليًا للجمعة فلا يصلح للخلافة ؛ لأنه لم يدرك مع الإمام ركعة ، ولا هو إمام مستقل . فإن جوزنا قال الشافعي - [(٥)] رضي الله عنه [(٥)] - : هذه في حقه ركعةٌ الأولى ولكن ينبغي أن يجلس للتشهد على ترتيب صلاة الإمام ، فإذا انتهى إلى التحلل قام إلى ما قصده من ظهر أو نفل وأومى إلى القوم ليتحللوا عن جمعتهم ، فإذا قام ما عليه لم يتم جمعته ، لأنه كان مقتديًا في أول عقد الصلاة ، ولم يدرك مع الإمام ركعة على قول . فإذا لم تصح جمعته فهل تصح ظهرًا ؟ تُخَرَّجُ على أصلين :

أحدهما : أن الظهر هل ينعقد بنية الجمع ؟ فإنه قد نوى الجمعة وفيه خلاف .

والثاني : الظهر قبل الفراغ من الجمعة هل يصح ؟ فإن تحرمه بالصلاة مقدم على فراغ القوم .

---

(١) في (ب) : « لا تشترط » .
(٢) « استئناف » : ليست في (أ ، ب) .
(٣) في (أ ، ب) : « ولو » .
(٤) في (أ) : « بين التقديم والانفراد » .
(٥) ليست في (أ) .

فإذا قلنا : لا يصح ظهره فيكون نفلًا أو باطلًا ، إلى نظائر هذا في حق غير المستخلف خلاف .

فإن قلنا : إنه باطل لم يكن تقرير هذا القول تفريعًا على جواز استخلاف المسبوق . ثم ينقدح أن يجعل نفلًا ، فعلى هذا لو اقتدى بهذا المسبوق المستخلف مسبوق فهل يكون مدركًا للجمعة ؟ ينبني على أن الاقتداء بالمتنفل هل يجوز في الجمعة ؟ فإن جوزنا فهو مدرك للجمعة ، وإن لم يكن إمامه في الجمعة ؛ لأنه نائب الأول في حق القوم . وإن قلنا : لا يجوز لم يكن المسبوق المقتدى به مدركًا بخلاف القوم الأول ؛ فإنهم أدركوا ركعة مع الإمام من الجمعة ، والاقتداء في الثانية بالخليفة ليس واجبًا ، فإن اقتدوا بمتنفل كانوا كالمقتدين في سائر الصلوات ، وهذا كله تصرف ابن سريج .

المسألة الثالثة : في الزحام ، فإذا [1] زوحم [2] المقتدي عن سجود الركعة الأولى فليسجد على ظهر غيره على هيئة التنكيس ، فإن عجز عن التنكيس فله نية الانفراد في غير الجمعة لعذر الزحمة ، وفي الجمعة ينتظر التمكن . وقيل : إنه يومئ ، أو يتخير بين الإيماء والانتظار كتخير العاري بين الصلاة قائمًا أو قاعدًا وهو ضعيف [3] ؛ لأن دقيقة التخلف عن الإمام لا تقاوم ما بين السجود والإيماء ؛ فإن الإيماء ترك للسجود .

---

(١) في (أ ، ب) : « إذا » .　　(٢) في الأصل : « زحوم » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله في المزحوم عن السجود في الجمعة : (ينتظر التمكن ، وقيل : إنه يومئ أو يتخير بين الإيماء والانتظار كتخير العاري بين الصلاة قائمًا أو قاعدًا ، وهو ضعيف) هذه عبارة توهم غير الصواب ، وتحتاج في تصنيفها على الصواب إلى تكلف من موفق ، والعبارة المفصحة عن الصواب في ذلك أن نقول : ينتظر التمكن من السجود ، وهذا هو المذهب الذي قطع به الجمهور ، وقيل : هو قول الشيخ أبي محمد الجويني ، وطريقته : أن فيه مع هذا الوجه وجهين آخرين ؛ أحدهما : أنه يومئ إلى السجود أقصى الإمكان كالمريض ، والثاني – وهو الثالث – : أنه يتخير بين الإيماء واقتصار التمكن ، وهذه الوجوه الثلاثة تضاهي الوجوه الثلاثة في العاري في وجه يصلي قاعدًا ويومئ بالسجود حذارًا من كشف السوءتين ، وفي وجه : يصلي قائمًا متممًا للركوع والسجود ، وفي وجه ثالث : يتخير بين الأمرين ، وهذه الطريقة ضعيفة ، والصحيح المعروف : القطع بتعيين الانتظار للتمكن من السجود ؛ لما ذكره في الكتاب ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٠ أ – ١٤٠ ب) .

ثم له صورتان :

إحداهما : أن يتمكن قبل ركوع الإمام . فعند فراغه للإمام أربعة أحوال :

الأولى : أن يكون قائمًا فيقرأ ويركع معه ، ولا يضره التخلف للعذر .

الثانية [1] : أن يكون راكعًا فهل يلتحق بالمسبوق حتى تحط عنه الفاتحة في الركعة الثانية ؟ فوجهان مشهوران .

الثالثة : أن يجد الإمام رافعًا من الركوع ، فإن قلنا : إنه كالمسبوق عند إدراك الركوع حتى لا يشتغل بالقراءة فهاهنا أيضًا يتابع الإمام إلا أنه لا يكون مدركًا هذه الركعة فيقوم بعد سلام الإمام إلى الثانية .

وإن قلنا : ليس كالمسبوق فيشتغل بترتيب صلاة نفسه فكذلك يفعل هاهنا ، ثم يسعى خلف الإمام بحسب الإمكان ، والقدوة منسحبة [2] عليه [3] .

الرابعة : لو سلم الإمام قبل فراغه من السجود فاتته الجمعة ؛ لأنه لم يدرك مع الإمام ركعة تامة .

الصورة الثانية : للمأموم أن لا يتمكن من السجود حتى يركع الإمام ، فإن أمرناه بالركوع موافقة فاته سجود الركعة الأولى ولم تنتظم صلاته ، وإن أمرناه بالسجود كثر تخلفه عن الإمام وجاوز الركوع الثاني وهو مرد الإدراك ففيه قولان ؛ لتعارض الإشكالين :

---

(١) في الأصل : « الثاني » ، وما أثبتناه من (أ) ، وهو صحيح .

(٢) في (أ ، ب) : « مستحبة » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ذكر فيما إذا فرغ المزحوم من سجود الركعة الأولى فصادف الإمام رافعًا رأسه من ركوع الركعة الثانية : أنه إذا قلنا : إنه ليس كالمسبوق ، فيجري على ترتيب صلاة نفسه ، ويسعى خلف الإمام بحسب الإمكان ، والقدوة منسحبة عليه) معناه : أنه مع تخلفه عن الإمام ومخالفته له في حكم المقتدي حتى لو سها في تلك الحالة لم يسجد لسهو نفسه ، وتحمل عنه الإمام ، ثم إنه تحتسب له الركعة الثانية التي أتى بها – قبل السلام – الإمام ، وإن لم يفعلها مع الإمام لكونه في حكم المقتدي ، وهكذا إذا أتى بها على هذا الترتيب قبل سلام الإمام ، وكان الإمام عند فراغ المزحوم من السجود راكعاً أو في التشهد ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٠ ب) .

فإن قلنا : يركع فركع فالمحسوب له الركوع الأول ليكون الحاصل ركعة ملفقة من ذلك الركوع وهذا السجود ، أو المحسوب الركوع الثاني ليتصل بالسجود [١] ، وفيه وجهان . فإن قلنا : المحسوب هو الأول ، فركعة واحدة ملفقة هل تصلح لإدراك الجمعة بها وهي دون الركعة المنظومة في الجمعة ؟ فعلى وجهين . فإن قلنا : لا يدرك فقد فاتت الجمعة [٢] .

فرعٌ :

لو خالف فلم يركع مع الإمام ولكن يسجد [٣] فإن كان عالمًا مستديمًا نية القدوة بطلت صلاته ، وإن قطع نية القدوة ففيه قولان [٤] كما في سائر [٤] الصلوات ؛ لأنَّ الآن قد فاتت الجمعة ، وإن كان جاهلًا فلا تبطل صلاته ، وسجوده سهو فيقدر كأنه لم يسجد ، فإن لحق الإمام في الركوع فقد عاد التفريع كما مضى ، وإن فات الركوع نُظِرَ : فإن راعى ترتيب صلاة نفسه فإذا سجد في ركعته [٥] الثانية حصلت له ركعة ملفقة ؛ لوقوع السجدة بعد الركوع الثاني .

فإن قلنا : يدرك بالملفقة فقد حصل السجود في قدوة حكميَّة ، فهل تصلح الحكميَّة لإدراك الجمعة ؟ فيه وجهان .

---

(١) في (أ ، ب) : « به السجود » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : فيما إذا لم يتمكن من سجوده الركعة الأولى حتى ركع الإمام في الثانية ، وقلنا بأصح القولين : إنه لا يشتغل بالسجود ، بل يركع مع الإمام : (فخالف عالمًا أو اشتغل بالسجود إن نوى قطع القدوة ، ففيه قولان كما في سائر الصلوات ؛ لأنه الآن قد فاتت الجمعة) معناه : أنه لما نوى مفارقة الإمام قبل السجود لم يكن مدركًا مع الإمام ركعة ولا جمعة ، فيلزم التحاقها بباقي الصلوات التي في بطلانها بقطع القدوة في أثنائها قولان ، ثم إذا قلنا : لا تبطل من هذه الجهة فهل يحتسب له ذلك من الظهر أو من النفل ؟ فيه القولان المعروفان على ما ذكره في أول التنبيهات الآتية ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٠ ب - ١٤١ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « سجد » . (٤) في (أ ، ب) : « كسائر » .

(٥) في الأصل : « ركعة » ، ولعله سهو من الناسخ ، وما أثبتناه من (أ ، ب) .

ومن منع جعل الركوع الثاني نهاية انسحاب حكم القدوة [١] ، فإذا سجد قبله كان كالمقتدي حسًّا ، وإن كان بعده كان مقتديًا حكمًا [٢] .

أما إذا تابع الإمام بعد الفراغ من سجوده الذي سها به فقد سجد الإمام حسًّا وتمت له ركعة ملفقة وقد ذكرناها .

أما إذا فرعنا على القول الثاني وهو : أنه لا يركع مع الإمام بل يراعى ترتيب صلاة نفسه ، فإن خالف مع العلم وركع مع الإمام بطلت صلاته ، وإن كان جاهلًا لم تبطل

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وجعل الركوع الثاني نهاية انسحاب حكم القدوة) أي الشروع في الركوع الثاني ، فإذا لم يبتدئ بسجوده حتى ركع الإمام ، ولم يدرك القيام ، فهذا أيضًا لم يسجد إلا بعد انتهاء الإمام إلى الركوع الذي هو نهاية إدراك المسبوق ، فهو تخلف كثير غير محتمل في ذلك ، فافهم ذلك ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤١ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (هل تصلح القدوة الحكمية لإدراك الجمعة ؟ وجهان : ومن منع جعل الركوع الثاني نهاية انسحاب حكم القدوة فإذا سجد قبله كان المقتدي حسًّا ، وإن كان بعده كان مقتديًا حكمًا) معنى ذلك : أن من منع الإدراك بالقدوة الحكمية ولم يصححها ، فليس ذلك مطلقًا ، فإنه لا يمنعها فيما إذا سجد المزحوم السجدتين اللتين زحم عنهما ، وأدرك الإمام قائمًا في الركعة الثانية ، فقام وقرأ في الركعة الثانية ، فهذا باتفاق الأصحاب مدرك للركعتين ، ويعفى عن هذا التخلف ، وقد سبق ذكره في أول صورة الزحام ، وإنما ذلك لعدم الزحام ، فإنه لو تخلف مثل هذا التخلف مختارًا من غير عذر بطلت قدوته .

وإنما الخلاف في القدوة الحكمية الواقعة فيما إذا كان سجوده في الركعة الأولى واقعًا بعد ركوع الإمام في الركعة الثانية الملفقة المذكورة من غير اقتداء حسي فيه ، فهذا تخلف مفرط ، فاختلفوا لذلك .

فهذا معنى قول صاحب الكتاب : (جعل الركوع الثاني نهاية انسحاب حكم القدوة ، فإذا سجد قبله كان كالمقتدي حسًّا ، وإن كان بعده كان مقتديًا حكمًا) فإن قلت : فقد ذكر بعد هذا في التفريع على القول الثاني أنه إذا لم يتبع الإمام في الركوع ، وجرى على ترتيب صلاة نفسه ، وسجد فسجوده واقع في قدوة حكمية ، وفي الإدراك بها الوجهان ، فأحرى الوجهين ، وإن سجد وأدرك الإمام راكعًا بعد ، قلت : ليس معنى قوله : (وإن كان بعده) كان بعد فراغ الإمام من الركوع ، بل معناه : كان بعد شروعه في الركوع » . المشكل (١/١٤١ أ - ١٤١ ب) .

وحصل له بسجوده مع الإمام ركعة ملفقة ، وإن [١] وافق قولنا وسجد فسجوده واقع في قدوة حكميَّة فيصلح للإدراك على أحد الوجهين .

فعلى هذا للإمام حالتان عند فراغه من السجود : إن كان راكعًا بعد وألحقنا المسبوق في الركعة الثانية بالمسبوق في الأولى فيركع معه وقد أدرك الركعتين . وإن قلنا : ليس كالمسبوق فالأظهر أنه يجري على ترتيب صلاة نفسه . وكذا إذا وجده رافعًا رأسه من الركوع ؛ لأنا في هذا القول أمرناه بترتيب صلاة نفسه مع كون الإمام راكعاً فكيف فيما بعده ؟

تنبيهات :

الأول : أَنا حيث حكمنا [٢] بفوات الجمعة هل تنقلب صلاته ظهرًا ؟ فيه قولان ينبنيان على أن الجمعة ظهر مقصور أو هي صلاة / على حالها [٣] ؟ وفيه قولان : ٢٨/أ

فإن قلنا : ظهر [٤] مقصور جاز أن يتأدى الظهر بتحريمة الجمعة ، كما يتأدى الإتمام بنية القصر .

وإن قلنا : لا تتأدى ظهرًا فهل تنقلب نفلًا ؟ ينبني على أن من تحرم بالظهر قبل الزوال هل تنعقد صلاته نفلًا ؟ وفيه قولان :

فإن قلنا : لا تنعقد صلاته [٥] نفلًا فالقائل بهذا لا يأمره في مسائل الزحام بالفعل الذي أمرناه به إذا كان يفضي آخره إلى البطلان [٦] ، فإنه تفريعٌ يرفع آخره أوله .

(١) في (أ ، ب) : « فإن » . (٢) في (أ ، ب) : « حكمنا » .

(٣) في (أ ، ب) : « حيالها » .

(٤) في (أ) : « إنه ظهر » ، وفي (ب) : « إنها ظهر » .

(٥) « صلاته » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من أن القائل ببطلان الصلاة إذا لم تصح جمعة لا يأمر أولاً بما يفضي آخرًا إلى البطلان ، مثاله : إذا لم يتمكن من السجود حتى ركع الإمام في الركعة الثانية ، وأمرناه بالركوع معه ، وقلنا : المحسوب هو الركوع الأول ، وتتلفق له ركعة من الركوع في الأولى والسجود في الثانية ، فمن قال : لا يدرك بها الجمعة وتبطل صلاته لا نأمره أولاً بالركوع ، بل نقول : امتنع عليه تدارك السجود ، فتنقطع صلاته أصلاً ، والله أعلم » . المشكل (١٤١/١ ب) .

الثاني : لو زوحم عن السجود في الركعة الثانية ، فإن لم يكن مسبوقًا فيتدارك ولو بعد سلام الإمام ؛ لأنه أدرك ركعة معه ، وإن كان مسبوقًا ولم يتدارك قبل السلام فقد فاتت الجمعة .

الثالث : النسيان هل يكون عذرًا كالزحام ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن النسيان والعمد (١) في الأفعال الكثيرة على وتيرة واحدة في الصلاة .

والثاني : لا ؛ لأن عذر النسيان نادر فلا ينتهض عذرًا مرخصًا في التخلف (٢) .

الشرط السادس : الخُطْبَة (٣) :

والنظر في ثلاثة أطراف :

الأول : في أركانها ، وهي خمسة :

الأول : « الحمد لله » ولا (٤) يقوم مقامه لفظ آخر ، بل يتعين ككلمة التكبير .

الثاني : الصلاة على رسول الله ﷺ ويتعين لفظ الصلاة .

الثالث : الوصية بتقوى الله ، ولا يتعين فيه لفظ ، إذ الغرض الوعظ والتحذير ، وأقله : أن يقول : « أطيعوا الله » .

قال الشافعي - (٥ رضي الله عنه ٥) - : وأبواب المواعظ راجعة إلى الأمر بالطاعة ،

---

(١) في (أ ، ب) : « القهر » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في النسيان على أحد الوجهين : (لا ينتهض عذرًا مرخصًا في التخلف) ذكر شيخه أنه على هذا يجعل المتخلف ناسيًا كالمتخلف عامدًا ، والله أعلم » . المشكل (١٤١/١ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « في الخطبة » .

(٤) في (أ ، ب) : « فلا » .

(٥) ليست في (أ ، ب) .

والزجر عن المعصية ، وفي أحدهما ما يُشعر بالثاني ، فيكتفي به .

الرابع : الدعاء للمؤمنين والمؤمنات . وأقله : أن يقول للحاضرين : رحمكم الله ، ولا يكفي أن يقتصر في دعائه على حظوظ الدنيا .

الخامس : قراءة القرآن . وأقله : آية واحدة [١] ، ويحتمل أن لا يكتفي بآية لا تفهم كقوله - تعالى - : ﴿ ثُمَّ نَظَرَ ﴾ [٢] ، ويكتفي بشطر آية يفيد المعنى .

فأقل الخطبة أن يقول : الحمد لله والصلاة على رسوله ، أطيعوا الله ، رحمكم الله ويَقرأ [٣] معه آية [٣] .

والأركان الثلاثة الأول واجبة في الخطبتين ، والدعاء لا يجب في الثانية ، وفي اختصاص القراءة بالأولى وجهان [٤] .

وصاحب التلخيص لم يعد إلا الثلاث [٥] ولم يرَ الدعاء والقراءة ركنًا ، ونقل ذلك عن إملاء الشافعي رضي الله عنه .

وقال أبو حنيفة : أقلها أن يقول الإمام [٦] في نفسه : « سبحان الله » .

---

(١) « واحدة » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) سورة المدثر : آية (٢١) .

(٣) في (أ ، ب) : « آية معه » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله في الخطبة وفي اختصاص القراءة بالأولى وجهان ؛ الوجه الثاني عنده : أنها تجوز في أية خطبة كانت ، وعند غيره وجه ثالث : أنها تجب فيهما ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٤١ب) .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وصاحب التلخيص لم يعد إلا الثلاثة) وفي بعض النسخ : وصاحب التقريب ، والأول هو الصحيح ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤١ ب) .

(٦) « الإمام » : ليست في (أ ، ب) .

فرعٌ :

لو أبدل بعض الأركان بآيات تفيد معناها من القرآن فلا بأس ، ولو أبدل الكل ففيه نظر ؛ إذ يكاد يكون تغيرًا للوضع ؛ فإن الذكر مقصود فيها كما في التشهد والقنوت إلا أنه لم يعين حتى لا يأنس الناس به فيسقط وقعه من نفوسهم .

الطرف الثاني : الشرائط ، وهي سبعة (١) :

الأول : الوقت فلابد من تأخيرها عن الزوال .

والثاني : تقديمها على الصلاة ؛ كيلا يتفرق الناس بخلاف صلاة العيد .

الثالث : القيام فيهما .

الرابع : الجلوس بين الخطبتين مع الطمأنينة . والمستند الاتباع . فإن هذه الأمور لم تختلف مع اختلاف الأحوال (٢) .

الخامس : طهارة الحدث والخبث ، والموالاة .

---

(١) في (أ ، ب) : « ستة » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في شروط الخطبة : (والمستند الاتباع فإن هذه الأمور لم تختلف باختلاف الأحوال) معناه : أنها لم تترك فيما سلف ، بل وُوظب عليها مع اختلاف الأحوال ، ولو لم تكن واجبة لم تكن كذلك ، والله أعلم .

وإنما عددنا القيام من الخطبتين شرطًا وعددنا القيام في الصلاة ركنًا ؛ لأن ركن الشيء جزء منه ، فإنه عبارة عما تقوم حقيقته به وبغيره ، والقيام في الصلاة كذلك ، فإن اسم الصلاة يشمله ، فإنها اسمٌ لأفعالٍ وأقوالٍ القيامُ منها ، وليس القيام في الخطبة كذلك ، فإنه خارج عن مسمى الخطبة وموضوعها ، إذ الخطبة خطاب ، وقد سبق منا في باب الأذان كلام في الفرق بين الركن والشرط .

وقد أورد صاحب الكتاب في (البسيط) على نفسه في ذلك سؤالًا وأجاب عنه بما معناه : أن التسوية بينهما تجعله شرطاً فيهما أو ركناً فيهما جائز ، وإذا فرقنا بينهما ، فوجهه : أن مقصود الخطبة الذكر والوعظ ، والقيام هيئة في أداء الذكر ، فلم يكن من نفس الخطبة ، والصلاة عبارة عن أفعال ، والقيام من نفسها ، وقد سبقه شيخه بنحو ذلك ، والله أعلم » . المشكل (١٤١/١ ب - ١٤٢ أ) .

وفي [1] جملة ذلك خلاف . ووجه الاشتراط كتشبيههما بالصلاة ؛ لأنهما بدل ركعتين ، والأقيس أن [2] لا يشترط كما لا يشترط الاستقبال .

السادس [3] : إن شرطنا الطهارة فلو سبق الخطيب حدث وأتى [4] بركن فيه لا يجزيه ، فإن توضأ وعاد ، فإن قلنا : الموالاة شرط فلابد من الاستئناف وإن قصر الزمان ، أو قلنا : لا موالاة ، ففي وجوب الاستئناف وجهان : وجه الوجوب أنه يبعد أداء خطبة بطهارتين .

السابع [5] : رفع الصوت بحيث يسمع أربعين موصوفين بصفات الكمال ، فإنه لا فائدة في حضور بغير [6] سماع فهو كحضور الأصم عقد النكاح . وفي وجوب الإنصات وترك الكلام على من عدا الأربعين قولان [7] :

أحدهما : نعم ؛ لقوله [تعالى] [8] : ﴿ وَإِذَا قُرِئَ ٱلْقُرْءَانُ فَٱسْتَمِعُواْ لَهُۥ وَأَنصِتُواْ ﴾ [9] .

قيل : أراد به الخطبة ، سُمِّي قرآناً ؛ لاشتمالها عليه ولأنه يؤدي كلامهم إلى هينمة تمنع الأربعين عن السماع .

والقول الجديد : إنه لا يجب السكوت كما لا يجب على الخطيب ؛ إذ قال رسول الله ﷺ في أثناء الخطبة لسليك [الغطفاني] [10] : « لا تجلس حتى تصلي ركعتين » .

(١) في (أ ، ب) : « في » .
(٢) في (أ ، ب) : « أنه » .
(٣) في (أ ، ب) : « فرع » .
(٤) في (أ ، ب) : « فأتى » .
(٥) في (أ ، ب) : « السادس » .
(٦) في (أ ، ب) : « من غير » .

(٧) يقول ابن الصلاح : « قوله : (يسمع أربعين موصوفين بصفات الكمال ، لأنه لا فائدة في حضور من غير سماع ، وفي وجوب الإنصات وترك الكلام على من عدا الأربعين قولان) مقتضاه : القطع بوجوب الإنصات على الأربعين ، وتخصيص الخلاف بمن عدا الأربعين ، وهذا بعيد مخالف لنقل غيره ، فإن الأصحاب أطلقوا نقل القولين في السامعين مطلقًا ، والله أعلم » . المشكل (١٤٢/١ أ) .

(٨) زيادة من (أ ، ب) .
(٩) سورة الأعراف : آية (٢٠٤) .

(١٠) زيادة من (أ ، ب) . وقال ابن الصلاح : « (سُلَيْك الغطفاني) : بسين مهملة مضمومة بعدها لام مفتوحة ثم ياء ساكنة ثم كاف ، (وغطفان) : بغين معجمة وطاء مهملة وفاء ، مفتوحات ، قبيلة =

(١) « وسأل ابن أبي (١) الحقيق عن كيفية القتل (٢) بعد قفولهم من الجهاد » (٣) .

= معروفة . وحديثه ثابت ، أخرجه مسلم بمعناه » . المشكل (١/١٤٢ أ) .

الحديث أخرجه البخاري عن جابر بن عبد الله ، قال : « جاء رجل والنبي ﷺ يخطب الناس يوم الجمعة ، فقال : أصليت يا فلان ؟ قال : لا . قال : قم فاركع » ، البخاري : (٢/٤٧٣) (١١) كتاب الجمعة (٣٢) باب إذا رأى الإمام رجلًا جاء وهو يخطب أمره أن يصلي ركعتين (٩٣٠) ، وطرفاه : (٩٣١، ١١٦٦) ، ومسلم : (٢/٥٩٧) (٧) كتاب الجمعة (١٤) باب التحية والإمام يخطب (٨٧٥) ، وأبو داود : (١/٢٩٠) كتاب الصلاة – باب إذا دخل الرجل والإمام يخطب (١١١٦،١١١٧) ، والترمذي : (٢/٣٨٤-٣٨٧) (٢) أبواب الصلاة (الجمعة) (١٥) باب ما جاء في الركعتين إذا جاء الرجل والإمام يخطب (٥١٠) ، والنسائي : (٣/١٠٣) (١٤) كتاب الجمعة (٢١) باب الصلاة يوم الجمعة لمن جاء والإمام يخطب (١٤٠٠،١٤٠٩) ، وابن ماجه : (١/٣٥٣) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٨٧) باب ما جاء فيمن دخل المسجد والإمام يخطب (١١١٢ ، ١١١٤) .

(١) في (أ ، ب) : « وسأل قتلة ابن أبي الحقيق » ، وهو الصواب ، وراجع التعليقين التاليين .

(٢) في الأصل : « القتال » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) ، وهو أولى بالصواب والسياق .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وسأل ابن أبي الحقيق عن كيفية القتل بعد قفوله من الجهاد) هكذا وقع في (البسيط) ، وهو من السهو الفاحش ، وقد غير في بعض النسخ إلى صوابه ، وصوابه ما قاله الإمام الشافعي : (وسأل الذين قتلوا ابن أبي الحقيق) .

وابن أبي الحقيق : بضم الحاء المهملة وقافين بينهما ياء ساكنة ، وهو أبو دافع اليهودي ، كان يؤذي النبي ﷺ فأرسل إليه جماعة من الصحابة ليقتلوه بخيبر ، فقتلوه ، فرجعوا والنبي ﷺ على المنبر يوم الجمعة فقال : « أقتلتموه » ؟ قالوا : ... والحديث طويل معروف بين أهل العلم بالمغازي ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٢ أ – ١٤٢ ب) .

وقد أخرج الحديث بطوله البيهقي في السنن الكبرى : (٣/١٢١ ، ١٢٢) عن عبد الرحمن بن عبد الله ابن كعب ، وخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير : (٢/٦٠ ، ٦١) ثم قال تعقيبًا على ما ذكره الغزالي : « وهو غلط فاحش » .

وقد أجاب الحموي – أيضًا – عن الغزالي في هذا الغلط بقوله : « يريد الشيخ أنه سأل قتلة ابن أبي الحقيق عن كيفية قتله ، وإنما أهمل الشيخ ذكر القتلة لاشتهاره عند نقلة الحديث ، وصار هذا من قبيل حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ، كما في قوله – تعالى – : ﴿ واسأل القرية ﴾ ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (٥٧ أ – ٥٧ ب) .

ومن أصحابنا من طرد القولين في تحريم الكلام على الخطيب أيضًا وهو بعيدٌ ؛ للخبر ، ولأن كلامه لا يفوت سماع ركن بحال .

التفريع :

إن قلنا : يجب الإنصات ففي من لا يسمع صوت الخطيب وجهان ؛ لأنه ربما يتداعى إلى كلام السامعين .

وعلى وجوب الإنصات لا يسلم الداخل ، فإن سلم لايجاب ، وفي تشميت العاطس وجهان ؛ لأنه غير مختار ، فإن قلنا : لا يجب تشميت العاطس وفي رد السلام وجهان ؛ لأنه ترك المستحب اختيارًا [(١)] .

وعلى الأقوال : يُصلي الداخل تحية المسجد [(٢)] خلافًا لأبي حنيفة ، ثم لا يحرُمُ الكلام قبل أن يأخذ لنفسه مكانًا ، ولا بين الخطبتين .

الطرف الثالث : في السنن والآداب :

ويُستحب للخطيب إذا انتهى إلى المنبر أن يسلم / على من عند المنبر ، فإذا صعد ٢٨/ب
المنبر أقبل على الناس بوجهه وسلم على الجميع ، ثم يجلس بعد السلام ، ويؤذن المؤذن

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في الإنصات : (إن قلنا : لا يجب تشميت العاطس ، وفي رد السلام وجهان ؛ لأنه ترك المستحب اختيارًا) معناه : يستحب تشميت العاطس ، وفي استحباب رد السلام وجهان ؛ أحدهما : لا يستحب ؛ لأن المسلم ترك بسلامه المستحب من الإنصات اختيارًا بخلاف العاطس في عطسته ، فإنها بغير اختياره ، فلا يستحب رد سلامه .

وحكى صاحب (التهذيب) الوجهين في وجوب الرد ، وقال : أصحهما وجوبه ، لكن إمام الحرمين شيخه إنما جعلها في الاستحباب كما ذكرنا ، وعليه دل سياق كلامه في (الوسيط) ، فإن قوله : (وفي الرد وجهان) ترديد منه فيما قطع به في الذي قبله من تشميت العاطس ، والذي قطع به في تشميت العاطس إنما هو الاستحباب لا الوجوب ، فاعلم ذلك » . المشكل (١٤٢/١ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وعلى الأقوال يصلي الداخل تحية المسجد) ليس في ذلك أقوال ، وإنما هما قولان ، فكأنه عبر بلفظ الجمع عن المثنى ، وفي ذلك إلباس من غير حاجة ، والله أعلم » . المشكل (١٤٢/١ ب) .

بين يديه ، ولم يكن أذان سوى ذلك إلى زمن عثمان - رضي الله عنه - فلما كثر الناس في زمانه أمر المؤذنين أن يؤذنوا في أماكنهم فاطردت العادة كذلك [١] .

ثم إذا فرغ المؤذن قام الخطيب وخطب ، ويشغل يديه - كيلا يلعب بهما - « كان رسول الله ﷺ يشغل إحدى يديه بحرف المنبر ، ويعتمد بالأخرى على عنزة أو سيف ، أو قوس » [٢] .

فإن لم يجد الخطيب شيئًا وضع إحدى يديه على الأخرى ، أو أرسلها ، ولا توقيف فيه .

ثم يخطب مستدبرًا للقبلة ، فإن استقبلها وأسمع [٣] صح [٤] وكان تاركًا للأدب ،

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ويؤذن المؤذنون بين يديه ، ولم يكن أذان سوى ذلك إلى زمان عثمان - رضي الله عنه - إلى آخره) رواه البخاري في صحيحه بمعناه من حديث السائب بن زيد ، لكن قوله : (ويؤذن المؤذنون بين يديه) بلفظ الجمع يوهم أنه كان يؤذن مؤذنون بين يدي رسول الله ﷺ وليس كذلك ، فإنه لم يكن يؤذن بين يديه ﷺ إلا مؤذن واحد وهو بلال يؤذن على باب المسجد - رضي الله عنه - ولذلك استحب أبو علي الطبري وغيره أن يكون مؤذنًا واحدًا ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٢ ب - ١٤٣ أ) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (كان رسول الله ﷺ يشغل إحدى يديه بحرف المنبر ، ويعتمد بالأخرى على عنزة أو سيف أو قوس) لم نجد له إسناداً ثابتًا ، وقد جاء الاعتماد على العصا أحاديث ضعيفة ، والله أعلم .

(العنزة) عصا في رأسها زج مثل سنان الرمح ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٣ أ) .

وقد أخرج أبو داود عن الحكم بن حزن الكلفي : « أن رسول الله ﷺ يوم الجمعة قام متوكئًا على عصا أو قوس ، فحمد الله وأثنى عليه كلمات خفيفات طيبات مباركات ... » (١/٢٨٥) كتاب الصلاة - باب الرجل يخطب على قوس (١٠٩٦) ، وأخرج ابن ماجه أن رسول الله ﷺ كان إذا خطب في الحرب خطب على قوس ، وإذا خطب في الجمعة خطب على عصا : (١/٣٥١ ، ٣٥٢) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٨٥) باب ما جاء في الخطبة يوم الجمعة (١١٠٧) ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى : (٣/٢٠٦) ، والشافعي في الأم : (١/١٧٧) ، وابن خزيمة : (٣/١٤٠ ، ١٤١) .

(٣) في الأصل : « أسمعها » .

(٤) في (أ ، ب) : « جاز » .

ثم يجلس بين الخطبتين قدر قراءة سورة الإخلاص ، ثم يقوم إلى الثانية ، فإذا فرغ ابتدأ النزول ، وابتدأ المؤذن [١] الإقامة بحيث يوافق بلوغه المحراب الفراغ من الإقامة .

ويستحب أن تكون الخطبة بليغة قريبة من الأفهام خالية [٢] من الغريب ، مؤداة على ترتيل ، مائلة إلى القصر .

قال ﷺ : « قصر الخطبة وطول الصلاة مَئِنَّة من فقه الرجل » [٣] .

* * *

(١) في (ب) : « المؤذنون » . (٢) في (أ ، ب) : « خلية » .

(٣) قال ابن الصلاح : « الحديث الذي ذكره في قصر الخطبة وهو صحيح أخرجه مسلم من حديث عمار ابن ياسر ، ولفظه : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إن طول صلاة الرجل وقصر خطبته مئنة من فقهه » .

وقوله : (مَئِنَّة) هو بفتح الميم ثم همزة مكسورة ثم نون مفتوحة مشددة بعدها تاء التأنيث ، أي : دلالة مثبتة لفقهه ، والله أعلم .

وانظر الحديث عند مسلم : (٥٩٤/٢) (٧) كتاب الجمعة (١٣) باب تخفيف الصلاة والخطبة (٨٦٩) ، وأخرج نحوه أبو داود عن عمار بن ياسر - أيضًا - : (٢٨٨/١) كتاب الصلاة - باب إقصار الخطب (١١٠٦) ، وأخرج عن جابر بن سمرة قال : « كان رسول الله ﷺ لا يطيل الموعظة يوم الجمعة ، إنما هن كلمات يسيرات » ، الموضع السابق (١١٠٧) ، وأخرج النسائي عن عبد الله بن أبي أوفى قال : « كان رسول الله ﷺ يكثر الذكر ويقل اللغو ويطيل الصلاة ويقصر الخطبة ... » (١٠٩/٣) (١٤) كتاب الجمعة (٣١) باب ما يستحب من تقصير الخطبة (١٤١٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٢٠٨/٣) .

الباب الثاني

في بيان مَنْ تلزمه الجمعة

وإنما تلزم (١ المكلف ، الحر ١) الذكر ، المقيم ، الصحيح .

فمن لم يتصف بهذه الصفات لم تلزمه الجمعة ، فإن حضر لم يتم العدة (٢) به إلا المريض لكنه ينعقد لهم إلا المجنون ، ولهم أداء الظهر مع الحضور بخلاف المريض ؛ لأن المريض كامل ، وفي العبد وجه أنه كالمريض .

ويلتحق (٣) بالمرض عذر المطر والوحل الشديد على الأصح (٤) وجميع ما ذكرناه من الأعذار في ترك الجماعة ، وعذر التمريض أيضًا إذا كان المريض قريبًا مشرفًا على الوفاة ، وفي معناه الزوجة والمملوك ؛ إذ يعظم على القلب الغيبة وفي وقت الوفاة في حق هؤلاء دون الأجانب ، وإن (٥) لم يكن المريض مشرفًا وكان يتفقده غيره لم يكن عذرًا ، فإن كان يندفع بحضوره ضرر يعد دفعه من فروض الكفايات كان عذرًا ، وإن لم يبلغ تلك الدرجة فثلاثة أوجه (٦) يفرق في الثالث بين القريب والأجنبي .

---

(١) في (أ ، ب) : « الحر المكلف » .

(٢) في (أ ، ب) : « العدد » .

(٣) في (أ ، ب) : « ويلحق » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « ومن الباب الثاني فيمن تلزمه الجمعة ، قوله : (ويلتحق بالمرض عذر المطر والوحل الشديد على الأصح) ، فقوله : (على الأصح) راجع إلى الوحل فحسب ، والمطر عذر وفاقًا ، والله أعلم » . المشكل (١٤٣/١ أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله في جواز ترك الجمعة لمن يمرض مرضًا (إن كان يندفع بحضوره ضرر يعد دفعه من فروض الكفايات كان عذرًا ، وإن لم يبلغ تلك الدرجة فثلاثة أوجه) فالضرر الذي دفعه فرض كفاية هو الذي يؤدي إلى الهلاك ، والذي لا يبلغ تلك الدرجة هو الضرر الظاهر الذي لا يؤدي إلى الهلاك ، قال ذلك شيخه في نهايته ، والله أعلم » . المشكل (١٤٣/١ أ - ١٤٣ ب) .

فروعٌ [سبعة] [١] في الأعذار :

الأول : مَنْ نصفه حر ونصفه رقيق كالرقيق .

وقيل : إن جرت مهايأة وكانت الجمعة في نوبته وجب الحضور .

الثاني : المسافر إذا عزم على الإقامة ببلدة أكثر من ثلاثة أيام لتفقه أو تجارة لزمه الجمعة ولم يتم العدد به ؛ لأنه ليس مستوطنًا ولا مسافرًا [٢] ؛ ولذلك قلنا : أرباب الخيام لا جمعة لهم وليسوا مسافرين ، وفي الغريب المقيم مُدَّة [٣] وجهٌ : [٤] أن العدد يتم [٤] .

الثالث : أهل القرى يلزمهم الجمعة إن اشتملت القرية على أربعين من أهل الكمال ، ثم إن أحبوا ، دخلوا البلد للجمعة وإن أحبوا عقدوها في القرية وهي الأولى ، وإن نقص عددهم لا يلزمهم إلا إذا بلغهم نداء البلد من رجل جهوري الصوت واقف على طرف البلد في وقت هدوء الأصوات وركود الرياح .

الرابع : العذر إذا طرأ بعد الزوال وقبل الشروع في الصلاة أباح الترك للجمعة إلا السفر فإنه لا ينشأ بعد الزوال ؛ لأن اختياره إليه . ووجوب الجمعة ليس على التوسع ، فإنها تتضيق بمبادرة الإمام [٥] ، وفي جواز السفر قبل الزوال وبعد الفجر قولان :

أحدهما : الجواز وهو الأقيس [٦] ؛ لأن الوجوب بالزوال .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في المقيم غير المستوطن : (لزمته الجمعة ولم يتم العدد به ؛ لأنه ليس مستوطنًا ولا مسافرًا) فجمع بين حكمين وخلط تعليليهما ، فقوله : (ليس مستوطنًا) تعليل لقوله : (لم يتم العدد به) ، وقوله : (ولا مسافراً) لقوله : (لزمته الجمعة) ، والله أعلم » . المشكل (١٤٣/١ ب) .

(٣) « مدة » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « أنه يتم العدد به » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وجوب الجمعة ليس على التوسع ؛ فإنها تضيق بمبادرة الإمام) إنما قال هذا مع أن وقتها موسع إلى آخر وقت الظهر ؛ لكونه أراد إلى آخر الوقت مطلقًا ، مثل توسيع الظهر ، فإنه إذا عجلها الإمام وجب تعجيلها ، والله أعلم » . المشكل (١٤٣/١ ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « القياس » .

والثاني : لا ؛ لأن الصلاة منسوبة إلى اليوم (١) ، وجميع (٢) اليوم منسوب إلى الصلاة (٣) .

ومنهم من حمل النص على التأكيد وقطع بالجواز .

قال الصيدلاني : التردد في سفر المباح ، أما الواجب والطاعة فجائز ؛ لما روي أن عبد الله بن رواحة تخلف عن جيش جهزهم رسول الله ﷺ وتعلل بصلاة الجمعة لما سأله رسول الله ﷺ فقال - عليه الصلاة والسلام - : « لو أنفقت ما في الأرض جميعًا ما أدركت غدوتهم » (٤) .

الخامس : يستحب لمن يرجو زوال عذره أن يؤخر الظهر إلى فوات الجمعة وذلك برفع الإمام رأسه من الركوع الثاني . وقيل : عند طول المسافة يحصل إياسه عن اللحوق لو قصد .

فأما من لا يُرْجَا زوال عذره كالزمن والمرأة فلا بأس بتعجيل الظهر في حقهم (٥) ، فإن زال عذر المعذور بعد الفراغ من الظهر فلا جمعة عليه ، وكذا الصبي إذا بلغ بعد

---

(١) في (أ ، ب) : « اليوم أجمع » . (٢) في (أ ، ب) : « أو » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لأن الصلاة منسوبة إلى اليوم ، وجميع اليوم منسوب إلى الصلاة) هذا غير مرضي لأنه لا يقال : يوم صلاة الجمعة ، وليست الجمعة اسمًا للصلاة ، وإنما الجمعة فيه اسم لليوم ، فيضاف إلى اسمه الخاص للتمييز ، كما يقال : يوم الخميس ، ويوم السبت ، ونحو ذلك ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٣ ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لما روي أن عبد الله بن رواحة تخلف عن جيش جهزهم رسول الله ﷺ وتعلل بصلاة الجمعة ... إلى آخره) هذا حديث ضعيف تفرد به الحجاج بن أرطاة ، وهو ضعيف لا حجة فيه ، وقد أخرجه الترمذي ، لكن ضعفه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٣ ب) .

والحديث أخرجه الترمذي في سننه : (٢/٤٠٥) (٢) أبواب الصلاة (الجمعة) (٢٨) باب ما جاء في السفر يوم الجمعة (٥٢٧) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٣/١٨٧) باب من قال لا تحبس الجمعة عن سفر ، وأحمد في مسنده : (١/٢٢٤) .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فأما من لا يُرْجَا زوال عذره فلا بأس بتعجيل الظهر في حقهم) لا يتوهم من عبارته هذه أنه ليس الأولى تعجيل الظهر ، فإنه الأولى لحيازة فضيلة الأولوية ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٣ ب) .

الظهر وقبل فوات الجمعة ؛ لأنه أدى الوظيفة مرة .

وقال ابن الحداد : يلزمه . وهو غلط بناه على مذهب أبي حنيفة . وزوال العذر في أثناء الظهر كرؤية المتيمم الماء في الصلاة .

السادس : غير المعذور إذا صلى الظهر قبل الجمعة ففي صحته قولان مشهوران :

أحدهما : لا ؛ لعصيانه به .

والثاني : يصح ظهره ويعصى بترك الجمعة كما لو صلى بعد الجمعة . فإن قلنا : يصح فهل يسقط الخطاب بالجمعة ؟ فيه قولان :

أصحهما : أنه / لا يسقط ، ومعنى صحته : أن الخطاب لا يتجدد به بعد فوات الجمعة. وعلى هذا لو صلى الجمعة أيضًا فالفرض أيهما ؟ ٢٩/أ

فيه أربعة أقوال : وهو : الأول ، أو الثاني ، أو كلاهما ، أو أحدهما [1] لا بعينه وهو الأصح ، فيحتسب الله ما شاء منهما .

السابع : جماعة من المعذورين أرادوا عقد الجماعة في الظهر ففيه وجهان :

أحدهما : لا تستحب ؛ لأنها شعار الجمعة في هذا اليوم ، والأقيس : أنه يستحب . ثم الأولى إخفاؤها .

* * *

(١) في الأصل : « إحداهما » ، وهو خطأ .

الباب الثالث

في كيفية أداء الجمعة

وهي كسائر الصلوات ، وإنما تتميز منها بأربعة أمور :

الأول : الغسل :

قال رسول الله ﷺ : « من غسل واغتسل وبكر وابتكر ولم يرفث خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه » (١) .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « ومن الباب الثالث قوله : (قال رسول الله ﷺ : من غسل واغتسل وبكر وابتكر ولم يرفث ، خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه) هذا الحديث رواه أبو داود ، والترمذي وابن ماجه ، وغيرهم من حديث أوس بن أوس الثقفي عن رسول الله ﷺ ، وليس في روايتهم : « ولم يرفث ، خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه » ، وإنما نص الحديث : « من غسل يوم الجمعة واغتسل ، وبكر وابتكر ، ومشى ولم يركب ، ودنا من الإمام فاستمع ولم يلغ ، كان له بكل خطوة عمل سنة أجر صيامها وقيامها » هذا لفظ أبي داود ، وألفاظ الباقين نحوه ، وهو حديث ثابت له مرتبة الحديث الحسن » . المشكل (١٤٤/١ أ) .

وراجع الحديث عند أبي داود : (٩٣/١،٩٤) كتاب الطهارة - باب في الغسل يوم الجمعة (٣٤٥،٣٤٦) ، والترمذي : (٣٦٧/٢-٣٦٩) (٢) أبواب الصلاة (٤) باب ما جاء في فضل الغسل يوم الجمعة (٤٩٦) ، والنسائي : (٩٥/٣،٩٦) (١٤) كتاب الجمعة (١٠) فضل غسل يوم الجمعة (١٣٨١،١٣٨٤،١٣٩٨) ، وابن ماجه : (٣٤٦/١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٨٠) باب ما جاء في الغسل يوم الجمعة (١٠٨٧) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٢٢٧/٣) ، وابن خزيمة : (١٢٨/٣،١٢٩) ، وأحمد : (٢٠٩/٢) .

وقال ابن الصلاح : « ثم إن بعضهم رواه : (من غسّل) بتشديد السين ، أي جامع أهله فألجأها إلى الغسل ، واستحب ذلك ليأمن من أن يرى في طريقه ما يشغل قلبه عما هو بصدده ، ومنهم من فسره على رواية التشديد بالمبالغة في الوضوء ، أي غسل أعضاء وضوئه غسلًا بعد غسل ثلاثًا ثلاثًا ، ثم اغتسل للجمعة .

ومنهم من رواه بتخفيف السين ، وحمله الأزهري - أيضًا - على الجماع ، وقال : يقال : غسل امرأته إذا جامعها ، وقيل : معناه غسل ثيابه ورأسه ، وقيل : معناه توضأ .

وأبعد بعض الفقهاء فرواه عَسّل بالعين المهملة والسين المشددة ، أي : جامع ؛ فإن لذة الجماع تشبه بلذة العسل ، وليس ذلك معروفاً .

والذي نختاره في ذلك أنه بتخفيف السين ، وأن معناه : غسل رأسه ، بدلالة رواية من روى الحديث =

ومعناه توضأ واغتسل وبكر إلى الصبح وابتكر إلى الجمعة [(١)] .

ثم هذا الغسل يُفارق غسل العيد في أنه لا يستحب إلا لمن حضر الصلاة وأنه لا يجزئ قبل الفجر ، وفي غسل العيد وجهان . وقال الصيدلاني : من عدم الماء يتيمم ، وهو بعيد ؛ لأن الغرض نفي الروائح الكريهة ، والتنظيف [(٢)] ؛ ولذلك كان أقربه إلى الرواح أحب إلينا .

والأغسال [(٣)] المسنونة هي الغسل للجمعة ، وللعيدين ، ومن غسل الميت ، وللإحرام ، وللوقوف بعرفة ، ولمزدلفة ، ولدخول مكة . وثلاثة أغسال أيام التشريق ، ولطواف الوداع على القول القديم ، وللكافر إذا أسلم غير جنبٍ بعد الإسلام . وقيل : يقدم على الإسلام وهو بعيد ؛ إذ تأخير الإسلام لا وجه له ، والغسل عن الإفاقة من زوال العقل أيضًا مستحب .

= فقال فيه : « من غسل رأسه يوم الجمعة واغتسل » ، أخرج هذه الرواية أبو داود .

وما اخترناه هو الذي اختاره الإمام الحافظ أحمد البيهقي ، وقال : روينا هذا التفسير عن مكحول وسعيد بن عبد العزيز وهو بين به في رواية أبي هريرة عن النبي ﷺ في رواية ابن عباس – رضي الله عنهم – وإنما أفرد الرأس بالذكر لأنهم كانوا يجعلون فيه الدهن أو الخطمى أو غيرها ، وكانوا يغسلونه أولاً ثم يغتسلون » . المشكل (١٤٤/١ أ – ١٤٤ ب) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (بكر إلى صلاة الجمعة) ، وقيل : (إلى المسجد الجامع) ، وابتكر أي الخطبة ، أي ادكر الخطبة من أولها ، وقيل : هما بمعنى واحد جمع بينهما للتأكيد ، وفي (الوسيط) : بكر إلى صلاة الصبح ، وابتكر إلى الجمعة ، وهو غريب ، والله أعلم » . المشكل (١٤٤/١ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وقال الصيدلاني : من عدم الماء يتيمم وهو بعيد ؛ لأن الغرض نفي الروائح الكريهة والتنظف) هذا غير مرضي فإن الذي قاله الصيدلاني هو الذي قاله غيره من الأصحاب ، واستبعاده لذلك لا يصح ؛ فإن الوضوء شرع للوضاءة وللنظافة على ما أشعر به اسمه ، ثم يقوم مقامه التيمم ، فكذلك هذا الغسل ، والمعنى في ذلك أن معنى العبادة فيه أيضًا مقصود ، فإذا فقد أحد المقصودين استقل به المقصود الآخر ، كما في الزكاة المأخوذة قهرًا من الممتنع على ما عرف ، والله أعلم » . المشكل (١٤٤/١ ب) .

(٣) في الأصل : « الاغتسال » .

وذكر صاحب التلخيص الغسل عن الحجامة والخروج من الحمام وقال : هما اختياران لا يبلغان مبلغ السنن المتأكدة . وأنكر معظم الأصحاب استحبابهما [(١)] .

الثاني : البكور إلى الجامع :

قال ﷺ : « مَنْ راح إلى الجمعة في الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة ، ومن راح في الثانية فبقرة ، وفي الثالثة كبشة ، وفي الرابعة دجاجة ، وفي الخامسة بيضة ، والملائكة على الطرق يكتبون الأول فالأول ، فإذا أخذ الخطيب يخطب طووا الصحف وجاءوا يستمعون الذكر [(٢)] » [(٣)] .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وذكر صاحب التلخيص الغسل من الحجامة ، والخروج من الحمام ، وأنكر معظم الأصحاب استحبابها) هكذا نقل ذلك شيخه عن معظم الأصحاب ، وقد خفي على من أنكر ذلك أنه نص الشافعي ، ففي (جمع الجوامع) من منصوصات الشافعي وكتبه عنه أنه قال : أحب الغسل من الحجامة والحمام وكل أمر غيَّر الجسد ، ولم يذكر عنه قولاً آخر على خلاف ذلك ، وكان من أنكره استبعده من حيث المعنى ولا بعد فيه ، والمعنى فيه ما أشار إليه الشافعي - رضي الله عنه - وهو أن ذلك يغير الجسد ويضعفه ، والغسل يشد الجسد وينعشه .

وينبغي أن يكون المراد بالغسل من الحمام عند إرادة الخروج منه ، وهو الذي اعتاده الخارجون من الحمام من صب الماء على أجسادهم عند الخروج ، وقد روينا في كتاب (السنن الكبير) للبيهقي عن عائشة - رضي الله عنها - قالت : قال رسول الله ﷺ : « الغسل من خمسة : من الجنابة ، والحجامة ، وغسل يوم الجمعة ، وغسل الميت ، والغسل من ماء الحمام » . ورويناه في كتاب السنن لأبي داود : « أن النبي ﷺ كان يغتسل من أربع : من الجنابة ، ويوم الجمعة ، ومن الحجامة ، وغسل الميت » ولم يذكر (الحمام) ، وحديث عائشة هذا ، وإن كان في إسناده عندهم ضعف ، فله شاهد يقويه ، قال البيهقي : له شاهد من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ، ثم روي بإسناد صحيح عن عبد الله بن عمرو ، وقال : كنا نغتسل من خمس : من الحجامة ، والحمام ، ونتف الإبط ، ومن الجنابة ، ويوم الجمعة » . المشكل (١٤٤/١ ب - ١٤٥ أ) .

(٢) « الذكر » : ليست في (ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من الحديث في البكور إلى الجامع مخرج في الصحيحين بمعناه من حديث أبي هريرة ، والله أعلم » . المشكل (١٤٥/١ أ) .

أخرجه البخاري : (٤٢٥/٢) (١١) كتاب الجمعة (٤) باب فضل الجمعة (٨٨١) ، وطرفاه : (٩٢٩، ٣٢١١) ، ومسلم : (٥٨٧/٢) (٧) كتاب الجمعة (٧) باب فضل التهجر يوم الجمعة (٨٥٠) ، وأبو داود : (٩٥/٢) كتاب الطهارة - باب في الغسل يوم الجمعة (٣٥١) ، والترمذي : (٣٧٢/٢) (٢) أبواب الصلاة =

الثالث : التزين :

فيستحب فيه الثياب البيض للرجال ، واستعمال الطيب ، وأن يمشي على هينة ، والترجل أولى من الركوب ، ولا بأس بحضور العجائز لا في شهرة الثياب ، وعليهن اجتناب الطيب .

رأى أبو هريرة امرأة تفوح منها رائحة المسك فقال : تطيبت للجمعة ؟ فقالت : نعم ، فقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « أيما امرأة تطيبت للجمعة لم يقبل الله صلاتها حتى ترجع إلى بيتها وتغتسل [1] اغتسالها من الجنابة » [2] .

الرابع : يستحب للإمام أن يقرأ في الأولى [3] سورة « الجمعة » ، وفي الثانية « إذا جاءك المنافقون » [4] .

= (الجمعة) (٦) باب ما جاء في التبكير إلى الجمعة (٤٩٩) ، والنسائي : (٣/٩٧-٩٩) (١٤) كتاب الجمعة (١٣) باب التبكير إلى الجمعة (١٣٨٥،١٣٨٧) ، (١٤) باب وقت الجمعة (١٣٨٨) ، وابن ماجه : (١/٣٤٧) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٨٢) باب ما جاء في التهجير إلى الجمعة (١٠٩٢،١٠٩٣) .

(١) في (أ ، ب) : « فتغتسل » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « حديث أبي هريرة في تطيب المرأة الخارجة إلى المسجد ، رويناه بمعناه في (السنن الكبير) من غير وجه واحد ، ورواه الإمام الشافعي - رضي الله عنه - وليس فيه ما ذكره فيه من أنها تطيبت للجمعة ، ولا قوله في الحديث المرفوع : « أيما امرأة تطيبت للجمعة » ، وإنما فيه أن المرأة المذكورة تطيبت للمسجد ، والحديث المرفوع هو : « امرأة تطيبت فخرجت تريد المسجد » ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٥ أ - ١٤٥ ب) .

وراجع - أيضًا - سنن أبي داود : (٤/٧٧) كتاب الترجل - باب ما جاء في المرأة تتطيب للخروج (٤١٧٤) ، وابن ماجه : (٢/١٣٢٦) (٣٦) كتاب الفتن (١٩) باب فتنة النساء (٤٠٠٢) ، وأحمد في مسنده : (٢/٢٤٦،٢٩٧) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٣/١٣٣،١٣٤) .

(٣) في الأصل : « الأول » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « مستند القول في أنه يقرأ في الجمعة سورة الجمعة ، وإذا جاءك المنافقون : حديث أبي هريرة أنه سمع رسول الله ﷺ يقرأ بهما فيها ، وحديث ابن عباس أن رسول الله ﷺ كان يقرأ بهما فيها ، أخرجهما مسلم في صحيحه ، ومستند القول القديم : أنه يقرأ في الأولى بسبح اسم ربك الأعلى ، وفي الثانية هل أتاك حديث الغاشية » . المشكل (١/١٤٥ ب) .

قال الشافعي - رضي الله عنه - : ولو نسي « الجمعة » في الأولى جمع بينها وبين سورة « المنافقين » في الثانية . وقال في القديم : يقرأ في الأولى « سبح اسم ربك الأعلى » ، وفي الثانية سورة « الغاشية » [1] .

* * *

(١) يقول ابن الصلاح : « حديث النعمان بن بشير أن رسول الله ﷺ كان يقرأ بهما في الجمعة ، رواه مسلم في صحيحه ، ورواه أبو داود والنسائي من حديث سمرة بن جندب ، وقد نقل الربيع - راوي الكتب الجديدة - أنه سأل الشافعي عن ذلك ، فذكر أنه يختار سورة الجمعة . وسورة المنافقين ، ولو قرأ : سبح اسم ربك الأعلى وهل أتاك حديث الغاشية كان حسنًا ، وهذا حسن من إطلاق قولين على الوجه الذي ذكره ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٥ ب) .

كتاب

صلاة الخوف [1]

وهي أربعة أنواع

[**النوع الأول** : صلاة رسول الله ﷺ ببطن النخل .

النوع الثاني : صلاته ﷺ بعُسْفان حيث لم تشتد الحرب .

النوع الثالث : صلاة ذات الرقاع .

النوع الرابع : صلاة شدة الخوف] [2] .

---

(١) في (أ) : « الخسوف » ، وهو خطأ من الناسخ .

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من المحقق .

الأول : صلاة رسول الله ﷺ ببطن النَّخْل (١)

إذ صَدَّع أصحابه صدعين (٢) ، فصلى بطائفة ركعتين وسلم ، ثم صلى بالطائفة الأخرى ركعتين هي له سنة ولهم فريضة (٣) ، وليس فيه إلا اقتداء مفترض بمتنفل ، وهو جائز من غير خوف .

* * *

النوع الثاني : صلاته بعُسْفَان (٤) حيث لم تشتد الحرب

---

(١) في (أ، ب) : « نخل » . قال النووي : « (بطن نخل) الذي صلى به رسول الله ﷺ صلاة الخوف ، ونَخْل بفتح النون وإسكان الخاء المعجمة ، وهو مكان من (نجد) من أرض (غَطَفان) ، هكذا قاله صاحب (المطالع)والجمهور ، وقال الحازمي : (بطن نخل) قرية بالحجاز ، ولا مخالفة بينهما » . تهذيب الأسماء واللغات (ق ٢ /١/ ٣٨) . وراجع : مراصد الاطلاع (٢٠٤/١) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « ومن كتاب صلاة الخوف – نسأل الله الأمن من عذابه – قوله : (الأول : صلاة رسول الله ﷺ ببطن نخل ، إذ صدع أصحابه صدعين) أي : فرقهم فرقتين ، وأصل الصدع الشق ، ويقال : تصدع القوم أي تفرقوا ، وأجاز بعض من شرح (الوجيز) تشديد الدال منه ، والمختار التخفيف ، وقوله : (صدعين) دال عليه ظاهرًا ، فإن المشدد يجيء مصدره تصديعين ، والله أعلم .

و (نخل) مكان من (نجد) من أرض غطفان ، وهو غير (نخلة) ، الموضع الذي بقرب مكة الذي جاء إليه وفد اليمن ، وروى هذه الصلاة جابر بن عبد الله أخرجه مسلم في صحيحه » . المشكل(١٤٥/١ ب - ١٤٦أ) .

(٣) أخرج البخاري عن جابر – مختصرًا – أن النبي ﷺ صلى بطائفتين ركعتين ، ثم تأخروا ، وصلى بالطائفة الأخرى ركعتين ، فكان للنبي ﷺ أربع وللقوم ركعتان » ، انظر : البخاري : (٤٩١/٧) (٦٤) كتاب المغازي (٣١) باب غزوة ذات الرقاع (٤١٣٦) . وحديث جابر عند مسلم : (٥٧٦/١) (٦) كتاب صلاة المسافرين(٥٧) باب صلاة الخوف (٨٤٣) ، وأخرجه الشافعي في الأم : (١٩٢/١) .

وعند أبي داود – عن أبي بكر – نحوه : (١٧/٢) كتاب الصلاة – باب من قال يصلي بكل طائفة ركعتين (١٢٤٨) ، والنسائي : (١٧٨/٣) (١٨) كتاب صلاة الخوف (١٥٥١ ، ١٥٥٢ ، ١٥٥٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٢٥٩/٣) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « ذكر صلاة رسول الله ﷺ بعُسْفان ، وهذه الصلاة رواها أبو عياش الزرقي أحد الصحابة ، أخرج حديثه أبو داود والنسائي وغيرهما ، وله مرتبة الحسن من الحديث ، وروى جابر بن عبد الله نحو ذلك ، أخرجه مسلم في صحيحه ، وفي حديث : « صلاة هي أحب إليهم من الأولاد » ، وفي رواية : « أحب إليهم =

إذ كان العدو في جهة القبلة ، وكان خالد بن الوليد مع الكفار بَعْدُ ، فدخل وقت العصر فقالوا : قد دخل عليهم وقت صلاة هي أعز عليهم من أرواحهم ، فإذا شرعوا فيها حملنا عليهم حملة . فنزل جبريل - عليه السلام - وأخبره به [١] ، فرتب رسول الله ﷺ أصحابه صَفَّيْنِ ، وصلى بهم فحَرَسَه الصف الأول في السجود الأول ولم يسجدوا حتى قام الصف الثاني فسجد الحارسون ولحقوا [٢] ، وكذلك فعل الصف الثاني في الركعة الثانية [٣] .

= من أبنائهم » ، لا كما ذكره في الكتاب من قوله : « أعز عليهم من أزواجهم » ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٦أ) .
انظر حديث أبي عياش الزرقي عند أبي داود : (١١/٢، ١٢) كتاب الصلاة - باب صلاة الخوف (١٢٣٦) .

وعُسْفَان : بضم العين وإسكان السين ، قرية بين مكة والمدينة ، تبعد حوالي ثمانية وأربعين ميلًا عن مكة ، على ما رجح النووي . راجع : تهذيب الأسماء واللغات : (ق٢/٢/٥٦) ، ومراصد الاطلاع : (٩٤٠/٢) .

(١) « به » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الحديث : (فحرسه الصف الأول في السجود الأول ولم يسجدوا حتى قام الصف الثاني ، فسجد الحارسون ولحقوا) هذا سهو ، وصوابه : (فسجد معه الصف الأول) فهكذا هو في الحديث عنه ﷺ ، وإنما قوله : (فحرسه الصف الأول) نص الشافعي .

ولفظ الحديث في رواية لمسلم في صحيحه : « صفنا صفين ، والمشركون بيننا وبين القبلة ، فكبر رسول الله ﷺ وكبرنا ، وركع فركعنا ، ثم سجد وسجد معه الصف - أي : الأول - فلما قاموا سجد الصف الثاني ، ثم تأخر الصف الأوّل وتقدم الصف الثاني ، فقاموا مقام الأول ، فكبر رسول اللّه ﷺ وكبر وركع فركنا ، ثم سجد وسجد معه الصف الأول ، وقام الثاني ، فلما سجد الصف الثاني جلسوا جميعًا » . وباقي الروايات في معناه .

وأما نص الشافعي : فمن أصحابه من أباه ولم يعده من المذهب . وقال : مذهبه ما ورد به الحديث ، فإنه قال - رضي الله عنه - : إذا وجدتم في كتابي خلاف سنة رسول الله ﷺ فقولوا بسنة رسول الله ﷺ ، ودعوا ما قلته . ومنهم من قال : إن ذلك من الشافعي تجويز لما ذكره من غير أن ينفي ما ورد به الحديث ، فيحمل ذلك على أنه أراد جواز الأمرين ؛ لأن المعنى يقتضي ذلك .

قلت : وإنه ذلك ؛ لأنه روى الحديث كما رواه غيره ، ثم ذكر الكيفية الأخرى . قلت : وما ذكره الشافعي - رضي الله عنه - أن الحراسة بالصف الأول أليق ، ووجه ما ورد به الحديث من حيث المعنى أن الصف الأول أفضل فليخصوا تفصيله السجود مع الإمام ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٦أ - ١٤٦ب) .

(٣) انظر الحديث عند مسلم : (٥٧٥/١) (٦) كتاب صلاة المسافرين (٥٧) باب صلاة الخوف (٨٤٠) ، وأبي داود : (١١/٢، ١٢) كتاب الصلاة - باب صلاة الخوف (١٢٣٦) ، والنسائي : (١٦٩/٣) (١٨) كتاب صلاة الخوف (أحاديث : ١٥٣٤ ، ١٥٣٥ ، ١٥٤٩) ، وابن ماجه : (٤٠٠/١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٥١) باب ما جاء في =

وهذا إنما يتم إذا كان العدو في قبالة القبلة ، وليس فيها إلا التخلف [1] عن الإمام بأركان ، وذلك لا يجوز إلا بعذر . ثم لو اختص بالحراسة فريقان [2] من أحد الصفين جاز ، ولو ابتدأ [3] بالحراسة الصف الثاني جاز ، ولكن الحراسة بالصف الأول أليق .

قال الشافعي - رضي الله عنه - : لو تقدم الصف الثاني في الركعة الثانية إلى الصف الأول وتأخر الصف الأول ولم يكثر أفعالهم كان ذلك حسنًا [4] .

ولو حرس في الثانية الحارسون في الأول [5] فقولان [6] :

أحدهما : المنع ؛ لأنه يتكرر عليهم التخلف ولم يرخص الشرع إلا في مرة واحدة . والأقيس الجواز ؛ إذا الأول انمحى أثره بتخلل فصل ، وإنما قصد رسول الله ﷺ بذلك التسوية بين الصفين .

* * *

النوع الثالث : صلاة ذات الرقاع [7]

= صلاة الخوف (١٢٦٠) .

(١) في (أ ، ب) : « تخلف » .

(٢) في (أ ، ب) : « فرقتان » .

(٣) في (أ ، ب) : « ابتدأه » .

(٤) انظر : الأم : (١٩١/١) .

(٥) في (أ ، ب) : « الأولى » .

(٦) في الروضة (٥١/٢) : « أصحهما : الصحة ، وبه قطع جماعة » ، وراجع : المجموع : (٣٠٨/٤) .

(٧) يقول ابن الصلاح : « غزوة ذات الرقاع ثبت في الصحيحين عن أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - أنه قال فيها : نقبت أقدامنا ، فكنا نلف على أرجلنا الخرق ، فسميت غزوة ذات الرقاع لما كنا نعصب على أرجلنا من الخرق .

قوله : (نقبت) بالنون والقاف المكسورة ، أي تقرحت وتقطعت جلودها ، قلت : وفي صحيح مسلم عن جابر : (حتى إذا كنا بذات الرقاع) فقال بعضهم : من أجل هذا الأصح أنه اسم موضع .

قلت : نجمع بين هذا وما قاله أبو موسى بأن يقال : سميت البقعة ذات الرقاع لما ذكر أبو موسى ، والله أعلم . والحديث الذي ذكره في صلاتها ثابت بمعناه في الصحيحين » . المشكل (١٤٦/١ ب) .

وهو أن يلتحم القتال [1] فلا يحتمل الحال تخلف الكل / واشتغالهم بالصلاة . ٢٩/ب

وكان ذلك في ذات الرقاع ، فصدع رسول الله ﷺ أصحابه صدعين ، وانحاز بطائفة إلى حيث لا تبلغهم سهام العدو ، وصلى بهم ركعة ، وقام بهم [2] إلى الثانية وانفردوا بالركعة الثانية ، وسلموا وأخذوا مكان إخوانهم في الصف ، وانحازت [3] الفئة المقاتلة [4] إلى رسول الله ﷺ وهو قائم ينتظرهم ، واقتدوا به في الركعة الثانية ، فلما جلس رسول الله ﷺ للثانية قاموا وأتموا الركعة الثانية ولحقوا به وتشهدوا ، وسلم بهم رسول الله ﷺ .

هذه رواية خَوَّات بن جبير [5] ، وليس فيها إلا الانفراد عن الإمام في الركعة الثانية ، وانتظار

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في صلاة ذات الرقاع : (وهو أن يلتحم القتال) هذا ليس شرطًا فيها ؛ فإنه لو لم يخوضوا في القتال بعد ، بل كان العدو في منازلهم ، وخاف المسلمون هجومهم عليهم إذا اشتغلوا بالصلاة كان الحكم لذلك في تفرقهم فرقتين على الوجه المذكور ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٧ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « معهم » . (٣) في الأصل : « وانحاز » .

(٤) كذا بالأصل ، وفي (أ ، ب) : « المقابلة » ، وراجع تعليق ابن الصلاح الآتي .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (هذه رواية خوات بن جبير) ، وفي بعض النسخ : (رواية صالح بن خوات بن جبير) وهذا أولى ؛ لأنه أجمع للروايات ، إذ في رواية - وهي قليلة - : (عن صالح بن خوات عن أبيه خوات عن النبي ﷺ) والأكثر - وهو الأصح - : عن صالح عن خوات عن سهل بن أبي حثمة عن النبي ﷺ أو (عن صالح عَمَّن صلى مع النبي ﷺ) .

و(خوات) أوله خاء معجمة مفتوحة ، ثم واو مشددة ، وفي آخره تاء مثناة من فوق . والله أعلم .

ثم إنه ذكر هذا الحديث بالمعنى على رأيه في جواز رواية الحديث بالمعنى ، ووقع فيه مما لا يجوز في ذلك ، وهو قوله : (وانحازت الفئة المقاتلة) فأوهم أنه كان فيها قتال ، وهذه الغزوة كان فيها خوف من غير قتال ، ذكر ذلك إمام المغازي محمد بن إسحق ، وإن أمكن تأويل لفظ المقاتلة فمثل ذلك غير جائز لمن يروي بالمعنى ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٦ ب - ١٤٧ أ) . ولعل الأخذ بقراءة نسختي (أ ، ب) : « المقابلة » ، بدل : « المقاتلة » ، يحل هذا الإشكال .

والحديث أخرجه البخاري بمعناه عن سهل بن أبي حثمة : (٧/٤٨٦)(٦٤) كتاب المغازي (٣١) باب غزوة ذات الرقاع (٤١٢٩ ، ٤١٣١) ، وأخرجه - بمعناه - عن ابن عمر : (٢/٤٩٧)(١٢) كتاب الخوف (١) باب صلاة الخوف (٩٤٢) ، وأطرافه : (٩٤٣ ، ٤١٣٢ ، ٤١٣٥) ، ومسلم : (١/٥٧٥)(٦) كتاب صلاة المسافرين (٥٧) باب صلاة الخوف (٨٣٩ ، ٨٤١) ، وأبو داود : (٢/١٢ ، ١٣) كتاب الصلاة - باب في صلاة الخوف =

الإمام للطائفة [1] الثانية مرتين في القيام والتشهد .

وروى ابن عمر أنه لما قام إلى الثانية ما انفردوا بالركعة لكن أخذوا مكان إخوانهم [في الصف وهم في الصلاة ، وانحاز الآخرون فصلوا ركعة ، فتحلل بهم رسول الله ﷺ ورجعوا إلى مكان إخوانهم] [2] ، وعليهم بَعْدُ ركعة ، ثم رجع الفريق الأول فأتموا الركعة الثانية منفردين ونهضوا إلى الصف ، وعاد الآخرون وأتموا كذلك [3] .

وأخذ الشافعي - رضي الله عنه - برواية خَوَّات [بن جبير] [4] ؛ لمعنيين :

أحدهما : أن الرواة لها أكثر ، وهو إلى الاحتياط وترك الأفعال المستغنى عنها أقرب .

والثاني : أن رواية خوات مقيدة بذات الرقاع ، وهي [5] آخر الغزوات [6] ، ورواية ابن عمر

= (١٢٣٧-١٢٤٥) ، والترمذي : (٢/٤٥٣-٤٥٧) (٢) أبواب الصلاة (٤٦) باب ما جاء في صلاة الخوف (٥٦٤-٥٦٧) ، والنسائي : (٣/١٧٠،١٧١) (١٨) كتاب صلاة الخوف (١٥٣٦-١٥٤١) ، وابن ماجه : (١/ ٣٩٩) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٥١) باب ما جاء في صلاة الخوف (١٢٥٩) .

(١) في (أ ، ب) : « الطائفة » .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من رواية ابن عمر - رضي الله عنهما - ثابت بمعناه في الصحيحين وغيرهما ، غير أن فيه بعد ذكر سلام الإمام أن كل طائفة قضت ركعة ركعة ، وليس فيه ما ذكره في الكتاب من قوله : (ورجعوا إلى مكان إخوانهم وعليهم بعد ركعة ، ثم رجع الفريق فأتموا الركعة الثانية منفردين ، ونهضوا إلى الصف وعاد الآخرون وأتموا كذلك) ، فهذا فيه من الرجوع زيادة زائدة على ما في كتب الحديث المعتمدة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٧ أ) .

(٤) الزيادة من (أ ، ب) .

وللشافعي قول قديم : أنه إذا صلى بالطائفة الثانية الركعة الثانية تشهد بهم وسلم ، ثم هم يقومون إلى تمام صلاتهم كالمسبوق ، وقول آخر : أنهم يقومون إذا بلغ الإمام موضع السلام ولم يسلم بَعْدُ . انظر : الروضة : (٢/٥٢) ، وراجع : المجموع : (٤/٢٩٣) .

(٥) في الأصل : « وهو » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) ، وهو أولى بالصواب .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله في غزوة ذات الرقاع : (هي آخر الغزوات) غير صحيح ؛ فليست آخرها ، ولا هي =

مطلقة [١] .

ومن أصحابنا من قال : تصح الصلاة على وفق رواية ابن عمر لصحة الروايتين ، لكن الأولى رواية خوات وهو بعيد [٢] ؛ لأنه تخيير في أفعال كثيرة مستغنى عنها .

ثم النظر في هذه الصلاة في طرفين :

أحدهما : في كيفيتها ؛ وقد تشككوا في ثلاثة مواضع :

الأول : نقل المزني أن الإمام يقرأ بالطائفة الثانية الفاتحة وسورة . ومعناه أنه [٣] يسكت قبله منتظرًا . وغلَّطَهُ الأصحاب ، وقالوا : لا يسكت لكنهم إذا لحقوا مَدَّ القراءة بحيث تتسع عليهم قراءة الفاتحة ، وهو نقل الربيع .

وتوجيه قول المزني : التسوية بين الفريقين [٤] ، فإنه [٥] يقرأ [٦] الفاتحة بالأولى فليقرأ

= من أواخرها فقد أحصى إمام المغازي والسير محمد بن إسحق غزوات رسول الله ﷺ سبعًا وعشرين ، وذكر أن آخرها غزوة تبوك ، وذكر ميقات غزوة ذات الرقاع ، وهو قبل أواخرها ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٧ أ - ١٤٧ب) .

(١) علل النووي اختيار الشافعي لرواية خوات في الروضة (٢/٥٢) بقوله : « لسلامتها من كثرة المخالفة ، ولأنها أحوط لأمر الحرب » ، وفي المجموع (٤/٢٩٣) بقوله : « لأنها أحوط لأمر الحرب ، ولأنها أقل مخالفة لقاعدة الصلاة » ، واللفظان متقاربان .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ومن أصحابنا من قال : تصح الصلاة على وفق رواية ابن عمر ، وهو بعيد) فنسب هذا إلى بعض الأصحاب وهو قول للشافعي مشهور جديد ، نص عليه في كتاب (الرسالة) ، وقال : هو بعيد وهو صحيح ، قيل : هو الأصح لصحة الروايتين وعدم امتناع تجويزه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٧ ب) ، وراجع : المجموع : (٤/٢٩٣ ، ٢٩٤) .

(٣) في (ب) : « أن » .

(٤) في (أ ، ب) : « الفرقتين » .

(٥) في (ب) : « فإن » .

(٦) في (أ ، ب) : « قرأ » .

بالثانية [١] .

الثاني : هل يتشهد قبل لحوق الفرقة الثانية به أم يصبر حتى يعودوا [٢] ؟ فيه طريقان : أحدهما : أنه كالفاتحة . والثاني : أنه يتشهد ، إذ ليس يفوت التسوية بين الفريقين في التشهد [٣] .

الثالث : أن مالكًا ذهب إلى أن الفرقة الثانية يتشهدون مع الإمام ، ثم يقومون عند سلامه إلى الثانية قيام المسبوق . وهو قول قديم ، ولا شك في جوازه ، ولكن ما رواه خوات جائز [٤] - أيضًا - خلافًا لمالك [٥] .

الطرف الثاني : في تعدية النص إلى صلاة المغرب ، وصلاة الحضر ، والجمعة :

أما المغرب : فليصلِّ الإمام فيها بالطائفة الأولى ركعتين ، وبالثانية ركعة [٦] ، ثم إن انتظرهم

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (نقل المزني أن الإمام يقرأ بالطائفة الثانية الفاتحة وسورة . معناه : أنه يسكت قبله منتظرًا ، وغلطه الأصحاب وقالوا : لا يسكت ، لكنهم إذا لحقوا من القراءة ، وهو نقل الربيع ، وتوجيه قول المزني : التسوية بين الفريقين) هذا فيه خلل في كيفية النقل ، يوهم خلاف الثابت في نفس الأمر ، من حيث إنه قطع بأن يسكت على نقل المزني ، ونسب إلى الأصحاب على الإطلاق تغليط المزني ، ثم إنه وجه ما نقله .

أما السكوت : فليس في نقل المزني ذكر السكوت ، وقد فرعوا عليه أنه تسبيح ويذكر الله بما يشاء ، وأما نسبته الأصحاب على الإطلاق إلى تغليط المزني وضمه إلى ذلك توجيه ما نقله من غير أن يذكر ما بينهما خلافًا لذلك عن غيره أو من عند نفسه ، فهو في صورته مستنكر ، فإن الغلط لا توجيه له ، ثم إن الأصحاب في ذلك مختلفون فأصح الطرق أن المسألة على قولين ؛ أحدهما : ما نقله المزني ، والله أعلم » . المشكل (١٤٧/١ ب) ، وراجع : الروضة : (٥٣/٢) ، والمجموع : (٢٩٦/٤) .

(٢) في الأصل : « يعودون » ، ولعله سهو من الناسخ .

(٣) جزم النووي في (الروضة) بأن المذهب أنه يتشهد ، وحكى الأقوال الأخرى بصيغة التضعيف . انظر : الروضة (٥٤/٢) ، وراجع : المجموع : (٢٩٧/٤، ٢٩٨) .

(٤) في (أ ، ب) : « فهو جائز » .

(٥) راجع مذهب مالك في : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٣٩٣/١) ، والكافي : (٧٢، ٧٣) ، والقوانين الفقهية : (٨٨) .

(٦) وذكر النووي في الروضة : (٥٤/٢) أنه الأظهر . وراجع : المجموع : (٣٠٠/٤) .

في التشهد [الأول] (١) فجائز ، وإن انتظرهم في القيام في الركعة الثالثة فحسن ؛ لأن التطويل بالقيام أليق (٢) . ونقل عن الإملاء أن الانتظار في التشهد أولى .

وروي عن علي - رضي الله عنه - أنه صلى بالطائفة الأولى ركعة ، وبالثانية ركعتين في ليلة الهَرِير (٣) . وهو قول نقل عن الإملاء ، والصحيح الأول ؛ لأن في هذا تكليف الطائفة الثانية زيادة تشهد لا يحسب (٤) لهم .

أما الرباعية في الحضر : فليصلِّ الإمام بالطائفة الأولى ركعتين ؛ وبالثانية ركعتين . فلو (٥) فرقهم أربع فرق وصلى بكل فرقة ركعة فهل يحرم الانتظار الثالث ؟ فعلى قولين . فإن قلنا : يحرم ، فهل تبطل به الصلاة ؟ فعلى قولين (٦) :

أحدهما : يجوز ذلك كما جاز بالمرة الأولى والثانية . والثاني : لا ؛ لأنه رخصة فلا يزاد على (٧) محل النص ، فعلى هذا يمتنع الانتظار في الركعة الثالثة ، وما قبلها جرى على وجهه (٨) .

---

(١) الزيادة من (أ ، ب) .

(٢) وهو الذي ذكر النووي أنه الأظهر . انظر : الروضة : (٥٤/٢) ، وراجع : المجموع : (٣٠٠/٤) .

(٣) قال ابن الصلاح : « ليلة الهرير : ليلة من ليالي صفين ، كان لهم فيها هرير عندما يحمل بعضهم على بعض » . المشكل (١٤٧/١ ب) ، وراجع : تهذيب الأسماء واللغات : (ق ١٨١/٢/٢) . والهرير : صوت القوس وغيرها ، وهَرَّ القوس هريرًا : أي صوتت . انظر : المعجم الوسيط (مادة : هرر) .

(٤) في (ب) : « يحتسب » .

(٥) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله : (هل يحرم الانتظار الثالث ، فعلى قولين ، فإن قلنا : يحرم ، فهل تبطل الصلاة به ؟ فعلى قولين) هذا شذوذ لا يعرف ، والمعروف أن في بطلان الصلاة قولين فحسب دون البناء ، والترتيب الذي ذكره وما ذكره كما أنه بعيد من حيث النقل ، فهو بعيد من حيث إنه لا يتجه مع القول بالتحريم دون البطلان ، والله أعلم » . المشكل (١٤٧ ب - ١٤٨ أ) . وراجع : الروضة : (٥٥/٢ ، ٥٦) ، والمجموع : (٣٠١/٤ - ٣٠٣) .

(٧) في (أ ، ب) : « عن » .

(٨) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فعلى هذا يمتنع الانتظار في الركعة الثالثة وما قبلها جرى على وجهه) هذا غير مرضي من حيث إنه يوهم أن مطلق الانتظار في الركعة الثالثة ممتنع مبطل ، وليس كذلك باتفاق ، فإنه ينتظر فيها =

وقال ابن سريج - تخريجًا - : المنع يختص بالركعة الرابعة ؛ فإن الانتظار في الثالثة هو الانتظار الثاني للإمام بدلًا من انتظاره في التشهد إلا أن المنتظر (١) في التشهد ثَمَّ (٢) هو المنتظر في القيام بعينه ، وهاهنا (٣) المنتظر ثانيًا غير المنتظر أولًا ، وهذا لا يقدح في الصلاة ، وهو متجه .

أما الجمعة : ففي إقامتها على هذا الوجه وجهان ، ووجه المنع : أن العدد فيها شرط ، فكيف ينفرد الإمام في الثانية مع انفضاض الفرقة الأولى إلى عود الفرقة الثانية ؟ ! (٤)

= فراغ الطائفة الثانية ، وينتظر مجيء الطائفة الثالثة ، ولا منع بالاتفاق من انتظاره لفراغ الطائفة الثانية ، فإنه غير زائد على ما ورد به النص . وإنما الزائد الممتنع انتظار غير ذلك لمجيء الطائفة الثالثة ، وعنده يقع الإبطال على النص .

وبهذا الإيضاح يبعد تخريج ابن سريج من أن المنع يختص بالركعة الرابعة .

وأما قوله في توجيهه : (إن الانتظار الثاني للإمام بدلًا عن انتظاره في التشهد إلا أن المنتظر في التشهد ثَمَّ هو المنتظر في القيام بعينه ، وهاهنا المنتظر ثانيًا غير المنتظر أولًا ، وهذا لا يقدح ، وهو متجه) فهذا غير مسلم ، فإن الانتظار في الثالثة الذي هو الانتظار الثاني بدلًا عن انتظاره في التشهد ، إنما هو انتظاره لفراغ الطائفة الثانية دون ما يتصل به من انتظاره لمجيء الطائفة الثالثة ، وهذا غير ما ألغاه من الفرق بأن المنتظر هاهنا ثانيًا غير المنتظر أولًا ، فإذًا لا يتجه قول ابن سريج إلا بأن يتكلف ويقول : لما اتصل انتظاره لمجيء الثالثة بانتظاره فراغ الثانية تنزلا منزلة انتظار واحد ، وإذا كان واحدًا كان الثاني لا محالة ، فلا يكون زائدًا من حيث العدد ، وإنما تكون فيه زيادة من حيث القدر ، والزيادة في القدر لا تضر كما لو فرقهم فرقتين وصلى بكل فرقة ركعتين ، والله أعلم » . المشكل (١٤٨/١ أ - ١٤٨ ب) .

(١) في الأصل : « المتنفل » ، ولا وجه له ، وما أثبتناه من (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « ثمة » .

(٣) في (ب) : « فهاهنا » .

(٤) ذكر النووي في الروضة (٥٧/٢) : « أن المذهب والمنصوص لو كان الخوف في بلد حضرت فيه صلاة الجمعة أن لهم أن يصلوها على هيئة صلاة ذات الرقاع » ، ثم قال : « ثم للجواز شرطان ؛ أحدهما : أن يخطب بجميعهم ثم يفرقهم فرقتين ، أو يخطب بفرقة ويجعل منها مع كل واحد من الفرقتين أربعين فصاعدًا ، فأما لو خطب بفرقة وصلى بأخرى فلا يجوز . والثاني : أن تكون الفرقة الأولى أربعين فصاعدًا ، فلو نقصت عن الأربعين لم تنعقد الجمعة . ولو نقصت الفرقة الثانية عن الأربعين ... قلت : الأصح لا يضر » . انظر الروضة : (٥٧/٢) ، وراجع : المجموع : (٣٠٤/٤) .

فرعان :

الأول : في وجوب رفع السلاح في هذه الصلاة وصلاة عُسْفَان قولان [١] . والوجه أن يقال : إن كان في البعد عن السلاح خطر ظاهر فهو محرم في الصلاة وغيرها ، وإن كانت الموضوعة والمحمولة واحدة لتيسر أخذها في الحال فلا يحرم وإن لم يظهر في تنحية السلاح خلل فهذا محل الجزم ، ففي وجوب الأخذ به واستحبابه تردد ، وكيف ما كان فلا [٢] تبطل الصلاة بتركه ؛ لأن العصيان لا يتمكن من نفس الصلاة .

الثاني : في السهو : ولاشك أن سهو الطائفة الأولى في الركعة الأولى ، وسهو الطائفة الثانية في الركعة الثانية للإمام محمول ، وسهو الطائفة الأولى في ركعتهم الثانية غير محمول لانفرادهم / . ٣٠/أ

ومبدأ الانفراد آخر الركعة الأولى ، وهو رفع الإمام رأسه من السجود ، أو أول الركعة الثانية وهو اعتداله في القيام ؟ فيه وجهان [٣] .

أما سهو الطائفة الثانية في ركعتهم الثانية وهم على عزم اللحوق بالإمام فيه وجهان [٤] ؛ ينظر في أحدهما إلى آخر الأمر ، وفي [٥] الثاني إلى صورة التفرد في الحال [٦] .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (في وجوبه رفع السلاح في هذه الصلاة وصلاة عسفان قولان) أراد برفع السلاح إشالته وحمله ، وليس ذلك متعينًا بعينه ، فإنه لو وضعه بين يديه بحيث يكون يمكنه من تناوله عند الحاجة إليه لتمكنه منه لوصله كان ذلك كالحمل من غير شك ، وتخصيص الخلاف بصلاة ذات الرقاع وصلاة عسفان دون صلاة بطن نخل ، وليس ذلك مُخْتَصًّا بهما ، والمعنى شامل للجميع ، وكلام غيره مطلق في صلاة الخوف على الإطلاق ، والله أعلم » . المشكل (١٤٨/١ ب) ، وراجع : الروضة : (٥٩/٢) ، والمجموع : (٣٠٩/٤) .

(٢) في (أ ، ب) : « لا » .

(٣) قال النووي : « فعلى هذا لو رفع رأسه وهم بعد في السجود فسهوا فغير محمول » . الروضة : (٥٨/٢) ، وراجع : المجموع : (٢٩٥/٤) .

(٤) العبارة ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ) : « في » بغير واو العطف .

(٦) جاء في الروضة (٥٨/٢) : « وأما الطائفة الثانية فسهوها في الركعة الأولى غير محمول ، وفي الثانية محمول على الأصح » وراجع : المجموع : (٢٩٥/٤) .

وهما جاريان في المزحوم إذا سها وقت التخلف ، وفيمن انفرد ركعة وسها ، ثم أنشأ القدوة في الثانية على أحد القولين (١) .

* * *

النوع الرابع : صلاة شِدَّة الخوف

وذلك إذا التحم الفريقان ، ولم يحتمل تخلف طائفة عن القتال فلا سبيل إلا الصلاة رجالًا وركبانا (٢) ، مستقبلي القبلة وغير مستقبليها ، إيماءً بالركوع والسجود ، ولا تحتمل فيها الصيحة والزعقة للاستغناء عنها (٣) ، ولا تحتمل الضربات الكثيرة من غير حاجة ، وتحتمل القليلة مع الحاجة ، وفي الكثيرة مع الحاجة ينظر : فإن كان في أشخاص فيحتمل مالا (٤) يتوالى منها ، وإن كان في شخص واحد فلا يحتمل لكونه عذرًا نادرًا .

وفيه قول : إنه يحتمل (٥ في الموضعين ٥) وهو منقاس ؛ لأن الواحد أيضًا قد يدفع عن نفسه بسلاحه ودرعه فيحتاج إلى الموالاة .

وفيه قول ثالث : إنه لا يحتمل في الأشخاص أيضًا لندور الحاجة وضيق باب الرخصة (٦) .

ومما يحتمل أيضًا تلطخ السلاح بالدم مهما ألقاه عقيب التلطخ ، فإن أمسكه مختارًا لزمه

---

(١) انظر : الروضة : (٥٨/٢) ، والمجموع : (٢٩٥/٤ ، ٢٩٦) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (رجالًا وركبانًا) ليس رجال هنا جمع رجل ، بل جمع راجل ، كما يقال : صاحب وصحاب ، والله أعلم » . المشكل (١٤٨/١ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « عنهما » .

(٤) « لا » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) « في الموضعين » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) قال النووي في الروضة : « وأما الأفعال الكثيرة كالطعنات والضربات المتوالية ، فهي مبطلة إن لم يحتج إليها ، فإن احتاج فثلاثة أوجه ، أصحها عند الأكثرين ، وبه قال ابن سريج والقفال : لا تبطل » . انظر : الروضة : (٦١/٢) ، وراجع : المجموع : (٣١٣/٤) .

القضاء ، وإن كا به حاجة إلى الإمساك فظاهر كلام الأصحاب وجوب القضاء أيضًا [1] لندور العذر .

والأقيس : أن [2] لا يجب ؛ لأن أصل القتال - وإن كان نادرًا - ألحق بالأعذار العامة في إسقاط القضاء مع الإيماء ، وترك الاستقبال .

هذه كيفية الصلاة .

والنظر الآن في السبب [3] المرخِّص :

وهو خوف مخصوص ، ويتبين خصوصه بمسائل :

الأولى : لو انهزم المسلمون لم يصلوا صلاة الخوف إلا إذا كان الكفار فوق الضِّعْف فعند ذلك يجوز ، وإلا فالهزيمة محرمة ، والرخص لا تُستفاد بالمعاصي ، فأما إذا انهزم الكفار لم يجزْ لنا صلاة الخوف في اتباع أقفيتهم ؛ لأنه لا خوف .

الثانية : القتال المباح كالواجب في الترخص وذلك كالذَّب عن المال ، وقد نقل عن الشافعي - رضي الله عنه - أنه لو ركبه سيل ولم ينج ماله إلا بصلاة الخوف لم يصل ، وظاهر النصوص الجديدة خلافه .

وخرج من هذا أن قتل الصائل على المال لا يجوز وهو بعيد ؛ لأن المال كالنفس قال - عليه الصلاة والسلام - : « من قتل دون ماله فهو شهيد » .[4]

---

(١) « أيضًا » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « أنه » .

(٣) « السبب » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله ﷺ : (من قتل دون ماله فهو شهيد) حديث صحيح من حديث عبد الله بن عمرو ابن العاص وغيره ، رواه مسلم وغيره ، والله أعلم » . المشكل (١٤٨/١ ب) .

أخرجه البخاري : (١٤٧/٥) (٤٦) كتاب المظالم (٣٣) باب من قاتل دون ماله (٢٤٨٠) ، ومسلم : (١/ ١٢٥)(١) كتاب الإيمان (٦٢) باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه (١٤١) ، وأبو داود : (٢٤٧/٤) كتاب السنة - باب في قتال اللصوص (٤٧٧٢) ، والترمذي : (٤/ =

الثالثة : لو تغشاه حريق أو غرق ، أو تبعه سبع ، أو مطالب بالدين [1] وهو معسر خائف من الحبس عاجز من [2] بينة الإعسار فله صلاة الخوف . وكذا من هرب من حق القصاص في وقت يتوقع من التأخير سكون الغليل وحصول العفو [3] ، هكذا ذكره الأصحاب [4] .

فرع :

لو خاف المحرم فوات الوقوف بعرفة فيصلي مسرعًا في مشيه على وجه ، ويترك الصلاة على وجه ، وتلزمه الصلاة ساكنًا على وجه [5] ، ومنشؤ التردد : أنه من قبيل طلب شيء ، أو خوف فوات في محصل .

الرابعة : لو رأى سوادًا فظنه عَدُوًّا لا يطاق ، فصلى صلاة شدة الخوف ، فإذا هو إبل تسرح ففي وجوب القضاء قولان مشهوران ؛ يُنظر في أحدهما إلى تحقق [6] الخوف ، وفي الثاني إلى

= ٢٠-٢٢)(١٤) كتاب الديات (٢١) باب ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد (١٤١٨ ، ١٤١٩ ، ١٤٢١) ، والنسائي : (١١٤/٧، ١١٥) (٣٧) كتاب تحريم الدم (٢٢) باب من قتل دون ماله (٤٠٨٧) ، وابن ماجه : (٢/ ٨٦١) (٢٠) كتاب الحدود (٢١) باب من قتل دون ماله فهو شهيد (٢٥٨٠) .

(١) في (أ ، ب) : « بدين » .

(٢) في (أ ، ب) : « عن » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وكذا من هرب من حق القصاص في وقف يتوقع من التأخر سكون الغليل وحصول العفو ، هكذا ذكره الأصحاب) هذا إشارة منه إلى استبعاد ذلك كما استبعده شيخه ، فإنه استبعد جواز الهرب من أصله ، والله أعلم » . المشكل (١٤٨/١ ب) .

(٤) وهذا نص الشافعي والأصحاب على أن صلاة الخوف لا تختص بالقتال ، بل تجوز في كل خوف . انظر : المجموع : (٣١٥/٤) ، وراجع : الأم : (١٩٩/١) ، والمزني : (١٤٨/١، ١٤٩) ، والروضة : (٦٢/٢) ، وفتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (٨١/١) .

(٥) وعلل أصحاب هذا الوجه رأيهم : بأنه وإن فاته الحج للصلاة على الأرض مستقرًا فإن ذلك لعظم حرمة الصلاة ، ولأن الحج يمكن تحصيله ، وقالوا : ويشبه أن يكون هذا الوجه أوفق كلام الأئمة . قال النووي : « هذا الوجه ضعيف ، والصواب الأول [يعني : يؤخر الصلاة ويحصل الوقوف] فإنا جوزنا تأخير الصلاة لأمور لا تقارب المشقة فيها هذه المشقة ، كالتأخير للجمع ، والله أعلم » انظر : الروضة : (٦٣/٢) ، وراجع : المجموع : (٣١٥/٤) .

(٦) في (أ ، ب) : « تحقيق » .

الخطأ في السبب [١] .

والقولان جاريان في كل سبب جهله ، ولو [٢] عرفه لبطل الخوف كجهله بحصن على القرب منه ، أو نهر حائل بينه وبين عدوه [٣] .

فرعان :

الأول : لو ركب في أثناء صلاته [٤] لهجوم خوف فبني على صلاته : قال الشافعي : لا يصح . ولو انقطع الخوف فنزل وصلى بقية صلاته متمكنًا صحت ، فظن المزني أن الفرق كثرة أفعال الركوب ، واعترض بأن ذلك يختلف بالأشخاص .

وقيل : سببه أنه شرع في صلاة تامة فلا يتممها على النقصان . وهو منقوض بمن مرض في أثناء صلاته [٥] ؛ فإنه يقعد في البقية ، ولكن أراد الشافعي - رضي الله عنه - ما إذا بادر الركوب أخذًا بالحزم مع إمكان إتمام البقية [٦] قبل الركوب ، فإن فرض تحقق الخوف أو انقطاعه فلا فرق بين النزول والركوب ، بل إن قل فعله مع الحاجة لم يضر ، وإن كثر مع الحاجة فوجهان كما في الضربات المتوالية [٧] .

---

(١) جزم في (الروضة) بوجوب القضاء على الأظهر ، ثم قال : « القولان فيما إذا أخبرهم بالعدو ثقة وغلط ، فإن لم يكن إلا ظنهم وجب القضاء قطعًا . وقيل : القولان فيما إذا كانوا في دار الحرب لغلبة الخوف ، فإن كانوا في دار الإسلام وجب القضاء قطعًا . والمذهب : جريان القولين في جميع الأحوال » . انظر : الروضة : (٦٣/٢) ، والمجموع : (٣١٧/٤) .

(٢) في (أ ، ب) : « لو » ، بدون واو العطف .

(٣) انظر : الروضة : (٦٣/٢) ، وراجع : المجموع : (٣١٨/٤) .

(٤) في (أ ، ب) : « الصلاة » .

(٥) في (أ ، ب) : « الصلاة » .

(٦) في (أ ، ب) وهامش الأصل : « الصلاة » .

(٧) راجع نص الشافعي ورأي المزني والأوجه السابقة في : الأم : (١٩٨/١) ، ومختصر المزني : (١٤٥/١) ، والروضة : (٦٤/٢) ، والتنبيه للشيرازي : (٣٠) ، والمجموع : (٣١٦/٤) .

الثاني : لبس الحرير ، وجلد الكلب والخنزير جائز عند مفاجأة القتال ، وليس جائزًا في حالة الاختيار ، بخلاف الثياب النجسة . وفي جلد الشاة الميتة وجهان (١) يبتنيان على أن تحريم لبس جلد الكلب للتغليظ أو لنجاسة العين ؟

وكذلك في تجليل الخيل بجل من جلد الكلب تردد (٢) ، والظاهر جوازه . وفي الاستصباح بالزيت النجس قولان (٣) . فأما تسميد الأرض بالزبل فجائز ، لمسيس الحاجة (٤) .

* * *

---

(١) أصحهما التحريم في حالة الاختيار ، ويجوز أن يلبس هذه الجلود فرسه وأداته . انظر : الروضة : (٢/٦٥) ، والمجموع : (٤/٣٣٤) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وكذا في تجليل الخيل بجل من جلد الكلب تردد) هكذا وقع في النسخ ، وهذا في (البسيط) و(النهاية) وغيرهما إنما هو في تجليل الكلب بجلد كلب ، وهكذا ذكره في درسه وعلل الجواز بأن هذا اللباس لائق بهذا اللابس ، وذلك هو الوجه ويبعد طرده في الخيل ، وإن لم يكن عليها تعبد ؛ لأن المنع إنما هو لاستعماله النجاسة المغلظة في غير معدنها ، وهذا شامل لاستعماله إياها في الخيل دون الكلب ، والله تعالى أعلم » . المشكل (١/١٤٨ ب - ١٤٩ أ) .

(٣) ويجوز على المشهور ، سواء نجس بعارض أو كان نجس العين . الروضة : (٢/٦٦) ، والمجموع : (٤/٣٣٥) .

(٤) قال الحموي : « ذكر الشيخ - رحمه الله - الجلد في باب صلاة الخوف قريب المناسبة من حيث إن الحاجة تدعو إليه في القتال ، وكذلك التجليل ، وأما الاستصباح بالزيت النجس فليس له تعلق بباب صلاة الخوف ، وكذلك تسميد الأرض ، وإذا كان كذلك لم يكن في ذكرهما فائدة هنا دون سائر الأبواب ، لما لا يخفى » .

ثم رد عن الغزالي هذا الإشكال بقوله : « أما ذكر الزيت النجس ففيه فائدة متعلقة بهذا الباب دون غيره ، من حيث إن الخوف مظنة الضرورة ، واستعمال ما هو نجس إنما يكون في موضع الضرورة ، فإنا وإن بينا على أنه يمكن تطهيره فيجوز استعماله ، فإنه يشق تطهيره غالبًا في ذلك الوقت فأشبه جلد الميتة .

وإن قلنا : لا يطهر ، فاستعماله جائز - أيضا - لأنه موضع ضرورة ، وأما تسميد الأرض بالزبل فإنما وقع ذكره هنا ضمنًا وتبعًا كجلد الميتة والتجليل والزيت النجس ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (٥٧ ب - ٥٨ أ) .

كتاب

صلاة العيدين (1)

(١) قال ابن الصلاح : « ومن كتاب صلاة العيدين وفي شرحي له ولما يليه إلى طرف من أول الجنائز ، تعرض لمزيد على المشترط في سائر الشرح ؛ لكوني جمعته من نحو ثلاثين سنة تقدمت » . المشكل (١/١٤٩ أ) .

وهي سُنة مؤكدة [1] على كل من يلزمه / حضور الجمعة [2] . والأصل فيه الإجماع ، والفعل المتواتر [3] من رسول الله ﷺ ، وقوله تعالى : ﴿ فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ ﴾ [4] ، قيل : أراد به صلاة عيد النحر [5] . ٣٠/ب

وذهب الإصطخري إلى أنها من فروض الكفايات ، وطردوا ذلك في جميع الشعائر .

وأقل هذه الصلاة ركعتان كسائر النوافل [6] ، والتكبيرات الزائدة ليست من أبعاضها [7] ،

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وهي سنة مؤكدة) قلت : تأكيدها من أثره أنه يكره تركها كما كره ترك سنن الصلاة حيث كانت مؤكدة ، وليس ذلك عامًّا في جميع السنن ، وقول من قال : (المكروه ترك الأولى) غير صحيح ، ويلزم منه أن يكون ترك استغراق الوقت أو معظمه بالعبادة مكروهًا ، ولا سبيل إليه .

وبعد ذكري هذا وجدت من كلام إمام الحرمين ما يعضده ، وذلك أنه حكى في غسل الجمعة أن تركه مكروه ، ثم قال : وهذا عندي جارٍ في كل مسنون صحَّ الأمر به مقصودًا » . المشكل (١/١٤٩ أ) .

وقد نص الشافعي وجمهور الشافعية على أنها سنة مؤكدة ، إلا الإصطخري فقال : إنها فرض كفاية . وقد جاء في الروضة (٢/٧٠) : « فإن اتفق أهل بلد على تركها قوتلوا ، إن قلنا : فرض كفاية . وإن قلنا : سنة ، لم يقاتلوا على الأصح » . وانظر : المجموع : (٥/٥) ، والتنبيه : (٣٢) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (على كل من يلزمه حضور الجمعة) هذا يرجع إلى تأكدها لا إلى أصل الاستنان ، فإنه ثابت فيمن لا يلزمه حضور الجمعة » . المشكل (١/١٤٩ أ) .

(٣) كذا بالأصل و (أ ، ب) . ولكن ابن الصلاح اعترض على ذلك بقوله : « قوله : (والنقل المتواتر) بالنون والقاف ووقع في بعض النسخ : (والفعل) وهو تصحيف ، فإن التواتر في لسان أهل العلم من صفة النقل لا يوصف به الفعل ، إلا أن يَعْني به نقله ، فيقع إذًا في تطويل وبُعْدٍ مستكره ، والله أعلم » . المشكل (١/١٤٩ أ) .

(٤) سورة الكوثر : الآية (٢) .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (قيل : أراد به صلاة عيد النحر ، أي بقوله : (فَصَلِّ) ، وقوله : (انحر) دَالٌّ على أنه عيد النحر » . المشكل (١/١٤٩ أ) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأقلها ركعتان كسائر النوافل) لا كونها ركعتين ، فإن الأكمل - أيضًا - ركعتان ، والأكمل ما فيه التكبيرات الزائدة التي تباين بها سائر النوافل ، ثم المراد أنها كسائر النوافل في أركانها ، لا في شرطها ، إذ تختص من الشروط بالوقت المعين ونية صلاة العيد ، والله أعلم . والأحسن قول شيخه : (كسائر النوافل مع نية صلاة العيد) ، وهكذا قال هو في الخسوف » . المشكل (١/١٤٩ أ - ١٤٩ ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (ليست من أبعاضها) سبق بيانه في باب سجود السهو » . المشكل (١/١٤٩ ب) .

فلا يتعلق بتركها سجود السهو .

ووقتها : ما بين طلوع الشمس إلى زوالها (١) .

وشروطها كشرط سائر الصلوات . وقال في القديم : شرطها كشرط الجمعة إلا أن خطبتها تتأخر (٢) ، ويجوز (٣) أداؤها في الجبانة (٤) البارزة من خطة البلد .

فأما (٥) الأكمل فنذكر (٦) سوابقه ولواحقه على ترتيب الوجود .

وله سنن :

الأولى : إذا غربت الشمس ليلة (٧ عيد الفطر ٧) يُستحب (٨) التكبيرات المرسلة (٩) إلى أن

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ما بين طلوع الشمس ...) هو كذلك ، لكن الأفضل تأخيرها إلى أن ترتفع قيد رمح . فإن قلت : من يقول تمتد الكراهة إلى الارتفاع ينبغي أن لا يدخل وقتها عنده إلا بعده . قلت : وقت الكراهة قد يكون من وقت صلاة لا تشملها الكراهة ، كما في آخر وقت صلاة العصر » . المشكل (١٤٩/١ ب) .

(٢) جاء في الروضة : « المذهب والمنصوص في الكتب الجديدة كلها : أن صلاة العيد تشرع للمنفرد في بيته أو غيره ، وللمسافر ، والعبد ، والمرأة » ، ونص على القديم كما ذكره الغزالي . انظر : الروضة : (٧٠/٢) ، وراجع : المجموع : (١٨/٥) .

(٣) في الأصل : « فيجوز » ، ولعله سهو من الناسخ ، إذ لا يترتب أداؤها في الجبانة على تأخير خطبتها عن الصلاة .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ويجوز أداؤها في الجبانة) أي : (وفي أنه يجوز أداؤها) فهذان استثناءان ، ومن أصحابنا من ضم إليها إسقاط العدد .

والجبانة : الصحراء أو المقبرة ، تسمى جبانة لكونها في الصحراء » . المشكل (١٤٩/١ ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « وأما » .

(٦) في (ب) : « فيذكر » .

(٧) في (أ ، ب) : « العيد » .

(٨) في (أ ، ب) : « استحب » .

(٩) قال ابن الصلاح : « التكبيرات المرسلة هي التي تسترسل في كل وقتٍ وحالٍ من المدة المعنية ، خلاف التكبيرات المقيدة بأعقاب الصلاة ، والتكبيرات الزائدة في الصلاة ، وفي أول الخطبتين ، فهذه أربعة أنواع ،

وهذا التقييد والخصوص إنما هو في التكبير من حيث كونه شعارًا يظهر وترتفع به الأصوات ، وإلا فالتكبير في نفسه ذكر مستحب في جميع الأوقات .

=

يتحرم الإمام بصلاة العيد ، فالناس يصبحون مكبرين حيث كانوا [١] وفي الطريق [١] ، رافعي أصواتهم كذلك كان يفعل رسول الله ﷺ [٢] .

ونص في موضع [٣] أنهم يكبرون إلى خروج الإمام . وقيل : إنه قول آخر .

والصحيح : أن المراد به تحرم الإمام ؛ لأنه يتصل به غالبًا . ونقل نص آخر : أنه يدوم إلى آخر الخطبة [٤] .

= وفي قوله : (ليلة العيدين) تسوية بين عيد الفطر وعيد الأضحى في التكبيرات المرسلة في مبتدئها ومنتهاها . والخلاف الآتي في التكبيرات المرسلة في عيد الأضحى إنما هو فيما بعد ذلك من الأوقات التي تستحب فيها التكبيرات المقيدة بأدبار الصلوات ، والله أعلم » . المشكل (١٤٩/١ ب - ١٥٠ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « في الطرق » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في التكبيرات المرسلة : (والناس يصيحون مكبرين حيث كانوا وفي الطرق رافعي أصواتهم ، كذلك كان يفعل رسول الله ﷺ) هذا مروي عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ من وجهين ضعيفين ، والصحيح أنه موقوف على ابن عمر . ذكر ذلك الحافظ أبو بكر البيهقي رحمه الله ، وإنما ذكره الشافعي موقوفًا ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٥٠ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « مواضع » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « نقله النصوص المختلفة في آخر وقت التكبير هاهنا عليه كلامان ، أحدهما : أنه ساق الكلام سياق من يرى التأويل الجامع بين النص الأول وغيره جاريًا في النص الذي فيه ذكر خروج الإمام دون النص الثالث ، وقد أَوَّل ذلك من أول هذا ، وجعل المسألة على قول واحد ، وهي الطريقة المرضية .

وتأويل الثالث : أنه أراد دوام جنس التكبير إلى الفراغ لا التكبير المرسل خاصة .

والطريقة الثانية في المسألة جعلها على ثلاثة أقوال . وتظهر فائدة دوام التكبير إلى الفراغ على القول الثالث في حق من لم يدرك المصلي بعد ، فهاتان طريقتان - ليس غيرهما - من نقل شيخه وغيره .

الثاني : أنه قال في النص الثالث : (إلى آخر الخطبة) ، والذي نقله في ذلك شيخه وغيره وصاحب (المهذب) منهم : (إلى أن ينصرف الإمام من الصلاة) وهو القديم ، لكن يعذر فيه من حيث إن الشيخ أبا حامد قد قال أيضًا : (والخطبتين) ، ومع هذا فأحسن أحواله أن يجعل شاذًا .

ولما أورد شيخه التأويل الذي ذكرناه في الطريقة الأولى لهذا النص قال : (ولكن يرد على هذا التأويل تكبيرات الخطبة) ، وذلك يدل على أنها غير مندرجة فيه بلا خلاف ، والله أعلم .

وليست أبعد أن يكون قائل هذا قد فهم من قوله : (حتى ينصرف من الصلاة) الرجوع عنها ، وذلك بالفراغ من =

وهل تستحب هذه التكبيرات إدبار الصلوات ليلة العيد وصبيحته ، فعلى وجهين . ووجه المنع : أن يتميز هذا الشعار عن شعار التكبيرات المقيدة في عيد النحر (١) كما سيأتي (٢) .

الثانية : إحياء ليلتي العيد : قال - عليه الصلاة والسلام - : « من أحيا ليلتي العيد لم يمت قلبه يوم تموت القلوب » (٣) .

= الخطبتين وهو غلط ، فإن الانصراف عندهم هو التسليم منها ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٥٠ أ - ١٥٠ ب) .

وقد لخص النووي النصوص المختلفة في آخر وقت التكبير تلخيصًا جيدًا بقوله : « وفي آخر وقته طريقان ؛ أصحهما : على ثلاثة أقوال . أظهرها : يكبرون إلى أن يحرم الإمام بصلاة العيد . والثاني : إلى أن يخرج الإمام إلى الصلاة . والثالث : إلى أن يفرغ منها . وقيل : إلى أن يفرغ من الخطبتين . والطريق الثاني : القطع بالقول الأول » . انظر : الروضة : (٢/ ٧٩) ، وراجع : المجموع : (٥/ ٣٨) .

(١) في (أ ، ب) : « الفطر » ، وما أثبتناه هو الصحيح ، لحاجة المعنى إليه .

(٢) يقول ابن الصلاح : « الصحيح : أنه لا يستحب التكبير المقيد في أعقاب صلاة ليلة عيد الفطر وصبيحتها ؛ لأنه لم يؤثر ذلك ، هذا مستنده .

وأما تعليله ذلك بغرض التمييز فضعيف من وجوه ، منها : حصوله بغير ذلك ، ومنها : أنه ليس تحته حكمة » . المشكل (١/ ١٥٠ ب) ، وراجع : الروضة : (٢/ ٧٩ ، ٨٠) ، والمجموع : (٥/ ٣٨ ، ٣٩) .

(٣) قال ابن الصلاح : « إحياء ليلتي العيد جاء فيه ما ذكر ، لكن نقله الشافعي موقوفًا على أبي الدرداء ، ولفظه : « من قام ليلتي العيدين لله محتسبًا لم يمت قلبه حين تموت القلوب » ، قال الشافعي : (وبلغنا أنه كان يقال : إن الدعاء يستجاب في خمس ليالٍ : في ليلة الجمعة ، وليلة الأضحى ، وليلة الفطر ، وأول ليلة من رجب ، وليلة النصف من شعبان) .

وقد روى هذا الحديث غير الشافعي مرفوعًا إلى رسول الله ﷺ من حديث أبي أمامة الباهلي وإسناده موقوفًا ومرفوعًا ضعيف ، لكن عند أهل العلم تساهل في أحاديث الفضائل ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٥٠ ب) . وانظر الحديث عند ابن ماجه : (١/ ٥٦٧) (٧) كتاب الصيام (٦٨) باب فيمن قام في ليلتي العيدين (١٧٨٢) ، وقال صاحب الزوائد : إسناده ضعيف ؛ لتدليس بقية . وأخرجه الشافعي في الأم : (١/ ٢٠٤) ، والهيثمي في مجمع الزوائد : (٢/ ١٩٨) ، وقال الهيثمي : رواه الطبراني في الكبير والأوسط .

وقال ابن الصلاح : « ويوم تموت القلوب : هو يوم القيامة ، إذا عمرها الخوف لعظم الهول ، وقد ذكر الصيدلاني أنه لم يرد شيء من الفضائل مثل هذا ؛ لأن ما أضيف إلى القلب أعظم ، كقوله تعالى : ﴿ فإنه آثم قلبه ﴾ ، والله أعلم .

والظاهر : أن الإحياء يحصل بالمعظم ، وقد قال بعض من رأيته بنيسابور وشرح هذا الكتاب : لا خلاف=

الثالثة : الغسل بعد طلوع الفجر .

أما قبله : فهل يجزئ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ، كالجمعة . والثاني : نعم ؛ لأن أهل القرى يبكرون ليلًا فيعسر عليهم الغسل بعد الخروج ، فيجعل جميع الليل وقتًا (١) .

الرابعة : التطيب ، والتزين بالثياب البيض (٢) ، للقاعد والخارج ؛ لأنه يوم السرور .

و (٣) أما العجائز فيخرجن في ثياب البِذلة (٣) .

= في أنه يحصل بالبعض » . المشكل (١/١٥٠ ب - ١٥١ أ) .

(١) قال ابن الصلاح : « الخلاف في جواز الغسل على طلوع الفجر حكاه جماعة قولين ، والأصح جوازه ، وعليه نص في كتاب (البويطي) ، والله أعلم . وقوله : (فيجعل جميع الليل وقتًا) قد قيل : بل من نصف الليل كما في الأذان للصبح ، وأيضًا فغرض التكبير لا يتجاوزه ولا يزيد عليه ، وهذا أشبه » . المشكل (١/١٥١ أ) . ونص النووي - أيضًا - على أن الأصح اختصاصه بنصف الليل الثاني . انظر : الروضة : (٢/٧٥) ، وراجع المجموع : (٥/١١) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (بالثياب البيض) فيه نظر ، وغيره أطلق الزينة ، وصاحب المذهب الشافعي - رضي الله عنه - احتج بأنه ﷺ كان يلبس في العيد بُرْدًا حبرة ، وقال : وأحب أن يلبس الرجل أحسن ما يجد في الأعياد والجمعة ومحافل الناس ، لكن قال : النساء يلبسن ثيابًا قصدًا من البياض أو غيره ، وأكره لهن الصبغ كلها ، فإنها تشبه الزينة أو الشهرة أو هما ، وهذا هو الذي لا ينبغي غيره ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥١ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « أما العجائز فإنهن يخرجن في بذلة الثياب » .

والبِذْلة من الثياب : ما يلبس في المهنة والعمل ولا يُصان ، أو هو الثوب الخلق وجمعه : (بِذَل) . انظر : المعجم الوسيط (مادة : بذل) .

ويقول ابن الصلاح : « تخصيصه العجائز يأباه حديث أم عطية في الصحيح : « كان ﷺ يخرج العواتق » الحديث ، وهو على هذا الإطلاق يشترط تركهن التجمل والتطيب ، لكن تخصيص العجائز وغير ذوات الهيئات نص الشافعي ، وأجيب عن الحديث بأن ذلك كان في زمانه ، وأما بعده فعلى حديث عائشة - رضي الله عنها - : « لو علم ما أحدثن لمنعهن الخروج » . ولكن هذا فيه تسوية بين العجائز وغيرهن في المنع ، فالفرق إذًا في غير ذوات الهيئات بين العجائز ، وغيرهن غير متجه .

ووجدت نص الشافعي في أصل أصيل من (جمع الجوامع) في منصوصاته بالواو : (وغير ذوات الهيئة) وهو في (المختصر) : (العجائز غير ذوات الهيئة) من غير واو ، وجدته كذلك ، وفي (الحاوي) و (النهاية) نقلًا عنه ، =

وقال أبو حنيفة : لا يخرجن [١] .

ويحرم على الرجال التزين بالحرير ، والإِبْرَيْسم المحض [٢] .

وفيه مسائل :

الأولى : المُرَكَّب من الإبريسم وغيره فيه طريقان . منهم مَنْ نظر إلى القلة والكثرة في الوزن ، ومنهم من نظر إلى الظهور فأحل الخزَّ وحَرَّمَ العتابي [٣] .

= وقد نقل صاحب (الحاوي) بما في (الوسيط) ، ونقل ما ذكرته عن بعض البغداديين ورده ، وما ذكرته هو اختيار صاحب (المهذب) ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥١ أ - ١٥١ ب) . وراجع نصوص الشافعي ومزيد تفصيل في المسألة في : الأم : (١/٢١٣) ، ومختصر المزني : (١/١٥٤) ، والروضة : (٢/٧٦) ، والمجموع : (٥/١٣) ، وفتح الوهاب : (١/٨٣) .

(١) رخص أبو حنيفة - رحمه الله - للعجائز في الخروج إلى الجماعة في صلوات : المغرب والعشاء والفجر ، والعيدين - أيضًا - ، ولم يُرخص لهن في الخروج لصلاة الظهر والعصر والجُمَع . ولكن أبا يوسف ومحمد رخَّصا للعجائز في حضور جميع الصلوات والكسوف والاستسقاء ، لأنه ليس في خروج العجائز فتنة . فالمذهب جواز خروج العجائز إلى العيدين على عكس ما ذكر الغزالي . انظر : المبسوط للسرخسي : (٢/٤١) ، وشرح فتح القدير : (٢/٧٢) .

(٢) جاء في المعجم الوسيط : (الإِبْرَيْسَم) : معرب ، أحسن الحرير (مادة : أبر) . و (الخَزّ) من الثياب : ما ينسج من صوف وإبريسم ، وأيضًا : ما ينسج من إبريسم خالص (مادة : خزر) . و (القَزُّ) الحرير على الحال التي يكون عليها عندما يستخرج من الصلجة ، ودود القز : دود الحرير (مادة : قزز) . و(السَّدَى) من الثوب : خلاف اللحمة ، وهو ما يمد طولًا في النسيج ، الواحدة : سداة ، والجمع : أسدية وأسداء (مادة : سدي) ، و (اللُّحْمة) في الثوب : خيوط النسج العرضية يلحم بها السَّدَى ، ويقال : (لَحْمة) أيضًا ، (مادة : لحم) .

ويقول ابن الصلاح : « قوله : (التزين بالحرير والإبريسم المحض) الإبريسم أعم ، وهو بفتح الراء على الأشهر في اللغة ، قال صاحب كتاب (العين) : الحرير ثياب من إبريسم ، مجصصة بالثياب ، والله أعلم . القز كالحرير باتفاق الأصحاب في نقل شيخه ، وفي (التتمة) وجه في إباحته » . المشكل (١/١٥١ ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ومنهم من نظر إلى الظهور فأحل الخز وحرم العتابي) المخصوص من هذا بهذه الطريقة تحريم العتابي لا تحليل الخز ؛ فإنه شامل للطريقين ؛ لأن سداه هو الإبريسم ، ولحمته صوف ، والسَّدَى منه أقل من اللُّحْمة فيما قال صاحب (التهذيب) وغيره .

وقد نص على تحليله صاحب (المهذب) وهو ممن يقول بالطريقة الأولى في العراقيين . =

الثانية : الثوب المطرز والمطرف بالديباج مباح ؛ كان لرسول الله ﷺ ثوب كذلك (١) ، والمحشو بالإبريسم والحرير مباح ؛ إذ لا يعد لابسه لابس حرير ، فإن كانت البطانة من حرير لم يجز ؛ لأنه لم يحرم بسبب الخيلاء ، بل لأنه ترفه في خنوثة لا تليق بشهامة الرجال . وأمر الحرير أهون من الذهب ؛ إذ المطرف بغير حاجة جائز والمضبب غير جائز .

الثالثة : افتراش الحرير محرم على الرجال ، وفي تحريمه على النساء خلاف تلقيًا من المفاخرة (٢) .

= تنبيه : ما ذكر في وصف الخز وتمييزه عن غيره من أن سداه إبريسم ولحمته صوف ، واللحمة أكثر . وإن من نظر إلى الظهور أحل الخز وحرم العتابي : قد يتوهم منه أن سدى كل ثوب مطلقًا أظهر من لحمته وأن اللحمة مطلقًا أكثر ، وليس ذلك كذلك ، بل يختلف باختلاف الصنعة ، واختلاف أنواع الثياب ، فمنها ما يدفن الصانع اللحمة منه في السدى ويجعل السدى هو الظاهر ، ومنها ما تظهر اللحمة منه على السدى ، ويدفن السدى فيها ، وكذلك منها ما يكون السدى منه أكثر وزنًا ، ومنها ما تكون اللحمة منه أكثر وزنًا ، وإنما وقع الخز في ذلك على الوجه المذكور بحسب الصنعة وكيفيتها ، فاعلم ذلك ، والله أعلم .

ثم إن الصحيح عند إمام الحرمين مراعاة الظهور . واختيار صاحب الكتاب في درسه أن الأرجح مراعاة اللون ، وهذا أصح وإليه ذهب أكثر الأصحاب ، وإن كان الإبريسم وغيره نصفين سواء ففيه وجهان ، وبالتحريم قال البصريون من العراقيين ، والجواز فيه هو الأصح عند صاحبي (المهذب) و (التهذيب) وغيرهما ، وإليه ذهب البغداديون من العراقيين ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥١ ب – ١٥٢ أ) ، قد جاء في الروضة : « في المركب من الحرير وغيره طريقان . المذهب – والذي قطع به الجمهور – : أنه إن كان الحرير أكثر وزنًا حرم ، وإن كان غيره أكثر لم يحرم ، وإن استويا لم يحرم على الأصح » . انظر : الروضة : (٢/٦٦) ، وراجع : المجموع : (٤/٣٢٣) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (كان لرسول الله ﷺ ثوب كذلك) إيجاز منه لما ذكره شيخه عن شيخه أنه ﷺ كان له فَرّوج حرير . قال : وكان يفسره بالثوب المطرف بالحرير كالفراء وغيرها . قلت : هو الفَرّوج بفتح الفاء وتشديد الراء ، وتفسيره فيما رواه أبو داود في سننه عن أسماء بنت أبي بكر الصديق – رضي الله عنهما – أن رسول الله ﷺ كان له جبة مكفوفة الجيب والكمين والفرجين بالديباج ، وأخرج نحوه مسلم في صحيحه ، وفي كتاب البخاري : أن الفروج : هو القباء الذي فيه شق من خلفه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥٢ أ) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « الأصح : أنه يحرم على النساء افتراش الحرير كما في الأواني ، وبه قطع في (التهذيب) ، والأظهر : تحريم إلباس الصبيان الحرير لعموم الحديث : « الحرير والذهب حرام على ذكور أمتي وحل لإناثهم » ، رويناه من حديث عقبة وغيره ، وهو ثابت حسن ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥٢ أ) .

وقد قال النووي : « الأصح : جواز افتراشهن [يعني : افتراش النساء للحرير] ، وبه قطع العراقيون والمتولي =

وفي تحريم إلباس [1] الصبيان الديباج خلاف من حيث إن شهامة الصبي لا تأبى ذلك .

الرابعة : حيث حرمنا الحرير أبحناه لحاجة القتال ، ولحاجة المحكة مع السفر . ولو انفردت [2] عن السفر وأمكن التعهد ففيه [3] خلاف ، ووجه الجواز : أن رسول الله ﷺ أرخص لحمزة في الحرير لحكة كانت به ، ولم تخصص السنة [4] .

= وغيره ، والله أعلم » . انظر : الروضة : (٢/٦٧) .

وقال في جواز إلباس الولي الصبي الحرير : « الأصح : الجواز مطلقًا ، كذا صححه المحققون ، منهم الرافعي في (المحرر) ، وقطع به الفوراني . قال صاحب (البيان) : هو المشهور ، ونص الشافعي والأصحاب على تزيين الصبيان يوم العيد بحلي الذهب والمصبغ ، ويلحق به الحرير ، والله أعلم » . انظر : الروضة : (٢/٦٧) ، وراجع : المجموع : (٤/٣٢١) .

(١) في (أ ، ب) : « لباس » .
(٢) في (أ ، ب) : « انفرد » .

(٣) في (أ ، ب) : « فيه » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (أرخص لحمزة ولم يخصص) المعروف ما في الصحيحين وغيرهما من حديث أنس أن رسول الله ﷺ أرخص لعبد الرحمن بن عوف والزبير في لبس الحرير لحكة كانت بهما ، وفي رواية أخرى في الصحيحين : في السفر ، وأما ذكر حمزة في ذلك فوهم ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥٢ أ - ١٥٢ ب) .

وحديث أنس أخرجه البخاري : (١٠/٣٠٨) (٧٧) كتاب اللباس (٢٩) باب ما يرخص للرجال من الحرير للحكة (٥٨٣٩) ، ومسلم : (٣/١٦٤٦) (٣٧) كتاب اللباس والزينة (٣) باب إباحة لبس الحرير للرجل إذا كان به حكة أو نحوها (٢٠٧٦) ، وأبو داود : (٤/٤٩) كتاب اللباس - باب في لبس الحرير لعذر (٤٠٥٦) ، والترمذي : (٤/١٩٠) (٢٥) كتاب اللباس (٢) باب ما جاء في الرخصة في لبس الحرير في الحرب (١٧٢٢) ، والنسائي : (٨/٢٠٢) (٤٨) كتاب الزينة (٩٢) باب الرخصة في لبس الحرير (٣١٠ ، ٥٣١) ، وابن ماجه : (٢/١١٨٨) (٣٢) كتاب اللباس (١٧) باب من رخص له في لبس الحرير (٣٥٩٢) .

ثم قال ابن الصلاح بعد كلامه السابق : « واستدلاله بأنه مطلق من غير تخصيص يقال عليه : قد عرف في الأصول أن التمسك بعموم الأفعال ووقائع الأعيان لا يصح ، مثل جمع رسول الله ﷺ في السفر ، وقضى بالشفعة فيما لم يقسم ، وذلك لأنها لا تقع إلا على وجه واحد معين ، وإن كان لفظ الناقل مطلقًا .

وجواب هذا - والله أعلم - : أن التمسك هاهنا واقع بإطلاق إذنه ﷺ في اللبس لحكة من غير فصل بين حالة السفر وحالة الحضر ، فيكون تمسكًا بعموم قول لا فعل . نعم يبطل هذا من وجه آخر ، وهو أن الإطلاق منتفٍ لثبوت التقييد بالسفر في الرواية الأولى الصحيحة على ما بيناه ، فالصحيح إذًا اشتراط السفر ، والله أعلم » . =

الخامسة : إذا اغتسل وتزين وتطيب فليقصد الصحراء ماشيًا فهو أولى من الركوب . وليبكر في عيد الأضحى ليتسع وقت الأضحية بعد الصلاة ، وليستأخر قليلًا في الفطر ليتسع تفرقة الصدقات [1] ، وليفطر في عيد الفطر قبل الصلاة ، وليمسك في عيد النحر حتى يصلي .

والصلاة في الصحراء أفضل إلا بمكة ، فإن اتسع المسجد ببلد آخر فوجهان [2] ، أحدهما : المسجد أولى كمسجد مكة . والثاني : لا ؛ لأن مكة مخصوصة بالشرف .

السادسة : ينبغي أن يخرج القوم قبل الإمام ينتظرونه ، ولا بأس لو صلوا متنفلين [3] ، فإذا خرج الإمام تحرم بالصلاة ولم ينتظر أحدًا ، فإذا انتهى إلى المُصَلَّى نُودِيَ : « الصلاة جامعةً » [4] ، وتحرم بالصلاة ، فيقرأ دعاء الاستفتاح أولًا ، ثم يكبر سبعًا سوى تكبيرة الإحرام والهوي . ويقول بين كل تكبيرتين : « سبحان الله ، والحمد لله ، ولا إله إلا الله ، والله أكبر [5] » ، فإذا فرغ منها

= المشكل (١/١٥٢ أ - ١٥٢ ب) . وراجع : المجموع : (٣٢٥/٤) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في تأخير التبكير في عيد الفطر : (لتتسع تفرقة الصدقات) يعني : صدقة الفطر خاصة » . المشكل (١/١٥٢ ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « إذا كان المسجد واسعًا بغير مكة فالأصح أن المسجد أولى من الصحراء ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥٢ ب) . وكذا قرر النووي في الروضة : (٧٤/٢) ، والمجموع : (٨/٥) .

(٣) في (ب) : « مستقلين » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (نودي : الصلاة جامعة) بالنصب بينهما ، على الإغراء في الأول ، وعلى الحال في الثاني ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥٢ ب) .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (يقول بين كل تكبيرتين : سبحان الله ، والحمد لله ، ولا إله إلا الله ، والله أكبر) هذا قول الأكثر ، ومن أصحابنا من قال : (يقول : لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد ، بيده الخير ، وهو على كل شيء قدير) ، وقال أبو نصر بن الصباغ والبندنيجي : (إن قال ما اعتاده الناس فحسن وهو : الله أكبر كبيرًا والحمد لله كثيرًا ، وسبحان الله بكرة وأصيلًا ، وصلى الله على محمد النبي وآله وسلم تسليمًا كثيرًا) .

قلت : الأمر في ذلك واسع ، وفي ذكر الصلاة على النبي ﷺ نظر ، ووجدته في (المستظهري) من غير ذكر الصلاة ، وهو الجيد . وهذا الذكر لا يكون عقيب السابعة والخامسة ، ولا قبل الأولى من الركعة الأولى .

وأما قبل الأولى من الركعة الثانية ، فقد قال الإمام أبو المعالي في (نهاية المطلب) : ويخلل التسبيح بين التكبيرة التي ارتفع بها وبين التكبيرات التي يفتتحها ، ثم كذلك بين كل تكبيرتين ، وهذا لم أجده لغيره ، ولا ذكره صاحبه =

تعوَّذ وقرأ : (الفاتحة) وسورة (ق) . وفي الثانية : يكبر خمسًا زائدة كما مضى ، ثم يقرأ : (الفاتحة) وسورة (اقتربت) . ويُستحب رفع اليدين في هذه التكبيرات (١) .

وقال أبو حنيفة : التكبيرات الزائدة ثلاثة (٢) في كل ركعة .

وقال مالك : في الأولى ستة ، وفي الثانية خمسة ، وهو مذهب ابن عباس (٣) .

السابعة : الخطبة بعد الصلاة ، وهي كخطبة الجمعة إلا في شيئين :

أحدهما : أنه يكبر قبل الخطبة الأولى (٤) تسع تكبيرات ، وقبل الثانية سبع تكبيرات على

= الغزالي ، وفي النفس منه حرارة ، والله المسئول » . المشكل (١/١٥٢ ب - ١٥٣ أ) .

(١) راجع : الأم : (١/٢٠٩) ، ومختصر المزني : (١/١٥٢) ، والمجموع : (٥/٢٢) ، والروضة : (٢/٧١) .

(٢) كذا في (أ ، ب) وهو الصحيح ، وفي الأصل : « ستة » ، وهو خطأ ، لأن مذهب الحنفية التكبير ثلاثًا في الركعة الأولى بعد تكبيرة الإحرام ثم يقرأ الفاتحة وسورة ، ثم يكبر ويركع ، وفي الركعة الثانية يبدأ بالقراءة ، ثم يكبر ثلاثا ورابعة للركوع . وهذا مذهب ابن مسعود . انظر : الاختيار لتعليل المختار : (١/٨٦) ، وراجع : شرح فتح القدير : (٢/٧٤) ، والمبسوط : (٢/٣٨) ، وحاشية ابن عابدين : (٢/١٧٢) .

(٣) وهذا هو مذهب المالكية فعلًا . راجع : حاشية الدسوقي : (١/٣٩٧) ، والقوانين الفقهية لابن جزي : (٩١) ، والكافي : (٧٨) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (يكبر قبل الخطبة الأولى) هذا حكم منه بأن التكبيرات ليست من نفس الخطبة ، بل قبلها . وقد صرح به غير واحد ، ونقله الشيخ أبو حامد الإسفراييني عن ظاهر كلام الشافعي .

وقد راجعت أنا نصوص الشافعي في (جمع الجوامع) ، فوجدته - رضي الله عنه - وقد روى قول عبيد الله بن عبد الله بن عتبة : السنة أن يبتدئ الإمام قبل الخطبة بتسع تكبيرات تترى ، لا يفعل بينهما كلام ، ثم يخطب ثم يجلس جلسة ، ثم يقوم في الخطبة الثانية ، فيفتتحها بسبع تكبيرات تترى ، لا يفصل بينهما بكلام ، ثم يخطب .

قال الشافعي : ويقول بقول عبيد الله ، وقال بعد كلام : وإن أدخل بين التكبير التحميد والتهليل كان حسنًا ، ولا ينقص من عدد التكبير شيئًا ، ويفصل بين خطبته وتكبيره . ثم نقل بعد ذلك عن أبي هريرة وعن عمر بن عبد العزيز - رضي الله عنهما - وفي الراوي عن أبي هريرة أنه يكبر أكثر من خمسين تكبيرة في فصول الخطبة بين ظهري الكلام .

فهذا فيه فوائد ، منها : أمر الموالاة والفصل ، وقد ذكره غير واحد من العراقيين والخراسانيين وفيهم المصنف في =

مثال الركعتين [١] .

الثاني : أن الخطيب في الجمعة كما صعد جلس لسماع الأذان ، وهاهنا يجلس للاستراحة ؛ إذ لا أذان . وقال أبو إسحاق المروزي : لا يجلس هاهنا [٢] .

الثامنة : إذا فرغ من الخطبة انصرف إلى بيته من طريق آخر ، « كان رسول الله ﷺ يخرج من طريق ويعود من طريق » [٣] .

٣١/أ فقيل : كان يحذر من مكائد المنافقين [٤] / . وقيل : ليُستفتى في الطريقين . وقيل : كان

= (البسيط) ، وصاحب الحاوي ، ونقل النص اختصارًا ، ومنها : أن صاحب (المستظهري) قال : إنها قبل الخطبة نظر ، وربما يوهم أنه يعضده قول من قال لقول صاحب (المهذب) إنه يستفتح الخطبة بالتكبيرات بناءً على أن استفتاحها بها يدل على أنها منها ، وفيما نقلناه من النص ما يدفع ذلك ، وهو قوله : يفتتحها بها ثم يخطب ، وهذا لأن افتتاح الشيء قد يكون بما هو مقدماته لا من نفسه ، ألا تراه ﷺ جعل الطهارة مفتاح الصلاة ، وليست منها » . المشكل (١/١٥٣ أ - ١٥٣ ب) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (على مثال الركعتين) أي أن في الركعة الأولى تسعًا بتكبيرة الإحرام ، وتكبيرة الركوع ، وفي الثانية سبعًا بتكبيرة الارتفاع وبتكبيرة الركوع ، هذا معناه صرح به شيخه ، وليس كما فسره من شرح (الوجيز) من أن معناه أن التفاوت بين التسعة والسبعة ، بقدر التفاوت بين السبعة والخمسة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥٣ ب) .

(٢) والصحيح : يجلس كخطبة الجمعة ثم يخطب خطبتين ، وهو المنصوص في (الأم) . انظر : المجموع : (٥/ ٢٨) ، والروضة : (٢/٧٣) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (كان رسول الله ﷺ يخرج من طريق ويعود من طريق) رواه البخاري في صحيحه من حديث جابر - رضي الله عنه - » . المشكل (١/١٥٣ ب - ١٥٤ أ) .

الحديث أخرجه البخاري عن جابر : (٢/٥٤٧) (١٣) كتاب العيدين (٢٤) باب من خالف الطريق إذا رجع يوم العيد (٩٨٦) ، وأخرجه أبو داود عن ابن عمر : (١/٢٩٩) كتاب الصلاة - باب الخروج إلى العيد في طريق ويرجع في طريق (١١٥٦) ، والترمذي عن أبي هريرة : (٢/٤٢٤) (٢) أبواب الصلاة (٣٧) باب ما جاء في خروج النبي ﷺ إلى العيد في طريق ورجوعه من طريق آخر (٥٤١) ، وابن ماجه : (١/٤١٢) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٦٢) باب ما جاء في الخروج يوم العيد من طريق والرجوع من غيره (١٢٩٩، ١٣٠١) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (إنه كان يحذر مكائد المنافقين) أي : لئلا يعرف طريقه لو لم يخالف فيه ، فيرصدوه ويتمكنوا من المكروه به لانتشار الخلق في هذا اليوم ، وفيه وجه آخر : أنه كان يقصد بذلك غيظ =

يسلك أطول الطريقين في الذهاب ؛ لأنه قربة (١) .

ثم من شارك رسول الله (٢) ﷺ في هذه المعاني تَأَسَّى به ، ومن لم يشاركه (٣ في السبب ٣) ففي التأسي به في الحكم وجهان (٤) .

التاسعة : يُستحب في عيد النحر (٥ رفع الصوت ٥) بالتكبير عقيب (٦ خمس عشرة ٦) مكتوبة ؛ أولها الظهر من يوم العيد (٧) ، وآخرها الصبح [من] (٨) آخر أيام التشريق ، وهو مذهب ابن عباس .

= المنافقين . وفيه نحو عشرة أوجه ، قيل : إن أشبهها أنه كان يفعله لئلا يكثر الزحام ، فيجتمع الناس على طريقه على تقدير أن تعرف طريقه في الرجوع ، وأنها الأَوْلَى لأنه روي في حديث ابن عمر لئلا يكثر الزحام » . المشكل (١/ ١٥٤ أ) . وراجع أوجهًا أخرى في : الروضة : (٢/٧٧) ، والمجموع : (٥/١٧،١٨) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (أطول الطريقين ؛ لأنه قربة) أي : والانصراف ليس بقربة كما صرح به شيخه وغيره ، وليس بصحيح ؛ لأنه يثاب على رجوعه كما في الرجوع من المسجد ، والمعنى فيه ظاهر ، وفيما رواه أبي بن كعب من حديث الرجل الذي آثر بُعْدَ منزله من المسجد ، كيما تُكتَب آثاره وخطاه ورجوعه إلى أهله ، وإقباله وإدباره ، أن النبي ﷺ قال له : « قد جمع الله لك ذلك كله » . أخرجه مسلم في صحيحه » . المشكل (١/١٥٤) .

(٢) في (أ ، ب) : « النبي » . (٣) ليست في (أ ، ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « إذا لم يعلم السبب ، فقد سلم أبو إسحاق القائل بأنه لا يستحب لمن يشاركه أنه يستحب ، وقول ابن أبي هريرة أنه يستحب لمن لم يشاركه هو الأصح ، كما في الرَّمَل والاضطباع في الطواف ، ولا يبطل بأن يقال : هذا إثبات للحكم مع انتفاء المعنى الذي هو سببه ، لأنا نجعل سببه المعنى الناشئ من الاقتداء به ﷺ كالتيمن به مثلًا ، فهو إثبات للحكم مع انتفاء سببه الأول لا مع انتفاء سبب مطلقًا ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥٤أ) . قال النووي : « وإذا لم يعلم السبب و استحب التأسي قطعًا ، والله أعلم » . الروضة : (٢/٧٧) ، وراجع : المجموع : (٥/ ١٧) .

(٥) مكررة في (أ) ، ولعله سهو من الناسخ .

(٦) في الأصل : « خمسة عشر » ، وهو خطأ ، لوجوب مخالفة النصف الأول من العدد للمعدود في التأنيث .

(٧) في (أ ، ب) : « النحر » ، وهو أوضح وأكثر ورودًا في كتب المذهب في حكاية هذا القول ، وإن كان ما أثبتناه صحيحًا .

(٨) زيادة من (أ ، ب) .

وفيه قولان آخران :

أحدهما : أنه يُستحب عَقِيبَ ثلاث وعشرين صلاة ؛ أولها : الصبح [من] (١) يوم عرفة ، وآخرها : العصر آخر أيام التشريق .

الآخر : أنه يدخل وقته عَقِيبَ صلاة المغرب ليلة النحر . ولم يتعرض في هذا النص للأخير (٢) .

والقول الثاني في (٣) الثلاث : مذهب عمر وعلي – رضي الله عنهما – وإحدى (٤) الروايتين عن ابن عمر وابن مسعود ، ومذهب المزني واختيار ابن سريج .

وقيل : مذهب الشافعي هو الأول ، وما عداه حكاية لمذهب الغير (٥) .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « للآخر » . ويقول ابن الصلاح : قوله : (ولم يتعرض في هذا النص للآخر) هكذا هو في كتاب شيخه ، ووقع في (المهذب) وغيره التعرض للآخر على هذا القول ، فإنه الصحيح من آخر أيام التشريق من غير تصريح بأن ذلك عن نقل أو تخريج ، ثم وجدته في (الحاوي) ، قال الشافعي – رضي الله عنه – : يبتدئ من بعد المغرب إلى بعد صلاة الصبح ، وهذا نقل ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥٤ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « من » .

(٤) في الأصل : « أحد » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « فى تكبير الأضحى يكبر عقيب الصلاة التي عندها الانتهاء على كل قول ، والقول بأنه من الظهر يوم النحر إلى الصبح من آخر أيام التشريق هو الأصح ، وهو ظاهر المذهب ويعتضد بتكبير الحجيج ، فإن المحاملي قال : إن الأمر في تكبيرهم على هذا قولًا واحدًا ، ونقله إمام الحرمين عن العراقيين ، وقطع به فيما يرجع إلى الابتداء وتردد فيه في الانتهاء ، وظاهر أمره : أنه لم يعلم أن منصوص الشافعي ابتداء وانتهاء على ما قالوه ، وهو في (جمع الجوامع) من المنصوصات ، وإنما كان الحاج على ذلك لأنهم ملبون فيما قبل ذلك .

والقول الثالث – وهو أنها من الصبح يوم عرفة إلى العصر من آخر أيام التشريق – : ، اختاره ابن سريج ، ومذهب أحمد . قال أبو بكر الصيدلاني والقاضي الروياني : والعمل عليه في الأمصار » . المشكل (١/١٥٤ أ – ١٥٤ ب) .

وقد لخص النووي هذه الأقوال تلخيصًا جيدًا في الروضة : (٢/٨٠) ، وقال في المجموع : « اختارت طائفة من محققي الأصحاب المتقدمين والمتأخرين أنه يبدأ في صبح يوم عرفة ، ويختم بعصر آخر التشريق . ممن اختاره : أبو العباس بن سريج ، حكاه عنه القاضي أبو الطيب في (المجرد) وآخرون . قال البندنيجي : هو اختيار المزني وابن =

ثم اختلفوا في أربع مسائل :

الأولى : أن إرسال هذه التكبيرات في هذه الأيام هل يستحب من غير صلاة ؟ كما اختلفوا في أن التكبيرات المرسلة ليلتي العيدين (١) هل تُستحب عَقِيبَ الصلاة ؟

الثانية : أنها تُستحب عقيب الفرائض ، وعقيب النوافل قولان (٢) .

الثالثة : لو قضيت صلاة هذه الأيام في غيرها فلا يكبر (٣) ، ولو قضيت فيها كبر .

والتكبير مقضي أو مُؤَدًّى ؟ فيه قولان (٤) ؛ فإن قلنا : مؤدى فلو قضى فيها صلاة غير هذه

= سريج . قال الصيدلاني والروياني وآخرون : وعليه عمل الناس في الأمصار ، واختاره ابن المنذر والبيهقي وغيرهما من أئمة الجامعين بين الفقه والحديث ، وهو الذي اختاره » . انظر : المجموع : (٥/٤١) ، وراجع : المصدر نفسه (٥/٣٩ ، ٤٠) ، والأم : (١/٢١٣) ، ومختصر المزني : (١/١٥٥) ، والتنبيه : (٣٣) .

(١) في (أ ، ب) : « العيد » بالإفراد . ويقول ابن الصلاح : « قوله : (كما اختلفوا في أن التكبيرات المرسلة ليلتي العيدين ، هل تستحب عقيب الصلوات ؟) هذا سهو منشؤه - والله أعلم - إما سبق القلم أو تغيير من الناقل . والصواب : (ليلة العيد) بلا تثنية ؛ لأن التشبيه وقع بالخلاف في التكبيرات المقيدة ليلة عيد الفطر . أما ليلة عيد النحر فلا يتصور فيها خلاف في التكبير المقيد عند من جعلها من هذه الأيام .

ثم إن لفظه في أن المرسلة : (هل تستحب عقيب الصلوات ؟) يستنكر من حيث إن ذلك تقييد ، والتقييد لا يوجد في المرسل . ويعتذر عنه بأن المراد هل يستحب مثلها عقيب الصلوات .

ثم إرسال التكبير في أيام استحباب التكبيرات المقيدة في عيد النحر بعيد ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥٤ ب - ١٥٥ أ) .

(٢) المذهب : أنه يكبر عقب النوافل الراتبة ، ومنها : صلاة العيد ، وعقب النوافل المطلقة ، وعقب الجنازة . انظر : الروضة : (٢/٨٠) ، وراجع : المجموع : (٥/٤٣ ، ٤٤) .

(٣) في (أ ، ب) : « تكبير » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله في التكبير خلف الصلوات المقضية في هذه الأيام : (هل هو مقضي أو مؤدى ؟ فيه قولان) الظاهر فيه أنهما قولان مخرجان ، فإنهما من تصرف الأصحاب في نقل شيخه وغيره ، وهما مخرجان من القولين في النوافل ، لأن مأخذهما أن النظر إلى الوقت حتى يكبر فيها ، أو إلى أنه شعار ظاهر في هذه الأيام ، فيختص بالظاهر منها من الصلوات ، حتى لا يكبر في النوافل ، وهذا لا يقتضي إجراء الخلاف فيما نحن بصدده ، =

الأيام كبر عقيبها . وإن قلنا : مقضية فلا .

الرابعة : إذا كبر الإمام خلف صلاة على خلاف اعتقاد المقتدي [1] ، فقد [2] تردد ابن سريج في أنه هل يوافق بسبب القدوة ؟ كما يوافق في القنوت من حيث إن توابع الصلاة من الصلاة .

وكيفية هذه التكبيرات أن يقول : « الله أكبر ، الله أكبر ، الله [3] أكبر » ثلاثًا نسقًا .

وقال أبو حنيفة : مرتين .

ثم يقول بعده : « كبيرًا ، والحمد لله كثيرًا ، وسبحان الله بكرة وأصيلًا ، لا إله إلا الله وحده ، لا شريك له ، مخلصين له الدين ولو كره الكافرون ، لا إله إلا الله وحده ، صدق وعده ، ونصر

= إن قلنا يكبر هناك ، فهو هاهنا أداء ، وإن قلنا : لا ، فتكبيره هاهنا ليس نظرًا إلى الوقت ، بل يكون قضاءً للتكبير الفائت في وقته تبعًا للصلاة المقضية ، ويظهر من هذا ما ذكره آخرًا ، وهو أنه لا يكبر على هذا القول فيما يقضي من صلوات غير هذه الأيام ؛ لأنه لم يكن فيها تكبير حتى يقتضي عند فواته بقضائها ، والأصح : أنه يكبر عقيب كل صلاة مفعولة في أيام التكبير ، فيدخل في ذلك النوافل والفوائت كلها ، ويكون التكبير خلف فوائت هذه الأيام أداءً لا قضاءً ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥٥ أ) ، وراجع : الروضة : (٢/٨٠) .

(١) يقول ابن الصلاح : « إذا كبر الإمام على خلاف اعتقاد المقتدي بأن كبر يوم عرفة مثلًا ، والمقتدي يرى أن مبتدأه بعده ، هل يوافق بسبب القدوة ؟ وهكذا لو كان بالعكس فهل يوافق في الترك ؟ فيه الخلاف الذي ذكره ، والأصح : أنه يتبع اعتقاد نفسه ، وأما التكبيرات التي في نفس الصلاة فهي كالقنوت قطعًا يتبع الإمام في الجميع على خلاف اعتقاده فعلًا وتركًا ، هذه طريقته ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥٥ أ) ، وانظر : الروضة : (٢/٨٢) ، والمجموع : (٥/٤٥) .

(٢) في (أ ، ب) : « ففيه » .

(٣) سقط « لفظ الجلالة » ثالث مرة في الأصل ، وهو خطأ أو سهو ، إذ المذهب الجديد ذكرها ثلاثًا . وفي قول قديم : مرتين . وهذا موافق لمذهب أبي حنيفة . وراجع : الأم : (١/٢١٤) ، ومختصر المزني : (١/١٥٥) ، والروضة : (٢/٨١) ، والمجموع : (٥/٤٥،٤٦) ، والمبسوط : (٢/٤٣) ، وشرح فتح القدير : (٢/٨٢) ، وحاشية ابن عابدين : (٢/١٧٧) ، والاختيار : (١/٨٧،٨٨) .

عبده ، وهزم الأحزاب وحده ، لا إله إلا الله ، والله أكبر » [1] .

فروع أربعة :

الأول : لو ترك تكبيرات الركعة ناسيًا وتذكرها بعد القراءة : فالمنصوص جديدًا أنه لا يكبر ؛ لفوات وقته . وقال في القديم : يكبر لبقاء القيام .

ومن الأصحاب من طرد القول القديم في تدارك دعاء الاستفتاح [2] .

الثاني : إذا فات صلاة العيدين بزوال الشمس ففي قضائها أربعة أقوال [3] :

أحدهما : لا يقضي . الثاني [4] : يقضي ، ولكن يوم الحادي والثلاثين إن فات يوم الثلاثين [5] . .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قال : (ثم يقول بعده : كبيرًا) لفظ الشافعي وغير واحد من أصحابه ، وإن زاد فقال : (الله أكبر كبيرًا) إلى آخره ، فحسن ، وهذا هو الذي ينبغي في هذا ؛ لأن هذه الزيادة دون الثلاث الأول في المرتبة استحبابًا ومستندًا ، فالثلاث منقولة في ذلك دون ما بعدها ، ولكن لما وردت في الحج كانت زيادتها هاهنا لمن يريد الزيادة أحسن من غيرها .

وقوله : (يقول بعده كبيرًا) يمكن التوفيق بينه وبين النص بأن يقال : قول الشافعي في الزيادة ، فقال : الله أكبر ، حكاية منه للتكبيرة الثالثة أعادها لئلا يفرد (كبيرًا) بالذكر مع أنه لا يستقل لكونه من تتمة الثالثة ، وهذا حسن عائض . وقد قال شيخه الإمام : ذكر الصيدلاني عن الشافعي أنه كان يرى أن يقول بعد التكبيرات الثلاث : كبيرًا إلى آخره ، فنسبه إلى الشافعي ، وأراه أخذه من المأخذ الذي ذكرته ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥٥ أ - ١٥٥ ب) .

(٢) راجع أقوال هذا الفرع في : الأم : (١/٢٠٩) ، والروضة : (٢/٧٣) ، والمجموع : (٥/٤٤،٤٥) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا فاتت صلاة العيدين ففي قضائها أربعة أقوال) هذا على القول الصحيح في أنها لا تعتبر فيها شرائط الجمعة ، أما إذا قلنا باعتبارها ، فلا يقضى على ما صرح هو في (البسيط) وشيخه في (النهاية) قولًا واحدًا كالجمعة ، وأصح الأقوال : أنها تقضى أبدًا ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥٥أ - ١٥٥ ب) ، وراجع : الروضة : (٢/٧٨) ، والمجموع : (٥/٣٣،٣٤) .

(٤) في (أ ، ب) : « والثاني » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ولكن يوم الحادي والثلاثين ، إن فاتت يوم الثلاثين) أي أنها تقضى في اليومين إن =

لأنه يحتمل هذا اليوم الأداء[1] . الثالث : يقضي طول هذا الشهر . الرابع : أنه يقضي أبدًا . وقد سبق نظيره في النوافل[2] .

الثالث : إذا شهدوا على الهلال قبل الزوال ، أفطرنا وصلينا . وإن أنشأوا الشهادة بعد الغروب يوم الثلاثين لم يُصغَ إليهم ؛ إذ لا فائدة إلا ترك صلاة العيد[3] . وإن أنشأوا بين الزوال

= قضاها في الثلاثين فذاك ، وإلا ففي الحادي والثلاثين ؛ لأنه يحتمل هذا اليوم الأداء ، أي : قد يكون يوم عيد بأن يكون شهر الصوم تامًّا ، والمعنى فيه أنه لا يكون حينئذٍ أقيم هذا الشعار الظاهر في غير أوانه حتى يلزم منه شنعة ظاهرة ، ترك السنة أهون منها » . المشكل (١/١٥٥ب - ١٥٦ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « للأداء » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وقد سبق نظيره في النوافل) أما الأول والرابع فبأعيانهما ، وإطلاق النظير عليهما هو التحقيق بحصول التغاير بتعدد المحلين ، وأما الثاني والثالث فلا وجود لهما هناك ، ولا لنظيرهما على التحقيق ، لكن مراده : ما هو نظير من حيث التشبيه الظاهري ، وذلك هو الوجه الذي قيل فيه هنالك أنه يتقيد قضاء نافلة كل صلاة بما قيل وقت الصلاة الأخرى ، وهكذا الوجه الآخر أنه يقضي فائت النهار بالنهار ، وفائت الليل بالليل ، فإن هذا نظيره في أنه تقييد للقضاء بوقت دون وقت ، فهذا وجهه من حيث التنظير .

وأما وجهه من حيث التقدير : فكون ذلك يشتمل على رعاية المعهود في هذا الشعار الظاهر ، ويبعد مما يوقع في سماعه لا يعرف الثاني كنهها ، وتخصيص الشهر مع أنه شهر العيد يشتمل على بعض هذا وإن لم يشتمل على كله ، وهذا يقتضي ألا يضطرد هذان في المصلي منفردًا ، وقد قال الإمام أبو المعالي إن الظاهر ذلك » . المشكل (١/ ١٥٦ أ) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (أما إذا شهدوا هلال شوال بعد الغروب من يوم الثلاثين لم يصغ إليهم ؛ لأنه لا فائدة إلا ترك صلاة العيد) هذا تعليل شيخه في (نهاية المطلب) ، وقال في آخره : (إذا سقطت فائدة الشهادة لم يصغ إليها ، وجعلنا وجودها كعدمها) اعلم أن هذا مشكل يوقع - إلا من عصمه الله - في وهمين ؛ أحدهما : اعتقاد بطلان الشهادة وعدم قبولها رأسًا ، وهذا لا سبيل إليه ، فإنه لا سبيل إلى نفي الأحكام المتعلقة بأول شوال بيمين أو نذر أو عتق معلق وطلاق وغير ذلك ، بعد قيام البينة العادلة على استهلال الشهر الثاني ، يوهم كون عدم الإصغاء لكون المقتضي إلى ترك صلاة العيد ، لا يثبت على تجرده وبانفراده بالبينة ولا تسمع فيه الشهادة ، وأحتسب الإمام الغزالي لم يسلم من هذا ؛ من حيث إنه وصل كلامه هذا في (البسيط) بأن قال : (وهذا شعار ظاهر لا يجوز الإخلال به ما أمكن فلا يصغي) وهذا أيضًا فاسد جدًّا ؛ لأن ترك صلاة العيد إما من الأمور المحدودة وإما من غير المحدودة ، وكل ذلك مما تثبت أنسابه بالبينة ولا ترد فيه شهادة الشهود مهما كان المقتضي إليه مما يدرك =

والغروب أفطرنا وبان فوات العيد .

فإن رأينا قضاءها فبقية اليوم أولى ، أو يوم الحادي والثلاثين ؟ فيه وجهان ؛ ينظر في أحدهما إلى المبادرة ، وفي الثاني إلى (1 أن تَشَبَّه 1) وقت القضاء ....

= ويعلم فهو كسائر ما يشهد به من غير فرق ، وأيضًا : فتقدير القبول للشهادة لا بترك الصلاة على القبول بشرعية قضائها ، وهو الصحيح ، وإنما تصير مقضية فحسب ، فأي مانع من قبول الشهادة في ذلك ؟ وكيف يلزم الإخلال الذي ادعى أنه نفى قبولها خوفًا منه .

وفساد هذا من الأمور التي ينتهي ظهورها إلى أن تعتري المحتج لها وقفة حرة ؛ لتزاحم وجوه حجاجها وتسابقها إلى الذهن ، وبعد هذا الذي وقع عليه خاتم البحث في تصحيح هذا الكلام وتوضيحه أن يحمل مطلقه على مقيد يصح به ، وأن يرد أصله إلى ما اعتمد عليه صاحب المذهب الشافعي – رضي الله عنه – من قوله ﷺ فيما رواه هو وغيره من حديث عائشة – رضي الله عنها – : « الفطر يوم تفطرون ، والأضحى يوم تضحون ، وعرفة يوم تعرفون » ، ورواه أبو داود بإسناد جيد عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « فطركم يوم تفطرون ، والأضحى يوم تضحون ، وكل عرفة موقف » .

ذلك بأن يقال : المنفي من الإصغاء إلى هذه الشهادة مخصوص بما يقتضيه من ترك صلاة العيد ، ولا تقبل فيه هذه الشهادة بالنسبة إلى صلاة العيد ، ولا يصغى إليها في أمرها ، ولا ينتهض ذلك في نفسه مصححًا لها ؛ لأنه لا فائدة تحته ؛ لأن فائدته ترك صلاة العيد ، وهي لا تصير متروكة بذلك ، أي لا مناص أنها تركت في وقتها حتى إن فعلت كانت قضاء مختلفًا في شرعيته ؛ لأن وقتها الغد ، وإن بان أنه اليوم الثاني ؛ لأن يوم العيد ليس عبارة عن أول يوم من شوال ، بل هو عبارة عن أول يوم يفطر فيه الناس ، بدليل الحديث الذي ذكرناه ، فإنه ليس يمكن حمل قوله : « الفطر يوم تفطرون » على الإفطار نفسه ، فإنه لا فائدة في ذكره ، فيبقى أن معناه : عيد الفطر يوم تفطرون ، ويسمى عيد الفطر فطرًا ، كما تسمى صلاة الظهر ظهرًا مثلًا .

والأمر في هذا كما في التعريف ، فإنه تابع لفعلهم لا للثابت في نفس الأمر ، فلو عرفوا اليوم العاشر وقع موقعه وكان يوم عرفة في حقهم .

فإن قلت : فما ذكرته جواب عن الاتهام الأول أيضًا ؛ لأن الشهادة إذا لم تقبل بالنسبة إلى صلاة العيد لزم بطلانها مطلقًا ؛ لأنهم ما أنشأوها إلا كذلك ، قلت : هذا غلط ؛ لأنهم شهدوا بالهلال نفسه فحسب ، وليس للشهود والتعرض لفوائد ما تشهدون به وآثاره ، ولو تعرضوا لذلك للغى تعرضهم ، ولم يؤثر على مالا يخفى ، والله أعلم بالصواب وإليه اللجوء في العصمة والثواب » . المشكل (١/١٥٦ أ – ١٥٧ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « نسبة » ، وهو الصحيح ، على ما رجح ابن الصلاح – راجع التعليق الآتي – وإن كان في كُلٍّ وجه .

بالأداء[(١)] . وفيه وجه . أَنَّا نفطر ولا نحكم بفوات الصلاة ؛ فإن الغلط ممكن[(٢)] ، وهذا شعار عظيم لا يمكن تفويته[(٣)] ، فيصلى يوم الحادي والثلاثين[(٤)] بنية الأداء .

أما إذا شهدوا قبل الغروب ولكن عدلوا بالليل ففي فوات الصلاة وجهان[(٥)] : أحدهما : لا ؛ لأن النظر إلى وقت التعديل وقد عدل في غير وقته . والثاني : أن النظر إلى وقت الشهادة .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا ثبت أنه يوم العيد : (في آخر النهار وجهان ؛ أحدهما : المبادرة أولى ، والثاني : التأخر إلى غدٍ أولى ، ينظر في الثاني إلى نسبة وقت القضاء للأداء) هو (نسبة) بالنون ، أي أن المعنى : له انتساب إلى الأداء من حيث إنه قد يكون وقت أداء فيما إذا وقع العيد فيه . ولا تقدر هذه النسبة بالشبه الحاصل بكونها مفعولة أول النهار .

ومن قرأه : (تشبه) بالتاء والشين المثلثة ثم الباء المشددة فقد صحف ، وهو من حيث المعنى غير مستقيم من وجوه ، الأول : أن القائل الأول يعارضه بمثله فنقول : فعلها بعد الزوال يشبه الأداء من حيث وقوعه في يوم العيد ، ففي كل واحد منهما مشابهة للأداء ليست فى الآخر فيتعارضان .

وأما ترجيح الأول بالمبادرة فللثاني أن يعارضه ، فيرجح في أن الاجتماع في غدٍ أمكن وأيسر . وإن كان لا خلاف على ما قاله الإمام أبو المعالي أنه إذا شق جَمْعُ الناس فضحوة الغد أولى » . المشكل (١/١٥٧ ب) ، وراجع : الروضة : (٢/٧٨) ، والمجموع : (٥/٣٤) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فإن الغلط ممكن) أي : في الهلال ، لا في شهادة من شهد . وقوله : (ممكن) أحسن منه أن يقول : (كثير) مثل ما قاله في موضع آخر » . المشكل (١/١٥٧ ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لا يمكن تفويته) هذا يظهر توجيهه على قولنا : إن صلاة العيد لا تقضى فتظهر نسبتها بالغلط في الوقوف بعرفة ، وأما إذا قلنا : تقضى ، فيضعف توجيهه ، ومع ذلك فيقال فيه : إخراج هذا الشعار عن وقته المعهود محذور ، وهذا الوجه مخصوص بما إذا كانوا معذورين ، أما إذا تعمدوا إخراجها عن وقتها فهي فائتة قطعًا ، كما في الوقوف ، ثم إن الأصح أنها قضاء ويبادر إليه في بقية النهار » . المشكل (١/١٥٧ ب – ١٥٨أ) .

(٤) « والثلاثين » : ساقطة من الأصل .

(٥) قال ابن الصلاح : « قال فيما إذا لم يعدلوا إلا ليلًا : (ففي فوات الصلاة وجهان) وفي بسيطه وكتاب شيخه قولان ، الثاني : يعتضد بما إذا عدلوا قبل طلوع الشمس فلا خلاف أنها إذًا غير فائتة ، ولا نظر إلى وقت الشهادة ، لكن الأولى أن يفرق بأن التعديل هناك جرى بعد دخول وقت الصلاة ، وبعد أن شرع فعلها ، إذ الخلاف هذا ، والصحيح هو الأول ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥٨أ) . وراجع : الروضة : (٢/٧٨ ، ٧٩) ، والمجموع : (٥/٣٤،٣٥) .

الرابع : إذا كان العيد يوم الجمعة وحضر أهل القرى ممن يبلغهم النداء ، فالقياس : أنه (١) لا يجوز لهم الانصراف حتى يصلوا الجمعة (٢) .

وقال العراقيون : الصحيح الجواز ، ورووا عن أبي هريرة : « أن رسول الله ﷺ كان يُرخص لأهل السواد في مثل هذا اليوم في الانصراف » (٣) .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « أن » .

(٢) والصحيح المنصوص في القديم والجديد : أن لهم أن ينصرفوا ويتركوا الجمعة في هذا اليوم . انظر : الروضة : (٧٩/٢) ، وراجع تعليق ابن الصلاح الآتي .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله في ترك أهل القرى القريبة صلاة الجمعة : (القياس : أنه لا يجوز ، وقال العراقيون : الصحيح الجواز) هذا وجه نقله هو وشيخه عن العراقيين ، فلا ينبغي أن نتوهم من تأخيره ذكر العراقيين أنهم لم يذكروا وجهًا في المنع ، فإنه قد أشار إلى ذلك بقوله عنهم : (الصحيح الجواز) ، والقول بجواز ترك الجمعة هو الصحيح ، وهو مذهب الشافعي – رضي الله عنه – نصَّ عليه في الجديد والقديم ، واحتج له .

وحديث أبي هريرة الذي ذكره في الكتاب مخرج في سنن أبي داود ، ولفظه أن رسول الله ﷺ قال : « إذا اجتمع في يومكم هذا عيدان فمن شاء أجزاه من الجمعة إلى الجمعة ، وإنا مجموعون » ، وفي غيره : « فمن أحب أن يشهد معنا الجمعة فليفعل ، ومن أحب أن ينصرف فليفعل » .

والحديث المرفوع في ذلك عن رسول الله ﷺ من رواية أبي هريرة – رضي الله عنه – وغيره مطلق ، وتخصيصه بأهل السواد يُرْوَى فيه من وجه ضعيف ، ولكن صح عن عثمان من قوله ، روى البخاري عنه : أنه خطب في مثله وقال : « من أحب من أهل العوالي » وذكر مثله ، وروى الشافعي – رضي الله عنه – عن عمر بن عبد العزيز عن رسول الله ﷺ في مثله مرسلًا ، وأنه قال : « فمن أحب من أهل العالية » ، وهي في سواد المدينة حرسها الله تعالى .

وبعد هذا فقول الغزالي – رحمه الله وإيانا – روي عن أبي هريرة – رضي الله عنه – أن رسول الله ﷺ كان يرخص لأهل السواد في مثل هذا اليوم في الانصراف ، رواية منه للرواية الضعيفة ، ويحتمل أن تكون رواية منه لحاصل حديث أبي هريرة على المعنى ، من حيث إن المطلق منه خصص بقول عثمان المبتسر من غير نكير ، واستجاز ذلك بقوله : (إن رسول الله ﷺ كان) ، ولو قال : روي عن أبي هريرة قال : كان رسول الله ﷺ إلى آخره ، لما ساغ له إلا أن يكون قد روي بهذا اللفظ ؛ لأنه تغيير ولا يجوز مثله ، ولا على مذهب من يجيز الرواية =

....

= بالمعنى ، والله أعلم ، على أن ما أتى به مع هذا مستكره ، وكان الأولى به مجانبة أمثاله لما فيه من الإيهام ، وقلة من يفهم الفرق بينهما ، والله أعلم » . المشكل (١/١٥٨أ-١٥٨ ب) . وحديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أخرجه أبو داود : (١/٢٨) كتاب الصلاة - باب إذا وافق يوم الجمعة يوم عيد (١٠٧٣) ، وأخرجه ابن ماجه بسند إسناد أبي داود إلا أنه قال : عن ابن عباس ، بدلًا من : أبي هريرة ، راجع سنن ابن ماجه : (١/٤١٦) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٦٦) باب ما جاء فيما إذا اجتمع العيدان في يوم (١٣١١) . قال صاحب (مصباح الزجاجة) : « والمحفوظ : أبو هريرة » . (١/٤٦٥) .

وله شواهد أخرى عن زيد بن أرقم وغيره ، عند أبي داود : الموضع السابق (١٠٧٠ ، ١٠٧١ ، ١٠٧٢) ، والنسائي : (٣/١٩٤) (١٩) كتاب صلاة العيدين (٣٢) باب الرخصة في التخلف عن الجمعة لمن شهد العيد (١٥٩١) ، وابن ماجه : الموضع السابق (١٣١٠ ، ١٣١٢) .

كتاب

صلاة الخسوف

وهي سُنَّة في سائر الأوقات ؛ لأن لها سببًا ، خلافًا لأبي حنيفة (١) .

ولما مات إبراهيم (٢) ، وَلَدُ النبي – عليه الصلاة والسلام – كُسِفَت الشمس (٣) ، فقال بعض الناس : إنها كسفت لموته ، فخطب رسول الله ﷺ وقال : « إن الشمس والقمر لآيتان من آيات الله لا يَخْسفان (٤) لموت أحد ولا لحياته ، فإذا رأيتم ذلك فافزعوا إلى ذكر الله والصلاة » (٥) .

(١) يقصد الإمام الغزالي بقوله : (سنة في سائر الأوقات) بأنها سنة حتى في أوقات الكراهة ، وذلك حملًا على قاعدة الشافعية بجواز صلاة النافلة المسببة في أوقات الكراهة . وخالف أبو حنيفة حتى يرى بأنها لا تصلى في أوقات الكراهة . ولم يخالف في كونها سنة مؤكدة كما قد يوهم نص الغزالي ، ولأنها سنة مؤكدة بالإجماع . انظر : الأم : (٢١٤/١) ، والمجموع : (٥١/٥) ، والروضة : (٨٣/٢) ، والمبسوط : (٧٥/٢،٧٦) ، وشرح فتح القدير : (٨٤/٢) ، وحاشية ابن عابدين : (١٨٢/٢،١٨٣) .

(٢) هو إبراهيم بن محمد رسول الله ﷺ ، أمه مارية القبطية ، ولدته في ذي الحجة سنة ثمانٍ من الهجرة ، وتُوفِّيَ سنة عشر يوم الثلاثاء لعشر خلون من شهر ربيع الأول ، وله سبعة عشر أو ثمانية عشر شهرًا .

سُر بولادته رسول الله ﷺ جدًّا وحلق له شعره يوم سابعه وتصدق بزنته فضة ، ودفن شعره ، وأهدى زوج قابلته عبدًا لما بشره به ، وأرضعته أم سيف امرأة قين بالمدينة ، ولما دخل عليه رسول الله ﷺ وروحه تفيض إلى باريها ، ذرفت عينا رسول الله ﷺ فقال له عبد الرحمن بن عوف : وأنت يا رسول الله ؟ ! فقال : « يا ابن عوف ! إنها رحمة » ، ثم قال : « إن العين تدمع والقلب يحزن ، ولا نقول إلا ما يرضي ربنا ، وإنا بفراقك يا إبراهيم لمحزونون » . ودفن بالبقيع .

انظر : تهذيب الأسماء واللغات : (ق ١ – ١٠٢/١،١٠٣) ، وراجع : صحيح البخاري مع الفتح : (١٧٢/٣–١٧٤) ، وزاد المعاد : (٥١٣/١–٥١٥) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ومن باب الخسوف : المشهور بين الفقهاء أن الخسوف مخصوص بالقمر والكسوف مخصوص بالشمس ، والأشهر بين أهل اللغة خلافه وأنهما مستعملان فيهما جميعًا ، ولهم أقاويل أشبهها وأصحها : أنهما يستعملان فيهما على معنى واحد ، والمعروف بين الفقهاء قد نقله أيضًا غير واحد من أهل الشأن ، وقال صاحب (الصحاح) منهم : الأفصح في الشمس الكسوف وفي القمر الخسوف ، ومن أهل اللغة من فرق بينهما من وجه آخر فقال : الكسوف ذهاب بعض الضوء ، والخسوف ذهاب جميعه » . المشكل (١٥٨/١ ب – ١٥٩ أ) . وراجع : تهذيب الأسماء واللغات : (ق٢ – ٩٠/١)

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لا يخسفان) : هو بفتح الياء ، وقد منعوا من أن يقال بالضم » . المشكل (١/ ١٥٩أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من حديث الخسوف صحيح متفق على صحته من رواية جماعة من الصحابة ، =

ثم أقل هذه الصلاة ركعتان ينوي فيها صلاة الخسوف ثم يقرأ الفاتحة ، ثم يركع ، ثم يعتدل ، فيقرأ الفاتحة ، ثم يركع على ترتيب سائر الصلوات وكذلك يفعل في الثانية ، وفي كل ركعة قيامان وركوعان . فلو تمادى الخسوف جاز أن يزيد ثالثًا ورابعًا على أحد الوجهين ؛ إذ روى [1] أحمد بن حنبل أن الركوع في كل ركعة ثلاث [2] ، فليحمل على صورة التمادي .

والقياس : المنع إن [3] لم يصح الخبر [4] .

= منهم عائشة وابن عمر وابن عباس وأبي موسى والمغيرة بن شعبة وغيرهم ، ولفظه في الكتاب قريب من لفظ رواية ابن مسعود والأنصاري » . المشكل (١/١٥٨ ب - ١٥٩ أ) .

والحديث أخرجه البخاري : (٢/٦٣٣ ، ٦٣٤) (١٦) كتاب الكسوف (١٣) باب لا تنكسف الشمس لموت أحد ولا لحياته (١٠٥٧ ، ١٠٥٨ ، ١٠٥٩) ، ومسلم : (٢/٦١٨،٦١٩) (١٠) كتاب الكسوف (١) باب صلاة الكسوف (٩٠١) ، وأبو داود : (١/٣٠٤) كتاب الصلاة - باب صلاة الكسوف (١١٧٧، ١١٩١) ، والنسائي : (٣/١٢٦) (١٦) كتاب الكسوف (٥) باب الأمر بالصلاة عند كسوف القمر (١٤٦٢،١٤٦٣) ، وابن ماجه : (١/٤٠٠،٤٠١) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٥٢) باب ما جاء في صلاة الكسوف (١٢٦١،١٢٦٢،١٢٦٣) .

(١) في الأصل : « رأى » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) ، وهو أولى بالسياق ، وراجع تعليق ابن الصلاح الآتي .

(٢) في الأصل : « ثلاثًا » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) ، وهو الصحيح .

(٣) في (أ، ب) : « إذ » ، وليس بصحيح ، إذ فيه جزم بعدم صحة الحديث . وإن كان حصل خلاف في صحته فقد أخرجه مسلم وصححه غير واحد من حفاظ الحديث . راجع : تعليق ابن الصلاح الآتي ، وتخريج الحديث .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (فلو تمادى الخسوف جاز أن يزيد ثالثًا ورابعًا على أحد الوجهين ، إذ روى أحمد بن حنبل أن الركوع في كل ركعة ثلاث يعمل على صورة التمادي ، والقياس المنع إن لم يصح الخبر) أما نسبة ذلك إلى أحمد بن حنبل فلا يرتضيه أهل الحديث ، فإن أحمد وغيره من حُفاظ الحديث يشتركون في روايته ، والمعتاد في مثل ذلك أن يضاف إلى من تفرد روايته ، وهو في هذا الحديث فوق أحمد وطبقته ، وهو عبيد بن عمير المتفرد به عن عائشة - رضي الله عنها - أو عبد الملك بن أبي سليمان المتفرد به من حديث جابر » . المشكل (١/١٥٩أ) .

والحديث أخرجه مسلم : (٢/٦٢١) (١٠) كتاب الكسوف (١) باب صلاة الكسوف (٩٠٢) ، وأبو داود : (١/٣٠٤) كتاب الصلاة - باب صلاة الكسوف (١١٧٧) ، والترمذي : (٢/٤٤٦-٤٤٨) (٢) أبواب الصلاة (٤٤) باب ما جاء في صلاة الكسوف (٥٦٠) ، والنسائي : (٣/١٢٩،١٣٠) (١٦) كتاب الكسوف (١٠) باب نوع آخر من صلاة الكسوف (١٤٧٠) . =

وكذا الوجهان في أنه بعد الفراغ هل يستأنف صلاة أخرى عند التمادي؟ وكذا الوجهان في أنه هل يقتصر على ركوع واحد إن أسرع الانجلاء؟ [(١)]

فأما الأكمل: فهو أن يقرأ في القومة الأولى بعد دعاء الاستفتاح سورة الفاتحة والبقرة، وفي الثانية الفاتحة وآل عمران /، وفي الثالثة الفاتحة والنساء، وفي الرابعة المائدة أو مقدارها من القرآن، ٣١/ب وذلك بعد الفاتحة في كل قومة [(٢)].

= ويقول ابن الصلاح: «وأما قوله: (والقياس المنع إن لم يصح الخبر) فلا يخفى أن القياس المنع، صح الخبر أو لم يصح، فإذًا فيه محذوف تقديره: فالقياس المنع فيمنع منه إن لم يصح الخبر.

ثم إن هذا الخبر قد اختلفوا في صحته، فصححه مسلم وأخرجه في صحيحه من حديث عائشة وجابر، وكذلك صحح ما تفرد به حبيب بن أبي ثابت في حديث ابن عباس أنه ﷺ صلاها ركعتين، في كل ركعة أربع ركوعات.

فمن أصحابنا من ذهب أيضًا إلى تصحيح هذه الأخبار جميعًا، وأنه ﷺ صلاها مرات: مرة بركوعين في كل ركعة، ومرة بثلاث ركوعات في كل ركعة، ومرة بأربع ركوعات في كل ركعة، وأن الجميع جائز، وأنه ﷺ كان يزيد في الركوع عند تمادي الخسوف، وذهب إلى ذلك جماعة من أئمتنا الخائضين بين الفقه والحديث، منهم ابن خزيمة وصاحبه أبو بكر بن إسحق الصبغي ثم أبو سليمان الخطابي.

ثم قيل: إنه على هذا الوجه لا تختص الزيادة بما ذكر، بل يجوز أكثر من أربع على حسب تمادي الخسوف وهو مذهب إسحق بن راهويه. وأما مذهب الشافعي والبخاري صاحب (الصحيح) في ذلك: فهو الترجيح والقول بالركوعين في كل ركعة فقط؛ لأن ذلك أصح إسنادًا وأوثق رجالًا وأكثر عددًا، مع أن كل ذلك راجع إلى حكاية صلاة واحدة، وهي صلاته ﷺ في الخسوف الواقع يوم مات ابنه إبراهيم ﷺ.

وعليه فمقتضى هذا أن يكون المذهب أن لا يستأنف صلاة أخرى عند تمادي الخسوف، وأن لا يقتصر على ركوع واحد عند سرعة الانجلاء، والله أعلم». المشكل (١/١٥٩ أ - ١٥٩ ب)، وانظر: المجموع: (٥/٥٣)، والروضة: (٢/٨٣)، والمبدع: (٢/١٩٨).

(١) والصحيح المنع من الزيادة والنقصان ومن استفتاح الصلاة ثانيًا. انظر: المجموع: (٥/٥٤)، والروضة: (٢/٨٣).

(٢) قال ابن الصلاح: «هذا الذي قاله في التقدير بالسور الأربع رواية البويطي وابن أبي الجارود عن الشافعي، ورواية غيرهما عنه هو المشهور، وهو ما في (المهذب) أن في القومة الأولى سورة البقرة أو قدرها إن كان لا يحفظها، وفي الثانية بقدر مائتي آية من البقرة، وفي الثالثة خمسون ومائة آية، وفي الرابعة بقدر مائة آية، ورواية البويطي وابن أبي الجارود تقارب هذا، وأنا أنقلها على نصها من الجمع لمنصوصات الشافعي - رضي الله عنه -؛ =

فأما الركوع : فيسبح في الأول مقدار مائة آية ، وفي الثاني بقدر ثمانين ، وفي الثالث بقدر سبعين ، وفي الرابع بقدر خمسين (١) .

وأما السجدات فلا يطولها . ونقل البويطي عنه أنها على قدر الركوع الذي قبله . ولا خلاف أن القعدة بين السجدتين لا تطول (٢) .

= لما فيها من الفوائد ، قال : (يقرأ في القيام الأول نحوًا من سورة البقرة ، ثم يركع نحوًا من قراءته ، ويقرأ في القيام الثاني نحوًا من آل عمران ، ثم يركع نحوًا من قراءته ، ويقيم في كل سجدة نحوًا مما أقام في ركوعه ، ثم يقرأ في القيام الأول في الركعة الثانية نحوًا من سورة النساء ، ثم يركع نحوًا من قراءته ، ثم يقرأ في القيام الثاني من الركعة الثانية نحوًا من سورة المائدة ، ثم يركع نحوًا من قراءته ، ثم يركع ثم يخر ساجدًا فيسجد سجدتين يقيم في كل سجدة نحوًا مما أقام في ركوعه) .

فهذا منقول على الاتفاق ، وما فيه من مساواة كل ركوع لما قبله من القراءة لم أجد لأحد من الأصحاب موافقته ولا في الركوع الثاني مع اختلافهم الكبير فيه ، إلا أني وجدت بخط الشيخ الوالد – رحمه الله – حكاية قول كذلك .

وما ذكره المؤلف في الركوعات هو نص الشافعي المشهور ، إلا الركوع الثاني فإنه لم يقدر تسبيحه : (يسبح بقدر ما يلي الركوع الأول) .

واختلف الأصحاب في مقداره على خمسة أوجه : أحدها ما في الكتاب : وهو ثمانون آية ، وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفراييني من العراقيين ، وصاحب (التقريب) من الخراسانيين ، والمراد بالآيات في هذا وما ذكر معه الآيات المقتصدة . والثاني : تسعون آية ، بالتاء المثناة في أوله ، وقد عزي إلى الشيخ أبي حامد ، والثالث : بقدر خمس وثمانين آية ، وهو قول سليم الرازي ، والرابع : بقدر سبعين آية ، وهذا هو الذي ذكره الشيخ أبو إسحق ، ولا ينبغي أن يستبعد ؛ فإنه يوافق نقل الربيع عنه أنه يسبح بقدر ثلثي الركوع الأول ، والسبعون ثلثان على التقريب ، وصير إليه دون التحقيق لما فيه من الكسر وهو مستكره فيما مبناه على التقريب ، والخامس : بقدر الركوع الأول قاله أبو حفص الأبهري ، صاحب كتاب (الهداية) ، رأيته بأبهر وهو غريب في غريب » . المشكل (١/١٥٩ ب - ١٦٠ ب) .

(١) قال ابن الصلاح : « يُستحب أن يقرأ في اعتداله من كل ركوع : (سمع الله لمن حمده ، ربنا لك الحمد) ، وَرَدَ به نص الحديث المتفق على صحته ، ونص عليه الشافعي – رضي الله عنه – » . المشكل (١/١٥٩ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وأما السجدات فلا يطولها . ونقل البويطي عنه أنها على قدر الركوع الذي قبله . ولا خلاف أن القعدة بين السجدتين لا تطول) هذا يتضمن أن الصحيح عنده أنه لا يطولها من حيث إنه أفتى به أولًا ، وذلك هو المشهور في نقل المذهب .

=

ثم إذا فرغ من الصلاة يستحب أن يخطب خطبتين كما في العيد ، إلا أنه لا يجهر (١) في الكسوف بالقرآن (٢) ؛ لأنه نهاري .

= والقول بتطويلها ينسب إلى أبي العباس بن سريج ، وقد قال صاحب (المهذب) : ليس بشيء ؛ لأن الشافعي لم يذكر ذلك ولا نقل ذلك في خبر ، ولو كان قد أطال لنقل .

وهذا عجب ، أما الشافعي - رضي الله عنه - فقد راجعت كتاب (البويطي) فوجدت نقله كذلك فيه حقًّا ، وقد سبق نقلنا لذلك من (جمع الجوامع) لمنصوصات الشافعي ، ونقل الترمذي ذلك في كتابه عن الشافعي .

وأما الخبر فيه عن رسول الله ﷺ فثابت متفق على صحته ، إذ في الصحيحين من حديث أبي موسى الأشعري في ذلك عنه ﷺ : « فقام يصلي أطول قيام وركوع وسجود رأيته يفعله في صلاته » ، وفي الصحيحين أيضًا من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص في صفة صلاته ﷺ فقالت عائشة : « ما ركعت ركوعًا ولا سجدت سجودًا قط كان أطول منه » ، وفي رواية النسائي ، فكانت عائشة تقول : « ما سجد رسول الله ﷺ سجودًا ولا ركع ركوعًا أطول منه » ، وفي صحيح البخاري من حديث أسماء بنت الصديق - رضي الله عنهما - : « ثم سجد فأطال السجود » ، وذكرت مثل ذلك في الركعة الثانية ، وفي صحيح مسلم من حديث جابر بن عبد الله وركوعه بَيِّنٌ سجوده ، وفي سنن أبي داود من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنه وعنهم - : « ثم سجد فلم يكد يرفع ، ثم رفع فلم يكد يسجد ، ثم سجد فلم يكد يرفع ، قال : ثم فعل في الركعة الأخرى مثل ذلك » ، وفي سنن النسائي عنه نحو ذلك ، قال : « سجد فأطال السجود ، ثم رفع رأسه وجلس فأطال الجلوس ، ثم سجد فأطال السجود » ، وقال : « وصنع في الركعة الثانية مثل ما صنع في الأولى » ، وقد أخرج ابن خزيمة حديث عبد الله بن عمرو في صحيحه .

إذا عرفت ذلك عرفت أن الصحيح خلاف ما صححوه ، بل يتجه أن يقال : لا قول للشافعي غير القول بتطويل السجود ؛ لما عرف عنه من إيصائه بأن الحديث إذا صح على خلاف قوله فليترك قوله وليعمل بالحديث ، فإن مذهبه الحديث .

ثم إن صاحب (التهذيب) قال : هل يطيل السجود ؟ فيه قولان . أحدهما : يطيل كالركوع ، والسجود الأول كالركوع الأول ، والسجود الثاني كالركوع الثاني .

وهذا أحسن من الإطلاق الذي في كتاب (البويطي) أنه نحو الركوع الذي قبله ، وأما قطعه بأن القعدة بين السجدتين لا تطول ، فإنه يأباه ما ذكرناه من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ، والحمد لله الذي هدانا لهذا وهو أعلم » . المشكل (١/ ١٦٠ ب - ١٦١ أ) ، وراجع : المجموع : (٥/٥٥) ، والروضة : (٢/ ٨٤) .

(١) في الأصل : « ولا يجهر » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) ، وراجع : تعليق ابن الصلاح الآتي .

(٢) « بالقرآن » : ليست في (أ ، ب) .

ويجهر بالخسوف ؛ لأنه بالليل [١] .

والجماعة فيها [٢] مسنونة غير واجبة [٣] .

فروع ثلاثة :

الأول : المسبوق إذا أدرك الركوع الثاني نقل البويطي أنه لا يكون مدركًا ؛ لأن الأصل هو الأول . وقال صاحب التقريب : يصير [٤] مدركًا للقومة التي قبلها فبقي [٥] عليه قيام واحد وركوع [٦] واحد ، والأول أصح [٧] .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قال : (يستحب أن يخطب خطبتين كما في صلاة العيد إلا أنه لا يجهر في الكسوف ويجهر في الخسوف) هذا مشكل ، والاستثناء راجع إلى ما تضمنه الإطلاق من أن ما ذكر من كيفية الصلاة تعم صلاة الخسوف ، فكأنه قال : وتستوي صلاة الخسوف وصلاة الكسوف إلا في الجهر ، وقد أفصح عن هذا في (البسيط) .

ثم إن الرواية قد اختلفت عن رسول الله ﷺ في الجهر والإسرار في كسوف الشمس ، ومن روى الجهر أكثر ، فلذلك رجحناه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٦١ أ - ١٦١ ب) .

(٢) كذا في الأصل و (أ ، ب) ، وراجع التعليق الآتي لابن الصلاح حيث قال : (فيهما) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (والجماعة فيهما مسنونة) يجوز أن يجعل معطوفًا على الاستثناء ، أي : (وإلا في أن الجماعة فيها مسنونة) قولًا واحدًا بخلاف صلاة العيد ، فإن في إلحاقها بالجمعة في اشتراط الجماعة خلافًا سبق ، وهذا على طريقة من قطع هنا بنفي الاشتراط .

ومن أصحابنا من طرد ذلك الخلاف في الخسوفين ، فعلى هذا يجعل كلامًا مستأنفًا واقتصارًا منه على الأصح في المسبوق المدرك للركوع الثاني أنه لا يكون مدركًا ؛ لأنه مع أنه تعدى بالرخصة عن موضعها إلى ما لا يشتبه ، فوقع في ضبط ، ويعتبر في نظم الصلاة المعهودة ، فإنه إذا بقي عليه قومة وركوع فحسب . فيلزم في التدارك أحد محدودين : إما أن يقعد عن اعتداله من الركوع ويتشهد ويسلم ؛ لأن السجود أتى به ووقع محسوبًا له كما قبله ، وإما أن يعود ويسجد مرة أخرى ، وكل واحد منهما معتبر لنظم هذه الصلاة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٦١ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « يكون » .

(٥) في (أ ، ب) : « فيبقى » .

(٦) في (أ ، ب) : « بركوع » .

(٧) وهو الذي نص عليه البويطي ، واتفق على تصحيحه الأصحاب ، وقالوا : لا يكون مدركًا لشيء من الركعة . انظر : الروضة : (٢/٨٦) ، والمجموع : (٥/٦٦) .

الثاني : تفوت صلاة الكسوف بالانجلاء ، وبغروب الشمس كاسفة . وتفوت صلاة الخسوف بالانجلاء ، وبطلوع قرص الشمس ، ولا تفوت بغروب القمر في جُنْح الليل (١) خاسفًا ؛ لأن الليل باقٍ ، وسلطان القمر في جميعه (٢) .

وهل تفوت بطلوع الصبح ؟ فيه قولان ؛ الجديد : أنه لا تفوت (٣) لبقاء سلطنة (٤) القمر بدوام الظلمة .

الثالث: إذا اجتمع عيد وخسوف ، وخيف الفوات فالعيد أولى ، وإن (٥) اتسع الوقت فقولان :

أحدهما : الخسوف أولى ؛ لأنه (٦ على عرض ٦) الفوات بالانجلاء . والثاني : العيد أولى ؛

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (في جنح) هو بكسر الجيم وضمه ، أي طائفة منه) . المشكل (١/١٦١ ب).

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لأن الليل باقٍ ، وسلطان القمر في جميعه) هذا كلام الأصحاب ، وليس يثلج الصدر ، ولعل تحقيقه – والله أعلم – : أن بقاء الليل الذي هو مظنة سلطانه مع أن الأصل بقاء الخسوف في نفسه يوجب بقاء شرعية الصلاة ، كما إذا غَطَّاه غيم ، بخلاف ما إذا طلعت الشمس في الخسوف أو غربت في الكسوف ، فإن ذلك كزوال الكسوف بالانجلاء من حيث إن القمر الخاسف أو الشمس الكاسفة مجموع يتركب من ذات ووصف ، فكما يقدم المجموع بانتفاء الوصف الذي هو الكسوف يقدم بانتفاء الذات التي هي القمر أو الشمس ، وفي زوال محلهما من ليل ونهار زوالهما ؛ لأن وجود الشيء إنما يكون في محله ، وذات الشمس – وإن بقيت بعد الغروب على الجملة – فلم تبقَ على الوجه الذي كانت باعتباره شمسًا ، لأن الشمس نور خاصيته إضاءة ما بين الخافقين ، فلا يبقى مع انتفائها شمسًا) وإن بقي شمسًا فلا يبقى شمسًا يصلى لكسوفه ، لأن الصلاة مخصوصة بخسوف ما يضيء هذا العالم لما لا يخفى من تأثيره في اقتضاء الفرع والالتجاء عند فقدانه أنه إذا ظهر ذلك ، ففي ما إذا غاب القمر في الليل لم يثبت زوال الخسوف بواحد من الطريقين بخلاف الباقي » . المشكل (١/١٦١ب-١٦٢أ) . وانظر : الأم : (١/٢١٦) ، والمجموع : (٥/٥٩) ، والروضة : (٢/٨٧) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا غاب القمر خاسفًا بعد طلوع الصبح : (أن لا تفوت) فيه إشارة إلى أن الصحيح أنها لا تفوت ، والله أعلم » . المشكل (١/١٦٢أ) ، وراجع المواضع السابقة في المراجع من نهاية التعليق السابق .

(٤) في (ب) : « سلطة » .

(٥) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٦) في (أ ، ب) : « يعرض » .

لأنه سنة مؤكدة ربما يعوض عنها عائق (١) . ولو (٢) أنكر مُنَجِّم وجود الكسوف يوم العيد ، لم نرده على قولنا : إن الله على كل شيء قدير (٣) .

ولو اجتمع كسوف وجمعة قدمنا الجمعة إن خفنا فواتها ، وإلا فقولان كما في العيد . ثم قال الشافعي - رضي الله عنه - : يخطب للجمعة والكسوف (٤) خطبة واحدة يتعرض فيها للكسوف (٥) وللجمعة (٦) ؛ حتى لا يطول الوقت ، ولا بأس بوقوع الخطبة قبل [صلاة] (٧)

(١) قال ابن الصلاح : « الأصح من القولين فيما إذا اجتمع صلاة العيد وصلاة الكسوف ولم يخفْ فوات العيد : أن يبدأ بصلاة الكسوف ، والله أعلم » . المشكل (١٦٢/١أ) ، وانظر : المجموع : (٦١/٥) ، والروضة : (٨٧/٢) .

(٢) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ولو أنكر منجم وجود الكسوف يوم العيد لم يرده على قولنا إن الله على كل شيء قدير) رَدٌّ لدعواه امتناعه ، وهو إشارة إلى الوجه الذي بَيَّنَ الأصحاب فيه إمكانه ووقوعه بما رواه الزبير بن بكار في (الأنساب) من موت إبراهيم ابن رسول الله ﷺ في العاشر أو الثالث عشر من شهر ربيع الأول ، ولنا ما رواه البيهقي بإسناده أن الشمس كسفت يوم قتل الحسين - رضي الله عنهم - وقتل يوم عاشوراء بلا إشكال » . المشكل (١٦٢/١ أ - ١٦٢ب) . هذا لأن بعض المنجمين قد زعموا أن الكسوف لا يحدث إلا في الثامن والعشرين أو التاسع والعشرين . ومما أجاب به أصحاب الشافعي - أيضًا - : أنه لو لم يقع ذلك لكان تصوير الفقيه له حسنًا ؛ ليتدرب باستخراج الفروع الفقهية . راجع : الأم : (٢١٦/١) ، والروضة : (٨٨/٢) ، وفتح العزيز : (٨٣/٥) .

(٤) في (أ ، ب) : « الخسوف » . (٥) في (أ ، ب) : « للخسوف » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله : (قال الشافعي : يخطب للجمعة والكسوف خطبة واحدة يتعرض فيها للكسوف والجمعة) هذا فيه تغيير للفظ الشافعي في (المختصر) بما يوهم غير الصواب ، وذلك أن الشافعي قال : (يخطب للجمعة ويذكر فيها الكسوف) ، وقال في مسألة اجتماع العيد والكسوف : (يخطب للعيد والخسوف) .

وبين الكلامين فرق في المعنى يقتضيه افتراق المسلمين في أن خطبته لا تكون للجمعة والخسوف ؛ إذ لو نوى بخطبته الجمعة والكسوف لم يجزْ ؛ لأن خطبة الجمعة فرض ، والتشريك بين الفرض والنفل غير جائز على ما عرف ، ولو نوى في المسألة الأخرى الخطبة للعيد والكسوف لجاز ، لكونهما سنتين ، والله أعلم » .

ثم إن قوله : (خطبة واحدة) ليس معناه أنها خطبة فردة ، بل معناه : أنه لا يزيد على الخطبتين اللتين للجمعة ، والله أعلم » . المشكل (١٦٢/١ ب) ، وانظر : الأم : (٢١٥/١) ، ومختصر المزني : (١٦٠/١) ، وراجع : المجموع : (٦٢/٥) ، والروضة : (٨٨/٢) .

(٧) زيادة من (أ ، ب) .

الكسوف [١] ؛ لأنها ليست من شرائطها . وكذا يفعل عند اجتماع العيد والكسوف [٢] .

ولو اجتمع جنازة [٣] مع هذه الصلوات فهي مقدمة إلا مع الجمعة عند ضيق الوقت ففيه خلاف ، والأصح تقديم الجمعة .

ووجه تقديم الجنازة : أن الجمعة لها بدل .

ثم قال الشافعي : ولا يبرز بالناس ؛ لأنه ربما يفوت بالبروز ، ولا يصلى لغير الخسوفين [٤] من الآيات كالزلازل وغيرها .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « الخسوف » .

(٢) في (أ ، ب) وهامش الأصل : « والخسوف » بدل « والكسوف » . وقال ابن الصلاح : « قال : (وكذا يفعل عند اجتماع العيد والكسوف) هذا كما قال ، وإن لم يلزم التوالي بين أربع خطب كما لزم في بعض صور المسألة التي قبلها ، وهي ما إذا قدم الخسوف على الجمعة عند اتساع الوقت ، فإنه لو خطب لهما لتوالت أربع خطب فلا يجمع هاهنا – أيضًا – مع أن خطبتين تقعان بين الصلاتين ، وخطبتين بعدهما ، وذلك للاستغناء بخطبتين فقط ، ويكونان هاهنا على الشركة بينهما بخلاف الجمعة وصلاة الجنازة ، تقدم على الصلوات المذكورة عند ضيق الوقت ، وهذا يتوقف على تكلف في تصويره ، فإن صلاة الجنازة لا يكاد يظهر تأثيرها في تفويت الجمعة لقرب زمانها . فالصحيح عند هذا تقديم الجمعة ؛ لأنها آكد من وجوه ، وسقوطها إلى بدل لا يوجب ترجيح صلاة الجنازة عليها . وقد حققت ذلك في المسألة التي أفردتها في أن تارك صلاة الجمعة يقبل » . المشكل (١/١٦٢ب – ١٦٣ أ) ، وراجع : الروضة : (٢/٨٧) ، والمجموع : (٥/٦١ ، ٦٢) .

(٣) في (أ ، ب) : « الجنازة » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ولا يصلى لغير الخسوفين) معطوف على ما قبله في أنه أيضًا قول الشافعي – رضي الله عنه – ، أي : هذه الصلاة المخصوصة ، وأما بالنظر إلى مطلق الصلاة فلا منع إلا في أنه لا يصلي لها جماعة إذ تستحب الصلاة فرادى . ذكره صاحب (التهذيب) ، وأشار إليه صاحب (المذهب) » . المشكل (١/١٦٣ أ) .

قال الشافعي : « ولا آمر بصلاة جماعة في زلزلة ولا ظلمة ولا لصواعق ولا ريح ولا غير ذلك من الآيات . وآمر بالصلاة منفردين كما يصلون منفردين سائر الصلوات » . انظر : الأم : (١/٢١٨) . وقد نقل عنه النووي أنه روى عن عليّ – كرم الله وجهه – صلى في زلزلة جماعة ، ثم قال : « قال الشافعي : إن صح قلت به . فمن الأصحاب من قال : هذا قول آخر له في الزلزلة وحدها ، ومنهم من عممه في جميع الآيات » . انظر : الروضة : (٢/٨٩) .

ويستحب مع الآيات المختلفة الدعاء والتضرع ، ويستحب لكل أحد الصلاة منفردًا لئلا يكون غافلًا . راجع : المرجع السابق ، والمجموع : (٥/٦٠ ، ٦١) .

كتاب[1]

صلاة الاستسقاء[2]

---

(١) في الأصل : « باب » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) .

(٢) المراد بالاستسقاء : سؤال الله – تعالى – أن يسقي عباده عند حاجتهم ، وله أنواع ؛ أدناها : الدعاء بلا صلاة ولا خلف صلاة ، فرادى أو مجتمعين لذلك . وأوسطها : الدعاء خلف الصلوات ، وفي خطبة الجمعة ونحو ذلك . وأفضلها : الاستسقاء بركعتين وخطبتين . انظر : الروضة : (٢/٩٠) .

وهي سُنة عرفت من فعل رسول الله ﷺ . وقال أبو حنيفة : بدعة (١) .

وسببها : أن ينقطع ماء السماء أو العيون (٢) ، فتستحب عنده صلاة الاستسقاء ، ولو أخبرنا أن طائفة من المسلمين ابتلوا به فيُسن لنا أن نستسقي لهم (٣) ؛ لأن المسلمين كنفس واحدة .

ثم إن سقوا يوم الخروج فذاك ، وإن تمادى كررنا (٤) ثانيًا وثالثًا كما يراه الإمام (٥) ، فإن سقوا

---

(١) هذا مذهب أبي حنيفة ، خلافا لأبي يوسف الذي وافق الشافعية في استحباب الصلاة ، وهي عند الشافعية سنة مؤكدة ، ويرى أبو حنيفة أن الاستسقاء أن يخرج الإمام بالناس فيدعو ، ويرى بعض الحنفية أنه إن صلى الناس وحدانًا جاز ، وإن كان الأصل أن الاستسقاء الدعاء والاستغفار . انظر : المبسوط : (٢/٧٦) ، وحاشية ابن عابدين : (٢/١٨٤،١٨٥) ، وشرح فتح القدير : (٢/٩١) . وراجع : الأم : (١/٢١٩) ، والمجموع : (٥/ ٦٨،٦٩) وفتح الوهاب : (١/٨٦) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « ومن باب الاستسقاء قال : (ماء السماء أو العيون) هكذا هو عندي ، وعند غيري بالواو ، والأجود (أو) على ما في بعض النسخ ، وكما هو في غير (الوسيط) ؛ لأن كل واحد منهما مستقل بالسببية ، فالسبب حصول الضرر بانقطاع ماء السماء أو العيون أو الأنهار ، والواو أيضًا تتأول على ذلك ، والله أعلم » . المشكل (١/١٦٣ أ) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قال : (فيسن لنا أن نستسقي لهم) هذا قد نص الشافعي عليه ، وسياق كلامه وكلام غير واحد من أصحابه يدل على أنه استسقاء بالصلاة ، ولفظ شيخنا الغزالي في (البسيط) من أدلها على ذلك ، والشيخ أبو إسحق يقول : ويستحب لأهل الخصب أن يدعوا لأهل الجدب ، وهذا يوهم خلاف ذلك ، والله أعلم . فأقول : يمكن تخريجه على خلاف من حيث إن النعمة حاصلة للمستسقي ، واستسقاؤهم لغيرهم استزادة للنعمة ، فهو كالصلاة لاستزادة النعمة على ما يأتي ، ويمكن الفرق بينهما ، والله أعلم » . المشكل (١/١٦٣ أ - ١٦٣ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « تكرر » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله في تكريرها : (كما يراه الإمام) أى ناظرًا في مقدار صورتهم وما ينالهم من المشقة في الاجتماع عاملًا بحسب المصلحة .

ثم هل يقدم على المرة الثانية أو الأخرى صيام ثلاثة أيام ؟ نقل في ذلك نصَّان ، فمن الأصحاب من حملها على اختلاف حالين وعلى ما يراه الإمام ، إن رأى الحال يقتضي التبكير خرج بهم من الغد ، وإن اقتضت الحال التأخير صاموا ثلاثة أيام قبل الخروج . وجعل أبو الحسين بن القطان المسألة على قولين ، وقال : ليس فى باب الاستسقاء مسألة فيها قولان إلا هذه ، وعلى هذا فالأظهر أنهم يخرجون من الغد .

قلت : وفى قلب الرداء من الأعلى إلى الأسفل قولان يأتي - إن شاء الله تعالى - ذكرهما ، وتلك أولى بأن =

قبل الاستسقاء خرجوا للشكر والموعظة ، وفي أداء الصلاة للشكر وجهان (١) ، وكذا في أدائها للاستزادة في النعمة (٢) .

ثم أقل هذه الصلاة كأقل صلاة العيد ، ووقتها وقتها (٣) .

وأكملها : أن يأمر الإمام (٤) الناس بالتوبة والخروج من المظالم ، وأن يستحل بعضهم بعضًا ،

= تذكر في معرض ما ذكره لما سبق من تنزيل من ترك النصين على اختلاف حالين ، والله أعلم » . المشكل (١/١٦٣ ب) .

(١) بل في صلاة الشكر طريقان ، قطع الأكثرون بالصلاة ، وهو المنصوص في (الأم) ، وحكى إمام الحرمين مثل الغزالي وجهين ، أصحهما : هذا . والثاني : لا يصلون . انظر : الروضة : (٢/٩١) ، وراجع : المجموع : (٥/ ٨٥،٨٦) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وكذا في أدائها للاستزادة في النعمة) أي إذا لم يبتلوا بالجدب ، وأرادوا الاستسقاء طلبًا للزيادة ، وهو في هذا أبعد ؛ لأن ذلك لم يعهد عمَّن سلف ، والأصح المشهور والمنصوص : أنهم لا يصلون للشكر أيضًا ، لأن صلاة الاستسقاء الواردة وقعت لاستدفاع الجدوبة ، وهذا دونها في المعنى ، فلا يقاس عليها » . المشكل (١/١٦٣ ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قال : (ووقتها وقتها) هذا حكاه شيخه ، وهو في (البسيط) أيضًا عن الشيخ أبي علي وحده ، قال شيخه : وهذا وإن كان وقتًا بالتشبيه على الكمال - يعني بصلاة العيد - ولكني لم أره لغيره من الأئمة
قلت : قد قاله غيره وهو الشيخ أبو حامد الإسفراييني ، وهو مع هذا شذوذ في المذهب بعيد ، وياليته لم يورده في هذا الكتاب هكذا مقطوعًا به ، بل كان يورده كما أورده في (البسيط) ، وكما أورده شيخه الإمام ، وعنه نقل ذلك ، وأنه لما أراد الاختصار اقتصر عليه من حيث إنه رأى أنه المنقول لا غير من جهة أن قول شيخه : لم أره لغيره من الأئمة ، ليس على نقل خلافه عن أحد من الأئمة لما لا يخفى ، فاقتصر لذلك على ما رآه المنقول .

ثم إن المصير إلى أن وقتها وقت صلاة العيد لا مستند له يصح ، من حيث إن مقاصد الاستسقاء لا تتقيد بوقت دون وقت ، وما اعتمد عليه من التشبيه بالعيد مندفع ، فإنه لا يختص الاستسقاء بيوم ، وإن اختص العيد بيوم ، فكذلك لا يختص بوقت من اليوم ، وإن اختص به العيد ، وهذا واضح بَيِّنٌ ، وعدم اختصاصها بوقت هو الذي ذكره صاحب (الحاوي) ، وصاحب (الشامل) ، وصاحب (التتمة) ، وقد نص الشافعي عليه ، نقله عنه صاحب (جمع الجوامع) لمنصوصاته ، وفي هذا الكتاب أيضًا ما يُشعر بعدم الاختصاص عند الأصحاب ، وهو ما سبق من نقله اختلافهم في كراهة صلاة الاستسقاء في الأوقات المكروهة ، إذ ليست في وقت صلاة العيد وقت يكره فعلها فيه » . المشكل (١/١٦٣ ب - ١٦٤ أ) .

(٤) « الإمام » : ليست في (ب) .

ويأمرهم بالصوم ثلاثة أيام ، ثم يخرجون في الرابع [١] في ثياب بِذْلة وتخشع [٢] ، بخلاف العيد .

ويُستحب إخراج الصبيان ، وفي إخراج البهائم قصدًا تردد [٣] ، ولا بأس بخروج أهل الذمة [٤] ويحازون [٥] إلى جانب .

ومن أصحابنا من قال : هي كصلاة العيد إلا أنه يبدل ....

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ثم يخرجون في الرابع صيامًا) ممن قطع به صاحب (الحاوي) و (المهذب) ، ثم رأيته منصوصًا للشافعي ، وهو بخلاف يوم عرفة ؛ فإنه يستحب فيه للحاج الإفطار تقويًا على الدعاء ، والفرق كون ذلك مفروضًا في هذه الصلاة في أول النهار على العادة قبل ظهور تأثير الصوم في الضعف » . المشكل (١/١٦٤ أ) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (في ثياب بذلة وتخشع) ينبغي أن يجعل (وتخشع) عطفًا على (ثياب) لا على (بذلة) ، حتى يكون معناه : يخرجون في تخشع وثياب بذلة ، وعلى تقدير عكسه لا يكون قد تعرض لصفتهم في أنفسهم ، وهي المقصودة التي ثياب البذلة وَصلة إليها ، وقد يكون الرجل في ثياب تخشع وبذلة وهو يختر في نفسه ، والله أعلم . المشكل (١/١٦٤ أ - ١٦٤ ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وفي إخراج البهائم قصدًا تردد) يعني وجهين ، والأصح عنده : أنه يستحب ، فإنه لم يذكر في (الوجيز) لفظًا غيره ، لكن غيره نقل أن المنصوص في (الأم) نفي الاستحباب ، والاستحباب قول أبي إسحق المروزي ، والله أعلم .

ولذلك تأثير ظاهر إذا وجدت الكيفية التي فعلها قوم يونس ﷺ ، حيث فرقوا بين البهائم وأولادها مع فعلهم مثله في أنفسهم ، وهو متجه بدون ذلك لما فيه من توافق فاقات المضطرين وتظافر رغبات الراغبين على اختلاف أنواعها وأنواعهم ، والله أعلم » . المشكل (١/١٦٤ ب) . والمنصوص عند الشافعي أنه قال : « ولا آمر بإخراج البهائم » ، وظاهره : أنه لا يستحب ولا يكره وهذا وجه ثالث . وأما الكراهة فقد نقلها صاحب (الحاوي) عن جمهور الأصحاب . انظر : المجموع : (٥/٧٣،٧٤) ، والروضة : (٢/٩١،٩٢) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ولا بأس بخروج أهل الذمة) هذه عبارة يطلقها الفقهاء في مباح خولف المبيح في إباحته ، أو في مباح تركه أولى ، وهذا عند الأصوليين المتأخرين غير مباح ، بل مكروه ، وليس هذا بالقول المزيف ، المحكي في الأصول أن المكروه ترك الأولى ، فإنه لا يخفى على ذي فطنة أنه غيره ، والله أعلم » . المشكل (١/١٦٤ ب) . واختيار الحنفية ألا يخرج معهم أهل الذمة . انظر : الاختيار لتعليل المختار : (١/٧١) .

(٥) في (أ ، ب) : « إن انحازوا » .

السورة (١) في إحدى الركعتين فيقرأ : ﴿ إِنَّآ أَرْسَلْنَا نُوحًا ﴾ (٢) لاشتمالها على قوله تعالى : ﴿ يُرْسِلِ ٱلسَّمَآءَ عَلَيْكُم مِّدْرَارًا ﴾ (٣) .

ثم يخطب الإمام بعد الفراغ خطبتين ، كما في العيد ، لكن يبدل التكبيرات بالاستغفار ، ثم يلحقه (٤) بالدعاء في الخطبة الثانية ، ويستقبل القبلة فيهما ويستدبر الناس ، ثم يحول رداءه تفاؤلًا بتحويل الحال وتأسيًا برسول الله ﷺ ، فيقلب الأعلى إلى الأسفل واليمين إلى اليسار ، والظاهر إلى الباطن (٥) .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ومن أصحابنا من قال : هي كصلاة العيد ، إلا أنه يبدل السورة) هذا مشكل ، وحله : أن المضاف إلى بعض الأصحاب ليس قوله : (هي كصلاة العيد) ، فإنه لا خلاف فيه بينهم ، وإنما هو إبدال السورة ، والمذهب : أنها في السورتين أيضًا كصلاة العيد » . المشكل (١/١٦٤ ب) .

(٢) يعني : أن يقرأ سورة نوح . (٣) سورة نوح : الآية (١١) .

(٤) في (أ) : « يلحف » ، وله وجه جيد ، وفي (ب) : « يلحق » . ويقول ابن الصلاح : « قوله (ثم يلحف) أي يلح ، والإلحاف واللحاف من أصل واحد وهو الشمول ، كأن الملحف يشمل بسؤاله وجوه الطلب . قال : (ويستقبل القبلة فيها) أي بعد أن يأتي ببعضها مستقبلًا للناس ، وذكر صاحب (الكافي) الزبيري أن ذلك إذا بلغ نصفها ، ويجهر في دعائه ، وهو يستقبل الناس ، ويسر وهو مستقبل للقبلة . واحتج لهذا صاحب (الحاوي) وغيره بأنه أبلغ ، واستشهد بقوله تعالى : ﴿إني أعلنت لهم وأسررت لهم إسرارًا﴾ ، والتحويل يكون بعد الاستقبال كما قال ، وفي لفظ حديث عبد الله بن دريد ما يدل عليه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٦٤ ب - ١٦٥ أ) .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فيقلب الأعلى إلى الأسفل ، واليمين إلى اليسار ، والظاهر إلى الباطن) جمع شيخه ، ثم هو في تفسير القول الجديد بين ثلاثة أنواع من التحويل ، والذي رأيته في كلام الشافعي وغيره من أصحابنا النكس والتحويل من اليمين إلى اليسار من غير ضم للثالث إليهما في الذكر ، وذلك هو الصواب ، ويبين ذلك بالنظر في كيفيته . وعهدي بالمتفقه ، وهم أو أكثرهم لا يهتدون لتصوير الجمع بين النكس والتحويل بفعل واحد .

وكيفيته : أنه إذا أراد التحويل الذي هو أن يجعل الطرف الذي على منكبه الأيمن على منكبه الأيسر ، فلا يفعله ، وبأن يقلب الطرف الذي هو على منكبه الأيمن إلى جهة المنكب الأيسر رافعًا ذلك الطرف إلى هذا الطرف من غير إدارة ، فإن الذي يحصل به هو التحويل من اليمين إلى اليسار مع انقلاب الظاهر إلى الباطن من غير تنكيس ، بل ينبغي أن يديره في جانبه الأعلى أخذًا في صوب القفا دائرًا ، أو بالعكس حتى يستدير ذلك الجانب إلى هذا الجانب ، ويصير الأعلى أسفل ، فيجمع فيه التحويل والتنكيس دون انقلاب الظاهر إلى الباطن ، وعند هذا فإنما=

....

= يحصل انفلات الظاهر مع التحويل من اليمين وحده كما ذكرت ، أو يحصل مع التنكيس وحده أيضًا ، وهو أن يرفع الطرف الذي يلي القفا فيقلبه إلى أسفل ، أو يأخذ الطرف الأسفل فيجعله على عاتقه ، فيصير الأسفل مكان الأعلى ، ويحصل التنكيس مع انقلاب الظاهر إلى الباطن من غير تحويل اليمين إلى اليسار .

وإذا فهم هذا فليس الأمر فيه على الإطلاق في مطلق الرداء كما أطلق المصنف وشيخه ، بل الجمع بين التحويل والتنكيس مخصوص بما يشتمل فيه ذلك كالرداء المربع دون ما نسق فيه ، وذلك كالساج الذي ذكره المزني في تصويره ، وهو الطيلسان المقور ، ينسج كذلك ، وعبر الشيخ أبو إسحق عنه بالرداء المدور .

وهكذا ما مثل به صاحب (التتمة) من الرداء الذي له طرفان - يعني الطويل - فهذا يقتصر فيه على التحويل من اليمين إلى اليسار ، مع انقلاب الظاهر ، وهو ما صورته أولًا ، فخرج منه أن التحويل له كيفيتان : إحداهما تحصل مع انقلاب الظاهر دون التنكيس ، وهذا هو المخصوص بالساج والرداء الطويل ، وفي الكيفية الأخرى يحصل مع التنكيس دون انقلاب الظاهر ، وهو المذكور في الرداء المربع . فجمع الإمام أبو المعالي ثم صاحبه الغزالي - رحمنا الله وإياهما - بين الأنواع الثلاثة في مطلق الرداء وادعيا حصولها مجتمعة ، وقد وضح عدم تصوره .

فإن قلت : يتصور بفعل ثانٍ ، فيأتي أولًا بالتحويل والتنكيس كما سبق ، ثم يقلب الرداء ظهرًا لبطن ، أو يأتي بالتنكيس أولًا ثم بالتحويل من اليمين .

قلت : إذا فعل ذلك زال وصف آخر ، وهو في المثال الأول التنكيس ، فإنه يعود الأعلى أعلى كما كان ، وفي المثال الثاني يعود الباطن باطنًا كما كان .

ثم لفظ الإمام فيه يقلب الأسفل إلى أعلى ، وما كان من اليمين إلى اليسار ، ومن اليسار إلى اليمين ، وهو في ذلك يقلب ما كان يلي البدن إلى الظاهر ، ولولا لفظه هذا لكان يمكن أن يقال : إنه أراد حصول الأنواع الثلاثة على الجملة ، وإن كان على التعاقب في صورتين ، لكن لفظه هذا ثم لفظ (الوسيط) المعبر عنه لا يستعمل في التصانيف إلا للجمع بينهما في حالة واحدة ، وإن شاع في كلام العرب استعماله فيما يتعاقب فلا يحمل على مثله ما يوجد في مخاطبات الناس ، لاسيما في كتب الفقه .

ثم إن ذلك لا أصل له في المذهب ، ولا في السنة ، فلا سبيل إلى المصير إليه ، فليتأمل ذلك فإنه من نفائس ما وقع عليه خاتم البحث ، والله أعلم .

واقتصر صاحب (التتمة) في الرداء المربع على التنكيس مع انقلاب الظاهر وذكر أنه الأَوْلى ، ولم أره لغيره وهو بعيد ، بل هو - والله أعلم - غلط وخروج عن القديم والجديد معًا ، وهو تحريف للقول القديم ، لأنه في القديم اقتصر على قلب الظاهر مع التحويل من اليمين إلى اليسار احتجاجًا بفعل النبي ﷺ فجعل هو التنكيس بدل التحويل فكان مخالفًا لما فعل ، ولما هم به ﷺ . =

وكان على رسول الله ﷺ خميصة (١) ، فتعذر (٢) عليه لما حاول قلبها من الأعلى إلى الأسفل ، فترك (٣) .

فرأى الشافعي - رضي الله عنه - في الجديد : الإتيان بما هَمَّ به رسول الله ﷺ أولى .

= ومنشأ هذا الوهم لفظة في الحديث حملها على غير وجهها ، وذاك أنه احتج بحديث عبد الله بن زيد : « أن النبي ﷺ استسقى وكان عليه خميصة له سوداء ، فأراد أن يأخذ أسفلها فيجعله أعلاها ، فلما ثقلت عليه قلبها على عاتقه » أخرجه أبو داود ، وهو حديث حسن ، فحمل هذا على أنه أخذ الطرف الأسفل من شقه الأيسر ، فجعله على عاتقه وقال إنه يصير الأعلى أسفل والأسفل أعلى ، وهذا سهو عظيم فإن مثلها ليس منحصر المعنى في انقلاب الأسفل ، بل تحويله من اليمين إلى اليسار ، يجوز أن يقال فيه : قلبها على عاتقه لما لا يخفى وجهه في اللغة ، ونسأل الله العصمة والإثابة » . المشكل (١/١٦٥ أ - ١٦٦ ب) .

وحديث عبد الله بن زيد أخرج في الصحيحين مختصرًا بلفظ : « أن النبي ﷺ استسقى ، فقلب رداءه » ، البخاري : (٢/ ٥٧٨) (١٥) كتاب الاستسقاء (٤) باب تحويل الرداء في الاستسقاء (١٠١١ ، ١٠١٢) ، ومسلم : (٢/٦١١) (٩) كتاب صلاة الاستسقاء (٨٩٤) ، وأبو داود : (١/٣٠٢) كتاب الصلاة - باب في أي وقت يحول رداءه إذا استسقى (١١٦٦،١١٦٧) ، والترمذي : (٢/٤٤٢) (٢) أبواب الصلاة (٤٣) باب ما جاء في صلاة الاستسقاء (٥٥٦) ، والنسائي : (٣/١٥٧) (١٧) كتاب الاستسقاء (٦) تقليب الإمام الرداء عند الاستسقاء (١٥١٠،١٥١١،١٥١٢) ، وابن ماجه : (١/٤٠٣،٤٠٤) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٥٣) باب ما جاء في صلاة الاستسقاء (١٢٦٧،١٢٦٨) .

وراجع الرواية التي ذكرها ابن الصلاح وأشار إليها المصنف بعد كلامه السابق عند أبي داود : (١/٣٠١) كتاب الصلاة - جماع أبواب صلاة الاستسقاء وتفريعها (١١٦٤) ، والنسائي : (٣/١٥٦) (١٧) كتاب الاستسقاء (٣) باب الحال التي يستحب للإمام أن يكون عليها إذا خرج (١٥٠٧) ، وأحمد : (٤/٤١) ، البيهقي في السنن الكبرى : (٣/٣٥١) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (خميصة) هو كساء أسود له علمان في طرفه ، نسب هذا القول إلى أهل الحجاز وغيرهم ، وهو البَرْنَكَان ، وقال أبو عبيد في صفته : مربع ، وقال الأصمعي : كساء من صوف وخز ، وقال الجوهري : كساء رقيق أصفر أو أحمر أو أسود ، ويدل على قوله أن في الحديث خميصة سوداء ، وظاهره أنها قد تكون غير سوداء » . المشكل (١/١٦٦ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فثقلت » ، وهو الموافق لما جاء في رواية أبي داود . انظر تخريج الحديث سابقًا .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فترك) يعني : واقتصر على التحويل من اليمين إلى اليسار ، مع انقلاب الظاهر إلى الباطن ، والاقتصار على هذا القول القديم ، والله أعلم » . المشكل (١/١٦٦ ب) .

ويُستحب أن يدعو في الخطبة الأولى ويقول (١) : « اللهم اسقنا غيثًا مغيثًا هنيئًا مريئًا مريعًا غَدَقًا مُجَلِّلًا طَبَقًا سَحًّا دائمًا ، اللهم اسقنا الغيث ولا تجعلنا من القانطين ، اللهم إن بالعباد والبلاد من اللأْوَاء والضنك (٢) والجهد ما لا نشكو إلا إليك ، اللهم أنبت لنا الزرع ، وأدِرَّ لنا الضرع واسقنا من بركات السماء ، اللهم ارفع عنا الجهد والجوع والعري واكشف عنا ما لا يكشفه غيرك (٣) ، اللهم إنا نستغفرك ، إنك كنت غفارًا (٤) ، فأرسل السماء علينا (٤) مدرارًا (٥) ، [والله أعلم] (٦) .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « فيقول » . (٢) « والضنك » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (هنيئًا مريئًا) المعنى : الطيب الذي لا ينغصه شيء ، أي ليكون منميًا مسمنًا للحيوان ، والمريء المحمود العاقبة أي فلا وباء فيه .

(مريعًا) هو من المراعة وهي الخصب ، وروى (مربعًا) بالباء الواحدة ، و (مرتعًا) بالتاء المثناة من فوق ، وتعود إلى الأولى .

(غدقًا) كثير الماء .

(مجللًا طبقًا) أما المجلل : ففيه إشعار بالنفع والكفاية ، أي يعم البلاد والعباد نفعه . وأما الطبق : فهو بفتح الباء وهو الذي يطبق البلاد ويصير كالمطبق عليها ، وفيه مبالغة . وفي الحديث - وذكره الشافعي وأصحابه - : (عامًّا طبقًا) بدأ بالعام ثم أتبعه بالطبق ، لأنه صفة زيادة في العام ، فقد يكون عامًّا وهو طَلٌّ يسير .

قوله : (سحًّا) فيه إشعار بشدة وقعه على الأرض ، فهو مشعر بقوته .

(اللأواء) شدة المجاعة ، و (الضنك) الضيق ، و (الجهد) بفتح الجيم قلة الخير ، و(بركات السماء) المطر الكثير النافع . وترك المؤلف (وأثبت لنا من بركات الأرض) وهو في الدعاء كما ذكره غيره .

(السماء) هاهنا السحاب (مدرارًا) أي كثير المدر والمطر » . المشكل (١/١٦٦ب - ١٦٧ أ) .

(٤) في الأصل : « يرسل السماء عليكم » ، وما أثبتناه في (أ ، ب) ، وهو أولى بالسياق .

(٥) قال ابن الصلاح : « الدعاء الذي ذكره هو الذي نص عليه إمام المذهب ، وذكره عن سالم عن أبيه عن رسول الله ﷺ » . المشكل (١/١٦٦ ب) .

وقد أخرج ابن ماجه طرفًا من هذا الدعاء في سننه : (١/٤٠٤،٤٠٥) (٥) كتاب إقامة الصلاة (١٥٤) باب ما جاء في الدعاء في الاستسقاء (١٢٦٩ ، ١٢٧٠) . والحديث بلفظه كاملًا أخرجه الشافعي في الأم : (١/ ٢٢٢) ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٥/١٧٧) حديث رقم : (٧٢١٠) ، والسنن الكبرى : (٣/ ٣٥٤،٣٥٥) . وراجع : تلخيص الحبير : (٢/٩٨-١٠٠) حديث رقم : (٧٢١) .

(٦) زيادة من (أ) .

كتاب الجنائز

[وفيه :

* القول في المحتضر .
* القول في الغسل .
* القول في التزيين .
* القول في التكفين .
* القول في حمل الجنازة .
* القول في الصلاة على الميت .
* القول في الدفن .
* القول في التعزية والبكاء] [1] .

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من المحقق .

والنظر فيه [١] يتعلق بآداب المحتضر [٢] ، وبغسل الميت ، وتزيينه ، وتكفينه ، وحمل جنازته ، والصلاة عليه ، ودفنه ، والتعزية ، والبكاء [٣] عليه ..

٣٢/أ فتجري فيه على ترتيب الوجود اعتيادًا / ..

* * *

(١) « فيه » : ليست في (أ) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « المحتضر الذي حضره الموت ، ويُستعمل هذا اللفظ عند الإطلاق في المكروه من موت وغيره ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٦٧ أ) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قال : (والتعزية والبكاء) ، قلت : أما التعزية فهي مؤخرة عن الدفن استحبابًا ، وأما البكاء فمتقدم على الموت ، حتى لقد نصَّ الشافعي على كراهته بعد الموت ، فقال : كيف أخر ذلك مع التزامه بترتب الوجود ؟ وجوابه : أن البكاء لم يذكر مع هذه الأشياء ؛ لكونه قسيمًا لها ، فإنه غير مأمور به ، وإنما يذكر تبعًا للتعزية في بابها ؛ لأن التعزية تصير عن البكاء ، ومنع من أسبابه فتأخر عنها في الذكر لذلك ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٦٧أ) .

القول في المحتضر

مَنْ أشرف على الموت فليستقبل به القبلة وهو أن يلقى على قفاه وأخمصاه إلى القبلة [(١)] .

وقيل : إنه يلقى على جنبه الأيمن كما يفعل به في لحده . ويُستحب أن يُلقن كلمتي الشهادة برفق من غير إضجار ، وأن تتلى بين يديه [(٢)] سورة « يس » .

وليكن هو في نفسه حسن الظن بالله – عز وجل – قال رسول الله ﷺ : « لا يموتن أحدكم إلا وهو يُحسن الظن بالله » [(٣)] .

ثم إذا فاضت نفسه تغمض عيناه ، ويشد لحياه بعصابة كيلا يتشوه خلقه ، وتلين مفاصله كيلا يتصلب ، ويصان عن الثياب المدفئة ؛ فإنها يسرع إليه الفساد [(٤)] ، فيستر بثوب خفيف ، ويوضع على بطنه سيف أو مرآة ؛ كيلا يربو بطنه ، ولا يوضع عليه مصحف .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « اختار أن المحتضر : (يلقى على قفاه ، وأخمصاه إلى القبلة) وعلى هذا عمل العامة ، وينبغي على هذا أن يرفع رأسه قليلًا حتى يكون توجيهه مستقبلًا للقبلة . والوجه الآخر : (وهو أنه يضجع على جنبه الأيمن مستقبل القبلة كالموضوع في اللحد) هو نص الشافعي ومذهب أبي حنيفة ، وهو الأصح عند الأكثر ، ولم يذكر العراقيون أو جمهورهم غيره ، فإن لم يتمكن من ذلك تعين وضعه على القفا ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٦٧ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « عينيه » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله ﷺ : « لا يموتن أحدكم إلا وهو يحسن الظن بالله عز وجل » أخرجه مسلم في صحيحه من حديث جابر – رضي الله عنه – ومعناه : يموت وهو ظان أنه يرحمه ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٦٧ ب) .

والحديث أخرجه مسلم : (٤/ ٢٢٠٥) (٥١) كتاب الجنة (١٩) باب الأمر بحسن الظن بالله – تعالى – عند الموت (٢٨٧٧) ، وأبو داود : (٣/ ١٨٦) كتاب الجنائز – باب ما يستحب من حسن الظن بالله عند الموت (٣١١٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٣/ ٣٧٨) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قال : (فإنها يسرع إليه الفساد) المحفوظ في (أسرع) أنه لازم ، واستعمله هو متعديًا ، وله اتجاه إن ساعده النقل ، بأن يجعل متعدي (سَرُع) بضم الراء فهو سريع » . المشكل (١/ ١٦٧ ب) .

القول في الغسل

والنظر في كيفيته ، وفي الغاسل .

أما الكيفية :

فأقله : إمرار الماء على جميع الأعضاء كما في الجنابة .

وفي النية وجهان ؛ أحدهما : لا تجب ؛ لتعذرها على المغسول . والثاني : أنها تجب على الغاسل ، وإنما الميت محل الغسل ، وعلى هذا يبتنى غسل الكافر ، ومَنْ لَفَظَه البحر وانغسلت [1] أعضاؤه [2] .

أما الأكمل : فَلْتُقَدَّمْ عليه [ثلاثة] [3] أمور :

الأول : أن يُنْقَل إلى موضعٍ خالٍ على لوح [4] مهيأ لذلك ، ولا ينزع قميصه بل يُغَسَّل فيه ، وإن مست الحاجة إلى مس بدنه فتق الغاسل القميص [5] وأدخل يده فيه ، وإن نزع القميص جاز ولكن يستر عورته ؛ إذ يحرم النظر إليها ، ويكره النظر إلى جميع بدنه إلا للحاجة .

---

(١) في الأصل : « وانغسل » .

(٢) قال ابن الصلاح : « الأصح : أنه لا يشترط النية على الغاسل ؛ لأن النية إنما تشترط على المغتسل لا على الغاسل ، كما لو غسل حيًا أو وضأه ، ومع هذا فما ذكره من سقوط الغسل بناءً على هذا فيمن لفظه البحر وانغسلت أعضاؤه ، قاله شيخه وغيره ، وهو بعيد ، والصحيح والمنصوص : أنا وإن لم نوجب النية فلابد من إعادة غسل الغريق ؛ لأن أصل الفعل مستحق فرض على الكفاية ، وما ذكره يلحقه بإزالة النجاسة التي هي من قبيل النزول ، وقد نقل عن نص الشافعي أن غسل الذمية لزوجها المسلم جائز ، وأن الغريق يُعاد غسله ، فنص على هذا مع أن نصه الأول يدل على عدم وجوب النية ، فدل ذلك على ما قلناه ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٦٧ ب) .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (أن ينقل من موضع خالٍ على لوح) أي فيغسل على لوح ، وليس المراد أن يكون النقل على لوح ، والله أعلم » . المشكل (١/١٦٧ ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « إنما يفتق القميص الذى يغسل فيه ، ولا يرفع طرفه لئلا يقع البصر على شيء من بدنه ، فقد يتغير شيء من بدنه بثوران دم أو غيره ، فيعتقد كونه عقوبة .

الثاني : أن يحضر ماءً باردًا [١] ؛ كيلا يتسارع إليه الفساد . وليكن طاهرًا طهورًا ، ولو استعمل السِّدْرَ في بعض الغسلات جاز [٢] ، لكن المتغير بالسدر لا يتأدى به الغرض ، خلافًا لأبي إسحاق المروزي [٣] .

وينبغي أن يُعد موضعًا [٤] كبيرًا للماء وينحيه عن المغتسل بحيث لا يصل إليه رشاش الماء المستعمل .

الثالث : أن يبدأ [٥] بالاستنجاء فليُجلس الميت ويمسح يده على بطنه متحاملًا بقوته لتنتفض الفضلات ، وعنده تكون المجمرة متقدة [٦] فائحة بالطيب ، ثم يرده إلى هيئة الاستلقاء ، ويلف خرقة على يده ، ويغسل إحدى سوأتيه مبالغًا فيه ، ثم يبدل الخرقة ، ويغسل الأخرى ، وإن كان على بدنه نجاسة أزالها ، ثم يتعهد أسنانه ومنخريه بخرقة نظيفة مبلولة ، ويكون ذلك كالسواك ، ثم يُوَضِّئه ثلاثًا [٧] مع المضمضة والاستنشاق ، فإن كانت أسنانه متراصة فلا يفتحها للمضمضة بل يوصل الماء إلى ثغره ، وإن كانت مفتوحة ففي إيصال الماء إلى داخل [٨] الفم تردد خيفة من

---

(١) قال ابن الصلاح : « قال : (أن يحضر ماءً باردًا) أي : يكون الغسل به ، فهو الأولى ، إلا عند الحاجة إلى المسخن بسبب في المغسول أو الغاسل » . المشكل (١/١٦٧ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قال : (ولو استعمل السدر جاز) هذه عبارة مَنْ لا يراه مستحبًا ، وهو مستحب للحديث : اغسلوه بماء وسدر » . المشكل (١/١٦٧ب -١٦٨ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « خلافًا لأبي حنيفة المروزي » وهو خطأ ، وما أثبتناه من الأصل هو الصواب .

وقال ابن الصلاح : « قال : (لا يتأدى به الغرض) العبارة الجيدة : (لا يحسب من الغسلات الثلاث) ؛ لأنه لا يتأدى به النفل أيضًا ، وقول أبي إسحق يتوجه بأنه مأمور باستعمال السِّدْر فلا يسلب الطهورية ؛ لأنه يلتحق بما يشق حفظ الماء منه » . المشكل (١/١٦٨ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « إناء » .

(٥) في (أ ، ب) : « يبدأ » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وعنده تكون المجمرة متقدة) هو هكذا في غير نسخة بتقديم عنده ، وهو عجمة ، وكأنه ترجمة عجمية هذا الكلام ، والله أعلم » . المشكل (١/١٦٨ أ) .

(٧) في (أ ، ب) : « بالماء » بدل : « ثلاثًا » .

(٨) في (أ ، ب) : « آخر » .

تسارع الفساد [١] ، ثم يتعهد شعره بمشط واسع الأسنان احترازًا عن النتف ، ثم يبتدأ بالغسل .

وكيفيته : أن يضجعه على جنبه الأيسر ويصب الماء على شقه الأيمن مبتدئًا من رأسه إلى قدمه ، ثم يضجعه على الشق الأيمن وكذلك يفعل بالشق الأيسر ، وهي غسلة واحدة ، ثم [٢] يفعل ذلك ثلاثًا ويمر في [٣] كل نوبة اليد على بطنه لخروج [٤] الفضلات ، فإن حصل النقاء [٥] بثلاث فذاك ، وإلا فخمس ، أو سبع ، ثم يبالغ في نشفه [٦] صيانة للكفن عن الرطوبة ، ويستعمل قدرًا من الكافور لدفع الهوام .

فرعان :

أحدهما : لو خرجت منه نجاسة [٧] بعد الغسل ففيه ثلاثة أوجه ؛ أحدهما : أنه يُعيد الكل . الثاني [٨] : أنه [٩] يُعيد الوضوء دون الغسل . الثالث [١٠] : يقتصر على إزالة النجاسة .

الثاني : لو احترق مسلم وكان في غسله ما يُهَرِّئه [١١] يممناه ، ولو [١٢] كان عليه قروح وغسله يسرع إليه الفساد غسلناه ؛ لأن مصيره إلى [١٣] البلى .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (خيفة من تسارع الفساد) أي بدخول الماء في جوفه » . المشكل (١/١٦٨أ).

(٢) « ثم » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) « في » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « ليخرج » .

(٥) في (أ ، ب) : « الإنقاء » .

(٦) في (أ ، ب) : « تنشيفه » .

(٧) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لو خرجت منه نجاسة) أي : من أحد السبيلين ، أما من غيرهما فلا يجيء إلا وجه الاقتصار على غسل المحل ، ووجه إعادة الغسل في جميع البدن على احتمال عند الإمام أبي المعالي ، من قال بالوجه الأول فوجهه : أن هذا خاتمة طهارته ، فلا يكتفي إلا بالطهارة الكاملة ، ومن قال بالثالث قال : إنها لم تنقضْ طهارته ولم توجب حدثًا ، فهي كالنجاسة الأجنبية ، وهذاهو الصحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة » . المشكل (١/١٦٨أ) .

(٨) في (أ ، ب) : « والثاني » .

(٩) في (أ ، ب) : « أن » .

(١٠) في (أ ، ب) : « والثالث » .

(١١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وكان في غسله ما يهرئه) يقال : هرأ بالهمز ، هذا هو الأصل ، والله أعلم » . المشكل (١/١٦٨ أ) .

(١٢) في (أ ، ب) : « وإن » .

(١٣) « إلى » : ليست في (ب) .

النظر الثاني : في الغاسل :

ويجوز للرجال غسل الرجال ، وللنساء غسل النساء ، وعند اختلاف الجنس فلا يجوز إلا بزوجية أو محرمية ، ويجوز بملك اليمين للسيد في أمته ومستولداته ، وهل يجوز لهما غسل السيد ؟ فوجهان (١) :

أحدهما : نعم ، كالزوجة . والثاني : لا (٢) ؛ لأنهما صارتا (٣) أجنبيتين (٤) بالعتق ، والانتقال إلى الورثة .

فرعان :

الأول : لو ماتت امرأة ولم تجد إلا رجلًا أجنبيًا ، أو مات رجل ولم يجد إلا أجنبية تولى الغسل مَنْ حضر مع غضِّ البصر ، وكذا الخنثى يتولى غسله إما الرجال وإما النساء ؛ استصحابًا لحكم الصغر (٥) .

---

(١) في (أ ، ب) : « وجهان » . ويقول ابن الصلاح : « ذكر أن في غسل الأمة والمستولدة وجهين ، وليس الوجهان على التساوي فيهما ، فإن في الأمة المنع ؛ لكون الملك فيها صار للورثة ، والمستولدة أشبه بالزوجية ، وعتقها كانتهاء النكاح بالموت في حق الزوجة ، ومع ذلك فالأظهر في الصورتين المنع بخلاف الزوجة ، فإن أثر النكاح باقٍ بعد الموت ، والله أعلم » . المشكل (١٦٨/١ أ) .

(٢) « لا » : ليست في (أ) .

(٣) في الأصل : « جاريتا » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) ، وبه يستقيم المعنى .

(٤) في (أ ، ب) : « أجانب » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « ذكر أنه إذا مات رجل أو امرأة ، ولم يوجد إلا أجنبي من غير الجنس تولى الغسل ، قال : (وكذلك الخنثى يتولى غسله الرجال والنساء استصحابًا لحكم الصغر) . هذا في (النهاية) و (البسيط) مختص بالخنثى ، أي : لو مات الخنثى صغيرًا لجاز للجنسين غسله ، وجهه به القفال ، ولم يرتضه إمام الحرمين من حيث إن مقتضاه جواز ذلك بعد بلوغه في حالة الحياة أيضًا استصحابًا ، وإنما علة الحكم في الصور الثلاث مسيس الحاجة .

قلت : ولما ذكر القفال اتجاه من حيث إن ذلك إنما جاز في الخنثى في حال الصغر من حيث إنه يجوز النظر إلى عورة الصغير الذي لا يشتهى للحاجة الحاقة ، فإنه يشق الصون والتصون عن ذلك فيستصحب ، وذلك فيما بعد =

وقيل : يتيمم [١] في هذه الصور [٢] . وفقد الغاسل كفقد الماء وهو بعيد .

الثاني : إذا ازدحم جمع يصلحون للغسل على امرأة : فالبداية بنساء المحارم ، ثم بعدهن بالأجنبيات ، ثم بالزوج ، ثم برجال المحارم ، وترتيب [٣] المحارم كترتيبهم في الصلاة . هذه [٤] طريقة المراوزة .

وذكر العراقيون وجهًا في تقديم الزوج على نساء المحارم ؛ لأنه ينظر إلى ما لا ينظرون إليه ، ووجهًا في تقديم رجال المحارم على الزوج ؛ لأن النكاح منقطع [٥] بالموت [٦] . ولا شك أن المسلم الأجنبي أولى من القريب المشرك .

= الموت في الحالة المذكورة لاشتراك الحالين في عدم الاشتهاء وتحقق الحاجة ، ولا يستصحبه في حال حياته بعد بلوغه لقيام المعير ، وهذا يتمشى في الصور الثلاث ، والله أعلم .

ثم إن ترجيحه للقول بالغسل هو رأي شيخه ، والأكثر من الأصحاب على أن الأصح القول بالتيمم ، وهو مذهب أبي حنيفة ، وهذا أقوى ، والله أعلم » . المشكل (١٦٨/١ أ - ١٦٨ ب) .

(١) في (أ ، ب) « يتمم » .

(٢) في (أ ، ب) : « الصورة » بتاء التأنيث ، ويبدو أن النسخة التي علق عليها الحموي مشكلاته كانت بنفس هذه القراءة ، حيث يقول : « قوله : (وقيل : يتيمم في هذه الصورة) مفهوم كلام الشيخ أنه يتيمم في الصورة الأخيرة ، ولذا كان مخالفًا لما ذكر في معظم الكتب ، لأنه لم يظهر بينهما [يعني الصور جميعها] فرق لمن تأمل ذلك » ، وبعد أن أثار هذا الإشكال أجاب عنه بقوله : « ذكر الشيخ في (البسيط) أن الخلاف يعود إلى الكل ، وقال : (في جميع الصور) . وإذا كان كذلك أمكن أن يقال : إن الهاء زائدة في (الصورة) وهي منسوبة إلى الناقل ، وإذا كان كذلك كان جمعًا فيعود إلى المجموع - أيضًا - ، وقد تطلق الصورة على المسألة ، وذلك جائز لما لا يخفى - أيضًا - ، فقد نقل عن بعض العرب : (كم ، وكمه) ، وذلك باتفاق منهم على أن الهاء ليست بفارقة ، وإذا كان كذلك كان الجمع باقيًا بحاله مع وجود الهاء في مسألتنا ، لما علم » . مشكلات الوسيط (٥٨ ب - ٥٩ أ) . وراجع : الروضة : (١٠٥/٢) .

(٣) في (أ ، ب) : « ثم ترتيب » .

(٤) في (أ) : « هذا » .

(٥) في (أ ، ب) : « كالمنقطع » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله في توجيه الوجه المذكور في تقديم المحارم على الزوج في غسل المرأة : (لأن النكاح كالمنقطع بالموت) أي كالمنقطع أثره بالموت ، وإلا فالنكاح نفسه منقطع بالموت ، لا كالمنقطع ، والله أعلم .

والأظهر : تقديم النساء على الزوج ، وتقديم الزوج على الرجال المحارم » . المشكل (١٦٨/١ ب) .

هذا إذا تنافسوا ، فإن تواكلوا فللمتأخر أن يتعاطى الغسل .

قال الشيخ أبو محمد : الترتيب بين الرجال والنساء واجب لا يدخله الخيرة ، أما التواكل (1)بين الرجال أو بين النساء فغير ممتنع (1) .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « بين الرجاء والنساء ممتنع » ، وكلاهما صحيح له وجه .

القول في التزيين

وفي قلم أظفار الميت وحلق شعره الذي كان يحلقه ندبًا في [حال] (١) الحياة قولان :

أحدهما : يستحب / ؛ لقوله – عليه الصلاة والسلام – : « افعلوا بموتاكم ما تفعلون بأحيائكم » (٢) . والثاني : لا ؛ لأن حكم الموت شامل لأجزائه فلا يفصل منه [شيء] (٣) . ٣٢/ب

أما المحرم : فلا يحلق شعره ولا يخمر رأسه إن كان رجلًا ، ووجهه إن كانت امرأة ، ولا يقرب طيبًا .

وفي صيانة المعتدة عن الطيب وجهان (٤) ؛ ووجه الفرق : أن امتناعها تحرز عن الرجال ، أو تفجع على الزوج وقد فات بالموت .

* * *

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في توجيه القول باستحباب قلم أظفار الميت : (لقوله ﷺ : افعلوا بموتاكم كما تفعلون بأحيائكم) بحثت عنه فلم أجده ثابتًا ، والله أعلم » . المشكل (١/١٦٨ ب) .

قال ابن حجر : « هذا الحديث ذكره الغزالي في (الوسيط) ، وتعقبه ابن الصلاح بقوله : بحثت عنه فلم أجده ثابتًا ، وقال أبو شامة في كتاب السواك : هذا الحديث غير معروف . انتهى » .

ثم قال : « وقد روى ابن أبي شيبة عن محمد بن أبي عدي عن حميد عن بكر هو ابن عبد الله المزني قال : قدمتُ المدينة ، فسألت عن غسل الميت ، فقال بعضهم : اصنع بميتك كما تصنع بعروسك غير ألا تجلو . وأخرجه أبو بكر المروزي في كتاب الجنائز له ، وزاد فيه : فدلوني على بني ربيعة فسألتهم فذكره ، وقال : غير ألا تنور ، وإسناده صحيح ، ولكن ظاهره الوقف » . تلخيص الحبير : (٢/١٠٦) حديث (٧٤٠) .

(٣) الزيادة من (أ ، ب) ، ويقول ابن الصلاح : « وإجراؤه الخلاف في الاستحباب قد صار إليه صاحب (المهذب) وصاحبه أبو العباس الجرجاني ، وقد قال المحاملي والروياني وغيرهما : لا خلاف في أنه لا يستحب ، وإنما الخلاف في أن ذلك مكروه أو غير مكروه ، ثم إن الأصح أنه يقلم أظفاره ، قال المحاملي : وهو الجديد ، والله أعلم » . المشكل (١/١٦٨ب – ١٦٩ أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « الأصح : جواز تطييب الميتة المعتدة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٦٩ أ) .

القول في التكفين

وأَحَبُّ الثياب إلى الله البيض (١) ، وليكن جنسه القطن أو الكتان ، أما الحرير : فيحرم على الرجال ويكره للنساء لأجل السرف (٢) .

وأقل الكفن : ثوب واحد ساتر لجميع البدن ، فلو أوصى بما دون ذلك لم ينفذ ؛ لأنه حق الشرع (٣) .

فأما الثاني والثالث (٤ فهو حق الميت ينفذ وصيته في إسقاطها . والصحيح : أن الورثة يلزمهم الثاني والثالث ٤) . وهل (٥) للغرماء المنازعة فيها (٦) ؟

فيه وجهان ؛ أحدهما : نعم ؛ لأن تبرئة (٧) ذمته أولى من الزيادة على واحد . والثاني : لا ؛ لأن ذلك من تجمله بعد الموت فهو كعمامته ودراعته في حال حياته .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في التكفين : (وأحب الثياب إلى الله - تعالى - البيض) هذا إشارة منه إلى حديث ذكره شيخه وهو أن رسول الله ﷺ قال : « أحب الثياب إلى الله البيض ، يلبسها أحياؤكم ، ويكفن فيها موتاكم » . وإنما المحفوظ في لفظ الحديث أنها خير الثياب أو من خيرها . هكذا رويناه من وجوه ، واحتج به الشافعي ، ورواه بإسناده عن سمرة بن جندب قال : قال رسول الله ﷺ : « خير ثيابكم هذه الثياب البيض ، فليلبسها أحياؤكم ، وكفنوا فيها موتاكم » . وروي نحوه من حديث ابن عباس عن رسول اللّٰه ﷺ ، وإسناده جيد ، والله أعلم » . المشكل (١٦٩/١ أ) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في تكفين المرأة في الحرير : (يكره لأجل السرف) قلت : قد حرمنا على أصح الوجهين على المرأة افتراش الحرير ؛ لأنه أبيح لها لما فيه من تزيينها وتحسينها لرجلها ، ولا وجود لذلك في افتراشها ، وكذلك لا وجود لذلك في تكفينها به ، بل أولى ، والله أعلم » . المشكل (١٦٩/١ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « للشرع » .

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « فهل » .

(٦) في (أ ، ب) : « فيهما » ، وهو أولى لوضوحه . وإن جاز لغة معاملة المثنى معاملة الجمع . ويقول ابن الصلاح : « الأصح : أن للغرماء المنع من الزيادة على ثوب واحد ، وهذا في الدين المستغرق ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٦٩أ) .

(٧) في (أ) : « إبراء » ، وفي (ب) : « براءة » .

فأما المرأة : إن [1] لم تخلف مالًا فهل يجب على زوجها تجهيزها ؟ فوجهان [2] :

أحدهما : لا ؛ لأن النكاح قد انتهى . الثاني : نعم ؛ لأن النكاح قد استقر وأوجب الإرث ، وهذه آخر حاجاتها في [3] الكسوة ، فإن لم نوجب على الزوج فتكفين [4] كل فقير من بيت المال ، ولكن بثوب واحد أو بثلاثة [5] ؟ فيه وجهان ؛ الظاهر : أنه ثوب واحد .

أما الأكمل : فهو الثلاث في حق الرجال ، والزيادة إلى الخمس جائز من غير استحباب ، وفي حق النساء مستحب . والزيادة على الخمس سرف على الإطلاق .

ثم إن كفن في خمس فعمامة وقميص وثلاث لفائف . وإن كفن في ثلاث فثلاث لفائف من غير قميص ولا عمائم [6] ، كلها سوابغ .

---

(١) في (أ ، ب) : « فإن » ، والفاء زائدة بلا حاجة .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (أما المرأة إن لم تخلف مالًا فهل يجب على الزوج تجهيزها ؟ فيه وجهان) هذا الخلاف غير مخصوص بما إذا لم تخلف مالًا ، وهو عندهم مطلق في الزوجة المعسرة والموسرة ، وما ذكره في الكتاب من التعليل شامل لهما ، وصرح بالتسوية بينهما في ذلك الشيخ أبو حامد وغيره .

ثم إن في الأصح من الوجهين اختلافًا وخفاء ، فالأصح عند الشيخ أبي حامد والمحاملي والشيخ أبي إسحق الشيرازي : القول بالوجوب ، والأصح عند القاضي الروياني والقاضي أبي علي الفارقي تلميذ الشيخ أبي إسحق : نفي الوجوب .

ولعل هذا أقرب ، فإن النكاح قد انتهى بالموت ، وأيضًا : فكسوة الزوجة وسائر نفقتها في مقابلة الاستمتاع ، وقد خرجت بالموت عن أهلية ذلك بالكلية ، وليست كالمريضة المدنفة ونحوها ، فإنها محل الاستمتاع على الجملة بالنظر وغيره ، وليست كالأمة فإن نفقتها ليست في مقابلة الاستمتاع ، ولهذا تجب مع المحرمية ، ولا يسقط بالإباق والنشوز ، ويترجح بأنه قول الأئمة أبي حنيفة وأحمد وأحد أقوال مالك وأصحابه ، والله أعلم » . المشكل (١٦٩/١ أ - ١٦٩ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « من » .

(٤) في (أ ، ب) : « فيكفن » .

(٥) في (ب) : « بثلاث » .

(٦) في (أ ، ب) : « عمامة » .

وإن كفنت في خمس : فإزار [١] وخمار و وثلاث لفائف . وفي قول : تبدل لفافة بقميص [٢] ، وإن كفنت في ثلاث : فثلاث لفائف . وإنما التردد في القميص إذا كفنت في خمس .

أما كيفية الإدراج في الكفن : فأن [٣] يفرش [٤] اللفافة العليا ويذر عليها الحنوط ، ويبسط عليها الثانية ، ويذر عليها الحنوط [٥] ، ويبسط [٦] الثالثة ويزاد في الحنوط ، ويوضع الميت عليها ، ثم يأخذ قدرًا صالحًا من القطن الحليج ويلف قدرًا منه ويدسه في الأليتين ، ثم يبسط عليه قدرًا عريضًا من القطن ويشد الأليتين ويستوثق كيلا يخرج منه خارج ، ثم يعمد إلى المنافذ - من العين والفم والأنف والأذن - ويلصق بكل موضع قطنة عليها كافور ؛ ثم يلف الكفن عليه .

ويستحب أن يبخر الكفن بالعود ، وهو أولى من المسك [٧] ، وفي كون الحنوط واجبًا ، أو مستحبًا ؟ وجهان ؛ والصحيح : أنه مستحب .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « الإزار المذكور في أكفان المرأة الخمسة ، ذكر المحاملي وغيره أنه المئزر الذي يشد في الوسط ، والأصح : الإزار الذي تتغطى به المرأة فوق ثيابها ، ويدل عليه قول الشافعي : وأَحَبُّ إليَّ أن يجعل الإزار دون الذراع لأمر النبي ﷺ بذلك في ابنته ، والله أعلم » . المشكل (١٦٩/١ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « الأصح من القولين في المرأة إذا كفنت في خمسة أنه يجعل منها قميص . روى ذلك أبو داود عن رسول الله ﷺ في تكفين ابنته أم كلثوم ، وإياه صحح الماوردي والروياني واختاره المزني ، لكن إيراده مشعر بأن الأرجح عنه أن لا يكون فيها قميص ، والله أعلم » . المشكل (١٦٩/١ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « أن » .

(٤) في (أ ، ب) : « يدرج » .

(٥) « الحنوط » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « ويبسط عليها » .

(٧) يقول ابن الصلاح : « قال : (ويستحب أن يبخر الكفن بالعود ، وهو أولى من المسك) أي ذلك أولى من تطييب الكفن بالمسك ؛ لأن التبخير به ؛ فإن المسك لا يبخر به ، فالكلام في أصل التطييب لا في خصوص التبخير ، وهذا نقل شيخه ، قال : رأى الشافعي تخمير الأكفان بالعود ، واختاره على المسك لما صح عنده من كراهية ابن عمر - رضي الله عنهما - لاستعمال المسك في الكفن ؛ فآثر الخروج من خلافه .

قلت : هذا عكس الثابت في ذلك ، فقد روى الفقيه الحافظ أبو بكر البيهقي بإسناده الصحيح عن الشافعي - رضي الله عنه - قال : وسئل ابن عمر عن المسك ، أحنوط هو ؟ فقال : أوليس من أطيب طيبكم ؟ وروى البيهقي بإسناده عن نافع قال : مات سعيد بن زيد فقالت أم سعيد لعبد الله بن عمر : الحنطة بالمسك . فقال : أي طيب أطيب من المسك ؟ هاتي مسكك . فناولته إياه . قال : وروينا عن علي - رضي الله عنه - أنه أوصى أن يحنط بمسك كان عنده . قال : هو فضل حنوط رسول الله ﷺ » . المشكل (١٦٩/١ ب - ١٧٠ أ) .

القول في حمل الجنازة

والأَوْلَى أن يحمله (١) ثلاثة (٢) ؛ ويكون السابق بين العمودين (٣) ، فإن لم يستقل بحمل الخشبتين فرجلان (٤) من جانبيه – وهو بين العمودين – فيكونون خمسة .

وقال أبو حنيفة : الحمل بين العمودين بدعة ، ومن أراد أن يحمل الجنازة فليحملها من جميع جوانبها (٥) ، فيحمل على عاتقه الأيمن مقدمة الجنازة ، ثم يرجع إلى مقابله من مؤخرتها (٦) ، ثم

---

(١) في (أ ، ب) : « يحملها » .

(٢) في الأصل : « ثلاث » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) وهو أولى بالصواب ، والآخر له وجه بعيد على تقدير معدود سابق للعدد .

(٣) في (أ ، ب) : « رجلان » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « القول في حمل الجنازة : حمل الجنازة بين العمودين أفضل ، روى عن جماعة من الصحابة – رضي الله عنهم – أنهم فعلوا ذلك ، منهم عثمان بن عفان ، وسعد بن أبي وقاص ، وابن عمر ، وأبو هريرة وغيرهم . وكيفيته : أن يتوسط الحامل العمودين البارزين من النعش ، فيضعهما على عاتقه ، وذلك مخصوص بالعمودين المتقدمين أمام النعش ، وأما العمودان المؤخران فلا يفعل ذلك فيهما ، فإنه لا يكاد يرى ما بين يديه ، وإنما يحمل العمودين المتأخرين شخصان فيكون أقلهم ثلاثة .

هذا هو المعروف المقطوع به في كتب الأئمة ، وأما الذي يفعل في هذه البلاد من الحمل بين العمودين المتأخرين أيضًا ، والاقتصار على اثنين شيء لا يعرف ، وبقيت نحوًا من ثلاثين سنة لا أجد ذلك منقولًا عن أحد من الأئمة ، ثم إني وجدته في كتاب (الاستذكار) لأبي الفرج الدارمي محكيًا عن أبي إسحق : وإنه يحمل في المؤخرة كما يحمل في المقدمة ، وهو غريب جدًا ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٠ أ – ١٧٠ ب) .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ومن أراد أن يحمل الجنازة فليحملها من جوانبها) إلى آخره . هذا فرعه غيره على هيئة التربيع ، وهو أن يحمل الجنازة أربعة : اثنان من مقدمها ، واثنان من مؤخرها ، وهي أفضل عند بعض الأصحاب ، وصاحب الكتاب لم يذكرها ؛ فكأنه فرع ذلك على ما ذكره من الحمل بين العمودين بتقدير أن تقع بخمسة ، فإن ذلك يتهيأ على ذلك أيضًا .

ثم إن قوله : (ومن أراد أن يحمل الجنازة فليحملها من جميع جوانبها) يقتضي أن حملها بين أربعة أو خمسة أولى ، وليس كذلك عنده وعند الجمهور ، وإنما ذكرت الخمسة على تقدير ، فكان ينبغي أن لا يعدل عن عبارته في (البسيط) ، وهي ومن أراد أن يحمل الجنازة من جميع جوانبها فليبدأ بالشق الأيسر إلى آخره ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٠ ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « مؤخرته » .

يفعل ذلك بالشق الآخر .

ثم المشي أمام الجنازة أفضل عندنا .

وقال أبو حنيفة : خلفها أفضل .

وقال أحمد : إن كان راكبًا فخلفها ، وإن كان ماشيًا فأمامها .

والمشي أفضل من الركوب ، والإسراع بالجنازة أولى . قال رسول الله ﷺ : « إن كان خيرًا فإلى خير تقدمونه [1] ، وإن كان غير ذلك فبعدًا لأهل النار » [2] .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « تقدموه » ، ولعله خطأ من الناسخ .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في الإسراع بالجنازة : (قال رسول الله ﷺ : إن كان خيرًا فإلى خير تقدمونه ، وإن كان غير ذلك فبعدًا لأهل النار) هذا حديث ضعيف ، والصحيح في ذلك أن رسول الله ﷺ قال : « أسرعوا بالجنازة فإن تك صالحة فخير تقدمونها إليه ، وإن تكن سوى ذلك فشر تضعونه عن رقابكم » . أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٠ ب) .

والحديث الصحيح الذي ذكره ابن الصلاح أخرجه البخاري : (٣/٢١٨) (٢٣) كتاب الجنائز (٥١) باب السرعة بالجنازة (١٣١٥) ، ومسلم : (٢/٦٥١،٦٥٢) (١١) كتاب الجنائز (١٦) باب الإسراع بالجنازة (٩٤٤) ، وأبو داود : (٣/٢٠٢) كتاب الجنائز – باب الإسراع بالجنازة (٣١٨١) ، والترمذي : (٣/٣٣٥)(٨) كتاب الجنائز (٣٠) باب ما جاء في الإسراع بالجنازة (١٠١٥) ، والنسائي : (٤:٤٢)(٢١) كتاب الجنائز (٤٤) باب السرعة بالجنازة (١٩١٠،١٩١١) ، وابن ماجه : (١/٤٧٤)(٦) كتاب الجنائز (١٥) باب ما جاء في شهود الجنائز (١٤٧٧) .

القول في الصلاة على الميت

والنظر في أربعة [1] أطراف :

الأول : فيمن يُصَلَّى عليه :

وهو كل ميت مسلم ليس بشهيد ، فهذه ثلاثة قيود :

القيد [2] الأول : الميت :

وفيه مسألتان : الأولى [3] : لو صادفنا عضو آدمي واحتمل كون صاحبه حيًّا لم نصلِّ [4] عليه ، وإن قطع بموت صاحبه غسلناه ، وصلينا عليه ، وواريناه بخرقة ودفناه [5] ، وتكون هذه الصلاة [5] على الميت الغائب .

وقال أبو حنيفة : لا يُصلى عليه إلا إذا وُجد النصف الأكبر [6] ؛ فإنه لا تجوز [7] الصلاة على الغائب عنده .

الثانية : السقط إن خرج [8] واستهل [9] فهو كالكبير ، وإن لم يظهر عليه التخطيط فيوارى

---

(١) كذا في (أ ، ب) ، وهو الصحيح ؛ لأن الأطراف الآتية أربعة فعلًا ، وأما الأصل ففيه : « ثلاثة » .

(٢) « القيد » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « إحداهما » .

(٤) في (أ ، ب) : « يصل » .

(٥) في (أ ، ب) : « ويكون هذا صلاة » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا وجد بعض الميت : (قال أبو حنيفة : لا يصلى عليه إلا إذا وجد النصف الأكبر) معناه : إلا إذا وجد أكثر من النصف ، وذلك يصح على أن يجعل النصف هاهنا عبارة عن أحد قسمي الشيء ، وإن لم يستويا ، وقد جاء ذلك في قول الشاعر :

إذا مِتُّ كان الناسُ نصفين شامتٌ ... وآخر مُثْنٍ بالذي كنت أصنع

والله أعلم » . المشكل (١/١٧٠ب – ١٧١ أ) .

(٧) في (أ ، ب) : « يجوز » .

(٨) في (أ ، ب) وفي هامش الأصل من نسخة أخرى : « صرخ » .

(٩) يقول ابن الصلاح : « قوله في السقط : (صرخ واستهل باليد) والاستهلال رفع الصوت ، وكأن الصراخ نوع منه ، وهو ما كان فيه انزعاج ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧١ أ) .

في خرقة ، ولا يغسل ولا يُصَلَّى عليه ؛ لأنه لم يتحقق [1] حياته .

وإن ظهر شكل الآدمي ففيه ثلاثة أقوال : أحدها : أنه كالكبير استدلالًا بالشكل على الروح ، والثاني : لا يغسل ولا يصلى عليه لأنه لم تحقق حياته ، والثالث [2] : أنه يغسل ، ولا يصلى عليه [3] . والدفن يجب قولًا واحدًا ، والكفن لا يجب إكماله إلا إذا أوجبنا الصلاة [4] . وإن [5] اختلج بعد الانفصال قليلًا ثم سكن ، فالخلاف هاهنا مرتب ، وأولى بأن يعتقد حياته .

القيد الثاني :

الإسلام فلا يصلى قط على كافر ، ولا على مبتدع يكفر في بدعته [6] ، وإن كان الكافر حربيًا فلا يجب دفنه .

وأما الذمي : فتحرم الصلاة عليه ، ولكن دفنه وتكفينه من فروض الكفايات وفاءً بالذمة . وفي كلام الصيدلاني إشارة إلى أنه كالحربي ، إذ لم يبقَ له ذمة بعد الموت .

فرع :

إذا اختلط موتى المسلمين بالمشركين نغسلهم [7] / ونكفنهم تقصيًا عن الواجب ، ثم عند الصلاة نميز المسلمين عن الكافرين [8] بالنية . ٣٣/أ

---

(١) في (أ ، ب) : « يتحقق » . (٢) في الأصل : « الثالث » ، بدون الواو .

(٣) قال ابن الصلاح : « الأقوال المذكورة في السقط الذي بلغ الحد الذي ينفخ فيه الروح ، فيه : (وعلامة ذلك التخطيط) ، أصحها : أنه يغسل ولا يصلى عليه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧١ أ) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله في السقط والكفن : (لا يجب إكماله إلا إذا أوجبنا الصلاة عليه) ليس مراده بإكماله ستر جميعه ، فإنه يوجب ذلك ، وإن لم يوجب الصلاة عليه ، وإنما المراد إكماله بالثاني والثالث ، الواجب على الصحيح في حق الورثة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧١ أ) . (٥) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٦) قال الحموي : « قوله : (ولا يصلى قط على كافر ولا مبتدع) وإذا كان كذلك فلا حاجة إلى قوله : (فتحرم الصلاة على الذمي) لما لا يخفى » ، ثم رد هذا الإشكال بقوله : « احتمل أن يقال : مراده بذلك كراهية تنزيه [يقصد : نهيه عن الصلاة أولًا] ، فلما صرح بتحريمه في حق الذمي كان التحريم في حق الحربي أولى ، وأيضًا : لما كان الذمي له حرمة ما أفرده بالذكر » . مشكلات الوسيط (٥٩ أ) .

(٧) في (أ ، ب) : « فنغسلهم » . (٨) في (أ ، ب) : « الكفار » .

القيد الثالث : الشهادة [1] ، فلا يُغسل شهيد ولا يصلى عليه .

والشهيد : من مات بسبب القتال مع الكفار في وقت قيام القتال . فهذه ثلاثة [2] معانٍ [3] ، فإن كان في قتال أهل البغي ، أو مات حتف أنفه في قتال الكفار ، أو مات بعد انقضاء القتال [4] بجراحة مثخنة أصابته في القتال ، أو قتله الحربي [5] اغتيالًا من غير قتال ففي الكل قولان [6] :

أحدهما : يثبت له حكم الشهادة ؛ للاشتراك في المعنى . والثاني : لا ؛ لأن لكل وصف من هذه الأوصاف أثرًا .

ولا خلاف أن من أصابه في القتال سلاح مسلم ، أو وطأته دواب المسلمين فمات فهو شهيد ، ولا خلاف أن المجروح إذا كان يتوقع حياته فمات [7] بعد انقضاء القتال فليس بشهيد ، وإنما القولان فيمن يقطع بأنه يموت إذا بقيت فيه حياة مستقرة .

فأما القتيل [8] ظلمًا من مسلم أو ذمي ، أو [9] المبطون ، أو الغريب إذا مات ، فهؤلاء يُصلى

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (القيد الثالث : الشهادة) كان ينبغي أن يقول : عدم الشهادة ، فإنه القيد في الصلاة كما تقدم ، ولكن لما كان المقصود الآن بالبيان إنما هو نفس الشهادة ، قال ذلك ، ومع هذا ففيه حيد عن نهج الكلام ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧١ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « ثلاث » ، وهو خطأ ، لوجوب المخالفة في التذكير .

(٣) في (أ ، ب) : « معاني » .

(٤) في (أ ، ب) : « الحرب » .

(٥) في (أ ، ب) : « حربي » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فإن كان في قتال أهل البغي أو مات حتف أنفه في قتال الكفار ، أو مات بعد انقضاء القتال بجراحة مثخنة أصابته في القتال ، أو قتله حربي اغتيالًا من غير قتال ، ففي الكل قولان) كان ينبغي أن يقول : (ففي الكل خلاف) ؛ لأن المحكي فيما إذا مات في المعترك حتف أنفه ، لا بسبب من أسباب القتال ، وفيما إذا قتله حربي اغتيالًا من غير قتال وجهان ، ثم إن الأظهر في الجميع : أنه لا يثبت فيها حكم الشهادة المذكورة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧١ أ) .

(٧) في (أ ، ب) : « إذا مات » .

(٨) في (أ ، ب) : « القتل » .

(٩) في (أ ، ب) : « أما » بدل : « أو » . ولعله خطأ من الناسخ .

عليهم وإن ورد فيهم لفظ الشهادة (١) . والقتيل (٢) بالحق قصاصًا أَوْ حَدًّا ليس بشهيد .

فرعان :

أحدهما : تارك الصلاة إذا قتل يُصلى عليه .

قال (٣) صاحب التلخيص : يُطمس قبره ولا يكفن ولا يُصلى عليه تحقيرًا له (٤) ، وهو بعيد .

الثاني : قاطع الطريق إذا صلب قيل : لا يصلى عليه تغليظًا . والظاهر : أنه يغسل ويصلى عليه .

وإن (٥) قلنا : إنه يترك مصلوبًا حتى يتهرى ، فالطريق : أن نقتله أولًا ونغسله ونصلي عليه ونصلبه في كفنه ، وكأن الهواء قبره .

وإن قلنا : يقتل مصلوبًا فينزل (٦) بعد القتل ، ويصلى عليه ، ويدفن . ومن يرى أنه يقتل مصلوبًا ويبقى فلا يتمكن من الصلاة (٧) .

فإن قيل : فبماذا يفارق الشهيد غيره ؟

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأما القتيل ظلمًا من مسلم أو ذمي أو المبطون أو الغريب إذا مات ، فهؤلاء يغسلون ويصلى عليهم ، وإن ورد فيهم لفظ الشهادة) هذا يوهم بورود لفظ الشهادة في القتيل ظلمًا ، وليس كذلك ، وإنما ورد لفظ الشهادة من جملة ما ذكر في المبطون والغريب ، وذلك مراده ، والله أعلم » . المشكل (١٧١/١ أ - ١٧١ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « القتل » .

(٣) في (أ ، ب) : « وقال » .

(٤) « له » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٦) في (أ ، ب) : « فيترك » .

(٧) يقول ابن الصلاح : « قال : (قاطع الطريق إذا صلب وقتل لا يُصلى عليه تغليظًا ، والظاهر : أنه يغسل ويصلى عليه) ثم فرع على الخلاف في كيفية قتله وصلبه ، وقال في آخر ذلك : (ومن رأى أنه يقتل مصلوبًا ويبقى ، فلا يتمكن من الصلاة عليه) هذا ليس تكريرًا للأول بل ذلك جمع منه بين طريقين خلطهما هاهنا ، وفصل بينهما في (البسيط) فقال فيه بعد قوله : (والظاهر أنه يغسل ويصلى عليه) ، (ومن أصحابنا من فرع على كيفية قتله) ، ثم حكى الخلاف المذكور في كيفية قتله وتفريع أمر الصلاة عليه ، فيكون الوجه المذكور أولًا في ترك الصلاة مستمدًّا من التغليظ كيف كانت هيئة القتل ، ويكون الوجه المتأخر في ذلك مخصوصًا بكيفية قتله ، خاصة على قول من قال بها ، والله أعلم » . المشكل (١٧١/١ ب) .

قلنا : في أربعة أمور :

الأول : الغسل ؛ فإنه حرام فى حقه وإن كان جنبًا ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « زملوهم بكلومهم ودمائهم ، فإنهم يحشرون يوم القيامة وأوداجهم تشخب دمًا [١] ، [فاللون لون الدم ، والريح ريح المسك] [٢] » [٣] . وخرج ابن سريج وجهًا فى الجنب أنه يغسل .

الثاني : الصلاة عليه حرامٌ عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة . ومن أصحابنا من قال : [٤] جائز ولكنه غير واجب [٤] .

الثالث : لا يُزال دَمُ الشهادة . وهل يزال سائر النجاسات ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : نعم ؛ لأن المعفو عنه أثر الشهادة .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (تشخب دمًا) بفتح الخاء وبضمها ، أي تتفجر دمًا ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٧١ ب) .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لقوله ﷺ : زملوهم بكلومهم ودمائهم ، فإنهم يحشرون يوم القيامة وأوداجهم تشخب دمًا) أخرجه النسائي بمعناه ، وتمامه : (اللون لون دم ، وريحه ريح المسك) » . المشكل (١/١٧١ ب) .

وقد أخرج البخاري عن جابر عن النبي : « ادفنوهم في دمائهم » يعني يوم أحد ، ولم يغسلهم . (٣/٢٥١) (٢٣) كتاب الجنائز (٧٤) باب من لم يرَ غسل الشهداء (١٣٤٦) ، ومسلم : (٣/١٤٩٥ ، ١٤٩٦) (٣٣) كتاب الإمارة (٢٨) باب فضل الجهاد والخروج في سبيل الله (١٨٧٦) عن أبي هريرة عن النبي ﷺ : « ما من كلم يكلم في سبيل الله إلا جاء يوم القيامة كهيئته حين كلم ، لونه لون الدم وريحه مسك » ، وفي رواية : « وجرحه يثعب ، اللون لون دم ، والريح ريح مسك » . وأخرج أبو داود عن ابن عباس قال : « أمر رسول الله ﷺ بقتلى أحد أن ينزع عنهم الحديد والجلود ، وأن يدفنوا بدمائهم وثيابهم » (٣/١٩١) كتاب الجنائز - باب في الشهيد يغسل (٣١٣٤) ، والترمذي : (٣/٣٥٤) (٨) كتاب الجنائز (٤٦) باب ما جاء في ترك الصلاة على الشهيد (١٠٣٦) ، والنسائي : (٤/٧٨) (٢١) كتاب الجنائز (٨٢) باب مواراة الشهيد في دمه (٢٠٠٢) ، وابن ماجه : (١/٤٨٥) (٦) كتاب الجنائز (٢٨) باب ما جاء في الصلاة على الشهداء ودفنهم (١٥١٤) .

(٤) في (أ ، ب) : « جائزة ولكن غير واجبة » .

والثاني : لا [١] ؛ لأن [٢] إزالتها يؤدي [٣] إلى إزالة أثر الشهادة .

والثالث [٤] : أنه إن كان يؤدي إلى الإزالة فلا يزال ، وإلا فيزال [٥] .

الأمر الرابع : التكفين في حقه كهو في حق غيره إلا أن الثياب الملطخة بالدم لا ينزع ، [٦] ولو نزعه [٦] الوارث أو أبدله [٧] فلا [٨] يمنع ، وأما الدرع والثياب الخشنة فلا شك في نزعها .

الطرف الثاني : فيمن يُصَلِّي :

والنظر في صفة الإمام وموقفه :

أما الصفة : فالأَوْلى بالصلاة القريب ، ولا يقدم على القرابة إلا الذكورة حتى يقدم صبي مراهق على امرأة ، والوالي يقدم على القريب في القديم .

ثم ترتيب الأقارب أن يبدأ بالأب ، ثم الجد ، ثم الابن ، ثم العصبات على ترتيبهم في الولاية . ثم في تقديم الأخ من الأب والأم على الأخ من الأب طريقان :

أحدهما : أن فيه قولين كما في النكاح . والصحيح [٩] التقديم ؛ لأن لقرابة النساء مدخلًا في الصلاة ، وكذلك [١٠] إذا فقدنا العصبات قدمنا ذوي الأرحام . والأولى تقديم المعتق عليهم كما في الإرث .

---

(١) « لا » : ليست في الأصل.

(٢) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٣) في (أ ، ب) : « تؤدي » .

(٤) في الأصل : « الثالث » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله في إزالة ما سوى الدم من النجاسات : (لا تزال فإن إزالتها تؤدي إلى إزالة أثر الشهادة والثالث : إن كان يؤدي إلى الإزالة فلا تزال وإلا فتزال) والقائل بهذا الوجه الثالث يجعل ذلك موكولًا إلى تحري الغاسل وظنه مما يظنه مؤديًا إلى إزالة دم الشهادة بتركه وما لا فلا ، وفي الوجه الذي قبله يسد الباب ويمنع من الغسل مطلقًا ، فإنه قد يؤدي إلى إزالة دم الشهادة ، فيما يظن أنه لا يؤدي مع كونه في نفس الأمر يؤدي . والظاهر الوجه الأول وأنها تزال ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧١ ب - ١٧٢ أ) .

(٦) في (أ ، ب) : « فلو نزعها » .

(٧) في (أ ، ب) : « أبدلها » .

(٨) في (أ ، ب) : « لا » .

(٩) في (أ ، ب) : « والأصح » .

(١٠) في (أ ، ب) : « ولذلك » .

فرعان :

أحدهما : أن السن والفقه إذا تعارضا في أخوين قالت [١] المراوزة : الأفقه أولى كما في سائر الصلوات . وقال العراقيون : نص الشافعي – رضي الله عنه – هاهنا يدل على أن السن أولى ، ونصه في سائر الصلوات يدل على أن الفقه [٢] أولى ، ففي المسألتين قولان : بالنقل والتخريج ، ووجه تقديم السن هاهنا : أن المراد الدعاء ، وقد قال ﷺ : « إن الله يستحي أن يرد دعوة ذي الشيبة المسلم » [٣] .

الثاني : عبد فقيه ، وحر غير فقيه ، وأخ رقيق ، وعم حر ، ففي المسألتين وجهان ، ولعل التسوية أولى ؛ لتعادل الخصال . وعند التسوية لا مرجع إلا إلى القرعة ، أو التراضي .

فأما الموقف : فليقف الإمام وراء الجنازة عند صدر الميت إن كان رجلًا ، وعند عُجَيزة المرأة ، كأنه يحاول سترها عن القوم ، فلو تقدم على الجنازة ففيه خلاف مرتب على تقدم المقتدي [٤] على الإمام [٤] وأولى بالجواز ؛ لأن الغائب قد يصلى عليه ويكون الميت وراء المصلي وإن [٥] كان ذلك بسبب الحاجة ، فلا بأس بإدخال الجنازة المسجد خلافًا لأبي حنيفة .

---

(١) في (أ ، ب) : « قال » . (٢) في (أ ، ب) : « الأفقه » .

(٣) قال ابن حجر : « هذا الحديث ذكره الغزالي في (الوسيط) ، والإمام في (النهاية) ، ولا أدري من خرجه . وعند أبي داود من حديث أبي موسى الأشعري : « إن من إجلال الله إكرام ذي الشيبة المسلم » وإسناده حسن ، وأورده ابن الجوزي في (الموضوعات) بهذا اللفظ من حديث أنس ، ونقل عن ابن حبان أنه لا أصل له ، ولم يصيبا جميعا ، وله الأصل الأصيل من حديث أبي موسى ، واللوم فيه على ابن الجوزي أكثر ؛ لأنه خرج على الأبواب ، وفي النسائي من حديث طلحة مرفوعًا : « ليس أحد أفضل عند الله من مؤمن يعمر في الإسلام ، يكثر تكبيره وتسبيحه وتهليله وتحميده » . انتهى » . انظر : تلخيص الحبير : (١١٨/٢) حديث (٧٦٢) . وراجع : سنن أبي داود : (٤/ ٢٦٣) حديث (٤٨٤٣) ، ومسند أحمد : (١٦٣/١) ، ومجمع الزوائد : (٢٠٤/١٠، ٢٠٥) ، والسنن الكبرى للبيهقي : (٣٧١/٣) .

(٤) « على الإمام » : ليست في (أ ، ب) .

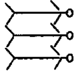
(٥) في (أ) : « فإن » ، وفي (ب) : « بأن » .

فرعان :

الأول : إذا اجتمع الجنائز فيجوز أن يفرد كل واحدة بالصلاة ، ويجوز أن يصلى على الجمع (١) .

وفي كيفية الوضع وجهان :

الأصح : أنه يوضع الكل بين يدي الإمام على هذه الصورة (٢) :



الثاني : أنه يوضع صَفًّا مادًّا في يمين الإمام على هذه الصورة (٣) :

الثاني (٤) : أن قرب الجنازة من الإمام رتبة مطلوبة مستحق (٥) بالسبق مرة وبالتقدم (٦) في الرتبة أخرى ، فيوضع الرجل أولًا ثم الصبي ، ثم الخنثى ، ثم المرأة ، ولا يقدم بالحرية والرق ، ولكن بصفات دينية تزيد الرغبة في الصلاة عليه ، ولو سبقت / جنازة امرأة فإذا ألحق رجل نحيت ٣٣/ب المرأة ، ولو سبق جنازة صبي لا تنحى بسبب رجل ، وذكر صاحب التقريب وجهًا أنه ينحى ، وعند تساوي الصفات فلا مرجع إلا إلى القرعة أو التراضي .

الطرف الثالث : في كيفية الصلاة :

وأقلها تسعة ....

---

(١) في (أ ، ب) : « الجميع » .

(٢) رسمت في الأصل : (≡) .

↑

(٣) رسمت في الأصل : (— — —) .

↑

(٤) في (أ ، ب) : « الفرع الثاني » .

(٥) في (أ ، ب) : « تستحق » .

(٦) في (ب) : « وبالتقديم » .

أركان (١) : النية ، والتكبيرات الأربع ، والسلام ، والفاتحة بعد الأولى ، والصلاة على الرسول ﷺ بعد الثانية ، وفي الصلاة على الآل خلاف ، والدعاء للميت بعد الثالثة ركن وهو المقصود الأهم . وقيل : يكفي الدعاء للمؤمنين من غير ربط بالميت ، فلو زاد تكبيرة خامسة بطلت الصلاة على أحد الوجهين تشبيهًا لكل تكبيرة بركعة .

فأما الأكمل : فيرفع السيد في التكبيرات عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة ، وفي دعاء الاستفتاح والتعوذ ثلاثة أوجه :

الأصح : أنه لا يستحب الاستفتاح ، ويتعوذ لأنه من توابع القراءة ، ولا يجهر بالقراءة ليلًا كان أو نهارًا .

وقال (٢) الصيدلاني : يجهر ليلًا .

وفي استحباب الدعاء للمؤمنين والمؤمنات عند الدعاء للميت تردد ؛ لأنه مبني على التخفيف ، والأصح الاستحباب ، ولم يتعرض الشافعي – رضي الله عنه – لذكر بين الرابعة

---

(١) قال الحموي : « ذكر أن هذه جميع الأركان ، ولم يذكر القيام فيها ، فإنه ركن على الصحيح وهو الظاهر فيها » ، ثم ناقش هذا الإشكال بقوله : « احتمل أن يقال : إنما لم يذكر القيام حيث ذكره في آخر باب التيمم ، فقال فيه : (القيام معظم أركانها) ، وإذا كان كذلك لم يحتج إلى ذكره مرة أخرى استغناءً بما تقدم .

أيضًا فإن قوله : (القيام معظم أركانها) ليس تصريح بأنه المختار عنده ، فعلى هذا لا يكون القيام ركنًا ، والصحيح عندي أنه شرط وليس بركن . ولقد ذكر بعض مشايخنا أن القيام الأول في الصلاة ليس بركن ، وإنما هو شرط من حيث إنه لابد له من تحصيله قبل الدخول في الصلاة ، كما في سائر الشروط ، وهذا في القيام الأول . وأما في باقي الصلاة فركن فيها ، وإنما ذكر الفقهاء القيام ركنًا على الإطلاق اعتبارًا بالأعم الأغلب ، وإلا فليس القيام الأول داخلًا في حقيقتها لما تقدم بيانه . وإذا ثبت هذا كان في صلاة الجنازة شرطًا ، وذلك يقوي ما ذكرناه . هذا مع أن الشيخ أبا إسحق الشيرازي – رحمه الله – جعله شرطًا . وإن قيل : فقد ذكر أن أقل الصلاة تسعة أركان ، وأنها كل الواجب ، على ما تقدم عليه الكلام في غسل الجنابة .

وإن كان كذلك إلا أنه لا ينفي أن يكون هنا أولى بالنسبة إلى مجموع الصلاة ، فإنه لو ذكر أول أركان الصلاة لكان قد ورد على هذا ما ورد في غسل الجنابة ، وإنما ذكر هاهنا أقلها تسعة أركان ، وذكر : ثم أول واجب الغسل أمران ، فعلى هذا لا يرد إشكال فيما أوردتم » . مشكلات الوسيط (٥٩ ب – ٦٠ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « قال » ، بدون الواو .

والسلام .

وروى البويطي أنه يقول : « اللهمّ لا تحرمنا أجره ، ولا تفتنا بعده » (١) . وفي تعدد السلام خلاف مرتب على سائر الصلوات ، والاقتصار هاهنا أولى ، فيسلم بتسليمة (٢) واحدة (٣) تلقاء وجهه . وقيل : يسلم ملتفتًا إلى يمينه ويختم ووجهه مائل إلى يساره فيدير الوجه فى تسليمة واحدة . ولا خلاف فى أنه لا يسجد فى هذه الصلاة لسهو .

فروع ثلاثة (٤) :

الأول : إن صلى شفعوي (٥) خلف من يُكَبِّر خمسًا . إن (٦) قلنا : إن (٧) زيادة التكبير تبطل الصلاة فهي (٨) كالاقتداء بالحنفي . وإن قلنا : لا تبطل صحت القدوة ولكن في الموافقة في التكبير الزائد قولان جاريان في اختلاف فعل الإمام والمأموم وفي القنوت وتكبيرات العيدين أن الأولى المتابعة أم لا ؟

الثاني : المسبوق يكبر كما أدرك وإن كان الإمام في القراءة .

وقال أبو حنيفة : يصبر إلى أن يشتغل الإمام بالتكبيرة التي يستقبلها . ثم لا بأس إن كان هو يقرأ بقية الفاتحة ، والإمام يصلي على الرسول ﷺ ؛ لأن هذا [هو] (٩) أول صلاة المسبوق ،

---

(١) أخرجه ابن ماجه : (٤٨٠/١) (٦) كتاب الجنائز (٢٣) باب ما جاء في الدعاء في الصلاة على الجنازة (١٤٩٨) عن أبي هريرة ، ولفظه : « .. اللهم لا تحرمنا أجره ولا تضلنا بعده » ، وأخرجه أحمد في المسند عن عائشة بنفس لفظ المصنف (٧٦،٧١/٦) ولكن بصيغة الجمع . ومالك في الموطأ : (١٩٨/١) بلفظ المصنف ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٤١/٤) .

(٢) في (أ ، ب) : « تسليمة » .

(٣) « واحدة » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « فرعان » .

(٥) في (أ ، ب) : « شافعي » .

(٦) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٧) « إن » : ليست في (أ ، ب) .

(٨) في (أ ، ب) : « فهو » .

(٩) زيادة من (أ ، ب) .

ولكن [1] يساوق الإمام بعده في التكبيرات ، فإذا سلم الإمام تدارك البقية ولا يبالي وإن رفعت الجنازة .

الثالث : لو تخلف عن الإمام قصدًا بتكبيرة بطلت صلاته ؛ لأنها كركعة ، وإذا لم يوافق فيما بين التكبيرتين لا يبقى للقدوة معنى .

الطرف الرابع : في شرائط الصلاة :

وهي كسائر الصلوات وتتميز بأمور :

الأول : أنه لا يشترط حضور ميت بل يُصلى على الغائب خلافًا لأبي حنيفة . صلى رسول الله ﷺ على النجاشي ، وقد مات بالحبشة [2] .

وإن كانت الجنازة في البلد ففي صلاة من لم يحضرها خلاف ؛ لتيسر الحضور .

الثاني : لا يشترط ظهور الميت ، بل تجوز الصلاة عليه بعد الدفن .

صلى رسول الله ﷺ على المسكينة بعد الدفن [3] .

---

(١) في الأصل : « لكن » ، بدون الواو .

(٢) أخرج البخاري عن أبي هريرة : « أن رسول الله ﷺ نعى النجاشي في اليوم الذي مات فيه ، خرج إلى المصلى ، فصف بهم وكبر أربعًا » : (٣/١٣٩) (٢٣) كتاب الجنائز (٤) باب الرجل ينعى إلى أهل الميت بنفسه (١٢٤٥) ، وأطرافه : (١٣١٨ ، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٣٣، ٣٨٨١) ، وأخرج نحوه عن جابر بن عبد الله (٣/٢٢١) (٢٣) كتاب الجنائز (٥٣) باب من صف صفين أو ثلاثة على الجنازة خلف الإمام (١٣١٧) ، وأطرافه : (١٣٢٠، ١٣٣٤، ٣٨٧٧، ٣٨٧٨، ٣٨٧٩) ، ومسلم : (٢/٦٥٦، ٦٥٧) (١١) كتاب الجنائز (٢٢) باب في التكبير على الجنازة (٩٥١، ٩٥٢) ، وأبو داود : (٣/٢٠٩) كتاب الجنائز - باب في الصلاة على المسلم يموت في بلاد الشرك (٣٢٠٤) ، والترمذي : (٣/٣٥٧) (٨) كتاب الجنائز (٤٨) باب ما جاء في صلاة النبي ﷺ على النجاشي (١٠٣٩) ، والنسائي : (٤/٦٩) (٢١) كتاب الجنائز (٧٢) باب الصفوف على الجنازة (١٩٧٠-١٩٧٥) ، وابن ماجه : (١/٤٩٠، ٤٩١) (٦) كتاب الجنائز (٣٣) باب ما جاء في الصلاة على النجاشي (١٥٣٤-١٥٣٨) .

(٣) أخرج البخاري عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن أسودَ - رجلًا أو امرأة - كان يقم المسجد فمات ، ولم يعلم النبي ﷺ بموته ، فذكره ذات يوم فقال : « ما فعل ذلك الإنسان ؟ » قالوا : مات يا رسول الله . قال : « أفلا =

نعم لو دفنوا قبل الصلاة خرجوا ولكن تصح صلاتهم ، وصلاة الطائفة الثانية صحيحة عندنا – خلافًا لأبي حنيفة – وليس ذلك تطوعًا ، بل هو كما لو التحقوا بالجماعة الأولى [1] ، وإنما التطوع أن يعيد الإنسان صلاة الجنازة [2] ، وذلك غير مستحب .

ثم في مدة جواز الصلاة بعد الدفن خمسة أوجه :

أحدها : أنه إلى ثلاثة أيام .

والثاني : إلى شهر .

والثالث : إلى انمحاق أجزائه .

والرابع : أن من كان [3] للصلاة أهلًا [3] يوم موته يصلى عليه ، ومن لا فلا .

الخامس [4] : أنه يجوز أبدًا .

وعلى هذا فلا تجوز الصلاة على قبر رسول الله ﷺ ؛ إذ قال – عليه الصلاة والسلام – : « لعن الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد » [5] .

= آذنتموني ؟ ! » فقالوا : إنه كان كذا وكذا – قصته – قال : فحقروا شأنه . قال : « فدلوني على قبره » ، فأتى قبره فصلى عليه » . صحيح البخاري : (٢٤٣/٣) (٢٣) كتاب الجنائز (٦٦) باب الصلاة على القبر بعدما يدفن (١٣٣٧) ، وطرفه : (١٢٤٧) ، ومسلم : (٦٥٩/٢) (١١) كتاب الجنائز (٢٣) باب الصلاة على القبر (٩٥٦) وأبو داود : (٢٠٨/٣) كتاب الجنائز – باب الصلاة على القبر (٣٢٠٣) ، والنسائي : (٤٠/٤) (٢١) كتاب الجنائز (٤٣) باب الإذن بالجنازة (١٩٠٧) ، وأطرافه : (١٩٦٩، ٢٠٢٢، ٢٠٢٥) ، وابن ماجه : (٤٩٠/١) (٦) كتاب الجنائز (٣٢) باب ما جاء في الصلاة على القبر (١٥٢٧، ١٥٢٩، ١٥٣٣) .

(١) في (أ ، ب) : « بالجماعة الأولى أي أتموه » .

(٢) في (أ ، ب) : « جنازة » .

(٣) في (أ ، ب) : « من أهل الصلاة » .

(٤) في (أ) : « والخامس » .

(٥) أخرجه البخاري : (٦٣٣/١، ٦٣٤) (٨) كتاب الصلاة (٥٥) باب اتخاذ قبور الأنبياء مساجد (٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧) ، وأطرافها : (١٣٣٠ ، ١٣٩٠ ، ٣٤٥٣ ، ٣٤٥٤ ، ٤٤٤١ ، ٤٤٤٣ ، ٤٤٤٤ ، ٥٨١٥ ، ٥٨١٦) ، ومسلم : (٣٧٦/١، ٣٧٧) (٥) كتاب المساجد (٣) باب النهي عن بناء المساجد على القبور (٥٢٩-٥٣١) ، وأبو داود : (٢١٤/٣) كتاب الجنائز – باب في البناء على القبر (٣٢٢٧) ، والنسائي : (٤٠/٢، ٤١) (٨) كتاب المساجد (١٣) باب النهي عن اتخاذ القبور مساجد (٧٠٣) ، وطرفه : (٢٠٤٧) .

الأمر [١] الثالث : أن هذه الصلاة فرض على الكفاية ، ويسقط الفرض بصلاة أربعة من الرجال صلوا جماعة أو آحادًا .

وهل يسقط بجنس النساء ؟ فيه خلاف .

وقيل : يكفي شخص واحد ، وقيل : لابد من ثلاث [٢] ، وقيل : لابد من أربع [٣] .

* * *

(١) « الأمر » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « ثلاثة » .

(٣) في (أ ، ب) : « أربعة » .

القول في الدفن

الدفن من فروض الكفايات . وأقله : حُفْرةٌ توارى بدن الميت ، وتحرسه من السباع ، وتكتم رائحته .

وأكمله : قبر على قامة رجل ربع .

واللحد أولى من الشق : قال النبي ﷺ : « الشِّقُّ لغيرنا واللَّحدُ لنا » (١) ؛ وليكن اللحد في جهة (٢) القبلة ثم توضع الجنازة على رأس القبر بحيث يكون رأس الميت عند مؤخر القبر ، فيسل الواقف داخل القبر الميت من قبل (٣) رأسه ويضعه في اللحد .

وقال أبو حنيفة : توضع الجنازة بين القبلة والقبر عرضًا ، ثم (٤ ترد قَهْقَرَى ٤) إلى القبر .

ثم قال الشافعي – رضي الله عنه – : لا يُدْخل الميتَ قبره إلا الرجلُ .

فإن (٥ كان الميت ٥) امرأة : فيتولى ذلك زوجها أو محارمها ، فإن لم يكونوا فعبيدها ، فإن لم يكونوا فخصيان (٦) ، فإن لم يكونوا فأرحام ، فإن لم يكونوا فالأجانب . وذلك لأنهن يضعفن عن مباشرة هذا الأمر .

ثم إن كان المدفون صبيًا استقل به واحد ، فإن (٧) زاد فليكن عددهم وترًا .

---

(١) أخرجه أبو داود : (٣/٢١٠) كتاب الجنائز – باب في اللحد (٣٢٠٨) ، والترمذي : (٣/٣٦٣) (٨) كتاب الجنائز (٥٣) باب ما جاء في قول النبي ﷺ : « اللحد لنا والشق لغيرنا » (١٠٤٥) ، والنسائي : (٤/٨٠) (٢١) كتاب الجنائز (٨٥) باب اللحد والشق (٢٠٠٩) ، وابن ماجه : (١/٤٩٦) (٦) كتاب الجنائز (٣٩) باب ما جاء في استحباب اللحد (١٥٥٤، ١٥٥٥) .

(٢) في (أ ، ب) : « وجه » .

(٣) في (أ ، ب) : « جهة » .

(٤) في (أ ، ب) : « يرد قهقرا » .

(٥) في (أ ، ب) : « كانت » .

(٦) في (ب) : « فمحصنات » ، ولا وجه له ، ولعله تصحيف من الناسخ .

(٧) في (أ ، ب) : « وإن » .

ثم يضجعون الميت على جنبه الأيمن في اللحد قبالة القبلة بحيث لا ينكب / ، ولا يستلقي ، ٣٤/أ
وحسن أن يفضي بوجهه إلى تراب أو لبنة موضوعة تحت رأسه ، ولا يوضع رأسه على مخدة ، ثم ينصب اللين [١] على فتح اللحد ويسد [٢] الفرج بما يمنع انهيار [٣] التراب عليه ، ثم يحثو [٤] كل من دنا ثلاث [٥] حثيات من التراب ، ثم يهال التراب عليه بالمساحي ، ولا يرفع نعش القبر إلا بمقدار شبر ، ولا يجصص ، ولا يطين ، ولو صب [٦] الحصى عليه [٦] فلا بأس ، ولو وضع حجر [٧] على رأس القبر للعلامة فلا بأس .

ثم تسطيح [٨] القبور عند الشافعي - رضي الله عنه - أفضل من تسنيمها ، لكن التسنيم الآن أفضل مخالفة لشعار الروافض . حتى ظن ظانون أن القنوت إن صار شعارًا لهم كان الأولى تركه وهذا بعيد في أبعاض الصلاة ، وإنما نخالفهم في هيئات مثل التختم في اليمين وأمثاله .

ثم الأفضل أن يمكث [٩] المشيع للجنازة [٩] إلى أن يواري الميت . قال ﷺ : « من صلى على ميت وانصرف فله قيراط من الأجر [١٠] ، ومن صلى واتبع [١٠] الجنازة وشهد الدفن فله قيراطان » . [١١]

---

(١) في (أ) : « اللحد » .

(٢) في (ب) : « وتسد » .

(٣) في (أ ، ب) : « انهيال » .

(٤) في (أ ، ب) : « يحثي عليه » .

(٥) « ثلاث » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « عليه الحصا » .

(٧) في (أ ، ب) : « حجرًا » .

(٨) في (أ ، ب) : « ونطيح » .

(٩) في (أ ، ب) : « مشيع الجنازة » .

(١٠) في الأصل : « ومن اتبع » ، وما أثبتناه في (أ ، ب) ، وهو أولى بالرواية .

(١١) أخرجه البخاري : (٢٣٣/٣) (٢٣) كتاب الجنائز (٥٨) باب من انتظر حتى يدفن (١٣٢٥) ، ومسلم : (٢/ ٦٥٢) (١١) كتاب الجنائز (١٧) باب فضل الصلاة على الجنازة واتباعها (٩٤٥) ، وأبو داود : (١٩٩/٣) كتاب الجنائز - باب فضل الصلاة على الجنائز وتشييعها (٣١٦٨) ، والترمذي : (٣٥٨/٣) (٨) كتاب الجنائز (٤٩) باب ما جاء في فضل الصلاة على الجنازة (١٠٤٠) ، والنسائي : (٥٤/٤،٥٥) (٢١) كتاب الجنائز (٥٤) باب فضل من يتبع جنازة (١٩٤٠،١٩٤١) ، وابن ماجه : (٤٩١/١،٤٩٢) (٦) كتاب الجنائز (٣٤) باب ما جاء في ثواب من صلى على جنازة ومن انتظر دفنها (١٥٣٩ ، ١٥٤٠، ١٥٤١) .

فرعان :

الأول : أنه لا يدفن فى قبر واحد ميتان ما أمكن ، وإن [1] اجتمع موتى في قحط وموتان جعلنا الرجلين والثلاثة فى قبر واحد وقدمنا الأفضل إلى جدار اللحد فيقدم الأب على الابن ، والابن على الأم ؛ لمكان الذكورة ، ولأنه الأحسن [2] في هيئة الوضع ، ولا يجمع بين الرجال والنساء ، فإن ظهرت [3] الضرورة جعلنا بينهما حاجزًا من التراب .

الثاني : القبر محترم فيكره الجلوس [4] ، والمشي ، والاتكاء عليه [5] وليخرج [6] الزائر منه إلى حد كان يقرب [منه] [7] لو كان حيًا . ولا يحل نبش القبور إلا إذا انمحق أثر الميت بطول الزمان [8] ، أو دفن من غير غسل فالظاهر أنه ينبش [القبر] [9] ويغسل ، أو دفن في أرض مغصوبة وترك المالك إخراجه فإن حق الحي أولى بالمراعاة .

ولو دفن قبل الصلاة صلي عليه في القبر .

ولو دفن قبل التكفين فوجهان :

أظهرهما : أنه [10] لا ينبش ، لأن القبر ستره بخلاف الغسل ؛ فإن مقصوده لا يحصل بالدفن .

ولو دفن في كفن مغصوب فثلاثة أوجه :

---

(١) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٢) في (أ ، ب) : « أحسن » .

(٣) في (أ ، ب) : « دعت » .

(٤) في (أ ، ب) : « الجلوس عليه » .

(٥) « عليه » : ليست في (أ) .

(٦) في (ب) : « وليقرب » .

(٧) زيادة من (أ ، ب) .

(٨) قال الحموي : « قوله : (ولا يحل نبش القبر إلا إذا انمحقت أجزاء الميت بطول الزمان) جعل الشيخ انمحاق الأجزاء لطول الزمان سببًا لنبشه على الإطلاق ، وليس كذلك ، فإنه لو كان المدفون صحابيًا أو ممن اشتهرت ولايته فإنه لا يجوز نبشه وإن انمحقت أجزاؤه » ، ثم قال : « وليس مراده بذلك على الإطلاق ، وإنما مراده ما سوى المذكور ، وكأنه أجرى ذلك مجرى الأعم الأغلب ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (٥٩أ - ٥٩ب) .

(٩) ليست في (أ ، ب) .

(١٠) » أنه » : ليست في (أ ، ب) .

أظهرهما : أنه ينبش كالأرض المغصوبة ، وكما لو ابتلع لؤلؤة ، فإنه يشق بطنه لأجل ملك الغير .

والثاني : أنه في حكم الهالك فيغرم القيمة إن أمكن ، وإلا فالنبش عند العجز عن القيمة لا بد منه .

والثالث : أنه إن تغير الميت وأدى إلى هتك حرمته [1] فلا ينبش ، [وهو الأقيس] [2] ، وإلا [3]فينبش[3] .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « حرمه » .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) ليست في (أ ، ب) .

« القول في التعزية والبكاء »

والتعزية (٢) سنة ؛ قال - عليه الصلاة والسلام - : « من عزى مصابًا فله مثل أجره » (٣) .

ومقصوده : الحمل على الصبر بوعد الأجر ، والتحذير من الوزر بإفراط الجزع ، وتذكير المصاب رجوع الأمر كله إلى الله [تعالى] (٤) .

ثم يُعَزَّى الكافر بقريبه المسلم ، والدعاء للميت ، ويعزى المسلم بقريبه الكافر ، ويكون (٥) الدعاء للحي فيقول : « جبر الله مصيبتك وألهمك الصبر » . ويُستحب تهيئة طعام لأجل أهل الميت ، ولا يؤثر (٦) التعزية بعد ثلاث ؛ لقوله ﷺ : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث » . (٧)

أما البكاء فجائز من غير ندبة ونياحة ، وشق جيب وضرب خد ، فكل ذلك حرام ؛ لأنه يخالف الانقياد لقضاء الله تعالى .

بكى رسول الله ﷺ على بعض أولاده فقال سعد : ما هذا ؟ فقال : « إنها رحمة ، وإن الله

---

(١) ليست في (ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « التعزية » بدون الواو .

(٣) أخرجه الترمذي : (٣/٣٨٥) (٨) كتاب الجنائز (٧٢) باب ما جاء في أجر من عزى مصابًا (١٠٧٣) ، وابن ماجه : (١/٥١١) (٦) كتاب الجنائز (٥٦) باب ما جاء في ثواب من عزى مصابًا (١٦٠٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٤/٥٩) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) « يكون » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « تؤثر » .

(٧) أخرجه البخاري : (٣/١٧٤) (٢٣) كتاب الجنائز (٣٠) باب إحداد المرأة على غير زوجها (١٢٨٠) ، وأطرافه : (١٢٨١، ٥٣٣٤، ٥٣٣٩، ٥٣٤٥) ، ومسلم : (٢/١١٢٣، ١١٢٤) (١٨) كتاب الطلاق (٩) باب وجوب الحداد في عدة الوفاء وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام (١٤٨٦) ، وأبو داود : (٢/٢٩٩) كتاب الطلاق - باب إحداد المتوفى عنها زوجها (٢٢٩٩) ، والترمذي : (٣/٥٠٠) (١١) كتاب الطلاق (١٨) باب ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها (١١٩٥، ١١٩٦) ، والنسائي : (٦/١٨٨) (٢٧) كتاب الطلاق (٥٥) باب عدة المتوفى عنها زوجها (٣٥٠٠، ٣٥٠٣، ٣٥٠٤) ، وابن ماجه : (١/٦٧٤) (١٠) كتاب الطلاق (٣٥) باب هل تحد المرأة على غير زوجها (٢٠٨٦) .

يرحم من عباده الرحماء »[١] .

فإن قيل : أليس قال : « إن الميت ليعذب ببكاء أهله عليه » هكذا رواه عمر[٢] .

قلنا : قال ابن عمر : ما قال رسول الله ﷺ هذا . إنما قال : « يزاد[٣] الكافر عذابًا ببكاء أهله عليه »[٤] ، حسبكم قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾[٥] .

(١) أخرجه البخاري : (٣/١٨٠) (٢٣) كتاب الجنائز (٣٢) باب قوله ﷺ : « يعذب الميت ببعض بكاء أهله عليه » (١٢٨٤) ، وأطرافه : (٥٦٥٥، ٦٦٠٢، ٦٦٥٥، ٧٣٧٧، ٧٤٤٨) ، ومسلم : (٢/٦٣٥، ٦٣٦) (١١) كتاب الجنائز (٦) باب البكاء على الميت (٩٢٣) ، وأبو داود : (٣/١٨٩) كتاب الجنائز - باب في البكاء على الميت (٣١٢٥) ، والنسائي (٤/٢١، ٢٢) (٢١) كتاب الجنائز (٢٢) باب الأمر بالاحتساب والصبر عند نزول المصيبة (١٨٦٨) ، وابن ماجه : (١/٥٠٦) (٦) كتاب الجنائز (٥٣) باب ما جاء في البكاء على الميت (١٥٨٨) .

(٢) أخرجه البخاري : (٣/١٨٠، ١٨١) (٢٣) كتاب الجنائز (٣٢) باب قول النبي ﷺ : « يعذب الميت ببعض بكاء أهله عليه » (١٢٨٦) عن ابن عمر ، ومسلم : (٢/٦٣٨ - ٦٤٠) (١١) كتاب الجنائز (٩) باب الميت يعذب ببكاء أهله عليه (٩٢٧، ٩٢٨) ، وأبو داود : (٣/١٩٠) كتاب الجنائز - باب في النوح (٣١٢٩) ، والترمذي - عن عمر وابن عمر - : (٣/٣٢٦) (٨) كتاب الجنائز (٢٤) باب ما جاء في كراهية البكاء على الميت (١٠٠٢) ، (٢٥) باب ما جاء في الرخصة في البكاء على الميت (١٠٠٤) ، والنسائي : (٤/١٥) (٢١) كتاب الجنائز (١٤) باب النهي عن البكاء على الميت (١٨٤٨، ١٨٥٠) ، (١٥) باب النياحة على الميت (١٨٥٥) ، وابن ماجه : (١/٥٠٨) (٦) كتاب الجنائز (٥٤) باب ما جاء في الميت يعذب بما نيح عليه (١٥٩٣) .

(٣) في (أ ، ب) : « يزيد » ، وهي الموافقة لنص الحديث .

(٤) أخرجه البخاري عن عائشة : (٣/١٨١) (٢٣) كتاب الجنائز (٣٢) باب قول النبي ﷺ : « يعذب الميت ببعض بكاء أهله عليه » (١٢٨٨) ، وقد أنكرت هذا القول على عمر ، وسيأتي تخريج إنكارها . ومسلم : (٢/٦٤١، ٦٤٢) (١١) كتاب الجنائز (٩) باب الميت يعذب ببكاء أهله عليه (٩٢٩) ، وأبو داود : (٣/١٩٠) كتاب الجنائز - باب في النوح (٣١٢٩) ، والترمذي : (٣/٣٢٧، ٣٢٨) (٨) كتاب الجنائز (٢٥) باب ما جاء في الرخصة في البكاء على الميت (١٠٠٤) ، والنسائي : (٤/١٧، ١٨) (٢١) كتاب الجنائز (١٥) باب النياحة على الميت (١٨٥٥، ١٨٥٧، ١٨٥٨) .

(٥) تكرر هذا الجزء من الآية في أكثر من موضع هي : سورة الأنعام (الآية : ١٦٤) ، وسورة الإسراء (الآية : ١٥) ، وسورة فاطر (الآية : ١٨) ، وسورة الزمر (الآية : ٧) ، وجاءت في النجم بلفظ : ﴿ ألا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ (الآية : ٣٨) .

وكان الكفار يوصون بالبكاء والنياحة فلذلك زيد في عذابهم .

وقالت عائشة - رضي الله عنها - : ما كذب عمر ولكنه أخطأ ونسي ، إنما مر رسول الله ﷺ على يهودية ماتت ابنتها وهي تبكي . فقال - عليه الصلاة والسلام - : « إنهم يبكون [عليها] [١] وإنها تعذب في قبرها » [٢] .

* * *

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) هذا الحديث بهذا اللفظ ملفق من أكثر ، راجع : البخاري : (٣/١٨١) (٢٣) كتاب الجنائز (٣٢) باب قول النبي ﷺ : « يعذب الميت ببعض بكاء أهله عليه » (١٢٨٨) ، وأطرافه : (١٢٨٩، ٣٩٧٨) ، ومسلم : (٢/ ٦٤٣) (١١) كتاب الجنائز (٩) باب الميت يعذب ببكاء أهله عليه (٩٣١، ٩٣٢) ، وأبو داود : (٣/١٩٠) كتاب الجنائز - باب في النوح (٣١٢٩) ، والترمذي : (٣/٣٢٨، ٣٢٩) (٨) كتاب الجنائز (٢٥) باب ما جاء في الرخصة في البكاء على الميت (١٠٠٦) ، والنسائي : (٤/١٧، ١٨) (٢١) كتاب الجنائز (١٥) باب النياحة على الميت (١٨٥٦) ، وابن ماجه : (١/٥٠٨، ٥٠٩) (٦) كتاب الجنائز (٥٤) باب ما جاء في الميت يعذب بما نيح عليه (١٥٩٥) .

باب تارك الصلاة

(١ تارك الصلاة يقتل ١) ، قال – عليه الصلاة والسلام – : « من ترك صلاة (٢) متعمدًا فقد كفر » (٣) .

معناه عند الشافعي : استوجب عقوبة الكافر (٤) . وحكم أحمد بكفره . وقال أبو حنيفة : يخلى ولا قتل عليه .

ثم الصحيح : أنه يقتل بصلاة واحدة إذا تركها عمدًا وأخرجها عن وقت الضرورة ، فلا يقتل بصلاة الظهر إلا إذا غربت الشمس .

---

(١) ليست في (أ ، ب) . (٢) زاد في (أ ، ب) لفظة : « واحدة » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ومن باب تارك الصلاة قوله : (قال ﷺ : من ترك صلاة متعمدًا فقد كفر) هكذا ذكر الحديث شيخه بهذا اللفظ ، وجعلاه في (النهاية) و (البسيط) مستندًا للصحيح من المذهب أنه يقتل بترك صلاة واحدة نظرًا إلى كون الصلاة فيه منكرة . هذا الحديث بهذا اللفظ لا نعرفه ، ولكن معتمده ثبت عن حديث جابر أن رسول الله ﷺ قال : « بين العبد وبين الكفر ترك الصلاة » وأخرجه مسلم وأبو داود وغيرهما بتفاوت يسير بين رواياتهم في اللفظ ، وأخرج النسائي والترمذي وغيرهما من حديث بريرة بن الخطيب قال : قال رسول الله ﷺ : « العهد الذي بيننا وبينهم الصلاة ، فمن تركها فقد كفر » ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٢ أ) .

والحديث بلفظه ذكره ابن حجر في (التلخيص)وقال : «أخرجه البزار من حديث أبي الدرداء بهذا اللفظ ، وله شاهد من حديث الربيع بن أنس ، عن أنس ، عن النبي ﷺ قال : « من ترك الصلاة متعمدًا فقد كفر جهارًا » ، سئل الدارقطني في (العلل) عنه فقال : رواه أبو النضر عن أبي جعفر عن الربيع موصلًا ، وخالفه على بن الجعد فرواه عن أبي جعفر عن الربيع مرسلًا ، وهو أشبه بالصواب » . تلخيص الحبير : (٢/١٤٨) حديث (٨١٠) .

وحديث جابر رواه مسلم : (١/٨٨) (١) كتاب الإيمان (٣٥) باب بيان إطلاق اسم الكفر على من ترك الصلاة (٨٢) ، وأبو داود : (٤/٢١٩) كتاب السنة – باب في رد الإرجاء(٤٦٧٨) ، والترمذي : (٥/١٤، ١٥) (٤١) كتاب الإيمان (٩) باب ما جاء في ترك الصلاة (٢٦١٨، ٢٦١٩، ٢٦٢٠) ؛ وحديث بريدة أخرجه الترمذي : الموضع السابق (٢٦٢١) ، والنسائي : (١/٢٣٠، ٢٣١) (٥) كتاب الصلاة (٨) باب الحكم في تارك الصلاة (٤٦٣) . وراجع في الحديثين السابقين : ابن ماجه : (١/٣٤٢) (٥) كتاب إقامة الصلاة (٧٧) باب ما جاء فيمن ترك الصلاة (١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠) .

(٤) في (أ ، ب) : « الكفر » .

وفي مهلة الاستتابة ثلاثة أيام خلاف ، كما في استتابة المرتد .

وقد قيل : إنه [(١)] لا يقتل إلا إذا صار الترك عادة له [(٢)] . وقيل : إذا ترك صلاتين أو ثلاثة [(٣)] . فكل [(٤)] ذلك تحكم .

ثم يُقتل بالسيف ويصلى عليه كما يصلى على المسلمين .

وقال صاحب التلخيص : لا يرفع نعشه ولا يصلى عليه . وهو تحكم لا أصل له ، [والله أعلم] [(٥)] .

* * *

---

(١) « إنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وقيل : لا يقتل إلا إذا صار الترك عادة له) هذا القائل لا يخص ذلك بعدد ، بل متى ما ظهر اعتياده للترك توجه قتله لنا » . المشكل (١/١٧٢ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « ثلاثًا » ، بدل : « ثلاثة » .

ويقول ابن الصلاح : « وقوله : (وقيل : إذا ترك صلاتين أو ثلاثة) هذه عبارة موهمة ، فليس أحد يجعل ذلك مرددًا بين صلاتين وثلاثة ، ولكن اعتبر بعضهم في ذلك صلاتين ، وبعضهم ثلاثة ، فحكى الوجهين - رحمه الله وإيانا - بهذه العبارة البعيدة عن الإشعار بذلك ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٢ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « وكل » .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

وقال ابن الصلاح : « (وقال صاحب (التلخيص) : لا يرفع نعشه) أراد نعش القبر الذي ذكر فيما سبق ، وهو ارتفاعه عن الأرض ، وعبارتهم عن ذلك أنه يطمس قبره ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٢ أ) .

كتاب الزكاة

[**وفيه**

النوع الأول : زكاة النعم .

النوع الثاني : زكاة المعشرات .

النوع الثالث : زكاة النقدين .

النوع الرابع : زكاة التجارة .

النوع الخامس : زكاة المعدن والركاز .

النوع السادس : زكاة الفطر .] [1]

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من المحقق .

والأصل فيها من الكتاب : قوله تعالى : ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾ (١) .

ومن السنة (٢ قوله – عليه السلام – ٢) : « بُني الإسلام على خمس ... » الحديث ، وقوله : « مانع الزكاة في النار » (٣) .

والإجماع منعقد على وجوب الزكاة .

وهي بالإضافة إلى متعلقاتها ستة :

زكاة النعم ، والنقدين ، والتجارة ، والمعشرات ، والمعادن ، والفطرة (٤) .

* * *

---

(١) جزء آية تكرر كثيرًا في القرآن ، ومنه على سبيل المثال : الآية (٤٣) من سورة البقرة .

(٢) ليست في (أ ، ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ومن كتاب الزكاة قوله : (ومن السنة قوله ﷺ : « بني الإسلام على خمس ») ، وقوله : « مانع الزكاة في النار » ، أما الحديث الأول : فصحيح من حديث ابن عمر – رضي الله عنهما – أن رسول الله ﷺ قال : « بني الإسلام على خمس : شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمدًا رسول الله ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وحج البيت ، وصوم رمضان » ، وأما قوله : « مانع الزكاة في النار » فغير محفوظ بهذا اللفظ ، والله أعلم » . المشكل (١٧٢/١ أ – ١٧٢ ب) .

وحديث ابن عمر أخرجه البخاري : (٦٤/١) (٢) كتاب الإيمان (٢) باب دعاؤكم إيمانكم (٨) ، ومسلم : (٤٥/١) (١) كتاب الإيمان (٥) باب بيان أركان الإسلام ودعائمه العظام (١٦) ، والترمذي : (٧/٥) (٤١) كتاب الإيمان (٣) باب ما جاء : بني الإسلام على خمس (٢٦٠٩) ، والنسائي : (١٠٧/٨) (٤٧) كتاب الإيمان وشرائعه (١٣) باب على كم بني الإسلام (٥٠٠١) .

(٤) في (أ ، ب) : « والفطر » .

النوع الأول : زكاة النَّعم

(والنظر في وجوبها وآدائها [١])

الطرف الأول : في الوجوب

وله ثلاثة أركان :

من يجب [٢] / عليه ، وما يجب [٣] فيه وهو السبب ، والواجب . ٣٤/ب

أما من يجب [٤] عليه : فلا يشترط فيه – عندنا – إلا الحرية والإسلام ، فتجب الزكاة على الصبي والمجنون [٥] ، ولا تجب على الكافر والرقيق ، أعني الكافر الأصلي [٦] .

وأما صفة الواجب وقدره : فيتبين ببيان مقادير النصاب .

وإنما يطول النظر في الركن الثالث [٧] وهو **ما يجب فيه** ، وله ستة شرائط : أن يكون نَعَمًا ، نصابًا ، مملوكًا ، متهيئًا لكمال التصرف ، سائمة ، باقيًا حولًا .

* * *

---

(١) في (أ ، ب) : « أداتها » .

(٢) في (ب) : « تجب » .

(٣) في (ب) : « تجب » .

(٤) في (ب) : « تجب » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فتجب الزكاة على الصبي والمجنون) من أصحابنا من أبى هذه العبارة وقال : يجب في مالهما ولا يجب عليهما ؛ لأنهما غير مكلفين ، وليس ذلك كما قال ، فإن المعنى بوجوبها عليهما بثبوتها في ذمتهما ، كما يقال : يجب عليهما ضمان ما أتلفاه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٢ ب) .

(٦) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من أن الزكاة لا تجب على الكافر الأصلي – مع أن الكافر عندنا مخاطب بالفروع – المراد به : أنها لا تجب عليه مؤداة ؛ لكونها تسقط عنه بالإسلام ، وفائدة الوجوب تعذيبه عليها إذا مات كافرًا – عافانا الله من بلائه – آمين » . المشكل (١/١٧٢ ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « الثاني » ، والحق : أنه جمع الكلام في الركنين الثاني وهو ما يجب فيه ، والثالث وهو صفة الواجب ، في هذا النظر ، فكان من الأفضل أن يقول : « إنما يطول النظر في الركنين الثاني والثالث وهو ما يجب فيه والواجب » .

الشرط الأول : أن يكون نعمًا :

فلا زكاة إلا في الإبل والبقر والغنم ، ولا زكاة في البغال والحمير والخيل والرقيق (١) .

وقال أبو حنيفة : في كل فرس أنثى [سائمة] (٢) دينار (٣) .

ولا زكاة في المتولدة (٤) من الظباء والغنم .

وقال أبو حنيفة : إن كانت الأمهات من الغنم وجب الزكاة (٥) .

* * *

---

(١) قال النووي : « إلا أن تكون للتجارة ، فتجب زكاة التجارة » . انظر : الروضة : (١٥١/٢) ، وراجع : المجموع : (٣١٠/٥) ، وفتح الوهاب : (١٠٢/١) .

(٢) زيادة من (أ ، ب) ، ضرورية للسياق ، وراجع التعليق التالي .

(٣) يرى أبو حنيفة أن الخيل السائمة إذا كانت ذكورًا وإناثًا مختلطة ففيها الزكاة ، إن شاء صاحبها أعطى عن كل فرس دينارًا ، أو قومها وأعطى عن كل مائتي درهم خمسة دراهم . وهذا رأي زفر ، وخالف محمد وأبو يوسف وقالا : لا زكاة في الخيل . وإن كانت إناثًا فقط فروايتان عن أبي حنيفة ، وإن كانت ذكورًا فقط فلا زكاة فيها عنده في رواية وهو الأصح . انظر : المبسوط للسرخسي : (١٨٨/٢) ، وشرح فتح القدير : (١٨٣/٢) ، والاختيار لتعليل المختار : (١٠٨/١) .

(٤) في (أ ، ب) : « المتولد » .

(٥) « الزكاة » : ليست في (أ ، ب) . قال السرخسي محتجًا لهذا القول : « المتولد من جنس الأم يشبهها عادة ويتبعها في الحكم ، حتى يكون لمالك الأم ، وحتى يتبع الولد الأم في الرق والحرية » . انظر : المبسوط : (١٨٣/٢) ، وراجع : حاشية ابن عابدين : (٢٨٠/٢) .

الشرط الثاني : أن يكون نصابًا :

أما الإبل : ففي أربع وعشرين من الإبل فما دونها الغنم ، في كل خمسٍ شاة .

فإذا بلغت خمسًا وعشرين إلى خمس وثلاثين ففيها بنت مخاض [(١)] ، فإن لم يكن فيها بنت مخاض فابن لَبُون ذكر [(٢)] وليس معه شيء [(٣)] .

فإذا بلغت ستًّا وثلاثين إلى خمس وأربعين ففيها بنت لبون [(٤)] .

فإذا بلغت ستًّا وأربعين إلى ستين ففيها حِقَّة [(٥)] .

وإذا بلغت إحدى [(٦)] وستين إلى خمس وسبعين ففيها جَذَعَة [(٧)] .

---

(١) في (أ ، ب) : « بنت مخاض أنثى » ، ولا حاجة إلى كلمة « أنثى » حيث تغني عنها كلمة « بنت » . وبنت المخاض : هي التي دخلت في السنة الثانية ، وسميت بذلك لأن أمها تكون حاملًا بأخرى ، فهي في مرحلة المخاض .

انظر : الاختيار (١/١٠٥) . وراجع التعليق الآتي .

(٢) يقول ابن الصلاح : « وقوله : (بنت مخاض أنثى) ، وقوله : (فابن لبون ذكر) الصحيح : أنه من التأكيد الذي يأتي به اللسان عند شدة الاعتناء بالمذكر ، وإما نية مبالغة كما في قوله ﷺ : « ما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر » ، وعندي أنه يضارع التأكيد بتكرير اللفظ وإعادته بعينه ، كما في كلمات الأذان ، والمعنى فيها أن السامع إن غفل عن الأول فلا يغفل عن الثاني معه ، ولا يصح قول من قال : إنه احتراز عن الخنثى ، فإن الاحتراز قد حصل بقوله بنت وابن ، ثم إن الخنثى جائز على الرأي الصحيح ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٢ب - ١٧٣ أ) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « وفيما أورده صاحب الكتاب من قوله : (فابن لبون ذكر ، وليس معه شيء) حَيْد عن نظام لفظ الكتاب ، من حيث إن قوله : (وليس معه شيء) ليس هاهنا فيه ، وإنما هو في آخر الكتاب في فصل آخر في معنى هذا ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٢ ب) .

(٤) بنت اللبون : سُميت بذلك لأن أمها تكون قد وضعت ولدًا لها فهي ذات لبن غالبًا ، وبنت اللبون التي دخلت السنة الثالثة . انظر : الاختيار (١/١٠٦) .

(٥) الحِقَّة : وهي التي دخلت في السنة الرابعة ، وسُميت بذلك لأنه يحق لها الحمل والركوب والضراب . انظر : الاختيار (١/١٠٦) .

(٦) في الأصل : « واحدًا » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) ، وهو الأصح .

(٧) الجذعة : ما استكمل من الإبل أربعة أعوام ودخل في الخامسة ، ومن الخيل والبقر : ما استكمل سنتين ودخل في =

فإذا بلغت ستا وسبعين إلى تسعين ففيها بنت [1] لبون .

فإذا بلغت إحدى وتسعين إلى [2] مائة وعشرين [2] ففيها حقتان .

فإذا زادت على عشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون ، وفي كل خمسين حقة .

كل ذلك لفظ أبي بكر - رضي الله عنه وأرضاه [3] ، كتبه في كتاب الصدقة لأنس [بن مالك] [4] .

وبنت المخاض لها سنة ، وبنت اللبون لها سنتان ، وللحقة ثلاث ، وللجذعة أربع .

أما البقر : فلا شيء فيه حتى تبلغ ثلاثين ، ففيها تَبِيعٌ ، وهو الذي له سنة ، ثم لا شيء حتى تبلغ أربعين ففيها مُسِنَّة ، ثم لا شيء حتى تبلغ ستين ففيها تبيعان .

ثم استقر الحساب ، ففي كل ثلاثين تبيع ، وفي كل أربعين مسنة وهي التي لها سنتان .

وأما الغنم : فقد روى ابن عمر أن النبي ﷺ كتب كتاب الصدقة ، وفيه : « في الغنم في كل أربعين شاة إلى عشرين ومائة . فإذا ....

= الثالثة ، ومن الضأن : ما بلغ ثمانية أشهر أو تسعة ، وجمعه : جِذَاع وجِذْعان . انظر : المعجم الوسيط ، مادة (جذع) .

(١) في (أ ، ب) : « ابنتا » .

(٢) في (أ ، ب) : « عشرين ومائة » .

(٣) « وأرضاه » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) . ويقول ابن الصلاح : « قوله : (كل ذلك لفظ أبي بكر - رضي الله عنه - كتبه في كتاب الصدقة لأنس) هذا الكتاب صحيح أسنده الصديق إلى رسول الله ﷺ رواه البخاري في صحيحه » . المشكل (١٧٢/١ ب) .

وهذا النص أخرجه البخاري : (٣٦٥/٣) (٢٤) كتاب الزكاة (٣٣) باب العرض في الزكاة (١٤٤٨) وأطرافه : (١٤٥٠، ١٤٥١، ١٤٥٣، ١٤٥٤، ١٤٥٥، ٢٤٨٧، ٣١٠٦، ٥٨٧٨، ٦٩٥٥) ، وأبو داود : (٩٨/٢) كتاب الزكاة - باب في زكاة السائمة (١٥٦٧) ، والنسائي : (١٨/٥) (٢٣) كتاب الزكاة (٥) باب زكاة الإبل (٢٤٤٧، ٢٤٥٥) ، وابن ماجه : (٥٧٥/١) (٨) كتاب الزكاة (١٠) باب إذا أخذ المصدق سنًّا دون سن (١٨٠٠) .

زادت (١) واحدة ففيها شاتان إلى مائتين ، فإذا زادت واحدة على المائتين ففيها ثلاث [شياه] (٢) إلى ثلاثمائة ، فإن كانت الغنم (٣ أكثر من ذلك ٣) ففي كل مائة شاة » (٤) .

والشاة الواجبة في (٥) الغنم هي الجذعة من الضأن أو الثنية من المعز ، والجذعة هي التي لها سنة واحدة (٦) ، وقيل : ستة أشهر . والثنية التي لها سنتان (٧) . ثم يتصدى النظر في زكاة الإبل في

---

(١) في الأصل : « ازدات » ، ولعله سهو من الناسخ .

(٢) زيادة من (أ ، ب) . (٣) في (أ ، ب) : « أكثر من ثلاثمائة » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره في زكاة الغنم من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - عن رسول الله ﷺ إسناده جيد ، وهو حديث حسن أخرجه أبو داود وغيره » . المشكل (١/١٧٣ أ) .

أخرجه أبو داود : (٢/٩٩) كتاب الزكاة - باب في زكاة السائمة (١٥٦٨) ، والترمذي : (٣/١٧) (٥) كتاب الزكاة (٤) باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم (٦٢١) ، والنسائي : (٥/١٨) (٢٣) كتاب الزكاة (٥) باب زكاة الإبل (٢٤٤٧، ٢٤٥٥) ، وابن ماجه : (١/٥٧٧) (٨) كتاب الزكاة (١٣) باب صدقة الغنم (١٨٠٥) .

(٥) في (أ ، ب) : « من » . (٦) « واحدة » : ليست في (أ ، ب) .

(٧) قال النووي في تفسير الجذعة والثنية : « واختلف أصحابنا في تفسيرهما على أوجه ، أصحها : الجذعة ما دخلت في السنة الثانية ، والثنية ما دخلت في السنة الثالثة ، سواء كانتا من الضأن أو من المعز . والثاني : الجذعة لها ستة أشهر ، والثنية سنة . والثالث : يقال إذا بلغ الضأن ستة أشهر وهو من شابين فهو جذع ، وإن كان من هرمين فلا يسمى جذعًا حتى يبلغ ثمانية أشهر » . انظر : الروضة (٢/١٥٣) ، وراجع : المجموع (٥/٣٦٢) .

ولذا قال الحموي : « لم يذكر الشيخ [يعني : الغزالي] الطعن في السنة الثانية في الجذعة ، ولم يذكر الطعن في السنة الثالثة في المعز ، وذكر - أيضًا - في الضحايا أنه لابد من الطعن ، فقال : وطعنت في الثانية ، والثنية هي التي طعنت في الثالثة » .

ثم قال : « وإذا كان كذلك فأي فائدة في هذه الزيادة مع أنها شيء واحد » . ثم أجاب عن هذا الإشكال بقوله : « أمكن أن يبنى هذا على قاعدة ذكرها بعض العلماء في أنه هل يشترط الطعن عند استيفاء العدد ؟ وفيه خلاف مشهور ، وقد أجرى مثل ذلك في انقضاء العدة وغيرها ، وإذا كان كذلك كان تنزيله على هذا الخلاف المذكور ، وكان اختصاص الزيادة في باب الضحايا مناسب من حيث إنه اشترط الكمال في باب الضحايا أكثر من باب الزكاة ، فإن أخرج المعيب والمريض في الزكاة يجري فيها إذا كان نصابًا معينًا ، بخلاف الضحايا .

ويمكن أن يقال : إنما ذكر الطعن في الثالثة لئلا يعتقد معتقد أنه يجزئ ما دون السنة ، فإنه يصح في لغة العرب أن يطلق السنة على معظمها بطريق المجاز . ولما قال : (وطعنت في الثانية أو الثالثة) ابتغى المجاز ، وتعين أن تكون السنة =

ستة مواضع :

النظر الأول : في إخراج الشاة عن خمس من الإبل . وفيه ثلاث مسائل :

الأولى : أن الواجب من حيث السن جذعة من الضأن أو الثنية من المعز ، ومن حيث النوع - أعني تعيين الضأن من المعز - فيه وجهان ؛ أحدهما : أنه يعتبر غالب غنم البلد ، فإن كان الغالب الضأن أخرج الضأن ، كما تعتبر زكاة الفطر بغالب القوت على الأصح ، خلاف الشاة الواجبة في أربعين ، فإنه يعتبر بالمخرج منه ؛ لأنه من جنسه .

والثاني : أنه يخرج ما شاء (1) ، فإنه ينطلق عليه اسم الشاة ، ولم يجب إلا شاة ، كما يجري في الرقبة المطلقة في الكفاءة ما ينطلق (2 الاسم عليه 2) ، وكذا الشاة المذكورة في المناسك .

وقيل : إنه يعتبر جنس (3) غنم صاحب الإبل ، وهو بعيد .

الثانية : لو أخرج جَذَعًا ذكرًا أو ثنيًا ذكرًا ، فيه وجهان (4) :

أحدهما : يجزئ اتباعًا للاسم . والثاني : لا ، تنزيلًا للمطلق هاهنا على المفصل في زكاة الغنم ، وهي الأنثى . وهذا الخلاف جاء في شاة الجبران .

الثالثة : لو أخرج بعيرًا عن العشرين فما دونه يجزئ ؛ لأنه يجزئ عن خمس وعشرين (5 فهو بأن 5) يجزئ عن الأقل أولى ، ولا بأس وإن كانت قيمته أقل من الشاة (6) .

= حقيقة في مجموعها ، وإذا كان كذلك كان في الزكاة مثل ذلك ، وإنما أهمل ذكرها فيها استغناءً بما ذكره في الضحايا لئلا يعاود كلامه » . مشكلات الوسيط (٦٠ ب - ٦١ أ) .

(١) قال النووي : « وهو الصحيح فإنه يخرج ما شاء من النوعين ، ولا يتعين الغالب ، صححه الأكثرون ، وربما لم يذكروا سواه ، ونقل صاحب (التقريب) نصوصًا للشافعي تقتضيه ورجحها » . ثم قال : « والمذهب أنه لا يجوز العدول عن غنم البلد ، وقيل : وجهان » . الروضة : (١٥٤/٢) ، وراجع : المجموع : (٣٦٣/٥) .

(٢) في (أ ، ب) : « عليه الاسم » .

(٣) « جنس » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) أصحهما : الإجزاء مطلقًا ، سواء كانت الإبل ذكورًا كلها ، أو إناثًا ، أو مختلطة . انظر : الروضة (١٥٤/٢) ، وراجع : المجموع (٣٦٢/٥) .

(٥) في (أ ، ب) : « فبأن » .

(٦) هذا هو المذهب ، ذكره النووي ثم قال : « وفيه وجه : أنه لا يجزئه البعير الناقص عن شاتين » .

وقال القفال : لا يؤخذ ناقص القيمة . وهو بعيد ؛ لأنه التفات إلى البدل ، ولم يوجد هذا بطريق البدلية .

وقيل : إنه لا يجزئ بعير عن عشرة [1] ، بل لا بد من حيوانين ، إما بعير وشاة ، وإما [2] بعيران . وهو - أيضًا - بعيد ؛ لما ذكرناه من طريق الأَوْلى .

وترددوا في أن البعير المخرج من الخمس ، [هل] [3] كله فرض أو الفرض خمسه ؟

النظر الثاني : في كيفية العدول عن بنت مخاض عند فقدها إلى ابن لبون ، وفيه أربع مسائل :

الأولى : إن لم يكن في ماله بنت مخاض ولا ابن لبون تخير [4] في الشراء ؛ لأنه مهما اشترى ابن لبون فقد صار موجودًا [5] دون بنت مخاض ، ويلزم [6] أخذه . وقال صاحب التقريب : يتعين شراء بنت مخاض لاستوائهما [7] في الفقد كاستوائهما في الوجود [8] .

الثانية : لو كان في ماله بنت مخاض معيبة فهي كالمعدومة ، فيؤخذ منه ابن لبون ، وإن كانت كريمة فلا يطالب بها . قال القفال : يلزمه شراء بنت مخاض ؛ لأنها موجودة في ماله ، وإنما نزل [9] نظرًا له ، فلا [10] يؤخذ ابن لبون . وقال غيره : يؤخذ لأنها كالمعدومة ، إذ لا يجب تسليمها .

---

(١) في (أ ، ب) : « العشرة » .

(٢) في (أ ، ب) : « أو » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) في (ب) : « يخير » .

(٥) في (أ ، ب) : « هذا موجودًا » .

(٦) في (أ ، ب) : « فيلزم » .

(٧) في (أ ، ب) : « لأن استواءهما » .

(٨) قال ابن الصلاح : « هذا حَيْد عن نظام لفظ الكتاب ، من حيث إنه عَيَّنَ الشرى في تحصيل ما يخرجه من الواجب في مسائل ذكرها ولا يتعين ، والمراد تحصيله إما بالشرى وإما بغيره ، والله أعلم » . المشكل ١٧٣/١أ) .

(٩) في (ب) : « تركت » .

(١٠) في (أ ، ب) : « ولا » .

الثالثة : الخنثى من بنات لبون (١) ، تؤخذ بدلًا (٢) عن بنت مخاض عند فقده (٣) ؛ لأنه بين أن يكون ذكرًا أو أنثى ، وكلاهما مأخوذان . وقيل : إنه لا يؤخذ بدلًا عن بنت مخاض ؛ لتشوه الخلقة بهذا النقصان (٤) / . ٣٥/أ

الرابعة : لو أخرج حِقًّا بَدَلًا عن بنت لبون عند فقدها ، أخذ جَبْرًا لفوات الأنوثة بزيادة السن ، وقياسًا (٥) على ابن لبون بالنسبة إلى بنت مخاض . وقال صاحب التقريب : يحتمل أنه لا يؤخذ ، لأنه بدل وليس منصوصًا [عليه] (٦) .

النظر الثالث : في الاستقرار (٧) ؛ فإذا زادت واحدة على مائة وعشرين ، ففيها ثلاث بنات

---

(١) في (أ ، ب) : « اللبون » . ويقول ابن الصلاح : « قوله : (الخنثى من بنات اللبون) فيه تناقض من حيث ظاهر اللفظ ، فإن ما كان من بنات اللبون كانت بنت لبون لا خنثى ، فكأنه أراد خنثى من جنس بنات اللبون » . المشكل (١/١٧٣ أ) .

(٢) « بدلًا » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « فقدها » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله فيه : (لتشوه الخلقة بهذا النقصان) عبارة فيها كزازة ، ولو عكس فقال : (لنقصان تشوه الخلقة) لكان حسنًا ، وفي (البسيط) : (لأنه مشوه الخلقة ، وتنقص الرغبة فيه) . ويتوجه ما قاله هاهنا بأن يقال : المراد بهذا اللفظ بان الخنوثة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٣ أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « قياسًا » .

(٦) زيادة من (أ ، ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (النظر الثالث : في الاستقرار) أي : في استقرار الفريضة على حساب واحد ، وهو أن في كل أربعين بنت لبون ، وفي كل خمسين حقة .

والانبساط المذكور مقدمة لتلك العبارة ، على أن يقال : (يجعل في كل أربعين وثلث بنت لبون) هذه عبارة شيخه ؛ والأحسن عبارة صاحب (التتمة) وهو أنه يخص الواحد جزء من مائةٍ وأحدٍ وعشرين جزءًا من ثلاث بنات لبون ؛ لأنه القياس وظاهر الحديث ، وإنما كان القياس الانبساط اعتبارًا برءوس سائر النُّصُب كالخامس والعشرين والسادس والثلاثين وغيرهما ، فإنه يأخذ قسطًا من الواجب ، ويعتضد من الحديث بقوله ﷺ في كتاب الصدقة الذي كان عند آل عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – ورواه أبو داود في السنن فإذا كانت إحدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون .

ووجه عدم الانبساط قوله في كتاب أبي بكر الصديق الذي مضى في (الوسيط) ذكره ، وهو في صحيح البخاري : (فإذا زادت على عشرين ومائة ، ففي كل أربعين بنت لبون) ، وهذا يوجب إخراج الواحد عن المقابلة ، ولا يمتنع أن يكون الشيء مغيرًا للفرض ، وإن لم يكن له نصيب منه كالأخوين مع الأبوين يغيران نصيب فرض الأم ، ولا نصيب لهما منه ، والمذهب هو الأول . =

لبون ، وفي انبساط الواجب على الواحدة وجهان ؛ أحدهما : القياس أنه ينبسط . والثاني : أنه لا ينبسط ، حتى يكون في كل أربعين بنت لبون . وعلى هذا بنى (١) أنه لو زاد نصف بعير على مائة وعشرين وجب ثلاث بنات لبون ، وهو بعيد .

وأما أبو حنيفة فإنه قال : يستأنف الحساب عند ذلك (٢) ، فيجب في كل خمس شاة . وقال ابن خيران : يتخير بين مذهب الشافعي و [مذهب] (٣) أبي حنيفة رضي الله عنهما (٤) .

= قلت : ولم أرَ لهم انفصالًا عن قوله : (فإذا زادت عن عشرين ومائة) ، والانفصال معناه : أنه على النصاب الذي هو مائة وإحدى وعشرون ، فعبر عن النصاب بمعظمه اختصارًا على عادتهم في تسمية الشيء بمعظمه ، فيكون المراد بهذا الحديث بيان الحكم فيما زاد على هذا النصاب الذي هو مائة وإحدى وعشرون ، لا بيان هذا النصاب وواجبه ، والدليل على أن هذا هو المراد به قوله : (وفي كل خمسين حقة) ، وهذا لا وجود له في مائة وإحدى وعشرين .

وأما الحديث الآخر : فوارد لبيان مقدار هذا النصاب وواجبه ، فانتفى التعارض بينهما ، والله أعلم .

ثم فائدة هذا الخلاف ما إذا تلف الحادي والعشرون بعد المائة قبل التمكن من الأداء وبعد الوجوب ، فعلى وجه الانبساط يسقط من الواجب جزء من مائة وإحدى وعشرين جزءًا ، وعلى الآخر لا يسقط شيء » . المشكل (١/ ١٧٣أ - ١٧٣ ب) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وعلى هذا بنى) الباني عليه وهو أبو سعيد الإصطخري جود نظره إلى قوله : (فإذا زادت) ، والبعض زيادة ، وليس بصحيح لما ذكرناه من فساد الأصل الذي بناه عليه ، ولو سلم له ذلك لم يصح له هذا ، فإنه لاعهد بمثله ، إذ سائر النُّصُب لا تغير بأقل من واحدة ، ويختص الحديث بزيادة واحد بالقياس عليها ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٣ ب - ١٧٤ أ) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله عن أبي حنيفة : (يستأنف الحساب عند ذلك) أي عند المائة والعشرين ، قال : (فيجب في كل خمس شاة) يعني : إلى خمس وعشرين يجب فيها بنت مخاض مع الحقتين اللتين كانتا ، فإذا بلغت المائة والخمسين ففيها ثلاث حقاق ، ثم يستأنف فريضة الخمس للشاة إلى مائة وخمسة وسبعين فيجب فيها بنت مخاض مع الحقاق الثلاث في تفصيل معروف لهم » . المشكل (١/١٧٤ أ) .

(٣) الزيادة من (أ ، ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وقال ابن خيران : يتخير) هكذا قال ، وإنما هو ابن جرير الطبري صاحب (المذهب) ، وقد سبقه بهذا التعبير شيخه ، فإنه قال : حكى العراقيون أن ابن خيران - من شيوخنا - قال كذا ، وإنما حكاه العراقيون عن ابن جرير الطبري ، وهو معروف الإشكال فيه » . المشكل (١/١٧٤ أ) . =

النظر الرابع : في اجتماع بنات اللبون والحقاق ، فإذا ملك مائتين من الإبل فهي أربع خمسينيات [1] ، وخمس أربعينيات [2] . فإن لم يوجد فى ماله إلا أحد السنين أخذ [3] ، وإن فقد فله أن يشتري ما شاء على الصحيح ، وإن [4] وجدا جميعًا [4] فالواجب إخراج الأغبط للمساكين ؛ لأنهما متساويان فى [5] الوجوب والوجود [5] ، ولابد [6] من ترجيح ، فغرض

= وقد وقع في بعض النسخ زيادة قوله : (من شيوخنا) بعد قوله : (ابن خيران) ، ولذا قال ابن الصلاح : وقوله : (من شيوخنا) زيادة تركبت على اعتقاد ابن خيران ، وهكذا وقع فيما سبق في الطهارة .

ثم إن ابن جرير قال : (إذا مسح رأسه ثم حلقه انتفض طهره) جعله هو عن ابن خيران ، وهو سهو أيضًا ، وقد نبهنا عليه في موضعه .

واستظهرت بعد جزمي بذلك كتاب القاضي أبي منصور الصباغ في اختلاف المذهب بخطه فوجدته (ابن جرير) في الموضعين ، والله أعلم .

وهذا القول يكاد يكون خارقًا للإجماع ، فإن التخير خروج عن المذهب وغيرهما ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٧٤أ) .

(١) في (أ ، ب) : « خمسينات » .

(٢) في (أ، ب) : « أربعينات » . ويقول ابن الصلاح : « قوله : (خمسينات وأربعينات) مستنكر في العربية إلا على شذوذ مستخرج من أجزاء هذه الصيغ لمجرى المفردات في إغراب آخر كما في قول الشاعر : وجاوزت حد الأربعين » . المشكل (١/ ١٧٤ ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (اجتماع الحقاق وبنات اللبون) إلى قوله : (فإن لم يوجد في ماله إلا أحد السنين أخذ) أي : وإن كان غير الأغبط ، وإن قلنا : الواجب الأغبط عند وجودهما ؛ لأن وجوده مع عدم الأغبط يوجب تجويزه ، كما كان عدم بنت مخاض يجوز ابن لبون ، مع كونه بدلًا ، ففيما يصلح أن يكون عين الواجب أولى ، وفي غير هذه الطريقة ما يقتضي أنه لا يجوز ، وعلى قول تعين الأغبط ، والله أعلم .

ما في الكتاب قوله ، والذي لا ينبغي غيره ؛ إذ فيما رواه أبو داود في كتاب آل عمر - رضي الله عنه - : (فإذا كانت مائتين ففيها أربع حقاق أو خمس بنات لبون) الخيرة إلى المعطي ، ثم قال : (وإن فُقِدَا معًا فله أن يشتري ما شاء على الصحيح) بمعنى أن فيه وجهًا آخر : أن تساويهما في الفقد في إيجاب الأصلح كتساويهما في الوجود ، وسبق نظيره » . المشكل (١/ ١٧٤ أ - ١٧٤ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « وجد الجميع » .

(٥) في (أ ، ب) : « الوجود والوجوب » .

(٦) في (أ ، ب) : « فلابد » .

المساكين أولى ما يرجح به ، بخلاف الشاتين والدراهم في الجبران ، فإن لفظ الخبر دَلَّ على أن الخيرة للمعطي فيه [1] .

وخرج ابن سريج قولًا : أنه يتخير هاهنا كما في الجبران . ونقل العراقيون قولًا : أن الحقة تتعين لأن رغبة الشرع في زيادة السن أكثر منه في زيادة العدد ، فإنه [2] لم يزد في العدد إلا بعد انقطاع الأسنان المعتبرة [3] .

التفريع على النص : إذا أخرج غير الأغبط فأخذ الساعي عمدًا لم يقع الموقع ، وإن أخذه باجتهاده فوجهان [4] ..

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قال : (فإن لفظ الخبر دل على أن الخيرة للمعطي) هذا يوهم أنه فرق بينهما بالخبر ، وليس كذلك ، فإن النصوص والإجماع يصح الفرق بها ؛ لأن المنازع يقول : ورود النص هناك يدل على مثله هاهنا بطريق القياس ، فلا يندفع إلا بفرق من حيث المعنى يبطل القياس ويمنع من الجمع ، وهذه قاعدة بينة في الفرق .

وبعد هذا فالفرق المعنوي بين هذا والخبر : أن الخبر إن شرع للتخفيف على معطيه فكانت الخيرة في كيفية النية رعاية لجانبه إلحاقًا لوصفه بأصله في ذلك ، والكلام هنا في تعيين أحد الواجبين وصفة الواجب ، وقد علم أن غرض المساكين هو المقصود بأصل الإيجاب فكان هو أولى بالرعاية في صفة الواجب ، إلحاقًا للأصل بالأصل أيضًا ، وهذا قوي يظهر به ضعف اختيار ابن سريج ، وإن كان المؤلف وشيخه قد استهوياه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٤ ب - ١٧٥ أ) .

(٢) في (ب) : « فإن » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (الأسنان المعتبرة) أي التي تعتبر في تزايد النُّصُب حتى تقع زيادة السن بالأجذاع وقفت في مقابلة الخمسة عشر الزائدة على الست والأربعين ، فإنما انتهت عند الجذعة ؛ لأن زيادة سن الثنية والرباعية وما بعدها لا يؤثر ، والله أعلم .

وقوله في زيادة منافعها : وكثير من ذلك تصاعد في الكبر المفضي إلى تراجع القوى والمنافع ، والله أعلم .

وإذا قلنا : زيادة سن الثنية يقابل بالجبران ، فنقول : ما فيه من الزيادة ، وإن قاوم الجبران ، فلا يلزم أن يقاوم زيادة العدد ، والشارع هو العالم بمكنته ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٥ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « وجهان » . ويقول ابن الصلاح : « قال : (إن أخذه باجتهاده) أي اجتهد فيما هو الأغبط ، فظن أن ما أخذ هو الأغبط ، وأخطأ فلم يكن ، فوجهان ؛ أحدهما : يجري . قلت : وجهه من القياس لو أخذ غير الأغبط عامدًا باجتهاده في تجويزه إلحاقًا لهذا الاجتهاد بذلك الاجتهاد ، والثاني : لا ؛ لأنه بان خطؤه في اجتهاده ، فنظيره هناك أن يبن له الخطأ في اجتهاد التجويز ، وذلك بأن يظهر دليل قاطع على خلافه ، فإنه ينتقض ، وهذا الفرق يتجه فيما إذا بان ترك الأغبط قطعًا ، وإلا فلا يظهر بينهما فرق ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٥ أ) .

فإن قلنا : يقع الموقع ، ففي وجوب قدر التفاوت وجهان (١) . فإن قلنا : يجب ، فإن لم يجد به (٢) شِقْصًا أخذنا الدراهم (٣) ، فإن (٤) وجد فهل يجب شراء شقص ؟ فوجهان ، فإن قلنا : [يجب] (٥) ، فيشتري من جنس الأغبط أو من جنس المخرج ؛ فوجهان (٦) .

فروع ثلاثة :

الأول : لو أخرج حقتين وبنتي لبون ونصف ، ولم يجزْ للتشقيص ، فلو (٧) ملك أربعمائة فأخرج أربع حقاق وخمس بنات لبون فالأظهر الجواز .

وفيه وجه : أنه لا يجوز التفريق في جنس المخرج .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « وجه عدم وجوب التفاوت ما ذكرناه من وقوعه الموقع بناء على الاجتهاد ، والفرق الآخر لم أر له توجيهًا يصرح به ، ولعله أن تأثير الاجتهاد يظهر في إجزاء المأتي به ، وقد حصل ذلك ، وقدر التفاوت ليس فيه إلا ترك محض ، وتأثير الاجتهاد في النفاذ المانع من نقضه إنما هو فيما يفعل لا فيما يترك ، فإنه لا يلزم من مخالفته في الترك نقضه لكونه عدمًا محضًا لا يتصور نقضه ، والله أعلم » . المشكل (١٧٥/١ أ - ١٧٥ ب) .

(٢) « به » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فإن لم يجد شقصًا أخذ بالدراهم) ينبغي أن يخصص هذا بما إذا كان نقد البلد دراهم ، فإن كان غيرها فما هو نقد البلد ، والله أعلم » . المشكل (١٧٥/١ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٥) زيادة من (أ ، ب) . قال ابن الصلاح : « وجه وجوب الشقص : امتناع إخراج القيمة مع الإمكان ، ووجه الآخر : الحذار من ضرر الشقص ، وعلى هذا فلو أخرجه فلشيخه تردد في إجزائه لما فيه من العسر في حق المساكين أيضًا ، وظاهر المذهب عنده إجزاؤه ولم يعلله ، ولعل علته أن الشقص هو الأصل فلا حق للمسكين في غيره ، وليس له على المزكي إبدال ما يستحقه بأيسر منه ، وإنما جاز الإبدال رفعًا للعسر عن المالك ، فإذا لم يرده لم يلزم به » . المشكل (١٧٥/١ ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « فيه وجهان » . يقول ابن الصلاح : « (يجب من جنس الأغبط) ؛ لأنه الأصل ، فإذا لم يدرك كله لم يترك جله » . المشكل (١٧٥/١ ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « ولو » .

الثاني : لو جعل الحقاق الأربع (1) أصلًا ، ونزل إلى بنات المخاض ، وضم ثمانية جبرانات ، واتخذ بنات اللبون أصلًا ، ورقي إلى الجذاع ، وطلب عشر جبرانات لا (2) يجوز ؛ لأنه تَخَطَّى في الصورتين سِنًّا واجبًا هو أصل في نفسه (3) ، وتكثير الجبران بغير حاجة لا يجوز .

الثالث : لو كان في ماله حقة وأربع بنات لبون فجعل بنات اللبون أصلًا وأخذ جبرانًا للحقة جاز ، ولو جعل الحقة أصلًا وأخرج معها ثلاث بنات لبون وثلاث جبرانات ، فالمذهب جوازه . وقيل : يمتنع لأنه يبقى في ماله بنت لبون وهو مستغنٍ عن الجبران فيه (4) .

النظر الخامس : في الجبران ؛ وجبران كل مرتبة في السن عند فقد السن الواجب شاتان أو عشرون درهمًا منصوص عليه (° ، وإن °) رقي بسنين (6) جمع بين جبرانين (7) .

---

(1) « الأربع » : ليست في (أ ، ب) . قال ابن الصلاح : « (الفرع الثاني : لو جعل الحقاق أصلًا) يعني : فيما إذا عدم الحقاق وبنات اللبون » . المشكل (1/175 ب) .   (2) في (أ ، ب) : « فلا » .

(3) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لأنه تَخَطَّى سنًا واجبًا وهو أصل) فيه احتراز مما يجيء بعده فيما إذا كان واجبه بنت لبون ، فرقي إلى الجذعة فإنه يجوز ، وإن تَخَطَّى سنًّا ، لكن غير واجب ولا أصل ، وجه تأثيره في الفرق هو : أنه إذا كان السن المتخطى واجبًا أمكن أن يجعله أصلًا لما يخرجه ، ويقتصر على جبرانه الواحد ، بخلاف ما إذا لم يكن واجبًا ، ففيما إذا أخرج الجذعة وليس واجبه إلا بنت لبون لا يمكنه جعل ما تخطاه من الحقة أصلًا ؛ لأنها ليست من واجبه ، وهاهنا إذا أمزح الجذاع عن بنات اللبون يمكنه أن يجعلها عما يتخطاه من الحقاق ؛ لأنها من واجبه ، فتقديره إياها عن بنات اللبون تكثير للجبران بالتشهي فلا يجوز » . المشكل (1/175 ب) .

(4) قال ابن الصلاح : « قوله : (فيما إذا أخرج حقة وثلاث بنات لبون بثلاث جبرانات فالمذهب جوازه ، وقيل : يمتنع هذا) ومال عليه الإمام الجويني وقال : إنه مزيف لا أصل له ولا اعتداد به ، وقال صاحب (التتمة) : إنه الصحيح ووجهه الخلق بعد الفرض بكله في المنع من العدول إلى الجبران عنه مع وجوده ، والجواب عنه أنه الأسوأ فإنه والحالة هذه لا يستغنى معه عن الجبران رأسًا ، والله أعلم » . المشكل (1/175 ب - 176 أ) .

(5) في (أ ، ب) : « فإن » .   (6) في (ب) : « السنين » .

(7) يقول ابن الصلاح : « قوله : (جبران كل مرتبة في السن منصوص عليه) أي : في الحديث ، وهو موجود في تمام حديث أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - في الثلاثة الجذعة والحقة وبنت اللبون إعطاءً واحدًا ، فإن رقي سنين يعني مع فقد السن الأقرب ، كما إذا وجب بنت مخاض وليست عنده ، ولا بنت لبون ، فرقي إلى الحقة ، قال غيره : ولدي لورقي ثلاثة أسنان كما إذا لم تكن عنده حقة ، ورقي إلى الجذعة في الصورة المذكورة فهذا جائز بلا خلاف في المذهب ، والخلاف يأتي فيما إذا وجد السن الأقرب فيما بين سنين » . المشكل (1/176 أ) .

ولا مدخل للجبران في زكاة البقر [(١)] ، وفيه أربع [(٢)] مسائل :

الأولى : أن الخيرة إلى المعطى [(٣)] في تعيين الشاة أو الدراهم ، وفي الانخفاض لتسليم الجبران [(٤)] أو الارتفاع [(٤)] لأخذ الجبران ، [قيل :] [(٥)] الخيرة فيه إلى المالك . ومن أصحابنا [(٦)] من نقل نصًا عن الإملاء [(٧)] : أن المتبع الأغبط للمساكين ، كما في اجتماع الحقاق وبنات اللبون ،

(١) قال ابن الصلاح : « ولا جبران في غير زكاة الإبل أصلًا ، وإنما خصص المؤلف البقر بذكر ذلك فيما لا مكان للجبران فيها لتعدد المرتبة فيها فيما بين سنين دون الغنم ، وإنما لم نقسها على المنصوص كما قسنا على المنصوص الزيادة على السن الواحد في المسألة قبلها ؛ لأن القياس يتوقف على معرفة مساواة مقدار التفاوت بين السنين في هذا المقدار ، التفاوت المنصوص عليه ولا سبيل إليه . وقد منع ابن المنذر – وهو أحد من يكثر اختياره لغير المذهب من أصحابنا – من الأول أيضًا ، وجه على المنصوص .

ونحن نقول : ما أخرجه مع جبران أحد السنين منزل بالنص منزلة السن الأقرب ، فيصير المجموع مع الجبران الثاني كما لو كان المجموع معه السن الأقرب وحده . مثاله : إذا وجب عليه حقة فأخرج بنت مخاض مع جبرانين ، فهي مع الجبران الأول منزلة بالنص منزلة بنت لبون ، فتكون هي في الجبران الأول مع الجبران الثاني كبنت لبون مع الجبران الذي بينها وبين الحقة ، وهو ثابت في الصحيح – أيضًا – بالنص ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٦أ- ١٧٦ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « خمس » ، والمسائل معدودة خمسًا في (أ ، ب) ، وسيتضح من مواضع فروق النسخ .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (الأولى : أن الخيرة إلى المعطي) حجته أن النبي ﷺ قال فيه : « ويعطي معها شاتين أو عشرين درهمًا » ، وهو ظاهر في تخييره ، ولأنه تخيير بين أمرين فكانت الخيرة فيه إلى الفاعل لا إلى غيره ، كما في الكفارة الحرة ، والخلاف المذكور في المسألتين موضعه ما إذا كان أحد الأمرين أغبط ، أما إذا تساويا فالأظهر القطع بأن المبيع اختيار المالك ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٦أ - ١٧٦ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « والارتفاع » .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « الأصحاب » .

(٧) يقول ابن الصلاح : « قال : (ومن أصحابنا من نقل نصًا عن الإملاء في الانخفاض والارتفاع) احتجاجه لاستبعاده يُشْعَر به ، وليس الأمر على ذلك ، فإن النص في (الإملاء) منقول في كتاب شيخه ثم في (البسيط) وغيرهما في المسألة الأولى ، فسبيلنا أن يوفق بينهما ، وهذا ينطبق على ذلك على استكراه ، وذلك أنه نقل نص (الإملاء) بالمعنى لا على اللفظ ، فإن المنقول منه أن الخيرة للساعي ، لكن لما كان خيار الساعي مقصودًا على الأغبط للمساكين نقله هو كذلك مصرحًا به ، وقال : (عن الإملاء أن المتبع الأغبط) بلفظ يصلح للنقل بالمعنى ، =

وهو بعيد ؛ لأنه أثبت ترفيهًا للمالك ، كيلا يحتاج إلى الشراء فلا يليق به إلا التخيير .

نعم [1] لو كانت إبله مراضًا فوجب بنت لبون فأخرج بنت مخاض مع جبران قبل ، ولو ارتقى إلى حقة وطلب [2] جبرانًا لم يجزْ ؛ لأنه ربما يزيد قيمة الجبران على المريضة .

الثانية [3] : لو وجب [4] بنت مخاض فنزل إلى فصيل مع جبران لم يجز ؛ لأنه ليس ذلك سنًّا . ولو وجبت جذعة فأخرج ثنية وطلب جبرانًا فوجهان ؛ أحدهما : له ذلك كسائر الأسنان ، والثاني : لا ؛ لأن الثنية ليست من أسنان الزكاة [5] .

= وأن قوله نسبة هذا الحكم إلى (الإملاء) لا هذا اللفظ ، ولهذا كان قولنا : إن كذا كان كذا ، صيغة يختارها من ينقل بالمعنى .

ثم مقتضى هذا القول في المسألة الأولى أنه إذا كان المعطي المالك فلا يتبع خيرته ، بل يتبع الأغبط للمساكين .

ثم لما خرج من هذا – أيضًا – في المسألة الثانية أنه لا خيرة للمالك ، والمخرج من النص داخل في معناه ، أضاف المؤلف الجميع إلى نص (الإملاء) لكون معناه هو المنقول وأنه من معناه .

وقوله : (وهو بعيد ؛ لأنه أثبت ترفيهًا للمالك) يندرج فيه المسألة الأولى ، لما ذكرته من أن محل مخالفة هذا القول فيها ما إذا كان المعطي هو المالك ، فإن قلت : ففي بعض النسخ في المسألة الثانية : (قيل : الخيرة للمالك) بزيادة قيل ، وفيه خلاص من الإشكال ؛ لأنه يكون قد قطع في المسألة الأولى ، فإن الخيرة للمعطي من غير خلاف ، وفي المسألة الثانية نقل عن بعض الأصحاب من أن الخيرة للمالك ، وعن النص أن الخيرة للساعي حتى يكون المبيع هو الأغبط ، وهذا وإن كان خلاف نقله شيخه ، ونقله هو على ما سبق ، لكن ثابت هكذا في طريقة العراق في (المهذب) وغيره ، فلعله اختار في هذا الكتاب تلك الطريقة .

قلت : يمنع كلامه على ذلك كونه نسب النص إلى (الإملاء) ونص الإملاء منقول في الأولى كما سبق ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٦ ب – ١٧٧ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « الثانية » بدل : « نعم » .

(٢) في (ب) : « فطلب » .

(٣) في (أ ، ب) : « الثالثة » .

(٤) في (أ ، ب) : « وجبت » .

(٥) قال ابن الصلاح : « النص المنقول في المسألة الثانية هو عن المزني في مختصره ، قال : (أحدهما : له ذلك كسائر الأسنان) ويخالف الفصلين أن الثنية تقع موقع الجذعة لو لم يطلب جبرانًا بلا خلاف ، فهي من الأسنان المجزية ، وإن لم تكن من الواجبة فخلاف الفصيل » . المشكل (١/١٧٧ أ) .

الثالثة [١] : لو كان عليه بنت لبون ، فلم يجد ، وفي ماله حقة وجذعة ، فرقي إلى الجذعة ، وطلب جبرانين ، ففي جوازه وجهان ؛ وجه المنع : أنه مستغنٍ عن الجبران الثاني بوجود الحقة [٢] .

وكذا الخلاف إذا نزل من الحقة إلى بنت [٣] المخاض ، مع وجود بنت اللبون ، ولو رقي من [٤] بنت لبون [٥] إلى الجذعة مع وجود بنت مخاضٍ فوجهان مرتبان ، وأولى بالجواز ؛ لأن القريب الموجود ليس في جهة الترقي [٦] .

الرابعة [٧] : لا يجوز تفريق الجبران [٨] الواحد بإخراج شاة وعشرة دراهم ، ولو رقي سنين

(١) في (أ ، ب) : « الرابعة » .

(٢) في (أ ، ب) : « لوجود الحقة » .

ويقول الحموي : « ذكر الشيخ قبل هذه مسألة أخرى ، وقال : (لو جعل الحقاق الأربع أصلًا ونزل إلى بنات المخاض ، وضم ثماني جبرانات ، واعتبر بنات اللبون أصلًا ، ورقي إلى الجذاع وطلب عشر جبرانات لا يجوز ؛ لأنه لا يخطئ في الصورتين سِنًّا واجبًا ، وهو أصل في نفسه ، وتكثير الجبران لغير حاجة لا يجوز » .

ثم قال : « ما ذكره الشيخ في التعليل صالح لهما ، فإنما كان كذلك ؛ لأنه وجه الأول ، وقال : (لأنه مستغنٍ عن الجبران فيها) ، ولكونه يخطئ سنًّا واجبًا ، وعلل في المسألة الأخرى ، وقال : تكثير الجبران لغير الحاجة غير جائز ، وإذا كان المعنى موجودًا فيهما لمن يتأمل ذلك ، فعلى هذا ينبغي أن يكون الخلاف فيهما .

أمكن أن يجاب عنه بأن يقال : ما ذكره الشيخ أولًا مفروض فيما إذا كان في ماله بنات اللبون ، ونزل إلى بنات المخاض أو رقي إلى الجذاع ؛ لأنه يخطيء سنًّا واجبًا مع القدرة عليه ، وما ذكره في مسألتنا مفروض فيما إذا لم يجد بنت اللبون في ماله ، وقد نبه عليه الشيخ في قوله : (ولم يجد) ولهذا أنشأ الخلاف فيه ، وهذا الإشكال ضعيف ، وإنما ذكرناه لاستشكال بعضهم » . مشكلات الوسيط (٦١ أ - ٦٢ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « بنات » .

(٤) في (أ ، ب) : « مع » .

(٥) في (أ ، ب) : « اللبون » .

(٦) قال ابن الصلاح : « وجه الجواز في المسألة الرابعة : أن القريب الموجود ليس واجب ماله ، فلا يمنع وجوده بما سوغه له فقد الواجب » . المشكل (١/١٧٧ ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « الخامسة » .

(٨) يقول ابن الصلاح : « قال : (لا يجوز تفريق الجبران) هذا إذا كان من المالك ، أما إذا كان من الساعي فالصحيح من المذهب على ما ذكره المتولي : أنه يجوز لأنه ليس زكاة بل هو عوض لما زاده فلا حجر عليه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٧ ب) .

أو نزل وجمع بين عشرين درهمًا وشاتين جاز ، كما في (١ كفاءة يمينين ١) .

النظر السادس : في صفة المخرج من حيث النقصان والكمال ؛ والنقصان خمسة : المرض ، والعيب (٢) ، والذكورة ، والصغر ، ورداءة النوع كالمعز بالنسبة إلى الضأن ، (٣ فإن كان كل المال (٤) كاملًا في هذه الصفات لم يؤخذ إلا الكامل ٣) ، وإن (٥) كان كل المال ناقصًا فيؤخذ من جنسه إلا في نقصان الذكورة والسن ، فإن فيها وجهين ؛ أحدهما : يؤخذ قياسًا على غيره ، والثاني : لا ؛ لأن اسم الشاة أو بنت لبون ينطلق / على المريضة والمعيبة والرديئة ، ولا ينطلق على ٣٥/ب الذكر (٦) والفصيل . وقد وجب بلفظ بنت لبون مثلًا ؛ ولأنه يؤدي أخذ الذكر والصغير إلى التسوية بين القليل والكثير ، فيؤخذ من إحدى وستين واحدة ، ومن (٧) خمس وعشرين واحدة ،

---

(١) في (أ ، ب) : « الكفارة في يمينين » . ويقول ابن الصلاح : « قال : (جاز كما في الكفارتين) والوجه الضعيف المذكور في الحقاق وبنات اللبون في أربع المائة لم يذكره هاهنا هو وغيره أيضًا ، ولعل الفرق : أن الجبران هاهنا متعدد قطعًا لتعدد المجبور ، وهناك لا نسلم أنهما نصابان ؛ بل الأربع نصاب واحد ، وإن كان بعضها يستقل نصابًا لو انفرد ، كما أن المائتين كذلك ، ثم هي نصاب لا يجوز تبعيض واجبه ، وما يجيء من الخلطة من كون فرض السبعين ينبسط عليها كلها يُستعان به في هذا ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٧ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قال : (المرض والعيب) لو قال : (العيب) وحده لأجزأ عن المرض ، من حيث إنهما من وصفها الأخص والأعم ، ثم الصحيح في العيب أنه يرد به المبيع ، وقيل : إنه يعتبر معه أيضًا عيوب الضحايا ، وإن لم تنقص المالية كالشرقاء ونحوها ، وهو مزيف ؛ لأنه تمليك مال فلا يعتبر فيه إلا ما يخل بالمالية ، ولا يرد عليه الخصي ؛ لأنه يحل بالمالية من وجه ، فلم يكن ذلك مسقطًا حكم النقيصة من الرد ، وهذا إذا لم يقل : إن عيوب الصحية يرد بها المبيع ، وهو المذهب » . المشكل (١/١٧٧ ب) .

(٣) ما بين القوسين ليس في (ب) .
(٤) في (أ) : « المال كله » .

(٥) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من أن اسم الشاة لا ينطلق على الذكر ، ظاهره : أن لفظ الشاة لا يستعمل في الذكر ، وهو غير صحيح في اللغة ، غير أن الشاة الواجبة مفسرة بالجذعة من الضأن ، والثانية من المعز ، كما جاء عن سويد بن غفلة : سمعت مصدق رسول الله ﷺ قال : أمرت بالجذعة من الضأن والثنية من المعز ، وإذا كان كذلك فلا ينطلق ذلك على الذكر » . المشكل (١/١٧٧ ب - ١٧٨ أ) .

(٧) في (أ ، ب) : « وفي » .

ويؤخذ من ست وثلاثين ابن لبون ، ومن خمس وعشرين ، وهذا محال .

وفيه وجه ثالث [(١)] : أنه حيث يؤدي إلى التسوية فلا يأخذ [(٢)] إلا أنثى وكبيرة ، وإن [(٣)] جاوز هذا المقدار وأخذ [(٤)] من الصغار صغيرة . أما [(٥)] إذا اختلف المال في هذه الصفات - أما في صفة الذكورة والصغر - فلا يأخذ [(٦)] إلا الأكمل [(٧)] ، فإذا كان في المال أنثى وكبيرة ، فلا يأخذ [(٨)] إلا الأنثى [(٩)] والكبيرة ؛ لأنه قال : في خمس وعشرين بنت مخاض ، والغالب أن كل المال لا ينفك عن الصغير والذكر ؛ ولما [(١٠)] روي أن عمر قال لمصَدِّقه [(١٠)] : « اعتد عليهم بالسخلة التي [(١١)] يروح بها الراعي على يديه ، ولا تأخذها ، ولا تأخذ الأكولة ، ولا الرُّبَّى [(١٢)] ، ولا الماخض ، ولا فحل الغنم ، وخذ الجذعة من الضأن والثنية من المعز ، فذلك عدل بين غِذَاء [(١٣)] المال

---

(١) قال ابن الصلاح : « والسخلة الوجه الثالث ، حيث يؤدي إلى التسوية ، وهو فيما يتغير الغرض فيه بالسن لا بالعدد ، والقائل بالوجه الثاني لم يقتصر على هذا ؛ لأن الأولى من عِلَّتَيْه شاملة للجميع » . المشكل (١/٧٨أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « نأخذ » .

(٣) في (أ ، ب) : « فإذا » .

(٤) في (أ ، ب) : « فيؤخذ » .

(٥) في (أ ، ب) : « وأما » .

(٦) في (ب) : « نأخذ » .

(٧) في : « الكامل » .

(٨) في (ب) : « نأخذ » .

(٩) في (أ ، ب) : « أنثى » .

(١٠) في (أ ، ب) : « ولما قال عمر - رضي الله عنه - لمصدقه » ، وقال ابن الصلاح : « قوله : (قال لمصدقه) أي : ساعيه ، وهو بتخفيف الصاد وتشديد الدال ، وذكرها كأنه من صدق المال إذا خرج صدقته ، والشافعي يستعمل ذلك في كلامه كثيرًا ، والمصدق كذلك - مع زيادة تشديد الصاد - الذي يأخذ الصدقة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٧٨أ) .

(١١) « التي » : ليست في (أ ، ب) .

(١٢) في (أ ، ب) : « الرباء » .

(١٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (بين غذاء المال) وقع في بعض النسخ (بين رديء المال) وهو غير صحيح ، إنما هو (بين غذاء المال) جمع غَذِيّ ، وهي السخلة الصغيرة . ذكر الأزهري - وهو إمام هذا الشأن - أن الربى القريبة العهد بالولادة ، ما بينها وبينه خمسة عشر ليلة ، وهي بمنزلة النفساء من الناس ، وذكر شيخه أيضًا أنها القريبة العهد بالولادة التي تُرَبِّي ولدها ، والماخض الحامل التي أخذها المخاض ، وهو وضع الولادة » . المشكل (١/١٧٨أ) .

المال وجباره (١) » .

والأكولة ما اتخذ (٢) للأكل ، والربى التي تربي ولدها ، والماخض الحامل .

وكل ذلك لا يؤخذ نظرًا للمالك ، فإن تبرع به قُبِلَ .

وأما صفة المرض : فإذا انقسم المال إلى صحيح ومريض لم يؤخذ إلا الصحيح ، نعم يؤخذ صحيح في أقل الدرجات ، حتى بالغ بعض أصحابنا وقال : لو كان الصحيح واحدة والواجب شاتان فأخرجها مع مريضة لم يجزْ ؛ لأن المريضة تزكى المخرج معها ، وهي صحيحة . وهذا سرف ، بل يقضى بأنه إذا لم يستبق شيئًا من الصحيح جاز ، ثم يكتفى بصحيحة بقرب قيمتها من ربع عشر ماله إذا كان المملوك أربعين من الغنم ؛ كيلا يؤدي إلى الإجحاف به .

أما صفة العيب : فإذا انقسم المال إلى معيب وصحيح ، فليخرج باعتبار القيمة ما يكون مساويًا ربع عشر ماله في صورة الأربعين ، وإن (٣) كان الكل معيبًا وبعضه أردأ ، قال الشافعي - رضي الله عنه - : يخرج أجود ما عنده . وقال الأصحاب : يأخذ الوسط بين الدرجتين ، وهو الأصح (٤) . وأما (٥) اختلاف النوع كالمعز والضأن والأرحبية (٦) ....

(١) أخرجه مالك في الموطأ : (٢٢٣/١) ، والشافعي في الأم : (٨/٢-١٠) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٠/٤، ١٠١) وقال : « رواه مالك في الزكاة ، وأبو عبيد في الأموال ، وأبو يوسف في الخراج » .

(٢) في (أ) : « أعد » ، وفي (ب) : « أعدت » . (٣) في (أ ، ب) : « فإذا » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قال : (وهو الأصح) هذه عبارة يفهم سامعها أن الأصحاب خالفوا قول الشافعي ، وأن الأصح ذلك ، وأن الأصح قولهم : (وليس كذلك) ، وإنما تأولوا قوله : (ليس) ، ولفظه ما نقله هو ، وإنما قال : (يأخذ منه خير المعين) ، وفسروه على وجوه - منها - ما قاله أبو علي بن خيران ، واختاره الشيخ أبو حامد ، وذكر أنه مراد الشافعي نص عليه في (الأم) وهو أنه يأخذ خير الفرضين المعينين فيما إذا اجتمع الفرضان الحقاق وبنات اللبون ، وهو عبارة عن القول الصحيح الذي يعتبر فيه الأغبط على ما سبق . ومنهم من قال : إنه عبر بالخير عن الوسط كما يعبر بالوسط عن الخير ، كقوله تعالى : ﴿ وكذلك جعلناكم أمة وسطًا ﴾ وغير ذلك ، والله أعلم » . المشكل (١٧٨/١أ - ١٧٨ ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « فأما » .

(٦) في هامش (أ) : « الإبل المجيدية منسوبة إلى مُجيد اسم رجل ، والأرحبية منسوبة إلى الأرحب قبيلة » .

والمهرية [١] ففيه قولان ؛ أحدهما : الأخذ بالأغلب ؛ لأن تمييز ذلك عسير ، وإن [٢] استويا فهو كاجتماع الحقاق وبنات اللبون ، والثاني : أنه يأخذ من كل بقسطه حتى لو ملك عشرة أرحبية وعشرة مجيدية وخمسًا مهرية ، فإنا نأخذ قيمة [٣] خمس [٤] ببنت مخاض أرحبية وخمس مجيدية وخمس مهرية ، ويشترى به صنفًا من هذه الأصناف .

فخرج من هذا أنه مهما اختلف المال في الذكورة والأنوثة والصغيرة والكبيرة لا يأخذ إلا الكبيرة والأنثى ، وإن اختلف في المرض والعيب والسلامة فيأخذ بالنسبة من كل واحد ، وإن اختلف في النوع فقولان ، هذا بيان النصاب ولا زكاة على من لم يملك نصابًا إلا إذا تم بالخلطة نصابًا .

* * *

---

(١) يقول ابن الصلاح : « ما ذكر من أنواع الإبل ورد في كلام الشافعي وفيما علق عن المؤلف في درسه أن المهرية رديئة ، والباقية خيار . وليس كما قال ، قال الأزهري وغيره : المهرية منسوبة إلى مهرة بن جندان قبيلة من أهل اليمن ، وفيها نجائب تسبق الخيل ، والأرحبية من إبل اليمن أيضًا ، وكذلك المجيدية أيضًا ، وقد ثبت من وجوه أن المجيدية بضم الميم وفتح الجيم ، والله أعلم » . المشكل (١٧٨/١ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٣) « قيمة » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « خمس » .

باب (١) صدقة الخلطاء
(وفيه خمسة فصول)
الأول : في حكم الخلطة وشرطها

وحكم الخلطة : تنزيل المالين منزلة ملك واحد في وجوب الزكاة ، (٢ وقدره وأخذه ٢) .

ثم قد يفيد ذلك تقليلًا كمن خلط أربعين بأربعين لغيره ، فلا يلزمه إلا نصف شاة ، وقد يفيد تثقيلًا كمن خلط عشرين بعشرين لغيره ، فيلزمه نصف شاة .

وأنكر أبو حنيفة أثر الخلطة ، ونفى (٣ مالكٌ أثره ٣) فيما دون النصاب .

ودليل تأثير الخلطة قوله – عليه السلام – : « لا يجمع بين مفترق ، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة ؛ وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية ، والخليطان ما اجتمعا على الرعي والفحولة والحوض » (٤) .

---

(١) في الأصل : « وهذا باب » .

(٢) في (أ ، ب) : « وقدرها وأخذها » .

(٣) في (أ ، ب) : « ملك أثرها » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « باب صدقة الخلطاء : جمع في الحديث الذي ذكره بين ما رواه أنس في كتاب الصديق – رضي الله عنهما – وهو إلى قوله : (بالتسوية) وهو في صحيح البخاري ، وبين ما رواه الدارقطني من حديث سعد ابن أبي وقاص ، وذلك هو الباقي » . المشكل (١/١٧٨ ب) .

وراجع الحديث عند البخاري : (٣/٣٦٨،٣٦٩) (٢٤) كتاب الزكاة (٣٤) باب لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع ، (٣٥) باب ما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية (١٤٥٠،١٤٥١) ، وأبي داود : (٢/١٠١) كتاب الزكاة – باب في زكاة السائمة (١٥٧١ ، ١٥٨٠) ، والترمذي : (٣/١٩) (٥) كتاب الزكاة (٤) باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم (٦٢١) والنسائي : (٥/٢١) (٢٣) كتاب الزكاة (٥) باب زكاة الإبل (٢٤٤٧،٢٤٥٥،٢٤٥٧) ، وابن ماجه : (١/٥٧٦) (٨) كتاب الزكاة (١١) باب ما يأخذ المصدق من الإبل (١٨٠١ ، ١٨٠٧) .

ثم قال ابن الصلاح تعليقًا على جمع الغزالي للحديثين في رواية واحدة : « وهذا من التصرف الممنوع منه في رواية الحديث ، لأن عموم قوله في رواية أنس : « وما كان من خليطين » يُحتج به على نفي تأثير الخلطة في غير المواشي . وقوله في رواية سعد : « والخليطان ما اجتمعا » يحتج به ، فغير المال فيه كما لا يخفى . فإذا ساق الجميع مساق الحديث الواحد تغير المعنى ، وصار قوله : « والخليطان ما اجتمعا على الرعي » قرينة مخصصة عموم قوله : « وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالتسوية » ، وأيضًا فالحديثان متفاوتان في صحة الإسناد ، والأخير =

وللخلطة ستة شروط ، اتفقوا على اثنين منها :

الأول : أن يكون الخليط أهلًا لوجوب الزكاة ، فلا أثر للخلطة مع المكاتب والذمي .

الثاني : اتحاد [١] المسرح والمراح والمرعى والمشرع [٢] ، فإن التفريق في شيء من ذلك ينافي [٣] الخلطة في نفس المال .

الثالث : اشتراك الراعي والفحل والمحلب . وفيه وجهان من حيث إن الاستبداد به ليس تفريقًا في نفس المال ، بل في تصرف متعلق بالمال ، ثم مَنْ شرط الاشتراك في المحلب لم يشترط على الصحيح خلط اللبن ، بل يكتفي أن تكون المحالب بينهم فوضى [٤] .

= ضعيف الإسناد ، والراوي له غير الراوي للأول ، فإدراج أحدهما على الآخر غير سائغ عند أهل الحديث وغيرهم ، والله أعلم » .

ثم قال ابن الصلاح : « قوله في الحديث : (على الرعي) روي هكذا بلفظ المصدر ، وروي (الراعي) على اسم الفاعل .

وقوله : (والفحولة) هكذا رأيته في كتاب شيخه ، وهو جمع (فحل) ، وهو في غيره الفحل ، وكذا هو في بعض نسخ (الوسيط) .

والنهي المذكور عن الجمع والتفريق يشترك فيه المالك والساعي ، وكذلك كان قوله : (خشية الصدقة) مفسرًا بتفسير الشافعي على خشية الوالي وخشية المالك ، فخشية الوالي من أن تقل الصدقة ، وخشية المالك أن تكثر الصدقة .

وقوله : (وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان) يدل على الشرط الأول . [يعني : الشرط الذي سيأتي الحديث عنه عقب هذا الكلام] » . المشكل (١/١٧٨ ب - ١٧٩ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « في اتحاد » .

(٢) قال ابن الصلاح : « (المسرح) : المكان الذي يخرج فيه سارحه إلى المرعى ، (والمراح) : بالضم مبيتها ، و(المشرب) وفي بعض النسخ (المشرع) وهو موردها من نهر وغيره ، والمشرب أولى لأنه أعم ، فإنه قد لا يشرع بأن كانت تسعى في الأوعية » . المشكل (١/١٧٩ أ) .

(٣) في الأصل : « ما في » ، وهو خطأ أو سهو من الناسخ .

(٤) قال ابن الصلاح : « الضابط في محل الوفاق من شروط الخلطة ، أن ما يلزم من الافتراق فيه افتراق ماشيتها ، فالاتحاد فيه شرط ، وليس فيه ماشية الآخر ، وإن تعدد المحلب ، بفتح الميم وهو موضع الحلب ، ويشترط الاشتراك =

الرابع : أن الاختلاط في جمع السَّنة هل يشترط ؟ فيه قولان كما سيأتي ذكرها .

الخامس : أن القصد هل يراعى في الخلطة ؟ حتى لو اختلطت المواشي بنفسها ، أو تفرقت بنفسها من غير قصد المالك ، فهل يؤثر ؟ فيه وجهان كما سيأتي في العلف والإسامة (١) .

السادس : أن يكون ما فيه الخلطة نَعَمًا .

أما الثمار والزروع فهل تقاس الخلطة فيها على المواشي ؟ فيه ثلاثة أقوال ؛ أحدها : نعم ؛ لأنه مال زكاة يحصل الرفق فيه بالخلطة كالمواشي . والثاني : لا ؛ لأن الخلطة في المواشي قد تزيد في الزكاة وقد تنقص ، وهاهنا لا يفيد (٢) إلا مزيدًا ، فلم يكن في معناه (٣) . الثالث : أنه يثبت خلطة الشيوع دون خلطة الجوار ، إذ لا تتحد المرافق بالتجاور (٤) ، وغاية الممكن فيه اتحاد الناطور والنهر (٥) .

= فيه اتفاقًا ، ولعله إنما لم يذكره من الأربعة ؛ لأنه لازم الحصول منها .

والمحلب بكسر الميم الإناء ، وفيه الخلاف ، والحالب كالراعي .

قوله : (يكون المحلب بينهم فوضى) على وزن مرضى ، أي : مشتركة ، يحلب كل واحد فيها .

وغير شيخه جعل هذه الثلاثة محل اتفاق ، ومنهم صاحب (المهذب) و (التتمة) ، وحديث سعد لو ثبت يضعف إجراء الخلاف فيها بمن اشترط خلط اللبن يحتج بأن فيه الوفاء بتمامه مشابه المالين للمال الواحد ، ثم يكون تقاسمهما من قبيل تواكل المسافرين في أروادهم المختلطة ، وهو إباحة البعض للبعض من قبيل الاصطلاح في مالين اختلطا مع الجهل بمقدارهما ، وفيه هبته مع الجهالة » . المشكل (١٧٩/١ أ - ١٧٩ ب) .

(١) قال ابن الصلاح : « قال : (القصد هل يراعى في الخلطة ؟) يعني : حصولًا وزوالًا ، ولهذا قال : (أو تفرقت) ، ووجه الاشتراط : أن الخلطة والانفراد معنى يغير الفرض ، فافتقر إلى النية ، كالسفر المرخص » . المشكل (١٧٩/١ب) .

(٢) في (ب) : « نقصد » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (الثاني : لا) لفظ تعليله شبيه بما يمتنع مثله في العلل ، وتحريره : أن القول بتأثير الخلطة يجر إضرارًا ، لأنها تفيد تثقيلًا من غير تخفيف فيمتنع » . المشكل (١٧٩/١ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « بالجوار » .

(٥) قال ابن الصلاح : « (قال : غاية الممكن اتحاد الناطور والنهر) يجاب عنه بأنه أكثر من ذلك ، إذ فيه مع ذلك اتحاد الملقح والمنقح والصعاد والساقي والحرين ، وقد مال الإمام إلى اشتراط التجاور مع عدم الحائل بينهما . =

وأما [1] الدراهم والدنانير : فالمذهب أن خلطة الجوار لا تؤثر فيها ، إذ لا وقع لاتحاد الحانوت والحارس ، وفي خلطة الشيوع قولان .

الفصل / الثاني : في التراجع

٣٦/أ

فإن كانت الأموال شائعة فلا حاجة إليه [2] ، وإن كانت متجاورة مختلطة فالساعي يأخذ من عُرض المال [3] ما ينفق ، ثم يرجع المأخوذ منه بقيمة حصة خليطه . فلو خلط أربعين من البقر بثلاثين لغيره ، فأخذ الساعي كلاهما من صاحب الأربعين ، رجع على الآخر بقيمة ثلاثة أسباع تبيع ومسنة . وإن أخذهما من صاحب ثلاثين [4] رجع على الآخر بأربعة أسباع ما أخذ منه [5] ، وإن أخذ المسنة من صاحب الأربعين والتبيع من صاحب الثلاثين رجع باذل المسنة بثلاثة أسباعها على خليطه ، ورجع [6] باذل التبيع بأربعة أسباعه [7] على خليطه ؛ لأن جميع المالين كمالٍ واحد .

= قد اختار جماعة غير شيخه إجراء القول في خلطة الجوار في الأيمان أيضًا ، قال : إن كانت الأموال شائعة فلا حاجة إليه ، أي لأنه ينطبق مقدار ما لكل واحد منها من المأخوذ على مقدار الواجب عليه ضرورة ، لكن هذا يشترط أن يكون المخرج من جنس النصاب ، أما إذا كان من غير جنسه كالشاة من خمس من الإبل ، فقد تكون من خاص مال أحدهما فشت التراجع » . المشكل (١٧٩/١ أ - ١٧٩ ب) .

(١) في (ب) : « أما » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « وقوله : (فلا حاجة إليه) عبارة مليحة فيها إشارة إلى ما قال شيخه من أن أصل التراجع فيه ثابت على قانون المذهب ، ولكنه غير مقيد وهو خارج على أقوال التقابض » . المشكل (١٧٩/١ ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قال : (يأخذ من عُرض المال) هو بضم العين ، معناه : من جانب المال ، أي : من أي ناحية أراد » . المشكل (١٧٩/١ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « الثلاثين » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (رجع بأربعة أسباع ما أخذ منه) يعني : بقيمته ، كما صرح به أولًا » . المشكل (١/ ١٧٩ ب - ١٨٠ أ) .

(٦) « رجع » : ليست في (أ ، ب) .

(٧) في الأصل : « أسباعها » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) .

وقال [1] أبو إسحق المروزي [2] : [3] إذا قدر الساعي [3] على أن يغنيهما عن التراجع بأن يأخذ من كل واحد واجبه لزمه ذلك .

وما ذكره قادح في فقه [4] الخلطة ؛ لأنه يبطل حكم اتحاد المالين [5] .

* * *

---

(١) في (أ ، ب) : « قال » ، بدون الواو .

(٢) قال ابن الصلاح : « قول أبي إسحق يتضمن أنه لا رجوع فيما إذا أخذ المسنة من صاحب الأربعين والتبيع الآخر » . المشكل (١٨٠/١ أ) .

(٣) ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « صفة » ، وفي نسخة أخرى مشار إليها بهامش الأصل : « حقيقة » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (إنه يبطل حكم اتحاد المالين) أي : ولو كان الجميع لواحد لكان واجب الجميع التبيع والمسنة ، حتى لا واحد منهما إلا وفيه جزء من مسنة وتبيع ، ولا يقال : المسنة في أربعين والتبيع في الثلاثين ، فإنه لا يتميز الأربعين عن الثلاثين .

استدراك : هذا الذي قاله قول شيخه ، وعزاه إلى الشيخ أبي محمد والصيدلاني ، وذكر أن في بعض التصانيف خبطًا في ذلك ، وهو أنه ذكر فيه أنه لو كان واجب المال شاتين فأخذ الساعي من أحدهما شاة ومن الآخر شاة فلا يراجع ؛ لأنه أخذ من كل واحد منهما ما وجب عليه . قال : وهو قول مَنْ لا علم عنده بحقيقة الأصل الذي مهدناه ، ولو حمل هذا على سقوط فائدة التراجع – يعني من حيث تساوي المرجوع به – وحصول التقابض لاستقام في المعنى ، ولكن لفظ الكتاب دليل على أن كل واحد منفرد بواجبه لا شيوع له ، وهذا خطأ صريح .

ثم ذكر أن ذلك المصنف حكى عن أبي إسحق ما سبق ذكره ، وقال : هذا لم أره إلا في هذا الكتاب . وقال : وهذا خبط مطرح من المذهب ، ولا ينبغي أن يطرق إلى أصول المذهب أمثال ذلك ، ويعتقد أنه من الوجوه الضعيفة ، بل هو هفوة نقلناها .

قلت : التصنيف الذي نقل منه ذلك وهو كتاب الفوراني أبي القاسم ، وهو كثير الميل عليه والتخطئة له ، يقول : قال بعض المصنفين كذا ، وفي بعض التصانيف كذا ، وبلا تسمية ولا كناية ، ثم يفرط في تتبعه ومؤاخذته حتى يفضي به إلى الظلم له وإلى أن يتصف هو بما يصفه من الخطأ والسهو ، وهذا الموضع من ذلك أنا أبينه إن شاء الله تعالى على ذلك نقلًا ودلالة .

أما ما أنكره من الشاتين فليس ذلك قول المصنف بل هو قول إمام المذهب ومذهبه ، فإنه قال فيما حكاه صاحب =

....

= (جمع الجوامع) في منصوصات الشافعي فيه : لو كانت غنماهما سواء ، وكانت فيها عليهما شاتان ، فأخذت من غنم كل واحد منهما شاة ، وكانت قيمة الشاتين المأخوذتين متفاوتة لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء ؛ لأنه لم يوجد منه إلا ما عليه في غنمه ، ولو كانت على الانفراد .

نقل فيه هذا من غير خلاف ، وهذا أصرح في نفي الشيوع مما حكاه عن الفوراني وما استغربه عن أبي إسحق ، فهو مشهور ، نذكرها في التصانيف مقرونًا بحكاية خلافه عن أبي علي بن أبي هريرة ، وقد قال الشيخ أبو حامد : قول أبي علي أشبه بالمذهب ، وقول أبي إسحق أقيس .

ثم إن أبا حامد وغيره لم يحكوا الخلاف إلا في جواز الأخذ من أي المالين كان ، وأما إشاعة الزكاة الواجبة عليهما حتى يتغيروا واجب كل واحد منهما كما كان عليه عند الانفراد ، كما في صورة التبيع والمسنة على ما ذكره هو ، والله أعلم .

خطأ على المذهب ولا أصل له يصح ، بل الوجه : القطع على صاحب الثلاثين التبيع وعلى الآخر المسنة ، والتراجع يثبت على نحو ذلك ونحسبه ، وفيما نقلناه عن نص الشافعي - رضي الله عنه - ما يثبته ، وذلك منه في موضعين ؛ أحدهما : تعليله ، والآخر : تصويره ، فيما إذا كانت القيمة متفاوتة .

فإن قال : وإن كانت متفاوتة فهي متساوية فيما يحصل به الإجزاء ، فلا تراجع في الزائد عليه .

قلت : لا نظر إلى المجزي ، بل إلى المأخوذ ، ولولا ذلك لكان إذا أخذ من أحدهما تبيع ومسنة لا يرجع بقيمة مأخوذ بعينه ، بل بقيمة أقل تبيع مجزي ، ولا صائر إليه .

ولا يعارض هذا نص الشافعي فيما لو كانت في غنمهما ثلاث شياه ولأحدهما الثلاث ، فأخذت منه كلها رجع على خليطه بقيمة ثلثي الثلاث شياه المأخوذة من غنمهما ، ولا يرجع عليه بقيمة شاتين منها ؛ لأنه الشياه الثلاث أخذت معًا فثلثاها عن خليطه وثلثها عنه مختلطة لا مقسومة .

فهذا لا حجة فيه لما ذكر ؛ لأن كل شاة من الثلاث يتأدى بها ما كان واجب كل واحدٍ منهما ، ولا تمييز ولا ترجيح ، فلزم الشيوع على وجه ليس فيه تغيير الواجب عما كان عليه عند الانفراد ، بخلاف ما نحن في ذكره .

وأما بطلانه من حيث الدليل : فهو أن حكم اتحاد المالين لم يوجب الشيوع في نفس المالين حتى يشيع مال هذا في مال ذاك ، ومال ذاك في مال هذا بحيث يحتاجان إلى القسمة عند الافتراق ، فكيف يوجب الشيوع في الزكاة المتعلقة بها المبنية عليها ؟ وهذا قاطع به أنه ليس في شيء من المنصوص هذا الوصف وهو اتحاد المالين حتى يلزمنا الوفاء بتمام مقتضاه ، وإنما الوارد في النصوص صيرورتها كالمال الواحد في وجوب أصل الزكاة وقدرها وأدائها ، وذلك يثبت الاتحاد في ذلك لا مطلق الاتحاد لما لا يخفى وجهه ، ولو سلمنا ذلك ومعنى الشيوع في زكاة مال الواحد ذهابًا إلى أن المسنة يجب في أربعين لا بعينها من غير إشاعة ، كما قال أكثر الأصحاب فيما إذا باع صاعًا من =

الفصل الثالث

في اجتماع الخلطة والانفراد في حَوْلٍ واحد

فإذا ملك أربعين من الغنم غرة المحرم ، وملك غيره مثله في ذلك الوقت ، ثم خلطا غرة صفر ، فالقول الجديد : أن الواجب في الحول الأول على كل واحد شاة تغليبًا للانفراد (١) ، وعلى القديم : يجب نصف شاة ، نظرًا إلى آخر الحول .

فأما إذا ملك الثاني غرة صفر وخلط غرة ربيع الأول فقد زاد تفرق (٢) أوائل الحولين ، فعلى الجديد : تجب زكاة الانفراد في السنة الأولى إذا تمت على كل واحدٍ ثم زكاة الخلطة بعدها ، وعلى القديم : تجب (٣) زكاة الخلطة في الأولى والثانية على كل واحد نصف شاة ، إذا تمت سنته (٤) .

وخرج ابن سريج في اختلاف الحولين قولًا ثالثًا ، وهو : أن الواجب أبدًا زكاة الانفراد ، فإن الاتحاد قد تعذر بتفرق الأحوال ، وكان (٥) هذا شرط سابع (٦) في الخلطة ، ثم طرد هذا في

= صبرة كما سيأتي – إن شاء الله تعالى – لشاع ذلك ، ولكن لا حاجة إلى ذلك فإن الأول مستقل بإبطال الشيوع على القطع ، وأسأل الله العصمة والهداية ، وهذا من نفس ما وقع عليه خاتم البحث ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٨٠ أ – ١٨١ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « لجانب الانفراد » .

(٢) في (أ ، ب) : « التفرق » .

(٣) في (أ ، ب) : « يجب » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « ذكر المراد تخريج ابن سريج في المالك الواحد ، وهكذا القولان يطردان فيه ، ففي الجديد : يجب في الأربعين الأول عند تمام سنتها شاة ، وعلى القديم : نصف شاة ، وفي المستقبل كل واحدة نصف شاة باتفاق القولين ، قال : هو بعيد لأن خليطه لم يخالط في جميع سنته فالتسوية بينهما في النفي تسوية بين المتفاوتين ، وهو ممتنع ، وعند ذلك فالاستدلال بأن مقتضى الخلطة التساوي يقع مشترك الإلزام على التعارض ، والله أعلم . وعلى التخريج لا يجب على الثاني شيء أصلًا ؛ لأن ماله من العشرين منفردًا لم يثبت له حكم الخلطة على ما سبق ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨١ ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « كان » .

(٦) في (ب) : « شائع » .

الواحد إذا اشترى [١] أربعين ثم اشترى أربعين وجب [٢] في كل أربعين شاة عند تمام سنته [٣] أبدًا ، ولا يجري فيما إذا اشترى عشرين ثم اشترى عشرين ؛ لأن الحول انعقد عليهما في وقت واحد .

فرعان :

أحدهما : إذا ملك أحدهما أربعين وملك الآخر بعد شهر أربعين ، وكما مَلَكَ خَلَطَ ، فعلى القديم [٤] : على كل واحدٍ عند كمال سنته [٥] نصف شاة ، وعلى الجديد : على الأول شاة ، وعلى الثاني نصف شاة ، فإنه كان خليطًا في جميع سنته .

وذكر بعض أصحابنا : أن عليه شاة ؛ لأن خليطه لم ينتفع بخلطته ، فهو أيضًا لا ينتفع بتسويةٍ بينهما ، وهو بعيد .

الثاني : إذا ملك أربعين من الغنم ، وملك آخر عشرين بعد شهرٍ وخلطه [٦] به ، فعلى الجديد : يجب على الأول شاة عند كمال سنته ، وعلى الشريك ثلث شاة . وعلى القديم : على الأول ثلثا شاة وعلى الثاني ثلث شاة . وعلى التخريج على الأول شاة ، [٧] وعلى الثاني لا يجب [٧] شيء أصلًا .

* * *

---

(١) في (أ ، ب) : « ملك » .

(٢) في (أ ، ب) : « فأوجب » .

(٣) في (أ ، ب) : « سنة » .

(٤) في (أ ، ب) : « القول القديم » .

(٥) في (أ ، ب) : « سنة » .

(٦) في (أ) : « وخلط » ، وفي (ب) : « وخلطا » .

(٧) في (أ ، ب) : « ولا يجب على الثاني » .

الفصل الرابع

في اجتماع المختلط والمنفرد في ملك واحد

فلو خلط عشرين بعشرين لغيره – وهو يملك أربعين ببلدة أخرى [1] – فقد اجتمع في حقه الخلطة والانفراد ، ففيه قولان ؛ أحدهما : أن الخلطة خلطة ملك على معنى أن ارتباط الملك لا يتقاعد على المجاورة ، فكأنه خلط جميع ملكه بالعشرين . والثاني : أن الخلطة خلطة عين على معنى أن معنى [2] الخلطة لا يتعدى إلى غير المخلوط ، فإن [3] قلنا بخلطة العين فعلى صاحب العشرين نصف شاة وعلى القول الآخر عليه ربع شاة ، وكأنه [4] خلط بستين ، أما [5] صاحب الستين فقد اجتمع في حقه الأمران : الانفراد والخلطة ، فعلى وجه تلزمه [6] شاة تغليبًا للانفراد [7] ، [8] وكأنه انفرد بالجميع ، وعلى وجه ثلاثة أرباع شاة ، تغليبًا للخلطة [8] ، فكأنه خالط [9] بالجميع ، وعلى وجه خمسة أسداس ونصف سدس جمعًا بين الاعتبارين ، فيقدر في الأربعين كأنه منفرد [10] بجميع الستين ، فيخص الأربعين ثلثا شاة ونقدر [11] في العشرين كأنه مخالط بالجميع ، فيخص [12] العشرين ربع شاة ، والمجموع [13] ما ذكرناه [14] .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ببلدة أخرى) كذا وقع في كلام الشافعي – رضي الله عنه – وهو مثال لا قيد في الحكم المذكور ، والمسألة مفروضة عند اتفاق الحول ، فإن لم يتفق بأن كان الخلط بعد مضي بعض الحول ، فيعود التفصيل المتقدم في الفصل قبله ، وتكون الصورة قد جمعت الخلطة والانفراد في الحول ، والخلطة والانفراد في الملك » . المشكل (١/١٨١ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « حكم » .

(٣) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٤) في (أ ، ب) : « فكأنه » .

(٥) في (أ ، ب) : « فأما » .

(٦) في (أ ، ب) : « يلزمه » .

(٧) في (أ ، ب) : « للخلطة » .

(٨) العبارة ليست في (أ ، ب) .

(٩) في (أ ، ب) : « خلط » .

(١٠) في (أ ، ب) : « انفرد » .

(١١) في (أ ، ب) : « فيقدر » .

(١٢) في (أ ، ب) : « فيخص » .

(١٣) في (أ ، ب) : « فالمجموع » .

(١٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأما صاحب الستين فقد اجتمع في حقه الأمران) إلى آخره ، هذا كله تفريع على خلط العين ، وأما على خلط الملك فالواجب عليه ثلاثة أرباع شاة لا غير ضَمًّا للمالين معًا ، وذلك ثمانون فيها شاة =

وفيه وجه رابع : أن هذا التقدير فى الأربعين صحيح ، ولكن فى العشرين يأخذ حكمه من حكم خليطه ، فيلزمه نصف شاة مضمومًا إلى ثلثى شاة فى الأربعين ، فالمجموع [1] شاة وسدس ، ولو خلط عشرين بعشرين لغيره انفرد كل واحد بالأربعين ، فالأوجه الأربعة جارية في حق كل واحدٍ منهما لتساويهما .

* * *

= بينهما لاغير وهو حكم المسألة في نص الشافعي ، وما عليه عامة الأصحاب فيما قبل .

ومنشأ الوجوه في صاحب الستين على قول خلط الأربعين أن بعض ماله مختلط وبعضه منفرد ، فاختلف الأصحاب في أنه هل يجمع في حقه بين حكم الانفراد والخلطه أم لا ؟ على وجهين ؛ أحدهما : لا ؛ لأن الملك متحد فلا يثبت له إلا أحد الحكمين ، فعلى هذا قيل بتغليب الانفراد لأنه الأصل ، قال الإمام : وهذا ظاهر المذهب . وقيل بتغليب الخلط لأن بعض ماله مختلط عينًا والبعض الآخر مخالط للمختلط برابط ، فكان الكل مختلطًا ، فعلى هذا الحكم على هذا القول في صاحب الستين كالحكم فيه على القول الآخر ، وهو اختيار أبي علي بن أبي هريرة والطبري ، وهذان هما الوجهان الأولان في الكتاب .

الوجه الثاني بين اعتبار الانفراد والخلطة لاجتماعهما في ملكه فعلى هذا في كيفية ذلك الوجهان الآخران ؛ أحدهما – وهو الثالث – : أنه يقدر من كل واحد من المختلط والمنفرد أن جميع المال معه وبمنزلته ، فيقدر في العشرين ربع ، ويقدر في الأربعين كأنه منفرد بالستين ، فحصة الأربعين ثلثا شاة ، والمجموع أحد عشر جزءًا من اثني عشر جزءًا من شاة ، الآخر : أن اعتبار جميع ماله في ذلك صحيح في الأربعين حتى يجب فيها ثلثا شاة ، وأما في العشرين فلا ؛ لأن ذلك يفضي إلى أن يجب فيها ربع ، ومقتضى الخلطة التساوي ، فينبغي أن يجب عليه فيها مثل ما يوجبه على خليطه وهو نصف شاة ، فالمجموع شاة وسدس .

فكانا من الوجه الذي قبله لحظنا في اعتبار الخلطة من الاعتبارين خلط الملك ، فقدرناه في العشرين مخالطًا لجميع ملكه ، وفي هذا الوجه لحظنا خلطة العين ، فلم يقدره مخالطًا بأكثر من العشرين ، ويعتضد هذا بأن التفريع على خلطة العين فينبغي الوفاء بها في كل التفاصيل ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨١ ب – ١٨٢ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « والمجموع » .

الفصل الخامس
في تعدد الخليط

إذا ملك أربعين فخلط عشرين بعشرين لرجل ، وعشرين بعشرين لآخر ، وهما لا يملكان غيره ، فإن قلنا بخلطة الملك فعلى صاحب الأربعين نصف شاةٍ ضَمًّا إلى مال الخليطين ، فإن الكل ثمانون ، وأما صاحب العشرين فيلزمه ثلث شاةٍ ضَمًّا لماله إلى مال خليطه فقط ، أو ربع شاةٍ ضَمًّا إلى خليط خليطه ، حتى يكون المجموع ثمانين ، فيه [1] وجهان .

وإن [2] فرعنا على خلطة العين فعلى صاحب العشرين نصف شاة ، وفى صاحب الأربعين الوجوه [3] الأربعة ، فإن قلنا بتغليب الانفراد فقد انفرد عن كل خليط ببعض ماله فكأنه انفرد بالكل فعليه شاة وهو هاهنا بعيد [4] .

وإن قلنا بتغلب الخلطة فعليه نصف شاة / فكأنه خلط أربعين بأربعين . وإن قلنا يجمع بين الاعتبارين فإن أخذنا حكمه من حكم خليطه [5] فعليه في كل عشرين نصف شاةٍ ، وإن عرفناه ٣٦/ب

(١) في (أ ، ب) : « ففيه » . (٢) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٣) في (أ ، ب) : « الأوجه » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قال : (ضمًّا إلى مال الخليطين) لأنه خالطهما معًا ، فكما يضم على هذا القول جميع ماله برابطه إلى الخليط الواحد ، فكذلك إليهما قال : (ضمًّا إلى خليط خليطه) أي إلى ماله ؛ لأنه إذا ضم إلى خليطه ضم إلى ما يتحد معه ويساويه ؛ لأن المساوي للمساوي مساوٍ . وقال : (وهو هاهنا بعيد) لأن هذا الوجه يغلب الانفراد حيث يتحقق الانفراد في بعض ماله ، وهاهنا لم ينفرد بشيء من ماله ، وليس فيه أكثر من الخلطة لم تتم بالنسبة إلى كل واحد فيجعل كأن لم يكن ، وذلك لا يقوي هذا ، كما يوجب ضعف هذا الوجه يوجب قوة الذي بعده وهو تخليط ، وهو الأصح لذلك » . المشكل (١٨٢/١ ب) .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قال : (فإن أخذنا حكمه من حكم خليطه) يعني : الوجه الرابع في الفصل الذي قبل هذا ، وهو أنا نوجب على خليطه اقتصارًا على ما يوجب خلطة العين من غير مجاوزة لمحلها فهاهنا خليطه في كل عشرين عليه نصف شاة ، فعليه إذًا في كل واحد منهما نصف شاة ، لكن عليه إشكالان ؛ أحدهما : أنه لا يتحقق به في هذه الصورة الجمع بين العبارتين بخلاف ما هنالك ؛ لأن المعتبر في كل واحد من العشرين حكم الخلطة لا غير ، فلا وجه لجعله من قبيل الجمع بين الاعتبارين ، والثاني : أن الحكم على هذا الوجه وجوب الشاة ، وهو الوجه الأول ، فتكون الوجوه ثلاثة لا أربعة ، فيجاب عن هذا بأنا جعلناه وجهًا آخر لأن المأخذ فيه مخالف لذلك المأخذ ، =

بالنسبة [١] فنقول : لو كان جميع ماله مع هذا لكان الكل ستين ، وواجبه ثلثا شاةٍ ، وحصة عشرين منه ثلث ، وكذا في حق الآخر ، فيجتمع ثلثان .

ولو ملك خمسًا وعشرين من الإبل فخلط كل خمسة بخمسة لرجل آخر ، فمجموع المال خمسون ، فإن قلنا بخلطة الملك فعلى مالك الخمس والعشرين [٢] نصف حقة ؛ لأن في الخمسين حقة ، وفي حق كل واحد منهم إن ضممنا ماله إلى خليط خليطه فواجبه عُشر حقة ؛ لأن المجموع خمسون ، وإن لم نضم إلا إلى خليطه فواجبه سُدس بنت مخاض ؛ لأن المجموع ثلاثون [٣] .

وإن فرعنا على قول خلطة العين فتعود الأوجه الأربعة [٤] ، فعلى تغليب الانفراد يجب بنت مخاض ، وعلى تغليب الخلطة نصف حقة ، وعلى أخذ حكمه من حكم خليطه خُمْس شاة [٥] ، وعلى النسبة في الاعتبارين خمسة أسداس بنت مخاض ، إذ ينسب جميع ماله إلى

= لكن يقال عليه : تعدد المآخذ لا يوجب تعدد الوجوه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٢ ب - ١٨٣ أ) .

(١) قال ابن الصلاح : « قال : (وإن عرفناه بالنسبة) ضمير الهاء يعود إلى حكمه أو إلى الجمع بين الاعتبارين .

وقوله : (بالنسبة) أي بنسبة كل عشرين إلى المجموع الحاصل من جميع ماله ومال الخليط ، وذلك ستون فيخص كل عشرين ثلاث ، وهذا هو الوجه الثالث في الفصل الذي قبله . وعبارة الكتاب قلقة في صورة الخمسة وعشرين » . المشكل (١/١٨٣ أ) .

(٢) في النسخ كلها : « وعشرين » .

(٣) في الأصل : « ثلاثين » ، وهو خطأ . وما أثبتناه في (أ ، ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قال : (وإن فرعنا على خلطة العين فتعود الأوجه) يعني : في صاحب الخمسة والعشرين أم لأصحاب الخمسات فتعتبر وجهًا واحدًا ، في كل واحدة ما خالطت ، وهو خمسة ، فتكون عشرة فيها شاتان ، وحصة الخمسة شاة ، فعليهم خمسة شياه ، وجه تغليب الانفراد هاهنا أيضًا ضعيف ، والمغلب للخلطة قوي كما سبق » . المشكل (١/١٨٣ أ) .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قال : (وعلى أخذ حكمه من حكم خليطه خُمس شاة) لأن خمسة فيها ما في الخمسة المخالطة لها وهو شاة كما سبق على هذا القول ، وعلى الجميع بالاعتبارين بالنسبة المقدرة كما سبق في كل خمسة أنها مع باقي ماله مخالطة بخمسة الخليط ، وذلك ثلاثون ، وحصة الخمسة من بنت المخاض الواجبة فيها سدس ، سواء قلنا الوقص ينسحب عليه الفرض أو لا ؛ لما لا يخفى ، لأنا نتبع المفرد المخلوط إذا كان نصابًا ، أي كان المخلوط نصابًا ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٣ أ) .

كل خليط ، فيكون ثلثين [١] ، وواجبه بنت مخاض ، وحصة الخمس سُدس بنت مخاض ، فيجتمع خمسة أسداس لأجل كل خليط .

فرع :

إذا ملك خمسًا وستين من الغنم ، فخلط خمسة عشر منها بخمسة عشر لرجل لا يملك غيرها ، فإن قلنا بخلطة العين فلا أثر لهذه الخلطة ؛ لأن المختلط ليس نصابًا ، وإن قلنا بخلطة الملك فوجهان ؛ أحدهما : أنه [٢] لا عبرة به ، لأنا نتبع المنفرد المخلوط إذا كان نصابًا .

والثاني : أنا نعتبره وكأن الكل مخلوط ، فعلى صاحب الخمس وستين ستة أثمان ونصف ثُمن شاةٍ [٣] ، وباقي الشاة على خليطه .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « ثلاثين » ، وهو خطأ .

(٢) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) « شاة » : ليست في (أ ، ب) .

الشرط الثالث : أن يبقى النصاب حَوْلًا :

فلا زكاة في الغنم حتى يحول عليه الحول ، إلا السخال الحاصلة من مال الزكاة [١] في وسط الحول ، فإنه تجب الزكاة فيها إذا أُسيمت بحول الأمهات ، فإن حصل من غير مال الزكاة وكان نصابًا أفرد بحوله ، ولم يضم إلى المال في الحول خلافًا [٢] لأبي حنيفة ، لكن [٣] يضم إليه في العدد كما ذكرناه في الخلطة . [٤]

فروع [٥] ثلاثة :

الأول : إذا ملك تسعًا وثلاثين شاة فتجب شاة سخلة ، استفتح [٦] الحول من الوقت ؛ لأن الأصل لم يكن نصابًا ولم ينعقد عليه حول ، حتى يجري السخال في حوله [٧] ، ولو ملك مائة وعشرين فنتجت سخلة وجبت شاتان آخر الحول ؛ لأن ما سبق جارٍ في الحول .

الثاني : إذا حصلت [٨] السخال بعد الحول وقبل الإمكان جرت مع الأمهات في الحول الثاني ، ولم يجب فيها زكاة [في] [٩] الحول الأول ، وإن قلنا : إن الإمكان شرط وجوبه ؛ لأن

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (الحاصلة لمال الزكاة) أحد شروط ثلاثة هي مشترطة في ضم السخال إلى نصاب الأمهات ، والشرط الثاني والثالث ما ذكره في الفرع الأول والثاني أن يكون عنده نصاب قد حال عليه الحول » . المشكل (١/١٨٣ أ) .

(٢) « خلافًا » : ليست في (ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « ولكن » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لكن يضم إليه في العدد كما ذكرناه في الخلطة) ليس معناه أن هذا الضم قد ذكره في الخلطة ، فإنه لم يذكر فيها إلا تخريج ابن سريج الذي هو ضد ذلك ، وإنما معناه : أنه يضم إليه في العدد مثل الضم الذي ذكرناه في خلطة المالكين ، أي إن اتفق زمان الملك فيها كان الضم واقعًا بالاتفاق ، وإن ملك أحدهما بعد الثاني كان على الأقوال الثلاثة : الجديد والقديم وتخريج ابن سريج كما شرحته هناك ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٣ ب) .

(٥) في الأصل : « له فروع » .

(٦) « استفتح » : ليست في (أ ، ب) .

(٧) في الأصل : « بحوله في حوله » ، ولعل : « بحوله » خطأ من الناسخ .

(٨) في (أ ، ب) : « ملكت » .

(٩) زيادة من (أ ، ب) .

الحول الثاني ناجز ، وهو أولى من المنقضي [١] .

الثالث : لو ماتت الأمهات كلها والسخال نصاب لم تنقطع التبعية ، وقال أبو حنيفة : تنقطع [التبعية] [٢] ، إلا إذا بقي من الكبار واحد [٣] ولو من الفحول .

وشرط أبو القاسم الأنماطي بقاء نصاب من الأمهات .

* * *

الشرط الرابع : أن لا يزول ملكه في أثناء الحول [٤]

[٥] فكل ما [٥] تجب الزكاة في عينه كالنعم والنقدين ، فإذا أبدله بمثله انقطع الحول ، فإذا عاد إلى ملكه ولو [٦] بفسخ أو رَدٍّ بعيب استؤنف الحول ، ولم يبنِ على ما مضى .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قد قيل : إنه يجب فيها زكاة الحول الماضي إذا قلنا : الإمكان من شرائط الوجوب نظرًا إلى كونه قبل الوجوب ، وهو ضعيف لأن التبعية بعد الحول تضعف وإن تأخر الوجوب ، وإلحاقها بما قبل الحول ممتنع لقيام الفرق ، وقوله : (لأن الحول الثاني ناجز) هذا لأن الحول لا يستأخر ، كما يستأخر الوجوب ، وعند هذا فلا ينبغي إن استأخر التبعية في الحول حتى يثبت في هذه الصورة ، كما قال القائل الآخر : (إذا ماتت الأمهات لم تنقطع التبعية ؛ لأن التبعية وقعت في الحول لا في الوجود) بمعنى : أن ما مضى من الحول على الأمهات ماضٍ على السخال حكمًا وتقديرًا ، وذلك لا يزول بالموت » . المشكل (١/١٨٣ ب) .

(٢) زيادة من (أ ، ب) . (٣) في (أ ، ب) : « واحدة » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قال : (الشرط الرابع : أن لا يزول ملكه) هذا الشرط يندرج في الشرط الأول بمقتضى عبارته ، فإنه قال فيه : (أن يبقى النصاب حولًا) ، وذلك يتضمن أن لا يزول ملكه في أثنائه ، ولكن كأنه قصد بذلك وجوده أولًا حتى لا يجب في المستفاد في أثناء الحول وقصد بهذا وجوده ، وإما حتى لا يجد في المنزل مع ما ذكره ، والله أعلم .

فالشرط الأول على مناقضة مذهب أبي حنيفة في أن المستفاد في آخر الحول ينزل مع الأصل والشرع على منافاة مذهبه في أن النصاب يعتبر في طرفي الحول ، حتى لو انتقص في أثناء الحول لم ينقطع الحول عنه » . المشكل (١/ ١٨٣ ب - ١٨٤ أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « وكلما » .

(٦) « ولو » : ليست في (أ ، ب) .

وكذلك [1] إذا انقطع ملكه بالردَّة ثم أسلم ، وكذلك إذا مات لا يبنى حول وارثه [2] على حوله .

وفي القديم قولان ؛ أحدهما : يبنى [3] . وطرد ذلك في الانقطاع بالردة إذا عاد إلى الإسلام ، ومَنْ قصد بيع ماله في آخر الحول دفعًا للزكاة أثم وسقطت الزكاة .

وقال مالك : لا يصح بيعه [4] .

* * *

الشرط الخامس : السَّوم

ولا [5] زكاة في معلوفة لمفهوم قوله ﷺ : « في سائمة الغنم زكاة » [6] . ثم العلف بما لا يقوم لا

---

(١) في (أ ، ب) : « فكذلك » .

(٢) في (أ ، ب) : « الوارث » .

(٣) في الأصل : « هل يبنى ؟ » ، و « هل » مقحمة في السياق ، ربما من الناسخ .

(٤) قال ابن الصلاح : « قال : (وفي القديم قول أنه يبنى) ، وفي بعض النسخ : (وفي القديم قولان : أحدهما يبنى) يعني : والثاني كالجديد ، لكن لم أجد في موضع آخر عن القديم إلا قولًا واحدًا أنه يبنى ؛ لأن الوارث يملك بالنسب الذي ملك به الموروث ، فعين ذلك الملك انتقل إلى الوارث ، وهكذا في الردة عين الملك عاد بحاله من غير حاجة إلى إنشاء سبب جديد للملك .

قال : (أثم وسقطت الزكاة) هذا شاذ ، والموجود في طريقة خراسان وطريقة العراق أنه يكره ذلك ، وقد نصَّ الشافعي على الكراهة ، وحكى شيخه ما حكاه من الثانية عن بعض المصنفين وقال : فيه احتمال من حيث إنه تصرف مسوغ ، ثم علة هذا الذي ذكره إن قصد الفرار وكان إنما يقصده لا بفعله ، وقد عوقب أصحاب الصرم بمثله » . المشكل (١/١٨٤ أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « فلا » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله في اشتراط السوم : (لمفهوم قوله ﷺ : في سائمة الغنم زكاة) ، وهو في كتاب أبي بكر الصديق – رضي الله عنه – ولفظه في صحيح البخاري : « وصدقة الغنم في سائمتها إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة شاة » إلى آخر تفصيل النصاب ، وفي رواية ذكرها أبو داود : « وفي سائمة إذا كانت أربعين ففيها شاة » ، إلى آخر تفصيل النصاب ، فأحسب أن قول الفقهاء والأصوليين (زكاة) اختصار منهم للمفصل في لفظ الحديث من مقادير الزكاة المختلفة باختلاف النصاب ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٤ أ) . وقد سبق تخريج كتاب أبي بكر – رضي الله عنه – في بداية الكلام عن زكاة النعم ، فليراجع .

يؤثر ، ولو علف معظم السنة أثر . وفي الضبط بينهما [1] أربعة أوجه :

أحدهما : أن الزكاة تسقط به ، ولو في لحظة ؛ لأنها لا تُسمى سائمة في جميع السنة .

والثاني : أن السائمة في معظم [2] السنة تُسمى سائمة .

والثالث : أن المسقط علف في مدة تهلك الدابة فيها لو لم تعلف ، حتى لو أسامها نهارًا وعلفها ليلًا وجبت الزكاة .

والأفقه : أن المسقط قدر يعد مؤونة بالإضافة إلى رفق السائمة .

فرعان :

أحدهما : أن القصد هل يعتبر في السَّوم والعلف ؟ [3] فيه وجهان ؛ أحدهما : لا ، اتباعًا للاسم ، والثاني : نعم ؛ لأن المراد بالسّائمة ما أعد للسوم قصدًا . فعلى هذا لو استامت [4] المعلوفة [5] بنفسها ، أو اعتلفت سائمة لم يؤثر .

---

(١) في (أ ، ب) : « هاهنا » .

(٢) في الأصل : « جميع » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) ومن نسخة أخرى مشار إليها بهامش الأصل أيضًا ، وهي أولى بالاعتبار ؛ لأن لفظ « جميع » يعطى في سياقه معنى الوجه الأول ، فلا ضرورة من عده وجهًا ثانيًا .

(٣) يقول ابن الصلاح : « تحقيق ما ذكره في اعتبار القصد في السوم والعلف المؤثرين ، ثم إذا اشترطنا القصد ففي معنى القصد المشترط وجهان ؛ أحدهما وهو قول الأكثرين : إنه قصد نفس السوم والعلف ، حتى إذا لم يقصدهما أصلًا بأن اعتلفت السائمة بنفسها من غير قصد منه ، فهي سائمة كما كانت ، وكذلك إذا استامت المعلوفة بنفسها ، والثاني : ما ذكره عن الشيخ أبي علي السنجي ، وحاصله : اعتبار قصد خاص في صورة خاصة ، وهي ما إذا كانت عنده سائمة يعلفها في زمن يقدر المرعى لتراكم الثلوج أو نحو ذلك ، فهذا العلف يشترط في تأثيره القصد إن قصد به إخراجها إلى قبيل المعلوفة أثر وقطع الحول ، وإن لم يقصد ذلك لم يؤثر ، وإن كثر قصده فهو في حكم المعلوفة ، ومن قال : لا يعتبر القصد مطلقًا ، قال : لا ينقطع الحول بهذا العلف أيضًا وهو الأظهر ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٤ ب) .

(٤) في الأصل : « أسامته » ، وفي (ب) : « سامت » .

(٥) في (أ ، ب) : « معلوفة » .

قال الشيخ أبو علي : (١ معنى القصد ١) أنه لو تراكمت الثلوج وغطت المراعي فعلفها المالك ترقبًا لزوال الثلج (٢) لم تسقط الزكاة ؛ لأنها تعد سائمة .

الثاني : إذا سام الغاصب معلوفة الغير سنة ، فوجوب الزكاة يبتنى على مراعاة القصد ، ولو علف سائمة الغير سنة فالسقوط أيضًا كذلك . وهاهنا أولى بأن لا يؤثر فعل الغاصب ؛ لأنه لا مؤنة على المالك بعلفه ، وهو مطلوب السوم ، فإن قلنا : تجب الزكاة في معلوفة أسامها الغاصب ، ففي رجوعه بالزكاة على الغاصب / وجهان ؛ أحدهما : ينظر فيه إلى نسبته بالإسامة ، وفي الثاني : إلى أن السبب هو المال . ٣٧/أ

* * *

الشرط السادس : كمال الملك (٣)

ومثار الضعف ثلاثة [أمور] (٤) :

الأول : امتناع التصرف ، وله مراتب :

الأولى : المبيع (٥) قبل القبض ، إذا تم عليه الحول قطع صاحب التقريب بوجوب الزكاة ؛ لأنه قادر على التصرف بالقبض وتسليم الثمن .

وقال القفال : لا تجب لضعف (٦ ملكه وامتناع تصرفه مع إذن ٦) البائع .

الثانية : المرهون إذا تم الحول عليه ، فيه - أيضًا - وجهان ؛ لامتناع التصرف .

الثالثة : المغصوب والضال والمجحود الذى لا بينة عليه فيه ثلاثة أقوال ، يفرق فى الثالث بين أن يعود إليه بفوائده فتجب الزكاة ، أو لا يعود فلا تجب ، ولا خلاف فى أن التعجيل قبل رجوع

(١) « معنى القصد » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « الثلوج » .

(٣) في (أ ، ب) : « النصاب » ، ولعله خطأ من النساخ ، إذ كان الكلام عن النصاب في الشرطين الثاني والثالث سابقًا .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) « المبيع » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « الملك لامتناع تصرفه مع وإن أذن » .

المال ليس واجبًا ، ولكن إذا عاد إليه فهل يزكيها [1] لما مضى من أحواله ؟ فيه الخلاف .

أما مَنْ حبس من [2] ماله وجبت الزكاة عليه لنفوذ تصرفه .

الرابعة : مَنْ له [3] دين على غيره [3] ، إن كان مليئًا وجبت الزكاة [4] ، وحكى الزعفراني قولًا : أنه لا زكاة في الديون ، وإن كان معسرًا فهو كالمغصوب [5] ، وإن كان مؤجلًا بسنين فمنهم من ألحقه بالمغصوب ، ومنهم من ألحقه بالغائب الذي لا يسهل إحضاره .

فإن أوجبنا ففي التعجيل وجهان ؛ والأصح : أنه لا يجب ؛ لأن الخمسة نقدًا تساوي ستة نسيئة ، ففيه إجحاف .

المثار الثاني : تسلط الغير على ملكه ، وله مراتب :

الأولى : الملك في زمان الخيار ، هل [6] هو ملك زكاة [6] ؟ فيه خلاف لضعفه بتسلط [7] الغير [8] ، فإن كان المالك منفردًا بالخيار لم يتجه الخلاف .

(١) في (أ ، ب) : « يزكيه » . (٢) في (أ ، ب) : « عن » .

(٣) في (أ ، ب) : « على غيره دين » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله في الدين . (إن كان مليئًا وجبت الزكاة) هذا إذا كان مع ملأته بحيث لا يمنعه مانع من استيفاء مماطل ونحوه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٤ ب) .

(٥) قال الحموي : « ما ذكره الشيخ من أنه إذا كان من عليه الدين مليئًا تجب الزكاة قولًا واحدًا إلا على نقل الزعفراني ، فليس على إطلاقه ، فإنه إذا كان من عليه الدين مماطلًا كان فيه الخلاف المذكور ، وإذا كان غير مماطل وجبت الزكاة قولًا واحدًا ، وإذا كان كذلك كان ينبغي أن يفصل ما أطلقه » ، ثم رَدَّ الحموي عن هذا الإشكال بقوله : « مراد الشيخ بذلك إذا لم يكن مماطلًا دلَّ على ذلك اشتراط الملأة ، فإن الغالب ممن يكون مليئًا أن لا يكون مماطلًا » . مشكلات الوسيط (٦٣أ - ٦٣ ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « يجب فيه الزكاة » .

(٧) في (أ ، ب) : « بتسليط » .

(٨) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من الخلاف في أن الملك في زمن الخيار خلافًا لتسلط الغير على ملكه . هذا ظاهر إذا قلنا : الملك للمشتري ، فإن البائع سلط على ملكه بما يملكه من النسخ ، وغير ظاهر إذا قلنا : الملك للبائع ، من حيث إن المشتري غير متسلط على ملكه من حيث كونه غير مستقل بالإجازة ، قد قطع غيره بأنه لا زكاة عليه ، ولكنا نقول : لو غفل البائع حتى انقضى الخيار لملكه المشترى عليه ، فهذا نوع من تسلط الغير عليه ، يوجب إجراء الخلاف فيه يبقى أن الخلاف فيه يكون مرتبًا ، فلا ينبغي أن يساقا مساقًا واحدًا ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٤ب - ١٨٥ أ) .

الثانية : اللُّقطة في السنة الثانية ، إذا لم يتملكها الملتقط ، في [1] وجوب زكاتها خلاف مرتب على السنة الأولى [2] ، وأولى [3] بأن لا تجب [3] لتسلط الغير على التملك .

الثالثة : إذا استقرض المفلس مائتي درهم ، وبقي معه حولًا ، ففي زكاته قولان ؛ أحدهما : تجب لوجود الملك ، والثاني : لا لعلتين ؛ إحداهما [4] : ضعف الملك ؛ لتسلط مستحق الدَّيْن على إلزامه تسليم المال إليه . والثانية [5] : لأدائه إلى تثنية الزكاة ، إذ تجب على المستحق باعتبار يساره بهذا المال ، وعلى هذه العلة لا يمتنع الوجوب إن كان المستحق مكاتبًا أو ذميًّا ، أو كان المال سائمة [6] ، أو كان قدر الدين أقل من النصاب [7] ؛ لأنه لا يؤدي إلى التثنية . ولو [8] كان المستقرض غنيًّا بالعقار لم تمتنع الزكاة بالدين قولًا واحدًا [9] .

---

(١) في (أ ، ب) : « ففي » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من أن اللقطة في السنة الثانية إذا لم يتملكها الملتقط ففي وجوب زكاتها على مالكها خلاف مرتب على الخلاف في السنة الأولى ، وأولى بأن لا تجب ، فمراده بالخلاف في السنة الأولى : الخلاف الذي سبق في الضال ونحوه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٥ أ) .

(٣) في (ب) : « بأنه لا يجب » .

(٤) في (أ ، ب) : « أحدهما » ، وهو خطأ .

(٥) في الأصل : « الثاني : لا » ، وفي (أ ، ب) : « الثاني » بدون زيادة « لا » ، وكلاهما خطأ ، صححناه اعتمادًا على السياق .

(٦) يقول ابن الصلاح : « ذكر الصورة التي تجب فيها الزكاة على المديون لانتفاء تثنية الزكاة فيها عند مَنْ علل بها بأن يقال فيها : (أو كان المال سائمة) صورته : ما إذا كان أربعون شاة عن دين سلم مثلًا ، وهو يملك أربعين شاة سائمة ، فإيجاب الزكاة عليه فيها لا يفضي إلى تثنية الزكاة ، ولا تجب في الأربعين التي هي دين عليه على مالكها شيء ؛ لأن ما اشترط في زكاته السوم لا زكاة فيه إذا كان دينًا لتعذر السوم في الدين ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٥ أ) .

(٧) يقول ابن الصلاح : « وقال أيضًا : (أو كان قدر الدين أقل من نصاب) صورته : عليه مائة درهم ، لا يملك رب الدين غيرها ، والمديون يملك مائتي درهم ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٥ أ)

(٨) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٩) قال ابن الصلاح : « ذكر منها ما إذا كان المديون غنيًّا بالعقار ، وهذا لأن تثنية الزكاة إنما تحققت فيما إذا كان =

وذكر الشيخ أبو محمد : أن علة تثنية الزكاة تقتضي الإسقاط ، وهو بعيد . وزاد بعض الأصحاب قولًا ثالثًا ، وهو أن الدين يمنع الزكاة في الأموال الباطنة دون الظاهرة ، وهو بعيد .

الرابعة : إذا ملك نصابًا زكاتيًا [1] ، فقال : لله عَلَيَّ أن أتصدق بهذا المال ، فانقضى الحول [2] قبل التصدق ، ففيه خلاف مرتب على الدين ، وأولى بالسقوط لتعلق الحق [3] بعين المال .

ولو قال : جعلت هذا المال صدقة أو جعلت هذه الأغنام ضحايا [4] ، فلا يبقى لإيجاب الزكاة وجه متجه . ولو قال : لله عَلَيَّ التصدق بأربعين من الغنم ، فهذا دين لله تعالى ، فهو مرتب على دين الآدميين ، وأولى بأن لا تسقط الزكاة ، ولو كان عليه دين الحج كان كدين النذر .

فرع :

إذا اجتمعت الديون والزكاة في ماله ومات ، ففي القديم ثلاثة أقوال :

أحدها : تُقدم الزكاة ؛ لأن لها تعلقًا بعين المال ، وكذلك [5] تسقط بفوات [6] المال . والثاني : يقدم الدين ؛ لأن حق الله - تعالى - على المسامحة . والثالث : أنهما يستويان .

ومنهم من قطع بتقديم الزكاة لتعلقها بالدين ، ورد الأقوال إلى الكفارات مع الديون .

= عليه مائتا درهم مثلًا ، وهو يملك مائتي درهم من حيث إن الزكاة وجبت فيها على صاحب الدين باعتبار ملأة المديون بما في يده من المائتين ، فإيجاب الزكاة على المديون فيها في حكم تثنية الزكاة ، فإذا كان غنيًا بعين المائتين لم يكن إيجاب المال على صاحب الدين في المائتين باعتبار ملأة المديون بالمائتين لكونه مليئًا بغيرها من عقار وغيره ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٥ أ - ١٨٥ ب) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ملك نصابًا زكاتيًا) هذا لحن وصوابه عند أهل العربية : زكويًا » . المشكل (١/ ١٨٥ ب) .

(٢) « الحول » : ليست في (ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « حق الغير » .

(٤) في (أ ، ب) : « صدقة » .

(٥) في (أ ، ب) : « ولذلك » .

(٦) في (ب) : « لفوات » .

المثار الثالث : عدم استقرار الملك ، (١ وله مرتبتان ١) :

الأولى : إذا انقضى على المغانم حَوْلٌ قبل القسمة ، ففي الزكاة ثلاثة أوجه ؛ أحدها : يجب (٢) ، للزوم الملك . والثاني : لا ؛ لأنه لم يستقر ، إذ يسقط بإسقاطه . والثالث : أن محض حبس مال الزكاة وجب ، وإن كان في المغانم ما ليس زكاتيًا فلا ، إذ الإمام ربما يرد الزكاتي بالقسمة إلى سهم الخمس ولا زكاة فيه .

الثانية : إذا أكرى دارًا أربع سنين بمائة دينار نقدًا ، ففيما يجب في السنة الأولى قولان ؛ أحدهما : تجب زكاة المائة كما في الصداق قبل المسيس ، إذ لا فرق بين توقع رجوع الأجرة بانهدام الدار وبين توقع رجوع الصداق بالطلاق (٣) . والثاني : يجب (٤) في السنة الأولى زكاة ربع المائة ، وفي الثانية تجب زكاة الخمسين لسنتين ويحط عنه ما أدى ، وفي الثالثة : زكاة خمس وسبعين لثلاث سنين ، ويحط عنه ما أدى ، وفي الرابعة : زكاة المائة لأربع سنين ، ويحط عنه ما أدى ؛ لأنه الأجرة هكذا تستقر به (٥) ، بخلاف الصداق فإن تشطره (٦ بطلاق مبتدأ ٦) لا يقتضيه العقد ، والرجوع هاهنا مقتضى المعاوضة .

* * *

---

(١) في الأصل : « لها مراتب » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) ، وهو مطابق لما ذكره بعد حيث ذكر مرتبتين اثنتين فقط .

(٢) في (ب) : « تجب » .

(٣) قال ابن الصلاح : « سقوط الأجرة بانهدام الدار واقع بطريق انفساخ العقد الموجب للأجرة ، فإنه قضية المعاوضة ، فكان دالًا على استقرارها ، وسقوط نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ليس بطريق الانفساخ ، فإن الطلاق تصرف في المعقود عليه ، يضاهي التصرف في العبد المشترى بالعتق ، وإنما الطلاق سبب مبتدأ ، أوجب للزوج ملكًا محددًا في شرط الصداق ، فلم يكن دالًا على عدم استقرار ملكها الصداق قبل الدخول ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٥ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « أنه يجب » .

(٥) « به » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « مبتدأ بالطلاق » .

الركن الثاني [1] من أركان طرف الوجوب : النظر فيمن يجب [2] عليه :

ولا يعتبر فيه إلا الحرية والإسلام ، فيجب في مال الصبي والمجنون ، خلافًا لأبي حنيفة . وفيما ينسب إلى الحمل المحقق تردد ، وتجب الزكاة على المرتد إن قلنا : يبقى ملكه ، مؤاخذة له بحكم الإسلام / . ٣٧/ب

ولا زكاة على مكاتب ورقيق ، فإن [3] قلنا : ملك [4] بالتمليك ؛ لأنه ملك ضعيف ، ولا يجب على السيد – أيضًا – في مال المكاتب والرقيق لعدم الملك ، ومن نِصْفُه عبدٌ ونصفه حُرٌّ يجب الزكاة عليه في ما سلم له بنصفه الحر ، ويجب عليه كفارة الموسرين .

* * *

الطرف الثاني للزكاة : طرف الأداء

وأداء الزكاة ممكن في وقته ، وقبل وقته تعجيلًا ، وبعده تأخيرًا ، فهذه ثلاثة أقسام .

القسم الأول : الأداء في الوقت :

وهو واجب على الفور عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة . والنظر فيما يجب على الدافع والقابض .

وعلى الدافع وظيفتان :

إحداهما النية : والنظر في أصلها وكيفيتها ووقتها .

أما أصل النية فلابد منه ، كما في سائر العبادات . وقال الشافعي : إن قال بلسانه : هذا زكاة

---

(١) هكذا في جميع النسخ ، الأصل و (أ ، ب) : « الثاني » ، والحق : أن هذا هو الركن الأول من أركان طرف الوجوب ، ذكره المصنف بصورة أخصر من ذلك في بداية حديثه عن زكاة النعم ، فليراجع هناك . كما أنه أوضح أن الركن الثاني هو ما تجب فيه وهو السبب ، والركن الثالث هو الواجب ، وقد ختم الكلام عليهما قبل هذا الركن مباشرة .

(٢) في (ب) : « تجب » .

(٣) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٤) في (أ ، ب) : « يملك » .

مالي ، أجزأه (١) . فمنهم من أجراه على الظاهر ، ولم يشترط النية بالقلب .

وأما الصبي والمجنون : فينوى عنهما وليهما ، وأما الممتنع فيأخذ السلطان [منه] (٢) قهرًا . وهل تبرأ ذمته باطنًا ؟ فيه خلاف . فإن قلنا تبرأ ، ففي وجوب النية على الإمام وجهان ؛ أحدهما : [لا] (٣) ، تغليبًا لسد الخلة ، والثاني : نعم ؛ لأن أثر الامتناع في أن صار موليًا عليه .

أما الكيفية فلو نوى الزكاة المفروضة كفاه ، ولو لم يتعرض للفرضية فوجهان - كما في الصلاة - ولا يلزمه تعيين المال ، ولكن لو قال : هذا عن مالي الغائب ، ثم كان تالفًا لم ينصرف إلى الحاضر ؛ لتعيينه وخطئه .

ولو قال : هذا عن مالي الغائب إن كان باقيًا ، وإن كان تالفًا فعن الحاضر أو هو صدقة جاز ؛ لأن مقتضى الإطلاق هذا .

وقال صاحب التقريب : يقع عن الغائب إن كان باقيًا ، فإن كان تالفًا لم يقع عن الحاضر ؛ لأنه بناه على فوات الغائب (٤) ، والأصل عدم الفوات (٥) .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قال : (قال الشافعي - رضي الله عنه - : إن قال بلسانه : هذا زكاة مالي أجزأه) علقت مما علق عن صاحب الكتاب في تدريسه له بطوس من خط ضابط تلامذته مما اختصاره من أن أصحابنا من أجراه على ظاهره ، قال : (ويكفي الذكر باللسان) ؛ لأن هذا يشبه المعاوضة ، ويكفي فيها الإيجاب والقبول من غير نية ، قلت : وجه شبهه بالمعاوضة أنه تمليك قال : « وليس بشيء ، وإنما قال الشافعي - رضي الله عنه - ذلك لأن ذكر اللسان هاهنا لا ينفك عن نية القلب بخلاف الصلاة والوضوء ؛ لأنهما يتكرران كثيرًا ، فقد ينوي باللسان والقلب ذاهل ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٥ ب) .

(٢) زيادة من (أ ، ب) . (٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) كذا في (أ ، ب) وهامش الأصل ، وفي صلب الأصل : « الحاضر » ، وهو خطأ .

(٥) في (أ ، ب) : « التعيين » . ويقول ابن الصلاح : « قوله : (لو قال : هذا عن مالي الغائب : إن كان باقيًا ، وإن كان تالفًا فعن الحاضر أو هو صدقة جاز ؛ لأن مقتضى الإطلاق هذا . وقال صاحب التقريب : يقع عن الغائب إن كان باقيًا ، وإن كان تالفًا لم يقع عن الحاضر ، لأنه بناه على فوات الغائب ، والأصل عدم التعيين) هذا من المشكلات الصعبة التي لا يفطن لها لكونها لها ظاهر يفهم منه ما يتوهم أنه المراد مع كونه ليس بالمراد . =

أما وقت النية : فهو عند التسليم إلى المسكين أو إلى نائب المساكين (١) . ولو قدم فثلاثة أوجه ؛ أحدها : أنه يجوز ؛ لأن الفعل غير مقصود ، ولذلك جازت الوكالة فيه . والثاني : لا ؛ لأن تنقيص الملك مقصود ، فليقترن به . والثالث : أنه إن قدم على التنقيص ، ولكن (٢) اقترن بفعله عند التسليم إلى الوكيل جاز ، ولو سلم إلى الوكيل ووكله بالنية عند التفريق ، فهو جائز (٣) .

= والإشكال منه في مواضع ؛ الأول : في قوله : (أو هو صدقة) يفهم منه أنه رَدَّدَ بين الأمرين ، وليس كذلك ، فإنه لو ردد بينهما لم يقع عن الحاضر لفساد النية بالتردد ، وإنما المراد أنه قال : على الحاضر فحسب ، أو قال : هو صدقة فحسب - يعني صدقة التطوع - وهذا لفظه في (البسيط) ، و (الوجيز) أيضًا ، وفي بعض نسخ (الوسيط) : (أو قال : هو صدقة) وهذه عبارة لا بأس بها ، والله أعلم .

الإشكال الثاني : في قوله : (لأن مقتضى الإطلاق هذا) يفهم منه أنه في صورة الإطلاق ، وهي ما إذا أخرج مطلقًا من غير تعيين لمال وقع عن الغائب إن كان باقيًا وإن كان تالفًا فعن الحاضر وليس كذلك فإنه عند الإطلاق لا يقع عن الغائب بعينه ، فإذًا قوله : (لأن مقتضى الإطلاق هذا) تفسيره : أن مقتضى الإطلاق الوقوع عن الحاضر على تقدير تلف الغائب ، وهذا هو المقصود بالكلام ، وفيه الاختلاف المذكور ، والله أعلم .

الإشكال الثالث : في قوله : (قال صاحب التقريب : كذا وكذا) المفهوم منه أنه جزم بذلك ، وإنما ذكر أن في وقوعه عن الحاضر على تقدير تلف الغائب احتمالًا ، وهكذا حكاه هو في (البسيط) وشيخه في (النهاية) ، والله أعلم .

الإشكال الرابع : في قوله : (لأنه بناه على فوات الغائب ، والأصل عدم التعيين) تفسيره : أن الأصل عدم تعيين الحاضر بفوات الأصل ؛ لأن الأصل عدم فواته ، فلا يصح ثبته بالنسبة إلى الحاضر لما فيها من التردد والشك وعدم ابتنائها على استصحاب أصل بخلاف الغائب ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٥ ب - ١٨٦ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « المسكين » . (٢) « لكن » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ذكر أن في جواز تقديم نية الزكاة على التسليم إلى المستحق أو نائبه ، ولكن اقترنت بتسليمه إلى الوكيل الذي وكله في التسليم إلى المستحق أو نائبه ثلاثة أوجه ، وأن الثالث : أنه إن قدم على التسليم إلى المستحق أو نائبه ، ولكن إن اقترنت بتسليمه إلى الوكيل الذي وكله في التسليم إلى المستحق أو نائبه جاز ، وإلا فلا .

ثم قال : (ولو سلم فإلى الوكيل من وكله في النية عند التفريق فجائز) فهذا لم يذكره تمامًا للوجه الثالث به دون الوجهين المتقدمين ، بل هو كلام مستأنف ، والجواز فيه ثابت عنده على الوجوه الثلاثة اتفاقًا ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٦ ب)

الوظيفة الثانية : طلب القابض :

فإن كانت الأموال باطنة جاز التسليم إلى الإمام أو إلى المسكين ، وأيهما أولى ؟ فيه وجهان ، وإن كانت ظاهرة ففي وجوب تسليمها إلى الإمام قولان ، ولا شك أن التسليم أولى للخروج عن الخلاف .

أما القابض - إن كان هو الساعي - فعليه وظيفتان :

إحداهما : أن يعلم في السنة شهرًا يأخذ فيه زكاة الجميع تسهيلًا عليهم ، ثم لا يرد المواشي إلى البلد ، بل يردها [1] إلى منهل قريب [2] ، ويردها إلى مضيق ليكون أسهل للعد .

الثانية : الدعاء للمالك ، قال الله تعالى : ﴿ وَصَلِّ عَلَيْهِمْ ﴾ [3] ، أتي رسول الله ﷺ بصدقة آل [4] أبي أَوْفَى ، فقال - عليه السلام - : « اللهم صَلِّ على آل أبي أوفى » . [5]

---

(١) في (ب) : « ترد » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من أن الساعي يرد المواشي إلى منهل قريب ، يريد به قريبًا من المرعى ، أي كل ماشية إلى منهلها ، وقد فسرنا المنهل في الباب الخامس من كتاب الصلاة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٦ ب) .

(٣) جزء من الآية (١٠٣) من سورة التوبة .

(٤) « آل » : أثبتها في هامش الأصل على أنها من نسخة أخرى ، وفي (ب) : « إلى أبي أوفى » ، وهو الموافق لرواية الحديث في كتب السنة . راجع التعليق الآتي .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وأتي رسول الله ﷺ بصدقة أبي أوفي ، فقال عليه السلام : اللهم صل على آل أبي أوفى) هذه عبارة ربما أوهمت أن الآتي بها غير أبي أوفى ، وإنما هو أبو أوفى ، ثبت في الصحيحين عن عبد الله بن أبي أوفى قال : كان رسول الله ﷺ إذا أتاه قوم بصدقة قال : « اللهم صَلِّ عليهم » ، فأتاه أبو أوفى بصدقة ، فقال : « اللهم صل على آل أَبي أوفى » ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٦ ب) .

أخرجه البخاري : (٣/٤٢٣) (٢٤) كتاب الزكاة (٦٤) باب صلاة الإمام ودعائه لصاحب الصدقة (١٤٩٧) ، وأطرافه : (٤١٦٦،٦٣٣٢،٦٣٥٩) ، ومسلم : (٢/٧٥٦) (١٢) كتاب الزكاة (٥٤) باب الدعاء لمن أتى بصدقة (١٠٧٨) ، وأبو داود :(٢/١٠٨) كتاب الزكاة - باب دعاء المصدق لأهل الصدقة (١٥٩٠) ، والنسائي : (٥/٣١) (٢٣) كتاب الزكاة (١٤) باب صلاة الإمام على صاحب الصدقة (١٤٥٩) ، وابن ماجه :(١/٥٧٢) (٨) كتاب الزكاة (٨) باب ما يقال عند إخراج الزكاة (١٧٩٦) .

والأحب لغيره أن يقول : « أجرك الله فيما أعطيت ، وجعله طهورًا ، وبارك لك فيما أبقيت » ؛ لأن الصلاة على غير رسول الله ﷺ مكروه ؛ إذ فيه موافقة الروافض [1] ، ولأن العصر الأول خصصوا الصلاة والسلام به ، كما خصصوا عز وجل بالله ، وكما لا يحسن أن يقال : محمد عز وجل ، وإن كان عزيزًا جليلًا [2] ، لا يحسن أن يقال : أبو بكر صلوات الله عليه ، وإن كان الصلاة هو [3] الدعاء .

نعم لرسول الله أن يصلي على غيره فإنه منصبه المخصوص به ، ولنا أن نصلي على آله بالتبعية ، فيقول : صلى الله عليه وعلى آله .

القسم الثاني : في التعجيل ، والنظر [فيه] [4] في ثلاثة أمور :

الأول : في وقته :

ويجوز تعجيل الزكاة قبل تمام الحول ، خلافًا لمالك ؛ لما روي أن العباس استسلف منه رسول الله ﷺ صدقة عامين [5] .

ولا يجوز تعجيله قبل كمال النِّصاب ، ولا قبل السَّوم ؛ لأن الحول في حكم أجل ومهلة ، فلذلك عجل عليه ، ولو ملكه مائة وعشرين شاة وواجبه شاة ، وهو يرتقب حدوث سخلة في آخر السنة ، فعجل شاتين ، ففي تعجيل شاتين وجهان مرتبان على الوجهين في تعجيل صدقة عامين .

---

(١) في (أ ، ب) : « للروافض » .
(٢) في (أ ، ب) : « وجليلًا » .
(٣) في (أ ، ب) : « هي » .
(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (لما روي أن العباس استسلف منه رسول الله ﷺ صدقة عامين) هذا مروي عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أخرجه أبو داود وابن ماجه والترمذي في موضعين من كتابه ، وذكر في أحدهما أنه حديث حسن ، وأخرج مسلم في صحيحه بمعناه من حديث أبي هريرة ، والله أعلم » . المشكل (١٨٦/١ ب - ١٨٧ أ) .

أخرجه أبو داود : (١١٨/٢) كتاب الزكاة - باب في تعجيل الزكاة (١٦٢٤) ، والترمذي : (٦٣/٣) (٥) كتاب الزكاة (٣٧) باب ما جاء في تعجيل الزكاة (٦٧٨، ٦٧٩) ، وابن ماجه : (٥٧٢/١) (٨) كتاب الزكاة (٧) باب تعجيل الزكاة قبل محلها (١٧٩٥) ، وأحمد : (١٠٤/١) ، والدارمي : (٣٨٥/١) والدارقطني : (١٢٣/٢) ، والبيهقي : (٤/ ١١٠ ، ١١١) .

والصحيح بحكم الخبر جوازه ، ووجه المنع : أن النصاب كالمعدوم في حق الحول الثاني ، ومسألة السخلة بالجواز أولى ؛ لأن الحول منعقد في حق الشاة الثانية (١) .

وأما زكاة الفطرة (٢) : فوقت وجوبها استهلال شوال ، ويجوز التعجيل إلى أول رمضان (٣) .

وأما الرطب والعنب فالصحيح أنه لا تعجل زكاتهما قبل الجفاف ، فإن الواجب هو الزبيب والتمر ، والرطب لا يصلح للإخراج .

وقيل : إنه بعد الزهو وبدوّ الصلاح يجوز . وقيل : يجوز بعد بدو الطلع .

وأما الزرع : فوجوب زكاته بالفرك والتنقية ، والصحيح : جواز أدائه عند الإدراك ، وإن لم يفرك . وقيل : يجوز عند (٤) ظهور الحب وإن لم يشتد . وإذا قلنا : بدو الصلاح سبب الوجوب ، أردنا به (٥) الحجر على المالك في تصرف يدفع حق المساكين ، ولم نرد وجوب الإخراج (٦) / ٣٨أ .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في تعجيل صدقة عامين : (الصحيح بحكم الخبر جوازه) هو كما قال ، ويشكل على وجه المنع الجواب عن الخبر ، وقد قال صاحب (التهذيب) : الأصح أنه لا يجوز .

وقوله : (استسلف منه صدقة عامين) أي : مرتين أو صدقة مالين لكل واحد قول منفرد ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٨٧أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « الفطر » .

(٣) قال ابن الصلاح : « دخول شهر رمضان في تعجيل زكاة الفطر بمثابة انعقاد الحول على الحول . وقد احتج الشافعي فيه بفعل ابن عمر – رضي الله عنهما – وإخراجه زكاة الفطر قبل الفطر بيومين أو ثلاثة ، وذلك يصلح للاحتجاج به عند الإيثار من غير تكبر ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٧ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « بعد » .

(٥) « به » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) يقول ابن الصلاح : « ذكر أن الصحيح في الرطب والعنب أنه لا يجوز تعجيل زكاتهما قبل الجفاف ، ثم ذكر في الحب أن الصحيح جواز أداء زكاته عند الإدراك قبل الفرك والتنقية ، وهذا قد يتوهم منه افتراق النوعين فيما هما فيه غير مفترقين ، فنقول : ما ذكره من الفرق بين النوعين في الجواز على ما هو الصحيح عنده ليس في حالة واحدة لهما ، إنما هو في حالتين غير متساويتين ، فاختياره في الجواز في الرطب والعنب إنما هو قبل الإدراك ، وهو أن يصير تمرًا وزبيبًا ، واختياره في الحب إنما هو عند إدراكه وتهيئته للدراس والتنقية ، والجواز ثابت عند الإدراك فيهما ، غير أن في الحب قبل تنقيته وجهًا : أنه لا يجوز من جهة أنه لا يتحقق بلوغه نصابًا ، فلو تيقن كونه نصابًا لم يكن للمنع مساغ .

=

والنظر الثاني : في الطوارئ المانعة من [1] إخراج المعجل [1] ، وهو [2] ثلاثة :

الأول : ما يطرأ على القابض ؛ وشرطه : أن يبقى على صفة الاستحقاق إلى آخر الحول ، فلو ارتد أو مات أو استغنى بمال آخر [3] ، بان أن الزكاة لم تقع موقعها ، ولو طرأت بعض هذه الحالات وزالت قبل الحول فوجهان ، لا يخفى توجيههما .

الثاني : أحوال المالك ، وشرطه أن يبقى عينًا ببقاء النصاب مسلمًا حيًّا ، فلو تلف نصابه أو ارتد ، وقلنا : الردة تقطع الملك ، أو باع النصاب أو مات ، تبين أن لا زكاة .

والصحيح : أنه لا يجزئ عن وارثه فيما سيجب عليه [في المستقبل] [4] .

الثالث : ما يطرأ على الزكاة المعجلة ، فإن تلفت في يد المسكين فقد بلغت الصدقة محلها ، وإن تلفت في يد الإمام وقد أخذها بسؤال المساكين البالغين أو حاجة الأطفال فلا ضمان على أحد .

وإن أخذ لحاجة البالغين لا لسؤالهم [5] ففي تنزيل الحاجة منزلة السؤال وجهان ؛ أحدهما :

= والاشتداد في الحب مثل بدو الصلاح في الثمار ، مثل أن يبدو الزهو في ثمرة النخل ، وهو أن يحمر أو يصفر ، فمن الاشتداد إلى التنقية ، ومن الزهو إلى الجفاف وجهان في جواز تعجيل الزكاة ؛ أحدهما : أنه يجوز ، وهذا هو الأرجح ، وإن كان صاحب الكتاب قد رجح عدم الجواز .

وتعجب إمام الحرمين من اختلاف أئمتنا في هذا ، مع قولهم بأن الزكاة تجب باشتداد الحب وبدو الزهو كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - مع أن التعجيل يقع قبل الوجوب ، وهذا اختلاف منهم في التعجيل بعد الوجوب ، ثم قال : السر فيه أنا إن قلنا بوجوب الزكاة بعد الصلاح ، فإنا لا نوجب إخراجها إلى التنقية والتخفيف ، وفائدة الحكم بالوجوب منع التصرف في حق المساكين من الزروع والثمار ، فصار عدم الإيجاب للإخراج قريبًا بما قبل حول الحول من المواشي وغيرها ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٧ أ - ١٨٧ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « إجراء التعجيل » . (٢) في (أ ، ب) : « وهي » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما يطرأ على فائض الزكاة المعجلة من موانع الإجراء : (واستغنى بمال آخر) ليس في حالة واحدة ، وإنما قال : (إجزاء) احترازًا مما إذا استغنى بالزكاة ، فإنه لا يمنع ؛ لأنه المقصود منها » . المشكل (١/١٨٧ ب) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) . (٥) في (أ ، ب) : « بسؤالهم » .

لا ، فقد قال الشافعي – رضي الله عنه – : المساكين أهل رشد لا يولى عليهم ، الثاني : نعم ؛ لأنه نائبهم شرعًا .

ولو أخذ الإمام بسؤال المالك فتلف في يده يجب على المالك الضمان ، كما لو تلف في يد وكيله .

ولو اجتمع سؤال المساكين والمالك فأي الحالتين يرجح ؟ فيه وجهان .

النظر الثالث : في الرجوع عند طريان ما يسقط الزكاة :

فإن قال : هذه زكاتي المعجلة فله الرجوع ؛ لأن التعجيل مشعر به . وقيل : شرطه أن يصرح بالرجوع ، وعلى هذا لو نازعه المسكين في الرجوع أو التعجيل فالقول قول مَنْ ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما : قول المالك ؛ لأنه المؤدي ، والثاني : قول المسكين ؛ لأن الأصل زوال الملك .

أما إذا لم يتعرض للتعجيل ، ولا علمه المسكين فيه ثلاثه أوجه ؛ أحدهما : أنه يرجع ويصدق في قوله (نويت ذلك) . والثاني : لا ؛ لأنه خلاف الظاهر . والثالث : أن المالك [لا] [١] يصدق ؛ لأن فعله متردد [٢] بين الصدقة والزكاة ، وفعل الإمام كالمتعين للفرض .

فروع أربعة :

الأول : لو أتلف النصاب بنفسه ففي الرجوع وجهان ؛ أصحهما : الرجوع ؛ لانتفاء الوجوب ، والثاني : لا ؛ لأنه يريد نقض الأداء بقصده [٣] .

الثاني : إذا أثبتنا الرجوع [٤] لانتفاء الرجوع [٤] ، فإن كان عين ماله تالفًا فعلى القابض الضمان ، وذكر صاحب التقريب وجهين في أن العبرة في قيمة يوم القبض أو يوم التلف ؟ ولو تعيب في يده ففي وجوب الأرش وجهان ؛ أقيسهما : الوجوب ، قياسًا للجزء على الكل .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) ، وراجع : فتح العزيز : (٥٣٩/٥) ، والروضة : (٢١٨/٢) .

(٢) في (أ ، ب) : « يتردد » .

(٣) في (أ ، ب) : « بفعله » .

(٤) ليست في (أ ، ب) .

والثاني : لا ، كما لو رد العوض في البيع ، ووجد بالمعوض عيبًا قنع به ، وإن كان يستحق بدله عند الفوات ، وفي هذا [(١)] الاستشهاد أيضًا نظر [(٢)] .

الثالث : الزيادات المنفصلة ، هل ترد معه ؟ فيه [(٣)] وجهان [(٤)] ، ومأخذهما إن أداه متردد بين وجود التمليك وعدمه ، أو هو تمليك لا محالة ، ولكنه متردد بين الزكاة والقرض ، وهما احتمالان ظاهران .

فإن قلنا : إنه متردد بين التمليك وعدمه فقد بان أنه لا تمليك ، فيرد بزوائده ، وإن رددناه بين القرض والزكاة التفت على أن القرض يملك بالقبض أو بالتصرف . وعلى هذين الاحتمالين ينبني نقض تصرفه إن كان قد باع ، وجواز إبداله عند الرجوع إن كان عينه قائمًا .

---

(١) « هذا » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا ثبت للمالك الرجوع فيما عجله : (وقد تعيب في يد القابض ، ففي وجوب الأرش عليه وجهان ؛ أقيسهما : الوجوب قياسًا للجزء على الكل ، والثاني : لا ، كما لو رد العوض في البيع ووجد بالمعوض عيبًا قنع به ، وإن كان يستحق بدله عند الفوات ، وفي هذا الاستشهاد أيضًا نظر) هذا قد استبعده أيضًا إمام الحرمين ، ولم يذكر وجهه .

قلت : وجهه – والله أعلم – أن الجزء والوصف لا يقابله شيء من العوض المسمى المستحق في العقد على ما عرف ، فلم يعوض أيضًا بالأرش عند الفوات ، بل يخير بين أن يرضى به فيأخذه معيبًا من غير أرش ، وبين أن لا يرضى به ويعدل عنه إلى القيمة ، وإلى هذا كان في العيب الذي يجده المشتري بالمبيع لا يملك الأرش مهما تمكن من الرد » . المشكل (١٨٧/١ ب – ١٨٨ أ) .

(٣) « فيه » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « ما ذكره في الوجهين في رد الزوائد المنفصلة من أن : (مأخذهما إن أداه متردد بين وجود التمليك وعدمه ، أو هو تمليك لا محالة) قد كنت أتأول التردد الذي ذكره فيه على أصل الاحتمال ، وإن كان مرجوحًا ، فإنه إذا حملناه على ظاهره وهو تردد الشك لزم منه أن لا يملك المسكين القابض التصرف فيه ، ولا يعرف في جواز تصرفه خلاف ، حتى وجدت شيخه الإمام قد عبر عنه بأن الملك عن هذا موقوف إلى أن ينكشف الأمر في المال ، فهذا إذًا مستنكر جدًّا ، وكتب الأصحاب فيما نعلم قاطبة بخلافه وبالحكم بثبوت الملك وجواز التصرف ، وذلك لأن الظاهر كيف ما قدرت جهة الملك عدم الطوارئ المانعة من الملك ، والله أعلم » . المشكل (١٨٨/١ أ) .

الرابع : إذا لم يملك إلا أربعين فعجل واحدة ، فاستغنى القابض أو مات ، فإن قلنا : خرج الشاة عن ملكه بطريق القرض لم يلزمه تجديد الزكاة ؛ لأن الحول انقضى على تسع وثلاثين ، بخلاف ما إذا وقع المخرج عن جهة الزكاة ؛ لأن المخرج للزكاة كالباقي في ملكه .

وإن قلنا : يتبين أن الملك لم يزل ، التفت على المغصوب والمجحود بعض الالتفات ؛ لأن الحيلولة قد حصلت ، وإن لم يزل الملك .

* * *

القسم الثالث في [1] طرف الأداء : في تأخير الزكاة :

وهو سبب الضمان والعصيان عند التمكن ؛ حتى لو تلف ماله بعد التمكن لم تسقط الزكاة ، وإن تلف كله قبل التمكن سقطت .

ولو ملك خمسًا من الإبل فتلفت بعد الحول وقبل التمكن واحدة ففي مقدار الساقط قولان ؛ أحدهما : يسقط الكل كما لو تلف قبل الحول ؛ لأن الإمكان شرط الوجوب ، كما في الحج . والثاني : يسقط خمس شاة ؛ لأن الإمكان شرط الضمان وهو الأصح ؛ ولذلك لا يتراخى ابتداء الحول الثاني إلى الإمكان .

ولو ملك تسعًا من الإبل فتلف قبل الإمكان أربعة ، فإن قلنا : الإمكان شرط الوجوب وجب شاة ، كما لو تلف قبل الحول ، وإن قلنا : إنه شرط الضمان ، فينبني على أن الوجوب هل ينبسط على الوقص ؟ وفيه قولان ؛ الجديد : أنه لا ينبسط ، فعلى هذا لا يسقط شيء بتلف [2] الوقص ، وإن قلنا : ينبسط سقط أربعة أتساع شاة .

وقيل : إنه لا يسقط ؛ لأن الوقص - وإن كان متعلقًا بالوجوب - فهو وقاية النصاب [3] .

(١) في (أ ، ب) : « من » .
(٢) في (ب) : « فتلف » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ما ذكر من أنا : (وإن قلنا : إن الواجب ينبسط على الوقص ، فلا يسقط على وجه شيء من الواجب بتلف الوقص بعد الحول وقبل التمكن من الأداء على قولنا : التمكن شرط للضمان ؛ لأن الوقص وقاية للنصاب) معناه : أنه كما جعل في القراض الربح وقاية لرأس المال حتى لا ينقص بالخسران شيء من رأس المال ما بقي شيء من الربح ، فكذلك الوقص لا يسقط إذا تلف شيء مما عنده فحسب من الوقص ، ولا يحسب من النصاب شيء من واجب النصاب تلف شيء مما عنده ما بقي شيء من الوقص .

=

وإن ملك تسعًا فتلف خمس (1 قبل الإمكان 1) فعلى قول : سقط (2) الكل ، كما لو تلف قبل الحول . وعلى قول : سقط (3) خمس أتساع شاة ، وهو قول البسط . وعلى قول : يسقط خُمس شاة .

فإن قيل : وبماذا يفوت الإمكان ؟ قلنا : بأمرين :

أحدهما : غيبة المال ، فإنا – وإن جوَّزنا نقل الصدقة – فلا نُوجب إخراج الزكاة من مال آخر ما لم يتبين (4) بقاء المال (5) ، فإن أخرج مع التردد كان كمعجل الزكاة في الرجوع عند فوات / ٣٨/ب المال .

الثاني : غيبة المستحق وهو المسكين في المال الباطن ، والسلطان في المال الظاهر على أحد

= ثم إن هذا الوجه إنما قاله إمام الحرمين وتفرد به ، ولم يورده صاحب الكتاب كما قاله ، وذلك أن صاحب الكتاب نقل القولين على ما ذكرهما الأئمة من قبل ، أحدهما : أنه لا ينبسط الواجب على الوقص أصلًا ، والثاني : أنه ينبسط . فعلى هذا بتلف الوقص شيء من الواجب ، ثم ذكر قول الإمام أنه وقاية ، فلا يسقط شيء ولم يقله الإمام هكذا ، ولكن قال بعد حكايته : نقل الأئمة ينبغي أن يقطع بالانبساط ، وتردد القولين إلى أنه هل يسقط بتلف الوقص شيء من الواجب ؟ فعلى قول : لا يسقط فيه ويجعله وقاية للنصاب ، وعلى قول : يسقط ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٨ أ – ١٨٨ ب) .

(١) « قبل الإمكان » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « يسقط » .

(٣) في (أ ، ب) : « يسقط » .

(٤) كذا في (أ ، ب) ، وفي الأصل : « يتقين » ، ولعلها محرفة عن : « يتيقن » وهو صحيح .

(٥) يقول ابن الصلاح : « ذكر أن إمكان الأداء يفوت بأمرين ؛ أحدهما : غيبة المال ، أي الذي وجبت فيه الزكاة ، وقال : (فإنا – وإن جوزنا نقل الصدقة – فلا نوجب إخراج الزكاة من مال آخر ما لم يتيقن بقاء المال) هذه العبارة فيها تساهل ، فإن إمكان الأداء مع ذلك من مال آخر قائم ، ولكن أراد إمكان الأداء الواجب ، فقوله : (ما لم يتيقن بقاء المال) يُشعر بأنه لو تيقن بقاء المال لوجب الإخراج من مال آخر ، وليس كذلك ، فإنه حينئذٍ يجوز له الإخراج من غير المال ، ولكنه أراد نفي وجوب الإخراج أصلًا ، وخص المال الآخر بالذكر ؛ لأن الكلام فيه ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٨ ب) .

القولين [1] .

وإن حضر مستحق ولكن غاب القريب والجار فقد تم التمكن ، ولكن في جواز التأخير بهذا العذر وجهان ؛ لأنه عارض هذه الفضيلة – فضيلة البدار – فإن جوزنا فتلف ماله ففي وجوب الضمان وجهان ، ووجه الوجوب : أنه جوز التأخير لخطة في نيل الفضيلة فتقيد بشرط سلامة العاقبة .

فإن قيل : فإذا سقطت الزكاة بتلف المال دلَّ على تعلقها بالعين ، فما وجه تعلقها بالعين ؟

قلنا : فيه أقوال مضطربة ، نُعبر عنها بأن الزكاة تتعلق بالذمة أو بالعين . أما تعلقها بالذمة فلا ينكر ؛ لأن المالك مطالب وله الأداء من موضع آخر ، بخلاف أرش جناية العبد فإن السيد لا يطالب به ، وتعلقها بالعين لا ينكر ؛ إذ يسقط بتلف العين .

ولو باع النصاب قبل إخراج الزكاة فللساعي أن يتعلق بالمشتري ويأخذ الزكاة من النصاب ، ولكن في تحقيق هذا التعلق ثلاثة أقوال ؛ أحدها : أنه شركة ، وكأن المسكين شريك بقدر حقه ، وهذا [2] يضعف بجواز [2] الأداء من موضع آخر . الثاني : أن تعلقه يضاهي استيثاق المرتهن . والثالث – وهو الأصح – : أنه يضاهي تعلق أرش الجناية حتى يخرج منع بيع النصاب على قولين ؛ أصحهما الجواز .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (غيبة المستحق وهو المسكين في المال الباطن والسلطان في المال الظاهر على أحد القولين) أراد بالمستحق : مستحق الأخذ لا مستحق المأخوذ .

وقوله : (وهو المسكين في المال الباطن) حصر له في المسكين ، وليس بمنحصر ، فإنه يجوز صرف زكاة المال الباطن إلى السلطان أيضًا ، فينبغي أن يقول : (وهو المسكين أو السلطان أو نائبه) .

وقوله : (على أحد القولين) يعني به : القول بوجوب صرف زكاة المال الظاهر إلى الإمام ، والله أعلم .

ثم إنه حصر فوات الإمكان في الأمرين المذكورين وليس منحصرًا فيهما ؛ إذ يفوت إمكان الأداء أيضًا بمانع في نفسه ، ومن ذلك أن يكون مشغولًا بأمر مهم ديني أو دنيوي ، وقد ذكر ذلك غيره ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٨٨ب - ١٨٩أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « ضعيف لجواز » .

ويتفرع على هذه الأقوال الأربعة [1] النظر في أربعة تصرفات :

الأول : بيع مال الزكاة :

فإن قلنا : لا تتعلق الزكاة بالعين فصحيح ، لكن الساعي يأخذ شاة من المشتري إن لم يرد المالك من موضع آخر ، فينتقض البيع فيه [2] ، وفي [3] الباقي يخرج على قولي [4] تفريق الصفقة ، وهل للمشتري الخيار إذا عرف ذلك قبل أخذ الساعي ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما : لا ؛ لأن المالك ربما يؤدي الزكاة . والثاني : نعم ؛ لأن ملكه مزلزل [5] في الحال .

فإن أثبتنا الخيار فأدى المالك سقط الخيار ، كما لو أدى أولًا ثم باع . وقيل : لا يسقط ؛ لأن

(١) يقول ابن الصلاح : « ذكر أن في متعلق الزكاة أقوالًا مضطربة : (يعبر عنها بأن يقال : إن الزكاة تتعلق بالذمة أو بالعين) ، ثم ذكر أنه في تحقيق تعلقها بالعين ثلاثة أقوال ؛ أحدها : أنها شركة ، والثاني : أنه كتعلق الرهن ، والثالث : أنه كتعلق أرش الجناية ، ثم قال : (ويتفرع على هذه الأقوال الأربعة كذا وكذا) ، وأراد بالرابع القول : (فإنها تتعلق بالذمة أو بالعين) ، فكذلك قال هذا ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٩ أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا باع النصاب قبل أداء الزكاة : (فإن قلنا : لا يتعلق بالعين فصحيح ، ولكن الساعي يأخذ شاة من المشتري ، وإن لم يؤد المالك من موضع آخر فينتقض البيع فيها) إلى آخره . نوع تعلق بالعين أثبته مفرعًا على القول بأنها لا تتعلق بالعين ، وهو قول التعلق بالذمة ، فإن أجريناه على إطلاقه كان مناقضًا . فليحمل قوله : (فإن قلنا : لا تتعلق بالعين) على نفي التعلق المثبت على الأقوال الأخر ، وهو تعلق الشركة والرهن وأرش الجناية على القول ببطلان بيع العبد الجاني .

وقد ذكر إمام الحرمين أن هذا التعلق وهو تتبع الساعي للمشتري متفق عليه ، وأن قول الذمة حاصله راجع إلى القول بأن تعلق الزكاة كتعلق أرش الجناية على أحد القولين ، وهو لا يمنع من بيع العبد الجاني ، غير أن السيد غير مطالب بالفداء أصلًا ، ومالك المال هاهنا مطالب بأداء الزكاة ، ولا ينفي القول بأن تعلق العين مشبه بتعلق أرش الجناية إلا القول الآخر ، وهو أنه يمتنع بيع العبد الجاني لأحد .

ثم على هذه الطريقة وهي جعل المسألة على أقوال أربعة ، وهي طريقة شيخه الإمام ، وأكثر المصنفين فيما نعلم جعلوا المسألة على قولين ؛ أحدهما : قول الشركة ، وهو الجديد ، والصحيح عندهم . والثاني : قول الذمة ، وهو القديم ، وهو بعينه القول بأن المال مرتهن ، والله أعلم » . المشكل (١/١٨٩ أ - ١٨٩ ب) .

(٣) « في » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) « قولي » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « متزلزل » .

الخيار مستيقن ، والمؤدي ربما يخرج مستحقًّا ، فيعكر الساعي على المال .

وأما على قول الشركة : فالبيع باطل في قدر الزكاة ، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة [(١)] .

ولو باع بعض النصاب صح على هذا القول ؛ لاتساع الباقي لحق المسكين .

وقيل : يبطل في حقه [(٢)] ؛ لأن حقه غير منحصر في البعض الباقي .

وإن فرعنا على استيثاق الرهن بطل في قدر الزكاة . وقيل : بطل في الكل ، وكان الكل مرهونًا به ، وهو بعيد .

وإن فرعنا على استيثاق أرش الجناية ، وقلنا : يجوز بيع العبد الجاني ، فهو كالتفريع على قول الذمة . وإن قلنا : لا يجوز فهو كتفريع قول الرهن .

الثاني : إذا اشترى نصابًا زكاتيًا ، ثم اطلع على عيب بعد تمام الحول ، فإن أدى الزكاة من موضع آخر فله الرد إلا على خيال مَنْ يقول : لعل المخرج يظهر استحقاقه ، فيعود الساعي إليه . أو على قول الشركة ، إذا قلنا : الزائل العائد كالذي لم يعد .

الثالث : إذا ملك أربعين وتكرر الحول ولم يخرج الزكاة : فلا زكاة في الحول الثاني . فإن قلنا : للمسكين شركة في عينه لنقصان النصاب ؛ لأن المسكين لا يتعين حتى تجعله خليطًا . وإن قلنا : يتعلق بالذمة ، ابتنى على أن الدَّيْن هل يمنع الوجوب ؟

الرابع : إذا أصدقها أربعين من الغنم ، ثم طلقها بعد الحول قبل المسيس ، فلها ثلاثة أحوال :

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وأما على قول الشركة فالبيع باطل في قدر الزكاة ، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة) هذا يخرج إلى بيان كيفية الشركة ، فعند أبي بكر الصيدلاني : إن الواجب في الأربعين – مثلًا – شاة منهم غير معينة ، وليس جزءًا شائعًا منسوبًا إلى المال بطريق الجزية ، وبهذا قطع صاحب (التتمة) وقال : إذا لم تكن موجودة في النصاب بقدرها ، وعلى هذا هو من قبيل ما إذا اجتمعت الصفقة معلومًا ومجهولًا ، ففي بطلان البيع طريقان ؛ أحدهما : القطع ببطلانه في الجميع ، والثاني : تخريجه على قولين في الباقي .

والجواز ينبني على القول بأنا إذا فرقنا الصفقة فما صح البيع فيه مقابل لجميع الثمن لا بقسطه ، وعند إمام الحرمين أن الواجب جزء شائع في جميع الأربعين فيبطل البيع من جزء من كل شاة ، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة ، قلت : هذا مخالف لظواهر الأحاديث ، والله أعلم » . المشكل (١٨٩/١ ب – ١٩٠ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « بعضه » .

الأولى : إذا كانت قد أدت الزكاة من غير المال ففيما يرجع الزوج به ثلاثة أقوال . أحدها : أنه يرجع في عشرين من الباقي ، وتنحصر الزكاة في نصيبها . والثاني : أنه يرجع في نصف الباقي وقيمة نصف المخرج . والثالث : أنه يتميز بين موجب القولين .

الثانية : إذا أدت من مال آخر رجع الزوج بالنصف على الأقوال إلا على قول الشركة ، إذا قلنا : إن الزائل العائد كالذي لم يعد .

الثالثة : إذا طلقت قبل الأداء ، فإن قلنا : للمسكين شركة فهو كالمخرج ، وإن قلنا : إن تعلق الزكاة تعلق استيثاق ، فالظاهر أنه يلزمها فك حق الزوج بأداء الزكاة من موضع آخر ، كما لو كانت قد رهنت [1] . وقيل : لا يجب لأنه بغير اختياره ، فيضاهي أرش الجناية .

الخامس : رهن مال الزكاة بعد الوجوب كبيعه ، وتفريق الصفقة أولى بالاحتمال فيه . وإن [2] رهن قبل حولان الحول ، وقلنا : الدَّيْن والرهن لا يمنعان الزكاة ، فهل يخرج من المرهون ؟ الصحيح : أنه يخرج ؛ لأن تعلقه لا يتقاصر عن أرش الجناية . وقيل : لا يخرج إذا فرعنا على تشبيهه بالرهن ؛ لأن المرهون لا يرهن ، وهو بعيد ؛ لأن هذا التعلق لا اختيار فيه ، فإن [3] قلنا : يخرج ، فلو أيسر بعد الإخراج ، فهل يلزمه جبره للمرتهن بوضع قيمته في موضعه رهنًا ؟ فيه وجهان [4] .

* * *

---

(١) يقول ابن الصلاح : « ذكر فيما إذا أصدق امرأته أربعين شاة ، وحال عليها الحول ، ثم طلقها قبل إخراجها زكاتها : (وقلنا : إن تعلق الزكاة تعلق استيثاق ؛ فالظاهر أنه يلزمها فك حق الزوج بأداء الزكاة من موضع آخر ، كما لو كانت قد رهنت) إنما جعل رهنها لا أصلًا ، لأنها أنشأته باختيارها ، فيظهر إيجاب الفك ، وأما شيخه الإمام فإنه لم يجعله أصلًا بل نظيرًا ، وقاسمهما على من استعار ليرهن ، فإنه يجب عليه فكه ، وفي بعض نسخ (الوسيط) : (كما لو استعارت ورهنت) ، وكأنه يعبر ممن يخط ما في (النهاية) ، والأول على وفق ما في (البسيط) ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٠أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « فإن » .   (٣) في (أ ، ب) : « فلو » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « ذكر فيما إذا أخرج زكاة المال المرهون منه أنه : (لو أيسر ، فهل يلزمه جبره للمرتهن بقيمة المخرج ؟ فيه وجهان) إنما قال : لو أيسر لأن إخراج الزكاة من المرهون إنما يجوز إذا كان معسرًا بأدائها من مال آخر ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٠أ) .

النوع الثاني من الزكوات : زكاة العشرات

(والنظر في الموجب والواجب ووقت الوجوب)

الطرف الأول : في الموجب ، والنظر في جنسه وقدره :

أما جنسه : فكل مقتات في حالة الاختيار ، أنبتته الأرض ، مملوكة أو مستأجرة [١] ، خراجية أو غير خراجية ، فيجب فيه العشر على الحر المسلم .

واحترزنا بحالة الاختيار عن الثُّفَّاء والتُّرمُس [٢] ، فإن العرب تقتاته في حالة الاضطرار .

وألحق مالكٌ بالقوت ما تشتد إليه الحاجة كالقطن / . ٣٩/أ

وطرد أبو حنيفة في كل ما يقصد من ثمار الأرض كالفواكه والبقول وغيرها ، ولم يوجب العشر على المستأجر ، وأوجب على المكري ، وأوجب على المكاتب والذمي ، وفي الضيعة الموقوفة على المساجد والرباطات ، ولم يجمع بين الخراج والعشر .

وعندنا الخراج أجرة ، لا يُضرب [٣] على مالك الأرض ، وإنما يُضرب [٤] على الكفار في

---

(١) قال ابن الصلاح : « خص المستأجرة بالذكر دون المستعارة ونحوها ؛ لأنه أراد العشر في زرع الأرض المستأجرة ، يجب على المستأجر ، احترازًا من مذهب أبي حنيفة أنه يجب على مالك الأرض ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٤ ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « (الثُّفَّاء) بضم الثاء المثلثة والفاء المشددة والمد ، وهو حَبُّ الرشاد ، بهذا فسره الأزهري أبو منصور وغيره . و (الرشاد) بقلة معروفة تؤكل في حال الاختيار ، وحَبُّه هو الذي يقتات به في حالة الاضطرار .

وذكر صاحب (الصحاح في اللغة) أنه الخردل . قال : ويقال الخرق لحب الرشاد .

قلت : الأول هو الذي فسروا به الثفاء في كلام الشافعي ، والله أعلم .

و (الترمس) بضم أوله وثالثه معروف مشاهد في ديارنا ، ولكنا نصفه لغيرنا ، وهو شبيه بالباقلاء إلا أنه أصغر منه . قال صاحب (الحاوي) فيه : هو أصغر من الباقلاء ، ويضرب إلى الصفرة ، فيه ضرب من المرارة ، يُكسر بالملح ، يأكله أهل الشام تفكهًا ، وأهل العراق تداويًا ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٤ أ - ١٩٥ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « تضرب » .

(٤) في (أ ، ب) : « تضرب » .

أراضٍ مملوكة للمسلمين أو لبيت المال [١] ، فإن أسلموا لم يسقط ؛ لأنه أجرة ، وما يضرب عليهم في أراضيهم المملوكة يسقط [٢] بإسلامهم ؛ لأنه جزية [٣] .

وأوجب الشافعي - رضي الله عنه - في القديم الزكاة في الزيتون ، وذكر في [٤] الورس والعسل [٤] قولين ، وفي الزعفران قولين مرتبين [٥] ، وأولى بأن لا يجب .

واقتصر في الجديد على الأقوات ومنه الأرز واللوبيا والباقلى والحمص والذرة والماش والعنب والرطب دون السمسم والكتان والجوز والفواكه .

أما قدر الموجب فيه [٦] : فهو خمسة أوسق ، كل وسق ستون صاعًا ، كل صاع أربعة أمداد ، والمجموع ثمانمائة مَنٍ [٧] .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « وقوله : (لبيت المال) المراد به : أرض السواد الموقوفة لمصالح المسلمين مطلقًا ، وخمس الخمس من أراضي الفيء كذلك هو أيضًا لبيت المال ولمصالح المسلمين مطلقًا ، فالخراج في كل ذلك ثبت على ساكنها من الكفار والمسلمين لأنه أجرة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٥ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « فيسقط » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « ذكر أن الخراج عندنا : (لا يضرب على مالك الأرض ، وإنما يضرب على الكفار في أرضٍ مملوكة للمسلمين أو لبيت المال ، فإن أسلموا لم يسقط لأنه أجرة . وما يضرب عليهم في أراضيهم المملوكة ، فيسقط بإسلامهم لأنه جزية) فقوله : (لا تضرب على مالك الأرض) أي المالك المسلم .

وقوله : (في أرض مملوكة للمسلمين أو لبيت المال) فالمراد بالتي للمسلمين : أرض من أراضي الكفار صارت فيئًا للمسلمين بمصالحتهم عليها أو بانجلائهم عنها ، والفيء قد علم أن أكثره على الأصح لطوائف من المسلمين موصوفين لا لبيت المال مطلقًا » . المشكل (١/١٩٥ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « العسل والورس » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ذكر في الورس والعسل قولين ، وفي الزعفران قولين مرتبين ، وأولى بأن لا تجب) لكنهما مرتبان على قول الورس لا على قول العسل .

والورس شجر يكون باليمن أصفر يُصبغ به .

إن قلنا : لا يجب في الورس ففي الزعفران قولان ؛ أحدهما : لا يجب ، والفرق : أن الورس ثمر شجر لها ساق ، والزعفران كالخضروات ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٥ أ - ١٩٥ ب) .

(٦) « فيه » : ليست في (أ ، ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « منًا » ، وهو خطأ .

فمنهم من قال : هو تحديد ؛ لأنه رُوي أن الوسق ستون صاعًا (١) .

وقيل : إنه تقريب ، وعلى هذا إنما يضر نقصان قدر لو وزع على الأوسق الخمسة لعد (٢) الوسق ناقصًا عن الاعتدال .

والوسق حمل بعير (٣) .

وأبو حنيفة لم يعتبر النصاب .

وفي النصاب مسائل :

الأولى : أنه يعتبر هذا المبلغ زبيبًا وتمرًا ، لا رطبًا وعنبًا . وفي الحبوب يعتبر منقى عن

(١) يقول ابن الصلاح : « وقوله : (روي أن الوسق ستون صاعًا) قد روى أبو سعيد الخدري عن رسول الله ﷺ أنه قال : « ليس فيما دون خمسة أوسق من التمر صدقة » هذا القدر ثابت في الصحيحين . وفي رواية إسنادها غير قوي ، رواها أبو داود في سننه عن أبي سعيد عن النبي ﷺ : « ليس فيما دون خمسة أوسق زكاة ، والوسق ستون صاعًا مختومًا » ، ورواه بعضهم : « والوسق ستون صاعًا والمختوم هو الصاع كان يختمه ولي الأمر » .

وهذا التفسير والتقدير للوسق الظاهر أنه من قول الراوي أدرج في الحديث ، وقد روى تقدير الوسق بذلك عن ابن عمر وسعيد بن المسيب وإبراهيم النخعي وغيره ممن ينتهض تفسيره حجة .

والشأن هذا فيما ذكره هو وذكروه من تقدير الصاع بالأرطال ، فإنه على غاية من الإشكال بعيدة لاختلاف ذلك باختلاف المكيلات ومقدارها وزنًا .

فسلك إمام الحرمين أبو المعالي – رحمنا الله وإياه – في التخلص من ذلك مسلكًا عجيبًا بديعًا ، فذهب إلى أن المعتبر فيما علقه الشارع بالصاع ليس مقدارًا مقدرًا بالكيل ، معتبرًا مكيلًا – تجويز مكيال بالصاع والمد – بل هو مقدار موزون عبر عنه بالصاع ، والمد هو خمسة أرطال وثلث ومد وثلث .

وهذا بعيد ؛ لأنه لم يساعده النقل من حيث اللغة والخبر والأثر ، والصحيح ما ذهب إليه أبو الفرج الدارمي : أن الاعتماد في ذلك على الكيل لا على الوزن ، على ما سنوضحه إن شاء الله تعالى في باب زكاة الفطر ، وذهب القاضي الروياني إلى أن المعتبر في الوسق هو الكيل والوزن ، ذكر على سبيل التقريب ، وفي الكيل وجهان في أنه جديد أو تقريب ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٥ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « يعد » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (والوسق حمل البعير) هذا كما قال هاهنا لا حيث يذكر ، فإن الوسق هو الوقر ، وكل شيء حملته فقد وسقته وسقًا ، ذكره الأزهري ، والله أعلم » . (١/١٩٦ أ) .

القشور (١) كما في الأرز ، إلا ما يطحن مع قشره كالذرة (٢ فيوسق مع قشرها ٢) .

فرع :

الرطب الذي لا يتمر يوسق رطبًا على الصحيح (٣) ؛ لأنه منتهى كماله ، ثم تسليم عشر الرطب بالقسمة سهل إلا إذا قلنا : المسكين شريك [فيه] (٤) ، والقسمة بيع ، وهذا الرطب لا يباع بعضه ببعض . وفي كل ذلك خلاف .

الثانية : لا يكمل نصاب حبس الحبوب بحبس آخر ، وأما العلس فإنه مضموم إلى الحنطة ، فإنه حنطة يوجد بالشام (٥ جنتان منه في كمام واحد ٥) . وأما السلت فهو حب يساوي الشعير بصورته ، والحنطة بطعمه (٦) ، ففيه ثلاثة أوجه ؛ ينظر في واحد إلى صورته فيلحق بالشعير ، وفي

---

(١) في (أ ، ب) : « القشر » .

(٢) في (أ ، ب) : « فتوسق مع قشورها » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « وقوله : (الرطب الذي لا يتمر يوسق رطبًا على الصحيح) هاهنا صورتان ، إحداهما : أن لا يجيء منه تمرًا أصلًا وإذا أتمر فسد ، والأخرى : أن يجيء منه تمر ولكن خشف لا يقصد بالتتمير ، والأصح في الصورتين أنه يوسق رطبًا ، لكن الذي هو خلاف الأصح في صورة الخشف وجهان ؛ أحدهما : أنه يعتبر بنفسه معتبر بلوغ الجفاف منه إن كان خشفًا خمسة أوسق ، والثاني : يعتبر بغيره قوبل وصح بأقرب الأنواع إليه ، فيقال : لو كان هذا من ذلك لكان يبلغ نصابًا ، وأما الصورة الأخرى فخلاف الصحيح فما هو اعتباره بغيره ، والظاهر أنها التي أوردها صاحب الكتاب ؛ لأنه قال : لا يتمر ولم يقل : لا يتمر ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٦ أ) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله في العلس : (إنه حنطة توجد بالشام) فيه نظر ؛ فإنا نحن بالشام ولم نجده فيها ، ولم يخبرنا أحد أنه وجد فيها ، وقد روى الأزهري في كتابه الكبير (تهذيب اللغة) عن الشافعي – رضي الله عنه – أنه قال : العلس ضرب من القمح يكون في الكمام ، منه حسان يكون بناحية اليمن ، ولم يذكر الأزهري غير هذا ، وكذلك قال صاحب اللغة ، وهو طعام أهل صنعاء ، وصنعاء بناحية اليمن ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٦ أ) .

(٦) في (أ ، ب) : « بطبعه » ، وقال ابن الصلاح : « قوله : (وأما السلت فإنه حب يساوي الشعير في صورته ، والحنطة بطبعه) هذا – وإن قاله الصيدلاني – فهو خلاف الصواب وخلاف ما ذكره مَنْ لا أحصيهم من العراقيين وغيرهم من أهل اللغة وغيرهم ، وإنما هو على العكس مما ذكره هو ، يشبه الشعير في طبعه والقمح في صورته ، قال الأزهري في كتابه في شرح ألفاظ مختصر المزني : لا قشر له فهو كالحنطة في ملاسته ، وهو كالشعير في طبعه . وقال صاحب كتاب (العين في اللغة) : السلت شعير لا قشر له ، أجرد يكون بالغوار والحجاز ، يتبردون بسويقه في =

الآخر (١) إلى معناه (٢ فيضم إلى الحنطة ٢) ، وفي الثالث يجعل أصلًا بنفسه ، وعليه ينبني جواز بيعه بالحنطة والشعير متفاضلًا .

وذهب مالك إلى أن الحمص والباقلي والعدس - وهي التي تسمى القطنية - يُضم (٣) بعضها إلى بعض (٤) .

الثالثة : لا يكمل ملك رجل بملك غيره إلا إذا كان شريكًا أو جارًا ، وقلنا : إن الخلطة تؤثر .

فلو (٥) خلف الميت نخيلًا متمرة على جماعة ومبلغها خمسة أوسق وجبت الزكاة عليهم ، فإن اقتسموها (٦) قبل بدوِّ الصلاح زالت الشركة وبقي الجوار .

وإنما يتصور القسمة إذا جعلناها بيعًا ، بأن يبيع كل واحد نصيبه (٧) من خشبة نخل معين بحصة صاحبه من ثمرة نخيل آخر ، وإلا فتؤدي قسمة الرطب إلى بيع الرطب بالرطب .

الرابعة : إذا ملك تهامية ونجدية وتفاوت في (٨) إدراكها فالبعض مضموم إلى البعض ، إلا إذا تأخر اطلاع النجدية عن جذاذ التهامية ، ووقت الجذاذ هل هو كنفس الجذاذ ؟ فيه خلاف .

ولو (٩) تأخر اطلاعها من (١٠) زهو التهامية ففي الضم وجهان ؛ أحدهما : لا ، نظرًا إلى سبب

= الصيف ، وقال صاحب (الصحاح) : السلت ضرب من الشعير ليس فيه قشر كأنه الحنطة ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٦ أ - ١٩٦ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « آخر » .

(٢) في (أ ، ب) : « فيلحق بالحنطة » .

(٣) في (أ ، ب) : « فيضم » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وذهب مالك إلى أن الحمص والباقلى والعدس - وهي التي تُسمى القطنية - يضم بعضها إلى بعض) هذا يوهم انحصار القطنية في الثلاثة المذكورة ، وليس كذلك ، بل هو ضرب كثيرة منها الهرطمان ، والحلبان هو الماش ، والأثبت أنه غير الماش ويشبه الماش ، ومنها اللوبيا ومنها الذرة والدخن والحاورس ، وهما نوعان من الذرة إلا أنهما أصغر حَبًّا ، قال صاحب « الحاوي » : القطنية هي الحبوب المقتاتة سوى البر والشعير .

قلت : وهي بكسر القاف ، سُميت بذلك لكونها تقطن في البيوت أي تقيم فيها عند ادخارها ، وعند مالك يضم البعض من كل ذلك إلى البعض ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٦ ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « ولو » .

(٦) في (أ ، ب) : « اقتسموا » .

(٧) في (أ ، ب) : « حصته » .

(٨) « في » : ليست في (أ ، ب) .

(٩) في (أ ، ب) : « فلو » .

(١٠) في (أ ، ب) : « عن » .

الوجوب ، والثاني : نعم ؛ لأن ذلك يعد إدراكًا واحدًا ، والنخلة التي تحمل في السنة حملين لا تضم [(١)] أحدهما إلى [(٢)] الآخر [(٣)] فهو كحمل سنتين [(٣)] .

فرع :

لو كانت [(٤)] له تهامية تثمر في السنة مرتين ، فاطلعت نجدية قبل جذاذ التهامية ، وضممناها إليه ، فلو جذت التهامية ثم اطلعت مرة أخرى قبل جذاذ النجدية ، فلا نضمها إلى النجدية ؛ لأنه يؤدي إلى الضم إلى الثمرة الأولى بواسطة النجدية وذلك ممتنع ، ولو لم تكن الأولى له لكنا نضم الثانية إلى النجدية لزوال هذا المحذور [(٥)] .

الخامسة : الذرة تحصد وتزرع في السنة مرارًا [(٦)] ، فالمزروع بعد الحصد هل يضم إلى

(١) في (ب) : « يضم » . (٢) في (ب) : « على » .

(٣) في (أ ، ب) : « بل هما كحمل سنتين » . (٤) في (أ ، ب) : « كان » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره : (من أن النخل التي تحمل في السنة حملين ، ألا نضم أحدهما إلى الثاني) محمول على ما إذا تأخر اطلاع الثاني عن جذاذ الأول ، ثم إن حملين في عام واحد يستبعد في النخل والكرم ، إنما يقع في التين ولا زكاة فيه .

وقيل : إنما ذكر ذلك في النخل على سبيل التقدير ، ولكن يبعد أن يطلق الشافعي تصوير ذلك إلا وقد أطلع على وقوع ذلك ، والله أعلم . وذكر أنه لو كانت له تهامية تحمل في السنة مرتين ، فاطلعت نجدية له قبل جذاذ التهامية الأول ، وضممناه إليها ، فلو وجدت التهامية ثم اطلعت حملها الثاني قبل جذاذ النجدية المضمونة لم نضمه إلى النجدية ، لأنه يؤدي إلى ضم ثمرة التهامية الثانية إلى ثمرتها الأولى بواسطة النجدية ، وذلك ممتنع كما تقدم .

ثم قال : (فلو لم تكن الأولى لكنا نضم الثانية إلى النجدية لزوال هذا المحذور) معناه : فلو لم تكن قضية الضم الأولى بأن وقع اطلاع النجدية بعد جذاذ ثمر التهامية الأولى ، فلم نضمها إليها فاطلعت ثمرة التهامية الثانية قبل جذاذ النجدية ، فإنا نضمها إليها لانتفائها المانع المذكور ، والله أعلم » . المشكل (١٩٦/١ ب - ١٩٧ أ) .

(٦) يقول ابن الصلاح : « ذكر في الذرة التي تزرع وتحصد في السنة مرارًا أنه على قول كان - مهما وقع الزرعان والحصادان في سنة واحدة - ضَمًّا ؛ لأن ذلك معتاد ، فيعد ارتفاع سنة واحدة ، فالمراد بارتفاع السنة فعلها ، وأما السنة فالمراد بها سنة عربية اثنا عشر شهرًا ، كذا قال ذلك شيخه في طائفة .

وأما الشيخ أبو حامد الإسفراييني في طائفة من العراقيين ، فإنهم اعتبروا بدلًا من السنة ، وقالوا في هذا القول الثاني يعتبر أن يكون الزرعان من فصل والحصادان في فصل واحد ، ذكر أبو المحاسن الروياني أن المراد بالفصل=

المحصود ؟

فيه خمسة أقوال ؛ أحدها : لا ، كحملي شجرة واحدة . والثاني : نعم ، مهما وقع الزرعان والحصادان في سنة واحدة ؛ لأن ذلك معتاد ، فيعد ارتفاع سنة واحدة . الثالث : أنه يكفى [1] وقوع الزرعين في سنة واحدة ؛ لأنه الداخل تحت الاختيار . الرابع : أنه ينظر إلى اجتماع الحصادين ، فإنه هو المقصود . الخامس : إن وقع [2] الزرعان والحصادان [2] ، أو زرع الثاني وحصد الأول ، في سنة [واحدة] [3] وقع الاكتفاء ، ووجب الضم .

هذا إذا زرع بعد الحصاد ، فإن كان قبله ولكن بعد اشتداد الحب فخلاف مرتب ، وأولى بالضم .

وإن زرع قبل اشتداد الحب ، ولكن أدرك الأول والثاني بعدُ بَقْلٌ ، منهم من قطع بالضم ، ومنهم من خرج على الخلاف لأن البَقْلَ لا يشتمل على جنس [4] مال الزكاة .

فرع :

إذا انزرعت الذرة الثانية بتناثر حبات الأول بنقر العصافير وهبوب الريح [5] . منهم من قطع بالضم لأنه لم يفرد بالقصد ، ومنهم من خرج / على الخلاف . ٣٩/ب

ولو علا بعض طاقات الذرة فبقيت الصغار مخضرة تحتها ، ثم أدركت الصغار بعد حصد الأول فالكل زرع واحد ، وهو المراد بقول الشافعي – رضي الله عنه – : الذرة تزرع مرة ، فتخرج فتحصد ، ثم يستخلف فتحصد مرة أخرى فهو زرع ....

= هاهنا أربعة أشهر ، وظاهر إطلاقه أنه ثلاثة أشهر ، إذ فصول السنة أربعة فصول ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٧أ) .

(١) في الأصل : « يكتفى » ، ولعله خطأ من الناسخ .

(٢) في (أ ، ب) : « الحصادان أو الزرعان » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) . (٤) « جنس » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « الرياح » . ويقول ابن الصلاح : « ذكر سبب تأثر الحبات مرة بنقر العصافير ومرة هبوب الرياح ، وكلاهما معًا سبب على ما لا يخفى ، وتخصيصه أحدهما بالذكر على سبيل المثال لا على سبيل القيد ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٧ أ) .

واحد [1] . وإن تأخر حصد الأخير ، ومنهم من نزل النص على تناثر [2] الحبات (لهبوب الريح) [3] .

* * *

(١) يقول ابن الصلاح : « ما ذكر في الاستخلاف الذي ذكره الشافعي في الذرة من أن بعضهم حمله على ما نبتت من الحبات المتناثرة من الزرع الأول وبعضهم على ما ضعف من الزرع الأول ، وتأخر إدراكه عنه ، فهو على خلاف ظاهر لفظ الاستخلاف ، فإن المستخلف عبارة عما يثبت من نفس أصول الزرع الأول ، فإذًا ظاهره وجه ثالث تركه ، وهو أن ذلك مفروض في الذرة التي تسمى الهندية ، ويبقى ساقها فتخرج منها سنابل أخرى ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٧ أ - ١٩٧ ب) .

(٢) في (أ) : « متناثر » ، وفي (ب) : « سائر » .

(٣) في (أ ، ب) :« بهبوب الرياح » .

الطرف الثاني : في الواجب ، والنظر في قدره وجنسه :

أما قدره [1] : فهو العُشر فيما سقت السماء ، ونصف العشر فيما سُقِيَ بنضح أو دالية ؛ للحديث [٢] .

وماء القنوات والأنهار كماء السماء ، وإن كثرت مؤنها . والناعور الذي يديرها [٣] الماء بنفسه في معنى الدواليب .

فرع :

لو اجتمع السقي بالنهر والنضح فقولان :

أحدهما : أنا نعتبرهما جميعًا ، ويعرف المقدار بعدد السقيات على وجه ، وبمقدار [٤] النفع والنمو [٤] على وجه ، إذ رُبَّ سقية في شهر أنفع من سقيات في شهر .

---

(١) في (أ ، ب) : « القدر » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فهو العشر فيما سقت السماء ، ونصف العشر فيما سقي بنضح أو دالية للحديث) قد وردت في ذلك أحاديث ثابتة ؛ منها حديث ابن عمر – رضي الله عنهما – أن النبي ﷺ قال : « فيما سقت السماء والعيون أو كان عَثَرِيًّا العشر ، وما سقي بالنضح نصف العشر » رواه البخاري في صحيحه .

والعثري : بعين مهملة وثاء مثلثة مخففة مفتوحتين ، وفي آخره ياء مشددة ، وهو عند بعض أهل اللغة المعذي ، والأصح ما ذهب إليه الأزهري وغيره من أهل اللغة أنه مخصوص بما يسقى من ماء السيل والمطر في عاثور ، وهو يشبه ساقية يحفر له ، يجري فيه الماء إلى أصوله .

وسمى ذلك عاثور لأنه يتعثر بها المار الذي لا يشعر بها ، وهذا هو الذي فسره الشيخ أبو إسحق في مهذبه ، لكنه لم يقيده بماء السيل من ماء المطر ، فأشكل على القلعي اليمني شارح ألفاظه ، فقال في معرض الإنكار : العثري : هو ما سقت السماء لا اختلاف فيه بين أهل اللغة ، فوقع فلم يسلم أيضًا من حيث إنه أطلق أيضًا ولم يعتبر ، والله أعلم .

والنضح بالحاء المهملة هو استقاء الماء بالدواب من بعير أو بقر أو حمار ، والنضح هاهنا مأخوذ من النضح الذي هو بمعنى الصب ، والنضح أيضًا الرش ، والله أعلم .

ما ذكر من الدالية والناعورة والدولاب ، هو بفتح الدال ، فهي الآن معروفة عند الناس ، والله أعلم » . المشكل (١٩٧/١ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « يديره » .

(٤) في (أ ، ب) : « النمو والنفع » .

والقول الثاني : أنا نعتبر الأغلب ، فعلى هذا لو استويا فوجهان ؛ أحدهما : الرجوع إلى قول التقسيط ، والثاني : إيجاب العشر ، ترجيحًا لجانب المساكين .

وإذا أشكل الأمر فهو كالاستواء ؛ لتقابل الأمرين ، هذا في المعتاد .

فإن كانت الحاجة إلى النضح نادرًا ، فهل يعتبر هذا النادر ؟ فيه وجهان .

أما جنس الواجب ونوعه : فهو أن يخرج من جنس ما ملك ، فإن اختلفت أنواعه فمن كل نوع بقسطه ؛ لأن التشقيص غير محذور فيه كالمواشي ، فإن خرجت الأنواع عن الضبط فلا يطالب بالأجود ، ولا يرضى بالأردئ ، ويطلب [1] الوسط من ذلك .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « بل يطلب » .

الطرف الثالث : في وقت الوجوب :

وهو في الثمار وبدوِّ الصلاح ، وفي الحبوب باشتدادها ؛ فيجب بها إخراج التمر والحب إلى المساكين عند الجفاف والتنقية ، فلو أخرج في الحال الرطب كان بدلًا ولم يقع الموقع .

وحكى صاحب التقريب قولًا : أن سبب الوجوب الجفاف ، إذ يستحيل وجوب التمر مع عدمه ، وهذا يلتفت على أن الإمكان شرط الوجوب ، وهو بعيد ، إذ تسليط الملاك على استهلاك الرطب كله إجحاف بالمساكين ، فالأولى الإيجاب ، وتأخير الأداء إلى الجفاف (١) .

ولكن يستحب أن يخرص الثمار على المالك (٢) ، خلافًا لأبي حنيفة ، وذلك بأن يجبر (٣) الخارص على (٤) قدر ما يحصل منه تمرًا .

وهل يكتفى بخارص واحد تشبيهًا بالحاكم أو لابد من اثنين تشبيهًا بالشهادة ؟

فيه قولان يجريان في القسام ، وعلى القولين : لابد من الحرية والعدالة ، ثم يدخل في الخرص جميع النخيل .

وقال في القديم : يترك لرب النخيل نخلة أو نخلات يأكل ثمارها هو وأهله .

ويبتني على الخَرْص مسائل :

الأولى : إذا تلف المال بجائحة سماوية سقطت الزكاة بكل حال (٥) ؛ للفوات قبل الإمكان ، وإن فات بإتلاف المالك وأكله فعليه حصة المساكين ، ولكن الواجب عُشره رطبًا

---

(١) يقول ابن الصلاح : « وجوب الزكاة عند بدو الصلاح واشتداد الحب هو وجوب ثبوته في الذمة فحسب ، من غير إيجاب الأداء في الحال ، ويتجزأ الثبوت في الذمة مع تأخر الأداء معقول كما في الدَّيْن المؤجل ، وفي هذا جواب عن قوله : (يستحيل وجوب التمر مع عدمه) ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٧ ب - ١٩٨ أ) .

(٢) في (ب) : « المالكين » .

(٣) في (أ ، ب) : « يخرص » .

(٤) في (أ ، ب) : « عن » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (إذا تلف المال بجائحة سماوية سقطت الزكاة بكل حال) يعني : سواء جعلنا الخرص تضمينًا أو غيره ؛ لأن بقاء الضمان مشروط ببقاء المال ، أي إلى الإمكان ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٨ أ) .

أو تمرًا ؟

فيه ثلاثة أقوال ؛ أحدها : أنه الرطب ، كالأجنبي إذا أتلف فإنه يغرم الرطب ، ويعبر عن هذا القول بأن الخرص عبرة مجردة لا يؤثر في تغيير الحكم [1] . والثاني : أنه يضمنها تمرًا ، وكان الخرص تضمين بتحويل الزكاة إلى ذمته . والثالث : إن [2] صرح الخارص بالتضمين ضمنه تمرًا ، وإلا ضمن الرطب .

ثم وقت الخرص : هل يقوم مقام نفس الخرص في التضمين ؟ فيه خلاف .

فرعان :

أحدهما : لو [3] ادعى جائحة صُدِّق ، إلا إذا كذبته المشاهدة ، ولو كان يمكن صدقه ، ولكن الغالب أنه لو وقع لظهر .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره عن قول العبرة من الخرص لا يؤثر في تغيير الحكم ليس على إطلاقه ، فإنه يؤثر على هذا القول أيضًا في أنه لا يقبل قوله في قدر الزكاة إذا أتلف المال ولزمه ضمان قدر الزكاة ، وادعى أن مقدار الزكاة قدر هو أنقص مما ذكره الخارص قبل تولي الخرص ، فلا يقبل قوله في ذلك .

وأثر أيضًا في نفاذ تصرفه قبل الجفاف فيما عدا قدر الزكاة ، وأن معناه قبل الخرص على قول على ما بينته في الكتاب في المسألة الثانية ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٨ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « لو » .

(٣) في (أ ، ب) : « إذا » . وقال ابن الصلاح : « إذا ادعى رب المال تلفه بجائحة ، فشرح ما ذكره في الكتاب فيه : أنه يصدق إلا إذا كذبته المشاهدة ، مثل أن يدعي تلفه بحريق ، والمشاهدة شاهدة بعدمه ، وإن أمكن صدقه ، ولكنه على خلاف الظاهر بأن ادعى تلفه بنهب وغارة ولم يظهر ، والغالب أنه لو وقع لظهر .

(فقد قال العراقيون : لابد من بينة تشهد بأصل الواقعة ، وإن لم يتعرض للتفصيل) أي يشهد بوجود أهل النهب هناك ، وإن لم يشهد بأن ماله نهب ، قلت : فقيل : قوله : مع يمينه في تلفه ، أو مقدار ما يدعي تلفه بذلك النهب ، ومثل هذا مطرد في الوديعة .

وقال الشيخ أبو محمد : لا يكلف ببينة على وجود أصل النهب ، بل يصدق بدون ذلك ، فإن الأمين يصدق بيمينه إذا ادعى ممكنًا ، وإن كان خلاف الظاهر كما يصدق المودع في دعواه رد الوديعة ، وإن كان الأصل والظاهر عدم الرد ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٨ أ - ١٩٨ ب) .

قال العراقيون : لابد من بينة على أصل الواقعة ، وإن [1] لم يتعرض للتفصيل .

قال الشيخ أبو محمد : المؤتمن إذا ادّعَى ممكنا صُدِّق بيمينه ، كما في دعوى ردِّ الوديعة .

الثاني : لو ادعى حيف الخارص قصدًا لم يقبل ، ولو ادعى غلطه بقدر ممكن صدق مع يمينه ، وإن ادعى الغلط بالنصف أو الثلث ، فهذا غير ممكن ولكنا نصدقه في المقدار الممكن من هذه الجملة ، وحيث يصدق فاليمين فيها [2] مستحبة أو مستحقة ؟ فيه خلاف ذكرناه [3] .

[المسألة] [4] الثانية : تصرفات المالك في جميع الثمار ينبني [5] على التضمين ، فإن قلنا : قد تحول إلى ذمته العشر تمرًا بعد تصرفه في الكل ، وإلا فينفذ تصرفه في التسعة الأعشار ، ونفوذه في العشر ينبني على قول الذمة والعين ، كما سبق وقد ذكرنا .

ثم إن [6] المنع يشيع في جميع المال [6] على أحد الأقوال ، وهاهنا لا خلاف في نفوذ تصرفه في غير قدر الزكاة قبل الجفاف ؛ لمسيس الحاجة وشدة أثر الحجر ، فأما بعد الجفاف فيتنزل [7] منزلة المواشي .

[المسألة] [8] الثالثة : إذا أصاب النخيلَ عطشٌ يستضر بالثمار [9] فللمالك قطعها ، وإن تضرر بها [10] المساكين ؛ لأنهم ينتفعون ببقاء النخيل في السنة الثانية .

ثم قال الشافعي – رضي الله عنه – : يأخذ الساعي عشر الرطب أو ثمن عشرها ، ولا يلزمه التمر ، فإنه في القطع معذور .

---

(١) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٢) في (أ ، ب) : « هي » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وحيث يصدق باليمين فهي مستحقة أو مستحبة فيه خلاف ذكرناه) إنما يقال هذا فيما سبق ذكره في الكتاب ولم يسبق أصلًا ، والله أعلم » . المشكل (١٩٨/١ ب) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) في (ب) : « وينبني » .

(٦) في (أ ، ب) : « البيع قد يمتنع في جميع الأحوال » .

(٧) في (أ ، ب) : « فينزل » .

(٨) زيادة من (أ ، ب) .

(٩) في (أ ، ب) : « ببقاء الثمار » .

(١٠) في (أ ، ب) : « به » .

واختلفوا في قوله : « أو ثمن عشرها [١] » فقيل معناه : ترديد قول ، أي إذا فرعنا على أن المسكين شريك ، وأن القسمة بيع امتنع تسليم الرطب بالقسمة ، فيرجع إلى الثمن للضرورة [٢] . وإن فرعنا على أنه إقرار حق أخذ / نفس الرطب . ٤٠/أ

ومنهم من قال : هذا تخيير ؛ لأن البدل إنما يؤخذ للحاجة ، فيجوز [أيضًا] [٣] أن يقسم للحاجة ، وإن جعلنا القسمة بيعًا .

وهذا القائل قد يجوز قسمة الأوقاف [٤] للحاجة ، فلما لم يكن بد من احتمال محذور للحاجة ، إما البدل وإما بيع الرطب تخير .

ومنهم من قطع بأن كل واحد منهما ممتنع ، إذ لا ضرورة بل الطريق أن يسلم النخيل إلى الساعي ، فيتعين حق المسكين بالقبض فيه ، وتثبت الشركة ثم يبيع الساعي قدر حق المساكين ، إذ له أن يبيع مال الزكاة مهما عظمت المؤنة عليه في إمساكها أو نقلها . وقد احتاج هاهنا إلى البيع لتعذر القسمة ، وليس للساعي بيع مال الزكاة لغرض التجارة [٥] ، فإنه مستغنٍ عنها .

الرابعة : نص في الكبير على أنه لو باع ثمره قبل بُدُوِّ الصلاح لا يشترط القطع [٦] ، فالبيع

---

(١) في (أ ، ب) : « عشره » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما ذكره من الخلاف قسمة الرطب ، والإشكال فيه إلغاء شيء من القول بأن القسمة بيع ، والقول بأن الرطب لا يجوز بيع بعضه ببعض ، وإن كان لا يجيء منه تمر لكونه قطع في غير أدائه أو لغير ذلك . ذهب إمام الحرمين إلى أنه ينبى على القول بأن المسكين شريك ، أما إذا لم نقل بالشركة فلا إشكال ، إذ لا يكون حينئذٍ تسليم حق الزكاة إلى الساعي قسمة ، بل توفية حق لمستحقه ، فإذًا قوله في الكتاب في الطريق الأول إذا فرعنا على أن المسكين شريك غير مخصوص بالطريق الأول بل هو قيد شامل للجميع ، والله أعلم » . المشكل (١٩٨/١ ب) .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) في (ب) : « الأقوات » .

(٥) في (أ ، ب) : « تجارة » .

(٦) يقول ابن الصلاح : « قوله : (نص في الكبير على أنه لو باع الثمرة قبل بدوِّ من غير شرط القطع) المزني – رحمه الله – له « المختصر الكبير » وهو كالمتروك ، و « المختصر الصغير » ، وهو هذا المختصر المشهور المعروف بمختصر المزني الذي أكثر تصانيف الأئمة شروح له ، وله « الجامع الكبير » ، و « الجامع الصغير » ، والله أعلم » . المشكل (١٩٨/١ ب) .

باطل ، فإذا أتلف المشتري الثمار [(١)] ثم أفلس البائع وحُجر عليه ، واجتمع عليه الزكاة والديون [(٢)] فتؤخذ القيمة من المشتري ، ويقدم المساكين [(٣)] بعُشر القيمة ، ويضاربون بقدر التفاوت بين قيمة الرطب والتمر إذا كان قيمة التمر أكثر .

وهذا تفريع على خمسة أصول : فأخذ القيمة تفريع على أن الرطب من ذوات القيم ، وتقديم المساكين [(٤)] بالعشر تفريع على تعلق حقهم بالعين كما في الرهن ، وإثبات حق المساكين [(٥)] في التمر تفريع على أن الخرص تضمين ، وأن وقت الخرص كالخرص ، وإثبات المضاربة بالتفاوت تفريع على أن حق الله - تعالى - يساوي حق الآدمي عند الازدحام على مال واحد [(٦)] .

* * *

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (إذا أتلف المشتري الثمار) يعني : بعد بُدُوِّ الصلاح في يده ، وهي باقية على ملك البائع لفساد البيع » . المشكل (١/١٩٨ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « الدين » .

(٣) في (أ ، ب) : « المسكين » .

(٤) في (أ ، ب) : « المسكين » .

(٥) في (أ ، ب) : « المسكين » .

(٦) قال ابن الصلاح : « ثم إن ما ذكره في الحكم المذكور من أنه تفريع على قول بتعلق الزكاة بالعين كما في المرهون وعلى القول بأن الخرص تضمين مشكل جدًا ، فإنه على قولنا بأن الخرص تضمين يزول به تعلقها بالعين وبتحول الزكاة إلى الذمة كما سبق بيانه .

وهذا إشكال لم أجد له تعرضًا في (البسيط) ، و (نهاية المطلب) وغيره ، وقد تقصيت من ذلك عجبًا ، والممكن في حله أنا على قول التضمين أزلنا تعلق الزكاة بالعين تمكينًا للمالك من التصرف في الثمار بالبيع وغيره ، وتصرف المالك في هذه الصورة ممتنع بسبب حجر الفلس ، فيتبقى التعلق بالعين على ما كان فائدة التضمين إلى رعاية جانب المساكين ، وتكون هذه الصورة مستثناة من تلك القاعدة لذلك ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٨ ب - ١٩٩ أ) .

النوع الثالث : في زكاة النقدين

(والنظر في قدر الموجب وجنسه)

أما [1] القدر :

فنصاب الورق مائتا درهم ، فيه [2] خمسة دراهم . ونصاب الذهب عشرون دينارًا ، وفيه نصف دينار . وما زاد فبحسابه يجب فيه ربع العشر ولا وقص فيه ، خلافًا لأبي حنيفة [3] .

وفيه مسائل :

الأولى : لو نقص حبة من هذا القدر فلا زكاة ، وإن كان يروج رواج التام [4] .

وقال مالك : إن كان نقد البلد قُرَاضَةً ومعه مائة وخمسون يروج [5] بمائتين مكسرة وجبت [6] الزكاة .

الثانية : يعتبر النصاب في جميع الحول ، وقال أبو حنيفة : لا يعتبر في أثنائه .

الثالثة : لا يكمل نصاب أحد النقدين بالآخر خلافًا لأبي حنيفة ، ولكن يكمل نصاب جيد النُّقْرة برديئها ، ثم يخرج من كل بقدره ، ولا يكمل بالنحاس فلا [7] زكاة في الدراهم المغشوشة ، إلا إذا كانت النقرة فيها بقدر النصاب ، وتصح على الدراهم المغشوشة ، وإن لم يكن قدر النقرة معلومًا على أحد الوجهين [8] ، كالغالية ....

(١) في (أ ، ب) : « فأما » .

(٢) في (أ ، ب) : « وفيه » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ولا وقص فيه ، خلافًا لأبي حنيفة) وعنه أنه لا زكاة فيما زاد على مائتي درهم حتى تبلغ أربعين درهمًا ، فيجب فيها درهم ، ولا زكاة فيما زاد على عشرين دينارًا حتى تبلغ أربعة دنانير ، فيجب فيها دينار ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٩ أ)

(٤) في (أ ، ب) : « التمام » .

(٥) في (ب) : « تروج » .

(٦) في (أ ، ب) : « وجب » .

(٧) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٨) في (أ ، ب) : « القولين » . والصحيح ما أثبتناه ، فهما وجهان أصحهما الجواز ، كما قرر الرافعي في فتح العزيز : (٦/١٣) .

والمعجونات (١) .

الرابعة : إذا كان له آنية من الذهب والفضة مختلطًا ، وزنه ألف ، ووزن أحدهما ستمائة ، ولم يدرِ أن الستمائة ذهب أو فضة (٢) ، يلزمه التمييز (٣) ليعرف القدر ، فإن عسر [التمييز] (٤) فالمذهب : أنه يخرج زكاة ستمائة من الذهب وستمائة من النقرة (٥) ؛ ليخرج مما عليه بيقين ؛ لأنه إذا أخرج زكاة أربعمائة ذهب وأربعمائة فضة ، فيعلم اشتغال ذمته بعد ذلك يقينًا ، ولا يبرأ (٦)

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وتصح المعاملة على الدراهم المغشوشة وإن لم يكن قدر النقرة معلومًا على أحد الوجهين كالغالية والمعجونات) ظاهر هذا القطع من غير خلاف بالمنع من المعاملة بها في الذمة كالمعجونات يجوز بيعها معينة مشاهدة ، ولا يجوز السلم فيها . وهكذا ذكر صاحب (الحاوي) وقطع به .

وقد قيل : إذا جوزنا المعاملة بها معينة جازت بها في الذمة ، وذكر صاحب (التتمة) : أنا إذا جوزنا التعامل بها فهي مثلية ، وهذا يقتضي جواز التعامل بها في الذمة » . المشكل (١/١٩٠ أ - ١٩٠ ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « ذكر أنه : (لو كانت له آنية من الذهب والفضة مختلطًا ، وزنه ألف ، وأحدهما ستمائة ، ولم يدرِ أيهما الستمائة يلزمه التمييز ، فإن عسر فالمذهب : أنه يخرج من كل واحد زكاة ستمائة) إلى آخره . فاستعمل لفظ الآنية كما يستعملها العامة في الواحد ، ولا يجوز ذلك في اللغة ، فإن الآنية جمع إناء ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٠ ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « وقوله : (يلزمنا التمييز) ليس على ظاهره ، وإطلاقه أدلة أن يترك التمييز بالسبك ، ويخرج من كل واحدٍ منهما الأكثر وهو ستمائة ، وأيضًا فله طريق آخر - ذكره في (البسيط) عن الأصحاب - فيه نوع هندسة ، وهو أن تلقى ذلك فى إناء من حيث يعرف به مقدار ما فيه من كل واحد من الذهب والفضة ، وذلك أن الذهب أجزاؤه أشد تراخيًا واكتنازًا من أجزاء الفضة ، فيتفاوت ارتفاع الماء ، فيوضع من الذهب الخالص قدر الإناء المخلوط في الماء ، ويحكم الموضع الذي ارتفع إليه الماء ويوضع فيه من الفضة الخالصة مثل ذلك ، ويعلم على الموضع الذي ارتفع إليه الماء أيضًا ، ثم يوضع الإناء المخلوط في ذلك الماء وينظر إلى ارتفاع الماء به ، فإن كان أقرب إلى علامة الذهب الخالص دلَّ على أن المذهب فيه هو الأكثر ، وإن كان بالعكس فعلى العكس ، فإذًا قوله : (يلزمه التمييز) مخصوص بحالة عدم طريق آخر غير التمييز ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٠ ب) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) . ويقول ابن الصلاح : « وقوله : (وإن عَسُرَ) ولم يقل : (تعذر التمييز) يُشعر بأنه إذا أمكن التمييز ولكن تعذر زمان لم يجز التأخير لذلك ، فلا زكاة على الفور ، فلا يجوز تأخيرها مع وجود مستحقيها ، وقد ذكر الإمام شيخه نحوًا من ذلك ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٠ ب - ١٩١ أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « الفضة » .

(٦) في (ب) : « تبرأ » .

يقينًا إلا بما ذكرناه .

وقال العراقيون : له الأخذ بغالب الظن ، إذا كان يؤديه بنفسه ، فإن أدى إلى السلطان فلابد من اليقين .

وقيل : يأخذ بما شاء فيؤدي زكاة ستمائة من الذهب أو من الفضة ؛ لأن اشتغال ذمته ليس بمستيقن بما سوى ذلك .

الخامسة : لو ملك مائة نقدًا ومائة مؤجلًا على مليء ، وقلنا : لا يجب تعجيل الزكاة في المؤجل [1] ، فمقدار النقد يجب أداؤه على أصح الوجهين ؛ لأن الميسور لا يسقط بالمعسور . وقيل : لا يجب ؛ لأن النصاب في حكم شيء واحد فلا يتبعض واجبه .

* * *

---

(١) في (أ ، ب) : « للمؤجل » .

النظر الثاني : في جنسه :

ولا زكاة في شيء من اللآلئ واليواقيت وسائر نفائس الأموال ، وإنما يجب في النقدين تِبْرًا كان أو مضروبًا .

وفي مناطه قولان ؛ أحدهما : أنه عينهما كما في الربا ، فيجب في الحلي ، وهو مذهب أبي حنيفة ومذهب عمر وابن مسعود (١ وابن عمر وعمرو ١) بن العاص .

والثاني : أنه (٢) منوط بمعناهما (٣) وهو الاستغناء عنهما في عينهما ؛ إذ لا يرتبط بذاتهما غرض ، فبقاؤهما سنة يدل على الغناء ، بخلاف اللآلئ واليواقيت والثياب والأواني .

فعلى هذا إذا قصد بصياغته حليًّا استعمالًا مباحًا لم تجب الزكاة ، كما أن أموال القنية التي يرتبط بأعيانها غرض إذا عزم على ترك استعمالها بإرصادها للتجارة وجبت الزكاة (٤) . وهذا مذهب عائشة وابن عمر ، والجديد من قولي الشافعي رضي الله عنه .

وعلى هذا في القصد مراتب :

الأولى : أن يصوغ ما هو محظور في نفسه (٥ كالملاهي والأواني ٥) ، فلا تسقط الزكاة (٦) .

الثانية : أن يصوغ الرجل حلي النساء ليلبسه بنفسه لم تسقط الزكاة ؛ لأن الصَّارف عن الأصل قصد صحيح ولم يوجد .

الثالثة : أن يقصد أن يكنزها حليًّا ولا يستعمل ، فالمذهب : وجوب الزكاة لأنه لم يصر محتاجًا إليه ؛ لأن المكنوز مستغنًى عنه كالدراهم والدنانير .

---

(١) « ابن عمر وعمرو » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في الأصل : « أني » ، وهو خطأ.

(٣) في (أ ، ب) : « بمعناها » .

(٤) في (أ ، ب) : « التجارة » ، بدل : « الزكاة » ، وهو خطأ .

(٥) في (أ ، ب) : « كالأواني والملاهي » .

(٦) زاد في (أ ، ب) قوله : « لأن الصارف في الأصل قصد صحيح ولم يوجد » ، وهو تكرار للجملة التالية في المرتبة الثانية ، فلعله خداع بصر عند النسخ .

الرابعة : أن [١] لا يقصد سببًا أصلًا ، ففيه وجهان ؛ ينظر في أحدهما إلى صنعة [٢] الحلي وهيآته . وفي الثاني إلى عدم قصد / الصرف إلى حاجة الاستعمال . ٤٠/ب

الخامسة : أن يقصد إجارتها ، فوجهان مرتبان ، وأولى بأن لا يجب ؛ لأن الانتفاع نوع حاجة في عينه سواء حصل بنفسه أو بغيره .

فرعان :

الأول : حيث شرطنا القصد فطارئها [٣] بعد الصياغة كمقارنتها في الإسقاط والإيجاب [٤] ، وهو كنية القنية إذا طرأت في مال التجارة ، فإنه يقطع الحول ومجرد نية التجارة لا يكفي لانعقاد الحول إلا إذا اقترن بالشراء ؛ لأن النية دون المنوي لا تؤثر ، ونية القنية معناها الإمساك ، والإمساك مقرون بها .

الثاني : لو انكسر الحلي بحيث يتعذر استعماله إلا بإصلاح ، ففيه ثلاثة أوجه [٥] ؛ أحدها :

---

(١) في (ب) : « أنه » .
(٢) في (أ ، ب) : « صناعة » .

(٣) القصد هو النية ، والمقصود (بطارئها) أي ما يطرأ من النية بعد الصياغة .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (حيث شرطنا القصد فطارئها بعد الصياغة لمقارنها في الإسقاط والإيجاب) هذه العبارة فيها كزازة ، ومعناها : أن كل نية اعتبرناها في الإيجاب أو الإسقاط كمقارنها كمقارنها ، حتى لو اتخذت المرأة حليًا مباحًا للاستعمال ، ثم قصدت جعله مكنوزًا غير مستعمل انعقد عليه الحول ، ولو اتخذته ليكون مكنوزًا ثم قصدت استعماله انقطع الحول ، وإنما كان كذلك كنية القنية لا كنية التجارة ؛ لأن الحلي للقنية والإمساك فيكون تبدل القصد فيه نقلًا له من نوع قنية إلى نوع قنية أخرى ، فتقع النية فيه مقترنة بالمنوي ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩١أ) .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لو انكسر الحلي بحيث يتعذر استعماله إلا بالإصلاح ، ففيه ثلاثة أوجه) صورته : ما إذا كان بحيث لا يتوقف استعماله على سبك جديد ، فإنه عند ذلك لا خلاف في وجوب الزكاة فيه .

ثم إنه ذكر أن (أحد الأوجه الثلاثة : أنه منعقد عليه الحول ، والثاني : لا ينعقد ، والثالث : إن قصد المالك إصلاحه فلا زكاة ، وإن قصد أن لا يصلحه جرى في الحول ، وإن لم يشعر به إلا بعد سنة ، ثم قصد إصلاحه ففي السنة الثانية وجهان على هذا الوجه) وهذا يتضمن أن في ما إذا قصد أن لا يصلحه خلافًا لا يعرف ، وقد ذكر شيخه أنه لا خلاف في أنه تجب فيه الزكاة ، ولم يطلق الأوجه الثلاثة كما فعله صاحب الكتاب ، بل قيد فقال : ينتظم فيه إذا قصد الإصلاح أو لم يقصد شيئًا ، ثلاثه أوجه ؛ أحدها : أنه يجري في الحول مطلقًا ، والثاني : يجري =

أنه ينعقد الحول بتعذر الاستعمال ، فأشبه التبر . والثاني : لا ؛ لأنه مرصد للإصلاح والصنعة باقية . والثالث : إن قصد المالك إصلاحه فلا زكاة ، وإن قصد أن لا يصلحه جرى في الحول .

وإن لم يشعر به إلا بعد سنة فقصد الإصلاح ففي السنة الماضية وجهان ، وعلى هذا الوجه الأصح أنه لا يجب ؛ لأن هذا القصد تبين أنه كان مرصدًا له .

فإن قيل :(1) **ما المحظور** (1) **في عينه مما يتخذ من الذهب والفضة ؟**

قلنا : هو ثلاثة أقسام (2) :

الأول : ما يختص الرجال به ؛ والذهب حرام عليهم مطلقًا ، إلا في اتخاد أنف لمن جدع أنفه ، فإنه لا يصدأ (3) ، وقد أمر به رسول الله ﷺ (4) . ولا بأس بتمويه الخاتم بذهب لا يتحصل

= ما لم يقصد رده تبرًا ، والثالث : إن قصد الإصلاح لم يجزْ في الحول ، وإن لم يقصد جرى ، وعلى هذا فيما إذا لم يشعر حتى مضت سنة ، فلما عرف قصد الإصلاح احتمالان تردد بينهما ولم يجعلهما وجهين كما في الكتاب تصرف منه غير معتمد ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩١ أ - ١٩١ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « فالمحظور » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فإن قيل : ما المحظور في عينه مما يتخذ من الذهب والفضة ؟ قلنا : هو ثلاثة أقسام) إلى آخره ، فالمراد بالمحظور في عينه : ما يكون التحريم فيه منوطًا بوصف لازم لعينه ويقابله المحظور باعتبار القصد ، فالتحريم فيه تابع لقصد المتخذ المستعمل لا لوصف في عينه ، كما في اتخاذ الرجل حلي النساء لنفسه لا لهن .

وقوله : (وهو على ثلاثة أقسام) لم يرد به أن الحلي المحظور عينه ثلاثة أقسام ، بل استأنف فقسم جنس الحلي إلى ثلاثة أنواع ، منها المحظور في عينه ، ومنها مكروه وهو إشارة إلى جنس الحلي مطلقًا ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩١ ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من أن الذهب حرام على الرجال مطلقًا إلا في اتخاذ الأنف لمن جدع أنفه ليس على ظاهره في الخصوص ، فإن السن والأنملة ونحوهما كذلك ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩١ ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وقد أمر به رسول الله ﷺ) روي أن عرفجة بن أسعد أصيب أنفه يوم الكُلاب ، فاتخذ أنفًا من ورق ، فأنتن عليه ، فأمره النبي ﷺ أن يتخذ أنفًا من ذهب) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم ، وهو في مرتبة الحديث الحسن .

ويوم الكُلاب هو بضم الكاف وتخفيف اللام - فاعلم وتوق هجية التصحيف - فالكلاب اسم ماء من مياه العرب =

منه ، وأما أسنان الخاتم من الذهب حرام . وقال إمامي : لا يبعد أن يشبه بضبة الإناء ، وتجنب ديباج على ثوب ، وهكذا حكم [1] الطراز المذهب [1] ، إذا حصل منه شيء .

أما الفضة فيحل للرجل [2] التختم به [3] وتحلية آلات الحرب من السيف والسنان ، والمنطقة .

وفي تزيين السرج [4] واللجم وجهان [5] ؛ لأنه يشبه أن يكون من آلات الحرب .

القسم [6] الثاني : فيما يختص بالنساء وهو حلال لهن - أعنى الذهب والفضة - إلا ما فيه تشبه بالرجال كتحلية آلات الحرب والسرج واللجم .

القسم الثالث : ما لا يختص بالرجال ولا بالنساء ، وفيه مسائل :

الأولى : اتخاذ الأواني من الذهب والفضة حرام مطلقًا [7] ، وفي المكحلة الصغيرة تردد .

الثانية : سكاكين المهنة [8] إذا حليت بالفضة ، فاستعمال الرجال لها فيه تردد ، ووجه جوازها [9] تشبيهها بآلات الحرب ، وهذا يقتضي أن لا يجوز للنساء .

= كانت عنده وقعة لهم في الجاهلية ، فيها أصيب أنف عرفجة رضي الله عنه » . المشكل (١/١٩١ ب - ١٩٢ أ) .

والحديث أخرجه أبو داود : (٤/٨٩) كتاب الخاتم - باب ما جاء في ربط الأسنان بالذهب (٤٢٣٢) ، والترمذي :(٤/٢١١) (٢٥) كتاب اللباس (٣١) باب ما جاء في شد الأسنان بالذهب (١٧٧٠) ، والنسائي :(٨/ ١٦٣ ، ١٦٤) (٤٨) كتاب الزينة (٤١) باب من أصيب أنفه هل يتخذ أنفًا من ذهب (٥١٦١ ، ٥١٦٢) .

(١) في (أ ، ب) : « الطرز المذهبة » .

(٢) في (أ ، ب) : « للرجال » .

(٣) « به » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ) : « للسروج » ، وفي (ب) : « السروج » .

(٥) في (أ) : « وجهان : أحدهما » .

(٦) في (أ ، ب) : « وأما القسم » .

(٧) « مطلقًا » : ليست في (أ ، ب) .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (سكاكين المهنة) يعني : الخدمة ، بكسر الخاء وإسكان الدال وفتح الميم ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٢ أ) .

(٩) في (أ ، ب) : « الجواز » .

الثالثة : تحلية المصحف بالفضة [فيه] (1) وجهان ؛ ووجه التجويز حمله على الإكرام . وفي الذهب ثلاثة أوجه ، (2 في الثالث يفرق بين الرجال والنساء 2) . فأما غير المصحف من الكتب لم يُجَوَّز (3) تحليتها بفضة ولا ذهب ، كما لا يجوز (4) تحلية الدواة والسرير (5) والمقلمة .

وذكر الشيخ أبو محمد في مختصر المختصر تجويز تحلية الدواة ، وهذا يوجب الجواز في المقلمة وسائر(6) الكتب ، وهو منقدح في المعنى ؛ إذ لا يبعد أن يقال : لم يثبت في الفضة تحريم إلا في الأواني ، فأصله (7) على الإباحة .

الرابعة : تحلية الكعبة والمساجد والمشاهد بقناديل الذهب والفضة ممنوع ، هكذا نقله العراقيون عن أبي إسحاق المروزي ، ولا يبعد مخالفته حملًا على الإكرام ، كما في المصحف ؛ ولأن الأصل في الفضة الإباحة إلا في الأواني ، وفي الذهب الإباحة إلا على ذكور الأمة ، وليس هذا من تحلي الذكور .

* * *

---

(1) زيادة من (أ ، ب) .

(2) في (أ ، ب) : « يفرق في الثالث بين النساء والرجال » .

(3) في (أ ، ب) : « يجز » .

(4) في (أ ، ب) : « لم يجز » .

(5) قال ابن الصلاح : « قوله : (كما لم تجز تحلية الدواة والسرير) أي : سرير الكتب ، وهو محملها ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٢ أ) .

(6) في (أ ، ب) : « وفي سائر » .

(7) في (أ ، ب) : « وأصلها » .

النوع الرابع : زكاة التجارة

(وأركانها أربعة)

الأول : المال :

وهو كل مال قصد [١] فيه الاتجار [١] عند اكتساب الملك فيه بمعاوضة محضة .

وفيه ثلاثة [٢] قيود [٣] :

الأول : أن مجرد النية في دوام الملك لا يكفي ؛ لأن المنوي لم يقترن به ، بخلاف نية القنية ، [٤] فإنها تقطع التجارة ؛ لأن معنى القنية الإمساك ، وهو مقرون به .

وقال الكرابيسي : يكفي مجرد نية التجارة [٤] .

الثاني : قصد التجارة [٥] عند حصول الملك بإرث أو اتهاب أو رجوع بردٍّ [٦] بعيب ، لا يؤثر . وعند حصوله عوضًا عن البضع فى الخلع والنكاح وجهان ؛ لأنه معاوضة ليست بمتمحضة .

---

(١) في (أ ، ب) : « الاتجار فيه » .

(٢) في الأصل : « ثلاث » ، وهو خطأ ، وما أثبتناه في (أ ، ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « ومن النوع الرابع وهو زكاة التجارة ، ذكر أن : (مال التجارة كل مال قصد الاتجار فيه عند اكتساب الملك بمعاوضة محضة ، فهذه ثلاثة قيود) وذكر مثل ذلك في (البسيط) وذكر فيه للقيود الثلاثة احترازات ثلاثة ، أحدها لقوله : (عند اكتساب الملك) فمجرد نية التجارة لا يكفي ، والثاني لقوله : (بمعاوضة) فلا تؤثر فيه نية التجارة عند الاتهاب ونحوه ، والثالث لقوله : (محضة) ففي الخلع ونحوه وجهان ، وهذا واضح الإشكال فيه ، وأما هاهنا فإنه لم يجعل الثالث الاحتراز عن المحضة بمكان الخلاف فيه ، وجعل الثالث ما إذا اشترى عبدًا على نية التجارة بثبوت قنية ، فرد عليه بالعيب وقال : انقطع حوله ؛ لأن الثوب العائد إليه لم تجر فيه النية ، وفي هذا إشكال ، ووجهه : أن يجعل احترازًا عن أصل قيد الاتجار ، فإنه انتفى قصد الاتجار برد ثوب القنية بعد وجوده أولًا كما بين ، ولم يذكر في ذلك ما إذا لم يوجد قصد الاتجار أصلًا ، فإن ذلك لا يخفى ، وذكر الصورة المذكورة لاحتياجها إلى البيان ، والله أعلم » .المشكل (١/١٩٢ أ - ١٩٢ ب) .

(٤) العبارة ليست في (ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « الاتجار » .

(٦) في (أ ، ب) : « أورد » .

الثالث : إذا اشترى عبدًا على نية التجارة بثوب قنية ، فرد عليه بالعيب انقطع حوله ؛ لأن الثوب العائد إليه لم يجز فيه النية ، ولم يعد بتجارة بخلاف ما إذا تبايع التاجران ثم ترادا ؛ (١ لأن العائد كان ١) مال التجارة قبل العقد ، ولو باع ثوب تجارة بعبد القنية (٢) انقطع حول الثوب ، فلو رد إليه بالعيب لم يعد الحول ما لم يستأنف سببًا آخر وهو بيعه على نية التجارة .

فرع :

إذا اشترى جارية للتجارة فولدت ، فهل يدخل الولد في حول التجارة ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما : لا ؛ لأنه لم يحصل بالتجارة . والثاني : نعم ؛ لأنه لو نقص قيمة الأم بالولادة تجبر به ، فإن ذلك لا يعد خسرانًا فدل [على] (٣) أنه من فوائد التجارة قبل العقد .

الركن الثاني : النصاب :

وهو معتبر ، وفي وقت اعتباره أربعة أقوال (٤) :

أحدهما : أنه (٥) يعتبر في جميع الحول ، كسائر الزكوات .

---

(١) في (أ ، ب) : « كان العائد » . (٢) في (أ ، ب) : « للقنية » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) يقول ابن الصلاح : « ذكر أن في وقت اعتبار النصاب في الحول أربعة أقوال ، وإنما المنصوص منها : أنه لا يعتبر إلا في آخر الحول ، وهو الأصح والباقي مخرج ، وما ذكره من القول الرابع أن نقصان النصاب بانخفاض السعر لا يؤثر ، فإن صار النقصان محسوسًا بالرد إلى الناض أثر فهو تصرف منه .

وإنما الخلاف في المسألة في نقل غيره ثلاثة أقوال ، فإذا قلنا باعتبار آخر الحول ، وأنه لا يؤثر النقصان في أثناء الحول ، فذلك إذا كان النقصان بانخفاض السعر ، فلو كان محسوسًا بالتنضيض ففيه وجهان مشهوران ؛ أحدهما : أنه يؤثر وإن لم يؤثر النقصان بالسعر ، فجعله صاحب الكتاب قولًا رابعًا .

ثم المراد به الرد إلى الناض الذي وقع به الشراء ويعتبر التقويم ولا ناض آخر ، فإنه لو اشترى السلعة بالدراهم ثم باعها بالدنانير فهي في حكم السلعة هاهنا يفتقر إلى التقويم بالدراهم كما سنذكر في الكتاب ، والله أعلم » . المشكل (١/ ١٩٢ ب)

(٥) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .

والثاني : لا يعتبر إلا في آخر الحول ؛ لأن اختلاف القيمة (١) بانخفاض الأسعار في لحظات قريبة لا ينضبط .

والثالث : أنه يعتبر في أول الحول وآخره ؛ لأنهما مضبوطان بخلاف الوسط .

والرابع : أن النقصان بانخفاض الأسعار (٢) / في أثناء الحول لا يعتبر ، ولكن إن صار ٤١/أ
محسوسًا بالرد إلى الناض فيعتبر ؛ لأن هذا منضبط .

فإن قلنا : يعتبر آخر الحول ، فلو لم يكن نصابًا ثم صار نصابًا بعد شهر فعلى وجهين ؛ أحدهما : لا يجب ما لم يتم الحول الثاني ؛ لأن الأول قد بطل . والأصح (٣) : أنه يجب ؛ لأنه ملكه سنة وشهرًا ، فيقدر كأن الزائد لم يكن .

فرع :

إذا لم يعتبر وسط الحول ، فاشترى عرضًا بمائتي درهم ، وباعه بعشرين دينارًا ، لا تساوي (٤) مائتين ، والدنانير عرض : إذا التقويم برأس المال .

فلو انقضى عليه سنون ولم يبلغ نصابًا باعتبار الدراهم ففيه وجهان ؛ أحدهما : أنه لا تجب

---

(١) في (أ ، ب) : « القيم » . (٢) في (أ ، ب) : « السعر » .

(٣) في (أ ، ب) : « والثاني » .

(٤) يبدو أنه وقع في النسخة التي علق عليها ابن الصلاح كلمة : « تسوى » بدل « تساوي » ، ولذا قال في مشكله : « قوله : (لا تسوى مائتين) لغة عامية بفتح التاء وضمها وإسكان السين ، والمشهور في علم اللغة إبطالها ، ولأن الصواب : (لا يساوى الشيء بالشيء ، وأثبت الليث راوي كتاب العين عن الخليل (يسوى) لغة قليلة غير متصرفة . فقال : (يسوى) نادرة ، ولا يقال منها : (سوى) ، ولا (سوى) يعني لها فعل ماض لا بكسر الواو ولا بضمها .

وأنكر ذلك على الليث أبو منصور الأزهري وذكره في كتابه في كتاب أوهام العين وقال : (لا يسوى) ليس من كلام العرب لا يسوى ، وكذلك قال في كتابه الكبير (تهذيب اللغة) ، وذكر أبو القاسم الزجاجي صاحب الجمل في النحو أن (يسوى) يجيء كثيرًا في أشعار المحدثين ، وفي كلام العامة ، ولم يسمع في أشعار المتقدمين ولا في لغاتهم ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٣ أ - ١٩٣ ب) .

الزكاة ؛ لأنه عرض في التجارة . والثاني : أنا يعدل إلى زكاة العين لعسر زكاة التجارة .

وعلى هذا في وقت افتتاح حوله وجهان ؛ أحدهما : أنه آخر حول الأول ؛ إذ عند تعذر زكاة التجارة . والثاني : أنه من وقت ملكه ؛ إذ بان آخر الحول أنه كان لا يصلح لزكاة التجارة (١) .

الركن الثالث : الحول :

وهو معتبر بالاتفاق ، والنظر في أمرين :

أحدهما (٢) : في ابتدائه ، ولما يشترى به سلعة التجارة ، ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون من النقدين نصابًا كاملًا ، ابتداء الحول من [يوم] (٣) ملك [النصاب من] (٤) النقد ؛ ليبتني حول التجارة على حول النقدين ؛ لأنهما متشابهان في قدر الواجب والموجب فيه (٥) ومتعلق الوجوب ، وكذا إن كان النصاب ناقصًا مهما نظرنا إلى آخر الحول .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « ذكر اختلاف الأقوال في أن النصاب يعتبر في آخر الحول فحسب ، أو يعتبر في جميعه أو يعتبر في طرفيه ، ثم ذكر اختلاف الوجهين في أنه إذا قلنا يعتبر في آخر الحول فلم يكن في آخره نصابًا وبلغ نصابًا في وسط الحول الآخر ، فهل تجب الزكاة حينئذٍ ؟ ثم قال : (فرع : إذا لم يعتبر وسط الحول ، فاشترى عرضًا بمائتي درهم وباعه بعشرين دينارًا لا يسوى مائتين) إلى آخره ، فانعقد من هذا الإيراد عنده إشكال إذ أوهم أنه أراد بقوله : (إذا لم يعتبر وسط الحول) التفريع على ما ذكره في مسألة وقت اعتبار النصاب من الحول ، من القول بأنه لا يعتبر النصاب في أثناء الحول .

وليس الأمر به على ذلك ، وإنما أراد التفريع على أحد الوجهين في المسألة المذكورة قُبَيلْه فيما إذا بلغ نصابًا في وسط الحول الثاني ، وعنى بقوله : (إذا لم يعتبر وسط الحول) عند اعتبار بلوغ المال نصابًا في وسط الحول الثاني في وجوب الزكاة ، وهو الوجه الأول من الوجهين منهما المنقول فيه أنه يسقط حكم الحول الأول ، ويبطل ويستأنف حول جديد من منقرصه ، ولم يذكر التفريع على الوجه الثاني المقول فيه بوجوب الزكاة عند بلوغه نصابًا وابتدأ الحول الثاني من حينئذٍ ، والذي ذكره هو في (البسيط) وشيخه في (النهاية) تفريعًا عليه القطع بأن ينتظر بالدنانير إلى أن تبلغ قيمتها مائتي درهم ، ولو مضت ستون ولم يبلغها فلا زكاة فيها ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٢ ب - ١٩٢ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « الأول » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) « فيه » : ليست في (أ ، ب) .

وإن [١] نظرنا إلى أوله فيبدأ الحول حيث بلغت قيمة السلعة نصابًا [٢] .

الثانية : أن يكون المشترى به عرضًا ، لا من جنس مال الزكاة ، فالحول [٣] من وقت نية التجارة ، لا من وقت ملك العرض .

الثالثة : أن يكون عرضًا من جنس من مال الزكاة ، كما لو اشترى بنصاب من الغنم [٤] السائمة سلعة للتجارة ، فالمذهب : أن الحول من وقت الشراء .

وقال الإصطخري : هو من وقت ملك الماشية ، وعليه دلَّ نقل المزني ، وهو ضعيف ؛ إذ لا مناسبة بين الزكاتين حتى ينبني أحدهما على الآخر .

الأمر الثاني : المستفاد في أثناء الحول ، هل يضم إلى الأصل ؟ له أربعة أحوال :

الأولى : أن يكون بارتفاع قيمة مال التجارة ، فتجب الزكاة فيه بحول الأصل ، كما في النتاج مع الأمهات .

الثانية : أن يشتري شيئًا بنية التجارة ، لا بمال التجارة فيفرد بحوله ، ولا يضم إلى الأصل كالمستفاد من الماشية .

الثالثة : إذا ارتفعت قيمة مال التجارة فيرده [٥] إلى الناضِّ ، كما إذا كانت سلعته تساوي

---

(١) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « ذكر أنه إذا اشترى سلعة التجارة بنصاب من النقدين فابتداء الحول من حين ملك النقد ، ومن حول التجارة على حوله لأنهما منشؤهما في الواجب وهو ربع العشر ، والموجب فيه يعني النصاب ، ومتعلق الوجوب يعني مالية النقد ، فإنها مقدرة في سلعة التجارة ، والحالة هذه والنقد هو المخرج زكاة .

قال : (وهكذا إن كان النصاب ناقصًا مهما نظر إلى آخر الحول) يعني به أنه إذا تمت فيه السلعة نصابًا وتم الحول من أول ما ملك النقد وجبت الزكاة ، صرح بهذا المعنى في (البسيط) ، وكلامه هاهنا وفي (الوجيز) يُشعر به ، وهو غير صحيح ، والصواب ما قاله غيره ، وقطعوا به من أن حوله إنما ينعقد من وقت الشرى ، وذلك لأنه من قبل ذلك لم يكن نصابًا ولا مال تجارة حتى يجري في الحول ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٣ ب) .

(٣) « فالحول » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) « الغنم » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « فرده » .

عشرين دينارًا ، فارتفعت قيمتها وباعها بعد مضي ستة أشهر بأربعين دينارًا ، ففي العشرين الزائد قولان ؛ أحدهما : أنه يضم في الحول إلى الأصل ، كنتاج المواشي وكما إذا ارتفعت القيمة من غير تنضيض . والثاني – وهو اختيار ابن الحداد – : أنه تفرد بحوله لأنه مستفاد من كيس (١) المشتري لا من عين السلعة ، بخلاف النتاج .

الرابعة : أن يكون مال التجارة حيوانًا أو شجرًا ، فنتج وأثمر ، وقلنا : إن حكم الزكاة يتعدى إلى الولد ، فالأظهر أنه يضم في الحول إلى الأصل ، وما (٢) يحتمل أن يلتحق بهما بالربح الناض .

الركن الرابع : في ما يجب إخراجه :

وهو ربع عُشر قيمة مال التجارة ، وبماذا يُقوَّم ؟ (٣ بالدراهم أو بالدنانير ؟ له ٣) ثلاثة أحوال :

الأولى : أين يكون مشترى بأحد النقدين وكان نصابًا كاملًا ، فيُقوَّم به ، وإن اشتري بنقدين فيقوم بهما على نسبة التقسيط يوم الشراء ، فإن (٤) قَوَّمنا ولم يبلغ كل واحد [منهما] (٥) نصابًا فلا زكاة ، وإن كانت بحيث لو قُوم بأحد النقدين لكان (٦) نصابًا .

الثانية : أن يكون المشترى به نقدًا غير نصاب ، والأصح أنه مقوم به ،فيه وجه : أنه يقوم بالنقد الغالب .

الثالثة : أن يكون المشترى به عرضًا : قُوِّم بالنقد الغالب ، وإن غلب نقدان (٧) قُوم بما يبلغ به نصابًا .

(٨ فإن بلغ كل واحد بهما ٨) نصابًا فأربعة أوجه ؛ أحدهما : أن المالك يتخير . والثاني : أنه يتبع الأنفع للمساكين . والثالث : أنه يعتبر (٩) بأقرب البلدان ، إلى حيث يغلب أحد النقدين .

---

(١) في (ب) : « نفس » .

(٢) « ما » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « من النقدين ، فيه » .

(٤) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « لتبلَغ » .

(٧) في (أ ، ب) : « النقدان » .

(٨) في (أ ، ب) : « وإن بلغ لكل واحد منهما » .

(٩) في (أ ، ب) : « يتبع » .

والرابع : أنه يُقوم بالدراهم ، فإنه أحرى في المستحقرات [1] ، فيكون أرفق للمساكين .

وللشافعي - رضي اللّه عنه - قولان قديمان ؛ أحدهما : أن الواجب ربع العشر من جنس المال ، والثاني : أنه يتخير بينه وبين القيمة .

فرع :

إذا وجبت الزكاة فيجوز له أن يتخير قبل إخراج الزكاة ؛ لأنه ليس يزيل المالية التي هي متعلق الزكاة ، فأما إن أراد الإعتاق أو الهبة [2] فيخرج على أن متعلق الزكاة العين أو الذمة ، كما مضى في المواشي .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « المحقرات » .

(٢) في (أ ، ب) : « والهبة » .

واختتام الباب بفصلين

الأول : في اجتماع زكاة التجارة مع سائر الزكوات

ويفرض ذلك في الفطرة والمعشرات والمواشي :

أما الفطرة :

فلا تنتفي بزكاة التجارة ، بل على التاجر أن يخرج الفطرة عن عبيد التجارة ، وإن تمَّ حول التجارة مثلًا عند هلال شوال ؛ لأنهما زكاتان يتابعد مأخذهما ، فلا تتنافيان ، خلافًا لأبي حنيفة / . ٤١/ب

أما إذا اشترى نصابًا من السائمة على نية التجارة ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أن المعتبر زكاة التجارة ؛ لأنه أرفق بالمساكين ، ولأن المال خرج عن كونه قنية بنية التجارة ، ولم يخرج عن كونه مال التجارة بالسَّوْم . والثاني : أن المغلب زكاة العين ، فإنه متفق عليه ، والثالث : أنه إن كان نصابًا بأحدهما دون الآخر ، فيكون الغالب ما بلغ به نصابًا ، وإن كان بهما جميعًا نصابًا فعلى التردد السابق .

هذا إذا توافق ابتداء الحولين ، أما إذا اشترى أربعين معلوفة ، ثم أنشأ إسامتها بعد ستة أشهر ، فإن قلنا : إن الغالب زكاة التجارة ، فلا كلام . وإن قلنا : الغالب زكاة العين ، ففي كيفية تغليبها هاهنا وجهان ؛ أحدهما : أنه ينقطع حول التجارة بطريان السوم .

والثاني : أنه تجب زكاة التجارة في الحول الأول ؛ كيلا يحبط بعضه [1] ويعدل إلى زكاة العين في الحول الثاني .

وأما المعشرات : فإذا اشترى ثمارًا بنية التجارة ، فبدأ الصلاح في يده قبل البيع ، فإن غلبنا زكاة التجارة لم يجب العُشر ، وإن غلبنا زكاة العين يخرج العشر ، ثم يستأنف حول التجارة عند الجذاذ ؛ إذ به تنقطع علائق زكاة العين ، فإن كان المشترى حديقة فإخراج العشر يسقط زكاة الثمار .

---

(١) في (أ ، ب) : « بعض الحول » .

وهل تسقط زكاة الأشجار والأرض ؟ فيه ثلاثة أوجه ؛ أحدهما : نعم ؛ لأن العشر حق الأشجار ومغارسها ، فهي كالتابعة للثمرة . والثاني : لا ؛ لأن العشر حق الثمار ؛ إذ يجب على من لا يملك الأشجار . الثالث : أن الأشجار تتبع (١) دون الأرض ؛ لأن (٢ الشجرة لا تراد إلا للثمرة ٢) ، فإن قلنا : تتبع (٣) الأرض فلا نتبع إلا ما يدخل في المساقاة من الأراضي المتخللة بين الأشجار (٤) .

فرع :

لو اشترى أرضًا للتجارة وبذرًا للقنية وزرع ، فواجب الزرع العُشر المحض ، وواجب الأرض زكاة التجارة ؛ إذ ليس الزرع (٥ محل التجارة ٥) حتى يستتبع .

* * *

(١) كذا في الأصل و (أ) ، وفي (ب) : « تباع » وهو خطأ .

(٢) في (أ ، ب) : « الشجر لا يراد إلا للثمر » .

(٣) في (ب) : « تباع » ، وهو خطأ .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله في تبعية زكاة أرض الحديقة المشتراة للتجارة لزكاة ثمارها : (لا تتبع إلا ما يدخل في المساقاة من الأراضي المتخللة بين الأشجار) يعني به : ما يدخل من المزارعة على الأراضي في المساقاة على الشجر حتى تجوز المزارعة فيها تبعًا للمساقاة على الشجر ، وفي الأرض التي لا يمكن إفرادها بالسعي والعمل على الأشجار ، بل يلزم من سقيها سقي الشجر ونحو ذلك ، والله أعلم » . المشكل (١/١٩٣ ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « محلًّا للتجارة » .

الفصل الثاني : في زكاة مال القراض

فإذا سلم إلى رجل ألفًا على أن يكون الربح نصفين ، فكان آخر الحول ألفين ، فإن قلنا : العامل لا يملك إلا بالقسمة فزكاة الألفين على المالك ، ويحتمل على نصيب العامل ، وجد أنه لا يلزمه ، لأن ملكه فيه ضعيف ؛ (١ إذ يتعلق به حق للعامل ١) لازم .

ثم ما نؤديه من الزكاة كالمؤن ، حتى يحسب من الربح أو كاسترداد طائفة من المال ، فيه وجهان يلتفتان على أن تعلق الزكاة بالعين أغلب أو بالذمة ؟ فإنه إن تعلق بالذمة فإخراجه من غير هذا المال يشبه الاسترداد .

وإن قلنا : العامل يملك بالظهور ، قال القفال : لا زكاة عليه ؛ لأن ملكه يستقر بالقسمة ، وقيل : يخرج على قولي المغصوب ، فإن قلنا : يجب ، فالصحيح : أن حوله من وقت الظهور ، وقيل : إنه يجب بحول الأصل ، لأنه ربح ، وفي استبداد العامل بإخراجه وجهان ؛ لأنه متردد بين المؤونة أو أخذ (٢) طائفة من المال .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « إذ تعلق حق العامل به » .

(٢) في (أ ، ب) : « وأخذ » .

النوع الخامس من الزكاة [1] : زكاة المعادن [2] والرِّكاز

(وفيه فصلان)

الأول : في المعادن

والزكاة واجبة على كل حرٍّ مسلم نال من المعادن نصابًا من النقدين ، وما عدا النقدين فلا زكاة فيه .

وفيه وجه [آخر] [3] : أنه يجب في كل معدن .

وأوجب أبو حنيفة فيما ينطبع تحت المطارق .

والنظر في أمور ثلاثة :

الأول : في قدر الواجب ، وفيه ثلاثة أقوال ؛ أحدها : ربع العُشر تشبيهًا بزكاة النقدين . والثاني : أنه الخمس تشبيهًا بالرِّكاز . والثالث : أن [4] ما يصادفه قليلًا مع كثرة العمل ربع [5] العشر ، وما يصادفه مجموعًا [كثيرًا] [6] بالإضافة إلى العمل ، ففيه الخمس [7] .

ومعنى كثرة العمل : أن يكون النيل بالإضافة إليه [8] قليلًا في العادة [9] . فإن عُدَّ زائدًا على المعتاد فالمقدار اللاحق بالمعتاد فيه ربع العشر والزائد عليه يخص ....

---

(١) في (أ) : « الزكوات » .

(٢) في (أ ، ب) : « المعدن » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) « أن » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « فربع » .

(٦) زيادة من (أ ، ب) .

(٧) يقول ابن الصلاح : « قوله : (الثالث : أن ما يصادفه قليلًا مع كثرة العمل فيه ربع العشر ، وما يصادفه مجموعًا بالإضافة إلى العمل فيه الخمس) أي : إذا كان ما وجده بمنزلة المجموع من حيث كونه غير محتاج إلى الحفر والطحن والمعالجة بالنار ، وهو مع ذلك جملة غير قليلة صادفها دفعة واحدة ففيه الخمس لخفة المؤنة فيه » . المشكل (١٩٣/١ ب - ١٩٤ب) .

(٨) في (أ ، ب) : « إلى العمل » .

(٩) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ومعنى كثرة العمل : أن يكون النيل بالإضافة إليه قليلًا في العادة) ، يحتاج إلى أن نقول : قليلًا أو مقتصدًا كما قاله في « البسيط » . المشكل (١/١٩٤أ) .

بالخمس (١) .

الأمر الثاني : النصاب .

وهو معتبر إن أوجبنا ربع العشر ، وإن أوجبنا الخمس فقولان ؛ لتردده بين مشابه الغنائم في قدر الواجب ، ومشابه الزكوات في الجنس .

فإن لم نعتبر النصاب فلا حول ، وإن اعتبر (٢) النصاب ففي الحول قولان ، واعتبار الحول مع النصاب لا يُتقي لإضافة الزكاة إلى المعادن وجهًا .

فإن اعتبرنا النصاب مما يتواصل من النيل بضمٍّ بعضه إلى البعض ، كتلاحق الثمار في سنة واحدة والجامع هاهنا اتصال العمل ، فلو أعرض على عزم أن لا يعود فقد انقطع ، وإن ترك لإصلاح آلة لم ينقطع ، وإن كان لعذر سفر أو مرض فوجهان .

فرع :

إذا وجد تسعة عشر دينارًا فأعرض ، ثم عاد بعد مدة ووجد دينارًا وكانت التسعة عشر باقية فعليه أن يخرج واجب هذا الدينار ؛ لأنه كمل عند النيل بما في ملكه . وأما التسعة عشر فلا شيء (٣ فيه ؛ لأنه لم يكن نصابًا كاملًا ٣) ذلك الوقت ، والكمال بعده لا ينفع .

وكذلك (٤) إذا كان في ملكه سلعة للتجارة فيكمل به نصاب المعادن (٥) ويكمل / سلعة ٤٢/أ

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فإن عد زائدًا على المعتاد فالمقدار اللائق بالمعتاد فيه ربع العشر والزائد عليه مختص بالخمس) معناه : فإن عُدَّ النيل زائدًا على المعتاد ، مثاله : أن يعمل يومًا فيجد في آخره مقدار دينار ، وهو لائق لعمله في العادة ، ثم يصادف عقيبه دينارًا آخر بعمل قليل ، فواجب الدينار الأول ربع العشر ، وواجب الدينار الآخر الخمس .

فلو وجد الدينارين جميعًا في آخر النهار فلا يعطل ما مضى من وقته ويجعل الدينارين حوذًا مجموعًا حتى يجب فيهما الخمس ، بل يقتطع من مجموعهما القدر الذي هو مقتصد لائق في العادة بعمله الأول فيوجب فيه ربع العشر ، وفي الزائد عليه الخمس ، وهذا من تصرف الإمام شيخه ، والله أعلم » . المشكل (١٩٤/١ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « اعتبرنا » .

(٣) في (أ ، ب) : « فيها ، لأنه لم تكن كاملة » .

(٤) في (أ ، ب) : « وكذا » .

(٥) في (أ ، ب) : « المعدن » .

التجارة بمال المعادن ، إذا وجد مع آخر حول التجارة ، وقلنا : المعتبر آخر الحول ؛ لأن زكاة النقدين والتجارة والمعدن متداخلة في المعنى ، فينبني بعضها على البعض [١] وإن كانت قد تختلف في شرط النصاب والحول .

وحكى [الشيخ] [٢] أبو علي وجهًا : أن دينار المعدن لا يكمل إلا بما يجب فيه زكاة المعدن معه .

الأمر الثالث : أنه لا يجب إخراج الواجب قبل التنقية ، كما في الحبوب ، ثم لا يجزئه إخراج التراب المخلوط ، فإن مقصوده مجهول .

فرع :

للمسلم أن يزعج الذمي من معادن دار الإسلام إذا انتهى إليه ، ولكن ما ناله بالمبادرة ملكه كالصيد والحشيش ، ولا زكاة عليه إلا إذا قلنا - على وجه بعيد - : أن مصرف واجبه الفيء على قول : إيجاب الخمس ، فإنه يؤخذ منه الخمس [٣] .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « بعض » .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا نال الذمي من المعدن : (لا زكاة عليه إلا إذا قلنا على - وجه بعيد - : أن ينصرف واجبه مصرف الفيء على قول إيجاب الخمس ، فإنه يؤخذ منه الخمس) هذا يوهم كون ذلك زكاة على هذا الوجه ، وليس كذلك ، فإن الذمي ليس أهلًا للزكاة ، وإنما هو من قبيل خمس الفيء ، فهذا الاستثناء هو من الاستثناء المنقطع بقدر الإمكان أو غيره ، ويوجد ذلك كثيرًا في كلام صاحب الكتاب ، والله أعلم » . المشكل (١٩٤/١أ) .

الفصل الثاني : في الرِّكاز

وقد قال ﷺ : « في الركاز الخُمُس » [1] ، وهو واجب في الحال من غير اعتبار حول ، [بخلاف المعدن فإن فيه قولًا بعيدًا] [2] .

ولكن للركاز شروط :

الأول : أن يكون من جوهري النقدين ، وفي القديم قول [3] : أنه يجب في كل جنس اعتبارًا بالمغانم .

الثاني : أن يكون نصابًا ، تشبيهًا بالزكوات ، وفيه قول قديم : أن القليل يُخَمَّس كالغنيمة .

قال الشافعي - رضي الله عنه - : لو كنت أنا الواجد لخمَّست القليل والكثير ، ولو وجدت فخارة لخمستها ، وهو إشارة إلى الاحتياط .

فرع :

إذا وجد مائة درهم لم يجب الخمس على الجديد ، فلو [4] وجد مائة أخرى (5 بعد ذلك 5) والمائة الأولى باقية في ملكه ، أو ملك مائة [6] أخرى من مال تجارة أو نقد ، وجب الخمس في مائة

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال ﷺ : وفي الركاز الخمس) هذا حديث مخرج في الصحيحين عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : « جرح العجماء جبار ، والبئر جبار ، والمعدن جبار ، وفي الركاز الخمس » . المشكل (١/١٩٤ أ) .

والحديث أخرجه البخاري : (٣/٤٢٦) (٣٤) كتاب الزكاة (٦٦) باب في الركاز الخمس (١٤٩٩) ، وأطرافه : (٢٣٥٥،٦٩١٢،٦٩١٣) ، ومسلم : (٣/١٣٣٤،١٣٣٥) (٢٩) كتاب الحدود (١١) باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار (١٧١٠) ، وأبو داود : (٤/١٩٥،١٩٦) كتاب الديات - باب العجماء والمعدن والبئر جبار (٤٥٩٣) ، والترمذي : (٣/٣٤) (٥) كتاب الزكاة - باب ما جاء أن العجماء جرحها جبار وفي الركاز الخمس (٦٤٢) ، والنسائي : (٥/٤٤،٤٥) (٣٣) كتاب الزكاة (٢٨) باب المعدن (٢٤٩٣، ٢٤٩٥،٢٤٩٧،٢٤٩٨) ، وابن ماجه : (٢/ ٨٣٩) (١٨) كتاب اللقطة (٤) باب من أصاب ركازًا (٢٥٠٩،٢٥١٠) .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) « قول » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « ولو » .

(٥) ليست في (أ ، ب) .

(٦) « مائة » : ليست في (أ ، ب) .

الركاز ، وكمل نصابه بما ليس بركاز كما ذكرنا في المعادن .

وفي طريقة العراق : أنه إن كان في ملكه نصاب كامل في النقدين سوى الركاز وقد تمَّ عليه الحول وجب الخمس في هذه المائة تكميلًا لها بما هو محل الوجوب ، وإن وجد قبل حولان الحول فلا يكمل به ، وإن وجد عند حولان الحول ولكن كان النصاب ناقصًا فالمنصوص في (الأم) أنه يكمل به الركاز .

وحكوا [١] وجهًا آخر : أنه لا يكمل لنقصان النصاب ، وهذه الطريقة جارية في المعادن وإن لم نحكها ثَمَّ .

الثالث : أن يكون عليه ضرب الجاهلية ، فلو كان على ضرب الإسلام فهو [٢] لقطة .

وقيل : إن الإمام يحفظها كحفظ [٣] الأموال الضائعة ، لأن اللقطة ما هو بصدد الضياع ، ([٤] وطرد هذا في الثوب الذي تلقيه الريح في دار إنسان فإنه ليس معرضًا للضياع [٤]) .

ولو انكشف الركاز بسيل جارف أُلحق باللقطة على مساق هذا المعنى .

فأما إذا احتمل أن يكون من ضرب الإسلام والكفر جميعًا كالأواني والحلي فوجهان ؛ أحدهما : أنه لقطة ، والثاني : أنه ركاز [٥] .

---

(١) في الأصل : « وحكونا » .

(٢) في (أ ، ب) : « فهي » .

(٣) في (أ ، ب) : « حفظ » .

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ ، ب) .

(٥) علق ابن الصلاح على هذا الفرع بقوله : « قوله : (إذا كان الركاز من ضرب الإسلام) فشرح ما ذكره فيه : (أنه لقطة) لواجده التعريف ، ثم التملك ، وهذا قول معظم الأصحاب .

وذهب الشيخ أبو علي السنجي إلى أنه مال ضائع لا يتملك بالتعريف ، بل (يحفظ حفظ الأموال الضائعة التي ليست لقطة ؛ لأن اللقطة ما هي بصدد الضياع) أي ما ينتقل من مالكه في مضيعة . (وطرد هذا فيما إذا ألقت الريح ثوبًا في دار إنسان) فلا يكون ذلك لقطة عنده ، وعند غيره هو لقطة .

قال صاحب الكتاب : (ولو انكشف الركاز بسيل جارف) أي قوي يذهب بكل ما يمر به (ألحق باللقطة علي قياس هذا المعنى) فظاهر إيراده هذا أنه يكون لقطة على قياس المعنى الذي ذكره أبو علي ؛ لأن هذا الركاز صار بذلك بصدد الضياع .

=

الشرط الرابع : أن يوجد في موضع مشترك كموات وشارع [١] ، فإن وجد في عمران دار الحرب فهو غنيمة أو فيء ، وعلى اختلاف الحال في إيجاف خيل وركاب أو عدمه [٢] .

وإن وجده [٣] في ملك نفسه نظر ، فإن كان يملك [٤] بالإحياء فله الأخذ ، ولكن يملك ([٥] بالإحياء أم بالأخذ [٥]) ؟ فيه وجهان ؛ فعلى وجه : لا يملك بالإحياء ، فإنه ليس من أجزاء الأرض بخلاف المعادن ، وإن كان الملك [٦] قد انتقل إليه من غيره .

فإن قلنا : يملك بالإحياء ، فعليه طلب المحيي وإلا فهو لقطة أو مال ضائع [٧] ، وإن قلنا : لا يملك بالإحياء ، فلا شك [في] [٨] أن المحيي أولى به .

ولا يبطل اختصاصه بالبيع فلا يملكه الواجد ، وهذا فيه احتمال ، فإنه يشبه بما لو عشش طير في داره فأخذه غير صاحب الدار ، وفي ملكه خلاف .

فرع :

لو تنازع البائع والمشتري والمعير والمستعير ، وقال كل واحد : أنا دفنت الركاز ، فالقول قول صاحب اليد في الحال ، فإن قال المكري بعد رجوع الدار إلى يده : أنا كنت دفنته قبل الإجارة ،

= والذي ذكره الإمام شيخه أنه على قياس قول أبي علي لا يكون لقطة ، قياسًا على ما قاله في الثوب الذي طيرته الريح .

ورد الشيخ أبو الفتوح العجلي - رحمه الله - قوله : (يكون لقطة على قياس هذا المعنى) إلى قول الأصحاب دون قول أبي علي ، توفيقًا بين قول شيخه وبين قوله ، وذلك بعيد ، فإنه قال على قياس هذا » . المشكل (١٩٤/١ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « أو شارع » .

(٢) في (أ ، ب) : « وعدمه » .

(٣) في (أ ، ب) : « وجد » .

(٤) في (أ ، ب) : « قد تملك » .

(٥) في (أ ، ب) : « بالأخذ أم بالإحياء » .

(٦) « الملك » : ليست في (أ ، ب) .

(٧) يقول ابن الصلاح : « قوله فيما إذا وجد الركاز في ملك نفسه وكان في أصله مُحْيي وانتقل إليه من غيره : (فعليه طلب المحيي ، وإلا فهو لقطة أو مال ضائع) يعني : إذا لم يوجد المحيي فهو لقطة على قول الأصحاب ، ومال ضائع على قول أبي علي . فحرف (أو) فيه لترديد الخلاف لا للشك ، والله أعلم » . المشكل (١٩٩/١ أ) .

(٨) زيادة من (أ ، ب) .

لم يصدق على أحد الوجهين بيمينه ، لأنه اعترف بثبوت يد المستأجر عليه وانفرد بدعوى التقدم .

الشرط الخامس : أن يكون الواجد[1] أهلًا للزكاة ، فلا خمس على الذمي إذا وجده ، إلا على قول بعيد أن مصرف الخمس الفيء ، فإذ ذاك يؤخذ خمسه .

* * *

(١) « الواجد » : ليست في (أ ، ب) .

النوع السادس : زكاة الفطر [١]

(والنظر في أربعة أطراف)

الأول : في وقت الوجوب :

وفيه ثلاثة أقوال :

الجديد : أنه يجب بأول جزء من ليلة العيد ، وهو وقت الغروب آخر يوم من [شهر] [٢] رمضان ، [٣] فإنه منسوب [٣] إلى الفطر وهذا وقته ، وعلى هذا لو مات عبده أو ولده قبيل الغروب ، أو ورث عبدًا أو ولد له بعد الغروب فلا فطرة [عليه بسببه] [٤] .

الثاني [٥] : [٦] أنه يجب [٦] بأول جزءٍ من طلوع الفجر [٧] يوم العيد ؛ لأن أثر الفطر يظهر في الوقت القابل للصوم .

---

(١) يقول ابن الصلاح : (النوع السادس : (زكاة الفطر) في هذا الكتاب وغيره نسميها بالفطرة بتاء التأنيث ، وهو شائع في ألسنة العامة والخاصة . ويقول أيضًا : زكاة الفطر . ولم نجدها بتاء التأنيث في كلام المتقدمين ، وهي مؤكدة بكسر الفاء لا غير ، من الفطرة التي هي بمعنى الخلقة ، ووجدت أبا محمد الأبهري قد ذكرها في كتابه (حدائق الآداب) ، وذكر أن معناها زكاة الخلقة ، كأنها زكاة النفس والبدن .

وأنا أزيد أوجه ذلك بيانًا فأقول : صح من حديث عائشة - رضي اللّه عنها - وروي عن غيرها أن رسول اللّه ﷺ قال : « عشر من الفطرة : قص الشارب وإعفاء اللحية والسواك ... » الحديث ، وفسر أكثر العلماء فيما حكاه الخطابي عنهم الفطرة بالسنة في هذا الحديث ، ووجه ذلك أن أصله سنة الفطرة عشر ، أي : سنة بدن الإنسان على ما فطر عليه - أي خلق عليه - عشر ، فإنها كلمة متعلقة ببدن الإنسان ، ثم حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه .

فكذلك هاهنا قيل : زكاة الفطر أي البدن لا المال ، ثم قيل الفطرة ، حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه ، واللّه أعلم » . المشكل (١/١٩٩ أ - ١٩٩ ب) .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « فإنها منسوبة » .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « والثاني » .

(٦) في (أ ، ب) : « أنها تجب » .

(٧) في (ب) : « فجر » .

والثالث : أنه لابد من اعتبار الوقتين ، فعلى هذا لو زال ملكه بعد الغروب وعاد قبل الطلوع (١قبل الزوال ١) فوجهان .

الطرف الثاني : في المؤدى عنه :

والتحمل جارٍ في الفطر لقوله : « أدّوا صدقة الفطر عمَّن تمونون » (٢) / . ٤٢/ب

فتبعت الفطرة النفقة ، وجهات تحمل النفقة ثلاثة :

الجهة الأولى : القرابة ، وكل (٣) قريب تجب نفقته تجب فطرته ، إلا في مسألتين (٤) :

---

(١) ليست في (أ ، ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله : (لقوله ﷺ : أَدُّوا صدقة الفطر عمن تمونون) وإسناده غير قوي ، وروي عن علي – رضي اللّه عنه – بإسناد فيه إرسال ، غير أنه يقوى بشاهده حيث يحتج به ، واللّه أعلم » . المشكل (١٩٩/١ ب) ، وانظر : البيهقي : السنن الكبرى (١٦١/٤) والدارقطني : (١٤٠/٢) .

(٣) في (أ ، ب) : « فكل » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (فتبعت الفطرة النفقة ، وجهات تحمل النفقة ثلاث : الجهة الأولى القرابة ، وكل قريب تجب نفقته تجب فطرته ، إلا في مسألتين ذكرهما ، الأولى : الابن البالغ الواجد نفقة يومه مع عجزه عن فطرته لا فطر عليه ولا على الوالد) وهذا لا يصلح لأن يستثنى من قوله : (كل قريب تجب نفقته تجب فطرته) فإنه لم تجب نفقته على القريب ، والكلام فيه .

والعذر : أن الاستثناء راجع إلى أول الكلام ، فإنه أشعر بأنهما متلازمان ، فحيث تجب النفقة تجب الفطرة عند الأهلية إلا في المسألتين المذكورتين ، فإنه لم تجب في وجوب النفقة ، ووجود من هو بصدد إيجاب الفطرة عليه .

وأما افتراق الفطرة والنفقة فيما يأتي إن شاء اللّه تعالى : أن العبد يجب عليه نفقة زوجته في كسبه ، ولا تجب فطرتها عليه ، والكافر تجب عليه نفقة عبده الذي أسلم ، ولا تجب عليه فطرته على أحد القولين ، وكذا زوجته إذا أسلمت ثم لحقها قبل انقضاء العدة ، وكل ما تجب نفقتها عليه ففي فطرتها القولان ، فذلك لانتفاء أهلية التحمل ، وهكذا رقيق بيت المال والرقيق الموقوف على المساجد تجب نفقته ولا تجب فطرته على الأظهر من الوجهين لعدم أهلية الجهتين المذكورتين لإيجاب الصدقة عليها ، نعم يرد على الحصر المذكور الرقيق الموقوف على شخص معين تجب نفقته ، وفي وجوب فطرته خلاف ، والرقيق الموصى برقبته لشخص وتبعيته لآخر يجب فطرته على صاحب الرقبة ، وفي نفقته أوجه ، أحدها : أنه عليه أيضًا ، والثاني : أنها على صاحب المنفعة ، والثالث : قد افترقتا ، واللّه أعلم » . المشكل (١٩٩/١ ب – ٢٠٠ أ) .

إحداهما : ابن بالغ لم يملك إلا قوت يومه فقط لا فطرة عليه لإعساره ، ولا على الأب لسقوط نفقته في هذا اليوم .

وإن (1) كان الابن صغيرًا قال الصيدلاني : تجب فطرته ، فإن حق الصغير آكد ، ولذلك تتسلط الأم على الاستقراض لنفقة الصغير دون الكبير .

قال الشيخ أبو محمد : لا فرق في الفطرة ولا في الاستقراض ، بل لا تستقرض الأم دون (2 إذن السلطان 2) بحال .

الثانية : فطرة زوجة الأب فيه (3) وجهان ؛ أحدهما : أنه (4) يجب (5) كالنفقة . والثاني : لا ؛ لأن وجوب الإعفاف خارج عن القياس ، فيقصر (6) على النفقة التي هي قدر الضرورة (7) .

وهذا ضعيف ؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - نص على أن الابن يؤدي فطرة عبد أبيه إذا

---

(1) في (أ ، ب) : « ولو » .

(2) في (أ ، ب) : « حكم الحاكم » .

(3) في (أ ، ب) : « فيها » .

(4) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .

(5) في (ب) : « تجب » .

(6) في (أ ، ب) : « فيقتصر » .

(7) يقول ابن الصلاح : « قوله في فطرة زوجة الأب : (والثاني : لا تجب ، لأن وجوب الإعفاف خارج عن القياس ، فيقتصر عليه وعلى وجوب النفقة التي هي قدر الضرورة) وقع في بعض النسخ : (خارج عن القياس للخبر) ، وكذلك هو في (البسيط) مصرحًا به ، وهو غير صحيح إذ لا خبر في وجوب الإعفاف ، ولعل هذا سهو سبق إليه الذهن في صورة السرعة من كلام فيه لإمام الحرمين ، ومعناه : التحمل في زكاة الفطر ثبت على خلاف القياس للخبر ، وهو قوله : (أدوا زكاة الفطر عن من تمونون) ، وزوجة الأب هو الملتزم فيه مؤنتها لا الابن ، وإنما أوجبنا على الابن نفقتها وفاءً بالإعفاف ، فيقتصر عليها ، والله أعلم . ولا نوجب عليه فطرتها مع نفقته لصور لفظ الخبر المذكور عنها ، عملًا بالأصل الباقي التحمل ، ثم قال : وهذا ضعيف ؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - نصَّ على أن الأب يؤدي فطرة عبد ابنه إذا كان مستغرقًا بخدمة أبيه ، فزوجة الأب الأولى ، فاضطرب الشيخ في هذا ، ففي بعضها نص على الابن يؤدي فطرة عبد أبيه ، فجعل المسألة في الأمرين يؤدي فطرة عبد الأب المستغرق بخدمته ، وهو غلط على النص وتحريف له ، وإنما النص في الأب يؤدي فطرة عبد الابن المستغرق بخدمته ، حيث يكون الابن عاجزًا لصغره أو غير ذلك ، وذلك مبين في (نهاية المطلب) ، والله أعلم . ولفظه : نص الشافعي - رضي الله عنه - على أن الطفل إذا كان لا يملك إلا عبدًا ، وكان مستغرقًا لحاجة خدمته فعلى الأب الموسر إخراج الفطرة عنه وعن عبده ، ووجدناها في كتاب (الأم) بلفظ آخر بنحو ذلك ، والله أعلم » . المشكل (1/200أ - 200 ب) .

كان مستغرقًا بخدمة أبيه ، فزوجة الأب أولى .

الجهة الثانية : الزوجية [١] ؛ فيجب [٢] على الزوج الحر الموسر صدقة الفطر عن زوجته المسلمة موسرة كانت أو معسرة .

فإن كان معسرًا وهي موسرة ؛ قال الشافعي : الأولى لها [٣] أن تخرج عن نفسها ولا يتبين لي إيجابها [٤] عليها ، ونص في الأَمَةِ تحت الزوج المعسر على أن النفقة [٥] تجب على السيد .

فقال الأصحاب قولان بالنقل والتخريج ، منشؤها التردد في أن الزوج أصل في الوجوب أو متحمل .

ومنهم [٦] من قرر النصين ، وقال : مالك [٧] اليمين أقوى في الأمة من مالكته [٨] الحرة [٩] ، ولهذا يلزم الحرة التمكين مطلقًا ، ولا يجب على السيد تسليم الأمة إلى زوجها إلا ليلًا .

وإن كانت موسرة تحت مكاتب فقولان مرتبان ، وأولى بأن يجب عليها ؛ لأن المكاتب ليس له أهلية التحمل .

فرعان :

الأول [١٠] : إذا أخرج الزوج زكاتها دون إذنها جاز ، فإنه مخاطب - أصيلًا كان أو متحملًا - وإن أخرجت هي فطرة نفسها بغير إذنه لم يجزْ ، إلا على قولنا : إن الزوج متحمل

---

(١) « الزوجية » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (ب) : « فتجب » .

(٣) « لها » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « إيجابه » .

(٥) في (أ ، ب) : « الفطرة » .

(٦) في (أ ، ب) : « فمنهم » .

(٧) في (أ ، ب) : « مالكية » .

(٨) في (أ ، ب) : « مالكية » .

(٩) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ملك اليمين أقوى في الأمة من ملك الحرة) يعني : أن ملك السيد الأمة المزوجة وسلطته عليها أقوى من الحرة المزوجة لنفسها وسلطتها على نفسها بدلالة وجوب التمكن على الحرة ليلًا ونهارًا ، وجوابه في حق الأمة فحسب كما ذكره ، والله أعلم » . المشكل (٢٠١/١ ب) .

(١٠) في (أ ، ب) : « أحدهما » .

وليس بأصيل [1] .

الفرع الثاني [2] : [البائنة] [3] الحامل تستحق الفطرة كالنفقة ، وقيل : إذا قلنا : النفقة للحمل فلا فطرة .

الجهة الثالثة : ملك اليمين ؛ فيجب إخراج الفطرة عن [4] كل مملوك مسلم باقٍ تحت التصرف ، أما الكافر : فلا فطرة [له عليه] [5] خلافًا لأبي حنيفة .

وأما العبد المشترك يجب فطرته على الشريكين خلافًا لأبي حنيفة ، ومَنْ نصفه حر ونصفه عبد [6] فالأمر بينه وبين السيد على الشركة .

ولو [7] جرت مهايأة واستهل هلال [8] شوال في نوبة أحدهما ، ففي اختصاص الفطرة به وجهان بناءً على أن الأمور النادرة هل تدخل في المهايأة ؟ وفيه خلاف .

ولو اعتبرنا [9] مجموع الوقتين فكان وقت الغروب في نوبة أحدهما ووقت الطلوع في نوبة الآخر فلا سبيل إلا الشركة .

وأما [10] نفوذ التصرف احترزنا به عن المكاتب ، فلا يجب [11] فطرته عليه [11] لنقصان حاله ، ولا على السيد لسقوط النفقة .

وحكى أبو ثور عن الشافعي - رضي اللّه عنه - أنه يجب على السيد .

وقال بعض أصحابنا : يجب [12] على المكاتب ؛ لأن إسقاط فطرته مع قدرته وقدرة السيد بعيد ، وهو أولى بنفسه من السيد كما في النفقة .

---

(1) في (أ ، ب) : « بأصل » .
(2) « الثاني » : ليست في (أ ، ب) .
(3) زيادة من (أ ، ب) .
(4) في الأصل : « على » .
(5) زيادة من (أ ، ب) .
(6) في (أ ، ب) : « رقيق » .
(7) في (أ ، ب) : « وإن » .
(8) « هلال » : ليست في (أ ، ب) .
(9) في (ب) : « اعتبر » .
(10) في (أ ، ب) : « أما » .
(11) في (أ ، ب) : « عليه فطرته » .
(12) في (ب) : « تجب » .

أما من لا ينفذ التصرف فيه بإباقه أو كونه مغصوبًا أو ضالًّا ، ففيه طريقان :

أحدهما : كسائر [1] الزكوات ، فيخرج [2] على القولين .

والثاني : أنه يجب ؛ لأنه يتعلق بالملك الضعيف في المستولدة .

وأطلقوا القول بوجوبه في العبد المرهون ، وإن احتمل إجراء الخلاف فيه .

فروع [ثلاثة] [3] :

الأول : العبد الموصى به ، إذا فرعنا على أنه بعد موت الموصى وقبل القبول ملك الميت فجرى الإهلال [4] فلا زكاة .

وذكر الفوراني وجهًا : أنه يجب في مال [5] الميت ، وهذا يلتفت على تردد ذكرناه في مال الجنين ؛ لأن الجنين مورده [6] الحياة والميت مصدره [7] الحياة ، والاستصحاب كالاستعجال [8] .

الثاني : إذا غاب العبد وانقطع خبره نصَّ على وجوب فطرته ، ولو [9] أعتقه عن كفارة [10] ظهار نص على أن الوقاع لا يحل له . فقيل : قولان بالنقل والتخريج ؛ لتقابل الأصلين ، وقيل : إن الشافعي مال إلى الاحتياط في المسألتين .

---

(١) في (أ، ب) : « أنه كسائر » .

(٢) في (أ، ب) : « فخرج » .

(٣) زيادة من (أ، ب) .

(٤) في (أ، ب) : « الإهلال قبل القبول » .

(٥) في (أ، ب) : « ملك » .

(٦) في (أ، ب) : « مورد » .

(٧) في (أ، ب) : « مصدر » .

(٨) يقول ابن الصلاح : « قوله : (والاستصحاب كالاستعجال) هذا لا تستقيم دعواه على الإطلاق، وإنما يستقيم هاهنا وحيث يجتمعان في أن كل واحد منهما إلحاق للتقريب من الوجود بالوجود ، ففي صورة الميت حياة قريبة من الوجود ، لكنها منصرمة ، وفي مسألة الجنين حياة قريبة من الوجود أيضًا لكنها متجددة ، والله أعلم » . المشكل (٢٠١/١ ب - ٢٠٢ أ) .

(٩) في (أ، ب) : « فلو » .

(١٠) « كفارة » : ليست في (أ، ب) .

وهذا فيه [نظر][1] إذا كان انقطاع الخبر مع تواصل الرفاق ، فإن كان [في][2] الطريق عائق فالأصل بقاء[3] العبد .

الثالث : نفقة زوجة العبد في كسبه وليس[4] عليه فطرتها ؛ لأنه ليس أهلًا لالتزام زكاة نفسه فلا تحمل عن غيره ، والمكاتب إن ألزمناه فطرة نفسه ألزمناه فطرة زوجته .

الطرف الثالث : في صفات المؤدي :

والصفات المشروطة ثلاث :

الأولى : الإسلام ؛ فلا زكاة على كافر ، إلا في عبده المسلم وزوجته المسلمة ، حيث يتصور مسلمة تحت كافر في دوام النكاح عند اختلاف الدين ، وفيهما قولان :

أحدهما : لا تجب ؛ لأن المؤدي أصل وهو كافر . والثاني : تجب ؛ لأنه متحمل ، وعلى هذا تجزي[5] دون النية لتعذرها من الكافر .

الصفة الثانية : / **الحرية** ؛ فلا زكاة على رقيق ، إلا على المكاتب في رأي بعيد كما ٤٣/أ ذكرناه . ومَنْ نصفه حر وجب عليه نصف صاعٍ وعلى سيده الباقي ، ويجب على الصبي والمجنون في مالهما .

الصفة[6] الثالثة : اليسار ؛ وهو معتبر في وقت الوجوب ، فلو[7] كان معسرًا ثم أيسر ضحوة العيد مثلًا فلا زكاة ، بخلاف الكفارة ؛ فإن الأظهر أن العاجز عن جميع الخصال إذا جرى عليه سبب الكفارة استقر في ذمته إلى اليسار ؛ لأن اليسار ثَمَّ اعتبر للأداء وسبب الوجوب الجناية ، وهاهنا اليسار أولى بأن يجعل سببًا للوجوب من الوقت .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .
(٢) زيادة من (أ ، ب) .
(٣) في (أ ، ب) : « حياة » .
(٤) في (أ ، ب) : « فليس » .
(٥) في (ب) : « يجزي » .
(٦) « الصفة » : ليست في (أ ، ب) .
(٧) في (أ ، ب) : « فإن » .

وقال صاحب التقريب : الكفارة كالفطرة [(١)] ، ويشهد له حديث الأعرابي [(٢)] .

والمعنيُّ باليسار : أن يفضل عن قوته وقوت مَنْ يقوته في يومه [(٣)] ذلك صاع واحد [(٤)] ، وذلك بَعْدَ دَسْت ثوب يليق به [(٥)] ، ومسكن [(٦)] يسكن فيه [(٦)] ، وعبد يخدمه إن كان مثله ممن [(٧)] يخدم ، والعبد والمسكن يباعان في الديون للآدميين [(٨)] ، ولكن الحاجة إليه تمنع ابتداء الوجوب ؛ لأن الابتداء أضعف ، ولذلك يدفع ابتداء الفطرة بالدين كما يدفع بالحاجة إلى نفقة الأقارب في ذلك اليوم ، وإن كان لا يدفع سائر الزكوات في ابتدائها بالدين على قول .

فروع [أربعة] [(٩)] :

الأول : لو كان الفاضل صاعًا واحدًا وله عبد مستغنٍ عن خدمته صرف الصاع إلى نفسه ، وهل يلزمه أن يبيع جزءًا من العبد في فطرة العبد ؟ فيه ثلاثة ....

---

(١) في (أ ، ب) : « كالفطر » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « قوله في أن الكفارة لا تثبت في ذمة المعسر : (يشهد له حديث الأعرابي) يريد به حديث الأعرابي المجامع في شهر رمضان ، ويأتي ذكره إن شاء الله تعالى » . المشكل (١/٢٠٢) .

(٣) « يومه » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) « واحد » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « بحاله » .

(٦) ليست في (أ ، ب) .

(٧) « ممن » : ليست في (أ ، ب) .

(٨) قال ابن الصلاح : « ذكر أن من عنده عبد ومسكن يحتاج إليهما لا يجعل بهما موسرًا بصدقة الفطرة حتى يجب عليه بيع جزء منها في أجزائها فإن وجب ذلك في أداء ديون الآدميين ، لكن قال : (لكن الحاجة إليه تمنع ابتداء الوجوب ؛ لأن الابتداء أضعف ، ولذلك يندفع ابتداء الفطرة بالدين كما تدفع الحاجة إلى نفقة الأقارب في ذلك اليوم ، وإن كان لا يدفع سائر الزكوات في ابتدائها على قول) هذا مشكل ولفظه يتقاعد عن بيان المراد به ، ومعناه : أن حاجة مَنْ عنده العبد والمسكن المذكورتين إليهما ، إنما يمنع ابتداء الوجوب ، أما مَنْ وجبت عليه زكاة الفطر ليساره بغير العبد والمسكن ثم لم يبقَ له سواهما ، فإنه يجب عليه بيعهما أو بيع جزء منهما في أدائها ، كما في سائر الديون وذلك أن ابتداء الوجوب أضعف من دوامه ، وكذلك يندفع ابتداء وجوب زكاة الفطر بالدين قولًا واحدًا ، بخلاف سائر الزكوات ، والله أعلم » . المشكل (١/٢٠٢ أ) .

(٩) زيادة من (أ ، ب) .

أوجه [1] :

أحدها : لا ؛ لأنه يؤدي إلى اتحاد المخرج والمخرج عنه . والثاني : أنه يجب ، ولا بأس بالاتحاد . والثالث – وهو الأعدل وإن لم يكن محكيًا على هذا الوجه – : أنه إن استغرق الصاع قيمته فلا يخرج [2] ، وإن كان عشرة مثلًا يشترى بتسعة أعشار صاع ، فليخرجه عن الباقي بعد بيع العشر ؛ لأن من لا يملك إلا تسعة أعشار عبد يلزمه تسعة أعشار صاعٍ ، فلا [3] يؤدي إلى الاتحاد المحذور .

الثاني [4] : لو فضل عن قوته نصف صاع فيه وجهان :

أحدهما : أنه يجب إخراجه ؛ لأن الميسور لا يسقط بالمعسور ، كما إذا وجد بعض الساتر للعورة .

الثاني : أنه [5] لا يجب كبعض الرقبة [6] في الكفارة .

والأصح الفرق؛ لأن [7] الرقبة لها بدل [7] ، وأما بعض الصاع فيشبه ما لو وجد بعض ما يستر [8] العورة .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله في أنه لا يباع جزء العبد المستغني عنه في فطرة العبد على أحد الوجوه الثلاثة : (لأنه يؤدي إلى اتحاد المخرج ، والمخرج عنه) أي وهو كاتحادهما ، وإن لم يكن فيه من حيث الحقيقة اتحادهما ، وذلك أنه يكون حينئذٍ وصلة إلى المخرج ، فلا نوجب ذلك مع كوننا في هذه الزكاة الفاضل عن قوت من يقوته فينبغي أن يكون فاضلًا عن المخرج عنه ، وإن كانت الشاة المخرجة عن الأربعين تزكي نفسها وغيرها » . المشكل (١/ ٢٠١ أ– ٢٠١ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « وقوله : (والثالث وإن لم يكن محكيًا على هذا الوجه أنه إذا استغرق الصاع قيمته ، فلا يخرج) يريد أنهم إنما حكوا فيه التفصيل على وجه آخر ، وهو أن العبد إن كان مستغرقًا بحاجة خدمته فلا فطرة فيه ، وإلا ففيه الفطرة يباع جزء منه فيها ، وهذا بعد أن فرضوا المسألة في مطلق العبد ولم يقيدوها بالعبد المستغنى عن خدمته ، كما فعله صاحب الكتاب ، والله أعلم » . المشكل (١/ ٢٠٠ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٤) في (أ ، ب) : « والثاني » .

(٥) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) في (ب) : « الرقيق » .

(٧) في (أ ، ب) : « للرقبة بدلًا » .

(٨) في (أ ، ب) : « يستر به » .

الثالث : إذا فضل صاع واحد ومعه زوجته وأقاربه ففيه ثلاثة أوجه :

الأصح : أنه يخرج عن نفسه لقوله عليه السلام : « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول »[1] . والثاني : أنه يبدأ بزوجته ؛ لأنه في حكم دين . والثالث : أنه يتخير بين نفسه وبين غيره .

وعلى هذا لو وُزع وقلنا : إخراج بعض الصاع لا يجب ، لم يجز التوزيع ، وإن قلنا : يجب ذلك ويقع زكاة فهاهنا وجهان ، والفرق أن هاهنا لا ضرورة إلى التجزئة ، بخلاف ما إذا لم يجد إلا نصف صاع .

الرابع : لو أخرج فطرة نفسه وفضل صاع وازدحم جمْعٌ ممن يقوتهم ، يُقدم مَنْ يُقدم بالنفقة ، فإن استويا فوجهان : أحدهما التخيير ، والآخر[2] التقسيط .

الطرف الرابع : في الواجب :

وهو صاع مما يقتات[3] .

والصاع : أربعة أمداد ، والمد رطل وثلث بالبغدادي[4] .

(١) أخرج البخاري في صحيحه عن حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال : « وابدأ بمن تعول » (٣٤٥/٣) (٢٤) كتاب الزكاة (١٨) باب لا صدقة إلا من ظهر غنى (١٤٢٦) ، وأطرافه : (١٤٢٨، ٥٣٥٥، ٥٣٥٦) ، وأخرج مسلم عن جابر أن النبي ﷺ قال : « ابدأ بنفسك فتصدق عليها ، فإن فضل شيء فلأهلك ، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك ... » (٦٩٢/٢، ٦٩٣) (١٢) كتاب الزكاة (١٣) باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله (٩٩٧) ، وأخرج أبو داود قوله ﷺ : « وابدأ بمن تعول » (١٣٢/٢) كتاب الزكاة - باب الرجل يخرج من ماله (١٦٧٦، ١٦٧٧) ، والترمذي :(٦٤/٣ ، ٦٥) (٥) كتاب الزكاة (٣٨) باب ما جاء في النهي عن المسألة (٦٨٠) ، والنسائي : (٧٠/٥) (٢٣) كتاب الزكاة (٦٠) باب أي الصدقة أفضل (٢٥٤٦) .

(٢) في (أ ، ب) : « والثاني » .

(٣) في (ب) : « يقتات به » .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (الصاع أربعة أمداد ، والمد رطل وثلث) هذا التقدير من مذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد وغيرهم ، وقدر أبو حنيفة بثمانية أرطال بالرطل العراقي ، وهو عند بعضهم مائة وثمانية وعشرون درهمًا ، ثم إن المشهور الاكتفاء بالوزن ، وجواز إخراج هذا القدر بالوزن من غير كيل ، وذلك مشكل ، هذا لأن الذي ورد به الشرع صاع - وهو مكيال - والكيل مخرج في الصدر الأول ولا يخفى أنه لا ينحصر مقدار ملئه من حيث الوزن في قدر معين ، بل يختلف قدره وزنًا باختلاف أجناس ما يكال به ، بل باختلاف جنس واحد لاختلافها في درايتها وصفتها .

=

....

= وقد عثرت بعد البحث الأكيد على مسالك أصحابنا وغيرهم في التقصي عن أحدها لإمام الحرمين قد ذكره : الصاع في تقدير الوسق إن ما علقه الشارع بالصاع والمد في صدقة الفطر والكفارات والفدية وغيرها ، ليس المراد به مقدار ما تحويانه كيلًا ، بل هو عبارة عن المقدار الموزون المعين ، فالمراد بالصاع والمد موزون لا مكيل ؛ لأن الكيل ربما يختلف وزنه ، فإذا اتفقت الأئمة على مقدار موزون دلَّ على أنهم عنوا بالصاع والمد ذلك المقدار وزنًا .

وما قاله بعيد ؛ فإن الصاع في اللغة عبارة عن مكيال معروف ، وهو في لسان الشرع ونقلته من العلماء مستعمل على المعنى اللغوي من غير تأثير ، وذلك معلوم من موارد استعماله ومصادره ، والله أعلم .

الثاني : ما صار إليه الطحاوي أبو جعفر من أصحاب أبي حنيفة الصابرين إلى أن الصاع ثمانية أرطال ، إن هذا فيما تساوى كيله ووزنه ، وهو الزبيب والعدس والماش ، وهذا يقتضي نفي التقدير بالوزن على الموزون فيما سوى هذه الأشياء خلافًا لما قاله الآخرون من الفريقين .

الثالث : ذهب الإمام أبو الفرج الدارمي البغدادي وهو من أكابر العراقيين في طبقة الشيخ أبي حامد الإسفراييني ، والقاضي أبي الطيب الطبري إلى أنه لا اعتماد في ذلك إلا على الكيل دون الوزن ، وصنف في ذلك مسألة أطالها فذكر فيها أن الواجب الإخراج بصاع معاير بصاع الذي كان يخرج في عهد رسول الله ﷺ وذلك يوجد ، ومن لا يقدر عليه فالواجب عليه قدر يتيقن أنه غير قاصر عن ذلك ، وحكى عن فقهاء عصره على اختلاف مذاهبهم أنهم قالوا : يخرج وزنًا بالقدر الذي ذهب إليه كل منهم ، وأنهم كانوا يعملون بذلك في سائر أنواع المخرجات ، وأطال النفس في تقديرها ما تقدمت الإشارة إليه في بطلان ذلك ، وذكر أنه كان يذكر في ذلك من نشرت له مذكراته من الشافعية وغيرهم من أهل العلم ، فلا يوردون ما يصحح ما يقولونه في ذلك . وذكر أنه يعتقد أنه ليس لما قالوه دليل ، وأن محصول ما بلغه عن مَنْ نصر قولهم أمران ؛ أحدهما : دعوى وقوع الإجماع على ما قالوه ، والثاني : دعوى أن العيار وقع بأدرن الحبوب وأثقلها وزنًا ، ثم بين بطلان الدعويين ، وذكر أن الشافعي لم يذكر في كتابه راويه الربيع وزنًا ، بل ذكر المكيال فقط ، وأنه نص فيه على صدقة الثمار أن المعتبر في الكيل لا الوزن .

قلت : قد ذكر الشافعي الوزن في القديم لكنه قال : الصاع خمسة أرطال وثلث بزيادة شيء أو نقصان ، وهكذا ذكر الدرامي عن ابن حنبل – رضي الله عنه – أنه قال في زكاة الفطر : الصاع خمسة أرطال وثلث بالبر على ما عبرنا ، إلا ما زاد أو نقص من حصه ووراثة ، وهذا يقتضي أن تقديره بالخمسة والثلاث تقريب لا تحديد .

إذا عرف ذلك فالذي نقطع به ما قطع به الدارمي أن الاعتماد على الكيل دون الوزن ، وأن من لم يحضره صاع أو مد يوثق بمساواته صاع رسول الله ﷺ فعليه إخراج قدر يتيقن وفاءه بذلك ، وأن الوزن من أصله تقريب ، وكونه خمسة وثلث تقريب آخر ، والفائدة فيه كونه يقع مراد في حق من لم يصح له صاع ، فإنه يسهل عليه إدراك اليقين فيما يزيده على خمسة وثلث لعلمه حينئذٍ ، فإن الصاع الأصل قريب من ذلك ، ولولا ذلك لا ينتشر الأمر عليه ، =

والقوت : كل ما يجب فيه العشر ، ولو [1] كان الأقط قوت طائفة ففي [2] إخراج صاع [2] منه قولان [3] ؛ مأخذهما التردد في صحة [4] الحديث الوارد [4] فيه [5] ، فإن صح فاللبن والجبن في معناه دون المخيض والسمن ؛ لأن الاقتيات باجتماعهما .

وذكر العراقيون قولين في اللحم من حيث إن اللبن عصارته ، وهو بعيد ، لأنه لا يقوت [6] .

ثم لا يجزي المسوِس [7] والمعيب من هذه الأجناس ، ولا الدقيق فإنه بدل .

= وقد وجدت في ذلك مردًّا آخر ، وهو ما ذكره الشيخ أبو محمد بن أبي يزيد من أئمة المالكية فإنه ذكر اختلاف الموزونات ، وحكى أنه لم يجد معايرًا لذلك أقوى وأصح وإلا أقمن بأن يعرف ولا يختلف في زمانه ولا بلد من أن الصاع أربع حفنات تكفي الرجل الذي ليس بعظيم الكف ولا صغيرهما ، وذكر أبو حفص عمر بن ميمون المغربي الفقيه أنه صح عنده أن قياس مد النبي ﷺ حفنة باليدين جميعًا من كفي وسط من الرجال ، وذكر مثل قول أبي زيد سواء .

قلت : هذا أيضًا لا يخرج عن التقريب فإذا زاد ما يخرجه على أربع حفنات نحو حفنة حصلت اليقين ، والله أعلم .

ثم اعلم أن الدارمي ذكر أن كيفية الكيل بالصاع أن يملأ أعلاه إلى رأسه لا ممسوحًا ، وذلك أن ذلك عُرفهم بالحجاز وعادتهم ، وذكر من كلام الشافعي نحوًا من ذلك . فهذا كلام نفيس مفهم في الصاع جمعنا من سياقه ما لم يجتمع في غير كتابنا ، ولله الحمد » . المشكل (١/٢٠٢ أ - ٢٠٣ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « فلو » . (٢) في (أ ، ب) : « إجزاء الصاع » .

(٣) في (أ ، ب) : « وجهان » . (٤) في (أ ، ب) : « حديث ورد » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله في القولين في الأقط : (أخذهما التردد في صحة حديث ورد فيه) هذا مستنكر عند أهل الحديث ، فإن حديث أبي سعيد الخدري : « كنا نعطي زكاة الفطر زمن رسول الله ﷺ صاعًا من طعام » ، إلى أن قال : « أو صاع من أقط » متفق على صحته ، رواه البخاري ورواه مسلم نحوه ، ولهذا قطع بعض الأصحاب بجوازه قولًا واحدًا » . المشكل (١/٢٠٣ أ) .

(٦) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من توجيه إخراج اللحم بأن اللبن عصارته ، ليس معناه أنه يتحلب من اللحم خارجًا منه ، فإنه يستحيل في المعدة من الدم المستحيل من صفوة الطعام ، ويخرج من بين فرث ودم إلى الضرع ، ثم يخرج من الضرع وهو لحم بالعصر ، فهذا معنى قوله : (إنه عصارته) ، ثم إن هذا تكليف في توجيهه في ذلك بعيد ، فليعلل بأنه يقتاته قوم وهم الترك ، والله أعلم » . المشكل (١/٢٠٣ أ - ٢٠٣ ب) .

(٧) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ولا يجزي المسوِس) بكسر الواو ، اسم الفاعل من (سوس) الطعام فهو مسوس ، والله أعلم » . المشكل (١/٢٠٣ ب) .

وذكر بعض الأصحاب في كونه أصلًا قولين .

وهل يتعين أحد الأجناس ؟ فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يتخير بينهما [1] لورود الخبر بلفظ التخيير ، وهو ضعيف ؛ لأن المراد به التنويع .

والثاني : أن المعتبر قوته كما يعتبر في الزكاة ماشيته .

والثالث – وهو الأصح – : أنه يعتبر الغالب من قوت البلد في وقت وجوب الفطرة لا في جميع السنة .

ثم إذا تعين جنس تفرع عنه ثلاثة فروع :

الأول : أنه لو أخرج جنسًا أشرف مما عليه كالبر بدل الشعير يجزئه ، ولو أخرج الأَرْدَأَ لا يجزئه ، والبر أشرف من التمر في غرض الاقتيات فلا ينظر إلى القيمة ، والتمر أشرف من الزبيب ، وفي الزبيب مع الشعير تردد ، ولو وجب الشعير فأخرج نصف صاع من الشعير ونصف صاع من البر [2] لم يجز على أحد الوجهين ، لما فيه من التنويع .

الثاني : لو كان يليق البر بحاله فكان يتناول الشعير بُخْلًا لزمه البر ، ولو كان يليق به [3] الشعير وكان يتناول البر توسعًا ، ففي أخذ الشعير وجهان ؛ أصحهما : أنه يؤخذ نظرًا إلى اللائق [4] به .

الثالث : إذا اختلف قوت السيدين في العبد المشترك ، قال ابن سريج : يكلف من قوته أردأ أن يوافق الآخر [5] ليتحد النوع ، فإن العبد / متحد . ٤٣/ب

وقال ابن الحداد : لا يبالي بالتنويع لأجل الضرورة .

---

(١) في (أ ، ب) : « بينهما » .

(٢) في (أ ، ب) : « القمح » .

(٣) في (أ ، ب) : « بحاله » .

(٤) في (أ ، ب) : « الأليق » .

(٥) يقول ابن الصلاح : « قوله : (العبد المشترك بين السيدين المختلف قوتيهما ، قال ابن سريج : يكلف من كان قوته أردأ أن يوافق الآخر) هذا نقل شيخه ، ونقل غيره عن ابن سريج أن من قوته أشرف يوافق من قوته أردأ نفيًا للضرر ، والله أعلم » . المشكل (١/٢٠٣ ب) .

ولا خلاف في أن الكفارات لا يركب آحادها من الصيام والإطعام [1] إلا كفارة الصيد ، فإن الجماعة إذا اشتركوا لزمهم جزاء واحد ، ولا يلزمهم التوافق في الطعام [2] أو الصيام ، نعم لو اتحد القاتل والمقتول ففي جواز التنويع وجهان ، ووجه الجواز : أن هذه الكفارة متبعضة بالجناية على أطراف الصيد .

* * *

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (ولا خلاف أن الكفارات لا ينوع آحادها من الصيام والإطعام) هذا في كفارة ذات تجبر ، ككفارة الحلق في الحج ، فلو نوّعها فأخرج ثلث شاة وأطعم مسكينًا وصام يومًا لم يجز ، والله أعلم » . المشكل (١/٢٠٣ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « الإطعام » .

كتاب الصيام

ولا خفاء بكونه من أركان الشرع [1]

والنظر فيه يحصره قسمان :

الأول : في نفس الصوم .

والثاني : في موجبات الإِفطار ومبيحاته .

---

(١) في هامش الأصل من نسخة أخرى : « الإسلام » .

القسم الأول

في نفس الصوم

(والنظر في سببه وركنه وشرطه وسننه)

القول (١) في السبب

قال رسول الله ﷺ : « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، وإن غُمَّ عليكم فاستكملوا (٢) العدة ثلاثين يومًا » (٣) . فرؤية الهلال سبب الوجوب (٤) .

والنظر في ثلاثة أمور :

الأول : في طريقة معرفته :

وأقصاه بعد العيان شهادة عَدْلين ، سواء كانت السماء مضحية أو لم تكن (٥) .

---

(١) في (أ ، ب) : « أما القول » . (٢) في (أ ، ب) : « فأكملوا » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قول رسول الله ﷺ : « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين يومًا » حديث متفق على صحته ، وفي رواية للبخاري : (فأكملوا عدة شعبان ثلاثين) » . المشكل (٢/١ أ) .

وانظر : البخاري : (١٤٣/٤) (٣٠) كتاب الصيام (١١) باب قول النبي ﷺ : « إذا رأيتم الهلال فصوموا ... » (١٩٠٩) ، ومسلم : (٧٥٩/٢ - ٧٦٢) (١٣) كتاب الصيام (٢) باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال (١٠٨٠ ، ١٠٨١) . وبمعناه أخرج أبو داود حديثًا : (٣٠٨/٢) كتاب الصيام - باب من قال : فإن غم عليكم فصوموا ثلاثين (٢٣٢٧) ، والترمذي : (٧٢/٣) (٦) كتاب الصوم (٥) باب ما جاء أن الصوم لرؤية الهلال والإفطار له (٦٨٨) ، والنسائي : (١٣٥/٤ ، ١٣٦) (٢٢) كتاب الصيام (١٢) باب ذكر الاختلاف على عمرو بن دينار في حديث ابن عباس فيه (٢١٢٤ - ٢١٣٠) ، وابن ماجه : (٥٣٠/١) (٧) كتاب الصيام (٧) باب ما جاء في صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته (١٦٥٥) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قول صاحب الكتاب : (فرؤية الهلال سبب الوجوب) ينبغي أن يقول : (رؤية الهلال أو استكمال عدة شعبان سبب الوجوب) والله أعلم » . المشكل (٢/١ أ)

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله في طريق معرفته : (وأقصاه بعد العيان شهادة عدلين سواء كانت السماء =

وهل يُقبل قول واحد ؟ فيه ثلاثة أقوال [1] :

أحدها : أنه لا يُقبل كما في هلال شوال .

والثاني : يُقبل إن كان على صفات الشهود ، لما رُوي عن ابن عمر أنه قال : تراءى الناس الهلال ، فرأيته وحدي ، فشهدت عند النبي [2] ﷺ فأمر الناس بالصوم [3] .

ولأن فيه احتياطًا لأمر العبادة ، بخلاف شوال ، وعلى هذا لو شهد واحد

= مضحية أو لم تكن) ينبغي أن يقول : (وأقصاه بعد العيان والتواتر) ، وعند أبي حنيفة إذا كانت السماء مضحية فلابد من التواتر أو الاستفاضة ، والله أعلم » . المشكل (٢/١ أ) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في هلال شهر رمضان : (هل يُقبل فيه قول واحد ؟ فيه ثلاثة أقوال) المعروف أن فيه قولين ؛ أحدهما : لا يقبل . والثاني : يقبل .

فإذا قلنا : يقبل ، فهل حكمهُ حكم الشهادة أو الخبر ؟ فيه وجهان . ومنهم من قطع باشتراط لفظ الشهادة ، فَجَعْلُه الوجه المقول فيه إنه خبر قولًا بعيدٌ في النقل ، وكأنه مِنْ تصرفه .

ثم إن الأصح : أنه يقبل قول الواحد وأنه شهادة وهو المنصوص جديدًا وقديمًا ، ودليله ما رواه ابن عمر – رضي الله عنهما – قال : « تراءى الناسُ الهلال فأخبرت رسول الله ﷺ أني رأيته فصام وأمر الناس بصيامه » أخرجه أبو داود هكذا ، وهو ثابت فِي درجة الحسن ، والله أعلم .

ثم إن الأظهر أن الأصح من الوجهين اللذين ذكرهما فيما إذا صُمْنا بقول واحد وانقضت ثلاثون يومًا ولم يُرَ هلال شوال أنه يجوز الإفطار . وقد نَصَّ الشافعي عليه ، وإيراده ذلك عقيب القول الثاني يُوهم اختصاصه به دون الثالث وليس مختصًّا به بل هو في غير هذا الكتاب مطلق مفرع على قبول قول الواحد من غير فرق بين أن يكون من قبيل الشهادة أو قبيل الخبر ، والله أعلم .

وأما إذا صمنا بشهادة عدلين والسماء مضحية ولم يُرَ هلال شوال فالأصح أنه يجوز الإفطار » . المشكل (٢/١ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « رسول الله » .

(٣) أخرجه أبو داود : (٢/٣١٢) كتاب الصيام – باب في شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان (٢٣٤٢) ، والدارمي : (٢/٤) ، والدارقطني : (٢/١٥٦) ، والبيهقي : (٤/٢١٢) .

واستكملنا ثلاثين فلم يُرَ هلال شوال ففي الإفطار وجهان ، ووجه الجواز : أن أول الشهر إذا ثبت بقوله فالآخر ثبت ضِمْنًا لا قصدًا ، فكان كالنسب الذي يثبت ضمنًا للولادة بقول مجرد النساء .

ولو شهد عدلان وكانت السماء مضحية ليلة الحادي والثلاثين (١) ولم يُرَ ، لم نُجِز الإفطار على أحد الوجهين ، إذ قول العدلين اجتهاد (٢) وهذا يقين فلا يعمل معه .

والثالث : أنه يكفي صفة الرواة فلا يشترط الحرية ، وكان هذا من قبيل الإخبار .

فرع :

هل يثبت الهلال بالشهادة على الشهادة ؟ إن قلنا : إنه من قبيل الإخبار يثبت . وإن قلنا : (٣ شهادة تبنى ٣) على أن حق الله هل يثبت بالشهادة على الشهادة . وفيه خلاف .

الأمر الثاني : عموم حكم الهلال :

فإذا رأى في موضع فهل يتعدى حكمه إلى سائر البلاد ؟ فيه وجهان :

---

(١) كذا بالأصل وهو خطأ ، وما أثبتناه هو الصواب ، وهو في (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في توجيه المنع : (قول العدلين اجتهاد وهذا يقين) قد كنت وجهته بأن الرؤية في أول رمضان بقول العدلين مظنونة وعدم رؤيتنا لهلال شوال يقين وإن لم يكن عدم الهلال في نفسه يقينًا ، فالمقابلة بين اليقين والظن وقعت في الرؤية لا في نفس الهلال .

ثم وجدت كلامه فيما علق عنه في الدرس كلام من يدعي اليقين في عدم الهلال نفسه قائلًا : (إن النفوس متشوقة إلى طلب الهلال والأعين حادة فلو كان مرئيًا في نفسه لرؤي) وهذا ليس بشيء ، والله أعلم .

ومن المهم معرفة أنه إذا أخبر مَنْ يوثق بقوله برؤية الهلال فصدقه لزمه الصوم وإن لم يذكر بين يدي قاضٍ أصلًا .

ذكر ذلك طائفة من العراقيين والخراسانيين إلا أن منهم من فرعه على القول بأنه يسلك به مسلك الخبر . وأما على القول الآخر فإنه لا يصوم ، والله أعلم » . المشكل (١/٢ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « إنه شهادة تبتنى » .

أحدهما : نعم ؛ لأن مناط التعبد أن يصير مرئيًا ببعده عن الشمس ولو في موضع واحد .

والثاني : لا ؛ بل مناطه أن يصير مرئيًا في قطر المكلفين ، وذلك (١ يختلف بالبلاد ١) .

وعلى هذا لا ضبط إلا مسافة القصر ، فإن تحكم المنجم قبيح شرعًا .

فرع :

لو رأى الهلال ببلدة وسافر إلى بلدة أخرى واستكمل الثلاثين ولم يَرَ الناس الهلال ،

---

(١) في (أ ، ب) : « باختلاف البلاد » . ويقول ابن الصلاح : « قوله : (إذا رأى الهلال في بلد فهل يعمُّ حكمه سائر البلاد ؟ وجهان) وشرح ما ذكره في الوجه الثاني أن مناط التعبد بالصوم أن يكون الهلال مرئيًا في قطر المكلفين به ، وذلك يختلف باختلاف البقاع المتباعدة واختلافها في المناظر والمطالع .

قال الإمام أبو المعالي : قد يبدو الهلال في ناحية ولا يتصور أن يرى في ناحية أخرى ، ولا خلاف في اختلاف البقاع في طلوع الصبح وغروب الشمس ، وطول الليل وقصره ، فقد تطلع الشمس في إقليم ونحن في بقية صالحة من الليل ، وعلى هذا فلا ضابط للبعد إلا مسافة القصر التي هي ضابط البعد في أحكام كثيرة ، فإنا لا نجد ضابطًا آخر وراءها ، إذ الضابط باختلاف المطالع يخرج إلى تحكيم المنجمين في ذلك وهو غير سائغ شرعًا .

ثم إن الإمام أبا المعالي حكى ضبط ذلك مسافة القصر عن الأصحاب ، وذكر أنه لو ضبط بتفاوت المناظر والمطالع لكان متجهًا في المعنى ، ولكن لا قائل به ، واتبعه هو في (البسيط) فادعى اتفاق الأصحاب على مسافة القصر . وذلك منهما كالعجب فإن العراقيين وأبا بكر الصيدلاني من الخراسانيين وغيرهم ضبطوا ذلك باختلاف المطالع ، ومنهم من قال : يعتبر باختلاف الأقاليم .

ثم إن الأصح من الوجهين أنه لا يعم الحكم مع التباعد لما ذكرنا ، ولأن ابن عباس - رضي الله عنهما - لم يعتبر رؤية أهل الشام وهو بالمدينة ، وقال : هكذا أمرنا رسول الله ﷺ ، ثم إن الأصح اعتبار التباعد باختلاف المطالع .

قلت : فإن علم ذلك كما في إقليمين متباعدين ولا إشكال ، وإن كان التباعد بحيث يشك في تأثيره في اختلاف المطالع فيلتحق بما إذا شك في رؤية الهلال من أصله ، وحكمة أنه لا يجب الصوم عملًا بالأصل وهذا متجه ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢ أ - ٢ ب) .

فإن قلنا : الحكم يعم ، فله الإفطار وعلى الناس موافقته إن ثبتت عندهم عدالته ، وإن قلنا : لكل بقعة حكمها (١) ، فعليه موافقه القوم .

ولو أصبح مُعَيِّدًا مفطرًا فجرت به السفينة إلى قطر لم ير به الهلال ، قال الشيخ أبو محمد : يلزمه الامتثال (٢) تشبهًا إن لم نعمم الحكم ، وفيه بُعْد لما فيه من تبعيض اليوم الواحد (٣) .

الأمر الثالث : وقت تأثير الهلال الليل :

فلو رأى هلال شوال نهارًا لم يفطر إلى الغروب ، سواء رأى قبل الزوال أو بعده .

وقال أبو حنيفة : إن رأى قبل الزوال أفطر (٤) .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « حكم » . (٢) في (أ ، ب) : « الإمساك » .

(٣) قال ابن الصلاح : « ما ذكره فيما إذا أصبح مُعَيِّدًا مفطرًا في بلدة الرؤية ، ثم سارت به السفينة إلى بلد لم يرَ فيه الهلال ، وقلنا : لا يعم حكم الرؤية من إيجاب إمساك بقية النهار عليه ، بعيد لما فيه من تبعيض اليوم الواحد .

تمامه أن يُقال : (مع تبعيض السبب) ؛ ليكون فيه احتراز عن يوم الشك إذا بان فيه كونه من شهر رمضان ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « وجب الفطر » . وقال ابن الصلاح : « الفرق في رؤية الهلال نهارًا بين ما قبل الزوال وبين ما بعده حكاه هو وشيخه عن أبي حنيفة ، وهو غير ثابت عنه ، ونقل عنه مثل مذهبنا ، وإنما هو عن أبي يوسف صاحبه ، هذا هو المعروف ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢ ب) .

القول في ركن الصوم

(وهو النية [١] والإمساك)

الركن الأول : النية

فيجب على الصائم في رمضان أن ينوي لكل يومٍ نية معينة مُبيتة [٢] جازمة ، وفي الرابطة قيود فليتأمل .

أما قولنا : (ينوي) ، خالفنا فيه زُفر .

وقولنا : (لكل يوم) ، خالفنا فيه مالك ، إذ اكتفى في رمضان بنية واحدة .

وأما قولنا : (معينة) ، خالفنا فيه أبو حنيفة ، إذ قال : لو نوى قضاءً أو نذرًا أو تطوعًا انعقد عن رمضان .

وعندنا يلزمه أن يقول بقلبه : أؤدي غدًا فرض صوم رمضان ، فالتعرض للأداء لابد منه ، وفي الفرضية [٣] خلاف [٤] ، ومنهم من زاد أن يقول : رمضان هذه السنة ، وهو

---

(١) قال ابن الصلاح : « اختار هنا أن النية ركن ، واختار في الصلاة أنها شرط ، وهذا كالرجوع عن ذلك ، إذ لا فرق ، وهو أحد الوجهين » . المشكل (٢/٢ ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (نية معينة مبيتة) يجوز في قوله : (معينة) فتح الياء وكسرها ؛ لأن التعيين والإطلاق يتطرقان إلى النية والمنوي معًا ، وفي تعيين المنوي تعيين النية ، وفي إطلاقه إطلاقها ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢ ب) .

(٣) في الأصل : « الفريضة » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) ، وهو الأصح .

(٤) يقول ابن الصلاح : « قوله : (عندنا يلزمه أن يقول بقلبه : أؤدي غدًا فرض صوم رمضان) هذا غير مَرضي فإن القول بالقلب والقراءة بالقلب كالقول باللسان في أنهما غير النية ، وأنهما غير لازمين فإن النية عبارة عن القصد وليس في القصد حروف منظومة ، وقد توجد ممن هو ذاهل عن القصد ، وقد سبق تحقيق هذا في نية الصلاة ولعله – رحمه الله وإيانا – قال ذلك لأن الغالب أنه إذا قال ذلك بقلبه حضر فيه النية ، والله أعلم .

=

فاسد فإن في الأداء غنية عنه ، والمراد من النية : قصد القلب إلى الصوم الموصوف بهذه الصفات بعد كونه حاضرًا في الذهن ، وأما اللفظ فلا أثر له (١) .

وأما قولنا : (مبيتة) ، خالفنا فيه أيضًا أبو حنيفة .

ويعني (٢) به أنه ينوي ليلًا ولا يتعين له النصف الأخير على المذهب ، ولا يبطل بالأكل بعده ، ولا يجب تجديد النية إن تنبه من النوم على المذهب ، ولو بصورة (٣) القدرة على أن تقترن النية بأول جزء من اليوم ، وفي (٤) صحته وجهان لورود (٥ لفظ التبييت ٥) .

= وإنما نبهنا على هذا ولم نكتفِ بقوله بعد هذا : (والمراد من النية قصد القلب) لأنه قد يتوهم من سياقة كلامه إيجابه القول بالقلب مع القصد به ، والله أعلم .

قال : (وفي الفرضية خلاف) ولم يتعرض إلى الإضافة إلى الله تعالى ، وفيها خلاف أيضًا ، والأصح : أن إيجابهما لفرض التقرب والإخلاص لا لفرض التمييز ، فإن التقرب المقيد فوق التقرب بمطلق العبادة على ما عرف من نص الحديث .

وذكر صاحب الكتاب في كتاب الصلاة في الدرس أن الأليق بقاعدة الشافعي - رضي الله عنه - إيجاب الأمرين فإنه أوجب في نية الصوم تعيين رمضان مع تعيين الوقت لذلك ، ونظر إلى كون ذلك صفة مقصودة ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢ ب - ٣ أ) .

(١) يقول ابن الصلاح : « قوله : (وأما اللفظ فلا أثر له) أي : في أنه تصح النية بمجرده ، وإلا فله أثر من حيث إنه مستحب لإعانته على تحقيق النية ، والله أعلم » . المشكل (٣/٢ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « ونعني » . (٣) في (أ ، ب) : « تصورت » .

(٤) في (أ ، ب) : « ففي » .

(٥) في (أ ، ب) : « اللفظ بالتبييت » . قال ابن الصلاح : « قوله : (ولو تصورت القدرة على أن تقرن النية بأول جزء من اليوم ففي صحته وجهان لوروده) على تقدير قدرته ، أو وقع اتفاقًا من غير قصدٍ منه لذلك ، واطلع على ذلك لخبر نبينا أولًا أو عيسى بن مريم آخرًا صلى الله عليهما وعلى النبيّين وسلم .

وأما لفظ (التبييت) ففي حديث حفصة - رضي الله عنها - عن رسول الله ﷺ أنه قال : « من لم يُبيِّت الصيام قبل الفجر فلا صيام له » أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم ، وهذا لفظه عند النسائي في رواية ، وعند الأكثر : « مَنْ لم يجمع الصيام » أي لم يعزم عليه . وهو حديث حسن حجة وإن وقفه جماعة من =

أما التطوع : فيصح [1] بنية قبل الزوال للخبر [2] ، وفيما بعد الزوال قولان :

أحدهما : نعم ، ترغيبًا في تكثير النوافل .

والثاني : لا ، لأنه ورد الخبر فيما قبل الزوال والمعظم باقٍ ، فلا يكون ما بعده في معناه ولا مرد للتنصيف إلا الزوال ، وإن كان ما قبل الزوال أكثر [3] ، ثم قيل : / إن العبادة تحصل من وقت النية ، ولكن الإمساك فيما قبله شرط . ٤٤/أ

= رواته على حفصة فقد رفعه آخرون ، وممن رفعه من الثقات عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ، والزيادة من الثقة مقبولة ، وقد روي من حديث عائشة مرفوعًا بإسناد رواته ثقات ، والله أعلم .

ثم إن الصير إلى أنه لا يصح بنية مقترنة هو الأصح ، وإليه ذهب أكثر أصحابنا ، ويكون كأن الشارع أوجب إمساك جزءٍ من آخر الليل مقرون بالنية وذلك غير ممتنع ، والله أعلم » . المشكل (٢/٣أ - ٣ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « فيجوز » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأما التطوع فيصح بنية قبل الزوال للخبر) وهو حديث عائشة - رضي الله عنها - قالت : دخل النبي ﷺ ذات يوم فقال : « هل عندكم شيء ؟ » فقلنا لا . فقال : « إني إذًا صائم » أخرجه مسلم بهذا اللفظ في روايته وفي « السنن الكبير » في رواية إسنادها صحيح قال : (إذًا أصوم) » . المشكل (٢/٣ ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : قوله : (ولا مرد للتنصيف إلا الزوال) يعني إذا اعتبرنا بقاء المعظم فذلك بإيقاع النية قبل النصف ولا مرد للنصف إلا الزوال لما ذكره ، والله أعلم . والأصح : نفي الصحة بالنية بعد الزوال وعليه نص في معظم كتبه ، والله أعلم . ثم متى يكون صائمًا ؟ فيه وجهان قويان :

أحدهما - وهو قول الأكثرين - : إنه يكون صائمًا من أول النهار حتى يُثاب على الصوم جميعه ؛ لأن الصوم لا يتجزأ في اليوم الواحد .

والثاني - نسب إلى المحققين - : أنه من وقت النية ؛ لأن النية لا تتعلق بما مضى ولا صوم من غير نية ، ونستخير الله تعالى في أن الأصح منهما أيهما وهذا الثاني أظهر والأول أعوض وإياه اختار صاحب الكتاب في تدريسه له .

ثم وإن جعلناه صائمًا من وقت النية فالصحيح : أن شرطه خلو ما مضى من نهاره عن الموانع من الكفر والحيض والجنون وغيرها ، والله أعلم » . المشكل (٢/٣ ب - ٤ أ) .

ولو تقدم الكفر والحيض ثم زالا ففى صحة الصوم خلاف ؛ لأن ذلك لا يبطل مقصود الصوم من الخواء ؛ [لأن مقصوده الخوى والطوى] (١) .

فرع (٢) .

لا يبطل الصوم بمجرد نية الخروج على أحد الوجهين (٣) ، إذ ليس له عقد وحلٌّ يرتبط بالقصد ، فلو كان صائمًا قضاءً فنوى أن يقلبه نذرًا ، وقلنا : إن نية الخروج تؤثر بطل القضاء ولم يحصل النذر ، وهل يبقى تطوعًا ؟ فيه وجهان .

أما قولنا : (جازمة) أردنا به أن النية المرددة باطلة إلا إذا كان لها مستند ، والمردد أن يقول ليلة الشك : أصوم غدًا إن كان من رمضان ، وكان من رمضان لم يعتد بصومه ، ولو كان له مستند وهو مع ذلك شاك جاز (٤) ، والمستندات ثلاثة :

الأول : علامة صحيحة شرعًا ، كقول شاهدين [عدلين] (٥) أو شاهد واحد إن حكمنا به ، أو معرفة تسيير الأهلة .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فروع » ، ولعله سهو من الناسخ .

(٣) قال ابن الصلاح : « الأصح : بطلان الصوم بنية الخروج كالصلاة ؛ إذ يبقى بعضُه بغير نية ، والنية شرط في جميعه ، ثم إن الأصح من القولين فيما إذا نوى قضاء ثم قلبه بالنية نذرًا : أن صومه بطل ولا ينقلب نفلًا ، والله أعلم » . المشكل (٢/٤ أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في جزم النية : (أو كان له مستند وهو مع ذلك شاك جاز) وهذا لا يلازم حقيقة الشك على ما تحقق في أصول الفقه ، فإن الشك : التردد بين احتمالين على السواء من غير ترجيح لأحدهما ، وإذا كان له مستند من المستندات التي ذكرها فقد ترجح أحدهما ، لكن هذا تساهل في العبارة جرى فيه على عرف مَنْ يطلق من غير الأصوليين لفظ الشك على الظن إذا كان للاحتمال المرجوح منه تأثير في القلب وحرارة في النفس ، والله أعلم » . المشكل (٢/٤ أ) .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

وأما قول الصبية (1 والعبد وإن أبان 1) ظنًّا فهو كالمعدوم شرعًا .

وإن كان الغيم مطبقًا واقتضى الحساب الرؤية ، ففي وجوبه على من عرف الحساب وجهان (2) .

الثاني : الاستصحاب ، وهو أن ينوي كذلك ليلة الثلاثين من (3 رمضان صحَّ ؛ لأن 3) الأصل بقاء الشهر ، واستصحاب الأصول من القواعد .

الثالث : الاجتهاد في حق المحبوس في مطمورة (4) بإجراء الفكر في التواريخ

---

(1) في (أ ، ب) : « والعبيد والفسقة فإن أثار » .

(2) قال ابن الصلاح : « ذكر أن من المستندات المعتمدة في جزم النية وجواز الصوم بناء عليها : (أن تكون له معرفة بتسيير الأهلة) ، ثم قال : (إذا كان الغيم مطبقًا واقتضى الحساب الرؤية ففي وجوبه على من عرف الحساب وجهان) أما معرفته تسيير الأهلة : فهو معرفته منازل القمر ، فإذا نوى الصوم بناء عليها ثم ثبت الشهر بالشهادة صحَّ صومه ، وهو غير المعرفة بالحساب على ما أشعر به كلامه في الدَّرس .

فالحساب أمر دقيق يختص بمعرفته الآحاد ، والمعرفة بالمنازل كالمحسوس يشترك في دركه الجمهور ممن يُراقب النجوم . فذكر في الأول الجواز ولم يتعرض للوجوب ، وفي الثاني ذكر الوجوب ، والخلاف في الجواز ، وفي الكل خلاف .

وقد ذكر الروياني صاحب « البحر » في شرحه للمختصر أنه يجوز له الصوم على أحد الوجهين بناء على المعرفة بمنازل القمر ، عرف ذلك بنفسه أو أخبره ثقة عرف ذلك .

ولا يلزمه الصوم بذلك على أصح الوجهين ويكفي في الجواز مالا يكفي في الوجوب ، فإنه يجوز له الشروع في الصلاة إذا غلب على ظنه دخول وقتها ولا يجب ذلك .

وذكر أن المعرفة بالنجوم - أي بحسابها - لا يجوز الصوم بناء عليها مذهبًا واحدًا وإجماع الأصحاب ، هذا إنما حكاه صاحب (الشامل) وعدم الوجوب فيحصل من مجموع النقلين أن القول بالجواز واللزوم خلاف الجمهور ، والله أعلم » . المشكل (٤/٢ أ - ٤ ب) .

(3) في (أ ، ب) : « رمضان ، فإن » .

(4) قال ابن الصلاح : « المحبوس في مطمورة إذا اجتهد وصام شهرًا ظنَّه رمضان ، ووقع ذلك في شوال ، فالصحيح : أنه قضاء ، والقول بأنه أداء ضعيف ، وكذا ما يفرع عليه ، والله أعلم » . المشكل (٤/٢ ب) .

المعلومة ، فإذا غلب على ظنه نوى ولم يضره التردد .

ثم إن وقع في شوال وما بعده لم يلزمه القضاء بل أجزأه ما جاء به ، ولكن كان أداء [له] [١] ، وكأن [٢] الشهر بُدِّلَ في حقه للضرورة ، أو هو قضاء فيه قولان .

وفائدة كونه أداء : أن ذلك الشهر لو خرج تسعًا وعشرين وكان رمضان ثلاثين ، فيكفيه ذلك .

وإن وقع في شعبان فما قبله ، فإن قلنا : إن المؤخر أداء ، فهذا يجزئه .

وإن قلنا : قضاء ، فلا يعقل القضاء قبل الوقت ، وهذا إذا لم يدرك رمضان فإن أدرك وانكشف الحال لزمه ما أدرك من رمضان بكل حال .

* * *

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فكأن » .

الركن الثاني : الإمساك عن المفطرات

والمفطرات ثلاثة : دخول داخلٍ ، وخروج خارجٍ ، وجماع .

أما الجماع : فَحَدُّه معلوم .

وأما الخارج : فالاستمناء قصدًا ، والاستقاء قصدًا [1] .

وقيل : إن الاستقاء من قبيل دخول داخل ، لأنه لا يخلو من [2] رجوع شيء إلى الباطن ، وقد قال ﷺ : « مَنْ قاء أفطر » أي : استقاء ، « ومن ذرعه القيء لم يُفطر » [3] .

أما دخول الداخل : فالضبط فيه أن كل عين وصل من الظاهر إلى الباطن في منفذ مفتوح عن قصدٍ مع ذكر الصوم فهو مفطر ، وفي الرابطة قيود .

أما قولنا : [4] (كل عين) [4] جمعنا به ما يعتاد أكله ومالا يعتاد [أكله] [5] كالحصاة والبَرَد [6] ، وخالف في ذلك بعض العلماء .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (الاستمناء قصدًا والاستقاء قصدًا) ذكر القصد فيه من قبيل التواليد ؛ إذ لفظ الاستمناء والاستقاء مُشْعر بالقصد ، يُقال : استقَاءَ استِقَاءً بالمد في الفعل والمصدر ، والأصح : أنه مفطر في عينه ، كالاستمناء ، وإن لم يحفظ فلم يرجع إلى خوفه شيء وهو ظاهر الخبر ، وهو ما روى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : « من ذرعه القيء وهو صائم فليس عليه قضاء ، ومن استقاء فليقضى » أخرجه أبو داود والترمذي وغيرهما ، وإن تفرد به هشام بن حسان الفردوسي فله شاهد وهو ثابت ثبوت النوع المسمى بالحسن ، وذرعه بالذال المعجمة أي سبقه وغلبه ، والله أعلم » . المشكل (٢/ ٤ب) . وانظر تخريج الحديث في التعليق الآتي .

(٢) في (أ ، ب) : « عن » .

(٣) أخرجه أبو داود : (٣٢١/٢) كتاب الصوم - باب الصائم يستقيء عامدًا (٢٣٨٠،٢٣٨١) ، والترمذي : (٩٨/٣) (٦) كتاب الصوم (٢٥) باب ما جاء فيمن استقاء عمدًا (٧٢٠) ، وابن ماجه : (٥٣٦/١) (٧) كتاب الصيام (١٦) باب ما جاء في الصائم يقيء (١٦٧٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٢١٩/٤ ، ٢٢٠) .

(٤) في (أ ، ب) : « عينًا » .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (ومالا يعتاد أكله كالحصاة والبَرَد) في تمثيله ذلك بالبرد شيء ولكن كأنه خصّه بالذكر من أجل خلاف أبي طلحة الأنصاري الصحابي - رضي الله عنه - فإنه روى عنه أنه كان يستف البَرَد في الصوم يقول ليس بطعام ولا شراب ، وروي عن الحسن بن صالح بن حيي أنه قال : ما ليس =

وقولنا : (وصل) جمعنا به ما ينفصل عن الظاهر وما يبقى طرفه باديًا ، كما لو وَجَأ[1] بالسكين البطن[2] ، وإرسال خيط في الحلق مع الاستمساك بطرفه .

وقال أبو حنيفة : لا يحصل الإفطار به .

وأما (الباطن) : عَنَيْنَا به كل موضع مجوف فيه قوة محيلة للدواء والغذاء[3] كداخل [4] القحف والخريطة [4] ، وداخل البطن والأمعاء والمثانة .

والسُّعوط والحقنة مفطران ، والاكتحال[5] لا يفطر ، وفيما يصل إلى الإحليل وجهان ، والصحيح : أن تقطير الدهن في الأذن لا يضر[6] ، والاحتجام والفصد والوجَاء بالسكين فى الفخذ لا يفطر إذ لم يصلْ إلى الجوف[7] .

أما قولنا : (في منفذ مفتوح) احترزنا به عما يصل إلى الدماغ أو البطن[8] إذا

= بطعام لا يفطر . وقد انعقد الإجماع بعدهما على خلاف ما قالاه ، والله أعلم » . المشكل (٢/٥ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « جاء » .

(٢) في (أ ، ب) : « للبطن » .

(٣) في (أ ، ب) : « أو » .

(٤) في (أ ، ب) : « الخريطة والقحف » . وقال ابن الصلاح : « قوله : (كداخل القحف والخريطة) فالقحف : هو العظم الذي فوق الدماغ وتحت خريطة الدماغ ، وهي المسماة أم الدماغ وهي جلدة دقيقة محيطة بالدماغ ، والله أعلم » . المشكل (٢/٥ أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « فإن اكتحل » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (وفيما يصل إلى الإحليل وجهان ، والصحيح أن تقطير الدهن في الأذن لا يفطر) هذا الخلاف ينبني في الصورتين على أن المعتبر في ذلك الوصول إلى جوف فيه قوة مخيلة كما سبق ، أو إلى ما يقع عليه اسم الخوف ، وفي ذلك وجهان . وهذا الثاني أشبه بكلام الأكثر ولهذا يفطر بوصول واصل إلى الحلق ، والأظهر : أنه يفطر فيهما ، والله أعلم » . المشكل (٢/٥ أ) .

(٧) في (أ ، ب) : « جوف » .

(٨) في (أ ، ب) : « والبطن » .

طلي بالدهن ، فإن ذلك يشرب بالمسام فلا [١] يفطر ، إلا أن يكون جراحة شاقة ، فإذا نزل عين الدواء إلى الجوف أفطر [٢] .

أما قولنا : (عن قصد) المعنيُّ به : أن مَنْ طارت ذبابة إلى جوفه ، أو وُجِئَ بالسكين دون رضاه ، أو ضبطت المرأة وجُومعت ، أو وصل غبار الطريق وغربلة الدقيق إلى باطنه ، أو أُوجِرَ [٣] وهو مكره أو نائم أو مغمى عليه ، فلا يفطر إلا أن يقصد معالجة المغمى [عليه] [٤] في إيجاره ، ففيه وجهان [٥] من حيث إنه روعي مصلحة ، فنزل منزلة تعاطيه ، ويخرج عن [٦] رعاية القصد .

النظر في الريق ، وماء المضمضة ، والنخامة ، وبقية الطعام في خلال الأسنان ، وسبق المني والقيء :

أما الريق : فهو معفو عنه ، إلا إذا أخرج من الفم وأعاد إليه ، ولو جمع قصدًا ثم ابتلعه فوجهان [٧] .

---

(١) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٢) قال ابن الصلاح : « ذكر أن قوله : (في منفذ مفتوح) احتراز مما يصل في المسام ، ثم قال : (إلا أن تكون جراحة جائفة ، فإذا نزل عين الدواء إلى الجوف أفطر) وجه الاستثناء : أن الجراحة وإن كانت منطبقة لا يشاهد فيها شيء مفتوح ، فالواصل منها مفطر ؛ لأن فيها من حيث الحقيقة منفذًا مفتوحًا ، والله أعلم » . المشكل (٢/٥ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « وجر » .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « أصح الوجهين في مداواة المغمى عليه بالإيجار أنه لا يفطر ؛ لأنه بغير اختياره حقيقة ، والخلاف مفرع على أن مطلق الإغماء غير مفطر ، والله أعلم » . المشكل (٢/٥ أ) .

(٦) في (أ ، ب) : « على » .

(٧) قال ابن الصلاح : « إذا جمع ريقه في فيه قصدًا وبلعه ، فالأصح أن فيما ذكره الروياني وإمام الحرمين : أنه لا يفطر ، ووجهه : أنه وصل إلى جوفه من معدته مع كونه من جنس ما عفي عنه ، والله أعلم » . المشكل (٢/٥ أ - ٥ ب) .

قال الشافعي : « وأكره العلك فإنه يحلب الفم » ، فأشار إلى جمع الريق .

والخياط إذا بلل الخيط ثم ردَّه (١) إلى فيه ، قال الأصحاب : أفطر (٢) . وقال الشيخ أبو محمد : لا أثر لذلك ، فإنه ينقص (٣) عما (٤) يبقى في الفم بعد المضمضة .

ولو أخرج لسانه من فيه وعلى طرفه ريقٌ ثم أعاد فلا بأس قطعًا ، ولو خرج من اللثة دم فابتلع (٥) ، أو ابتلع (٦ سنًّا يسقط ٦) أفطر .

أما النخامة : فإنها تبرز من ثقبة نافذة من الدماغ إلى أقصى الفم ، فإن جرى إلى الباطن بغير اختياره لم يفطر ، وإن رده إلى فضاء (٧) الفم ثم ازدرده قصدًا أفطر / . ٤٤/ب

وإن قدر على قطعه من مجراه ودفعه عن الجريان وتركه حتى جرى بنفسه (٨ ففيه وجهان ٨) ، منهم من لم يكلفه ذلك ، ومنهم من كلفه لقدرته (٩) .

---

(١) في (أ ، ب) : « أعاده » .

(٢) في (أ ، ب) : « يفطر » ، قال ابن الصلاح : « قوله : (والخياط إذا بل الخيط ورده إلى فيه ، قال الأصحاب : يفطر) هذا إذا أعاده وفيه شيء من عين الريق يكون فضلة وبلعه ، أما مجرد البلِّ فلا بأس به ، والله أعلم » . المشكل (٢/٥ ب) .

(٣) في (أ ، ب) وهامش الأصل من نسخة أخرى : « لا يزيد » .

(٤) في (أ ، ب) : « على ما » .

(٥) في (أ ، ب) : « فابتلعه » .

(٦) في (أ ، ب) : « شيئًا سقط » .

(٧) في (أ ، ب) : « أقصى » .

(٨) في (أ ، ب) : « فوجهان » .

(٩) قال ابن الصلاح : « ما ذكره في النخامة فيه إيهام ، وشرحه : أنها تنزل من ثقبة نافذة إلى الدماغ في أقصى الفم ، جارية إلى داخل الحلقوم ، فإن جرت كذلك إلى الباطن بغير اختياره لم يفطر ، وإن ردها عن مجراها وعن سنن الخلقة إلى الفم وبلعها أفطر ، وهذا المراد بقوله : (وإن رده إلى أقصى الفم) .

وقوله : (وإن قدر على قطعها عن مجراها فلم يفعل وتركها حتى جرت ففيها وجهان) في الأرجح منهما نظر ، ولم أجد ذكرًا لأصحهما ، ولعل الأقرب أنه لا يفطر ؛ لأنه لم يفعل شيئًا ، وإنما ترك الدفع ، فهو كما إذا وصل الغبار إلى جوفه مع كونه قادرًا على دفعه بإطباق فمه ، فلم يفعل . وفي « التهذيب » =

وأما سبق الماء في المضمضة : ففيه قولان ؛ أحدهما : لا يفطر ، كسبق الذباب عند فتح الفم . والثاني : يفطر ؛ لأن التحفظ فيه ممكن .

ولو بالغ فقولان مرتبان ، والظاهر : الإفطار ؛ لأن وصول الماء فيه ليس بنادر (١) .

أما بقية الطعام في خلل الأسنان : فإن قصر في تخليل الأسنان فهو كصورة المبالغة ، وإن لم يقصر فهو كغبار الطريق .

أما المنيُّ : فإن خرج بالاستمناء فهو مفطر ، وإن خرج بمجرد الفكر والنظر فلا ؛ لأن الحجر فيه عسر ، فإن (٢) خرج بالقبلة والمعانقة مع حائل فهو كالمضمضة ، وإن كان من غير حائل وخرج بالمضاجعة فهو كالمبالغة .

ثم قال العلماء : لا تكره القبلة في الصوم لمن يملك (٣) إربه كالشيخ الهم (٤) ويكره للشاب (٥) ، « كان رسول الله ﷺ يقبل نساءه وهو صائم » (٦) .

= أنه لو فتح فاه عمدًا حتى دخل الغبار جوفه لم يفطر على أصح الوجهين ، والله أعلم » . المشكل (٢/٥ ب) .

(١) قال ابن الصلاح : « الصحيح في وصول الماء بالمضمضة والاستنشاق أنه لا يفطر عند عدم المبالغة ، ويفطر عند المبالغة ، والله أعلم » . المشكل (٢/٥ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٣) في (أ ، ب) : « ملك » .

(٤) « الهم » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « للشباب » .

(٦) قال ابن الصلاح : « ذكر أنه لا تكره القبلة في الصوم لمن يملك إربه ، وقد كان رسول الله ﷺ يقبل نساءه وهو صائم . هذا حديث عائشة - رضي الله عنها - قالت : « كان رسول الله ﷺ يقبل وهو صائم ، وكان أملككم لإربه » ، وهو مروي في الصحيحين وغيرهما بألفاظ منها : « يقبل بعض أزواجه - يقبل - يقبلني » ونحو ذلك ، ليس في شيء منها (يقبل نساءه) على العموم كما قاله .

وقوله : (لإربه) رواه أكثر الرواة بكسر الهمزة وإسكان الراء ، ورواه بعضهم بفتح الهمزة وفتح الراء ، أي : لحاجته ، والصحيح على رواية الكسر أنه أيضًا : الحاجة ، وهما لغتان في الحاجة . وقيل : معناه لعضوه ، فإن الآراب الأعضاء ، واحدها إرب بالكسر ، والمراد : أنه كان ﷺ يملك نفسه عن المواقعة ، والله أعلم » . المشكل (٢/٥ ب - ٦ أ) .

=

وأما القيء وسبقه : فهو كالمني ، إلا إذا قلنا [1] : إنه إنما يفطر لرجوع شيء منه [2] إلى الباطن ، فعند ذلك لو يحفظ [3] لم يفطر .

ولو اقتلع نخامة من باطنه فهل [4] يلحق بالاستقاء [4] ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما : نعم ؛ لأنه مشبه به . والثاني : لا ؛ لأن الاستقاء إخراج طعامٍ عن مقره [5] .

ثم أقرب ضبط في الفرق بين الظاهر والباطن أن [6] يُقال : المقتلع من مخرج [7] الخلو ظاهر ، والمقتلع من مخرج الحاء [7] باطن [8] .

هذا بيان [9] فقد القصد حِسًّا ، فإن فقد شرعًا كما في المكره على الأكل ، فقولان ؛

= والحديث أخرجه البخاري : (١٧٦/٤) (٣٠) كتاب الصوم (٢٣) باب المباشرة للصائم (١٩٢٧) ، وطرفه : (١٩٢٨) ، ومسلم : (٧٧٦/٢) (١٣) كتاب الصيام (١٢) باب بيان أن القبلة في الصوم ليست محرمة على من لم تحرك شهوته (١١٠٦ ، ١١٠٧) ، وأبو داود : (٣٢٢/٢) كتاب الصوم - باب القبلة للصائم (٢٣٨٢، ٢٣٨٣ ، ٢٣٨٤، ٢٣٨٦) ، والترمذي : (١٠٦/٣ ، ١٠٧)(٦) كتاب الصوم (٣١) باب ما جاء في القبلة للصائم (٧٢٧ ، ٧٢٩) ، وابن ماجه : (٥٣٧/١)(٧) كتاب الصيام (١٩) باب ما جاء في القبلة للصائم (١٦٨٣ ، ١٦٨٤ ، ١٦٨٥).

(١) في (أ ، ب) : « قيل » .

(٢) « منه » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « تحفظ » .

(٤) في (أ ، ب) : « هو كالاستقاء » .

(٥) قال ابن الصلاح : « الصحيح من الوجهين المذكورين في اقتلاع النخامة من الباطن ولفظها : أنه لا يفطر ؛ لأن الحاجة إليه تكثر ، ولم يذكر كثير من المصنفين غيره ، وإلحاقه بالاستقاء مبني على أن الاستقاء مفطر لنفسه لا لرجوع شيء منه » . المشكل (٦/٢ أ) .

(٦) في (أ) : « بأن » .

(٧) العبارة ليست في (أ) .

(٨) قال ابن الصلاح : « ضبطه الباطن بمخرج الحاء المهملة ، والظاهر بمخرج الخاء المنقوطة ، لم أجده لغيره . وقد قال في الدرس : لا تقتلع النخامة إلا من هذين المخرجين ، وهذا فيه نظر فإن الحاء المهملة تخرج مما فوق الباطن ، والله أعلم » . المشكل (٦/٢ أ) .

(٩) في (أ) : « لبيان » .

أحدهما : لا يفطر لسقوط قصده شرعًا ، والثاني : يفطر ؛ لأن أثر الإكراه [١] في درء المأثم [٢] .

وأما قولنا : (مع ذكر الصوم) احترزنا به عن الناسي للصوم ، فإنه إذا أكل مرة أو مرارًا ، كثيرًا أو قليلًا لم يفطر لورود الحديث [٣] .

وفي جماع الناسي خلاف سيأتي .

وأما [٤] الغالط فيلزمه القضاء ، كمن ظن أن الشمس غاربة وأن الصبح غير طالع ، فأكل ثم بان خلافه ؛ لأنه ذاكر للصوم .

ومن أصحابنا من قال : إذا غلط في أول النهار لم يقضِ ؛ لأنه معذور في استصحاب حكم الليل .

فإن قيل : فمتى يحل الأكل ؟ قلنا : أما في آخر النهار فعند اليقين للغروب [٥] ، أو عند اعتقاد قطعي في حق الصائم ، فإن ظن الغروب بأمارة وهو مع ذلك يجوز خلافه [٦] .

(١) في (أ ، ب) : « الإرادة » .

(٢) قال ابن الصلاح : « القولان في إفطار المكره قَلَّ من يعرض لبيان الأصح منهما ، وعند صاحب الكتاب أن الأصح القول بالإفطار ، والذي يظهر أن القول بعدم الإفطار أقوى وأصح ، وذلك لأنه بالإكراه سقط حكم اختياره حتى لا يأثم بالأكل ، وصار مأمورًا بالأكل ، غير منهي عنه ، فهو كالناسي ، بل أولى من حيث إنه مأمور به ، والناسي لا يتوجه نحوه أمر ولا خطاب . وقولهم في توجيه الآخر : أكل لرفع الضرر عنه فأفطر ، كما لو أكل لدفع ضرر الجوع والعطش . قلت : الفرق بينهما أن الإكراه قادح في اختياره ، بل يريده اختيارًا للأكل والشرب ، والله أعلم » . المشكل (٦/٢ أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في الناسي : (لورود الحديث) ما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : « من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه ، فإنما أطعمه الله وسقاه » أخرجاه في الصحيحين ، والله أعلم » . المشكل (٦/٢ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « فأما » .

(٥) « للغروب » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « يجوز للصائم الإفطار عند اليقين ، بأن يعلم الغروب بالمشاهدة في المواضع المرتفعة ، وألحق صاحب الكتاب الاعتقاد القطعي باليقين . =

قال الأستاذ أبو إسحاق : لا يحل [له] (١) الأكل ، ولو أكل واستمر الإشكال لزمه القضاء ؛ لأن درك اليقين ممكن فلا يتغير الاستصحاب بالاجتهاد .

ومن أصحابنا من جوَّز الأكل بالاجتهاد . أما في ابتداء النهار فيجوز بالظن ولا يجوز هجومًا (٢) ، ولكن لو استمر الإشكال فلا قضاء ؛ لأن الأصل بقاء الليل .

= والفرق بينهما : أن اليقين يستند إلى دليل قاطع يوجب العلم ، والاعتقاد جزم القلب من غير استناد إلى دليل قاطع كاعتقاد العامي المقلد في كثير من القواعد الدينية ، والصحيح : جوازه بالظن المستند إلى اجتهاد وإمارة .

وخالف الأستاذ أبو إسحق الإسفراييني في ذلك وفي وقت الصلاة - أيضًا - لإمكان الاستيقان بالصبر ، وذلك خطأ إذ ثبت عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبي بكر الصديق - رضي الله عنهما - قالت : أفطرنا على عهد رسول الله ﷺ في يوم غيم ، ثم طلعت الشمس ، قيل لهشام : فأُمِرُوا بالقضاء ؟ فقال : بُدٌّ من قضاء ؟ ، أخرجه البخاري في صحيحه . ومثل هذا معدود من قبيل المرفوع إلى رسول الله ﷺ ، على ما قررناه في معرفة علوم الحديث .

وروى الشافعي عن مالك بإسناده أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أفطر في رمضان في يوم ذي غيم ورأى أنه قد أمسى وغابت الشمس ، فجاءه رجل فقال : قد طلعت الشمس . فقال : الخطب يسير وقد اجتهدنا . قال الشافعي ومالك : يعني قضاء يوم مكانه ، والله أعلم » . المشكل (٦/٢ ب) .

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من أنه يجوز الأكل في آخر الليل بالظن ولا يجوز هجومًا : يستفاد منه أنه لابد فيه من الظن ، فلا يكفي الاستصحاب حتى يلحظه مستثيرًا للظن منه معتمدًا عليه ، ومع ذلك فلو هجم دون ذلك فلا قضاء عليه إلا أن يتبين أن الفجر كان طالعًا .

وما ذكره من أنه لا يجوز الهجوم كأنه من تصرفه ، ولم أجده لغيره ، وهو يخالف نص الشافعي في المختصر حيث قال : وإن أكل شاكًا في الفجر فلا شيء عليه ، بل يخالف ظاهر إطلاق قول الله تبارك وتعالى : ﴿ وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ﴾ فإن الهاجم لم يتبين ذلك ، وروينا أن رجلًا قال لابن عباس : متى أَدَعُ السحور ؟ فقال رجل : إذا شككت . فقال ابن عباس : كُلْ ما شككت حتى يتبين لك ، والله أعلم » . المشكل (٦/٢ ب - ٧ أ) .

فرع :

إذا طلع الصبح وهو مجامع فَنَزَعَ : انعقد صومه ، خلافًا للمزني وزُفر ؛ لأنه بالنزع[1] تارك للجماع ، ولو استمر فَسَدَ الصوم ، ولو أحرم مجامعًا ثم نزع ، ففي انعقاد إحرامه وجهان[2] ، من حيث إن الإحرام داخل تحت اختياره . فإن قيل : وكيف يتصور اتصال النزع بالصبح ولا يحس بالصبح إلا بعد زمان من طلوعه ؟ قلنا : ما قبل إمكان الإحساس لا يتعلق به الحكم ، كالزوال عند زيادة الظل .

* * *

---

(١) « بالنزع » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قال : (ولو أحرم مجامعًا ثم نزع ففي انعقاد إحرامه وجهان) قلت : الذي يظهر أن الأصح منهما أنه لا ينعقد ؛ لأنه غير معذور في ابتدائه الإحرام في هذه الحالة المنافية لإحرامه ، وهو شبيه بالمتلاعب ، والله أعلم » . المشكل (٢/٧ أ) .

القول في شرائط الصوم

وهي أربعة ، ثلاثة في الصائم وهو :

الإسلام ، والعقل ، والنقاء عن الحيض .

فلا يصح صوم كافر ، ولا مجنون ، ولا حائض في بعض النهار أو كله .

ثم العقل زواله بالجنون بانغماره بالإغماء واستتاره بالنوم [1] ، أما النوم فلا يضر وإن استغرق جميع النهار ؛ لأنه في حكم عقله يزول [2] بالتنبه ، وفي إلحاق مستغرق النوم بمستغرق الإغماء وجه بعيد .

وأما الجنون : فيفسد طارئه ومقارنه ، وفى إلحاق طارئه بطارئ الإغماء وجه بعيد .

وأما الإغماء ففيه طريقان :

أحدهما : إجراء خمسة أقوال ، ثلاثة منصوصة ، واثنان مخرّجان : أحدها : وعليه نص هاهنا أن المستغرق يفسد ، فإن أفاق في جزء من النهار لم يفسد . والثاني - وعليه نص في الظهار - : أنه إن كان [3] في أول النهار مفيقًا [3] صحَّ ، وإلا فلا . والثالث : أن الإغماء كالحيض [4] . والرابع : مذهب المزني ، وهو أن الإغماء كالنوم ، فلا يضر وإن

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم للعقل زوال بالجنون وانغمارٌ بالإغماء واستتار بالنوم) شرحه : أن العقل على المذهب المختار غريزة يتهيأ بها إدراك الحقائق . ثم قد يختل ذلك التهيؤ بمعارض يطرأ ، وذلك المعارض ينقسم فإن تمكن وبَعُدَ زوالُه ولم يندفع بالاختيار فهو الذي جعله زوالًا للعقل وهو المسمى جنونًا ، وإن قرب زواله لكن استولى بحيث لا يندفع بالاختيار فهو جعله انغمارًا للعقل وهو المسمى بالإغماء ، وإن قرب زواله وكان يندفع بالاختيار فهو ما جعله استتارًا للعقل وكأنه كالشيء المستور الذي يسهل كشف الساتر عنه ، والله أعلم » . المشكل (٢/٧ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « ويزول » .

(٣) في (أ ، ب) : « مفيقًا في أول النهار » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (والثالث : أن الإغماء كالحيض) كأنه إنما لم يقل : (كالجنون) مع كونه أشبه به ؛ لأن هذا القول مأخوذ من نصه في كتاب اختلاف العراقيين وهما أبو حنيفة وابن أبي ليلى =

استغرق . والخامس : شرط الإفاقة في طرفي النهار مراعاة لأول العبادة وآخرها (١) .

الطريقة الثانية : القطع بما نص الشافعي - رضي الله عنه - عليه في الصوم ، وهو اشتراط الإفاقة في لحظة كانت وتأويل بقية النصوص (٢) .

الشرط الرابع : الوقت القابل [للصوم] (٣) : وهو جميع الدهر إلا يوم العيدين ، وأيام التشريق ، وفي القديم قول : أن المتمتع يصوم الأيام الثلاثة في أيام التشريق . فقيل : إنه لا يقبل غيره ، وقيل : إنه كيوم الشك ، أما يوم الشك فصومه

= أن المرأة إذا أغمي عليها وهي صائمة أو حاضت بطل صومها ، والله أعلم » . المشكل (٢/٧ أ - ٧ ب) .

(١) قال ابن الصلاح : « اختلفوا في الأرجح والأصح من الأقوال المذكورة في الإغماء ، فعند الروياني صاحب « البحر » وغيره أن أصحها : أنه يكفي إفاقته في جزء من النهار ، وبه قال أحمد بن حنبل ، وينساق مع هذا قول من قطع به وقال : لا قول في المسألة غيره .

ومن العجب قول الشيخ أبي إسحق في مهذبه : لا أعرف له وجهًا . ووجهه إمام الحرمين بما تحريره : أن الأصل اعتبار اقتران النية بجميع أجزاء العبادة ، ولكن حط ذلك رخصة لما فيه من الخروج ، واكتفى بتقديم النية عزمًا متعلقًا بجميع العبادة ، فلا أقل من أن يكون المعزوم عليه بحيث يتصور قصده من العازم حتى يتنزل منزلة المقصود حقيقة ، والمغمى عليه لا يتصور منه الفصل ، فلا يقع إمساكه مقصودًا ، حتى ينصرف إليه العزم السابق ، ويتنزل منزلة المقصود بقصد مقارن ، وإذا وجدت الإفاقة في بعضه كانت بمثابة الإفاقة في جميعه من حيث إنه لا ينقسم ولا يتجزأ فيتبع زمان الإغماء زمان الإفاقة ، والله أعلم .

ومن قطع من الأصحاب بأنه يعتبر الإفاقة في الجزء الأول من النهار . وقال : لا قول في المسألة غيره . فقد رجحه أبلغ ترجيح ، وهو مذهب مالك ، ويشبه أن يكون هذا هو الأصح إذا جعلنا المسألة ذات أقوال . وإلى هذا الأصح ذهب صاحب الكتاب في (الوجيز) ، والله أعلم » . المشكل (٢/٧ ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « ما ذكره على طريقة من قطع بما نص عليه في الصوم من اعتبار الإفاقة في أي جزء كان من أنه تأول بقية النصوص ، أما نفيه في الظهار فتعيينه فيه أول النهار مثال في اعتبار لحظة لا تقييد ، وأما نصه في التسوية بين الإغماء والحيض فمحمول على الإغماء المستغرق ، والله أعلم » . المشكل (٢/٧ ب - ٨ أ) .

(٣) زيادة حسنة من (أ ، ب) .

صحيح إن وافق وردًا أو قضاء ، وإن لم يكن له سبب فهو منهي عنه ، وفي صحته وجهان (١) ، كالصلاة في الأوقات المكروهة ، ويعني بيوم الشك أن يتحدث الناس برؤية الهلال ولا يثبت عند القاضي ، وإن كان على محل الهلال قَزَع سحاب / ولم يتحدث ٤٥/أ
بالرؤية ، فليس بشك في البلاد الكبيرة (٢) ، وأما في حق الرفقة في السفر والقرى الصغيرة فلا يبعد أن يجعل يوم الشك ، وإن كان الغيم مُطبقًا فليس بيوم الشك .

* * *

(١) يقول ابن الصلاح : « الأصح من الوجهين في صحة يوم الشك والصلاة في الأوقات المكروهة : القول بالإبطال كما في صوم يوم العيد .

والفرق على الوجه الآخر : كون هذا الوقت قابلًا للصوم والصلاة على الجملة ، والله أعلم » . المشكل (٢/٨ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « الكثيرة » .

القول في السنن

(وهي ثمانية)

الأول : تعجيل الفطر ، بعد تيقن الغروب بتمر أو ماء مستحب (١) ، ويقول [عند ذلك] (٢) : « اللهم لك صمت وعلى رزقك أفطرت » (٣) .

الثاني : تأخير السحور ، مع الاستظهار باليقين ، وقد كان بين تَسَحُّرِ رسول الله ﷺ وصلاة الصبح قدر خمسين آية (٤) .

الثالث : إكثار الصدقات ، وتقديم الطعام لإفطار الصائمين .

---

(١) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من أنه يفطر على تمر أو ماء ليس على التخيير ، بل على الترتيب . روى أبو داود وغيره من حديث أنس - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : « من وجد تمرًا فليفطر عليه ، ومن لا فليفطر على الماء فإن الماء طهور » وهو حديث حسن ثابت . وقال القاضي حسين : الأولى في زماننا أن يفطر على ما يأخذه بكفه من النهر فإنه أبعد من الشبهة ، والله أعلم » . المشكل (٢/٨ أ) .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) أخرجه أبو داود : (٢/٣١٦) كتاب الصوم - باب القول عند الإفطار (٢٣٥٨) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٤/٢٣٩) ، والدارقطني : (٢/١٨٥) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (كان بين تسحر رسول الله ﷺ وصلاته الصبح قدر خمسين آية) في لفظة تغيير ، فلا يتوهم من قوله : (كان) تكرير ذلك منه وكثرته . والحديث في الصحيحين عن زيد بن ثابت قال : « تسحرنا مع رسول الله ﷺ ، ثم قمنا إلى الصلاة » . قيل له : كم كان قدر ما بينهما ؟ قال : « قدر خمسين آية » . وله روايات لا تدل ألفاظها على أكثر من مرة ، والله أعلم » . المشكل (٢/٨ أ) .

والحديث أخرجه البخاري : (٤/١٦٤) (٣٠) كتاب الصوم (١٩) باب قدر ما بين السحور وصلاة الفجر (١٩٢١) ، ومسلم : (٢/٧٧١) (١٣) كتاب الصيام (٩) باب فضل السحور وتأكيد استحبابه (١٠٩٧) ، والترمذي : (٣/٨٤) (٦) كتاب الصوم (١٤) باب ما جاء في تأخير السحور (٧٠٣ ، ٧٠٤) ، والنسائي : (٤/١٤٣) (٢٢) كتاب الصوم (٢١) باب قدر ما بين السحور وبين صلاة الصبح (٢١٥٥ ، ٢١٥٦ ، ٢١٥٧)، وابن ماجه : (١/٥٤٠) (٧) كتاب الصيام (٢٣) باب ما جاء في تأخير السحور (١٦٩٤) .

الرابع : الاعتكاف ، لاسيما في العشر الأخير لطلب ليلة القدر .

الخامس : كثرة تلاوة القرآن في هذا الشهر ، مع كفِّ اللسان عن أنواع الهذيان ، وكذا كف النفس عن جميع الشهوات فهو معنى [(١)] الصوم . قال ﷺ : « الصوم جُنَّة وحصن حصين ، فإذا كان يوم صوم أحدكم فلا يرفث ولا يفسق ، فإذا شاتمه رجل فليقل : إني صائم » [(٢)] .

السادس : ترك السواك بعد الزوال ، فإنه يزيل خلوف فم الصائم وهو أطيب عند الله من ريح المسك [(٣)] .

السابع : تقديم غسل الجنابة على الصبح ، ولو أصبح جنبًا فلا بأس ، « كان رسول

(١) في (أ ، ب) : « سر » .

(٢) يقول ابن الصلاح : « حديث : « الصوم جنة » هو مروي في حديث الصحيحين من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - بروايات منها : « الصيام جنة فإذا كان يوم أحدكم فلا يرفث ولا يصخب » وفي رواية : « ولا يجهل ، فإن شاتمه أحد أو قاتله فليقل : إني امرؤ صائم إني صائم » ليس فيما ذكره من قوله : « وحصن حصين » ، وقوله : « ولا يفسق » . والرفث : الكلام القبيح ، والصخب : الصياح ، والله أعلم » . المشكل (٢/٨ أ - ٨ ب) .

وانظر : البخاري : (٤/١٤١) (٣٠) كتاب الصوم (٩) باب هل يقول : إني صائم إذا شتم (١٩٠٤) ، ومسلم : (٢/٨٠٦) (١٣) كتاب الصيام (٢٩) باب حفظ اللسان للصائم (١١٥١) ، وأبو داود : (٢/٣١٧) كتاب الصوم - باب الغيبة للصائم (٢٣٦٣) ، والترمذي : (٣/١٣٦) (٦) كتاب الصوم (٥٥) باب ما جاء في فضل الصوم (٧٦٤) ، والنسائي : (٤/١٦٣ ، ١٦٤) (٢٢) كتاب الصيام (٤٢) باب ذكر الاختلاف على أبي صالح في هذا الحديث (٢٢١٦ ، ٢٢١٧) ، وابن ماجه : (١/٥٣٩) (٧) كتاب الصيام (٢١) باب ما جاء في الغيبة والرفث للصائم (١٦٩١) .

وقوله ﷺ : « الصيام جُنة وحصن حصين » في مسند أحمد : (٢/٤٠٢) من حديث أبي هريرة أيضًا ، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد : (٣/١٨٠) وقال : إسناده حسن . وأخرج الطبراني : (٨/١٥٨) عن أبي أمامة قوله ﷺ : « الصيام جُنة وهو حصن من حصون المؤمن ، وكلُّ عمل لصاحبه ، والصيامُ لي وأنا أجزي به » .

(٣) يقول ابن الصلاح : « خلوف فم الصائم : رائحته الكريهة الحادثة عند خلو المعدة من الطعام ، وهو بضم الخاء ، وفَتَحها كثير من المحدثين وذلك غلط ، وقوله : « أطيب عند الله من ريح المسك » : أي يثيب عليه أكثر ما يثيب على التطيب بالمسك تقربًا إليه فيما يستحب التطييب فيه من العبادات . وحديث الخلوف هذا هو في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، والله أعلم » . المشكل (٢/٨ ب) .

الله ﷺ يصبح جنبًا من جماع أهله »[(١)] .

الثامن : ترك الوصال ، ولا تزول الكراهية إلا بأن[(٢)] يأكل شيئًا بالليل وإن قل[(٣)] ، فقد نهى رسول الله ﷺ فإنه واصل في العشر الأخير فواصل عمر وغيره فنهاهم ، وقال : « وددت لو مُدَّ لي الشهر مدًّا ليدع المتعمقون تعمقهم ، أيقوى أحدكم على ما أقوى عليه ، إني أبيت [٤ عند ربي يطعمني ٤] ويسقيني »[(٥)] .

* * *

(١) يقول ابن الصلاح : « حديث : « كان رسول الله ﷺ يصبح جنبًا من جماع – غير احتلام – في رمضان ثم يصوم » ثابت في الصحيحين عن عائشة وأم سلمة – رضي الله عنهما – والله أعلم » . المشكل (٢/٨ ب) .

والحديث أخرجه البخاري : (١٧٠/٤) (٣٠) كتاب الصوم (٢٢) باب الصائم يصبح جنبًا (١٩٢٥ ، ١٩٢٦) والأطراف : (١٩٣٠ ، ١٩٣١ ، ١٩٣٢) ، ومسلم : (٧٧٩/٢ ، ٧٨٠) (١٣) كتاب الصوم (١٣) باب صحة صوم من طلع عليه الفجر وهو جنب (١١٠٩ ، ١١١٠) ، وأبو داود : (٣٢٣/٢) كتاب الصوم – باب فيمن أصبح جنبًا في شهر رمضان (٢٣٨٨ ، ٢٣٨٩) ، والترمذي : (١٤٩/٣) (٦) كتاب الصوم (٦٣) باب ما جاء في الجنب يدركه الفجر وهو يريد الصوم (٧٧٩) ، وابن ماجه : (٥٤٣/١) (٧) كتاب الصيام (٢٧) باب ما جاء في الرجل يصبح جنبًا وهو يريد الصيام (١٧٠٣ ، ١٧٠٤) .

(٢) في (أ ، ب) : « أن » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في الوصال : (لا تزول الكراهية إلا بأن يأكل شيئًا بالليل وإن قلَّ) ليس كذلك ، بل يزول بما تزول به صورة الصوم من ماء وغيره ، هذا هو المعروف ، والله أعلم » .المشكل (٢/٨ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « يطعمني ربي » . ويقول ابن الصلاح : « وقوله : (يطعمني ويسقيني) المختار أن معناه : أني أعطى قوة من يطعم ويشرب ، يدل عليه ما في الحديث من وصفه ﷺ بكونه مواصلًا ، ولو وجد الإطعام والسقي حقيقة لما كان مواصلًا ، والله أعلم » . المشكل (٢/٨ ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « وحديث النهي عن الوصال مروي في الصحيحين وغيرهما عن جماعة من الصحابة ، ليس فيها ذكر وصال عمر ، بل إن ناسًا واصلوا ونحو ذلك ، والله أعلم » . المشكل (٢/٨ ب) .

والحديث أخرجه البخاري بمعناه : (٢٤٢/٤) (٣٠) كتاب الصيام (٤٩) باب التنكيل لمن أكثر الوصال (١٩٦٥) ، وأطرافه : (١٩٦٦ ، ٦٨٥١ ، ٧٢٤٢ ، ٧٢٩٩) ، ومسلم : (٧٧٦/٢) (١٣) كتاب الصيام (١١) باب النهي عن الوصال (٢٣٦٠ ، ٢٣٦١ ، ٢٣٧٤) ، والترمذي : (١٤٨/٣) (٦) كتاب الصوم (٦٢) باب ما جاء في كراهية الوصال للصائم (٧٧٨) .

القسم الثاني

في مبيحات الإفطار وموجباته

أما المبيح :

فالمرض والسفر الطويل [1] ؛ وقد ذكرنا حَدَّهما في التيمم والصلاة .

ثم المرض : إن طرأ أباح الفطر ، وإن زال قبل الإفطار لم يجز الإفطار بعده ، وقيل : إنه يجوز .

أما السفر : إذا طرأ في أثناء النهار لم يفطر ، خلافًا للمزني وأحمد ، وإن قدم الرجل غير مفطر لم يجز له الإفطار ، وإن أصبح المسافر على نية الصوم فله الإفطار ، بخلاف [2]ما إذا شرع في الإتمام حيث لا يجوز القصر .

والصوم أولى من الفطر في السفر ، بخلاف [2] الإتمام فإن فيه خلافًا ؛ لأن في

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (أما المبيحات فالمرض والسفر الطويل) هذا حصر ولا ينحصر ذلك فيهما ، فإن من أكره على الإفطار أو غلبه الجوع أو العطش حتى خاف الهلاك يجوز له الإفطار وإن لم يكن مسافرًا ولا مريضًا ، والله أعلم » . المشكل (٢/٨ب - ٩أ) .

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ ، ب) . وقال ابن الصلاح : « قوله : (وإن أصبح المسافر على نية الصيام فله الإفطار بخلاف ما إذا شرع في الإتمام) هذا فيه إشكال لعسر الفرق بينهما ، وقد رام الشيخ أبو إسحاق الشيرازي وإمام الحرمين - رحمهما الله - التخلص من إشكال الفرق بالتسوية بينهما في عدم جواز الترخص احتمالًا أبدياه من عندهما من غير أن ينقلاه ، وهذا مما لا نرضاه . وإذا لم يكن بُدٌّ من التسوية ففي تجويز الترخص في الموضعين لا في عدمه ؛ إذ ورد الحديث الصحيح بجواز الترخص بالإفطار هاهنا فيتعين أن يقاس عليه ذلك على تقدير التسوية .

فقد روى مسلم في صحيحه عن جابر أن رسول الله ﷺ خرج إلى مكة عام الفتح في رمضان فصام حتى بلغ كراع الغميم ، قال : وصمنا معه ، فقيل : إن الناس قد شق عليهم الصيام وإنما ينتظرون ما تفعل ، فدعا بقدح من ماء بعد العصر فشرب والناس ينظرون ، فأفطر الناس وصام البعض ، فبلغه أن ناسًا صاموا فقال : « أولئك العصاة » مرتين . =

القصر خروجًا عن الخلاف مع براءة الذمة ، والفطر يُبْقي الذمة مشغولة بالقضاء .

وأما [1] خلاف داود في إيجاب الفطر فلا يُعتد به [2] .

وما ورد من [3] الأخبار في النهي عن الصيام في السفر أريد به مَنْ يتضرر بالصوم [4] ،

= وإذا امتنع المصير إلى الترخيص هناك تعين أبدًا معنى فارق بينهما ، فأقول : إن الذي يظهر أن الفرق بينهما أنه وإن أصبح صائمًا فالنهار ممتد وهو بصدد أن يجهده الصوم وتلحقه المشقة والسفر الذي هو مظنتها قائم فجاز له الإفطار ، كما لو أصبح صائمًا ثم مرض فإنه وإن اجتمع في صومه الحالتان يجوز له الإفطار لما ذكرناه من المعنى الذي لا وجود لمثله في مسألة الإتمام ، ولا يرد على هذا ما إذا كان مقيمًا في بعض نهاره ومسافرًا في بعضه ، فإن مدة السفر المشتملة على المشقة المبيحة إلى اختياره تطويلها وتقصيرها ، والله أعلم .

وقد تكلف صاحب الكتاب – رحمه الله وإيانا – في تدريسه له فرقًا آخر وقال فيما علق عنه : الفرق بينهما عسير ، وغاية الممكن فيه أن يقال في الصوم : وجب عليه إما صوم هذا اليوم أو صوم يوم آخر ، كما قال : ﴿ فعدة من أيام آخر ﴾ ، فبان عين هذا اليوم لا يلزمه بخلاف ما إذا شرع في الإتمام فقد عينه بصفة ، فليس له تبديل صفة بصفة ، وإنما الصفات تحصل في ابتداء العقود .

قال : ويرد على هذا ما إذا شرع في الصلاة قاصرًا فإن له الإتمام ، ولكن هناك ليس يبدل صفة وإنما يلتزم شيئًا زائدًا لم يكن التزمه ، والله أعلم » . المشكل (٢/٩ أ – ٩ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « فأما » .

(٢) قال ابن الصلاح : « ما ذكره في أن القصر أفضل من الإتمام بخلاف الفطر فإن الصوم أفضل منه ، وإن من الفرق بينهما : أن في القصر خروجًا من الخلاف بخلاف الفطر ، فإن خالف داود في إيجابه فلا يعتد به – يعني فالخروج من خلافه غير مطلوب – هذا رأي جماعة من الأصوليين ذهبوا إلى أنه لا يعتد بقول داود الظاهري في الإجماع والخلاف ، وأنه ليس من المجتهدين لعدم استكماله أدوات الاجتهاد فإنه فاته القياس مع اضطرار المجتهد إليه فيما لا يُحصى من الحوادث . وأما الموردون مذاهبه فيما يذكرونه في تصانيفهم من اختلاف العلماء كصاحب « الشامل » وغيره فهم معتدون بخلافه لا محالة ، والله أعلم » . المشكل (٢/٩ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « في » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وما ورد في الأخبار في النهي عن الصيام في السفر أريد به من يتضرر بالصوم) هذا مثال قوله ﷺ : « ليس من البر الصيام في السفر » وفي رواية ثابتة في الصحيحين من حديث جابر أنه ﷺ رأى في سفر رجلًا يُظلل عليه لكونه صائمًا فقال ذلك ﷺ » . المشكل (٢/٩ب- ١٠ أ) .

بدليل ما روي عن أنس أنه (١) قال : خرجنا مع رسول الله ﷺ فمنّا الصائم ومنا المفطر ، (٢ومنا القاصر ٢) ومنا المتمم ، ولم (٣) يعبْ بعضنا بعضًا (٤) .

* * *

(١) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) « ومنا القاصر » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « فلم » .

(٤) في (أ ، ب) : « على بعض » . وقال ابن الصلاح : « قوله : (بدليل ما روي عن أنس قال : خرجنا مع رسول الله ﷺ فمنّا الصائم ومنا المفطر ، ومنا القاصر ومنا المتمم فلم يعبْ بعضنا على بعض) هذا متفق عليه أخرجاه في الصحيحين ، ولكن ليس فيه : (ومنا القاصر ومنا المتمم) وهو زيادة قد رويت بإسناد ضعيف ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٠ أ) .

والحديث أخرجه البخاري عن أنس : (٤/٢١٩) (٣٠) كتاب الصوم (٣٧) باب لم يعب أصحاب النبي ﷺ بعضهم بعضًا في الصوم والإفطار (١٩٤٧) ، ومسلم : (٢/٧٨٧ ، ٧٨٨) (١٣) كتاب الصوم (١٥) باب جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر في غير معصية (١١١٨) ، وأبو داود : (٢/٣٢٨)٠كتاب الصوم - باب الصوم في السفر (٢٤٠٥) . وأخرج الترمذي - بمعناه - عن أبي سعيد الخدري : (٣/٩٢) (٦) كتاب الصوم (١٩) باب ما جاء في الرخصة في السفر (٧١٢ ، ٧١٣) ، والنسائي عنه وعن جابر بن عبد الله : (٤/١٨٨ ، ١٨٩) (٢٢) كتاب الصيام (٥٩) باب ذكر الاختلاف على أبي نضرة المنذر بن مالك (٢٣٠٩ ، ٢٣١٠ ، ٢٣١١ ، ٢٣١٢) .

أما (١ موجبات الإفطار ١) فأربعة (٢) :

القضاء ، والإمساك تَشَبُّهًا ، والكفارة ، والفدية .

أما القضاء : فواجب على كل مفطر ، وتارك بِرِدَّةٍ ، أو سفر ، أو مرض (٣) ، أوإغماء ، أو حيض (٤) ، ولا يجب على من تَرَك بجنون ، أو صِبيً (٥) ، أو كفر أصلي .

ولا فرق في الجنون بين ما طبق الشهر وبين ما قصر عنه ، فما فات في أيام الجنون لا يقضى ، ولو أفاق في أثناء النهار ففي قضاء ذلك اليوم وجهان (٦) .

ومن لزمه قضاء الشهر فلا يلزمه التتابع خلافًا لمالك .

أما الإمساك تشبهًا بالصائمين : فواجب على كل متعدٍّ بالإفطار في شهر رمضان ، ولا يجب في (٧ غير رمضان ٧) ، ولا على مَنْ أبيح له الفطر إباحة حقيقية

---

(١) في (أ ، ب) : « الموجبات للإفطار » .

(٢) قال ابن الصلاح : « موجبات الإفطار ذكرناها أربعة ولم نذكر التعزير ، فلعل ذلك لأجل أنه عام لا اختصاص له بمعصية الإفطار ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٠ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « أو صبى » ، ولعله من سهو الناسخ .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (فالقضاء واجب على كل مفطر وتارك) فالمفطر هو الذي أفسد الصوم بالأكل أو نحوه بعد دخوله فيه ، والتارك هو الذي لم يدخل في الصوم أصلًا كالمرتد والحائض ونحوهما ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٠ أ) .

(٥) في (أ) : « أو حيض » ، ولعله من سهو الناسخ .

(٦) يقول ابن الصلاح : الأصح من الوجهين المذكورين في المجنون إذا أفاق في أثناء النهار : أنه لا يجب عليه القضاء ، وهذان الوجهان مندرجان في الوجوه الأربعة المذكورة من بعد في الإمساك والقضاء في الصَّبيَ وغيره من الأعذار إذا زالت في أثناء النهار ، والمقصود من الأربعة في صورة واحدة من تلك الصور إنما هو وجهان فقط ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٠ أ) .

(٧) في (أ ، ب) : « شهر رمضان » ، وهو خطأ .

كالمسافر [١] والمريض ، وإن زال عذرهما في بقية النهار خلافًا لأبي حنيفة ؛ لأن الإمساك نوع مؤاخذة .

وإن أصبحا من غير نية فزال العذر قبل اتفاق الأكل ففي وجوب الإمساك وجهان ، فالظاهر : أنه لا يجب ، إذ لا فرق بين الأكل وترك النية كما في الحائض .

فأما مَنْ أصبح يوم الشك مفطرًا ثم بان أنه من رمضان ، فالمذهب : وجوب الإمساك لأنه مخطئ ، والكفارة تتعلق بالقتل الخطأ .

وحكى البويطي قولًا : أنه لا إمساك ، وكأن الإمساك نتيجة المأثم . أما الصبي والجنون والكفر إذا زال في أثناء النهار ففي وجوب الإمساك بقية النهار أربعة أوجه [٢] :

أحدها : أنه يلزمهم ؛ لأنهم أدركوا وقت التشبه إن [٣] لم يدركوا وقت الصوم ،

---

(١) يقول ابن الصلاح : « ما ذكره من أنه : (لا يجب الإمساك على من أبيح له الفطر إباحة حقيقية كالمسافر) معناه : أنه لم يبح له الإفطار بناء على ظاهر يتطرق إليه الخطأ ، كما في يوم الشك على ما سيأتي ، بل أبيح له الإفطار بناء على أمر متحقق وهو السفر أو المرض ، فلا يتجه إيجاب الإمساك الذي هو من قبيل العقوبة .

وإلى هنا يرجع معنى قوله في الفرق لما ذكر وجوب الإمساك على الصبي ، وإمساكه لا كالمسافر فإنه يترخص مع كمال حاله ، يعني : أنه مع كمال حاله مخاطب بالترخص فلا وجه لمؤاخذته بخلاف الصبي فإنه غير مخاطبٍ بالترخص ، وإنما هو خارج عن التكليف .

وينبغي أن يقرأ قوله : (إباحة حقيقة) وهذا أصح من أن يقال : (حقيقية) بياء النسبة كما وقع في موضع آخر ؛ لأن الإباحة في نفسها حقيقية في الموضعين على مالا يخفى على أصولي ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٠ أ - ١٠ ب) .

(٢) يقول ابن الصلاح : « الأصح عند المصنف والإمام شيخه من الوجوه الأربعة : أنه لا يجب الإمساك في جميع الصور المذكورة ، وعند صاحب « التهذيب » الأصح في الكافر وجوب الإمساك وهذا متجه ، والله أعلم» . المشكل (٢/١٠ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « وإن » .

لا [1] كالمسافر فإنه مترخص مع كمال حاله على بصيرة .

والثاني : لا يلزم ؛ لأن وجوب الإمساك ينفي لزوم الصوم ، وهؤلاء لم يلتزموا إذ لم يدركوا وقت الأداء .

والثالث : أن الكافر يلزمه دون الصبي والمجنون ، فإنه متعدٍّ بترك الصوم مع القدرة عليه بتقدم الإسلام .

والرابع : أن الصبي مع الكافر يلزمهما ؛ لأن الصبي مأمور بالصوم وهو ابن سبع ، ومضروب عليه وهو ابن عشر .

ثم قال الأصحاب : قضاء هذا اليوم في حقهم يبتنى على الإمساك ، فمن ألزم الإمساك ألزم القضاء ، ومن لا فلا .

قال الصيدلاني : / من أوجب الإمساك اكتفى به ، ومن لا يوجب أوجب القضاء . ٤٥/ب

فرع :

من نوى التطوع في رمضان : لم ينعقد تطوعه ، وإن كان مسافرًا أو كان قد أصبح ليلة [2] الشك غير ناوٍ ؛ لأن الوقت متعين للإمساك المفروض في حق من ليس مترخصًا ، وفيه وجه أنه ينعقد .

أما الكفارة : فواجبة على كل من أفسد صوم يومٍ من رمضان بجماع تام أثم به لأجل الصوم ، وفي الحد قيود .

أما قولنا : أفسد ، احترزنا به عن الناسي إذا جامع فإنه لا يفطر على المذهب الظاهر فلا [3] يُكَفِّر ، ومنهم من خرج الفطر على القولين في فساد الإحرام بجماع الناسي وهو

---

(1) « لا » : ليست في (أ ، ب) .

(2) في (أ ، ب) : « يوم » .

(3) في (أ ، ب) : « ولا » .

بعيد ، إذ إلحاق الجماع بالأكل أولى من إلحاقه (١) باستهلاكات الحج .

ثم إن قلنا : الفطر حاصل فالظاهر أن الكفارة لا تجب لانتفاء الإثم ، وفيه وجه لانتسابه إلى التقصير .

أما تقييدنا بصوم رمضان : احترزنا عن التطوع والقضاء والنذر فلا كفارة فيها ، أثم المفطر (٢) أو لم يأثم .

أما إضافتنا الإفطار إلى الجماع : احترزنا به عن المرأة إذا جومعت فلا كفارة عليها خلافًا لأبي حنيفة ، لأنها أفطرت قبل الجماع بوصول أول جزء من الحشفة إلى باطنها (٣) ، ولقصة الأعرابي . ونصَّ في الإملاء على وجوب الكفارة عليها .

ثم اختلفوا على قول سقوط الكفارة (٤) ، وقيل : إن الوجوب لا يلاقيها أصلًا .

---

(١) في (أ ، ب) : « استحقاقه » . (٢) في (أ ، ب) : « بالفطر » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (أما الكفارة : فواجبة على كل من أفسد صوم يوم من رمضان بجماع تامٍّ أثم به لأجل الصوم) ثم إنه قال : (أما إضافتنا الإفطار إلى الجماع احترزنا به عن المرأة إذا جومعت فلا كفارة عليها ؛ لأنها أفطرت قبل الجماع بوصول أول جزء من الحشفة إلى باطنها) وقد قال أولًا : (بجماع تام) احترازًا بالتمام عن جماع المرأة وذلك أوضح في الاحتراز . ثم لم يُعِدْ لفظ التمام هنا عند ذكره ما احترزنا عنه واقتصر على الاقتران بمجرد إضافة الإفطار إلى الجماع ، وهذا يتضمن أن إفطارها لم يحصل بجماع ، وذلك يتضمن أن إفطارها حصل بجماع لكن غير تمام ، والأمران معًا ثابتان صحيحان ، فإنه إذا لم يبقَ إلا بعض الحشفة ساغ أن يُقال فيه : إنه جماع ناقص غير تمام ، وأن يقال : لم يوجد الجماع ؛ لأنه عبارة عن المجموع ، فإذا لم يوجد جزء منه لم يكن حقيقة موجودة . ثم إنه ذكر بعد هذا احترازه بالجماع عن الأكل ونحوه وذلك غير هذا ، فإن ذلك احتراز بنفس الجماع وهذا احتراز بإضافته الإفطار إلى الجماع ، وهي تنتفي مع وجود نفس الجماع ، والله أعلم » . المشكل (١٠/٢ ب - ١١ أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « الأصح عند القاضي أبي الطيب الطبري : أن المرأة تجب عليها كفارة أخرى ، وهو مروي عن مالك وأبي حنيفة وأحمد ، والأصح عند صاحب الكتاب وطائفة : أنه لا تجب إلا كفارة واحدة عليه . والأول وإن كان أقوى في القياس فهذا منقول عن نص الشافعي في الجديد والقديم ، ودليله حديث الأعرابي ، فإنه لم يذكر فيه سوى كفارة واحدة ، ولأن الكفارة تشتمل على مال فاختص بها الزوج كالمهر .

=

وقيل : يلاقيها ولكن تندرج تحت كفارة الزوج ، فعلى هذا لا يندرج تحت كفارة الزاني ؛ لأن رابطة التحمل الزوجية ، فيجب الكفارة على الزانية .

ولو كان الزوج مجنونًا لزمتها [1] الكفارة ، إذ لا كفارة على الزوج ، وقيل : يجب على المجنون لأن ماله يصلح للتحمل ، ولو كانت معسرة وواجبها الصوم فلا سبيل للتحمل فيلزمها [2] ؛ إذ الصوم عبادة محضة . ولو لزمها الإطعام ولزم الزوج الإعتاق ففي تقدير الإدراج وجهان لما بينهما من اختلاف النوع مع اتحاد جنس المالية ، والأمة إذا وطئها السيد فواجبها الصوم فهي كالمعسرة ، والزوج إذا كان مسافرًا والمرأة حاضرة فلا إدراج إذ لا كفارة عليه مهما قصد الترخص بالإفطار ، فإن لم يقصد ففي وجوب

= وأما تعليل صاحب الكتاب ذلك بأن إفطار المرأة حصل بغير الجماع فقد رجع عنه بما ذكره في درسه وقال : الصحيح أنها أفطرت بالجماع ، فإنها تُعد مفطرة بالجماع .

قلت : وهذا تعليل أحدثه في هذه المسألة الأستاذ أبو طاهر الزيادي النيسابوري ومات [بعد] سنة [أربعمائة] ، وصار مثالًا لمسألة أصولية غريبة ذكرها أبو الفتح بن برهان الفقيه الأصولي ، وهو أنه لا يجوز إحداث الاستدلال بدليل ظاهر في مسألة خاضَ فيها مَنْ سبق ولم يذكره أحد منهم مع كونه مما لا يخفى مثله عليهم ، كهذا التعليل ، فإن كل أحد يعرف أن تغييب أول جزء من الحشفة يحصل قبل الجماع ، فلو صلح ذلك دليلًا لما أهملوه .

وزيف ذلك شيخه أبو الحسن الطبري المعروف بكيا تلميذ إمام الحرمين من وجه آخر ، وقال : إنما تركوا هذا الدليل لأنهم رأوا أن الأمر يختلف في ذلك ولا ينضبط ، فقد تكون الحشفة كبيرة وقد تكون صغيرة بحيث يكون الإفطار فيها بالجماع ، ولا يحصل الإفطار قبله لكونه لا يقع الحصول في الباطن إلا بتغييب جميع الحشفة لصغرها . وزيف ذلك كثير من الأصحاب بأنه يتصور فساد صومها بالجماع بأن يولج فيها وهي نائمة أو ناسية أو نحو ذلك ثم يزول النوم أو غيره مع استدامة الوطء ، فإن الحكم لا يختلف على القولين ، والله أعلم .

ثم إن الأصح مع القولين أو الوجهين عند صاحب الكتاب وجماعة على قولنا : إنه لا تجب إلا كفارة واحدة ، أنها تختص بالزوج وليست عنهما ، والله أعلم » . المشكل (٢/١١ أ - ١١ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « لزمها » .   (٢) زاد في (أ ، ب) : « أداؤه » .

الكفارة [١] وجهان ، الأصح : أنها لا تلزم .

أما تقييدنا بالجماع : احترزنا به عن الأكل والشرب ، والاستمناء ، والإنزال بالتقبيل ومقدمات الجماع ، فلا كفارة فيها .

وقال مالك : تجب بكل مفطر .

وقال أبو حنيفة : بكل مقصودٍ في جنسه .

وقد أدرجنا تحته الزنا وجماع الأمة ، أما وطء البهيمة والإتيان في غير المأتى فالظاهر تعلق الكفارة به ؛ لأنه في معنى الجماع .

أما قولنا : أثم به لأجل الصوم ، احترزنا به عن الزاني ناسيًا ، إذا قلنا : يفطر ، ومن [٢] أصبح مجامعًا أهله على ظن أن الصبح غير طالع ، إذ لا كفارة إلا على وجه إيجابه على الناسي ، وكذا لو أكل [٣] ناسيًا فظن فساد صومه فجامع لزمه القضاء ولا كفارة للظن .

وقد جمعنا بهذا الحد ما إذا جامع المنفرد برؤية الهلال بعد ردِّ شهادته ، وما إذا جامع في أيام مرارًا ، وما إذا جامع ثم أنشأ السفر ، فالكفارة تجب في هذه الصور خلافًا لأبي حنيفة .

فأما إذا طرأ بعد الجماع مرض أو جنون أو حيض ففي الكفارة ثلاثة أقوال [٤] :

---

(١) زاد في (أ ، ب) : « عليها » .

(٢) في (أ ، ب) : « وعمن » .

(٣) في (أ ، ب) : « كان » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا طرى بعد الجماع مرض أو جنون أو حيض ففي الكفارة ثلاثة أقوال) إلى آخره ، الأظهر منها الثالث وهو : أنها لا تسقط بطريان المرض وتسقط بطريان الجنون والحيض ، ثم لا يخفى أن هذا الخلاف في الحيض مفرع على قولنا تجب الكفارة على المرأة ، والله أعلم » . المشكل (٢/١١ ب) .

أحدها : (١ أنه يسقط ١) إذ بان بالآخرة (٢) أن الصوم لم يكن واجبًا .

والثاني : يجب ؛ لأنها طرأت بعد فساد الصوم بالجماع .

والثالث : (٣ أنه يسقط ٣) بطريان الجنون والحيض لأنهما (٤) ينافيان الصحة ، وفي معناهما الموت بخلاف المرض فإنه لا ينافي الصحة ، وقد حكي طرد هذه الأقوال في طريان السفر ، وهو بعيد فإنه غير مبيح .

أما كيفية هذه الكفارة : فهي مرتبة ككفارة الظهار على ما اشتمل عليه القرآن .

وفي وجوب قضاء الصوم مع الكفارة ثلاثة أوجه :

أحدها : يجب ، وهو القياس .

والثاني : لا ؛ لقصة الأعرابي فليس فيها أمر بالقضاء (٥) .

والثالث : إن كَفَّر بالصوم اندرج ، وإلا لزمه القضاء .

وعمدة الكفارة حديث الأعرابي ، إذ جاء إلى رسول الله ﷺ وهو ينتف شعره ويضرب نحره ويقول : هلكت وأهلكت ، واقعت أهلي في نهار رمضان ! فقال – عليه السلام – : « أعتق رقبة » ، فوضع يده على سالفتيه وقال : لا أملك رقبة غير (٦) هذه .

---

(١) في (ب) : « أنها تسقط » . (٢) في (أ ، ب) : « بالآخر » .

(٣) في (ب) : « أنها تسقط » . (٤) في (أ ، ب) : « فإنهما » .

(٥) قال ابن الصلاح : « ذكر في وجوب القضاء على المجامع مع الكفارة ثلاثة أوجه ، ثانيها : أنه لا يجب لقصة الأعرابي وليس فيها أمر بالقضاء ، وهذا الوجه ينبغي أن يطرح فقد روي من وجوه عن أبي هريرة – رضي الله عنه – أن رسول الله ﷺ أمره أن يقضي يومًا مكانه رويناه في « السنن الكبير » بإسناد ورويناه في سنن أبي داود بنحوه ، والله أعلم . وقد قطع صاحبا « المهذب » و « التهذيب » بالقضاء ولم يذكرا خلافًا ، والله أعلم » . المشكل (٢/١١ ب - ١٢ أ) .

(٦) في (أ ، ب) : « إلا » .

فقال : « صُم شهرين متتابعين » ، فقال : وهل أتيت هذا [١] إلا من الصوم . فقال : « أطعم ستين مسكينًا » ، فقال : والله ما بين لابتيها أفقر مني ، فأتى رسول الله ﷺ بعرق من التمر يسع خمسة عشر صاعًا ، وقال : « تصدق به [على الفقراء] [٢] » قال [٣] : على أهل بيت أفقر من أهل بيتي ؟! فأخذ الأعرابي التمر وَوَلَّى ، ورسول الله ﷺ يبتسم [٤] .

---

(١) « هذا » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « فقال » .

(٤) قال ابن الصلاح : « المذكور في الكتاب من قصة الأعرابي وقع فيه زيادة غير صحيحة ، وحديثه ثابت في الصحيحين وغيرهما عن أبي هريرة وغيره . فقوله : (وأهلكت) لفظة وقعت في رواية ضعيفة لا يثبتها أصحاب الحديث ، ذكر ذلك الحافظ أبو بكر البيهقي . وقوله : (فوضع يده على سالفته ، وقال : لا أملك رقبة إلا هذه) لا يعرف . وقوله : (وهل أتيت إلا من الصوم) لا يعرف أيضًا ، والمذكور بدله في الروايات المعروفة أنه لا يستطيع ذلك .

والسالفة : هي صفحة العنق ، كما سبق شرحه في سُنن الوضوء .

وأما قوله : (ما بين لابتيها) فالمدينة - حرسها الله - تعالى - بين لابتين ، واللابة : عبارة عن الأرض الملسة بالحجارة السود . و(العرق) بفتح العين والراء المهملتين ، وقد يقال بإسكان الراء ، وهو عبارة عن الزنبيل المعمول من الخوص . وقد روي في بعض روايات الحديث أن العرق هو المكيل الضخم ، والمكيل والزنبيل والقفة بمعنى واحد ، والله أعلم » . المشكل (١٢/٢ أ) .

والحديث أخرجه البخاري : (١٩٣/٤) (٣٠) كتاب الصوم (٣٠) باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء فتصدق عليه فليكفر (١٩٣٦) ، وأطرافه : (١٩٣٧ ، ٢٦٠٠ ، ٥٣٦٨ ، ٦٠٨٧ ، ٦١٦٤ ، ٦٧٠٩ ، ٦٧١٠ ، ٦٧١١ ، ٦٨٢١) ، ومسلم : (٧٨١/٢ ، ٧٨٢) (١٣) كتاب الصيام (١٤) باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم (١١١١) ، وأبو داود : (٣٢٤/٢ ، ٣٢٥) كتاب الصوم - باب كفارة من أتى أهله في رمضان (٢٣٩٠ ، ٢٣٩٢ ، ٢٣٩٥) ، والترمذي : (١٠٢/٣ ، ١٠٣) (٦) كتاب الصوم (٢٨) باب ما جاء في كفارة الفطر في رمضان (٧٢٤) ، وابن ماجه : (٥٣٤/١) (٧) كتاب الصيام (١٤) باب ما جاء في كفارة من أفطر يومًا من رمضان (١٦٧١) .

وفي الحديث إشكالات [١] :

أحدها : أنه مهد عُذره في ترك [٢] الصيام بالغلمة المفرطة ، وقد اختلف الأصحاب فيه .

والثاني : أنه أخذ لينفق على أهل بيته ، فاختلفوا في جواز التفرقة في الكفارة على أهل البيت عند الفقر .

الثالث : أنه لم يبين له استقرار الكفارة في ذمته ، وكان عاجزًا عن جميع الخصال لدى الجماع .

واختلف الأصحاب فيه ، وقالوا : ما يجب لله - تعالى - ينقسم إلى ما يجب لا بطريق العقوبة / والغرامة كزكاة الفطر ، فإذا اقترن الإعسار بالاستهلال لم يستقر في ٤٦/أ
الذمة ، وما فيه معنى الغرامة لا يندفع بالعجز بل يثبت في الذمة كجزاء الصيد ، وأما الكفارة ففيها وجهان لترددها بين القسمين .

ثم قال صاحب التلخيص : لا يجوز للمظاهر أن يجامع وإن كان عاجزًا في حال الظهار عن جميع الخصال مالم يكفر ، فاستثنى كفارة الظهار .

---

(١) في (ب) : « استكمالات » . وقال ابن الصلاح : « وإذا وقفت على ما بيناه في الحديث [يقصد : في التعليق السابق] ظهر لك أن الإشكال المذكور الناشئ من تجويز ترك الصوم لشدة الغلمة مندفع لما ذكرناه من عدم ثبوت ذلك في الرواية . وهذا الإشكال السابق من كونه لم يأمره بالقضاء لما رويناه من أنه أمره بالقضاء . وأما الإشكال الآخر في تفريق الكفارة على أهله وعياله ، والإشكال الآخر في أنه لم يتبين له بقاء الكفارة في ذمته فهما مندفعان بأن هذه قضية عين ، وقضايا الأعيان قد تمهد في فن الأصول أنه لا يعم حكمها لتطرق الاحتمالات إليها ، فمن المحتمل هاهنا أنه صرف ذلك إلى عياله صدقة عليهم لفقرهم لا كفارة ، وأنه إنما لم يتبين له استقرار الكفارة في ذمته تأخيرًا لذلك إلى وقت الحاجة إلى بيان ذلك وهو وقت الأداء عند القدرة أو لأنه اقترن بحالة ما أشعر بأن ذلك غير خافٍ عليه . فالصحيح إذًا في ذلك بقاؤها في ذمته ، والجريان على مقتضى القياس في الأمور المذكورة لما ذكرناه لا لما ذكره صاحب الكتاب من جهل ذلك خاصة للأعرابي ، فإنه لا ضرورة تدعو إليه ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٢ أ - ١٢ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « بترك » .

وقال الشيخ أبو علي : لا فرق بينهما .

فإن قيل : وما عذر من يخالف الحديث ؟ قلنا : يرى أن تنزيل ذلك على تخصيص الأعرابي أقرب من تشويش [1] قاعدة القياس .

أما الفدية : فهي مُدٌّ من الطعام مصرفها مصرف الصدقات [2] ، ولوجوبها ثلاثة طرق ؛ فقد يجب [3] بدلًا عن نفس الصوم ، وقد يجب لفوات فضيلة الأداء ، وقد يجب لتأخير القضاء .

فأما الواجب عن نفس الصوم : فمن تعدى بترك الصوم ومات قبل القضاء ، أُخرج عن تركته مُدٌّ لكل يوم ، وفي القديم قول [4] : أنه يصوم عنه وليه [5] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من كلمة التشويش ينبغي أن يبدل بالتهويش ، فإن التشويش عامي يأباه العلماء باللغة ، والله أعلم » . المشكل (١٢/٢ ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الفدية : (مصرفها مصرف الصدقات) ليس المراد بالصدقات فيه الزكوات حتى يجوز صرفها إلى أصنافها ، وإنما المراد بذلك : صدقات التطوع ومصرفها المساكين والفقراء كسائر الكفارة ، وتخصيصها بالمسكين مذكور في « الوسيط » في بابها وذلك لتعيين المساكين في النصوص الواردة في الغالب من أنواع ذلك ، وحيث اقتصر على ذكر المسكين أو الفقير فهو شامل للنوعين الفقراء والمساكين كما في الوصية ، والله أعلم » . المشكل (١٢/٢ ب) .

(٣) في (ب) : « تجب » .

(٤) « قول » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (من تعدى بترك الصوم ومات قبل القضاء أخرج من تركته مد لكل يوم ، وفي القديم : أنه يصوم عنه وليه) قلت : ليس نصه في القديم هكذا جزمًا بل معلقًا فإنه قال فيه : (وقد رُوي في الصوم عن الميت شيء فإن كان ثابتًا صِيمَ عنه كما يُحج عنه) وأما في الجديد فإنه جزم بأن لا يصام عنه وجزم بضعف ماكان قد بلغه مما روي في جواز الصوم عن الميت ، وكلامه في ذلك كلام من لم تبلغه الأحاديث الصحيحة الواردة في ذلك ، منها حديث عائشة – رضي الله عنها – عن رسول الله ﷺ أنه قال : « من مات وعليه صوم صام عنه وليه » أخرجه البخاري ومسلم في الصحيحين وأخرجاه في صحيحيهما حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

ولمسلم في صحيحه من حديث بريدة بن الحصيب عنه ﷺ أنه أمر امرأة ماتت أمها وعليها صوم بأن =

فأما من فاته بالمرض ولم يتمكن من القضاء حتى مات فلا شيء عليه .

أما الشيخ الهِمّ الهَرِمُ ففيه قولان :

أحدهما : لا يلزمه الفدية كالمريض الدائم المرض إلى الموت .

والثاني : يلزمه ؛ لأنه ليس يتوقع زوال عُذْرِه ، بخلاف المريض فإنه عازم على القضاء .

= تصوم عن أمها .

وعند هذا ينبغي لمن اطلع على هذا من أصحابه أن يقطع بأن مذهبه أن يُصام عنه قولًا واحدًا ، لكونه اعتمد في عدم قوله بذلك على عدم ثبوت الحديث الوارد به وقد ثبت ثبوت الأحاديث الواردة بذلك ، ولأنه - رضي الله عنه - أوصى أصحابه بأنه متى ثبت الحديث على خلاف قوله فليدعوا قوله ويعملوا بالحديث .

وقد سلك الأصحاب هذا المسلك في مسألة الثبوت في الأذان وغيرها وقد قال القائم بنصرة مذهبه من حيث الحديث المصحح : لو وقف الشافعي على جميع طرق هذه الأحاديث وتظاهرها لم يخالفها إن شاء الله تعالى .

وما احتجوا به في نصرة القول الجديد مما رُوي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - عن رسول الله ﷺ فيمن مات وعليه صيام رمضان أنه يطعم عنه مكان كل يوم مسكين . وفي رواية مُدّ من حنطة فهو غير ثابت عند أهل الحديث مرفوعًا إلى رسول الله ﷺ وإنما هو من قول ابن عمر رضي الله عنهما .

ولا يقدح في حديث ابن عباس وعائشة - رضي الله عنهما - ما ورد عنهما من أنهما أفتيا في ذلك بالإطعام ، فقد قال الفقيه الحافظ أبو بكر البيهقي : من يُجَوِّز الصيام عن الميت يجوز الإطعام عنه . ثم إنه تقرر في أصول الفقه أن فتيا الراوي للحديث بخلافه لا يقدح فيه .

إذا وضح هذا فالولي المذكور في الحديث أنه يصوم عنه الأقرب أن المراد به القريب ، فإن الولي على مثال الرمى ، مأخوذ من الولى وهو القرب . ويحتمل أن تكون عبارة عن الوارث ، فإن الورثة أولياء الميت في تركته ، وهم الذين يطعمون عنه على تقدير الإطعام . ولم أجد لأحد من الأصحاب في ذلك قولًا جازمًا . وتردد إمام الحرمين في أنه الولي الذي يلي أمر المولى وهو القريب أو هو الوارث أو هو العصبة ، وقال : لا نقل عندي فيه وليس معنا في معناه ثبتٌ نعتمده ، واللّه أعلم ، ثُمَّ إن القول بجواز صوم الوليِّ عنه ليس مخصوصًا بالمتعدي بالإفطار كما يفهم من ظاهر إيراده في الكتاب ، بل هو منقول أيضًا في المعذور الذي لم يتمكن من القضاء حتى مات ، والمراد به : أنه يجوز صوم الولي عنه ، وإن لم يلزمه ، والله أعلم » . المشكل (١٢/٢ ب - ١٣ ب) .

أما [١] ما يجب لفضيلة الوقت ، فهو في حق الحامل والمرضع إذا أفطرتا خوفًا على ولديهما ، قضتا وأفدتا عن كل يوم مُدًّا ، كذلك ورد الخبر [٢] .

وفيه قول آخر : أنه لا يلزمهما كالمريض .

وفيه قول ثالث : أنه يجب على المرضعة لأنها لا تخاف على نفسها بخلاف الحامل .

فرعان :

أحدهما : العاصي بالإفطار ، هل يلزمه الفدية مع القضاء ؟

فيه وجهان ؛ أحدهما : نعم ؛ لأنه ليس خائفًا على نفسه كالمرضعة [٣] ، بل حاله أسوأ منها [٤] . والثاني : لا ؛ لأن الفدية لا تكفر عدوانه [٥] .

---

(١) في (أ ، ب) : « فأما » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الحامل والمرضع : (إذا أفطرتا خوفًا على ولديهما قضتا وافتدتا عن كل يوم مُدًّا ، كذلك ورد به الخبر) يعني بالخبر : ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - في قوله تبارك وتعالى : ﴿ وعلى الذين يطيقونه فدية ﴾ منسوخة إلا الحامل والمرضع إذا خافتا على أولادهما أفطرتا وأطعمتا مكان كل يوم مسكينًا رواه أبو داود وغيره ، وهذا هو الصحيح من الأقوال عند صاحب الكتاب ، ولذلك أفتى به أولًا ثم حكى أن فيه قولًا ثانيًا وثالثًا ، وعند القاضي الروياني الأصح : أن القديم لا يجب والاختيار الأول أولى ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٣ ب - ١٤ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « كالمرضع » .

(٤) في الأصل : « منه » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) وهو الصحيح .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله في تعليل أحد الوجهين : (إن الفدية لا تجب على العاصي بالإفطار ، لأن الفدية لا تكفر عدوانه) إن قلت هذا لا يليق بأصلنا فإنا قسنا قتل العمد على الخطأ في إيجاب الكفارة ، ولم نُبَالِ بقول الخصم في الفرق أن جريمة قتل العمد عظيمة لا تكفرها الكفارة ، قلت : ولا سواء فإن الفدية مُدٌّ من طعام فهي تصال حدأ عن جريمة تعمد الإفطار في صوم رمضان المعظم ، ولا كذلك كفارة القتل المشتملة على إعتاق الرقبة الموجب إعتاق كل عضو من المعتق بكل عضو منها من النار ، كما نطق =

الثاني : من رأى غيره مشرفًا على الغرق ، وكان لا يتوصل إلى إنقاذه إلا بالفطر فله الفطر ، وفي لزوم الفدية وجهان [(١)] من حيث إنه أفطر خوفًا [(٢)] على غيره كالمرضعة ، ووجه الفرق : أن هذا نادر .

وأما [(٣)] ما يجب لتأخير القضاء : فمن فاته صوم فلا يجوز له تأخير القضاء إلى السنة الثانية إلا بمرض دائم وعذر مستمر . فلو أخر [(٤)] مع الإمكان عصى وقضى ، وأخرج لكل يوم مُدًّا للخبر [(٥)] ، ولو [(٦)] أخر سنين ففي تكرر المد بعدد كل سنة وجهان [(٧)] ، والشيخ الهم إذا أخر المد عن السنة الأولى ففي لزوم مد آخر للتأخير

= به الحديث الصحيح ، وإطلاقه شامل لجريمة القاتل المتعمد فالعتق إذًا يكفر كلها أو جلها .

وهذا الوجه هو الصحيح عند إمام الحرمين والأصح عند صاحب « التهذيب » وجوب الفدية وهو الأظهر ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٤ أ) .

(١) قال ابن الصلاح : « الأصح فيمن أفطر لتخليص الغريق : أنه تلزمه الفدية ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٤ أ) .

(٢) « خوفًا » : ليست في (أ ، ب) . (٣) في (أ ، ب) : « فأما » .

(٤) في (أ ، ب) : « أخره » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (فيمن لزمه قضاء صوم من رمضان وتمكن منه فأخره حتى أدركه رمضان آخر عصى ، وأخرج كل يوم مُدًّا للخبر) فالخبر إنما هو في إخراج المد عن كل يوم وليس فيه ذكر العصيان ، ثم إنه عن ابن عباس وأبي هريرة موقوفًا عليهما ، ومنهم من رواه عن أبي هريرة مرفوعًا إلى رسول الله ﷺ ، ولا يصح رفعه ، فالاحتجاج به إذا لم يكن بواسطة الانتشار من غير نكير يكون لكون ذلك مما لا يدرك إلا بالتوقف .

ثم إنه يبقى ما ذكره هو وآخرون من المعصية مفتقرًا إلى دليل ، ولا يلزم من مطلق وجوب الفدية معصيته .

قلت : يلزم ذلك من وجوب الفدية هاهنا : لأنها لتأخر القضاء لا بدلًا عن نفس الصوم ، فلو لم يكن تقديم القضاء واجبًا لما وجب عنه بدل وهو الفدية ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٤ أ - ١٤ ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٧) قال ابن الصلاح : « والأصح عند شيخه : أن الفدية تتكرر بتكرر السنة في التأخير ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٤ ب) .

وجهان [١] .

هذا حكم صوم الفرض ، فأما صوم التطوع : فالإفطار فيه جائز بغير عذر خلافًا لأبي حنيفة ، وهل يكره دون عذر فيه وجهان [٢] .

أما صوم القضاء : فما يجب على الفور يلزمه إتمامه عند الشروع ، وما هو على التراخي فيجوز الإفطار فيه [٣] .

وصوم التطوع في السنة : صوم عرفة ، وعاشوراء وتاسوعاء ، وستة أيام بعد عيد رمضان ، وفي الشهر الأيام البيض [٤] ، وفي الأسبوع الاثنين والخميس ، وفي [٥] الجملة صوم الدهر مسنون [٦] بشرط الإفطار [٧] يوم العيدين [٧] وأيام التشريق [٨] .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (الشيخ الهم إذا أخر المد عن السنة الأولى ففي لزوم مد آخر للتأخير وجهان) هذا لم نجده لغيره لم يذكره هو في « البسيط» فهو شذوذ منه ؛ لأنه من تصرفه ولا وجه لإلحاق الفدية بنفس الصوم في ذلك مع قيام الفارق ووضوحه ، والله أعلم » . المشكل (١٤/٢ ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « الأصح : أنه يكره الإفطار في صوم التطوع بغير عذر ، والله أعلم » . المشكل (١٤/٢ ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (أما صوم القضاء فيما يجب على الفور يلزمه إتمامه عند الشروع وما هو على التراخي فيجوز الإفطار فيه) أراد بما يجب قضاؤه على الفور ما وجب بسبب هو عاصٍ به أو مقصر ، وكذا قال في « البسيط » ، وبما هو على التراخي ما إذا أفطر بعذر . وهذه طريقته في طائفة ، وهي الصحيحة ، وليس المختار ما اختاره صاحب « المهذب » ومن وافقه من أن الجميع على التراخي . وأما ما ذكره من جواز الإفطار بعد الشروع في القضاء الواجب على التراخي فهو قول القفال في طائفة ، والمذهب : المنع من ذلك على ما سبق تبيانه في باب ..... » . المشكل (١٤/٢ ب - ١٥ أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (أيام البيض) الصواب فيه إضافة أيام البيض إلى الليالي البيض ، وهي ليلة ثلاثة عشرة وليلة أربع عشرة وليلة خمس عشرة . ومن يقول : (الأيام البيض) بالألف واللام في (الأيام) فهو مخطئ ، والله أعلم » . المشكل (١٥/٢ أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « وعلى » .

(٦) « مسنون » : ليست في (أ ، ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « يومي العيد » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (وصوم الدهر مسنون بشرط الإفطار يومي العيد وأيام التشريق) هذا الكلام يتضمن تصور صوم الدهر مع الإفطار في بعضه وذلك خلاف الحقيقة ، ووجهه : أن تجعل الدهر فيه عبارة عن جميع الأيام التي يجوز صومها على طريق التجوز ، لا على جميع الأيام على الإطلاق ، والله أعلم » . المشكل (١٥/٢ أ) .

كتاب الاعتكاف

[وفيه :

تمهيد وثلاثة فصول :

الفصل الأول : في أركانه .

الفصل الثاني : في موجب ألفاظ النذر .

الفصل الثالث : في قواطع التتابع] (*) .

---

* ما بين المعقوفتين زيادة من المحقق .

الاعتكاف : قربة مسنونة ، ولا يلزم إلا بالنذر ، وأحرى المواقيت به العشر الأخير من رمضان ، تأسيًا برسول الله ﷺ ، وابتداؤه عند غروب الشمس يوم العشرين ، وآخر هلال شوال . ولو اعتكف ليلة العيد وأحياها تعرض لقوله عليه - السلام - : « من أحيا ليلتي العيد لم يمت قلبه يوم تموت القلوب » (١) .

والغرض (٢) من العشر الأخير طلب ليلة القدر ، قال رسول الله ﷺ : « اطلبوها في العشر الأخير ، واطلبوها في كل وتر » (٣) .

وميل الشافعي - رضي الله عنه - إلى ليلة الحادي والعشرين لحديث ورد فيه (٤) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « ومن كتاب الاعتكاف ما ذكره من حديث : (من أحيا ليلتي العيدين لم يمت قلبه يوم تموت القلوب) ، وقد سبق الكلام فيه في باب صلاة العيدين ، والله أعلم » . المشكل (١٥/٢ أ) .

والحديث أخرج نحوه ابن ماجه : (٥٦٧/١) (٧) كتاب الصيام (٦٨) باب فيمن قام في ليلتي العيدين (١٧٨٢) . وقال في الزوائد : إسناده ضعيف . والبيهقي في السنن الكبرى : (٣١٩/٣) ، والهيثمي في مجمع الزوائد : (١٩٨/٢) وقال : رواه الطبراني في الكبير والأوسط وفيه عمر بن هارون البلخي والغالب عليه الضعف ، وأثنى عليه ابن مهدي وغيره ولكن ضعفه جماعة كثيرة ، والله أعلم .

(٢) في (أ ، ب) : « فالغرض » .

(٣) الحديث أخرجه البخاري : (٣٠٥/٤) (٣٢) كتاب فضل ليلة القدر (٣) باب تحرى ليلة القدر في الوتر من العشر الأواخر (٢٠١٨) ، ومسلم : (٨٢٤/٢) (١٣) كتاب الصيام (٤٠) باب فضل ليلة القدر والحث على طلبها (١١٦٧) ، والترمذي : (١٥٨/٣ ، ١٥٩) (٦) كتاب الصوم (٧٢) باب ما جاء في ليلة القدر (٧٩٢) ، وابن ماجه : (٥٦١/١) (٧) كتاب الصيام (٥٦) باب في ليلة القدر (١٧٦٦) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في ليلة القدر : (وميل الشافعي إلى ليلة الحادي والعشرين لحديث ورد فيه) يعني به : حديث أبي سعيد الخدري الذي رواه الشافعي عن مالك ، وأخرجه البخاري ومسلم في الصحيحين ، وفيه أنه ﷺ قال : « أُريتُ هذه الليلة ، ثم أنسيتها ، ورأيتني أسجد في صبيحتها في ماء وطين ، فالتمسوها في العشر الأواخر ، والتمسوها في كل وتر » . قال أبو سعيد : فمطرت السماء في تلك الليلة - يعني : ليلة إحدى وعشرين - وكان المسجد على عريش فوكف المسجد ، قال : فأبصرت عيناي رسول الله ﷺ انصرف وعلى جبهته وأنفه أثر الماء والطين صبيحة إحدى وعشرين . =

وقال أبو حنيفة : هي (١) في جميع الشهر .

وقيل : إنها في جميع السنة (٢) ، وقد قال الشافعي - رضي الله عنه - : « لو قال :

= ونص الشافعي - رحمه الله - في « المختصر » أصح مما نقله ، قال فيه : ويشبه أن يكون في ليلة إحدى وعشرين أو ثلاث وعشرين ، وذلك أنه ورد في ليلة ثلاث وعشرين حديث صحيح أخرجه مسلم من حديث عبد الله بن أنيس ، بنحو حديث أبي سعيد ، والله أعلم » . المشكل (١٥/٢ أ - ١٥ ب) .

وحديث أبي سعيد أخرجه البخاري : (٣٠٥/٤) (٣٢) كتاب فضل ليلة القدر (٣) باب تحري ليلة القدر في الوتر من العشر الأواخر (٢٠١٨) ، ومسلم : (٨٢٤/٢ ، ٨٢٥) (١٣) كتاب الصيام (٤٠) باب فضل ليلة القدر والحث على طلبها (١١٦٧) ، والترمذي : (١٥٨/٣ ، ١٥٩) (٦) كتاب الصوم (٧٢) باب ما جاء في ليلة القدر (٧٩٢) .

(١) « هي » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقيل : إنها في جميع السنة) يوهم أن ذلك وجه لبعض الأصحاب ، وليس كذلك ، وإنما هو رواية عن أبي حنيفة . وقوله : (وقد قال الشافعي : لو قال في نصف رمضان : امرأتي طالق في ليلة القدر لم تطلق مالم تنقضِ سنة ، لأن كونها في جميع الشهر محتمل ، والطلاق لا يقع بالشك ، وليس على انحصارها في العشر الأخير دليل ظاهر) هذا شذوذ منكر لا يوجد في كتب المذهب ، والمنقول المقطوع به في كتب المذهب أنه لو قال : أنت طالق ليلة القدر قبل العشرة الأواخر طلقت بانقضائها ، وإن قال ذلك بعد مضي بعض لياليها لم تطلق إلى أن تمضي سنة من حينئذٍ .

والذي نقله شيخه في « النهاية » عن نص الشافعي أنها تطلق بانقضاء عشر ، لا ما نقله هو ، ونقل ذلك صاحب « المهذب » عن أصحابنا مطلقًا من غير استثناء أحد منهم ، وكما أن ما ذكره غير صحيح من جهة النقل فهو غير صحيح من جهة التوجيه ، إذ لا يستقيم قوله في توجيه ذلك : (الطلاق لا يقع بالشك ، وليس على انحصارها في العشر الأخير دليل ظاهر) إذ على انحصارها فيها أخبار صحيحة معروفة ظاهرة ، فليست ذلك إيقاعًا للطلاق بالشك بل بالظن الغالب . وقد قال في ذلك شيخه الإمام - رحمهما الله وإيانا - : الانحصار في العشر الأواخر مذهب ثابت والطلاق يناط وقوعه بالمذاهب المظنونة ، والله أعلم .

ولقد قضيت زمانًا عجيبًا من وقوع مثل هذا في هذا الكتاب مع جلالة مؤلفه - رحمه الله وإيانا - فظننت من بعد أنه كان قد ينقل عند التصنيف مما كان قد علقه هو أو بعض رفقائه في الابتداء زمان التحصيل من تدريس الإمام شيخه لنهاية المطلب ، وكانت العادة جارية بمثل ذلك ، وكثيرًا ما يقع في =

في نصف رمضان امرأتي طالق ليلة القدر ، لم تطلق ما لم تنقضِ سنة ، لأن كونها في جميع الشهر محتمل ، والطلاق لا يقع بالشك ، وليس على [1] انحصاره في العشر الأخير دليل ظاهر .

هذا تمهيد الكتاب ، ومقصوده ينحصر في ثلاثة فصول :

= التعاليق إسقاط أو تغيير وتحريف لكون المعلق إنما يكتب ما يعلقه من حفظه ، والحفظ خوان ، وقد يخل سمعه عن بعض المذكور ، لاسيما عند الجريان في ميدان البيان ، فكان هذا الذي نقله وذكره هاهنا من تحريف التعليق لما ذكره شيخه في (النهاية) من أن الشافعي له مذهبان ؛ أحدهما : انحصار ليلة القدر في العشر الأخير ، والثاني : تعيينه ليلة الحادي والعشرين أو ليلة الثالث والعشرين ، وبين مذهبيه فرق يظهر أثره في مسألة الطلاق المذكورة من حيث إنه لا يحكم بوقوع الطلاق بانقضاء ليلة الحادي والعشرين ، ولا بانقضاء ليلة الثالث والعشرين ، ويحكم بوقوعه بانقضاء العشرين من حيث إن مذهبه في انحصارها في العشر ثابت ، وهو على تردد في تعيين إحدى الليلتين ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٥ ب - ١٦ أ) .

وغلط ابن أبي الدم الغزالي في هذه المسألة ورد بنحو ما رد ابن الصلاح في إيضاح الأغاليط (٩ ب - ١٠ أ) .

(١) « على » : ليست في (أ ، ب) .

الفصل الأول : في أركانه

وهي أربعة : الاعتكاف [١] ، والنية ، والمعتكِف ، والمعتكَف .

الركن الأول : نفس الاعتكاف :

وهو عبارة عن اللبث في المسجد مع الكفِّ عن قضاء شهوة الفرج .

أما اللبث : فأقله ما ينطلق عليه [٢] اسم العكوف [٢] ، وهو زائد على طمأنينة السجود . ولو نذر اعتكافًا مطلقًا يكفيه اعتكاف ساعة ، كما تكفيه [٣] في نذر الصدقة التصدق [٤] بحبة . وقيل : إنه يكفي المرور بالمسجد [٥] كالمرور بعرفة ، وقيل : لابد من يوم أو ما يدنو منه ، وهو مذهب أبي حنيفة [٦] .

وأما الكف عن قضاء الشهوة : فنعني به ترك الجماع ، فالاعتكاف [٧] يفسد به ، ولا يفسد بملامسة من غير شهوة ؛ إذ كانت عائشة – رضي الله عنها – ترجل رأس رسول الله ﷺ [٨] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من جعله أركان الاعتكاف أربعة أحدها الاعتكاف ، وجهه : أن الاعتكاف المحسوس جزء من الاعتكاف المشروع فلم يمتنع كونه ركنًا فيه ، وقد وجهنا في أول باب الاستقبال ما جرت عادته به في الأركان المذكورة في صدور الأبواب ، والله أعلم » . المشكل (١٦/٢ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « الاسم المعتكف » . (٣) في (أ ، ب) : « يكفيه » .

(٤) « التصدق » : ليست في (ب) . (٥) في (أ ، ب) : « في المسجد » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (فيما إذا نذر اعتكافًا مطلقًا وقيل : لابد من يوم أو ما يدنو منه ، وهو مذهب أبي حنيفة) المنقول عن أبي حنيفة أنه لا يجزى أقل من يوم ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ١٦أ) .

(٧) في (أ ، ب) : « والاعتكاف » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (كانت عائشة ترجل رأس النبي ﷺ) ورد به حديث صحيح معناه : أنه ﷺ كان يخرج من المسجد رأسه إليها وهي خارجة منه في حجرتها فترجل شعره ، أي تمشطه بماء أودهن أو غيرهما ، والله أعلم » . المشكل (١٦/٢ أ - ١٦ ب) .

الحديث أخرجه البخاري : (٣٢٠/٤) (٣٣) كتاب الاعتكاف (٢) باب الحائض ترجل رأس المعتكف =

وفي مقدمات الجماع كالقبلة والمعانقة قولان ؛ أحدهما : أنه يحرم ويفسد كما في الحج . والثاني : / لا كما في الصوم (١) . ٤٦/ب

والصحيح : أنه إن (٢) أفضى إلى الإنزال فسد (٣) . وقيل بطرد القولين .

= (٢٠٢٨، ٢٠٤٦) ، ومسلم : (٢٤٤/١) (٣) كتاب الحيض (٣) باب جواز غسل الحائض رأس زوجها وترجيله (٢٩٧) ، وأبو داود : (٣٤٥/٢) كتاب الصوم – باب المعتكف يدخل البيت لحاجته (٢٤٦٧ ، ٢٤٦٨ ، ٢٤٦٩) ، والترمذي : (١٦٧/٣) (٦) كتاب الصوم (٨٠) باب المعتكف يخرج لحاجته أم لا ؟ (٨٠٤) ، والنسائي : (١٩٣/١) (٣) كتاب الحيض (٢٠) باب ترجيل الحائض رأس زوجها وهو معتكف في المسجد (٣٨٦ ، ٣٨٩) ، وابن ماجه : (٥٦٥/١) (٧) كتاب الصيام (٦٤) باب ما جاء في المعتكف يغسل رأسه ويرجله (١٧٧٨) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وفي مقدمات الجماع كالقبلة والمعانقة قولان ؛ أحدهما : أنه يحرم ويفسد ، والثاني : لا كما في الصوم) هذا من عُقَد هذا الكتاب ومشكلاته ؛ لما فيه من الجمع بين الاعتكاف والحج في الإفساد بذلك ، ومعلوم أن الحج لا يفسد بذلك وإنما تجب فيه الفدية ، فأقول – وأسأل الله التوفيق – : معناه أن المباشرة تخل بالاعتكاف كما تخل بالحج ، فالجمع بينهما وقع في مطلق الإخلال دون خصوص إخلال الفساد . ثم إذا ثبت هاهنا بالقياس أصل الإخلال ثبت كونه بالإفساد لا بالقياس ، بل باعتبار تعينه طريقًا في الاعتكاف إلى ثبوت الخلل ، بخلاف الحج فإنه أمكن فيه إثبات خلل الجبران بالفدية ، والله أعلم .

ثم إنه وقع منه في هذه المسألة أمران آخران غير مرضيين ؛ أحدهما : إجراؤه الخلاف في التحريم والإفساد معًا ، والتحريم مقطوع به ولا خلاف في ثبوته في الطريقتين الخراسانية والعراقية فيما وجدنا . والثاني : أنه في « البسيط » ضبط ما يفسد به الاعتكاف على أحد القولين وما تجب به الفدية في الحج بكل لمس ينتقض به الطهر ، واتبع في ذلك شيخه الإمام فإنه ضبط البابين جميعًا باللمس الذي ينتقض الوضوء نفيًا وإثباتًا خلافًا ووفاقًا ، وذلك بعيد مخالف لما ذكره غيرهما في التخصيص باللمس بشهوة ، والله أعلم . والصحيح : عدم الإفساد عند عدم الإنزال ، والله أعلم » . المشكل (١٦/٢ ب) .

واستشكل الحموي – أيضًا – إشراك الغزالي الحج والاعتكاف في الفساد بالقبلة والمعانقة ، ثم رد على هذا الإشكال بقوله : « ليس مراد الشيخ بذلك إلا مجرد التحريم فقط ، وهو مشترك بينهما دون الإفساد في الحج ، فإن له دليلًا آخر وهو قوله تعالى : ﴿ ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد ﴾ وظاهر المخالفة تدل على الفساد ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (٦٦ ب – ٦٧ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « إذا » . (٣) في (أ ، ب) : « أفسد » .

ولا يشترط الكفُّ عن ثلاثة أمور :

أحدها : التطيب (١ والتزين بالثياب ١) .

والثاني : البيع والشراء ، والأحب أن لا يكثر منه ، فإن أكثر لم يفسد اعتكافه .

وقال مالك : تركه يشرط (٢) ، أعني تركه الحرفة . وقد عزى ذلك إلى الشافعي – رضي الله عنه – ، ووجهه (٣) : أنه يناقض الإخلاص في الاعتكاف .

الثالث : الكف عن الأكل [والشرب] (٤) ليس بشرط .

وقال أبو حنيفة : الصوم شرط في صحته ، حتى لا يصح اعتكاف (٥ ليلة مفردة ٥) مالم يتصل بالنهار ، وهو قول قديم للشافعي (٦) ، نعم لو نذر أن يعتكف يومًا صائمًا لزمه الاعتكاف والصوم جميعًا . وفي لزوم الجمع قولان ؛ أحدهما : لا ، كما لو قال : أعتكف مصليًا . والثاني : نعم ، لتقارب العبادتين كما في الحج والعمرة (٧) .

---

(١) في (أ ، ب) : « التزيين » . (٢) في (أ ، ب) : « شرط » .

(٣) في الأصل : « ووجه » ، ويمكن قراءته بالتشكيل الآتي : (وَوُجِّهَ) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) . (٥) في (أ ، ب) : « ليل مفرد » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقال أبو حنيفة : الصوم شرط في صحته حتى لا يصح اعتكاف ليل مفرد مالم يتصل بالنهار ، وهو قول قديم للشافعي رضي الله عنهما) هذا فيه نظر ، فإن شيخه حكى عن أبي حنيفة أنه قال : لا اعتكاف إلا بصوم ، وقال : ثم ناقض وقال : لو اعتكف يومًا محبوسًا بليلتين صح اعتكافه في اليوم والليلتين ، وإن كانت الليلة لا تحتمل الصوم ، قال : وحكى الأئمة قولًا للشافعي في القديم في اشتراط الصوم في الاعتكاف ثم قال الأئمة : إذا فرعنا على القديم لم نصحح الاعتكاف في الليل لا تبعًا ولا مفردًا ، والله أعلم » . المشكل (١٦/٢ ب – ١٧ أ) .

(٧) قال ابن الصلاح : « إذا نذر أن يعتكف يومًا صائمًا فالأصح أنه لا يجزيه إفراد الصوم عن الاعتكاف ، وروى ذلك عن « الأم » ؛ لأن الاعتكاف مع الصوم أفضل . وقوله فيه : (وفي لزوم الجمع قولان) غيره يقول : (فيه وجهان) ، ووجه ما قاله : أنه إذا كان أحدهما منصوصًا عليه في « الأم » كما حكيناه كان الوجه الآخر قولًا مخرجًا على ما عرف ، فتحصل قولان ؛ أحدهما منصوص والآخر مخرج . =

ولو قال : لله عليَّ أن أصوم معتكفًا فالصحيح : أنه لا يلزمه الجمع ؛ لأن الاعتكاف لا يصلح أن يكون وصفًا للصوم (١) ، ولو قال : لله عليَّ أن أصلي صلاة أقرأ فيها السورة الفلانية فيلزمه القراءة والصلاة ، وفي لزوم الجمع قولان .

الركن الثاني : النية :

ولابد منها في الابتداء ، ثم إذا نوى الاعتكاف مطلقًا ، وهي سنة ، تكفيه تلك النية ، فإن (٢) خرج من المسجد ولو لقضاء حاجة فإذا عاد لزمه استئناف النية ، فأما إذا نوى اعتكاف يوم أو شهر ثم خرج وعاد ففي تجديد النية ثلاثة أقوال :

أحدها : لا يلزم ؛ لأن النية شملت جميع المدة (٣ التي عينها ٣) .

= وقوله في تعليل لزوم الجمع لتقارب العبادتين : (كما في الحج والعمرة) معناه : أن الصوم والاعتكاف كلاهما إمساك وكف وكان جمعهما مما يلزم بالنذر ، كما لو نذر أن يقرن بين الحج والعمرة ، وهذا قد ذكره شيخه ، وفي لزوم القران بين الحج والعمرة بالنذر حتى لا يجزي الحج والعمرة مفردين مع أن الإفراد أفضل الأشكال . ولعل وجهه : أن بين القران والإفراد تغاير كتغاير النوعين ، إذ من أفعاله ما يتصف بكونه من الحج ومن العمرة جميعًا ، ولو نذر نوعًا من العبادة لم يجزيه نوع آخر وإن كان أفضل منه ، كما لو نذر عمرة لم يجزيه حج ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٧ أ) .

(١) ذكر الحموي إشكالًا على هذا النص ، قال : « ما ذكره الشيخ من كون الاعتكاف لا يصلح أن يكون وصفًا للصوم فإنه ليس بصحيح ، فإنه يصح أن يكون كل واحد وصفًا للآخر ، فيكون الاعتكاف وصفًا للصوم والصوم وصفًا للاعتكاف ، وكلاهما منصوب على الحال ولا فرق بينهما عند أهل العربية » .

ثم ناقش هذا الإشكال وردَّ عليه بقوله : « وإن كان الأمر كذلك إلا أنه لما كان الاعتكاف في الشرع هو اللبث في المسجد مع الإسلام والنية والعقل والطهارة عن الحيض والإمساك عن الجماع ، وكذا عن مقدماته على الخلاف المشهور ، وإذا ثبت هذا كان الاعتكاف هو المقصود الكلي دون الصوم ، فإنه دخيل في الاعتكاف ، فعلى هذا لا يحسن أن يكون الاعتكاف تابعًا للصوم ولا كذلك إذا اعتكف صائمًا فإنه تابع للاعتكاف الذي هو أصل ، ومما يقوي ما ذكرنا أن إنسانًا لو نذر عند أبي حنيفة اعتكافًا ولم يتعرض للصوم لم يلزمه الاعتكاف ، ويلزمه مع الاعتكاف الصوم ، وإنما كان كذلك لكون الاعتكاف لا يعد تابعًا بخلاف الصوم فإنه يكون تابعًا للاعتكاف ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (٦٧أ - ٦٧ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٣) في (أ ، ب) : « بتعيينها » .

والثاني : أنه إن قَرُب الزمان لم يلزم ، وإن بَعُد وجب التجديد .

والثالث : إن خرج لقضاء الحاجة لم يلزم ، وإن خرج لأمر آخر لزم التجديد (١) .

ومهما نوى الخروج عن الاعتكاف وهو في المسجد ففي بطلانه ما في بطلان الصوم (٢) .

الركن الثالث : المُعْتكِف :

وهو كل مسلم عاقل ليس بجنب ولا حائض ، ولا يشترط الحرية فيصح اعتكاف الرقيق ، ولكن للسيد أن يخرجه مهما شاء ، ويصح اعتكاف المكاتب (٣) ، ومَنْ نصفه حر ونصفه رقيق له أن يستقل بالاعتكاف في نوبته .

أما الردَّة والسُّكر إذا قاربا الابتداء منعا الصحة لتعذر النية ، وإن طرآ فقد نصَّ على أنه لا يفسد بالردة ويفسد بالسكر .

واختلف الأصحاب على ثلاثة أوجه في المسألتين :

أحدها : أنه لا يفسد بهما ، وتأويل نصه في السكر ما إذا خرج لإقامة الحد .

والثاني : أنه يفسد بهما ، وتأويل نصه في الردة أنها لا تحبط ما مضى .

---

(١) قال ابن الصلاح : « الخلاف الذي ذكره في تحديد النية إذا نوى الاعتكاف زمانًا معينًا نحو شهر ثم خرج ثم عاد الأصح منه الثالث وهو : أنه إن خرج لقضاء حاجة الإنسان لم يلزمه تجديد النية ، وإن خرج لغرض آخر لزمه ، والله أعلم » المشكل (١٧/٢ أ - ١٧ ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (مهما نوى الخروج من الاعتكاف وهو في المسجد ففي بطلانه ما في بطلان الصوم) يعني : لتساويهما في أنهما إمساك وكف وليسا كالصلاة المفتقرة إلى لفظ وتحلل فيجري في بطلانه الوجهان والأظهر البطلان ، والله أعلم » . المشكل (١٧/٢ ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (يصح اعتكاف الرقيق ولكن للسيد أن يخرجه مهما شاء ، ويصح اعتكاف المكاتب) لعله خص المكاتب بالذكر بعد ذكره مطلق الرقيق لانفراد المكاتب بأنه يصح اعتكافه ويجوز حتى لا يتوقف - على الأصح - على إذن سيده وليس له إخراجه ، والله أعلم » . المشكل (١٧/٢ ب) .

والثالث - وهو الأصح - : أنه يفسد بالردة ، لفوات شرط العبادة ، ولا يفسد بالسكر كما لا يفسد بالنوم والإغماء [١] .

وأما الحيض مهما طرأ قطع الاعتكاف ، والجنابة إن طرأت باحتلام [٢] فعليه أن يبادر إلى الغسل ، ويكون خروجه [٣] كخروجه للوضوء [٤] وقضاء الحاجة ، والجنابة في مدة العبور لا تفسد الاعتكاف [٥] ، ثم لو قدر على الغسل في المسجد جاز له الخروج للغسل ولم ينقطع تتابعه صيانة للمسجد عن أن يتخذ مَحَطًّا للجنابة .

الركن الرابع : المُعْتَكَف :

وهو المسجد ، ويستوي فيه عندنا [٦] سائر المساجد ، والجامع أولى لكثرة الجماعة .

وللشافعي - رضي الله عنه - قول قديم : أن اعتكاف المرأة في مسجد بيتها

---

(١) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من أن نصه على أن الردة لا تبطل الاعتكاف متأول على أن الردة لا تحبط ما مضى ، وجهه أنه فرض الكلام فيما إذا لم يكن اعتكافه متابعًا فله البناء إذا عاد على ما مضى ؛ لأن الردة لا تحبط ما مضى من العبادة .

وأما قوله : أن الأصح أنه يفسد بالردة ولا يفسد بالسكر فإنه اتبع في ذلك شيخه ، وهو طريق شاذ لم نجده لغيرهما ، ولو صح نقله لم يصح تصحيحه ، بل الأصح الإفساد فيهما ؛ لأن كل واحد منهما من حيث المعنى أشد منافاة للاعتكاف من الخروج اليسير من المسجد ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٧ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « احتلامًا » . (٣) في (أ ، ب) : « خروجه له » .

(٤) في (أ ، ب) : « إلى الغسل » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (والجنابة في مدة العبور لا تفسد الاعتكاف) هذا وقع انفصالًا عن إشكال أورد على ما سبق من ذكر الخلاف في أن من باشر وأنزل هل يفسد اعتكافه ؟ فقيل : أي وجه للخلاف في هذا مع أنه إذا أنزل فقد أجنب وصار اعتكافه مكثًا في المسجد محرمًا ولا يكون قربة ، ويلزم من ذلك فساده ، فقيل : وجهه أن يبادر إلى الخروج عند طرآن الإنزال للاغتسال فيكون ذلك عبورًا من الجنب جائزًا ، فلا يفسد به الاعتكاف ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٧ ب - ١٨ أ) .

(٦) « عندنا » : ليست في (أ ، ب) .

يصح (١) ، وذكر في الرجل خلاف مرتب وهو بعيد .

ولو عيَّن مسجدًا بنذره فالظاهر أن (٢) المسجد الحرام يتعين وسائر المساجد لا تتعين ، وفي المسجد الأقصى ومسجد المدينة قولان (٣) ، وقيل : إن الكل لا يتعين ، وقيل : الكل (٤) يتعين ، فإذا قلنا : [إن الكل] (٥) لا يتعين فلو انتقل في خرجاته لقضاء حاجة إلى مساجد متقاربة وكان اعتكافه متتابعًا جاز .

وأما الزمان : فالمذهب أنه يتعين (٦) كما في الصوم (٧) ، فإذا نذر اعتكاف رجب مثلًا لزمه ، فلو فات فالظاهر وجوب القضاء ، وقيل : لا يجب ؛ لأنه تعذر الملتزم وهو باطل بالصوم .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (اعتكاف المرأة في مسجد بيتها) بلغني عن الشيخ أبي الفتوح العجلي الأصبهاني – رحمه الله – أنه قال : مسجد مفتوح الجيم ، وكأنه أراد الفرق بين المسجد الشرعي وغير الشرعي ، ولا فرق بينهما من حيث اللغة ، بل فيه فيهما لغتان بكسر الجيم وبفتحها ، والله أعلم » . المشكل (١٨/٢ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « في » .

(٣) قال ابن الصلاح : « الأصح من القولين أن مسجد المدينة والمسجد الأقصى يتعينان إذا عينهما بالنذر ، والمعروف في المسجد الحرام القطع بأنه يتعين ، وحكاية الخلاف فيه غريب جدًّا ، والله أعلم » . المشكل (١٨/٢ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « إن الكل » .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « متعين » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأما الزمان : فالمذهب أنه يتعين كما في الصوم) قد ذكر في كتاب النذر خلافًا في تعيين الزمان في الصوم بالنذر ، هكذا الخلاف ، فإذًا قوله : (كما في الصوم) تشبيه للاعتكاف بالصوم في جريان الخلاف فيهما ، ولا قياس للتعيين هاهنا على التعيين هناك فاعلم ، والله أعلم » . المشكل (١٨/٢ أ) .

الفصل الثاني : في موجب ألفاظ النذر

والنظر في ثلاثة أمور :

الأول : في التتابع :

فإذا قال : لله عليَّ أن أعتكف شهرًا متتابعًا : لم يجز التفرق (١) . وإن قال : متفرقًا جاز متتابعًا (٢) لأنه زاد خيرًا .

ولو أطلق فالمذهب : أن التتابع لا يلزم كما في الصوم .

وقال ابن سريج : يلزم لأن الليالي في الصوم تقطع التتابع بخلاف الاعتكاف ، وهو بعيد .

فأما إذا نذر يومًا ففى جواز التقاط ساعات أيام (٣) وجهان (٤) ، أصحهما : المنع بخلاف الشهر فإن اليوم عبارة عن ساعات محصورة بين الطلوع والغروب على اتصال ، فعلى هذا لو ابتدأ من وقت الزوال وصبر إلى الزوال في اليوم الثاني ، فإن خرج ليلًا لم يجزه (٥) للتقطع (٦) ، وإن اعتكف ليلًا قيل : إنه يجزئ لحصول الاتصال .

وقال أبو إسحاق المروزي : لا يجزئ ؛ لأن الليل ليس محسوبًا من النهار .

هذا إذا أطلق الشهر ، فلو عين شهرًا أو العشر الأخير من رمضان كان التتابع لازمًا

---

(١) في (أ ، ب) : « التفريق » .   (٢) في (أ ، ب) : « التتابع » .

(٣) في (أ ، ب) : « الأيام » .

(٤) قال ابن الصلاح : « إذا نذر اعتكاف يوم وقلنا بالصحيح أنه لا يجزئ ساعات ملتقطة من أيام فاعتكف من منتصف يوم إلى منتصف اليوم الثاني من غير أن يخرج ليلًا فالأكثرون على أن ذلك يجزئ لأنه بسبب التواصل يقال : إنه اعتكف يومًا وهذا إن شاء الله أصح وإن كان قول أبي إسحق أنه لا يجزئ أصح ، والله أعلم » . المشكل (١٨/٢ أ) .

(٥) في (ب) : « يجزئه » .   (٦) في (أ ، ب) : « المنقطع » .

ضرورة لا قصدًا ، حتى لو فسد آخره لم يلزم [١] قضاء ما مضى ، ولو ترك الكل لم يجب التتابع في القضاء ، ولو قال : لله عليَّ أن أعتكف العشر الأخير متتابعًا [٢] ففي لزوم التتابع وجهان . ووجه قولنا : إنه [٣] لا يلزم ، أن تتابع [٤] هذا [٥] يقع ضرورة فالتصريح به كالسكوت [٦] عنه ./ ٤٧/أ

النظر الثاني : في استتباع الليالى :

فإذا نذر [٧ اعتكاف شهر ٧] دخل الليالي فيه ، ويكفيه شهر بالأهلة ، ولو نذر اعتكاف يوم لم يدخل الليلة فيه ، ولو نذر ثلاثة أيام أو ثلاثين يومًا ، ففي دخول الليالي المتخللة ثلاثة أوجه :

أحدها : يجب كما في الشهر .

والثاني : لا ، وهو الأصح [٨] اتباعًا للفظ .

والثالث : أنه إن نذر التتابع لزمه الليالي ، وإلا فلا .

ولو نذر ثلاث ليالٍ ففي دخول اليومين المتخللين هذه الأوجه الثلاثة [٩] .

---

(١) في (أ ، ب) : « يلزمه » .

(٢) قال ابن الصلاح : « الأصح فيما إذا قال : لله عليّ أن أعتكف العشر الأواخر متتابعًا ففات : أنه يلزمه التتابع في قضائه ؛ لأن تصريحه به يدل على قصده إياه بالالتزام فلزمه ، والله أعلم » . المشكل (١٨/٢ أ - ١٨ ب) .

(٣) « إنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « يتابع » .

(٥) « هذا » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « كالمسكوت » .

(٧) في (أ ، ب) : « الاعتكاف شهرًا » .

(٨) في (أ ، ب) : « الصحيح » .

(٩) قال ابن الصلاح : « ذكر فيما إذا نذر اعتكاف ثلاث ليالٍ - مثلًا - أن الأصح من الوجوه الثلاثة : أنه لا يلزمه اعتكاف الليالي التي بينهما ، وهذا هو الأظهر عند صاحب « المهذب » ، لكن الأصح عند الأكثرين هو الوجه الثالث وهو : أنه إن نذر التتابع فيها لزمه في لياليها وإلا فلا ، ومنهم من قطع به ، وهذا الترجيح أرجح لأن لفظ الأيام وإن لم يتناول فلفظ التتابع أو نيته يُشعر بها ، والله أعلم » . المشكل (١٨/٢ ب) .

وإذا نذر العشر الأخير فنقص الهلال كفاه التسع ، ولو نذر عشرة أيام من آخر الشهر فنقص لزمه قضاء يوم .

النظر الثالث : في استثناء الأغراض :

فإذا قال : أعتكف شهرًا متتابعًا لا أخرج إلا لعيادة زيد ، جاز الخروج له ولم يجز لعيادة عمرو ، ولا لشغل أهم منه ، ولو قال : لا أخرج إلا لشغل يَعِنُّ لي ، جاز الخروج لكل شغلٍ ديني أو دنيوي [(١)] يُباح السفر بمثله ولا يجوز لأجل النظارة والتنزه [(٢)] .

وحكى صاحب التقريب قولًا قديمًا : أن هذا الاستثناء مناقض للتتابع فيلغو ويجب التتابع ، ثم قال : إذا فرعنا على الصحيح فلو قال : لله عليَّ أن أتصدق بعشرة دراهم إلا أن أحتاج إليه [(٣)] قبل التصدق صحَّ ذلك [(٤)] ، ولو قال : إلا أن تبدو لي فهذا محتمل .

وأبى الشيخ أبو محمد هذا الأخير ؛ لأنه خِيرة مطلقة يُضاد اللزوم .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (جاز الخروج لكل شغل ديني أو دنيوي) هذه النسبة إلى الدنيا بالألف والواو أو من شذوذ النسب الجائز ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٨ ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا يجوز لأجل النظارة والتنزه) فالنظارة بتخفيف الظاء ، تستعملها العجم ، يعنون بها النظر إلى ما يقصد النظر إليه ولا أعرفها في اللغة .

ويجوز أن يقرأه : لأجل النظارة بتشديد الظاء ، فقد قال صاحب « صحاح اللغة » : النظارة القوم ينظرون إلى شيء ، والله أعلم .

وأما التنزه : فالمراد به التفرج والخروج إلى مكان نزه ، ومن أهل اللغة من ينكره بهذا المعنى ، ومنهم ابن السكيت قال : مما تضعه العامة في غير موضعه قولهم : خرجنا نتنزه ، إذا خرجوا إلى البساتين . قال : وإنما التنزه التباعد عن الأرياف والمياه ، ومنه قيل : فلان يتنزه عن الأقذار ، أي يتباعد عنها ، والله أعلم » . المشكل (٢/١٨ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « إليها » .

(٤) « ذلك » : ليست في (أ ، ب) .

وقال العراقيون : لو نذر صومًا وشرط التحلل لغرض لا يبيح الفطر صح الشرط . ولو جرى ذلك في الحج فوجهان .

وعكس الشيخ أبو محمد هذا الترتيب وقال : الحج أولى باحتمال ذلك إذ ورد فيه شرط التحلل [١] .

فرع :

إذا استثنى غرضًا : فالزمان المصروف إليه يجب قضاؤه إذا نذر اعتكاف شهر مطلقًا ، وإن نذر اعتكاف شهر معين : لم يلزم [٢] قضاؤه ؛ إذ يمكن حمله في المطلق على نفي انقطاع التتابع فقط فينزل على الأقل . وفي الافتقار إلى تجديد النية خلاف ، وعند وجوب التتابع الأظهر : الاستغناء عن التجديد ؛ لأن التتابع كالرابطة للجميع [٣] .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « الأصح من الخلاف المذكور فيما إذا نذر اعتكافًا أو صدقة أو صومًا أو حجًا واستثنى وشرط أنه يخرج منه لغرض معتبر : أنه يصح ذلك ؛ لأن اللزوم بالنذر بالتزامه ، فكان على حسب التزامه ، ومن جعل الصوم أولى بالصحة من الحج فلأن الحج يلزم بالشروع فلم يكن للاستثناء فيه تأثير .

ومن عكس وجعل الحج أولى - وهو الصحيح - فلأنه أوسع لاختصاص عقده باحتمال مالا يحتمله عقد غيره ، ولاختصاصه بورود النص فيه ، وهو حديث ضباعة بنت الزبير المخرج في الصحيحين عن عائشة - رضي الله عنها - أنها أرادت الحج وهي شاكية ، فقال لها رسول الله ﷺ : « حجي واشترطي أن محلي حيث حبستني » .

والخلاف المذكور في الحج حكاه في الكتاب عن العراقيين وجهين وإنما هو قولان معروفان في طريقة العراق وغيرها ، والله أعلم » . المشكل (١٨/٢ ب - ١٩ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « يلزمه » .

(٣) قال ابن الصلاح : « إذا عاد بعد الخروج الجائز ففي الحاجة إلى تجديد النية خلاف ، ثم إن كان قد شرط التتابع فالأظهر : أنه لا يجب تجديد النية وإن لم يشترط التتابع ، فالأظهر : أنه يجب تجديدها ، والله أعلم » . المشكل (١٩/٢ أ) .

الفصل الثالث : في قواطع التتابع

وهو الخروج بكل البدن عن كل المسجد بغير عذر .

احترزنا (بكل البدن) عما إذا أخرج رأسه أو رجله من المسجد ، فإنه لا يبطل اعتكافه .

واحترزنا (عن كل المسجد) عما إذا صعد المنارة للأذان ، فإن كانت المنارة منقطعة عن المسجد انقطع التتابع ، وإن كانت متصلة وكأنها (١) في المسجد لم تنقطع ، وإن كانت متصلة (٢) بحائط المسجد في حريمه وكان بابها (٣) خارجًا عن المسجد ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : ينقطع لخروجه (٤) عن المسجد .

والثاني : لا ؛ لأنه من حريم المسجد ، والأذان من حقوق المسجد ، فكأنه لم يُعرض عن المسجد .

والثالث : أنه إن كان مؤذنًا راتبًا لم ينقطع لأنه عذر في حقه ، وإلا فينقطع (٥) .

---

(١) في (أ ، ب) : « وبابها » .
(٢) في (أ ، ب) : « ملتصقة » .

(٣) في الأصل : « بابه » ، وما أثبتناه الأصح من (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « بخروجه » .

(٥) قال ابن الصلاح : « ذكر أنه اشترط في الخروج القاطع للاعتكاف أن يكون عن كل المسجد ، وذكر أنه احترز به عما إذا صعد المنارة وأراد ما إذا كانت المنارة في نفس المسجد ، صرح به في « البسيط » ، وكذلك هو في « النهاية » .

ثم ذكر في المنارة صورًا أخرى ثلاثًا ، لا يقع الاحتراز بذلك عنها لكون المنارة فيها ليست من المسجد ، ومنها الصورة الثانية من الثلاث وهي : ما إذا كانت المنارة متصلة بالمسجد وبأنها في المسجد فإن الإمام حكى عن الأئمة أنهم قطعوا بأن الخروج إليها لا يقطع الاعتكاف ، وصرح بأن المنارة فيها ليست من المسجد ، وأنه ليس لها حكم المسجد في تحريم المكث وصحة الاعتكاف فيها . والصورة الأخيرة التي فيها الخلاف أولى بهذا لا محالة ، وليس قوله في الكتاب : (أحدها : ينقطع لخروجه من =

وأما قولنا : (من غير عذر) ، فالعذر على مراتب :

الرتبة (١) **الأولى** - وهي العليا - : الخروج لقضاء الحاجة ، وهو مستثنى لتكرره بحكم الجبلة ، فلا ينقطع التتابع به ، ولا يجب قضاء تلك الأوقات ، ولا يجب عند العود تجديد النية ، بخلاف الاعتكاف المطلق الذي لا تتابع فيه ، فإنه يجب التجديد ، هذا إذا كان داره (٢) قريبًا ولم يكن به علة يكثر خروجه بسببها ، فإن بعدت داره أو كان به علة فوجهان (٣) ، منهم من عمّم حسمًا للباب ، ولو كان له داران كلاهما على حدِّ القرب ففي جواز خروجه إلى الأبعد وجهان ، وحد القرب في الزمان والمكان لا ينضبط إلا بالعادة (٣) .

فرع :

لا بأس بأكل لقم في الطريق (٤) ، ولا بعيادة المريض في المرور من غير ازورار ، ولا

= المسجد) إشارة إلى هذا ، وإنما معناه ، أنه إذا كان بابها خارجًا من المسجد فهو عند صعوده إليها يخرج في طريقه إليها من المسجد .

ثم إن الأصح هو الوجه الثالث ، وهو : أنه كان مؤذنًا راتبًا لم ينقطع ، وإلا فينقطع ، ولم يشترط غير واحد في صورة الخلاف هذه كون المنارة في حريم المسجد ، بل ذكروا الخلاف مطلقًا فيما إذا كانت مبنية للمسجد وبابها خارج من المسجد ، والله أعلم » . المشكل (١٩/٢ أ - ١٩ ب) .

(١) « الرتبة » : ليست في (أ ، ب) . (٢) في (أ ، ب) : « منزله » .

(٣) قال ابن الصلاح : « ذكر أن في خروجه لقضاء حاجة الإنسان المعتادة إلى منزله وهو بعيد ، ومع كثرة الخروج لعلة به وجهين ، منهم من عمم حسمًا للباب ، معناه : عمم القول بالجواز والترخيص ، حسمًا للباب أي لباب التمييز بين صورة وصورة ، فإنه المعهود في أمثاله من الرخص ، وهذا هو الأصح عند المؤلف وعند بعض المصنفين ، الأصح المنع في صورة تفاحش بعد المنزل ، والله أعلم .

وأما إذا كان له منزلان ، أحدهما أقرب ، فالأصح : أنه لا يجوز له الخروج إلى الأبعد ، والله أعلم » . المشكل (١٩/٢ ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في الخارج لقضاء الحاجة : (لا بأس بأكل لقم في الطريق) هذا يقع تفريعًا على أحد الوجهين أنه لا يجوز له الخروج للأكل ، ويجيء أيضًا على القول بأنه يجوز ذلك ؛ لأن الكلام =

بأس [١] بوقفة يسيرة [٢] بقدر صلاة الجنازة فذلك جائز في الطريق ، وكذلك لا بأس بالسلام والسؤال فإنه لا يزيد على قدر صلاة الجنازة [٣] ، كان رسول الله ﷺ لا يسأل عن المريض [٤ إلا مارًّا في اعتكافه ٤] لا يعرج عليه [٥] ، ولو جامع في وقت قضاء الحاجة من غير صرف زمان إليه فسد اعتكافه على الأصح ؛ لأن وقعه عظيم فالاشتغال به أوقع من الجلوس ساعة من غير حاجة ، ومنهم من قال : لا يفسد لأنه ليس معتكفًا في هذه

= مفروض فيمن لم يقصد نحو وجه الأكل بل قضاء الحاجة فحسب . وأما تخصيصه اللقم بالذكر فكنت قد قلت : لعله بسبب أن الزيادة على ذلك خفة مكروهة لا يليق بأصحاب النزاهة والمروءة ، ثم بان أن سببه أن الأكل المقصود يقدح في السبب المجوز للخروج وهو القصد المجرد لقضاء الحاجة ، والله أعلم » . المشكل (٢/ ١٩ ب - ٢٠ أ) .

(١) « بأس » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من أن له عيادة المريض في المرور من غير ازورار ، ولا بأس بوقفة يسيرة يتضمن المنع من الازورار ، وإن كان بقدر وقفة يسيرة ، وسببه : أنه إذا ازور لعيادته ففيه تجديد قصد للعبادة فتصير مقصودة ، أو يقدح ذلك في القصد المجرد لقضاء الحاجة ، وإنما جاءت العبادة على جهة الضمن والتبع ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٠ أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وكذلك لا بأس بالسلام والسؤال ، فإنه لا يزيد على قدر صلاة الجنازة) أي : لا بأس بالوقوف للسلام على المريض والسؤال عنه ، فإنه يسير ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٠ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « في اعتكافه إلا مارًّا » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (كان رسول الله ﷺ لا يسأل عن المريض في اعتكافه إلا مارًّا لا يعرج عليه) هذا مروي عن عائشة - رضي الله عنها - لكنه في صحيح مسلم موقوف على عائشة من فعلها ، وأما مرفوعًا عن رسول الله ﷺ فقد روى نحوه أبو داود السجستاني . بإسناد فيه ضعف ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٠ أ) .

والحديث المرفوع عند أبي داود : (٢/٣٤٦) كتاب الصوم - باب المعتكف يعود المريض (٢٤٧٢) ، وابن ماجه في معناه : (١/٥٦٥) (٧) كتاب الصيام (٦٣) باب في المعتكف يعود المريض ويشهد الجنائز (١٧٧٦، ١٧٧٧) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٤/٣٢١) .

الحالة ، وإن كان الزمان محسوبًا في مدة الاعتكاف [1] .

الرتبة الثانية : الخروج بعذر الحيض غيرُ قاطع التتابع إن كان مدة الاعتكاف بحيث لا يتسع لها أيام الطهر غالبًا ، فإن [2] قصرت المدة فوجهان [3] : أحدهما : القطع للإمكان ، والثاني : المسامحة نظرًا إلى جنس الحيض فإنه متكرر بالجبلة لقضاء الحاجة .

الرتبة الثالثة : المرض الذي يشق معه المقام في المسجد ، وفيه قولان : أحدهما : أنه كالحيض ، والثاني : لا ؛ لأنه لا يتكرر طبعًا [4] .

[5] وهكذا الخلاف [5] في انقطاع تتابع الصوم به [6] ، وهذا إذا لم يضطر إلى

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولو جامع في وقت قضاء الحاجة من غير صرف زمان إليه) هذا على ظاهره صورته : أن يجامع في وقت قضائه حاجة الغائط كما يقع من العذيوط ، وإن كان أراد أنه جامع في وقت خروجه لقضاء الحاجة فهذا غير مستبعد ، إذ يتصور بأن كان في محمل أو نحوه أو في الوقفة اليسيرة المحتملة .

وقوله : (لأنه ليس معتكفًا في هذه الحالة وإن كان الزمان محسوبًا من مدة الاعتكاف) معناه : أنه يسقط من مدة اعتكافه حتى لا يجب قضاؤه ، وهذا قد ذكره هو وشيخه مطلقًا من غير فرق بين أن تكون المدة معينة أو مطلقة ، وقد سبق في مسألة استثناء الأغراض الفرق ، وأنه يجب القضاء في المدة المطلقة .

وهاهنا لما ذكر إمام الحرمين عدم وجوب القضاء أورد مثالًا من المطلق . وقال : زمان خروجه مستثنى . وكأن الناذر قال : لله عليَّ أن أعتكف عشرة أيام إلا أوقات خروجي لقضاء الحاجة ، وعند هذا أقول : الفرق بينهما من حيث المعنى أن الاستثناء هاهنا كان بقرينة الحال وهي شاملة للمطلق والمعين ، وهاهنا كان الاستثناء بلفظه ، ولفظه لم يقتضِ سقوط القضاء ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٠ أ - ٢٠ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٣) قال ابن الصلاح : « ما ذكره المؤلف وشيخه من الوجهين في انقطاع التتابع فى الاعتكاف بالحيض الذى يتيسر صون الاعتكاف عنه لقصر مدة الاعتكاف ، ذكرهما طائفة قولين ، وكان سببه : أنهما قولان مخرجان ، وقد يعبر عن القولين المخرجين بالوجهين ، والأصح أنه ينقطع به ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٠ ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « الأظهر من القولين في المرض الذي يشق معه المقام في المسجد أنه لا ينقطع به التتابع كالحيض الغالب في المدة الطويلة ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٠ ب) .

(٥) في الأصل : « وكذا الانقطاع » ، ولعله من سهو الناسخ .

(٦) « به » : ليست في (أ ، ب) .

الخروج خيفة التلويث ، فإن خيف فهو كالحيض ، وقيل بطرد القولين فيه [1] أيضًا .

الرتبة الرابعة : أن يخرج محمولًا [2] أو يخرج ناسيًا ، وفيه قولان مرتبان على المرض ، وأولى بأن لا ينقطع لأن الصوم لا ينقطع بمثله ، وإن أكره فقولان / مرتبان ٤٧/ب وأولى بأن ينقطع ؛ لأن له قصدًا في الخروج .

الرتبة الخامسة : أن يلزمه الخروج شرعًا لأداء شهادة متعينة [3] ، أو إقامة حد ، أو قضاء عدة طلاق ، فقولان مرتبان على المرض وأولى بالانقطاع [4] ، لأن مبادئ هذه الأمور مندرجة تحت اختياره .

ثم حيث قلنا : لا ينقطع ، فيجب قضاء الأوقات الفائتة بهذه الأعذار [5] ، وفي استئناف النية عند العود خلاف كما في تفريق الوضوء .

* * *

---

(١) « فيه » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « إجراء الخلاف في المخرج محمولًا بعيدٌ غريب ، ووجهه : أن حقيقة الاعتكاف فيه قد زالت ، لمفارقة المسجد بعارض غير غالب ، والأصح فيمن أكره حتى خرج بنفسه : أنه لا ينقطع تتابع اعتكافه ، وإن كان كما ذكر أولى بالانقطاع من المحمول ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٠ ب - ٢١ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « معينة » .

(٤) قال ابن الصلاح : « الصحيح في الخارج لأداء شهادة متعينة لم يتعين عليه بحملها : أنه يبطل به اعتكافه ، والصحيح في المرأة الخارجة لعدة الطلاق والخارج لإقامة حدٍّ : أنه لا ينقطع اعتكافها ، والمنصوص في ذلك ما ذكرنا أنه الصحيح ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢١ أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله بعد فراغه من ذكر الأعذار : (ثم حيث قلنا : لا ينقطع ، فيجب قضاء الأوقات الفائتة بهذه الأعذار) يعني بها ما عدا عذر الخروج لقضاء الحاجة على ما صرح به أولًا ، وفي معناه الخروج للأكل والوضوء إن جوزناه ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢١ أ) .

كتاب الحج

وهو

ركن من أركان الإسلام

ولا [1] يجب في العمر إلا مرة واحدة

والنظر في :

* المقدمات ..

* والمقاصد ..

* واللواحق ..

---

(١) في الأصل : « فلا » ، ولا يليق التعقيب بالفاء .

القسم الأول في المقدمات

(وهو [1] الشرائط والمواقيت)

القول في الشرائط :

وشرائط وجوبه خمسة : الإسلام [2] ، والعقل ، [3] والحرية ، والبلوغ [3] ، والاستطاعة .

وشرائط وقوعه عن فرض الإسلام أربعة : وهي ما ذكرناها إلا [4] الاستطاعة .

وشرائط صحته دون الوقوع عن حج الإسلام على سبيل المباشرة : الإسلام ، والتمييز ، إذ يصح من الصبي المميز أن يحج بإذن الولي .

وشرط صحته لا بطريق الاستقلال : الإسلام المجرد ؛ إذ يجوز للولي أن يحرم عن الصبي الذي لا يميز ، كما سيأتي .

* * *

---

(١) في (أ ، ب) : « وهي » .

(٢) قال ابن الصلاح : « ما ذكره هو وغيره من كون الإسلام شرطًا في وجوب الحج ونحوه مشكل على أصلهم ، وما هو المقرر من مذهبنا في أصول الفقه من أن الكفار مخاطبون بالفروع معاقبون عليها .

ولقد حكى بعض المشايخ الأكابر فتنةً شاهدها في ذلك بين بعض الفقهاء وبين البروي البارع في النظر وكان تلميذًا لتلميذ الإمام الغزالي ، رحمهم الله وإيانا .

فأقول – والله الموفق – : الموجب الذي نفيناه هاهنا غير الموجب الذي أثبتناه في أصول الفقه ، وذاك أنا نقول : يجب على الكافر الحج بشرط تقديم الإسلام ، وإذا تركه عوقب عليه لكونه تركه مع التمكن من القيام به بشرطه ، ولا يجب عليه الحج مع اشتهاره على الكفر لعدم تمكنه منه مع استمراره كما نقول في المحدث : تجب عليه الصلاة بشرط تقديمه الوضوء ولا تجب عليه مع استمراره على الحدث . ومتى أطلقوا الكلام بالنفى والإثبات فالمراد ذلك بهذين القيدين ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢١ أ – ٢١ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « والبلوغ والحرية » . (٤) في (أ ، ب) : « دون » .

والمقصود بيان الاستطاعة

(وهي نوعان)

النوع الأول : استطاعة المباشرة :

قال الله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ [1] ، وقال – عليه السلام – في تفسير الاستطاعة : « إنها زاد وراحلة » [2] .

والاستطاعة تتعلق بأربعة أمور : الراحلة ، والزاد ، والطريق ، والبدن .

أما الراحلة : فالقدرة عليها شرط ، فلا [3] حَجَّ على القادر على المشي لما فيه من المشقة ، خلافًا لمالك .

نعم لو كان على مسافة دون مسافة القصر وجب المشي على القوي ، ولا يجب على من يتضرر به ، والمشي في هذا القدر كالركوب في السفر الطويل .

ومن لا يستمسك على الراحلة فلا يلزمه مالم يقدر على محمل [4] ، فإن قدر على

---

(١) سورة آل عمران : من الآية (٩٧) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقال النبي ﷺ في تفسير الاستطاعة : إنها زاد وراحلة) كان ينبغي أن لا يقول : (قال) ، ويقول : (رُوي عن النبي ﷺ) فإنه حديث ضعيف ، ضعفه الشافعي وغيره من أهل الحديث ، روي من حديث ابن عمر وأنس وغيرهما بأسانيد ضعيفة ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢١ ب) .

والحديث أخرجه الترمذي – وحسنه – : (٣/١٧٧) (٧) كتاب الحج (٤) باب ما جاء في إيجاب الحج بالزاد والراحلة (٨١٣) ، وابن ماجه : (٢/٩٦٧) (٢٥) كتاب المناسك (٦) باب ما يوجب الحج (٢٨٩٦ ، ٢٨٩٧) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٤/٣٣٠) ، والدارقطني : (٢/٢١٨) .

(٣) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٤) قال ابن الصلاح : « (المَحْمِل) الذي يركب الحاج وغيره عليه ، بفتح الميم الأولى وكسر الميم الثانية ، على مثال : المجلس ، وقياسه . ومثل قولهم : ما على فلان محمل ، أي معتمد . ذكر ذلك صاحب الصحاح في اللغة وغيره . وأما قولهم : (المِحْمَل) بكسر الأولى وفتح الثانية ، فهو علاقة السيف الذي نتقلد بها ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢١ ب) .

شقٌّ محمل ووجد شريكًا يلزمه ، وإن لم يجد وكان يتسع ماله لمحمل تام لكنه يكتفي بشق فلا يلزمه ؛ لأن الزيادة خسران لا مقابل له .

أما الزاد : فهو أن يملك فاضلًا عن قدر حاجته ما يبلغه إلى الحج (١) ، والمراد بالمبلغ : نفقة الذهاب والإياب في حق من له أهل ومسكن أو قريب وإن بَعُد .

وهل يعتبر نفقة الإياب في حق القريب ؟ فيه وجهان ، ووجه الاعتبار : حنين النفس إلى الأوطان (٢) .

والمراد بالفاضل عن قدر الحاجة : أن يكون وراء المسكن والعبد الذي يخدمه ، ودست ثوب يلبسه ، وديونه التي يفتقر إلى قضائها ، وما يخلفه على أهله من النفقة ، وما يحتاج إلى صرفه إلى نكاح إن لم يكن متأهلًا وخاف على نفسه العنت .

وهل يجب أن يكون وراء رأس ماله (٣) الذي لا يقدر على التجارة إلا به ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما - وهو اختيار ابن سريج - : أن رأس ماله كمسكنه وعبده . والثاني : أن رأس المال يصرف في أهبة الحج ، بخلاف المسكن والعبد فإنه يحتاج إليهما في الوقت (٤) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأما الزاد : فهو أن يملك كذا وكذا) هذا لا يصلح تفسيرًا للزاد ، وإنما هو تفسير للقدرة على الزاد ، وذلك مراده ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢١ ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من الوجهين في اعتبار نفقة الإياب في حق القريب ، يعني : المستوطن ، أصحهما أن ذلك يعتبر ، وفي « بحر المذهب » أنه ظاهر المذهب وأنه نص عليه في (الإملاء) ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢١ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « المال » .

(٤) قال ابن الصلاح : « الوجهان المذكوران في صرف رأس مال التاجر في نفقة الحج ، أي التاجر الذي لا معيشة له إلا من التجارة ، وإذا صرفه لم يبقَ له ما يجزيه ، أصحهما - عند القاضي أبي الطيب الطبري في طائفة - ما حكي عن ابن سريج من أنه لا يلزمه ذلك ؛ لأنه يلحقه ذلك بالفقراء المساكين ، وضرره عظيم ، ذكر ذلك وحكاه صاحب « بحر المذهب » ، وذكر أن صاحب « الحاوي » ذكر أن قول من قال إنه يلزمه هو مذهب الشافعي وجمهور أصحابه ، قال : وقال أبو حامد : هذا هو المذهب ، ولا أعرف ما =

فرعان :

أحدهما : أن من لا يملك نفقه الذهاب وهو كَسُوب لم يلزمه الحج [(١)] ، لأن ضرر الكسب مع السفر يزيد على ضرر المشي إلا أن تكون المسافة دون سفر القصر .

الثاني : إذا كانت الأسعار غالية ولكن وجد بثمن المثل [(٢] وجب الحج ، كما يجب شراء الماء بثمن المثل [٢)] ، وإن غلا بحكم الحال ، ولو كان لا يباع الزاد إلا بغبن لم يجب [(٣)] .

أما الطريق : فشرطه أن يكون خاليًا عَمَّا يوجب خوفًا في النفس ، والبضع ، والمال .

أما النفس : فإن كان في الطريق سبع لم يجز الخروج ، ولو [(٤)] كان في الطريق بحر اختلف فيه نص الشافعي - رضي الله عنه - ، وللأصحاب أربعة طرق [(٥)] :

أحدها : إجراء القولين [(٦)] لما فيه من الخطر الظاهر مع غلبة السلامة .

والثاني : لا يجب على المستشعر ؛ لأن الجبان قد يُخلع قلبه في البحر ، ويجب

حكى عن ابن سريج عنه ، ولا أجده في كتبه ، وهو خلاف الإجماع - أيضًا - وذهب صاحب « البحر » لعد حكاية هذا إلى أن الصحيح هو أنه لا يلزمه . قلت : هذا هو الظاهر وبه قال أحمد . هذا يبطل دعوى كونه مخالفًا للإجماع ، والله أعلم » المشكل (٢١/٢ ب - ٢٢أ) .

(١) في (أ ، ب) : « الخروج » . (٢) ما بين القوسين ليس في (أ ، ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من أنه يجب عليه الشراء مع الغلاء بثمن المثل في الوقت ، ولا يجب إذا كان لا يُباع إلا بغبن ، يتصور بأن لا يجد ذلك إلا عند من يقول مثلًا : لا أبيعه إلا بزيادة على ثمن مثله الآن ، والله أعلم » . المشكل (٢٢/٢ أ) . (٤) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٥) قال ابن الصلاح : « الخلاف في وجوب الحج فيما إذا كان في الطريق بحر ، مخصوص بما إذا لم يكن له طريق في البر ، والأظهر من ذلك إن كان الغالب الهلاك لم يلزم ، وإن كان الغالب السلامة لزم . وهذا مذهب أبي حنيفة وأحمد ، وحكى صاحب « البحر » عن صاحب « الحاوي » أن المذهب أنه إن كانت عادته ركوب البحر ومعيشته فيه لزمه ، وإلا فلا . ثم إذا لم نوجب فتوسط وتساوى المضي والرجوع في الخطر فالأصح أنه الآن يجب ، والله أعلم » . المشكل (٢٢/٢أ) .

(٦) في (أ ، ب) : « قولين » .

على غير المستشعر ، فينزل النصين على حالين .

والثالث : أنه لا يجب على المستشعر وفي غيره قولان .

والرابع : أنه يجب على [غير] (١) المستشعر وفي المستشعر قولان . وهذا إذا كانت السلامة غالبة ، فإن (٢) كان الهلاك غالبًا حرم الركوب .

فرع :

لو توسط البحر واستوت الجهات في التوجه إلى مكة والانصراف عنها : ففي الوجوب الآن وجهان على قولنا لا يجب ركوب البحر ؛ أحدهما : يجب ؛ لأن الركوب لابد منه في كل جهة . والثاني : لا ؛ لأن الشرع ليس يكلفه [ذلك] (٣) في طريق الحج ، وله أن يتكلف ذلك في غرضه وهو قريب من المحّصر إذا أحاط به العدو ، وفيه خلاف .

أما البضع : فالمرأة كالرجل في الاستطاعة ، لكنها عورة مقصودة تحتاج إلى مَحْرم يبذرقها (٤) ، فإن لم تجد لم يلزمها الخروج إلا إذا كان الطريق آمنًا ، ووجدت نسوة ثقات (٥) .

---

(١) زيادة ضرورية من (أ ، ب) .   (٢) في (أ ، ب) : « فأما إذا » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) بَذْرَق : خَفَر ، والبَذْرَقَة : الحراس يتقدمون القافلة . انظر : المعجم الوسيط (مادة : بذرق) .

(٥) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من أن المرأة كالرجل في الاستطاعة لكونها عورة فتحتاج إلى محرم تضاف إليه ، وإلا في ركوب البحر فإن الخلاف فيها فيه مرتب على الخلاف في الرجل ، وأولى بأن لا يجب عليها ، وإلا في المحمل فإنه يعتبر في حقها مطلقًا بخلاف الرجل على مالا يخفى وجهه ، ذكره غير واحد ، والله أعلم .

ثم إنه لم يذكر إلا المحرم فلاشك أن الزوج في ذلك كالمحرم .

وقوله : (نسوة ثقات) اشتراط العدد منهن ، وهذا غير القول المحكي أنه يكفي امرأة واحدة ، وما قاله القفال من أنه يعتبر أن تكون مع واحدة منهن محرم ، الأصح خلافه وأنه لا يعتبر ذلك ؛ لأنهن إذا كن عددًا انتشرت أمورهن بدون ذلك ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٢ أ - ٢٢ ب) .

وقال القفال : لا يلزم مالم يكن مع كل واحدة منهن محرم ، فقد ينوبهن أمر يفتقرن إلى الاستعانة بذات [1] المحرم .

وأما [2] المال : فلو كان على المراصد من يطلب مالًا لم يلزمه الحج ؛ لأنه خسران لا مقابل له ، ولو وجد بَذْرَقَةً بأجرة [3] ففي لزوم الأجرة وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه خسران لدفع الظلم فصار كالتسليم إلى الظالم .

والثاني : يجب / لأنه من جملة أهبة الطريق [4] ، فأجرة البذرقة ككراء الدابة ، ٤٨/أ
وإذا لم يخرج محرم المرأة إلا بالأجرة ففي وجوبها عليها وجهان مرتبان ، وأولى بأن يجب ؛ لأنها لا تنفك عن هذه الحاجة فكانت من أهب سفرها .

أما المتعلق الرابع للاستطاعة فهو البدن : ولا يعتبر فيه إلا قوة يستمسك بها على الراحلة ، والأعمى يجب عليه الحج ولكن يحتاج إلى قائد احتياج المرأة إلى محرم ، والمجنون لا حج عليه ولو حج به الولي فطاف به صح حجه ، ولكن مؤن السفر من مال الولي ، وأما المحجور [عليه] [5] بالتبذير فيلزمه الحج ، وللولي أن ينفق عليه وينصب عليه قوامًا إلى الحج .

هذه أركان الاستطاعة ، أما أحكامها فثلاثة [6] :

(١) في (أ ، ب) : « لذي » .   (٢) في (أ ، ب) : « أما » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو وجد بذرقة بأجرة) أي خفارة تخفره ، وهي لفظة أعجمية معربة ، تقال بالدال المهملة وبالذال » . المشكل (٢/٢٢ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في توجيه وجه الوجوب : (لأنه من جملة أهبة الطريق) معناه : أن المنذرق يعني من أهب الطريق كالدابة ، وهذا الوجه أقوى وأظهر ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٢ ب) .

(٥) زيادة ضرورية من (أ ، ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « وقوله : (وأما أحكامها فثلاثة) هذا غير مرضي ، فإن ما ذكره حكم شرائط الوجوب الخمس التي سبق ذكرها ، وهي : الإسلام والبلوغ والعقل والحرية والاستطاعة ، لا حكم الاستطاعة وحدها . ثم إن فيما جعله من أحكامها ما هو حكم حكمها ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٣أ) .

الأول : أن وجوب الحج يستقر في الذمة إذا دامت الاستطاعة مدة تتسع للحج لو اشتغل به (١) ، ولو افتقر أو جُنَّ قبل مضي مدة الإمكان تبين أنه لم يكن واجبًا ، ولو تخلف بعد الاستطاعة فمات (٢) بعد حج الناس وقبل رجوعهم ، فالحج مستقر في ذمته يخرج من تركته ؛ لأنه لو خرج لكان موته بعد الحج ، وكذلك (٣) لو طرأ العَضْب (٤) في هذا الوقت ، ولو هلك ماله بعد حج الناس حيث تعتبر نفقة الإياب .

قال الصيدلاني : تبين أنه لم يكن لازمًا ؛ لأَنَّا لو علمنا هذا في الابتداء لم يلزمه الخروج ، بخلاف مالو علمنا – مثلًا – أنه يموت بعد يوم النحر ، فإنه كان يلزمه الخروج .

الثاني : أن وجوب الحج على التراخي عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة ، فلا يعصي بالتأخير من السنة الأولى ، ولكنه لو مات يخرج من تركته ، والظاهر أنه يلقى الله عاصيًا إذا جاز له التأخير بشرط سلامة العاقبة ، وكان على غرر في التأخير ، ومنهم من قال : لا يعصي إذ أخر عازمًا على الامتثال ومات فجأة ، نعم إن استشعر من نفسه العَضْب عصى

---

(١) قال ابن الصلاح : « ولما ذكر شروط الاستطاعة فاستدرك عليه الشيخ أبو القاسم الرافعي على ما في شرحه للوجيز في تركه شرطًا خامسًا ، وهو : أن يبقى زمان يتمكن من السير فيه لإدراك الحج السير المعتاد من غير حاجة أن يزيد فيه على المعهود سياقة متبعة ، وذكر أن الأئمة جعلوه شرطًا في وجوب الحج ، وليس الأمر في ذلك على ما قاله ، فإن ذلك شرط استقرار الحج في ذمته حتى يجب عند موته أداؤه من تركته ، كما صرح به من بعد هذا في أحكام الاستطاعة ، وليس شرطا لأصل وجوب الحج ، فإنه إذا وجدت الاستطاعة من المسلم البالغ العاقل الحر وجب عليه الحج في الحال ، بمعنى : أنه يجب عليه الشروع في مقدماته ، وهذا كالصلاة فإنها تجب بأول الوقت قبل مضي زمان يسعها ، ثم استقرارها في الذمة يتوقف على مضي زمان يسعها ، ويمكنه فعلها فيه ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٢ ب) .

(٢) في (أ) : « ومات » ، وفي (ب) : « أو مات » .

(٣) في (أ ، ب) : « وكذا » .

(٤) قال ابن الصلاح : « العَضْب – بفتح العين المهملة وإسكان الضاد المعجمة – : الزمانة . والمعضوب : الزمن الذي لاحراك فيه ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٣ أ) .

بالتأخير [١] .

فرع :

إذا أخر مع القدرة وطرأ العَضْب : عصى لتعذر المباشرة ، ويلزمه [٢] الاستنابة على التضييق ، بخلاف مالو بلغ معضوبًا فإن الاستنابة في حقه على التراخي كالمباشرة في حق القادر .

وذكر الفوراني وجهًا : أنه لا تتضيق الاستنابة في العَضْب الطارئ ، ثم قال : إن ضيّقنا فهل للقاضي أن يستأجر عليه عند امتناعه إجبارًا ؟ فيه وجهان ، ووجه التجويز : تشبيهه بالزكاة لتطرق النيابة إليه [٣] .

الثالث : أن من لم يؤدِّ ⁽⁴ حج الإسلام ⁴⁾ لا يجوز له أن يحج أجيرًا عن غيره ،

---

(١) قال ابن الصلاح : « ذكر فيمن استطاع وتمكن ولم يحج حتى مات : أن الظاهر أنه يلقى الله عاصيًا إذ جاز له التأخير بشرط سلامة العاقبة ، وهذا هو الصحيح عنده في « البسيط » ، إذا لم يعصِ لم يتحقق معنى الوجوب والذي نصره في مستصفاه في الأصول أنه لا يعصي . وقال في تدريسه الكتاب : الذي عليه أكثر الفقهاء أنه يعصي ، والمختار في الأصول أنه لا يعصي .

قلت : هذا أقوى ، ومعنى الوجوب يتحقق بكونه يأثم بعزمه على الترك مطلقًا . ومن قال من أصحابنا : إنه لا يجوز التأخير في الواجب الموسع إلا بشرط العزم على الامتثال بمعنى الوجوب يظهر بتأثيمه بترك العزم على الامتثال ، والله أعلم » . المشكل (٢٣/٢ أ) .

(٢) في (ب) : « ويلزم » .

(٣) قال ابن الصلاح : « إذا طرأ عليه العضب بعد التمكن وعصيناه وضيقنا وقت الاستنابة على الأصح ، فلو امتنع من الاستنابة فهل يستأجر عليه الحاكم ؟ فيه وجهان ذكرهما ، أصحهما عند الفوراني : أن له ذلك كما في الممتنع من الزكاة ، واستبعد ذلك صاحب الكتاب في « البسيط » وشيخه في « النهاية » . والصحيح عندهما : أنه لا يجوز ذلك ؛ لأن الحج عبادة بدنية لا تعلق لها بتصرف الولاة بخلاف الزكاة ، والله أعلم » . المشكل (٢٣/٢ أ) .

(٤) في (أ) : « الحج ، أعني : حجة الإسلام » ، وفي (ب) : « حجة الإسلام » .

أو يتطوع قبل الفرض أو يؤدي قضاء أو نذرًا قبله لما روي أنه – عليه السلام – رأى رجلًا يلبي عن شبرمة ، فقال [– عليه الصلاة والسلام – : « مَنْ شبرمة ؟ » فقال : صديق لي . فقال – عليه الصلاة والسلام –] (١) : « أحججت عن نفسك ؟ » فقال : لا . فقال : « هذه (٢) عنك ثم حج (٣) عن شبرمة » (٤) فبهذا عرف أن غير حجة الإسلام لا تقدم عليها ، ويستوي في هذا العاجز والمستطيع ؛ لأن العاجز إذا حضر وقع حجه عن حجة الإسلام ، وكما لا يقدم التطوع عن (٥) حجة الاسلام لا يقدم على القضاء والنذر وفي الترتيب بين (٦ القضاء والنذر ٦) تردد ، والأولى تقديم القضاء .

أما الأجير إذا انتهى إلى (٧) الميقات فنوى التطوع عن نفسه قال الشيخ أبو محمد : ينصرف إلى المستأجر ؛ لأنها حجة واجبة فتقدم ، وهو بعيد لأنه وجوب تقتضيه الإجارة دون وضع الحج .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) . (٢) في (أ ، ب) : « هذا » .

(٣) في (أ ، ب) : « احجج » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (رأى النبي ﷺ رجلًا يلبي عن شبرمة ، قال : أحججت عن نفسك ؟ قال : لا . قال : هذه عنك ، ثم عن شبرمة) هذا رواه الشافعي بإسناد جيد موقوف على ابن عباس عند : (هذا) هو السامع والقائل لذلك ، وفيه : (فاجعل هذه عن نفسك) ، وأما عن النبي ﷺ فقد رواه أبو داود بإسناد جيد عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه سمع ذلك وقال ذلك ، ولفظ : حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة ، والجميع يدل على أنه لا يصح حجه عن غيره إلا بعد حجه عن نفسه . وأما انقلاب ذلك الحج بعينه إلى نفسه فيدل على أن الإحرام بالحج ينفرد به عن غيره ، فإنه ينعقد في أصله مع تطرق الخلف إلى وصفه بدلالة الحديث في الإهلال بما أهل به فلان غير ذلك ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٣ ب) .

والحديث أخرجه أبو داود : (٢/١٦٧) كتاب المناسك – باب الرجل يحج عن غيره (١٨١١) ، وابن ماجه : (٢/٩٦٩) (٢٥) كتاب المناسك (٩) باب الحج عن الميت (٢٩٠٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٤/٣٣٦) والدارقطني : (٢/٢٦٧ ، ٢٦٨) .

(٥) في (أ ، ب) : « على » . (٦) في (أ ، ب) : « النذر والقضاء » .

(٧) « إلى » : ليست في (أ ، ب) .

النوع الثاني : استطاعة الاستنابة :

والنظر في ثلاثة أطراف :

الطرف الأول : في حالة جواز الاستنابة ، وله شرطان :

الأول : العجز عن المباشرة بالموت أو بزَمَانَةٍ لا يُرجى زوالها .

وقال مالك : تختص الاستنابة بحالة الموت لورود الحديث فيه . لكنا نقول : الحي العاجز المئيوس عنه أولى بالاستنابة لقدرته على النية [١] .

ثم لو ظهر اليأس وفرغ الأجير من الحج فزال العضب ففي وجوب الإعادة قولان ؛ أحدهما : أنه [٢] يجب [٣] ؛ لأنه بان زوال العجز . والثاني : أن حج الأجير وقع موقعه فلا ينقض [٤] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقال مالك : تختص الاستنابة بحالة الموت لورود الحديث فيه . لكنا نقول : الحي العاجز أولى) هذا له تمام ذكره من بعده ، وهو أن الحديث ورد - أيضًا - في الحي العاجز ؛ إذ ثبت في الصحيحين عن ابن عباس أن امرأة من خثعم قالت : يا رسول الله ! إن فريضة الله على عباده في الحج أدركت أبي شيخًا كبيرًا لا يستطيع أن يثبت على الراحلة فأحج عنه ؟ قال : « نعم » .

وأما الحديث الوارد في حالة الموت ، فقد روى يزيد بن حصيب أن امرأة أتت النبي ﷺ فذكرت له أن أمها ماتت ولم تحج . قالت : فيجزي أن أحج عنها ؟ قال : « نعم » . رواه مسلم .

وروى ابن عباس - رضي الله عنهما - أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فذكرت أن أمها نذرت أن تحج فماتت قبل أن تحج . قالت : أفأحج عنها ؟ قال : « نعم ، فحجي عنها . أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته ؟ » قالت : نعم . قال : « فاقضوا الله فإن الله أحق بالوفاء » . رواه البخاري » . المشكل (٢/٢٣ ب - ٢٤ أ) .

(٢) « أنه » : ليست في (أ ، ب) . (٣) في (ب) : « تجب » .

(٤) قال ابن الصلاح : « والصحيح من القولين في المريض غير المأيوس إذا حج عنه ثم قدر أنه لا يجزيه ، ذلك لأنا تيقنا الخطأ في ذلك . وهكذا الصحيح من القولين في المريض الذي يُرجى برؤه إذا حج عنه بان اليأس أنه لا يجزيه ذلك ؛ لأنه إذا حج مع كونه ممنوعًا منه فلم يعتد به » . المشكل (٢/٢٤ أ) .

فإن قلنا : لم يقع ، فيقع عن الأجير أو عن تطوع المستأجر ؟ فيه وجهان [١] ؛ أحدهما : عن الأجير لأنه لو وقع عن المستأجر لسبق النفلُ الفرضَ . والأصح أنه يقع [٢] عن المستأجر ؛ لأن هذا عذر في التقديم كعذر الصبي والرق .

فإن أوقعنا عن الأجير ففي أجرته ثلاثة أوجه ؛ أحدها : أنه [٣] لا يستحق لوقوعه عنه . والثاني : نعم لأنه عمل ما عليه . والثالث : أنه [٤] يستحق أجر [٥] المثل دون المسمى ؛ لتبين فساد الإجارة .

ولو كان العضب يُرجى زواله فاستناب ، واتصل العضب بالموت ، ففي وقوع حج النائب عنه قولان كما سبق .

الشرط الثاني : أن يكون المستناب فيه حجًا مفروضًا ، أما التطوع ففيه قولان : أحدهما : المنع ؛ لأنه خارج عن القياس ، وقد ورد الحديث في حجة الإسلام .

والثاني : نعم ؛ لأنه إذا تطرق ⁽٦ النيابة إليه ٦⁾ كان التطوع في معنى الفرض [٧] .

أما إذا لم يكن على الميت حجة الإسلام لعدم الاستطاعة ، ففي استئجار الوارث عنه طريقان ؛ أحدهما : طرد قول التطوع ؛ لأنه تبرع . والثاني : القطع بالجواز ؛ لأن

---

(١) قال ابن الصلاح : « ثم قلنا في الصورتين : لا يجزيه عن حجة الإسلام ، فهل يقع عن الأجير أو المستأجر تطوعًا ؟ فيه وجهان ؛ والأصح عنده في هذا الكتاب : أنه يقع عن تطوع المستأجر . والأصح عند شيخه الإمام وغيره : أنه يقع عن الأجير ، وهو الظاهر عنده في « البسيط » ، وهو أولى . ثم لا يستحق الأجرة على الصحيح ، والله أعلم » . المشكل (٢٤/٢ أ) .

(٢) « يقع » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « أجرة » .

(٦) في (أ ، ب) : « إليه النيابة » .

(٧) قال ابن الصلاح : « الصحيح من القولين أن حج التطوع في جواز الاستنابة فيه كحج الفرض ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله - والله أعلم » . المشكل (٢٤/٢ أ) .

حج غير المستطيع يقع عن حجة / الإسلام ، ولأن الحديث ورد فيه . ٤٨/ب

روي (١) أن امرأة قالت لرسول الله ﷺ : إن فريضة الحج أدركت أبي شيخًا زمنًا لا يستطيع أن يحج ، أفأحج عنه ؟ فقال : « نعم » (٢) .

فرع :

لا يجوز الحج عن المعضوب بغير إذنه ، ويجوز عن الميت من غير وصيته ، يستوي فيه الوارث والأجنبي كما في قضاء دَيْنه . وقال أبو حنيفة : إن لم يُوصِ لم يحج عنه وإن أوصى نفذت وصيته بالحج من ثلث ماله .

الطرف الثاني : في حالة وجوب الاستنابة :

وهو أن يستقر في ذمته ثم يطرأ العضب ، أو يبلغ معضوبًا قادرًا على الاستنابة والقدرة عليها بمال يملكه ، أو بمال يبذل له ، أو بطاعة تبذل له ، فأما ما يملكه فهو قدر أجرة الأجير فضلًا (٣) عن حاجته يوم الاستئجار ، ولا يعتبر أن يفضل عن نفقة أهله لما بعد فراغ الأجير من الحج (٤) في (٥) مدة إيابه .

وهل يعتبر لما بين (٦) يوم الإجارة إلى الفراغ من الحج (٧) ؟ فيه تردد من حيث إن

---

(١) في (ب) : « لأنه روي » .

(٢) الحديث أخرجه البخاري : (٧٩/٤) (٢٨) كتاب جزاء الصيد (٢٣) باب الحج عمن لا يستطيع الثبوت على الراحلة (١٨٥٤ ، ١٨٥٥) ، ومسلم : (٩٧٣/٢ ، ٩٧٤) (١٥) كتاب الحج (٧١) باب الحج عن العاجز (١٣٣٤ ، ١٣٣٥) ، وأبو داود : (١٦٧/٢) كتاب المناسك - باب الرجل يحج عن غيره (١٨٠٩) ، والترمذي : (٢٦٧/٣) (٧) كتاب الحج (٨٥) باب ما جاء في الحج عن الشيخ الكبير والميت (٩٢٨) ، والنسائي : (١١٨/٥) (٢٤) كتاب مناسك الحج (١٢) باب حج المرأة عن الرجل (٢٦٤١ ، ٢٦٤٢) ، وابن ماجه : (٩٧٠/٢) (٢٥) كتاب المناسك (١٠) باب الحج عن الحي إذا لم يستطع (٢٩٠٧) .

(٣) في (أ ، ب) : « فاضلًا » .

(٤) « من الحج » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « وفي » .

(٦) في (أ ، ب) : « بعد » .

(٧) « من الحج » : ليست في (أ ، ب) .

هذه مدة فيها يتم الأداء . وفي زكاة الفطر لم يعتبر إلا قوت اليوم ؛ لأن الفرض يتأدى في الحال [١] .

ولو ملك أجرة ماشٍ ففي لزومه وجهان ؛ وجه المنع : أن الماشي على خطر فيؤدي [٢] إلى التغرير بماله [٣] .

أما القدرة ببذل الغير ، فإن كان المبذول مالًا والباذل أجنبي لم يجب لما فيه من المِنَّة ، وإن كان المبذول طاعة والباذل هو الابن وجب القبول إذ لا مِنَّة ، وإن بذل الأجنبي الطاعة أو الابن المال [٤] فوجهان للتردد في المنة ، والأب كالابن في بذل [٥] المال وكالأجنبي في بذل الطاعة ، هذا إذا بذل الابن الطاعة راكبًا ، فإن كان ماشيًا فوجهان [٦] ، إذ

---

(١) قال ابن الصلاح : « الأصح : أنه لا يوجب في وجوب الاستئجار على المعضوب أن تكون الأجرة فاضلة عن نفقة عياله لمدة ذهاب الأجير إلى الحج ، وإن اشترطناها في حجه بنفسه ؛ لأنه هاهنا لا يفارقهم ، فهو بصدد تحصيلها لهم ، فالتحق ذلك بزكاة الفطر والكفارة حيث لا يعتبر فيهما إلا نفقة اليوم ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٤ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « ويؤدي » .

(٣) قال ابن الصلاح : « الأصح أنه إذا وجد أجرة ماشٍ يلزمه استئجاره ؛ لأن مشقة المشي المسقطة لاحقة لغيره لا له ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٤ أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن بذل الأجنبي الطاعة والابن المال) ليستا على السواء فيهما ، أما في طاعة الأجنبي فالأصح منه اللزوم ، وهو ظاهر النص في « المختصر » ، وحكى صاحب « البحر » عن بعض الخراسانيين أن الأصح عدم اللزوم .

قال : وهو غلط بخلاف النص ، وحكي أن الشافعي – رضي الله عنه – نص في « الأم » و« الإملاء » على اللزوم ، وأما في بذل الولد المال فالأصح عدم اللزوم . قال صاحب « البحر » : وهو المذهب ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٤ ب) .

(٥) « بذل » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « الأصح : عدم اللزوم فيما إذا كان الابن ماشيًا ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٤ ب) .

يعز [1] على الأب التغرير بولده ، فإن كان مع المشي يعول في زاده على الكسب أو السؤال [2] [3] ففيه خلاف [3] مرتب ، وأولى بأن لا يجب ، وإن [4] لم يكن كسب ولا سؤال [5] فلا يحل له [6] الخروج ، ومهما تحقق وجوب الحج فالعمرة تجب أيضًا ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ [7] . وللشافعي - رضي الله عنه - تردد في القديم في وجوب العمرة .

الطرف الثالث : في الاستئجار على الحج ، والنظر في شرائطه وأحكامه .

أما الشرائط : فتذكر في الإجارة ، ونذكر هاهنا أربع شرائط :

الأول : أن يكون الأجير قادرًا على الحج ، فإن كان مريضًا ، أو كان الطريق مخوفًا ، أو ضاق الوقت وطالت المسافة لم تنعقد الإجارة ، ولو جرى في وقت هجوم الأنداء [8] والثلوج ولكن كان زواله معلومًا فالأظهر الصحة ، وقيل : لا يجوز لتعذر النهوض في الحال ، ومهما صحت الإجارة وجب على الأجير الخروج مع أول رفقة ، ولا يجوز التأخير إلا بعد انتظار الرفقة ، فلا عذر بعد وجودها [9] .

---

(١) في (ب) : « يعسر » .

(٢) في (أ ، ب) : « والسؤال » .

(٣) في (أ ، ب) : « فخلاف » .

(٤) في (أ ، ب) : « فإن »

(٥) في (أ ، ب) : « وسؤال » .

(٦) « له » : ليست في (أ ، ب) .

(٧) سورة البقرة : من الآية (١٩٦) .

(٨) الأنداء : جمع (نَدَى) ، وهو المطر . انظر : المعجم الوسيط (مادة : ندي) .

(٩) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من أنه يشترط في صحة الإجارة على الحج أن يكون الأجير قادرًا على الحج عند العقد ، أراد به ما إذا كانت إجارة عين ، أي واردة على فعل الأجير بعينه .

ثم إن قوله : (مهما صحت الإجارة وجب على الأجير الخروج مع أول رفقة) وغير هذا مما فصله يُشعر مع كلام شيخه في ذلك أيضًا ، فإنه يجوز تقديم إجارة العين على خروج الرفقة وأن له أن يعقد الإجارة ثم ينظر خروجها ، فإن الشارح للوجيز قال الذي ذكره جمهور الأصحاب على طبقاتهم فمنازع فيه ، ويقتضي اشتراط وقوع العقد في زمان خروج الناس من ذلك البلد ، حتى قال صاحب =

الثاني : أن لا يضيف الإجارةَ الواردة على العين إلى حجة في السنة القابلة ، إلا إذا كانت المسافة بحيث لا تقطع في سنة فيجوز له ذلك لإمكان التشاغل بالسفر (١) في الحال ، وإن وردت الإجارة على الذمة فله أن يُعين أية سنة شاء ، فإن أطلق نزل على السنة الأولى .

الثالث : كون الحج معلومًا بأعماله للأجير ، ولا يحتاج إلى التعريف في العقد ، فإنه مشهر في العرف ، فإنه فُرِضَ جَهْلٌ على الندور من أحدهما : لم يصح العقد .

وأما تعيين ميقات الإحرام : فيه اختلاف نص ، فقيل قولان ؛ أحدهما : يشترط ؛ لأن غرض الأجير يتفاوت به . والثاني : لا ؛ لأن غرض المستأجر لا يتفاوت .

وقيل : بل هو على حالين ، فإن كان المستأجر له ميتًا فلا غرض إلا تبرئة ذمته ، فأما الحي فله غرض في تعيين المواقيت فيلزمه ذلك (٢) .

= « التهذيب » : لا تصح إجارة العين إلا وقت خروج القافلة من البلد بحيث يشتغل عقيبه بالخروج أو بأسباب الخروج ، مثل شرى الزاد ونحوه ، فإن كان قبله لم يصح ؛ لأن الإجارة في العين في الزمان المستقبل لا يجوز .

وهذا النقل من هذا الشارح غير صحيح وما ذكره عن صاحب « التهذيب » يمكن التوفيق بينه وبين ما ذكره صاحب الكتاب الإمام ، أو شذوذ من صاحب « التهذيب » لا ينفي أن ينسب إلى جمهور الأصحاب على طبقاتهم ، فإن الذي رأيناه في « التتمة » ، و « بحر المذهب » ، و « الشامل » وغيرها ، فمقتضاه : أنه يصح العقد في وقت يمكنه فيه الخروج والمسير على حسب العادة أو الاشتغال بأسباب الخروج .

وقال صاحب « البحر » : أما عقدها في أشهر الحج فيجوز في كل موضع لإمكان تسليم العمل عقيبه وهو الإحرام ، يعني : أن له الإحرام من أي موضع أراد . قال : وقال القفال : ليس من شرطه الخروج عقيب العقد ، بل له أن ينتظر مابه خروج الحاج أو يشتغل بتحصيل أهبة للسفر ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٤ ب - ٢٥ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « في السفر » .

(٢) قال ابن الصلاح : « ما صار إليه في تعليل الخلاف في اشتراط تعيين الميقات في الإجارة من اعتبار غرض الأجير وإخلافه في أحد القولين ، فاعتبار غرض المستأجر وعدم إخلافه في القول الثاني فاسد ؛ لأن المعتبر في مثل ذلك غرض المتعاقدين جميعًا ، وإنما علة الاشتراط اختلاف الغرض ، وعلة عدم الاشتراط لأنه لا وَقْع لاختلاف المواقيت من حيث الشرع ، والله أعلم . =

وقيل : إن كان على طريقه ميقات تعين بالعرف ، وإن كان طريقه يقضي إلى مسلكين يقضي كل واحد إلى ميقات آخر فلابد من التعيين (١) .

الرابع : أن لا يعقد بصيغة الجعالة ، فلو قال المعضوب : مَنْ حجَّ عني فله مائة ، فحج عنه إنسان ، نقل المزني أنه وقع عنه واستحق المائة ، وخرج الأصحاب منه (٢) تصحيح صيغة الجعالة في كل ما يقبل الإجارة .

وذهب بعض الأصحاب إلى تزييفه فإن ذلك يحتمل من ضرورة الجعالة ، فعلى هذا بطلت التسمية وصح الإذن واستحق المأذون (٣) أجرة المثل لوقوع الحج عن الإذن .

ومهما فسدت الإجارة بفساد العوض بقي الإذن صحيحًا ، ووجب أجرة المثل لوقوع الحج عن الإذن . وقيل : إن الإذن يفسد بهذا العموم ، فإن من قال : وكَّلت كل من أراد بيع (٤) داري لم تصح الوكالة لعدم تعين (٥) الوكيل ، فكذلك هاهنا (٦) .

= وتوجيه قول من قال : (إن المستأجر له إن كان حيًا وجب تعيين الميقات في العقد ، وإن كان ميتًا فلا) وجه الفرق أن الحي ذو اختيار ، والغرض يختلف باختلاف الأحوال ، فاشترط تعيينه لما يختاره . وأما الميت فلا اختيار له ، والمقصود تبرئة ذمته ، والمواقيت كلها في ذلك سواء ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٥أ) .

(١) قال ابن الصلاح : « الأصح : أنه إن لم يكن على طريقه إلا ميقات واحد فلا يشترط التعيين فيتعين لحمل ذلك الميقات نظرًا إلى العادة والعرف .

وإن كان في طريقه ميقاتان اشترط التعيين ، ومن صوره : ما إذا كان في طريقه ميقاتان أقرب وأبعد كالعقيق وذات عرق ، وما إذا كان طريقه تفضي إلى مسلكين كل واحد منهما يفضي إلى ميقات ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٥ أ - ٢٥ ب) .

(٢) في (ب) : « فيه » .

(٣) كذا في جميع النسخ بغير الصلة (له) ، وقال في المصباح المنير (١٢/١) : « والفقهاء يحذفون الصلة تخفيفًا » .

(٤) في (أ ، ب) : « أن يبيع » .

(٥) في (أ ، ب) : « تعيين » .

(٦) قال ابن الصلاح : « ذكر أن الشرط الرابع من شروط الإجارة أن لا يعقد بصيغة الجعالة ، فاعترض عليه في ذلك بعض المصنفين بكلامه بما تحريره : أنه إن أراد أن الإجارة إذا عقدت بصيغة الجعالة لم =

(١ النظر الثاني ١) : في أحكام الإجارة عند اختلاف أحوال الأجير ، وأحواله سبعة :

الأولى : إذا فاته الحج في السنة الأولى بامتناعه عن الخروج : انفسخت الإجارة إن كانت واردة على العين . (٢ فإن كانت واردة ٢) على الذمة ، قال العراقيون : لم ينفسخ(٣) وللمستأجر الخيار ، كما لو أفلس المشتري بالثمن . وقال المراوزة : فيه قولان كما في انقطاع جنس المسلم فيه ، على(٤) قول : ينفسخ ، وعلى قول : يثبت الخيار .

فإن (٥ أثبتنا الخيار / وإن كان ٥) المستأجر ميتًا فلا خيار للورثة ؛ لأنه يجب ٤٩/أ

= تنعقد ، فهذا يوهم كون الجعالة إجارة ورجوع المنع إلى صيغة الجعالة ، وليس كذلك فإن الجعالة والإجارة عقدان مختلفان في الأركان . وإن أراد أن الجعالة لا جريان لها في الحج : فهذا لا يصلح أن يعد من شروط الإجارة ، وهذا الاعتراض مندفع فإن محصول كلامه أنه يشترط في الإجارة على الحج كون الأجير معينًا حتى لا يصح بصيغة الجعالة ، كما إذا قال : من حج عني فله مائة ، لم يصح ذلك لكون ذلك إنما احتمل في الجعالة على العمل المجهول . وإن كلامه هاهنا يقتضي أن الصحيح عدم الصحة في ذلك ، وقد صرح في « الوسيط » بأنه الصحيح ، لكن كلامه في باب الجعالة يتضمن أن الصحيح فيه هو الصحة وإليه ذهب آخرون ، والله أعلم .

والصحيح من الخلاف الذي ذكره فيما إذا وردت الإجارة على الذمة - يعني وهي حالة ولم يحج - : الأولى أنه يثبت الفسخ ، ولا ينفسخ من غير فسخ ، فإن كان المحجوج عنه ميتًا - بأن استأجر ثم مات ، أو مات ثم استؤجر عنه - فلا فسخ للورثة على ما ذكره العراقيون ؛ لأن فائدة الفسخ استرداد الأجرة حتى تنبسط فيها .

والأجرة هاهنا متعينة لجهة الحج ، لا يجوز للورثة التصرف فيها ، هذا أولى به مما ذكره في الكتاب فإن ما ذكره غير وافٍ بجميع صورة المسألة » . المشكل (٢/٢٥ ب - ٢٦ أ) .

(١) كذا في (أ ، ب) ، وفي الأصل : « الطرف الرابع » ، وهو خطأ ، وبتتبع التفريع على العناوين السابقة يظهر بجلاء .

(٢) في (أ ، ب) : « وإن وردت » .

(٣) في (ب) : « تنفسخ » .

(٤) في (أ ، ب) : « فعلى » .

(٥) في (أ ، ب) : « أثبتنا وكان » .

عليهم (١) صرف الأجرة إلى أجير آخر لتبرئة ذمته ، والأجير (٢) الذي عينه الميت أولى ، وفيه احتمال (٣) ، إذ [قد] (٤) يكون (٥) للميت [فيه] (٦) مصلحة في إبدال الأجير بمن هو أرغب منه .

الثانية : إذا خالف في الميقات فأحرم بعمرة عن نفسه ، ثم أحرم بحج المستأجر في (٧) جوف مكة فَيُحَطُّ شيء من أجرته ، وفي القدر المحطوط قولان :

أحدهما : أن يقال : حجة من الميقات كم أجرتها ؟ وحجة من جوف مكة كم أجرتها ؟ ويعرف نسبة التفاوت ، فإن كان (٨ عشرًا فيحط ٨) العشر عن المسمى .

وحقيقة هذا القول ترجع إلى أن الأجرة تقابل الحج المقصود أبدًا دون السفر الذي هو ذريعة ، فلذلك لم يدخله في الاعتبار .

والثاني : أنه يعرف التفاوت بين حجة من البلد الذي استؤجر فيها (٩) ، وحجة من جوف مكة ، فيكثر التفاوت ، فيحط عن أجرته ، وحاصل هذا : أن (١٠) السفر إن (١١) كان تقابله الأجرة فلا (١٢ يحسب له ١٢) في هذا القول ؛ لأنه صرفه إلى عمرة نفسه .

المسألة بحالها : لو عاد إلى الميقات وأنشأ الإحرام بالحج عنه ، فإن لم نقابل السفر

---

(١) في (أ ، ب) : « عليه » .

(٢) في (أ ، ب) : « فالأجير » .

(٣) قال ابن الصلاح : « وقوله : (وفيه احتمال) اتبع فيه شيخه ، وهذا وجه قد جزم به غيرهما ، وأنه يفعل ما هو المصلحة للميت من الفسخ وعدم الفسخ ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٦ أ) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) في (ب) : « تكون » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ ، ب) : « من » .

(٨) في (أ ، ب) : « العشر فيحط » .

(٩) في (أ ، ب) : « فيه » .

(١٠) « أن » : ليست في (أ ، ب) .

(١١) في (أ ، ب) : « وإن » .

(١٢) في (أ ، ب) : « يحتسب » .

بأجرة أصلًا استحق تمام الأجرة ، (١ وإن قابلنا أحبطنا ما قابل المسافة التي صرفها إلى عمرته . فإن حسبنا له السفر استحق تمام الأجرة ١) . فإن (٢) أحبطنا المسافة هاهنا (٣) لصرفها إلى عمرته ، فيضبط (٤) التفاوت بين أجرة حجة من بلدة (٥) نهضتها ، ومن الميقات إحرامها ، وبين حجة أنشئت من الميقات من غير سبق (٦) سفر ، ويحط من (٧) المسمى بنسبته (٨) .

المسألة بحالها : لم يعتمر أصلًا ، لكن أحرم من جوف مكة ، فما صرف السفر إلى نفسه لكن لزمه دم الإساءة ، فهل ينجبر بالدم ما يحط من الأجرة ؟ فيه قولان : أحدهما ينجبر فلا يُحط شيء . والثاني : يُحط ؛ لأن الدم وجب حقًّا لله تعالى ، ومقصود المستأجر لا ينجبر ، فعلى هذا يعود الخلاف في أن (٩) السفر هل يحسب [له] (١٠) في توزيع الأجرة ؟ وهاهنا أولى بأن يحسب . وإن (١١) قلنا : إنه ينجبر بالدم فلو كان قيمة الدم تنقص عما يقتضيه الحط فقدر التفاوت هل يحط ؟ فيه وجهان (١٢) .

---

(١) ما بين القوسين ليس في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٣) « هاهنا » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « فضبط » .

(٥) في (أ ، ب) : « بلدته » .

(٦) « سبق » : ليست في (أ ، ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « من » .

(٨) في (أ ، ب) : « مثل نسبته » .

(٩) « أن » : ليست في (أ ، ب) .

(١٠) زيادة من (أ ، ب) .

(١١) في (أ ، ب) : « فإن » .

(١٢) قال ابن الصلاح : « إذا خالف الأجير فأحرم من الميقات عن نفسه بعمرة وأحرم بالحج عن المستأجر من جوف مكة ، فقد ذكر فيه في الكتاب قولين وترك القول الثالث الذي هو الأصح ، وذلك أن الأصح : أن الأجرة تقابل أعمال الحج مع السفر من بلدة الإجارة ، ثم في هذه الصورة الأصح أنه يحسب للأجير على المستأجر سَيْره في المسافة التي بين الميقات وبلدة الإجارة ، ولا يحكم بأنه صرفه إلى عمرة نفسه ؛ لأنه قد أتى به على وفق ما اقتضاه الترتيب بالإجارة ، وجائز أن يكون قصد العمرة عمل لنفسه لا يطرأ إلا عند إحرامه بها من الميقات ، فعلى هذا توزع الأجرة المسماة على أجرة المثل منشأة للمستأجر من موضع الإجارة إلى الفراغ منها ، وأجرة حجة منشأة للمستأجر من موضع الإجارة إلى الميقات إحرامها من جوف مكة لا منه فغير محسوب ما بينهما ، وإذا كانت الأجرة الأولى مثلًا مائة والأجرة الثانية تسعون حططنا =

المسألة بحالها : عينٌ له الكوفةَ ليحرم بها [1] فجاوزها ، ففي لزوم دم الإساءة وجهان ، مأخذهما : التردد في أن تعيينه هل يلتحق بتعيين الشرع ؟ فإن قلنا : يجب الدم عاد الخلاف في أنه هل يجبر النقصان ؟ وإن [2] قلنا : لا يجب [3] عاد الخلاف في أن المسافر [4] هل يحسب له ؟ ولا خلاف أنه لو ارتكب محظورًا غير مفسد لزمه الدم ، ولا حطَّ ؛ لأنه أتى بتمام العمل [5] .

الثالثة :إذا خالف في الجهة بأن استأجره على القران فأفرد ، فقد زاد [6] خيرًا ، ولو قرن بإذنه فأصح الوجهين : أن دم القران على المستأجر ، وكأنه [7] قرن بنفسه ، والثاني : على الأجير ؛ لأنه التزم تحصيل الحج والعمرة بطريق القران ، وتتمة القران بالدم فَلْيَفِ به ، ولو استأجره على الإفراد فقرن فالدم على الأجير قطعًا ، والحج والعمرة واقعان عن المستأجر ؛ لأن الشرع جعل القران كالإفراد . وهل يحط شيء [8] من الأجرة

= من الأجرة المسماة عُشرها ، وهذا القول قد ذكره في الكتاب في المسألة التي هذه ..... فإن حسبنا له السفر استحق تمام الأجرة ، الأظهر من القولين فيما إذا لم يحرم من الميقات أصلًا وأحرم من جوف مكة مثلًا ، ولزمه الجبران بالدم : أن جبرانه هذا لا يمنع من حط شيء من أجرته لما ذكره . وإذا قلنا : يمنع منه فالأظهر أنه لا يحط ، وإن كانت قيمة الدم أقل ، والله أعلم » . المشكل (٢٦/٢ أ - ٢٦ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « فيها » .

(٢) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٣) في (أ ، ب) : « يجبر » .

(٤) في (أ ، ب) : « المسافة » .

(٥) قال ابن الصلاح : « الوجهان المذكوران فيما إذا عين له ميقاتًا أبعد من الشرعي فجاوزه ولم يحرم منه ، الأظهر منهما : أنه يلزمه دم لأنه بتعيينه صار متعينًا بالشرع أيضًا ، وهذا هو نصه في « المختصر » ، والله أعلم » . المشكل (٢٦/٢ ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « زاده » .

(٧) في (أ ، ب) : « فكأنه » .

(٨) في (ب) : « شيئًا » .

مع جبره بالدم ؟ فيه الخلاف السابق [1] .

وإن أمره بالقران فتمتع فوجهان [2] ، أحدهما : أنه كالقران ؛ لأنه إن نقص في إحرام الحج من الميقات فقد زاد في العمل . والثاني : أن زيادته غير محسوبة ، فإنه غير مأمور به ، وعلى هذا فالدم عليه لأنا جعلناه مخالفًا ، وإن جعلناه موافقًا فالوجهان في الدم عائدان [3] .

الرابعة : إذا جامع الأجيرُ : فسد حجه ، وانفسخت الإجارة إن [كانت] [4]

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (إن استأجر على القران فأفرد فقد زاده خيرًا) هذا ليس على إطلاقه ، وهو مقطوع به ، مخصوص بما إذا كانت الإجارة على الذمة ، وعليه الإحرام بالعمرة إلى الميقات . أما إن كانت على العين فإن العمرة لا تقع عن المستأجر ، وعلى الأجير أن يرد ما يخصها من الأجرة ، نص عليه الشافعي في المناسك الكبير ؛ لأنه لا يجوز تأخير العمل فيها عن الوقت المعين . وإذا كانت الإجارة على الذمة ولم يعد إلى الميقات لإحرام العمرة وقعت العمرة عن المستأجر ، وعلى الأجير دم لكونه جاوز الميقات في الإحرام بالعمرة .

وهل يُحط شيء من الأجرة ؟ أم لا يحط لانجبار ذلك بالدم ؟ ففيه القولان السابقان . وهذا ذكره صاحب « البحر » حكمًا للمسألة من غير تفصيل بين أن تكون الإجارة على العين أو على الذمة . ثم قال : ومن أصحابنا من قال : يلزمه أن يرد من الأجرة قسط العمرة بكل حال ؛ لأنه عين له وقت العمرة بأن يأتي بها في أشهر الحج ، وقد فات ذلك الوقت . قال : وهو ظاهر ما قال في المناسك الكبير ، والله أعلم .

وما ذكره فيما إذا استأجره على الإفراد فقرن من أن ذلك يقع على المستأجر ؛ لأن الشرع جعل القران كالإفراد ينفق عليه ، وهو مشكل لكون ذلك مخالفًا للمأذون فيه ، وقد قرره شيخه الإمام بما معناه : أن ذلك يحتمل في الحج والعمرة فإنهما يصحان مع اشتمالهما على ارتكاب كثير من المحظورات وترك كثير من المأمورات ، فمخالفة الأجير بمنزلة مخالفة الشرع ، لأن المستأجر لا يُحصّل الحج والعمرة لنفسه ، وإنما يحصله لله تعالى ، فنزلت مخالفته منزلة مخالفة الشرع ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٦ ب - ٢٧ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « فيه وجهان » .

(٣) قال ابن الصلاح : « إذا أمره بالقران فتمتع فأظهر الوجهين المذكورين : أنه يجعل مخالفًا فيما ذكرناه من المأمور بالقران إذا أفرد من التفصيل ما بينه على المحرم هاهنا ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٧ أ) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

وردت على عينه لفوات [١] الوقت ، ولزمه القضاء لنفسه ورد [٢] الأجرة . وإن وردت على ذمته لم تنفسخ وعليه القضاء في السنة الثانية .

فإذا قضى فهل يقع عن المستأجر ؟ فعلى وجهين ؛ أحدهما : لا ؛ لأن القضاء يقع [٣] عمن انصرف الفاسد إليه ، فعلى هذا عليه أن يحج عن المستأجر حجة أخرى سوى القضاء .

والثاني : أنه يقع عنه ، فإنه لو تمم الأول لوقع [٤] عنه ، وهذا قضاء الأول [٥] .

الخامسة : لو [٦] أحرم عن مستأجره ، ثم صرف إلى نفسه على ظنٍّ أنه ينصرف إليه وأتم الحج ، فالحج عن المستأجر . وفي استحقاقه الأجرة قولان [٧] ، ووجه السقوط : أنه قصد أن يعمل لنفسه ، وهما جاريان في الصباغ إذا جحد الثوب وصبغه لنفسه في أنه هل يستحق الأجرة ؟

السادسة : إذا مات الأجير في أثناء الحج ، يقدم على هذا أن من [٨] مات في أثناء حجه فهل لوريثه [٩] أن يستأجر مَنْ يبني على حجِّه ويأتي بالبقية ؟ فيه [١٠] قولان :

---

(١) في (أ ، ب) : « لفوت » .

(٢) في (أ ، ب) : « ويرد » .

(٣) « يقع » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « وقع » .

(٥) قال ابن الصلاح : « الوجهان المذكوران في قضاء الأجير في الذمة لما أفسده أصحهما : وقوعه عن الأجير لا عن المستأجر ، لما ذكره ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٧ أ) .

(٦) « لو » : ليست في (أ) .

(٧) قال ابن الصلاح : « الأصح من القولين المذكورين فيما إذا أحرم عن المستأجر ثم صرفه إلى نفسه : أنه يستحق الأجرة لأنه أتى بالعمل المقصود عليه ، وصَرْفُه له لاغٍ ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٧ أ) .

(٨) « من » : ليست في (أ ، ب) .

(٩) في (أ ، ب) : « لوارثه » .

(١٠) « فيه » : ليست في (أ ، ب) .

أحدهما : نعم ؛ لأن الاستنابة في بعضه كالاستنابة في كله . والثاني : لا ؛ إذ يبعد أداء عبادة واحدة من شخصين (١) .

فإن جوَّزنا فمات قبل الوقوف : أحرم الأجير من حيث انتهى إليه المستأجر عنه ولا ضرر في وقوعه وراء الميقات .

وإن مات بعد الوقوف وبعد طلوع الفجر من يوم النحر ، قال المراوزة : يُحرم الأجير وإن لم يكن في أشهر الحج ؛ لأن هذا بناء على ما سبق في الأشهر . وقال العراقيون : يحرم بعمرة ويأتي ببقية أعمال (٢) الحج ، ولا يأتي بمناسك منى ، وهو بعيد (٣) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « القول الصحيح وهو الجديد : أنه لا يجوز في الحج بناء شخص على فعل شخص ؛ لأنه عبادة واحدة ، فلا يتأتى بنيتين وإجراءين . وكما لا يجوز في الابتداء أن يستأجر اثنين يفعلان أفعال الحج عنه .

قلت : وقوله (يبعد أداء عبادة واحدة من شخصين) لا يلزم عليه الوضوء ، حيث صح بعضه بفعله وبعضه بفعل من يوضئه ؛ لأن الفعل في الوضوء غير مستحق ، ولهذا لو نوى هو وقعد تحت ميزاب حتى جرى الماء على أعضاء وضوئه جاز ، وصح إذًا بفعل شخصين .

ولا يلزم الصبي الذي يحرم بحجه وليه ويفعل ما يقدر عليه من أعمال الحج ويفعل الولي مالا يقدر عليه منها ؛ لأن حج الصبي والمجنون مستثنى عن القاعدة في كونه يصح منهما مع عدم الفعل والتمييز ، ويكونان هما الحاجين والنية والعمل كله من غيرهما فصحيحة ، وبعض العمل منه أولى ، والله أعلم » . المشكل (٢٧/٢ أ - ٢٧ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « أفعال » .

(٣) قال ابن الصلاح : « إذا جوزنا البناء ومات بعد الوقوف وفوات أشهر الحج بدخول يوم النحر ، ففي الكتاب أن المراوزة قالوا : يحرم الباني بالحج ، وأن العراقيين قالوا : يحرم بعمرة وهو بعيد ، وهكذا نسب شيخه الوجهين ، وليس بمرضي ، فإن الوجهين مذكوران في كتب العراقيين من غير تصحيح منهم وترجيح لما نسبه إليهم ، بل لما نسبه إلى المراوزة دونهم ، والله أعلم » . المشكل (٢٧/٢ ب) .

(١ وإن مات بين التحللين فقياس المراوزة أن يأتي بإحرام ، حكمه أن لا يمنع اللبس والقلم ١) ، وإن مات بعد التحللين فلا يبقى للإحرام وجه ، فيتعين الرجوع إلى إبدال المناسك الواقعة بعد التحللين ، رجعنا إلى الأجير فإن جوَّزنا البناء فالمستأجر متمكن منه فيستحق ورثة الأجير قسطًا من الأجرة ؛ لأن ما سبق لم يحبط . وإن قلنا : لا يمكن البناء ، فقد حبط (٢) ما سبق ففي استحقاق قسط من الأجرة وجهان ؛ أحدهما : لا ؛ لأنه لم يحصل له غرض . والثاني : نعم ؛ لأنه أتى بالبعض ولم يقصر في البعض (٣) .

فإن قلنا : يستحق قسطًا ، ففي التوزيع وجهان ؛ أحدهما : أنها لا تحسب (٤) [المسافة] (٥) ، بل يبتدئ التقدير من وقت الإحرام فما يقابله يستحق . والثاني : تحسب (٦) المسافة ؛ لأنه من عمله ، وعلى هذا يستحق الأكثر لا محالة (٧) .

وإن مات قبل الإحرام ففي احتساب السفر خلاف مرتب ، وأولى بأن لا يحسب (٨) ؛ لأن الذريعة إذا لم تتصل بالمقصود لا يبقى لها حكم ، وإن كانت الإجارة واردة على الذمة فلا تنفسخ ، بل يبقى الحج دينًا في تركة الأجير فيستأجر وارثه من

---

(١) العبارة بين القوسين ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « حبطنا » .

(٣) في (أ ، ب) : « الباقي » بدل « البعض » .

قال ابن الصلاح : « الخلاف الذي ذكره في استحقاق الأجير قسطًا لما فعل قبل موته بأنه وجهان ، والمشهور أنه قولان ، والأصح الاستحقاق ، والله أعلم » . المشكل (٢/٢٧ ب) .

(٤) في (أ) : « تحتسب » .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « تحتسب » .

(٧) قال ابن الصلاح : « الأظهر الاحتساب بالسفر في التوزيع » . المشكل (٢/٢٧ ب) .

(٨) في (أ ، ب) : « يحتسب » .

تركته من يتم [1] على قول تجويز البناء ، أو من يبتدئ حَجًّا على قول المنع .

السابعة : لو أُحْصِر الأجيرُ فتحلل فهو كالموت ، وإن فاته الحج بعد الإحرام فهو كالإفساد ؛ لأنه يجب القضاء ولا يستحق شيئًا في مقابلة عمله ، وذكر العراقيون وجهًا أنه يستحق قسطًا .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « يتمم » .

المقدمة الثانية للحج

النظر في المواقيت

ويُراد بالميقات الزمان والمكان .

أما الميقات الزماني للحج : فشهر شوال وذو القعدة وتسع من ذي الحجة ، وفي ليلة العيد إلى طلوع الفجر وجهان ؛ أحدهما : الصحة لبقاء وقت الوقوف . والثاني : لا يصح ، ولكن يدوم في حق الوقوف (١) .

وقال أبو حنيفة : جميع السنة وقت إحرام الحج .

أما العمرة : فجميع السنة وقتها ولا يكره في وقت كراهية الصلاة ، ولا في سائر الأوقات ، إذا كان متخليًا عن النسك .

أما الحاج العاكف بمنى فالمعرج (٢) على الرمي والمبيت لا تنعقد عمرته في هذا الوقت ؛ لأنه (٣ يحرم عليه ٣) الاشتغال بعمل العمرة (٤ في هذا الوقت ٤) ، لوجوب الرمي والمبيت .

فرع :

إذا أحرم قبل أشهر الحج : انعقد إحرامه ، ولم يكن حجًا ، ويتحلل بعمل عمرة (٥) . وهل تقع عمرته (٦) صحيحة حتى يتأدى بها عمرة الإسلام ؟ فيه قولان :

أحدهما : نعم لأنه إذا بطل (٧) الحج بقي إحرام مطبق ، وينصرف (٨) إلى العمرة .

---

(١) قال ابن الصلاح : « الصحيح المشهور : أن ليلة النحر وقت الإحرام بالحج ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٢٧ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « والمعرج » .

(٣) في (أ ، ب) : « حرم » .

(٤) ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « العمرة » .

(٦) في (أ ، ب) : « عمرة » .

(٧) في (أ ، ب) : « أبطل » .

(٨) في (أ ، ب) : « فينصرف » .

والثاني : أنه لا يقع عمرة ، بل هو كمن فاته الحج يتحلل بعمل عمرته [1] عن إحرامه ، ولا تتأدى عمرته به ، وقيل : إن صرفه إلى العمرة انصراف إليه [2] .

أما الميقات المكاني : فالحاج أربعة أصناف :

الأول : الآفاقي [3] المتوجه إلى مكة على قصد النسك عمرة كان أو حَجًّا ، فعليه أن يحرم من الميقات ، وميقات أهل المدينة ذو الحليفة ، وميقات أهل الشام الجحفة ، ولأهل اليمن يلملم ، ولأهل نجد اليمن ونجد الحجاز قرن [4] ، ولأهل المشرق ذات عرق ، لتعيين عمر - رضي الله عنه - ذلك [5] ، واستمر الناس عليه ، واستحب الشافعي - رضي الله عنه - أن يحرم من العتيق قبل ذات عرق لورود خبر مرسل فيه [6] .

---

(١) في (أ ، ب) : « عمرة » .

(٢) في (أ ، ب) : « إليها » .

قال ابن الصلاح : « أصح القولين فيمن أحرم بالحج في غير زمانه أنه ينعقد إحرامه عمرة ؛ لأن الإحرام شديد التوغل في اللزوم ، فيصح أصله وإن لغا وصفه ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٢٧ ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (الآفاقي) نسبة إلى الجمع ، والجمع إذا لم يُسم به لا ينسب إليه ، بل ينسب إلى واحده ، وواحد الآفاق : أفق ، بضم الهمزة والفاء . ويقال في النسب : أفقي ، بضمها ، وأفقي بفتح الهمزة والفاء - وهو من شذوذات النسب ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٢٧ ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « (قرن) ميقات نجد ، وهو بإسكان الراء لا غير ، وفتحها خطأ ، ولصاحب « الصحاح » فيه غلطان فاحشان ؛ أحدهما : فتح الراء ، والآخر : زعمه أن أويس القرني - رضي الله عنه - نسب إليه ، وإنما هو بلا خلاف بين أهل المعرفة منسوب إلى (قرن) من مراد ، بفتح القاف والراء ، نسأل الله التوفيق والعصمة ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٢٧ ب - ٢٨ أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأهل المشرق ذات عرق ؛ لتعيين عمر - رضي الله عنه - ذلك) روى البخاري في صحيحه عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن عمر حد لهم ذات عرق ، وإلى ذلك ذهب ابن سيرين وطاووس والشافعي - رضي الله عنهم - ، وغيرهم أن ذات عرق لم يؤقته النبي ﷺ وإنما بعده . وقد روى أبو داود وغيره من حديث عائشة وجابر وغيرهما أن رسول الله ﷺ وقت لأهل المشرق ذات عرق ، وفي أسانيدها ضعف ، ولكن يقوي بعضها ، وتحتمل أن يكون عمر - رضي الله عنه - لم يبلغه ذلك فحده ، ووافق تحديد النبي ﷺ ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٢٨ أ) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (واستحب الشافعي - رضي الله عنه - أن يحرم من العقيق لورود خبر =

ثم هذه المواقيت لأهلها ولكل من مرَّ بها من سائر البلاد ، ويكفيه أن يحرم من موضع بإزاء ميقاته ، فإن المقصود مقدار بعده عن مكة ، والأولى أن يحرم من أول الميقات ، وإن أحرم من آخره فلا بأس .

فروع أربعة :

الأول : راكب التعاسيف إذا لم ينته إلى ميقات : [1] أحرم من حيث يوازي أول

= مرسل به) روى الشافعي بإسناده عن عطاء بن أبي رباح قال : سمعنا أنه – يعني النبي ﷺ – وقت ذات العقيق لأهل المشرق .

قلت : قوله (أو العتيق) ليست (أو) فيه للشك ، بل للتخيير ، بدلالة أن عطاء جزم في رواية أخرى أنه وقت لهم ذات عرق ، ثم إن المرسل لا يحتج به عندنا ، والاعتماد هاهنا على ما في ذلك من الاحتياط فإن العتيق أبعد من ذات عرق ، وذلك أن ذات عرق قرية حدثت وحول بناؤها إلى جهة مكة ، فليس لمن أتى من جهة العراق أن يؤخر إحرامه إلى البناء الحادث ، فإنه يكون قد جاوز الميقات غير محرم ، بل يلزمه التحري ، وتطلب آثار القرية القديمة ويحرم حتى ينتهي إليها ويحاذيها .

وذكر الإمام الشافعي – رضي الله عنه – أن من علاماتها المقابر القديمة ، فإذا انتهي إليها أحرم . ويعتضد ذلك بما رواه أبو داود في سننه عن ابن عباس – رضي الله عنهما – قال : « وقت النبي ﷺ لأهل المشرق العتيق » ، ولكن في إسناده يزيد بن أبي زياد ، وهو غير قوي ، لكن يصلح الاستشهاد به ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٢٨ ب) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (راكب التعاسيف إذا لم ينته إلى ميقات) لم يرد براكب التعاسيف الذي ليس له مقصد معلوم كما تقدم في باب صلاة المسافرين ، وإنما أراد الذي ليس له طريق معلوم لسلكه ، وإن كان قاصدًا إلى مكة ناويًا نسكًا فعليه أن يحرم إذا حاذى أول الميقات من المواقيت .

ثم إنه ذكر صورًا قد صورها الفقهاء على بعد من وقوعها في المواقيت المعلومة ، وأنا أستأنف ذكرها بلفظ بَيِّنٍ بسيط ، يوضح ما استبهم من لفظ « الوجيز » . فأقول : إذا حاذى ميقاتين أحدهما عن يمينه ، والآخر عن يساره ، واستويا في القرب من موقفه من مكة أحرم هناك .

وقوله : (ونسيا إحرامه إلى أي الميقاتين أردنا) معناه : أن محاذاته أيهما كانت مقتضية لإحرامه من هناك . فأضيف ذلك إلى أيهما أردت كما في الحكم ، تكون له علتان ، لك أن تضيفه إلى أيهما شئت ، وإن كان أحد الميقاتين الموصوفين أبعد من مكة نظرت : فإن كان هذا الأبعد أقرب من موقعه من الآخر نسبناه إليه لكونه أقرب من موقفه ، والاعتبار بموقفه .

=

الميقات [١] فهو ميقاته . ولو حاذى ميقاتين نسبنا إحرامه إلى أي الميقاتين أردنا . فإن كان أحدهما أبعد من مكة ، وكان أقرب من موقفه من الآخر نسبنا [إحرامه] [٢] إليه ، وإن كان بينهما على سواء فوجهان ؛ أحدهما : النسبة إلى الأبعد . والثاني : إلى الأقرب ، وتتبين فائدته فيمن جاوز غير محرم ولزمه العود وعسر الرجوع إلى موقفه بالضلال فإلى أي الميقاتين يرجع ، ولو رجع إلى موقفه كفاه ، بل يكفي كل مجاوز أن يعود إلى مثل تلك المسافة ، وإن لم يعد إلى ذلك الموقف بعينه .

الثاني : الغريب إذا أتى من جانب ولم يمر بميقات [٣]ولا حاذاه ، فيحرم على مرحلتين من مكة ؛ نزولًا على قضاء عمر - رضي اللّه عنه - في تأقيت ذات عرق لأهل المشرق ، والتفاتًا إلى حد المذهب في حاضري المسجد الحرام .

الثالث : مهما جاوز الموضع الذي هو ميقات في حقه : فقد أساء ؛ فعليه [٤]الدم ، فإن عاد ولكن بعد دخول مكة لم ينفعه العود ، وإن قبل دخول مكة وقبل مجاوزة الميقات من مسافة القصر سقط دم الإساءة ، وصار متداركًا بإحرامه من الميقات ، وإن جاوز مسافة القصر فوجهان ؛ لأنه إذا بعد انقطع طريق التدارك [٥] ، هذا إذا عاد وأنشأ الإحرام من الميقات ، فإن أنشأ الإحرام [٦] حيث انتهى وعاد إلى الميقات محرمًا ففي

= وإن كان موقفه سواء من الأبعد من مكة والأقرب منها ، يتصور ذلك بأن يكون طريق الأبعد فيه التواء وانحراف ، فوجهان ؛ أحدهما : ينسب إلى الأبعد من مكة ، والثاني : ينسب إلى الأقرب من مكة .

وتظهر فائدة هذا الخلاف في النسبة فيما إذا جاوز موقف المحاذاة المذكورة غير محرم للنسك ، ولزمه العود لإزالة الإساءة وتعذر وعزَّ عليه الرجوع إلى مواقفه ، ذلك لإضلاله إياه ، لكونه راكب تعاسيف ، وقد انتهي إلى مجموع طريقي الميقاتين ، فإلى أيهما يعود ؟ إن نسبناه إلى البعيد عاد إليه ، وإن نسبناه إلى القريب عاد إليه ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٢٨ ب - ٢٩ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « المواقيت » .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « من الميقات » .

(٤) في (أ ، ب) : « وعليه » .

(٥) في (أ ، ب) : « التتابع » .

(٦) « الإحرام » : ليست في (أ ، ب) .

كونه متداركًا وجهان ، فإن جعلناه متداركًا فلا يلزمه أن يعود ملبيًا ، خلافًا لأبي حنيفة (١) .

الرابع : لو أحرم قبل الميقات فهو أفضل ، قطع به في القديم ، وقال في الجديد : يكره ، وهو متأول ، ومعناه : أن يتوقى المخيط والطيب من غير إحرام ، وإذا قال رسول اللّه / ﷺ : ٥٠ / ب
« من تمام الحج والعمرة أن يحرم بهما من دويرة أهله » (٢) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « ما ذكره فيمن جاوز الميقات غير محرم ودخل مكة أو لم يدخلها ، ولكن قطع مسافه القصر ثم عاد إلى الميقات وأحرم منه ، من أنه يلزمه الدم قطعًا في صورة دخول مكة ، وعلى وجه في الصورة الأخرى إنما اتبع فيه شيخه الإمام ، وهو شذوذ ، والجمهور قطعوا بأنه إذا عاد وأحرم من الميقات لادم عليه ، ومنهم صاحب (بحر المذهب) ، قال : لم يلزمه الدم قولًا واحدًا ، ولم يفصلوا بين أن يكون ذلك بعد دخول مكة أو قبله ، وبعد مسافه القصر أو قبله .

وحاصل ما ذكره : إيجاب دم على محرم من الميقات بمجرد كونه قدم على إحرامه دخول مكة غير محرم ، أو قطع مسافة القصر وراء الميقات غير محرم ولا أصل لذلك ، واللّه أعلم .

وإذا أحرم دون الميقات ثم عاد إليه محرمًا ففيه وجهان ؛ أحدهما : لا دم عليه ، قال صاحب « البحر » – وهو الصحيح وظاهر المذهب – : وهذا على طريقة صاحب الكتاب مخصوص بما إذا عاد قبل دخول مكة وقبل مسافة القصر كما فصل فيما سبق ، وعند الجمهور قالوا : إذا عاد قبل التلبس بالنسك وفي نسك هو سنة خلاف عندهم ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٢٩ أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو أحرم قبل الميقات فهو أفضل ، قطع به في القديم ، وقال في الجديد : يكره ، وهو متأول ، ومعناه أن يتوقى المخيط والطيب) هذا حاصله يرجع إلى طريقة منقولة لبعض أصحابنا وهي : أن الأفضل أن يحرم قبل الميقات قولًا واحدًا ، وهي طريقة ضعيفة .

والطريقة الصحيحة المشهورة : أن في ذلك للشافعي قولين منصوصين في الجديد ، أحدهما : نص عليه في « الإملاء » أن الأفضل أن يحرم من دويرة أهله .

الثاني : أن الأفضل أن يحرم من الميقات ، نص عليه فيما رواه المزني في (الجامع الكبير) ، ورواه البويطي .

ثم إن نقله عن الجديد أنه يكره الإحرام قبل الميقات اتبع فيه الفوراني ، ولا يعرف عن غيره ، ونسبه صاحب « البحر » إلى بعض أصحابنا بخراسان وأباه ، واللّه أعلم . ثم قال : وهذا غلط ظاهر .

قلت : الذي وجدته من لفظه في الجديد كراهة ما أذكره في التأويل من التجرد من المخيط ، لا كراهة الإحرام قبل الميقات ، بل فيه الإنكار على من كره الإحرام قبل الميقات ، واللّه أعلم . =

الصنف الثاني : مَنْ يتوجه إلى مكة لتجارة لا للنسك ، فهل يلزمه أن يدخل مكة محرمًا من الميقات ؟ فيه قولان . فإن قلنا : لا يلزمه ، فليجاوزه ولا إساءة ، فإن سَنَحَ له بعد ذلك أن يحرم فميقاته عند ظهور قصد النسك ، فإن جاوزه فهو كما لو جاوز الميقات (١) .

الصنف الثالث : مَنْ مسكنه بين الميقات وبين (٢) مكة ، فميقاته مسكنه فلا يجاوزه .

الصنف الرابع : المقيم بمكة - مَكّيًّا كان أو آفاقيًّا - فميقاته مكة ، والأفضل أن يحرم من باب داره (٣) أو في المسجد قريبًا من البيت فيه اختلاف نص . فإن خرج المكي

= ثم إن صاحب (البحر) ذهب إلى أن الأصح أنه من دويرة أهله ، وليس كذلك بل الأصح أن الأصح أنه من الميقات أفضل ؛ لأنه ﷺ إنما أحرم من ذي الحليفة ولم يحرم من المدينة ومسجده ، وهكذا فعل أصحابه وجماهير العلماء .

وأما احتجاجهم بحديث أم سلمة أنها قالت : سمعت رسول اللّه ﷺ يقول : « من أَهَلَّ بحجة أو عمرة من المسجد الأقصى إلى المسجد الحرام غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر » أو « وجبت له الجنة » شك الراوي أيتهما ، قال : رواه أبو داود وغيره . فأقول : ينبغي أن يسلم ذلك في هذا خاصة لاختصاصه بمزايا عديدة ، وأما احتجاج صاحب الكتاب بأن رسول اللّه ﷺ قال : « من تمام الحج والعمرة أن يحرم بهما من دويرة أهله » فهذا عن النبي ﷺ مروي بإسناد ضعيف ، وإنما هو عن عمر وعليّ من قوله ، رواه الشافعي وغيره عنهما واللّه أعلم » . المشكل (٢/ ٢٩أ - ٣٠ أ) . والحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن علي : (٤ / ٣٤١) ، والحاكم في المستدرك : (٢ / ٢٧٦) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : هل يلزمه الإحرام لدخولها ؟) أظهرهما عند صاحب الكتاب أنه لا يلزمه ، وكذلك هو عند الشيخ أبي محمد الجويني ، والشيخ أبي حامد الإسفراييني في آخرين .

وعند البغوي وطائفة الأظهر اللزوم ، وهذا أقوى ، وراجعت في الجديد فوجدت فيه من نقل عدم الوجوب عن ابن عمر ، والوجوب عن ابن عباس ، ورجح قول ابن عباس وقال : لم يحكِ لنا عن أحد من النبيين والأمم الخالين أنه جاء إلى البيت قط إلا حرامًا ، ولم يدخل رسول اللّه ﷺ مكة إلا حرامًا إلا في حديث الفتح ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٣٠ أ) .

(٢) « بين » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في المقيم بمكة : (أن يحرم من باب داره أو المسجد) ، (أو) هاهنا ليست للتخيير ، بل للتردد بين القولين ، وأظهرهما : أنه يحرم من باب داره ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٣٠أ) .

إلى الحل وأحرم بالحج فهو مسيء يلزمه الدم أو العود [1] .

وإن [2] أحرم بعد مفارقة العمران وقبل الانتهاء إلى الحل [3 وأحرم بالحج 3] : فوجهان ، منشؤهما أن الميقات في حقهم هو الحرم أو خطة مكة [4] .

أما العمرة : فميقاتها كميقات الحج إلا في حق المكي والمستوطن بها ، فإن عليهم الخروج إلى أطراف [5] الحل ولو بخطوة في ابتداء الإحرام أو دوامه على رأي ، وأفضل أطراف بقاع الحل الجعرانة ، وهي التي أحرم رسول اللّه ﷺ بها ، وبعده التنعيم وهو أقرب إلى الحرم ، وقد اعتمرت عائشة - رضي اللّه عنها - منه ، وبعده الحديبية [6] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « وقوله فيما إذا أحرم من الحل : (فهو مسيء يلزمه الدم أو العود إلى مكة) ليس على التخيير ، بل (أو) فيه من قبيل (أو) التي هي للتقسيم والتفصيل ، فيلزمه العود ، فإن لم يعد فعليه الدم على ما يأتي ذكره - إن شاء اللّه تعالى - واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٣٠ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٣) ليست في (أ ، ب) ، ولعل في ذكرها تكرارًا ليس محمودًا .

(٤) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من الوجهين في أن ميقاته هو الحرام أو خطة مكة ، أصحهما : أنه نفس مكة للحديث المتفق على صحته من رواية ابن عباس - رضي اللّه عنهما - عن رسول اللّه ﷺ ، حتى أهل مكة يهلون منها ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٣٠ أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « طرف » .

(٦) قال ابن الصلاح : قوله : (أفضل مواقيت العمرة الجعرانة ثم التنعيم ، وقد اعتمرت عائشة - رضي اللّه عنها - منه) تمامه أن يقول : (يأمر رسول اللّه ﷺ بذلك) .

وقوله : (وبعده الحديبية) احتج في « البسيط » بأن رسول اللّه ﷺ همَّ بالإحرام منها بالعمرة فصد ، وهذا لا يصح : لأن النبي ﷺ وردها بعد أن أحرم بالعمرة من ذي الحليفة ، روى ذلك البخاري في صحيحة . وإنما دليله : أن النبي ﷺ نزل بأصحابه بها ليدخل إلى مكة لعمرته التي أحرم بها من ذي الحليفة ، فتميزت بذلك عن البقاع التي لم يُوجد فيها مثل ذلك ، والمذكور في في هذا الكتاب أن من أفضلها (الجعرانة) ثم (التنعيم) هو مذهب الشافعي - رضي اللّه عنه - ، وأما الذي ذكره صاحب « التنبيه » من أن أفضلها (التنعيم) فليس بصحيح لا من حيث المذهب ولا من حيث الدليل ، والله أعلم .

والجعرانة : هي بكسر الجيم وإسكان العين من غير تشديد على الراء . والأول هو الصحيح ، وهو قول =

فرع :

لو أحرم من (١) مكة في الحرم ولم يخرج إلى الحل : ففي الاعتدادبعمرته قولان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه إساءة في الميقات ، فلا تمنع (٢) الاعتداد كالحج .

والثاني : لا ؛ لأن الجمع بين الحل والحرم ركن في الحج ، فإن عرفة من الحل فكذلك في العمرة ، فعلى هذا إن خرج إلى الحل ثم أعاد الطواف والسعي كفاه (٣) .

* * *

= الشافعي وغيره من أهل اللغة ، وهكذا الحديبية هي عندهم بتخفيف الياء الأُخيرة ، وعند بعض أهل الحديث تشديدها ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٠ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « في » .

(٢) في (ب) : « يمنع » .

(٣) قال ابن الصلاح : « أصح القولين في المعتمر إذا لم يخرج إلى الحل أنه تصح عمرته ويلزمه دم لما ذكره ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٠ ب) .

القسم الثاني من الكتاب : في المقاصد

(وفيه ثلاثة أبواب)

[الباب الأول] في وجوه [1] أداء النسكين

وله [2] ثلاثة أوجه :

الأول : الإفراد :

وهو أن يحرم بالحج من ميقاته أولًا [3] ، فإذا فرغ خرج إلى طرف الحل وأحرم [4] بالعمرة ، وكذا لو قدّم العمرة في غير أشهر الحج ثم حجَّ من الميقات فهو مفرد .

الوجه الثاني : القران :

وهو أن يحرم بهما جميعًا ، فتندرج العمرة تحت الحج ، ويكون حاله حال الحج [5] المفرد [6] ، وكذا لو أحرم بالعمرة ثم أدخل الحج عليه قبل الشروع في أعمال العمرة ، فإن خاض في الطواف فأدخل عليه الحج لغا إدخاله ؛ لأن أعمال العمرة من أسباب التحلل فلا يمكن القران مع اختلاف الإحرام ، وفي إدخال العمرة على الحج قولان [7] ؛ أحدهما : الجواز كعكسه . والثاني : لا ؛ لأنه لا يتغير حكم الحج بدخول العمرة عليه ، بخلاف [8] العمرة ، فإنها تتغير بزيادة دخول الحج . فإن جوزنا ففي وقته أربعة أوجه :

---

(١) « وجوه » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فيه » .

(٣) « أولًا » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « فأحرم » .

(٥) في (أ ، ب) : « الحاج » ، وهو أوجه .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله في القارن : (أن يكون حاله حال الحاج المفرد) يعني : في صورة الأفعال لا في الحكم » . المشكل (٢ / ٣٠ ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (في إدخال العمرة على الحج قولان) إن الأصح منهما وهو الجديد : أنه لا يجوز ، والله أعلم . وإن جوزنا فأصح الوجوه الأربعة الأول أنه لا يجوز ما لم يشتغل بعمل ولو بطواف القدوم ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٠ ب - ٣١ أ) .

(٨) « بخلاف » : مكررة في (ب) وهو خطأ .

أحدها : أنه لا يجوز ما لم يشتغل بعمل ، ولو بطواف القدوم .

والثاني : أنه يجوز ما لم يشتغل بركن ، ولو بالسعي (١) بعد طواف القدوم .

والثالث : يجوز (٢) ما لم يخرج وقت الوقوف - وإن سعى من قبل - لأن الحج عرفة .

والرابع : يجوز وإن فات وقت الوقوف ما لم يشتغل بأسباب التحلل .

وعلى هذا لو كان قد سعى فالصحيح : أنه لا يلزمه إعادة السعي ؛ لأنه إذا صار قارنًا حصل الاندراج . وقيل : لا يكتفي بالسعي السابق .

ثم إذا جعلناه قارنًا لم يخرجه إلى نية القران ، بل يكفيه إحرامه (٣) بالنسك الثاني ، ويجب على القارن الآفاقي دم كما على المتمتع .

الوجه الثالث : التمتع :

والمتمتع هو (٤) : كل آفاقي زاحم إحرام الحج لنفسه بعمرة في أشهر الحج مع نية التمتع ، فيلزمه الدم لأمرين ؛ أحدهما : ربحه أحد الميقاتين إذا أحرم بالحج من مكة (٥) ، [من غير عود إلى الميقات] (٦) . والثاني : زحمة (٧) الحج في أشهره بالعمرة (٨) .

(١) في (أ ، ب) : « كان السعي » . (٢) في (أ ، ب) : « يخرج » .

(٣) في (أ ، ب) : « إحرام » . (٤) « هو » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله في المتمتع : (يلزمه دم لأمرين ؛ أحدهما : ربحه أحد الميقاتين إذا أحرم بالحج من جوف مكة) ليس المراد بهذا كونه ترك في إحرامه من مكة الميقات المعين للأفقي من المواقيت الخمسة ، فإن هذا موجود في المفرد فإنه يحرم من أدني الحل ، ولا يخرج إلى الميقات المعين للآفاقي ، وإنما المراد بالميقاتين اللذين ربح المتمتع أحدهما الميقاتان اللذان يحرم المفرد منهما بحجة وعمرة ، والمفرد هو يحرم بالحج من ميقات الأفقى ويحرم بالعمرة من أدنى الحل ، فالمتمتع يربح أحد الميقاتين في أحد النسكين لكونه يحرم من جوف مكة ، ولا يخرج إلى أدنى الحل ولا إلى الميقات المعين للآفاقي ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣١ أ) .

(٦) زيادة من (أ ، ب) . (٧) في (أ ، ب) : « زحم » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (الأمر الثاني : زحم الحج في أشهره بالعمرة) معناه وشرحه : أن أشهر =

وقد اشتملت الرابطة على قيود :

الأول : الآفاقي : فمن كان من حاضري المسجد الحرام فليس عليه دم ؛ لأن ميقاته للحج نفس مكة .

= الحج في أصل الوضع لم تكن تشغل إلا بالحج ، ولا يزحم في أيامه بالعمرة ، فأرخص في التمتع بإيقاع العمرة في أشهر الحج بسبب أن الغريب الأفقي كان يرد مكة قبل عرفة بأيام ، وتعسر عليه مصابرة الإحرام بالحج في تلك المدة ، ولا سبيل له إلى أن تجاوز الميقات غير محرم يجوز له أن يحرم منه بالعمرة ليبقى بعد فراغه منها بمكة حلالًا إلى أن يحرم بالحج في جوف مكة ، ثم إن هذين الأمرين مجموعهما هو الموجب للدم ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣١ أ) .

إذا صح هذا فالذي ينبني على الأمر الثاني من شروط التمتع : وقوع الإحرام بالعمرة في أشهر الحج ، ووقوع الحج بالعمرة في سنة واحدة ، ووقوع النسكين عن شخص واحد .

والذي انتهى منها على الشرط الأول أن لا يعود إلى الميقات لإحرام الحج ، وأن لا يكون من حاضري المسجد الحرام ؛ لأنه إذا عاد وكان من حاضريه فلم يترك الميقات ، وهذا ظاهر فيمن كان من أهل مكة ، فإن المتمتع المكي لا يخالف المفرد المكي في الميقات ، بل كل واحدٍ منهما يحرم بالعمرة من أدني الحل ، ويحرم بالحج من جوف مكة .

وأما من كان موطنه من مكة على مسافة لا تقصر فيها الصلاة فإنه ليس كذلك ، بل إذا كان مفردًا فعليه أن يحرم بالحج من موطنه ، ولو تجاوزه غير محرم فعليه دم الإساءة . ثم إذا اعتمر من مكة فعليه الخروج إلى أدني الحل ، وإذا كان متمتعًا فإنه يحرم بالعمرة من موطنه ويحرم بالحج من جوف مكة وكان رابحًا ميقاتًا فهو كالأفقي .

فهذا مشكل جدًّا ، وقد فرع إمام الحرمين في ذلك إلى الإحالة على البعيد ، وما ادعاه يستدعي ورود نص يثبت به قول الشافعي أن من كان مسكنه من مكة على ما دون مسافة القصر فهو من حاضري المسجد الحرام ، ومن لنا بذلك ؟!

ولعل السبب في ذلك : أن من كان على ما دون مسافة القصر من مكة فهو في حكم أهل مكة في أشياء كثيرة فلم تكن إساءة بترك الإحرام من الميقات خارج من الحرم مثل إساءة البعيد الأفقي ، فلم يلتحق به فيه إيجاب الدم الذي هو على خلاف الأصل ، والله أعلم .

وأما الشرط السادس – وهو نية التمتع – : فلا يختص بواحد من الأمرين ، وفي كلامه إشارة إلى ذلك ، والله أعلم » . المشكل (٣١ أ – ٣١ ب) .

وحاضروا المسجد الحرام : كل من كان [١] بينه وبين مكة ما دون مسافة القصر سواء كان مستوطنًا أو مسافرًا . حتى إن الآفاقي إذا جاوز الميقات غير مريد نسكًا فلما دخل مكة عَنَّ له أن يعتمر ثم يحج لم يلزمه الدم [٢] ، وإن [٣] عَنَّ له ذلك قبل دخول مكة على أقل من مسافة القصر فأحرم بالعمرة من موضعه ثم حج في [٤] تلك السنة ففيه وجهان ؛ أحدهما : لا يلزمه كما لو كان وطنه ذلك الموضع . والثاني : يلزمه [٥] ؛ لأن اسم الحاضر لا يتناوله إلا إذا كان في نفس مكة أو كان مستوطنًا حواليها .

فرع [٦] :

لو كان له مسكنان ، أحدهما خارج عن مسافة القصر : فحكمه حكم المسكن الذي أنشأ الإحرام منه ، إلا إذا كان سكونه بأحدهما أكثر ، أو كان أهله بأحدهما فالعبرة به .

القيد الثاني [٧] : أن يحرم بالعمرة في أشهر الحج ، فلو تقدمت ثم أحرم بالحج [٨]

---

(١) « كان » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قطع بأن المسافر الأفقي إذا جاوز الميقات غير مريد للنُسك فلما دخل مكة عَنَّ له أن يعتمر ثم يحج ففعل ذلك لم يلزمه الدم ، وذهابًا منه إلى أنه صار من الحاضرين ، وأنه لا يشترط في ذلك الإقامة ، وهذا شذوذ لا يعرف ، وكأنه من تصرفه فإنه ليس في « البسيط » و « النهاية » وغيرهما .

وكلام الشافعي وكلام أصحابة فيما علقناه مشتمل على اعتبار الإقامة في الحاضر المذكور ، وذلك الذي لا ينبغي غيره فإن لفظ (الحاضر) يقتضيه . وقد ذكر عقيبه فيما إذا عَنَّ له على أقل من مسافة القصر من مكة فأحرم بالعمرة ثم حج وجهين ، في أنه يلزمه الدم ، ولا فرق بين الصورتين ، بل ينبغي أن يحرما فيهما جميعًا ، فإنه لا يتقدر ما صار إليه من الفرق بينهما ، والأصح منهما عند إمام الحرمين إيجاب الدم ، فإنه يُسمى متمتعًا ولا يسمي من حاضري المسجد الحرام ، والله أعلم » . المشكل (٣١ ب - ٣١ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٤) في (أ ، ب) : « من » .

(٥) في (أ ، ب) : « يتناول » .

(٦) في الأصل : « الثاني » ؛ لعده قيدًا ثانيًا ، وهو أليق بأن يكون « فرعًا » كما هو في (أ ، ب) .

(٧) في الأصل : « الثالث » لعده الفرع السابق قيدًا ثانيًا .

(٨) « بالحج » : ليست في (أ ، ب) .

من جوف مكة كان مفردًا لا متمتعًا ، وهل يلزمه دم الإساءة بترك ميقات الحج ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما : لا ؛ لأنه لم يجاوز الميقات غير محرم . والثاني : نعم ؛ لأن مكة ليس ميقات الحج في حق الآفاقي ، فعلى هذا عليه العود إلى الميقات ، فإن لم يفعل لزمه الدم (١) .

فأما إذا وقع بعض العمرة في أشهر الحج فإن لم يسبق إلا الإحرام ، ففي كونه /٥٠/ب متمتعًا وجهان (٢) . وإن (٣) سبق بعض الأفعال فوجهان مرتبان ، منشؤهما : أن (٤) النظر إلى أول الإحرام أو آخره .

وقطع ابن سريج بأنه لو دخل شوال وهو محرم بالعمرة لم يفارق الميقات بعد فهو متمتع .

القيد الثالث (٥) : أن تقع العمرة والحج في سنة واحدة ، فلو فرغ من العمرة فأخر الحج إلى السنة الثانية وأحرم به من مكة فلا دم عليه ، إذ صارت مكة ميقاتًا له ، ولو عزم على الإقامة ثم حج في السنة الأولى لم يسقط دم المتمتع ، فإنه بالعمرة في (٦) الميقات التزم العود إلى الميقات أو الدم .

الرابع (٧) : أن لا يعود إلى الميقات للحج (٨) ، فلو عاد إليه أو إلى مثل مسافته كان مفردًا ، ولو عاد إلى ميقات قرب (٩) من ذلك الميقات ، ففي سقوط الدم وجهان (١٠) ،

---

(١) قال ابن الصلاح : « الوجهان المذكوران فيما إذا اعتمر قبل أشهر الحج ، ثم حج من جوف مكة ، هل عليه دم الإساءة ؟ أصحهما : أنه يلزمه ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٢ أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « إذا أحرم بالعمرة في أشهر الحج وأتي بأفعالها في أشهر الحج ، قال : ففي كونه متمتعًا وجهان ، وكذا قال شيخه ، وإنما هما قولان معروفان ، فإن أحدهما قاله في القديم : أنه متمتع ، والثاني : قاله في « الأم » وهو أصحهما : أنه غير متمتع ، والله أعلم . المشكل (٢ / ٣٢ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٤) « أن » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في الأصل : « الرابع » .

(٦) في (أ ، ب) : « من » .

(٧) في الأصل : « فرع » ، وهو أولى بأن يكون قيدًا ، كما في (أ ، ب) .

(٨) في (أ ، ب) : « إلى الحج » .

(٩) في (أ ، ب) : « أقرب » .

(١٠) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولو عاد إلى ميقات أقرب من الميقات الأول ففي سقوط الدم عنه =

ولو أحرم من مكة ثم عاد إلى الميقات [١] الأول محرمًا ففي سقوط الدم قولان كما في دم الإساءة .

الخامس : وقوع النُّسكين عن شخص واحد ، فالأجير إذا اعتمر من الميقات لنفسه وحج من جوف مكة لمستأجره فليس بمتمتع ؛ لأنه لم يزحم حَجًّا واجبًا بالشرع بل بالإجارة ، وهذا الشرط زاده الخِضْرِي ، ومن الأصحاب مَنْ خالفه ، وعلى مذهبه يعود التردد في لزوم دم الإساءة ، كما في المتمتع إذا أحرم بالعمرة قبل شوال ، ودم الإساءة يخالف دم المتمتع في صفه البدل ، وفي أنه يعصي ملتزمه ، ويجب عليه تداركه عند الإمكان [٢] .

السادس : نية التمتع ، وفيه [٣] وجهان ؛ أحدهما : تعتبر كما في الجمع بين الصلاتين حتى لو كان عند الإحرام بالعمرة على عزم أن لا يحج في هذه السنة ، أو على عزم أن يعود إلى الميقات لم يكن ناويًا . والثاني : لا تعتبر هذه النية كما في القران [٤] .

= تردد) يعني : وجهين ، وتسمية ذلك ترددًا مع أن كل واحد من الوجهين قد حرم به قابله ، ولم يتردد وجهه ما سبق منا ذكره ، وهو أنهما إنما خرجا ذلك على أصل المذهب ، فيقع في أصل المذهب تردد في أنه على وفق أيهما هو ؟ ولا ينبغي عند هذا أن يقول: هذا الأمر لم يتبين عنده الصحيح من الوجهين ، ثم إن عند القفال وآخرين سقوط الدم ؛ لأنه قد أحرم بالنسكين من ميقاتين خارجين عن الحرم ولا يبقى في معنى المتمتع ، والأصل عدم وجوب الدم وأنه الصحيح ، وما عليه الأكثر أنه يشترط في التمتع وقوع النسكين عن شخص واحد ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٢ أ - ٣٢ ب) .

(١) « الميقات » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (ودم الإساءة يخالف دم التمتع في صفة البدل ، وفي أنه يعصي ملتزمه ، ويجب عليه تداركه عند الإمكان) أما صفة البدل : فبدل دم التمتع صيام الثلاثة والسبعة ، وبدل دم الإساءة بترك الميقات ونحوه الإطعام ثم الصيام بالتعديل المعروف .

وأما العصيان : فتارك الميقات يأثم لتركه واجبًا ، والمتمتع لا يأثم ، وأما وجوب تداركه عند الإمكان معناه : أنه يلزمه العود إلى الميقات ليحرم منه بخلاف التمتع فإنه لا يلزمه ذلك ، فإن الصادر منه لا يخرج عن كونه جائزًا أو مستحبًا ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٢ ب) .

(٣) في الأصل : « فيه » .

(٤) قال ابن الصلاح : « الأصح أ: نه لا يشترط فيه نية التمتع ؛ لأن الأمرين اللذين هما مناط التمتع يُوجدان بدون النية ، وأشهر الحج وقت قابل للنسكين ، ولا كذلك في الجمع بين الصلاتين ، فإن الوقت =

فإن اعتبرنا النية ففي وقته (١) وجهان ؛ أحدهما : في أول إحرام العمرة .

والثاني : أنه (٢) يتمادى إلى آخر إحرام العمرة ، كما في الجمع بين الصلاتين (٣) .

هذه شرائط التمتع ، فلو جاوز المتمتع مكة في الإحرام بالحج كان مسيئًا ومتمتعًا فيلزمه دمان ، كما يجب دم الإساءة على المكي إذا فارق مكة ، ولا يكفيه دم التمتع ، بل ذلك لزحمة إحرام الحج عن الميقات ، ودم الإساءة لمفارقة مكة في إحرام الحج مع أنها ميقاته (٤) .

فإن قيل : فأي الجهات أفضل ؟ قلنا : الإفراد ، فإنه يتعدد فيه الميقات والعمل ، والقران في آخر الرتب إذ (٥ يتحد فيه ٥) الميقات والعمل ، والتمتع يتحد فيه الميقات ولكن يتعدد العمل فهو بينهما ، وفيه قول : أن التمتع أفضل من الإفراد لاشتماله على الدم ، وحكي قول آخر : أن القران أفضل من التمتع (٦) .

= مخصوص لإحداهما ، لا يجوز فيه الأخرى إلا على وجه الجمع ، وقد يفعل فيه لا على وجه الجمع التي ينبي عليها جواز الفعل فافتقر إلى النية تحقيقًا ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٢ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « وقتها » . (٢) في (ب) : « أن » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (والثاني : يتمادى إلى آخر إحرام العمرة) كان ينبغي أن يقول : إلى آخر أعمال العمرة ؛ لأن ما بعد أولها لا يسمى إحرامًا ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٢ ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « ذكر أن المتمتع إذا أحرم بالحج خارجًا عن مكة يلزمه دم الإساءة مع دم التمتع ، ولا يكفيه دم التمتع لتعدد السبب من حيث إن دم التمتع لزحمة إحرام الحج عن الميقات ، ودم الإساءة لمفارقته مكة وهي ميقاته .

فقوله : (لزحمة إحرام الحج عن الميقات) كلام مشكل غير مذكور في « البسيط » و « النهاية » ، وشرحه أن قوله : (عن الميقات) معناه : (من الميقات) ، واستعارة (عن) بمعنى (من) جائز لغة ، ويكثر استعمال العجم له ، فالمراد : أن دم التمتع واجب بسبب مزاحمة الحج الذي يحرم به من ميقاته الذي هو نفس مكة في أشهر بالعمرة ، فهذا مستقل بإيجابه ، فإذا أضاف إليه ترك الإحرام بالحج من ميقاته مكة فهذا سبب لوجوب الدم ، زائد على سبب الدم الأول ، فوجب أن يجب به دم آخر ، وكان في قوله : (من ميقاته) زيادة إشعار بتغاير السبب وتعدده ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٢ ب - ٣٣ أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « فيه يتحد » .

(٦) قال ابن الصلاح : « الأصح عندهم : أن الإفراد أفضل الوجوه - وعليه نص في عامة كتبه - وقال : =

ولنذكر [١] الآن موجب القران والتمتع ، وهذا :

باب ما على المتمتع – والقارنُ في معناه –

والمتمتع [٢] إن كان موسرًا فعليه إراقة دم ، وقت [٣] وجوبه الإحرام بالحج ، وله إراقته قبل يوم النحر ؛ لأنه دم جبران [٤] .

وقال أبو حنيفة : يختص به لأنه دم نسك وقربان .

وفي جواز إراقته قبل الحج وبعد العمرة قولان ؛ أحدهما : نعم ؛ لأنه [٥] كفارة مالية فيقدم [٦] على أحد سببيه ككفارة اليمين . والثاني : لا ؛ لأن اسم اليمين متحقق قبل الحنث ، واسم التمتع [٧] إلى الحج لا يتحقق إلا بعد الحج [٨] .

= وفيه قول : أن التمتع أفضل من الإفراد لاشتماله على الدم ، وإنما مستند هذا القول الحديث . وأما ما ذكره فهو يُستمد من مذهب أبي حنيفة أن دم التمتع والقران نسك ، وعندنا هو جبران يلزم ، ولا يعترض عليه فإنه يلزم من ذلك أن يكون القران أفضل من الإفراد ، وليس ذلك قولان للشافعي ، إنما تمسك باشتمال المتمتع على الدم ، والمتمتع فيه تعدد العمل ، وهذا المجموع لا وجود له في القران ، والله أعلم .

ولا يعترض عليه بأنه قال : (وحكي قول آخر : أن القران أفضل من التمتع) هذا الإيراد صورته تقتضي إثبات طريقة في المسألة أنها على الأقوال الثلاثة المذكورة ، ولا صائر إلى ذلك ، وإنما فيها طريقتان ؛ إحداهما : أن القران مؤخر عن الإفراد والتمتع قولًا واحدًا ، وفي الإفراد والتمتع قولان أيهما أفضل ، وهذه الطريقة هي المشهورة . والثانية : طريقة الفوراني أن الإفراد مقدم على التمتع والقران قولًا واحدًا ، وإنما اختلف القول في أن التمتع أفضل من القران أو القران أفضل من التمتع فعلى قولين ، واستبعد إمام الحرمين هذه الطريقة ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٣ أ - ٣٣ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « فلنذكر » .

(٢) في (أ ، ب) : « فالمتمتع » .

(٣) في (أ ، ب) : « ووقت » .

(٤) في هامش الأصل من نسخة أخرى : « قربان » .

(٥) في (أ ، ب) : « لأنها » .

(٦) في (أ ، ب) : « فقدم » .

(٧) في (أ ، ب) : « المتمتع » .

(٨) قال ابن الصلاح : « أصح القولين : جواز إراقة دم المتمتع قبل الإحرام بالحج ، وبعد فراغه من العمرة لما ذكره ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٣ ب) .

فإن جوزنا ذلك ففي جوازه قبل التحلل عن العمرة وجهان ، ومنشؤه أن السبب الأول يتم بإحرام العمرة أو بتمامها (١) .

أما العاجز : فعليه صيام عشرة أيام ، ثلاثة في الحج وسبعة في الرجوع . ويدخل وقت الثلاث بإحرام الحج ، ولا يجوز قبله لأنها عبادة بدنية فلا يجوز تقديمها ، والأولى أن تقدم على يوم عرفة إذ الصوم مكروه فيه (٢) ، وإن أخر عن النحر فأيام التشريق لا تقبله كيوم النحر ، وفي القديم قوله (٣ أنه يقبل ٣) ، (٤ فإن تأخر ٤) عن أيام التشريق صار قضاءً ويلزمه القضاء ، خلافًا لأبي حنيفة . وحكى ابن سريج قولًا يوافق مذهب أبي حنيفة (٥) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « وأصح الوجهين على هذا أنه لا يجوز قبل التحلل من العمرة ، إذ لابد من تمام أحد السببين كتمام النصاب في تعجيل الزكاة » . المشكل (٢ / ٣٣ ب) .

(٢) في الأصل : « فيها » ، ولعله من خطأ الناسخ . (٣) في (ب) : « أنها تقبل » .

قال ابن الصلاح : « القديم : الأصح أنه لا يجوز صيام الأيام الثلاثة في أيام التشريق ، وهو مذهب مالك ، وإليه ميل الشيخ أبي محمد الجويني وأبي بكر البيهقي . والجديد : أنه لا يجوز ، والمعروف أنه الصحيح ، وينبغي أن يكون هو القديم ؛ إذ صح عن عائشة وابن عمر – رضي الله عنهما – أنهما قالا : لم يرخص في أيام التشريق أن يُصام إلا من لم يجد الهدي ، وأخرجه البخاري في صحيحه . وقد تقرر أن الصحابي إذا قال رخص في كذا وكذا فحكمه حكم المرفوع إلى رسول الله ﷺ ، كما في قوله : أمر بكذا أو نهي عن كذا . وقد روي ذلك مصرحًا به خارج الصحيح عن ابن عمر أنه قال فيه : رخص مطلقًا ، فهذا في حكم المستثنى عنه .ولفظ الرخصة يُشعر به ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٤ أ – ٣٤ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « وإن أخر » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا أخر صيام الثلاثة عن التشريق : (يلزمه القضاء ؛ خلافًا لأبي حنيفة وخرج ابن سريج قولًا يوافق مذهب أبي حنيفة) وجهه – على بُعد – : بأنه في حكم رخصة علقت بالسفر ، وحقه أن يكون في السفر ، فإذا فات لم يقض . وذكر صاحب « البحر » أنه يسقط على هذا إلى الهدي ، ويستقر الهدي في ذمته ، وبه قال أبو حنيفة ، إلا أنه يقول : يلزمه دم آخر للتأخير ، ولا يلزمه ذلك على تخريج ابن سريج .

وذكر أنه خرجه مما قال الشافعي إذا مات عقيب الإحرام بالحج بعد وجوب الصوم عليه ، ففيه قولان ؛ أحدهما : لا يلزمه شيء ، والثاني : الهدي ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٣ ب) .

وأما السبعة : فأول وقتها بالرجوع إلى الوطن . وهل يجوز (١ في الطريق بعد التوجه١) إلى الوطن ؟ فيه وجهان . وللشافعي - رضي الله عنه - قول : أن المراد بالرجوع هو الرجوع إلى مكة . وقول آخر : أن المراد بالرجوع (٢) الفراغ من الحج . وعلى هذا لا يجوز في أيام التشريق ، وإن قلنا : تقبل الأيام الثلاثة ؛ لأنه لم يفرغ بعد من الحج (٣) .

والأيام السبعة لا آخر لها فلا تصير قضاءً ، وإن فاتت الأيام الثلاثة حتى رجع إلى الوطن فعليه عشرة أيام (٤) .

---

(١) في (أ) : « في طريق التوجه » . (٢) في (أ ، ب) : « به » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في صوم الأيام السبعة : (أول وقتها الرجوع إلى الوطن) وهي رواية المزني وحرملة .

وقوله في التفريع : (وهل يجوز في الطريق بعد التوجه إلى الوطن ؟ فيه وجهان) قد صرح صاحب « البحر » في نقله هذا القول بأنه يصومها إذا رجع إلى أهله واستقر ، وهذا القول هو الصحيح ، وفي حديث ابن عمر عن رسول الله ﷺ : « فمن لم يجد هديًا فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله » . رواه البخاري ومسلم في صحيحهما . وفي حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - : « وسبعة إذا رجعتم إلى أمصاركم » . رواه البخاري في صحيحه ، والله أعلم .

وقول المصنف : (وللشافعي قول : أن المراد بالرجوع : الرجوع إلى مكة ، وقول آخر : أن المراد به الفراغ من الحج) هذا يتضمن أنه على قول الرجوع إلى مكة يصومها قبل طواف الوداع ، وعلى القول الثالث لا يصومها إلا بعد طواف الوداع . وقد قال بعضهم : قول الرجوع إلى مكة هو قول الفراغ من الحج ، وذلك أنه نصه في « الإملاء » على أنه يصوم السبعة إذا رجع من حجه بعد كمال مناسكه ، فقال البغداديون من أصحابنا العراقيين : مذهبه في « الإملاء » أنه يصومها إذا رجع إلى مكة بعد فراغه من مناسكه ورميه ، سواء أقام بمكة أو خرج منها ، وهذا مروي عن مالك وأبي حنيفة وأحمد ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٣ ب - ٣٤ أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن فاتت الأيام الثلاثة حتى رجع إلى الوطن فعليه عشرة أيام) ليس رجوعه إلى الوطن شرطًا في ذلك ، وإنما هي صورة فرضها ، وذلك أن فوات الثلاث يحصل بمضي يوم عرفة ، وإن لم نجعل أيام التشريق قابلة لصومها ، وإن جعلناها قابلة فيفوت بمضيها . ولو أخر بعد مضيها طواف الزيارة فلا بأس فإنه لا أمد لآخر وقته ، ويكون بعد الحج ، ومع ذلك لا يقع صوم الثلاثة فيه إذًا ، ولا يحكم بكونه مرادًا بقوله تعالى : ﴿ فصيام ثلاثة أيام في الحج ﴾ لأن ذلك محمول على الغالب المعتاد ، وهذا بعيد نادر . وهذا هو الصحيح وفيه وجه ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٤ ب) .

وهل يجب التفريق بين الثلاثة والسبعة ؟ فيه [1] قولان ؛ أحدهما : نعم كما في الأداء .

والثاني : لا ، كما أن قضاء رمضان لا يجب فيه الولاء ، وإن كان أداؤه متواليًا [2] .

فإن قلنا : يجب ، فهل يكفي يوم واحد أم يتقدر التفريق بالقدر المتخلل في الأداء ؟ [فيه] [3] وجهان [4] .

---

(١) « فيه » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : هل يجب التفريق بين الثلاثة والسبعة في القضاء ؟ فيه قولان ، وقيل : وجهان ؛ الأصح منهما عند إمام الحرمين وجماعة : أنه لا يجب ؛ لأن التفريق كان من أجل الوقت فسقط بفواته ، كالتفريق بين الصلوات المكتوبة يسقط بفواتها : الصحيح عند الروياني صاحب كتاب « البحر » أنه يجب ، وذكر أنه المنصوص وقول الأكثرين من أصحابنا وغلط من قال لا يجب ، واحتج بأن هذا تفريق يتعلق بالفعل دون الوقت ؛ لأنه قيل له : صم الثلاثة قبل فراغك من الحج وصم السبعة بعد رجوعك ، فهو كتفريق أفعال الصلاة وترتيبها ، لا يسقط بفوات وقتها ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٤ ب - ٣٥ أ) .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا قلنا : يجب التفريق ، فهل يكفي التفريق بيوم ؟ فيه وجهان) إنما هما قولان منصوصان ، وأصحهما : أن يتقدر بقدر التفريق الواقع في الأداء ، وذلك يبنى على القولين في جواز صيام الثلاثة في أيام التشريق ، وعلى القولين في معنى الرجوع ، فيتم من ذلك أربعة أقوال ، كما أن الخارج من ضرب اثنين في اثنين أربعة ، ولم يذكر المصنف غير واحد وترك الباقي اكتفاءً بما نبّه عليه من قاعدتها ، وهو المفرع على جواز صومها في أيام التشريق ،وعلى أن معنى الرجوع الفراغ من الحج ، وهذا ينشأ من أن لا يتخلل بينهما في الأداء إفطار . فعلى الأصح من الوجهين لا يجب التفريق بينهما في القضاء أيضًا . وقيل : يفرق بينهما بيوم .

وإن كان التفريع على القول بأن التفريق بينهما بأربعة أيام ، ومدة إمكان المسير إلى الوطن بناء على امتناع صوم أيام التشريق ، فإن الرجوع إلى الوطن .

والرابع : التفريق بأربعة أيام فقط ، بناء على امتناع صومها ، وأن الرجوع هو الفراغ من الحج ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٥ أ) .

فإن قدرنا به (١) فيبتني المقدار المتخلل على معرفة معنى الرجوع ، وأن (٢) أيام التشريق هل تقبل الصوم ؟

فإن قلنا : تقبل ، والمراد (٣) بالرجوع الفراغ ، فلا يتخلل بينهما فطر . فهل يجب التفريق في القضاء بيوم ؟ (٤ فوجهان ، ووجه ٤) الإيجاب : أن الحال قد افترق في الأداء بوقع (٥) الثلاثة في الحج والسبعة بعدها ، فلا بد في القضاء - أيضًا (٦) - من فرق بالزمان بدلًا عنه .

ثم الصحيح : أنه إذا صام أحد عشر يوما كفاه ، واليوم الرابع لا (٧) يقع عن هذه الجهة ووقع تطوعًا ، / وفيه وجه [آخر] (٨) : أنه لابد من الإفطار في اليوم الرابع . ٥١/أ

فرعان :

أحدهما : إن وجد الهدي بعد الشروع في الصوم : لم يلزمه ، خلافًا للمزني .

وإن وجد قبله وبعد إحرام الحج (٩) : ابتنى على أقوال الكفارة في أن الاعتبار بحالة الأداء أم (١٠) بحالة الوجوب (١١) ؟

الثاني : إذا مات المتمتع قبل الفراغ من الحج ، فهل نتبين (١٢) أنه لم يحصل

(١) « به » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٣) في (أ ، ب) : « وأن المراد » .

(٤) في (أ ، ب) : « فيه وجهان ، وجه » .

(٥) في (أ ، ب) : « بوقوع » .

(٦) « أيضًا » : ليست في (أ ، ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « لم » .

(٨) زيادة من (أ ، ب) .

(٩) « الحج » : ليست في (أ) .

(١٠) في (أ ، ب) : « أو » .

(١١) قال ابن الصلاح : « أقوال الكفارة في أن الاعتبار فيها بحالة الأداء أو بحالة الوجوب ، وذكر صاحب « التهذيب » أن أصحهما : أن الاعتبار بحالة الأداء كما في الصلاة ، والله أعلم » . المشكل (٢/ ٣٥ أ) .

(١٢) في (ب) : « يتبين » .

التمتع؟ قولان ؛ أحدهما : نعم ؛ لأن الحج لم يتم وكأنه لم يحج . والثاني : لا ؛ لأنه بالشروع يحقق التمتع [1] .

ولو مات بعد الفراغ من الحج وقبل الرجوع إلى الوطن أُخرج الدم من تركته ، فإن كان عاجزًا [2] ومات برئت [2] الذمة ؛ لأنه لم يتمكن في السفر ، فهو كما إذا دام السفر والمرض في صوم رمضان إلى الموت [3] . وإن [4] مات بعد التمكن في الوطن فحكم هذه الأيام حكم أيام رمضان حتى يصوم عنه وليه أو يفدي كل يوم بمُدٍّ .

وذكر صاحب التقريب قولين آخرين :

أحدهما : أنه [5] لا يُقاس هذا على رمضان في الفدية وصوم الولي ؛ لأنه غير معقول في نفسه فلم يرد إلا في رمضان .

والثاني : أنه يرجح إلى الدم إن أمكن [6] ؛ لأن صوم رمضان ليس له أصل يرجع إليه ، فعلى هذا لو بقي يوم واحد أو يومان فهو كما لو حلق شعرة واحدة أو شعرتين ، وسيأتي .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « إذا مات المتمتع قبل الإحرام بالحج وقبل الفراغ منه فالصحيح في « البسيط » وغيره : أنه لا يسقط الدم ، بل يخرج من تركته ،والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٥ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « مات برئ » .

(٣) في (أ ، ب) : « أن يموت » .

(٤) في (أ ، ب) : « ولو » .

(٥) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله في أحد الأقوال في المعسر إذا مات في الوطن قبل التمكن من الصوم : (أنه يرجع إلى الدم إن أمكن) فقوله : (إن أمكن) غير مذكور في « النهاية » و « البسيط » وغيرهما ، ولا ينبغي هذا اللفظ ، فإنها توهم أن وجوب هذا الدم مقيد بالوجدان واليسار ، وليس كذلك ، فإن هاهنا بدل من الصوم المستقر في الذمة مع العجز عن الدم ، فيكون ثابتًا في الذمة كالديون - وإن لم تكن له تركة - إلى أن يؤدي عنه متبرع ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٥ أ - ٣٥ ب) .

الباب الثاني

في أعمال الحج

ولنقدم [١] عليه جملها :

فالآفاقي إذا انتهي إلى الميقات يحرم ويتزيًّا بزي المحرمين [٢] ، فإذا دخل مكة لم يعزم على شيء حتى يطوف طواف القدوم – وليس هذا الطواف بركن – ثم إن شاء يسعى بعده فيقع السعي ركنًا ، إذ ليس تأخيره عن الوقوف شرطًا في كونه ركنًا بخلاف الطواف ، ثم يصبر إلى اليوم السابع من ذي الحجة ، فيخطب بهم الإمام ويوصيهم بالبكور يوم التروية إلى مِنيً ، وبالنهوض إلى عرفة ، فيمتدون يوم التروية إلى مِنيً ، ويبيتون ليلة عرفة بها ، وذلك مبيت منزل وعادة لا مبيت نسك ، ثم يصبحون يوم عرفة متوجهين إليها [٣] ، فيوافونها قبل الزوال ، ويشتغلون بالدعاء ويقبضون منها عند الغروب [٤] إلى مزدلفة ، ويصلون المغرب مع العشاء [٥] [ويبيتون] [٦] بها ، وهذا المبيت نسك ، ثم يصلون الصبح يوم النحر مغلسين ، ويتوجهون إلى منى وعلى طريقهم المشعر الحرام ، فإذا انتهوا إليه وقفوا إلى الإسفار ، ثم يجاوزونه إلى وادي محسر فيسرعون فيها عدوًا وركضًا ، ثم يوافون منى عند طلوع الشمس ، ويرمون [٧]

---

(١) في (أ ، ب) : « ونقدم » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله (يحرم ويتزيًّا بزي المحرمين) لا يتوهم منه أنه يحرم ثم يتزيًّا ، فإنه يقدم التزي والتجرد عن المخيط على الإحرام على ركعتيه ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٣٥ ب) .

(٣) « إليها » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في عرفات : (ويقبضون منها عند الغروب) إنما المأمور به أنهم يقبضون منها بعد الغروب ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٣٥ ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « والعشاء » .

(٦) زيادة من (أ ، ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « فيرمون » .

ويحلقون ويذبحون [١] ، ثم يقبضون إلى مكة ويطوفون [٢] طواف الركن ويُسمى [٣] طواف الإفاضة والزيارة ، ثم ينطلقون إلى منى للمبيت والرمي في أيام التشريق ، فإذا فرغوا عادوا إلى مكة وطافوا طواف الوداع وانصرفوا .

وفي الحج أربع خطب : يوم السابع من ذي الحجة ، ويوم عرفة ، ويوم النحر ، ويوم النفر الأول ، وكل [ذلك] [٤] بعد صلاة الظهر ، وإفراد إلا يوم عرفة فإنه يخطب خطبتين بعد الزوال وقبل الظهر .

هذه جملها [٥] ، أما التفصيل ففيه اثنا عشر فصلًا :

---

(١) قال ابن الصلاح : قوله : (فيرمون ويحلقون ويذبحون) الذبح مقدم على الحلق ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٥ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فيطوفون » .

(٣) في (أ ، ب) : « فيسمي » .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « جملتها » .

الفصل الأول : في الإحرام

وهو عندنا مجرد النية [(١)] من غير حاجةٍ إلى تلبية ، خلافًا لأبي حنيفة ، وحكي قول قديم مثل مذهبه .

ثم النية لها ثلاثة أوجه :

الأول : التفصيل ، فإذا نوى حجًّا أو عمرة أو قرانًا ، قضاء [(٢)] كان [(٣)] أو نذرًا أو تطوعًا ، كان كما نوى ، إلا إذا غير الترتيب بتأخير فرض الإسلام ، أو تأخير الفرض عن النفل .

ولو [(٤)] أَهَلَّ بحجتين أو عمرتين معًا أو متلاحقًا لغا أحدهما ولم تلزمه الزيادة على الواحد . وقال أبو حنيفة : ينعقدان ثم ينتقل أحدهما عند الاشتغال بالعمل إلى الذمة .

الوجه الثاني : الإطلاق ، فإذا نوى إحرامًا مطلقًا مهما [(٥)] شاء جعله حَجًّا أو عمرة أو قرانًا ، ولا يتعين بمجرد الاشتغال بالطواف للعمرة ولا بالوقوف للحج ، بل لابد من نية الصرف خلافًا لأبي حنيفة .

ولو أحرم مطلقًا قبل الأشهر ثم عين للحج [(٦)] بعد الأشهر لم يجزْ على المذهب .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (الإحرام عندنا مجرد النية) لم يذكر ما ينويه ، والذي ينويه هو الدخول في الحج أو العمرة أو فيهما والتلبيس به والحصول في محرماته ، وسمي إحرامًا لهذا ؛ لأنه يقال : أحرم إذا دخل في حالة يحرم عليه فيها شيء محرم ، وأحرم – أيضًا – إذا دخل الحرم ، فافهم ذلك فإنه يشكل وقَلَّ من أوضحه ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٥ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « أو قضاءً » .

(٣) « كان » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « فلو » .

(٥) في (أ ، ب) : « إن » .

(٦) في (أ ، ب) : « الحج » .

ولو أحرم بالعمرة قبل الأشهر ثم أدخل الحج عليها بعد الأشهر للقران فوجهان [1] ، ووجه [2] المنع : أن الإحرام للقران كالمتحد فلا ينبغي أن يقدم على الأشهر .

الوجه الثالث : الإبهام ، فإذا قال : أهللت بإهلال كإهلال زيد ، صحَّ إذا أَهَلَّ عليٌّ بإهلال كإهلال رسول اللّه ﷺ [3] .

ثم إن لم يكن زيد محرمًا انعقد له إحرام مطلق ، وإن [4] عرف أنه ليس محرمًا بأن [5] كان ميتًا ففي انعقاد أصل الإحرام وجهان ، وجه الانعقاد : إلغاء الإضافة وإبقاء الأصل [6] .

وقد نص في الأم على أنه لو أحرم عن مستأجرين تعارضا وتساقطا وانعقد عن الأجير ، ولو أحرم عن نفسه وعن المستأجر فكذلك ؛ إذ بطل التفصيل وبقي أصل الإحرام .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا أحرم بالعمرة قبل أشهر الحج ، ثم أدخل الحج عليها بعد أشهر الحج ، ففيه وجهان) الصحيح عند المصنف المنع ، وكذلك هو عند الشيخ أبي علي السنجي ، حكاه عن عامة الأصحاب ، وعند القفال المروزي وإمام الحرمين الأصح الجواز ، وبه أفتى صاحب « الشامل » في كتابه ، وهذا أقيس وأقوى ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٣٥ ب - ٣٦ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « وجه » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في الإهلال بإهلال كإهلال فلان على الإبهام : (أهل عليّ بإهلال كإهلال رسول اللّه ﷺ) هذا ثابت في الصحيحين عن جابر بن عبد اللّه أن عليًا - رضي اللّه عنه - قدم من سعايته فقال له النبي ﷺ : « بما أهللت ؟ » قال : بما أهل به النبي ﷺ . وهذا قد يقول القائل فيه : إنه محتمل أن يكون قد أحرم بالحج معينًا واتفق موافقته لإحرام رسول اللّه ﷺ . ولكن حديث أبي موسى الأشعري أنه لما قدم قال له النبي ﷺ : (بما أهللت ؟) قال : قلت لبيك بإهلال كإهلال النبي ﷺ ، قال : « أحسنت » ، أخرجاه في الصحيحين ، لا يتطرق إليه ذلك الاحتمال ، وهو ظاهر الدلالة على المدعى ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٣٦ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « ولو » .

(٥) في (أ ، ب) : « بل » .

(٦) قال ابن الصلاح : « ذكر الوجهين فيما إذا أحرم بمثل إحرام زيد ، وهو عالم بأن زيدًا لم يكن محرمًا ، وأصحهما - ولم يذكر أكثرهم غيره - أنه ينعقد إحرامه مطلقًا ، كما في صورة الجهالة ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٣٦ أ) .

أما إذا كان زيد محرمًا [(١)] فله ثلاثة أحوال :

إحداها [(٢)] : أن يكون إحرامه مفصلًا فينزل إحرام المعلق عليه قرانًا كان أو إفرادًا .

الثانية [(٣)] : أن يكون إحرام زيد مطلقًا فإحرام [(٤)] المعلق أيضًا مطلق [(٥)] ، وإليه الخيرة في التعيين ، ولا يلزمه اتباع / زيد فيما يستأنفه من التعيين ، فأما ما فصله قبل تعيينه [(٦)] ففي لزومه وجهان ، ينظر في أحدهما إلى أول الإحرام وكان مطلقًا ، وفي الثاني إلى الحالة الموجودة عند التعليق وكان مفصلًا ، وكذا إذا كان أحرم أولًا بعمرة ثم أدخل الحج عليه . ٥١/ب

الثالثة [(٧)] : أن يصادف زيدًا ميتًا بعد الإحرام وتعذر مراجعته ، فهم كما لو نسي الرجل ما أحرم به وكان قد أحرم مفصلًا وفيه قولان :

القديم : أنه يجتهد ويأخذ بغالب الظن كما في القبلة إن كان له ظن غالب [(٨)] .

والجديد : الصحيح أنه يلزمه البناء على اليقين ، وطريقه أن يجعل نفسه قارنًا فإذا فرغ من الحج برئت ذمته من [(٩)] الحج بيقين ؛ لأنه إن كان معتمرًا أولًا فقد أدخل الحج عليه وتبرأ ذمته عن العمرة أيضًا [بيقين] [(١٠)] ، إلا إذا منعنا إدخال العمرة على الحج فيحتمل أن يكون إحرامه أولًا بالحج .

---

(١) في الأصل : « محرم » ، وهو خطأ ، وما أثبتناه في (أ ، ب) وهو الصحيح .

(٢) في (أ ، ب) : « أحدها » .

(٣) في (أ ، ب) : « والثاني » .

(٤) في الأصل : « وإحرام » ، وما أثبتناه في (أ ، ب) ، وهو الأليق بالسياق .

(٥) قال ابن الصلاح : « إذا كان زيد قد أحرم مطلقًا نظر إلى نفس إحرام زيد أولًا ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٦ أ) .

(٦) في (أ ، ب) : « تعليقه » .

(٧) في (أ ، ب) : « الثالث » .

(٨) في (أ ، ب) : « غالب ظن » .

(٩) في (أ ، ب) : « عن » .

(١٠) زيادة من (أ ، ب) .

وقال أبو إسحاق : إنه يبرأ عن العمرة ويكون هذا عذرًا في جواز إدخال العمرة في الحج (١) ، كما أن التردد في النية عند نسيان صلاة من الصلوات الخمس عذر في إجزاء الصلاة ، فإن قلنا تبرأ (٢) عن العمرة لزمه دم القران ، وإلا فلا يلزمه لأن القران مشكوك فيه ، فأما إذا طاف أولًا ثم شك فيمنع إدخال الحج لو كان معتمرًا في علم الله ، فلا يكفيه القران ، بل طريقه : أن يسعي ويحلق ويبتدأ إحرامًا بالحج من جوف مكة ويتممه فتبرأ ذمته عن الحج بيقين (٣) ؛ لأنه إن كان حاجًا فغايته حلق في غير أوانه وفيه دم ، وإن كان معتمرًا فقد تحلل (٤ بالحلق والسعي ٤) ، وأنشأ بعده حَجًا فصار متمتعًا وفيه دم ، ولا تبرأ ذمته عن العمرة لاحتمال أن الأول كان حجًّا والدم لا بد منه ، ولكنه لا يدري أهو دم حلق أم (٥) دم تمتع ، وتعيين جهة الكفارات في النية ليس شرطًا فلا يضر التردد ، نعم لو كان معسرًا فبدَّل الفدية ثلاثة أيام وبدَّل التمتع عشرة أيام ، فإن أتى بالثلاث فهل تبرأ ذمته ، فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن الزائد غير مستيقن فلا يوجبه .

والثاني : لا ؛ لأن شغل الذمة بالصوم مستيقن والبراءة بهذا القدر غير مستيقن (٦) .

ومن أصحابنا من قال : الحلق لا نأمره (٧) به لاحتمال أنه حاج ، والحلق في غير

---

(١) « في الحج » : ليست في (أ ، ب) .　　(٢) في (أ ، ب) : « برئ » .

(٣) قال ابن الصلاح : « ذكر فيمن شك بعد ما طاف ، هل كان قد أحرم بحج أو عمرة أنه لا يكفيه القران ، طريقه : أن يسعى ويحلق ثم يبتدئ إحرامًا بالحج ، فإذا أتمه برئ من الحج ، ولا يبرأ من العمرة لاحتمال أن الأول كان مجاهرًا على قولنا : إنه لا يجوز إدخال العمرة على الحج ، وإن جاز ولا يجوز بعد الطواف . أما إذا قلنا : يجوز بعد الطواف فيبرأ من العمرة - أيضًا - ويكفيه القران في براءته من العمرة من غير أن يتحلل بالسعي والحلق ، ويكون ذلك طريقًا في براءته من أحد النسكين ، كما أن الطريق الذي ذكره إنما هو طريق في براءته من أحد النسكين لا عنهما ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٦أ - ٣٦ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « بالسعي والحلق » .　　(٥) في (أ ، ب) : « أو » .

(٦) في (ب) : « مستيقنة » .　　(٧) في (أ ، ب) : « نلزمه » .

أوانه محرّم ، إلا بأذى من نفس الشعر والأذى هاهنا من النسيان ، نعم لو بادر فحلق كان حكمه ما ذكرناه ، والأظهر : أنه يؤمر به (١) ؛ لأن [هذا] (٢) الضرر أعظم من أذى الشعر ؛ إذ يؤدى إلى فوات الحج لو لم يفعل ذلك .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « ثم ذكر الأظهر أنه يؤمر بالحلق المذكور دفعًا لضرر فوات الحج ، فإنه يفوت لو لم يحلق ، هذا على قولنا : إن الحلق نسك يتوقف عليه التحلل من العمرة ، فإنه إذا لم يحلق لم يحصل التحلل إن كان في نفس الأمر معتمرًا ، فيكون بإحرامه بالحج مدخلًا للحج على العمرة بعد الطواف ، وذلك غير جائز . أما إذا قلنا إنه استباحة محظور ، فالتحلل يحصل بدونه ، والأظهر عند الأكثرين : أنه لا يؤمر بالحلق على ما شرحه ، وما اختاره صاحب الكتاب أقوى ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٦ ب) .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

الفصل الثاني : في سنن الإحرام

(وهي خمس)

الأولى : الغسل للإحرام تنظيفًا ، حتى يسن للحائض والنفساء ، فإن لم يجد الماء[1] يتيمم كسائر أنواع الغسل .

قال في الأم : يغتسل الحاج لسبعة مواطن : للإحرام ، ودخول مكة ، والوقوف بعرفة ، والوقوف بمزدلفة ، ولرمي الجمار الثلاث ؛ لأن هذه المواضع يجتمع لها الناس فيُستحب لها الاغتسال كالجمعة ، ولا يغتسل لرمي جمرة العقبة ؛ لأن وقته من نصف الليل إلى آخر النهار فلا يجتمع لها الناس في وقت واحد ، وأضاف إليها في القديم الغسل لطواف الزيارة وطواف الوداع ؛ لأن الناس يجتمعون لهما ، ولم يستحب في الجديد لأن وقتهما يتسع فلا يتفق الاجتماع .

الثانية : التطيب للإحرام مستحب ، قالت عائشة - رضي الله عنها - : طيبت رسول الله ﷺ لإحرامه قبل أن يحرم ، ولحله قبل أن يطوف ، ورأيت وبيص المسك في مفارقه بعد الإحرام[2] .

---

(١) في (أ ، ب) : « ماء » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (قالت عائشة - رضي الله عنها - : طيبت رسول الله ﷺ لإحرامه قبل أن يحرم ، ولحله قبل أن يطوف ، ورأيت وبيص المسك في مفارقه بعد الإحرام) ما فيه ذكر (وبيص الطيب) حديث منفصل عما قبله ، فهما حديثان منفصلان في روايات الصحيحين ، وبروايات الشافعي وغيرها .
ووبيص الطيب : بالصاد المهملة ، بريقه ولمعانه ، والمفارق : جمع مفرق بكسر الراء ، وهو وسط الرأس ، حيث يتفرق الشعر يمينًا وشمالًا ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٦ ب) .
وحديث عائشة - رضي الله عنها - أخرجه البخاري : (٣/٤٦٣) (٢٥) كتاب الحج (١٨) باب الطيب عند الإحرام (١٥٣٨ ، ١٥٣٩) . وأطرافه : (١٧٥٤ ، ٥٩٢٢ ، ٥٩٢٨ ، ٥٩٣٠) ، ومسلم : (٢/٨٤٦-٨٤٨) (١٥) كتاب الحج (٧) باب الطيب للمحرم عند الإحرام (١١٨٩ ، ١١٩٠) ، وأبو داود : (٢/ ١٤٩) كتاب المناسك - باب الطيب عند الإحرام (١٧٤٥ ، ١٧٤٦) ، والترمذي : (٣/٢٥٩) (٧) كتاب الحج (٧٧) باب ما جاء في الطيب عند الإحلال قبل الزيارة (٩١٧) ، والنسائي : (٥/١٣٦-١٣٩) (٢٤) كتاب مناسك الحج (٤١) باب إباحة الطيب عند الإحرام (٢٦٨٤ - ٢٦٩٤) ، وابن ماجه : (٢/٩٧٦) (٢٥) كتاب المناسك (١٨) باب الطيب عند الإحرام (٢٩٢٦ ، ٢٩٢٧ ، ٢٩٢٨) .

وذلك يدل على أن التطيب مما يبقي جِرْمه جائز خلافًا لأبي حنيفة .

أما[(١)] تطييب[(٢)] ثوب الإحرام قصدًا ففيه ثلاثة أوجه[(٣)] ؛ أحدهما : الجواز قياسًا على البدن .

والثاني : لا ؛ لأنه ربما ينزع الثوب في وقت الغسل ثم يُعيده إلى البدن[(٤)] فيكون تطييبًا مستأنفًا .

والثالث : أنه يجوز تطييبه مما لا يبقى له جرم مشاهد .

فإن قلنا : يجوز فلو نزع بعد الإحرام وأعاد ففي لزوم الفدية وجهان[(٥)] ، ولو تنحى جرم الطيب بالعرق من بدنه فلا فدية على أظهر الوجهين ؛ لأن ذلك لا يمكن الاحتراز عنه ، ومنهم من قال : يجب إن لم يبادر إلى إزالته[(٦)] .

ويُستحب[(٧)] الاختضاب للمرأة[(٧)] تعميمًا لليد لا تطريفًا[(٨)] وتزينًا ، ....

---

(١) في (أ ، ب) : « وأما » .

(٢) في (ب) : « تطيب » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأما تطيب ثياب الإحرام قصدا ففيه ثلاثة أوجه) الأصح منها الجواز ، وقوله : (قصدًا) فيه احتراز مما إذا طيب بدنه فتعطر منه ثوبه فذلك واقع ضمنًا ولا قصدًا ، فلا بأس بلا خلاف ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٦ ب - ٣٧ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « بدنه » .

(٥) قال ابن الصلاح : « والأصح فيما لو نزعه ثم عاد فلبسه بعد الإحرام : أنه تلزمه الفدية ، والله أعلم » المشكل (٢ / ٣٧ أ) .

(٦) في (أ ، ب) : « جهته » .

(٧) في (أ ، ب) : « للمرأة الخضاب » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : في (استحباب الخضاب للمرأة قبل الإحرام : (تعميمًا لليد لا تطريفًا) أي : لا تختصر على خضاب أطراف أصابعها ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٧ أ) .

(١) ويستحب لها ذلك (١) في كل حال ليستر بشرتها عن الأعين .

الثالثة : أن يتجرد عن المخيط ، في إزار ورداء أبيضين ونعلين ؛ لأن أحب الثياب إلى اللّه البيض .

الرابعة : أن يُصلي ركعتي الإحرام ، ثم يُحرم في مُصَلاه بعد السلام قاعدًا . وقال في الجديد : لا يهل حتى تنبعث به دابته [٢] ليكون العمل مقرونًا بالقول [٣] .

الخامسة : أن لا يقتصر على مجرد النية ، ولكنه يلبي عند النية بلسانه فيقول : لبيك اللهم لبيك ، لا شريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة لك والملك [٤] ، لا شريك

---

(١) في (أ ، ب) : « والاختضاب يُستحب لها » .
(٢) في (أ ، ب) : « راحلته » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم يحرم في مصلاه بعد السلام قاعدًا ، وقال في الجديد : لا يهل حتى تنبعث به راحلته) فالأول منسوب عنده وعند غيره إلى التقديم ، وهو مروي أيضًا عن المناسك الصغير من كتب كتاب « الأم » ، فإذا فيه في الجديد قولان وهو الأصح عند المؤلف على ما أشعر به إيراده ، وهو الأصح – أيضًا – عند طائفة ، وهو مروي عن مالك وأبي حنيفة وأحمد . لكن الأصح عند الأكثرين : أنه لا يهل حتى تنبعث به راحلته .

قال الإمام أبو المعالي : ليس المراد من انبعاثها ثورانها ، بل المراد استواؤها في صوب مكة ، قد جاء مفسرًا في بعض روايات الصحيحين حتى تستوي به قائمة ، ويصح هذا القول ، إذ ورد به أحاديث ثابتة في الصحيحين ، وهو مروي عن ابن عباس بإسناد فيه ضعف . وفي صحيح مسلم من رواية ابن عباس عنه ﷺ أنه أحرم حين استوت به راحلته ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٣٧ أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « وقولهم : (لبيك) التثنية فيه للتأكيد ، ومعناه : إجابة مني لك بعد إجابة ، وقيل: معناه أنا مقيم على طاعتك إقامة بعد إقامة . وقيل : معناه إجابتي لك لازمة » .

وقوله : (إن الحمد لك) المختار أنه بكسر الهمزة ، ومنهم من يفتحها ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٣٧ أ) .

وهذا الدعاء رواه البخاري : (٣ / ٤٧٧) (٢٥) كتاب الحج (٢٦) باب التلبية (١٥٤٩ ، ١٥٥٠) ، ومسلم : (٢ / ٨٤١) (١٥) كتاب الحج (٣) باب التلبية وصفاتها ووقتها (١١٨٤) ، وأبو داود : (٢ / ١٦٧ ، ١٦٨) كتاب المناسك – باب كيف التلبية (١٨١٢) ، والترمذي : (٣ / ١٨٧) (٧) كتاب الحج (١٣) باب ما جاء في التلبية (٨٢٥ ، ٨٢٦) ، والنسائي : (٥ / ١٥٩) (٢٤) كتاب مناسك الحج (٥٤) باب كيف التلبية (٢٧٤٧ ، ٢٧٥٢) ، وابن ماجه : (٢ / ٩٧٤) (٢٥) كتاب المناسك (١٥) باب التلبية (٢٩١٨ ، ٢٩١٩) .

لك ، ويصلي على رسول الله ﷺ بعده ، وإذا رأى شيئًا فأعجبه [١] قال [٢] : لبيك إن العيش عيش الآخرة [٣] ، ويُجدد التلبية في طريان التغايير ، وفي كل صعود وهبوط ، وفي أدبار الصلوات ، وإقبال الليل والنهار ، ويستحب في مسجد مكة ومنى وعرفات ، وفيما عداها قولان ؛ الجديد : أنه يُلبي في كل مسجد .

وفي حال الطواف قولان ؛ والقديم [٤] : أنه يلبي ويخفض صوته [٥] .

وقال في الأم : لا يلبي ؛ لأن للطواف ذكرًا يختص به ، ويستحب رفع الصوت / ٥٢/أ بالتلبية لكل أحد إلا النساء [٦] ، وفي كل مكان إلا في المساجد ، وقيل : إنه يستحب الرفع أيضًا ، وإنما يجتنب في المسجد رفع الصوت بغير الأذكار .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « أعجبه » .

(٢) في (ب) : « ثم قال » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإذا رأي شيئًا أعجبه قال : لبيك إن العيش عيش الآخرة) هذا مستنده ما رواه الشافعي - رضي الله عنه - بإسناده عن مجاهد ، قال : كان النبي ﷺ يظهر من التلبية : لبيك اللهم لبيك ، فذكر التلبية المعروفة . قال : حتى إذا كان ذات يوم والناس يصرفون عنه كأنه أعجبه ما هو فيه ، فزاد فيها : لبيك إن العيش عيش الآخرة ، وهذا مرسل يصلح لأن يعتمد في باب فضائل مثل هذا الذكر ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٧ ب) .

والحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : (٥ / ٤٥) ، وابن خزيمة في صحيحه : (٤ م ٢٦٠) ، والهيثمي في مجمع الزوائد : (٣ / ٢٢٣) ، وقال : رواه الطبراني في الأوسط وإسناده حسن .

(٤) في (أ ، ب) : « القديم » .

(٥) قال ابن الصلاح : « القول الأصح : أنه يلبي في كل مسجد ، وأنه لا يلبي في كل الطواف ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٧ ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « للنساء » .

الفصل الثالث : في سُنن دخول مكة

(وهي أربعة [1])

الأولى : أن يغتسل بذي طوى [2] ، ولا يقنع بما سبق من غسل الإحرام .

الثانية : أن يدخل مكة [3] **من ثنية كَداء - بفتح الكاف** - وهي ثنية في أعلى مكة ، ويخرج منه ثنية كُدىً - بضم الكاف - وهي في [4] أسفلها [5] .

وقيل : إنه لا نسك فيه لأنه وقع [6] على طريق رسول الله ﷺ فلم [7] يقصد العدول إليه .

الثالثة : إذا وقع بصره على الكعبة عند رأس الردم فليقف وليقل : « اللهم زد هذا

(١) في (أ ، ب) : « أربع » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (يغتسل بذي طوى) هو بفتح الطاء ، ويجوز بضمها وكسرها ، وهي بأسفل مكة ، من صوب طريق العمرة . وهذا لمن جاء على طريق مدينة رسول الله ﷺ ، وإن من جاء من طريق غيرها اغتسل في غيرها ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٧ ب) .

(٣) « مكة » : ليست في (أ ، ب) . (٤) « في » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (يدخل من ثنية كَداء - بفتح الكاف - ويخرج من ثنية كُدا - بضم الكاف) فالثنية عبارة عن الطريق الطبق بين الجبلين .

وثنية كداء - بفتح الكاف والمد - بأعلى مكة ينحدر منها إلى المقابر التي هي بالموضع الذي يسميه العامة المعلى على وزن المولى ، وإلى المحصب وهو الأبطح مما يلي طريق منى .

وأما ثنية كُدىً - بضم الكاف والقصر والتنوين - وهي بأسفل مكة إلى صوب ذي طوى ، وذكر بعض أئمتنا أن الخروج إلى عرفات يكون من هذه الثنية السفلي أيضًا .

وهناك موضع ثالث يسمى : كُدَيًّا - بضم الكاف وفتح الدال وتشديد الياء - وهو في طريق من يخرج من مكة إلى اليمن ، اشتبه أمره على بعضهم ، إذ وجد في الشعر مشددًا فاعتقد - غالطًا - أن كُدىً التي هي الثنية السفلي مشددة ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٧ ب - ٣٨ أ) .

(٦) « وقع » : ليست في (أ ، ب) . (٧) في (أ ، ب) : « ولم » .

البيت تشريفًا وتعظيمًا وتكريمًا ومهابة ، وزد من شرفه أو عظمه [1] ممن حجه أو اعتمره [2 تعظيمًا وتشريفًا 2] وتكريمًا وبِرًا [3] ، ويقول [4 بعد هذه 4] : « اللهم أنت السلام ومنك السلام فَحيِّنَا ربنا بالسلام » [5] ، ثم يدعو بما أحب .

الرابعة : أن يدخل المسجد من باب بني شيبة ، فيؤم [6] الركن الأسود من البيت ، وقد عدل رسول الله ﷺ إلى باب بني شيبة ، ولم يكن على طريقه ، فدل على كونه سنة [7] .

فإن قيل : من دخل مكة غير محرم هل يعصي ؟ قلنا : إن كان مريدًا نسكًا فلا بد من إحرامه في الميقات ، وإن دخل لتجارة استحب [8 وفي الوجوب قولان ؛ أحدهما : يجب 8]؛

(١) في (أ ، ب) : « وتعظيمًا » . (٢) في (أ ، ب) : « تشريفًا وتعظيمًا » .

(٣) قال ابن الصلاح : « وقوله : (اللهم زد هذا البيت تشريفًا وتكريمًا ...) إلى آخره ، رواه الشافعي – رضي الله عنه – عن ابن جريج عن النبي ﷺ وهو منقطع معضل » . المشكل (٢ / ٣٨ أ) .

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى : (٥ / ٧٣) ، والطبراني في المعجم الكبير : (٣ / ١٨١) حديث رقم : (٣٠٥٣) ، والبيهقي في مجمع الزوائد : (٣ / ٢٣٨) وقال : وفيه عاصم بن سليمان الكوزي وهو متروك ، والشافعي في الأم : (٢ / ١٤٤ – ١٤٧) .

(٤) في (أ ، ب) : « بعده » .

(٥) قال ابن الصلاح : « وقوله : (اللهم أنت السلام ...) إلى آخره ، رواه الشافعي عن سعيد بن المسيب ، من قوله ، واستحار الاعتماد ، وهو مقام تساهل ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٨ أ) .

وقد رواه البيهقي في السنن الكبرى عن عمر : (٥ / ٧٣) .

(٦) رسمت في الأصل : « فيأم » .

(٧) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : (٥ / ٧٢) ، والهيثمي في مجمع الزوائد : (٣ / ٢٣٨) وقال : « رواه الطبراني في الأوسط ، وفيه : مروان بن أبي مروان ، قال السليماني : فيه نظر ، وبقية رجاله رجال الصحيح » ، ورواه ابن خزيمة في صحيحه : (٤ / ٢٠٧ ، ٢٠٨) .

(٨) ليست في (أ ، ب) .

لاتفاق الخلق عليه عملًا . والثاني : لا ؛ لأن سبيله سبيل تحية المسجد [١] .

وهذا في الغريب ، أما الحطابون وأصحاب الروايا [٢] والمترددون إلى مكة في مصالحهم لا يلزمهم للحاجة ، [٣] وقيل بطرد القولين [٣] . وقيل : يلزمهم في السنة مرة واحدة ، وهو بعيد .

فإن ألزمنا الغريب فترك ففي وجوب [٤] القضاء قولان [٥] ؛ أحدهما : لا يجب [٦] ؛ لأن عوده يقتضي إحرامًا آخر أداء . والثاني : يجب ، ويجب في العود إحرام مقصود له . وفي الابتداء [كان] [٧] يلقي إحرام عن نذر أو قضاء أو غيره .

(١) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من أن من : (يدخل مكة لتجارة يستحب له الإحرام ، وفي الوجوب قولان) قد سبق ذكره لهما ، وكلامه هذا يتضمن أن الاستحباب مقطوع به على القولين ، وإنما الخلاف في الوجوب ، وصرح بذلك في « البسيط » فقال : (لا شك في الاستحباب ، وفي الوجوب قولان) . وهذا لا يلائم تحقيقه وتحقيق غيره في علم الأصول ، فإن جواز الترك داخل في حد الاستحباب ، والوجوب مأخوذ في حده تحريم الترك ، فمن أثبت الوجوب فقد نفى الاستحباب بالضرورة . فالخلاف في الوجوب إذًا اختلاف في الاستحباب .

ولما كان هذا واضحًا نعلم أن مثله لا يسهو عن مثله ، طلبنا له عذرًا فوجدناه ، وهو : أنه أراد بالاستحباب مطلق رجحان الفعل على الترك جريًا على أصل الاصطلاح اللغوي أو اصطلاح بعض الفقهاء ، وذلك موجود في الوجوب ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٨ أ) .

(٢) هم السقاؤون ، راجع : اللسان (مادة : روي) .

(٣) ليست في (أ ، ب) .

(٤) « وجوب » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) ليست في (أ ، ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم إذا أوجبنا فترك ، ففي وجوب القضاء قولان) وقال غير شيخه : وجهان ، وأصحهما – وهو المشهور – أنه لا يجب لما ذكره . والثاني : يجب ، ويكون قصده بدخوله في العود القضاء ، وهو يُفارق دخول الأداء من حيث إنه يكفي فيه مطلق إحرام عن نذر أو قضاء أو غيره، ويكون دخوله للقضاء مانعًا من اقتضائه إحرامًا آخر كما إذا دخل بحج أو عمرة ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٨ أ – ٣٨ ب) .

(٧) زيادة من (أ ، ب) .

هذا في الأحرار ، أما العبيد فلا إحرام عليهم ، سواء دخلوها بإذن السادة أو بغير إذنهم، فإن أذن السيد في الدخول بالإحرام لم يلزم على أحد الوجهين ، كما إذا [١] أذن في حضور الجمعة .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « لو » .

الفصل الرابع : في الطواف

فإذا دخل من باب بني شيبة فليتوجه إلى الركن الأسود وليستلمه ، وليجعل البيت على يساره ويطوف إلى أن يعود إلى الحجر سبع مرات ، وهذا طواف القدوم [١] .

والنظر في الطواف في واجباته وسننه وأقسامه .

أما الواجبات فثمانية [٢] :

الأول : شرائط الصلاة ، من طهارة الحدث ، والخبث ، وستر العورة ، والقرب من البيت بدل عن الاستقبال . قال - عليه الصلاة والسلام - : « الطواف بالبيت صلاة ، إلا أن الله أباح فيه الكلام » [٣] ، وطهارة المطاف الذي يمشي عليه كطهارة مكان الصلاة .

الثاني [٤] : الترتيب ؛ وهو أن يبتدي بالحجر الأسود ويجعل البيت على يساره ، فلو [٥]

---

(١) قال ابن الصلاح : « المذكور في هذا الكتاب وكثير من الكتب في كيفية الطواف وشبهه فيه ما يخفى على من لم يحج ولم يشاهد ، وقد اعتنيت بإزالة هذا المحذور بإسباغ الوصف والإيضاح المزيح للبس في كتابنا « صلة الناسك في صفة المناسك » ، ولم يصنف في المناسك مثله ، والعلم عند الله » . المشكل (٢/ ٣٨ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فسبعة » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال رسول الله ﷺ : الطواف بالبيت صلاة إلا أن الله تعالى أباح فيه الكلام) فقد روي بمعناه عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ ، وروي موقوفًا على ابن عباس من قوله ، والموقوف أصح ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٨ ب) .

والحديث أخرجه الترمذي عن النبي ﷺ قال : « الطواف حول البيت مثل الصلاة ، إلا أنكم تتكلمون فيه ، فمن تكلم فيه فلا يتكلمن إلا بخير » (٣ / ٢٩٣) (٧) كتاب الحج (١٢) ، باب ما جاء في الكلام في الطواف (٩٦٠) ، والنسائي : (٥ / ٢٢٢) (٢٤) كتاب مناسك الحج (١٣٦) باب إباحة الكلام في الطواف (٢٩٢٢ ، ٢٩٢٣) ، والحاكم في المستدرك : (٢ / ٢٦٧) ، والشافعي في الأم : (٢ / ١٤٧) .

(٤) في (أ ، ب) : « والثاني » .

(٥) في (أ ، ب) : « فإن » .

جعل البيت على يمينه لم يحسب ، وإن استقبله تردد فيه القفال [(١)] ، ولو ابتدأ بغير الحجر الأسود لم يُعتد بطوافه إلى أن ينتهي إلى الحجر فمنه يستأنف الاحتساب ، وينبغي أن يبتدأ بحيث يمر بجميع بدنه على جميع الحجر الأسود ، فإن حاذاه ببعض بدنه ثم اجتاز فوجهان [(٢)] يقربان مما إذا استقبل ببعض بدنه طرف البيت وصلى .

الثالث : أن يكون بجميع بدنه خارجًا عن كل البيت ، فلا يطوف في البيت ، فلو مشى على شَاذَرْوان البيت [(٣)] ، - وهو عرض أساسه - ، كان طائفًا بالبيت ؛ لأنه بالبيت [(٤)] ، وهو الذي سماه المزني التأزير ، بمعنى التأسيس . فقيل [(٥)] : التأزير مأخوذ من الإزر .

---

(١) قال ابن الصلاح : « الأصح فيما إذا استقبل البيت بوجهه في طوافه : أنه لا يصح ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٨ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « ففيه وجهان » . قال ابن الصلاح : « قوله فيمن حاذي الحجر في ابتداء طوافه ببعض بدنه وأجاز فيه وجهان ، كذا قال شيخه ، وإنما هما قولان منصوصان نقلهما كثيرون ، الجديد : أنه لا يعتد بطوافه تلك ، والقديم : أنه يعتد ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٨ ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « شاذروان الكعبة - بألف بعد الشين - هو القدر الذي ترك من عرض الأساس الأول خارجًا عن عرض جدار الكعبة لما جَدَّدت قريش بناءها ، فبقي خاليًا من البناء مع كونه جزءًا من البيت .

وسماه المزني : تأزير البيت ، ويقرأ بزايين ، بمعنى التأسيس . هكذا ضبطه المصنف في الدرس ، وكذلك ضبطه غيره ، وهذا على إبدال الشين زايًا ، ويقرأ بالزاي المعجمة والراء المهملة ، مأخوذ من لفظ الإزار ، والله أعلم » . المشكل « ٢ / ٣٨ ب ٣٩ أ) .

قال النووي : « شاذروان الكعبة - زادها الله تعالى شرفًا - : هو بفتح الذال المعجمة وسكون الراء وهو بناء لطيف جدًّا ملصق بحائط الكعبة ، وارتفاعه عن الأرض في بعض المواضع نحو شبرين وفي بعضهما نحو شبر ونصف ، وعرضها في بعضها نحو شبرين ونصف ، وفي بعضها نحو شبر ونصف » .

انظر : تهذيب الأسماء واللغات : (ق ٢ - ١ / ١٧١ ، ١٧٢) .

(٤) في (أ ، ب) : « البيت » .

(٥) في (أ ، ب) : « قيل » .

ولو مشي على الأرض وأدخل يده في موازاة الشاذوران بحيث كان يمس الجدار ، فَيَدُه [١] في البيت ولكن معظمُ بدنهِ خارج [٢] ، فَيَصحُّ على الأظهر [٣] .

ولو دخل فتحة الحجر من جانب وخرج من الجانب الآخر : لم يعتد بهذا الشوط ، إلى أن يعود إلى الفتحة الأولى فيدور على محوط الحجر ؛ لأن ستة أذرع من محوط الحجر كان من البيت فأخرج منه لما قصرت النفقة عند العمارة [٤] .

---

(١) في (أ ، ب) : « ببدنه » .

(٢) في (أ ، ب) : « خارج البيت » .

(٣) قال ابن الصلاح : « إذا طاف ويده في هواء الشاذوران وباقي بدنه خارج ، قال : صح على الأظهر ، والأصح الذي عليه أكثر أئمتنا ومعهم شيخه أنه لا يصح ؛ لأن الشرط أن يكون بجميع بدنه خارج البيت طائفًا به ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٣٩ أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (فيدور على محوط الحجر ؛ لأن ستة أذرع من محوط الحجر كان من البيت ، فأخرج منه لما قصرت بها النفقة) يعني : من الحلال الطيب ، هذا مشكل من حيث إنه حكم أولًا بأنه لا يطوف في شيء من الحجر أصلًا ، بل خارجًا منه ، ثم علل بما يقتضي جواز طوافه داخل الحجر خارجًا عن مقدار ستة أذرع منه .

ووجه الانفصال عن هذا الإشكال : أن النبي ﷺ وسائر الناس أجمعين لم يطوفوا إلا خارجًا من الحجر جميعه ويجتنبوا دخول شيء منهم احتياطًا وحذرًا من الغلط في إدراك مقدار الستة الأذرع منه ، ولو أنه حقق مقدار الستة الأذرع ودخل وطاف وراءها جاز ذلك عند صاحب الكتاب وشيخه وشيخ شيخه ، مع كونه مكروهًا .

فالحكم أولًا بأنه يطوف بجميع الحجر صحيح على إطلاقه ، ولكن البعض على الوجوب والبعض على الندب عنده ، ومستندهم في هذا ما رواه مسلم في صحيحه عن عائشة - رضي الله عنها - عن رسول الله ﷺ أن ستة أذرع من الحجر من البيت ، ولذلك قطع صاحب « بحر المذهب » بصحة طواف من طاف في الحجر وراء الستة أذرع ، وزعم نص الشافعي بعد نقله له على خلافه ، وذهب إلى أنه يصح طوافه وراء سبعه أذرع . وما رواه مسلم في إحدى روايته عن عائشه أن من الحجر قريبًا من سبعة أذرع من البيت ، وهذا يُوجب استيفاء السبع .

والصحيح المعتمد الذي قطع به غير واحد من الأصحاب ، وهو مذهب الشافعي - رضي الله عنه - : =

الرابع : أن يطوف داخل المسجد ، فلو طاف خارج المسجد لم يجز ، ولو وسع [المسجد] (١) يجوز الطواف (٢ في أقصي المسجد ٢) ؛ لأن القرب مستحب لا واجب ، ويصح الطواف على سطوح المسجد وفي أروقته .

الخامس : الموالاة ، والصحيح : أنه لا يشترط بل هو من السنن ، وقيل بطرد القولين كما في الطهارة ، ولوأحدث في خلله (٣) فجدد الوضوء وبنى فحاصل المذهب ثلاثة أقوال ؛ أصحها : الجواز ، والثاني : لا ، لاشتراط الموالاة ، والثالث : أنه إن تعمد لم يجز ، وإن كان سهوًا جاز (٤) .

السادس : رعاية العدد ، فلو اقتصر على ستة أشواط لم يجز ، وقال أبو حنيفة : تقوم الأربعة مقام الكل .

السابع : ركعتان عند المقام عقيب / الطواف ، ويقرأ في إحداهما (قل يا أيها ٥٢/ب

= أنه يجب الطواف بجميع الحجر وراء جداره .

قال في « مختصر المزني » : فإن طاف فسلك الحجر أو علا جدار الحجر أو علا شاذوران الكعبة لم يُعتد به ، وذكر ذلك في « الأم » أيضًا . قال : كان في حكم من لم يَطُفْ ، وإنما حمل أولئك على مخالفة نص إمامهم مع نقلهم له وتجنبهم مزاعمه من غير تأويل عدم اطلاعهم على ما ورد في ذلك من الحديث كما ينبغي .

وها نحن نبين صحة ما نص عليه الشافعي ، فنقول : لا خلاف في أنه ﷺ طاف من وراء جدار الحجر فقط ، وثبت في الصحيحين من حديث عائشة - رضي الله عنها - أن الحجر من البيت ، وهذا يتضمن كون جداره منه ، فإن جدار الدار من الدار . وأما تعيين أذرع منه فقد اضطربت فيه الروايات عنها - رضي الله عنها - فروي : ستة أذرع ، وروى : ستة أذرع أو نحوها ، وروي : خمسة أذرع ، وروي قريبًا من سبعة أذرع ، وروي أن الحجر من البيت ، كما قدمنا .

وعند هذا يتعين الأخذ بالأكثر لما ورد فيه من التقصي عن العهد بيقين ، ولغير ذلك ، والحمد لله على ما كشف من الغطاء وأجزل من العطاء ، وهو أعلم » . المشكل (٢ / ٣٩ أ - ٣٩ ب) .

(١) زياده من (أ ، ب) .
(٢) في (أ ، ب) : « بالمسجد » .
(٣) في (أ ، ب) : « خلاله » .
(٤) في (أ ، ب) : « يجوز » .

الكافرون) ، وفي الثانية (الإخلاص) ، فهما مشروعتان وليستا من الأذكار [(١)] كالأشواط ، وفي وجوبهما قولان ، والصحيح : [(٢] أنه ليس [٢)] بشرط في الطواف المسنون [(٣)] ، ومأخذ الوجوب تطابق الناس على فعله ، وتركه [(٤)] لا يجبر بالدم ، فإنه لا يفوت إذ يجوز أداؤهما بعد الرجوع إلى الوطن ، نعم لومات فينقدح أن يجبر بالدم كسائر الواجبات .

الثامن : النية ، وفيه [(٥)] ثلاثة أوجه [(٦)] :

أحدها : [(٧] أنه تشترط [٧)] لأنها في حكم عبادة ، وإن كان ركنًا في الحج .

والثاني : لا يشترط لأن وقوعه ركنًا [(٨)] بعد الوقوف متعين ، حتى لو طاف [(٩)] به

---

(١) في (أ ، ب) : « الأركان » .

(٢) في (أ ، ب) : « أنها ليست » .

(٣) قال ابن الصلاح : « القول الأصح : عدم وجوب ركعتي الطواف . وأما الطواف المسنون ففيه طريقان ، منهم من قطع بالنفي ، ومنهم من طرد القولين ، فعلى هذا لا نقول إنه واجب فيه ، بل نقول : هو شرط فيه ، وهذا على ما أشار إليه المصنف ، والأصح فيه وفي أمثاله أن يقال : هو واجب ، ولا هو شرط ، وقد حققنا الكلام في نحو هذا في كتاب الصلاة ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٠ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « ثم تركه » .

(٥) في (ب) : « وفيها » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله في نية الطواف في الحج : (فيها ثلاثة أوجه ؛ أحدها : أنها تشترط لأنه في حكم عبادة وإن كان ركنًا) يعني : في حكم عبادة مستقلة ، فإنه يجوز إفراده . (والثاني : أنها لا تشترط لأن وقوعه ركنًا بعد الوقوف متعين) معناه : أنه يتعين وقوعه عن نفسه ركنًا في حجه ، فتكفي نية الحج أولًا المستصحبة في جميع أركانه ، وليس ذا من قبيل التعين في صوم شهر رمضان ؛ لأن النسك من شأن من كان عليه فرضه عن نفسه يتعين ما يأتي به لنفسه ، ولو صرفه إلى غيره لم ينصرف ووقع عن نفسه بدلالة حديث شبرمة هذا لنفسه » . المشكل (٢ / ٤٠ أ) .

(٧) في (أ ، ب) : « أنها شرط » .

(٨) في (ب) : « ركن » ، وهو خطأ .

(٩) في (أ ، ب) : « طافت » .

دابته وهو غافل ، أو طاف في طلب غريم (١) أجزأه (٢) .

والثالث : أنه يجزئ إلا إذا صرفه إلى طلب غريم أو غرض آخر ، وهذا في ركن الحج ، أما الطواف ابتداءً فعبادة مفتقرة إلى النية .

أما السنن ، فهي خمسة :

الأولى : أن (٣) يطوف ماشيًا لا راكبًا ، وإنما ركب رسول الله ﷺ ليظَهر فَيُستفتى ، فلا (٤) بأس في الركوب (٥) لمن هو في مثل هذا الحال (٦) .

الثانية : الاستلام ، وهو أن يُقبل الحجر في أول الطواف وفي آخره (٧) ، بل في

---

(١) في (أ ، ب) : « الغريم » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله على وجه التفريع على هذا الوجه : (حتى لو طاف في طلب غريم أجزأه) والصحيح الوجه الثالث ، وهو أنه لا يشترط فيه النية ، لكن لو صرفه بالقصد إلى أمر آخر قطع حكم النية الأول المستصحبة ، ونظيره إذا نوى في أثناء وضوئه بغسل بعض أعضائه التبرد أو نحوه ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٠ أ) .

(٣) « أن » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٥) في (أ ، ب) : « بالركوب » .

(٦) أخرج طواف النبي ﷺ راكبًا البخاري : (٣ / ٥٥٢) (٢٥) كتاب الحج (٥٨) باب استلام الركن بالمحجن (١٦٧٠) ، وأطرافه : (١٦١٢ ، ١٦١٣ ، ١٦٣٢ ، ٥٢٩٣) ، ومسلم : (٢ / ٩٢٦) (١٥) كتاب الحج (٤٢) باب جواز الطواف على بعير وغيره واستلام الحجر بمحجن ونحوه للراكب (١٢٧٢ ، ١٢٧٣، ١٢٧٤) ، وأبو داود : (٢ / ١٨٣) كتاب المناسك - باب الطواف الواجب (١٨٨٠) ، والترمذي : (٣ / ٢١٨) (٧) كتاب الحج (٤٠) باب ما جاء في الطواف راكبًا (٨٦٥) ، والنسائي : (٢٢٤/٥) (٢٤) كتاب مناسك الحج (١٤٠) الطواف بالبيت على الراحلة (٢٨٢٨ ، ٢٨٥٤ ، ٢٩٧٥) وابن ماجه : (٢ / ٩٨٣) (٢٥) كتاب المناسك (٢٨) باب من استلم الركن بمحجنه (٢٩٤٧ - ٢٩٤٩) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : الثانية الاستلام ، وهو أن يقبل الحجر) ما أدرى كيف وقع هذا مع وضوح فساده ، وإنما الاستلام مسُّ الحجر باليد بلا خلاف بين الناس ، وهو مشتق من (السِّلام بكسر السين وهو الحجر) ، وقيل : بل من (السَّلام) بفتح السين الذي هو التحية ، والتقبيل يقع بعد الاستلام ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٠ أ - ٤٠ ب) .

كل نوبة ، فإن عجز ففي كل وتر ، فإن عجز بالزحمة مسّه باليد ثم قَبَّل اليد ، أو قبل اليد ثم مسه ، فإن بَعُد بالزحمة أشار باليد ، فإذا [1] انتهى إلى الركن اليماني خصصه بالمس وقبله [2] ؛ لأنه الباقي على قواعد إبراهيم - عليه السلام - من جملة الأركان ، وقد قال - عليه الصلاة والسلام - : « إن الحجر الأسود ليأتي يوم القيامة وله لسان ذلق يشهد لمن قبله » [3] .

الثالثة : الدعاء ، وهو أن يقول عند ابتداء الطواف : « بسم اللّه واللّه أكبر ، اللهم إيمانًا بك وتصديقًا بكتابك ووفاءً بعهدك واتباعًا لسنة نبيك محمد ﷺ » ، ثم يدعو بما شاء [4] .

الرابعة : الاضطباع [5] ، وصورته : أن يجعل وسط إزاره في إبطه اليمنى [6]

---

(١) في (أ ، ب) : « وإذا » .   (٢) في (أ ، ب) : « وقبل اليد » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في الركن اليماني : (لأنه الباقي على قواعد إبراهيم - ﷺ وعلى نبينا أكمل الصلاة والسلام - من جملة الأركان) يعني : بعد الركن الأسود الذي فيه الحجر الأسود ، فإنهما جميعًا على قواعد أساس إبراهيم ﷺ وعلى نبينا .

وقوله : (وقد قال ﷺ : إن الحجر الأسود ليأتي يوم القيامة وله لسان ذلق يشهد لمن قبله) الذلق : حدة اللسان ، والذي نعرفه في هذا ما رويناه في « السنن الكبير » للحافظ البيهقي بإسناده عن ابن عباس - رضي اللّه عنه - قال : قال النبي ﷺ : « ليبعثن اللّه الحجر يوم القيامة له عينان يبصر بهما ، ولسان ينطق به ، يشهد لمن استلمه بحق » رجال إسناده ثقات على شرط مسلم في صحيحه ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٠ ب) .

والحديث أخرجه الترمذي : (٣ / ٢٩٤) (٧) كتاب الحج (١١٣) باب ما جاء في الحجر الأسود (٩٦١) وقال : هذا حديث حسن ، وابن ماجه : (٢ / ٩٨٢) (٢٥) كتاب المناسك (٢٧) باب استلام الحجر الأسود (٢٩٤٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٥ / ٧٥) ، والطبراني في المعجم الكبير : (١١ / ١٨٢) ، والهيثمي في مجمع الزوائد : (٣ / ٢٤٢ ، ٢٤٣) .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : (٥ / ٧٩) ، والشافعي في الأم : (٢ / ١٤٥) ، والهيثمي في مجمع الزوائد : (٣ / ٢٤٠) وقال : رواه الطبراني في الأوسط .

(٥) قال ابن الصلاح : « لفظ الاضطباع مأخوذ من الضبع ، افتعال منه ، وقلبت التاء طاء لمكان الضاد ، وذلك لكونه يجعل وسط ردائه على ضبعه ، والضبع هو العضد ، وقيل : هو ما بين الإبط إلى نصف العضد ، وقيل : هو وسط العضد ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٠ ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « الأيمن » .

ويُعري عنه [١] منكبه الأيمن ، ويجمع [٢] طرفي الإزار على عاتقه الأيسر كدأب أهل الشطارة ، وذلك في طواف فيه رمل ، ثم قيل : [إنه] [٣] يديم هذه الهيئة إلى آخر الطواف ، وقيل : إلى آخر السعي [٤] .

الخامسة [٥] : الرمل ، وهو [٦] السرعة في المشي مثل الخبب أو دونه [٧] ، في ثلاثة أشواط في أول الطواف ، والسكينة [٨] مستحبة في الأربعة الأخيرة [٨] ، يستحب الرمل على جميع أركان البيت ؛ إذْ نقل أنه – عليه السلام – كان يرمل من الحجر إلى الحجر [٩] ،

---

(١) « عنه » : ليست في (أ ، ب) . (٢) في (أ ، ب) : « ويجعل » .

(٣) زيادة من (أ ، ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (إنه يديم الهيئة إلى آخر السعي ، وقيل : إلى آخر الطواف) هذا هو الصحيح ، ومعناه : أنه يستديم الاضطباع في الأشواط السبعة ، وإن كان الرمل مقصورًا به على الثلاثة الأول ، وهذا مقطوع به من غير خلاف ، ثم إن ما يتركه في ركعتي الطواف فإذا فرغ منها أعاد في حالة السعي ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٠ ب) .

(٥) في الأصل : « الخامس » ، وما أثبتناه أولى لعده السنن . (٦) في (أ ، ب) : « وهي » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (الرمل هو السرعة في المشي مثل الخبب أو دونه) إنما الرمل هو السرعة في المشي مع تقارب الخطا من غير وثوب ، وهو خبب وليس دونه ، وقد جاء في بعض الآثار مسمى بالخبث ، وغَلَّطَ شيخُه الإمام أبو المعالي أبا بكر الصيدلاني في قوله له : إن الرمل دون الخبب ، والله أعلم» . المشكل (٤٠ ب - ٤١ أ) .

والخبب ضرب من العدو ، وهو خطو فسيح ، انظر : المعجم الوسيط (مادة : خبب) .

(٨) في (أ ، ب) : « في الأربعة الأخيرة مستحبة » .

(٩) قال ابن الصلاح : « القول الأصح : أن الرمل في الثلاثة الأول هو في جميع المطاف من الحجر الأسود إلى الحجر الأسود ؛ لأنه ثبت في صحيح مسلم من حديث ابن عمر وجابر أن النبي ﷺ فعل ذلك ، وهذا مرجح على ما رواه ابن عباس من أن النبي ﷺ ترك الرمل بين الركن الأسود والركن اليماني وأمر أصحابه بذلك ؛ لأن المشركين كانوا جلوسًا مما يلي الحجر – بكسر الحاء – أنفا عليهم ؛ لأن هذا وإن كان صحيحًا فهو مقدم كان في مقدمه مكة – وهي بيد المشركين – معتمرًا ، وما رواه ابن عمر وجابر – رضي الله عنهما – كان في حجة الوداع ، فهو متأخر ناسخ ، وقد أورد المصنف حديث ابن =

وقيل بترك الرمل بين الركن اليماني والحجر ، فإنه - عليه السلام - هكذا فعل ؛ إذ[(١)] كانت الكعبة حائلة بينه وبين الكفار ، فإنه كان يرمل ليظهر الجلادة للكفار ويدفع طمعهم عن استلانة جانبهم ، وكان[(٢)] يسكن حين يغيب من[(٣)] أبصارهم .

وهذا وإن كان على سبب فقد بقي مع زوال السبب تبركًا بالتشبه به ، كما قيل : إن سبب رمي الجمار رمي إبراهيم - عليه السلام - الحجارة إلى ذبيح استعصى عليه ، فصار ذلك شرعًا ، ومبنى العبادات التأسي[(٤)] .

= عباس بمعناه لا بلفظه ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤١ أ) .

وقد أخرج البخاري وغيره بعض هذه الأحاديث ، صحيح البخاري : (٣ / ٥٤٨ - ٥٥١) (٢٥) كتاب الحج (٥٥) باب كيف كان بدء الرمل (٥٦) باب الرمل في الحج والعمرة (١٦٠٢ ، ١٦٠٣) ، ١٦٠٤ ، ١٦٠٥) ، وأطرافها : (٤٢٥٦ ، ١٦١٦ ، ١٦١٧ ، ١٦٤٤) ، ومسلم : (٢ / ٩٢١) (١٥) كتاب الحج (٣٩) باب استحباب الرمل في الطواف والعمرة (١٢٦٢) ، وأبو داود : (٢ / ١٨٤ ، ١٨٥) كتاب المناسك - باب في الرمل (١٨٨٩ ، ١٨٩٠) ، والترمذي : (٣ / ٢١٢) (٧) كتاب الحج (٣٤) باب ما جاء في الرمل من الحجر إلى الحجر (٨٥٧) ، والنسائي : (٥ / ٢٣٠) (٢٤) كتاب الحج (١٥٤) باب الرمل من الحجر إلى الحجر (٢٩٤٤) ، وابن ماجه : (٢ / ٩٨٣) (٢٥) كتاب المناسك (٢٩) باب الرمل حول البيت (٢٩٥١) .

(١) في الأصل : « إذا » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) ، وهو الأولى .

(٢) في الأصل : « فكان » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) ، وهو الأولى . (٣) في (أ ، ب) : « عن » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وهذا وإن كان على سبب فقد بقي مع زوال السبب تبركًا بالتشبه به ، كما قيل : إن سبب رمي الجمار رمي إبراهيم - ﷺ وعلى نبينا وسلم - للحجارة إلى ذبيح استعصى عليه فصار ذلك شرعًا ، ومبنى العبادات على التأسي) روينا عن ابن عباس - رضي الله عنهما - مرفوعًا : لما أتي إبراهيم خليل الله - عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام - المناسك عرض له الشيطان عند جمرة العقبة ، فرماه بسبع حصيات حتى ساخ في الأرض ، ثم عرض له في الجمرة الثانية فرماه بسبع حصيات حتى ساخ في الأرض ، ثم عرض له في الجمرة الثالثة فرماه بسبع حصيات حتى ساخ في الأرض ، وقال ابن عباس : الشيطان ترجمون وملة أبيكم تبتغون .

وقوله : (مبنى العبادات على التأسي) غير مرضي ، لأن هذا النوع من التأسي نادر في العبادات ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤١ أ - ٤١ ب) .

فرعان :

أحدهما : القرب من البيت مستحب في الطواف مع الرمل ، فإن عجز عن الرمل مع القرب للزحمة فالرمل في البعد أولى ، وإن وقع فيما (١) بين النساء فالسكينة أولى (٢من الرمل ٢) احترازًا عن (٣) مصادمتهن .

الثاني : لو ترك الرمل في الأشواط الأول فلا قضاء في الأخير ؛ لأن السكينة مشروعة في الأخير ، فهو كما [لو] (٤) ترك الجهر في الركعتين الأوليين فلا يقضي في الأخير ، ولو ترك سورة الجمعة في الركعة الأولى قضاها في الثانية مع سورة المنافقين ؛ لأن الجمع ممكن .

ولو لم يتمكن من الرمل للزحمة فحسن (٥) أن يشير بمحاولة (٦) الرمل متشبهًا .

ويستحب أن يقول في الرمل : « اللهم اجعله حَجًّا مبرورًا ، وذنبًا مغفورًا ، وسعيًا مشكورًا » (٧) .

ثم لا خلاف أن الرمل لا يستحب في كل طواف ، بل في قول : لا يستحب إلا

---

(١) في (أ ، ب) : « قلنا » ، ولعله من تصحيف النساخ .

(٢) ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « من » .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « فيحسن » .

(٦) في (أ ، ب) : « بحالة » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (اللهم اجعله حجًّا مبرورًا وذنبًا مغفورًا) وكذا نحوه فيما بعده ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤١ ب) .

وراجع الدعاء في : السنن الكبرى للبيهقي : (٥ / ١٢٩) ، وانظر : تلخيص الحبير : (٢ / ٢٥٠) حديث (١٠٣٣) .

في طواف القدوم ، وفي قول : لا يستحب إلا في طواف بعد [١] سعي [٢] .

فرع :

إذا أحرم عن الصبي وليُّه وحمله وطاف به : أجزأ عنه ، إلا إذا كان الولي محرمًا ولم يطفْ عن نفسه طواف الركن فإنه ينصرف إلى الحامل ، نعم لو قصد به المحمول فهو كما لو قصد بطوافه طلب الغريم ، ولو حمل صبيين وطاف بهما حصل لهما الطواف جميعًا ، كما إذا ركب محرمان دابة واحدة فالحركة الواحدة تكفي للمحمولين ولا تكفي للحامل والمحمول [٣] .

* * *

(١) في (أ) : « بعده » .

(٢) قال ابن الصلاح : « القول عند القاضي أبي الطيب الطبري وغيره : أن شرط استحباب الرمل والاضطباع كونه طوافًا يعقب السعي ، ولا يشترط وصف القدوم . والأصح عند صاحب « التهذيب » أنه يشترط كونه طواف قدوم ، والأول أقوى عند الأكثر ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤١ ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في طواف المحمول : (فالحركة الواحدة تكفي المحمولين ، ولا تكفي للحامل والمحمول) قد حكى شيخه إجماع أئمة المذهب على هذا ، والسبب فيه أن ما أوضحه – وهو أن فعله حركة واحدة – إنما يقع عن جهة واحدة ، إما عن نفسه وإما عن غيره ، ويمنع أن يقع مع اتحادهما عن جهة غيره وجهة نفسه ، وإنما في المحمولين ، ففعله إنما وقع من جهة واحدة وهي جهة غيره ، ولا أثر لتعدد ذلك المغير واتحاده ، وقد ذكر صاحب « التهذيب » في الحامل والمحمول وجهًا أنه يقع عنهما ، وهو متجه » . المشكل (٢ / ٤١ ب) .

الفصل الخامس : في السعي

فإذ فرغ عن (١) ركعتي الطواف استلم الحجر وخرج من باب الصفا ، ورقي الصفا بمقدار (٢) قامة الرجل (٣) ويستقبل الكعبة حتى يقع بصره عليها ويقول : « اللّه أكبر اللّه أكبر ، لا إله إلا اللّه ، وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد ، يحيي ويميت [وهو حي لا يموت بيده الخير] (٤) ، وهو على كل شيء قدير ، لا إله إلا اللّه وحده ، أنجز وعده ، ونصر عبده ، وهزم الأحزاب وحده ، لا إله إلا اللّه [ولا نعبد إلا إياه] (٥) ، مخلصين له الدين . ولو كره الكافرون (٦) » .

فإذا فرغ من الدعاء نزل من الصفا (٧) ومشى حتى يكون بينه وبين الميل الأخضر المعلق بفناء المسجد نحو ستة أذرع ، فيسعى سعيًا شديدًا حتى يحاذي الميلين الأخضرين اللذين هما بفناء المسجد وحذاء دار العباس (٨) .

---

(١) في (أ ، ب) : « من » .
(٢) في (أ ، ب) : « مقدار » .
(٣) « الرجل » : ليست في (أ ، ب) .
(٤) زيادة من (أ ، ب) .
(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) نص الدعاء مع شيء من خلاف ورد في حديث طويل لجابر رواه مسلم : (٢ / ٨٨٨) (١٥) كتاب الحج (١٩) باب حجة النبي ﷺ (١٢١٨) ، وأبو داود : (٢ / ١٩٠) كتاب المناسك - باب صفة حجة النبي ﷺ (١٩٠٥) ، والنسائي : (٥ / ٢٤٠) (٢٤) كتاب مناسك الحج (١٧٠) باب التكبير على الصفا (٢٩٧٢) ، وأطرافه : (٢٩٧٣ ، ٢٩٧٤ ، ٢٩٨٤ ، ٢٩٨٥) ، وابن ماجه : (٢ / ١٠٢٣) (٢٥) كتاب المناسك (٨٤) باب حجة رسول اللّه ﷺ (٣٠٧٤) .

(٧) قال ابن الصلاح : « ذكر التهليل الذي على الصفا على اختصار ، ثم قال : (فإذا فرغ من الدعاء نزل) هذا يتضمن ما صرح به غيره من أنه يدعو بعد الذكر المذكور ، فلا ينبغي أن تحمله على أنه سمى التهليل دعاء ، كما جاء في التهليل المعروف يوم عرفة ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤١ ب) .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (حتى يحاذي الميلين الأخضرين اللذين هما بفناء المسجد وحذاء دار العباس) اعلم أن هذين الميلين ليسا من جهة واحدة بل أحدهما عن يمين الساعي ، والآخر عند ما هو آتٍ من الصفا إلى المروة ، والآخر عن شماله ، فالذي عن يمينه يلصق بدار العباس - رضي اللّه عنه - والثاني وهو الذي عن شماله ملصق بباب المسجد وهو باب الجنائز ، وبينهما عرض السوق وقوله : (يحاذيهما) معناه : يتوسطهما ، إذا عرفت هذا فنقول : وقوله : (وحذاء دار العباس) غير صحيح ، وينبغي أن يسقط =

ثم مشي [١] حتى [٢] يصعد المروة ، وصعدها [٣] ودعا [٤] كما دعا على الصفا ،
٥٣/ فيفعل / ذلك سبع مرات ، ويقول في أثناء السعي : « رب اغفر وارحم ، وتجاوز عما تعلم ، إنك أنت الأعز الأكرم » [٥] كل ذلك مأثور عن رسول الله ﷺ قولًا وفعلًا [٦] ، والواجب من هذه الجملة السعي [٧] بين الصفا والمروة سبع مرات .

وقال أبو بكر الصيرفي : الذهاب والمجيء مرة واحدة فيحتاج إلى التردد أربع عشرة [٨] مرة ، والبداية [٩] بالصفا واجب [١٠] ، ووقوع السعي بعد طوافٍ ما واجب ، ثم إن سَعَى بعد طواف القدوم وقع ركنًا عن الحج ولا يستحب له الإعادة عقيب طواف الإفاضة ؛ لأن السعي ليس عبادة بنفسه [١١] فلا يكرر كالوقوف بخلاف الطواف [١٢] ،

= عنه كلمة (وحذاء) ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤١ ب - ٢٤ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « يمشي » .

(٢) « حتى » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) « وصعدها » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « ويدعو » .

(٥) قال ابن الصلاح : « وقوله : (رب اغفر وارحم ، إنك أنت الأعز الأكرم) هو من قول ابن عمر - رضي الله عنهما - فيما رواه صاحب « السنن الكبير » ، ولم يصح رفعه ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٢ أ) .

وراجع : السنن الكبرى للبيهقي : (٥ / ٩٥) ، وتلخيص الحبير لابن حجر : (٢ / ٢٥١) حديث (١٠٣٥) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (كل ذلك مأثور عن رسول الله ﷺ فعلًا وقولًا) أي : منه ما روي أنه قاله ، ومنه ما روي أنه فعله » . المشكل (٢ / ٤٢ أ) .

(٧) في (أ ، ب) : « المشي » .

(٨) في (أ) : « أربعة عشرة » ، وفي (ب) : « أربعة عشر » ، وكلاهما خطأ .

(٩) في (ب) : « والبداءة » .

(١٠) في (ب) : « واجبة » .

(١١) في (أ ، ب) : « في نفسه » .

(١٢) قال ابن الصلاح : وقوله : (السعي ليس عبادة في نفسه فلا يكرر كالوقوف) معناه : أنه ليس عبادة بانفراده وإنما هو تابع ، ولهذا لا نشرع الإتيان به إلا في ضمن أحد النسكين بخلاف الصلاة =

ولو تخلل بين طواف القدوم والسعي زمان فلا بأس ويقع ركنًا . وإن تخلل الوقوف بعرفة [١] ففيه تردد ؛ لأن الوقوف كالحاجز ، ولا يشترط في السعي الطهارة [٢] وشروط [٣] الصلاة ، بخلاف الطواف ، والركوب فيه كالركوب في الطواف .

* * *

= والطواف ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٢ أ) .

(١) قال ابن الصلاح : « ولو تخلل بين الطواف والسعي الوقوف بعرفة ، بأن طاف للقدوم ولم يسعَ ، ثم وقف بعرفة وأراد أن يسعى قبل طواف الإفاضة ، ليكون سعيه تبعًا لطواف القدوم ، فالأصح : أنه لا يجوز ذلك ، بل عليه أن يسعى عقيب طواف الإفاضة ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٢ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « الطهارة وستر العورة » .

(٣) في (أ ، ب) : « وشرط » .

الفصل السادس : في الوقوف بعرفة

فإذا فرغ من طواف القدوم صبر إلى السابع من ذي الحجة ، فيخطب الإمام بعد الظهر بمكة ويأمرهم بالغدو إلى منى ، (١ ويخبرهم بمناسكهم ١) ، ثم يخرج إلى منى في اليوم الثامن ويبيت (٢) بها تلك الليلة - ولا نسك في هذا المبيت - فإذا طلعت الشمس سار إلى الموقف ، وخطب بعد الزوال خطبة خفيفة ويجلس ، ثم يقوم إلى الثانية ويبدأ المؤذن بالأذان حتى يكون فراغ الإمام بعد (٣) فراغ المؤذن ، ثم يصلي الظهر والعصر جمعًا (٤) ، ثم يروح إلى عرفة ويقف عند الصخرات ، ويستقبلون القبلة ويكثرون في (٥) الدعاء (٦) .

قال عليه السلام : « أفضل ما دعوته ودعا الأنبياء قبلي يوم عرفة : لا إله إلا اللّه

---

(١) في (أ) : « فمن الغد بمناسكهم » ، وفي (ب) : « من الغد بمناسكهم » .

(٢) في (أ ، ب) : « فيبيت » .

(٣) في (أ ، ب) : « مع » .

(٤) في (أ ، ب) : « جميعًا » .

(٥) في (أ ، ب : « من » .

(٦) قال ابن الصلاح : (ذكر أنه إذا طلعت الشمس عليهم بمنى ساروا إلى الموقف وخطب بهم الإمام بعد الزوال ، ويصلي بهم الظهر والعصر جميعًا ، قال : (ثم يروح إلى عرفة) إنما قال هذا لأن ما سبق ذكره من الخطبة والصلاة يقع في المسجد الذي يُسمي مسجد إبراهيم - صلى اللّه عليه وعلى نبينا محمد وسلم - وليس من عرفات .

وذكر الشيخ أبو محمد الجويني في مناسكه وأبوه الإمام في نهايته أن المسجد من وادى عُرنة - بضم العين - لا من عرفات ، ومؤخره من عرفات ، وغير ذلك من هذا صخرات كبار مفروشة هناك ، وهذا مخالف لإطلاق الشافعي - رضي اللّه عنه - أن هذا المسجد ليس من عرفات فلعله زيد بعده القدر الذي ذكره الجويني ، وهذا المسجد بينه وبين المكان الذي وقف فيه رسول اللّه ﷺ قدر ميل ، واللّه أعلم .

ووادى عرنة المذكور - وهو بضم العين وبالنون - وإليه ينتهي أحد حدود عرفات ، وفي كتابنا في =

وحده لا شريك له »[1] ، ويُستحب رفع اليد في الدعاء . وقال في القديم : والوقوف راكبًا أفضل تأسيًا برسول اللّه ﷺ ، وليكون أقوى على الدعاء ، كما أن الإفطار أفضل .

وقال في الأم : النازل والراكب سواء[2] .

ثم إذا غربت عليهم الشمس أفاضوا منها إلى مزدلفة ويصلون بها المغرب والعشاء ، والواجب من جميع ذلك [3] الحضور في طرف من أطراف [3] عرفة ولو مع الغفلة ، وفي النوم[4] إذا سارت به دابته[5] ، ولا يكفي حضور المغمى عليه ؛ لأنه ليس أهلًا

= المناسك في حدود عرفات وتفصيلها كلام شافٍ عزيز ، ولله الحمد وهو أعلم » . المشكل (٢ / ٤٢أ - ٤٢ ب) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال ﷺ : أفضل ما دعوت ودعا الأنبياء من قبلي يوم عرفة لا إله إلا اللّه وحده لا شريك له) رواه الإمام مالك ، ولفظه : « أفضل الدعاء يوم عرفة ، وأفضل ما قلنا أنا والنبيون من قبلي لا إله إلا اللّه وحده لا شريك له » ، ولكن إسناده مرسل ، ورواه بهذا اللفظ الترمذي في جامعه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول اللّه ﷺ ، وزاد فيه : « له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير » .

ويحكى أنه قيل لسفيان بن عيينة : إن هذا ثناء وليس بدعاء . فقال : أما سمعت قول الشاعر :

إذا أثنى عليك المرء يومًا كفاك من تعرضه الثناء

المشكل (٢ / ٤٢ ب) .

والحديث أخرجه مالك في الموطأ : (١ / ١٨٨) ، والترمذي : (٥ / ٥٣٤) (٤٩) كتاب الدعوات (١٢٣) باب في دعاء يوم عرفة (٣٥٨٥) ، والبيهقي في السنن الكبري : (٥ / ١١٧) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (في القديم : الوقوف راكبًا أفضل تأسيًا برسول اللّه ﷺ ، وليكون أقوى على الدعاء . وقال في « الأم » : الراكب والنازل سواء) المراد بالنازل : النازل الواقف قائمًا على قدميه لا الجالس ، فاعلم ذلك . وفي تعليل القول الأول إشارة إلى ذلك . وقوله : (في القديم) هو أيضًا قوله في « الإملاء » ، قال صاحب « البحر » : (قال أصحابنا : هو أصح) ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٢ ب - ٤٣أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « الحصول في أطراف » .

(٤) في (أ ، ب) : « والنوم » .

(٥) قال ابن الصلاح : « على أن الحضور بعرفة مع الغفلة أو النوم أحرز من حديث عبد اللّه بن يعمر =

للعبادة [١] .

ووقت الوقوف بعد [٢] زوال يوم عرفة إلى طلوع الفجر يوم النحر . ومن فاته ذلك فقد فاته الحج فإن الحج عرفة ، وقيل : إن الليل ليس وقتًا ، وقيل : إنه وقت إلا أنه لو أخر الإحرام إلى الليل لم يجز ، ولو [٣] أحرم نهارًا ووقف ليلًا جاز ، والصحيح : أن وقت الإحرام و الوقوف باقٍ إلى طلوع الفجر .

فروع ثلاثة :

الأول : في وجوب الجمع بين الليل والنهار قولان ، ومستند وجوبه العادة [٤] .

فإن قلنا به : فلو [٥] فارق عرفة نهارًا وعاد قبل [٦] غروب الشمس فقد تدارك ، وإن عاد ليلًا ولم يكن عند الغروب حاضرًا فوجهان ، ويرجع الخلاف إلى أن الحضور عند الغروب هل هو واجب [٧] ؟ ومهما رأيناه واجبًا جبر تركه بالدم بخلاف أصل الوقوف .

الثاني : الجمع بين الصلاتين بعرفة ومزدلفة فيه ثلاثة أوجه [٨] أحدها : أنه [٩] بعلة

= الديلمي أنه سمع رسول اللّه ﷺ يقول : « الحج عرفات فمن أدرك ليله جمع قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك بما أتى إذا أدرك عرفات ليلة العيد » رواه الترمذي والنسائي ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٣ أ) .

(١) قال ابن الصلاح : « الفرق بين النائم – حيث صح وقوفه بعرفة – وبين المغمى عليه – حيث لم يصح – : أن النائم بمنزلة اليقظان ، فإنه إذا نُبّه انتبه ، والمغمى عليه أقرب إلى المجنون منه . وفيه وجه : أنه يصح منه كما في الصوم ، وفي النائم وجه : أنه لا يصح ، بناه صاحب « البحر » وغيره على وجه غريب ، وهو أن كل ركن من أركان الحج يفتقر إلى نية مستأنفة لتفاضل الأركان فيه ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٣ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « من بعد » .

(٣) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٤) قال ابن الصلاح : « أصح القولين : أن الجمع في الوقوف بين الليل والنهار مستحب غير واجب ؛ لأنه لم يشترط في حديث عروة بن مضرس إلا إتيان عرفات ليلًا أو نهارًا ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٣٤ أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٦) في (أ ، ب) : « ليلًا » .

(٧) في (ب) : « واجب أم لا » .

(٨) قال ابن الصلاح : « الأصح : أنه يستوي في الجمع المذكور بين الصلاتين المسافر والمقيم ليلة النسك ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٣ أ) .

(٩) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .

النسك فيجوز للعرفي والمكي أيضًا ، والثاني : أنه بعلة السفر الطويل فلا [١] يجوز لهما جميعًا ، والثالث : أنه بعلة أصل السعي فيجوز للمكي دون العرفي .

الثالث : لو وقفوا يوم العاشر غلطًا في الهلال فلا قضاء ؛ إذ لا يؤمن وقوع مثله في القابل [٢] . وإن وقفوا يوم [٣] الثامن فوجهان ، ووجه [٤] الفرق : أن ذلك نادر لا يتفق إلا بتوارد شهادتين كاذبتين في شهرين [٥] .

(١) في (أ ، ب) : « ولا » .
(٢) في (أ ، ب) : « العام القابل » .
(٣) في (أ ، ب) : « في اليوم » .
(٤) في (أ ، ب) : « وجه » .

(٥) قال ابن الصلاح : « الأصح فيما إذا غلطوا ووقفوا اليوم الثامن أنه يلزمهم القضاء . وقوله في تقديره : (أن ذلك نادر إلا بتوارد شهادتين كاذبتين في شهرين) هذا عضلة من العضل الموصوفة ، ولعل مثارات الخبط من حيث إن المتبادر إلى الفهم منه أن الغلط في اليوم الثامن لا يتفق إلا بتوارد شهادتين ، ومعلوم أنه ليس كذلك ، فإنه يتفق بشهادة واحدة كاذبة تشهد برؤية هلال ذي الحجة لتسع وعشرين ، مع أن الشهر تمام ثلاثون ، فيقدمون بيوم ويقع اليوم التاسع من حسابهم في الثامن .

هذا ظاهر غير خفي ، وكنا نمشيه ولا يتمشى ، حتى كأنما نضرب في حديد بارد . ثم حضرت يومًا في رحلتي إلى خراسان – حرسها الله تعالى وسائر بلاد الإسلام وأهله – مع أبي الوجيه التوقاني الطوسي في مدرسته بنيسابور ، وكان أحد المفتين بها ، وتمم « المحيط لمحمد بن يحيى في شرح الوسيط » ، ثم عاد واستأنف من أول « الوسيط » ، فشرح الكتاب كله شرحًا اجتزأ فيه يبسط ما هو مختصر في المشروع من غير تنقيب عن المشكلات وكشف عنها ، وهذا هو الغالب في شروح الشارحين .

فذاكرته بذلك بعد أن علقت مما كان علق من لفظ المصنف فيه في الدرس من خط تلميذه عنده ، ولا بيان فيه لذلك أيضًا ، فلم يحضره في الحال جواب ، وقال : قد شرحته في الشرح ، وقام وأتي بشرحه وإذا فيه التنبيه على أن ذلك ليس عائدًا إلى الغلط في سنة الأداء ، بل إلى الغلطين في شهرين من السنتين – سنة الأداء وسنة القضاء – فإذًا قوله : (أن ذلك نادر) إشارة إلى ما قبله في الغلط في العاشر من قوله ؛ لأنه لا يؤمن من وقوع مثله في القضاء القابل .

بل تعجبت من شدة وضوحه بعد شدة خفائه . قلت بعد تعيينه : سبحان الله العظيم الذي بيده الخواطر ينورها إذا يشاء ويعجزها إذا يشاء سبحانه ، وكنا نقيد أمثال هذا بالكتابة ، فلذلك حكيت ما حكيت بعد طول العهد ، ولله الحمد والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٣ أ – ٤٣ ب) .

الفصل السابع : في جمل أسباب التحلل

فإذا جمعوا بين الصلاتين بمزدلفة باتوا بها ، وهذا المبيت نسك ، وفي كونه واجبًا مجبورًا بالدم قولان .

ثم إذا طلع الفجر ارتحلوا وبينهم وبين منى المشعر الحرام ، فإذا انتهوا إليه وقفوا ودعوا ، وهذه سنة غير مجبورة بالدم ، ثم يجاوزونه إلى وادي مُحَسِّر [١] ، وكانت العرب تقف ثَمَّ ، وأمرنا بمخالفتهم فيؤثر تحريك الدابة والإسراع بالمشي .

فإذا وافى منى بعد طلوع الشمس رمى جمرة [٢] العقبة - وهي الجمرة الثالثة - سبع[٣] حصيات [٤] ، ويُستحب أن يكبر مع كل حصاة ، ويرفع يديه حتى يُرى بياض إبطه [٥] ، ويترك التلبية ؛ لأن التلبية للإحرام ، والرمي تحلل عن الإحرام .

ثم يحلق بعد الرمي ، ثم يعود إلى مكة ويطوف طواف الزيارة [٦] ، وهو طواف

(١) قال ابن الصلاح : « وادي محسر : هو بكسر السين المشددة ، وهو مسيل ما بين المزدلفة ومنى .

وقيل : إنه من منى وسُمي بذلك - فيما قيل - لأن فيل أصحاب الفيل حسر فيه ، أي أعيا وكَلَّ ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٣ ب) .

(٢) في الأصل : « إلى الجمرة » ولا يستقيم المعنى بها .

(٣) في (أ ، ب) : « بسبع » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإذا وافى منى) رمى بعد طلوع الشمس جمرة العقبة » . المشكل (٢ / ٤٣ ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « إبطيه » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم يحلق بعد الرمي ، ثم يطوف طواف الزيارة) ليس على ظاهره ، فإنه بعد الرمي ينحر الهدي أو الأضحية ، والأعمال المشروعة يوم العيد ترتيبها في سنة رسول الله ﷺ ثم عند الأئمة : أن يرمي ، ثم ينحر ، ثم يحلق ، ثم يطوف طواف الزيارة ، وهكذا ذكر هو ذلك في الفصل الذي بعده فكان الباعث له على ما فعله هاهنا أن هذا الفصل معقود في أسباب التحلل وليس النحر منها ، وليس ذلك عذرًا مرضيًا ، فإنه مع ذلك قد ذكر ما انضم إليها وتعلق بها ، وكان ينبغي له في هذا - أيضًا - أن يفعل ذلك حذرًا من الكلام الموهم ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٤ أ) .

الركن ، ويسعى بعده وإن لم يكن سعى عقيب طواف القدوم ، ثم يعود إلى منى في بقية يوم النحر ويقيم بها أيام التشريق للرمي .

فهذه أسباب التحلل - وللحج تحللان - فيحصل أحدهما بطواف الزيارة والآخر بالرمي ، وأيهما قدم أو أخر فلا بأس [١] .

والطواف وإن كان ركنًا فهو من أسباب التحلل أيضًا ، ولا يحصل أحد التحللين إلا باثنين من هذه الأسباب الثلاث / أي اثنين كان . ٥٣/ب

ويحل بين التحللين اللبس والقلم إن لم يجعله نسكًا [٢] ، ولا يدخل الوطء إلا بعد التحلل الثاني ، وفي التطيب [٣] وعقد النكاح والمباشرة دون الجماع قولان ؛ لأنها من مقدمات الجماع ومحركات [٤] داعيته ، وفي قتل الصيد أيضًا خلاف .

ثم وقت الفضيلة للتحلل طلوع الفجر يوم النحر [٥] ، ويدخل وقت الجواز بمضي نصف [الليل] [٦] من ليلة العيد ؛ إذ قدَّم رسول اللّه ﷺ ضعفة أهله من مزدلفة ليطوفوا

(١) قال ابن الصلاح : « وقوله في الرمي والطواف : (وأيهما قدم أو أخر فلا بأس) يعني : أنه يجزئ ، ولكن فاتته فضيلة الترتيب الذي هو المستحب ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٤ أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « جعل الحلق مما يحل بالتحلل الأول وإن لم يجعله نسكًا ، يعني : إذا جعلناه فلا يتوقف حله على التحلل الأول لكونه حينئذٍ من أسباب التحلل ، ولا بأس أن يبدأ به قبل الرمي والطواف ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٤ أ) .

(٣) في (أ ، ب) : « الطيب » .

(٤) في (أ ، ب) : « ومجردات » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقت فضيلة التحلل طلوع الفجر يوم النحر) ليس ذلك كذلك ، بل وقت الفضيلة يدخل بطلوع الشمس يوم النحر ، وليس يخفى ذلك ، مما يقدر في وقت الرمي والحلق والطواف التي هي أسباب التحلل ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٤ أ) .

(٦) زيادة من (أ ، ب) .

بالليل في خلوة ويرجعوا [1] إلى منى وقت الطلوع [2] .

ومهما فات الرمي بفوات وقته ووجب الدم ففي وقوف التحلل على إراقة الدم وجهان [3] ، ومنهم من قال : يقف ؛ لأنه بدل فَضَاهَى [4] المبدل . ومنهم من قال : إن كان دمًا وقف عليه ، وإن كان صومًا فلا لطول الزمان [5] .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « ويرجعون » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذ قدم رسول اللّه ﷺ ضعفة أهله من مزدلفة ليطوفوا بالليل في خلوة ويرجعوا إلى منى وقت الطلوع) يعني : طلوع الشمس . لم يذكره بلفظ المروي على غالب عادته في إيراد الأحاديث ، وفي هذا الباب أحاديث لم أجد واحدًا منها على ما أورده ، وقد روينا في السنن الكبير عن عائشة أنها قالت : « أرسل رسول اللّه ﷺ بأم سلمة ليلة النحر فرمت الجمرة قبل الفجر ، ثم مضت ، فأفاضت » أخرجه في سننه بنحوه ، وهذا يحصل به الغرض في ذلك ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٤ أ - ٤٤ ب) .

وأخرج بعض أحاديث الباب البخاري : (٣ / ٦١٤ ، ٦١٥) (٢٥) كتاب الحج (٩٨) باب من قَدَّم ضعفة أهله بليل (١٦٧٧) ، وطرفاه : (١٦٧٨ ، ١٨٥٦) ، ومسلم : (٢ / ٩٤١) (١٥) كتاب الحج (٤٩) باب استحباب تقديم دفع الضعفة من النساء وغيرهن من مزدلفة إلى منى في أواخر الليالي قبل زحمة الناس (١٢٩٣) ، وأبو داود : (٢ / ٢٠١) كتاب المناسك - باب التعجيل من جمع (١٩٣٩ ، ١٩٤٠ ، ١٩٤١) ، والترمذي : (٣ / ٢٣٩) (٧) كتاب الحج (٥٥٨) باب ما جاء في تقديم الضعفة من جمع بليل (٨٩٢ ، ٨٩٣) ، والنسائي : (٥ / ٢٦١) (٢٤) كتاب مناسك الحج (٢٠٨) تقديم النساء والصبيان إلى منازلهم بمزدلفة (٣٠٣٢ - ٣٠٣٤) ، (٢١٤) باب الرخصة للضعفة أن يصلوا يوم النحر الصبح بمنى (٣٠٤٨) . وابن ماجه : (٢ / ١٠٠٧) (٢٥) كتاب المناسك (٦٢) باب من تقدم من جمع إلى منى لرمي الجمار (٣٠٢٦) .

(٣) في (أ ، ب) : « قولان » .

(٤) في (أ ، ب) : « يضاهي » .

(٥) قال ابن الصلاح : « الأظهر فيمن فاته الرمي ولزمه بدله :أن تحلله يتوقف على ما إذا كان البدل كالمبدل ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٤ ب) .

الفصل الثامن : في الحلق

ووقته في العمرة بعد الفراغ من السعي ، وفي الحج عند طلوع الفجر (١ يوم النحر ١) فضيلة (٢) ، وبعد منتصف (٣ ليلة النحر ٣) جوازًا .

وفي كونه نسكًا قولان ؛ أحدهما : لا ؛ كالقلم واللبس . والثاني : وهو نسك (٤) ؛ إذ لا خلاف في (٥) أنه مستحب يلزم بالنذر في الحج .

وقال عليه السلام : « رحم اللّه المحلقين » فقيل (٦) : والمقصرين ؟ قال (٧) : « رحم اللّه المحلقين » فأعيد عليه ثلاثًا حتى قال في الرابع (٨) : « والمقصرين » (٩) .

---

(١) ليست في (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من أن وقت الحلق فضيلة تدخل بطلوع الفجر يوم النحر ليس بمرضي ، فإنه على خلاف ما ذكره في ترتيب الرمي والنحر والحلق والطواف ، وهو الثابت عن رسول اللّه ﷺ ، وهو أنه رمى بعد طلوع الشمس ثم نحر ثم حلق ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٤ ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « الليل » .

(٤) قال ابن الصلاح : « القول الصحيح : أن الحلق نسك ، وهو مذهب الأئمة الثلاثة مالك وأبي حنيفة وأحمد ، وأما دعواه أنه لا خلاف في أنه مستحب ، فالمفهوم من كلام غيره إجراء الخلاف في استحبابه ، وأنه لا يستحب على قولنا : إنه استباحة محظور . وأما لزومه بالنذر فقد ذكره غيره أنه إنما يلزمه بالنذر على قولنا : إنه نسك ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٤ ب) .

(٥) في الأصل : « فيه » ، وما أثبتناه في (أ ، ب) ، وهو أولى بالسياق .

(٦) في (أ ، ب) : « قيل » .

(٧) في (أ ، ب) : « فقال » .

(٨) في (أ ، ب) : « الرابعة » .

(٩) الحديث أخرجه البخاري : (٣ / ٦٥٦) (٢٥) كتاب الحج (١٢٧) باب الحلق والتقصير عند الإحلال (١٧٢٧ ، ١٧٢٨) ، ومسلم : (٢ / ٩٤٥) (١٥) كتاب الحج (٥٥) باب تفضيل الحلق على التقصير (١٣٠١) ، وأبو داود : (٢ / ٢٠٩) كتاب المناسك - باب الحلق والتقصير (١٩٧٩) ، والترمذي : (٣ / ٢٥٦) (٧) كتاب الحج (٧٤) باب ما جاء في الحلق والتقصير (٩١٣) ، وابن ماجه : (٢ / ١٠١٢) (٢٥) كتاب المناسك (٧١) باب الحلق (٣٠٤٤) .

ويتفرع على القولين أمور :

الأول : أن [١] المعتمر إذا جامع بعد السعي فسدت عمرته ، وإن قلنا : الحلق نسك ؛ إذ لم يتم تحلله بعد ، ولو أراد أن يحلق في الحج قبل الطواف والرمي لم يجز إن قلنا : إنه محظور نسك .

وذكر صاحب التقريب وجهًا : أن أحد التحللين يحصل بطلوع الفجر يوم النحر فيجوز الحلق عنده ، لكنه بعيد .

وعلى كل حال فالأولى أن لا يبدأ الحلق خروجًا من الخلاف ، ولكنه [٢] يرمي ثم ينحر الهدي ثم يحلق ، ولو نحر بعد الحلق جاز ؛ خلافًا لأبي حنيفة .

الثاني : أنه إذا جعل نسكًا فهو ركن كالسعي لا يجبر فائته بالدم ، فإنه لا يفوت ، فإن لم يكن على رأسه شعر فيستحب إمرار الموسى على الرأس ، ولا [٣] يجب إذ فات الوجوب بفوات محله .

الثالث : أنه إذا جعل نسكًا والتزم بالنذر فلا ينقضي إلا بحلق ثلاث شعرات من الرأس ، ولا يجزئ شعر غير الرأس ، ولا حلق شعرة واحدة إذا قلنا : لا يكمل فيه [٤] الفدية ، ويقوم مقام الحلق التقصير والنتف والإحراق ، وكل ما هو محظور الإحرام في شعر الرأس ، إلا إذا نذر الحلق فلا يجزئ إلا الحلق ، والمرأة لا يستحب لها الحلق ولا يلزمها بالنذر ، ويستحب لها التقصير .

* * *

---

(١) « أن » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « لكنه » .

(٣) في (أ ، ب) : « فلا » .

(٤) في (أ ، ب) : « فيها » .

الفصل التاسع : في المبيت

والنسك في المبيت أربع ليال ؛ ليلة بالمزدلفة (١) ، وثلاث (٢) بمنى ، ومبيت الليلة الأخيرة غير واجب على مَنْ نفر في (٣) النفر الأول ، وإن (٤) بقي إلى غروب الشمس لزمه المبيت ليلة النفر الثاني .

وفي مقدار الواجب من المبيت قولان ؛ أحدهما : أنه يشترط المبيت معظم الليل ، والثاني : أن المقصود منه انتظار الرمي في اليوم القابل ، فيكفي الحضور قبل طلوع الفجر ، وهذا لا ينقدح في ليلة المزدلفة فإنهم يرحلون غالبًا قبل الطلوع .

وفي وجوب المبيت في هذه الليالي قولان ؛ فإن قلنا : إنه واجب فهو مجبور بالدم .

ووظائف الحج ثلاثة : السنن ولا حاجة إلى جبرها ، والأركان كالوقوف والطواف والسعي والحلق - إن جعل نسكًا - ولا يكفي جبرها ، والواجبات كالرمي والإحرام في الميقات ، وهما مجبوران بالدم قولًا واحدًا .

وفي المبيت والجمع بين الليل والنهار بعرفة وطواف الوداع قولان في الوجوب (٥) .

فإن جعل واجبًا فلابد من الجبر ، فإن قلنا : يجبر ، فلو ترك المبيت في الليالي الأربع ففي قدر الواجب قولان ؛ أحدهما : أنه دم واحد للجميع ؛ لأنه جنس (٦) واحد ، وهو كحلق جميع الشعر ، والثاني : يلزمه دمان بمزدلفة (٧) ودم لليالي منى فإنهما جنسان (٨) .

---

(١) في (أ ، ب) : « المزدلفة » .
(٢) في الأصل : « ثلاثة » وهو خطأ .
(٣) « في » : ليست في (أ ، ب) .
(٤) في (أ ، ب) : « فإن » .
(٥) قال ابن الصلاح : « في إيجابها وهي المبيت بمزدلفة والمبيت ليالي منى والجمع في الوقوف بعرفة بين الليل والنهار وطواف الوداع ، الأصح إيجابها ، وعليه نص في القديم والأم ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٤ ب) .
(٦) في (أ ، ب) : « جبر » .
(٧) في (أ ، ب) : « دم لمزدلفة » .
(٨) قال ابن الصلاح : « من ترك المبيت في الليالي الأربع ، وقلنا : يجب جبره ، ففي مقدار الدم الجابر =

فإن قلنا : تفرد ليالي منى بدم فمن نفر في النفر الأول ففي ليلتي منى في حقه وجهان ؛ أحدهما : دم ؛ لأنه جنس برأسه . والثاني : يجب [1] مدان أو درهمان أو ثلثا دم كما في شعرتين . وحكي قول : أنه يجب لكل ليلة دم كما سيحكيه في رمي كل يوم .

ولا خلاف في أن المعذور لا يلزمه دم ، وهو الذي لم يدرك عرفة إلا ليلة النحر فلم يبتْ بمزدلفة ، وكذا رعاة الإبل فإنهم يغيبون عن منى ليلًا لتستريح [2] الإبل ، وكذلك [3] أهل سقاية العباس فإنهم يقومون بتعهد الماء ، ولا يختص ذلك ببني العباس عندنا ، بل كل [4] من يتعهد السقاية خلافًا لمالك ، وهل تلتحق [5] غير هذه الأعذار من تمريض أو غيره برعاية [6] الإبل وتعهد الماء [فيه] [7] وجهان [8] .

* * *

= قولان ؛ أحدهما : دم واحد ، وإن كان لو ترك مبيت ليلة المزدلفة وحدها لزمه دم كامل ، وكذلك لو ترك مبيت الليالي الثلاث ، كما أن الدم يكمل في ثلاث شعرات ، ثم إذا حلق جميع الشعر لم يلزمه أكثر من دم . والقول الثاني – وهو الأظهر – : وأنه يلزمه دمان ؛ لأن المبيت جنسان ؛ لاختلافهما في المواضع والأحكام .

وإذا قلنا بهذا أنه يجب في ترك ليالي منى الثلاث دم ، فمن نفر النفر الأول وصار .... ليلتين فتركها ، فالظاهر : أنه يكمل الدم كما لو ترك الثلاث من لم ينفر النفر الأول ؛ لأنهما جميع الواجب في حقه ، ثم إن الأظهر في الليلة الواحدة دم ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٤ ب – ٤٥ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « أنه يجب » .

(٢) في (أ ، ب) : « لتسرح » .

(٣) في (أ ، ب) : « وكذا » .

(٤) في (أ ، ب) : « بكل » .

(٥) في (أ ، ب) : « تلحق » .

(٦) في (أ ، ب) : « برعاة » .

(٧) زيادة من (أ ، ب) .

(٨) قال ابن الصلاح : « الأصح : أنه يجوز ترك المبيت بمنى لمن كان له عذر من مرض أو تمريض أو خوف على مال ، ونحو ذلك ، إلحاقًا بعذر الرعاة وأهل السقاء ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٥ أ) .

الفصل العاشر : في الرمي

وهو من الأبعاض الواجبة المجبورة بالدم قولًا واحدًا ، والواجب رمي سبعين حصاة ، سبعة تُرْمَى يوم النحر إلى جمرة العقبة فقط ، وإحدى وعشرين حصاة ترمى (١ كُلَّ يوم القَرّ ١) وهو أول يوم من أيام التشريق إلى الجمرات الثلاثة (٢) إلى كل جمرة سبعة ، فيبدأ(٣) / بالجمرة الأولى من جانب المزدلفة ويختم بجمرة العقبة وهي تلي مكة ، ٥٤/أ
وكذلك يفعل في اليوم الثاني والثالث إلا إذا نفر من النفر الأول قبل غروب الشمس ، فيسقط عنه الرمي في (٤) اليوم الأخير (٥) .

ووقت رمي (٦) جمرة العقبة يدخل بمنتصف الليل ويدوم إلى غروب الشمس يوم النحر ، وهل يتمادى إلى طلوع (٧ يوم القر ؟ فيه ٧) وجهان ، ووجه التمادي : تشبيهه ببقاء وقت الوقوف بعد غروب الشمس (٨) .

وأما رمي أيام التشريق يدخل وقته بالزوال إلى غروب الشمس (٩ يوم النحر ٩) ،

---

(١) في (أ ، ب) : « يوم النفر الأول » ، وهو خطأ إذ يوم النفر الأول هو اليوم الثاني من أيام التشريق ، حيث ينفر الحجيج من منى إلى مكة ، بينما المقصود (يوم القَرِّ) وهو اليوم الأول من أيام التشريق الذي يلي يوم النحر ، وسمي بذلك لقرار الحجيج فيه في منى .

(٢) في (أ ، ب) : « الثلاث » ، وكلاهما صحيح لتقدم المعدود على العدد .

(٣) في (أ ، ب) : « فيبتدئ » .

(٤) في (أ) : « وفي » ، لعله من سهو الناسخ . (٥) « الأخير » : ليست في (ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « الرمي إلى » . (٧) في (أ ، ب) : « الفجر يوم التروية » .

(٨) قال ابن الصلاح : « ذكر الوجهين في تمادي وقت رمي جمرة العقبة بعد غروب الشمس من يوم النحر إلى طلوع الفجر من يوم القر ، وأصحهما : أنه لا يبقى بعد غروب الشمس ، ثم قال : (وأما رمي أيام التشريق فيدخل وقته بالزوال إلى غروب الشمس ، وفي تماديه ليلًا الخلاف المذكور) هذا ليس على إطلاقه فإن اليوم الثالث منها ينتهي وقت الرمي فيه بغروب الشمس قولًا واحدًا ؛ لأنه ينقضي به أيام التشريق وزمان المناسك على ما لا يخفى ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٥ أ) .

(٩) ليست في (أ ، ب) .

وفي تماديه ليلًا الخلاف المذكور .

ثم النظر في الرمي يتعلق بأطراف :

الأول : في المرمي :

وليكن حجارة على قدر الباقلاء [١] ، ولا يجزئ [٢] غير الحجر من الإثمد والزرنيخ والجواهر المنطبعة ، ويجزئ حجر النورة قبل الطبخ [٣] ، وكذا حجر الحديد في الظاهر ، وفي الفيروزج والياقوت والعقيق تردد [٤] ، والحصاة الواحدة إذا رماها سبع مرات ففي إجزائها وجهان [٥] ، ومنهم [٦] من راعى عدد الرمي ، ومنهم من ضمَّ إليه عدد المرمي ، ولو تعدد الزمان أو الشخص أو الجمرة أجزأ [٧] كما إذا رمى حصاة واحدة (٨ في يومين ٨) ، أو إلى جمرتين أو رماها شخصان .

---

(١) قال ابن الصلاح : « (ولتكن حجارة على قدر الباقلاء) فقوله : على قدر الباقلاء على الاستحباب لا على الاشتراط ، والله أعلم » المشكل (٢ / ٤٥ أ) .

(٢) في (أ ، ب) : « ولا يجوز » .

(٣) قال ابن الصلاح : « وقوله : (ويجزئ حجر النورة قبل الطبخ) أراد الحجارة التي تحرق ويتخذ منها الكلس . قال الإمام شيخه : وهي كل حجر يشوبه خطوط بيض ، فإذا طبخت خرجت عن أن تكون حجارة ، فلا يجزئ الرمي بها وهي نورة ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٥ أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « الظاهر أن الياقوت والعقيق ونحوهما مما يتخذ منه الفصوص لا يجزئ الرمي بها ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٥ أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : الوجهان المذكوران فيما إذا رمى حصاة واحدة لسبع مرات ، ومع اتحاد اليوم والجمرة والشخص ، وأظهرهما عند صاحب « التهذيب » أنه يجزئ ، وعند الإمام أبي المعالي الأظهر : أنه لا يجزئ وهذا أقوى ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٥ أ) .

(٦) في (أ ، ب) : « منهم » .

(٧) في (أ ، ب) : « أجزأه » .

(٨) ليست في (أ ، ب) .

الطرف الثاني : في [1] الكيفية :

ويتبع فيه [2] اسم الرمي ، ولا يكفي الوضع على الجمرة ، وإن أصاب في رميه محملًا فارتد بصدمته أجزأ [3] ، وإن نفضه صاحب المحمل فلا ، وإن تدحرج من المحمل إلى الجمرة بنفسه فهو متردد بين النفض والصدمة [4] ، ولو وقف في الجمرة ورمى إلى الجمرة فلا بأس ، ولو رمى حجرين دفعة واحدة فلا يجزيه إلا واحدة وإن [5] تلاحقا في الوقوع ، ولو أتبع [6] حجرة حجرة [6] فيجزئه عن رميتين وإن تساوقا في الوقوع ، والعاجز عن الرمي يستنيب إذا كان عجزه لا يزول في وقت الرمي كما في أصل الحج ، ولو أغمي على المستنيب لم ينعزل النائب ، بخلاف الوكيل في التصرفات ؛ لأن علّة هذه النيابة العجز فلا تضادها زيادة العجز .

الطرف الثالث : في تدارك الفائت :

فإن انقضى [7] أيام التشريق فلا قضاء ؛ إذ انقطع وقت المناسك [8] ، فإذا فاته يوم النفر فأراد أن يقضي في اليومين بعده فعلى قولين ؛ أحدهما : لا ؛ لأن هذه عبادة غير معقوله فلا يتعدى بها عن موردها . والثاني : يقضى ، بدليل أن رعاة الإبل يقضون في

---

(١) « في » : ليست في (أ ، ب) . (٢) « فيه » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (ب) : « أجزأه » .

(٤) قال ابن الصلاح : « إذا أصاب الحجر محملًا ثم تدحرج منه بنفسه إلى الجمرة أنه يجزئ لأن فعله في الرمي انتهى بوقوعه في المحمل لتدحرجه بسبب آخر غير فعله ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٥ ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « إن » . (٦) في (أ ، ب) : « حصاة حصاة » .

(٧) في (أ ، ب) : « انقضت » .

(٨) قال ابن الصلاح : « إذا لم يرمِ حتى انقضت أيام التشريق قال : (فلا قضاء إذا انقطع وقت المناسك) يعني : مناسك الحج ، فإنها لا تفعل في غير أشهر الحج ، وكما لا ينقضي الوقوف بعرفة بعد فوات وقته لا يقضى الرمي بعد فوات وقت الرمي بأنواعه ، فإن الرمي تابع للوقوف ؛ ولهذا لا يأتي به من فاته الوقوف ، ولهذا لا رمي في العمرة ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٥ ب) .

النفر الأول ما فاتهم في [١] يوم النفر .

ثم هذا قضاء أو أداء ؟ فيه قولان [٢] ، فمن جعله أداء زعم أن جميع الأيام وقت ، وإنما التوزيع على الأيام مستحب ، وعلى هذا لا يجوز التدارك إلا بعد الزوال ، وإن جعل قضاء جاز قبل الزوال ؛ لأن القضاء لا يتأقت [٣] .

وقيل : إنه لا يبعد تأقيته ثم يلزمه رعاية الترتيب في المكان ، فلو ابتدأ بالجمرة الأخيرة في القضاء لم يجزه .

وهل يجب تقديم القضاء على الأداء بالزمان ؟ فيه قولان [٤] ؛ أحدهما : يجب كما في المكان ، والثاني : لا يجب [٥] ، كما في الصلوات .

فإن أوجبنا ، فلو رمى أربع عشرة حصاة إلى الجمرة الأولى عن اليومين لم يجزه إلا سبعة عن القضاء ، وهذا في أيام التشريق .

أما رمي الجمرة يوم النحر ففي قضائه طريقان ، منهم من طرد القولين ، ومنهم من منع [وجعل] [٦] أيام التشريق فيها كغير أيام التشريق في رمي أيام التشريق ؛ لأنه جنس

---

(١) في (أ ، ب) : « من » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (والثاني : يقضي ... ثم هذا قضاء أو أداء ؟ فيه قولان) فالقضاء الأول أراد به مطلق التدارك ، وذلك ينهي خلاف الفقهاء ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٥ ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « الأصح : أنه إذا فات رمي يوم يأتي به ليلًا ، وفي باقي أيام الرمي أن القول الأصح والمشهور في المذهب أن ذلك إذًا لا قضاء ، وأن جميع الأيام وقت للجميع ، والتوزيع مستحب ، وعلى هذا تلزمه رعاية الترتيب في الزمان فيقدم في التدارك رمي اليوم الأول على رمي اليوم الثاني ، والثاني على الثالث ، وهذا غير مذكور في الكتاب المذكور فيه من الخلاف في وجوب الترتيب ، إنما هو على قولنا أنه قضاء ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٥ ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « وجهان » .

(٥) « يجب » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) زيادة من (أ ، ب) .

منقطع عما بعده في الوقت والمقدار .

ثم مهما ترك الجميع لزمه [1] الدم ، وفي مقداره ثلاثة أقوال ؛ أحدها : دم واحد للكل . والثاني : دمان ، واحد ليوم النحر ، وواحد لأيام منى ، والثالث : أربعة دماء لأربعة أيام [2] .

فإن اكتفينا بدم واحد كمل الدم بوظيفة يوم واحد كما لا يكمل في حلق ثلاث شعرات [3] ، وهل يكمل فيما دونه من ترك ثلاث حصيات أو ترك جمرة واحدة ؟

فيه ثلاثة أوجه ؛ أحدها : أنه يكمل في الثلاث . والثاني : لا يكمل إلا بوظيفة جمرة واحدة . والثالث : أنه لا يكمل في أقل [4] من وظيفة يوم [5] .

* * *

---

(١) في (أ ، ب) : « لزم » .

(٢) قال ابن الصلاح : « ذكر فيما يلزمه إذا فاته الرمي في الأيام الأربعة ثلاثة أقوال ؛ أحدها : دم واحد ، والثاني : دمان ، والثالث : أربعة دماء . ثم قيل : الأصح دمان ، وقال صاحب « التهذيب » : الأصح أربعة . وقضية ما حكاه من أن الأصح المشهور من المذهب أن الأيام الأربعة كاليوم الواحد أن الأصح دم واحد ، وتصحيح القول الآخر متجه ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٥ ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (إن اكتفينا بدم واحد كمل الدم بوظيفة يوم واحد) يعني : إذا فاته وظيفة يوم واحد ، فهو كالشعر إن حلق جميع شعر رأسه كفاه دم ، وإن لم يحلق إلا شعرات كان فيها دم كامل أيضًا ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٥ ب - ٤٦ أ) .

(٤) في (أ ، ب) : « بأقل » .

(٥) قال ابن الصلاح : « والأصح من الأقوال الثلاثة التي ذكرها هنا فيما إذا ترك أقل من وظيفة يوم : أن الدم يكمل أيضًا في ثلاث حصيات كما في ثلاث شعرات ، ولم يذكر صاحب « المهذب » غيره ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٦ أ) .

الفصل الحادي عشر : في طواف الوداع

إذا فرغ الحاج من الرمي أيام منى ولم يبقَ عليهم طواف ولا سعي وتم تحللهم وعزموا على الانصراف ، طافوا طواف الوداع ، وفي كونه واجبًا مجبورًا بالدم قولان (١) ؛ أحدهما : يجب ؛ لتطابق الخلق عليه ، والثاني : لا كطواف القدوم (٢) .

ولا خلاف في أن من خرج من مكة لا (٣) يلزمه طواف الوداع إلا إذا كان حاجًّا ، وطواف الوداع من توابع الحج ، ثم شرط إجزائه : أن لا يعرج على شغل بعده ، فلو اشتغل بشد الرحال بعده ففيه وجهان ، من حيث إنه من أسباب الرحيل فلا (٤) يبعد أن يكون بعد الوداع (٥) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « وقوله : (وفي كونه واجبًا مجبورًا بالدم قولان) يشعر بأن في كونه مجبورًا خلافًا ، وليس كذلك فإنه يجبر بالدم قولًا واحدًا ، لكن الجبر مستحب على قولنا بالاستحباب ، وواجب على قولنا بالإيجاب ، فالمراد : أن في كونه مجبورًا على جهة الوجوب قولين ، والله أعلم » . المشكل (٢/ ٤٦ أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « القول الأصح : أن طواف الوداع واجب ، وما ذكره فإنه ضعيف ، بل حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : كان الناس ينصرفون في كل وجه فقال النبي ﷺ : « لا ينفرن أحد من الحج حتى يكون آخر عهده بالبيت » رواه مسلم في صحيحه ، وروى البخاري نحوه ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٦ أ) .

(٣) « لا » : سقطت من (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « ولا » .

(٥) في (أ ، ب) : « الفراغ » . قال ابن الصلاح : « ذكر في بطلانه باشتغاله بشد الرحال بعده وجهين ، وأصحهما : أنه لا يبطل ، ولم يذكر الأكثر غيره وحكاه صاحب « البحر » عن أصحابنا على الإطلاق ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٦ أ) .

فرع :

لو ترك طواف الوداع وتجاوز [١] مسافة القصر يستقر [٢] الدم ولا يغنيه العود ، ولو عاد قبل مسافة القصر صار متداركًا ، والمرأة إذا حاضت فهي مأذونة في النفر قبل الوداع ولا دم عليها ، فلو [٣] طهرت قبل مسافة القصر لم يلزمها العود - نص عليه - لأنها لم تكن من [٤] أهل الوجوب [٤] في الابتداء ، بخلاف من قصر في الخروج فإنه / ٥٤/ب يلزمه العود قبل مسافة القصر ، ومنهم من نقل وخرج وجعل في المسألتين قولين مثارهما[٥] : أنه يفوت الوداع [٦] بمجاوزة خطة الحرم أو بمجاوزة مسافة القصر ؟

* * *

(١) في (أ ، ب) : « وجاوز » .

(٢) في (أ ، ب) : « استقر » .

(٣) في (أ ، ب) : « ولو » .

(٤) في (أ ، ب) : « أهلًا للوجوب » .

(٥) في (أ ، ب) : « منشؤهما » .

(٦) في (أ ، ب) : « للوداع » .

الفصل الثاني عشر : في حكم الصبي
والنظر في إحرامه وأعماله [١] ولوازمه

أما الإحرام : فإن لم يكن الصبي مميزًا أحرم عنه وليه ، وهل للمقيم ذلك ؟ فيه وجهان [٢] ، وفي ثبوته للأم طريقان ، والأصح الجواز ؛ لما روي أن امرأة رفعت صبيًا من محفته [٣] وقالت : يا رسول اللّه ألهذا حج ؟ فقال [٤] : « نعم ، ولك أجر » . وإن كان مميزًا وأحرم بإذن الولي صح ، وإن استقل فوجهان ؛ أحدهما : لا ينعقد ؛ لأنه عقد خطير . والثاني : ينعقد كسائر العبادات ، ولكن الولي يحلله إن رأى المصلحة فيه [٥] .

---

(١) « وأعماله » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن لم يكن الصبي مميزًا أحرم عنه وليه ، وهل للمقيم ذلك ؟ فيه وجهان) المراد بالولي : الأب والجد أب الأب وإن علا ، والمراد بالمقيم : المتصرف في مال الطفل بالوصية ، أو بنصب الحاكم إياه . قال الإمام أبو المعالي : والأصح أنه لا يحرم عنه وليه ، وهذا قول كثير من الأصحاب .

وذكر أن في « الأم » طريقين ، والأصح الجواز ؛ لما روي أن امرأة رفعت صبيًا على عاتقها فقالت : يا رسول اللّه ! ألهذا حج ؟ فقال : « نعم ، ولك أجر » ، رواه مسلم في صحيحه من حديث ابن عباس – رضي اللّه عنهما – ولا يقوى الاحتجاج به . وادعى الإمام شيخه أن الظاهر يدل على إحرامها عنه ، وهذا لا يسلم له ، وقد نص الشافعي – رضي اللّه عنه – على أنه يحرم عنه الأبوان ، فليعلل ذلك بأن ذلك يندرج تحت ولايتها للحضانة ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٦ أ – ٤٦ ب) .

وحديث المرأة التي رفعت الصبي على عاتقها أخرجه مسلم : (٢ / ٩٧٤) (١٥) كتاب الحج (٧٢) باب صحة حج الصبي وأجر من حج به (١٣٣٦) ، وأبو داود : (٢ / ١٤٧) كتاب المناسك – باب في الصبي يحج (١٧٣٦) ، والترمذي : (٣ / ٢٦٤ ، ٢٦٥) (٧) كتاب الحج (٨٣) باب ما جاء في حج الصبي (٩٢٤) ، والنسائي : (٥ / ١٢٠) (٢٤) كتاب مناسك الحج (١٥) الحج بالصغير (٢٦٤٥ ، ٢٦٤٩) ، وابن ماجه : (٢ / ٩٧١) (٢٥) كتاب المناسك (١١) باب حج الصبي (٢٩١٠) .

(٣) في (أ ، ب) : « محفتها » ، وفي هامش (ب) : « محفته » من نسخة أخرى .

(٤) في (أ ، ب) : « قال » .

(٥) قال ابن الصلاح : « الأصح أن إحرام المميز بغير إذن وليه لا ينعقد ، وهو قول أكثر أصحابنا ، واختيار شيخي الطريقتين في عصرهما أبي حامد الإسفراييني وأبي بكر القفال المروزي ؛ لأنه يفتقر إلى =

فإن قلنا : لا يستقل ففي استقلال الولي دونه وجهان ، ووجه الجواز : استصحاب ولايته الثابتة قبل التمييز (١) .

وأما أعماله : فيتعاطى الصبي بنفسه إن قدر عليه ، وإلا طاف به الولي وسعى به وأحضره عرفة ورمى عنه .

وأما (٢) اللوازم المالية : فما يزيد من نفقة السفر فهو (٣) على الولي في وجه ؛ لأنه الذي ورطه فيه ، وعلى الصبي في وجه كأجرة تعليم القرآن فإن فيه نظرًا له (٤) .

وأما فدية اللبس والحلق وسائر المحظورات ففي وجوبها وجهان (٥) : أحدهما : لا ؛ لأن عقد الصبي لا يصلح للالتزام . والثاني : نعم ؛ لأنه مقتضى الإحرام .

= المال ، وهو مجبور عليه في المال ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٦ ب) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن قلنا : لا يستقل ، ففي استقلال الولي دونه وجهان ، وجه الجواز : استصحاب الولاية الثابتة قبل التمييز) هذا الوجه هو ظاهر المذهب فيما ذكره شيخه ، ولكن التوجيه المذكور في الكتاب تمسك باستصحاب الحال مع تغير الحال ، وذلك ضعيف في علم الأصول ، وإنما توجيهه : أنه إذا لم يستقل به المولى عليه وجب أن يستقل به الولي كما في البيع وغيره ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٦ ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فأما » .

(٣) « فهو » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « الأصح أن ما زاد من المؤنة بسبب السفر يلزم الولي ؛ لأن ذلك مع كونه لا يجزئه عن حجة الإسلام ليس من المهمات ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٦ ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « إذا ارتكب الصبي شيئًا من المحظورات ففي وجوب الفدية وجهان - ذكرهما - وأصحهما الوجوب . وقال في تعليل النفي : (لأن عقد الصبي لا يصلح للالتزام) فقوله : (عقد) هو بالقاف لا بالميم ، والمشهور بقاء الخلاف فيما يعتبر فيه العمد من ذلك على الخلاف في أن عمد الصبي عمد أو لا ؟ وحكى الإمام عن المحققين أنهم في جعله .... بكونه عمدًا ، واختار ذلك لأن عمده عمد قطعًا في العبادات ، تبطل به في صلاته وصومه .

قلت : هذا يفارق ما ذكره من حيث إنه عمد يتعلق به سعيه وعمله ، فالتحق بعمده في الجنايات والغرامات ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٦ ب - ٤٧ أ) .

فإن قلنا : يجب ففي مال الصبي أوفي مال الولي ؟ فيه وجهان (١) .

ولو جامع الصبي فإن قلنا : إن جماع الناسي لا يفسد وعمد الصبي ليس بعمدٍ ، لم يفسد حجه ، وإلا فسد وهو الأصح ؛ لأن عمده في العبادات معتبر كما إذا أفطر عمدًا ، ولكن هل يلزمه القضاء ؟ فيه وجهان مرتبان على الفدية (٢) ، وأولى بأن لا يجب ؛ لأن هذه عبادة بدنية فيبعد وجوبها على الصبي ، فإن أوجبنا فهل يصح في الصِّبيِ ؟ فيه وجهان ، ووجه المنع : أن الصِّبىَ ينافي وقوع الحج فرضًا ، وقد صار هذا القضاء فرضًا ، فإن قلنا : لا يقضي في الصِّبىَ فإذا بلغ لزمه تقديم فرض الإسلام أولًا حتى يتأتى منه (٣) القضاء (٤) .

فرعان :

أحدهما : لو طيَّبه الولي من غير منفعة للصبي : فالفدية على الولي ، وكذا كل أجنبي طيب محرمًا أو حلق شعره بغير إذنه ، ولو طيبه للمداواة فهل ينزل منزلة تطييب الولي (٥) الصبي نفسه فيه وجهان (٦) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « وإذا قلنا بوجوب الفدية فالأصح أنها في مال الولي إذا أحرم بإذنه ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٧ أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « الأصح في الصبي إذا فسد حجه بالجماع : أنه يلزمه القضاء ، واعلم أنه لا يكون هذا إيجاب تكليف وخطاب ، بل الوجوب فيه بمعنى الثبوت في الذمة ، كالوجوب الثابت في حقه في الغرامات والنفقات ونحوها ، وإن كان ذلك نادرًا في العبادات البدنية لكن وقع ضرورة لإفساده حجًّا منعقدًا . ثم الأصح أنه يصح منه القضاء في الصغر اعتبارًا بالأداء ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٧ أ) .

(٣) « منه » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « القضاء فرضًا » .

(٥) « الولي » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « الأصح من الوجهين فيما إذا طيب الولي الصبي لمداواته : أنه بمنزلة مباشرة الصبي بنفسه ذلك ، وقد سبق أن الأصح فيما باشره الصبي من ذلك أن الفدية على الولي إذا كان قد أحرم =

الثاني : إذا أحرم في الصِّبىَ وبلغ قبل مفارقة عرفة وقع حجه عن فرض الإسلام ؛ لأن الحج عرفة .

وإن كان قد سعى من قبل هل يلزمه إعادة السعي ؟ فيه وجهان ، والأصح وجوبه ؛ إذ لا يسمى بالوقوع في حالة الصبى إلا في الإحرام ، فإن دوامه كافٍ في حجة [1] الفرض .

والنقصان الذي وقع في ابتدائه هل يجبر بالدم ؟ فيه قولان ؛ أحدهما : لا ؛ لأنه أحرم من الميقات ولم يجر إساءة ، والثاني : نعم ؛ لأنه وقع مع نقصان الصبى ، وكان [2] هذا تردد في أن الإحرام انقلب فرضًا أو تبين أنه انعقد فرضًا في الابتداء [3] .

والعبد أعتق إذا قبل الوقوف كان كالصبي إذا بلغ .

قال رسول الله ﷺ : « أيّما أعرابي حج ثم هاجر فعليه حجة الإسلام ، وأيّما صبي حج ثم بلغ فعليه حجة الإسلام ، وأيّما عبد حج ثم أعتق فعليه حجة الإسلام » [4] .

= بإذنه ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٧ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « صحة » .

(٢) (أ ، ب) : « فكان » .

(٣) قال ابن الصلاح : « ذكر القولين في الصبي إذا بلغ قبل الوقوف فإحرام حجه عن حجة الإسلام ، فهل يلزمه دم لوقوع إحرامه في حالة النقصان ، وأصحهما : أنه لا يلزمه ، ثم قال : (وكان هذا تردد في الإحرام انعقد نفلًا ثم انقلب فرضًا أو تبين أنه انعقد فرضًا في الابتداء) هذا معنى ما أفصح عنه شيخه ، وهو أن الإحرام هل ينعقد نفلًا أو لا ؛ ثم من وقت الكمال انقلب فرضًا أو وقع موقوفًا ، فإذا كمل تبين أن الإحرام في أصله انعقد فرضًا ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٧ أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال رسول الله ﷺ : أيما أعرابي حج ثم هاجر فعليه حجة الإسلام ...) إلى آخر الحديث ، هذا رويناه في « السنن الكبير » مرفوعًا إلى رسول الله ﷺ من حديث ابن عباس – رضي الله عنهما – بإسناد جيد ، ولولا أنه تفرد برفعه محمد بن المنهال أحد الرواة فيه وغيره إنما رواه موقوفًا على ابن عباس ، وهو الصواب . قال ذلك الحافظ البيهقي وأطلق الأعرابي وأراد به الكافر ؛ إذ كان الكفر هو الغالب حينئذٍ على الأعراب ، وقد جاء إطلاق الأعراب والمراد الكفار منهم من =

قيل : أراد بالأعرابي الكافر ، وقيل : أراد به في ابتداء الإسلام إذ كان حجة [1] الأعرابي قبل الهجرة نفلًا لا فرضًا .

* * *

= غير هذا الحديث ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٤٧ ب) .

وراجع الحديث عند الترمذي : (٣ / ٢٦٥) (٧) كتاب الحج (٨٣) باب ما جاء في حج الصبي (٩٢٦)، والبيهقي في السنن الكبرى : (٤ / ٣٢٥) ، وابن خزيمة في صحيحه : (٤ / ٣٤٩) .

(١) في (أ ، ب) : « حج » .

الباب الثالث في [1] قسم المقاصد

في بيان محظورات الحج والعمرة

[2] محظورات الحج والإحرام [2] سبعة أنواع :

النوع الأول : اللبس :

والنظر فيه يتعلق بالرأس والبدن .

أما الرأس : فيحرم ستره بكل ما سُمي ساترًا معتادًا كان أو لم يكن ، فلو وضع على رأسه خرقة أو إزارًا أو عمامة لزمه [3] الفدية ، ولو توسد بوسادة أو عمامة أو استظل بسقفٍ أو مظلة المحمل ، أو انغمس في ماء حتى استوى الماء [4] على رأسه لم يلزمه شيء؛ لأن ما ليس محمولًا على الرأس لا يُعد ساترًا .

وخالف مالك في الاستظلال بالمظلة والخيمة .

ولو وضع زنبيلًا [5] أو حملًا [6] على رأسه ففيه قولان ؛ أحدهما : لا يحرم لأنه لا يُعد ساترًا ، والثاني : يحرم لأن الكشف قد زال به ، وهو المقصود [7] .

أما إذا طَيَّنَ رأسه ففيه احتمال [8] .

---

(١) في (أ ، ب) : « من » .

(٢) في الأصل : « ومحظورات الإحرام » ، والمثبت من (أ ، ب) . (٣) في (أ ، ب) : « لزمته » .

(٤) « الماء » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في الأصل : « زبيلًا » ، ولعله من سهو الناسخ . (٦) في (أ ، ب) : « حمل » ، وهو خطأ .

(٧) قال ابن الصلاح : « القولان المذكوران في وضع المحرم على رأسه زنبيلًا أو حملًا ، أصحهما : أنه لا فدية فيه ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٧ ب) .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (أما إذا طين رأسه ففيه رأسه ففيه احتمال) ليس فيه جواب شيء ، والمسألة فيها وجهان ، أظهرهما وجوب الفدية ؛ لأنه ستر محقق ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٧ ب) .

وتجب الفدية بستر مقدار يتصور أن يقصد ستره بوقوع (١) شجة أو غيره ، ولو شدَّ خيطًا على رأسه لم يضر ، بخلاف العصابة التي لها عرض ، هذا في حق الرجل .

أما المرأة : فالوجه في حقها كالرأس في حق الرجل ، فلها أن تستر سائر بدنها سوى الوجه ، فلو أرسلت ثوبًا بحذاء وجهها متجافيًا فلا بأس ، وأما سائر البدن فلا وظيفة على المرأة فيه ، أما الرجل فله ستره ولكن بثوب ليس مخيطًا إخاطة الخياطة (٢) كالقميص والقباء والجبة أو ما في معناها كالدرع وجبة اللبد ، ولو (٣) لبس / القباء لزمه ٥٥ / أ الفدية أدخل يده (٤) في الكُمَّيْنِ أو لم يدخل .

وقال أبو حنيفة : لا يلزم (٥) ما لم يدخل يده .

ولو ارتدى بقميص أوجبة فلا بأس لأنه لا يحيط به ، وكذلك إذا التحف به نائمًا (٦) ، ولا بأس بالهميان والمنطقة وإن أحاطت ، ولا بإزار عقد (٧) أطرافه بالعقد ، ولو جعل لردائه (٨) شرجًا وعُرًى منظومة ففيه تردد لقربه من الخياطة (٩) ، ولو اتخذ إزارًا

---

(١) في (أ ، ب) : « لوقوع » .

(٢) في (أ ، ب) : « الخياط » .

(٣) في (أ ، ب) : « فلو » .

(٤) « يده » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « لا يلزمه » .

(٦) في (أ ، ب) : « قائمًا » .

(٧) في (أ ، ب) : « عقدت » .

(٨) في (أ ، ب) : « لإزاره » .

(٩) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولو جعل لردائه شرجًا وعرى منظومة ففيه تردد ؛ لقربه من الخياطة) هذا التردد حكاه شيخه الإمام عن والده الشيخ أبي محمد بعد أن حكى عن العراقيين القطع بالمنع ، وقال : الظاهر المنع ، غير أنه ذكر أنه لا شك في جواز عقد الرداء إذا لم ينتظم ربط الشرج بالعرى انتظامًا قريبًا من الخياط ، وأنه لا بأس فيه ، بما كان من قبيل العقد ، وقد اتبعه صاحب الكتاب ، فقطع في « البسيط » بأنه يجوز عقد الرداء ، وهذا خلاف المذهب .

وقد قال الشافعي – رضي اللّه عنه – : ولا بأس أن يعقد إزاره . قال : ولا يعرر رداءه ، ويجوز أن يعرره في إزاره . وروى الشافعي – رضي اللّه عنه – نحو ذلك عن ابن عمر – رضي اللّه عنهما – ، قال الأصحاب : وهكذا لا يجوز أن يزرر الرداء ، ولا خله بخلال أو بمسلة ، ولا شك أنهما لمّا شرطا ذلك لم =

ذا حجرة وجعل فيها تكة فلا بأس ؛ لأن اسم الإزار باقٍ ، فلو شق الإزار من ورائه وجعل له ذيلين ولفَّ كل ذيل على ساق ، قال العراقيون : يمتنع ذلك [1] .

هذا كله في غير المعذور ، فإن كان معذورًا بسبب حرٍّ أو برد حل اللبس ولكن لزم [2] الفدية ، فإن [3] كان بسبب من جهة الشرع فلا فدية [فيه] [4] كما إذا لم يجد إلا سراويل [5] ، ولو فتقه لم يأتِ منه إزارًا [6] ولبسه فلا فدية [6] . قال رسول الله ﷺ : « من لم يجد إزارًا فليلبس السراويل ، ومن لم يجد النعل [7] فليقطع الخفين أسفل من [8] الكعبين » [9] .

والتعويل على الخبر ؛ لأنه لو كان لأجل ستر العورة لجاز لبس السراويل مع القدرة

= يحصرها في المذكور ، والمعنى فيه : أنه بالعقد يصير مخيطًا بنفسه من غير حاجة إلى إمساك باليد ، فهو كإخاطة الخياط ، وإنما جاز العقد في الإزار للحاجة ، إذ به سبت ويكفيه في الرداء أن يغرز أطرافه في الإزار ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٧ ب - ٤٨) .

(١) « ذلك » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « تلزمه » .

(٣) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في الأصل و (أ) : « سراويلًا » .

(٦) في (أ ، ب) : « فليلبس السراويل » .

(٧) في (أ ، ب) : « نعلًا » .

(٨) « من » : ليست في (أ ، ب) .

(٩) راجع طرفًا من الحديث عند البخاري : (٣ / ٤٦٩) (٢٥) كتاب الحج (٢١) باب ما لا يلبس المحرم من الثياب (١٥٤٢) ، وأطرافه : (١٨٣٨ ، ١٨٤١ ، ١٨٤٢ ، ١٨٤٣) ، ومسلم : (٢ / ٨٣٥) (١٥) كتاب الحج (١) باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة (١١٧٧ ، ١١٧٨ ، ١١٧٩) ، وأبو داود : (٢ / ١٧٠) كتاب المناسك - باب ما يلبس المحرم (١٨٢٣ ، ١٨٢٩) ، والترمذي : (٣ / ١٩٤ - ١٩٦) (٧) كتاب الحج (١٩) باب ما جاء في لبس السراويل والخفين للمحرم (٨٣٣ ، ٨٣٤) ، والنسائي : (٥ / ١٢٩) (٢٤) كتاب المناسك « الحج » (٢٨) باب النهي عن الثياب المصبوغة بالورس والزعفران في الإحرام (٢٦٦٧ ، ٢٦٦٩، ٢٦٧٠ ، ٢٦٧١) ، (٣٧) باب الرخصة في لبس الخفين في الإحرام لمن لا يجد نعلين (٢٦٧٩ ، ٢٦٨٠) ، وابن ماجه : (٢ / ٩٧٧) (٢٥) كتاب المناسك (٢٠) باب السراويل والخفين للمحرم إذا لم يجد إزارًا أو نعلين (٢٩٣١ ، ٢٩٣٢) .

على الإزار كما في المرأة ، ولذلك [١] لا يكلفه [٢] أن يرفع السراويل إلى الركبة .

وأما الخف فساتر محظور والنعل جائز ، وإحاطة الشراك للاستمساك [٣] لا يُعد ساترًا ، وفي الجمشتك [٤] خلاف ، منهم من حمل ذلك القدر على الاستمساك كالنعل ، ويشهد له بسقوط [٥] الفدية إذا قطع الخف أسفل من الكعبين .

أما القفازان فقد [٦] ورد النهي عن لبسهما [٧] في اليدين ، وهو محرم على الرجل وفي المرأة قولان ، أصحهما الجواز ، فإن لها ستر سائر بدنها سوى الوجه ، ووجه المنع : عموم النهي .

ولو اتخذ للحية [٨] خريطة [٩] أو لعضو [٩] مفرد غلافًا محيطًا ففي إلحاقه بالقفازين تردد ؛ لأنه غير معتاد .

النوع الثاني التطيب [١٠] :

ويحرم استعمال الطيب قصدًا ، فلنذكر الاستعمال والطيب والقصد .

أما الطيب : فكل ما يقصد رائحته وإن كان [١١] منه يقصد [١١] غيره ، فالزعفران طيب ، وفي معناه الورس وهو أشهر طيب اليمن ، والفواكه الطيبة ليس بطيب كالأترج والسفرجل ، وكذا الأدوية كالقرنفل والدارصيني ؛ إذ لا يظهر منه قصد الرائحة .

---

(١) في (ب) : « وكذلك » .
(٢) في (ب) : « نكلفه » .
(٣) في الأصل : « بالاستمساك » .
(٤) كذا في الأصل وهامش (ب) ، وفي (أ ، ب) : « السمسك » .
(٥) في (أ ، ب) : « سقوط » .
(٦) « فقد » : ليست في (أ ، ب) .
(٧) في (ب) : « لبسيهما » .
(٨) في (أ ، ب) : « للحيته » .
(٩) في (أ ، ب) : « ولعضو » .
(١٠) في (أ ، ب) : « الطيب » .
(١١) في (أ ، ب) : « يقصد منه » .

وأما [١] النبات [٢] : فالقيصوم والأزهار الطيبة في الوادي [٣] ليس طيبًا ، إذ لو ظهر ذلك لا ستنبت قصدًا .

والورد والبنفسج والنرجس [٤] والضيمران – وهو الريحان الفارسي – طيب ، وإنما تردد نص الشافعي في الريحان لأنه لا يُعد طيبًا في بلاده ، وفي البنفسج وجه : أنه ليس بطيب ، وهو بعيد .

وأما دهن الورد ودهن البنفسج فيه وجهان ، وأما البان ودهنه فليسا طيبين [٥] .

وقد قيل : إنه يعتبر [٦] عادة كل ناحية في طيبه [٧] ، وذلك غير بعيد .

فرع :

إذا تناول الخبيص المزعفر قال الشافعي – رضي اللّه عنه – : إن انصبغ لسانه فعليه الفدية . فَعَوَّلَ على اللون .

ومنهم [٨] من قال : استدل به على بقاء الرائحة ، ومنهم من قال : اكتفى ببقاء اللون لدلالته على بقاء جرم الطيب ، وإن سقطت رائحته .

ويتنى على هذا تردد في جرم الطيب إذا بقى على الثوب دون رائحته ، بأن كان بحيث لو أصابه الماء [٩] لفاحت الرائحة [١٠] ، فالرائحة غير ساقطة بل هي راكدة ، وعليه يخرج ماء الورد إذا مزج بالماء حتى ذهبت [١١] رائحته .

---

(١) في (أ ، ب) : « فأما » .

(٢) في (أ) : « الثياب » ، وهو خطأ .

(٣) في (أ ، ب) : « البوادي » .

(٤) « والنرجس » : ليست في (أ) .

(٥) في (أ ، ب) : « بطيبين » .

(٦) في (ب) : « تعتبر » .

(٧) في (أ ، ب) : « طيبهم » .

(٨) في (أ ، ب) : « فمنهم » .

(٩) في (أ ، ب) : « ماء » .

(١٠) « الرائحة » : ليست في (أ ، ب) .

(١١) في (أ ، ب) : « سقطت » .

أما الاستعمال : فهو إلصاق الطيب بالبدن [(١] أو الثوب [١)] ، فلو ألصق الطيب بعقبه مثلًا لزمته [(٢)] الفدية ولزمته [(٣)] المبادرة إلى الإزالة كالنجاسات .

وإن عبق به الرائحة [(٤)] دون العين بجلوسه على حانوت عطار ، أو في بيت يجمر [(٥)] ساكنوه [(٦)] فلا فدية ؛ لأن التطيب لا يقصد ، كذلك [(٧)] ولو [(٨)] احتوى على مجمرة لزمته الفدية لأنه قصد إليه .

ولو مس جرم العود والمسك ولم يعبق به رائحة فلا فدية ، وإن عبق به فقولان ؛ أحدهما : لا يلزم [(٩)] ؛ لأنه غير معتاد ، والثاني : يلزم لحصول الرائحة مع المسيس .

ولا خلاف أنه لو استروح إلى رائحة طيب موضوع بين يديه لم يلزمه فدية ، ولو طيب فراشه ونام عليه لزمه ، [(١٠] وكذلك إذا [١٠)] شد مِسْكًا على طرف إزاره ، ولو حمل مسكًا في قارورة مصممة [(١١)] الرأس فلا فدية ، وإن حمله في فأرة [(١٢)] غير مشقوقة ففيه وجهان .

وأما القصد ، فبيانه بصور :

إحدها : أن الناسي للإحرام لا فدية عليه ، كالناسي للصوم ، وكذا إذا لبس ناسيًا ، وأما الاستهلاكات كقتل الصيد [(١٣] والقلم والحلق [١٣)] ، ....

(١) في (أ ، ب) : « والثوب » .
(٢) في (أ ، ب) : « لزمه » .
(٣) في (أ ، ب) : « ويلزمه » .
(٤) في (أ ، ب) : « الريح » .
(٥) في (أ ، ب) : « تخمر » ، وفي (ب) : « تجمر » .
(٦) في (أ) : « ساكنه » .
(٧) في (أ ، ب) : « لذلك » .
(٨) في (أ ، ب) : « فلو » .
(٩) في (أ ، ب) : « لا يلزمه » .
(١٠) في (أ ، ب) : « وكذا لو » .
(١١) في (أ ، ب) : « مصمومة » .
(١٢) في (أ ، ب) : « قارورة » . وفأرة المسك وعاء يجتمع فيه المسك ، راجع : المعجم الوسيط (مادة : فأر) .
(١٣) في (أ ، ب) : « والحلق والقلم » .

فالظاهر أن (١ الناسي فيها كالعامد ١) ، كما في إتلاف الأموال ، وقيل : فيه قولان ، ودل عليه نص الشافعي - رضي اللّٰه عنه - أن المغمى عليه لو انقلب على جراد فقتله فلا شيء عليه .

الثانية : إذا جهل كون الطيب محرمًا فهو معذور كالناسي ، ولو علم بحرمة (٢) ولم يعلم وجوب الفدية لزمته ، ولو لم يعلم كونه طيبًا فمسه ففيه وجهان ، ولو علم أنه طيب ولم يعلم أنه رقيق مغبق به فالأصح وجوب الفدية .

الثالثة : إذا ألقت الريح (٣ عليه فلينفض ثوبه أو ليغسله ٣) ولا شيء عليه ، ولو توانى لزمته الفدية ، ولو لطخه غيره فالفدية على الملطخ ، وهكذا قاله الأصحاب .

فرع :

لو وجد ماء لا يكفيه إلا لإزالة / الطيب أو الوضوء ، قدم إزالة الطيب كما يقدم إزالة النجاسة ؛ لأن للوضوء بدلًا وهو التيمم . ٥٥/ب

النوع الثالث :

ترجيل شعر الرأس واللحية بالدهن محرم ؛ لقوله عليه السلام : « الحاج أشعث أغبر تفل (٤) » .

---

(١) في (أ ، ب) : « العامد فيها كالناسي » . (٢) في (أ ، ب) : « تحريمه » .

(٣) في (أ ، ب) : « عليه طيبًا فلينفضه أو يغسله » .

(٤) في الأصل : « تفه » ، ولعله من خطأ الناسخ . والأشعث : المغبر الرأس من عدم الغسل المقرن الشعر ، والتفل : تارك الطيب فلعله توجد منه رائحة غير طيبة . راجع : المعجم الوسط (مادتي : غبر ، تفل) .

والحديث أخرجه الترمذي عن ابن عمر أن رجلًا سأل رسول اللّٰه ﷺ : من الحاج يا رسول اللّٰه ؟ قال : « الشعث التفل » . (٥ / ٢١٠) (٤٨) كتاب تفسير القرآن (٤) باب ومن سورة آل عمران (٢٩٩٨) ، وابن ماجه : (٢ / ٩٦٧) (٢٥) كتاب المناسك (٦) باب ما يوجب الحج (٢٨٩٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٤ / ٣٣٠ ، ٥ / ٥٨) ، والهيثمي في مجمع الزوائد : (٣ / ٢١٨) .

وأما غسيل الشعر بالسِّدْر والخطمي وغيره فجائز ؛ لأن ذلك لإزالة الأنتان ، والترجيل تنمية للشعر وتزيين له في عادة العرب .

ولو دهن الأقرع (١) رأسه فلا بأس (٢) ؛ إذ لا تزيين فيه ، ولو كان الشعر محلوقًا فوجهان (٣) ؛ لأن فيه إصلاح المنبت وإن لم يكن تزيينًا .

والاكتحال (٤) فلا بأس به إذا لم يكن فيه طيب ، والغسل جائز ، وقال في القديم : إنه مكروه ، وهو بعيد ؛ إذ دخل (٥ ابن عباس - رضي اللّه عنه - حمام الجحفة محرمًا ٥) ، وقال : إن اللّه لا يعبأ بأوساخكم شيئًا (٦) .

أما الخضاب في الشعر : تردد فيه قول الشافعي - رضي اللّه عنه - ، فقيل : إنه تردد في أنه هل يلحق بالترجيل أم لا لما فيه من التزيين ، وقيل : هو تردد في أن الحنّاء طيب أم لا ؟ وهو بعيد ، وقيل : هو تردد في أن الخريطة المحيطة باللحية (٧) هل يحرم اتخاذها أم لا ؟ لأن الخضاب يحوج إليه .

النوع الرابع : التنظف بالحلق ، وفي معناه القلم :

وهو حرام ، ويجب (٨) فيه الفدية ، ويكمل الدم في ثلاث شعرات فصاعدًا مهما أبين بإحراق أو نتف أو حلق (٩) .

---

(١) في (أ ، ب) : « للأقرع » .

(٢) « بأس » : سقطت من (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « فقولان » .

(٤) في (أ ، ب) : « فأما الاكتحال » .

(٥) في (أ ، ب) : « ابن عباس محرمًا حمام الجحفة » .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : (٥ / ٦٣) ، ومعرفة السنن والآثار : (٧ / ١٦٢) ، والدارقطني : (٢ / ٢٣٢) ، والشافعي في الأم : (٢ / ١٢٥) .

(٧) في (أ ، ب) : « للحية » .

(٨) في (ب) : « وتجب » .

(٩) في (أ ، ب) : « حرق » .

وفي الشعرة الواحدة أربعة أقوال ؛ أحدها : أنه مُدٌّ وفي الشعرتين مدان ؛ لأن المد مرجوع إليه في الشريعة حتى في صوم رمضان . والثاني : في الواحدة [١] درهم وفي الاثنتين درهمان ، واستأنس فيه مذهب [٢] عطاء .

والثالث : في الواحدة [٣] ثلث دم وفي الاثنتين ثلثان . والرابع : في الواحد [٤] يكمل الدم [٤] ولا تزيد بزيادته .

وهذا في شعر المحرم ، فأما إذا حلق المحرم شعر الحلال فلا فدية فيه ، خلافًا لأبي حنيفة ، ولو قطع يد نفسه وعليها شعيرات فلا فدية [عليه] [٥] ؛ لأنه لم يقصد إبانتها .

ولو امتشط لحيته [٦] فسقطت شعيرات فإن انتتفت بامتشاطه لزمته [٧] الفدية .

وإن انسلت وكانت قد انفصلت بنفسها فلا فدية ، وإن شك في ذلك قولان ؛ أحدهما : لا شيء [عليه] [٨] ؛ لأن الأصل براءة الذمة . والثاني : يجب ، إحالة [٩] على سبب ظاهر ، كما يحيل موت الجنين على ضرب بطن الأم .

هذا إذا [١٠] حلق بغير عذر ، فإن كان يؤذيه هوام رأسه جاز له الحلق ولزمته [١١] الفدية ، وإن [١٢] كان الأذى من نفس الشعر كما إذا نبتت شعرة في داخل الجفن أو انكسر ظفر وظهر [منه] [١٣] التأذي فله أخذها [١٤] ولا فدية عليه ، كما إذا صال الصيد بنفسه .

---

(١) في الأصل : « الواحد » وهو خطأ .

(٢) في (أ ، ب) : « بمذهب » .

(٣) في الأصل : « الواحد » ، وهو خطأ .

(٤) في (أ ، ب) : « دم كامل » .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) « لحيته » : ليست في (أ ، ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « لزمت » .

(٨) زيادة من (أ ، ب) .

(٩) في (ب) : « إحالته » .

(١٠) في (ب) : « إذ » .

(١١) في (أ ، ب) : « ولزمت » .

(١٢) في (أ ، ب) : « فإن » .

(١٣) زيادة من (أ ، ب) .

(١٤) في (أ ، ب) : « أخذه » .

وقيل : فيه وجهان يبتنيان [١] على ما إذا عم البلاد الجراد وتخطاها المحرمون فهل يضمنون ؟ فيه قولان ، ومسألتنا أولى بسقوط الدم لأن أذى الشعر لازم .

فرع :

إذا حلق الحلالُ شعرَ الحرام بإذنه فالفدية على الحرام ، وإن كان مكرهًا أو نائمًا فالفدية لازمة وقراره على الحلال ، وفي ملاقاة الوجوب للمحرم [٢] قولان ، فإن قلنا يلاقيه فتحمل الصوم غير ممكن وهو أحد خصال الفدية ، فإن بادر الحرام وصام [٣] برئت ذمة الحلال ، وإن بادر الحلال وفدى بالمال فلا شيء على الحرام ، وعلى كل قول فللحرام مطالبة الحلال بإخراج الفدية وكأنه ذو حق في أصل الأداء ، وإن كان الحرام ساكتًا فحلق [٤] بغير إذنه : منهم من ألحق السكوت بالإذن ، ومنهم من ألحقه بالإكراه .

النوع الخامس من المحظورات : الجماع :

ونتيجته الفساد والقضاء والكفارة .

أما الفساد : فإن جرى قبل التحللين بعد الوقوف أو قبله فسد . وقال أبو حنيفة : لا يفسد بعد الوقوف .

وإن جرى في العمرة بعد السعي ، وقلنا : الحلق نسك فسد [٥] .

وإن قلنا : [الحلق] [٦] ليس بنسك ، فقد حصل التحلل بالسعي ، وليس للعمرة

---

(١) في (أ ، ب) : « مبنيان » .

(٢) في (أ ، ب) : « المحرم » .

(٣) في (أ ، ب) : « وفدى بالصوم » .

(٤) « فحلق » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) « فسد » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) زيادة من (أ ، ب) .

إلا تحلل واحد . وإن جامع في الحج بين التحللين لم يفسد حجه ؛ لأن تحريم اللبس والطيب قد ارتفع فلم يصادف الجماع إحرامًا مطلقًا ، (١ وفيه وجه : أنه يفسد .

وإن قلنا : لا يفسد ففي واجبه وجهان ؛ أحدهما : البدنة كما قبل التحلل ، والثاني : شاة ؛ لأنه محظور لم يفسد فأشبه سائر المحظورات ١) .

وفيه وجه : أنه لا يجب شيء ، وهو بعيد .

ثم مهما فسد لزمه المضي في فاسده ، وهو أن يأتي بكل عمل كان يأتي به لولا الإفساد ، ويكون في عقد لازم يلزمه الفدية فيه بارتكاب المحظورات على المذهب ، فلو جامع ثانيًا فالواجب بدنة أو شاة ؟ فيه قولان كما في الجماع بين التحللين ، وفيه قول : إنه لا يجب شيء بالتداخل .

وواجب الجماع في العمرة واجبها (٢) في الحج من غير فرق .

أما الكفارة : فواجبة على الرجل ، وفي المرأة قولان كما في الصوم مع الخلاف المذكور في ملاقاة الوجوب لها والتحمل عنها ، فإن قلنا بالتحمل فإذا لزمها القضاء فهل عليه مؤنة تحصيل القضاء لها ببذل المال ؟ فيه وجهان .

أما القضاء : ففيه أربع مسائل :

الأولى : قال الشافعي – رضي الله عنه – : إذا عاد في القضاء إلى ذلك المكان فُرِّق بينهما . واختلفوا في أنه مستحق أو مستحب ؟ فالظاهر : الاستحباب حذارًا من أن يكون تذكر تلك الواقعة مهيجًا لشهوة العود إليها .

الثانية : إذا أحرم في الأداء من مسافة شاسعة يلزمه في / القضاء الإحرام من ذلك المكان ؛ لأن تأخير المكان نقصان في الإحرام ، ٥٦/أ

(١) ما بين القوسين ليس في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « واجبه » .

بخلاف ما لو أحرم في أول (١ الشهر من أشهر الحج ١) فإنه لا يلزمه في القضاء الإحرام في ذلك الوقت .

الثالثة : إنما يجب القضاء على المتطوع بالحج (٢) ، فإن كان (٣ من فروض ٣) فما يأتي به قضاءً يتأدى به ذلك الفرضُ الواجب ؛ إذ يقوم القضاء مقام الأداء .

الرابعة : قضاء الحج على الفور أم على التراخي ؟ فيه وجهان ، أحدهما : على الفور كقضاء صلاة عصى بتركها . والثاني : لا ؛ لأن قضاء الحج لا يزيد على الأداء .

وأما الصلاة : فيتعين القتل بتركها ، فلا بد من التضييق فيجري هذا الخلاف في قضاء صوم تعدى بتركه ، وفي كفارة لزمت بسبب محظور ، فأما (٤) ما لا عدوان بسببه فلا تضييق في واجبه .

فرع :

القارن إذا جامع : هل يلزمه دم القران ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا ؛ لأنه لم ينتفع بالقران . والثاني : بلى ؛ لأن حكم الفاسد في لوازمه كحكم الصحيح . ثم العمرة تفسد بفساد القران قولًا واحدًا ، وهل يفوت بفوات الحج ؟ فيه وجهان (٥) ، ووجه (٦) الفرق : أن (٧) في الفوات يتحلل بأعمال العمرة ، فلا معنى لتفويت (٨) عمرته .

هذا كله في العامد ، وأما الناسي ففيه قولان يبتنيان (٩) على أنه من قبيل (١٠) الاستمتاعات ، فيكون النسيان عذرًا فيه .

---

(١) في (أ ، ب) : « شهر الحج » .

(٢) في (أ ، ب) : « في الحج » .

(٣) في (أ ، ب) : « مفروضًا » .

(٤) في (أ ، ب) : « وأما » .

(٥) في (أ ، ب) : « قولان » .

(٦) في (أ ، ب) : « وجه » .

(٧) في (أ ، ب) : « أنه » .

(٨) في (أ ، ب) : « لسلب » .

(٩) في (أ ، ب) : « مبنيان » .

(١٠) « قبيل » : ليست في (أ ، ب) .

فإن قيل : وهل يفسد بشيء سوى الجماع ؟ قلنا : يبطل بالردة طالت أم قصرت . فلو عاد إلى الإسلام فهل يخاطب [١] بالمضي في فاسده ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما : نعم ، كالجماع [٢] . والثاني : لا ؛ لأن الردة تحبط ما سبق .

ومن أصحابنا من قال : لا يفسد بتخلل الردة ، ولكن لا يُعتد بما جرى في حال الردة ، وذكر هذا في الوضوء والاعتكاف ، وهو هاهنا أبعد .

النوع السادس : مقدمات الجماع كالقبلة والمماسة :

وذلك حرام مُوجب للفدية ، والضبط فيه : كل ملامسة تنقض الطهارة ، وُجِدَ الإنزالُ أو لم يوجد .

وقال مالك : لا يجب الدم إلا عند الإنزال .

ثم لا تجب البدنة بمقدمات الجماع ، وإنما تجب الشاة .

وفي وجوب الفدية بالاستمناء في الصوم وجهان .

ومن مقدمات الجماع : النكاح والإنكاح ، وهما محرمان على المحرم ، ولكنه لا فدية ؛ لأنه لا ينعقد ، وفي رجعة المحرم وشهادته كلام .

فإن قيل : لو باشر جميع هذه المحظورات هل يتداخل الواجب أم لا ؟ قلنا : إن اختلف الجنس لم يتداخل كالاستهلاك [٣] مع الاستمتاع [٣] ، وإن اختلف النوع في الاستهلاكات لم يتداخل أيضًا كالقلم والحلق ؛ لأن الاستهلاك بعيد عن التداخل ، ولا خلاف في أن جزاء الصُّيُور لا يتداخل ، وأما الاستمتاعات إن [٤] اتحد النوع والزمان والمكان تداخلا ، كما إذا لبس العمامة والقميص والسراويل والخف على التواتر المعتاد ، فيكفيه دم واحد وإن استدام جميع الإحرام .

---

(١) في (أ ، ب) : « يطالب » .

(٢) في (أ ، ب) : « كالمجامع » .

(٣) في (أ ، ب) : « والاستمتاع » .

(٤) في (أ ، ب) : « فإن » .

ولو تخلل بينهما زمان فاصل فقولان ؛ أحدهما : لا يتداخل ؛ للمنقطع . والثاني : نعم ؛ لاتحاد النوع واتحاد العبادة ، مع أنه واجب يُفرق فيه بين الساهي [(١)] والعامد فيشبه الحدود ، بخلاف الجماع في يومين من رمضان ؛ لأنه يلاقي عبادتين .

فأما إذا اختلف النوع في [(٢] الاستمتاع كالتطييب [٢)] واللبس فالظاهر التعدد ، وفيه وجه : أنه يلحق اختلاف النوع باختلاف الزمان .

فروع ثلاثة :

الأول : حيث حكمنا بالتداخل ، فلو تخلل تكفير منع التداخل ، كما إذا تخلل حَدٌّ بين زنيتين [(٣)] ، إلا إذا قصد بالتكفير الماضي والمستقبل جميعًا ، وقلنا : يجوز تقديم الكفارة على محظورات الإحرام ، ففي امتناع التداخل به وجهان .

الثاني : إذا حكمنا بتعدد الواجب عند اختلاف نوع [(٤)] ، واختلاف زمان ، واتَّحد [(٥)] العذر الشامل ، كما إذا تداوى لمرض واحد مرارًا ، أو شجَّ رأسه فاحتاج [(٦)] إلى حلق وستر ومداواة بالطيب ، فهل يتحد الواجب لاتحاد العذر ؟ فيه وجهان .

الثالث : لو حلق ثلاث شعرات في ثلاثة أوقات متفرقة ، فإن قلنا : متفرق الأزمنة كالمجموع فالواجب دم ، وإن قلنا : لا يجمع فثلاثة دراهم أو ثلاثة أمداد .

وأما الوطء إذا تكرر في زمانين فهو كالحلق في زمانين ، وإن قلنا : إنه استهلاك .

والتطييب [(٧)] في زمانين إن قلنا : إنه استمتاع ، وأما [(٨)] كثرة الإيلاجات في وطر

---

(١) في (أ ، ب) : « الناسي » .

(٢) في (أ ، ب) : « الاستمتاعات كالطيب » .

(٣) في (أ ، ب) : « زنائين » .

(٤) في (أ ، ب) : « النوع » .

(٥) في (أ ، ب) : « فاتحد » .

(٦) في (أ ، ب) : « واحتاج » .

(٧) في (أ ، ب) : « أو الطيب » .

(٨) في (أ ، ب) : « أما » .

واحد لا يوجب تعدد الكفارة بحال .

النوع السابع من المحظورات : إتلاف الصيد :

والصيد محرم [1] بشيئين ؛ أحدهما : الإحرام . والآخر : الحرم .

والنظر في الإحرام يتعلق بأطراف :

الأول : في الصيد ، وهو عبارة عن كل متوحش مأكول ليس مائيًا ، فهذه ثلاثة قيود ، أما الأول : فقد دخل فيه الصيد المملوك وغيره والمستأنس ؛ لأنه من جنس المتوحش . وقال مالك : لا جزاء في المستأنس . وقال المزني : لا جزاء في المملوك ، ويلتحق بهذا الصيد أجزاؤه وبيضه في التحريم والجزاء .

وأما المأكول : احترازًا عن [2] السباع والحشرات [2] وكل ما لا يؤكل ، وقد قال ﷺ : « خمس من الفواسق يُقتلن في الحل والحرم : الحية ، والحدأة ، والغراب ، والعقرب ، والكلب العقور » [3] ، ويلتحق به كل ما في معناه .

وعند أبي حنيفة : / يجب الجزاء في الأسد والنمر وأشباههما . ٥٦/ب

---

(١) في (أ ، ب) : « يحرم » .

(٢) في (أ ، ب) : « الحشرات والسباع » .

(٣) أخرجه البخاري : (٤ / ٤٢) (٢٨) كتاب جزاء الصيد (٧) باب ما يقتل المحرم من الدواب (١٨٢٩) ، وطرفه : (٣٣٤١) ، ومسلم : (٢ / ٨٥٦) (١٥) كتاب الحج (٩) باب ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب في الحل والحرم (١١٩٨) ، وأبو داود : (٢ / ١٧٦) كتاب المناسك - باب ما يقتل المحرم من الدواب (١٨٤٧) ، والترمذي : (٣ / ١٩٧) (٧) كتاب الحج (٢١) باب ما يقتل المحرم من الدواب (٨٣٧) ، والنسائي : (٥ / ١٨٧ - ١٩٠) (٢٤) كتاب مناسك الحج (٨٢) ما يقتل المحرم من الدواب (٢٨٢٩ ، ١١٣) باب ما يقتل في الحرم من الدواب (٢٨٨١ ، ٢٨٨٢) ، وابن ماجه : (٢ / ١٠١٣) (٢٥) كتاب المناسك (٩١) باب ما يقتل المحرم (٣٠٨٧) .

والمتولد عن [1] المأكول وغير المأكول لما تعارض فيه الأمر أوجب الشافعي فيه الجزاء احتياطًا .

واحترزنا بغير المائي عن صيد البحر ، فإنه حلال للمحرم ، والجراد من صيد البر ، وإن كان [2] نُشُوءُه من روث السمك على ما قيل .

والطرف الثاني : في الأفعال الموجبة للضمان ، وهي ثلاثة : المباشرة والتسبب واليد .

ولا تخفى المباشرة ، وكذا كل سبب يضمّن به الآدمي [3] ويزيد في الصيد أسباب [3] ثلاثة :

الأول : لو حفر المحرم بئرًا في ملكه فتردى فيه [4] صيد : لم يضمن ، ولو كان في محل العدوان ضمن . وساكن الحرم إذا حفر بئرًا في ملكه ففيه وجهان ، ووجه [5] التضمين : أن الملك من الحرم أيضًا . ولو نصب شبكه في غير ملكه ضمن ، وفي ملكه وجهان أظهرهما الوجوب ؛ لأن الشبكة لا تنصب إلا للصيد ، وهذا جارٍ في المحرم .

الثاني : لو نَفَّر صيدًا فتطلق [6] وتعثر بتطلقه [7] : ضمن ، إلا أن يقع ذلك بعد سكونه ، ولو مات بآفةٍ سماوية في وقت النفار [8] ففيه وجهان ، ووجه إيجاب الجزاء : تنزيل النفار منزلة إثبات اليد ، ولو دلَّ المحرم حلالًا على الصيد عصى ولا جزاء ؛ لأن مباشرة غيره قطع أثر دلالته .

الثالث : لو أرسل كلبًا : ضمن ما يصطاده ، ولو حَلَّ الرباط ولا صيد ثم ظهر

---

(1) في (أ ، ب) : « من » .

(2) « كان » : ليست في (أ ، ب) .

(3) في (أ ، ب) : « ونزيد ... أسبابًا » .

(4) في (أ ، ب) : « فيها » .

(5) في (أ ، ب) : « وجه » .

(6) في (أ ، ب) : « فانطلق » .

(7) في (أ ، ب) : « بتطليقه » .

(8) في (أ ، ب) : « النفور » .

[صيد] (١) ففيه تردد ، ولو انحلَّ الرباط في صورة (٢ نسب إليها ٢) إلى التفريط فهو كحلّه . وأما (٣) اليد فإذا أثبت على صيد فتلف ضمن ، إلا إذا أحرم وفي يده صيد ففي لزوم رفع اليد قولان ؛ أحدهما : لا يلزمه ، كما لا ينقطع دوام نكاحه ، وإن امتنع ابتداؤه . والثاني : يلزمه ؛ لأن النهي مطلق .

فإن قلنا : لا يلزمه فلو قتله ضمن ؛ لأنه ابتداء فعل ، وإن مات فلا . وإن قلنا : يجب إرساله ففي زوال ملكه ثلاثة أقوال ؛ أحدها : أنه يزول بمجرد الإحرام .والثاني : أنه (٤) لا يزول إلا بالإرسال . والثالث : أنه لا يزول إلا بالإرسال وقصد التحريم .

ثم لو (٥) أخر الإرسال حتى تحلل فالأمر مستمر بالإرسال ، وفيه وجه : أنه ينقطع .

وأما (٦) أسباب الملك : فما هو قهري كالإرث لا يمنع [الملك] (٧) على الصحيح ، لكن يجب الإرسال ، وما هو قصديّ كالاصطياد فلا يفيد الملك .

وفي (٨) الشراء قولان ، كما (٩ في شراء الكافر عبدًا ٩) مسلمًا ، إلا إذا قلنا : إن الإحرام يقطع دوام الملك فلا يصح الشراء بحال .

فإن صححنا الشراء فباعه حرم البيع ، ولكن انعقد ووجب (١٠) على المشتري الإرسال ، وإذا (١١) أرسل فهل يكون من ضمان البائع ؟ فيه من الخلاف ما في العبد المرتد ، هذا كله من (١٢) العامد والمخطئ ، والناسي كالعامد في الجزاء إلا في الإثم ؛ لأن هذا من قبيل الغرامات .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « ينسب فيها » .

(٣) في (أ ، ب) : « أما » .

(٤) « أنه » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) في (أ ، ب) : « ولو » .

(٦) في (أ ، ب) : « فأما » .

(٧) زيادة من (أ ، ب) .

(٨) في (ب) : « في » .

(٩) في (أ ، ب) : « إذا اشترى الكافر عبدًا » .

(١٠) في (أ ، ب) : « ويجب » .

(١١) في (أ ، ب) : « فإذا » .

(١٢) في (أ ، ب) : « في » .

نعم لو صال عليه صيد فلا ضمان عليه في دفعه ، ولو أكله في مخمصة ضمن ، ولو عم [١] الجراد المسالك فوطئه [٢] المحرم ففيه وجهان ، وإذا [٣] قصد المحرم لص على حمار وحش [٤] ، ولم يتأت دفعه إلا بقتل الحمار ، ففي الضمان وجهان .

فرعان :

الأول [٥] : لو وجد صيدًا مجروحًا فأخذه ليداويه فمات ، فالصحيح : أنه لا يضمن ؛ لأن يده يد أمانة .

الثاني : لو أمسك محرم [٦] صيدًا فقتله مُحِلٌّ : فالضمان على المحرم ، وإن قتله محرم فقرار الجزاء على القاتل ، وكل واحد مطالب شرعًا .

الطرف الثالث : في الأكل ، ويحل للمحرم أكل [٧] صيد ذبحه محل إذا لم يُصد له بإذنه ولا بدلالته ولا بإعانته ، فإن [٨] جرى شيء من ذلك فهو حرام ؛ لقوله - عليه السلام - للمحرمين : « لحم الصيد حلال لكم ما لم تصطادوه [٩] أو يُصاد [١٠] لكم » [١١] . وذبيحة المحرم من الصيد حرام عليه ، وهل هو ميتة ؟ فيه قولان ؛ أحدهما : نعم ، كذبيحة المجوس . والثاني : أنه مباح ولا تحريم [١٢] على غيره .

---

(١) في الأصل : « عمت » .

(٢) في الأصل : « فتخطى » .

(٣) في (أ ، ب) : « فإذا » .

(٤) في (أ ، ب) : « وحشي » .

(٥) في (أ ، ب) : « أحدهما » .

(٦) « محرم » : ليست في (أ ، ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « لحم » .

(٨) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٩) في (ب) : « تصطادونه » ، وهو خطأ .

(١٠) في (أ ، ب) : « يصطاد » .

(١١) أخرجه أبو داود : (٢ / ١٧٧) كتاب المناسك - باب لحم الصيد للمحرم (١٨٥١) ، والترمذي : (٣ / ٢٠٣ ، ٢٠٤) (٧) كتاب الحج (٢٥) باب ما جاء في أكل الصيد للمحرم (٨٤٦) ، والنسائي : (٥ / ١٨٧) (٢٤) كتاب مناسك الحج (٨١) باب إذا أشار المحرم إلى الصيد فقتله الحلال (٢٨٢٧) ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٧ / ٤٢٩) .

(١٢) في (أ ، ب) : « يحرم » .

وفي صيد الحرم طريقان فهو أولى بأن يجعل ميتة ؛ لأن المانع في نفس الذبيح ، ثم مهما أكل المحرم من صيد لزمه جزاء [(١] ولو ذبحه [١)] لم يتكرر الجزاء بالأكل خلافًا لأبي حنيفة ، ولو أكل من صيد [(٢] دلَّ عليه [٢)] لزمه الجزاء على أحد القولين ؛ لأنه لم يضمن أصله .

الطرف الرابع : في بيان الجزاء ، وله ثلاث خصال : المثل من النعم ، أو بقدر قيمة النعم من الطعام ، أو بقدر كل مد من الطعام يوم من الصوم ، فإن انكسر مد كمل وهو يتخير بين هذه الثلاثة ، فإن لم يكن الصيد مثليًا فالواجب طعام بقدر قيمته أو عدل ذلك صيامًا .

والعبرة في قيمة الصيد محل [(٣)] الإتلاف ، وفي قيمة النعم بمكة ؛ لأنه محل ذبحه .

فإن قيل : وكيف يجب المثل من النعم ؟ قلنا : [(٤] يرعى في [٤)] المماثلة في الخلقة والكبر والصغر ، وما وجد للصحابة فيه قضية [(٥)] اتبعت ، فقد حكموا في النعامة ببدنة ، وفي حمار الوحش ببقرة ، وفي الضبع بكبش ، وفي الأرنب عناق [(٦)] ، وفي أم حُبَين - وهو من صغار الضب - جدي صغير ، وفي الظبي عنز ، وفي الكبير كبير [(٧)] ، وفي الصغير صغير [(٨)] ، فإن لم يجد نص الصحابة حكم[(٩)] بالاجتهاد ذوا عدل من المسلمين .

فإن كان القاتل أحد العدلين وكان مخطئًا في القتل كيلا يفسق ، فيه [(١٠)] وجهان ،

---

(١) في (أ ، ب) : « بذبحه » .

(٢) « دل عليه » : ليست في (ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « بمحل » .

(٤) في (أ ، ب) : « نراعي » .

(٥) في (ب) : « قصة » .

(٦) في (أ ، ب) : « بعناق » .

(٧) في (أ ، ب) : « الكبير » .

(٨) في (أ ، ب) : « الصغير » .

(٩) في (أ ، ب) : « فيحكم » .

(١٠) في (أ ، ب) : « ففيه » .

أقيسهما : المنع إذ لا يكون الواحد حاكمًا ومحكومًا عليه ، لكن روي أن عمر - رضي الله عنه - شاور أحد الصحابة في صيد / قتله ، فتوافقا على التعديل بشاة [1] ، فأما [2] ٥٧ /أ
ما ليس مثليًا كالعصافير وما دون الحمام ، وكالجراد [3] ، والبيض ، ففيها الطعام [4] بقدر قيمتها [5] أو الصيام [5] ، وفي الحمام شاة ، لقضاء الصحابة ، وفي معناه كل ما عب وهدر من القمري والدمسي [6] والفواخت ، وفيما فوق الحمام من الطيور قولان : أحدهما : الشاة إلحاقًا بالحمام ؛ لأنه أكبر منه . والثاني : لا ؛ إذ لم يحكم الصحابة بالمشابهة شكلًا ، بل لعل ذلك للخلق الجامع وهو الاستئناس .

فروع ستة :

الأول : المعيب يقابل بالنَّعَمِ المعيب إذا اتحد جنس المعيب ، فإن [7] اختلف لم يجبر عيب بفصيله ، وكذا المريض بالمريض ، وفي مقابلة الذكر بالأنثى ثلاثة أقوال : أحدها : الجواز ؛ لأن الاختلاف فيه لا يقدح في المقصود كالاختلاف في اللون ، والثاني : المنع ؛ لأنه اختلاف في الخلقة . والثالث : أن الأنثى تجزئ عن الذكر ؛ لأنها [8] أفضل منه في الزكاة ، وأما الذكر فلا يجزئ عن الأنثى .

وهذا [9] الاختلاف إنما يحتمل إذا لم يظهر أثره في خبث اللحم ونقصان القيمة .

---

(١) في (أ ، ب) : « بشيء » . وانظر لمثل هذه الرواية : موطأ مالك : (١ / ٣٣١) ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٧ / ٣٩٦ ، ٣٩٧) ، والسنن الكبرى : (٥ / ١٨٠) ، ومصنف عبد الرزاق : (٤ / ٤٠٨) .

(٢) في (أ ، ب) : « أما » .

(٣) في (أ ، ب) : « كالجراد » .

(٤) في (أ ، ب) : « إطعام » .

(٥) في (أ ، ب) : « والصيام » .

(٦) في (أ ، ب) : « الدبسي » ، وما أثبتناه كذا بالأصل .

(٧) في (أ) : « وإن » ، وفي (ب) : « وإذا » .

(٨) في الأصل ، (أ) : « لأنه » .

(٩) في (أ ، ب) : « وهاهنا » .

الثاني : لو قتل ظبية [١] حاملًا : [٢] لا فائدة [٢] في ذبح شاة حامل ؛ إذ تبطل فضيلة الحمل بالذبح ، فليرجع إلى تعديل الطعام بقيمة الشاة الحامل ، وقيل : يخرج شاة حاملًا تعدل قيمة الحامل .

وإن [٣] ألقت الظبية جنينًا ميتًا بجناية [٤] فليس فيه إلا ما ينقص من الأم .

وقال أبو ثور : يلزم [٥] عُشر قيمة الأم .

ولو ماتت الأم مات الجنين بعد انفصاله فعليه جزاؤهما جميعًا .

الثالث : إن جرح ظبيًا فنقص من قيمته العشر ، فعليه العشر من ثمن شاة ، نص عليه ، وإنما لم يجب [عليه] [٦] العشر من الشاة حذارًا من التجزئة . وقال المزني : عليه عشر شاة ، فقيل : هو الصحيح .

الرابع : إذا جنى على صيد فَأَزْمَنه ، فالظاهر : فيه كمال الجزاء ، كما في قطع يدي العبد ، وقيل : قسط من القيمة أو المثل وهو بعيد . فلو أتلف هذا المُزْمَن محرمٌ فعليه جزاؤه معيبًا .

ولو أبطل من النعامة قوة المشي وقوة الطيران وله [٧] امتناعات ، ففي تعدد الجزاء وجهان .

ولو أَزْمَنه ثم قتله ، اتَّحَدَ الجزاء كما في النفس .

الخامس : إذا كسر بيض نعامة ، وكانت مذرة : فلا شيء عليه ، وإن كانت

---

(١) في (أ ، ب) : « ظبيًا » .

(٢) في (أ ، ب) : « فلا شاة » ، ولعله من خطأ الناسخ .

(٣) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٤) في (أ ، ب) : « بجنايته » .

(٥) في (أ ، ب) : « يلزمه » .

(٦) زيادة من (أ ، ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « فله » .

للقشرة قيمة ؛ لأنه لم يبقَ [1] حرمة الروح ، ولو نَفَّر طيرًا عن بيض [2] حتى فسد ضمن .

السادس : المحرمون إذا اشتركوا في قتل صيد فعليهم جزاء واحد [3] خلافًا لأبي حنيفة فإنه شبه بالكفارة ، والقارن إذا قتل صيدًا فعليه جزاء واحد كالدية [4] ، ولو قتل المحرم صيدًا حرميًا لم يتعدد الجزاء نظرًا منًا [5] إلى اتحاد المتلف .

وهذه الفروع جارية في صيود الحرم .

السبب الثاني للتحريم : الحرم :

والنظر في ثلاثة أطراف :

الأول : السبب [6] : كل [7] صيد يضمن بالإحرام يضمن بالحرم ، وكذا [8]السبب كالسبب [8] ويختص هذا بأمور :

الأول : لو أدخل الحرم صيدًا مملوكًا لم يحرم عليه ، بل كان كالنعم بخلاف ماسبق .

الثاني : لو كان الصيد في الحرم والواقف في الحل ، أو كان في الحل والواقف في الحرم فرمى وجب الضمان ، ولو [9] قطع السهم في مروره هواء طرف الحرم ، والرامي والصيد كلاهما في الحل ، ففيه وجهان ، ولو أرسل في الحل إلى الصيد في الحل كلبًا فتخطى الكلب طرف الحرم فلا جزاء إلا إذا لم يكن له طريق سوى الحرم ، ولو اصطاد حمامة في الحل فهلك لها فرخ في الحرم ، أو بالعكس ضمن كما في الرمي ، ولو نَفَّر

---

(١) في (ب) : « تبقَ » .

(٢) في (الأصل ، أ ، ب) : « بيضة » .

(٣) في (أ ، ب) : « واحد كالدية » .

(٤) « كالدية » : ليست في (أ ، ب) .

(٥) « منًا » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) في (أ ، ب) : « التسبب » .

(٧) في (أ ، ب) : « وكل » .

(٨) في (أ) : « التسبب كالتسبب » ، وفي (ب) : « السبب كالتسبب » .

(٩) في (أ ، ب) : « فلو » .

صيدًا حرميًا فنكس في طرف الحل قبل سكوت النفار ضمن .

الطرف الثاني : في الجزاء : وحكمه حكم الإحرام . وقال أبو حنيفة : يفارقه [(1)] في أن الصوم لا يدخل جزاؤه . وعندنا لا فرق ، فأما الشجر والحشيش فإنهما يحرمان في الحرم ؛ لقوله ﷺ : « إن اللّه تعالى حرم مكة لا يُعْضَد شجرُها ، ولا يختلى خلاؤها ، ولا ينفر صيدها ، ولا تحل لقطها إلا لمنشد » قال [(2)] العباس : إلا الإذخر فإنه لقبورنا وبيوتنا وسقوفنا . فقال : « إلا الإذخر ، إلا الإذخر [(3)] » .

واختلفوا في أن غير الإذخر لو مست إليه حاجة دواء أو حاجة الإذخر فهل يلحق به ؟

ثم لا يحرم من نبات الحرم إلا ما لا يستنبت [(4] في جنسه [4)] كالعوسج والطرفا والأراك دون النخيل والصنوبر والخلاف .

فلو [(5)] استنبت [(6)] ما لا يستنبت أو نبت بنفسه ما يستنبت ، فالنظر إلى الجنس لا إلى الحال خلافًا لصاحب التلخيص ، وعلى هذا لو نقل أراكًا حرميًا وعرسه في الحل لم ينقطع حكم المحرم لكونه متعديًا .

---

(١) في (ب) : « يفارق » . (٢) في (أ ، ب) : « فقال » .

(٣) « إلا الإذخر » غير مكررة في (أ ، ب) .

وراجع الحديث عند البخاري : (٣ / ٥٢٥) (٢٥) كتاب الحج (٤٣) باب فضل الحرم (١٥٨٧) ، و(٤، ٥٥) (٢٨) كتاب جزاء الصيد (٩) باب لا ينفر صيد الحرم (١٨٣٣ ، ١٨٣٤) ، ومسلم : (٢ / ٩٨٧ - ٩٨٩) (١٥) كتاب الحج (٨٢) باب تحريم مكة وصيدها وخلاها (١٣٥٣ ، ١٣٥٥) ، وأبو داود : (٢ / ٢١٨) كتاب المناسك - باب تحريم حرم مكة (٢٠١٧ ، ٢٠١٨) ، والنسائي : (٥ / ٢٠٣ ، ٢٠٤) (٢٤) كتاب مناسك الحج (١١٠) باب حرمة مكة (٢٨٧٤ ، ٢٨٩٢) ، وابن ماجه : (٢/ ١٠٣٨) (٢٥) كتاب المناسك (١٠٣) باب فضل مكة (٣١٠٩) .

(٤) « في جنسه » : ليست في (أ ، ب) . (٥) في (أ ، ب) : « ولو » .

(٦) في (أ) : « ينبت » ، وفي (ب) : « استنبت » .

ولا خلاف في أن تسريح البهائم في مراعيها جائز ؛ لأنه عليه السلام إنما نهى حفظًا على البهائم والصيود ، فلو [١] اختلى لإعلاف البهائم ففي التحريم وجهان ، ثم ضمان الحشيش والأشجار الصغيرة كضمان الحيوانات الصغيرة التي لا مثل لها من النعم ، وأما الشجرة الكبيرة ففيها بقرة ، وفي الصغيرة شاة ، فكأنها [٢] سُبُعُ الكبيرة قاله الشافعي - رضي الله عنه - تقليدًا لابن الزبير ، وفي القديم قول أن تأثير الحرم في النبات مقصور على التحريم فلا ضمان [٣] فيه .

الطرف الثالث : في مواضع الحرم :

والأصل مكة والمدينة ملحقة بها ، قال - ﷺ - : « حرمت ما بين لابتيها [٤] » / فهي في التحريم كمكة ، وفي الضمان وجهان ؛ أحدهما : يجب قياسًا عليه ، والثاني : لا ؛ إذ ورد فيه سلب ثياب الصائد ، فكأنه أوجب [٥] هذه الجناية . ٥٧/ب

وفي حكم سلبه ثلاثة أوجه ؛ أحدها : أنه في بيت المال . والآخر [٦] : أنه [٧] يفرق على محاويج المدينة القاطنين بها والعابرين كما في الجزاء . والثالث : أنه للسالب ؛ لما روي أن سعدًا - رحمه الله تعالى - طولب هذا [٨] السلب ، فقال : ما كنت لأرد شيئًا

---

(١) في (أ ، ب) : « ولو » .

(٢) في (أ ، ب) : « كأنها » .

(٣) في (أ ، ب) : « نبات » .

(٤) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٩٧) (٢٩) كتاب فضائل المدينة (١) باب حرم المدينة (١٨٦٩) ، وطرفه : (١٨٧٣) ، ومسلم : (٢ / ٩٩١) (١٥) باب الحج (٨٥) باب فضل المدينة (١٣٦١ ، ١٣٦٢ ، ١٣٦٣ ، ١٣٧٢) ، وراجع سنن أبي داود : (٢ / ٢٢٣) كتاب المناسك - باب تحريم المدينة (٢٠٣٤) ، والترمذي : (٥ / ٦٧٧ ، ٦٧٨) (٥٠) كتاب المناقب (٦٨) باب في فضل المدينة (٣٩٢١ ، ٣٩٢٢) ، وابن ماجه : (٢ / ١٠٣٩) (٢٥) كتاب المناسك (١٠٤) باب فضل المدينة (٣١١٣) .

(٥) في (أ ، ب) : « واجب » .

(٦) في (أ ، ب) : « والثاني » .

(٧) في (أ ، ب) : « أن » .

(٨) في (أ ، ب) : « بهذا » .

أمرنيه [١] رسول الله ﷺ [٢] .

الموضع الثالث : وَجُّ الطائف ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن صيدها وشجرها وكلأها [٣] .

قال صاحب التلخيص : من فعل ذلك أدبه الحاكم ولم ألزمه شيئًا قلته تخريجًا .

قال الشيخ أبو علي : هذا تردد في الكراهية [٤] والتحريم ، فإن ثبت تحريمه لم يبعد الضمان كالمدينة ، والظاهر نفي الضمان .

الرابع : النقيع [٥] : وقد حماه رسول الله ﷺ للصدقات ، ولا يمنع [٦] إلا من كلأه ، فإن [٧] تعرض له ففي ضمانه بالقيمة وجهان ولا سلب ، وفي أشجاره تردد لترددها [٨] بين الصيد والحشيش .

---

(١) في (أ ، ب) : « نفلنيه » .

(٢) أخرجه مسلم : (٢ / ٩٩٣) (١٥) كتاب الحج (٨٥) باب فضل المدينة (١٣٦٤) ، وأبو داود : (٢ / ٢٢٤) كتاب المناسك - باب في تحريم المدينة (٢٠٣٧) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٥ / ١٩٩) ، ومعرفة السنن والآثار : (٧ / ٤٤٠) .

(٣) أخرجه أبو داود : (٢ / ٢٢٢) كتاب المناسك - باب في مال الكعبة (٢٠٣٢) ، وأحمد في مسنده : (١ / ١٦٩) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٥ / ٢٠٠) ، ومعرفة السنن والآثار : (٧ / ٤٤٣) .

(٤) في (أ ، ب) : « الكراهة » .

(٥) في حاشية (أ) : « النقيع بالنون ، قاله النووي في المناسك » ، وفي (أ) : « وهو بلد صغير ، قال الرافعي : وليس هو من المحرم » .

(٦) في (أ ، ب) : « منع » .

(٧) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٨) في (أ ، ب) : « لتردده » .

فرع :

من يُسلب [1] بالمدينة ، فلا يسلب إلا إذا اصطاد أو أرسل الكلب ويحتمل التأخير إلى الإتلاف ، ولا يفرق في السلب بين الشجر والصيد ، والمراد بالسلب ثيابه فقط لا كسلب القتيل [2] ، وإن كان عليه حلي فوجهان .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « سلب » .

(٢) في (أ ، ب) : « القتل » . وفي هامش (أ) : « قال الرافعي : الذي أورده الأكثرون أنه كسلب القتيل » .

القسم الثالث من الكتاب

في التوابع واللواحق

(وفيه بابان)

الباب الأول

في الموانع من إتمام الحج

وهي ستة :

الأول : الإحصار من جهة العدو ، وهو مبيح للتحلل في نص القرآن ، وذلك متى احتاج في دفع الصادّين إلى بذل مال ولو درهم (١) ، أو إلى (٢) قتال إلا أن يكونوا كفارًا ونقص عددهم عن الضعف ، فيتعين القتال إن كان معهم أهبة ، ولا يجوز التحلل .

ولو أحاط العدو من الجوانب فقولان ، ووجه المنع : أن التحلل ليس يريح منه فأشبه المرض ، فإنه لا يبيح التحلل عندنا خلافًا لأبي حنيفة .

ولو شرط التحلل عند المرض فقولان ؛ القياس : منع التحلل . والثاني : الجواز ؛ لما روي أنه عليه السلام قال لضباعة الأسلمية لما تعللت بالمرض : « أهلي واشترطي أن محلي حيث حبستني (٣) » .

---

(١) في (ب) : « درهمًا » .

(٢) « إلى » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) أخرجه البخاري : (٩ / ٣٥) (٦٧) كتاب النكاح (١٥) باب الأكفاء في الدين (٥٠٨٩) ، ومسلم : (٢ / ٨٦٧ ، ٨٦٨) (١٥) كتاب الحج (١٥) باب جواز اشتراط المحرم التحلل بعذر المرض ونحوه (١٢٠٧ ، ١٢٠٨) ، وأبو داود : (٢ / ١٥٦) كتاب المناسك - باب الاشتراط في الحج (٩٤١) ، والنسائي : (٥ / ١٦٧) (٢٤) كتاب مناسك الحج (٥٩) الاشتراط في الحج (٢٧٦٥ - ٢٧٦٨) ، وابن ماجه : (٢ / ٩٨٠) (٢٥) كتاب المناسك (٢٤) باب الشرط في الحج (٢٩٣٦ ، ٢٩٣٧ ، ٢٩٣٨) .

وعلى هذا إذا تحلل بالمرض ففي لزوم الدم (١ وجهان تشبيهًا له بالإحصار ١) .

ولو شرط التحلل بالإحصار ففي سقوط الدم وجهان ، الظاهر : أنه لا يسقط .

[المانع] (٢) **الثاني : حبس السلطان** ، فلو (٣) سد على جميعهم جهة الكعبة فهو الحصر العام ، ولو حبس شخصًا أو شرذمة فطريقان ؛ أحدهما : أنه كالعام . والثاني : فيه قولان ، وجوَّز العراقيون التحلل ، وردوا القولين إلى وجوب القضاء وهو (٤) أوجه .

الثالث : الرق ، فللسيد أن يمنع عبده المحرم من الخروج إذا أحرم بغير إذنه ، ولا يحلله إن أحرم بإذنه خلافًا لأبي حنيفة ، ثم إذا منعه السيد تحلل (٥ تحلل المحصر ٥) ، (٦ ولكنه لا دم له ، فهل يتوقف تحلله على اليسار بالعتق ؟ فيه خلاف مرتب على المحصر المعسر ٦) .

فإن (٧) قلنا : يتحلل من غير دم فمات وأراق السيد عنه دمًا وقع عنه ؛ لأن المالك امتنع في الحياة لكونه مملوكًا مسخرًا ولا يسخر بعد الموت .

الرابع : الزوجية ، فالمستطيعة لحج الإسلام هل للزوج منعها عن الخروج ؛ لأن الحج على التراخي وحق الزوج على الفور ؟ فيه قولان ، فإن أحرمت ففي المنع قولان مرتبان ، وأولى بأن لا يجوز ، وإن أحرمت لحجة (٨) التطوع ففي المنع قولان وأولى بالجواز ، وإن كان التطوع أيضًا يلزم بالشروع ، فإن (٩) قلنا : له المنع من الخروج فعليها أن تتحلل تحلل المعسر ، فإن لم تفعل فالزوج يباشرها والإثم عليها لا على الزوج .

وقال أبو حنيفة : إذا وطئها على قصد التحلل حصل التحلل بفعله ، وكذا لو حلق

---

(١) في (أ ، ب) : « تشبيهًا له بالإحصار وجهان » .
(٢) زيادة من (أ ، ب) .
(٣) في (أ ، ب) : « ولو » .
(٤) في (أ ، ب) : « وهذا » .
(٥) في (أ ، ب) : « كتحلل المحصر المعسر » .
(٦) ما بين القوسين ليس في (أ ، ب) .
(٧) في (أ ، ب) : « وإن » .
(٨) في (أ ، ب) : « بحجة » .
(٩) في (أ ، ب) : « وإن » .

رأس [1] العبد أو طيِّبه .

الخامس : لمستحق الدين أن يمنع المحرم من الخروج ، إن كان قادرًا موسرًا وليس له التحلل ، وإن كان معسرًا فليس له المنع ، وإن كان الدين مؤجلًا فلا يمنعه وإن قرب الأجل ، بل عليه أن يصاحبه أو يوكل من يطالبه عند حلول الأجل .

السادس : القرابة ، وللأبوين [2] منع الولد من التطوع بالحج ، وعن فرضه طريقان ، قيل [3] : إنه كالزوج ، وقيل : لا ينتهي [4] شفقه القرابة إلى المنع من الفرض .

فإن قيل : فما حكم التحلل والفوات ؟ قلنا : أما المحصر فلا قضاء عليه ، وعليه دم يريقه في محل الإحصار .

وقال أبو حنيفة : يلزمه أن يبعث إلى الحرم ويتوقف عليه تحلله وهو إبطال الرخصة .

ثم هل يجوز التحلل قبل إراقته ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا ؛ لأنه أقيم مقام الطواف الذي هو سبب التحلل ، وعلى هذا المعسر إن قلنا : يعدل إلى الصوم ، ففي توقفه على الصوم قولان ؛ لأن الانتظار فيه طويل .

والثاني : أن التحلل لا يتوقف عليه ، بل هو موجب التحلل لا موقعه ، فيتحلل بالحلق [5] ، ويكفيه نية [6] التحلل على الصحيح .

وأما [7] القضاء : فلا يجب على المحصر ، بل يعود إلى ما كان عليه قبل الإحرام ، وفي معنى المحصر كل من تحلل بمنع غيره / على ما سبق . ٥٨/أ

---

(١) « رأس » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « فللأبوين » .

(٣) في (أ ، ب) : « وقيل » .

(٤) في (ب) : « تنتهي » .

(٥) ليست في (أ ، ب) .

(٦) « نية » : ليست في (ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « فأما » .

فأما [1] إذا فات الحج بنوم أو تقصير : فلا يحل التحلل إلا بلقاء البيت بطواف وسعي فإنه سبب التحلل في العمرة ، وقال في موضع : يطوف . فقيل : يكفي الطواف والصحيح هو الأول . ولا خلاف في أنه ليس عليه الرمي والمبيت بل يكفيه أعمال العمرة .

ثم المذهب : أنه لا تحصل به عمرة .

وأما العمرة فإذا أحرم بها لم يتصور فواتها .

ثم من فاته الحج يلزمه دم ويلزمه القضاء إن كان متطوعًا ، وإن كان في فرض فالرجوع إلى الفرض يكفيه قضاءً وأداءً بخلاف الإحصار ، فإنه لا تقصير فيه ، فإن [2] تركب العذر من الفوات والإحصار ففي القضاء خلاف ، وذلك إذا وجد طريقًا أطول مما صد عنه فعدل إليه وفاته ففي القضاء قولان ، ولو صابر الإحرام منتظرًا لانجلاء الإحصار ففاته الحج فقولان ، ومنهم من قطع بوجوب القضاء لأنه استجلب الفوات إلى نفسه .

فرعان :

الأول : لو فاته الحج أو فسد الإحرام قصد في بقية إحرامه عن لقاء البيت فيستفيد التحلل بالإحصار ، ولكن لا يسقط عنه القضاء الذي سبق لزومه ، وعليه دمان : أحدهما للإحصار ، والآخر للفوات .

الثاني : إذا صُدَّ بعد الوقوف عن لقاء البيت ففي القضاء قولان ، ووجه الوجوب : أن الإحرام تأكد بالوقوف ، أما العراقيون قطعوا بسقوط القضاء عن كل ممنوع من [3] لقاء البيت ، وذكروا الخلاف في المتمكن من لقاء البيت إذا منع من عرفة ، وقالوا : في القضاء قولان .

* * *

(١) في (أ ، ب) : « وأما » .

(٢) في (أ ، ب) : « وإن » .

(٣) في (أ ، ب) : « عن » .

الباب الثاني

في الدماء وأبدالها

(وفيه فصلان)

الفصل الأول : في بيان التقدير والترتيب في الأبدال والمبدلات

والدماء ثمانية أنواع :

الأول : دم التمتع ، قد [1] اجتمع فيه الترتيب والتقدير في نص القرآن ، وفي معناه دم القران ودم الفوات .

الثاني : جزاء الصيد ، وهو على التعديل والتخيير ، فلا ترتيب ولا تقدير لقوله تعالى : ﴿ هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّٰرَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا ﴾ [2] .

الثالث : فدية الحلق ، وفي بدله التقدير والتخيير [3] ، أما التخيير فمنصوص في القرآن [4] ، وأما التقدير فمأخوذ من حديث [كعب] [5] بن عجرة ، إذ خيره رسول الله ﷺ بين الدم وبين ثلاثة آصُع - كل صاع أربعة أمداد - يطعم ستة مساكين ، وبين صيام ثلاثة أيام [6] .

---

(١) في (أ ، ب) : « وقد » .

(٢) سورة المائدة : الآية (٩٥) .

(٣) « والتخيير » : ليست في (ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « الكتاب » .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) أخرجه البخاري : (٤ / ١٦) (٢٧) كتاب المحصر (٥) باب قوله تعالى : ﴿ فمن كان منكم مريضًا أو به أذى من رأسه ففدية ... ﴾ (١٨١٤) ، وأطرافه : (١٨١٥ ، ١٨١٦ ، ١٨١٧ ، ١٨١٨ ، ٤١٥٩ ، ٤١٩٠ ، ٤١٩١ ، ٤٥١٧ ، ٥٦٦٥ ، ٥٧٠٣ ، ٦٨٠٨) ، ومسلم : (٢ / ٨٥٩ - ٨٦٢) (١٥) كتاب الحج (١٠) باب جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى (١٢٠١) ، وأبو داود : (٢ / ١٧٨ ، ١٧٩) كتاب المناسك - باب في الفدية (١٨٥٦ ، ١٨٥٧ ، ١٨٥٨ ، ١٨٦٠) ، والترمذي : (٣ / ٢٨٨) (٧) كتاب الحج (١٠٧) باب ما جاء في المحرم يحلق رأسه في إحرامه ما عليه ؟ (٩٥٣) ، والنسائي : (٥ / =

فهذه الأصول الثلاثة منصوص عليها في حكم التقدير والترتيب .

الرابع : الواجبات المجبورة بالدم ، فيها (١ ترتيب دم ١) إلحاقًا [لها] (٢) بالتمتع ، وتعديل للبدل جريًا على القياس ؛ لأن التقدير لا يُعرف إلا توفيقًا ، وأما الترتيب فله وجه معقول ، وأدخل العراقيون التقدير في القياس ، وقالوا : بدل هذه الدماء كبدل التمتع .

الخامس : الاستمتاعات ، كالطيب واللبس وتغطية الرأس والقُبْلة والاستمناء ومقدمات الجماع ، في كل واحد منها دم ترتيب قياسًا على التمتع ، وهو دم تعديل جريًا على القياس ، وفيه قول آخر : أنها دم تخيير اعتبارًا بالحلق ، والعراقيون اعتبروه بالحلق أيضًا بالتقدير وهو أبعد ، وأما القلم فهو في معنى الحلق ، فيظهر إلحاقه به .

السادس : دم الجماع ، وفي الجماع المفسد بدنة ، فإن لم يجد فبقرة ، فإن لم يجد فسبع من الغنم ، فإن عجز قَوَّم البدنة دراهم ، والدراهم طعامًا ، وصام عن كل مدٍّ يومًا ، فهو دم (٣ تعديل وترتيب ٣) .

ونص الشافعي - رضي الله عنه - على التعديل فيه دليل على أنه ليس يدخل التقدير في القياس ؛ إذ لم يلحقه بالحلق ، وفيه قول آخر : أنه دم تخيير . وقيل : إنا وإن قلنا بالترتيب فلا ترتيب بين البدنة والبقرة والشياه السبعة .

السابع : الجماع الثاني أو الجماع بين التحللين ، إن قلنا : فيه بدنة ، فهو كالجماع الأول ، وإن قلنا : شاة ، فهو كالقُبْلة واللمس .

الثامن : دم التحلل بالإحصار ، وهو شاة في نص الكتاب ، فإن أعسر أو تعذر ،

= ١٩٤ ، ١٩٥) (٢٤) كتاب الحج (٩٦) في المحرم يؤذيه القمل في رأسه (٢٨٥١ ، ٢٨٥٢) ، وابن ماجه : (٢ / ١٠٢٨ ، ١٠٢٩) (٢٥) كتاب المناسك (٨٦) باب فدية المحصر (٣٠٧٩ ، ٣٠٨٠) .

(١) في (أ ، ب) : « دم ترتيب » .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « ترتيب وتعديل » .

فهل له بدل ؟ فعلى قولين ؛ أحدهما : لا ؛ لأنه لم ينص على بدله ونص على بدل غيره . والثاني : أنه يجب قياسًا للمسكوت عنه على المنطوق به .

فإن قلنا : يجب ، فبأي أصل يلحق ؟ فيه ثلاثة أقوال ؛ أحدها : أنه مثل دم التمتع ، (1) ترتيب وتقدير (1) .

والثاني : أنه كدم الحلق (2) تقدير وتخيير (2) ؛ لأنه تخلص من الأذى . والثالث : أنه مثل دم الواجبات المجبورة ، تعديل (3) وترتيب ؛ لأنه ترك الأفعال الواجبة .

* * *

(1) في (أ ، ب) : « ترتيبًا وتقديرًا » .

(2) في (أ ، ب) : « تقديرًا وتخييرًا » .

(3) في (أ ، ب) : « فيه تعديل » .

الفصل الثاني : في محل إراقة الدماء وزمانها

أما الزمان : فلا يختص شيء (١) من دماء المحظورات والجبرانات بعد جريان سببها بزمان ، وإنما يختص بأيام النحر الضحايا ، وكذا (٢) دم التمتع والقران ، وأما دم الفوات فيراق في الحجة الفائتة (٣) ، أو في الحجة المتقضية ؟ فيه قولان ؛ أحدهما : في الفائتة ؛ لأن السبب قد تحقق . والثاني : لا ، لمعنيين ؛ أحدهما : أن هذه حجة ناقصة ، وكأن الفوات أوجب القضاء والدم ، فيريق في القضاء ؛ ولأنه شبيه بالتمتع ؛ لأنه أتى بأفعال عمرة وتمتع بالتحلل ليؤدي حجة في السنة الثانية ، وعلى هذا المعنى لا يمتنع تقديمه على القضاء ، إذ جوَّزنا تقديم دم التمتع على الحج ، (٤) وإنما يمتنع (٤) ذلك في الصوم .

٥٨/ب وأما (٥) المكان : فيختص جواز الإراقة بالحرم ، خلافًا لأبي حنيفة والأفضل / النحر في الحج بمنى في العمرة عند المروة ؛ لأنهما محل تحللها ، وقد قيل : لو ذبح على طرف الحرم وفرق غَضًّا طريًّا على مساكين الحرم جاز ، وقد (٦) قيل : من ارتكب محظورًا أراقه في محل الارتكاب . وقيل : ما لزم بسبب مباح بعذر (٧) لا يختص بمكان ، وما عصى بسببه فاختص بالحرم ، وهذه الوجوه الثلاثة بعيدة ، وأما الأكل من هذه الدماء فسيأتي حكمه في الضحايا . واختتام الكتاب ببيان الأيام المعلومات ، وهي العشر الأُوَلى من ذي الحجة عندنا وفيها المناسك . وأما (٨) المعدودات فهي أيام التشريق ، وفيها الهدايا والضحايا .

* * *

---

(١) في (ب) : « بشيء » .

(٢) في (أ ، ب) : « فكذا » .

(٣) في (أ ، ب) : « الثانية » .

(٤) في (أ ، ب) : « فإنما يمنع » .

(٥) في (أ ، ب) : « أما » .

(٦) « وقد » : ليست في (أ ، ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « لعذر » .

(٨) في (أ ، ب) : « فأما » .

تم بحمد الله ربع العبادات من كتاب الوسيط في المذهب في الثامن عشر من شهر رمضان المبارك سنة ألف وأربعمائة وستة عشرة للهجرة ، والموافق العاشر من فبراير سنة ألف وتسعمائة وستة وتسعين ، وذلك يوم الخميس عصرًا ، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، ونسأل الله العفو والعافية في الدين والدنيا والآخرة ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

* * *

كتاب البيع (١)

(٢ لقد أحلَّ اللّهُ البيعَ ٢) ، واجتمعتِ (٣) الأمةُ على كونهِ سببًا لإفادَةِ المِلْك .

والنظرُ في أحكامه يتعلق بخمسةِ أقسامٍ :

القسم (٤) الأول : في صحته وفساده .

والثاني : في لزومه وجوازه .

والثالث : في حكمِهِ قبل القبض وبعدَهُ .

والرابعُ : فيما يقتضيهِ مطلقُ ألفاظِهِ في الثمار والأشجار ، واستتباع الأصول الفروع .

والخامسُ : في مداينة العبيدِ وتصرفاتهم .

---

(١) زاد في (ب) قبل عنوان الكتاب قوله : « بسم اللّه الرحمن الرحيم ، رب يَسِّر ولا تُعَسِّر » .

(٢) في (ب) : « والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وأَحَلَّ اللَّهُ البَيْعَ وحَرَّمَ الرِّبا ﴾ » . وهذا جزء من الآية (٢٧٥) من سورة البقرة .

(٣) في (أ ، ب) : « وأَجْمَعَت » .

(٤) « القسم » : ليست في (أ) .

القسم الأول في بيان صحتِهِ وفسادِهِ

(وفيه أربعة أبواب)

الباب الأول

في أركان البيع

وهي ثلاثة :

العاقد ، والمعقود [عليه] [1] ، وصيغة العقد ، فلا بُدَّ منها لوجود صورة العقد . [2]

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قال الإمام الغزالي – رحمه اللّه – : (أركان البيع ثلاثة) إلى آخر ما قال .

قلت : الإمام الغزالي – رحمه اللّه – تصرَّف في استعماله لفظ (الركن) ، وكرره في تصانيفه ، وقد أشكل على الأكثرين تحقيقُه ، ومع كثرة تداولِهِ في تصنيفه لم أجد أحدًا تقدَّم بكشفه من أهل العناية بكلامه .

ووجه الإشكال : أن ركن الشيء – عند الغزالي وغيره – ما رُكِّبَتْ حقيقةُ الشيء منه ومن غيره ، ثم إنه لا يزال في أمثال هذا يستعمل (الركن) فيما ليس جزءًا من الحقيقة ، كما فعله هاهنا ، فإنه عَدَّ العاقد والمعقود عليه من أركان عقد البيع ، وليسا داخِلَيْنِ في حقيقته قطعًا .

وليس يستقيم أن يقال : إنه تَجَوَّزَ ، وأراد به ما لابد منه في البيع مثلًا ، فإنه يبطل بالزمان والمكان ويبطل بالشروط فإنها لابد منها ، وهو يجعلها غير الأركان .

فأقول – واللّه الموفق – : إن ركن الشيء – فيما نحن بصدده – عبارة عما لابد لذلك الشيء منه في وجود صورته عقلًا ، إما لكونه داخلًا في حقيقته أو لازمًا له به اختصاص .

وقولي : (لابد منه في وجود صورته) فيه احتراز عن الشرط ، فإنه لابد منه في وجود صحته شرعًا لا في وجود صورته حِسًّا ، وذلك فيما نحن فيه ، لكون الشرط معلومًا منتفعا به وسائر ما يذكر في قسم الشروط . فإنّ صورة العقد موجودة بدون كل ذلك ، لكنْ لا توجد صحته شرعا بدونها ، فهذا ضبط الفرق بين الركن والشرط . ومن أجل هذا اعتذر في كتاب النكاح من عَدِّهِ الشهادة في الأركان ، فقال : (هي شرط ، لكن تَسَاهلنا بتسميتها ركنًا) .

وقولنا : (لكونه داخلًا في حقيقته أو لازمًا له به اختصاص) احترزنا به عن الزمان والمكان ونحوهما=

= من الأمور العامة التي لابد منها ، فقد حوينا بذلك العاقد والمعقود عليه وصيغة العقد ، فإنها لا تخرج عن ذلك . وينبغي أن نقول : (وصيغة العقد أو ما في معنى الصيغة) ، كما قال في « البسيط » : لأن معنى الصيغة من قبيل الشرط ، والله أعلم .

هذا مشكل عسير قد مَنَّ الله عليَّ بكشفه ، فلا تحتقره فإنه مع كثرة تدواره في كلام الغزالي لم أجد أحدًا تَقَدَّمني إلى كشفه مع كثرة تكرره ، ولم أقع عليه إلا بعد مدة مديدة » . مشكل الوسيط (٤٨/٢ أ - ٤٨ب) .

وقد ناقش الحمويُّ هذا النص نفسه للغزالي بقوله : « ما ذكره الشيخ [يعني : الغزالي] يرد عليه ثلاثةُ إشكالات : أحدها : أنه جعل العاقد ركنًا في البيع ، ولم يجعل المصلي ركنًا في الصلاة ، ومعلوم أن ذلك لا يتأتى إلا به . الثاني : أنه خَصَّ الصيغة بوجود صورة العقد ، ومعلوم أنه لابد منه في العاقد والمعقود عليه . الثالث : أنه ذكر الركن الأول الصيغة ، ومعلوم أنها آخر الأركان كما لا يخفى .

طريق الجواب عن الأول أن يقال : للشيخ - رحمه الله - في ذلك طريق يُنَزَّل عليه جميع ما في الكتاب وما في معناه ، وذلك أن الصلاة لما كانت كلها صفات الفاعل لم يحتج إلى ذكر الذات ، لقيام الصفات مقام الذات ، كما لو قال إنسان : مررت بعالم ، فإنه يَسُدُّ مَسَدَّ قوله : برجلٍ ، ويزيد عليه بالعَلَمية . وأما إذا كانت كلها ليست بصفة لشيء واحد أو بعضها ، فإنه لابد أن يذكرها جميعها لامتناع كونها صفة لشيء واحد ، بخلاف الأول .

فإن بنينا على الأول اقتضى ألا يذكر المصلي ، وكذلك الصائم والحاج ؛ لتعلق صفاته به ، فإن أركان الحج : الإحرام والوقوف بعرفة والطواف والسعي ، وكلها صفات له ، فعلى هذا يكون في سائر الأبواب ، وكذلك ما يجري مجراه .

وإن بنينا على الثاني اقتضى - في مسألة الكتاب - ألا يكون باقي الأركان صفة لشيء واحد ، وأنه كان ينبغي أن يذكر للبيع ستة أركان : البائع ، والمشتري ، والمبيع ، والثمن ، والصيغة من كل واحد منهما على انفرادهما . ولكن لما كان العاقد والصيغة يقع عليهما استغني بذكرهما عنهما ، فعلى هذا يكون المعتكف فيه ركنًا ، على ما ذكره الشيخ في باب الاعتكاف ؛ لكونه لا يصلح أن يكون صفة من صفاته ، لكونه ليس من لوازمه ، ولهذا يقال : رجل معتكف في المسجد ، فهو طرف له ، فصار كما في البيع ليس وصفًا للمشتري ، وعلى العكس منه ، ولا المعقود عليه . فإن قيل : ألا يكون البيت الحرام داخلًا في الحج كاللبث في المسجد ، فيكون ركنا ؟

قلت : ليس هذا نظيره ، فإن دخول البيت ليس بركن في الحج ، بل هو مستحب ، والركن الطواف بالبيت ، وإنما الوقوف بعرفة نظيرُ الاعتكاف كما لا يخفى . هذا مع أن الموضع ليس بركن في الحج وإنما =

....

= هو شرط في الحج ؛ لأن المطلوب منه العبور في المكان ، كما في قطع المسافة ، هكذا قيل فيه .

فإن قيل : فقد ذكر الشيخ في القرض فقال : أما ركنه فالمقرض والقرض والصيغة ، ، ولم يذكر المقترِض ، ومن المعلوم أنه لابد منه ، كما في التلفظ . هذا مع أن الشيخ ذكر أن أركان العارية أربعة : الأول : المعير ، والثاني : المستعير ، والثالث : أن يكون الانتفاع به مباحًا ، والرابع : صيغة الإعارة لابد فيها من الإيجاب والقبول ، وإذا كان كذلك كان القياس في ذلك ألا يذكر المستعير ، كما لم يذكر المقترض ، أو يذكرهما جميعا .

قلت : وإن كان كذلك إلا أن ما ذكره في الإعارة هو نظير البيع ، فإنه ذكر فيه العاقد وهو يقع على البائع وعلى المشتري فكان – على هذا القياس – أن يذكر المعير والمستعير . فأما المستقرض فكان القياس أن يذكره كما في المستعير ، لكن لما كان المستعير آكد في بابه ذَكَرَه ، ويمكن أن يقال : إنما أهمله لظهوره ، وأن عليه مدار الباب ، واستغنى بما هو نظيره في باب العارية ؛ لكونه في معناه .

فإن قيل : فقد ذكر أن أركان الرهن أربعة ، ولم يذكر المرتهن ، فكان كما في المقترض . وسيأتي الكلامُ عليه أيضًا في القرض .

فإن قيل : فقد ذكر في باب الإجارة أن أركانها ثلاثة : الصيغة ، والأجرة ، والمنفعة ، ولم يذكر العاقدين؟ قلت : إلا أنه ذكر بعد ذلك فقال : أما العاقدان فلا يخفى أمرهما .

فإن قيل : فقد ذكر أن أركان الوقف أربعة ، ولم يذكر الواقف ، ومعلوم أنه لابد منه ، كما في سائر الأركان ؟ قلت : لما ذكر الشيخ الموقوفَ عليه سَدَّ مَسَدَّ الواقف ؛ لأن الألف واللام في الموقوف عليه بمعنى الذي ، ويكون تقديره : الذي وقف عليه ، وهو فعل ما لم يُسَمَّ فاعلُه ، وعليه مفعول ما لم يسم فاعله ، وهو نائب مناب الفاعل ، فعلى هذا يصير كأنه قد ذكر الفاعل وهو الواقف مع الموقوف عليه . ولما كان كذلك كان ذكر الفعل أولى من ذكر الفاعل هنا ضرورة ؛ لأنه إذا وجد المفعول وجد الفاعل ، بخلاف العكس فإنه قد يوجد الفاعل في صورة كأن الفعل غير متعدٍّ وكان ذلك أولى .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهرٌ ؛ لكون الصيغة إذا وجدت اجتمع بوجودها مامَرَّ ، من حيث إنها واقعة آخرًا ، وليس كذلك سائر الأركان أيضًا ، فإنما ذكرها كذلك تنبيهًا على أنها آكد عندنا في الأركان ، ليحترز به عن مذهب أبي حنيفة ، فإنه لم يجعلها ركنًا ، وبه زال الاعتراضُ .

وأما الجواب عن الإشكال الثالث فظاهرٌ ، فإنه أراد بقوله : أول كلامه ، الآن ، لا أنه ما تقدم » . مشكلات الوسيط (٧٠ أ - ٧٣ أ) .

الركن الأول : الصيغة

(وهي الإيجاب والقبول)

وسببُ اعتبارهما : الاستدلالُ بهما على الرضا ، فإنَّ الأصل هو التراضي . ولكنَّ الرضا خفيٌّ (١ فَيُنَاطُ الحكمُ بسببٍ ظاهرٍ يدلُّ عليه ١) .

ويتفرع عن (٢) هذا الأصلِ ثلاثُ مسائل ، نذكرُهَا في مَعْرِض السؤالِ .

فإن قيل : فليكتفِ بالمعاطاةِ ، فإنها دلالةٌ على الرضا في المحقَّرات . قلنا : الأفعالُ متردِّدةٌ ، ما (٣) صِيغَتْ للدلالة على الضمائر ، وإنما العباراتُ هي الموضوعةُ لهذا الغرضِ فكانَ الحكمُ منوطًا بها .

وقد ذهب أبو حنيفة - رحمه الله - إلى الاكتفاءِ به [في المحقرات] (٤) . وهو قولٌ خَرَّجَه ابنُ سُرَيج (٥) .

---

(١) في (أ) : « فيناط بسبب ظاهر » .

(٢) في (أ) : « على » .

(٣) زاد في (ب) كلمة : « وضعت » بعد : « ما » ولا حاجة لزيادتها ، وإن كان يمكن أن تستبدل بكلمة « صيغت » ، ويستقيم السياق .

(٤) زيادة من (ب) . وانظر التعليق التالي .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن المعاطاة ليست بيعًا سواء كانت في النفائس أو في المحقرات . واختار الإمام النووي : صحة بيع المعاطاة في كل ما يعده الناس بيعًا .

ومذهب الحنفية : أن البيع يصح انعقاده بالتعاطي في النفيس والخسيس على حدٍّ سواء ، وليس في الخسيس أو المحقرات فقط كما قال الغزالي . انظر : روضة الطالبين (٣ / ٣٣٨ ، ٣٣٩) ، المجموع : (٩ / ١٩٠ ، ١٩١) ، ترشيح المستفيدين : (٢١٣) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٥٧) ، شرح فتح القدير : (٦ / ٢٥٢) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٤) .

قال ابن الصلاح : « وقع في بعض المواضع التخصيص بالمحقرات ، وذلك يُشعر بعدم خلاف في غير المحقرات ، وليس كذلك ، فإن شيخه نقل تخريج ابن سريج مطلقًا ، وإنما خصص بالمحقرات في النقل عن أبي حنيفة وفي غير هذا لجماعةٍ من المصنفين الذين انتهى الاعتمادُ إلى تصانيفهم كالشيخ ابن الصباغ من العراقيين وصاحب « التهذيب » و « التتمة » في الخراسانيين ، واختاروا صحة البيع بالمعاطاة في المحقرات وغيرها . =

فإن قيل : فليكتفِ [١] بقوله : بِعْني ، وقولِ المخاطبِ : بعتُ . قلنا : فيهِ وجهانِ ، أَقْيَسُهما : الاكتفاء [به] [٢] كما في النكاح [٣] . والثاني : لا يُكْتَفَى بهِ ؛ لأنه قد يقول : بعني لاستبانة الرغبة ، فينوب عن قوله : هل تبيع ؟ وأما النكاحُ فلا يُقْدَمُ عليه فجأةً في غالبِ الأمرِ ، فتكون الرغبة قد ظهرَتْ من قبل .

= والمعاطاةُ معناها : أن يُعْطَي هذا السلعة فيعطيه ذلك الثمنَ ، وإن لم يُوجد لفظٌ من الجانبين ؛ إذ ظهرَ بالقرينة وجودُ الرضا بين الجانبين .

وما وجد من بعض أئمتنا من تصويرها من ذكر لفظ ، كقوله : (خذ ، وأعطني) فهو داخل في عموم ما حكيناه من القرينة ، فإن ذلك مفروض فيما إذا لم يَنْوِ البيع بهذا اللفظ الذي قُرِنَ بالعطية . أما إذا نوى به فتلك مسألة الكناية ، هل ينعقد بها البيع ؟ وفيه خلافٌ ، وإن نفينا القولَ بالمعاطاة .

فإن قيل : قوله (وكل ما يتصور الاستقلال بمقصوده) قد عطفه على الأشياء المذكورة . وذلك يُشعر ظاهرًا على الكناية ، وهو وجود غير هذه الأشياء على الصفة التي ذكرها كما هو .

قلت : الإعتاق المنجز على مال ، كقوله : أعتقتك على ألف درهم ، فقال : قبلت ، هو عقد يستقل بمقصوده ، وهذا العتق في بعض الأحوال كسائر الصور التي عددها ، فمقصود الخلع والطلاق ، ومقصود الصلح عن دم العمد عن القصاص ، ومقصود الكتابة والعتق المنجز على مال ، ويستقل بهذه المقاصد في بعض الأحوال ، وهو إذا لم يكن ذلك على سبيل المعاوضة .

ثم العلة في تصحيحها بالكناية ؛لأن هذه الأشياء تعلق بالإعراب تشوفًا إلى سبب وجودها ، فصحت لذلك بالكناية مع النية .

هذا أصح من ذلك ، فإنه ليس يبعد فهم المخاطب ؛ لأنه يعد بابها في حد المعاوضة ، يعتمد فهم المخاطب ، ولهذا لا تقع هذه المقاصد إذا لم يقبل المخاطب . ألا ترى أنه لو قال : طلقتكِ على ألف ، فلم تَفْهَمْ ولم تَقْبَلْ ، لم يقع المقصود الذي هو الطلاق .

وأما الإبراء : فلا ينبغي أن يذكره بإطلاقه مع هذه العقود المشتملة على المخاطب . ألا ترى أنه لو قال : طلقتك على ألف ، ولم تفهم لم يقع المقصود الذي هو الطلاق أصلًا ، والله أعلم » . المشكل (٢/ ٤٨ ب - ٤٩ أ) .

(١) في (ب) : « فليكتفِ بالكناية مع النية » ، وهي زيادة لا محل لها هنا .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (٣ / ٣٣٩) ، المجموع : (٩ / ١٩٨) .

فإنْ قيلَ : فلينعقدْ بالكنايةِ مع النيةِ ، فإنها تدل على الرضا ، قلنا : قطَعَ الأصحابُ بذلك في الخُلْع ، والكتابة ، والصلح عن دم العمد ، والإبراء ، وكل ما يُتَصَوَّرُ الاستقلالُ بمقصودِهِ دونَ قبولِ المخاطَب في بعض الأحوال ؛ لأنَّه ليس يعتمد فَهْم المخاطب .

وقطعوا بالبطلانِ في النكاح وبيعِ الوكيل إذا شرطَ عليه الإشهادَ ؛ لأنَّ الشهودَ لا يَطَّلِعونَ على النية .

واختلفوا على وجهين في المعاوضات المحضة [1] ، ووجه المنع : أنَّ الإيجابَ والقبول سببٌ لقطعِ [2] النزاعِ إذا كان صريحًا ، والنياتُ [3] يطولُ فيها النزاعُ ، فليشترطِ التصريحُ للمصلحة كما في النكاحِ .

فإن قيل : فلو توافرت [4] القرائن (٥ حتى أفادت ٥) العلمَ انقطعَ الاحتمال والنزاع .

قلنا : أما النكاحُ ، ففيه تَعبُّدٌ للشرع (٦ في اللفظِ ٦) ، وأمَّا البيعُ المقَيَّدُ بالإشهادِ وغيره ، فالظاهِرُ عندي الانعقادُ [7] وإنْ لم يتعرَّضْ لهُ الأصحابُ [8] .

---

(١) الأصح من هذين الوجهين : أنه تنعقد المعاوضات بالكناية مع النية كما في الروضة (٣ / ٣٤٠) ، المجموع (٩ / ١٩٥) .

(٢) في (أ) : « يقطع » .

(٣) في (ب) : « والبينات » ، وله وجه بعيد .

(٤) في (ب) : « توفرت » ، وهو خطأ . حيث يقال : توفر على الشيء : أي صَرَفَ إليه همته ، وتوافر الشيء : أي كثر واتسع . انظر : المعجم الوسيط (مادة : وفر) .

(٥) في (أ) : « على إفادة » .

(٦) ليست في (أ ، ب) .

(٧) قال في الروضة : « وأما البيع المقيَّد بالإشهاد ، فقال في « الوسيط » الظاهر انعقاده عند توفُّر القرائن » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٤١) ، المجموع للنووي : (٩ / ١٩٦) .

(٨) قال الحموي : « قوله : (وأما البيع المقيد بالإشهاد ، فالظاهر عندي الانعقاد ، وإن لم يتعرض له الأصحاب . الركن الثاني : العاقد . وأهلية المعاملات تستفاد من التكليف) إلى آخره . =

....

* * *

= ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه قال : (الظاهر عندي الانعقاد ، وإن لم يذكره الأصحاب) ، والمنقول في كتاب « النهاية » أن الأصحاب تعرضوا له ، كما ذكر وأضافه الإمام إلى نفسه . الثاني : أنه قال : (أهلية المعاملات تُستفاد من التكليف) ، وليس الأمر على الإطلاق ، فإن المحجور عليه لِسَفَهٍ مكلفٌ ، ومع هذا لا يصح بيعُه ، وكذلك المحجور عليه لفلسٍ بعد الحجر عليه ، وكذلك العبد ، ومعلوم أن بيعهما لا يصح .

قلت : لم يُرِدِ الشيخُ في الإشكال الأول أن الأصحاب لم يتعرضوا له بالذكر ، وإنما أراد أنه هو الأصح ، وإن كان الإمام شاركه في هذا - أيضًا - فإنه أراد بالأصحابِ أصحابَ الوجوه في المذهب ، والإمام ليس منهم .

والجواب عن الثاني أن يقال : ما ذكره مطلقٌ لا يحتاج إلى التقييد ، فإن كل واحد من المذكورين مكلف يفتقر إلى تقييد ، فيقال فيه : مكلف محجور عليه ، والمطلق لا يفتقر إلى قيد ، ولهذا صَحّ فيه وامتنع في غيره » . مشكلات الوسيط (٧٣ ب - ٧٤ أ) .

الركن الثاني : العاقد

وأهليَّةُ المعاملاتِ تُستَفَادُ من التكليفِ ، فتصرُّفاتُ الصبيِّ والمجنونِ بإذنِ الوليِّ ودون إذنه ، وبالغبطةِ والغبينةِ باطلةٌ . خلافًا لأبي حنيفة [1] .

نعم في تدبيرِهِ ووصيتِهِ وروايته وإسلامِهِ خلافٌ يأتي في موضعه . وفي البيعِ الذي يُخْتبر بهِ الصبيُّ لإيناسِ الرشدِ ، خلافٌ [2] ، والأَوْلَى منعُهُ .

ولا يُعتَدُّ بقبضِ الصبيِّ أيضًا ، فإنَّهُ سببُ ملكٍ أو ضمانٍ [3] فلو قال : أدِّ حقِّي إلى

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن تصرفات الصَّبي والمجنون لا تنعقد ، لا لنفسيهما ، ولا لغيرهما ، وسواء كان الصَّبي مميزًا أو غير مميز ، باشر بإذن الوليّ أو بغير إذنه .

ومذهب الحنفية : أنه لا ينعقد تصرفُ المجنون والصَّبي الذي لا يعقل أصلًا ، وأما الذي يعقل فينعقد تصرفه إن أجازه الوليُّ أو كان قد أَذِن له قبل انعقاده . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٤٣ ، ٣٤٤) ، المجموع : (٩ / ١٨١، ١٨٢) . الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٩٤) ، واللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٦ ، ١٧) .

(٢) في (أ) : « خلاف يأتي في موضعه » .

(٣) قال ابن الصلاح : « وقوله (لا يعتد بقبض الصبي) فإنه لا ينحصر في ذلك ، بدليل قبوض الأمانات والوديعة ، فإنها ليست سبب ملكٍ ولا ضمان .

قلت : ليس كذلك ، فإنها سبب ضمان على تقدير التقصير ، والمدَّعى كونه سبب ملك أو ضمان فحسب ، وذلك يحصل بثبوت أحدهما على الجملة في بعض الأحوال ، وإن لم يثبت في جميع الأحوال على ما لا يخفى تقديره » . المشكل (٢/ ٤٩ ب) .

وقال الحموي : « قوله : (ولا يعتد بقبض الصبي ، فإنه سبب ملك أو ضمان) قيل : مفهومه أنه مهما وُجِدَ القبض منه كان سببَ ملكٍ ، وليس كذلك . وكذلك الظاهر من قوله : (أو ضمان) فإنه إذا أودع شيئًا منه في يده أو أتلفه ، فإنه لا يضمنه على أحد الوجهين ، فإنه ليس كذلك ، فإنه إنما يلزمه إذا أخذ شيئا بغير إذن مالكه ، فإنه يضمنه مطلقًا .

وجوابه : أن نفرض ما لو باع إنسان طعامًا من صبي فأقبضه إياه وتسلم الثمن ، فعلى هذا يكون الثمنُ مضمونًا على البائع ، ولا يكون الطعام مضمونا على الصبي إذا تلف في يده ، فإنه سلّطه عليه حيث سلّمه إليه ، وإذا كان كذلك صَحّ ما ذكره ، ويكون مراده (بسبب ملك) أي : سبب تعلق ملك ، والصبي لا يملك ههنا . وأما قوله : (أوضمان) فإن عاد إلى البائع كان الثمن مضمونًا عليه ، إذا أخذه =

الصبيِّ ، فأدَّى : لم يبرأْ ؛ لأنَّ ما في الذمَّةِ لا يتعينُ مِلْكًا إلا بقبضٍ صحيح . بخلافِ ما لو قالَ : رُدَّ الوديعةَ إليهِ فإنَّ الوديعةَ متعينةٌ . ولو سلَّم الصبيُّ درهمًا إلى صرَّافٍ لينقدَه [له] (١) فأخذه ، دخلَ في ضمانِهِ ، فليردَّهُ على وليِّهِ . ولو رَدَّ عليه لم يبرأ .

وفي إخبارِ الصبيِّ عنِ التمليك في (٢) إيصال الهديَّة ، وعن الإذن (٢) عند فتح الباب طريقان ؛ منهم مَنْ خرَّجه على الخلاف في روايته . ومنهم من قطعَ بالقبولِ (٣) ؛ اقتداءً بالأولين [وعادةِ السلف] (٤) . ولاشكَّ في القبولِ إذا ظهرتِ القرائنُ ، فإنَّ العلم إذا حصل سقطَ أثر إخباره .

أما إسلام العاقد فغيرُ مشروطٍ ، إلا في شراء العبد المسلم . وفيه قولان :

أحدهما : أنه (٥) لا يصحُّ من الكافرِ ؛ لما فيه من الذُلِّ ؛ ولأنَّه يقطعُ ملكه لا محالة ، فدفعُهُ أَوْلَى . والثاني : أنه (٦) يصحُّ ؛ لأن المِلْكَ مُتَصَوَّرٌ له على المسلمِ في الإرث ؛ فسببُ المِلْكِ صحيحٌ في حقِّه . والأصح : المنع (٧) ، خلافًا لأبي حنيفة .

وفي شراءِ الكافرِ المصحفَ قولان مُرَتَّبانِ ، وأولى بالمنعِ ؛ لأن العبد يدفع الذلَّ عن نفسه .

= بغير إذنه ، وأخذت قيمته من ماله ، إن لم يكن له مثل ، من حيث إن مالكه لم يُسَلطه عليه .

فإذا ثبت هذا صح ما ذكره الشيخ على هذا التقدير ، وحاصله : أن الصبي إذا قبض لا يملك بذلك ، ولا يكون مضمونًا عليه ، والتفريط منسوبًا إلى مَنْ قبضه » . مشكلات الوسيط (٧٣ أ - ٧٣ ب) .

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) : « إيصال الهدية ، وعن إخبار الإذن » وله وجه ، وفي (ب) : « إيصال الذمة ، وعن الأكثر » ، وهو خطأ لعله من الناسخ .

(٣) وهذا الطريق هو الأصح كما في الروضة : (٣ / ٣٤٥) ، المجموع : (٩ / ١٨٣) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) « أنه » : ليست في (أ) .

(٦) « أنه » : ليست في (أ) .

(٧) وهذا الأصح هو الأظهر من قولَي الشافعي - رحمه الله - . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٤٦) ، والمجموع : (٩ / ٤٣٤) .

وفي المِلْكِ الذي يستعقِب العتق (١) / ، كشراءِ الكافرِ ولَدَه المسلم ، أو كشرائه (٢) مَنْ شهِد مِن قَبْلُ بُحرِّيته وجهان مرتَّبان ، وأولى بالصحة ؛ لاستعقابه الحريةَ ضرورةً . ٥٩/أ

ولو قال الكافرُ : أعتِقْ عبدَكَ المسلم عليّ (٣) ، فأعتقَ ، ففي وقوعه عنه (٤) وجهان مرتبان وهذا أولى بالنفوذ ؛ لأن المِلْكَ حصلَ (٥) ضمنًا ، فيبعد اعتبارُ الشرائطِ فيهِ (٦).

التفريع :

إن أبطَلْنا الشراءَ ، فعليه فروعٌ أربعةٌ :

أحدها : في الارتهانِ والاستئجار وجهان ؛ أحدهما : يصح ؛ إذ ليس فيهما ملكٌ ؛ والثاني : المنعُ ؛ لأن الاستيلاء بالانتفاعِ والحبسِ إذلالٌ .

فإن صحّحْنَا الإجارةَ ، فهل يُكلفُ الكافرُ أن (٧) يؤاجرَه من مسلم ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما : يلزمه(٨) ، كما في الشراء . والثاني : لا ؛ إذ المسلم إذا عمل بأجرة لم يكن فيه ذُلّ ، وكأنه يَعْمل لنفسه .

والأَوْلى : جوازُ الرهن والإجارة ، كما في الإيداع والإعارة . وأما (٩) الإجارة الواردةُ على الذمّةِ فلا خلافَ في جوازِهَا .

والثاني : المسلمُ إذا اشترى العبدَ المسلمَ لكافرٍ لم يصح ، وإن (١٠) اشتراهُ الكافرُ لمسلمٍ ؛ إنْ صَرّح بالإضافة [إلى المسلم] (١١) صحَّ ، وإن أضمر فوجهان يُبتنيان على

---

(١) في (أ) : « الملك » .

(٢) في (أ) : « شرائه » .

(٣) في (أ ، ب) : « عني » .

(٤) « عنه » : ليست في (أ) .

(٥) في (ب) : « حصل فيه » .

(٦) « فيه » : ليست في (ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « بأن » .

(٨) في (أ) : « بلى » .

(٩) في (ب) : « أما » .

(١٠) في (أ) : « فإن » .

(١١) زيادة من (أ ، ب) .

تعلقِ العهدةِ بالوكيلِ [1] .

الثالثُ : إذا اشترى المسلمُ عبدًا مسلمًا من كافرٍ بثوبٍ ، فوجد الكافرُ [2] عيبًا بالثوب [2] ، ففي رَدِّه ليعودَ العبدُ إليه وجهان [3] ؛ أحدهما : لا ؛ لأنه توصل إلى جَلْبِ الملك [4] بالاختيار . والثاني : يجوز ؛ لأن الاختيار في الرد .

أما عَوْدُ العِوَض إليه فيقع ضرورةً قهرًا .

وكذلك [5] المسلمُ إذا وجدَ عيبًا بالعبد ففي ردِّه إليه [6] وجهان ؛ لأنَّهُ ممنوعٌ عن التمليكِ كما يُمنَع الكافرُ [7] عن التمليكِ [7] . ثم إذا منعنا الردّ تعينَّ الأَرْشُ ، وكان ذلك عذرًا مانعًا .

الرابعُ : لو كانَ العبدُ كافرًا فأسلمَ قبلَ القبضِ ؛ فينفسخ العقدُ كما ينفسخُ بالموت ؟ أو يثبتُ الخيارُ ، كما يثبتُ بالإباقِ ؟ فيه وجهان ؛ وتشبيهه بالإباق أَوْلى .

هذا إذا اشتراهُ من مسلمٍ ، فإنِ [8] اشتراهُ من كافرٍ ففي الانفساخِ وجهان مرتبان ،

---

(١) قال في الروضة : « ولو وَكَّلَ مسلمٌ كافرًا ليشتري له عبدًا مسلمًا ، فإنْ سمى الموكِّل في الشراء صَحّ ، وإلّا فإن قلنا : يقع الملك للوكيل أولًا ، لم يصح . وإن قلنا : يقع للموكّل ، صَحّ » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٤٨) ، المجموع : (٩ / ٤٣٦) .

(٢) في (أ) : « بالثوب عيبًا » .

(٣) قال في الروضة : « لو باع الكافرُ عبدًا مسلمًا - ورثه ، أو أسلم عنده - بثوب ، ثم وجد بالثوب عيبًا ، فالمذهب : أن له رَدَّ الثوب بالعيب . وهل له استردادُ العبد ؟ وجهان . أصحهما : له ذلك . والثاني لا ، بل يَسْترد قيمتَه ؛ لأنه كالهالك . وطرد الإمامُ والغزالي الوجهين في جواز رَدِّ الثوب . والصوابُ : الأول ، وبه قطع في « التهذيب » وغيره » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٤٧ ، ٣٤٨) ، المجموع : (٩/ ٤٣٦ - ٤٣٧) .

(٤) في (ب) : « الملك إليه » .

(٥) في (أ) : « وكذا » .

(٦) في (أ ، ب) : « عليه » .

(٧) في (أ) : « من التملك » .

(٨) في (أ) : « فإذا » .

وأولى بألا ينفسخ ؛ لأنه كيفما تردد انقلبَ إلى كافرٍ ، فالاستصحابُ أَوْلَى .

فإن قضينا ببقاءِ العقدِ فيقبضهَ الكافر ثم يُباع عليه ؟ أم (١) يستنيب القاضي عنه مَنْ يقبضه كيلا يذل العبد بقبضِهِ ؟ فيه وجهان (٢) .

وإن (٣) فرَّعنا على قول الصحةِ ، فيُباع عليهِ بعد قبضه أو قبض القاضي عنه على وجه ، وكذلكَ متى أسلمَ في دوامِ المِلْك .

فلو مات قبل البَيْع بيع على وارثه ، وينقطع عنه (٤) المطالبةُ بالإعتاق ، وكلُّ ما يُزيل المِلْك ، ولا ينقطعُ بالتزويجِ والرهنِ والإجارة .

وهل ينقطعُ بالكتابة وإن كانت لا تُزيل المِلْكَ في الحال ، لإفضائها إلى الزوالِ ولزومِ الحجر في الحال ؟ [فيه] (٥) وجهان ؛ (٦ وأولى بالاكتفاء بها ٦) .

ولو رضي بالحيلولة بينهما لم يكتفِ بهِ إلَّا في المستولَدة ، فإنَّ بيعها متعذّر ، وإعتاقها تخسير ، فَيَسْتكْسِبُها لأجله في يدِ غيرهِ . وقيل : إنه (٧) تُعتَق عليه ، وهو بعيدٌ .

* * *

---

(١) في (أ) : « أو » .

(٢) والأصح : أن يستنيب القاضي عنه مَنْ يقبضه . انظر الروضة : (٣ / ٣٤٨) ، والمجموع : (٩ / ٤٣٦) .

(٣) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٤) « عنه » : ليست في (أ) .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) في (أ، ب) : « والأولى الاكتفاء » .

(٧) في (أ ، ب) : « إنها » .

الركن الثالث : المعقود عليه

(وهو المبيع)

وله خمس شرائط (١) :

[وهو] (٢) أن يكون طاهرًا ، مُنْتَفَعًا به ، مملوكًا للعاقد أو لمن يقع (٣) العقد له (٤) ، مقدورًا على تسليمه ، معلومًا للمتعاقدين (٥) .

الشرطُ الأولُ : الطهارة :

ولا (٦) يجوزُ بيعُ السِّرْقِينِ وسائرِ الأعيانِ النجسةِ ، خلافًا لأبي حنيفة (٧) . ومعتمدُ المذهبِ الإجماعُ على بطلان بيع الخمر (٨) والجيفة ، والعَذْرَة . ومنفعةُ العذرةِ تسميدُ

---

(١) زاد في الأصل هنا كلمة : « الأول » ، ولا وجه لها ، ولعله خطأ من الناسخ .

(٢) زيادة من (أ) . (٣) في (ب) : « وقع » .

(٤) قال الحموي : « ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال ، فإنه قال: (مملوكًا للعاقد) ، ومعلوم أن الوكيل لو باع صَحّ بيعه ، وإن لم يكن المبيع له مملوكًا » ثم رد الحموي هذا الإشكال بقوله : « أراد بقوله : (مملوكًا له) أي : مأذونًا له في البيع ، احترازًا من بيع الفضولي ، فإنه لا يصح فيه لكونه غير مأذون له فيه على القول الجديد ، وهو جائز الإرادة ، وأكبر ما فيه أنه أتى بلفظة مشتركة ، وقد نَبَّهَ في الشرط الثالث في قوله : (ومن يقع العقد له فيه) إشارة إلى الموكل فإنه يقع العقد له ، إما أولًا وإما آخرًا » . مشكلات الوسيط » (٧٤ أ - ٧٤ ب) .

(٥) « للمتعاقدين » : ليست في (أ) ، وزاد في (ب) بعدها كلمة : « بشروط » ولا وجه لها .

(٦) في (ب) : « فلا » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز بيع الأعيان النجسة كالسِّرقِينِ وغيره من سائرِ الأعيان .

ومذهب الحنفية : أنه يجوز بيع السِّرْقين وغيره من الأعيان النجسة مما ينتفع بها . انظر : التنبيه للشيرازي : (٦٢) ، وروضة الطالبين : (٣ / ٣٥٠) ، والمجموع : (٩/ ٢٧٠) ، وشرح فتح القدير : (٧ / ١١٨ ، ١٢١) .

(٨) في (أ) : « الخمور » .

الأرضِ ومنفعةُ الجيفةِ ^(٨) إطعامُها لجوارحِ الطيور ^(٨) ، ومنفعة الخمر مصيرها ^(٩) خَلًّا ، كما يصيرُ الصغيرُ ابنُ اليومِ منتفعًا به في الكبر ، فلا علة لبطلان بيعها إلا النجاسة .

فرع :

الوَدَكُ النجس بوقوع نجاسةٍ ^(١٠) فيه ، إنْ حكمنا بإمكان غَسْلِه جاز بيعُه ، وإلَّا ابتني على جوازِ الاستصباح [به] ^(١١) ، وفيه قولان ^(١٢) ؛ ووجه المنعِ : انتشارُ دخانه النجسِ مع تعذُّر الاحتراز عنه ^(١٣) . وبالنجاسةِ يُعلَّل عند ^(١٤) الشافعي - رضي اللّه عنه - امتناع ^(١٥) بيع الكلب [والخنزير] ^(١٦) ، وقد ورد ^(١٧) الخبرُ فيه ^(١٧) أيضًا .

وقال أبو حنيفة ومالك : يصحُّ بيعه . والخنزيرُ لا يباعُ وفاقًا .

وما يتولَّد من الكلبِ والخنزيرِ أو من أحدهما وحيوانٍ طاهر ؛ فله حكمهما في بطلان البيع ^(١٨) .

---

(٨) في (أ ، ب) : « إطعام جوارح الصيد » .

(٩) في (أ) : « بمصيرها » .

(١٠) في (أ) : « النجاسة » .

(١١) زيادة من (أ) .

(١٢) قال في الروضة : « وأما الدهن ، فإن كان نجس العين ، كوَدَك الميتة لم يصح بيعه بحال ، وإن نجس بعارضٍ ، فهل يُمْكن تطهيره ؟ وجهان . أصحهما : لا . فعلى هذا لا يصح بيعُه كالبول . والثاني : يمكن . فعلى هذا ففي صحة بيعه وجهان . أصحهما : لا يصح . هذا ترتيب الأصحاب . وقيل : إن قلنا : يمكن تطهيره ، جاز بيعُه ، وإلا فوجهان .

قلت : هذا الترتيب غلط ظاهر ، وإن كان قد جزم به في « الوسيط » . وكيف يصح بيع ما لا يمكن تطهيره ؟ » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٥١) ، وراجع : المجموع : (٩ / ٢٨٢ ، ٢٨٣) .

(١٣) في (ب) : « منه » .

(١٤) في (ب) : « منع » .

(١٥) « امتناع » : ليست في (ب) .

(١٦) زيادة من (ب) .

(١٧) في (ب) : « فيه الخبر » .

(١٨) ذكر الحموي عن الشرط الأول إشكالين : « أحدهما : ذكر الفرع ، وذكر فيه بيع الكلب والخنزير ، ومعلوم أنهما لَيْسَا بفرعٍ ، فإنهما كالجيفة والعذرة والسرقين ، على ما ذكره في الشرط الأول ، فعلى هذا =

الشرط الثاني : أن يكون منتَفَعًا به :

فبه (١) تتحقق المالية ، وما لا منفعة (٢ له ثلاثة ٢) أقسام :

أحدها : أن تسقط المنفعةُ للقِلّة ، كالحبة من الحنطة . (٣ وما ليس له منفعة محسوسة في ذاته إلا بضمِّ غيرِه إليه فبيعُه باطلٌ ٣) ، ومَنْ أتلفه فلا شيء عليه ؛ إذ لا قيمةَ له .

وقال القفال : عليه مثلُه إن كان من ذوات الأمثال ، وخالفه غيرُه .

الثاني : أن تسقط منفعتُه لخِسَّتِه ، كحشرات الأرض من الخنافسِ والعقاربِ . وأما الهِرَّة والفيلُ والنحلُ ، ففيها منفعة [فيجوز بَيْعُها] (٤) . ولا منفعةَ للأسد (٥) والنمرِ وما

= لا يكون فرعًا ، والثاني : أنه قال : (بيع الخنزير لا يصح وفاقًا) ، وبيعه عند مالك صحيحٌ » .

ورَدَّ عنهما بقوله : « أما الجواب عن الأول فيقال : ذكر في الشرط الأول ما كان مستحيلًا في النجاسات . ثم ذكر الكلب والخنزير وجعلهما فرعًا لكونهما لم يكونا مستحيلين بعد وجود الطهارة ، والأصل في الحيوانات الطهارةُ بخلاف المذكور في الشرط الأول فكان المذكور في الثاني فرعًا .

وأما الجواب عن الثاني : أن عند مالك رواية أنه لا يصح بَيْعُ الخنزير فكان بيعه لا يصح وفاقًا » . مشكلات الوسيط (٧٥ أ - ٧٥ ب) .

(١) في (ب) : « به » .

(٢) في (أ) : « فيه فثلاثة » .

(٣) العبارة بين القوسين ليست في (أ) . وقد استشكل الحموي كلام الغزالي هنا بقوله : « قال : (كالحبة الواحدة من الحنطة) ، وعطف عليه (ما ليس له منفعة محسوسة في ذاته إلا بضمِّ غيره إليه) ، ومعلوم أنه كالحبة »

ثم رَدّ عليه بقوله : « إنّ مراده أن يلحق بالحبة وما ليس له منفعة محسوسة كالقطرة في الدبس والغسل ، وما كان في معناهما من المائعات ، وكذلك القطعة اليسيرة من الكرباس وما كان في معناهما مما لا قيمة له ، لكنه لو اجتمع مع الحبة حبات بحيث تصير لهما قيمة جاز البيع ، وكذلك القطرة في الدبس إذا ضم إليها قطرات بحيث صار لهما قيمة جاز ، فإنهما كانا على انفرادهما لا يحصل منهما تغذية وبعد الضم حصل ، وهو مراده بضم غيره » . مشكلات الوسيط (٧٥ ب - ٧٦ أ) .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (أ) : « في الأسد » .

لا يُصْطاد من السباعِ ، ولكنْ فيها وفي الحمار الذي تكسَّرت قوائِمه وجهٌ لا بأس به : أنه يصحُّ بيعها لجلودِها ، بخلاف / جلد الميتة ، فإنَّهُ لا يُباع لنجاسته ، لا لعدم المنفعة . ٥٩/ب

وفي بيع العلق ، وفيه منفعة المصِّ للدم والسم الذي لا يصلح إلا بالقتل تردُّد ، والأولى الصحة . ووجهُ المنعِ : أنه لا يحتفل بهذه المنفعة ، إذ قد ينتفع بحبةٍ واحدة (١) تُجعل في فخِّ الطائرِ ولا يُعْتَدُّ بمثل ذلك .

ويجوز بَيْعُ لبنِ الآدميةِ خلافًا لأبي حنيفة (٢) ؛ فإنه طاهرٌ منتفع به ، وليس بآدميّ .

ويجوزُ بيعُ الماءِ على شاطيءِ البحرِ ، (٣ وبيعُ الصخرِة ٣) على الجبال (٤) ؛ لوجود المنفعة وإنما الاستغناء عنها لكثرة (٥) ، وكذا بيع التراب . وقيل : الماء لا يُملَك ، وهو بعيد .

الثالثُ : ما سقطت (٦) منفعته شرعًا ، كالمعازف ، وما هي لغرض محرَّم لا يصلح لغيرِهِ فتيك المنفعة المحرمة شرعا كالمعدومة حِسًّا . نعم ، إن كان رضاضة [بكسر] (٧) بعد تقدير الكسرِ يُتَموَّل (٨) ، ففي صحة بيعه - اعتمادًا عليه - ثلاثةُ أوجه .

والأظهرُ (٩) : أنَّهُ إن كان من ذَهَب ، أو فضةٍ أو عود ، أو شيء نفيس صحَّ ؛ لأنه

---

(١) « واحدة » : ليست في (أ) .

(٢) مذهب الشافعية : أنه يجوز بيع لبن الآدميات بلا كراهة لعدم نجاسته .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز بيع لبن الآدمية . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٥٥) ، المجموع : (٩ / ٣٠٤ ، ٣٠٥) .

(٣) في (أ) : « والصخر» .

(٤) في (أ ، ب) : « الجبل » .

(٥) في (أ ، ب) : « بالكثرة » .

(٦) في (أ) : « تسقط » .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) في (ب): « فيما يتمول » .

(٩) قال في الروضة : « وإن كان رضاضها يُعَدُّ مالًا ففي صحة بيعها وبيع الأصنام والصور المتخذة من الذهب والخشب وغيرهما ، وجهان : الصحيح المنع . وتوسط الإمام فذكر وجهًا ثالثًا اختاره هو والغزالي : أنه إن اتُخِذَت من جوهر نفيس صحَّ بَيْعُها . وإن اتُخِذَت من خشب ونحوه فلا ، والمذهب : المنع المطلق ، وبه أجاب عامة الأصحاب » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٥٤) ، المجموع : (٩ / ٣٠٨) .

مقصودٌ [فغلَب قصدُ الصنعةِ] (١) .

وإن كان من خشب فلا لأنَّ القصدَ (٢) مرتبطٌ بالصنعةِ ، فلا يعتمدُ البيعُ غيره (٣) .

وفي بيع القنية والكبشِ الذي يُطلَبُ للنطاحِ كلامٌ سنذكرُهُ (٤) .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) . (٢) في (ب) : « المقصد » .

(٣) في (ب) : « لغيرها » .

(٤) قال الحموي تعليقًا على هذا الكلام : « قال في بيع القنية والكبش الذي يطلب للنطاح : (كلام سنذكره في موضعه) ، ولم يذكره في « الوسيط » في موضع أصلًا » .

ثم أجاب عن ذلك بقوله : « فلعله نسي أن يذكره ، أو لعله أراد بقوله : (سنذكره في موضعه) في غير « الوسيط » ، وهو جائز .

وأما القنية في اللغة : فهي الأمة ، سواء كانت مغنية أو لم تكن ، ومراده هنا المغنية ، وذكر الإمام في باب الوليمة في صحة البيع : إذا كانت تساوي ألفين بسبب الغناء وقيمة رقبتها ألف ثلاثة أوجه ؛ أحدها : يصح ، والثاني : لا يصح ، والثالث : إن قصد المغالاة بقيمتها لم يصح ، وإن لم يقصد صح . وحكم الكبش للنطاح حكم المغنية » . مشكلات الوسيط (٧٥ ب - ٧٦ ب) .

وقد لاحظ ابن أبي الدم الملاحظة نفسها فعلق عليها بقوله : « لم يذكر الشيخ هذه المسألة في « الوسيط » أصلا ، وإنما ذكرها الإمام في موضعين : أحدهما : قال في قيمة الملاهي : إذا أتلف ديكًا هراشًا أو كبشًا نطاحًا ، فهذه الصفة لا اعتبار بها إذا زادت القيمة بسببها ؛ لأنها محرمة ، ولا يجب على المتلف إلا قيمة ديك لا بصفة كونه هراشًا ، أو قيمة كبش لا بصفة كونه نطاحًا .

هذا أحد الموضعين الذي ذكر الإمام فيه ما ذكرناه عنه ، وهو كلام في قيمة متلف موصوف بهذه الصفة ، وليس كلامًا في البيع .

الموضع الثاني : في كتاب النكاح بعد انقضاء باب الوليمة : من اشترى جارية مغنية قيمتُها برقبتها ألفٌ وقيمتها لغنائها ألفان ، فإن اشترى بألف صَحّ قولًا واحدًا ، وإن اشتراها بألفين حكى الشيخ أبو علي في ذلك خلافًا ، فقال : أفتى أبو بكر المحمودي بمرو ببطلان البيع ؛ لأنا لو صححنا البيع لصار تعلُّمُ الغناء مكسبة وتسببنا إلى المقابلة بالمال ، قال الشيخ أبو زيد المروزي : إن قصد بشرائها المغالاة بثمنها للغناء لم يصح ، وإن أطلق ولم يقصد ذلك صح .

=

الشرط الثالث : أن يكون مملوكًا للعاقدِ :

فبيعُ الفضوليّ مالَ الغير عندنا باطلٌ ، وقال أبو حنيفة : يقف على إجازته [١] ، وهو قول قديم لم يَعْرِفه العراقيون .

ونصّ الشافعي – رضي اللّه عنه – على قولين فيمن غصبَ أموالًا واتَّجر فيها وتصرف في أثمانها :

أحدهما : بطلان البياعات ، وتتبعها بالنقض ، وهو قياس المذهب [٢] .

والثاني : أن المالكَ بالخيارِ ، فإنْ شاء أجاز وأخذ الأثمان . وتعليلُه بالمصلحة والحاجة ؛ لِعُسْرِ تَتَبُّعِ التصرفات المتعاقبة .

فرع :

لو قال : اشتريتُ لزيدٍ – وهو ليس بوكيل – لم يقع عن زيد . وهل يقع عنه ؟ وجهان :

أحدهما : نعم [٣] ؛ لأن الفاسد إضافته ؛ فتخصَّص بالإفساد ، ويبقى قوله :اشتريت .

= وقال أبو بكر الأودني : يصح البيع على كل حال ، ولا يختلف بالمقصود والأغراض ، قال الإمام : هذا هو القياس السديد .

هذا ما حكاه الإمام عن هؤلاء الأئمة في هذه المسألة ، ولكنه ذكرها في ربع النكاح ، وليس هنا موضعها ، فلينظر الناظر كيف استخرجت من موضعها وأثبتت في غير موضعها . ولم يذكرها الغزالي في « الوسيط » أصلًا ، إلا ما رمز منها ووعد بذكرها ولم يذكرها » . إيضاح الأغاليط (١٠ ب – ١١ أ) .

(١) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز بيع مال الغير بلا إذن أو ولاية . وهذا هو الجديد ، وعلى القديم : أن هذا البيع ينعقد موقوفًا على إجازة المالك ، فإن أجازه ، نفذ ، وإلا ألغى ، وهذا القديم هو مذهب الحنفية . انظر التنبيه للشيرازي : (٦٣) ، روضة الطالبين : (٣ / ٣٥٥) ، المجموع : (٩ /٣١٢) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٥٩) . مختصر الطحاوي : (٨٢ ، ٨٣) ، شرح فتح القدير : (٧ / ٥١) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٧) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٣٦) .

(٢) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٣٥٦) ، والمجموع : (٩/ ٣١٤) .

(٣) في (أ) : « بلى » ، وما أثبتناه من (ب) .

والثاني : لا ؛ وهو الأَوْلَى ؛ لأن الكلام يُعتبر جُمْلَةً (١) ، وهو لم يشترِ (٢ شيئًا لنفسهِ ٢) أصلًا .

فإن قيل : لو (٣) باع مالًا على ظنّ أنه ملكُ الغير ، فإذا (٤ هو ملكه ٤) ، هل يصح ؟ قلنا : نقل العراقيون قولين ، فيما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حيٌّ ، فإذا هو ميت ، فالقياس (٥) صحتُه ، والظنَّ الخطأ لا أثر له (٦) . ووجه المنع : أن مقتضى لفظه من حيث قرينة الحال تعليقُ البيع على الموت ، وإن أتى بصيغة التنجيز فلا يكون بعبارته معربًا عن تنجيز (٧) المِلْك في الحال ، وهو لا يعتقد لنفسه ملكًا .

الشرط الرابع : أن يكون مقدورًا على تسليمه حسًّا وشرعًا :

ومستندُه النهيُ عن بيعِ الغَرَرِ ، والعجز الحسيّ في الضالّ والآبقِ والمغصوب .

فروع ثلاثة :

الأول (٨) : بيعُ السمكِ في الحوض الواسعِ المسدودة المنافذ ، والطيرِ المفلَتِ في (٩ دارٍ فَيْحاء ٩) الذي يُقدَر عليه ولكن بعد عُسْرٍ وتَعَب ، فيه وجهان : أحدهما : لا ؛ لأنّ مثل هذا التعب لا يُحتَمل في غرضِ البيع ، فلا نظر إلى القدرة بعد تحمُّلِهِ. والثاني - وهو الأولى - : الصحة ؛ لأنه مقدورٌ [عليه] (١٠) ، ومستنَدُ هذا الشرطِ النهيُ عن بيعِ الغرَرِ ، وهذا موثوق به ؛ [لأنه] (١١) لا غرر فيه .

---

(١) في (أ ، ب) : « بجملته » .

(٢) في (أ ، ب) : « لنفسه شيئًا » .

(٣) في (أ ، ب) : « فلو » .

(٤) في (أ ، ب) : « لو ملكه » .

(٥) في الأصل ، (أ) : « والقياس » وما أثبتناه من (ب) .

(٦) والأظهر : أن البيع صحيح ؛ لصدوره من مالكٍ . انظر : روضة الطالبين : (٣/٣٥٧)، المجموع : (٩/٣١٤).

(٧) في (ب) : « التنجيز » .

(٨) في (أ ، ب) : « أحدها » .

(٩) في (أ ، ب) : « الدار الفيحاء » .

(١٠) زيادة من (أ ، ب) .

(١١) زيادة من (أ ، ب) .

الثاني : بيع حَمَامِ البُرْج نهارًا - وعادته (١) أن تأوي إلى البرج (٢) ليلًا - (٣ فيه وجهان ٣) ؛ أحدهما : الجواز ؛ كالعبد الغائب ثقة بعوده الطبيعي . والثاني : المنع ؛ لأنَّ الغَرَر ظاهرٌ في عوده ، بخلاف العبد . وهو الأولى (٤) ؛ إذ الاشتغالُ بأسباب التسليم من طلب العبد ممكنٌ ، وها هنا لا طريق إلى (٥) الانتظار على غرر .

الثالثُ : المغصوبِ الذي يقدر المشتري على استرداده دون البائع فيه خلاف ؛ لتعارض القدرةِ والعجزِ من الجانبين . والأَوْلى الصحة ؛ إذا المقصود التسليم ، وهو ممكنٌ في نفسه .

نعم ، لو كان المشتري جاهلًا فله الخيار ، إذا البيعُ لا يكلفه تَعَبَ الانتزاعِ ، وإن (٦) كانَ عالمًا فله الخيار إن عجز ، وإلَّا فلا . أما المعجوز عن تسليمه شرعًا فهو (٧) المرهون ، فبيعه باطلٌ .

وفي بيع الدار المكراة خلافٌ سيأتي .

وفي [بيعِ] (٨) العبدِ الجاني جناية تُعلِّق الأَرْش برقبته ، قولان :

أحدهما : المنع كالرهن (٩) ، وأَوْلى (١٠) فإنه أقوى من وثيقة الرهن ؛ ولذلك يُقَدم الأرش إذا جنى العبد المرهون .

والثاني : الصحة ، وهو الأَوْلَى (١١) ؛ لأنه لم يحجر على نفسه ، وجنايةُ العبد لا تحجر عليه في ملكه وتصرُّفه ، لكن (١٢) يثبت متعلقًا في رقبته إن رغب السيد عن

(١) في (أ ، ب) : « وعادتها » .
(٢) في (ب) : « البروج » .
(٣) في (أ ، ب) : « فوجهان » .
(٤) في (أ ، ب) : « أولى » .
(٥) في (أ ، ب) : « إلا » .
(٦) في (أ ، ب) : « فإن » .
(٧) في (أ ، ب) : « وهو » .
(٨) زيادة من (أ ، ب) .
(٩) في (أ ، ب) : « كما في المرهون » .
(١٠) في (أ ، ب) : « وهو أولى » .
(١١) وفي الروضة (٣ / ٣٦٠) : أن القول الأول هو الأظهر ، وليس الثاني كما رجح الغزالي رحمه الله .
(١٢) في (أ ، ب) : « ولكن » .

فدائه ؛ ليكون (١) عصمةً لحقِّه بقدر الضرورة .

أما إذا استوجب العبدُ القطعَ بالسرقةَ ، (٢ أو بالقتل ٢) بالردَّةِ ، فيصحُّ (٣) بيعُهُ ؛ إذ لا أَرْشَ .

وفي القتلِ الموجِب للقصاص خلافٌ مرتَّب على أنّ موجِبَ العمد ماذا ؟ وعلى كل حالٍ فهذا أَوْلَى بجواز البيع ؛ لأن الدية غَيْرُ متعينةٍ للوجوب .

التفريع :

إن حكمنا بفساد البيع ، ففي الإعتاق خلاف كما في الرهن (٤) ، وإن حكمنا بالصحة ، فلو كان مُعْسِرًا بالفداء : فالظاهر المنع ، وفيه وجه منقاس : أنه يصح ، ولكن يثبت الخيار للمجنيّ / عليه وإن (٥) كان موسرًا مهما امتنع الفداء بسبب من الأسباب . ٦٠/أ
أما (٦) السيد ، ففي ثبوت الخيار له وجهان (٧) ؛ ووجه الإثبات : أنه لم يُصَرّح بالتزام الفداء فلا يلزمه . وله دَفْعُ الطَّلِبة عن نفسه بالفسخ .

وهذا بعيدٌ عند علمه بجناية العبد ، فإنه بالتزام التسليم إلى المشتري التزم الفداء ، فَلْيؤاخذ بهما . و[لكن] (٨) لو كان جاهلًا ، فيظهر إثبات الخيار له .

---

(١) في (ب) : « لتكون » .

(٢) في (أ ، ب) : « والقتل » .

(٣) في (أ ، ب) : « يصح » .

(٤) قال في الروضة : « ولو أعتق الجاني ، فإن كان السيد معسرًا ، لم ينفذ على الأظهر . وقيل : لا ينفذ قطعًا ، وإن كان موسرًا نفذ على أظهر الأقوال . والثالث : موقوف . إن فداه نفذ ، وإلا فلا » انظر : روضة الطالبين (٣ / ٣٦٠) .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ ، ب) : « فأما » .

(٧) قال في الروضة : « فإن لم نصحح البيع فالسيد على خيرته ، إن شاء فداه ، وإلا فيسلمه ليباع في الجناية . وإن صححناه فالسيد ملتزمٌ للفداء ببيعه مع العلم بجنايته ، فيجبر على تسليم الفداء ، كما لو أعتقه أو قتله . وقيل : هو على خيرته ، إنْ فدي أُمضي البيع ، وإلا فسخ . والصحيح : أنه ملتزم للفداء » . انظر : روضة الطالبين (٣ ، ٣٦٠) .

(٨) زيادة من (أ ، ب) .

فرع :

إذا باع نصفًا من نَصْلٍ أو سيف أو آنية ينقُصها التبعيضُ فهو باطل [١] ؛ لأنَّ البيع لا يلزم بنقيض غير المبيع ، والشرع قد [٢] يمنع منه إذا كان فيه إسراف ، فيتقاعد البيع عن إيجاب التسليم .

ولو [٣] باع ذراعًا من كِرْبَاسٍ لا تَنْقص بالقطع قيمتُه ؟ فيه وجهان [٤] :

ذهب [٥] صاحب التلخيص إلى المنع ؛ لأنه غير ممكن إلا بتغيير عين المبيع ، والبيع لا يلزمه . ولعلَّ التصحيحَ أَوْلى .

الشرط الخامس : أن يكون معلومًا للمتعاقدين :

والعلم يتعلَّقُ بعين المبيعِ ، وقدرِه [٦] ، ووصفِه .

مرتبة من مراتب العلم : العلم بالعين :

وهو شرط ، فلو باع عبدًا من عبيده ، أو ثوبًا من ثيابه ، أو شاةً من قَطيعهِ لا على التعيين بطل ؛ لما فيه من الغرر الذي يَسْهُل اجتنابُه ؛ ولأن العقد لم يَجِدْ موردًا يتأثر به في الحال ، فأَشْبَهَ النكاحَ [٧] .

---

(١) قال الحموي : « لا خلاف أنه إذا باعه منهما نصفا مشاعًا أن البيع صحيح ، وقد ذكره مطلقًا » ، ثم قال رَدًّا على هذا الإشكال : « مراده بذلك إذا كان معينًا ، ولهذا قال : ينقصها التبعيض » . مشكلات الوسيط (٧٦ ب) .

(٢) « قد » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « فلو » .

(٤) المذهبُ : صحةُ البيع ، وبه قطع الجمهور . انظر : الروضة : (٣ / ٣٥٩) ، المجموع : (٩ / ٣٨٤) .

(٥) في (ب) : « وذهب » .

(٦) في (أ ، ب) : « وجنسه » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله في اشتراط تعيين المبيع : (ولأن العقد لم يجد موردًا يتأثر به في الحال) معنى هذا الكلام أنه إذا قال : (بعتك أحدهما) فالمبيع منهما وهو أحد الشيئين لا بعينه ، فلا يؤثر العقدُ في ذلك المعينَّ ، وإنما كان ذلك لأنَّ المؤثّر يستحيل تأثيرُه في محلّ لا بعينه في نفس الأمر ، كما يستحيل أن يضرب أحدهما لا بعينهِ في نفس الأمر . بلى يجوز أن يكون المضروب واحدًا لا يتعين في علمنا ، أما =

وقال أبو حنيفة : لو قال : بعتُ [١] عبدًا من العبيد الثلاثة ، ولك خيار التعيين ؛ صَحّ ، ولم يُصَحِّحْ في الثياب ، ولا فيما فوق الثلاثة ، ولا دون شرط الخيار [٢] .

= في نفس الأمر فلا يكون محلُّ الضَّرْب إلا متعينًا ، وهكذا في سائر الأفعال والتأثيرات ، ولا يلزم على هذا العتق والطلاق ، فإنهما يصحان في واحد غير معين ؛ لأنا نقول : لا يقع الطلاق والعتق إلا بعد التعيين بناءً منا على الوجهين في اعتبار العدة من وقت التعيين ، لا من وقت اللفظ .

فإذا لم يقع التأثير إلا في محل معين ، والإبهام لم يقع إلا في اللفظ ، والذكر دلالة اللفظ ، يجوز فيها الإبهام ؛ لأن اللفظ لا يؤثر في الملفوظ به ، ثم يخبر عنه ويعرف به ، ومن أخبر عن زيد فلا تأثير منه في زيد .

إذا ثبت هذا وَجَبَ أن لا يصح البيع ؛ لأنّ مورد العقد لا يتأثر به أيضًا ، بخلاف العتق والطلاق ؛ لأنه إذا تأخر عن ذلك العقد صار كالعقد المعلق ، والتعليقُ في البيع مبطلٌ ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٩ ب - ٥٠ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « بعتك » .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه يُشْترط لصحة البيع أنْ يكون المبيع معلومًا ، ولا يُشترط العلم به من كل وجه ، فيكفي العلمُ بعينه ، وقدرِه ، وصفتِه ، أما العين ، فإنه لو قال : بعتك عبدًا من عبيدي أو ثوبًا من ثيابي فهذا باطلٌ ، وسواء قال : ولك الخيار في التعيين ، أو لا .

ومذهب الحنفية : أنه لو قال : بعتك عبدًا من عبيدي ، أو ثوبًا من ثيابي فالبيع باطل ، إلا أن يقول له : ولك الخيار في التعيين ، وسواء كان ذلك في العبيد أو في الثياب ولكن لا يكون فوق ثلاثة . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٦٠ ، ٣٦١) ، المجموع : (٩ / ٣٤٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٢٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٤٤) .

قال ابن أبي الدم : « ما نقله عن أبي حنيفة الصحة في عبد من العبيد الثلاثة مع شرط اختيار التعيين صحيح ، وللشافعي قول فيهم موافقٌ له في هذه الصور ، حكاه بعضُ المراوزة .

وأما قوله : (ولم يصحح في الثياب) فهذا غلطٌ عليهم ، ولم ينقلهم عنهم في « النهاية » ولا غيره من أئمتنا ، ولا نقله أحدٌ من أصحابهم ، وهم ينكرونه ويشددون عليه على الغزالي في نقله عنهم ؛ إذ لا يمكن تخيلُ فرقٍ بين عبد من ثلاثة أعبد معينة وثوب من ثلاثة أثواب معينة وفرس من ثلاثة أفراس معينة ، هكذا بقية الأعيان ، لا فَرْقَ فيها بين عين وعين .

وأما الفرق بين عينٍ من ثلاثة أعيان معينة - حيث يصح على مذهبهم - وبين عين من أربعة أعيان معينة ، حيث قالوا : لا يصح ، فقد ذكروا بينهما فرقًا على الجملة ، فقالوا : مطلق السلع لها ثلاث مراتب : جيدة ورديئة ومتوسطة ، فالمشتري موطن نفسه على هذه المراتب ، ثم على واحد منها ، وليس =

وفسادُ هذه التحكُّماتِ بيِّنٌ [1] .

فروع ثلاثة :

أحدها : لو قال : « بعتُ صاعًا من هذه الصبرة » ، وهي معلومة الصّيعان ؟ صحَّ قطعًا . وإن كانت مجهولةً ؛ فوجهان يبتنيان على العلتين [2] . إن عللنا بأن مورد العقدِ لم يتأثر بهِ [3] في الحال ، بطل هذا العقد ، فإن الإبهام موجود ههنا .

وفي صورة العلم بعدد الصيعان ، يُنَزَّل على الإشاعة ، حتَّى لو تلف نصف الصبرة ، انفسخ العقد [4] بتلفه في ذلك القدر [4] ، والباقي يخرج على قولي تفريق الصفقة ، وهذا اختيارُ القفال ، وهو الأصح [5] .

= ثَمَّ مرتبة رابعة ، فلقد صح في الثلاث دون الأربع .

وهذا الفرق - وإن ذكروه - فلا يخفى ما فيه ، فإنه لا يثبت » إيضاح الأغاليط (١١ أ - ١١ ب) .

وقد ذكر الحموي نفسَ إشكال نقل الغزالي خطأً عن أبي حنيفة أنه لم يصحح في الثياب ، ثم قال : « أمكن أن يجاب عنه فيقال : وإن كان كذلك إلا أنه نقل عن أبي حنيفة رواية أخرى ضعيفة كذلك ، وليس يشترط في الناقل أن يطلع على جميع الروايات ، بل ينقل ما بلغه .

وأما قوله : (ولا فيما فوق الثلاثة) فإنما كان كذلك عنده ؛ لأن العبيد تنقسم ثلاثة أقسام ؛ أحدهما : رديء ، والثاني : جيد ، والثالث : متوسط ، فإذا باعه أحد العبيد الثلاثة أو الثياب الثلاثة ، صح ؛ لأنه قد دخل في أحد الأنواع الثلاثة ، فإذا زاد رابعًا أراد غررًا بتلبيس المبيع بنوعه ، فيكون أحد متوسطين أو أحد رديئين أو أحد جيدين ، وهو متقارب » . مشكلات الوسيط (٧٧ ب - ٧٨ أ) .

(١) قال ابن الصلاح : « والغزالي إن يقصد جريان الإبهام في ذلك ، ويجوز أن يكون أحد العوضين دينًا ، مع أن الدين في الحقيقة مورده فرد منهم ، مطلق من الجنس » . المشكل (٢ / ٥٠ أ) .

(٢) وأصح هذين الوجهين : صحة البيع ، وهو المنصوص . انظر : الروضة : (٣ / ٣٦٣) ، والمجموع : (٩ / ٣٧٧) .

(٣) « به » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ) : « في ذلك القدر بتلفه » ، وفي (ب) : « في ذلك القدر الذي تبلغه » .

(٥) قال في الروضة : « إذا قال : بعتك صاعًا من هذه الصبرة ، فله حالان : =

وإن عللنا بأنَّ الإبهام مُنِع لأجل الغرر ، فلا غرر هاهنا ؛ لتساوي أجزاء الصبرة ، بخلاف العبيد ، وبخلاف ما إذا باع ذراعًا من أرض لا على التعيين ، فإن الغرض يختلف [فيه] (١) باختلاف الجوانب ، ويلزم عليه التصحيح (٢) إذا باع قَدْرَ صاعٍ من جملة الصبرة ، وقد فُرِّقَتْ صيعانُها ، وبه استشهد القفَّال ، ويَبْعُدُ تصحيحُه (٣) .

واستشهد بأنه لو قال : بعتُ منك [هذه] (٤) الصبرة إلّا صاعًا وهي مجهولة الصيعانبطل (٥) .

فأيُّ فرقٍ بين استثناء المعلوم من المجهول ، واستثناء المجهول من المعلوم ، والإبهام يَعُمُّهما وفي الفرق غموضٌ (٦) .

= أحدهما : أن يَعْلَما مبلغ صيعانها ، فالعقدُ صحيح قطعًا ، ويُنَزَّل على الإشاعة ، ولو كانت الصبرة مائةَ صاعٍ فالمبيع عشر العشر ، فلو تلف بعضها تلف بقدره من المبيع . هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ،وحكى الإمام في تنزيله وجهين : أحدهما : هذا . والثاني : المبيع صاع من الجملة غير مشاع ، أيّ صاع كان . فعلى هذا يبقي المبيع ما بقي صاع .

الحال الثاني : ألا يَعْلما – أو أحدُهما – مبلغَ صيعانها ، فوجهان : أحدهما ، وهو اختيار القفَّال : لا يصح ، كما لو فَرَّق صيعان الصبرة ، وقال بعتك صاعًا منها فإنه لا يصح . وأصحهما : يصح وهو المنصوص » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٦٢ ، ٣٦٣) ، المجموع : (٩ / ٣٧٧) .

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) « التصحيح » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « استشهاده بما إذا فُرِّقَتْ صيعانها ممنوع ، فقد مَنَعَه الشيخ أبو إسحق في تعليقه في مسألة بيع عبدٍ من ثلاثة ، وقال : يصح . وسألت القاضي – يعنى أباالطيب – عن ذلك فقال: الذي يقتضيه أن لا يسلم والبيعُ يصحح لتساوي الأجزاء ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥١ ب) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) « بطل » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « بَسْطُ ما ذكره من الاستشهاد على ما ذهب إليه القفال – رحمه الله – أنه إذا قال : (بعتك منك هذه الصبرة إلا صاعًا) ، وهي مجهولة الصيعان بطل بالإجماع) فكذلك إذا قال : (بعتك صاعًا من هذه الصبرة) وهي مجهولة الصيعان وجب أن يبطل ، ؛ لأنه في الصورة الأولى لم يبطل لجهالة المبيع ؛ لأنه إذا صَحّ بيعُ جميع الصبرة المجهولة أَصْوُعها ، لأنه إذا عاينها خَمَّنَ أنها كذا وكذا صاعًا ، فصارت كالمعلومة آصعُها ، فكذلك مع الصبرة إلا صاعًا ؛ لأنه إذا خَمَّنَ أنها عشرة آصع – =

....

= مثلًا – عَرف أنه إذا استثنى منها صاعًا كان المبيع بحكم التخمين تسعة أصوع ، وإنما يبطل البيع فيها ؛ لأن المبيع لا يمكن تنزيله على الإشاعة ؛ لأنا لا ندري أهو عُشْر الصبرة أو تُسْعها ، فيتعين أن يكون المبيع صاعًا ، لا بعينه ، بل على الإبهام على ما تقرر .

وإذا عرفت أنه إنما بطل للإبهام ، والإبهام متحقق فيما إذا باع صاعًا منها ؛ لامتناع التنزيل على الإشاعة على ما أوضحناه ، ولما أمكن التنزيل على الإشاعة في قوله : (بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها) صح ولم يفسد .

فهذا تقرير قوله : (فأي فرق بين استثناء المعلوم من المجهول ، واستثناء المجهول من المعلوم) وليس الاستثناء هاهنا الاستثناء الاصطلاحي ، وإنما يريد به الاستثناء اللغوي ، وهذا الصرف والاقتطاع هو قوله : (بعتك الصبرة إلا صاعًا) فقد استثنى معلومًا من مجهول اصطلاحًا ولغة ، وفي قولك : (بعتك صاعًا من هذه الصبرة) قد استثنى ، أي اقتطع لنفسه مجهولًا من معلوم ، فإنه اقتطع ما وراء صاع من الصبرة ، وهو مجهول عن الصاع الذي هو معلوم ، والله أعلم .

وأما غموض الفرق فلما ذكرنا ، وأنا أقول : الفرق بينهما هو أن المبيع في قوله : (صاعًا من صبرة) هو الصاع ، وهو معلوم المقدار والصفة ، وفي قوله : (الصبرة إلا صاعًا) المبيع ما وراء الصاع ، وليس معلومًا ، فإن المعتمد في معرفة المبيع فيما إذا باع جميع الصبرة ، أما هو فالعيان المحيط بظاهر المبيع من جميع جوانبه ؛ لأنه إذا عاين المبيع كذلك كان أقدر على تخمين مقدار المبيع إذا كان قد عاين المبيع ، فاعتبر العيان من جميع الجوانب ؛ لأنه ... حذرًا من الجهالة .

وإذا علم هذا فلا يمكن دعوى إحاطة العيان بجميع جوانب ما ظهر من المبيع فيما إذا استثنى من الصبرة صاعًا ؛ لأنه يخالط المبيع أعيان ، أن تنتقل أعيان ليست هي بمبيعه لبعض جوانب ما يظهر من الصبرة ، وما هو احتمال ظاهر ، فإن شخصا لو قال ... صاعًا ... بصبرة لغيره ، فإنه يظهر لا يخفى وقوع شيء من صاعه في محل الصبرة ، وعند هذا فيفسد العقد هنا ؛ لأن الشرط الذي هو إحاطة العيان بما ظهر لم يثبت وجوده ، وما هو شرط فلا يثبت المشروط إذا لم يثبت هو .

وإذا عُرِفَ هذا فالجواب عنه قول القائل : إنه وإن لم يحط العيان بجميع أعالي المبيع فإنما يحيط بجميع جوانب الصبرة ، فيخمن كم صاعًا هي ؟ فإذا استثنى صاع عرف كم بقي ، إن بقول التخمين ليس معتبرًا بنفسه ، بل لابد له من ضابط ؛ لأنه لو عاين جميع جوانب الصبرة ، ولم يخمن كم هي ، صح البيع قطعًا ، والضابط إنما هو ما ذكرناه من إحاطة العيان لجميع جوانب المبيع ، ولم يوجد فيما نحن فيه على ما سبق ، وإذا ثبت ما بيناه بطل التعليل بالإبهام وبطل التعليل بانتفاء العلم بالمبيع وأنه مختص به ما إذا باعها إلا صاعًا ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٩ ب – ٥١ أ) . =

الثاني : إذا اشترى قطعة من الأرض محفوفة بملك البائع ، فإنْ صَرَّحَ بإثبات الممَرِّ ثبت حَقُّ الاجتياز من كل جانب ، إلا إذا كان أحد جوانبها متاخما للشارع ، أو ملك [(١)] المشترى [(٢)] ،..

= وقد ذكر الحموي إشكالين في كلام الغزالي في هذا الموضع ، أحدهما : « أنه أشكل عليه الفرق بين استثناء المعلوم من المجهول ، وعلى عكسه ، حيث صح على وجه في قوله : (بعتك صاعًا من هذه الصبرة) والثاني : (إلا صاعًا) ، وبينهما فرق ظاهر ، فإن المشتري ربما اعتقد أن الصبرة كبيرة قبل رفع المستثنى ، فلما رفع الصاع ظهر له أن المبيع قليل ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز . وأما قوله : (بعتك صاعًا من هذه الصبرة) فإنه ليس كذلك ، فإن المبيع معلومًا فافترقا » ، والإشكال الثاني : « أنه لو قال : (بعتك صاعًا من صبرة معلومة صح) إلى آخره ، فسماه استثناء ، وإنه ليس كذلك بإجماع أهل العربية لما لا يخفى » .

وأجاب عن الأول بقوله : « إنه إنما أشكل عليه الفرق لكون من قال بالجواب إنما كان لانتفاء الغرر ، ولاشك في أنه لو اقتصر على قوله : (بعتك هذه الصبرة) صح ، وإن كانت مجهولة ، لكن قامت المشاهدة مقام ما لو علم الصيعان فلما استثنى صاعًا منها كان الباقي بعد الصيعان لا غرر فيه ، لتساوى أجزاء الصبرة ، ومع هذه لم يصح وفاقًا .

وأما مَنْ علل بأنه لا يحل مورد العقد فظاهر ، فإنه كان ينبغي أنه إذا اشترى صاعًا من صبرة مجهولة أنه لا يصح وجهًا واحدًا ، كما في المسألة قبلها ، ولا نظر إلى كون الصاع معلومًا ؛ لأن تعليله إنما كان لكونه لا غرر فيه ، والمشاهدة فيه موجودة ، ويلزم من هذا أنه لا فرق بينهما » .

وأجاب عن الإشكال الثاني بقوله : « إنه إنما سماه استثناء نظرًا إلى اللفظ ، وكأنه قال : قطع جزء معلوم من الصبرة ، وهو على حسب الإمكان » . مشكلات الوسيط (٧٦ ب – ٧٨) .

(١) في (أ ، ب) : « لملك » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن صرح بإثبات الممر ثبت الاختيار من كل جانب ، إلا إذا كان أحد جوانبها متاخمًا للشارع ، وبملك المشتري) هذا الاستثناء إذا تأملته بان إشكاله ، وهو في مسألة السكوت واقع .

وحله : أن المسألة الأولى صورتها ما إذا قال : (بعتكها بحقها من الممر) فهذا إثبات يسمى من الممر ، فيثبت مطلقًا بالنسبة إلى جميع الجوانب ؛ لأن ذلك مقتضى الإطلاق إلا إذا كان متاخمًا للشارع ، فالعرف يخص هذا المطلق أما إذا قال : (بعتكها على أن لك الممر من كل جانب) ، فلا يخص في المتاخم عملًا بصريح اللفظ . وإذا قال : (على أن لك الممر من جانب واحد منهم) ، فقد منع منه اعتبار وقيده بمجهول ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٩ ب) . =

فالعرف خصص [١] المرور [به] [٢] .

وإن خصص بجانب من الجوانب ، لا على التعيين ، فسد للإيهام وتفاوت [٣] الأغراض .

وإن صرَّح بنفي الممر ففي صحة البيع - ولا منفعة للمبيع دون الممر - وجهان ؛ أظهرهما : الصحة [٤] ؛ إذا التوصُّل إلى الانتفاع بشراء الممر واستعارته وإجارته ممكن .

وإن [٥] سكت عن ذكر الممر فطريقان ؛ أحدهما [٦] : أنه يقتضي الممر من كل جانب ، اعتمادًا على العرف . والثاني : أنه [٧] يخرج على الوجهين ، كما إذا نفى الممر ؛ لأنه ساكتٌ عنه .

الثالث : لو عَيَّنَ جانبًا من الأرض ، وباع عشرة أذرع ، ولكن لم يذرع حتى يتبيَّنَ

= وقال الحموي أيضًا : « ما ذكره الشيخ يقتضي أن يثبت الممر من كل جانب ، وليس كذلك ، فإنّ المختص به جهة واحدة معلومة دون سائر الجوانب بالاتفاق » .

ورد على ذلك بقوله : « ومراده من قوله : (من كل جانب) أي : على سبيل البدل من أي جانب ، وقع به التعيين ، لا على سبيل الجمع والإبهام ، وبه خرج الجواب .

وليس مراده صرح بإثبات الممر أن يصف تصريحه إلى ملكه ، لما تخصص بالشارع المتاخم أو بملكِ نفسهِ، وإنما أراد له أن يستطرق » . مشكلات الوسيط (٧٨ ب - ٧٩ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « يخصص » .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) في (ب) : « وتفاوتت » .

(٤) ذكر في الروضة على عكس ما رجح الغزالي أنّ أَصَحَّ هذين الوجهين : بطلان البيع . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٦٣) ، والمجموع : (٩ / ٢٨٨ ، ٢٨٩) .

(٥) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٦) ذكر في الروضة أنهما وجهان ، وأنّ الأَصَحّ هو هذا الوجه الأول . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٦٣) ، والمجموع : (٩ / ٢٨٨) .

(٧) « أنه » : ليست في (أ) .

مقطع الملكين في العيان ففيه وجهان ؛ أظهرهما : الصحة ؛ للتعيين وانتفاء الغرر ووجود العيان .

ولو باع الصوف على ظهر الحيوان [١] ولم يعين المقطع فَسَدَ ، لأنَّ العادة تتفاوت في مقادير الجزّ ، بخلاف الكراث ، فإن العادة في جزه [٢] تتقارب [٣] .

ولو قبض على كتلة وعَيَّن المجَزّ : صَحّ ، وفيه احتمال ؛ لأنه يتعين به عين المبيع خلاف [٤] الأرض والشجر [٥] فإنَّ الجزَّ والقطْعَ لا يغيرهما .

المرتبة الثانية : العلم بالقدر :

أما إذا كان في الذمة ، فلابد من التقدير ، سواء كان نقدًا أو عرضًا .

فلو قال : بعتُ بما باع به فلانٌ فرسَه ، أو ثوبَه [٦] ، أو بِزِنَة هذه الصنجة لا يصح ، لأنه غَرَرٌ مجتنَب يَسْهُل دَفْعُه ، ولابد من تعريف جنسه .

وإذا تعارضت النقود لابد [٧] من التعريف ، فإنْ غلب واحدٌ كفى الإطلاق وإن غلب في العروض جنسٌ واحد ففي الاكتفاء بالإطلاق اعتبار بالنقد ، أو اشتراط الوصف ، نظرًا إلى أنَّ الأصل في العروضِ التفاوتُ ، وجهان [٨] .

فروع ثلاثة :

الأول [٩] : إذا قال : « بعت منك هذه الصبرة بعشرة دراهم » ، [وهي] [١٠]

---

(١) في (أ) : « الغنم » .
(٢) في (ب) : « جزه وقطعه » .

(٣) في (أ ، ب) : « لا تتفاوت » ، وزاد في (ب) بعد ذلك قوله : « وإن اقتضاه مطلق العقد إلا أنه تعذيب للحيوان » .

(٤) في (أ ، ب) : « بخلاف » .
(٥) في (أ) : « والشجرة » .

(٦) « أو ثوبه » : ليست في (أ ، ب) .
(٧) في (أ ، ب) : « فلابد » .

(٨) أصح هذين الوجهين : أنه يكتفى بالإطلاق وينصرف إلى الجنس الغالب كما في الروضة : (٣ / ٣٦٥) ، المجموع : (٩ / ٤٠٠) .

(٩) في (أ ، ب) : « أحدهما » .
(١٠) زيادة من (أ ، ب) .

معاينة ، غير معلومة الصيعان صَحَّ ، وكذلك إذا باع بِصُرَّة معاينة من الدارهم ؛ لأن العيان هو المنتهي عرفا [1] في العقود [1] .

ولو قال : « بعتك الصبرة ، كل صاعٍ بدرهم » ، صح ، وإن كانت مجهولة الصيعان ، ولم يكن مبلغ [2] جملة الثمن معلومًا / . ٦٠/ب

لأنه إذا رأى جنس المبيع وعَرَفَ قَدْرَ ثمنِ كل صاع فقد [3] انتفى الغرر ، وسلك طريق معرفة الربح والخسران .

الثاني : إذا قال : « بعتكَ هذه الصبرة بعشرة [4] ، على أن أزيدك صاعًا [5] » فإنْ أراد به التبرعَ بالزيادة ، فهو شرطُ هبةٍ في بيع ، فيفسد .

وإن أراد إدخاله في المقابلة بالثمن ، فإنْ كانت معلومة الصيعان صَحّ ، وإن كانت الصبرة عشرة أَصْيُع [6] ، فمعناه : صاع وعشر بدرهم .

وإن كانت مجهولةً لم يصح ؛ لأنه لا يدري أشترى بدرهم صاعًا وعُشْرًا ، أو صاعًا وتُسْعًا ، أو ما يتردد [7] فيه ، فيكون الثمنُ مجهولَ الجملةِ والتفصيل [8] .

(١) ليست في (ب) .

(٢) « مبلغ » : ليست في (ب) .

(٣) « فقد » : ليست في (أ) .

(٤) « بعشرة » : ليست في (أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « وقوله في أولها : (بعتك هذه الصبرة على أن أزيدك صاعًا) كلام ناقص ، تمامُه أن يقول : (... كل صاع بدرهم على أن ...) ، لكنه قصور في العبارة ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥١ أ) .

(٦) في (ب) : « آصع » .

(٧) في (أ) : « يتردد اللفظ » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله في الفرع الثاني في المرتبة الثانية : (لأنه لا يدري أشترى بدرهم صاعًا وعُشْرًا أو صاعًا وتُسْعًا ، وما تردد فيه الاحتمال) يعني : وغير ذلك مما يتردد فيه الاحتمال من الأجزاء من ثُمُن وسُبُع وغيرهما مما يحتمله حال الصبرة لا ما لا يحتمل ، فلا يمكن أن يكون صاعًا وخمسًا ، إذا كنا نعلم أن الصبرة أكثر من خمسة آصع ، وقوله : (فيكون الثمن مجهول الجملة والتفصيل) وقع في نسخة : (وغيرها) ، والصواب : فيكون المثمن بالثمن لا غير » . المشكل (٢ / ٥١ أ) .

وقال ابن الصلاح أيضًا : « ذكر في العلم بالمقدار في المبيع صورة هي من باب الثمن ، وكأنه عنى بالمبيع في أوله ثبوت البيع ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥١ ب) .

فإنْ قيل : فإذا تردد اللفظُ بين الاحتمالات ، فكيف يصح العقد بمجرد إرادة صورة الصحة ؟

قلنا : يُلْتَفَتُ هذا على الأصح في انعقاد البيع بالكناية .

الثالث : إذا باع سمنًا في بستوقة تتفاوت أجزاؤها في الغِلَظِ والدقة [(١)] ، أو صبرة على أرض فيها حُفَر متفاوتة ، فهذا يبطل فائدة العيان في تخمين المقدار ، لا في معرفة الصفة ، ففيه ثلاث طرق :

قال [(٢)] الشيخ أبو علي في مجموعه : وجهان [في] [(٣)] أن البيعَ يصحُّ ؛ لأن معرفة المقدار بعد العيان لو كانت [(٤)] شرطًا لما صَحَّ البيعُ بصبرة من الدراهم مرتبة غير موزونة .

وهذا غريب لم يذكره في شرحه .

الثانية : أنّ العقدَ باطلٌ . قطع به (٥ بعض المحققين ٥) ؛ لأن غرره كغرر الجهل بالصفة ، وقد تعذّر تخريجه على بيع الغائب ؛ لأن الرؤية حاصلة ، فمتى يثبت الخيار ، أو [(٦)] كيف يلزم دون الخيار ، وهذا هو المشهور .

الثالثة : وهو المنقاس تخريجه على بيع الغائب [(٧)] ، فإنه لا يتقاصر عمّا إذا قال : [بعتك الثوب الذي في كمي ، فإنّ فيه قولين ، فكذلك هاهنا ، وهذا وجه التخريج] [(٨)] ، اختاره الشيخ أبو محمد .

ثم قياسه أن يقال : معرفة المقدار بالوزن أو برؤية الدكة وقت ثبوت الخيار ، كما أن معرفة الصفة بالرؤية وقته في بيع الغائب .

---

(١) في (ب) : « الرقة » .

(٢) في (أ ، ب) : « حكى » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) : « كان » .

(٥) في (أ) : « المحققون » .

(٦) في (أ) : « أم » .

(٧) وهذا الطريق هو أصح هذه الطرق ، كما في الروضة : (٣ / ٣٦٩) .

(٨) زيادة من (أ ، ب) .

التفريع :

إن أبطلنا العقد ، فلو نظر إلى صبرة ولم يَدْرِ أنَّ تحتها دكة ، فعقد اعتمادًا على اعتقاده ، فظهرت دكة فهل يتبيّن بطلانُ العقد ، أم يقتصر على الخيار ؟ وجهان :

اختار الشيخ أبو محمد الإبطال ؛ لأنَّ معرفة القدر تحقيقًا أو تخمينًا شرط ، وقد تبينَّ فَقْدُ الشرط . والثاني : أنه يصح (١) ، اعتمادًا على الاعتقاد .

المرتبة الثالثة : العلم بالصفات بطريق الرؤية :

وفي (٢) اشتراطه في الشراء قولان (٣) ، وفي الهبة قولان مرتبان ، وأَوْلَى بألا يشترط ؛ لأنه ليس من عقود المغابيات (٤) ، ليبعد عن الغرر .

وذهب المزني إلى الإبطال (٥) ؛ لأنّ الغرر المجتنب الذي (٦) يَسْهُل إزالته يبطل العقد ؛ لنهيه عن بيع الغرر .

ولا خلاف أن الشمّ والذوق في المشموم والمذوق غير مشروط (٧) ؛ لأن الرؤية أعظم

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٣ / ٣٦٩) . (٢) في (أ) : « ففي » .

(٣) قال في الروضة : « في بيع الأعيان الغائبة والحاضرة التي لم تُرَ ، قولان . قال في القديم و « الإملاء » : والصرف من الجديد يصح ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رضي الله عنهم - وقال بتصحيحه طائفة من أئمتنا ، وأفتوا به ، منهم البغوي والروياني . وقال في « الأم » و « البويطي » : لا يصح ، وهو اختيار المزني » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٠) ، والمجموع : (٩ / ٣٥٠) .

(٤) في (أ ، ب) : « المغابنات » .

(٥) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٠) ، المجموع : (٩ / ٣٥٠) .

(٦) في (ب) : « هو الذي » .

(٧) قال الحموي : « قوله : (الرتبة الثالثة : العلم بالصفات بطريق الرؤية) ، إلى قوله : (ولا خلاف أن الشم والذوق في المشموم والمذوق غير مشروط لأن الرؤية أعم) إلى آخره . ذِكْرُ الشيخ أنه لا خلاف أن الشم في المشموم غير مشروط ، وقد ذكر صاحب « التتمة » في المسألتين وجهين ، فهذا يخالف ما ذكره » . ثم قال إجابة عن هذا الإشكال : « أمكن أن يحمل كلامه على ما عدا المسك » . مشكلات الوسيط .

طريق يُعرف به جميع الأشياء ، فالصفات المرئية تدل على جميع المقاصد الخفية غالبًا .

واضطرب الأصحاب في مسألتين :

إحداهما : البائع إذا باع ما لم يره :

منهم من قال : فيه قولان مرتبان ، وأولى بالبطلان ؛ لأن الخيار بعيدٌ عن البائع ، قاله المراوزة . وقيل : أَوْلَى بالصحة ؛ لأنّ المشترى محصِّل والبائع معرِض ، والمتملك بالاحتياط أجدر ، قاله العراقيُّون . وأصحّ المذهب [1] : البطلانُ في الشراء والبيع جميعًا .

ثم إنْ صححنا بيع الغائب ، ففي ثبوت الخيار له عند الرؤية وجهان ؛ أصحهما : الثبوت [2] ، كالمشتري . وقيل : لا يثبت ؛ لأنّ جانبه بعيد عن الخيار .

ولذلك إذا ظنّ المبيع معيبًا ، فإذا هو سليمٌ ، لا خيار له وإن استضرَّ به .

وهذا يبطل بخيار المجلس والشرط ، فإنهما يشتركان فيه ، وهذا من جنسه .

الثانية : في شراء الأعمي :

طريقان ينشآن على أن التوكيل بالرؤية ، والفسخ هل يجوز ؟ [3] وفيه وجهان :

أحدهما : المنع ؛ لأنه رأيٌ مجرد ، فصار كما إذا أسلم على عشر نسوة ، ووكل بالاختيار . والثاني : الجواز ؛ كالتوكيل بالرؤية والشراء [4] .

---

(١) في (أ ، ب) : « المذاهب » .

(٢) الأصح : ألا خيار له ، لا كما قال الغزالي . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٧) ، والمجموع : (٩ / ٣٥٥) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : في شراء الأعمى قال : (على أنّ التوكيل بالرؤية والفسخ هل يجوز ؟) عبارة قاصرة توهم أنه يوكل وكيلًا في أنه يرى المبيع ويفسخ مخصصًا للفسخ ، وهذا ليس فيه توكيل في الرأي المجرد والاختيار وإنما يوكله في أن يرى ويختار الفسخ أو الإمضاء فيكون توكيلًا في الاختيار فيضاهي الاختيار من عشر نسوة ، وسياقُ الكلام يدل على أن هذا هو وجه الكلام ، والله أعلم » . (المشكل: ٢ / ٥١ / ب) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (٣ / ٣٧٧) ، والمجموع : (٩ / ٣٥٩) .

فإنْ جوزنا بالتوكيل خرج شراؤه على القولين ، وإلا قطعنا بالبطلان ؛ إذ لا سبيل إلى الإلزام ولا إلى [1] خيار لا منتهى له .

وفي قبضه بالهبة والدين خلافٌ مرتب على شرائه ، وأَوْلَى بالصحة ؛ لأنه فعل يبعد عن الغرر ، ولو عَمِيَ بعد شراء الغائب فقلنا : لا توكيل في الرؤية ، انفسخ العقد لاستحالةِ التقبيد .

وصحح الشافعي - رضي الله عنه - سَلَمَ الأعمى . فقال المزني : لم [2] يرد به إلا كمه [2] لأنه لا يعرف الصفات [3] .

ومن الأصحاب من خالفه ؛ لأنه يتخيل فَرْقًا بين صفات الرداءة والجودة .

التفريع :

إنْ فرعنا على قول اشتراط الرؤية ، فعليه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : أنّ استقصاء الأوصاف على وجه يفيد الإحاطة بالمقاصد ، هل يقوم مقام الرؤية ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لحصول ثمرتها ، [4] وهي المعرفة [4] .

والثاني : لا [5] ؛ إذ الرؤية تطلع على دقائق لا تحيط العبارة بها .

الثانية : رؤية [6] بعض المبيع [6] تقوم مقامَ رؤيةِ الكلّ ، إذا كان المرئيّ يدل على الباقي ، كظاهرِ [7] صبرةِ الحبوبِ ، والمائعات / . هذا إذا كان متصلًا . ٦١/أ

---

(١) « إلى » : ليست في (ب) .

(٢) في (أ) : « يرد إلا كمه » .

(٣) انظر : مختصر المزني : (٢ / ٢٠٤) .

(٤) ليست في (أ) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (٣ / ٣٧٢) ، المجموع : (٩ / ٣٦٠) .

(٦) في (أ) : « البعض المبيع » .

(٧) في (أ) : « كرؤية ظاهر » .

فإن رأى [منه] (١) أنموذجًا ولم يدخل في البيع ، فهو كاستقصاء وصف المبيع .

والأصح (٢) - وهو اختيار الشيخ أبي محمد - : أنه لا يقوم مقام الوصف في السلم ؛ لأن اللفظ والوصف هو المرجع عند الإشكال في السلم .

وإن أُدخل في البيع ، صَحّ على اختيار القفّال ، وهو الأصح ، وفيه وجه .

وإن كان المرئيّ (٣) لا يماثل الباقي نظر ، فإن كان صلاح الشيء في إبقائه مستورًا كحبِّ الرمانِ ولبّ الجوز ، واللوز ، وأمثاله كفى رؤيةُ الظاهر ؛ للحاجة ، وما ليس كذلك يخرج على بيع الغائب .

فروع أربعة :

الأول (٤) : القشرة العُلْيا من الجوز الرطب . منهم من جعله مانعًا للاستغناء عنه ، ومنهم مَنْ ألحقه بالسفلى ؛ ففيه مصلحة إبقاء الرطوبة . والظاهر : أن القشرة العليا من الباقلي تكفي رؤيتُها ؛ لأنّ الرطوبة فيها مقصودة .

والثاني : الفأرة من المسك كالمسح من النوري (٥) ، والجلد من اللحم .

فلا يكفي النظر إليه ، إذ لا يتعلّق به كثيرُ صلاحٍ ، والمسك نفيسٌ فلا يُحتَمل ذلك فيه اعتيادا .

وقال صاحب التقريب : إذا لم تكن الفأرة مفتوحةً يُحتَمل إلحاقُها بقشرة الجوز . ثم

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) ذكر في الروضة : أنه الصحيح وليس الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٣) ، المجموع : (٩ / ٣٦٠) .

(٣) في (أ) : « المرائي » ، ولعله خطأ من الناسخ .

(٤) في (أ ، ب) : « أحدهما » ، ولعله خطأ من الناسخ .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (كالمسح النورى) « النوري » جنس من النبات منسوبٌ إلى « نور » بلدة من بلاد فارس مما يلي الهند ، وهي بفتح التاء المثناة وتشديد الواو المفتوحة وبعدها الزاي المنقوطة ويقال أيضًا : نوج بالجيم فالناس يخففون الواو فيقولون الثياب النورية ، كذا بخط ابن السمعاني » . (المشكل : ٢ / ٥٢ / أ) .

إذا أُدخلت الفأرة في البيع خرج على نجاسة الفأرة . والصحيح أنها طاهرة تشبيهًا بالبيضة [(١)] ، فإن الطبية تلقي بطبعها في [(٢)] كل سنة [(٢)] واحدة . والمسك كان أحبّ الطيب إلى رسول الله ﷺ ، فلا يليق بالشرع تنجيس طرفه ، وقيل : إنه نجس ؛ لأنه جزءٌ مُبَانٌ من حيٍّ .

الثالث : الديباج المنقَّش ، لا يدل أحد وجهيه على الآخر . والأصح : أن الكِرْبَاس يدل أحد وجهيه على الآخر ، وفيه وجه اعتبارًا لأحد الوجهين بأحد النصفين .

الرابع : لابد وأن يرى من الجارية ما يبدو في حالة المَهْنَة . ولا يُشترَط النظر إلى العورة . وفي الشعر وجهان [(٣)] .

المسألة الثالثة : الرؤية السابقة كالمقارِنة ، إذا كان الشيء مما لا يتغير غالبًا . خلافًا لأبي القاسم الأنماطي ؛ لأنّ المقصود المعرفة .

فرعان :

أحدهما : إذا أقدم [(٤)] على العقد على ظَنّ أنه لم يتغير على الغالب فكان قد تغيَّر على الندور ، فيتبينَّ بطلانُ العقد لتبينِ انتفاء المعرفة ؟ أم يُكتفي بالخيار لبناءِ العقد على ظَنٍّ ؟ فيه خلاف [(٥)] .

الثاني : إذا [(٦)] قال المشتري : تَغَيَّرَ ولي الخيار ، وأنكره البائع ؟ قال صاحب

---

(١) في (أ ، ب) : « بالبيض » .
(٢) في (أ) : « السنة » .

(٣) وأصح هذين الوجهين : أنه يشترط رؤية الشعر . انظر الروضة : (٣ / ٣٧٤) ، المجموع : (٩ / ٣٥٢) .

(٤) في (أ ، ب) : « قدم »

(٥) قال في الروضة : « فإذا صححناه ، فوجده كما رآه أولًا فلا خيار . وإن وجده متغيرًا فالمذهب : أنّ العقد صحيحٌ ، وله الخيار ، وبهذا قطع الجمهور ، وذكر في « الوسيط » وجهًا : أنه يتبين بطلانُ البيع لتبينِ انتفاءِ المعرفة » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٧١ ، ٣٧٢) ، المجموع : (٩ / ٣٥٨) .

(٦) « إذا » : ليست في (أ) .

التقريب : القولُ قول البائع ؛ إذ الأصلُ عدمُ التغيير ، وقال الخِضْري : بل [1] الأصل عدمُ لزوم الثمن ، والأول أصح [2] .

التفريع على صحة بيع الغائب أربع مسائل :

الأولى : إذا اشترى منديلًا ، نصفُه في صندوقٍ لم يره : قطع المزني بالإبطال ، فيما نقله نصًّا . ومن الأصحاب مَنْ تكلَّف له وجهًا ، وهو أن إثبات الخيار في النصف تخصيصًا محالٌ ، والتعميمُ إثباتٌ في المرئيّ فيؤدي إلى تناقض الحكم . ومنهم مَنْ جعل هذا بيعَ غائبٍ ، وهو الأقيس ، فإنّ موجب [3] الخيار في البعض تسليط على ردِّ كل المبيع ، كالعيب بأحد العبدين ؛ فالتعميمُ غير ممتنع .

الثانية : بَيْعُ اللبن في الضرع باطل ؛ فإنه انضمَّ إلى عدم الرؤية العجز عن تمييز المعقود عليه عن غيره . إذا اللبن في العروق ينصَبُّ إلى الضرع وقت الحلب ، فيختلط به ، وكذلك لو رأى منه أنموذجًا ، وغلط [4] الفوراني إذ ذكر في الأنموذج وجهين . نعم ، لو قبض على قدر من الضرع وأحكم شدَّه ، فوجهان [5] . منهم مَنْ حسم الباب ؛ لأنَّ الاطلاع على عدم الاختلاط غير ممكن ؛ والشّدّ قد يكون سبب حركة الطبيعة وانصباب اللبن .

---

(١) « بل » : ليست في (أ) .

(٢) الأصح المنصوص عليه : أن القولَ قولُ المشتري مع يمينه ، وليس كما قال الغزالي رحمه الله . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٢) ، المجموع : (٩ / ٣٥٩) .

(٣) في (أ) : « ثبوت » .

(٤) في (ب) : « وخلط » .

(٥) قال في الروضة : « بيع اللبن في الضرع باطلٌ ، فلو قال : بعتك من اللبن الذي في ضرع هذه البقرة كذا ، لم يجز على المذهب ، لعدم تَيَقُّنِ وجود ذلك القدر ، وقيل : فيه قولا بيعِ الغائب ، ولو حلب شيئًا من اللبن فأراه ، ثم باعه رطلًا مما في الضرع ، فوجهان كالأنموذج ، وذكر الغزالي الوجهين ، فيما لو قبض قدرًا من الضرع وأحكم شدَّه وباع ما فيه . قلت : الأصح في الصورتين البطلان ، لأنه يختلط بغيره مما ينصبُّ في الضرع » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٥) ، المجموع : (٩ / ٣٩٦) .

وكذلك إذا باع اللحم في الجلد قبل السّلْخ فهو باطل ؛ لأنه إنْ باع دون الجلد فلا يمكن تسليمُه إلَّا بتغيير الجلد .

وبشقِّه ثقبَه غالبًا ، وإن باع مع الجلد قطع الشيخ أبو علي بالبطلان [1] . ووجهه : اتصال المقصود بما ليس بمقصود ، على وجه لا يمكن تحصيل المقصود إلَّا بتغيير وتصرُّف في الجلد بالسلخ ، [2] والصحيحُ تخريجُه على القولين [2] [3] .

أما بيع الروس [4] والأكارع المسموطة [5] مع النظر إلى الظاهر : فجائز على القولين ؛ فإن الجلد في حكم جزء يُؤكَل منه .

الثالثة : إذا صححنا بيع الغائب ، فقد اتفق الأكثرون على أنه لو قال : بعتُ منك [6] ما في كمِّي - ولم يذكر الجنس - لا يجوز [7] . وهو ظاهر مذهب أبي حنيفة .

وفيه وجه منقاس : أنه يجوز بحصول التعيين بالإشارة ، ثم للأصحاب طريقان : قالت [8] المراوزة : لا يشترط شيءٌ سوى ذِكْرِ الجنس ، كقوله : بعتُ العبد الذي في البيت .

فلو استقصى الأوصاف ، فهل يَسْقط الخيار لقيام الوصف مقام الرؤية ؟ فعلى الخلاف السابق [9] .

قال [10] العراقيون : يُشْترط ذكر النوع مع الجنس قطعًا . وهو أن يقول : عبدي التركي [11] .

---

(١) في (ب) : « بالإبطال » .
(٢) ليست في (أ ، ب) .
(٣) قال في الروضة : « بيع الشاة المذبوحة قبل السلخ باطل ، سواء بِيع الجلد واللحم معًا أو أحدهما » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٥) ، المجموع : (٩ / ٣٦١) .
(٤) في (ب) : « الرؤس » .
(٥) في (ب) : « المسموط » .
(٦) « منك » : ليست في (أ) .
(٧) في (أ) : « لم يجز » .
(٨) في (أ ، ب) : « قال » .
(٩) الأصح : أن له الخيار . انظر الروضة : (٣ / ٣٧٧) .
(١٠) في (أ) : « وقال » .
(١١) وهذا الطريق هو الصحيح . انظر الروضة : (٣ / ٣٧٦) ، المجموع : (٩ / ٣٥٣ ، ٣٥٤) .

وهل يشترط استقصاء الأوصاف حتى ينعقد بيعُ الغائب على خيار الرؤية فعلى وجهين [١] . والطريقتان متباعدتان .

الرابعة : / يثبت الخيار في بيع الغائب بالرؤية . وله الفسخ قبل الرؤية . وفي الإجازة قبلها وجهان ، أظهرها [٢] : أنها لا تصح ؛ لأنَّ الرضا قبل حقيقة المعرفة ، ولو تصوَّر لحصل بقوله : اشتريت ، فليس في قوله : أجزت زيادةٌ عليه . ٦١/ب

فرع :

لو رأى ثوبين ثم سرق أحدهما من البيت ، وهو لا يدري أنّ المسروق أيهما . فاشترى الثوبَ الباقي ، فقد اشترى معينًا مرئيًا [٣] . وقد وقعت المسألة في الفتاوى ، فقلت : إنْ تساوى صفة الثوبين وقدرهما وقيمتهما ، كنصفى كِرْبَاسٍ واحدٍ صَحّ العقد .

وإن اختلف شيء من ذلك ، خرج على قولَي بيعِ الغائب ، لأنه ليس [٤] يدري أن المشترَى خمسةُ أذرع مثّلا أم عشرة . ورؤيتُه السابقة لم تُفِد العلمَ بقدر المبيع ووصفه في حالة البيع ، فلا أَثَرَ لها .

* * *

---

(١) أصح هذين الوجهين وهو المنصوص في « الإملاء » والقديم : أنه لا يُشترط استقصاء الأوصاف . انظر الروضة : (٣ / ٣٧٦) .

(٢) ذكر في الروضة : أن هذا الوجه هو الصحيح وليس الأظهر كما قال الغزالي رحمه الله . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٧) ، المجموع : (٩ / ٣٥٥) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في آخر الباب : (وقد اشترى مُعينًا مرئيًا) هو بالعين والنون وقد يقرأ معيبا بالعين والباء وليس بالجيد ؛ لأنه إن كان المراد أنه معيب في حال العقد مدى فيما سبق ولا معنى له مع ما سبق بيانه من أن الرؤية السابقة كالمقارنة فلا يكون هذا مناط اللفظ حتى يتعرض له وإن كان المراد أنه وإن كان مرئيًا حقيقة فهو كالغائب من حيث المعنى لأن الرؤية السابقة لم تفدِ العلم بالمبيع » . المشكل (٢ / ٥٢أ) .

(٤) في (أ) : « لا » .

الباب الثاني

في

فساد البيع بجهة الربا

المبيع إذا كان ربويًّا اشتُرط في عقده وراء ما ذكرناه من الشرائط السابقة في الباب الأول ثلاث شرائط :

التماثُلُ بمعيار الشرع والحلول - ونعني به مَنْعَ الأجل والسَّلَم [1] - ، و[وجوب] [2] التقابض في مجلس العقد .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في الربا : (والحلول ويعني به مَنْعَ الأجل والسلم) فذكْره السَّلم إنما يستقيم إذا أراد بيع السلم الحال فيه ، وفي ذلك وجهان مذكوران في السّلم من « البسيط » واختار هناك الجواز واستبعد المنع ، واللّه أعلم .

ثم جزم بالصحة فيما إذا تساوت صفتهما وقدرهما وقيمتهما مع جزئية الخلاف في الصورة الثانية ، والتحقيق يوجب إجزاء الخلاف المذكور في استقصاء الوصف في صورة التساوي في مسألة الأنموذج من حيث إنه ذكره لا محالة اعتمادًا على مساواة غير المبيع في الصفة المعلومة بالمشاهدة فهو كالأنموذج الذي ليس يمتنع المساوي في الصفة للمبيع ولا فرق ، واللّه أعلم .

ثم ذكر التساوي في القيمة اعتبارًا للقيمة مع الوصف ولا وجود لمثله في هذا الباب ، واللّه أعلم » . المشكل : (٢ / ٥٢ / ب) .

قال الحموي : « ذكر الشيخ - رحمه اللّه - الحلول ويعنى به منع الأجل ، وإذا كان كذلك فلا حاجة إلى ذكر السّلم ؛ فإنه قد نفاه بقوله مع الأجل » . ثم رَدّ على ذلك بقوله : « إنما فرض الشيخ ذلك لأنه لا يفهم منه في الغالب إلا الحلول في البيع ، فمنع الأجل بالحلول ومنعه أيضًا في السّلم ، لأنه في الغالب لا يكون إلا مؤجلًا فبقى ذلك بذكر الأجل ، ولو اقتصر على أحدهما لم يُفْهم منه نَفْيُ الآخر فذكرهما جميعًا وبين أنْ لا فرقَ بينهما ، والإشكال ضعيف » . مشكلات الوسيط (٨٢ ب - ٨٣ أ) .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

هذا إذا بيع الربويُّ بجنسه ، فإنْ بِيعَ بربويٍّ آخر يُشاركه في العلة التي هي قرينة الجنسية يسقط (١) اشتراط التماثل ، وبقي اشتراط التقابض والحلول .

وأنكر أبو حنيفة - رحمه اللّه - شرط التقابض إلَّا في عقد الصرف (٢) .

وإن بِيع بما لا يدخل في الربويات سقطت هذه الشرائط كلُّها .

ومعتمد الباب ما روى الشافعي - رضي اللّه عنه (٣) - بإسناده عن مسلم بن يسار ورجلٍ آخر عن عبادة بن الصامت عن النبي - عليه السلام - أنه قال : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ، والورِقَ بالورقِ ، والبرَّ بالبرّ ، والتمر بالتمر ، والشعير بالشعير ، والملح بالملح ، إلا سواء بسواء ، عينًا بعين ، يدًا بيدٍ ، فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم يدًا بيد » . (٤)

---

(١) في (أ) : « سقط » .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن المال قد يكون ربويًا وقد لا يكون ، فإذا لم يكن المال ربويًا وأُريد بيعُ هذا المال بمالٍ آخر فلا تجب رعايةُ المماثلة بين هذين المالين ، ولا الحلول أي منع الأجل والسَّلم ولا التقابض في المجلس ، وسواء كان هذا المال الآخر ربويًا أو غير ربوي ، أما إذا أُريد بيع مالٍ ربوي بآخر ربوي ، فإن هذين المالين قد يكونان ربويين بعلّتين ، أو بعلةٍ واحدة ، فإن كانا بعلتين ، كأن يبيع الحنطة بالذهب أو الفضة فلا تجب رعاية المماثلة ، ولا التقابض ولا الحلول . وإن كانا بعلَّة واحدة ، فقد يتحد الجنس وقد يختلف ، فإن اتحدَ - كأنْ يبيع الذهبَ بالذهب ، أو الحنطة بالحنطة - فَتَثْبُت أحكام الربا الثلاثة ، فتجب رعايةُ المماثلة والحلولُ والتقابضُ في المجلس ، وإن اختلف الجنس - كأن يبيع الحنطة بالشعير ، أو الذهب بالفضة ، فيسقط اعتبار المماثلة . ويُعتبر الحلول والتقابض في المجلس .

ومذهب الحنفية : أنه لا يشترط رعايةُ التقابض في المجلس في جميع الربويات حيث يكفي فيها التعيين ، ولا يُشْترط التقابض في المجلس إلا في عقد الصرف وهو ما يقع على جنس الأثمان من الذهب والفضة ، انظر : التنبيه : (٦٤) ، وروضة الطالبين : (٣ / ٣٨٠) ، المجموع : (٩ / ٥٠٥) ، مختصر الطحاوي : (٧٥) ، شرح فتح القدير : (٧ / ١٧ ، ١٨) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٣١) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٥٧) .

(٣) انظر : مختصر المزني : (٢ / ١٣٦ ، ١٣٧) .

(٤) أخرج البخاري عدة أحاديث بألفاظ مختلفة قريبة من معنى هذا الحديث ، من ذلك ما رواه عن أبي بكرة قال : قال رسول اللّه ﷺ : « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواءً بسواء ، والفضة بالفضة إلا سواء بسواء وبيعوا الذهب بالفضة والفضة بالذهب كيف شئتم » . انظر البخاري مع الفتح : (٤ / ٤٤٠ - =

أوجب عند التجانس ثلاثة أمور ، وعند اختلاف الجنس أوجب التقابض ونَفْي السلم بقَوله : يدًا بيد .

والربا في النقدين عندنا ، معلَّل بكونهما جوهري الأثمان ، فيتعدى إلى الحُليِّ وكلِّ ما يُتّخَذ منهما ، ولا يتعدَّى إلى غيرهما (١) . وكذلك عند مالك ، وقال أبو حنيفة :

= ٤٤٥) . (٣٤) كتاب البيوع ، أبواب : (٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨) . رقم : (٢١٧٠ ، ٢١٧١ ، ٢١٧٢ ، ٢١٧٣ ، ٢١٧٤ ، ٢١٧٥ ، ٢١٧٦ ٢١٧٧) ، ومسلم : (٣ / ١٢١٠ ١٢١١) (٢٢) كتاب المساقاة (١٥) باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا (١٥٨٧) . وانظر سنن أبي داود : (٣ / ٢٤٦) . كتاب البيوع . باب في الصرف (٣٣٥٠) . والترمذي : (٣ / ٥٤١) (١٢) كتاب البيوع (٢٣) باب ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلًا بمثل (١٢٤٠ ، ١٢٤١) ، والنسائي : (٧ / ٢٧٤ - ٢٧٧) (٤٤) كتاب البيوع (٤٣ / ٤٤) .

باب بيع البرّ بالبرّ ، وبيع الشعير بالشعير (٤٥٦٢ ، ٤٥٦٣ ، ٤٥٦٤) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٥٧ - ٧٥٨) (١٢) كتاب التجارات (٤٨) باب الصرف وما لا يجوز متفاضلًا يدًا بيد (٢٢٥٤) . وانظر : السنن الكبرى للبيهقي (٥ / ٢٧٦ - ٢٧٨) .

(١) قال الحموي : « ذكر الشيخ الحديث المشهور ، وهو قوله ﷺ : « ... الذهب بالذهب ، والورق بالورق ، ... » ثم قال الشيخ : (في النقدين معلل بكونهما جوهري الأثمان ، فيتعدى إلى الحلي ، وكل ما يتخذ منهما ، ولا يتعدى إلى غيرهما) ، وإذا كان كذلك فلا حاجة إلى ذكر التعدي ، فإن تعدية الحكم إلى غيره إنما تكون عند عدم النص ، وهاهنا النص مطلق يَعُمّ الحليَّ وغيره ، فعلى هذا لا حاجة إلى ذكر التعدي ، كما لا يخفى . وعنه جوابان :

أحدهما : أن بعض العلماء قد ذهب إلى أن الورق لا يطلق إلا على المسكوك دون غيره ، وإذا كان كذلك احتمل أن يراد بالذهب الدنانير أيضًا ؛ لأجل قرينة ذكر الورق ، وإذا كان كذلك لم يَبْقَ النصّ صريحًا ؛ لدخول الحلي عليه وعلى غيره ، فذكر ذلك القيد حتى يعلم أن المراد بذلك جنس الذهب والفضة . وبه خرج الجواب .

الجواب الثاني أن يقال : اختلف الحكم فيه في باب الزكاة من حيث إن الحلي المباح لا زكاة فيه على أحد القولين ، مع كون النص مطلقًا ، احتمل أن يقال : فيه خلاف مثله ، فلما تعرض لذلك في مسألتنا علم أنه ليس كهو ، كما لا يخفى » . مشكلات الوسيط (٨٣ أ - ٨٣ ب) .

معلَّل [١] بالوزن والجنسية [٢] .

وعلةُ الربا في الأشياء الأربعة عندنا : الطعم والجنس .

وقال أبو حنيفة : العلة مركَّبة من [٣] الكيل والجنسية [٤] . ومذهب ابن المسيب : أن العلة هي الطعم في الجنس والتقدير ، وهو قول قديم للشافعي رضي الله عنه .

والجنسية عندنا محل العلة ، فهي بمجردها لا تحرم النَّسَاء ، بل يجوز إسْلامُ الثوب

---

(١) في (أ ، ب) : « يعلل » .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن الربا في الذهب والفضة مُعلل بكونهما جوهري الأثمان ويدخل في ذلك الحُليّ والأواني المصنوعة منهما ، ولا يتعدى إلى غيرهما من الحديد والنحاس وهذا هو مذهب المالكية .

ومذهب الحنفية : أنّ الربا معلل في النقدين بالوزن مع الجنس ، فإذا بيع الموزون بجنسه متفاضلًا لم يجز ، ويجوز مُتماثلًا . انظر التنبيه : (٦٤) ، روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٩ ، ٣٨٠) ، **المجموع** : (٩ / ٤٩٠، ٤٩٣) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (١ / ١٦١) ، مختصر الطحاوي : (٧٥) ، **شرح فتح القدير** : (٧ / ٣ ، ٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٣٠) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٥٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٣ / ٢٨) .

(٣) في الأصل : « في » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) وهو أولى .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن علة الربا في الأشياء الأربعة وهي : البرّ ، والشعير ، والتمر ، والملح : الطعم مع الجنس ، فيحرم الربا في كل ما يطعم إن اتحد جنسُه ، وسواء كان مما يُكال أو يوزن ، أم لا . وهذا على الجديد الأظهر ، أما القديم : فاشتُرِطَ مع الطعم والجنس الكيل أو الوزن فيحرم الربا في كل ما يطعم مما يُكال أو يُوزن إن اتحد جنسه .

ومذهب الحنفية : أن العلة في الأشياء الأربعة هي : الكيل مع الجنس ، فتكون العلة في الربا عندهم عمومًا ، سواء في الأشياء الأربعة أو النقدين هى : الكيل أو الوزن مع الجنس فيحرم الربا في كل ما يُكال أو يوزن إذا اتحد الجنس ، انظر : التنبيه : (٦٤) ، وروضة الطالبين : (٣ / ٣٧٩) ، **المجموع** : (٩ / ٤٩٦) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٦١) ، مختصر الطحاوي : (٧٥) ، **شرح فتح القدير** : (٧ / ٣ - ٤) ، الاختيار لتعليل المختار (٢ / ٣٠ ، ٣١) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٥٥) .

في جنسه ، خلافًا لأبي حنيفة [١] . ويجري الربا عندنا في دار الحرب ، خلافًا له [٢] .

وإذا اشترى الشيء [٣] بأقل مما باعه نقدًا صَحَّ العقدان عندنا .

وقال مالك : بطل العقدان ؛ لأنه ذريعةٌ إلى الربا .

وقال أبو حنيفة : بطل العقد الثاني [٤] .

(١) **مذهب الشافعية** : أنه لا تكفي الجنسية وحدها في المال حتى يحرم فيه النسيئة ، فيجوز إسلام الثوب في ثوبين من جنسه ، إلا إذا اجتمع مع الجنس الطعم ، أو الثمينة . فتحرم النسيئةُ وكذلك الفضل إنْ كان الجنس واحدًا .

ومذهب الحنفية : أنه يكفي توافرُ الجنس لحرمة النَّساء ، أو توافر الكيل أو الوزن لحرمته ، فإذا وُجِدَ أيّ من الجنس أوالكيل والوزن فيحرم النَّساء فقط دون الفضل ، وإذا وُجِدَ مع الجنسِ الكيلُ أو الوزنُ فيحرم الفَضْل والنَّساءُ ، وإذا لم يوجد الجنس ولا الكيل أو الوزن جاز الفَضْلُ والنَّساء . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٨٠) ، المجموع : (٩ / ٥٠٤) ، شرح فتح القدير : (٧ / ١٠ ، ١١) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٣٠ ، ٣١) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن الربا يجري في دار الحرب جريانَه في دار الإسلام ، فيحرم فيه أيضًا سواء فيه المسلم والكافر ، وهو مذهب أبي يوسف صاحب أبي حنيفة .

ومذهب الحنفية : أنه لا يتحقق الربا بين المسلم والكافر في دار الحرب لأنّ مالَهم مباح في دارهم فبأي طريق أخذه المسلم كان مباحًا ، بخلاف المُستأمِن منهم ؛ لأنّ ماله صار محظورًا بعقد الأمان . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٧) ، المجموع : (٩ / ٤٨٨) ، شرح فتح القدير : (٧ / ٣٨) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٣٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٥٩) .

(٣) « الشيء » : ليست في (أ) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز بيع العِينة ، وهو أن يبيع غيره شيئًا بثمنٍ مؤجل ، ويُسَلِّمه إليه ، ثم يشتريه قبل قبض الثمن بأقل من ذلك الثمن نقدًا .

ومذهب الحنفية : أنه يصح البيع الأول ، ويبطل البيع الثاني .

ومذهب المالكية : أنه يبطل العقدان جميعًا سَدًّا لذريعة الربا . انظر مختصر المزني : (٢ / ٢٠١) ، التنبيه : (٦٧) ، وروضة الطالبين : (٣ / ٤١٨ ، ٤١٩) ، مختصر الطحاوي : (٨٢) ، الكافي : (٣٢٥) ، القوانين الفقهية : (٣٦٣) .

وأدلة هذه المسائل مستقصاة في الخلاف .

والنظر الآن إنما يطول في الربا الفضل ؛ فإن التقابض وتحريم النسيئة فرعان له يجريان في [كل] (١) عينين جمعتْهما قرينةُ الجنسية ، من النقدية أو الطُّعم والكلام يتعلق بأطراف :

الطرف الأول : فيما يجري (٢ الربا فيه ٢) بعلة الطُّعْم :

وهو كل ما ظهر منه (٣) قَصْد الطعم وإن ظهر منه قصدٌ آخر ، ويدخل فيه الفواكه ، والأدوية ، ومنه الطين الأرضي ، وكذا الطين الذي يؤكَل سفهًا على الصحيح وكذا الزعفران ، وإنْ قصد منه الصبغ ، وكذا الماء فإنه مطعوم .

وفي دهن البنفسج ، ودهن الكتان ، وودَك السمك خلاف (٤) . وقطع العراقيون بأنّ الربا لا يجري فيها (٥) ؛ لأنها لا تؤكل في حالها على عموم ولا على الندور ، بل دُهْنُ الكتان للاستصباح ، وودَكُ السمكِ لِطَلْيِ السفن (٦) .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) في (ب) : « فيه الربا » .

(٣) في (أ) : « منه » .

(٤) الأصح : أن دهن البنفسج ربوي ، ودهن الكتان وودك السمك ليس بربوي . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٩) ، المجموع : (٩ / ٤٩٨) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (وفي دهن البنفسج ودهن الكتان ودهن السمك خلاف ، وقطع العراقيون بأن الربا لا يجرى فيها) هكذا وقع فيما وقفنا عليه من النسخ وهو مشكل ، وإصلاحه يحصل بحرف واحد هو أن يجعله « لا يجري فيهما » بالتثنية وهو راجع إلى دهن الكتان وودكِ السمك خاصة دون دهن البنفسج ، وإلّا فما عقيبه يدل قطعًا على هذا ، ثم ذكره من قطع العراقيين فى دهن الكتان وودك السمك صوابه إضافته إلى بعض العراقيين ، فإن الذي نعرفه عن العراقيين إجراء الخلاف في الجميع ، والله تعالى أعلم » . المشكل (٢ / ٥٢ ب) .

(٦) قال في المجموع : « والرابع : ما يُراد للاستصباح كدهن السمك وبذر الكتان ودهنه وفيه وجهان مشهوران في الطريقين ؛ ذكرهما المصنف بدليلهما : أصحهما : أنه ليس بربوي . وأما قول إمام الحرمين والغزالي : إن العراقيين قطعوا بأنه لا ربا فيه فليس بمقبول ، بل الخلاف فيه مشهور في كتب العراقيين ، والله أعلم » . انظر : المجموع (٩ / ٤٩٨) .

أما دهن البنفسج ، قال العراقيون : القول [١] المنصوص فيه أنه يجري فيه الربا ؛ لأنَّ الناس لا يتناولونه ضنة به . وفيه قول قديم مخرَّج .

ومن أصحابنا من أجرى الربا في الكل ؛ نظرًا إلى الأصل الذي منه الاستخراج ، وإعراضًا عن الحال .

الطرف الثاني : في الخلاص من ربا الفضل :

والمطعوم ينقسم : فالذي يُعتاد تقديره تحصل المماثلة فيه بمعيار الشرع والعبرة فيه بعصر رسول الله ﷺ فلا يوزن مكيل [٢] في عصره ، ولا يُكَال موزون [٣] ، فإنْ فعل فلا أثر له في الصحة .

وإن وجد شيء لا يُعرف له معيار في عصره فخمسة أوجه :

أحدها : الوزن ؛لأنه أحصر .

الثاني : الكيل ؛ لأنه أعم .

الثالث : التخيير ؛ للتعادل .

الرابع : يرجع إلى عادة أهل العصر ، وهو الأفقه [٤] .

الخامس : يرجع إلى معيار أصله إن كان مستخرجًا من أصل .

ويجوز الكيل بقصعة لا يُعتَاد الكيل بها ، كما يجوز التعديل بالوضع في كفتي الميزان ، وللقفَّال في الكيل بالقصعة تردُّد [٥] .

---

(١) « القول » : ليست في (أ) .

(٢) زاد في (ب) هنا كلمة : « الشرع » ، ولا حاجة إليها . (٣) في (ب) : « موزونة » .

(٤) ذكر النووي وجهًا سادسًا ، وقال : إنه الأصح . وهو أنه تعتبر عادة الوقت في بلد البيع . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٨٣) ، المجموع (١٠ / ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، ٢٢٩)

(٥) والأصح : جواز الكيل بالقصعة . انظر الروضة : (٣ / ٣٨٣) .

أما إذا باع صبرةً بصبرة جزافًا فهو باطل ، وإن خَرَجَتا متماثلتين خلافًا لزفر .

أما غير المقدر : كالبطيخ والسفرجل والقثَّاء والبيض والجوز (١) ، مما له كمال في حالة جفافه ، فلا يُباع بعضُه بالبعض في حالة الرطوبة أصلًا ، وإن لم يكن له / حالة جفاف ، فوجهان ؛ أحدهما : جواز البيع بالوزن متساويًا . ٦٢/أ

والثاني : أنه لا يجوز (٢) ؛ إذ ليس للشرع فيه معيار ، ولا للعادة .

ثم إنْ جفف نادرًا ففي بيع بعضهِ بالبعض وزنًا وجهان مرتبان على حالة الرطوبة وأولى بالجواز ، ووجه المنع : أن الجفاف نادر فيه غير مقصود ، فيلحق بحالة الرطوبة ، كأنه لم يوجد الجفاف ، والجواز أقيسُ .

الطرف الثالث : في الحالة التي تُعتبَر المماثلة فيها :

وقد سُئل رسول اللّه ﷺ عن بيع الرطب بالتمر . فقال : « أينقص الرطب إذا جَفَّ ؟ فقال السائل : نعم ؟ فقال : « فلا إذًا » (٣) . منع وعلَّل بتوقع النقصان بالنسبة إلى حالة الجفاف ، فدلَّ على أن المطلوب التماثل بالإضافة إلى تلك الحالة (٤) ، فلا يُباع الرطب

---

(١) في (ب) : « والنبق » .

(٢) وهذا القول الثاني هو الأظهر ، انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٨٤ ، ٣٨٩) ، المجموع (١٠ / ٣٠٥) .

(٣) أخرجه أبو داود : (٤ / ٢٤٨) . كتاب البيوع . باب في التمر بالتمر (٣٣٥٩) ، والترمذي : (٣ / ٥٢٨) (١٢) كتاب البيوع (١٤) باب ما جاء في النهى عن المحاقلة والمزابنة (١٢٢٥) . ولفظه : « أينقص الرطب إذا يبس ؟ » قالوا نعم فنهى عن ذلك ، والنسائي : (٧ / ٢٦٨ ، ٢٦٩) (٤٤) كتاب البيوع (٣٦) اشتراء التمر بالرطب (٤٥٤٥ ، ٤٥٤٦) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٦١) (١٢) كتاب التجارات . (٥٣) باب بيع الرطب بالتمر (٢٢٦٤) . وانظر : السنن الكبرى للبيهقي : (٥ / ٢٩٤ - ٢٩٦) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣ / ٩ ، ١٠) . حديث رقم : (١١٤٢) .

(٤) في (أ) : « الحال » .

بالرطب ، والعنب بالعنب وإن تماثلا ؛ لأنّ تفاوت النقصان عند الجفاف لا ينضبط .

وقال أبو حنيفة – رحمه الله – : يجوز بيع الرطب بالرطب ، والتمر بالتمر جميعًا (١) .

وما تختلف حالُه من المطعومات ثلاثة : الفواكه ، والحبوب ، والمعروضات على النار . أما الفواكه : فكلٌّ ما يُجَفَّف للادّخار ، يَحْرم بيعُه في حالة الرطوبة .

فروع أربعة (٢) :

أحدها : الرطب الذي لا يتهِمر . فيه وجهان : أحدهما : منع البيع (٣) ؛ لأن له حالةَ جفافٍ على الجملة والرطوبة توجب تفاوتًا .

والثاني : الجواز ؛ لأنا فهمنا رعايةَ المماثلة في أكمل الأحوال وفي أشرف الأشياء . والشرف في الطعم ، وكمال الحال في الرطوبة فيما يفسد بالجفاف . وعلى هذا لا يجوز بَيْعُ رطبه بالتمر .

هذا مدلول كلام الأصحاب ، [وينقدح جوازه كما جاز بالرطب] (٤) .

---

(١) **مذهب الشافعية :** أنه لا يجوز بَيْعُ الرطب بالتمر ، ولا الرطب بالرطب . ولا بيع العنب بالعنب . ولا العنب بزبيب ، وكذلك كل ثمرة لها حالُ جفافٍ حيث تُعتبر المماثلة في حال الجفاف فقط ، وهو مذهب أبي يوسف ، ومحمد بن الحسن .

ومذهب أبي حنيفة : أنه يجوز بَيْعُ الرطب بالتمر وبالرطب أيضًا ، يدًا بيد ، مثلًا بمثل . انظر : مختصر المزني : (٢ / ١٥١) ، التنبيه : (٦٥) ، روضة الطالبين : (٣ / ٣٨٨ ، ٣٨٩) ، المجموع : (١٠ / ٣٠٦ ، ٣٠٧) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٦٢) ، مختصر الطحاوي : (٧٧) ، شرح فتح القدير : (٧ / ٢٧) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٣٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٥٨) .

(٢) « أربعة » : ليست في (أ) .

(٣) ذكر في الروضة : أنهما قولان وليسا وجهين وأنّ الأول هذا هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٨٤) .

(٤) زيادة من (أ) .

الثاني : المشمش والخوخ وما يجفف على ندور ، فيه ثلاثة أوجه [(١)] ؛ أحدها : المنع ؛ لأن له حالة جفاف . والثاني : الجواز ؛ لأن الرطوبة أكمل أحواله . والثالث : المنع رطبًا ويابسًا إذا لم يتقرر له حالة كمالٍ ، وللعنب في [(٢)] الكمال حالتان : الزبيب ، والخل .

الثالث : يُباع الزيتون بالزيتون ، واللبن باللبن ، وهي أحوال كمالها [(٣)] ؛ فإنّ الزيت والسّمن ، وما إليه مصيرهما ليس من جنسهما .

الرابع : يحرم بَيْعُ التمر بعد نزع النَّوى ؛ لأنه يفسد كماله وادخاره ، وللعراقيين فيه وجه .

واللحم يُبَاع البعض بالبعض في حالة التعدد [(٤)] بعد نزع [(٤)] العظم ، ومع العظم لا ؛ لأن الإصلاح في نزعه .

وقيل : إنه يجوز بَيْعُ اللحم - في حالة الرطوبة - باللحم [(٥)] ؛ لأنّ التقدير فيه كالنادر . وقيل : إنّ نزع العظم غير واجبٍ ، وهو بعيد .

وأما المشمش والخوخ : منهم مَنْ ألحقهما بالتمر [(٦)] ، ومنهم من ألحقهما باللحم ،

---

(١) قال في الروضة : « وكذا كل ثمرة لها حال جفاف ، كالتين ، والمشمش ، والخوخ والبطيخ والكمثرى اللذين يفلّقان ، والإجّاص ، والرمان الحامض ، لا يُبَاع رطبها برطبها ولا بيابسها . حُكي وجه في المشمش والخوخ ، وما لا يعمم تجفيفُه عموم تجفيف الرطب : أنه يجوز بيع بعضها ببعض في حال الرطوبة ، لأنها أكملُ أحوالها ، وهذا الوجه شاذ » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٨٩) ، المجموع : (١٠ / ٣١٠ - ٣١١) .

(٢) في (ب) : « من » .

(٣) في (ب) : « كمالهما » .

(٤) في (ب) : « ونزع » .

(٥) « باللحم » : ليست في (ب) .

(٦) زاد (ب) هنا : « في المنع من نزع النوى » .

في وجوب نزع (١ النَّوى أو منعه ١) (٢) .

أما الحبوب : فلا خلاص عن الرِّبا فيها بالمماثلة إلا في حالة كمالها ، وهو أن يكون حَبًّا ، فكمال البُرِّ في حالة (٣) كونه بُرًّا ، إلا أن تكون مقلية أو مبلولة أو كِشْكًا مُهَرَّسًا ، فإنّ كلَّ ذلك يُفْسِد الادخارَ . والأرز لا يبطل ادخارُه بتنحية قشرته .

وفي الجاورش ترددٌ ، فإنْ خرج عن كونه حبًّا فلا خلاصَ فيها بالمماثلة ، كالدقيق ، والسَّويق ، والكعك ، والخبز ، وسائر أَجزاء البُرِّ .

وللشافعيّ نصوصٌ قديمة في أجزاء البر مضطربة ، ولكن قرار المذهب (٤) ما ذكرناه .

نعم ، السِّمسم - وماله دهنٌ من الحبوب - يجوز بيعُ الدهن بالدهن منه متماثلًا ؛ لأنه - أيضًا - حالة كمال .

أما اللبن : فكماله (٥) أن يكون لبنًا . ويُبَاع الزبد بالزبد أيضًا ، كما في دهن السمسم بدهن السمسم ، وكذا المخيض بالمخيض ، إلا أن يكون فيه ماء .

---

(١) في (ب) : « العظم » . ويقول الحموي : « فإن قيل : كان ينبغي أن يقول : (ومنهم من ألحقهما بالتمر في المنع من نزع النوى) وإلا فجميع التمر بالتمر جائز ، وكان ينبغي أن يقول : (ومنهم من ألحقهما في وجوب نزع اللحم) لا في وجوب نزع التمر ؛ لأنه يفسد المبيع بخلاف نزع العظم .

قلت : أما قوله : (فمنهم مَنْ ألحقهما بالتمر في المنع من نزع النوى) فهم ذلك من الكلام المتقدم ، وأما في وجوب نزع اللحم ففي بعض نسخ الكتاب : (نزع العظم) ، ولا يصح الجواب إلا على هذا التقدير » . مشكلات الوسيط (٨٣ ب - ٨٤ أ) .

(٢) والأصح : أنه لا يبطل كمال المشمش والخوخ بنزع النوى . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٣) .

(٣) « حالة » : ليست في (أ) .

(٤) انظر : مختصر المزني : (٢ / ١٤٤) ، التنبيه : (٦٥) ، روضة الطالبين : (٣ / ٣٨٩ - ٣٩٠) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٦٢) .

(٥) في (ب) : « فحاله » .

ويُباع اللبن بالرائبِ المنعقد ، وإن كان خاثرًا ، إلا أن يكون معروضًا على النار . وأجزاء اللبن كالمصل والأَقِطِ ، والجبُن لا يُباع بعضُها ببعض ، ولا بالمخيض ولا باللبن ؛ لمفارقة حالة الكمال ؛ وأجزاء اللبن كالدقيق والخبز مع البُرِّ .

أما المعروضات على النار : فهي مفارقة لحالة (١) الكمال ، ومنه اللحم المشوي والمطبوخ والدِّبس .

أما السكر والفانيذ والقَنْدُ واللِّبأ (٢) – وهو لبن عُرِض على النار أدنى عرض – والعسل المُصَفَّى بالنار ، في كل ذلك خلافٌ لضعف أثر النار ، والعسل (٣) المصفى بالشمس حاله (٤) حال كمال وفاقًا .

والصحيح (٥) : جوازُ بيعِ العسل بالعسل ، وإن عُرِض على النار ؛ لأن ذلك للتمييز ، فهو كبيع السَّمن بالسمن [فإنه] (٦) جائز ، وإن كان لا يجوز بيع السَّمن بالزُّبد ؛ لأنّ أَثَرَ النار عند ذلك يظهر التفاوت .

الطرف الرابع : في اتحاد الجنس واختلافه :

والنظر في اللحوم والألبان والأدقة والأَدْهَان والخلول والحلاوات .

أما اللحوم : ففيها قولان ؛ أصحهما (٧) – وهو اختيار المزني – (٨) : أنها أجناس ؛

---

(١) في (أ ب) : « حالة » .

(٢) قال في الروضة : « فلا يجوز بَيْعُ الدبس بالدبس ، والسكر بالسكر ، والفانيذ بالفانيذ ، واللِّبأ باللِّبأ ، على الأصح في الجميع » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٢) ، المجموع : (١٠ / ٣٩٩) .

(٣) في (ب) : « وفي العسل » .

(٤) « حاله » : ليست في (ب) .

(٥) ذكر في الروضة أنه الأصَحّ . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٣) .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) قال في الروضة : « أظهرهما : أنهما أجناس » . ولم يقل أصحهما ، لكونهما قولين . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٤) .

(٨) انظر : مختصر المزني (٢/١٥٥، ١٥٦).

لاختلافِ الحيوانات ، وكيف يُجَانِس لحمُ العصفور لَحْمَ الإبل ؟ والثاني : أنها جنس ؛ لأنها اندرجت تحت اسم واحدٍ لا يتميز بعضُها إلا بالإضافة ، كأنواع التمر والعنب .

وعلى هذا ، في البَرِّي مع البحري وجهان [١] ؛ لأنا قد لا ندرج الحوت تحت اسم اللحم في التمييز .

وإن قلنا : إنها أجناس : فأنواع الغنم من الضأن والمعز جنس [واحد] [٢] ، وكذا أنواع الحمام من الدبسي والفواخت ، والبحريات جنسٌ واحد إن أطلقناه [٣] أحللنا الكل [٤] / بتسميتها حوتًا ، وإن لم ندرجها تحت اسم الحوت فهي أجناس . ٦٢/ب

فإن قيل : الكرش ، والكبِد والطِّحالُ والرِّئة ، والأمْعَاء ، وما يختص باسمٍ واحدٍ خاصّ ، ما حكمها [٥] ؟

إن [٦] قلنا : إن اللحوم أجناس ، فهذه مع اختلاف الأسامي أولى ، وإن قلنا : إنها جنسٌ ، فهذا [٧] ينبني على اليمين ؛ فكل ما يحنث الحالف على تناول اللحم بتناوله فهو جنس اللحم [٨] ، وكل [٩] ما لا يحنث به ، ففيه وجهان ؛ لأن اليمينَ يُبْنَى على الاسم لا على حقيقة الجنسية [٩] . والمذهب : أن الحالف على اللحم لا يحنث بشيء من ذلك ، ويحنث بالرُّوس والأكارع ، ولا يحنث بالشحم والألية ، ويحنث بسمين اللحم .

وألحق المراوزةُ القلبَ باللحم . وألحقه العراقيون بالكبد .

---

(١) أصح هذين الوجهين : أن البَرِّي مع البحري جنس واحد . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٤) .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) « أطلقناه » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « الأكل » .

(٥) المذهب : أنها أجناس : انظر الروضة : (٣ / ٣٩٥) .

(٦) زاد (ب) قبلها : « قلنا » .

(٧) في (أ ، ب) : « فهذه » .

(٨) في (أ) : « واحد » .

(٩) العبارة ليست في (أ) .

فإنْ قيل : هل يجوز بيعُ اللحمِ بالحيوان ؟

قلنا : لا ، إذ وَرَدَ النهيُ فيه ، وذلك في بيع لحم الغنم بالغنم .

أما البقر ، وغير الغنم يُبنى على اتحاد الجنس ، إن قلنا : اللحوم جنس (١) حرم ، وإن قلنا : أجناس ، فقولان ؛ أقيسُهما : الصحة (٢) ؛ إذ فهمنا تقديرَ اللحم بالحيوان (٣) إذا قوبل بجنسه ، إذ لو استرسلنا على العموم انجرّ إلي مَنْعِ بيع اللحم بالحمار وبالعبد .

ونحن قد نخصص العمومَ بقرينة معنوية تُفْهم من اللفظ كتخصيصنا اللمس بغير المحارم ، وحرمان الميراث بمن ليس مستحقًّا للقتل ، حتى لا يحرم المقتص والجلاد أما الأدقة ، فهي أجناس مختلفة .

والمذهب : أنّ الألبان كاللحوم (٤) [لأنها أجزاؤها ، انحضرت منها] (٥) ، والأدهان مختلفة ، وقيل يُخَرّج على قولي اللحوم (٦) .

أما الدهن والكسب فجنسان ، كالسمن والمخيض . والخلول كالأدهان .

وفي خلِّ العنب وعصيره وجهان ؛ أظهرهما (٧) : اختلاف الجنس ، وإن كان ذلك بغير (٨) الصفة ؛ لأن تغيير الصفة قد يجعل غير الربوي ربويًّا [والظاهر : أن السكر والفانيذ جنسي (٩) ، لأنّ أصلهما القصب والتفاوت يسير] (١٠) .

---

(١) زاد (أ) : كلمة : « واحد » .

(٢) ذكر في الروضة أن أظهرهما البطلان . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٦) .

(٣) في (أ) : « في الحيوان » .

(٤) انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٥) .

(٥) زيادة (ب) .

(٦) في (ب) : « اللحم » .

(٧) قال في الروضة : « أصحهما » وليس أظهرهما . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٥) ، المجموع : (١٠ / ٤٣٤) .

(٨) في (أ ، ب) : « بتغير » .

(٩) قال في الروضة : « والسكر مع الفانيذ ، وجهان ، أصحهما : جنسان » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٥) .

(١٠) العبارة ليست في (أ) .

الطرف الخامس : في قاعدة مُدّ عجوة :

وضبط القاعدة : أنّ الصفقة مهما اشتملت على مال الرِّبَا من الجانبين ، واختلف الجنس من الجانبين (١ أو من أحدهما ١) فالبيعُ باطلٌ ؛ ولأجله يبطل بيع الهروي بالهروي ، وبالنُّقْرة ، وبالنيسابوري ، وكذلك بيع المعجونات والمخلوطات بعضها ببعض ، وكذلك الشهد فإنه عسل وشمع ، وكذا الجبن ففيه ماء وملح ، وكذا خل الزبيب ففيه ماء ، وبيع مُدٍّ ودرهم بمدين أو درهمين ، أو مد ودرهم باطل (٢) .

والأصل فيه ما رَوَى فضالةُ بن عبيد أن رسول اللّه ﷺ أتي بقلادة فيها ذهبٌ وخرز

---

(١) ليست في (أ) .

(٢) قال الحموي : « قوله رحمه اللّه : (وضبط القاعدة أن الصفقة مما اشتملت على مال الربا من الجانبين واختلف الجنس أو النوع من الجانبين أو من أحدهما ، فالبيع باطل) .

قال المصنف عفا اللّه عنه - : « من شروط الضابط ألا يدخل فيه ما ليس منه ولا يخرج عنه ما هو داخل فيه ، وإذا كان كذلك ولم يكن ما ذكره الشيخ ضابطًا مطلقًا من حيث إنه لم يرد فيه قيد آخر متقول فيه : لم يتحد الجنس أو النوع ، ومعلوم أنه لابد منه ولو لم يكن الأمر على ما ذكرت ، وإلا كان ينبغي أنه لا يكون يجوز بيع مُد حنطة بِمُدَّيْ شعيرٍ ، أو بيع درهم ودينار بمدَّيْ شعير ، أو بيع درهم ودينار بمدي حنطة وما أشبهه ، ولا خلاف أن هذ جائز وفاقًا ، والضابط الصحيح : أن مهما اشتملت الصفقة على مال الربا من الجانبين واختلف الجنسُ أو النوعُ من الجانبين أو من أحدهما واتحد من الجانبين أو من أحدهما : فالبيعُ باطلٌ ، وأيضًا ينتقض هذا بما إذا باع إنسانٌ دارًا فيها جمة ماء بدار فيها جمة ماء، وقلنا الصحيح من المذهب : أن الماء ربوى فإنّ الصحيح من المذهب الجواز مع وجود ما ذكره من القيود .

قال المصنف : « أمكن أن يجاب عن الأول بأن يقال : ذكر الشيخ قبل هذه المسألة أن النبي ﷺ قال : « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » وإذا كان كذلك صَحّ ما ذكره الشيخ وكان مجهولًا على هذا، وأن ما ذكره ليس فيه زيادة أو نقصان أكثر من أنه مجمل فتحمل عليه اتحاد الجنس أو النوع .

والجواب عن الثاني : فمراده بذلك إذا كان مقصودًا بنفسه بخلاف جمة الماء ، فإنه ليس بمقصودٍ غالبًا بالنسبة إلى الدار ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (٨٤ أ - ٨٥ أ) .

تُباع [بالذهب] (١) ، فأمر بنزع الذهب ، وقال : « الذهب بالذهب وزنًا بوزن » (٢) .

ولأنّ ما في أحد الجانبين إذا وُزِّع على ما في الجانب الثاني - باعتبار القيمة - أَفْضَى (٣) إلى المفاضلة أو الجهل بالمماثلة .

وهذا (٤) المعنى يجري في اختلاف النوع ، فنصّ (٥) الشافعي على أنه لو رَاطَل مائةَ دينار عتق (٦) ومائة دينار رديء (٧) بمائتي دينار وَسَط بطل العقد (٨) .

وهذا مُشْكِلٌ مع تحقق المماثلة في الوزن بين العوضين ، ولكن التوزيع باعتبار القيمة يفضي إلى المفاضلة (٩) .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) الحديث أخرجه مسلم : (٣ / ١٢١٣) (٢٢) كتاب المساقاة (١٧) باب بيع القلادة فيها خرز وذهب (١٥٩١) ، وأبو داود : (٣ / ٢٤٦ ، ٢٤٧) . كتاب « البيوع » باب في حلية السيف تباع بالدرهم » (٣٣٥١ ، ٣٣٥٢ ، ٣٣٥٣) ، والترمذي : (٣ / ٥٥٦) (١٢) كتاب البيوع (٣٢) باب « ما جاء في شراء القلادة وفيها ذهب وخرز (١٢٥٥) ، والنسائي : (٧ / ٢٧٩) (٤٤) كتاب البيوع (٤٨) باب بيع القلادة فيها الخرز والذهب (٤٥٧٣ ، ٤٥٧٤) .

وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٩) حديث رقم : (١١٤١) .

(٣) في (أ) : « أفضى ذلك » .

(٤) في (أ) : « فهذا » .

(٥) في (أ) : « ونص » .

(٦) في (ب) : « عبق » .

(٧) في (ب) : « رديئة » .

(٨) انظر : مختصر المزني : (٢ / ١٥٤) ، التنبيه : (٦٥) .

(٩) قال الحموي : « قوله : (نص الشافعي أنه لو راطل مائة دينار عتق ومائة دينار رديء بمائتي دينار وسط بطل العقد) وهذا مشكل مع تحقق المماثلة في الوزن بين العوضين ، لكن التوزيع باعتبار القيمة يفضى إلى المفاضلة .

قال المصنف : أشكل على الشيخ - رحمه الله - تحقيق المماثلة مع عدم الجواز ، وليس هذا من خصوصية هذه المسألة ، فإن ذلك يرد على قاعدة مُدّ عجوةٍ ، وإذا كان كذلك فلا يخلو إما أن يريد بتحقيق المفاضلة طريق القطع أو غلبة الظن ، فإن أراد بالأول فلا يمكن كما لا يخفى ، وإنْ أراد به الثاني =

وكان إمام الحرمين يُخالف المذهب في مسألة المراطلة ، ويُبطل التعليل بالتوزيع ويُعلل بالجهل بالمماثلة ، وذلك يجري عند اختلاف الجنس .

فروع ثلاثة :

الأول (١) : إذا باع خمسةَ دراهم مُكَسَّرة وخمسةً صحاحًا ، بعشرة مكسَّرة أو صحيحة ، فيه وجهان ذكرهما الأصحاب : أحدهما : البُطلان (٢) : كما في مسألة

= فلا يتوجه على مسألة المراطلة إشكال ، وأن الحديث الذي نقله فضالة عن النبي ﷺ يقتضي أنه لا يجوز من أنه لم يتحقق فيه المساواة ، وهو قد قال بعده : (ولأن ما في أحد الجانبين إذا وزع على ما في الجانب الآخر باعتبار القيمة أفضى إلى المفاضلة أو الجهل بالمماثلة ، وإذا كان كذلك اقتضى أنه يصح في صورةٍ ما إذا باعه دينارًا ودرهمًا بدينارٍ ودرهم من سكة واحدة ، كالدرهم الكاملي مع الدينار المصري ، والمنقول أنه لا يصح ، ومعلومٌ أن المفاضلة لا تتصور كما لا يخفى ، فعلى هذا لم يصح ما ذكره .

قال الحموي : « وإذا كان كذلك إلا أنه ليس من خاصية هذه المسألة ، لكن لما لزم الإشكال على هذا اقتضى أن يرد ذلك على مسألة مُدّ عجوةٍ على الإطلاق ، وإنا إذا قلنا : مائة دينار عتق ومائة دينار رديء ومائتي دينار وسط ، كان ذلك من حيث الوزن سواء ، وقد قال النبي ﷺ : « الذهب بالذهب والورق سواء بسواء » وقد وُجد ، وهذا يرد على قاعدة مُدّ عجوة ، لكن لما قال النبي ﷺ في حديث فضالة إنه لا يجوز حتى يميزه وأمره بنزع الذهب ، وذلك يقتضي المفاضلة عند التقويم ، وذلك في مسألة المراطلة فإنه يفضى [إليه] عند التقويم ، فعلى هذا يقتضى أنه يصح بيع دينار بدينار ودرهم من سكة واحدة ووزن واحد ، لكن لما كان غالب صور مُدّ عجوة يفضي إلى المفاضلة ألحق به ما ذكرنا بطريق التبعية ، فإن من عادة الشارع أن يطرد نادر القواعد بغالبها ، ومع هذا قد ذكرها صاحبُ « التتمة » وجوز الصورة التي ذكرناها نظرًا إلى كونه لا يقع المفاضلة ، وقد بالغ إمام الحرمين وقال : يصح في مسألة المراطلة ويبطل التعليل بالتوزيع ويعلل بالجهل بالمماثلة ، وقد أشار إليه الشيخ بعده في « الوسيط » .

قال المصنف : وكان يقول المتبع في الحديث لم يكن في التوزيع وإنما كان لأجل احتمال المفاضلة ، ولهذا قال النبي ﷺ : « لا حتى يميزه » وهذا ضعيف ، فإنه يخالف ما نصّ عليه الشافعي ويخالف مذهب أبي حنيفة وغيره من العلماء » . مشكلات الوسيط (٨٥ أ - ٨٦ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « أحدهما » .

(٢) هذا الوجه هو الصحيح المعروف الذي قطع به الجمهور ، انظر الروضة : (٣ / ٣٨٦ ، ٣٨٧) .

المراطلة لأن القيمة تختلف بالصحة والتكسر [١] . والثاني : الصحة ؛ إذ الغالبُ جريانُ المسامحة باشتمال الدراهم على مكسرات ، فصفة الصحة في محلِّ المسامحة ، فهو [٢] خارج عن القصد ، بخلاف العتق والرداءة في الذهب ، بل هذا كاشتمال الصَّاع على تميرات رديئة لو مُيِّزتْ لنقصَ قيمتُها بالإضافة إلى غيرها ، ولا خلاف أن ذلك غير منظورٍ إليه .

الثاني : إذا باع الحنطة بالشعير وفي أحدهما حبَّات من جنس الآخر : إن كان مقدارًا يُقصد اختلاطه أو تحصيله فهو مانع ، وإلا فلا .

وكذلك إنْ بيع الحنطة بالحنطة وفيهما [٣] تراب ، إن كان يظهر أثره في المكيال فباطل ؛ لأنه يتفاوت [٤] القدر وتجهل المماثلة ، ويرعى في الحبات من (٥ جنس الآخر ٥) ظهور قَصْدِ المالية لا النقصان في المكيال .

الثالث : بَيْعُ الشاةِ اللَّبون بالشاة اللَّبون : باطلٌ ؛ لأن اللبن مقصود مع الشاة .

وفي بيع دار فيها جمة ماءٍ بمثلها وجهان [٦] إذا قلنا : الماء ربوي ؛ لأنّ الماء لا يُقصد عينه مع الدار ، واللبن مقصودٌ مع الشاة .

وسَوَّى أبو الطيب بن سلمة بين اللبون وبين مسألة الدار في المنع [٧] .

---

(١) في (أ ، ب) : « الكسر » .
(٢) في (ب) : « وهو » .
(٣) في (أ) : « فيها » .
(٤) في (ب) : « متفاوت » .
(٥) في (ب) : « الجنس الآخر » ، وفي (أ) : « جنس آخر » .
(٦) الأصح من هذين الوجهين هو صحة البيع . انظر : الروضة (٣ / ٣٨٨) .
(٧) قال الحموي : « قوله - رحمه الله - : (الثالث : بيع الشاة اللبون بالشاة اللبون باطل ، لأن اللبن مقصود مع الشاة ، وفي بيع دار فيها جمة ماء بمثلها فيه وجهان إذا قلنا أن الماء ربوى لأن الماء لا يقصد عينه مع الدار واللبن مقصود مع الشاة ، وسوى أبو الطيب بن سلمة بين الشاة اللبون ومسألة الدار في المنع) .

قال المصنف : المنقول في المذهب وغيره من الكتب المطولة عن أبي الطيب : أنه يجوز في الشاة اللبون ، ومسألة الدار وما ذكره من النقل يقتضي أنه لا يجوز فيها عند أبي الطيب وهو مخالفٌ لنقلِ الأصحاب .

فإنْ قيل : ما الفرقُ بين التمر والشهد ، وفي التمر نوى كما أن في الشهد شمعًا ؟ قلنا : النوى من صَلَاح التمر ، وليس الشمع من صلاحِ العسل ، فلم يُعَدَّ جزءًا منه .

فإنْ قيل : إذا جَوَّزتم بَيْعَ اللبن باللبن ولم تقدوره سمنًا ومخيضًا ، فَلِمَ [١] منعتم بَيْعَ السمن باللبن ؟ وهلَّا قلتم : لا يُقدر السمن في اللبن كما لم يقدر إذا قوبل اللبن باللبن ؟ قلنا : لأنّ الجنسية معلومةٌ بين اللبنين ، فلا يحتاج [٢] إلى تقدير ، ولا تمييز بين السمن / والمخيض فيه [٣] ، حتى نحكم باجتماع الجنسين [٤] ، وإذا قُوبل السَّمن باللبن ، لم يمكن ٦٣/أ إطلاقُ القول بالجنسية ، ولا باختلاف الجنس لأن فيه من جنسه ، فَغَلَبَ جانبُ التحريم

* * *

= قال المصنف : لا يبعد أن تكون الرواية تختلف عن أبي الطيب ، فيكون الشيخ قد عمل بالرواية التي بلغته ، وغيرُه عمل بما قد بلغه .

قال الحموي : « والجوابُ الصحيح عندي » الجمعُ بين النقلين ، فإن الشيخ أولًا ذكر أن بيع الشاة اللبون باطل ، ثم ذكر في جمة الماء وجهين ، ثم علل الوجه الأول وقال : إن الماء لا يُقْصد عينُه مع الدار ، فيكون على هذا الوجه قد فرق هذا القائلُ بين الشاة اللبون ومسألة الدار ، ثم ذكر بعده وسوّى أبو الطيب بين الشاة اللبون ومسألة الدار في المنع في المسألة الأولى وقال بالجواز فيها ، ومنع أيضًا مَنْ قال بعدم جواز في الثانية ، وإذا كان كذلك صَحّ ما ذكره الشيخ ، ويكون المراد بالمنع ما ذكرناه » . مشكلات الوسيط (٨٦ ب - ٨٧ ب) .

(١) في (أ) : « لم » .

(٢) في (أ) : « حاجة » .

(٣) في (أ) : « في اللبن » .

(٤) في (أ) : « جنسين » .

الباب الثالث

في

فساد العقد من جهة نهي الشارع عنه

وعندنا أن مطلق النهي (١ عن العقد ١) يدل على (٢ فساد العقد ٢) إلا إذا ظهر تعلُّقُ النهي بأمرٍ غير العقد ، اتفق مجاورته للعقد .

كقوله - تبارك وتعالى - : ﴿ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ﴾ (٣) ، فحكم (٤) بصحة البيع في وقت النداء ؛ إذ عُلِمَ قطعًا أنّ النَّهْيَ عن البيع لا لأمرٍ راجع إلى عينه ، [فإنه] (٥) غير محذور ، والمحذور (٦) تركُ الجمعةِ وقد حصل بالبيع ، وهو غير متعلق بمقاصد البيع ، فلم يتأثر به .

فإذن المناهي قسمان :

---

(١) « عن العقد » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ) : « فساده » .

(٣) سورة الجمعة : الآية (٩) .

(٤) في (أ) : « يحكم » .

(٥) زيادة من (أ ، ب) يقتضيها السياق .

(٦) في (أ) : « بل المحذور » .

[القسم] (١) الأول : ما لم يدلّ على الفساد

(وهي خمسة)

الأول : نهيه ﷺ عن النَّجَش (٢) :

قال الشافعي : ليس ذلك من أخلاق ذوي الدين (٣) .

والنجش : هو الرفع (٤) ، والناجش : مَنْ (٥) يطلب سلعةً بين يدي الراغب [فيها] (٦) بأكثر من قيمتها - وهو لا يريدها - لِيَرْغَبَ فيها المستامُ .

فهذه خديعة مُحَرَّمة ، ولكن العقد صحيح من العاقدين ، والإثم يلحق (٧) غيرهما .

ثم لا خيار إن لم تَجْرِ مواطأةٌ من البائع ، وإنْ جرى فوجهان :

أحدهما : لا (٨) ، كما لا يثبت بالغبن في كل بيع .

والثاني : نعم ؛ لأنه غَبْنٌ استند إلى تلبيسٍ فضاهى غَبْنَ المُصَرَّاة وصورةَ تلقِّي الركبان .

---

(١) زيادة من المحقق .

(٢) أخرجه البخاري : (٤ / ٤١٦) (٣٤) كتاب البيوع (٦٠) باب النجش (٢١٤٢) ، وطرفه : (٦٩٦٣) ، ومسلم : (٣ / ١١٥٦) (٢١) كتاب البيوع (٤) باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١٥١٦) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٧) كتاب البيوع - باب في النهي عن النجش (٣٤٣٨) ، والترمذي : (٣ / ٥٩٧) (١٢) كتاب البيوع (٦٥) باب ما جاء في كراهية النجش في البيوع (١٣٠٤) ، والنسائي : (٧ / ٢٥٨) (٤٤) كتاب البيوع (٢١) باب النجش (٤٥٠٥) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٣٤) (١٢) كتاب التجارات (١٤) باب ما جاء في النهي عن النجش (٢١٧٣) .

(٣) انظر مختصر المزني : (٢ / ٢٠٤ ، ٢٠٥) ، وروضة الطالبين : (٣ / ٤١٦) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قال : (النجش الرفع) ، قلت : الصحيح أنه من قولهم : (نجش الصيد) إذا استثاره ، فإن الذي يزيد في الثمن يَسْتثير المستامَ لِيُحدِثَ زيادةً في الثمن ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥٣ أ) .

(٥) « من » : ليست في (أ) . (٦) زيادة من (أ) .

(٧) « يلحق » : سقطت من (أ) . (٨) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (٣ / ٤١٦) .

الثاني [١] : قوله - عليه السلام - :

« لا يبيعنّ أحدُكم على بيعِ أخيه ، ولا يَسُومَنَّ على سَوْمِ أخيه » [٢] .

فإذا كان المتعاقدان في مجلس العقد ، فطلب طالبٌ السلعةَ بأكثر من الثمن [٣] ؛ ليرغب البائع في فسخ العقد ، فهذا هو البيع على بيع الغير ، وهو مُحَرم ؛لأنه إضرارٌ بالغير ، ولكنه منعقد ؛ لأن نفسَ البيع غير مقصود بالنهي فإنه لا خلل فيه ، وكذلك إذا رغب المشتري في الفسخ لغرضِ سلعةٍ أجود منها بمثلِ ثمنها ، أو مثلها بدون ذلك الثمن .

والسَّومُ على السَّومِ : أن يطلب السلعة بزيادة على ما استقرَّ الأمر عليه بين المتساومين قبل البيع .

(١) في (أ) : « والثاني » .

(٢) أخرج نحوه البخاري : (٤ / ٤١٣ ، ٤١٤) (٣٤) كتاب البيوع (٥٨) باب لا يبيع على بيع أخيه ، ولا يسوم على سوم أخيه (٢١٣٩ ، ٢١٤٠) ، وأطرافهما : (٢١٦٥ ، ٥١٤٢ ، ٢١٤٨ ، ٢١٥٠ ، ٢١٥١ ، ٢١٦٠ ، ٢١٦٢ ، ٢٧٢٣ ، ٢٧٢٧ ، ٥١٤٤ ، ٥١٥٢ ، ٦٦٠١) ، ومسلم : (٣ / ١١٥٤) (٢١) كتاب البيوع (٤) باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١٤١٢ ، ١٤١٥) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٦) كتاب البيوع - باب في التلقي (٣٤٣٦) ، والترمذي : (٣ / ٥٨٧) (١٢) كتاب البيوع (٥٧) باب ما جاء في النهي عن البيع على بيع أخيه (١٢٩٢) ، والنسائي : (٧ / ٢٥٨) (٤٤) كتاب البيوع (١٩ ، ٢٠) باب سوم الرجل على سوم أخيه وبيع الرجل على بيع أخيه (٤٥٠٢ - ٤٥٠٤) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٣٣ ، ٧٣٤) (١٢) كتاب التجارات (١٣) باب لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يسوم على سومه (٢١٧٢) .

(٣) قال ابن الصلاح : « ذكر في تفسير البيع على بيع أخيه : (أن يطلب طالبٌ السلعة في المجلس بأكثر ؛ ليرغب البائع في فسخ العقد) وقال : (فهذا هو البيع على بيع الغير) ، والأول هو الشراء على شراء الغير ، ويمكن الاعتذار له بأن الشراء يُسمَّى بيعًا أيضًا قال اللّه - تعالى - : ﴿ وشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ﴾ ، أي : باعوه ؛ ولأنّ البائع إذا فسخ البيع الأول ثم باع من الثاني فهو بالثاني بائعٌ على بيع أخيه الأول ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٥٣ أ) .

وقد جاء في بعض النسخ ومنها (ب) : « بأكثر من ثمن المثل » ، وقد ذكر الحموي استشكالًا في هذا لبعض الفقهاء ورد عليه بقوله : « فإن قيل : لم خص الشيخ ذلك بالزيادة على ثمن المثل ، والمنقول أنه إذا زاد زيادة رغب فيها البائع في فسخ العقد وإن كانت دون المثل أو أكثر من ثمن المثل ؟ قلت : مراده بذلك أن يزيد على ثمن المثل ، لأن الزيادة تكون أكثر ما تكون عن ثمن المثل ، والإشكال ضعيف ذكرته لكون بعض الفقهاء يستشكله » . مشكلات الوسيط .

وإنما يحرم على مَنْ بلغه الخبر ؛ فإنّ تحريمه خفيٌّ قد لا يَعْرفه [كل أحد] (١) ، بخلاف النَّجَش ، فإنَّ تحريم الخداع جليٌّ في الشرع .

ثم قالت (٢) المراوزة : الخِطْبة على الخِطْبة - أيضًا - محرمة كالسَّوْم ، ولكنْ سكوتُ الولي ثَمَّ (٣) كالإجابة على أحد القولين ، كما ذكرناه في النكاح ، والسكوت في البيع لا يُحَرِّم السوم .

وقال العراقيون : لا فَرْقَ ، بل التعويل على فَهْم الرضا بالقرينة في المسألتين فيحرم ذلك بعد فهم الرضا (٤) بالإجابة فيهما ، وهذا أفقه .

الثالث : نهى ﷺ عن (٥) أنْ يبيع حاضرٌ لبادٍ (٦) :

وهو أن يأتي البدويُّ البلدةَ ومعه قوتٌ يبغي التسارعَ إلى بيعه رخيصًا ، فيقول له البلدي : اترُكْه عندي لأغالي في بيعته (٧) .

فهذا (٨ الصنيع مُحرم ٨) ؛ لما فيه من الإضرار بالغير ، والبيع إذا جرى مع المغالاة

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) في (أ ، ب) : « قال » .

(٣) في (أ ، ب) : « ثمة » .

(٤) العبارة ليست في (أ) .

(٥) « عن » : ليست في (أ) .

(٦) أخرجه البخاري : (٤ / ٤١٣ ، ٤١٤) (٣٤) كتاب البيوع (٥٨) باب لا يبيع على بيع أخيه (٢١٤٠) ، وأطرافه : (٢١٤٨ ، ٢١٥٠ ، ٢١٥١ ، ٢١٦٠ ، ٢١٦٢ ، ٢٧٢٣ ، ٢٧٢٧ ، ٥١٤٤ ، ٥١٥٢ ، ٦٦٠١) ، ومسلم : (٣ / ١١٥٧) (٢١) كتاب البيوع (٦) باب تحريم بيع الحاضر للبادي » (١٥٢٠ ، ١٥٢١ ، ١٥٢٢ ، ١٥٢٣) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٧) - كتاب البيوع - باب في النهي أن يبيع حاضر لباد (٣٤٣٩ ، ٣٤٤٠ ، ٣٤٤١ ، ٣٤٤٢) ، والترمذي : (٣ / ٥٢٥) (١٢) كتاب البيوع (١٣) باب ما جاء لا يبيع حاضرٌ لباد (١٢٢٢ ، ١٢٢٣) ، والنسائي : (٧ / ٢٥٦) (٤٤) كتاب البيوع (١٧) باب بيع الحاضر للبادي (٤٤٩٢ ، ٤٤٩٧) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٣٤) (١٢) كتاب التجارات (١٥) باب النهي أن يبيع حاضرٌ لبادٍ (٢١٧٥) .

(٧) في (أ) : « ثمنه » .

(٨) في (أ) : « صنع محرم » ، في (ب) : « الصنع محرم » .

منعقد ، وهذا إذا كانت السلعة مما تَعُمُّ الحاجةُ إليها [١] . فإن كانت [سلعة] [٢] مما لا تعم الحاجةُ إليها [٣] ، [٤] وكثرت الأقواتُ [٤] واسْتُغْنِيَ عنه ففي التحريم وجهان [٥] : يعول في أحدهما على عموم ظاهر النهي وحَسْم باب الضرر ، وفي الثاني على معنى الضرر .

الرابع : قوله [٦] ﷺ :

« لا تتلقوا الرُّكْبانَ بالبيع ، فَمَنْ تُلُقِّيَ فصاحبُ السلعة بالخيار بعد أنْ يَقْدُمَ السوق » [٧] .

وصورتُه : أنْ يَسْتقبل [٨] الركبان ، ويكذب في سعر البلد [٩] ، ويشتري بأقل [من ثمن المثل] [١٠] ، فهو تغرير مُحرمٌ ، ولكن الشراء منعقد .

(١) في (ب) : « إليه » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (ب) : « إليه » .

(٤) في (أ) : « وكثر القوت » .

(٥) قال في الروضة : « ولتحريمه شروط : أحدها : أن يكون عالمًا بالنهي فيه . وهذا شرط يعُم جميع المناهي . والثاني : أن يكون المتاع المجلوب مما تعُم الحاجة إليه كالأطعمة ونحوها . فأما ما لا يحتاج إليه إلا نادرًا ، فلا يدخل في النهي . والثالث : أن يظهر ببيع ذلك المتاع سعة في البلد ، فإن لم يظهر لكبرِ البلد ، أو قلةِ ما معه ، أو لعمومِ وجوده ورخص السعر ، فوجهان ، أوفقهُما للحديث : التحريمُ » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤١٤) .

(٦) « قوله » : ليست في (أ) .

(٧) جاء في هذا النهي في أحاديث منها ما أخرجه البخاري : (٤ / ٤٣٧) (٣٤) كتاب البيوع (٧١) باب النهي عن تلقي الركبان وأن بيعه مردود (٢١٦٥) ، ومسلم : (٣ / ١١٥٦ ، ١١٥٧) (٢١) كتاب البيوع (٥) باب تحريم تلقى الجلب (١٥١٧ ، ١٥١٨ ، ١٥١٩) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٦ ، ٢٦٧) كتاب البيوع - باب في التلقي (٣٤٣٦ ، ٣٤٣٧) ، والترمذي : (٣ / ٥٢٤) (١٢) كتاب البيوع (١٢) باب ما جاء في كراهية تلقي البيوع (١٢٢١) ، والنسائي : (٧ / ٢٥٧) (٤٤) كتاب البيوع (١٨) باب التلقي (٤٤٩٨) (٤٥٠١) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٣٥) (١٢) كتاب التجارات (١٦) باب النهي عن تلقي الجلب (٢١٧٨ ، ٢١٨٠) .

(٨) في (أ) : « يتلقى » .

(٩) في (أ) : « البلدة » .

(١٠) زيادة من (أ) ، (ب) .

ثم إن كذب وظهر [1] الغبن ثبت الخيار . وإنْ صدق فوجهان ، يُعَوَّل في أحدهما على عموم النهي ، وفي الآخر على معنى الضرر .

فجامع هذه المناهي يرجع إلى عَقْدٍ لا خَلَلَ فيه ويتضمن إضرارًا ، ولأجله نَهَى - عليه السلام - عن الاحتكار [2] وهو ادخارُ الأقواتِ للغلاء ، ونهى عن التسعير ؛ لأن تصرف الإمام في الأسعار يحرك الرغبات ، ويُفْضي إلى القحط ، وقال [3] العلماء : يُكْرَه بيع السلاح من قطاع الطريق وبَيْعُ العصير من الخمار ؛ لأنه إعانةٌ على المعصية والإضرار .

الخامس : نهى عن التفريق بين الوالدة وولدها في البيع [4] .

والظاهر : أنّ الوالد في معنى الوالدة ، ولا يتعدّى إلى غيرهما من الأقارب ، وفي الجدة احتمال .

---

(١) في (أ) : « فظهر » .

(٢) انظر في ذلك النهي : فتح الباري (٤ / ٤٠٧ - ٤١٢) (٣٤) كتاب البيوع (٥٤) باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، ومسلم : (٣ / ١٢٢٧) (٢٢) كتاب المساقاة (٢٦) باب تحريم الاحتكار في الأقوات (١٦٠٥) ، ولفظه : « من احتكر فهو خاطئ » ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٩) ( ) كتاب البيوع باب في النهي عن الحكرة (٣٤٤٧) ، والترمذي : (٣ / ٥٦٧) (١٢) كتاب البيوع (٤٠) باب ما جاء في الاحتكار (١٢٦٧) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٢٨) (١٢) كتاب التجارات (٦) باب الحكرة والجلب (٢١٥٣ - ٢١٥٥) .

وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ١٣) حديث رقم : (١١٥٥) .

(٣) في (أ) : « فقال » .

(٤) جاء هذا النهي في أحاديث منها ما أخرجه البخاري : (٤ / ٤١٨) (٣٤) كتاب البيوع (٦١) باب بيع الغرر وحبل الحبلة (٢١٤٣) ، وأطرافه : (٢٢٥٦ ، ٣٨٤٣) ، وصحيح مسلم : (٣ / ١١٥٣ - ١١٥٤) (٢١) كتاب البيوع (٣) باب تحريم حبل الحبلة (١٥١٤) ، وأبو داود : (٣ / ٢٥٣) كتاب البيوع - باب في بيع الغرر (٣٣٨١) ، والترمذي : (٣ / ٥٨٠) (١٢) كتاب البيوع (٥٢) باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع (١٢٨٣) .

ثم يختص بما قبل التمييز ، فلا يجري [فيما] (١) بعد البلوغ ، وفيما بين السِّنَّيْنِ وجهان (٢) .

وفي فساد هذا البيع قولان : أحدهما : لا ؛ (٣ لأن النهي راجع للإضرار ٣) ، فيحرم ولا يفسد البيع ؛ إذ لا خلل في نفسه ، والثاني : أنه لا ينعقد (٤) ؛ لأنّ التسليم تفريقٌ ، وهو محرم ، والممنوع (٥) شرعًا كالممتنع (٦) حِسًّا ، فيلحق بالعجز عن التسليم .

ويقرب من هذا بَيْعُ السلاحِ من أهل الحرب . قال الأصحاب : هو باطلٌ ؛ لأنهم لا يُعِدُّون (٧) إلا لقتالنا ، فالتسليم [إليهم] (٨) إعانةٌ محرّمة ، وفيه وجه آخر : (٩ أنه محرم وينعقد ٩) ، كالبيع من قُطَّاع الطريق ، وهو منقاس ، ولكنه غير مشهور .

* * *

القسم الثاني من المناهي : ماحُمِلَ على الفساد

وذلك إما لتطرّقِ خللٍ إلى (١٠) الأركان والشرائط ، التي سبقت / في الباب ٦٣/ب

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) قال في الروضة : « وإلى متى يمتدُّ تحريمُ التفريق ؟ قولان : أحدهما : إلى البلوغ . وأظهرهما : إلى بلوغ سنّ التمييز سَبْعَ سنين ، أو ثمان سنين تقريبًا » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤١٧) ، المجموع : (٩ / ٤٤٣) .

(٣) في (أ) : « لأنه راجع إلى الإضرار » .

(٤) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٤١٧) ، المجموع : (٩ / ٤٤٢) .

(٥) في (أ) : « فالممنوع » .

(٦) في (أ) : « كالممنوع » .

(٧) في (ب) : « يعدونه » .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) في (أ) : « أنه ينعقد ويحرم » .

(١٠) في (أ) : « في » .

الأول . أو [١] لأنه لم يَبْقَ للنهي متعلِّقٌ سوى العقد منفصلًا عنه ؛ فحُمل على الفساد .

وهي ثمانية :

الأول : نَهْيُه عن بيع حَبَلِ الحَبَلَة [٢] : وله تأويلان :

أحدهما : أن يبيع بثمنٍ إلى أجل ، وهو [وضع] [٣] نتاج الناقة . فإنه أجل مجهول يطرق جهلًا إلى الثمن .

والثاني : بيع [٤] نتاج النتاج قبل الوجود على عادة العرب ، وهو بَيْعُ ما ليس بمملوكٍ ولا مَقْدورٍ ولا معلوم .

الثاني : نَهْيُه عن بيع الملاقيح والمضامين :

والملقاح : هو ما في بطن الأم [٥] .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٤١٨) (٣٤) كتاب البيوع (٦١) باب بيع الغرر وحبل الحبلة . (٢١٤٣) ، وأطرافه : (٢٢٥٦ ، ٣٨٤٣) ، ومسلم : (٣ / ١١٥٣) ، (٢١) كتاب البيوع (٣) باب تحريم بيع حبل الحبلة (١٥١٤) ، وأبو داود : (٣ / ٢٥٢) . كتاب البيوع . باب في بيع الغرر (٣٣٨٠) ، والترمذي : (٣ / ٥٣١) (١٢) كتاب البيوع (١٦) باب ما جاء في بيع حبل الحبلة (١٢٢٩) ، والنسائي : (٧ / ٢٩٣) (٤٤) كتاب البيوع (٦٧) باب بيع حبل الحبلة (٤٦٢٢ - ٤٦٢٤) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٤٠) (١٢) كتاب التجارات (٢٤) باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائص (٢١٩٧) . وراجع تلخيص الحبير : (٣ / ١١) حديث رقم : (١١٤٥) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) كلمة : « بيع » : ليست في (أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « في بعض النسخ : الملقاح ما في بطن الأم ، وفي بعض النسخ : الملاقيح ما في بطن الأم . والأول لا يكاد يصح من حيث اللغة وإن كان قد قال في « البسيط » : الملاقيح ، جمع الملقاح ؛ إذ واحد الملاقيح عند صاحب « صحاح اللغة » ملقوحة ، وعند بعضهم . المشكل (٢ / ٥٣/أ) .

والمضامين : ما [هو] (١) في أصلاب الفحول ، فهي (٢) غير مقدورة ولا معلومة .

الثالث : نَهْيُه عن بيع الملامسة : وله تأويلان :

أحدهما : أن يقول : مهما لَمَسْتَ ثوبي فهو مبيعٌ منك (٣) وهو (٤) باطل ، لأنه تعليقٌ ، أو عدولٌ عن الصيغة الشرعية . وقيل : [معناه] (٥) : أن يجعل اللمس بالليل في الظلمة قاطعًا للخيار . ويرجع ذلك إلى تعليق اللزوم ، وهو غير نافذ .

ونهى عن [بيع] (٦) المنابذة وهو في معنى الملامسة فالنَّبْذُ كاللمسِ .

وقيل : معناه : أن تتنابذ السلع ، وتكون معاطاةً . ولا (٧) ينعقد بها البيع عندنا .

الرابع : نهى عن بيع الحصاة :

وهو أن يجعل رَمْي الحصاة بيعًا ، أو يقول : بعتُ منك من السلع ما تقع عليه حصاتك إذا رميتَ ، أو بعتُ من الأرض إلى حيث تنتهي حصاتُك ؛ فالكل فاسدٌ ؛ لِمَا سَبَق من المعاني .

الخامس : نَهْيُه عن بيعتين في بيعة : ذكر الشافعيُّ (٨) - رضي الله عنه - تأولين (٩) :

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « وهو » ، والمثبت من (أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في شرح الملامسة : (مهما لمستَ ثوبي فهو مباع منك) في قوله : (مباع) والأجود : (مبيع) لأن مباعًا معناه : معرض للبيع غير أنه قد جاء على السدود بمعنى مبيع فهو باطل لأنه تعليق أو عدول عن الصيغة الشرعية بمعناه ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥٣ / ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فهو » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فلا » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « للشافعي » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « تأولان » .

وانظر : مختصر المزني : (٢ / ٢٠٤) ، التنبيه : (٦٣) ، وروضة الطالبين : (٣ / ٣٩٩) .

أحدهما : أن تقول [١] : بعتك بألفين نسيئةً ، أو بألفٍ نقدًا ، أيهما [٢] شئتَ أخذتَ به ، فَأَخَذَ بأحدهما فهو [٣] فاسدٌ ؛ لأنه إبهام وتعليقٌ .

والآخر : أن تقول [٤] : بعتُكَ عبدي على أنْ تبيعني فرسَك وهو فاسد ؛ لأنه شرطٌ لا يلزم ، ويتفاوت بعدمه مقصودُ العقد ، وقد نهى مطلقًا عن بيع وشرط ، وكذلك نهى عن بَيْعٍ وسَلَف ، ومعناه : أنْ يَشْتَرط فيه قرضًا .

السادس [٥] : نهى عن ثمن ⁽٦ الكلب والخمر ٦⁾ :

وهو مُعلل بالنجاسة ، فيتعدّى إلى كل نجسٍ عندنا .

وصحح أبو حنيفة - رحمه الله - شراءَ الخمر للمسلم ، بوكالة الذميّ إذا باشَره الذميُّ ، وهو وكيل [٧] .

السابع /[٨] : نهى عن بيع ما لم يقبض ، وعن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان ، وعن بيع الكالئ بالكالئ ⁽٩ وسيأتي تفصيله ٩⁾ ، ونهى [١٠] عن بيع الغرر ،

---

(١) في (ب) : « يقول » . (٢) في (ب) : « فأيهما » .

(٣) في (ب) : « وهو » . (٤) في (ب) : « يقول » .

(٥) في (ب) : « السابع » ، ولعله سهو من الناسخ .

(٦) في (أ) : « الخمر والكلب » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز بَيْعُ أو شراءُ الكلبِ أو الخنزير ويَحْرُم ثمنهُما ، والعلةُ في حُرْمتهما نجاستُهما فيتعدّى ذلك إلى كل نجس .

ومذهب الحنفية : أنه يجوز لأهل الذمة بيع أو شراءُ الخمر والخنزير ، سواء كان لهما أصالةٌ أو نيابةٌ عن أحدٍ من المسلمين . انظر مختصر المزني (٢ / ٢٠٦) ، التنبيه : (٦٢) ، روضة الطالبين : (٣ / ٣٥٠- ٣٥١) ، المجموع : (٩ / ٢٧٠ ، ٢٧١) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٥٨) ، شرح فتح القدير : (٧ / ١٢٢) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٠) .

(٨) في الأصل : « السادس » ، ولعله خطأ من الناسخ . (٩) في (ب) : « ستأتي تفاصيله » .

(١٠) كلمة : « ونهى » : ليست في (أ) .

وعن بيع اللحم بالحيوان ، وقد ذكرناه ، و[قد] (١) نهى عن ثمن (٢) عسب الفحل (٣) ؛ وذلك لأنه غير مقدور على (٤) التسليم ...... (٤)

الثامن (٥) : نهى عن بيع وشرط :

فاقتضى مطلقُه امتناعَ كلّ شرط في البيع ، والمفهوم من تعليله : أنه إذا انضمَّ شرطٌ إلى البيع بقيت [معه] (٦) علقة (٧) بعد العقد ، يُتَصَوَّر بسببها منازعةٌ ويفوت بفواتها مقصودُ العاقد ، وينعكس على أصل العقد ، فيحسم الباب ، ولم يكن محذورُ هذا النهي منفصلًا عن العقد ؛ فيدل على فساده ، أو فساد الشرط لا محالة .

ويُستثنى من هذا الأصل حالَ الإطلاق ستةُ شروط :

الأول (٨) : أن يشترط ما يُوافق العقد ، كقوله : بعتُ بشرط أن تنتفع [به] (٩) وتتصرّف كما تريد ، لأنه لا يبقى علقة .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بيع » .

(٣) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٥٣٩) (٣٧) كتاب الإجارة (٢١) باب عسب الفحل (٢٢٨٤) ، وأخرجه مسلم بلفظ : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الجمل ... » (٣ / ١١٩٧) (٢٢) كتاب المساقاة (٨) باب تحريم فضل بيع الماء .. وبيع ضراب الفحل (١٥٦٥) . وأبو داود : (٣ / ٢٦٥) كتاب البيوع باب في عسب الفحل (٣٤٢٩) ، والترمذي : (٣ / ٥٧٢) (١٢) كتاب البيوع (٤٥) باب ما جاء في كراهية عسب الفحل (١٢٧٣) ، والنسائي : (٧ / ٣١٠) (٤٤) كتاب البيوع (٩٤) باب بيع ضراب الجمل (٤٦٧١ - ٤٦٧٥) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٣١) (١٢) كتاب التجارات (٩) باب النهي عن ثمن الكلب ومهر البغي وحُلْوان الكاهن وعسب الفحل (٢١٦٠) .

(٤) في (أ) « تسليمه على وجه يفيد » ، وفي (ب) : « وفيه وجه بعيد » .

(٥) في (ب) : « السابع » ، ولعله سهو من الناسخ .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (ب) : « علته » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « أحدها » .

(٩) زيادة من (أ) .

وكذلك إذا قال : ألا يأكل [١] إلا الهَرِيسَة ، ولا تلبس إلا الخز [٢] ، وما لا غرض فيه . لأنه ليس فيه علقة ، يتعلّق بها نزاع يتغير به غرض فهو هذيان ساقط ، وهذا استثناء عن صورة اللفظ ، ولكنه منطبق على [المعنى] [٣] [٤] المفهوم .

الثاني : شرط الخيار ثلاثة أيام فما دونه [٥] ، بشرط أن يكون معلومًا و[أن] [٦] لا يكون زائدًا .

وسببه : الحاجة لكثرة الغبينة ، وعُرِف [٧] ذلك بنصِّ الأحاديث .

الثالث : شرط المهلة في الثمن إلى ميقات معلوم عرف [ذلك] [٨] بالنص ، ويتأيد [ذلك] [٩] بالحاجة العامّة .

الرابع : شرط الوثيقة في الثمن بالرهن ، أو الكفيل أو الشهادة . عُرف ذلك بالنص ، ويُعَلّل بعموم الحاجة ؛ [١٠] لكي يعرف [١٠] الكفيل بتعيينه ، والمرهون بتعيينه ،

---

(١) في (ب) : « تأكل » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وكذلك إذا قال : على ألا يأكل إلا الهريسة ولا يلبس إلا الخز) الأجود أن يُقْرَأ بالتاء خطابًا للمشتري ؛ لئلا ينازع منازع في عدم العرض على تقدير تصويره فيما إذا اشترطه للعبد المبيع ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٥٣ / ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وهذا استثناء عن صورة اللفظ ولكنه منطبق على المعنى) المفهوم تفسيره به استثناء إلا أن كونه بالنسبة إلى صيغة قوله : « نَهَي عن بيع وشرط » أما بالنسبة إلى المعنى الذي علل به هذا النهى وهو كون الشرط يبقى علقة فليس استثناء من حيث إنه لا يبقى علقة ، واللّه أعلم » المشكل (٢/ ٥٣ / ب) .

(٥) في (ب) : « دونها » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (ب) : « عُلم » .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٠) في (أ) : « ثم ليعرف » . وفي (ب) : « لكن ليعرف » .

أن الغرض يتفاوت [به] (١) ولا يُشْترط تعيينُ الشهود ، إذ لا (٢ يتفاوت ٢) الغرض ، وهل يُشْترط تعيين مَنْ يعدل الرهن على يده ؟ [فيه] (٣) وجهان (٤) .

ولو عين الشهود فهل يتعين ؟ [فيه] (٥) وجهان : (٦ أحدهما : يتعين كالكفيل ٦) . والثاني : لا ؛ كتعيين الميزان ؛ إذا لا أَرَبَ فيه .

فإن قلنا : لا يتعين ، فلا يفسد به العقد ، بل هو لاغٍ لا يتأثر العقد به .

ولو شرط أن يكون المبيع رهنًا بالثمن :

قال الشافعي - رضي اللّه عنه - : البيعُ مفسوخ (٧) . قال الأصحاب : ذلك يُبْنى على قولنا : البداية في التسليم بالبائع أو [فإن قلنا : البداية بالبائع أو يجب التسليم عليهما فيتخيّران] (٨) بالمشتري ، أو يتساويان (٩) ، ليكون الشرط مُغَيرًا مقتضى العقد .

وتعليلُه : أن التسليم إذا وجب عليه بمقتضى (١٠) العقد ، (١١ فاشترط أن يكون البيع رهنًا في يده على الثمن ، فقد غيَّر مقتضى العقد ١١) في إيجاب التسليم

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « يختلف به » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) قال في الروضة : « ولا يُشترط تعيين الشهود على الأصح . وادعى الإمام أنه لا يُشترط قطعًا ، ورَدّ الخلاف إلى أنه لو عيّن الشهود هل يتعينون ؟ ولا يُشترط التعرض لكون المرهون عند المرتهن أو عند عدل على الأصح ، بل إن اتفقا على يد المرتهن ، أو عدل ، وإلا جَعَله الحاكمُ في يد عدل » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٠٢) ، المجموع : (٩ / ٤٦٣) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) قوله : (أحدهما : يتعين كالكفيل) : ليس في (أ) .

(٧) انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٠٢) .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « فيكون » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « مقتضى » .

(١١) ليس في (أ) ، (ب) .

فيفسد [١] .

وإن قلنا : البداية بالمشتري ، فوجهان [٢] : أحدهما : الصحة ؛ إذ لا مانع .

والثاني : البطلان ؛ لأن يَدَ البائع يَدُ ضمانٍ ، وليس يَدُ المرتهن يَدَ ضمانٍ ، [بل يَدَ أمانة] [٣] ، [فهما ضِدّان] [٤] ، فلا يُجمع بين حكميهما في حال [٥] واحدة ، والأولُ أظهر .

ثم هذه الشروط إذا صححت ، فلو امتنع المشتري عن الوفاء بالكفيل [أ] [٦] والرهن [أ] [٧] والإشهاد / ، ثبت له الخيار في البيع ، ولو [٨] أجاب ، فامتنع البائع من قبول الرهن مثلاً ٦٤/أ فيُجبر ، أم [٩] يُخير بين القبول وبطلان الخيار ؟ فيه تردُّدٌ ذكره صاحبُ التقريب .

ويثبت الخيار مهما تلف المرهونُ قبل التسليم ، وكذلك إذا خرج (١٠ العين المعين للرهن ١٠) معيبًا ، وهو لم يطَّلع عليه ، ولو تلف بعد (١١ القبض في المرهون ١١) فلا خيار .

ولو اطلَّع بعد فواته في يده على عيبٍ ففي ثبوت الخيار في أصل البيع وجهان :

---

(١) كلمة : « فيفسد » : ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) قال في الروضة : « فلو شرط كون المبيع نفسه رهنًا بالثمن ، بطل البيعُ على المذهب ، وبه قطع الأصحاب إلا الإمام ، فإنه قال : هو مبنيّ على أن البداءة بالتسليم بمن ؟ فإن قلنا : بالبائع أو يُجْبَرانِ بطل البيعُ ؛ لأنه شرطٌ ينافي مقتضاه . وإن قلنا بالمشتري ، فوجهان : أحدهما : هذا . والثاني : يصح البيع والشرط ، سواء كان الثمن حالاً ، أو مؤجلاً » . الروضة : (٣ / ٤٠٢ ، ٤٠٣) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (ب) : « حالة » ، وفي (أ) : « حال واحد » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) في (أ) : « فلو » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « أو » .

(١٠) في (أ) : « العين المرهون » ، وفي (ب) : « المعين للرهن » .

(١١) في (أ) ، (ب) : « قبض المرهون في يد المرتهن » .

أحدهما : لا [١] ؛ لأنه لم يتمكن من [٢] الرد .

والثاني : نعم ؛ إذْ بَانَ أنَّ ما سبق لم يكن وفاء بالملتزم .

فإن قيل : فهذه الشروط لو فسدت - بجهالة أو غيرها ، أو ذكر شرطًا [٣] ليس في هذه الأقسام المستثناة وحُكِمَ بفسادها - فهل [٤] يَفْسد العقد ؟ أم لا ؟

قلنا : قد ذكرنا أنه يفسد العقد بكل شرطٍ فاسدٍ يتأثّر به العقد وتبقى علته [٥] ، وذلك في الأجل والخيار وغيره .

وفي شرط الوثيقة قولان ، ووجه الفرق : أنها أمورٌ مستقلة منفصلة ، ففسادُها لا يُوجب فسادَ العقد ، بل يلغو .

والأقيس : الأول ؛ لأنه [عليه الصلاة والسلام] [٦] نَهي عن بيع وشرط ، والمقصودُ بالنهي البيعُ ؛ فليفسد [العقد] [٧] بمطلق النهي ، ولأنّ ما يستقلّ بنفسه إذا (٨ضُمَّ إلى العقد ٨) تأثر به ؛ فأشْبَهَ الخيار والأجل .

وحكى صاحبُ التقريب والشيخ أبو علي نصًّا غريبًا : أنّ البيع لا يفسد بالشرائط الفاسدة ، بل يلغو الشرط كما في النكاح ، وحكاه أبو ثور أيضًا عن الشافعي [٩] ، وهو بعيد .

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٠٣) .

(٢) في الأصل : « في » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « شرط » .

(٤) في (أ) : « هل » .

(٥) في (أ) : « علقة » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « انضم العقد إليه » .

(٩) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤١٠) ، المجموع : (٩ / ٤٥٣ ، ٤٥٤) .

الخامس (١) : مما استثني عن النهي : شرط العتق في المبيع ؛ لما روي أنّ بَرِيرةَ قالت لها

---

(١) قال الحموي : « قوله : (الخامس فيما استثنى عن النهى بشرط العتق في البيع لحديث عائشة - رضي اللّه عنها - حيث قالت لبريرة : لو باعك أولياؤك لصببت لهم ثمنك صبًّا . وقالت السادة : لا يفعل ذلك إلا بشرط أن يعتقك ويكون الولاء لنا ، فذكرت ذلك لرسول اللّه ﷺ ذلك فقال : « اشترى واشترطى لهم الولاء » ، ثم قام خطيبًا فقال : « ما بال أقوامٍ يشترطون شروطًا ليست في كتاب اللّه ... » في خطبة طويلة ، وأذن في ذلك ولا يأذن في محرم) .

قال المصنف : استثنى الشيخ - رحمه اللّه - شرط العتق في البيع واستدل على جوازه في ذلك بالخبر ، والخبر يدل على أنه لا يجوز ، فإنه ﷺ أنكر في خطبته على مشترطى الولاء وهو مخالف ما استشهد ، وتوافق أيضًا من استدل بجوازه من حيث إنه قال : « اشترطى لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق » .

قال المصنف : « عنه جوابان : أحدهما أن يقال : إنما أمر النبي ﷺ باشتراط الولاء ثم أبطله وأنكر عليهم في خطبته ، ليكون ذلك أوجز لهم وأبلغ في قطع عاداتهم ، كما روى أن قومًا كانوا لا يرون جواز الإحرام بالعمرة في الحج فأمرهم بالإحرام في الحج ثم أمرهم بصحة الإحرام ثم أمرهم بالعمرة ليبالغ في زجرهم كما كانوا يعتقدون ، فإذا ثبت هذا كان في مسألتنا كذلك ، فإنهم تركوا الأدب حيث لم يسألوا النبي ﷺ ، وكان من شأنهم أن يسألوا عن صحة الشرط وفساده ، فلما لم يسألوه وتجهز بذلك وكان بذلك أبلغ في زجرهم ، فإن قيل : ظاهر هذا فيه تقرير من النبي ﷺ في حق المشترطين » .

قال المصنف : « ليس هذا تعزيرًا فإنه لو لم يوبخهم على ذلك في خطبته لكان تعزيرًا ، وصار هذا كما لو سأل إنسان سنا وقال : قد شرط على هذا شرط هذا شأنه ، فهل يصح العقد ؟ فله أن يقول : اشترط ذلك ولا يضرك في موضع يصح العقد فيه ، فإن ذلك الشرط لاغٍ وله أن ينكر على المشترط حيث شرطه ، وإذا كان كذلك كانا في حق النبي ﷺ أولى لا مشرع بخلاف غيره ، ويحتمل أيضًا أنه إنما قال لعائشة ذلك لعلمه منها أنها لا تفعل ذلك - وقد أشار إليه الشيخ - فإذا كان كذلك لم يكن مناقضًا لما ذكرناه ، ومراده بالنهى أى أنه لا يؤثر الشرط في البيع .

الجواب الصحيح عندى أن قوله : « اشترطى لهم الولاء » بمعنى عليهم ، فإن اللام قد وردت في لغة العرب بمعنى على ، قال اللّه تعالى : ﴿ أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار ﴾ والمراد بذلك عليهم ولهم سوء الدار ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ ويخرون للأذقان سجدًا ﴾ ومراده يخرون على الأذقان سجدًا ، وإذا كان كذلك كان في مسألتنا مثل ذلك ، فإنه على هذا التقدير لم يبقَ مناقضة لما لا يخفى ، فعلى هذا لا يكون الولاء للبائع ولا يلزم محذور ولا حنطة فيه كما أشكل على الشيخ في هذا الموضع ، فعلى هذا يكون في خطبته منكرًا عليهم حيث اشترطوا الولاء لهم ، وهذا الجواب أصح في الأول ، وليس في هذا أكثر من أن اللام بمعنى على ، وقد وردت كذلك في اللغة وإن كان قليلًا ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (٨٧ب - ٨٩أ) .

عائشةُ - رضي اللّه عنها - : لو باعكِ أولياؤك لَصَبَبْتُ لهم ثمنك صبًّا ، فقال السادة : لا نفعل ذلك إلا بشرط أن تعتقك ويكون الولاءُ لنا . فذكرت [1] عائشة - رضي اللّه عنها - ذلك [2] لرسول اللّه ﷺ فقال - عليه الصلاة [3] والسلام - : « اشتري واشترطي لهم الولاء » . ثم قام خطيبًا فقال [4] : « ما بالُ أقوامٍ يشترطون شروطًا ليست في كتاب اللّه عز وجل » ، في خطبة طويلة [5] ، فأَذِنَ في ذلك - ولا يأذن في باطل [6] - وأنكر هذا التكليف عليهم مع الإذن في الإجابة .

وخرَّجَ بعضُ الأصحاب قولًا : أنّ شرط العتق كسائر الشروط الفاسدة وهو القياس؛ وهو مذهب أبي حنيفة ولكنه لا وَجْهَ له إلا بتأييد القول الغريب به ، وهو أنّ العقد صحيح والشرط فاسدٌ .

وتأويل الحديث : أنه أذن في العقد والشرط ، أما العقد فصحيح ، وأما الشرط فغير لازم . ولكن كان يثق بعائشة أنها تفي بالشرط تكرُّمًا ، وهذا أولى كي لا يكون مناقضًا للقياس ، والتأويل بالقياس غير ممنوع .

---

(١) في (أ) : « ذلك » .

(٢) كلمة : « ذلك » : ليست في (أ) .

(٣) كلمة : « الصلاة » : ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « وقال » .

(٥) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٤٤٠) (٣٤) كتاب البيوع (٧٣) باب إذا اشترط شروطًا في البيع لا تحل (٢١٦٨) ، ومسلم : (٢ / ١١٤٢) (٢٠) كتاب العتق (٢) باب إنما الولاء لمن أعتق (١٥٠٤) ، وأبو داود : (٤ / ٢٠) كتاب العتق باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة (٣٩٢٩) ، والترمذي : (٤ / ٣٧٩) ، (٣١) كتاب الوصايا (٧) باب ما جاء في الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت (٢١٢٤) ، والنسائي : (٦ / ١٦٤) . (٢٧) كتاب الطلاق (٣١) باب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك (٣٤٥١ ، ٣٤٥٤) ، وابن ماجه : (٢ / ٨٤٢) (١٩) كتاب العتق (٣) باب المكاتب (٢٥٢١) .

وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ١٧٧) . حديث رقم : (١٥٣٩) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (بعد حذف شرط العتق فأَذِنَ في ذلك ولا يُأْذن في باطل) وهذا التكليف عليهم مع الإذن في الإجابة أي لعائشة - رضي اللّه عنها - وأنكر على السادة تكليفهم لها بالعتق ، ولا منافاةَ بين إذنه لها وإنكاره عليهم ﷺ » . المشكل (٢ / ٥٣ / ب) .

ونصَّ الشافعي - رحمه اللّه - على ما ذكرناه ، وهو موافقة الحديث [١] في تصحيح الشرط والعقد [٢] .

أما المصير إلى فساد العقد فلا يُعْقَلُ له وَجْهٌ مع الحديث بحالٍ ولو قال به قائلون .

[٣] والتفريع به على النص في صحة الشرط ؛ فعلى هذا لو شُرِطَ الولاءُ للبائع [٣] ، فوجهان [٤] : أحدهما : يصح وله الولاء ؛ لقصةِ بريرة - رحمها اللّه - وأنه - عليه الصلاة والسلام - لا يأمر [٥] بفسادٍ [٦] .

والثاني : المنع ، فإنه [٧] في غاية البعد عن القياس ، واحتمالُ [٨] تقديرِ مساهلةٍ من الشارع في هذه المشارطة أهون من تشويش قاعدة القياس .

وهذا أيضًا يُشوش التعلق بالنصِّ في أصل الشرط ؛ فَليُقبل النصُّ جملةً وتفصيلًا .

فإن قيل : العتق المستَحَقُّ بعد صحة الشرط لِمَنْ هو ؟

قلنا : اختلف أصحابنا [٩] فيه ، فمنهم من قال : هو حقّ اللّه - تعالى - [١٠] ،

(١) في (ب) : « للحديث » .

(٢) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٠٣) ، المجموع : (٩ / ٤٤٧ ، ٤٤٨) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والتفريع على النصّ وهو القول الصحيح ولا تفريعَ على غيره في صحة الشرط فعلى هذا لو شرط البائع » .

(٤) قال في الروضة : « فأما إذا شرط مع العتق كون الولاء للبائع ، فالمذهب : أن البيع باطل ، وبهذا قطع الجمهورُ . وحُكي قولٌ : أنه يصح البيع ويَبْطُل الشرط . وحكى الإمام وجهًا : أنه يصح الشرطُ أيضًا ، ولا يُعْرف هذا الوجه عن غير الإمام ، ولو اشترى بشرط الولاء دون شرط الإعتاق ، بأن قال : بعتُكَه بشرط أن يكون لي الولاء إن أعتقته ، فالبيعُ باطل قطعًا . ذكره في « التتمة » » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٠٥) ، المجموع : (٩ / ٤٥٠) .

(٥) في (أ) : « يأذن » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بفاسد » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لأنه » .

(٨) في (ب) : « فاحتمال » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « الأصحاب » .

(١٠) وهذا هو الأصحّ كما في الروضة : (٣ / ٤٠٣ ، ٤٠٤) ، المجموع : (٩ / ٤٤٨) .

كأنه التزم العتق [١] بشرطه ، فَأَشْبه النذر [٢] .

ومنهم من قال : هو حق البائع لأنه ثبت بشرطه .

ويبتنى عليه ثلاثة أمور :

أحدهما : أنه هل تثبت له المطالبة ؟

فإن قلنا : حقُّه ، فنعم ، وإن قلنا : حق اللّه [تعالى] [٣] فوجهان :

أصحهما : أنه يملك الطلب ، إذ ثبت بشرطه ، وتعلق [٤] به غرضُه وإن كان للّه [تعالى] [٥] فيه حق . الثاني : أنه هل يسقط اللزوم بِعَفْوِه ؟

وإن [٦] قلنا حقّ اللّه [تعالى] [٧] فلا ، وإن قلنا : حقه فوجهان [٨] ، إذ رُبَّ حَقٍّ لا يَقْبل الإسقاط إفرادًا ، كالأجل ، ويطرد هذا في عفو مستحق الكفيل والرهن .

وعلى الاحتمالين لا يجري إعتاق المشتري إياه عن الكفارة ؛ لتعلُّقِ استحقاق الغير به .

الثالث : إذا امتنع المشتري من الإعتاق : ذكر صاحب التقريب قولين [٩] :

---

(١) كلمة : (العتق) : ليست في (أ) .

(٢) في (أ) : « النذور » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « يتعلق » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) قال في الروضة : « فإذا قلنا : العتقُ حقٌّ للبائع ، فأسقطه سقط ، كما لو اشترط رهنًا أو كفيلًا ثم عفا عنه . وعن الشيخ أبي محمد : أنّ شرط الرهن والكفيل لايُفْرد بالإسقاط كالأجل » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٠٤) ، المجموع : (٩ / ٤٤٨) .

(٩) قال في الروضة : « وإذا أعتقه المشتري فالولاء له بلا خلاف ، سواء قلنا : الحق للّه تعالى أم للبائع ؛ لأنه ملكه ، فإن امتنع من العتق ، فإن قلنا : الحقّ للّه تعالى ، أُجْبِرَ عليه . وإن قلنا : للبائع ، لم يُجْبَر ، بل يُخَيَّر البائع في فسخ البيع » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٠٤) ، المجموع : (٩ / ٤٤٨) .

أحدهما : ثبوت الخيار للبائع ، كما في الامتناع من الكفيل والرهن .

والثاني : أنه يجبر على العتق ، كما يجبر المولى على الطلاق .

وهذا يلتفت على أنه حقّ اللّه [تعالى] (١) ، فلا وَجْهَ لإسقاطه بفسخ البائع ولا بإجازته ورضاه بعدم العتق .

فرع :

لو (٢) مات العبد قبل اتفاق (٣) العتق ، فقد تصدّى (٤) تفويتُ حقّ البائع من العتق إلى غير بدل (٥) ، أو إيجاب بدل بعد زوال ملكه وسلامة الثمن له ؟

فاختلف الأصحاب ، منهم مَنْ قال : يفسخ (٦) العقد فيستردّ الثمن ويضمن المشتري القيمةَ ؛ حذارًا عن ارتكاب محال .

ومنهم من قال : الانفساخ بعد القبض من غير سببٍ / أيضًا محال ؛ فيغرم المشتري قَدْرَ التفاوت بين قيمته مع الشرط ، وقيمته دون الشرط . ٦٤/ب

والثالث : أن الغُرم (٧) لابُدَّ منه – ولكن يغرم مثل نسبة هذا التفاوت من الثمن ، لا من القيمة بعينها (٨) . وهذا أعدلُ الوجوه . (٩)

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « وإذا » .

(٣) في (ب) : « إنفاذ » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « تعين » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (فيما إذا مات العبد الذي شرط عتقه قبل إعتاقه فقد تصدى لتفويت حق البائع إلى غير بدل) هذا وجه رابع مذكور في المسألة لم يذكره هو ، وسياقُ كلامه يستدعي منه ذِكْرَه » . المشكل (٢ / ٥٣ / ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ينفسخ » .

(٧) في الأصل : « هذا » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) انظر مشكل الوسيط : (٢ / ٥٣ ب - ٥٤ أ) .

(٩) قال في الروضة : « ولو مات العبد قبل عتقه ، فأوجه : أصحها : ليس عليه إلا الثمن المسمّى ، لأنه =

السادس : إذا شرط في البيع [١] وصفًا ناجزًا ، ليس [٢] يتوقف على إنشاء أمر بعده ، وذلك ينقسم إلى ما يرجع إلى [٣] عين ، وإلى ما هو وصف محض :

أما الوصف المحض : فيصح شرطُه ، كقوله : بعتُ العبد ، على أنه كاتبٌ أو خَبَّاز ، ثم إنْ أخلف ثبت له الخيار .

أما ما يرجع إلى العين : كقوله : بعت الجارية على أنها حُبلى ، وكذا البهيمة ، ففيه قولان [٤] ؛ أحدهما : البطلان ؛ لأنه يرجع إلى شرط إدراج الحمل في البيع ، فكأنه قال : بعتُ الجاريةَ وحَمْلَها بدينار فيلتفت على تفريق الصفقة . ووجه الأول : أن الحمل كالوصف في الحيوان [٥] .

= لم يلتزم غيره . والثاني : عليه مع ذلك قَدْرُ التفاوت بمثل نسبته من الثمن . والثالث : للبائع الخيارُ إن شاء أجاز العقد ولا شيء له ، وإن شاء فسخ ورَدَّ ما أَخَذَ من الثمن ورَجَع بقيمة العبد . الرابع : ينفسخ » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٠٤) ، المجموع : (٩ / ٤٤٩) .

(١) في (أ) ، (ب) : « المبيع » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لا » .

(٣) في (ب) : « هو » .

(٤) أظهر هذين القولين : صحة البيع كما في الروضة : (٣ / ٤٠٦) .

(٥) قال الحموي : « قوله : (أما ما يرجع إلى العين فكقوله : بعت الجارية على أنها حبلى وكذا البهيمة ، وفيه قولان : أحدهما : البطلان ؛ لأنه يرجع إلى شرط إدراج الحمل في البيع ، وكأنه قال : بعتك الجارية وحملها بدينار فيلتفت على تفريق الصفقة ، ووجه الفرق : أن الحمل كالوصف في الحيوان) .

قال المصنف : علل الشيخ – رحمه الله – أولا وجه البطلان ، ثم ذَكَر بعد ذلك الوجه فقال : (ووجه الأول : أن الحمل كالوصف في الحيوان) ، وإذا كان كذلك كان غير مستحسن في النصف لما لا يخفى .

قال المصنف : مراد الشيخ بقوله : (وجه الأول) أى دليل الأول ، فعلى هذا يكون الوجه المعلل في المعنى مقدمًا ، وهو في اللفظ مؤخر ، ويكون وجه البطلان في اللفظ مقدمًا ، وهو في المعنى مؤخرًا وهذا جائز ، في هذا أشار إلى أن وجه الصحة هو المختار ، ولما فهم من تأخيره في اللفظ وتقديمه في المعنى ، وكأنه قال هذا ، وإن كان مؤخرًا لكنه عندنا مقدم على المذكور أولًا في العمل .

أما إذا شرط في الشاة أن تكون لبونًا : منهم من قال : هو كوصف الحرفة والكتابة ؛ فإنه ليس بشرط وجود اللبن في الحال ، فاللبن [١] يتحصل بصفة غريزية ناجزة واللبن من ثمرتها .

ومنهم من قال : هو كالحمل ، فيخرج [٢] على القولين [٣] .

ولو شرط حشو [في] [٤] الجُبَّة : فهو من قبيل الحمل وأولى بالصحة ؛ لأنّ الحشو يُعلم وجوده ، والحمل يُتردد فيه .

ولسنا نشترط رؤيةَ حشو الجبة ، على قول مَنْعِ بيعِ الغائب ؛ لأن الجبة [قد] [٥] تُقصد على هذا الوجه .

وكذلك لا نشترط [٦] أنْ يرى من الدار كل ضَبَّة وسلسلة على باب لأنه صار وصفًا وتبعًا .

أما إذا قال : بعتك هذه الصبرة على أنها ثلاثون صاعًا ؛ فالشرط صحيح ، فإن خرج كذلك فلا كلام .

وإن زاد لم يصحّ في الزائد ، وفي الباقي يُخَرّج على قولَيْ تفريق الصفقة [٧] .

وإن نقص : ففي صحته في ذلك القدر خلاف [٨] يلتفت على ما إذا قال : بعت منك هذه النعجة ، فإذا هي رَمَكة [٩] .

---

(١) في (ب) : « واللبن » .

(٢) في (ب) : « فخرج » .

(٣) وهذا الطريق هو الأصح كما في الروضة : (٣ / ٤٠٧) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) في (ب) : « يشترط » .

(٧) والأظهر صحة البيع . انظر الروضة : (٣ / ٤٠٩) .

(٨) والأظهر صحة البيع . انظر الروضة : (٣ / ٤٠٩) .

(٩) قال ابن الصلاح : « قوله : (بعتك هذه النعجة فإذا هي رمكة) هذا تصحيف إنما هو هذه البغلة ، فإنّ الرمكة هي الفرس الأنثى . المشكل (٢ / ٥٤ أ) .

ففي قول : يُعَوّل [١] على الإشارة وفي آخر [٢] : يُعَوّل [٣] على العبارة ، وإنما صححنا الشرط ولم نُفْسِد العقد في الأصل ؛ لأن كثرة الصيعان في حكم الوصف للصبرة .

فروع ثلاثة :

أحدها : إذا قال : بعتك ولم يذكر الثمن : فسد ، والمبيع مضمون في يد المشتري إن قبضه ، وإن لم يذكر الثمن ؛ لأن البيع يقتضي بمطلقه طلب عوض .

وإن قال : بعتك بلا ثمن ، فهل ينعقد هبةً ؟ ذكر القاضي قولين : أحدهما : نعم : لأنه أفاد معناه ، وهو التمليك مجانًا .

والثاني : لا ؛ لأن اللفظ متهافتٌ ، فإن [٤] البيع يقتضي ثمنًا .

فإن قلنا : لم [٥] ينعقد : ففي الضمان على المشترى إذا قبض وجهان ؛ أحدهما : يجب ، ككل شراءٍ فاسد ، والثاني : لا ؛ لأنّ علَّة الضمان أنه لم ينزل عنه إلا ببدل ، فليرد إليه أو بدله ، وها هنا نزل عنه مجانًا .

الثاني : إذا استثنى حمل الحيوان عن البيع ، ففيه وجهان [٦] :

أحدهما : الصحة ؛ كما لو كان الولد حرًّا ، فإن بيع الأم صحيح على الظاهر .

والثاني : لا ؛ لأن المبيع معرض لغرر بسبب غير المبيع .

الثالث : إذا قال : اشتريت منك هذا الزرع بدينار على أن تحصده [لي] [٧] .

---

(١) في (ب) : « نُعَوّل » .

(٢) في (أ) : « قول » .

(٣) في (ب) : « نُعَوّل » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لأن » .

(٥) في (أ) : « لا » .

(٦) قال في الروضة : « ولو باعها واستثنى حَمْلَها لم يَصحَّ البيعُ على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وحكى الإمام فيه وجهين » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٠٦) .

(٧) زيادة من (ب) .

من أصحابنا من قال : يفسد ؛ لأنه شرط فعلًا في عقد ، فكأنه يبغي منه فعلًا مع المبيع [١] .

ومنهم من قال [٢] : لا . بل معناه : اشتريت منك هذا الزرع واستأجرتك على حصاده بدينار ؛ فالدينار ثمنٌ وأجرة ، فهو جَمعٌ بين الإجارة والبيع ؛ فيخرج على قولي تفريق الصفقة في الجمع بين مختلفات الأحكام .

فإن جوَّزْنَا الجمع بين البيع والإجارة على الجملة : فهذا يلتفت على أصل آخر وهو : أنَّ أحَد شِقَّيْ عقدِ الإجارة على العمل في الزرع جرى قبل ملك الزرع ، والاستئجار على العمل في ملك الغير غير جائز [٣] ؛ فيخرج على وجهين فيما إذا قال لعبده : كاتبتك وبعتك ثوبي هذا بألف [٤] ، فقال العبد : قبلتُ واشتريتُ ؛ لأنه جرى إيجابُ البيع قبل أن صار العبد أهلًا للبيع منه ، ولكنْ تأخر القبولُ عنه ، والمسألةُ محتملةٌ .

هذا تمام القول في الشرائط [الفاسدة] [٥] ، وما فسد منها وأَفْسَدَ العقدَ [قبل اللزوم ،

---

(١) في (ب) : « البيع » .

(٢) قال في الروضة : « ولو اشترى زرعًا وشرط على بائعه أنْ يحصده : بَطَل البيعُ على المذهب . وقيل : فيه قولان ؛ لأنه جمع بين بيعٍ وإجارة ، وقيل : شرطُ الحصادِ باطلٌ ، وفي البيع قولا تفريق الصفقة » . انظر : روضة الطالبين (٣ / ٤٠٠) ، المجموع : (٩ / ٤٦٠) .

(٣) قال الحموي : قوله : إذا قال اشتريت منك هذا الزرع بدينار على أن تحصده ، فمن أصحابنا من قال : يفسد العقد لأنه شرط جعل في عقد فكأنه ينبغى فيه فعلًا مع المبيع ، ومنهم من قال : لا بل معناه : اشتريت مثل هذا الزرع بدينار واستأجرتك على أن تحصده بدينار ، فالدينار ثمن وأجرة ، فهو جمع بين البيع والإجارة على الجملة ، فهذا يلتفت على أصل آخر ، وهو أن أحد شقي عقد الإجارة على العمل جرى قبل ملك الزرع ، والاستئجار على العمل في ملك الغير غير جائز ، ولا شك بأن الاستئجار مطلقًا لا يكون إلا في ملك الغير .

قال المصنف : مراد الشيخ بذلك أنه لم يحصل للمشتري بعد ويخالف سائر الإجارات فإنها وقعت فيها بعد الملك بخلاف مسألتنا ، وهذا الإشكال ضعيف ذكرناه لاستشكاله .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بدينار » .

(٥) زيادة من (أ) .

فإن الملك وإن لم ينقل ها هنا إلا أنّ المقابلة بالعقد حاصلة] [١] فلا ينقلب صحيحًا بالحذف في مدة الخيار ، ولا في مجلس العقد خلافًا لأبي حنيفة رحمه اللّه [٢] .

وكذلك [٣] الجهالة المفسدة [٣] إذا رفعت في المجلس لم ينتفع [٤] .

أما الشرط الصحيح إذا ألحق بالعقد في المجلس ، كالخيار والأجل أو زيادة الثمن والمثمن ، ففيه وجهان [٥] : أحدهما : المنع ؛ كما بعد اللزوم . والثاني : أنه يصح ؛ لأنّ المجلس ، كأنه حريمُ العقدِ وأوله ، وهذا يُفْسِده قولُنا : إن حذف الجهالة في المجلس لا يغني ؛ فيعلل هذا التفريع [٦] على قولنا : الملكُ غير منتقل ،

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه إذا فسد العقد بشرطٍ فاسد ، ثم حُذِف الشرط لم ينقلب العقدُ صحيحًا ، سواء كان الحذف في مجلس العقد ، أو في مُدة الخيار .

ومذهب الحنفية : أنه إذا فسد العقد بشرطٍ فاسد ، فحُذِف الشرط في مجلس العقد أو في مدة الخيار انقلب العقدُ صحيحًا ، انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤١٢) ، المجموع : (٩ / ٤٦٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٤٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كل جهالة مفسدة » .

(٤) في (ب) : « تنفع » .

(٥) قال في الروضة : « وإن كانت هذه الإلحاقاتُ قبل لزوم العقد - بأنْ كانت في مجلس العقد ، أو في زمن خيار الشرط - فأوجه : أحدها : لا يلحق ، وصححه في « التتمة » . والثاني : يلحق في خيار المجلّس دون خيار الشرط قاله أبو زيد ، والقفال .

والثالث : هو الأصح عند الأكثرين : يلحق في مدة الخيارين جميعًا ، وهو ظاهر النص » . انظر : روضة الطالبين (٣ / ٤١٢ - ٤١٣) ، المجموع (٩ / ٤٦١) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بالتفريع » .

فقبل [١] العوض والزيادة والنقصان ، وهذا [٢] أيضًا مُشكل على قياس مذهب الشافعي - رحمه اللّه - في المنع من [٣] إلحاق الزوائد والشروط [٤] .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فيقبل » .

(٢) في (ب) : « وهو » .

(٣) في (ب) : « عن » .

(٤) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤١٢ ، ٤١٣) ، المجموع : (٩ / ٤٦١ ، ٤٦٢) .

الباب الرابع

في

فساد العقد لانضمامِ فاسدٍ إليه

(وهو المعروف بتفريق الصفقة)

وذلك له [١] ثلاثُ مراتب :

المرتبة الأولى : [٢] أن يجري [٢] في الابتداء : كما لو باع ملكه ومِلْكَ الغيرِ في صفقة واحدة فَسَد [٣] في ملك الغير ، وفي ملكه قولان :

أحدهما : الصحة [٤] ؛ لأن الصحيح لم يتأثر / بالفاسد ، فلا يفسد بمساوقته . ٦٥/أ

والثاني : الفساد ؛ لعلتين [٥] .

أصحهما [٦] : أن الصحيح تأثر [٧] به ، إذ صار ما يخصه [٨] من الثمن مجهولًا ، وجميعُ المستحق ثمنًا ينبغي [٩] أن يُعْلم [٩] وحصة ملكه من الجميع لم يُعْرف مبلغه ، فصار كما إذا قال : بعتُ منك عبدي هذا بما يخصه من الألف لو وُزِّعَ عليه وعلى قيمة عبدِ فلانٍ .

والثانية [١٠] : أن الصيغة المتحدة إذا فسدت في بعض مسمياتها لم تقبل التبعيض ، وهذه العلة تُوجب الفساد بحكم التفريق في النكاح أيضًا .

---

(١) قوله : « له » : ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « تجري » .

(٣) في (أ) : « فيفسد » .

(٤) وهذا القول هو الأظهر انظر : الروضة : (٣ / ٤٢٢ ، ٤٢٣) ، المجموع : (٩ / ٤٧١) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لمعنيين » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أحدهما » .

(٧) في (ب) : « يتأثر » .

(٨) في (أ) : « تجهل » .

(٩) في (أ) : « أن يكون معلومًا » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « والثاني » .

وإن [1] عللنا بجهالة العوض : لم يجز [2] في الرهن والهبة ؛ إذ لا عَوِضَ فيهما ، ولا في النكاح ، فإن الجهل فيه بالعوض لا يفسد [3] ، ولا فيما تتناسب أجزاؤه كعبدٍ مشترك انفرد أحدُهما ببيعه ، فإنه يعلم أنّ النصف مُشترًى بالنصف ، والثلث بالثلث ، وكذا [في] [4] سائر الأجزاء المتناسبة .

وإن [5] فرعنا على الصحة [6] : ثبت الخيار للمشتري ، فإنْ فسخ فذاك ، وإن أجاز فَبِقِسْطِهِ من الثمن .

وفيه قول آخر : أنه يخبر بكل الثمن ، حذارًا من أن يكون مبلغ [الثمن] [7] المستحق غير معلوم ، وكأنّ هذه زيادةٌ فاسدة ، لم تقبل [8] العوض كالعيب ، وهو بعيد .

والصحيح [9] : أن البائع لا خيار له ، وإن أجيز [10] بقسطٍ من الثمن ؛ لأنه سلم له كل بدل ملكه ، هذا إذا باع مملوكًا ومعصوبًا فإنْ ضَمّ إلى المملوك [11] حرًا فالخلافُ مرتبٌ ، والفسادُ أولى ؛ إذ تقديرُ قيمة الحرّ أبعدُ فإنْ ضَمّ إليه خمرًا ، أو خنزيرًا ، أو كلبًا فمر به على الحر ، والفساد أولى ، إذ لابد من تقدير صفة خلقته [12] لمعرفة القيمة .

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « تجز » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يفسده » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (ب) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « الصحيح » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في الأصل ونسخة (أ) : « يقبل » ، والمثبت من (ب) .

(٩) ذكر في الروضة أنه الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٢٧) ، المجموع : (٩ / ٤٧٥) .

(١٠) في (أ) : « أجاز » .

(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « الملك » ، والمثبت من (أ) .

(١٢) قوله : (فإن ضم إلى المملوك حرًا فالخلاف مرتب والفساد أولى ، إذ تعزير الحر بعد فإن ضم إليه خمرًا أو خنزيرًا أو كلبًا فمرتب على الحر أولى بالفساد ، إذ لابد من تقدير صفة خلقته) .
قال المصنف : ذكر أن الخمر والكلب والخنزير مرتب على الحر وأولى بالبطلان من حيث إنه لابد من تقدير صفة خلقته ، وهو تقدير الخمر خلًا والخنزير والكلب شاة ، وأما تقدير الحر عبدًا فهو أقرب من =

ثم إن صححنا ، فقد قيل : يُقدر (١) الخنزير نعجةً ، والخمرُ خلًّا ؛ ليمكن تقويمه (٢) ، وهو بعيد (٣) .

بل الأصح : (٤ أن تقدر ٤) قيمتُه على حاله عند مَنْ له قيمة عنده .

أما إذا ضُمَّ إلى الصحيح غائب مجهول لا مطمع في معرفة قيمته ، فيتعين إبطال العقد ، إلا على (٥ القول الضعيف ٥) في أن الإجازة تجري بكل الثمن ، فأما إن أجزنا (٦)

= ذلك ، إذ هو من جنسه بخلاف الكلب والخنزير فإنهما ليسا من جنس الشاة ، وكذلك الخمر ليس من جنس الخل ، وذكر بعد هذا أن الخمر والخنزير والكلب أولى من تقدير الحر عبدًا من حيث إن قيمته تعتبر عند من له قيمة بنفسه ، وإنما قيمته بغيره ، فعلى هذا كيف تقول : أولى من تقدير صفةٍ خلقية مع اختياره ما أشرنا إليه وهو مخالف ما ذكره لما لا يخفى .

قال المصنف : وإن كان ذلك من جنسه وذاك من غير جنسه إلا أن هنال له قيمة عند من له قيمة وليس هنا كذلك فإنه لا قيمة له لتعذر تقويمه في جميع الصور بنفسه وكان ذلك أولى ، وهو فرق حسن وإن كان ذلك تعارض هذا فهذا أولى أيضًا ، فإنه لم يصرح بأن الخمر والخنزير والكلب عندى مرتب على الحر ويكون ذلك محمولًا على غيره من الأصحاب وبه خرج الجواب .

(١) في (ب) : « نقدر » .

(٢) في (ب) : « تقويمها » .

(٣) قال في الروضة : « ولو اشترى عبدًا وحرًا ، أو خلًّا وخمرًا ، أو مُذَكَّاةً وميتةً ، أو شاةً وخنزيرًا ، وصححنا العقدَ فيما يقبله ، وكان المشتري جاهلًا بالحال ، فأجاز ، أو كان عالمًا ففيما يلزمه الطريقان ، فإن أوجبنا القِسْطَ ، ففي كيفية توزيع الثمن على هذه الأشياء ، وجهان : أصحهما عند الغزالي : يُنْظَر إلى قيمتها عند مَنْ يرى لها قيمة . والثاني : يُقدَّر الخمر خلًا ، ويُوزَّع عليهما باعتبار الأجزاء ، وتُقَدَّرُ الميتةُ مذكاةً ، والخنزيرُ شاةً ، ويُوزع عليهما باعتبار القيمة . وقيل : يُقدَّر الخمرُ عصيرًا ، والخنزيرُ بقرةً ، قلت : هذا الذي صححه الغزالي ، احتمالٌ للإمام ، والصحيح : هو الثاني ، وبه قطع الدارمي والبغوي وآخرون ، وحكاه الإمام عن طوائف من أصحاب القفال . والله أعلم » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٢٧) ، المجموع (٩ / ٤٧٥ ، ٤٧٦) .

(٤) في (أ) : « أنه يقدر » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « قول ضعيف » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « جوّزنا » .

بقسطه ، لم نعرف مبلغه بحال .

فإن قيل : قطعتم بالبطلان فيما إذا قال : بعتك عبدي بما يخصه من الألف لو وُزِّعَ (١ على قيمته وقيمة عبد آخر عَيَّنَه ١) ، وتَرَدَّدْتُم في هذه المسألة ، فما الفرق ؟

قلنا : إن كان المتعاقدان (٢) عالمين بحقيقةِ الحال عند العقد بطل العقد (٣) ؛ إذ لا فَرْقَ ، هكذا قاله الشيخ أبو محمد . وإنما الخلاف عند الجهل ، إذ قد ظنا (٤) أن مبلغ الثمن معلوم حالة العقد ، وللظنِّ تأثيرٌ في أمثاله ، كما سبق في (٥) نظائره في فصول علم المبيع . ولا وجه إلا ما ذكره الشيخ أبو محمد رحمه اللّه (٦) .

المرتبة الثانية : التفريق في الدوام : وذلك بأن يتلف أحد العبدين قبل القبض على وجه ينفسخ [فيه] (٧) ، ففي الانفساخ في الباقي قولان مرتبان على العلتين .

---

(١) في (أ) : « عليه فعلى عبد آخر عينه » ، وفي (ب) : « عليه وعلى عبد آخر غيره » .

(٢) في (أ) : « العاقدان » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (إن كان المتعاقدان عالمين بحقيقه الحال عند العقد بطل العقد) يعني : من غير خلاف ، والذي صار إليه غيره من إجراء الخلاف فيه وهو الصحيح .

والفرق بينه وبين ما إذا قال : بعتُك بالحصة من الألف أن صيغة العقد ها هنا وردت على معلوم بخلاف ما هنالك ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٥٤ ب) .

(٤) في (ب) : « ظننّا » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « من » .

(٦) قال في المجموع : « لا فرق في جريان الخلاف في المسائل السابقة بين أن يكون العاقدان عالمين بالحال أو جاهلين ، هذا هو المذهب الذي صَرَّح به كثيرون واقتضاه كلام الباقين ، وقال الشيخ أبو محمد في مسألة الجمع بين حُرٍّ وعبدٍ : الخلاف مخصوصٌ بما إذا كان المشتري جاهلًا بحقيقة الحال ، فأما إذا كان عالمًا فالوجهُ القطع بالبطلان ، كما لو قال : بعتك عبدي هذا بما يخُصه من الألف لو وُزِّع عليه وعلى عبدِ فلانٍ ، قال إمام الحرمين : هذا الذي قاله شيخي أبو محمد غَيْرُ سديد ، بل الوجه طَرْدُ القولين ، واختار الغزالي قولَ أبي محمد ، وهو شاذ » . انظر : المجموع : (٩ / ٤٧٣ ، ٤٧٤) ، روضة الطالبين : (٣ / ٤٢٣) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

والصحيح : أنه لا ينفسخ [١] ؛ لأنّ الجهل محذور في الابتداء ، والعقد الآن قد [٢] استقر ، وعلى هذا يأخذ الباقي بقسطه .

وقول التكميل ها هنا في نهاية الضعف ؛ لأن العقد قد سبق مقتضيًا للتوزيع .

التفريع :

إن جوَّزنا تفريقَ الصفقة في الدوام ، فلو اشترى عبدين ووَجَدَ بأحدهما [٣] أو بهما عيبًا ، وأراد إفرادَ واحدٍ [بالرد] [٤] وهو المعيب ، فله ذلك .

ولو أراد رَدَّهُما جاز أيضًا ، وإن كان المعيبُ واحدًا ؛ لأنه لم يُسَلِّمْ له كلّ المشتَرَى .

وفيه وجه : أنه لا يردهما إلا إذا كانا معيبين .

ولا خلاف في [٥] أنه لو أراد رَدَّ نصفِ عبدٍ لم يَجُزْ ؛ لأن التبعيض عيبٌ في حق البائع .

وإن فرعنا على القول الآخر ، فليس له إفرادُ أحدِ العبدين بالردّ إن [٦] رضي البائع ، فوجهان :

أقيسهما : المنع ؛ لأن استحالة تفريق الصفقة الواحدة لا تختلف بالتراضي .

والثاني : الجواز ؛ وكأنّ هذا القائل يُعَلّل بتضرر البائع برجوع بعض المبيع إليه .

---

(١) قال في الروضة : « كمن اشترى عبدين ، فتلف أحدُهما قبل قَبْضهما انفسخ البيعُ في التالف ، وفي الباقي طريقان : أحدهما : على القولين في جَمْعِ عبده وعبدِ غيره . وأصحهما : القطع بأنه لا ينفسخ لعدم العلّتين » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٢٣) ، المجموع : (٩ / ٤٨٠) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « فقد » والمثبت من (أ) .

(٣) في الأصل : « أحدهما » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) قوله : (في) : ليس في (أ) ، (ب) .

(٦) في (ب) : « فإن » .

ولو كان الثاني تالفًا ، فهل يمهل عذره في إفراد القائم ؟ [فيه] (١) وجهان (٢) .

فإن منعناه ، فلو ضَمَّ قيمةَ التالف إليه فهل يتمكن منه ؟ فيه خلاف مرتب على ما إذا أراد ضَمَّ أرش العيب الحادث إلى المبيع ، وردّه بالعيب القديم .

وهاهنا أولى بالمنع ؛ لأنّ النقصان في حكم تابع ، والعبد مستقل بنفسه ، فلا يُجْعل تابعًا للقائم .

فرع :

لو حكمنا بردّ قيمة التالف ، ضُمًّا إلى القائم فتنازعا في مقداره ، فالقول قولُ المشتري ، لأنه الغارم والأصل براءةُ ذمتهِ (٣) .

ولو تلف أحدُ العبدين قبل القبض ، وقلنا : يَرُدّ البائع ما يخصه دون الباقي فتنازعا ، ففيه قولان ؛ أحدهما : أن القول قول البائع ؛ لأنه الغارم بردٍّ بعض الثمن (٤) .

والثاني : بل القولُ قول المشتري ؛ لأنه الذي يسلّم بعض الثمن للباقي ، والنزاع يَرْجع إلى مزيد (٥ فيه يدعيه ٥) البائع ، وينكره (٦) المشتري .

المرتبة الثالثة : أن يجمع بين عقدين مختلفي الحكم في الفسخ والانفساخ :

كالإجارة والبيع ، أو النكاح والبيع ، أو الصرف والسَّلم ، الذي ينفسخ بالتفرق قبل

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قال في الروضة : « ولو تلف أحد العبدين أو باعه ، ووجد بالباقي عيبًا ، ففي إفرادِه بالرّد قولان مرتبان ، وأولى بالجواز ، لِتَعَذُّرِ ردِّهما » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٢٥) .

(٣) في (أ) : « الذمة » .

(٤) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٤٢٥) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « قيمة يدعيها » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ينكرها » .

القبض ، مع غيره مما لا ينفسخ به ، أو السلم في جنس واحدٍ إلى آجال ، أو في أجناس إلى أجلٍ واحدٍ : فيه قولان مرتبان على المرتبة الثانية ، وأولى بالصّحة ، إذ آحاد هذه العقود صحيحةٌ ، فلا مانعَ في [(١)] الجمع في الحكم .

ووجه الفساد : أنّ انفساخ العقد في البعض لو جرى لانفسخ الباقي وذلك مُتَرَقَّب ؛ فإنّ العقود المتفرقة لا تنتظم أحوالُها في المآل [(٢)] / فَجُعِلَ المتوقَّع كالواقع ، وهذا بعيد جدًّا . ٦٥/ب

فإن قيل : إذا كان سبب الفساد ، تفرقًا واقعًا في صفقة متحدة ، فبم يُعْرَف اتحادُ الصفقة وتعددُها ؟

قلنا : إن اتَّحَدَ البائع والمشتري والعوض اتحدت الصفقة ، وتتعدد بتعدد البائع قطعًا ، وكذا بتعدد العوض ، فإذا قال : اشتريت عبدكَ بدينارٍ ، واستأجرت جاريتك بدرهم كانت الصفقة متعددة .

فإذا قال : اشتريت العبد واستأجرت الجارية بدينار فعند ذلك تتحد . وفي التعدد بتعدُّد المشتري مع اتحاد البائع ، وصيغة العقد والعوض قولان : أحدها : القياس على البائع [(٣)] . والثاني : الفَرْقُ ؛ فإن المشتري كالقائل الثاني على الإيجاب السابق ، فالنظر إلى مَنْ منه الإيجاب .

أما إذا اتَّحد الوكيلُ ، وتعدَّد الموكّل أو على العكس ؛ فثلاثة أوجه :

أحدهما : النظرُ إلى الوكيل ؛ فإنه العاقد [(٤)] .

---

(١) في (ب) : « من » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « المال » .

(٣) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٤٣٢) ، المجموع : (٩ / ٤٧٧) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٣٣) ، المجموع : (٩ / ٤٧٨ ، ٤٧٩) ، وقد صحح الغزالي الوجْهَ الثاني في « الوجيز » . انظر الروضة : (٣ / ٤٣٣) .

والثاني : إلى الموكِّل ؛ فإنه مَنْ يقع العقد له .

والثالث : أن النظر في الشراء إلى الوكيل ؛ لأنه الذي يتعلق به العقد ظاهرًا ، وفي البيع إلى الموكّل ؛ لأنه سفيرٌ لا يتعلق به حكم .

التفريع :

إن قلنا : يتعدد بتعدد المشتري ، فلو قال لرجلين : بعتُ منكما ، فَقَبِلَ أحدهما دون الآخر ، ففيه وجهان (١) : أحدهما : الصحة ؛ للتعدّد .

والثاني : المنع ؛ لأن الجواب غير منطبق على الخطاب ، وقد التبس جوابُهما جميعًا وهذا بعيدٌ ، إذ نصّ الشافعي - رضي اللّه عنه - على أنه لو خالع زوجتيه ، فقبلتْ إحداهما ، صَحّ مع أن فيه معنى التعليق ، والمعلق بصفتين لا يحصل بإحداهما .

ولا خلاف أنه لو قال لواحدٍ : بعتُ منك هذين الصَّاعين بدرهم ، فقال : اشتريت أحدَهما (٢) بنصف درهم لا يصح ، وإنْ فرعنا فعلى جواز تفريق الصفقة ، للخلل في القبول ، وعدم مطابقته للخطاب (٣) .

وقطع الشيخ أبو علي بأنه لو قال لعبده (٤) : زوجت منك أَمَتَيَّ ، فقبل إحداهما صَحّ النكاح ، وفَرَّقَ بينه وبين البيع ، ولا ينقدح فيه فرقٌ من حيث انتظام الجواب والخطاب ، ولكن النكاح أبعد عن قبول الفساد بانضمام فاسدٍ إليه ؛ فإنّ غايته أن يكون ضَمُّ الفاسد [إليه] (٥) كشرطٍ فاسد ، والنكاحُ لا يفسد به . ولعله رأى تعدد الصفقة بتعدد الزوجة ، فإن منصبها منصب العاقد ، لا منصب المبيع .

---

(١) قال في الروضة : « ومنها : إذا قلنا بالتعدد ، فخاطب رجلٌ رجلين ، فقال : بعتكما هذا العبد بألف فقبل أحدُهما نِصْفَه بخمسمائة ، أو قال مالِكَا عبدٍ لرجلٍ : بِعْنَاكَ هذا العبد بألف ، فقبل نصيب أحدِهما بعينه بخمسمائة ، لم يَصِحَّ على الأصح » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٣٣) ، المجموع : (٩ / ٤٧٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إحداهما » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الخطاب » .

(٤) في الأصل : « لعبدٍ » ، والمثبت من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

إلا أن [هذا] (١) التعليل تخدشه مسألةٌ ، وهي : أنه لو أصْدَقَ امرأتيه عبدًا ، ثم بانَ الفسادُ في نكاح إحداهما ؛ قال الشيخ أبو علي : للزوج الخيار على التي صَحّ نكاحها ، في نصف العبد حتى ينفسخ ، ويُسَلّم مهر المثل حتى لا يتبعَّض عليه العبدُ ، قال : وعرضت هذا على القفال فارتضاه .

ولا تنفك هذه المسألة عن احتمال ، فإن المرأتين كالمشتريين (٢) للعبد فلا (٣) يبعد تعدُّدُ الصفقة بهما . وسنذكر انفراد أحد المشتريين بالردّ ، [إن شاء اللّه تعالى] (٤) .

ولا خلاف أنّ أحد المشتريين لو وَفَّى نصيبه من الثمن ، وقلنا : الصفقة متعددة تُسَلّم إليه حصته من المبيع .

وإن قلنا : الصفقة متحدة ؛ فهما كالمشتري الواحد .

وفيه - إذا سَلَّم بعض الثمن - خلاف ، والظاهر : أنه لا يسلم إليه (٥) شيء من المبيع ، وإن كان ينقسم كالحنطة مثلًا ، ما لم يُسَلم تمام الثمن .

وفيه وجه : أنه يُسَلّم بقدره ؛ لأن الثمن متوزّع على المبيع ، لا كالدَّين في حق المرهون .

فأما إذا كان لا ينقسم ، فلا خلافَ في أنا لا نُكَلِّفه المهايأة في قدر ما سلم (٦) ثمنه ؛ لأن حق الجنس (٧) ضعيف لا يحتمل التسليمَ والاسترداد ؛ ولذلك يبطل بالإعارة (٨) .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « كالمشترتين » .

(٣) في (ب) : « ولا » .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « له » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « تسلم » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « الحبس » .

(٨) في (ب) : « الإجارة » .

القسم الثاني [١]

في بيان لزوم العقد وجوازه

وهو أهم ما يذكر بعد بيان صحته وفساده ، والأصل في البيع اللزوم ، والجواز بأسباب خاصة ، فنعقد فيها :

ثلاثة أبواب

[**الباب الأول** : في خيار المجلس .

الباب الثاني : في خيار الشرط .

الباب الثالث : في خيار النقيصة] [٢] .

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من المحقق .

(٢) يعني : القسم الثاني من كتاب البيوع .

الباب الأول

في خيار المجلس

(وفيه فصلان)

الفصل [1] الأول : في مجاريه

والأصل فيه قولهُ – عليه السلام – : « المتبايعان كلٌّ واحدٍ منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرّقا إلا بيع الخيار » [2] .

قيل : معناه إلا بيعًا شُرِطَ فيه الخيار ، فلا يلزم بالتفرق .

وقيل : معناه إلا بيعًا شُرِطَ فيه نَفْيُ [3] خيارِ المجلس [3] ؛ فيلزم بنفسه عند قومه . ولما ثبت خيارُ المجلس بالحديث اختصّ بالبيع ، فكلٌّ ما يُسَمى بيعًا من الصرف والسَّلم ، والإشراك إن شرك بينه وبين غيره ، بأن يقول : أشركتك [4] في هذا البيع ، وهو مستعمل في البيع ، وكذلك التولية والصلح : ثبت فيه الخيار قطعًا .

ويستثنى أربع مسائل :

الأولى [5] : بَيْعٌ شُرِطَ فيه نَفْيُ [6] خيار المجلس [6] ، وفيه وفي نفي خيار الرؤية

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) الحديث أخرجه البخاري : (٤/٣٨٥) (٣٤) كتاب البيوع (٤٤) باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا (٢١١١) ، ومسلم : (٣/١١٦٣) (٢١) كتاب البيوع (١٠) باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١٥٣١) ، وأبو داود : (٣/ ٢٧٠ ، ٢٧١) . كتاب البيوع باب في خيار المتبايعين (٣٤٥٤) ، والترمذي : (٣/ ٥٤٧- ٥٥١) (١٢) كتاب البيوع (٢٦) باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا (١٢٤٥ ، ١٢٤٦) ، والنسائي : (٧/٢٤٨) (٤٤) كتاب البيوع (٩) باب ذكر الاختلاف على نافع في لفظ حديثه (٤٤٦٥) ، وابن ماجه : (٢/ ٧٣٥ ، ٧٣٦) (١٢) كتاب التجارات (١٧) باب البيعان بالخيار ما لم يفترقا (٢١٨٢) .

(٣) في (ب) : « الخيار » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « **شركتك** » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أحدها » ، وفي الأصل : « الأول » ، وكلاهما خطأ لغة كما هو ظاهر .

(٦) في (ب) : « الخيار » .

والعيب ثلاثة أوجه (١) :

أحدها : لزوم العقد ، وصحة الشرط .

والثاني : فساد العقد ؛ لفساد الشرط .

والثالث : أن الشرط لاغٍ ، والعقدُ باقٍ على مقتضاه .

الثانية : كلُّ بيعٍ يستعقب عتقًا ، كشراء الوالد وشراء العبد نفسَه من سيده لا خيار فيه (٢) ؛ لأنه ليس عَقْدَ مغابنة .

وقال أبو بكر الأودني : يثبت الخيار في شراء القريب ، واستدلّ بقوله [عليه السلام] (٣) : « لن يجزي ولدٌ والدَه حتى يجده مملوكًا فيشتريه ، فيعتقه » (٤) فيدل على تعلُّق العتق باختياره ، وهو ضعيف (٥) .

---

(١) قال في الروضة : « لو تبايعا بشرطِ خيار المجلس ، فثلاثة أوجه : أصحها : البيع باطل . والثاني : أنه صحيحٌ ، ولا خيار . والثالث : صحيح ، والخيار ثابت . ولو شَرَط نَفْيَ خيارِ الرؤية – على قول صحة بيع الغائب – فالمذهب : أن البيعَ باطلٌ ، وبه قطع الأكثرون . وطَرَدَ الإمامُ ، والغزاليُّ فيه الخلافَ » . انظر : روضة الطالبين : (٣/ ٤٣٨) ، المجموع : (٩ / ٢١١) .

(٢) قوله : « فيه » : ليس في (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) الحديث أخرجه مسلم : (٢ / ١١٤٨) (٢٠) كتاب العتق (٦) باب فضل عتق الوالد (١٥١٠) ، وأبو داود : (٤ / ٣٣٧) كتاب الأدب باب في بر الوالدين (٥١٣٧) ، والترمذي : (٤ / ٢٧٨) (٢٨) كتاب البر والصلة (٨) باب ما جاء في حق الوالدين (١٩٠٦) ، وابن ماجه : (٢ / ١٢٠٧) (٣٣) كتاب الأدب (١) باب برّ الوالدين (٣٦٥٩) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قول أبي بكر الأودني – المنسوب إلى أودن من قرى بخارى على وزن أفعل وفي آخرها نون – جعله ضعيفًا وهو الصحيح الذي لم يذكر غَيْرُ واحدٍ من المصنفين غَيْرَه ، والله أعلم » .

وقال في الروضة : « لو اشترى مَنْ يُعْتق عليه – كأبيه وابنه – قال جمهور الأصحاب : يبنى ثبوت خيار المجلس على أقوال الملك في زمن الخيار ، فإن قلنا : إنه للبائع فلهما الخيار ، ولا نحكم بالعتق حتى يمضي زَمَنُ الخيار ، وإن قلنا : موقوفٌ فلهما الخيار ، وإذا أمضينا العقد بيَّنَّا أنه عَتَقَ بالشراء ، وإن قلنا : الملك للمشتري فلا خيار ، ويثبت للبائع » . وبعد أن ذكر النوويُّ هذا قال : « هذه طريقةُ الجمهور . وقال إمامُ الحرمين : المذهب أنه لا خيار . =

الثالثة : إذا باع مال الطفل من نفسه : فقد قيل : لا خيار ؛ لأنه لا يُعْقَل في الواحد اجتماعٌ وتفرقٌ . والصحيح : ثبوت الخيار ؛ لأنه في معنى شخصين . نعم : الخلافُ يتجه في أنّ خياره ينقطع بمفارقة مجلس العقد ؟ أم لا ينقطع / إلا بصريح الإلزام ؛ لأنه ملازمٌ نفسَه ٦٦/أ أبدًا ؟ ثم لاشك في أنه يثبت له خياران : واحدٌ له على طفله ، وواحدٌ لطفله [عليه] (١) .

الرابعة : بيع الغائب ، وفيه (٢) وجهان ؛ أحدهما : أنه (٣) كسائرِ البيوع .

والثاني : لا (٤) ؛ لأنه بِصَدَدِ خيارِ الرؤية ، وكل واحدٍ منهما خيار يُشْتَهى (٥) ؛ فلا يجتمعان في عقدٍ واحد ، والأولُ أظهرُ .

فإن قلنا : يثبت ، فوجهان : أحدهما : عند العقد ، وهو القياس .

والثاني : عند الرؤية ، إذ قَبْلَها لا يتصور حقيقةُ الرضا .

أما النكاح والرهن والهبة والكتابة ، وكل عقدٍ جائزٍ من الجانبين ، أو من أحدهما : فلا خيار فيها (٦) ؛ (٧ لأنها ليست ٧) في معني البيع ، وكذلك كل ما لا يُسَمَّى بيعًا ، إلا في سبعة أمور :

أحدها : الإجارة : وفي ثبوت خيار المجلس والشرطِ فيها ، ثلاثةُ أوجه (٨) ؛ وجه

= وقال الأودني : يثبت ، وتابَعَ الغزاليُّ إمامَه على ما اختاره ، وهو شاذ ، والصحيح ما سبق عن الأصحاب » . انظر : روضة الطالبين (٣ / ٤٣٦) ، المجموع (٩ / ٢٠٨) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « فيه » بدون الواو .

(٣) في (أ) ، (ب) : « له الخيار » .

(٤) قوله : « لا » : ليس في (أ)، (ب) .

(٥) في (ب) : « تشبه » .

(٦) في (أ ، ب) : « فيه » .

(٧) في (ب) : « لأنه ليس » .

(٨) قطع النوويُّ في الروضة بعدم ثبوت خيار الشرط في الإجارة ، وثبوت خيار المجلس فيها وجهان ، وعن الأصح من هذين الوجهين قال : « أصحهما عند صاحب « المهذب » وشيخه الكرخي : يثبت ، وبه قال الإصْطخري وصاحبُ « التلخيص » ، وأصحهما عند الإمام وصاحب « التهذيب » والأكثرين : لا يثبت ، وبه قال أبو إسحاق وابن خيران . قال القفال في طائفة : الخلاف في إجارة العين . أما الإجارة على الذمة فيثبت فيها قطعًا كالسلم » . انظر روضة الطالبين : (٣/٤٣٧ ، ٤٤٨) ، المجموع : (٩/٢١٠ ، ٢٢٩) .

الإثبات : أنها صِنفٌ من البيوع . ووجه المنع : أنه يؤدّي إلى تعطيل المنافع في مُدّة الخيار ، بخلاف البيع . وفي الثالث : يثبت فيه [1] خيارُ المجلس ؛ إذِ الغالبُ أنه يتصرَّم على قُرْبٍ فلا وَزْنَ لتلك المنفعة ، بخلاف خيار الشرط .

والمسابقة ، إذا قلنا : إنها لازمة من الجانبين في معني الإجارة ، ولكنها أبْعَدُ عن البيع قليلًا .

أما الإجارة الواردة على الذمة فيثبت فيها الخيار ؛ إذ لا يُحْذَر فيها فواتُ منفعة . والإجارةُ بيعٌ تحقيقًا .

الثاني : الإقالة : ويثبت فيها الخياران . على قولنا : أنها ابتداءُ بيعٍ .

الثالث : الحوالة : وفيها وجهان [2] ، على قولنا : حكمُ المعاوضة غالبٌ على الاستيفاء . ووجه المنع : أنّ وجود معنى الاستيفاء غير منكر ، وإن كان مغلوبًا .

الرابع : الهبة بشرط الثواب : إن قلنا : تنعقد بيعًا ففيها وجهان [3] كالخلاف [4] في أنها : هل تُفيد الملكَ قبل القبض ؟

الخامس : القسمة : ولا يثبت فيها خيارُ الشرط على الأصحِّ ؛ لأنه لا مَدْخَلَ للفظِ فيه ، وفي خيار المجلس على قولنا : إنه بيعٌ خلاف [5] وإن [6] كان قهريًّا فلا [7]

---

(١) قوله : « فيه » : ليس في (أ) ، (ب) .

(٢) أصح هذين الوجهين عدم ثبوت الخيار في الحوالة . انظر : الروضة : (٤٣٧/٣) ، المجموع : (٢٠٩/٩) .

(٣) الأصح : أنه لا خيار في الهبة بشرط الثواب . انظر الروضة : (٤٣٧/٣) ، المجموع : (٩ / ٢١٠) .

(٤) في (أ) : « والخلاف » .

(٥) والأصح : عدم ثبوت خيار المجلس في القسمه إن قلنا : إنها بيع . انظر : روضة الطالبين : (٣/ ٤٣٧)، المجموع : (٢١٠/٩) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « ولا » ، والمثبت من (أ) .

وَجْهَ لإثبات الخيار أصلًا .

السادس : الشفيع إذا بَذَلَ عوضَ المشفوع : فما دام في مجلس بَذْلِ العوض ، هل يتخير في الرجوع وهي معاوضة مُحققة [١] ولكنه قهريٌّ لا يتعلق باللفظ ؟ فيه وجهان . ولا يثبت خيارُ الشرط بحال .

السابع : الصداق : والمشهور : أنه لا يثبت فيه الخياران [٢] .

وحكى الصيدلاني قولين ؛ لأنه عقدٌ مستقل بنفسِه لا ينفسخ النكاحُ بفسخه ، فكلُّ هذه المسائلِ مَنْشَأ الترددِ [٣] فيها : الترددُ في أنها هل هي في معنى البيع لاشتمالها على المعاوضة والمغابنة ؟

فرع :

العاقد في الصرف إذا ألزم في المجلس ، ثم فارق قبل القبض [٤] انفسخ العقدُ ، وعصى [٥] إنْ فارق دون إذن صاحبه ، فإنه أَبْطَلَ عليه حقًّا لازمًا .

وقال الشيخ أبو محمد : لا يعصى [٦] [لأن علة القبض قائمة فلا يلزم] [٧] ولا يثبت اللزومُ قبل القبض مادام في المجلس ، وإنْ جرى صريحُ الإلزام .

والظاهر : أنه يلزم وإن كان ينفسخ بفوات القبض .

---

(١) في (أ ، ب) : « محضة » .

(٢) في (أ) : « خيار الشرط » .

(٣) في (أ ، ب) : « الخلاف » .

(٤) قال ابن الصلاح : قوله في الصرف : (إذا ألزم في المجلس ، ثم فارق قبل القبض إذا كان باتفاقهما) وأنا أقول : ينبغي أن يعصي ؛ لأنه جعله ربًا ، ومن تعمد الربا عصى ، والله أعلم » . (المشكل ٢ / ٥٥ / ب) .

(٥) كلمه : « وعصى » : ليست في (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (أ) : « يحصى » ، والمثبت من (ب) .

(٧) زيادة من (ب) .

الفصل الثاني : في قواطع الخيار

وهو [١] قول أو فعل .

أما القول : فهو كلُّ ما يُصَرّح به ، كقولهما : اخترنا [٢] ، والتزمنا [٣] ، ورفعنا ، الخيار ، أوما يتضمنه ، كالعتق والبيع ، على ما سيأتي .

وإن انفرد أحدهما وقال : التزمت ، لم يَسْقط خيارُ صاحبِه ويَسْقط خياره على الأصحّ ، وفيه وجه من حيث إنه أثبت هذا الخيار للمتبايعين جميعًا فلا يستقل به أحدهما .

أما الفعل : فهو الافتراق [٤] . وذلك بالشخص ، والروح ، والعقل .

أما التفرق بالشخص : فهو أنْ يُفارق صاحبَه إلى حدٍّ لو استقرَّ فيه عُدًّا خارجَيْنِ عن مجلس التخاطب .

ثم يَبْطل خيارُ القاعد أيضًا ؛ لأنه قادرٌ على مساوقته ، ولو تساوقا في مشي أو سفينة دام الخيارُ إلى الافتراق .

وفيه وجه لطيف : أنه لا يزيد على ثلاثة أيام ، فإنه منتهى أَمَدِ الشرع في جواز البيع ، وتخصيص المجلس ها هنا جرى بناء على الغالب .

أما التفرق بالروح : فهو بالموت وقد نصَّ الشافعي - رضي اللّه عنه - على بقاء الخيار للوارث [٥] . ونصَّ في المكاتب إذا مات في مجلس العقد : أنه وَجَبَ العقدُ : فمن الأصحاب مَنْ تكَلَّف فَرْقًا ، وهو أن الخيار للوارث ، والمكاتب لاوارث له ، والسيد ليس وارثًا تحقيقًا ، فانقطع [خيارُ المجلس بموته] [٦] إذ لم يمكن نَقْلُه .

---

(١) في (ب) : « وهي » .
(٢) في (ب) : « أجزنا » .
(٣) في (ب) : « ألزما » .
(٤) في (أ) : « بالافتراق » .
(٥) انظر : الأم : (٣/٤) ، روضة الطالبين : (٣/٤٤١) .
(٦) زيادة من (أ ، ب) .

ومنهم مَنْ قال : في المسألتين قولان [1] ، منشؤهما : أنّ المفارقة بالروح هل تُنَزَّل منزلةَ المفارقة بالشخص ؟

ومنهم مَنْ قطع بالبقاء في المسألتين للوارثِ وللسيدِ ، لأنه حقٌّ مقصودٌ ؛ فلا يبطل بالموت كخيار الشرط .

نعم ، ينقدح الخلافُ في أن الوارث إذا بلغه الخبرُ يدوم خيارُه بدوام مجلس بلوغِ الخبر ، أم هو على الفور ؟ من حيث إن التفرق بالموت أَبْطَلَ المجلسَ ، وبقي مجردُ الحقِّ فثبت اختياره [2] على الفور .

والوجه الآخر : أنّ الحق إذا بَقِيَ بَقِيَ بوصفه ، ومثل هذا الخلاف جارٍ فيما إذا مات وقد بقي من مدة خيار [3] الشرط يومٌ ، وبلغ الوارثَ الخبرُ بعد تصرُّمِ ذلك اليوم ، أنّ بقيةَ المدة هل تَبْقَى في حقه ؟ من حيث إن تَعَيُّنَ إبقاءِ الحقّ ، فوصف المدة والمجلس بعد جريان الاختصاص فيه قد بطل .

أما العاقد الحيّ فينقطع خيارُه أيضًا إنْ قطعنا خيارَ صاحبه ، وإلا فيبقى ويدوم إلى أنْ يَسْتوفي الوارثُ خيارَ نفس [إذا بلغه الخبرُ ، فإذا بطل خيارُ الوارث بَطَلَ خيارُه إذ ذاك ، وإلا فلا] [4] وقيل : إن الحي لا يتصرف بالخيار [بالفسح] [5] و[الإجارة] [6]

---

(١) قال في الروضة : « وللأصحاب ثلاث طرق :

أصحُّها : في المسألتين قولان أظهرهما يثبت الخيار للوارث والسيد ، كخيار الشرط والعيب ، والثاني : يلزم ؛ لأنه أبلغ من المفارقة بالبدن . والطريق الثاني : يثبت لهما قطعًا . وقوله في المكاتب : وجب البيع ، معناه : لا يبطل ، بخلاف الكتابة . والثالث : تقريرُ النصيف . والفرق ؛ أن الوارث خليفةُ الميت ، بخلاف السّيد . وحُكي قوله مخرَّج من خيار المجلس في خيار الشرط : أنه لا يورث ، وهو شاذ » انظر : روضة الطالبين (٣/٤٤١) ، المجموع (٩/٢٤٦ - ٢٤٧) .

(٢) في (ب) : « خياره » .

(٣) كلمة : « خيار » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) زيادة من (أ) .

قبل بلوغ الخبر إلى الوارث [١] ، كي لا ينفرد أحدُ العاقدين ، وهو بعيد [٢] .

ولو أُكْرِهَ أحدُهما على الخروج ، أو حُمِلَ قهرًا ؛ ففيه وجهان [٣] يقربان من الموت . وقيل : إنه ينقطع بسقوط خيارِه إن كان مفتوحَ الفم ، فإنه قدر على الفسخ ، ولا وجه له ، فإنَّ صَدْمَةَ الحالِ قد تدهشه [٤] / . ٦٦/ب

ثم إذا نفينا خيارَه ، فمهما عاد إلى اختياره كان كالوارث يبلغه [٥] الخبر . ولا فَرْقَ بين أن يُحمل أو يُكْرَه على الخروج ، وإنْ فرقنا في اليمين على قول : لأن هذا حكمٌ منوطٌ بصورة المفارقة وذلك يتعلّق بالحنث والمخالفة ، وللقصدِ فيه مَدْخَلٌ .

[و] [٦] أما المفارقة بالعقل : بأنّ [٧] جُنَّ أحدُهما أو أُغْمِي عليه : فالظاهر أنَّ الخيار يبقى للقيّم والوليّ ، ولا يبطل بمفارقته بعد الجنون . وفيه وجه مُخرج من الموت : أنه ينقطع ؛ إذ هذا الخيارُ بعيدٌ عن قبول النقل وقد تعذَّر إبقاؤه للعاقد .

---

(١) كلمة : « الوارث » : ليست في (ب) .

(٢) قال في الروضة : « وأما الحي ، ففي « التهذيب » : أن خياره لا ينقطع حتى يفارق ذلك المجلس . وقال الإمام : يلزم العقد من الجانبين ، ويجوز تقديرُ خلافٍ فيه ، لِمَا سبق أن هذا الخيار لا يتبعّض ، سقوطُه كثبوته .

قُلْتُ : قول صاحب « التهذيب » أصح ، وفيه وجه ثالث حكاه القاضي حيث إنه يمتدّ حتى يجتمع هو والوارث . ورابع حكاه الروياني : أنه ينقطع خيارهُ بموت صاحبه ، فإذا بلغ الخبرُ الوارثَ ، حدث لهذا الخيارُ معه ، والله أعلم » .. انظر روضة الطالبين : (٤٤١/٣) ، المجموع : (٢٤٧/٩) .

(٣) قال في الروضة : « إذا حُمل أحدُ المتعاقدين فأخرج من المجلس مُكرهًا ، فإن مُنع الفسخ بأنْ سُدَّ فَمُه لم ينقطع خيارُه على المذهب . وقيل وجهان كالقولين في الموت ، وهنا أولى ببقائه ؛ لأن إبطال حقه قهرًا بعيد . وإن لم يُمنع الفسخ فطريقان ، أحدهما : ينقطع .

وأصحهما على وجهين ، أصحهما : لا ينقطع » . انظر روضة الطالبين : (٤٤٣/٣) ، والمجموع : (٢١٥/٩) .

(٤) في الأصل : « يدهشه » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) كلمة : (يبلغه) : ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) : « فإن » .

فرع :

إذا تنازع المتعاقدان في التفرّق ، وجاءَا متساوقَيْنِ ، وقال أحدُهما : لم أُفَارِقْه بَعْدُ ، وليَ الخيارُ : فالقول قولُه ؛ إذا الأصل عدم التفرق . ولو تنازعا ، فقال أحدهما : فسختُ [1] في المجلس ، وأنكر الآخر [2] : قال صاحب التقريب : القولُ قول مُدَّعي الفسخ ؛ لأنه تَصَرُّفٌ يَستَبِدُّ به وقال غيره : القولُ قول الآخر لأن العقد والتفرقَ معلومان وهو يَدَّعي فسخًا ، فعليه إثباتُه .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولو تنازعا فقال أحدهما فسخت) يعني : تنازعا وقد تفرقا ، والله أعلم » . (المشكل : ٢/٥٥ / ب) .

(٢) الصحيح : أن القول قول المُنكِر مع يمينه . انظر الروضة : (٣/٤٤٤) ، المجموع : (٩ /٢١٦ ، ٢١٧) .

الباب الثاني

في خيار الشرط

(وفيه فصلان)

الأول : في حكمه في نفسه [ومُدَّته] (١)

وفيه مسائل خمسة (٢) :

الأولى : في آخر مُدَّتِه :

ولا يزيد (٣) على ثلاثة أيام عندنا ؛ لأنه ثبت على خلاف القياس لحاجةِ دَفْع الغبينة ؛ إذ كان حبَّان بنُ منقذ يُخْدَع في البيعات ، فشكا أهلُه إلى النبي ﷺ فقال له : « قُل : لا خِلاَبَةَ » ، واشترط (٤) الخيار ثلاثة أيام (٥) .

وقال أبو سيف : لا حَصْرَ فيه أصلًا .

وقال مالك : يتعذّر به إلا فيما لا يطلع عليه في ثلاثة أيام مِمَّا تغمض (٦) معرفته .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) كلمة : « خمسة » : ليست في (أ) .

(٣) في (ب) : « تزيد » .

(٤) في (أ) : « ولك » .

(٥) الحديث أخرجه البخاري بلفظ : « أن رجلًا ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع ، فقال : « إذا بايعت فقل : لا خلابة » (٣٩٥/٤) (٣٤) كتاب البيوع (٤٨) باب ما يكره من الخداع في البيع (٢١١٧) ، وأطرافه (٢٤٠٧ ، ٢٤١٤ ، ٦٩٦٤) ، ومسلم : (١١٦٥/٣) (٢١) كتاب البيوع (١٢) باب من يُخْدع في البيع (١٥٣٣) . وأبو داود : (٢٨٠/٣) كتاب البيوع باب في الرجل يقول في البيع : لا خلابة . (٣٥٠٠) ، والترمذي : (٥٥٢/٣) (١٢) كتاب البيوع (٢٨) باب ما جاء فيمن يُخْدع في البيع (١٢٥٠) ، والنسائي : (٧/ ٢٥٢) (٤٤) كتاب البيوع (١٢) باب الخديعة في البيع (٤٤٨٤ ، ٤٤٨٥) . وراجع التلخيص الحبير : (٢١/٣) حديث رقم : (١١٨٥) .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن خيار الشرط لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ، فإنْ زاد بطل البيع ، ويجوز دون =

الثانية : أولُ مدته : وفيه وجهان :

أظهرهما : أنه يُحسَبُ من وقت العقد . والثاني : أنه يُحتسب من وقت التفرُّقِ ؛ لأنّ الجمع بين خيارين متجانسين لا يُعقل ؛ ولأن الشارط يَبْغي الإثباتَ لنفسه في وقتٍ يقتضي العقدُ لزومَه ، وعلى هذا فلو صَرَّح بشرط ابتدائه [(١)] من وقت العقد انبنى على المعنيين [(٢)] .

فإن عللنا بمطلق إرادته ظاهرًا فقد تغيَّر بالتصريح ، وإن عللنا بأن اجتماع المتماثلين لا يُعقل لم يثبت هذا الشرطُ .

وعلى الأول : لو صَرَّحَ باشتراط ابتدائه من وقت التفرق فالظاهرُ البطلانُ ؛ لأنه يصير مجهولَ الأولِ .

ثم إذا اجتمع الخياران ، فيرتفعان بقولهما : ألزمنا وأسقطنا الخيار الجواز [(٣)] . ولو خَصَّصا أحدَ الخيارين بالإسقاط لم يَسْقُطِ الآخرُ .

والوجهان - وهو أن يُعتبر من وقت العقد [(٤)] في أول مدة الأجل في الثمن -

---

= الثلاثة . وهو مذهب أبي حنيفة وزفر . ومذهب أبي يوسف ومحمد بن الحسن : أن خيار الشرط يجوز أكثر من ثلاثة أيام ، إذا ذُكِرَتْ مدةٌ معلومة . ومذهبهما منقول عن ابن عمر رضي الله عنه .

ومذهب المالكية : أن مده خيار الشرط تختلف باختلاف المبيعات ، ففي الفواكه تكون مدة الخيار ساعةً ؛ لأنها لا تحتاج لكثيرِ وقتٍ ، وفي الدواب والثياب ثلاثة أيام فما دونها ، وفي الرقيق جمعة فما دونها ، وفي الديار والأرض الشهر ونحوه ، وإن جعل المتعاقدان مدة معلومة على قدر ما ذُكِر صَحَّ العقد ، وإن زاد على ذلك القدر فسد العقدُ ، وإن لم يُحدِّدا مدة الخيارِ صَحَّ العقد وحُمِلَتْ على ما ذُكِر .

انظر : التنبيه : (٦٢) ، روضة الطالبين : (٤٤٤/٣) ، والمجموع : (٩ / ٢٢٦) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٧٠) ، مختصر الطحاوي : (٧٥) ، شرح فتح القدير : (٦ / ٢٩٩) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٢) ، رد المحتار على الدر المختار : (٤ / ٥٦٨) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٣١) . الكافي : (٣٤٣) ، القوانين الفقهية : (٢٧٨) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٣ / ٩١) .

(١) في (ب) : « ابتداؤه » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « العلتين » .
(٣) كلمة : « الجواز » : ليست في (أ) ، (ب) .
(٤) زيادة من (أ) .

جاريانِ ؛ لأن الخيار أيضًا يفيد قَطْعَ المطالبة ، وهو أولى بأن يُحتسب من أول العقد لِمَا بينهما من الاختلاف ، وأما مدة الإجازة : إنْ حكمنا بثبوت خيار الشرط فيها ، ففي ابتدائها أيضًا هذان الوجهان ، والأصحُّ (١) : أنه من وقت العقد .

الثالثة : معرفة قَدْر المدة التي لابدَّ منها : فلو أجّل الخيار بمجهول ، فَسَدَ ولم ينقلب صحيحًا بالحذف بعده ، وكذلك لو أُبْهِمَ بأنْ أثبت الخيار في أحد العبدين لا بعينه .

ولو شرط الخيار في واحدٍ معيَّن من عبدين ، فيخرج على تفريق الصفقة في الجمع بين مُخْتَلِفَي الحكمِ .

الرابعة : من أثره إفادةُ سلطةِ الفسخ دون حضور الخصم وقضاء القاضي ، خلافًا لأبي حنيفة (٢) .

وهل يؤثر في دَفْع الملك وبقائه للبائع ؟ فيه (٣) ثلاثة أقوال (٤) :

---

(١) قال في المجموع : « قال الغزالي في « الوسيط » : وأما مدة الإجازة إذا قلنا : يثبت فيها خيار الشرط ففي ابتدائها هذا الخلاف المذكور في الأجل ، قال : والأصح أنها من العقد ، والله أعلم » . انظر المجموع : (٩ / ٢٣٨) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنَّ مَنْ له خيار الشرط له فَسْخُ العقد ، حضر صاحبه أو غاب ، وكذلك لا يفتقر نفوذُ فَسخِه إلى الحاكم .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز لمن له شرط الخيار أنْ يفسخ إلا في حضور صاحبه وعلمِه بذلك ، حتى لو كان حاضرًا ولم يعلم لم يَجُز . وقال أبو يوسف : يجوز وإن لم يكن الآخر حاضرًا .

انظر : روضة الطالبين : (٣/ ٤٤٧) ، المجموع : (٩ / ٢٣٨) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٣٢) .

(٣) قوله : « فيه » : ليس في (أ) .

(٤) قال في الروضة : « وأما الأظهر من الأقوال فقال الشيخ أبو حامد وَمنْ نحا نحوه : الأظهر أنّ الملك للمشتري ، وبه قال الإمام . وقال آخرون الأظهر : الوقف ، وبه قال صاحب « التهذيب » ، والأشبه : توسط ، ذكره جماعةٌ ، وهو أنه إن كان الخيار للبائع فالأظهر بقاء الملك له ، وإن كان للمشتري فالأظهر : انتقالهُ إليه . وإن كان لهما فالأظهر الوقف » . انظر : روضة الطالبين : (٣/٤٥٠) ، المجموع : (٩ / ٢٥٥) .

أحدها : أنه لا يزول ملكُ البائع ، وهو مذهب أبي حنيفة [١] ؛ لأنّ الرضا لم يتكامل مع شرط الخيار .

والثاني : يزول ، إذ ثبت الخيارُ على خلاف القياس دفعِ الغبينة فيثبت بقدرِ الضرورة ، ولا حاجةَ إلى إخراج البيع عن كونه مفيدًا بسببه .

والثالث : التوقُّف ، فمن استقرَّ الأمر [عليه] [٢] بيّنّا ملكَه في الابتداء .

الخامسة : إذا شرط الخيار لثالثٍ ثبت له : وهل يثبت لهما ؟ [وفيه] [٣] وجهان :

أحدهما : لا ؛ اتباعًا للشرط [٤] .

والثاني : بلى ؛ لعلتين إحداهما [٥] : أنَّ مُطْلَقَ الشرطِ يبنى على الثبوت للثالث بطريق النيابة ، فعلى هذا فلو صَرَّحَ بالنفي انتفى . والثانية : أنّ ثبوته للغير لا يُعقل استقلالًا ، بل هو بطريق النيابة ضرورةً ، فعلى هذا لو [٦] صَرَّحا بالنفي لم يُعقل الثبوت

---

(١) مذهب الشافعية : أنّ ملك المبيع في زمن الخيار فيه ثلاثة أقوال : أحدها : للمشتري ، والملك في الثمن للبائع . والثاني : للبائع ، والملك في الثمن للمشتري . والثالث : موقوف ، فإن تمَّ البيعُ ، بانَ حصولُ الملكِ للمشتري بنفس البيع ، وإلا بان أنّ ملك البائع لم يزل .

ومذهب الحنفية : أنّ خيار الشرط إذا كان للبائع فإنه يمنع خروج المبيع من ملكه ، وإذا كان للمشتري فإنه لا يمنع خروج المبيع من ملك البائع ، إلا أنّ المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة ، وعند صاحبيه : يملكه . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٥٠) ، المجموع : (٩ / ٢٥٤ ، ٢٥٥) الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٣) ، رد المحتار على الدر المختار : (٤ / ٥٧٦) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٣١) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) ذكر في الروضة أنهما وجهان ، وقيل : قولان . وأنّ أظهرهما : هذا القول الأول . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٤٨) ، المجموع : (٩ / ٢٣٤) .

(٥) في (أ) : « إحديهما » .

(٦) في الأصل : « وإن » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

للثالث دون الثبوت لهما (١) .

أما الوكيل المأذون في العقد بشرط الخيار إذا أطلق شرط الخيار ففيه ثلاثة أوجه ؛ أحدها : أنه يثبت للموكّل ؛ لأنه وقع العقد له . والثاني : للوكيل (٢) ؛ لأنه العاقد . والثالث : لهما جميعًا .

وأما (٣) خيار المجلس فيختص بالوكيل قطعًا ؛ (٤ لأنه الحاضر ، فلو كان الموكّل في المجلس ٤) حجر على الوكيل في الخيار ، فإن قُلنا : عليه الامتثالُ رجع حقيقة الخيار إلى الموكلّ .

وإن قلنا : لا يمتثل ، فإنه من لوازم السبب السَّابق ، [وهذا] (٥) وإن كان بعيدًا أيضًا ففيه تأملٌ للناظر .

* * *

---

(١) قال الحموي : قوله : (إذا شرط الخيار لثالث ثبت له ، وهل يثبت لهما فيه وجهان أحدهما : لا يثبت اتباعًا للشرط . والثاني : نعم لعلتين : إحداهما : أنّ مطلق الشرط ينبني على الثبوت لثالث بطريق النيابة .

والثاني : أن ثبوته للغير لا يعقل استقلالًا لكن هو بطريق النيابة ضرورة ، فعلى هذا لو صَرّحا بالنفي لم يعقل الثبوت لثالث دون الثبوت لهما) . فإنْ قيل : ما ذكره الشيخ - رحمه اللّه - في العلة الثانية هو كالعلة التي قبلها وذلك بطريق النيابة فيهما كما لا يخفى .

قال المصنف : قلت : أمكن أن يقال على العلة الثانية أن شرطهما الخيار لثالث يقتضي - من حيث اللفظ - ثبوتَه لهما ؛ لأنهما أثبتاه للأجنبي لينظر لهما إذ هما المتعاقدان ، فعلى هذا لو صَرّحا بالنفي من أنفسهما انتفى عنهما ذلك ، وهو معنى قوله بعد ذلك ، فإنْ صَرّحا بالنفى عن أنفسهما ففسادُ الشرط ينبني على المعنيين ، فإن تلقياه من اللفظ لم يفسد ، وإن تلقياه من المعنى وحقيقةِ النيابة فسد ؛ لأنه إذا كان يستحيل ثبوته لمن ليس عاقدًا بطريق النيابة ، فيكون الجمع بين إثبات الخيار للغير ونَفْيه عن المتعاقدين فاسد ، وهذا في الحقيقة ليس بإشكال وإنما يشكل فهمه على مَنْ ليس إدراكُه قويًّا » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٤٩) ، المجموع : (٩ / ٢٣٢) .

(٣) في (ب) : « أما » .

(٤) ما بين القوسين : ليس في (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

الفصل الثاني

في حكم الخيار في الطوارئ في مدته

والنظر في الزيادات ، والتصرفات ، والوطء ، والتلف .

فالمتصلة منها تابعة (١) ، والمنفصلة كالولد ، والكسب ، يُسَلم / لَمنْ حكمنا له (٢) ٦٧ / أ بالملك في (٣) حالة الحصول في آخر الأمر .

فإن اقتضى تفريعُ أقوال الملك الحكمَ بالملك في حالة الحصول دون آخر الأمر أو (٤) على العكس فوجهان ، منشؤهما : تعارضُ النظر إلى الحال والمآل .

أما التصرفات :

فالعتقُ إنْ صَدَر من المنفرد بالخيار نفذ ، وإن كان الخيار لهما وصدر من البائع نفذ ؛ لأن عتقه فسخٌ ، وهو مُستبدٌّ به . وإن صدر من المشتري لا بإذن البائع ، فإنْ قلنا : لا ملك له [لم ينفذ ، وإن قلنا : الملك له] (٥) فوجهان (٦) يقربان من القولين في عتق الراهن ؛ إذ للبائعِ حقٌّ متعلق بالعين لازم (٧) ، فإن قلنا : ينفذ فالظاهر أنه لا يبطل خيار البائع ، ولكن في فائدته وجهان :

أحدهما : أنه يفسخ العقد ويرجع إلى القيمة ، إذ العتق لا مردَّ له (٨) .

والثاني : أنه يرد العتق وكأنه نفذ بشرط ألا يرد .

---

(١) كلمة : « تابعة » : ليست في (أ) .

(٢) في (أ) : « لك » .

(٣) قوله : « في » : ليس في (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « و » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) أصح هذين الوجهين – وهو ظاهر النص – : أنه لا ينفذ . انظر الروضة : (٣ / ٤٥١) ، المجموع : (٩ / ٢٥٦ ، ٢٥٧) .

(٧) كلمة : « لازم » : ليست في (أ) .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٥٢) ، المجموع : (٩ / ٢٥٧) .

وقيل : إن خيار البائع يبطل ؛ لأنه لا يُقاوم قُوة العتقِ كحقِّ المرتهن من الاختصاص ، والبيعُ كالعتق .

وفي صورة الخلاف [وجه] (١) مرتب عليه ، وأولى بأن لا ينفذ ، وإن نفذ (٢) فلا يتجه إبطالُ خيارِ البائع ، بل يتعين أنْ يُسَلّط على فسخ البيع الثاني والأول إن شاء ، إذ البيعُ يحتمل الردَّ . وإن (٣) قلنا : لا ينفذ العتقُ والبيعُ ، فهل ينفذ بإجازة البائع ؟ أما البيع : فلا ؛ فإنه لا يَقْبل الوقت ، وفي العتق خلاف .

وإن (٤) قلنا ينفذ ، فيستند إلى وقت العتق ، أو من وقت الإجازة ينفذ ؟ [فيه] (٥) وجهان (٦) .

وهل (٧ يُجْعل التصرفُ المردود إجازةً من المتصرف في جانبه ٧) ؟ [فيه] (٨) وجهان ، إذا فهمنا أنه إجازةٌ ؛ لأنه واقعٌ من ضرورته ، والردُّ جرى لحقّ الغير .

فرع :

[لو] (٩) اشترى عبدًا بجارية (١٠) ، والخيار للمشتري ، فله أنْ يستبدَّ بعتقِ أيهما

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) : « تعدما » ، وفي (ب) : « نفذنا » .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) أصح هذين الوجهين : أنه ينفذ من وقت الإجازة . انظر الروضة : (٣ / ٤٥١ ، ٤٥٢) ، المجموع : (٩ / ٢٥٧) .

(٧) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) زيادة من (ب) ، وفي (أ) : « إذا » .

(١٠) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا اشترى عبدًا بجارية : (الأصح أنه ترجح جانب العبد ؛ لأنه إجازة للعقد فهو أولى من الفسخ ولأن الصحيح أن العقد ملكه) هكذا وقع والله أعلم في النسخ (ولأنّ) بالواو ، وصوابه حذف الواو ، وذلك أنّ القاعدة أنّ الفسخ أولى من الإجازة ؛ لأن الفسخ هو الذي وُضِعَ الخيار له ، أما الإجازة فقد كانت حاصلةً بدونه بالعقد وإنما قدمت الإجازة هاهنا لأن الصحيح أن العبد ملكُ المشتري ؛ فعتقُه يُصادِفُ ملكه من غير حاجة إلى تقدير انتقال الملك بواسطة الفسخ ، بخلاف عتق الجارية فإنه يحتاج فيه إلى ذلك لكونها خارجةً عن ملكه على الصحيح المذكور ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥٥ / ب) .

شاء على البدل ؛ لأنه مستبدٌّ بالفسخ والإجازة .

فلو أعتقهما جميعًا ، قال أبو حنيفة : يُعْتَقَان . وهو متناقض [١] ؛ لأنه [٢] جمعٌ بين الفسخ والإجازة ، فالوجْهُ الترجيحُ .

وحكى الشيخ أبو علي وجهًا : أنهما يتدافعان ، كالجمع بين أُختين في النكاح .

واختار ابن الحدَّاد - وهو الأصح - : أنه يُرَجَّح جانب العبد ؛ لأنه إجازة للعقد ، فهو أولى من الفسخ ، ولأن الصحيح أنّ العبدَ ملكه .

ومنهم من قال : الجاريةُ أولى ، لأنّ الفسخ أقوى من الإجازة .

ولو فرعنا على أن الملك في زمان الخيار للبائع - وهو بعيد في هذه الصورة - فتكون الجارية [معتقة] [٣] أولى ؛ لاجتماعِ الملكِ وسلطانِ الفسخ .

أما الوطء : إن صدر من البائع - وله خيار - فلا حدَّ ولا مَهْرَ ولا تحريم ؛ لأنه فسخ ، نصَّ الشافعي - رضي اللّه عنه - عليه [٤] .

وخَرَّج بعضُ أصحابِ الخلافِ وجهًا من إيهام العتق بين أَمَتَين ، وأنه لا يكون فسخًا ، كما لو وطئ إحدى الأَمَتَيْنِ .

ومن أصحابنا مَنْ قال : تَعَرَّض بالوطء للتحريم ، وإن جعلناه فسخًا ، إذ كان من حقه أنْ يفسخ ثم يطأ .

وقطع الشيخ أبو محمد بنفي التحريم ؛ لجريان الملك مع الوطء غير متأخر عنه ، وقال [٥] : لو رأينا الوطءَ رجعةً لأَحْلَلْنَاه في الرجعيَّة [٦] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « مناقض » . (٢) في (أ) : « فإنه » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) انظر : الأم : (٣ / ٤) ، روضة الطالبين : (٣ / ٤٥٦) ، المجموع : (٩ / ٢٦٠) .

(٥) في (أ) : « قال » . (٦) في (ب) : « رجعية » .

أما المشتري : فهو كالبائع في الإباحة ، وكونِه إجازةً إنْ لم يكن للبائع خيار ، وإن كان له خيارٌ : حرم الوطء وحصلت الإجازة من جانبه على الأصح .

وقيل : إنه يُحمل [من جانبه] (١) على الامتحان ، كالخدمة (٢) .

ولو وطئ بإذن البائع لزم من جانب البائع أيضًا ، وإن كان بِمَرْأًى منه - وهو ساكت - فوجهان (٣) ، إذ السكوتُ عليه - مع خطره - حضورُ دليلٍ على الرضا .

وأما الحدُّ : فساقطٌ للشبهة ، (٤ والمهرُ حكمُه حكمُ الكسب ٤) .

فإن جرى الإحبال مع الوطء : فحريةُ الولدِ وَنَسبُه ثابتٌ للشبهة ، وقيمةُ الولد لها حكم الكسب [والمهر] (٥) وأميةُ الولد لها حكم العتق ، وأولى بالتنفيذ لأنه فِعْلٌ . وقيل خلافه ؛ لأن العتق حريةٌ مُنَجَّزة ، والترتيبُ متقادم .

وأما تلف المبيع : فإن كان في يد البائع : انفسخ العقدُ ، وإن كان في يد المشتري وقلنا (٦) : الملك للبائع انفسخ [العقد] (٧) لأن بقاء الملك أقوى من بقاء عُلْقة اليد .

وإن قلنا : إن الملك للمشتري فوجهان (٨) ؛ ووجه الانفساخ : بقاء علقه الخيار للبائع .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في وطء المشتري في زمن الخيار : (وقيل : يُحمل على الامتحان كالخدمة) كلامٌ غَثٌّ ينفر منه المؤمنُ ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥٦ / أ) .

(٣) أصح هذين الوجهين : أنّ سكوت البائع لا يكون رضًا بالوطء . انظر روضة الطالبين : (٤٥٧/٣) ، المجموع : (٩ / ٢٤٤) .

(٤) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « فقلنا » ، والمثبت من (أ) .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) أصح هذين الوجهين : أنه لا ينفسخ . انظر الروضة : (٤٥٣/٣) ، المجموع : (٩ / ٢٦٢ ، ٢٦٣) .

وحيث قلنا : لا ينفسخ ، ففي بقاء الخيار وجهان :

أحدهما : [أنه] (١) لا يبقى ؛ لفواتِ المعقود عليه ؛ فيضاهي فواتَ الردِّ بالعيب عند فوات المبيع .

والثاني : يبقى (٢) ؛ لأن الردَّ يعتمد المردودَ ، وها هنا الخيار يقوم بالعقد ، والعقدُ قائمٌ .

وإن قُلنا : ينفسخ وجبت القيمةُ على المشتري ؛ ويعتبر (٣) يوم القبض أو التلف حكمه حكم المستعار ، إن قلنا : الملك للبائع ، وإن قلنا : الملك للمشتري يُعتبر (٤) حالة التلف ؛ وإن (٥) كان قبله ملكًا له فإن قيل : بماذا ينقطع الخيار ؟

قلنا (٦) : بما يدل على الرضا ، من البيع ، والعتق ، والهبة مع القبض وكل [تصرف] (٧) مزيل للملك ، وكذلك بالهبة والتسليم مع الولد - وإن كان خيار الرجوع ثابتًا - لأن ذلك استدراكٌ بعد ثبات (٨) الملك .

ولا ينقطع الخيار بالهبة قبل القبض ، ولا بالبيع بشرط الخيار - إن قلنا : إنه لا يُزيل الملك - ولا بالعرض على البيع ، والإذن في البيع ، فإنه همٌّ (٩) دون الإتمام ، بخلاف الوصية فإنها تنقطع بالعرض على البيع لغاية الضعف .

ولا ينقطع [الخيار] (١٠) بالتَّسْليم والتَّسلُّم ، ولا بالاستخدام وركوب الدابة ، وينقطع بالوطء على الصحيح .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٥٣ ، ٤٥٤) ، المجموع : (٩ / ٢٦٣) .

(٣) في (أ) : « يغرم » ، وفي (ب) : « نعتبر » .

(٤) في (ب) : « نعتبر » .

(٥) في (أ) : « إذ » .

(٦) قوله : « قلنا » : ليس في (أ) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) : « زوال » .

(٩) في (أ) : « يتم » ، وفي (ب) : « يتم به » .

(١٠) زيادة من (أ) ، (ب) .

والأظهر : أنه ينقطع بالإجارة والتزويج وقد تنخل منه أن الوصية / أضعفُ من البيع ٦٧ / ب
بشرط الخيار وحقّ الشفعة ، والردّ بالعيب أضعفُ من الوصية ؛ لانقطاعِها بالتأخير .

وأما الرجوع عن الهبة ، فلا يحصل إلا بالتصريح ، وفي حصوله بالإعتاق خلاف .

فهذه (١) مراتب الحقوق ، والله أعلم وأحكم .

* * *

(١) في الأصل : « فهذا » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

الباب الثالث

في

خيار النَّقيصة

وما سبق كان ثابتًا على طريق التشهي ، وهذا الخيار لا يثبت إلا بفوات أمرٍ مظنون ، ينشأ الظنُّ فيه من التزامٍ شرطيٍّ أو قضاءٍ عرفيٍّ ، أو تغرير فعليّ .

والنظر فيه [١] ينقسم إلى : بيان الأسباب المثبتة ، والموانع المبطلة .

* * *

السبب الأول : الالتزام الشرطي :

وهو الأصل ، وما عداه مُلْحقٌ به ، فمهما شَرَطَ وصفًا يتعلق بفوات نقصان مالية لكونه خبَّازًا ، أو كاتبًا ، أو متجعد الشعر ، وغيره ، فإذا فُقِدَ ثبت الخيار للمشتري .

وإن شَرَطَ ما لا غرضَ فيه ولا ماليةَ فيه ، ككونه مُشَوَّه الخَلْقِ : أُلغي الشرط ولزم العقدُ ، كأن شرط ما فيه غرضٌ ولا مالية كالثيابة [٢] في الجارية ، والكفر في العبد وهو في بلادنا ، ففيه تردد [٣] ، ووجهه ظاهر .

* * *

السبب الثاني : العيب :

وهو كل وصفٍ مذموم اقتضى العرفُ سلامة المبيع عنه غالبًا ، وقد يكون ذلك ،

---

(١) قوله : « فيه » : ليس في (أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « كالثيوبة » .

(٣) قال في الروضة : « ولو شرط كفره ، فَبَانَ مسلمًا ثبت الخيار على الصحيح ، وقيل : إن كان قريبًا من بلاد الكفر ، أو في ناحية أغلبُ أهلها الذِّمِّيُّون ثبت الخيار ، وإلا فلا . وقال المزني : لا خيار أصلًا » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٦٠) .

بنقصان وصفٍ أو زيادته ، وقد يكون نقصانَ عينٍ كالخصيّ ، أو زيادته كالأصبع الزائدة .

والخصي وإن زادت قيمته ولكن ما فات منه مقصودٌ ، ويتعلق به مالية وإنها الزيادة الجب بالخبر [1] لغرضٍ آخر حصل به ، فلم ينفك عن نقصان .

والبول في الفراش ، والبَخَر الذي ينشأ من تغيير المعدة ، والصنّان الذي يخالف العادة ولا يقبل العلاج عيبٌ في العبيد والإماء ، خالف أبو حنيفة في العبيد [2] .

واعتياد الإباق والسرقة والزنا عيبٌ فيهما .

وقال أبو حنيفة : الزنا [هو] [3] عيب [4] في الإماء دون العبيد [5] واحتباس الحيض عيبٌ في الجواري .

وكون الجارية أختًا للمشتري أو ولدَه ليس بعيب ، وإن اقتضى ذلك تحريم الوطء أو حصولَ عتقٍ ؛ لأنه نقصٌ في نفس الجارية .

وثقل الخراج في الضيعة ، واعتياد الجند النزول في الدار عيبٌ فيهما لقلة الرغبات بسببه .

وشق الأذن في الشاة ليس بعيب ، إن لم يمنع الإجزاء في الأضحية وحيث يَمْنع ألحقَهُ صاحبُ التقريب بالخصيّ ؛ لأن فيه فوات غرضٍ .

---

(١) كلمه : « بالخبر » : ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن البخر والصنان عيب في العبيد والإماء على حد سواء .

ومذهب الحنفية : أن البخر والصنان عيبٌ في الإماء ، وليسا بعيب في العبيد إلا أن يكونا من داء .
انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٦١) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٧١) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « العيب » .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن السرقة والزنا والإباق عيبٌ في العبيد والإماء على السواء .

ومذهب الحنفية : أن الزنا ، وكذا ولد الزنا ، عيبٌ في الإماء دون العبيد .

انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٦١) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٧١) . الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٩) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٣٩) .

هذا كله في عيبٍ تقدَّمَ وجودُه على العقد ، أو على القبض ، فأما [1] ما حدث بعد القبض فلا يُردّ به ، إلا إذا استند إلى سببٍ قديمٍ كما إذا اشترى عبدًا مرتدًّا فقيل : إن كان في يد البائع فهو من ضمانه ، وإن [2] قُتِلَ في يد المشتري فهل هو من [3] ضمان البائع ؟ فيه وجهان [4] .

وإن كان عالمًا حال العقد بردَّته فوجهان مرتبان ، وأولى بألا يكون من ضمان البائع . ووجه كونه من ضمان البائع : قيامُ علقة الردةِ السابقة في الوجود على العقد أو القبض . فإن قلنا : لا ينفسخ فله أرشُ التفاوت بين المرتدِّ والمُسْلِم ، إن كان جاهلًا عند العقد .

فإن قيل : هلَّا أبطلتم بَيْعَ المرتدّ وهو هالكٌ حكمًا ؟

قلنا : حكى الشيخ أبو علي وجهًا : أنه باطل ، ولكنه بعيد ؛ لأن المالية في الحال مُحَققة ، والعودُ إلى الإسلام ممكنٌ .

نعم في العبد المستحقّ قتلهُ في قطع الطريق وجه نظر أظهر منه : أنه يمتنع بيعه ؛ إذ لا محيص من القتل . والظاهر : صحة بيعه أيضًا ؛ نظرًا إلى الحال . أما إذا مات العبدُ بمرض تقدم على البيع ففيه طريقان ؛ منهم من ألحقه بالردة في كونه من ضمان البائع ، ومنهم مَنْ قطع بأنه من ضمان المشتري [5] ، إذ المرضُ يتزايد ، والردة في حكم الشيء الواحد .

فأما إذا استحق قطع يده في السرقة ، فقطع بعد [6] القبض :

إن قلنا : إن المرتد من ضمان البائع ، فهذا [7] أيضًا من ضمانه حتى يطالب بأرش التفاوت بين الأقطع والسَّليم عند تعذّر الرد ، وإلا فله الرد ، وإن قلنا : ليس المرتدّ من ضمان البائع فليس له ها هنا إلا التفاوتُ بين عبد استحق قطعه ، وبين المنفكّ عن هذا الاستحقاق .

والاقتراعُ بعد القبض بتزويج سابق على العقد : حكمُه حكمُ القطع .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أما » . (٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « في » ، والمثبت من (أ) .

(٤) أصح هذين الوجهين : أنه من ضمان البائع : انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٦٦) .

(٥) وهذا الطريق هو الأصح والأشهر . انظر الروضة : (٣ / ٤٦٨) .

(٦) في (ب) : « قبل » . (٧) في (أ) : « فهو » .

السبب الثالث : التصرية

(وفيه فصلان)

الأول : في حد السبب

قال – عليه السلام – : « لا تصروا الإبلَ ولا [١] الغنمَ ومن اشتراها فهو بخير النَّظرين بعد أن يحلبها ثلاثًا ، إنْ رضيها أمسكها ، وإنْ سَخِطَها ردَّها وردَّ معها صاعًا من التمر » [٢] .

ومعنى التَّصرية : أنْ يشدّ أخلاف الناقة ليجتمع فيها اللبنُ فيظنّ المشتري غزارةَ اللبن .

ولو تخلفت [٣] الناقةُ بنفسها ففيه وجهان [٤] ، مستندهما : أن سبب الخيار فواتُ ظنٍّ استند إلى قرينة حالية حتى ينزله [٥] منزلة ظنّ السلامة إذا استند إلى العرف ؟ أو

---

(١) قوله : (ولا) : ليس في (أ) ، (ب) .

(٢) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٤٢٣) (٣٤) كتاب البيوع (٦٤) باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة (٢١٤٨) ، ومسلم (٣ / ١١٥٥) (٢١) كتاب البيوع (٤) باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه » (١٥١٥) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٨) كتاب البيوع – باب « من اشترى مصراةً فكرهها (٣٤٤٣) ، والترمذي بلفظ : « من اشترى مصراة فهو بالخيار إذا حلبها ، إنْ شاء ردّها وردَّ معها صاعًا من تمر » (٣ : ٥٥٣) (١٢) كتاب البيوع (٢٩) باب ما جاء في المصراة (١٢٥١) . والنسائي : (٧ / ٢٥٣) (٤٤) كتاب البيوع (١٤) النهي عن المصراة (٤٤٨٧) ، وابن ماجه بلفظ الترمذي : (٢ / ٧٥٣) (١٢) كتاب التجارات (٤٢) باب بيع المصراة (٢٢٣٩) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٢٢ ، ٢٣) حديث رقم : (١١٩٢ ، ١١٩٣) .

(٣) في الأصل ونسخة (أ) : « تخفلت » ، والمثبت من (ب) .

(٤) قال في الروضة : « لو لم يقصد البائع التصرية ، لكن ترك الحلب ناسيًا ، أو لشغل عرض ، أو تصرَّتْ بنفسها ، ففي ثبوت الخيار وجهان : أحدهما : لا ، وبه قطع الغزالي ، لعدمِ التدليس . وأصحهما عند صاحب « التهذيب » : نعم ؛ لحصول الضرر » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٧٠) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ينزل » .

مستنده تغرير العاقد بفعله ونزوله منزلة التزامه حتى ينزل منزلة شرط الغزارة ؟

وكل قائل يتشوف إلى التقريب من أصلٍ متفق عليه ، من خيار العيب أو خيار الحلف ، والأخير أولى .

وقد اختلف الأصحاب فيما لو لَطَّخ ثوب العبد بالمِدَاد مُخَيِّلًا أنه كاتب ، أو صَرَّى ثدي الجارية ، أو حفل الأتان ، أو علف الدابة حتى رَبَا بطنُها وخُيِّل أنها حامل [1] .

ووجه التردد : أن اعتقاد صفة الكتابة بمجرد المداد كاعتقاد الحمل بِكِبَرِ البطن لقصور في / العقل . ٦٨ / أ

وأما الأتان : فلبنها نجسٌ ، وإنْ قُصِدَ لأجل الجحش ، والجارية لا يرى ثديها غالبًا ، فلا يُقصد بها التغرير .

* * *

(١) الأصح في كل هذا : أنه لا خيار للمشتري لتقصيره . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٧١) .

الفصل الثاني : في حكم السبب

وفيه مسائل ثلاثة [١] :

إحداها : أن الخيار على الفور إنْ عرف التَّصريةَ بعد ثلاثة أيام ، وإن اطَّلع قبله فوجهان ، أفقههما : أنه على الفور .

والتقدير في الحديث محمولٌ على مهلة النظر للمعرفة ، إذ لا يتحقق [عرفانُ] [٢] جريانِ التصرية قبله غالبًا .

الثانية : الواجبُ صاعٌ من التمر ، بدلًا عن اللبن الذي كان في الضرع لدى العقد . فإن قيل : هلّا وجب ردُّ العين ، أو المثل ، أو القيمة ؟ قلنا : [لا] [٣] لأن عين اللبن لا تبقى غالبًا ، وإن بقي فيمزج بأجزاء [٤] اجتمعت [٤] في الضَّرع بعد جريان العقد إلى تمام الحلب ، وإنما لم يُكَلَّف رَدّ المثل ؛ لأن القدر إذا لم يكن معلومًا بمعيار الشرع كانت المقابلة من باب الرِّبا ، وإنما قُدِّرَ بالتمر لا من جنس النقد ؛ لفقدِ النقد غالبًا ؛ ولأن التمر يشارك اللبنَ في المالية ، وكونه قوتًا ، وهو قريبٌ منه إذ يؤكل معه في بلادهم .

نعم [٥] . ولفهمهم هذا المعنى نصَّ الشافعي - رحمه اللّه - على أنه لو ردَّ الشاة المصراةَ بعيبٍ آخر سوى التَّصْرِية رَدَّ صاعًا من التمر لأجل اللبن [٦] .

نعم . قال قائلون : يجب صاع من التمر أبدًا ، وإن زادت قيمته على قيمة الشاة مثلًا بعيدًا .

ومنهم من قال : إن زادت [٧] على الشاة أو على نصفها : لم توجب كمال الصاع فإنا نعلم أنه - عليه السلام - قدَّر به ؛ لأنه وقع في ذلك الوقت ، قريبًا من قيمة

---

(١) في (ب) : « ثلاث » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « تجتمع » ، وفي (ب) : « آخر تجتمع » .

(٥) كلمة : « نعم » : ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) انظر مختصر المزني : (٢ / ١٨٥) .

(٧) التاء في (زادت) زيادة من (ب) .

اللبن المجتمِع في الضَّرْع ، فعلى هذا يُعَدَّل بالقيمة ، فيقدر [1] قيمة شاة وسط ، وقيمة صاع وسطٍ في أكثر الأحوال .

فإذا قيل : هو عشر الشاة مثلًا ، أوجبنا من التمر ما قيمته عشر الشاة .

الثالثة : لو أخرج بدل التمر زبيبًا ، أو قوتًا آخر ، ففيه [2] تردد [3] .

منهم من اتبع التوفيقَ ، ومنهم مَنْ رآه في معناه سواء كما في صدقة الفطر ، وقد ورد في بعض ألفاظ المصراة لفظ الحنطة ، وتردّدوا أيضًا في أن صاعًا من التمر هل يجب في ردِّ الجارية المصراة - إذا رأينا رَدَّهَا [4] - فَمِنْ صائرٍ إليه تعبدًا ، وممن [5] قائل : إن لبنها على حاله غير مقصود .

فإن قيل : إذا فات اللبن الكائن في الضرع وهو بعض المعقود عليه فهلَّا خرج رد الشاة دونه [6] على تفريق الصفقة ؟

قلنا : لا ؛ لأنه لا يُقابله قسطٌ من الثمن على رأي ، فهو في حكم وصفٍ لا يوجب زوالُه عَيْبَ الباقي ، بخلاف العيب الحادث .

وإن قلنا : يقابله قسطٌ من الثمن ، فلا وجه لمخالفة الحديث ، فَلْيُؤَيَّدْ به قولُ جوازِ تفريق الصفقة ، فإنه المختار سيما في الدوام .

* * *

---

(١) في (ب) : « فتقدر » .

(٢) في (ب) : « فيه » .

(٣) قال في الروضة : « وهل يتعينَّ جنسُ التمر وقَدْرُ الصاع ؛ أما الجنس فالأصح : أنه يتعينُّ التمر . فإنْ أعوز ، قال الماوردي : ردّ قيمته بالمدينة . والثاني : لا يتعينَّ . فعلى هذا وجهان . أصحهما : القائم مقامه الأقوات كصدقة الفطر . قال الإمام : ولا يتعدَّى هنا إلى الأقط » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٦٩) .

(٤) والأصح : أنه لا يُردّ بدل اللبن . انظر الروضة : (٣ / ٤٧١) .

(٥) في (ب) : « ومنهم من » .

(٦) في (أ) : « كونه » ، وفي (ب) : « عن كونه » .

القسم الثاني : في مبطلات الخيار ودوافعه

(وهي خمسة)

المانع الأول : شرط البراءة من العيوب

وقد قضى عثمان - رضي اللّه عنه - ببراءة البائع عن كل عيب لم يعلمه دون ما علمه وكتمه [١] .

وكلامُ الشافعي - رضي اللّه عنه - يدل في ابتداءِ الباب على موافقته ، وقال في آخر الباب : لولا أَثرُ عثمان - رضي اللّه عنه - لكان القياسُ أن يبرأ عن [٢] الجميع أَوْ لا يَبْرأ عن الجميع [٣] .

فقال الأصحاب : كلام الشافعي - رضي اللّه عنه - مُرَدَّدٌ بين ثلاث احتمالات ، فهي ثلاثة أقوال [٤] :

---

(١) قوله : (قضي عثمان - رضي اللّه عنه - ببراءة البائع عن كل عيب لم يعلمه ، دون ما علمه وكتمه) .

وقد رُوي « أن زيد بن ثابت ابتاع من عبد اللّه بن عمر عبدًا بثمان مائة درهم على شرط البراءة ، فوجد بالعبد عيبًا فأراد ردَّه على ابن عمر فلم يقبله ، فتحاكما إلى عثمان بن عفان ، فقال لابن عمر : أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فاتقى اليمين واستردّ العبد ، فباعه بألف وستمائة درهم . فقال : تركتُ اليمين للّه فعوضنى » أخرجه مالك في الموطأ : (٢ / ٣٢٧) (١٩) كتاب البيوع باب العيب في الرقيق حديث (١٢٩٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٥ / ٣٢٨) ، ومعرفة السنن والآثار : (٨ / ١٣٢) كتاب البيوع (٣٥) باب بيع البراءة حديث رقم : (١٣٨٨) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٢٤) . حديث رقم : (١١٩٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « من » .

(٣) انظر : الأم : (٢ / ٦٢ ، ٦٣) ، مختصر المزني : (٢ / ١٩٨) .

(٤) قال في الروضة : « إذا باع بشرط أنه بريء من كل عيب بالمبيع ، فهل يصح هذا الشرط ؟ فيه أربع طرق .

أصحها : أنّ المسألة على ثلاثة أقوال . أظهرها : يبرأ في الحيوان عمّا لا يعلمه البائع دون ما يعلمه ، ولا يبرأ في غير الحيوان بحال .والثاني : يبرأ من كل عيب ، ولا رد بحال . والثالث : لا يبرأ من عيب ما .

والطريق الثاني : القطع بالقول الأول .

=

أحدها : أنه يبرأ ؛ لأن مستند الخيار : أنه ملتزمٌ للسلامة بمطلق العقد عُرْفًا وقدرًا[(١)] ، وقد انتفى موجب الإطلاق بالتصريح .

ومنهم مَنْ علَّل ذلك بالحاجة لخفاء العيوب حتى خصّص فريقٌ بالحيوان لكثرة عيوبه ، وقطعوا [(٢)] في غيره ببطلان الشرط ومنهم من سوَّى .

والثاني : أنه لا يبرأ ؛ لأن هذا خيارٌ ثبت شرعًا فلا ينتفي شرطًا ، ولأنه إبراء عن مجهولٍ لا يُدرى . وعلى العلتين انبنى خلافٌ فيما إذا عَيَّنَ عيبًا وأبرأ عنه .

والثالث : أنه يبرأ عَمّا لم يعلمْه ؛ لأن الحاجةَ متحققةٌ فيه دون ما كَتَمَه . واختلفوا على هذا في أن ما تيسر الاطلاعُ عليه هل يُلْحق بما عَلِمَه لتقصيره في عدم البحث ؟

واختلفوا في أنّ قول صحة الشرط ، هل يجري في عيب يحدث بعد العقد وقبل القبض ، من حيث إنه بعدُ لم يوجد سَبَبُه ، ثم مهما فسد هذا الشرط ففي فساد العقد [به] [(٣)] قولان [(٤)] ، نَبَّهْنَا عليهما فيما قَبْلُ .

المانع الثاني من الردّ : التقصير .

وذلك بالتأخير والانتفاع .

فإن كان العاقد حاضرًا : فليردّ عليه ، كما اطلع (٥ على العيب ٥) في الحال .

= والطريق الثالث : يبرأ في الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم ، ولا يبرأ في غير الحيوان من المعلوم ، وفي غير المعلوم قولان .

والطريق الرابع : فيه ثلاثةُ أقوال في الحيوان وغيره . ثالثها : الفرق بين المعلوم وغيره .

ولو قال : بعتك بشرط ألا تَرُدّ بالعيب ، جَرَى فيه هذا الخلافُ » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٧٢ ، ٤٧٣) .

(١) كلمة : « وقدرًا » : ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وفَرّقوا » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) قال في الروضة : « إن بطل هذا الشرط لم يبطل به البيع على الأصح » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٧٣) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « عليه » .

وإن [1] كان غائبًا : فَلْيُشْهِدْ على الردِّ اثنين ، فإن عجز فَلْيحضر مجلسَ القاضي مبادرًا ولْيُخْبره [2] بالردّ .

فإنْ رفع إلى القاضي - والخصم حاضرٌ - فمقصرٌ [3] .

وإن كان الشهودُ حضورًا فرفع إلى القاضي فوجهان ، إذ في الرفع إلى القاضي مزيدُ تأكيدٍ .

ولو كان المعيب دابةً فركبها في طريقه إلى القاضي ، أو عبدًا فاستخدمه بَطَل حقُّه ، وكذلك إنْ حمَّل الدابة إكافًا أو سرجًا فليحطمها كما عَثَرَ على العيب ولا يجب حَلُّ العذار فهو في محلّ التسامح [4] ، وكذلك لو عَسِرَ سَوْقُ الدابة وقَوْدُها : جاز الركوب ، وعلى الجملة مُدْرَكُ التقصير العُرْفُ ، وذلك ظاهر .

فرع :

إذا بطل حقّه بالتقصير فلا أَرْش له ، بخلاف ما لو تعذّر الرد بسبب ، / ولكن ٦٨ / ب لو تراضيا على الأرش مع إمكان الرد (° ففيه وجهان °) ؛ أحدهما : أنّ ذلك جائزٌ ، إذ الحقُّ لا يَعْدُوهما . والثاني : لا [6] ؛ إذ لا تقابل سلطنته الخيار بعوضٍ ، وما فات بالعيب قوبل بغرامة عند عُسْرِ الردّ لضرورة العجز عن تدارك الحقّ بطريق أقرب منه ، والمعنى بالأرش حيث نوجب أن يُعرف قدر النقصان بسبب العيب وينسب إلى تمام القيمة ، فإن كان عشر القيمة رجع إلى عشر الثمن ، والقيمةُ معتبرةٌ لمعرفةِ النسبة لا لإيجاب عينها .

المانع الثالث : هلاكُ المعقود عليه .

حِسيًّا [7] بالتلف ، أو حكمًا بالعتق والاستيلاد ، فإذا اطَّلع بعد الفوات فلا رَدَّ ، إذ

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) الهاء في (وليخبره) زيادة من (أ) .

(٣) في (ب) : « مقصر » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « المسامحة » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فوجهان » .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٨٠) .

(٧) في (ب) : « حسًّا » .

لا مردودَ ، وتعيّن الحقّ في الأرش وهو جزء من الثمن كما سبق ، وهل يبرأ عن ذلك الجزء من الثمن بمجرد الاطلاع ، أم يتوقف على طلبه ؟ فيه تردد (١) .

ومَيْلُ القاضي إلى أنه لا يتوقف على الطّلب ، بخلاف ما لو قَدَر على الردّ فإنّ الفسخ لا يحصل دون طلبه . ومن الأصحاب مَنْ قال : كما بقي له طريقُ الرضا بالمعيب بكل الثمن مع البقاء يبقى له ذلك بعد الفوات فلابدَّ من الطلب .

فإن قيل : لو كان قد استوفى الثمن ، وطلب المشتري الأرشَ ، فهل يتعيّن حقُّه في عَيْنِ الثمن ، أم يجوز للبائع الإبدال (٢) ؟ (٣)

قلنا : فيه ترددٌ للأصحاب ؛ إذ يحتمل أن يُقال : المعيب (٤) في مقابلة كل الثمن إن رضي [به] (٥) ، وإلا فهو في مقابلة بعضِه فَيَخْرُج ذلك البعضُ عن المقابلة وتعيّن لاستحقاقه ، وهو ظاهرُ كلام الأصحاب ، وكأن المقابلة تغيَّرت (٦) . ولكن جوّز ذلك مهما (٧) استند إلى سبب في أصل العقد ، وإن كان لا يجوز ذلك بالتراضي عند إلحاق زيادة بالثمن (٨) بعد اللزوم .

ويُحتمل أن يُقال : هذه غرامة ، وكأن البائع جعل معيبًا لملك المشتري ، إذ العقد الواحدُ لا يَقْتضي مقابلتين في حالتين ، ويَشْهد له أنّ مشتري الجارية بعبدٍ معيبٍ يَعلم عيبَه يستحل وطأها ولو كان جزء منه (٩ لغرض العود ٩) إلى بائع الجارية ، لو اطَّلع على عيب العبد لأورث توقعه شبهة وهذه المباحثة من دقيق الفقه ، فَلْتفهم .

(١) الأصح : أنه يتوقف على طلبه . انظر الروضة : (٣ / ٤٧٤) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إبداله » .

(٣) الأصح : أنه يتعين حقه في عين الثمن . انظر الروضة : (٣ / ٤٧٤) .

(٤) في (أ) : « المعيب ، المنع » ، وفي (ب) : « المنع » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « تعرف » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فما » .

(٨) في (ب) : « في الثمن » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « بغرض الرد » .

فرع :

لو تلف أحدُ العوضين في بيع (١ العبد بالجارية ١) ، فمن وجد عيبًا بالقائم ردَّه ، ورجع إلى قيمة (٢ المعوض الفائت ٢) اعتمادًا في الرد على قيام المردود .

ولو اشترى عبدين فتلف (٣) أحدُهما ، وقلنا : يمتنع إفرادُ أحدِ العبدين بالرد لتفريق الصفقة رجع بالأرش ، والقيمةُ المعرفة لنسبة الأرش - حيث يرجع إلى الأرش - قيمةُ يوم العقد ، أو قيمة يوم القبض ؟ فيه (٤) ثلاثة أقوال (٥) :

أحدها : يوم العقد ؛ فإنه يوم الاستحقاق .

والثاني : يوم القبض ؛ لأنه يوم الضمان .

والثالث : أقلّ القيمتين ؛ نظرًا (٦) لجانب المشتري .

* * *

المانع الرابع : زوال الملك عن المبيع .

يمنعه من الردّ في الحال ، فلو عاد إليه ، بأنْ باع (٧ فردّ إليه ٧) بالعيب ، فله الرد على الأول : لأن العائد هو الملك الأول .

وإن عاد إليه ببيعٍ مُسْتأنف فإنّ ردّ على الأخير (٨) حتى إذا رد عليه رد على الأول :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الجارية بالعبد » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « العوض التالف » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وتلف » .

(٤) في الأصل : « لأنه » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) قال في الروضة : « وأما القيمة المعتبرة ، فالمذهب : أنه تعتبر أقل القيمتين من يوم البيع ويوم القبض . وبهذا قطع الأكثرون . وقيل : فيها أقوال : أظهرها : هذا . والثاني : يوم القبض . والثالث : يوم البيع » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٧٤) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « إلى » .

(٧) في (أ) : « ورُد عليه » .

(٨) في (أ) : ، (ب) : « الآخر » .

جاز ، وإن ابتدأ بالأول وردّ عليه فوجهان ، وكذلك لو عاد إليه بهبة فوجهان مرتبان ؛ وأولى بالجواز ؛ إذ في البيع قدر على الردّ على الثاني حتى يرد على الأول بعد العود إليه بالرد .

ومنشأ الوجهين : أن الزائل العائد كالذي لم يزل ؟ أو كالذي لم يَعُدْ ، ويجري ذلك في رجوع شطر الصداق بالطلاق ، وفي رجوع البائع إلى السلعة بعد إفلاس المشتري بالثمن . فمن قائل : رد ما اشترى كما اشترى . ومن قائل : ليس هذا الملك الذي ينقصه ما استفاده منه ، بل استفاده (١) بالهبة ، وإنما ذلك الملك قد زال ولم يَعُدْ ؛ فصار كما إذا فات (٢) ، ثم إذا منعناه من الرد ثبت له الأرش ، وإن كان [ذلك] (٣) في ملك الغير وامتنع الرد في الحال (٤) ، ولكن قلنا : لو عاد لقدر على الردّ ، ففي جواز المطالبة بالأرش في الحال لوقوع الحيلولة وجهان يقربان من القولين في شهود الأموال (٥) إذا رجعوا لأن الحيلولةَ واقعةٌ في المسألتين ، وتوقُّعُ الوصولِ إلى أصل الحق مَرْجُوٌّ فيهما ، والأصحُّ : جوازُ طلب البدل في الحال (٦) .

فرعان :

أحدهما : لو رضي المشتري الثاني بالعيب ، فالأصح (٧) أنّ للأول المطالبة

---

(١) في (أ) ، (ب) : « استنفاد » . (٢) في (أ) : « تلف » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في الأصل : « للحال » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « المال » .

(٦) ذكر في الروضة أنهما قولان وأن المشهور فيهما : عدمُ المطالبة بالأرش في الحال . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٥) .

(٧) قال في الروضة : « ولو كانت المسألةُ بحالها ، وتلف المبيع في يد المشتري الثاني ؛ أو كان عبدًا فأعتقه ، ثم ظهر العيبُ القديم ، رجع المشتري الثاني بالأرش على المشتري الأول ، والأولُ بالأرش على بائعه بلا خلاف ؛ لحصول اليأس من الردّ ، لكن هل يرجع على بائعه قبل أنْ يغرم لمشتريه ؟ وجهان بناءً على المعنيين . إن عللنا باستدراك الظلامة لم يرجع ما لم يغرم ، وإن عللنا بالثاني رجع . ويجري الوجهان فيما لو أبرأه الثاني ، هل يرجع هو على بائعه ؟ » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٧٦) .

بالأرش ، فإن تبرع غيره عليه لا يلزمه التبرع على غيره .

الثاني : إذا كان عوض المردود خارجًا عن الملك وعائدًا ، فالأصح : أن ذلك لا يَضُرّ وجهًا واحدًا ؛ لأنّ عود ذلك يجري قهرًا فيرجع إلى عينه ، ولأنه لو تلف لرجع إلى قيمته [1] جبرًا له ، والآن هو بعينه قائم فهو أولى بأنْ يكون جائزًا .

* * *

المانع الخامس : العيب الحادث .

يمنع [2] من الردّ بالعيب القديم ؛ لأن جانبَ البائع - أيضًا - يُصَان عن الضرر [3] الحادث ، كما صِينَ جانبُ المشتري عن القديم ، فمسلكُ التدارك أن يَضمَّ [المشتري] [4] أرشَ العيبِ الحادث إليه ويرد ، أو يغرم البائعُ أرش العيب القديم حتى لا يردّ . فإن اتفقا على أحد المسلكين فذاك ، وإن تنازعا في التعيين ، فثلاثة أوجه :

أحدها : أن البائع متبوعٌ ؛ لأن الأصل ألا يلحقه / درك [أصلًا] [5] إلا إذا لم يتضرَّرْ . ٦٩ / أ

والثاني : المشتري متبوعٌ ؛ لأن الأصل أنّ تمام الثمن لا يلزمه إلا بمبيعٍ سليم .

والثالث : أن [6] مَنْ يدعو إلى أرش العيب القديم أولى [7] ، لأن استرداده يَسْتند إلى أصل العقد ، أما ملك الأرش عن العيب الحادث فجديدٌ لا مَدْخَلَ له في العقد .

فإن قيل : لو زال العيب الحادث بعد أخذ الأرش [عن] [8] القديم ، هل يعود حقُّه في الرد ؟

---

(١) في (أ) ، (ب) : « القيمة » .

(٢) كلمة : « يمنع » : ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « ضرر » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) قوله : « أن » : ليس في (أ) .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٨٢) .

(٨) زيادة من (أ) .

قلنا : فيه وجهان ، أحدهما : بلى ، إذ الأرْشُ مأخوذة للحيلولة الناجزة .

والثاني : لا [1] ، لوقوعِ الرضا بالعيب . فإن لم يقبض بعد ولكنْ قضى القاضي بالأرش فوجهان مرتبان ، وأولى بأن يعود الحق .

أما إذا لم يَطَّلِعْ حتى زال [2] العيبُ الحادث : فالمذهب جواز الرد بالعيب القديم .

هذا إذا لم يكن للعيب الحادث أَمَدٌ يُنْتظر زوالُه .

فإن كان له أمدٌ كعِدّة الوطء بالشبهة إذا طرأت [3] على الجارية ، فإنه عيب . فلو اطَّلع على العيب [4] ولم يردّ في الحال منتظرًا زوالَه ، ففيه وجهان [5] :

أحدهما : أنه يبطل حقه إذ قدر على طلب الأرش .

والثاني : لا ، لكونه معذورًا في الانتظار .

فروع ثلاثة :

أحدها : لو أَنْعَل الدابةَ ، ثم اطَّلع على العيب فلينزع النعل وليردّه إن كان لا يتعيَّب بالنزع ، وليس يلزم البائعَ قبولُ النعل ، وإن كان يعيبه [6] فله الردّ . وعلى البائع

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٨٢) .

(٢) في (ب) : « زوال »

(٣) في الأصل : « طرت » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « عيب » .

(٥) قال في الروضة : « وما ذكرناه من إعلام المشتري البائعَ يكون على الفور . فإنْ أخره بلا عذرٍ بطل حقُّه من الردّ والأرش ، إلا أن يكون العيبُ الحادثُ قريبَ الزوال غالبًا ، كالرمد والحمى ، فلا يُعتبَر الفور على أحد القولين ، بل له انتظار زواله ، ليرُده سليمًا عن العيب الحادث » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٨٢) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « يعيبها » .

(١ قبولُ النعل ١) فإنه تابع . ولو قال المشتري : لا أسمح بالنعل وأطلب الأرش : لم يكن له (٢) ذلك ، فإنه كالمُحْتَقَر في مؤنة الرد .

نعم (٣) ، تردّد الأصحابُ في أن ذلك إعراضٌ عن النعل أو تمليكٌ ، حتى لو سقط فهو للبائع أو للمشتري ؟ وهو محتمل (٤) . أما إذا صَبَغَ الثوبَ وزادت قيمتُه : فله الردّ بالعيب القديم إن لم يطلب قيمةَ الصبغ ، وليس للبائع الامتناع .

وإن طلب قيمةَ الصبغ فهل يجب على البائع ذلك مع رَدِّ الثمن ؟ وجهان (٥) ، والفرق : أنّ النعل تابعٌ والصبغ مقصود [و] (٦) لا يسمح به .

فإن قلنا : لا نُكلّفه قيمته فهو كعيبٍ حادث ، فتعود الأوجه الثلاثة (٧) في أنّ تمليكَ أرش عيبٍ (٨) حادثٍ أولى ، أم غرْم أرش العيب القديم ؟

ولم يذهب أحدٌ إلى أنّ المشتري يبقى شريكًا بالصَّبغ (٩) ؛ لأن المشتري يتضرَّرُ بذلك ، بخلاف الغاصب إذا صبغ فإنا نُبقيه شريكًا ولا نلتفت إلى تضرره ؛ لعدوانِه .

---

(١) في (ب) : « القبول قبول النعل » .

(٢) في الأصل : « صح » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل : « ثم » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) قال في الروضة : « ثم ترك النعل ، هل هو تمليك من المشتري ، فيكون للبائع لو سقط ، أم إعراض فيكون للمشتري ؟ وجهان . أشبههما : الثاني » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٨٥) .

(٥) أصح هذين الوجهين : أنه لا يجب ، لكن يأخذ المشتري الأرش . انظر الروضة (٣ / ٤٨٦) .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) في (ب) : « الثلاث » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « شيء » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في (ب) : « في الصبغ » .

أما إذا اشترى رجلان عبدين : ففي انفرادِ أحدِهما بردِّ نصيبه قولان (١) :

ووجه المنع : تفريق الصفقة إن قلنا : إنها تتَّحد مع (٢) تَعدد المشتري ، أو عيب التبعيض على البائع إذا عاد إليه النصف ، وإذا عللنا بهذا جوَّزنا الردّ فيما لا ينقصه التبعيض .

والمقصود : أنا لو منعناه (٣) من الإفراد فاشترى نصيبَ شريكه وأخذ بردّ الكلّ دافعًا عنه ضَرَرَ التبعيض ويطالب بقيمة النصف ، فهل يجبر البائع عليه ؟ فيه وجهان (٤) كما في الصَّبْغ .

الثاني : اشترى حُلِيًّا وزنُه ألفُ درهم بِألف حدث (٥) به عيب انكسار واطَّلع على عيب قديم ، فلو ضَمَّ إليه أرش العيب الحادث لاستردّ ألفًا وَرَدَّ ما يزيد عليه ، وهو عَيْنُ الرِّبَا .

ولو كلَّف البائع أرش [العيب] (٦) القديم : لصار الألف بعد حطِّ الأرش في مقابلة الألف فهو ربًا . فقال ابن سريج : هذا عقد تعذَّر إمضاؤه فينفسخ ويستردّ الثمن ولا تُرَد الحُلي ، بل يغرم (٧) قيمته غير معيبٍ بالعيب الحادث بالذهب إن كان الحُلِيّ من الفضة ،

---

(١) قال في الروضة : « لو اشترى رجلان ، عبدين من رجلين ، فقد اشترى كل واحدٍ ربعَ عبدٍ ، فلكل واحد رَدُّ جميعِ ما اشتري من كل واحد عليه . ولو ردّ ربع أحد العبدين وحده ففيه قولا تفريق الصفقة » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٨٩) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « بعد » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (ب) : « منعنا » .

(٤) قال في الروضة : « قال الإمام : إن حصل اليأس من إمكان رَدّ نصيب الآخر ، بأن أعتقه وهو مُعْسِر ، فله أَخْذُ الأرش ، وإلا نظر ، فإنْ رضي صاحبه بالعيب بُني على أنه لو اشترى نصيبَ صاحبه وضَمَّه إلى نصيبه ، وأراد الكل والرجوع بنصف الثمن ، هل يُجبر على قبوله كما في مسألة النعل ؟ وفيه وجهان :

إن قلنا لا : أخذ الأرش . وإن قلنا : نعم ، فكذلك على الأصح » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٨٩) .

(٥) في (أ) : « فحدث » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في الأصل : « يلزم » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

أو بالفضة إن كان من الذهب فرارًا من ربا الفَضْل [١] .

وهذا يُستمد مما نفرد من أنّ الأرش يتعينَّ في الثمن ويتعينَّ المقابلة بأخذه .

وقال صاحبُ التقريب : بل يغرم البائع أرش العيب القديم ، فإنّ ذلك الأرش غرم في مقابلة العيب وكأن البائع هو المعيب ، وهذا إشارة إلى أنه لا يتعينّ في الثمن .

وقال العراقيون : بل يغرم المشتري أرش [العيب] [٢] الحادث ويرد ، ولا مقابلةَ إلا بين الثمن والحلي وهما متوازيان ، وهذه غرامة عيب حدث في يد المشتري مضمونًا .

وهذا أيضًا بعيدٌ ؛ لأن الأرش كالبدل عن ذلك الجزء من المعقود عليه الذي فات بالعيب حتى يردّ الفسخ عليه فتتناوله المقابلة فتحصلنا على احتمالين في حقيقة كل واحد من الأرشين ، وأنه غرم مبتدأ ؟ أم هو من مقابلة المعقود عليه ؟ والمشهور ما أشار إليه ابن سريج فيهما جميعًا .

الثالث : إذا قَوَّرَ البطيخ ، وكسر الجوز والرمان والبيض واطَّلع على عيب باطن ، فإن زاد في الكسر على [٣] حاجة المعرفة [٣] : فعيبٌ حادث ، وإن اقتصر فثلاثة أوجه :

أحدها : [أنه] [٤] عيبٌ حادث ، وهو ظاهر [النص] [٥] .

---

(١) قال في الروضة : « إذا اشترى حُليًا من ذهب أو فضة وزنُه مائةٌ مثلًا ، بمائة من جنسه ، ثم اطلع على عيبٍ قديم ، وقد حدث عنده عيبٌ ، فأوجه :

أصحها عند الأكثرين : يُفْسخ البيع ، ويُرد الحُليّ مع أرش النقص الحادث ولا يلزم الربا ؛ لأن المقابلة بين الحُليّ والثمن ، وهما متماثلان . والعيبُ الحادث مضمونٌ عليه ، كعيب المأخوذ على جهة السوم ، فعليه غرامته .

والثاني - وهو قول ابن سريج - : أنه يُفسخ العقد ، لتعذُّر إمضائه ولا يرد الحُليّ على البائع ، لتعذُّر رَدّه مع الأرش ودونه ، فَيُجْعل كالتالف ، فيغرم المشتري قيمته من غير جنسه معيبًا بالعيب القديم ، سليمًا عن الحادث . واختار الغزالي هذا الوجه ، وضعَّفهُ الإمام وغيره .

والثالث - وهو قول صاحب « التقريب » ، والداركي ، واختاره الإمامُ وغيره - : أنه يرجع بأرش العيب القديم ، كسائر الصور » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٨٤) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) . (٣) في الأصل : « الحاجة المعروفة » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) . (٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

والثاني : أنه يرد من غير أرش ، إذ يستحيل أن يبطل ردّه بطريق الاطّلاع ، والاطّلاع سببُ الرد .

والثالث - وهو الأعدل - : أنّ استقلالَه بالردّ لا يبطل ، ولكن يضم أرش الكسر حتى لا يتضرر البائع أيضًا [١] .

أما إذا لم يَبْقَ له بعد الكسر قيمةٌ كالبيضة المَذِرَة : قال الشافعي - رضي اللّه عنه - يسترد كمال الثمن [٢] .

فقال الأصحاب : معناه : أنه يستردّ أرش النقصان ، ولكن أرش النقصان كمال الثمن إذا لم يَبْقَ له قيمة ، وفائدتُه : أن القشرة تبقى مختصة بالمشتري / [٣] فتبقي الطريق عنهما [٣] . ٦٩ / ب

والوجه [٤] أن يُقال : تبيَّنَ أنّ العقدَ باطلٌ ؛ إذ ورد على غير متموّل وهو [٥] تأويل كلام الشافعي - رضي اللّه عنه - ، والقشرة مختصة بالبائع ، فإن فرض له قيمة قبل الكسر للنقش ولعب الصبيان ، فقد بطلت الماليةُ الآن .

فإن قُلنا : إنّ طريق الاطلاع من عُهدة البائع حتى لا يجب به أرش ، فها هنا أيضًا ينقدح معه استرداد [٦] تمام الثمن ، ويُجعل كأنه لم يَشْتَرِ إلا ما بقي بعد الاطّلاع .

وإن جُعل ذلك من ضمان المشتري : فلا ينقدح معه استرداد تمام الثمن .

* * *

هذا تمام القول في لزوم العقد وجوازه ، واختتامُ القسمِ بثلاثة فصول .

* * *

---

(١) ذكر في الروضة أنهما قولان ، وأن أظهرهما : أنه لا يغرم أرش الكسر . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٨٧) .

(٢) انظر : الأم : (٣ / ٥٨) ، روضة الطالبين : (٣ / ٤٨٦) ، المجموع : (١١ / ٤٩٩) .

(٣) في (أ) : « عنها » ، وفي (ب) : « فينحيها عن الطريق » .

(٤) في (ب) : « فالوجه » .

(٥) في (ب) : « فهو » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أن يسترد » .

الفصل الأول : في حقيقة الردّ والفسخ

وهو عندنا : رَفْعُ العقد من وقته ، ولذلك لم يمتنع الردّ بالعيب بالزوائد المنفصلة ، ولا بوطء الثَّيِّب .

وقال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : هو رَفْعٌ للعقد من أصله ، ولأجله خالف في وطء الثيب ، والزوائد [المنفصلة] [1] .

أما الفسخ قبل القبض ففيه وجهان :

أحدهما : أنه رفع من أصله ؛ لأن العقد بَعْدُ ضعيف لم يتكامل ، وعلى هذا نقول : الزوائد الحاصلة قبل القبض تنقلب بالفسخ إلى البائع .

والثاني : أنه رفع من وقته ، كما بعد القبض [2] ؛ وعلى هذا فالزوائد تبقى للمشتري .

فإن قلنا : تنقلب بالفسخ إلى البائع فله حَبْسُ الزوائد للثمن ؛ إذا قُلنا : له حبس المبيع ؛ لأنه يتوقع التعلق به .

وإن قلنا : تُسَلَّم للمشتري ، فليس [له] [3] فيه [4] حق الحبس .

فإن قيل : وما وجه رجوع الزوائد إلى ملك البائع ، وقد حدثت في ملك المشتري كما بعد القبض ؟

قلنا : لأجله قال فريقٌ : لا يرجع إليه . والقائل الآخر يتعلّق بما رُوِيَ أنه - عليه السلام - سُئِلَ عن غلَّة المبيع تُسَلَّم للمشتري بعد الفسخ وبعد القبض ، فقال : « الخَرَاجُ بالضمان » [5] أي هو على خطر الضمان ....

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) وهذا الوجه هو الصحيح . انظر الروضة : (٣ / ٤٩١) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . (٤) قوله : « فيه » : ليس في (أ) .

(٥) الحديث أخرجه أبو داود : (٣ / ٢٨٢ ، ٢٨٣) كتاب البيوع باب فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا (٣٥٠٨ ، ٣٥٠٩ ، ٣٥١٠) ، والترمذي : (٣ / ٥٨١ ، ٥٨٢) (١٢) كتاب البيوع (٥٣) باب ما جاء فيمن يَشْتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبًا (١٢٨٥ ، ١٢٨٦) ، والنسائي : (٧ / ٢٥٤ ، =

بالقبض [1] فالغُنْمُ بالغُرْمِ [1] ، ومفهومُه : أنه لا يُسَلّم قبل القبض له .

والقائل الأول يتبع القياس ، ويقول : ذلك علة لمنع الرجوع ، ذكره لقطع استبعاد السائل ، وقبل القبض لا يرجع لعلة أخرى وهو أنه حدث من ملكه ، والحكم قد يُعَلَّلُ بعلتين .

* * *

= ٢٥٥) (٤٤) كتاب البيوع (١٥) باب الخراج بالضمان (٤٤٩٠) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٥٣ ، ٧٥٤) . (١٢) كتاب التجارات (٤٣) باب الخراج بالضمان (٢٢٤٣) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣ / ٢٣) . حديث رقم (١١٩٦) .

(١) في (ب) : « فالغُرْمُ بالغُنْم » .

الفصل الثاني : في حقيقة الإقالة

وفيه قولان :

الجديد : أنه [١] فسخ [٢] ؛ لأن اللفظ يُنبئ عنه ، ولأنه [٣] جائز قبل القبض ، وفي المُسلم فيه والبيع لا يجوز .

والقديم : أنه بيع جديد ، وليس له وجه ، وإن تَكلَّفْنَا له تقريرًا في كتاب البسيط في المذهب .

فرع :

لو كان المبيع تالفًا ففي جواز الإقالة على الجديد وجهان :

أحدهما : المنع ؛ كالرد بالعيب ، فإنه يمتنع بعد الفوات . والثاني : الجواز [٤] ؛ (٥ فإن العقد معتمد الفسخ ٥) وهو قائم ، والرد يعتمد المردودَ وهو هالك .

فإن كان الهالكُ أحدَ العبدين : ففي جواز الإقالة وجهان مُرتَّبان ، وأولى بالجواز ، إذ القائم يستتبع الهالك وإن كانا قائمين ، فأراد إفرادَ أحدِها بالفسخ فَلْيلتفت على تفريق الصفقة .

والمذهب جوازُه ، لا سيَّما في الدوام .

* * *

---

(١) في (أ) : « أنها » .

(٢) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٤٩٥) . وانظر : الأم (٣ / ٦٧) .

(٣) في (أ) : « لأنها » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٩٥) .

(٥) في (أ) : « لأن الفسخ معتمد العقد » .

الفصل الثالث : في النزاع في الرد بالعيب

فإذا قال المشتري : هذا العيبُ قديمٌ ، وقال البائع : بل [١] هو حادث ، فالقولُ قولُ البائع ؛ لأن الأصل السلامةُ ولزومُ العقد .

فلو حلف ثم جرى الفسخُ بعده بتحالفٍ فأخذ يُطالب المشتري بأرشه ، وزعم أني أَثْبتُّ حدوثَه بيميني ، لم نُمكِّنْه ؛ لأن يمينَه صَلَحت للدفع عنه ، فلا [٢] يصلح لشغلِ ذمةِ المشتري ، بل للمشتري أن يحلف الآن على أنه ليس بحادث .

ثم قال الشافعي – رضي اللّه عنه – : يحلف أنّي بعتُه وما به عيبٌ [٣] ، فقال المزني : بل يزيد ويقول : بعته وأقبضته وما به عيب ، فقال الأصحاب [٤] [٥] : أراد الشافعي – رضي اللّه عنه – [٦] ما إذا لم يَدّعِ المشتري إلا عيبًا قبل العبد فيكفيه يمينٌ على مطابقة ضدّ الدعوى .

قال ابنُ أبي ليلي : كيف يحلف على البتِّ ما به عيبٌ ، فلعلّه كان ولم يَعْرفه ، فَلْيحلف على نَفْيِ العلم .

قال الأصحاب : بل يحلف على البَتِّ ، كما قال الشافعي – رحمه اللّه – كما يشهد على الملك والإعسار ونفي وارثٍ سوى الحاضر ، وكل ذلك على النفي يُعْرَف بطولِ الخبرة بل أَمْرُ اليمين أسهلُ ؛ ولذلك ثبت الحلف على اعتماد خَطِّ أبيه فلا يَشْهد به .

فإذا [٧] لم يَعْرف عيبًا جاز له أن يطلق اليمين لأجل الحاجة .

فرع :

لو توافقا على وجودِ بياضين بالعبد ، أحدُهما قديمٌ والآخرُ حادثٌ وقد زالَ أحدُهما وتنازعا في أن الزائل هو القديم ، أو الحادث ؟ فدعواهما على التعارض ، والقول قولُ البائع ؛ لأن الأصلَ هو اللزوم .

---

(١) قوله : « بل » : ليس في (أ) .
(٢) في (أ) : « ولا » .
(٣) انظر : الأم : (٣ / ٦٣) ، مختصر المزني : (٢ / ١٩٠) .
(٤) زيادة من (ب) .
(٥) انظر مختصر المزني : (٢ / ١٩٠ ، ١٩١) .
(٦) قوله : « رضي اللّه عنه » : ليس في (أ) .
(٧) في (ب) : « فإن » .

القسم الثالث من [(1)] كتاب البيع [(1)]

في حكمه قبل القبض وبعده

والنظر في القبض يتعلّق بثمرته وحكمِه ، ثم بصورته وكيفيتِه ، ثم بصفتهِ في الوجوب ، والإجبار عليه

(١) في الأصل و (ب) : « الكتاب » ، وما أثبتناه من (أ) .

النظر الأول

في ثمرته وحكمه

(وله حكمان)

الحكم الأول : نقل [1] الضمان

إذ المبيعُ عندنا وعند أبي حنيفة - رحمه اللّه - في ضمان البائع قبل القبض ، على معنى أنه ينفسخ العقدُ بتلفه ويَسْتردّ الثمن .

وقال أبو ثور : هو من ضمان المشتري بمجرد العقد ، وإليه ذهب مالكٌ - رحمه اللّه - ولكن فيما / يُشترى جزافًا لا تقديرًا [2] . ٧٠/أ

هذا إذا تلفَ بآفةٍ سماوية . فإن أتلفه المشتري فهو قبضٌ من جهته مُقَرِّرٌ للعقد

---

(١) في (أ) : « لو نقل » .

(٢) **مذهب الشافعية :**

أنّ المبيع لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض ، فهو قبل القبض من ضمان البائع ، وهذا معناه أنه لو هلك المبيع قبل القبض انفسخ العقد وسقط الثمن ، وهو مذهبُ الحنفية .

ومذهب المالكية :

أنّ الضمان ينتقل إلى المشتري بالعقد نفسه في كل بيع ، إلا في خمسة مواضع :

الأول بيع الغائب على الصفة ففيه خلاف . والثاني ما بيع على الخيار . والثالث : ما بِيع من الثمار قبل كمال طيبها . والرابع : ما فيه حقّ توفية من كيلٍ أو وزن ، أو عددٍ بخلاف الجزاف ، فإن هلك المكيل أو الموزون بعد امتلاء الكيل واستواء الميزان وقبل التفريغ في وعاء المشتري ، فاختُلف هلَ يضْمنه البائع أو المشتري ؟ والخامس : البيع الفاسد ، فالضمان فيه على البائع حتى يقبضه المشتري . انظر التنبيه : (٦٢) ، روضة الطالبين : (٣ / ٥٠١) ، القوانين الفقهية : (٢٥٢) .

وإن أتلفه أجنبيٌّ ؛ فطريقان :

قطع العراقيون بأنه لا ينفسخ ؛ لأن المالية باقيةٌ ببقاء القيمة .

وقال المراوزة : قولان (١) (٢) ، ووجهُ الانفساخ : أن متعلقَ العقدِ العينُ وقد فاتَتْ (٣) ، فإن قلنا : لا ينفسخ فالبائعُ هل يَحْبِس القيمة لتسليمِ الثمن ، كما يحبس المرتهن (٤) قيمةَ المرهون (٥) ؟ أم يُقال : هذا حقّ ضعيف ولا يَسْرِي إلى البدل ؟ فيه (٦) وجهان (٧) .

فلو أثبتنا له حَبْسَ القيمة ففي الانفساخ بتلف القيمة أيضًا (٨) وجهان (٩) . أما

---

(١) قال الحموي : « قوله : فإن أتلف المبيع أجنبي فطريقان ، قطع العراقيون بأنه لا ينفسخ لأن المالية تبقى ببقاء القيمة ، وقالت المراوزة : فيه قولان مشهوران .

قلت : العراقيون المنقول عندهم أن العقد لا ينفسخ على الصحيح ، وأما الخراسانيون فالمشهور عندهم أنه لا ينفسخ قولًا واحدًا .

قال المصنف : وما ذكره متناقض .

قلت : مراده بكونه لا ينفسخ على المذهب المقطوع به في الفتيا عندهم دون نَفي الخلاف عندهم كما لا يخفى ، وما ذكره الخراسانيون محمول على أن المشهور عندهم فيه الانفساخ ، وذلك صالح كما لا يخفى .

(٢) قال في الروضة : « القسم الثاني : أن يتلفه أجنبي ، فطريقان : أصحهما : على قولين ، أحدهما : أنه كالتلف بآفة سماوية ، لِتَعذُّرِ التسليم . وأظهرهما : أنه لا ينفسخ ، بل للمشتري الخيارُ ، إنْ شاء فسخ واستردَّ الثمن ، ويغرم الأجنبيّ للبائع ، وإن شاء أجاز وغرم الأجنبي .

والطريق الثاني : القطع بالقول الثاني ، قاله ابن سريج » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٠٢) .

(٣) في (أ) : « فات » .

(٤) في الأصل ونسخة (أ) : « الراهن » ، والمثبت من (ب) .

(٥) في (ب) : « الرهن » .

(٦) في (ب) : « ففيه » .

(٧) أصح هذين الوجهين : أنه ليس للبائع حَبْسُ القيمة لأخذِ الثمن . انظر الروضة (٣ / ٥٠٢) .

(٨) كلمة « أيضًا » : ليست في (أ) .

(٩) أصح هذين الوجهين : أنه لا ينفسخ البيع بتلف القيمة . انظر الروضة : (٣ / ٥٠٢) .

إتلاف البائع : فمنهم مَنْ نَزَّله منزلةَ إتلاف الأجنبي لأنه متعرض للقيمة ، وها هنا يبعد إثباتُ الحبس له من القيمة ، وهو المعتدي بالإتلاف ، ومنهم مَنْ قال : هو كالآفة السَّماوية ، إذ هو عاقدٌ فلا يتعرض لضمان الأجانب ؛ ولذلك لم نُطالب المرضعة بمهر المثل مطالبة الأجنبية ، إذا فوتت النكاحَ بالرضاع (١) .

[فإن قيل : فلو (٢) فات بعضُ المعقود عليه ؟ قُلنا : ينفسخ في ذلك القدر ، وفي الباقي قَولا تفريقِ الصفقة] (٣) .

فإن قيل : فلو نقصت صفةٌ بالعيب قبل القبض ؟

قُلنا : فائدتُه إثبات الخيار ، فإن أجاز يُخيّر بكلّ الثمن ولا يُطالب بأرشٍ أصلًا ، إلا إذا كان بجناية أجنبي فيطالب الأجنبي بالأرش إن أجاز (٤) ، وإن فسخ فالبائعُ يطالبه ، وجناية البائع في إيجاب الأرش مترددةٌ بين الآفة السَّماوية وبين جناية الأجنبي ، كما سبق في الإتلاف .

فإن قيل : احتراقُ سقفِ الدار قبل القبض ، ما حكمه ؟ قُلنا : فيه وجهان :

أحدهما : أنه عيبٌ كسقوط يد العبد ؛ لأنه تابع للدار ، وليس كموتِ أحد العبدين .

والثاني : أنه كأحد العبدين ؛ لأنه مستقلٌّ بالمالية عند تقدير الانفصال ، بخلاف اليد من العبد (٥) .

---

(١) قال في الروضة : « القسم الثالث : أَنْ يتلفه البائع ، فطريقان : أصحهما : على قولين . أظهرهما : ينفسخ البيع كالآفة . والثاني : لا ، بل إن شاء فسخ وسقط الثمن ، وإن شاء أجاز وغرم البائع القيمة وأدى له الثمن . وقد يقع ذلك في أقوال التقاصّ .

والطريق الثاني : القطع بالقول الأول » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٠٢) .

(٢) في (ب) : « لو » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٥٠٧) .

فرع :

لو اغتصب المشتري المبيع حيث أثبتنا للبائع الحبْسَ فللبائعِ استردادهُ ، فلو أتلفه البائعُ قبل الاسترداد ، ذكر صاحبُ التقريب قولين :

أحدهما : أنه بالإتلاف (١) قابضٌ ومُتْلِفٌ ؛ فيكون كالإتلاف قبل القبض (٢) .

والثاني (٣) : أنه كالأجنبي ؛ لوقوعهِ بعد جريان صورة القبض وقبل عَوْد صورة اليد إليه .

الحكم الثاني للقبض : تسلط المشتري على التصرف

فليس للمشتري بَيْعُ ما اشتراه قبل القبض ، لنهي رسول اللّٰه ﷺ عن بَيْعِ ما لم يقبض (٤) فنشأ من الحديث تصرفٌ في ثلاث مراتب :

الأولى : فيما يلحق بالبيع من التصرفات :

فكل تمليك بعوضٍ فهو بيعٌ ، والعتق لا يلحق به ، لأن مَنْعَ البيع إما أن يُعلَّل

---

(١) في الأصل ونسخة من (أ) : « بالإيلاف » ، والمثبت من (ب) .

(٢) وهذا القول هو الظاهر عند الإمام . انظر الروضة : (٣ / ٥٠٤) .

(٣) قوله : « والثاني » : ليس في (ب) .

(٤) أخرج البخاري عن النبي ﷺ قال : « من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه » وفي رواية : « من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه » . وعن ابن عباس قال : « أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض » . انظر البخاري مع الفتح : (٤ / ٤٠٩) ، (٣٤) كتاب البيوع (٥٥) باب بيع الطعام قبل أنْ يقبض وبيع ما ليس عندك (٢١٣٥ ، ٢١٣٦) . وانظر : صحيح مسلم : (٣ / ١١٥٩ - ١١٦٢) (٢١) كتاب البيوع (٨) باب بُطلان بيع المبيع قبل القبض (١٥٢٥ ، ١٥٢٦ ، ١٥٢٧) ، وأبو داود : (٣ / ٢٧٩ ، ٢٨٠) كتاب البيوع باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي (٣٤٧٩) ، والترمذي : (٣ / ٥٨٦) (١٢) كتاب البيوع (٥٦) باب ما جاء في كراهية بيع الطعام حتى يستوفيه (١٢٩١) ، والنسائي : (٧ / ٢٨٥ ، ٢٨٦) (٤٤) كتاب البيوع (٥٥) باب بيع الطعام قبل أن يستوفيه (٤٥٩٦ ، ٤٥٩٨ ، ٤٦٠٣) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٤٩) (١٢) كتاب التجارات (٣٧) باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض (٢٢٢٦ ، ٢٢٢٧) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣ / ٢٥) حديث رقم : (١٢٠١) .

بضعف الملك ، أو بتوالي الضامنين ، ولا تأثير للعلتين في العتق .

نعم ، لو كان قبل توفية الثمن فهو كعتق المرهون وأولى بالنفوذ ؛ لضعف حَقِّ الحبس .

أما الإجارة ففيها وجهان [1] ، إنّ عللنا بِضَعْفِ الملك منعناها ، وإن علّلنا بتوالي الضامنين ، فالإجارة لا توجب ضمان العين فلا يتواليان ، والتزويج كالإجارة إلا أنه ينقبض ، فقد يمنع منه [2] قبل توفية الثمن ، وأما الهيبة والرهن فيجريان مجرى العتق .

قال صاحب التقريب : رَهْنُ ما لا يصحُّ بيعه باطلٌ ، وهذا لا يصح بيعُه فيتَّجه بطريق الدلالة منعُه .

وفي الهبة أيضًا وجه : أنه ينزل منزلة هبة المرهون [3] .

المرتبة الثانية : فيما يلحق بيد البائع من الأيدي :

فكل [4] يدٍ ثابتة لمملك عن جهة معاوضة محضة (٥ فهي يدُ ٥) بائعٍ ، كما في الصرف ، والسَّلم ، والتَّولية ، والاشتراك .

وما لا يستند إلى معاوضة ، كيد الأمانةِ ، والرهنِ ، والهبة ، والعارية ، والغصب ، والسَّوم ، ويد المشتري في المبيع بعد الانفساخ لا يلحق له ؛ لأنه [6] ليس عن معاوضة وتمليك .

---

(١) أصح هذين الوجهين عند الجمهور : عدم صحة الإجارة . انظر الروضة : (٣ / ٥٠٨) ، المجموع : (٩ / ٣٢٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٦٩) .

(٢) قوله : « منه » : ليس في (أ) .

(٣) في الرهن والهبة وجهان . وقيل قولان : أصحهما : لا يصحان . انظر الروضة : (٣ / ٥٠٨) ، المجموع : (٩ / ٣١٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٦٩) .

(٤) في (أ) : « وكل » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « فهو به » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « لأنها » .

ويَدُ تمليكِ الصداق والبدل في الخلع ، والصُّلح عن دم العمد ، يُخَرج على أنها مضمونة ضمانَ العقد ، أم [1] [ضمان] [2] اليد [3] ؟ فإن فرَّعنا على ضمان العقد ألحقناه بيد البائع ، وإلا فلا .

المرتبة الثالثة : النظر في أنواع المبيع :

وهو منقسم إلى عين ودَيْن .

أما العين : فلا تُباع قبل القبض منقولًا كان أو عقارًا ، وجوَّز أبو حنيفة بيع العقار قبل القبض [4] .

وأما الدَّيْن : والمثمَّن منه كالمُسْلَم فيه ، والحنطة المبيعة وصفًا في الذمة ، فلا يجوز بيعُه قبل القبض ولا الاعتياض عنه .

وفي جواز الحوالة في المُسْلَم فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : المنع [هو الأصح] [5] ؛ لأن فيه معنى المعاوضة .

والثاني : الجواز ؛ تغليبًا لمعنى الاستيفاء .

والثالث : أنه تجوز الحوالةُ عليه ، فإن لا يتبدل عين المستحق ، ولا تجوز الحوالة به ، فإنه تبديلٌ وتحويلٌ إلى ذمة أخرى [6] .

---

(١) في (أ) : « أو » .   (٢) زيادة من (أ) .

(٣) الأظهر : أنها مضمونة ضمان العقد . انظر الروضة : (٣ / ٥١١) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز أنْ تباع العينُ قبل قبضها ، سواء كانت عقارًا أو منقولًا .

ومذهب الحنفية : أنه يجوز بيعُ العقار قبل قبضه ، وقال محمد : لا يجوز . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥١١) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٨) اللباب في شرح الكتاب (٢ / ٢٥٣) .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) قال في الروضة : « وهل تجوز الحوالةُ به ، بأنْ يُحيل المُسْلَم إليه المسلم بحقّه على مَنْ له عليه دَيْنٌ =

أما الثمن : فإنْ عينٌ فيتعينّ (١) عندنا بالتعيين ، خلافًا لأبي حنيفة - رحمه اللّه - وينفسخ العقد عندنا بتلَفِه .

ولكن إذا كان في الذمة ، ففي جواز الاستبدال ثلاثةُ أوجه :

أحدها : المنع ؛ قياسًا على المثمن .

والثاني : الجواز ؛ لما رُوي عن ابن عمر - رضي اللّه عنهما - أنه قال : كنا نبيع الإبل في زمان رسول اللّه ﷺ بالدنانير فنأخذ بها (٢) الدراهم ، وبالدراهم فنأخذ بها (٣) الدنانير . فقال - عليه السلام - : « لا بأسَ إذا تفرقتما وليس بينكما لبس » (٤) .

والقائل الأول يحمل الحديثَ على جريانه في مجلس العقد ، فيكون تغييرًا للعقد في حالة الجواز .

والثالث : أنه يُستبدل أحد النقدين عن الآخر للحديث ، ولا يُستبدل / سائر ٧٠/ب الأجناس عنها للقياس ، وهذا أعدل ؛ ويتأيَّد باتِّحادِ مقصودِ النقدية منهما .

= قرضٍ أو إتلافٍ على المُسْلَم إليه ؛ فيه ثلاثة أوجه : أصحها : لا . والثاني : نعم . والثالث : لا تجوز عليه ، وتجوز به . هكذا حكوا الثالث ، وعكسه في « الوسيط » فقال : تجوز عليه لا به ، ولا أظن نَقْلَه ثابتًا » .
انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥١٤) .

(١) في (أ) : « تعين » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « بدلها » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « بدلها » .
(٤) الحديث أخرجه أبو داود : (٣ / ٢٤٧) كتاب البيوع - باب في اقتضاء الذهب من الورق (٣٣٥٤) ، ولفظه : « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ، ما لم تفترقا وبينكما شيء » ، والنسائي : (٧ / ٢٨١) . (٤٤) كتاب البيوع (٥٠) بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة (٤٥٨٢ ، ٤٥٨٩) . وابن ماجه : (٢ / ٧٦٠) (١٢) كتاب التجارات (٥١) باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب (٢٢٦٢) .
وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٢٥) حديث رقم : (١٢٠٤) .

فإنْ قيل : وَبِمَ يتميَّز الثمنُ عن المثمَّن ؟

قلنا : فيه ثلاثة أوجه ، أحدها : أنه [١] لا ثمن إلا النقدان [٢] . والثاني : أن الثمن ما يتصل به باء الثمنية . والثالث : أن الصفقة إن اشتملت على نقدٍ فهو الثمن ، وإلا فما اتصل به باء الثمنية ، وهو الأعدل .

فإن قلنا : إنه لا ثمن إلا النقد [٣] ، فلو قال : بعتُ هذه الدراهم بالعبد ففي صحة العقد خلافٌ لتغيير نظم العقد ، والصحيح الصحة .

وكذلك نقول : الأصح جواز السَّلم في الدراهم ، فإن [٤] الشافعيّ - (٥ رضي اللّٰه عنه ٥) - جعل الثمنَ كالمثمن في التعيين بالتعيين [٦] .

فإن قُلنا : حكم الثَّمنية غيرُ مقصودٍ على النقدين ، فجواز الاستبدال هل يتعدَّى إلى غير النقدين ؟ فيه وجهان .

ومن يُلاحظ الحديث ، ومعنى النقدية لم يُجَوِّز الاستبدالَ في غير النقدين بحال ، ولعلّه الأولى .

أما الفلوس إن راجت رواجَ النقودِ فالصحيح أنها كالعروض .

فإن قيل : الدّين الثَّابت بالقرض ، أو بالإتلاف ، أو بسببٍ غير المعاوضة ما حكمه ؟

قُلنا : بيعُه من غير مَنْ عليه الدَّيْنُ فيه قولان ، والمنع غيرُ مأخوذ من قاعدة القبض ، ولكنه من ضعف الملك لعدم التعيين . ولعل الأصح : المنع ، فإنه ليس مالًا حاضرًا ، وإن

---

(١) قوله : « أنه » : ليس في (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « النقدين » .

(٣) في (أ) : « النقدان » ، وفي (ب) : « النقدين » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .

(٥) ما بين القوسين : ليس في (أ) ، (ب) .

(٦) ذكر في الروضة أنه الأظهر . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥١٦) ، المجموع : (٩ / ٣٣٢) .

كان له حكم المال من بعض الوجوه . وإنْ باعه ممن عليه الدَّيْن ، فإن استبدل عنه عينًا وقبض في المجلس جاز .

وإن استبدل دينًا لم يَجُزْ ؛ لأنه منطبقٌ على بيع الكالئ بالكالئ وهو منهيٌّ عنه ، والكالئ هو الدَّيْن .

وإن [١] استبدل عينًا ولم يقبض في المجلس : فإن جوَّزنا بيع الدَّيْن فلا مَأْخَذَ لاشتراطِ القبض ، وإن لم نُجوِّز فلابُدّ من القبض ، إذ يجوز الاستبدالُ على تقدير كونهِ استيفاء للمالية ، فيختصّ بمجلس الاستيفاء ، إذ الأصل فيه الفعلُ دون القول [٢] .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « القبض » .

النظر الثاني

في صورة القبض وكيفيته

والمقبوض إن كان عقارًا فمجرد التخلية كافٍ ، إلا إذا كان غائبًا ففيه نظر يُذْكر في الرهن .

وأما [١] المنقول هل [٢] يكفي فيه التخليةُ المجردة [٢] ؟ فيه ثلاثة أوجه :

الأصح : أنه لابّد من النقل ؛ لأن الاعتماد فيما نِيْطَ باسم القبض على العرف ، والعرفُ يُفرِّق بين المنقول والعقار .

ونقل حرملة قولًا للشافعي - رضي اللّه عنه - : أنه يُكتفى بالتخلية [٣] ، وهو مذهب مالك [٤] ؛ لأن المقصودَ استيلاء المشتري ، وقد حصل .

والثالث : أنّ التخلية تكفي لنقلِ الضمان ؛ لأنه حقُّ البائع ، وقد أدَّى ما عليه ، ولا يكفي التسليطُ على التصرف فإنه حقُّ المشتري ، وقد قصر إذ لم يقبض ولم ينقل ، وهذا يُعضِّده أنّ ركوبَ الدابة والجلوس على الباسط قد يجعله سببًا لضمان الغصب دون النقل .

التفريع :

إذا قُلنا : لابد من النقل ، فإنْ وجد من المشتري فهو الكامل ، وذلك بأن ينتقل إلى محلّ يختص به ولا اختصاص للبائع به .

فلو نقل إلى زاوية من دار البائع فلا يكفي ؛ لأنّ الدار وما فيها في يد البائع إلا أنْ يأذنَ البائعُ في القبض والنقل إليه ، فيكون إعادة لتلك الزاوية فيحصل القبض . هذا إذا قبض برضا البائع .

(١) في (أ) : « فأما » .

(٢) في الأصل : « هل للتخلية المجردة فيه حكم » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥١٧) ، المجموع : (٩ / ٣٣٤) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه إن كان المبيع من المنقولات فلا تكفي التخلية في قبضه بل يُشترط النقل ، والتحريك أيضًا ، وفي قولٍ رواه حرملة : أنه يكتفى بالتخلية . وهو مذهب المالكية . انظر : روضة الطالبين : (٥١٧/٣) ، المجموع : (٩ / ٣٣٤) .

فإن [١] أخذه [٢] قهرًا : إن كان بعد توفية الثمن فهو صحيح ، وإن كان قبله وأثبتنا حقّ الحبس فهو فاسد يَصْلح لنقل الضمان ، وهل يُفيد التصرفَ ؟ فيه وجهان [٣] .

أما البائع إذا نقله إلى دار المشتري ، أو وَضَعَه بين يديه ، أو في حِجْره أو في محلٍّ قريب منه ، والمشتري راضٍ حصل القبض ، وإن كان كارهًا فوجهان [٤] .

هذا في منقول بِيعَ جزافًا ، فإنْ بِيعَ مُكايلةً كصبرِة الحنطة إذ قال : بعتها كلَّ صاعٍ بدرهم ، فتمامُ القبض بالكيل على المشتري ، فلو قبضه المشتري ولم يكلْ [٥] فالضمان انتقل إليه ، وهل يتسلط على البيع ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يتسلَّط ، وهذا قبضٌ فاسد ؛ إذ نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجريَ فيه الصاعان ، صاعُ البائع وصاعُ المشتري [٦] ، إذ من عادةِ العرب في المواسم شراءُ صبرةٍ من الحنطة مكايلةً وبيعُها بزيادة ربح مكايلةً ، فلابُدَّ من إجراء الصاع قبل البيع حتى يكون الحديث مفيدًا ، وهو الذي قطع به المحققون والشيخ

---

(١) في (أ) : « فلو » .

(٢) الهاء في (أخذه) زيادة من (أ) .

(٣) لم يذكر في الروضة إلا وجهًا واحدًا وهو أنه لا يفيد التصرف . فقال : « وإن كان في بقعة مخصوصة بالبائع ، فالنقل من زاوية منه إلى زاوية ، أو من بيت من داره إلى بيت بغير إذن البائع لا يكفي لجواز التصرف ، ويكفي لدخوله في ضمانه . وإن نقل بإذنه حصل القبض ، وكأنه استعار ما نقل إليه » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥١٨) ، المجموع : (٩ / ٣٣٥) .

(٤) أصح هذين الوجهين : أنه يحصل القبض ولو كان كارهًا . انظر الروضة : (٣ / ٥١٨ ، ٥١٩) ، المجموع : (٩ / ٣٣٥) .

(٥) في (أ) : « يكيل » .

(٦) الحديث أخرجه ابن ماجه : (٢ / ٧٥٠) (١٢) كتاب التجارات (٣٧) باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض (٢٢٢٨) ، والدارقطني : (٣ / ٨) كتاب البيوع حديث رقم : (٢٤) والبيهقي في السنن الكبرى : (٥ / ٣١٦) . وانظر : نصب الراية للزيلعي : (٤ / ٣٤) ، والتلخيص الحبير : (٣ / ٢٧) حديث رقم : (١٢٠٧) .

أبو محمد[١] ، إذ مثلُ هذا النهي لا يُحْمَل إلا على الفساد ، ولو حُمل على أصل القبض كان إلغاءً لفائدةِ خصوصِ هذا الحديث .

والأصح : أنه لو اشترى الطعام مكايلةً وأبقاه في المكاييل[٢] وباعها مكايلةً ، ثم صبه[٣] على المشتري للمشتري[٤] جاز ، فصورةُ إجزاء الصاع لا يُراد لعينه .

ومنهم مَنْ قال : لابُدّ من التفريغ أولًا ، ليبني صحة البيع الثاني عليه لظاهر الحديث ، وهو ضعيف ، إذ دوام الكيل في معنى ابتدائه .

ولما كان قرار العقد موقوفًا على التقابض في المجلس في بيع الطعام بالطعام ، اختلفوا في أنه لو باع الحنطة بالشعير مكايلةً وتقاضيا جزافًا فإن العقد هل ينفسخ ؟

وهذا مرتب على حكم البيع ، وأولى بألا يستدعي قرارَ العقد جريان الكيل .

فرع :

القبض يجري فيه النيابةُ ، ولكن لو قال لمستحق الحنطة في ذمته : اكتل على نفسك من صُبْرَتي هذه / قدرَ حقّك ، ففعلَ . ففي تعينُّ حقه به[٥] وجهان[٦] ، من ٧١/أ
حيث إنه من وجهٍ اتحد القابضُ والمقبضُ ؛ لأنه مقبض بالإذن وقابضٌ لنفسه ، وإنما يُسَلَّم ذلك للأب ، يَقْبض لنفسه من طفله ، ولطفله من نفسِه ، كما يُسَلّم[٧] له في تولّي طرفيَ البيع . ولو قال لمستحق الدين : اقْبضْ حقك مما لي على فلانٍ ، فقبض : لم

---

(١) وهذا هو الصحيح . انظر الروضة : (٣ / ٥٢٠) ، المجموع : (٩ / ٣٣٧) .

(٢) في (أ) : « المكيال » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « صبَّ » ، والمثبت من (أ) .

(٤) كلمة : « للمشتري » : ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) قوله : « به » : ليس في (أ) .

(٦) وأصح هذين الوجهين : أنه لا يصح . انظر الروضة : (٣ / ٥٢٣) ، المجموع : (٩ / ٣٣٩) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « سلم » .

يصح ؛ لأنّه لابُدَّ وأنْ يقبض للمستحق ، ثم يقبض لنفسه . فلو قال : اقبضْه لي ثم اقبضْه لنفسك : صحَّ قبضُه له ، وفي قبضه لنفسه الوجهان (١) .

ولو ألقى إليه كيْسًا ، وقال : خُذْ منه قَدْرَ حَقِّك : فلا يملك بمجرد الأخذ دون الوزن قطعًا .

وإنما الخلافُ بعد الوزن في تعيين حقِّه ، لكونه قابضًا مُقْبضًا ، ولكنْ هو مضمونٌ عليه لو تلف ؛ لأنه أخذه ليتملكه فضاهى أَخْذَ المستام (٢) ، والكيس ليس مضمونًا ؛ لأنّ يدَه فيه يَدُ الوكيلِ ، ولم يأخذ الكيس ليتملكه .

ولو دفع إليه دراهمَ وقال : اشْتَرِ بها قَدْرَ حقِّك لم يصح الشراءُ إلا أن يقول : اشترِه لي واقبضْه لي ، ثم اقبضْه لنفسك ، فيصحّ الشراء له والقبض له ، وفي قبضه لنفسِه الوجهان .

* * *

(١) وأصح هذين الوجهين : أنه لا يصح قبضه لنفسه كما سبق . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٢١) ، المجموع : (٩ / ٣٣٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٧٤) .

(٢) قال ابن أبي الدم : « الموضع الرابع عشر : في صفة القبض قال : (ولو ألقى إليه كيسًا وقال : خُذْ منه قدر حقك لم يملك لمجرد الأخذ دون الوزن) . قال : (ولكن هو مضمونٌ عليه لو تلف ؛ لأنه أخذه ليهلكه فضاهى أَخْذَ المستام) .

أقول : قوله في هذه الصورة : (إنه مضمون عليه لو تلف) وَهْمٌ ؛ فإنّ الإمام نصّ في هذه الصورة على أنه لا يضمن إذا تلفت الدراهم في يده ؛ لأنه قبل القبض كالوكيل فلا ضمان عليه ، وإنما يضمن في صورة أخرى لم يذكرها الشيخ وذَكَرها الإمامُ وهو ما إذا دفع إليه كيسًا وقال : خذه بحقك ، فإذا أخذه وتلف قبل الوزن ضمنه كالمستام فهذا صحيح ؛ إذ الفرقُ بين قوله خَذْ منه قَدْرَ حقك وبين قوله : خُذْه بحقك ، واضحٌ » . إيضاح الأغاليط (١٣ / أ) .

النظر الثالث

في وجوب البداية بالقبض

وفيه أربعة أقوال :

أحدها : أنه يجب على البائع البدايةُ بتسليم المبيع ؛ لأنه متسلط على التصرف في الثمن ؛ فليتسلط المشتري على المبيع [١] .

والثاني : أنّ البداية بالمشتري ؛ لأن حقَّه مُتعينٌ فَلْيُغَيِّر حَقّ البائع ، وهو مذهب أبي حنيفة رحمه اللّه [٢] .

والثالث : أنهما يتساويان ، فيجبر كل واحدٍ منهما من غير تقديم[٣] .

والرابع : أنهما لا يجبران ، بل إن تبرع أحدُهما بالبِدار [٤] أُجبر الثاني [٥] .

---

(١) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٥٢٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٧٤) ، نهاية المحتاج : (٤/ ١٠٢ ، ١٠٣) .

(٢) **مذهب الشافعية** : في البداية بالقبض فيه أربعة أقوال :

أظهرها : أنه يجبر البائع على تسليم المبيع ثم يؤخذ الثمن من المشتري .

والثاني : أنه يجبر المشتري على دفع الثمن أولًا ثم يؤخذ المبيعُ من البائع ، والثاني هذا هو مذهب الحنفية ، حيث قالوا : من باع سلعة بثمن ، قيل للمشتري : ادفع الثمنَ أولًا ، فإذا دَفع قيل للبائع : سَلِّم المبيع .

والقول الثالث : أنه لا يُجْبر واحدٌ منهما ، فإذا سَلَّم أحدهُما أُجْبر الآخر .

والرابع : أن الحاكم يُجْبِر كلَّ واحدٍ منهما بإحضارِ ما عليه ، فإذا أحضر سَلَّم الثمنَ إلى البائع والمبيعَ إلى المشتري ، يَبْدأ بأيهما شاء . انظر الأم : (٣ / ٧٧) ، روضة الطالبين : (٣ / ٥٢٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٧٤) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٠٢ ، ١٠٣) ، شرح فتح القدير : (٦ / ٢٩٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢/ ٨) ، رد المحتار على الدر المختار : (٤ / ٥٦٠ ، ٥٦١) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٢٩ ، ٢٣٠) .

(٣) انظر مشكل الوسيط : (٢ / ٥٧ / ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بالبداية » .

(٥) في (ب) : « الآخر » .

التفريع :

المشتري إذا بادر قبل القبض وسلَّم الثمنَ ، فيجبُ تسليمُ المبيع ، فلو كان آبقًا فليس له الاستردادُ ، بل له الفسخ إن شاء ، والاسترداد بعده ، وإن علم إباقَه فلا يلزمُه تسليمُ الثمن قولًا واحدًا .

وأما البائع إذا بدأ فَيُجبر المشتري على القبول ، ولم يكن كالدَّيْنِ فإنه قد لا يجبر مستحقه على القبض ؛ لأن حقَّه غير متعين فيه .

فإنْ أبى ولم يقبض ، فتلف في يد البائع : فهو من ضمانه ؛ لدوام صورة اليد . وقال صاحب التقريب : إذا أبى المشتري فللبائع أن يقبض له من نفسه لتصير يدُه يَدَ أمانةٍ ، أو يرفع يَده إلى القاضي حتى يُودِعَه عنده ، وهو بعيدٌ ، وقَبْض القاضي عنه وإيداعُه له أقربُ قليلًا .

وإن [1] قبل المشتري وقبض : طُولب بالثمن من ساعتِه ، فإنْ تحقق إفلاسه ولم يكن له شيءٌ سوى المبيع ، أو كان وزادت الديُونُ عليه فللبائع الرجوعُ إلى عين السلعة .

وإن كان غَنيًّا ولكن ماله غائب : قال الشافعي - رضي اللّه عنه - : يُجبر المشتري على دَفْع الثمن من ساعته ، فإن كان مالهُ غائبًا أَشْهَدَ على وقف ماله ، فإنْ وَفَّى أَطلق الوقف عنه [2] ، وهذا حجر غريب يراه الشافعي ، من حيث إن البائع على خَطرٍ من إنفاقه جميعَ أموالِه واستهلاك الثمن بالإفلاس ، فالحجْرُ أقربُ من حَبْسه ، أو فسخِ البيع أو إهمالِ الحقّ .

ومن أصحابنا من قال : لا يُحْجَر عليه ، وهذا لتخريجِه وَجْهٌ ولكنَّه مخالفٌ للنَّصِّ .

ثم اتَّفقوا على أنه لا حَجْرَ عند إمكانِ الفسخ بالفَلَس ، فإنه لا حاجه إلى الحجر [3] .

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) انظر الأم : (٣ / ٧٧) .

(٣) (١٧٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم اتفقوا على أنه لا حجر عند إمكان الفسخ بالفلس فإنه لا حاجة إلى الحجر) يعني به : أنه إذا تحقق حَجْرُ الفلس فلا حاجة إلى هذا الحجر الآخر ، وهذا يُفارق ذلك من وجهين :

=

ولكن قال العراقيون : إن كان المالُ غائبًا فوق مسافة القصر فهو كالفلس لأنه عَجْزٌ في الحال ، وإن كان دون مسافة القصر فوجهان (١) ، وإن كان في البلد فلا فسخ ، بل يُحجر [عليه] (٢) .

والصحيح : ما قاله ابن سُريج من أنّ الغيبة ليس كالعدم ، بل الإعدام يُوجب الفسخَ ، والغيبة تُوجب الحجر (٣) ، فأما إذا كان في البلد فلا فَسْخَ ولا حَجْرَ بل يُطالَبَ به (٤) .

* * *

= أحدهما : أنه لا يُسلط على الفسخ ، والرجوعُ إلى عين المبيع .

والثاني : أنه لا يتوقف على ضيق المال عن الوفاء والله أعلم ، بل الغرض منه إيصال كل واحد منهما إلى حقه مع تقدير العقد ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥٧ / ب) .

(١) قال في الروضة : « إن كان دون مسافة القصر فهل هو كالذي في البلد ، أو كالذي على مسافة القصر ؟ وجهان . قلت : أصحهما : الأول ، وبه قطع في « المحرر » ، والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين (٣ / ٥٢٥) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) قال في الروضة : « إن كان ماله غائبًا عن البلد نُظِر ، إن كان على مسافة القصر لم يُكلف البائع الصبر إلى إحضاره . وفيما يفعل وجهان : أحدهما : يباع في حقه ويؤدي من ثمنه .

وأصحهما عند الأكثرين : أنّ له فَسْخَ البيع ؛ لتعذُّرِ تحصيلِ الثمن ، كما لو أفلس المشتري بالثمن . فإن فسخ فذاك ، وإن صبر إلى الإحضار فالحجر على ما سبق . وقال ابن سريج : لافَسْخَ ، بل يُردّ المبيع إلى البائع ، ويُحْجر على المشتري ، ويُمْهَل إلى الإحضار ، وزعم في « الوسيط » أنه الأصح ، وليس كذلك » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٢٥) .

(٤) انظر مشكل الوسيط : (٢ / ٥٨ / أ) .

القسم الرابع

(١ كتاب البيع ١)

في موجب الألفاظ المطلقة في البيع وبيان ما يزاد فيها على موجب اللغة ، أو ينقص ويستثنى بحكم اقتران العرف . وهي ثلاثة أقسام

[القسم الأول : الألفاظ المطلقة في العقد .

القسم الثاني : ما يطلق في الثمن .

القسم الثالث : ما يطلق في البيع] (٢) .

* * *

---

(١) في الأصل ، (أ ، ب) : « الكتاب » ، وما أثبتناه للإيضاح .

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من المحقق .

الأول

الألفاظ المطلقة في العقد

وهي مشهورة ، والغرضُ بيانُ لفظتين :

الأولى : التولية :

فإذا اشترى شيئًا ، وقال لغيره : ولَّيتُك هذا العقدَ فقال قبلتُ ، صحَّ البيعُ بهذا اللفظ ، ونُزِّل على ثمن العقد الأول ، وهو ملك متجدد يتجدَّدُ بسببه حقُّ الشُّفعة ، وتُسَلّم الزوائد للمشتري الأولِ ، أعني ما حصل قبل التولية .

ولو [1] حُطَّ عن الثمن الأول شيءٌ انحط عن الثاني ؛ لأنّ التوليةَ تُوجب نزولَه في الثمن منزلةَ الأول ، حتى لا يُطَالب إلا بما يُطَالَب الأول ، فهو في حقّ الثمن كالبناء ، وفي حَقّ نقل الملك كالابتداء .

ولّما عَسِر الفرقُ بين هذا وبين سلامة الزوائد والشفعة ذكر القاضي في المسألتين وجهين [2] ، وردَّ التردد إلى أنّ هذا ملكُ بناءٍ ، أو ابتداءٍ ؟ وهو ضعيف ، فلا وجه للتردد في الشُّفعة والزوائد .

نعم ينقدح وجهٌ : أن الحطَّ لا يلحق ، كما لا يلحق الشَّفيع ، إلا أن يكون الحطّ في مجلس العقد ، فإنّ ذاك فيه خلافٌ في حقّ الشفيع أيضًا .

فرع :

في التولية قبل القبض وجهان [3] :

ووجهُ التجويز : الاستمدادُ من حكم البناء ، حتى كان المطرد هو الملك الأول ،

---

(١) في (أ) : « فلو » .

(٢) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٢٧) .

(٣) الصحيح من هذين الوجهين : أنه لا تجوز التولية قبل القبض . انظر الروضة : (٣ / ٥٢٧) ، المجموع : (٩ / ٣٢٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٦٨) .

ويتأيَّدُ ذلك بلحوق الحطِّ .

وفي تولية البائع خلافٌ مرتب على البيع من البائع الأول / وأولى بالصحة . ٧٢ / ب

اللفظ الثاني : الإشراك .

فلو قال [١] : أشركتُك في هذا العقد على المناصفة ، كان حكمه حكم التولية في النصف من غير فرق .

ولو أطلق ولم يَذْكر المناصفةَ ، ففي الصحة وجهان :

أحدهما : المنعُ ؛ لأنه لم يُبيِّنِ المقدارَ فكان مجهولًا .

والثاني : الجواز ، ويُنزَّل المطلقُ على التشطير [٢] .

* * *

(١) في (أ) : « فإذا قال » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٥٢٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٧٧) .

القسم الثاني

ما يُطلق في الثمن

وهو ألفاظ المرابحة :

فإذا قال بعت بما اشتريت (١) وربح دَهْ يازْدَهْ نزل على ما قاله ، إن كان ما اشتراه معلومًا للمشتري الثاني .

وكذلك في صورة التولية يُشْترط أن يكون ثمنُ الأول معلومًا [للمشتري] (٢) ، فإن لم يعلمه فَلْيقل : بعتُ بما اشتريتُ وهو مائة أو وليتُكَ هذا العقدَ بما اشتريتُ وهو مائة ، فإنْ لم يذكر : بَطَل ، كما لو قال : بعت بما باع به فلانٌ فرسَه .

وفيه وجه : أنّ هذا يصحُّ ؛ لارتباطِ العقد الأول بالعاقد وسهولةِ الاطلاع عليه ، ثم تردَّدَ هؤلاء في أنه هل يُشْترط زوالُ الجهالة في المجلس (٣) ؟

أما إذا قال : بعت بما قال عليّ : دخل فيه الثمنُ وأجرةُ الدَّلَّال والكيَّال ، وكذا البيت الذي تُحفظ فيه الأقمشة ، وكلُّ ما يُعدُّ من خَرْج التجارة بخلاف قولنا : بعتُ بما اشتريت .

ولو تعاطى الكيل بنفسه ، أو كان البيتُ مملوكًا له : لم يُقدر له أجرة .

وكذلك علف الدابة لا يُضم إليها ، والمحكَّمُ العرفُ ، فإن ذلك لا يعدُّ من خَرْج التجارة عرفًا .

---

(١) في (ب) زيادة : « وهو مائة أو وليتك هذا العقد » . ولم أثبتها لأن موضوعها ليس هنا ، وهي موجودة بعد قليل .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) قال في الروضة : « ينبغي أن يكون رأس المال - أو ما قامت به السلعة - معلومًا عند المتبايعين مرابحة ، فإن جهله أحدُهما لم يصحَّ العقد على الأصح كغير المُرابحة . فعلى هذا لو زالت الجهالةُ في المجلس لم ينقلب صحيحًا على الصحيح . والثاني من الوجهين الأولين : يصح ؛ لأن الثمنَ الثاني مبنيّ على الأول ، ومعرفتُه سهلةٌ ، فصار كالشفيع يطلبُ الشفعةَ قبل معرفة الثمن لسهولتها » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٣١) .

فرعان :

أحدُهما : إذا [1] اشترى [شيئًا] [2] بعشرة وباعه بخمسة عشر ، ثم اشتراه بعشرة ثم قال : بعت بما قال عليّ : فالظاهر : أنه ينزل على العشرة .

وقال ابن سريج : يُحسب الرِّبح عليه ، فتكون السلعة قد قامت بخمسة فَيُنَزَّل عليها .

ولا خلافَ في أنه لو كان يدلّ ربح الخمسة خسران خمسة لم ينزل هذا اللفظ على خمسة عشر ، وهذا يُضَعِّف توجيهَ مذهبِه .

الثاني : إذا [3] قال : بعتُ بما اشتريت بحطِّ دَهْ يازْدَه ، وكان قد اشترى بمائة وعشرة مثلًا : فالظاهر هو مذهب أبي يوسف وابن أبي ليلى : أنه يُنَزل على المائة وتُحطُّ العشرة ؛ فيكون قد حَطَّ من كل أحدَ عشرَ درهمًا واحدًا ، لتَبْقَى نسبةُ ده يازده بين الأصل والمحطوطِ [4] .

وفيه وجه آخر غامض : أنه يُنَزَّل على مائة درهم إلا درهمًا فيحط عن كل [5] عشرةٍ درهمٌ واحدٌ ، كما كان يُزاد على كل عشرة واحدٌ في ربح دَهْ يازْدَه .

فإن قيل : لو لم يصدق المشتري في قدر الثمن وزاد ، أو كان قد طرأ بعد الشراء عيبٌ فلم يذكره ، فهل يُحَطّ عن الثاني بقدر العيب ؟ قلنا : لِيُعَلَمْ أنّ هذا العقد عقد

---

(١) في (ب) : « إن » . (٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « لو » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه إذا قال : بعتُ بما اشتريتُ بحطِّ ده يازده ، فإن كان قد اشترى بمائة وعشرة ، فالأصح : أنه يُحَطّ من كل أحدَ عَشَرَ واحدٌ وذلك لأنّ الربح في المرابحة جزءٌ من أحد عشر ، فكذا يكون الحطّ . وهذا الوجه هو مذهب أبي يوسف .

والوجه الثاني : أنه يحط من كل عشرةٍ واحدٌ ، كما زيد في المرابحة على كل عشرةٍ واحدٌ .

انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٢٩) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « عن » ، والمثبت من (أ) .

أمانة ؛ فإن المشتري لا يوطن نفسه على ذلك الثمن ⁽¹ وعلم أن المشتري لم يسمع بالثمن الذي ذكره البائع ، واشترى به ⁾¹ إلا تعويلًا على مُماكَسَتِه واستقصائه في طلب الغبطة فيرضى (٢) لنفسه ما ارتضاه الأولُ لنفسِه ، فيجب عليه الإخبارُ بكلِّ ما طرأ من عيبٍ أو جنايةٍ مُنْقِصة للعين كالإحصاء أو للقيمة .

وإن اشترى بأجلٍ وَجَب ذكره ، ولا يجب ذكرُ الزيادات الحادثة ولا ذِكْرُ ما اشترى معه ، إذا قوَّم هذا القدر بحصته ولا ذكر البائع إذا اشترى من ولده .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : يجب ذِكْرُ ذلك كله (٣) ، ولو اشتري بغبنٍ - وهو عالمٌ به - فالأظهر أنه لا يجب ذِكْرُه (٤) . وفيه وجه : أنه يجب ؛ لأنّ الثاني اعتمد على أنه لا يحتمل الغبن ، وهذا القائل يُوجب أن يذكر إذا اشترى من ولده الطفل ، وكذلك إذا اشترى بِدَيْنٍ غير مؤجل ؛ ولكن الرجل مَطُولٌ ؛ لأن ذلك سبب احتمال غبن على الجملة .

ثم إن كذب المشتري فزاد في الثمن ، أو لم يُخْبِر عمّا طرأ (٥) من العيب ، فهل يحطّ عن الثاني قدر التفاوت ؟

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « فرضي » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجب ذِكْر الزيادات المنفصلة ، كالولد ، واللبن ، والصوف ، والثمرة . ولو اشترى من ابنه الطفلِ وَجَب الإخبارُ به ؛ لأن الغالب في مثله الزيادة ؛ نظرًا للطفل ودفعًا للتهمة . ولو اشترى من أبيه أو ابنه الرشيد ، لم يجب الإخبار به على الأصح .

ومذهب الحنفية : أنه يجب ذِكْر الزيادات الحادثة ، وأنه لو اشترى ممن لا تُقْبل شهادتُه له ، فلا يبيعه مرابحةً حتى يُبينَّ ذلك وهذا قول أبي حنيفة خلافًا لصاحبيه . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٣٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٢٩) .

(٤) قال في الروضة : « لو اشتراه بغبن ، لزم الإخبار به على الأصح عند الأكثرين . واختار الإمام والغزالي : أنه لا يلزم » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٣٤) .

(٥) في (أ) : « ظهر » .

فيه قولان : أحدهما : أنه لا يُحَطّ ؛ لأنه جَزَم العقدَ بمائة مثلًا وكذب في قوله : اشتريت به [١] . نعم ، له الخيار إن شاء ، لِتَلْبيسه ، فإنْ أجاز فَلْيُجِزْ لكلّ الثمن .

والثاني : أنه يُحَطّ ؛ لأنه لم يقتصر على ذكر المائة ، بل ربط وقال بعت بمائة وهو الذي اشتريت به ؛ فلا تلزمه المائة [٢] .

التفريع :

إن قلنا : يُحَطّ ففي ثبوت الخيار للمشتري قولان [٣] ، ووجه الإثبات : أنه ربما يكون له غرضٌ في الشراء بمائة لِتَحِلَّةِ قَسَمٍ ، أو وفاءٍ بموعود .

فإن قلنا : له الخيار مع ذلك فأجاز ، أو قلنا : لا خيار له ، ففي ثبوته للبائع وجهان [٤] ، ووجه الإثبات : أنه طمع في سلامة المائة له ، ولم تسلم . وإن [٥] قلنا : لا يحط عن المائة ؛ فللمشتري الخيار قطعًا ؛ لأنه مظلوم بالتلبيس ، إلا أن يكون التفاوت من جهة

---

(١) قوله : « به » : ليس في (أ) .

(٢) وهذا القول هو الأظهر في الحالة الأولى وهي أن يكذب المشتري فيزيد في الثمن ، أما الحالة الثانية التي ذكرها الإمام الغزالي وهي إذا لم يخبر المشتري عما طرأ من عيبٍ فقد علّق عليها النووي في الروضة وقال : « قال الغزالي : إذا لم يُخبر عن العيب ، ففي استحقاق حَطٍّ قدرِ التفاوت القولان في الكذب ، ولم أَرَ لغيره تَعَرُّضًا لذلك . فإن ثبت الخلافُ فالطريقُ - على قول الحط - النظرُ إلى القيمة وتقسيط الثمن عليها . قلت : المعروفُ في المذهب : أنه لا حَطَّ بذلك ، ويندفع الضررُ عن المشتري بثبوتِ الخيار . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٣٥ ، ٥٣٦) .

(٣) ذكر في الروضة أنّ في ثبوت الخيار للمشتري طريقين ، وأنّ أصحهما : على قولين . أظهرهما : أنه لا خيارَ للمشتري . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٣٥) .

(٤) أصح هذين الوجهين : أنه لا خيار للبائع . انظر الروضة : (٣ / ٥٣٥) .

(٥) في (أ) : « فإن » .

العيب ، وكان قد عَلِمَ طرآنَ العيبِ ، فيكون راضيًا مع ذلك بما اشترى [١] .

فإن همَّ بالفسخ ، فقال البائع : لا تَفْسخ ، فإني أَحُطّ لأجلك ، فهل يبطل خياره ؟

فيه وجهان ؛ ووجه بقاء الخيار : أنه ربما يكون له غرضٌ في الشراء بالمائة ، كما سبق ، هذا إذا تبين خطؤه بِتَذَكُّرِ المشتري أمرًا مشاهدًا ، أو بقوله : أخطأت إقرارًا على نفسه أو بقيام بينةٍ على مقدار ما اشترى به [٢] .

فأما إذا قال : تعمَّدتُ الكذب ، وإنما اشتريتُ بكذا وكذا : فحكمُه ما سبق ، ولكنْ حيث تَرَدَّدْنا ثَمَّ [٣] في ثبوت الخيار ، فها هنا الإثباتُ أولى ؛ إذْ أَظْهَرَ بقوله خيانتَه ، فربما يكذب فيما يُخْبِرُ عنه الآن من البقية أيضًا .

وإن علم المشتري كَذِبه حالة الشراء فلا خيار له ، إلا أن يقول : كنت أظن أنه يحط مع علمي [بالنقصان] [٤] ، ففي ثبوت الخيار بهذا الظن وجهان :

---

(١) قال ابن الصلاح : قوله : (فإن قلنا : لا يحط عن المائة فللمشتري الخيار قطعًا إلا أن التفاوت يكون من جهة العيب وكان قد علم طرآن العَيْب فيكون راضيًا مع ذلك بما اشترى) هذا فيه نظر والله أعلم ؛ لأن هذا تفريع على الخلاف في الحطّ وعدم الحط فأيُّ معنًى لهذا الاستثناء مع أن ذلك ليس من مجال الخلاف في الحطّ ، ولا يخفى إشكالُ هذا التأمل ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥٨ / أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : قوله : (هذا إذا تبينَّ خطؤه بتذكر المشتري أمرًا مشاهدًا ، أو بقوله أخطأت إقرارًا على نفسه أو بقيام بينة على مقدار ما اشترى به) هذا يوهم أن الخطأ قد تبينَّ بمجرد تذكُّرِ المشتري ما شاهده من غير إقرار من البائع على نفسه أو قيام بينة وليس كذلك قطعًا ، فمراده إذًا أنه إذا لم يأمن المشتري الجناية مرة ثانية بأن يتذكر بنفسه أنه كان قد شاهد البائع وقت الشراء الأول وعَرَف مقدار الثمن ثم نسيه ثم تذكّر وثبت ذلك له على البائع ببينة أو بإقرار من البائع وإن لم يقل : أخطأت ، بل لو قال : تعمدتُ الكذبَ فهو كذلك أيضًا : لأنه أمن من الجناية وكذلك يأمن بأن يُقرّ البائعُ على نفسه ويقول : أخطأت وما تعمدت ؛ لأنه يشعر بثقته وأمانتِهِ وكذلك إذا قامت البينة ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥٨ / ب) .

(٣) في (أ) : « ثمة » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

هذا إذا كذب بالزيادة ، فلو كذب بالنقصان / فكان [١] اشترى بمائة ، فقال : [٢] اشتريتُ بسبعين [٢] : فميلُ الأصحاب ها هنا إلى البطلان ؛ لأنه لابد من الزيادة ولا سبيل إليها ، إذ الزيادة لا تلحق الثمن ، أما الحطُّ فيلحقه . ٧٣/أ

وقال الشيخ أبو محمد - رحمه الله - : لا فَرْقَ بين المسألتين ؛ إذ ليست المائةُ عبارةً عن تسعين ، كما ليست التسعون عبارة عن المائة ؛ فليبطل في المسألتين ، أو ليصح في المسألتين ؛ تنزيلًا على الصدق لا على ما كَذَبَ به .

وقد حكى صاحبُ « التقريب » قولًا : أنه يبطل العقد في صورة الزيادة أيضًا وما ذكره الشيخ أبو محمد يُشير إلى أنّ الحطَّ ليس بطريق الإبراء ، بل هو بطريق تبيّن نزول العقد عليه ابتداءً . وما ذكره الأصحاب يشير إلى أنه نزل العقد على القدر المُسَمَّى ، والحطُّ يضاهي حَطَّ أرْشِ العيب ، وهذا أولى فإنه لا يمنع من الإجازة والرضا بالمائة ، ولأنه طرد ذلك في صورة ظهور النقصان بعيب طاريءٍ [٣] مع أنه صادقٌ في إخباره عمَّا اشترى به والخلاف في كل واحد .

فرع :

إذ ادَّعى البائع أنه اشترى بزيادة ، وكذَّبه المشتري : فلا تسمع دعوى البائع وبيِّنَتُه ؛ لأنه على نقيضِ قوله السابق ، وهل له أنْ يحلِّفه على نَفْيِ العلم ؟ فيه وجهان ينبيان على أن يمين الردّ كالبينة ، أو كإقرارِ المدَّعى عليه [٤] ؟

فإنْ جعلنا [٥] كإقراره فله ذلك على رجاء النكول وردّ اليمين ليكون ذلك

---

(١) في (أ) : « وكان » .

(٢) في (أ) : « اشتريته بتسعين » .

(٣) في (أ) : « طاري » .

(٤) وأصح هذين الوجهين أن له تحليفه على نفي العلم . انظر الروضة (٣ / ٥٣٦ ، ٥٣٧) .

(٥) زيادة من (أ) .

كالتصديق .

وإن قلنا : كالبينة ، فلا . وذكر صاحب التقريب أنه إنْ قال : غلطتُ ، وذكر وجهًا محتملًا بأن قال : عوَّلتُ على قول الوكيل ، والآنَ طالعتُ الجريدة وتذكرت ، فله التحليف قطعًا .

وهذا متجه حسنٌ ، ويجب طَرْدُ هذا في قبول دعواه وبينتهِ أيضًا ، واللّه أعلم .

* * *

القسم الثالث من الألفاظ

ما يطلق في البيع

وهي في غرضنا ستةُ ألفاظ :

اللفظ الأول : الأرض :

وفي معناها لفظُ السَّاحة ، والعرصة ، والبقعة .

فإن قال : بعتك هذه الأرض : فالنظر في اندراج الشجرِ والبناءِ والزرع والدَّفَائِن .

فأما الشجر والبناء : فنصُّ الشافعيِّ - رحمه اللّه - في البيع يدل على الاندراج ، وفي الرهن يدل على أنه لا يَنْدَرج [١] ؛ فاختلف الأصحاب على ثلاثة طرق :

الأصح : أنها لا تَندرج ؛ إذ اللفظُ لا يتناوله وَضْعًا ، ولم يكن دعوى عرف مطرد فيه فَيُنزَّل منزلةَ التصريح [٢] .

وهذا القائلُ نَسَبَ المزنيَّ - رضي اللّه عنه - إلى إخلاف في النقل ، وقال : أراد الشافعيُّ - رحمه اللّه - إذا قال : بعتُ الأرضَ بحقوقها .

ومِنْ هؤلاء مَنْ قال : ولو قال : بحقوقها أيضًا لم يندرج ؛ لأن الحقوق عبارة عن

---

(١) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٣٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٨١) .

(٢) قال في الروضة : « فإذا قال : بعتُك هذه الأرضَ ، وكان فيها أبنية وأشجار نُظِرَ ، إن قال : دون ما فيها من الشجر والبناء ، لم تدخل الأشجارُ والأبنيةُ في البيع ، وإن قال : بما فيها دَخَلت . وكذا إن قال : بعتكها بحقوقها على الصحيح .

فإنْ أطلق فنصَّ هنا أنها تَدْخل ، ونَصَّ فيما لو رهنَ الأرضَ وأطلق : أنها لا تدخل . وللأصحاب طرق :

أصحها عند الجمهور : تقريرُ النصين . والثاني : فيهما قولان . والثالث : القطعُ بعدم الدخول فيهما ، قاله ابن سُريج ، واختاره الإمام ، والغزالي » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٣٨ ، ٥٣٩) .

المَمَرِّ ، ومجرى الماء ، وأمثاله .

الطريقة الثانية : ذِكْرُ قولين بالنقل والتخريج .

والثالثة : الفرقُ بأنّ الرهنَ ضعيفٌ لا يستتبع ، بخلاف البيع .

أما الزرع : فلا يندرج قطعًا تحت اسم الأرض ؛ لأنه لم يثبت للدوام ، بخلاف البناء والشجر .

والبقل له حكم الشجر أعنى أصولَه لا ما ظهر منه ، فإنه للدوام كالشجر ، وقطع الشيخ أبو محمد بأنها كالزرع .

ثم إذا بقي الزرعُ لصاحب الأرض ، ففي صحة بيع الأرض طريقان :

أحدهما : أنه (١) [فيه] (٢) قولان (٣) كما في [الأرض المكراة إذ تقع المنفعة مستثناة في مدةٍ ، ومنهم من قطع بالصحة إذ المانع في] (٤) الإجارة عسر التسليم وهاهنا تسليم الأرض ممكن في الحال ، ولعله الأصحُّ ، تشبيهًا له بالدار المشحونة بالأمتعة .

التفريع :

إن حكمنا بالصحة : فتسليمُ الأرض مزروعةً هل يُوجب إثباتَ يَدِ المشتري ؟ فيه وجهان (٥) ، ووجه الامتناع : أنه لا يَقْدر على الانتفاع . ومن الأصحاب مَنْ طرد هذا في تسليم الدار المشحونة بالأمتعة .

ومنهم مَنْ فَرّق ؛ إذ التشاغلُ بالتفريع (٦ ثَمّ ممكنٌ ٦) في الحال ، بخلاف الزرع ، ثم المشتري

---

(١) في (ب) : « أن » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « قولين » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) أصح هذين الوجهين : أنه يُحكمُ بمصير الأرض في يد المشتري . انظر الروضة : (٣ / ٥٣٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٨٢) .

(٦) في (ب) : « ممكن ثم » .

إن لم يَعْلم بالزرع فله الخيار ، فإن أجاز ؛ فهل له طلبُ أجرةِ تيكَ المدة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ كما لا يُطالب بأرش العيب عند الإجارة .

والثاني : نعم ؛ لأن المنفعةَ متميزة عمّا قابله الثمن (١) .

أما الدفائن : فلا تندرج تحت البيع ، حتى الحجارة المدفونة ، إلا أن تكون مركبةً في أساس البنيان والجدار ، فيندرج حيث يندرج الجدار ، وإن كانت الحجارة مخلوقةً في الأرض ، اندرجت تحت اسم الأرض ، ثم المشتري إن كان عالمًا باشتمالِ الأرض على الحجارة المدفونة : فلا خيارَ له وللبائعِ النقلُ وإنْ أَضَرَّ بالمشتري ، ولو أبى فللمشتري إجبارهُ على تفريغِ ملكهِ وإن كان لا يتضرّر المشتري ببقائها .

وفيه وجه : أنه إذا لم يتضرَّرْ لم يُجْبِرْه على النقل .

أما إذا كان جاهلًا ؛ فإن لم يكن في النقل ضَرَرٌ فلا خيار .

وإن كان ضررٌ في حصول وِهَادٍ في الأرض ، وأمكنَ تسويةُ الأرضِ على قُرْبٍ : فلا خيارَ أيضًا ، كما إذا عَرضَ في السقف عارضٌ قبل القبض يمكن إزالتُه على قربٍ .

ويجب تسويةُ الأرض (٢) على البائع ، ولا يلزمُه أرشُ النقصان بالحَفْرِ ، بخلاف هَدْم الجدار ؛ لأن الجدارَ يتفاوت بناؤه ، وإعادتُه قد لا تُماثل الأولَ ، فأما هذا فمن قبيلِ ذوات الأمثال في المضمونات .

أما إذا تضرَّر بسبب تعطُّلِ المنفعة في مدة ، أو كان الحفر يُحْدِث (٣) عيبًا [بأن كان] (٤) يمنع عروقَ الأشجار من الانبثاث ؛ فله الخيار ، فإن فسخ فذاك ، وإن أجازففي

---

(١) قال في الروضة : « هل له الأجرة في مدة بقاء الزرع ؟ قطع الجمهور بأنْ لا أجرة . وقيل : وجهان ، الأصح : لا أجرة ، وتقع تلك المدةُ مستثناة ، كمن باع دارًا مشحونة بأمتعة لا يستحقّ المشتري أُجرة لمدة التفريغ » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٤٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٨٢) .

(٢) في (أ) : « الحضر » .

(٣) في (ب) : « تحدث » .

(٤) زيادة من (ب) .

المطالبة بأجرة المثل خلافٌ منشؤه : تمييز الأجرةِ عن أرش العيب .

وفي طلب أرش النقصان بتعيُّبِ الأرض خلافٌ منشؤه : أن جناية البائع هل تكون كجناية / الأجنبيّ [(١)] ؟ ٧٣/ب

فرعان :

أحدهما : لو كانت الأرض تتضرّر بالنقل دون الترك ، وأثبتنا للمشتري الخيارَ ، فقال [له] [(٢)] البائع : لا أنقل ؛ بطل خيارُ المشتري ولزم تركُه أبدًا كالنعل على [(٣)] الدابة .

ثم يُنظر : فإن قال : وهبتُ منك الحجارةَ ، وقَبِلَ وكان بحيث يَقْبَلُ الهبة لوجود الشرائط من الرؤية والتسليم وغيره : ملكه المشتري على الظاهر .

وفيه وجهان : أنه لا يملك وإن وُجدت الشرائط ؛ لأنه ليس متبرعًا ، وإنما يبتغي [(٤)] به نَفْيَ الخيار فحقيقتُه إعراض .

وفيه وجه آخر : أنه يملك وإن لم توجد شرائطُ الهبة ؛ لأنه كالمستفاد ضمنًا وتبعًا [(٥)]

---

(١) قال في الروضة : « ثم إن اختار المشتري إمضاءَ البيع ، لزم البائع النقلُ ، وتسويةُ الأرض سواء كان النقلُ قبل القبض أو بعده ، وهل تجب أجرةُ المثلِ لمدة النقل ؟ نُظر ، إن كان النقل قبل القبض بُني على أنّ جناية البائع قبل القبض كآفةٍ سماوية ، أم كجناية الأجنبيّ ؟ إن قلنا بالأول لم تجب ، وإلا فهو كما لو نقل بعد القبض .

وإن كان النقلُ بعد القبض ففي وجوبها وجهان ؛ أصحهما - عند الأكثرين - : تجب ، كما لو جنى على المبيع بعد القبض ، عليه ضمانه . وإن اختصرتَ قلتَ : في الأجرة أوجه . أصحها ثالثُها : إن كان النقل قبل القبض لم يجب ، وبعده يجب . ويجري هذا الخلاف في وجوب الأرش لو بقي في الأرض بعد التسوية عيبٌ » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٤٢ ، ٥٤٣) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « في » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يبغي » .

(٥) في الأصل : « ومعا » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

وليس مقصودًا ؛ فيحصل للضرورة . [و] (١) أما إذا [قال] (٢) : تركتُ الحجارة ، فالظاهر : أنه لا يملك بهذا اللفظ ، بل هو إعراض .

وفيه وجه : أنه يُجعل تمليكًا ؛ لأنه فات به حَقُّ الخيار ؛ فَلْيَحْصُل في مقابلته مِلْكٌ وهذا التفصيل يجري في مسألة النعل ، وإن لم نذكره .

[ثم] (٣) الثاني : إذا كان في الأرض حجارةٌ خِلْقية تمنع عروقَ الأشجار من الانبثاث ، فهل يكون هذا عيبًا مُثبتًا للخيار ؟ فيه وجهان :

ووجه المنع : أن الانتفاع بالبناء ممكنٌ ، فإن (٤) تعذَّر الغِراس ؛ فهذا فواتُ كمالِ المقاصد ، فلا يُعَدُّ عيبًا مذمومًا منقصًا (٥) .

وعندي : أنّ هذا يختلف باختلافِ المواضع والمقصودِ في الاعتياد .

اللفظ الثاني : الباغ (٦) :

وفي معناه : البستان والكرم ، ويندرج تحتها الأشجار والقضبان ، وفي اندراج العريش - الذي تُوضع عليه القضبان تحت لفظ الكرم - تردُّدٌ للشيخ أبي محمد والأصح : الاندراج ؛ للعرف .

ولو كان في طرف البستان بناءٌ ففي اندراجه تحت مطلقِ الاسمِ خلافٌ كما في اسم الأرض .

---

(١) زيادة من (ب) .
(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٤) في (أ) : « وإن » .
(٥) قال في الروضة : « الحجارة إن كانت مخلوقَة في الأرض ، أو مُثْبتة دخلت في بيع الأرض . فإن كانت تَضُرُّ بالزرع والغرسِ ، فهو عيبٌ إن كانت الأرض تُقْصد لذلك . وفي وجه ضعيف : أنه ليس بعيبٍ وإنما هو فواتُ فضيلةٍ .
إن كانت مدفونة فيها لم تدخل في البيع ، كالكنوز والأقمشة في الدار . انظر : روضة الطالبين : (٣/ ٥٤١) .
(٦) كلمة : « الباغ » : غير واضحة في (أ) .

وأما اسمُ القرية والدَّسْكَرة : فيستتبع [1] الأبنية والأشجار جميعًا ، لأنّ العبارة موضوعةٌ لها ، وكلٌّ ذلك لا يستتبع الزرع الظاهر ، ولا البذر وإن كان كامنًا ، إلا أصول البقل [2] كما سبق [2] .

* * *

(١) في الأصل : « يستتبع » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « كما ذكرناه » .

اللفظ الثالث : الدار .

ولا يندرج تحتها المنقولاتُ ، كالرُّفوف المنقولة ، والسَّلاليم ، والسُّرر والحاصلُ من ماء البئر منقولٌ لا يندرج ، وقيل : إنه يندرج كالثمار التي لم تُؤبَّر ، والنفطُ الحاصل (١من المعدن ١) لا يندرج .

واستثنى صاحبُ التلخيص عن المنقولات مفتاحَ بابِ الدار ، فإنه يندرج (٢) تبعًا للمغلاق (٣) ، ونُوزِعَ فيه ، وما ذَكَرَه أولى .

وأما الثوابت - وهو ما أُثْبِتَ للدوام من تتمة الدار ، كالأبنية ، والأبواب ، والمغاليق وما عليها من السَّلاسل والضَّبَّات (٤) - : فيندرج ، وكذا المراقي الثابتة من الآجُر والرفوفِ المثبتة من نفس البناء ، وحَمَّام الدار إن كان لا يستقل دون الدار : اندرج ، وإن استقل : فهو من الدار كالبناء من البستان .

وترددوا في ثلاثة أمور :

أحدها : الأشجار . وفيها ثلاثة أوجه : أحدها : أنها لا تندرج تحت اسم الدار ؛ فإنها ليست من أجزاء الدار . والثاني : أنها تندرج ؛ لأن الدار قد تشتمل على الأشجار . والثالث : وهو الأعدل - : أنه إن كان بحيث يُمكن تسمية الدار بستانًا لم تَنْدرج [تحت اسم الدار] (٥) ، وإلا يندرج (٦) .

---

(١) في (ب) : « من المعدن في المعدن » ، ولم أُثبتها لكونها زيادة غير مفيدة .

(٢) في الأصل « مُدْرَج » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل : « المغالق » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في الأصل : « الضِّباب » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « كان تابعًا » .

قال في الروضة : « ولو كان في وسطها شجر ، ففي دخوله الخلافُ السابق في لفظ الأرض . ونقل الإمام في دخولها ثلاثةَ أوجهٍ . ثالثها : إن كَثُرت بحيث يجوز تَسميةُ الدار بُستانًا لم تدخل ، وإلا دخلت » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٤٥ ، ٥٤٦) .

الثاني : حَجَر الرّحي ، وفيه ثلاثة أوجه : أحدها : أنه يتبع ؛ لأنه مثبت للبقاء . والثاني : لا ؛ لأنه ليس من مرافق الدار ، وإنما أُثْبِتَ لِتَيْسيرِ الانتفاع . والثالث : [أن] [١] الأسفل يندرج دون الأعلى [٢] ، ولا خلاف في اندراجها تحت اسم الطاحونة .

الثالث : الإجّانَات المثبتة للصبغ : تُنَزَّل منزلة [٣] الحجر الأسفل من الرحى ، إلا إذا باع باسم المدبغة أو المصبغة .

والسَّلاليمُ والرفوقُ المثبتة بالمسامير في معنى الإجّانات .

اللفظ الرابع : اسمُ العبد .

في بيع العبد لا يتناول مال العبد ، وإن قلنا : إنه يَمْلِك بالتمليك ، وفي ثيابه التي عليه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا ؛ لقصور اللفظ مع أنّ الثوبَ ليس جزءًا منه [٤] . والثاني : نعم ؛ لقضاء العرف به . والثالث : أنه يدخل ما يَسْتر به العورة دون غيره .

ولعل العذار من الفرس ، (٥ كساتر العورة ٥) من العبد ، لأن للعرف فيه حكمًا ظاهرًا .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) الأصح : أن الأعلى والأسفل من حَجَرَيّ الرّحى يتبع الدار . انظر الروضة : (٣ / ٥٤٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٨٤ ، ٨٥) .

(٣) في (أ) : « مُنزَّل » ، وفي (ب) : « فَتَنَزَّل » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٥٤٨ ، ٥٤٩) .

(٥) في (ب) : « كالساتر للعورة » .

اللفظ الخامس : الشجر .

وهو في جانب العلو يتناول الأغصانَ والأوراق ، وكذا [(١)] ورق الفرصاد ، إلا على رأي بعضِ الأصحاب في تشبيهها بالثمار المؤَبَّرة .

وفي جانب السفل : يتناول العروق ، ويوجب استحقاق الإبقاء في أرض البائع ؛ فيصير المغرس مُستحقًّا للإبقاء ، وهل نقول : إنه صار ملكًا ؟ فيه قولان [(٢)] :

أحدهما : نعم . لأنه اسْتُحق إبقاؤه فيها على التأبيد واللزوم ؛ فلا يمكن أن يُجْعَل إعارةً ولا إجارةً ؛ فلا بد وأن يُجعل ملكًا تابعًا .

والثاني - وهو الأصح - : أنه لا يملك ، إذ [(٣)] اللفظ قاصرٌ عنه ، والمغرس أصل فكيف يكون تبعًا ؟ نعم ، استحق الإبقاء على العادة ، كما يستحق إبقاء الثمار على الأشجار على العادة من غير ملك الأشجار ، ومن غير تقدير إعارة وإجارةٍ ، هذا إذا لم يكن على الأشجار ثمارٌ ، فإنْ أثمرتْ وكانت الثمارُ غَيْرَ مؤبَّرَةٍ : دخل في [(٤)] العقد ، كما يدخل الحمل من الجارية في البيع بلفظ الجارية ، لاجتنانه بجزء منها .

وإن كانت مؤبرة : بقيت على ملك البائع لقول رسول الله ﷺ : / « مَنْ باع نخلةً ٧٤/أ بعد أنْ تُؤَبَّر فثمرتُها للبائع ، إلا أنْ يشترطها المبتاع » [(٥)] .

---

(١) في الأصل ونسخة (أ) : « ولذا » ، والمثبت من (ب) .

(٢) ذكر في الروضة أنهما وجهان . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٤٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٨٦) .

(٣) في الأصل : « إذا » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « دخلت » .

(٥) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٤٦٩) (٣٤) كتاب البيوع (٩٠) باب من باع نخلًا قد أبرت (٢٢٠٤) . ومسلم : (٣ / ١١٧٢) (٢١) كتاب البيوع (١٥) باب من باع نخلًا عليها ثمر (١٥٤٣) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٦) كتاب البيوع باب في العبد يُبَاع وله مال (٣٤٣٣) ، والترمذي : (٣/ ٥٤٦) . (١٢) كتاب البيوع (٢٥) باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير ، والعبد له مال (١٢٤٤) ، والنسائي : (٧/ ٢٩٦) (٤٤) كتاب البيوع (٧٥) باب النخل يباع أصلها ويَسْتثني المشتري ثَمَرَها (٤٦٣٥ ، ٤٦٣٦) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٤٦) (١٢) كتاب التجارات (٣١) باب ما جاء فيمن باع نخلًا مؤبرًا أو عبدًا له مال (٢٢١١) .

وأبو حنيفة - رحمه الله - لما أنكر القولَ بالمفهوم حكم بأنّ غير المؤبرة أيضًا تَبْقَى على ملك البائع ، فإنه ليس جزءًا من نفس الشجرة [(١)] .

والمراد بالتأبير : أن يتشقق الكمام حتى تبدو عناقيدُ الثمر من الطلع ، ومناطُ انقطاع التبعية ظهورُ الثمار ، فيلتحق [(٢)] به الظهور في كل ما يظهر في ابتداء الوجود ، كالتين .

وكذلك ما يبدو بالتشقق كالورد يتشقق كمامه ، وكالمشمش والخوخ إذا تشققت أنوارُها وتصلَّبت الحبات ، وما دامت لا تنعقد ثمرةً لِصِغَرِها تندرج تحت البيع .

والأصح : أن القشرة العليا على الجوز ليس ساترًا [(٣)] . وإن [كان] [(٤)] أكمة الفحول قبل التشقق تندرج تحت البيع كالإناث .

فإن قيل : كيف يُشْترط البدوُّ في كل عنقودٍ وثمرةٍ للحكم بالبقاء على ملك البائع ؟

قلنا : لمَّا عَسِرَ ذلك أقام الفقهاء وقت التأبير مقام التأبير ، حتى إذا تَأَبَّرَتْ واحدةٌ صارت وغير المؤبرة تابعًا للمؤبرة في البقاء على الملك ، هذا بشرط أن يكون المؤبر وغير المؤبر (٥ في البقاء ٥) متحدَّ النوع ، وداخلًا تحت صفقة واحدة .

ولو وُجِدَ اتحادُ النوع ولكن اقتصر العقدُ على غير مؤبر ، أو شملها العقد ولكن اختلف النوع ، فوجهان :

أحدهما : أنه [(٦)] لا اتباع ؛ لأن التفصيل لا عُسْرَ فيه مع هذا الاختلاف .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن الشجرة أو النخلة إذا أثمرت وكانت الثمار غير مؤبرة ، فإن هذه الثمار تدخل في البيع وتكون للمشتري ، أما إذا كانت الثمار مؤبرةً فإنها تبقى في ملك البائع .

ومذهب الحنفية : أن من باع نخلًا أو شجرًا فيه ثمر ، فإن الثمر يكون للبائع ، سواء أُبِّر أم لم يؤبَّر .
انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٥٠) ، مختصر الطحاوي : (٧٨) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٢٧) .

(٢) في الأصل : « فليلحق » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بساتر » . (٤) زيادة من (ب) .

(٥) ما بين القوسين : ليس في (أ) . (٦) في الأصل : « أن » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

والثاني : الاتباع ؛ حسمًا للباب ، فإن النوع الواحد أيضًا قد يتفاوت ويهون تفصيله في بعض الصور (١) .

وشرط أبو علي بن أبي هريرة شرطًا ثالثًا ، وهو : أن تكون التي لم تؤبر مطلعة حتى تبقى تبعًا (٢) للمؤبرة . وخالفه كافةُ الأصحابِ ، وهو قريب من اختلاف النوع ، وبين الفحول والإناثِ اختلافُ نوعٍ .

فإن قيل : فإذا بقيت على ملكه ، فهل يجب القطع في الحال تفريغًا للأشجار ؟ وإن لم يجب ، فكيف يُفرض القيام بِسَقْي (٣ الثمار والأشجار ٣) .

قلنا : الإبقاء مستحقٌّ للبائع إلى أوانِ القطاف ، وهذا مُوجب العرف ، لا كتفريغ الدار عن الأقمشة . فإن ذلك مما يقتضيه العرف أيضًا فلم يَجُزِ (٤) الإبقاء ، بل هذا (٥) كالزرع ، وقد ذكرنا أن الإبقاء مستحق فيه . ثم مَنْ يحتاج إلى السقي : فله أن يَشتقل به إذا لم يَضُرَّ بالآخر ، ولم يكن للآخرِ مَنْعُه .

ولو كان السَّقْيُ يضرّ بواحدٍ ، وتركُه يَضُرُّ بالآخر ، وتنازعا ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أن المشتري أولى بالإجابة : إذِ التزمَ له البائعُ سلامةَ الأشجار .

والثاني : البائع أولى ، فإنه استحقَّ إبقاء الثمار .

---

(١) قال في الروضة : « وإن باع نخلات أُبِّر بعضُها فقط ، فله حالأن :

أحدهما : أن يكون في بستانٍ واحدٍ ، فينظر ، إن اتحد النوعُ والصفقةُ فجميعُ الثمار للبائع . وإن أفرد بالبيع غير المؤبَّر فالأصح أنّ الثمر للمشتري ؛ والثاني : للبائع اكتفاءً بوقت التأبيرِ عنه . وإن اختلف النوعُ فالأصح أنَّ الجميع للبائع . وقال ابن خيران : غير المؤبَّر للمشتري ، والمؤبر للبائع .

الحال الثاني : أن يكون في بُسْتانَيْنِ ، فالمذهب : أنه يُفرد كل بُستان بحكمه . وقيل : هما كالبستان الواحد، سواء تباعَدَ البستانان أو تلاصقا » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٥٣) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « تابعًا » .

(٣) في (ب) : « الأشجار والثمار » .

(٤) في (أ) : « يجب » .

(٥) في (أ) : « هو » .

والثالث : أنهما يتساويان ، فإن اصطلحا فذاك ، وإلا فقد تعذر إمضاءُ العقد فَيَنْفَسِخ (١) .

فروع ثلاثة :

الأول (٢) : إذا كانت الثمار لو سُقِيَتْ لم يتضرر ، ولو تُركت تضررت الأشجارُ بامتصاصِها رطوبتَها ، فعلى البائع السَّقْيُ أو القَطْعُ . فإن لم يجد ماء (٣) ففي تكليفِه القطعَ وجهان (٤) .

الثاني : لو كان السَّقْيُ يَضُرُّ بجانبه ، وتركُه يمنع حصولَ زيادة في الجانب الآخر فَفَوّتَ الزيادة هل يُلْحق بالضرر حتى يتقابل الجانبان ؟ فيه وجهان (٥) .

الثالث : لو أصابت الثمارَ آفةٌ ، ولم يكن في تبقيتها فائدةٌ ، فهل يجب الآن تفريع الأشجار ؟ ذكر صاحب التقريب قولين (٦) .

وهذه التوجيهاتُ بيِّنةٌ ، وتعارُضُ الاحتمالاتِ ظاهرٌ .

* * *

---

(١) قال في الروضة : « وإن أضرَّ بالثمار ونَفْع الأشجار ، فأراد المشتري السَّقْيَ ، فَمَنَعه البائعُ ، فوجهان :

أحدهما : له السَّقْيُ . وأصحهما : أنه إنْ سامح أحدُهما بحقّه أُقِرّ ، وإلا فُسخ البيعُ ، وإن أضرَّ بالشجر ونفع الثمار ، فتنازعا ، فعلى الوجهين ، الأصح : يفسخ إن لم يُسامِح . والثاني : للبائع السَّقْيُ . هذا نُقْلُ الجمهور . وقال الإمام : في الصورتين ثلاثة أوجه . أحدها : يُجَاب المشتري . والثاني : يُجاب البائع . والثالث : يتساويان » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٤٤ - ٥٥٥) .

(٢) في (ب) : « أحدها » .

(٣) في (أ) : « الماء » .

(٤) قال في الروضة : « لو لم يَسْقِ البائع ، وتضررَ المشتري ببقاء الثمار لامتصاصها رطوبةَ الشجر ، أُجْبِرَ على السقي أو القطع . فإن تعذّر السقيُ لانقطاع الماء ، ففيه القولان السابقان ، أظهرهما : ليس له إبقاء الثمر .

قلت : هذان القولان فيما إذا كان للبائع نَفْعٌ في ترك الثمرة . فإن لم يكن وَجَب القطع بلا خلاف ، كذا قاله الإمامُ وصاحبُ « التهذيب » . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٥٥) .

(٥) هذان الوجهان عند الإمام كما في الروضة : (٣ / ٥٥٥) .

(٦) وفي مغني المحتاج : أنه ليس له إبقاءُ الثمار . انظر مغني المحتاج : (٢ / ٨٨) .

اللفظ السادس : أسامي الثمار :

ومطلقُ بيعِها يقتضي استحقاقَ الإبقاء إلى أوان القطاف ، وإن لم يصرح به ؛ لعمومِ العُرْف ، إذ القرينةُ العرفية كاللفظية [1] ولذلك نُزِّلَ العرفُ في المنازل وآلاتِ الدابة في باب الإجارة منزلةَ التصريح [2] .

ولو جرى عرفٌ بقطع العنب حصرمًا ، [3] لأنه لا تتناهى نهايتُه [3] أو جرى العرف بالانتفاع بالمرهون من المرتهن : فقد منع القفال المسألتين ، وقال : هو كالتصريح [4]، وخالفه غيره لأن المتبع ها هنا [5] [هو] [6] العرف العام [7] ، لا عُرْفَ أقوامٍ على الخصوص [8] .

وهذا يلتفت على ما لو اصطلح العاقدان في النكاح على أن يعبروا بالألفين [9] عن ألف [9] تخييلًا لكثرة المهر أن اللازم الألفُ أم [10] الألفان ؟ لأن مثاره أنّ الاصطلاحَ الخاصّ هل يلتحق بالاصطلاح العام في اللغات وكذا في العرف ؟

ثم لابد من التنبه لثلاث شرائط في بيع الثمار :

الشرط الأول : أنه لابد من شرط القطع إنْ بِيعَ قبل بُدُوِّ الصلاح ، فإن شَرَطَ التبقية : بطل ، وإن [11] أطلق لكان كشرط التبقية . خلافًا لأبي حنيفة في

---

(١) في الأصل : « كاللفيظة » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « الصريح » .

(٣) في (أ) : « لأنه لا تنتهي نهايته » ، وفي (ب) : « لأنه لا ينتهي غايته » .

(٤) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٥٥) .

(٥) قوله : « هاهنا » : ليس في (ب) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) قوله : « العام » : ليس في (ب) .

(٨) انظر مشكلات الوسيط للحموي .

(٩) في (أ) ، (ب) : « بألفين عن ألف » .

(١٠) في (أ) : « أو » .

(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « ولو » ، والمثبت من (أ) .

المسألتين (١) .

والمعتمد : (٢ ما رُوي : « أنه – عليه السلام – نهى ٢) عن بيع الثمار حتى تزهي » ، ورُوي (٣) حتى [أن] (٤) تنجو (٥) من العاهة (٦) .

وسببُه : أن التسليم لا يتمّ إلا بالقطاف ، والجوائحُ غالبةٌ في الابتداء ؛ فلم تكن القدرةُ على التسليم موثوقًا بها .

ومنهم مَنْ علل تَضرُّرَ الأشجار بكثرة امتصاص الثمار رطوبتَها في الابتداء . وهو فاسد على ما تبيَّن فسادُه في التفريع .

---

(١) **مذهب الحنفية** : أنه مَنْ باع ثمرة ولم يَبْدُ صلاحُها أو قد بَدَا : جاز البيع ، ووجب على المشتري قطعها في الحال ، فإن اشترط تركَها على النخل أو الشجر . فإن أبا حنيفة وأبا يوسف – رضي الله عنهما – قالا : البيع على ذلك فاسدٌ . وقال محمد : إن كان صلاحها لم يَبْدُ فالبيعُ فاسدٌ ، وإن كان قد بدا فالبيع جائزٌ والشرط جائز . انظر مختصر الطحاوي : (٩٨) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٦ ، ٧) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٢٧ ، ٢٢٨) .

(٢) في (أ) : « عن النبي ﷺ » ، وفي (ب) : « ما روى أنه نهى عليه السلام » .

(٣) في الأصل : « ويُروى » ، وفي (ب) : « وروت » ، والمثبت من (أ) .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تنجوا » .

(٦) انظر في ذلك صحيح البخاري : (٤ / ٤٦٠ – ٤٦٥) (٣٤) كتاب البيوع أبواب : (٨٥ ، ٨٦ ، ٨٧) أحاديث رقم : (٢١٩٣ ، ٢١٩٤ ، ٢١٩٥ ، ٢١٩٦ ، ٢١٩٧ ، ٢١٩٨ ، ٢١٩٩) ، ومسلم : (٣ / ١١٦٥) (٢١) كتاب البيوع (١٣) باب النهي عن بيع الثمار قبل بُدُوِّ صلاحها بغير شرط القطع (١٥٣٤ ، ١٥٣٥) ، وأبو داود : (٣ / ٢٥٠) كتاب البيوع – باب في بيع الثمار قبل أن يَبْدُوَ صلاحُها (٣٣٦٨) ، والترمذي : (٣ / ٥٢٩) (١٢) كتاب البيوع (١٥) باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحُها (١٢٢٦ / ١٢٢٧) ، والنسائي : (٧ / ٢٦٢ – ٢٦٤) (٤٤) كتاب البيوع (٢٩) باب شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٤٥٢٦) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٤٦) (١٢) كتاب التجارات (٣٢) باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢٢١٧) وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ١٨) حديث رقم : (١١٧٩) .

=

وإذا شرط القطع : صحَّ ، ولم يندرج [١] تحت النَّهْي ؛ لفقد العلة وتخصيص النهي بما يعتاد ، أما القطع قبل بدوِّ [٢] الصلاح فَغَيْرُ معتادٍ ، وكذلك لو اشترى البطيخ قبل بُدُوِّ الصلاح لابد من شرط القطع ، وإن اشترى مع أصوله [٣] / ؛ إذ لاثَبَاتَ لأصوله [٤] ، ٧٤ / ب (°وهو مع الأصول متعرض °) للآفات ، ولو باع الثمار مع الأشجار لم يشترط القطع ؛ لفَقْدِ العلة ، إذ تم التسليم بتسليم الأشجار وأَمِنَ [من] [٦] العاهة . فَوِزَانُه أنْ يبيع البطيخ مع الأرض .

والأصح : أنّ الثمار لو كانت [٧] لغير مَنْ له الأشجار ، فاشتراها صاحبُ الأشجار لا يشترط القطع لفقد العلة ، وحصول تمام التسليم . وفيه وجهٌ للنظر إلى عموم النهي وهو بعيدٌ ، إذ لو شرطه لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجار نفسه [٨] . وكذلك لو باع الأشجارَ وبقيت الثمار على ملكه ، فلا يشترط القطع وإن انقسم الملك ؛ لأن المبيع هو الشجر وهو آمنٌ من العاهة ، والثمرُ مملوكٌ بحكم الدوام فلا ينقطع بالتعرض للعاهة .

نعم ، لو كانت الثمارُ بحيث تندرج لو أطلق العقد ، فاستثناها فالبقاء على هذا

---

(١) في الأصل : « يُدرج » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) كلمة : « بدُّو » : ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أصولها » . (٤) في (أ) ، (ب) : « أصولها » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وهي مع الأصول متعرضة » .

(٦) قوله : « من » : ليس في (أ) ، (ب) .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « كان » ، والمثبت من (أ) .

(٨) قال في الروضة : « الصورة الثانية : أن تكون الأشجار للمشتري ، بأنْ يبيع إنسانٌ شجرةً وتبقى الثمرةُ لهُ ، ثم يبيعه الثمرةَ ، أو يوصي لإنسانٍ بالثمرة فيبيعها لصاحب الشجرة ، ففي اشتراط القطع وجهان ، أصحهما عند الجمهور : يُشترط ، ولكن لا يلزمه الوفاءُ بالشرط هنا ، بل له الإبقاء ، إذ لا معنى لتكليفه قَطْعَ ثماره عن أشجاره » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٥٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٨٩) .

الوجه مُلْحَقٌ باختلاف المبتدأ ، أو بالاستدامة ؟ فيه خلافٌ للأصحاب .

ثم اتفق الأصحاب على أنّ بدوَّ الصلاح (١ كافٍ في البعض ١) لسقوط هذا الشرط ؛ إقامةً لوقتِ الصلاح مقامَ نفسه ؛ دفعًا للمعسر ، كما في التَّأبير .

هذا بشرطِ اتحادِ البستان وشمول الصفقة واتحاد الملك ، فإن اختلف البستانُ أو الملكُ أو تعدَّدت الصفقة ففي كل ذلك وجهان (٢) بعد الاتفاق على اشتراط اتحاد الجنس ، وأما النوع فهو كما سبق في التأبير ، فميلُ العراقيين إلى مراعاة اتحاد البستان ، ولم يتعرض الأصحابُ للبستان في التأبير ، نعم (٣) ثم المرادُ بِبُدُوِّ الصلاح في الثمار : بأنْ يطيبَ أُكلها ، وذلك في البطيخ لظهور (٤) [مبادئ] (٥) الحلاوة ، وفي العنب الأبيضِ بالتموُّه (٦) ، وفي غيره بالتلون ، وفي الزرع بزوالِ الخُضْرَة .

وأما البقل فإنْ بيع مع الأصول فلا يُشترط القطعُ ، فإنه لا يتعرض لعاهةٍ ، وإنْ بيع دون الأصول نزل على القطع ، فإنه يحذر من التأخير النمو ، واختلاط ما دخل تحت العقد بما لم يدخل .

الشرط الثاني : أنْ تكون الثمار قد انكشفت من أكمتها ، على قول بطلان بيع (٧) الغائب ، إلا ما في إبقائه فيه صلاح ، كالرمان .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « في البعض كافٍ » .

(٢) قال في الروضة : « وإن اتحد الجنس ، فالكلامُ في اتحاد البستان وتعدده . وإذا اتحد ففي بيعها صفقة واحدة وإفراد ما لم يَبْدُ فيه الصلاح بالبيع . وحكم الأقسام كلها على ما سبق في التأبير بلا فرق ، حتى أن الأصح : أنه لا تبعية عند الإفراد ، وأنه لا أثر لاختلاف النوع ، وأنه لا يتبع بُستانٌ بُستانًا » . انظر روضة الطالبين: (٣ / ٥٥٧) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « بظهور » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « بالتمويه » .

(٧) في الأصل : « مع » ، والمثبت من (أ) ، (ب) ، وهو الأصح .

واختلفوا في الباقلاء والجوز أن إبقاءها (١) في القشرة العليا ، هل فيه صلاح ؟

والظاهر في الباقلاء أنه صلاح ، وقد صحّ أن الشافعي - رضي اللّه عنه - أَمَرَ بأنْ يشترى له الباقلاء (٢) الرطب (٣) .

وأما الحنطة (٤ في سنبلها والأرز في القشرة ، ففيه ثلاثة أوجه ٤) :

أحدها : أنَّ فيها (٥) صلاحًا . والثاني : أنه لا صَلَاح . والثالث : أنّ صلاح الأرز فيه دون صلاح الحنطة (٦) .

---

(١) في الأصل : « بقاءه » ، والمثبت من (أ) و (ب) .

(٢) في الأصل : « الباقلي » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) قال في الروضة : « وأمّا ما له كمامان يزال أحدهما ويبقي الآخر إلى وقت الأكل ، كالجوز واللوز والرانج فيجوز بيعُه في القشر الأسفل ، ولا يجوز في الأعلى ، لا على الشجر ولا على الأرض . وفي قول : يجوز في القشر الأعلى ما دام رطبًا .

وبيع الباقلاء في القشر الأعلى فيه هذا الخلاف . وادّعى إمام الحرمين أن الظاهر فيه الصحة ؛ لأن الشافعي - رضي اللّه عنه - أمر أن يُشترى له الباقلاءُ الرطبُ . قلت : المنصوص في « الأم » : أنه لا يصح بيعُه . قال صاحب « التهذيب » وغيره : هو الأصح ، وبه قطع صاحب « التنبيه » .

هذا إذا كان الجوز واللوز والباقلاء رطبًا ، فإن بقي في قشره الأعلى ، فيبس لم يَجُز بيعه ... » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٦٠ ، ٥٦١) .

(٤) في (أ) : « في سُنبلها والأرز في قشره ، فيه ثلاثة أوجه » . وفي (ب) : « في السُّنبل والأرز في القشر فيها ثلاثة أوجه » .

(٥) في الأصل : « فيه » ، وفي (أ) : « فيها » ، والمثبت من (ب) .

(٦) قال في الروضة : « وأمّا ما لا يُرى حَبُّه في سنبله ، كالحنطة ، والعدس ، والسمسم ، فما دام في سنبله لا يجوز بيعُه مفردًا عن سنبله قطعًا ، ولا معه على الجديد الأظهر ، كبيع تِراب الصاغة ، وكبيع الحنطة في تبنها فإنه لا يصح قطعًا . وفي الأرز طريقان . المذهب : أنه كالشعير ، فيصح بيعه في سنبله . وقيل كالحنطة » . انظر روضة الطالبين (٣ / ٥٦١) .

وأما الشعير ، فهو (١ باديُ الحب ١) من السنابل ، فيجوز بيعه .

وقد ذكرنا أحكامَ بيعِ الغائب ، والذي نَزِيُده قَطْعَ بعض الأصحاب ببطلانِ بيع الذهب في تراب المعدن . (٢ ولا يستقيم ذلك إلا بالتفريع على إبطال بيعِ الغائب ، إذ لو باعه في الكم لجاز ، فما الفرقُ بينه وبين التراب ؟ ولو بيع اللحمُ في الجلد قبل السَّلخ مع الجلد فهو خارج على بيع الغائب ، وقد نقلنا في بابه عن الشيخ أبي على القطْعَ بالبطلان أيضًا ، والأظهرُ ما نقلناه الآن ٢) (٣) .

الشرط الثالث : أن يحذر (٤ بيع الربا ٤) فلا تباع الثمار بجنسها ، فإنْ باع الحنطة في سنبلها بالحنطة فهي المحاقلة ، وقد نَهَى - عليه السلام - عنها (٥) وهي مشتقة من

(١) في (أ) : « بادي الحبات » ، وفي (ب) : « باد الحبات » .

(٢) في (أ) : « ولا يستقيم ذلك إلا بالتفريع إلا إبطال بيع الغائب ، إذ لو باع في الكُم لجاز ، فما الفرق بينه وبين التراب ، ولو باع اللحم في الجلد قبل السلخ مع الجلد فهو خارج على بيع الغائب ، وقد نقلنا عن الشيخ أبي علي في بابه القطع بالبطلان أيضًا ، والظاهر ما قُلناه » ، وفي (ب) : « ولا يستقيم ذلك إلا على تفريع إبطال بيع الغائب ، إذ لو باع في الكم لجاز ، فما الفرقُ بينه وبين التراب ؟ ولو بيع اللحم في الجلد قبل السلخ مع الجلد فهو خارج على بيع الغائب ، وقد نقلنا في بابه عن الشيخ أبي علي القطع بالبطلان أيضًا ، والأظهر ما نقلناه الآن » .

(٣) قال في الروضة بعد أن ذكَر حكم بيع الحنطة في سنبلها ، والباقلاء ، والأرز ، والشعير ، وغيرها - : « وهل المنع في صُوَر الفرعِ مقطوعٌ به ، أم مفرَّعٌ على مَنْع بيعِ الغائب ؟ قال الإمام : هو مفرّع عليه . فإنْ جوَّزنا بَيْعَ الغائب صَحَّ البيعُ في جميعها . وفي « التهذيب » أنّ المنع في بيع الجزر ونحوه في الأرض ليس مفرَّعًا عليه ؛ لأن في بيع الغائب يمكن رَدُّ المبيع بعد الرؤية بصفته ، وهنا لا يمكن . قلت : هذا أصح ، ونقله الماوردي عن جمهور الأصحاب . ونقل عن بعضهم كقول إمام الحرمين في الجزر ونحوه . واللّه أعلم » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٦١) .

(٤) في الأصل : « عن الربو » ، وفي (ب) : « عن الربوا » ، والمثبت من (أ) .

(٥) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٤٤٩) (٣٤) كتاب البيوع (٨٢) باب بيع المزابنة (٢١٨٦ ، =

الحقْلِ ، وهي ساحةٌ يُزْرع فيها ، سُمِّي الزرعُ بها للاتصال .

ولو باع الرطبَ بالتمرة فهو باطلٌ ، وهي المزابنة المنهيُّ عنها [1] وهو مشتقٌ من الزَّبْنِ ، وهو الدَّفْع ، لأن هذه المعاملة [2] في الغالب تُفضي [2] إلى المدافعة والمنازعة .

وقد اسْتُثْنيَ عنها العرايا ، وهي بيعُ الرطبِ خَرْصًا بمثل ما يرجع [3] إليه الرطب عند التتمر [4] من التمر فيما دون خمسة أوسق . لما رَوَىَ زيد بن ثابت أن محاويج الأنصار جاءوا إلى رسول الله ﷺ وقالوا [5] : إن الرطب ليأتينا وفي أيدينا فضول [من] [6]

= ٢١٨٧) ، ومسلم : (٣ / ١١٦٨) (٢١) كتاب البيوع (١٤) بابُ تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (١٥٣٩) ، وأبو داود : (٣ / ٢٥٨) كتاب البيوع باب في التشديد في المزارعة (٣٤٠٠) (٣٤٠٤) (٣٤٠٥) ، والترمذي : (٣ / ٥٢٧) (١٢) كتاب البيوع (١٤) باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة (١٢٢٤) (١٣٠٠) ، والنسائي : (٧ / ٢٦٣) (٤٤) كتاب البيوع (٢٨) باب بيع الثمر قبل أنْ يبدو صلاحه (٤٥٢٣ ، ٤٥٢٤ ، ٤٥٣٥) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٦١ ، ٧٦٢) (١٢) كتاب التجارات (٥٤) باب المزابنة والمحاقلة (٢٢٦٦ ، ٢٢٦٧) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٢٨) . حديث رقم : (١٢١٣) .

(١) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٤٤٩) (٣٤) كتاب البيوع (٨٢) باب بيع المزابنة (٢١٨٥) ، ومسلم : (٣ / ١١٦٨ - ١١٧٢) (٢١) كتاب البيوع (١٤) باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (١٥٣٩ ، ١٥٤٠ ، ١٥٤٢) ، وأبو داود : (٣ / ٢٤٩) كتاب البيوع باب في المزابنة (٣٣٦١)(٣٤٠٠) (٣٤٠٤)(٣٤٠٥)، والترمذي : (٣ / ٥٢٧) (١٢) كتاب البيوع (١٤) باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة (١٢٢٤) (١٣٠٠) (١٣٠٣) ، والنسائي : (٧ / ٢٦٣) (٤٤) كتاب البيوع (٢٨) باب « بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه » (٤٥٢٣ ، ٤٥٢٤ ، ٤٥٣٣ ، ٤٥٣٤ ، ٤٥٣٥) . وابن ماجة : (٢ / ٧٦١ ، ٧٦٢) (١٢) كتاب التجارات (٥٤) باب المزابنة والمحاقلة (٢٢٦٥ ، ٢٢٦٦ ، ٢٢٦٧) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٢٩) حديث رقم : (١٢١٤) .

(٢) في (أ) : « تُفْضي في الغالب » ، وفي الأصل : « في الغالب يُفْضي » ، والمثبت من (ب) .

(٣) في (ب) : « يعود » .

(٤) في الأصل : « التمييز » ، والمثبت من (أ) ، (ب) وهو أصح .

(٥) في (أ) : « فقالوا » .

(٦) زيادة من (ب) .

قوت ، فأرخص لهم في العرايا فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق ، والشكُّ من الراوي [١] . ووجه الخروج عن قياس الربا : إقامةُ الخَرصِ مقام الكيل .

وقد وَردت الرخصةُ مقيّدةً بأربعة قيودٍ ، يتطرَّق النظرُ إلى كلها [٢] :

الأول : التقدير : فلا زيادة على خمسة أوسق ، وفي خمسة أوسق قولان ، لترددِ الرواية ، منهم من يُرجِّح جانبَ المنع إلا بيقينٍ ، ومنهم يُرجِّح جانب الجواز وتقدير [٣] الخرص أصلًا ، إلا في مَحَلٍّ تيقَّنَّا فيه المنع [٤] .

وقد يتخيل أنّ الغالب تقديرُ خمسة أوسق للجواز فيه ، لا لربطِ الجواز بقدر دونه ، وعلى هذا لو اشترى – في صفقات – ألفَ وسقٍ فلا حَجْرَ ، وإنما الحجر في صفقة واحدة .

ولو اشترى رجلانِ من واحد تسعةَ أوسقٍ من الرطب : جاز قطعًا ؛ إذ لم يَدْخل في ملك أحدِهما إلا ما دون القدر [٥] . وإن اشترى رجلٌ من رجلين فوجهان [٦] :

---

(١) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٤٥٢) (٣٤) كتاب البيوع (٨٣) باب بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب أو الفضة (٢١٩٠) ، ومسلم : (٣ / ١١٦٨ ، ١١٧١) (٢١) كتاب البيوع (١٣) باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع (١٥٣٩) ، وأخرجه عن أبي هريرة حديث رقم : (١٥٤١) ، وأبو داود عن زيد : (٣ / ٢٤٩) كتاب البيوع في باب بيع العرايا (٣٣٦٢) ، وأخرجه كذلك عن أبي هريرة حديث رقم : (٣٣٦٤) ، والترمذي : (٣ / ٥٩٤ ، ٥٩٥) (١٢) كتاب البيوع (٦٣) باب ما جاء في العرايا والرخصة في ذلك (١٣٠٠ ، ١٣٠١ ، ١٣٠٢) ، والنسائي : (٧ / ٢٦٧) (٤٤) كتاب البيوع (٣٥) بيع العرايا بالرطب (٤٥٤٠ ، ٤٥٤١) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٦٢) (١٢) كتاب التجارات (٥٥) باب بيع العرايا بخرصها تمرًا (٢٢٦٨ ، ٢٢٦٩) .

(٢) في الأصل : « جملتها » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « وتغرر » ، وفي (ب) : « ويقدر » .

(٤) الأظهر من هذين القولين : عدم الجواز في خمسة أوسق . انظر الروضة : (٣ / ٥٦٣) .

(٥) في (أ) : « خمسة أوسق » .

(٦) أصح هذين الوجهين : أنه كشراء رجلين من رجل . انظر الروضة : (٣ / ٥٦٣) .

ووجهُ الفرق (١ مشيرٌ إلى أن الالتفات على جانب ١) مَنْ يدخل الرطب في ملكه ، لأن الرطبَ خرج التقديرُ فيه بالخَرْصِ عن القياس .

ولم يَبْنِ الأصحابُ ذلك على تعددِ حكمِ الصفقة بتعددِ البائع والمشتري ؛ لِمَا نبهنا عليه [من قبل] (٢) ، مع أن الربا يتعلّق بجانب (٣ التمر والرطب ٣) جميعًا .

الثاني : أنّ العنب في معنى الرطب ، وسائر الثمار تُبْنى على جريان الخَرْص فيها . وفيه قولان مذكوران في الزكاة (٤) .

الثالث : أنه وَرَدَ في بيع الرطب بالتمر ، فلو باع الرطبَ بالرطبَ ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : المنع ؛ اتباعًا للقيد (٥) ، والتفاتًا إلى غرض (٦) التفكُّه والحاجةِ إليه .

والثاني : الجواز إذ قد يختلف الغرض (٧) / باختلاف الرطب ، [و] (٨) الثالث : ٧٥/أ إن كان أحدهما موضوعًا على الأرض : جاز ليستبقي الباقي للتفكّه والرطوبةِ ، وإن كان

---

(١) في (أ) : « مُشير إلى الالتفات إلى جانب » ، وفي (ب) : « مُشير إلى أن الالتفات إلى جانب » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « الرطب والتمر » .

(٤) الأظهر : أنه لا يجوز بَيْعُ العرايا في سائر الثمار ، كالخوخ ، والمشمش ، واللوز مما يدخر يابسُه ؛ لأنها متفرقةٌ مستورة بالأوراق فلا يتأتى الخَرْصُ فيها . انظر : مغني المحتاج : (٢ / ٩٤) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٥٨).

(٥) في الأصل : « للمقيد » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في (ب) : « فرض » .

(٧) في الأصل : « العرض » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) زيادة من (ب) .

على الشجر فلا [(١)] [(٢)] .

الرابع : أنه ورد في المحاويج ، فمن يرى الخرصَ أصلًا ، يُلْحِقُ الأغنياءَ به [(٣)] ، ومَنْ

---

(١) قال الحموي : « قوله : (لو باع الرطب بالرطب ففيه ثلاثة أوجه) . وقال في الثالث : (إن كان أحدهما موضوعًا على الأرض ليستبقي الباقي للتفكه والرطوبة ، وإن كان على الشجر فلا) .

قال المصنف : « المنقول في كتب المذهب ثلاثة أوجه : أحدها : الجواز سواء كانا على الشجر أو على الأرض . والثاني : لا يجوز فيهما . والثالث : يجوز إن كانا على رءوس النخل ، وإن كان أحدها على رءوس النخل لم يجز ، فعلى هذا يكون الوجه الثالث الذي ذكره الشيح مخالفًا لسائر الكتب » .

قال الحموي : « وإن كان هذا الوجه غير منقول فإنه أكثر اتجاهًا من الذي قال : إن كان أحدُهما على وجه الأرض جاز وإن كانا على رءوس النخل لم يجز ؛ لأن الذي ذكره أقربُ شبهًا بالعرايا ؛ لأن أحدَهما على وجه الأرض والآخر على رءوس النخل ، أما إذا كانا على رءوس النخل فإنّه أبعد شبهًا . فعلى هذا لا يخلو هذا الوجهُ التي ذكره الشيخُ إما إن يكون ذكره بطريق الاستنباط أو بطريق النقل عن بعض أئمتنا أو رآه في بعض الكتب الذي لم نُشاهدها ، وأيّ ما كان فهو حسنٌ وما ذكره بعضُ الأصحاب فلعله وجهٌ آخر اطلع عليه ولم يذكره لِضَعْفه ، والله أعلم » .

(٢) قال في الروضة : « وجميعُ ما ذكرنا في بيع الرطب بالتمر ، فلو باع رطبًا على النخل برطب على النخل خَرْصًا فيهما ، أو برطبٍ على الأرض كَيْلًا فيه فأوجه : أصحها : لا يجوز ، قاله الإصطخري . والثاني : يجوز ، قاله ابن خيران . والثالث : إن اختلف نوعهما جاز ، وإلا فلا قاله أبو إسحاق . والرابع : جريانُ هذا التفصيل إن كانا على النخل ، فإن كان أحدُهما على الأرض لم يَجُز ، وحكي أيضًا عن أبي إسحاق .

ولو باع الرطبَ بالرطب على الأرض لم يصح على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقال القفال : فيه هذا الخلافُ ؛ لأنه إذا جاز البيعُ وهُما على النخل ، واحتملت جهالةُ الخَرْصِ ، فالجوازُ مِع تحقّق المساواة بالكيل أولى » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٦٣) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بهم » .

لا يراه [(١)] [أصلًا] [(٢)] تردّد ؛ ولأنّ الرخص لا تقصر بعد مهدها [(٣)] على أربابها .
والآن ، فبعد معرفة شرائط صحةِ البيع فلابد [(٤)] من معرفة أحكام الطوارئ على الثمار قبل القطاف ، من الاجتياح [(٥)] والاختلاط .

أما الاختلاط : فبالتلاحق ، وذلك إن كان مما يغلب فالبيع باطل ، وإن كان بعد بدوِّ الصلاح ؛ لأنّ ذلك يَعْسُر به التسليمُ أيضًا ، كوقوعِ الجوائح .

وذكر العراقيون وجهًا : أنه موقوف ؛ لأنّ هذا العُسْرَ يمكن دَفْعُه بهبة البائعِ ثمارَه، فإن [(٦)] لم يَهَبْ : حكمنا بالبطلان ، أما إذا كان التلاحق نادرًا : حكم في الحال بالصحة ، فإن اتفق التلاحقُ قبل تسليم الأشجار ، ففي الانفساخ قولان :

أحدهما : ينفسخ ؛ لوقوع اليأس عن التسليم ، فهو كما لو وَقَعت دُرَّةٌ في لُجَّةِ بِحرٍ قبل التسليم .

والثاني : لا ؛ لأن دَفْعَ هذا العُسْرِ بهبة الثمار الجديدة مقدورٌ للبائع [(٧)] ، وعلى هذا فله الخيار إن لم يهب ، وإن وهب بطل خياره كما ذكرنا [هـ] [(٨)] في هبة الأحجار في [(٩)] الأرض ، والنعل في الدابة ، وحكمُ التمليك والإعراضِ على ما سبق .

وذكر صاحب التقريب قولًا آخر [(١٠)] : أنه لا خيار [له] [(١١)] ولا انفساخ ،

---

(١) في (أ) : « يرى » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) : « تمهدها » .
(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « لابد » ، والمثبت من (أ) .
(٥) في (أ) : « الاحتياج » .
(٦) في (أ) : « وإن » .
(٧) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٥٦٧) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٥٥) .
(٨) زيادة من (أ) .
(٩) في (أ) : « من » .
(١٠) كلمة : « آخر » : ليست في (أ) .
(١١) زيادة من (أ) .

ولكنهما مِلْكانِ اختلطا ، فصار كصبرةِ حنطةٍ .

الثالث : على حنطة الغير وهو بعيد لأنه أورث عُسْرَ التسليم في مبيع ها هنا ، فلو فُرِضَ ذلك في حنطةٍ مبيعة اطّرد الخلافُ . وهذا إذا كان قبل القبض . فإن تلاحَقَ بعد القبض فهو مَبْنِيّ على أنّ الجوائح مِنْ ضمان مَنْ ؟ فإن قلنا : مِنْ ضمان البائع ، كان كما قبل القبض ، وإلا فيتفاضلان بالخصومة أو الاصطلاح ، وكذلك إذا باع الأشجار وبقيت [له] (١) الثمارُ فتلاحقتْ فلا فَسْخَ ، فإن (٢) الثمار الجديدة ليست مبيعًا ولا مختلطًا بالمبيع . والمزنيُّ نَقَلَ تردُّدَ القولين في هذه الصورة ، واتفق المحققون على تخطئته (٣) . ومنهم مَنْ صَوَّبه وجَعَل الثمارَ المملوكةَ ملك (٤) الشجر المبيع كالمبيع ، وهو ضعيفٌ . فإن قيل : وكيف نفصل الخصومة ؟ قلنا : يَدَّعي أحدُهما مقدارًا ويُنكره (٥) الآخرُ ، ففي قدرِ الإنكارِ القولُ قولُ صاحب اليد ، وهذا في الحنطة .

وأما (٦) في الثمار على الشجر ، فإن قلنا : إنه من ضمان البائع فهو في يده ، وإن قلنا من (٧) ضمان المشتري فهو في يده . وقيل: إنه في يدهما ؛ لأنّ بائع الثمار له مداخلةٌ بوجوب (٨) السَّقْي عليه والمشتري صاحب اليد حسًّا .

العارض الثاني : الاجتياح .

فإن وقع قبل تسليم الثمار بتسليم الأشجار : فهو في (٩) ضمان البائع ، وإن كان

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « لأن » .
(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « تخطيته » ، والمثبت من (أ) .
(٤) في (أ) : « يملك » .
(٥) الهاء في (وينكره) زيادة من (أ) .
(٦) في (أ) : « أما » .
(٧) في الأصل : « في » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .
(٨) في (أ) ، (ب) : « توجب » .
(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « في » ، والمثبت من (أ) .

بعد التسليم فالمنصوصُ جديدًا : أنه من ضمان المشتري ؛ لأنه تسلّط (١) على التصرف بإثبات اليد (٢) .

والقول القديم : أنه من ضمان البائع ؛ إذْ لا خلافَ أنّ السَّقْيَ واجبٌ على البائع لتنميةِ الثمار وتربيتها ، فكأنه في عهدة التسليم إلى القطاف .

وقد نُقِلَ في بعض الروايات ، والأمْرُ بوضعِ الجوائح ، ولكن قال الراوى : كان قبله كلامٌ فَنَسِيتُه .

فقال (٣) الشافعي - رضي اللّه عنه - في الجديد : لعلّه كان قبله ما يدل على استحباب الوضع .

واختلفوا [في] (٤) أن [القول] (٥) القديم هل يجري في الفوات بآفةِ السرقة وما ليس من الجوائح السماوية (٦) ؟

وعلى الصحيح الجديد : لو فسدت الثمار بترك السَّقْي وتعيَّبَتْ فللمشتري الخيارُ قطعًا ؛ لأنَّ السَّقْيَ واجبٌ بحكمِ العقد واقتضاء العرف . ولو فات الكلُّ بترك السَّقْي ففي الانفساخ طريقان (٧ كما في ٧) موت العبد المريض بمرض قبل القبض (٨) ؛ لأن

---

(١) في (أ) : « تسليط » .

(٢) وهذا القول الجديد هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٥٦٤) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٥٤) .

(٣) في (أ) : « قال » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) قال في الروضة : « الثالث : لو ضاعت الثمرة بغصبٍ أو سرقة ، فالمذهب : أنها من ضمان المشتري ، وبه قطع الأكثرون . وقيل : على القولين في الجائحة ، وبه قطع العراقيون » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٦٥) .

(٧) في (أ) : « يقربان من » .

(٨) المذهب : القطعُ بانفساخِ العقد . وقيل فيه القولان كالجائحة السماوية . انظر : روضة الطالبين : (٣/ ٥٦٥) .

الثمار - لضعفِ البنية [1] قبل القبض - متعرضةٌ للفساد بعده [2] إن لم تُعالَج بالسَّقْي .

فإن [3] قلنا : لا ينفسخ فله الخيار ، فإن فسخ فذاك ، وإن أجاز فيطالب بالمثل أو بالقيمة [4] ، لأن الإتلاف من جهته .

وإن كان قد تَعَيَّبَ [5] ، ففي المطالبة بالأرش وجهان نَبَّهْنَا على نظيرهما في الاستئجار [6] .

---

(١) في (أ) : « السمتة » .

(٢) في (أ) : « بعد » .

(٣) في (أ) : « وإن » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « القيمة » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « تعيبت » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « الأحجار » ، والمثبت من (أ) .

القسم الخامس من كتاب البيع

وفيه

بابان

[**الباب الأول** : في مداينة العبيد .

الباب الثاني : في الاختلاف الموجب للتحالف] [1] .

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة إيضاح .

الباب الأول

في مداينة العبيد

والنظر فيه [١] في المأذون وغير المأذون . أما المأذونُ : فالنظرُ فيه في ثلاثة أمور :

الأول : فيما يجوز له من التصرفات .

وليس للعبد المأذون في التجارة أنْ يؤاجر نفسه ، ولا أنْ يأذن عبدًا [٢] من عبيده في التجارة ، وإن كان يُوكّل في آحاد التصرفات ولا أن يتخذ دعوة للمجهِّزين [٣] ، ولا أن يعامل سيده بالبيع والشراء ، ولا أن يتصرف فيما يكتسبه بالاحتطاب والاحتشاش ، ولا أن يتعدى جنسًا من (٤ التصرف الذي عُيِّنَ ٤) له ، ولا يشتري مَنْ يُعْتق على سيده ؛ لأنّ العبد متصرفٌ للسيد [٥] بتفويضه ، فيقتصر على موجب الإذن ، والإذنُ بمطلقه لا يدل على جميع ذلك .

ولما رأى أبو حنيفة – رحمه الله – أن العبد متصرفٌ لنفسه واستدل على ذلك بتعلُّقِ العهدة به ، خالَفَنا (٦ في جميع المسائل ٦) [٧] .

واختلف أصحابنا في إجارة عبيدِه ودوابّه من حيث إن ذلك مما قد يعتاده / ٧٥/ب

---

(١) قوله : « فيه » : ليس في (أ) . (٢) في (أ) : « لعبد » .

(٣) في الأصل : « للمتجهرين » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « التصرفات التي عين » .

(٥) في (أ) : « لسيده » . (٦) في (أ) : « في جميع ذلك » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنّ العبد المأذون له في التجارة يستفيد بالإذن كلَّ ما يندرج تحت اسم التجارة وما كان من لوازمها وتوابعها كالنشر ، والطيّ ، وحَمْل المتاع إلى الحانوت ، والردّ بالعيب والمخاصمة في العهدة ، ونحوها ، ولا يستفيد بالإذن غَيْرَ ذلك على ما ذُكِر في المتن .

ومذهب الحنفية : أن العبد المأذون له في نوع من التجارة يصير مأذونًا في جميع أنواع التصرفات ؛ لأن العبد محجورٌ عليه في التصرفات لِحَقِّ السيد ، فإنْ أذن له السيد ، فقد ارتفع الحجْرُ ، فوجب أن يكون أهلًا لجميع التصرفات ، كما لو أُعتِق . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٦٨ ، ٥٦٩) ، رءوس المسائل : (٢٩٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٠٠ ، ١٠١ ، ١٠٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٧٣ ، ١٧٤) .

التجار [١] أحيانًا بخلاف إجارةِ نفسه [٢] .

وكذلك لو أَبَقَ [٣] المأذونُ لم يَنْعزل ، ولو رأى السيدُ عبدَه يتصرّف فسكتَ لم يكن سكوتُه إذنًا في التصرفات . وإذا ركبته الديونُ لم يَزُلْ ملكُ السيدِ عمّا في يده ، ولو أقَرّ في المعاملة بِدَيْنٍ لأبيه وابنِه قُبِلَ ، ولو أذن لعبده في أن يأذن لعبد[هـ] [٤] في التجارة فَفَعَلَ : جاز وفاقًا .

ولو حجر على الأول استمر على الثاني ، ولو حجر على الثاني جاز .

وخالف أبو حنيفة - رحمه اللّه - في الكل ، وشَرَطَ في الحجر على العبد الثاني - أعني مأذونَ المأذونِ - أنْ يأخذ ما في يده لينفذ عزله [٥] .

فإن قيل : وبِمَ يَعْلَم المعامِلُ كونَ العبدِ مأذونًا ؟

قلنا : بسماعِ إذنِ السيد أو ببيّنة عادلة .

وفي جواز اعتماد الشيوع وجهان [٦] ، ولا يُكتفى بمجرد قول العبد خلافًا لأبي حنيفة - رحمه اللّه - [٧] ....

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « التاجر » ، والمثبت من (أ) .

(٢) الأصح : جواز إجارة مال التجارة كعبيده ودوابه . انظر الروضة : (٣ / ٥٦٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠٠)، نهاية المحتاج : (٤ / ١٧٥) .

(٣) في (أ) : « أبق العبد » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه ليس للمأذون له أن يأذن لعبده في التجارة ، فإن أذن له فيه السيد جاز وينعزل المأذون الثاني بعزل السيد ، سواء انتزعه من يد المأذون الأول أم لا . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٦٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠٠) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٧٥ ، ١٧٦) .

(٦) أصح هذين الوجهين الجواز . انظر الروضة : (٣ / ٥٧١) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠٠) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٧٨) .

(٧) **مذهب الشافعية** : : أنه لا يكفي قولُ العبد : أنا مأذون ، كما لو زعم الراهن إذن المرتهن في بيع المرهون ، وإنما يُعرف كونُه مأذونًا بسماع الإذن من السيد ، أو ببينة ، وكذا يجوز الاعتمادُ على الشيوع =

فإنه رآه عاقدًا لنفسه فاكتفى بقوله ، ومَنْ عرف [(١)] كونَه [(٢)] مأذونًا وأقرَّ به فله أن يمتنع عن تسليم عوض [(٣)] ما اشتراه منه إليه ، احترازًا من إنكار السيد ، إلى أن تقوم بينةٌ على كونه مأذونًا .

وكذلك المقرّ بالوكالة في استيفاء الحقّ له الامتناعُ عن التسليم إلى إقامة البينة ، ولو قال العبدُ : حَجَرَ عليَّ السيد ، وقال السيد : لم أَحْجُرْ ، فالصحيح : أنه لا تجوز معاملتُه [(٤)] ، فإنه يباشرُ صورةَ العقد . وفيه وجه : أنه يجوز نظرًا إلى جانب السيد ، وهو مذهبُ أبي حنيفة [(٥)] .

* * *

= بين الناس كونه مأذونًا على الأصح .

ومذهب الحنفية : أنه يجوز الاكتفاء بقول العبد : أنا مأذون .

انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٧١) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠٠ ، ١٠١) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٧٨ ، ١٧٩) .

(١) في (أ) : « عرفه » .

(٢) كلمة : « كونه » : « ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « عرض ».

(٤) ذكر في الروضة : أنه الأصح وليس الصحيح . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٧١) ، مغني المحتاج : (٢/ ١٠١) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٧٩) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن المأذون إذا عُلم كونه كذلك ، فقال : حَجَرَ عليَّ السيدُ لم تجز معاملتُه . فإن قال السيد : لم أَحْجر عليه ، فالأصح : أنه لا يُعامل أيضًا ، لأنه العاقد ، وهو يقول : العقدُ باطلٌ ، وفيه وجه : أنه يجوز معاملته نظرًا إلى قول السيد بعدم الحجر عليه ، وهذا الوجه هو مذهب الحنفية . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٧١) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠١) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٧٩) .

النظر الثاني : في لزوم العهدة

وما لزم العبدَ من أثمانٍ وما اشتراه أقر به ، فهو مُطالبٌ به قطعًا .

وفيه وجهٌ لا يُعْتَدّ به : أنه لا يُطالب .

أما السيد : ففي مطالبته وتعلقِه بذمتِه ثلاثةُ أوجه :

الأظهر (1) : أنه يطالب ؛ لأنه وقع العقد له ، والعبدُ طُولِبَ لأنه مباشرٌ (2) للعقد .

والثاني : لا ؛ لأنه قصر أطماع المعاملين على ما سلّمه (3 إلى العبد 3) المأذون ، ومثلُ هذا الخلاف جارٍ في رَبّ المال مع (4 العامل في القراض 4) (5) ، ومنهم مَنْ طرده (6) في (7) الوكيل ، إذا سُلِّم إليه (8 ألفٌ معينٌ 8) .

والثالث : أنه لا يُطالب ، إن كان [ما] (9) في يد العبد وفيٌّ به ، وإلا فَيُطَالَب .

فإن قيل : قَطَعتم بمطالبة العبد ، وهذا يدلّ على أنّ العقد واقع له .

قلنا : قد اختلف أصحابُنا في الوكيل إذا اشترى لا بصيغة السِّفارة ، في أنه هل يُطالب (10) مع القطع بأنه وكيل (11) ؟

---

(1) ذكر في الروضة : أنه الأصح . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٧٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠١) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٧٩ ، ١٨٠) .

(2) في (أ) : « باشر » .

(3) في (أ) : « للعبد » .

(4) في (أ) : « عامل القراض » .

(5) قال في الروضة : « والوجه الأول والثاني جاريان في رَبِّ المال مع عامل القراض » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٧٢) .

(6) في (أ) : « طردد » ، وربما يقصد : تردد .

(7) في (أ) : « ذلك في » ، ولم أثبتها حتى يستقيم السياق .

(8) في (أ) : « ألفًا معينًا » .

(9) زيادة من (أ) .

(10) في (أ) : « مُطالب » .

(11) قال الحموي : « قوله في باب مداينة العبيد : (أما السيد ففي مطالبته وتعلقه بذمته ثلاثة أوجه الأظهر : أنه يطالب لأن العقد وقع له والعبد مطالب لأنه مباشر للعقد ، والثاني : لا ؛ لأنه قطع أطماع =

ووجه الفرق : أن العبدَ وإن كان وكيلًا فهو مأمورٌ ، وأمرُ السيدِ نافذٌ عليه وله أن يعرضه لمطالباتٍ لا يتضرر بها ، وليس له أن يعرض الوكيل للمطالبة ، ولما وجب عليه أداء الدين مما في يده بحكم الأمر كانت المطالبة من ضرورته ثم استقلّ حتى طولب به بعد العتق .

وفي رجوعه بما يغرم وجهان (١) ، ووجه المنع : أنه في حالة الرق قد علقه السيد بإكسابه ، حتى كان يلزمه الاكتسابُ لقضاءِ الدين ؛ فبقي ذلك كالمستثنى (٢) عن العتق ، وهو مثل الخلاف في أنه لو أجره ثم أعتقه فعمل بعد العتق ، هل يَرْجع بالأجرة ؟

فرع :

إذا سلم إلى العبد ألفًا ليَتْجَرَ فيه ، فاشترى بعينه شيئًا ، فتلف قبل التسليم : انفسخ العقد .

وإن اشترى في الذمة ، ففي الانفساخ ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه ينفسخ ؛ لأن الإذنَ محصور فيه وقد فات ، وهو اختيار القفال .

والثاني : لا ينفسخ ، ويجب على السيد ألفٌ آخرُ ؛ خروجًامن عهدة (٣ ما جرى بإذنه ٣) .

= المعاملين على ما سلمه إلى العبد المأذون ، ومثل هذا الخلاف جارٍ في رب المال مع العامل في القراض ، ومنهم من طرد ذلك في الوكيل إذا سلم إليه ألفا معينًا ، الثالث : أنه لا يطالب إن كان في يد العبد وإلا فيطالب ، فإن قيل : قطعتم بمطالبة العبد ، وهذا يدل على أن العقد وقع له ، قلنا : قد اختلف أصحابنا في الوكيل إذا اشترى لا بصيغة السِّفارة في أنه هل يُطالب مع القطع بأنه وكيل ؟) .

قال المصنف : « المفهوم من كلام الشيخ أن ينتقل إلى العبد ، وذكر بعد ذلك في القسم الثاني في الكتاب أنه وقع أولًا للسيد وهو مخالف لما ذكره أولًا كما لا يخفى » .

قال الحموى : « ما ذكره الشيخُ صحيحٌ من حيث إنه لا منافاة بين أن ينتقل إليه أو إلى السيد أولا ، وقد ذكر أصحابنا أن الوكيل إذا انعزل ينتقل إلى الوكيل أو إلى الموكل ؟ وفيه خلافٌ مشهورٌ ، وإذا كان كذلك كان في العبد مثله فإنه وكيلُ السيد وأولى هنا بأنه لا ينتقل إلى العبد ؛ لأنه لا يصح البيع لنفسه فلم يقع الإشكال بخلاف العامل في القراض والوكيل ، والتحقيق : أن هذا الإشكال ضعيفٌ كما لا يخفي » .

(١) أصح هذين الوجهين : أنه لا يرجع على سيده . انظر الروضة : (٣ / ٥٧٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠١) .

(٢) في (أ) : « كالمسبي » .　　　(٣) في (أ) : « جرى به » .

والثالث : أنّ السيد يتخيّر بين الفسخ وبين تسليمِ ألف آخر [إليه] [١] . وهو اختيار الشيخ أبي محمد . وهو قريب [٢] .

ومثلُ هذا الخلاف جارٍ فيما إذا سلّم إلى عاملِ القراضَ ، فتلف .

التفريع :

إذا قلنا : لا ينفسخ ، فأدَّى [إليه] [٣] السيدُ الألفَ ، فلو ارتفع العقدُ بسببٍ وعاد الألفُ إلى العبد ، فهل يتصرف فيه ؟ أم يَفْتقر إلى إذن جديد ؟ فيه وجهان : فمنهم مَنْ قال : هو جبر للأول [٤] ، فَنُزِّلَ منزلةَ الألف الأول فيتصرف فيه ، ومنهم مَنْ قال : لم يَجْرِ فيه صَرِيحُ إذنٍ .

ومثلُ هذا الخلاف جارٍ في القراض ، في أنّ رأسَ المالِ مجموعُ الألفين أو هو ألفٌ واحدٌ ؟

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قال في الروضة : « وإن اشترى في الذمة على غرم صَرْفِ الألف في الثمن فأربعة أوجه :

أصحها : لا ينفسخ العقد ، بل إنْ أخرج السيد ألفًا آخر أُمضي العقد ، وإلا فللبائع فسخُه . والثاني : يجب على السيد ألفٌ آخر . والثالث : يجب الثمن في كسب العبد . والرابع : ينفسخ العقد » . انظر روضة الطالبين (٣ / ٥٧٢ - ٥٧٣) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « الأول » .

النظر الثالث : في المال الذي تُقْضى منه ديونُ التجارة

ولا يتعلَّق عندنا برقبته خلافًا لأبي حنيفة - رحمة الله - [1] ، ولكن إذا ركبتْه الديونُ تتعلّق [2] ببضاعته ديون [3] الربح ورأس المال ، ولا يتعلق بسائر أموال السيد ، وفي تعلّقه بإكسابِ العبد من الاحتطاب والاحتشاشِ ، أو ما [4] يُسَلّم إليه من مالٍ آخر بعد المعاملة للاتجار وجهان :

أحدهما : أنه لا يتعلّق به . بخلاف لوازم النكاح ؛ لأن المأذون في النكاح مأذونٌ في الأدء ، ولا محل للأداء سوى إكسابه ، وأما هاهنا فالمال هو المرْصَد له ، فالإذنُ لا يدلّ على التعلّق إلا به ولذلك لم يعلقه برقبته .

والثاني : أنه يتعلّق به ويستكسب فيه إن لم يَبْقَ شيء من المال ؛ لأن السيد نَزَّله منزلةَ الأحرار المستقلين ؛ فيطمع فيه كما يطمع في الأحرار فليتعلق [5] بكسبه [6] .

وعلى هذا الخلاف يَنْبغي أن يُبْنى [7] رجوعُ العبد بما يغرمه بعد العتق على السيد ؛ لأنه إن لم يتعلق [8] بكسبه في الحال ، فلا وَجْهَ لقطعِ رجوعهِ .

فرع :

لو باع قبل قضاء الديون ، وقلنا [9] : لا يتعلق بكسبه فلا خيار للمشتري ، إذ [لا] [10] ضرَر عليه مِنْ تعلقه بذمته .

وإن قلنا : يتعلق [11] بكسبه فله الخيارُ ، لأنه تَبْقَى إكسابُه / مستحقة كما في العبد الناكح إذا بيع . ٧٦ / أ

---

(١) مذهب الشافعية : أن ديون معاملات العبد المأذون له تؤدَّى مما في يده من مال التجارة سواء الأرباحُ الحاصلة بتجارته ورأسُ المال ، ثم ما فضل يكون في ذمته إلى أن يُعتق ولا يتعلق برقبته . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٧٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠١ ، ١٠٢) .

(٢) في (أ) : « يتعلق » .

(٣) كلمة : « ديون » : ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « في ما » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « فليعلق » ، والمثبت من (أ) .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٥٧٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠١ ، ١٠٢) .

(٧) غير واضحة في (أ) ، ولعلّها : « يُبتنى » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : «يعلق» ، والمثبت من (أ) .

(٩) في (أ) : « إن قلنا » .

(١٠) زيادة من (أ) .

(١١) في الأصل ونسخة (ب): « معلق » ، والمثبت من (أ) .

القسم الثاني من الباب
في غير المأذون

(١ وكلُّ ما ١) يجرُّ ضررًا على المالك لا يملكه قطعًا كالنكاح ، والمأذونُ في التجارة أيضًا لا يملكه ؛ لأنه ليس من التجارة .

وإن (٢) كان يمكن أن يُقال : ينعقد للسيدِ الاعتراضُ ؛ ولكنْ قطعوا بأنه لا ينعقد إذ يستحيل أنْ يتخلف الحلّ عن النكاح ، وفي التحليل تَسليط وإضرار ناجز ، وفي هبتِه وقبولِه الوصيةَ وجهان ، والقياسُ هو الجواز . ووجه المنع : أنه جَلْبُ ملكٍ إلى السيد في جهة مقصودة قابلة للردِّ بغير إذنه ، احترازًا عن (٣ الاحتطاب والاصطياد ٣) ؛ فإنه فِعْلٌ لا يقبل الرد ، وعن عوضِ خلعِه (٤) زوجتَه فإنه غيرُ مقصودٍ .

وفي ضمانه وجهان : ووجه المنع : أنه (٥) التزامٌ ممن (٦) لا يُتصوّر منه في الحال التشاغل به لمانعٍ ناجزٍ بخلاف المفلس .

وفي شرائه طريقان (٧) : نَزَّله العراقيون منزلةَ شراء المفلس ، فإنه محجور عليه لحقٌ السيد كما أنّ المفلس محجور [عليه] (٨) لحقِّ الغرماء ، وهذا تفريع على صحة هبته .

وقطع صاحب التقريب والشيخ أبو محمد بالبطلان ؛ لأنَّ للسيد أَخْذَ المبيع منه فيفوت الثمن بالكلية فهو عجز محققٌ ، بخلاف المفلس ، فإن [حق] (٩) البائع يتعلّق بِعَين المبيع ، ولا يتعلّق حَقّ مَنْ من سبق الغرماء بما تجدد . ثم على الصحيح اختلفوا في

---

(١) في (أ) : « وكلما » .
(٢) قوله : « إن » : ليست في (أ) .
(٣) في (أ) : « الاحتطاب والاحتشاش » .
(٤) في (أ) : « خُلع » .
(٥) قوله : « أنه » : ليس في (أ) .
(٦) في (أ) :« من » .
(٧) أصح هذين الطريقين : أنهما على وجهين . أصحهما : البطلان . انظر الروضة : (٣ / ٥٧٥) .
(٨) زيادة من (أ) .
(٩) زيادة من (أ) .

أنه لو أخذه [١] السيدُ منه فيجعل ذلك كزوال ملك المفلس حتى يمنع البائع من التعلّق [به] [٢] ، أم [٣] يُقال : كان المِلْك مستمرًّا فيتعلّق به حقّ البائع ؟

فإن قيل : الملكُ واقعٌ للعبدِ أم للسيد ؟

قُلنا : هو واقع للسيد ابتداءً [٤] ، فإنَّ في ملك العبد بتمليك السيد قولين ، ولا خلافَ في أنه لا يملك بتمليكِ [٥] غيرِ السيد .

[و] [٦] القولُ القديم : أنه يَمْلك بتمليك السيد ، لأنه يُتَصَوَّرُ له مِلْكُ النكاح بإذن السيد ، فكذا [٧] ملك اليمين .

والجديد الذي عليه الفتوى [٨] : أنه لا يملك لتناقضِ فوائده ، إذ لا خلاف أنه لا يملك من [٩] غير جهة السيد ، حتى قالوا : لو احتطب أو اتَّهب على هذا القول أيضًا [فإنه] [١٠] لا يملكه ، ولا يملك البيع والعتق وإزالة الملك فيما ملكه وفاقًا ، وللسيد أن يُزيل ملكه ويرجع فيه ، بل يكون ببيعِ ملكهِ وإعتاقه وهبتِه راجعًا .

وهذه أمور متفق عليها ، لو لم يُقَلْ بها كان غضًّا من كمال مالكية السيد ، ولو قِيلَ به لم يَبْقَ لملكِ العبدِ حقيقةٌ بخلاف مِلْك النكاح ، فإنّ مقصودَه الخاص مُتَصوَّر في حقّه من غير تناقضٍ ، ولا معنى للتفريعِ على القول [١١] القديم ، ولا فَتْوَى عليه .

* * *

(١) الهاء في (أخذه) زيادة من (أ) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « أو » ، والمثبت من (أ) .

(٤) انظر مشكل الوسيط : (٢ / ٥٩ / أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « تمليك » ، والمثبت من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) . (٧) في (أ) : « فكذلك » .

(٨) وهذا هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٥٧٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠٢) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٨١) .

(٩) في (أ) : « عن » . (١٠) زيادة من (أ) .

(١١) كلمة : « القول » : ليست في (أ) .

الباب الثاني
في
الاختلاف الموجب للتحالف
(وفيه فصول)
الأول : في وجوه الاختلاف

والأصل في الباب قولُه – عليه السلام – : « إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادًّا »[1] .

وصورتُه أن يقول البائع : بعتُ بألفٍ ، فيقول المشتري : اشتريتُ بخمسمائة ، فقياسُ الخصومات تحليفُ المشتري ؛ لأنّ الملك مُسَلَّم له ، وقد ادعى عليه زيادة وهو ينكرها .

ولكنْ لمّا كثُر الاختلافُ في العقود ، ومَبْنَى المعاوضات[2] على تساوي المتعارضين ، كان تخصيصُ أحدِهما بالتصديق[3] إضرارًا[4] بالآخر ، فلما عقلنا هذا المعنى حكمنا بالتحالف وإن كانت السلعةُ هالكةً . خلافًا لأبي حنيفة – رحمه اللّه – [5] وحكمنا

(١) الحديث أخرجه أبو داود : (٣ / ٢٨٣) كتاب البيوع – باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم (٣٥١١) ولفظه : « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول ربُّ السلعة أو يتتاركان » ، والترمذي : (٣ / ٥٧٠) (١٢) كتاب البيوع (٤٣) باب ما جاء إذا اختلف البيعان (١٢٧٠) ، والنسائي : (٧ / ٣٠٢ ، ٣٠٣) (٤٤) كتاب البيوع (٨٢) باب اختلاف المتبايعين في الثمن (٤٦٤٨) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٣٧) (١٢) كتاب التجارات (١٩) باب البيعان يختلفان (٢١٨٦) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٣١) حديث رقم : (١٢٢٢) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « المعاوضة » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « بالصدق » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « إضرار » .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن المتبايعين إذا اختلفا وكان لأحدهما بينةٌ ، قُضِيَ له بها وإن لم تكن بينةٌ تحالفا ، سواء كانت السلعةُ باقيةً أو تالفةً .

ومذهب الحنفية : أن المتبايعين إذا اختلفا – والمبيعُ قائمٌ – تحالفا وترادًّا ، وإن كان المبيع فائتًا ، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا : القولُ قولُ المشتري مع يمينه إنْ طلب البائعُ يمينَه ، ولا يترادَّان البيعَ . وقال محمد ابن الحسن : يتحالفان في ذلك ويترادَّان قيمةَ المبيع ، والقولُ فيها قولُ المشتري مع يمينه إن طلبَ البائعُ يمينه على ذلك . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٧٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٩٧) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٦٥) ، مختصر الطحاوي : (٨٢) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٢١) .

بإجرائه مع وارث العاقد .

وقال أبو حنيفة (رحمه اللّه) : يجري معه قبل القبض ولا يجري بعد قبض المبيع [١] ، وكذلك حكمنا به في الاختلاف في جنس المبيع وصفته وفي سائر الشرائط من الأجل ، والخيار ، والكفيل ، والرهن ، وكل شرطٍ يقبله العقد .

والضابط [٢] فيه : أن يتفقا على بيع ومبيعٍ معين ، ويقع الاختلاف فيما وراءه مما يقع وصفًا للبيع [٣] المُتَّفق عليه ، كما إذا قال : بعتك هذه الدار بهذا الثوب أو بألفِ درهمٍ ، فقال : لا بل بهذا العبد أو بمائة دينار أو ما يجري [٤] مجراه .

ولو[٥] لم يتفقا على العقد بأنْ قال : [٦] بعتك بألف [٧] ، فقال : بل وَهَبْتَنِيه ؛ لم يكن من صورة التحالف ، بل نفصل الخصومة بطريقها ، وكذلك لو تنازعا في شرطٍ مُفْسدٍ ، لأنهما لم يتفقا على عقد صحيح ، بل يَدَّعي أحدُهما العقدَ ، والآخرُ ينكرُه .

فقال صاحب التقريب : القولُ قول مَنْ يدعي الشرطَ الفاسد ؛ لأنه منكر للعقد . وقال غيره : بل القولُ قول الآخر [٨] ؛ لأنه وَافَقَ على جريان العقد بصورته ويَدَّعي مُفسدًا له .

ولو [٩] اتفقا على قدرٍ في الثمن ، واختلفا في المبيع بأن قال : بعتك هذا الثوبَ بألف [١٠] فقال الآخر : بل بعتني العبدَ بألف [١٠] ، ففي التحالف وجهان :

(١) مذهب الشافعية : أنه يجري التحالف مع المتبايعين أو مع ورثتهما إذا اختلفا وسواء كان ذلك قبل القبض أو بعده . انظر روضة الطالبين (٣ / ٥٧٧) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « والضبط » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « للمبيع » .

(٤) في (أ) : « وما » .

(٥) في (أ) : « فلو » .

(٦) في (أ) : « بعتك هذه الدار بهذا الألف » .

(٧) في (أ) : « فقال : لا ؛ بل وهبتنيها » .

(٨) وهذا هو الأصح عند الأكثرين من الشافعية . انظر الروضة (٣ / ٥٧٩) ، مغني المحتاج (٢/٩٧ - ٩٨) نهاية المحتاج (٤ / ١٦٧)

(٩) في (أ) : « فلو » .

(١٠) قوله : (فقال الآخر : بل بعتني العبدَ بألف) ليس في (أ) .

منهم من جعل الاتفاق على الألف ، كالاتفاق على المبيع .

ومنهم من قال : ليس الألف معينًا (١ ليتحد موردًا للعقد ١) (٢ بل هي في الذمة ٢) ، فكل واحدٍ يدعي عقدًا آخر يتماثل فيه الثمن ولا يتحد . وهذا يلتفت على أن مَنْ أقرَّ لإنسانٍ بألفٍ من جهة قرض ، فأنكر المقرُّ له الجهةَ ، وقال : بل هو من جهة إتلاف ، فهل له أن يُطالبه به ؟

ولما عُقِلَ (٣) المعنى أيضًا طردنا التحالف (٤) في كل معاوضة ، كالصلح عن دم العمد ، والخلع ، والإجارة ، والمساقاة ، والكتابة ، والصداق ، والقراض ، والجعالة ، وكل ما فيه معنى المقابلة .

ثم ما لا يقبل الفسخَ بسبب العوض يقتصر أَثَرُ التحالفِ فيه على العوض / ، كالصلح عن دم العمد ، والخلع ، والنكاح ؛ فيسقط ما فيه النزاع ويرجع إلى قيمة المثل . ٧٦/ب

فإن قيل : وأيُّ فائدةٍ للتحالف في القراض والجعالة ، وكلُّ واحدٍ قادرٌ على الفسخ دون التحالف ، وقد قطع القاضي حسين بأنه لا تحالف في البيع في مدة الخيار وقُلنا الوجهُ مَنْعُ ذلك في الجَعَالة والقراض أيضًا ، قبل الشروع في العمل ، إذ لا معنى للتحالف (٥) ، وكل واحد [منهما] (٦) قادر على الخلاص والامتناع ، إذ لا لزومَ ، أما بعد الخوض في العمل فالفسخُ (٧) لا يُغَيِّر مقدارَ المستحقّ وقد لزم الاستحقاقُ لما مضى .

فَرعٌ :

إذا ردَّ العبد المبيع بالعيب ، فقال البائع : ليس هذا ما اشتريتَه مِنِّي فالقولُ قوله ؛ لأنه

(١) في (أ) : « ليتحدد مورد العقد » .

(٢) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « فلما عقلنا » . (٤) في (أ) : « للتحالف » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « للتحليف » ، والمثبت من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) . (٧) في (أ) : « فلا فسخ » .

يبغي [١] استيفاء [٢] العقد ، ولو قال المسلم إليه : ليس هذا ما قبضتَه منِّي ، ففيه [٣] ثلاثة أوجه : أحدها : القول قوله ، كالبائع .

والثاني : لا لأنّ المُسْلم إليه يدعي أنه قبض المستحق منه والآخرُ يُنْكره [٤] [٥] .

وقال ابن سريج : إن كان زيوفًا فهو كذلك ، وإن كان معيبًا فقد اعترف خصمةُ له بقبضٍ [٦] لو رضي به لجاز ، كما في البيع ، فلا فرق عند ذلك .

* * *

---

(١) في (أ) : « لا يبغي » . (٢) في (أ) : « استيفاء » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « فيه » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « ينكر » .

(٥) الأصح : أن القولَ قولُ المُسْلَم . انظر الروضة : (٣ / ٥٧٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٩٨) نهاية المحتاج : (٤/ ١٦٩ ، ١٧٠) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « بقض » ، والمثبت من (أ) .

الفصل الثاني : في كيفية التحالف

والنظرُ في البداية ، والعدد ، والصيغة ..

أما البداية : فقد نصَّ الشافعيُّ - رضي اللّه عنه - أنه يبدأ في البيع بالبائع (١) ، وفي السَّلَم بالمُسْلَم إليه (٢ وهو بائع ٢) ، وفي الكتابة بالسيد (٣ وهو في رُتْبة البائع ٣) ، ونصَّ في النكاح أنه يبدأ بالزوج وهو في رتبة المشتري . فاختلف الأصحابُ : فمنهم (٤) من قال : في الكُلِّ قولان ، والقولُ المخرجُ ، أنه يبدأ بالمشتري كما يبدأ بالزوج .

ومنهم من أقرَّ النصوص وقال : أثرُ التحالف يَظْهر في النكاح في الصداق ، والزوج فيه في رتبة البائع وهو واقع (٥) .

وذكر صاحب التقريب طريقتين (٦) : إحداهما : أنه يُقْرَع بينهما . والأخرى (٧) : أنّ القاضي يتخيَّر (٨ فيبدأ بمن ٨) شاء بخلاف المتساوقين في

---

(١) انظر مختصر المزني : (٢ / ٢٠٣) .

(٢) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٣) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « منهم » ، والمثبت من (أ) .

(٥) قال في الروضة في كيفية التحالف : « قاعدتُه : أن يحلف كل واحد على إثبات قوله ، ونفي قول صاحبه . وفيمن يُبدأ بمينه ؟ طريقان . أحدهما : البائع . وأصحهما : أنه على ثلاثة أقوال :

أظهرها : البائع : والثاني : المشتري . والثالث : يتساويان . وعلى هذا وجهان : أصحهما : يتخَيَّرُ الحاكم فيبدأ بمن اتفق . والثاني : يُقْرَع بينهما » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٨١ ، ٥٨٢) .

(٦) في (أ) : « طريقين » .

(٧) في (أ) : « والآخر » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « ما » ، والمثبت من (أ) .

خصومتين [١] ، إذ ليس يتفضل هاهنا غرض أحدهما [٢] دون الآخر .

وما ذكره قياسٌ حسنٌ ، وهو متعين في بيع العبد بالجارية ، إذ لا يتميز بائعٌ عن مشتري [٣] ، ولكنه في غير هذه الصورة كالإعراض عن نصِّ الشافعي رضي اللّه عنه .

أما العدد والصيغة [٤] : فقد نصَّ الشافعي - رضي اللّه عنه - : أن البائع يحلف يمينًا واحدة يبدأ (٥ فيها بالنفي ٥) ويقول [٦] : واللّهِ إني ما بعتُه بخمسمائة ، وإنما بعته بألف ، ويقول المشتري : [واللّه] [٧] ما اشتريتُه بألف ، وإنما اشتريته بخمسمائة ، فيجمع بين النفي والإثبات ويستحق تقديم النفي ؛ لأن البداية بالإثبات [٨] في اليمين بعيدٌ [٩] احتمل تابعًا للنفي .

وقال الإصطخري : يتعينُ البدايةُ بالإثبات ؛ لأنه المقصود ، وهذا بعيد .

فرع :

لو حلف البائع على النفي والإثبات ، فحلف المشتري على النَّفي ونَكَل عن الإثبات : قُضي عليه بيمينِ البائع ، وإن لم يسلم عن معارضة [١٠] في طرق [١١] النفي ،

(١) في (أ) : « الخصومتين » . (٢) في (أ) : « عرض » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « مشتر » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « والكيفية » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « منها النفي » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « فيقول » . (٧) زيادة من (أ) .

(٨) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٨٢) ، ومغني المحتاج : (٢ / ٩٦) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٦٣) .

(٩) قال في الروضة : « وينبغي أنْ يقدم النفي على الإثبات ؛ لأن النفي هو الأصل . وقال الإصطخري : يُقدّم الإثبات لأنه مقصود . والصحيح : الأول . وهذا الخلاف في الاستحباب على الأصح . وقيل : في الاستحقاق » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٨٢) .

(١٠) في (أ) : « معاوضة » .

(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « طرف » ، والمثبت من (أ) .

ولكن لما اتصل النفيُ بالإثبات في هذه المسألة ، جُعِلَ النكول عن البعض كالنكول عن الكُلِّ .

والقول الثاني : أنه لا يُجمع في يمين واحدة بين النفي والإثبات ؛ لأنَّ يمينَ الإثبات لا يُبْتَدَأ بها [١] إلا في القسامة على خلاف القياس ، فيحلف البائع على النفي ، ثم يحلف المشتري على النفي ، ثم يحلف البائع على الإثبات ، ثم يحلف المشتري على الإثبات ، فيتعدد اليمين ، وهو بعيدٌ ؛ إذ لو اتبعنا قياسَ الخصومات لصدقنا المشتري مع يمينه (٢ وقُضِيَ له إنْ حلف ٢) لما سبق .

ولكنْ خُرِّجَ هذا القولُ من نصِّ الشافعي - رضي اللّٰه عنه - فيما لو تنازع رجلان في دارٍ في يدهما ، ادَّعى كل واحد [منهما] [٣] أن جميعها له ، إذ قال : (٤ يحلف أحدُهما على النفي أولًا في النصف الذي في يده ويعرض على صاحبه ٤) ، فإن نكل حلف على الإثبات ، وهذه المسألةُ متفقٌ عليها .

التفريع :

إن [٥] قلنا بتعدُّدِ اليمين ، فللمسألة أحوال : إحداها [٦] : أنه لو نكل الأولُ عن النفي ، عُرض على الثاني يمينٌ واحدةٌ جامعة (٧ للنفي والإثبات ٧) ؛ لأنه الآن قد [٨] تقدَّم نكولٌ ؛ فلا [٩] بأس بالإثبات .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « به » ، والمثبت من (أ) .

(٢) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) ما بين القوسين : ليس في (ب) .

(٥) في (ب) « إذا » .

(٦) في (ب) : « أحديهما » .

(٧) في (ب) : « بين النفي والإثبات » .

(٨) في (أ) : « وُجِدَ » ، » ، وهي ليست في (ب) .

(٩) في (أ) : « ولا » .

الثانية : أنْ يتحالفا على النفي .

قال الشيخ أبو محمد : قد تمَّ التَّضادُّ والتعانُد ؛ فيفسخ العقد .

ومنهم مَنْ قال : تَعُود إلى الأول ، ويعرض عليه يمين ، فإن حلف عَرَضْنا على الثاني فإن حلف فقد تَمَّ الآنَ التحالفُ .

فعلى هذا ، لو حلف الأول يمينَ الإثبات ، فَعُدْنا إلى الثاني فنكل ، قَضَيْنَا للأول لا محالةَ ، وإنْ لم تَسْلَمْ يمينُه عن المعارضة بالنفي ، ولعل ما ذكره الشيخ أبو محمد أولى .

الثالثة : أنْ يَتَنَاكلَا جميعًا في الابتداء ، ففيه [١] وجهان :

أحدهما : أنّ تناكُلَهما كتحالُفِهما ؛ لحصولِ التضاد ، وهذا كما أن تَدَاعِيَ اثنين مولودًا كَتناكُرِهما .

وكذلك نصَّ الأصحاب أنه لو حلف الأول على النفي . ونكل الثاني فَرُدَّ على الأول فنكل عن الإثبات ، كان نكوله كحلفِ صاحبه .

والثاني : أنه يتوقف ؛ لأنّ مأخذَ التفاسخ الحديثُ وهو منوطٌ بالتحالف ، وليس في معناه التناكل [٢] .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « فيه » ، والمثبت من (أ) .

(٢) قال في الروضة : « فلو نَكلا جميعًا ، فوجهان : أحدهما : أنه كتحالفهما . والثاني : يُوقَف الأمر وكأنهما تركا الخصومةَ . قلت : هذان الوجهان ذكرهما إمام الحرمين احتمالين لنفسه ، وذكر أن أئمة المذهب لم يتعرَّضوا لهذه المسألة ، ثم ذكر في آخر كلامه أنه رأى التوقفَ لبعض المتقدِّمين . وقال الغزالي في « البسيط » : له حكم التحالف على الظاهر . والأصح : اختيارُ التوقف » . انظر : روضة الطالبين : (٣/ ٥٨٣) .

الفصل الثالث : في حكم التحالف

وحكمه : جواز إنشاء الفسخ ، هذا هو النص الانفساخ [١] .

وذكر أبو بكر الفارسي قولًا مخرجًا : أنه ينفسخ ، فكأنه صدق كل واحد[منهما] [٢] في يمينه ، وصار كأن البائع قال : بعت بألف ، فقال المشتري : اشتريت بخمسمائة ، فلم ينعقد أصلًا ، حتى فرع الشيخ أبو عليٍّ على هذا وَحَكَمَ بردّ الزوائد / المنفصلة وتتبع التصرفات بالنقض ، وهو بعيدٌ . ٧٧/أ

نعم . اختلف الأصحابُ في أنّ إنشاء الفسخ هل يختص [٣] بالقاضي من حيث إنه منوط بتعذر [٤] الإمضاء ، وذلك عند اليأس عن التصادق بعد التحالف ، وهو متعلق بنظره ؟

والأقيس [٥] : أن العاقد يستقلّ به ؛ إذ قطعوا بأنّ البائع هو الذي يَفْسخ بإفلاس المشتري ، والمرأةُ تَفْسخ بإعسار الزوج بالنفقة .

وقالوا : القاضي هو الذي يَفسخ بِعُذرِ العُنَّة [٦] ، كذا [٧] نقله إمامي رحمه اللّه - والفرق بينه وبين الإعسار بالنفقة عسير [٨] .

---

(١) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٨٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٩٦) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٦٣) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (ب) : « تعلق » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « بتعدد » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « والأقيس ظهر » .

(٦) في (أ) : « بالعنة » .

(٧) في (أ) : « هكذا » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله في التحالف : (قطعوا بأن البائع هو الذي يفسخ بالإفلاس ، والمرأة تفسخ بإعسار الزوج بالنفقة . وقالوا : القاضي هو الذي يفسخ بعذر العنة هكذا نقله إمامي . والفرق بينه وبين الإعسار بالنفقة عسيرٌ) قلت : هذا النقل في نفسه غير صحيح ونسبته إلى إمام الحرمين أيضًا غير صحيح . أما أنه في نفسه غيرُ صحيح : فلأنّ الثابت عنهم خلاف ذلك فهذا صاحبُ « التتمة » قد حكى في الإعسار والعنة كليهما خلافًا في أنّ الذي يتولى الفسخَ هو القاضي أو المرأة وزاد فقال في العنة : المذهبُ أنّ المرأة تتولى الفسخ وذلك بعد ثبوت العُنة عند الحاكم . =

فإن قيل : [و] [1] هل ينفسخ باطنًا ؟

قلنا : إنْ فَوَّضْناه إلى القاضي فالظاهرُ أنه ينفسخ باطنًا لينتفع به المحقُّ المعذور .

وإن جوَّزْنَا للعاقدين فإن تطابقا عليه انفسخ باطنًا كما لو تقابلا ، وإنْ أقدم عليه مَنْ هو صادق ، فكمثل ،وإنْ بادر الكاذبُ فلا ينفسخ بينه وبين اللّه ، وطريقُ الصادقِ أنْ يُنْشِئ الفسخَ إن أراد .

= وهذا صاحب « المهذب » من العراقيين قد سوّى بين الإعسار والتعنين في أنّ الفسخ إلى الحاكم ، بل المصنفُ نفسُه قد حكى ما ينقض ما ذكره هذا في كتاب النكاح من هذا الكتاب ، فذكر أن القاضي إذا قضى بالعنة فسخت كما في سائر العيوب ، ثم قال : وفيه وجه أن القاضي هو الذي يتعاطى الفسخ . والمعتمد أن القاضي لا يفسخ بل المرأة وهو الذي ذكره هناك في الإعسار وليس في شيء من هذه النقول الفرقُ بين الإعسار والعنة على ما ذكره فيبطل قطعًا واللّه أعلم .

ما ذكره من أنهم قطعوا بذلك يلزم أيضًا أن الفرق بينهما ليس وجهًا صحيحًا معتمدًا ، بل غايته أنه وجه لبعض الأصحاب ضعيف فلا يسوغ له الاقتصار على ذكره من غير تعرضٍ لما هو الصحيح . واللّه أعلم . وأما أنه غيرُ صحيح إضافة نقلِه إلى إمام الحرمين فلأنّ لفظه في « النهاية » لا يشعر به وقد عُرِفَ أنّ نَقْلَه منها ، واللّه أعلم .

وذلك أنه قال فيها : قال بعضُ الأصحاب : القاضي هو الذي يفسخ النكاحَ عند تحقق العنة وجهًا واحدًا ، والزوجة تتعاطى الفسخ بالإعسار بالنفقة قال : ولستُ أرى بين العنة والإعسار فرقًا ، وذكر أن الوجه أن يجعل بينهما وجهان كما في التحالف . هذا كلامه وهو لا يعطي إلا أنّ بعض الأصحاب قَطع بذلك وليس فيه تعرُّضٌ أصلًا لحكاية ذلك عن الأصحاب ؛ لأنه لا فَرْقَ بين أن يقول القائل : قال بعض الأصحاب : القاضي يفسخ قطعًا ، وبين أن يقول : قال بعضُ الأصحاب : القاضي يفسخ وجهًا واحدًا في أن كل واحد منهما إخبار في أنه جزم ولم يتردد إلا أنه حكاية لذلك عن الأصحاب .

وقد حَكَى ذلك عن جملة الأصحاب ، فلا يجوز أن يَنْسبه إلى الإمام في أنه نقل أن الأصحاب قطعوا بذلك ، وإنما يصح ذلك أنْ لو لم يضفه إلى غيره ، فإنه فرق بين أن يقول القائل : قطع الأصحاب بكذا ، وبين أن يقول : قال فلانٌ : قطع الأصحاب بكذا ، فالأول حُكمٌ منه بقطعهم ، والثاني حكايةٌ عن غيره ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٦٠ أ) .

(١) زيادة من (أ) .

فرع :

في جواز وطءِ الجارية - بعد التنازعِ وقبل التحالفِ - وجهان . وبعد التحالف وقبل التفاسخ وجهان مُرتَّبان ؛ لأنه جرى سببُ الزوال وأشرف عليه فهو كالزائل من وجه ، والوطء يَحَرْمُ بالشُّبهة .

والقياس : الجواز ؛ لاستمرارِ الملك [1] .

* * *

---

(١) قال في الروضة : « ولو ترافع المتنازعان إلى مجلس الحكم ، ولم يتحالفا بعدُ ، فهل للمشتري وطء المبيعة ؟ وجهان . أصحهما : نعم لبقاء ملكه . وفي جوازه بعد التحالف وقبل الفسخ وجهان مرتبان ، وأولى بالتحريم » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٨٧) .

الفصل الرابع : في أحوال المبيع عند التفاسخ
وفيه خمس مسائل

الأولى : أنّ المبيع إن كان تالفًا ثبت التفاسخُ عندنا ، ويَغْرم المشتري قيمةَ المبيع بأيّ اعتبار ؟

فيه أقوال [١] : الأصح : أنه يُعْتبر يوم التلف .

والثاني : أنه يُعتبر أقصى قيمةٍ [٢] من يوم القبض إلى [يوم] [٣] التلف ، وهذا ضعيفٌ .

والثالث : أنه يُعتبر يوم القبض ؛ لأنه وقت دخولهِ في ضمانه ، فما زاد بعده فهو له ، وما نقص فهو عليه .

والرابع : أنه يُعتبر أقلَّ قيمةٍ [٤] من يوم العقد إلى القبض ، لأنه إن زاد فقد زاد [في] [٥] ملكه ، وإن نقص وقع في ضمان البائع لكونه في يده . وكذلك يجري هذا الخلاف إذا ردّ أحد العوضين بالعيب وقد تلف الآخر ، أو اشترى عبدين وتلف أحدُهما وتحالفا وقلنا : نضم [٦] قيمةَ التالف إلى القائم [٧] .

ولو [٨] اشترى عبدين ، فتلف [٩] أحدُهما ، ووَجَدَ بالآخر عيبًا ، وقلنا : لا يرد ، بل يطالب بالأرش ، فالأصح : أنه يُعْتبر في تقويمه يوم العقد ؛ لأن القيمةَ مطلوبةٌ لِتعرُّفِ

---

(١) قال في الروضة : « وفي القيمة المعتبرة ، أوجه . وقال الإمام : أقوال » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٨٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٩٧) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٦٥) .

(٢) في (أ) : « قيمته » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « قيمته » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « يُضم » .

(٧) انظر مشكل الوسيط : (٢ / ٦٠ / أ) .

(٨) في (أ) : « فلو » .

(٩) في (أ) : « وتلف » .

التوزيع عند المقابلة لا ليعزم ، بخلاف ما نحن فيه ، فإنه يطلب القيمة ليغرمه [١] .

الثانية : إذا كان المبيع معيبًا ضَمَّ [٢] إليه أرش العيب ، لأنّ كل يدٍ أَوْجَبَت [٣] ضمانَ الكلّ : أوجبت [٤] أرش النقصان . وحيث نصَّ الشافعي - رضي الله عنه - على أن الزكاة المعجلة إذا استردت لتلفِ النصاب - وقد تَعيَّبت في يد القابض - غرم الإمام أرش النقصان ، ولو تلف غرم المسكينُ القيمةَ : حُمِلَ ذلك على الاستحباب ؛ لأن أرش النقصان قد يخفّ فيحمله بيت المال ، فإن احتمل أصل القيمة فيستحبّ ذلك أيضًا .

الثالثة : أن يكون آبقًا فيغرم قيمته ، ولكن يَرِدُ الفسخ على القيمة كما في التلف ؟ أو على الآبق والقيمة للحيلولةِ ؟ فيه وجهان [٥] :

ووجه المنع : أن الفسخ مملك فلا يرد على الآبق كالعقد ، وفائدته : أنه لو عاد يومًا من الدهر لم يلزمه الردّ في الحال .

ولو أخّر المطالبة إلى رجوع العبد لم يَجُزْ ؛ لأنّ حقه في القيمة لا في العبد .

الرابعة : إن [٦] كان مكاتبًا أو مرهونًا غرم القيمة ، وهل يرد الفسخ على القيمة ؟ فيه وجهان مرتبان على الآبق . وها هنا أولى بأن نجعل القيمة أصلًا ؛ لأن الرهن والكتابة تمنع ملك الغير ، فإنه إبطال له وهو لازم [٧] .

(١) في (أ) : « ليغرم » .
(٢) في (أ) : « وضم » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « أوجب » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « أوجب » ، والمثبت من (أ) .

(٥) أصح هذين الوجهين : أن الفسخ يرد على الآبق ووجبت القيمة للحيلولة . انظر روضة الطالبين : (٥٨٦/٣) .

(٦) في (أ) : « إذا » .

(٧) قال في الروضة : « وأما المرهون والمكاتب ، ففيهما طريقان : أحدهما : طرد الوجهين . وأصحهما : القطع ببقاء الملك للمشتري ، وبه قال : الشيخ أبو محمد ، كما إذا أفلس والمبيعُ آبقٌ ، يجوز للبائعِ الفسخُ والرجوعُ إليه .

ولو كان مكاتبًا أو مرهونًا ، لم يكن له ذلك » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٨٦) .

وكذلك [١] إذا وَجَد البائعُ متاعَه مرهونًا ، لم يفسخ بالإفلاس ؛ وإن وجده آبقًا فسخ .

الخامسة : لو كان مُكرىً وقلنا يصح بيعه وَرَدَ الفسخُ عليه وإلا فهو مردد [٢] بين الآبق والمرهون .

هذا تمام النظر في كتاب البيع ، (٣ والله أعلم بالصواب ٣) .

* * *

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « ولذلك » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « متردد » .

(٣) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

كتَاب الحَوالة

وفيه بابان :

الباب الأول : في أركانه

وهي خمسة : اللفظ ، والمُحيل ، والمُحال عليه ، والمُحتَال ، والدَّيْن المُحال به [(١)] .

وأصل صحة المعاملة قوله ﷺ : « مَطْلُ الغَنيِّ ظُلْمٌ ، فإذا أُحِيلَ أحدُكم على غَنيٍّ [(٢)] فلْيَحُلْ [(٣)] » [(٤)] .

وفي حقيقته [(٥)] مشابهُ الاعتياض ، كأنه [(٦)] اعتاضَ دَيْنًا على دين [(٦)] ، ومشابهُ الاستيفاء ، فكأنه استوفى ما عليه باستحقاقِ [(٧)] الدين على غيره .

أما لفظُ الحوالة : فلابُدَّ منه ، ولابد من القبول ؛ فإنه معاقدةٌ بين المحيل والمحتال .

وأما المحالُ عليه : فلا يُشترط رِضَاه عندنا [(٨)] ، خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله - والإصطخريّ [(٩)] ؛ لأنَّ ذمتَه مَحَلٌّ ....

---

(١) في (ب) : « والكفالة بالدين » . (٢) في (أ) : « مليء » .

(٣) في (أ) : « فليحتل » .

(٤) أخرجه البخاري : (٥٤٢/٤) (٣٨) كتاب الحوالة (١) باب الحوالة ، وهل يرجع في الحوالة (٢٢٨٧) . وأطرافه : (٢٢٨٨ ، ٢٤٠٠) ، ومسلم : (١١٩٧/٣) (٢٢) كتاب المساقاة (٧) باب تحريم مطل الغني . (١٥٦٤) وأبو داود : (٢٤٥/٣) كتاب البيوع باب في المطل (٣٣٤٥) ، والترمذي : (٦٠٠/٣) (١٢) كتاب البيوع (٦٨) باب ما جاء في مطل الغني أنه ظلم (١٣٠٨ ، ١٢٠٩) . والنسائي : (٣١٦/٧ ، ٣١٧) (٤٤) كتاب البيوع (١٠٠) باب مطل الغني (٤٦٨٨ ، ٤٦٩١) ، وابن ماجه : (٨٠٣/٢) (١٥) كتاب الصدقات . (٨) باب الحوالة (٢٤٠٣) . وراجع التلخيص الحبير : (٤٦/٣) حديث رقم : (١٢٥٠) .

(٥) في (ب) : « في حقيقتها » . (٦) في (أ) : « اعتياضُ دينٍ على دين » .

(٧) في (أ) : « لاستحقاق » . (٨) قوله : « عندنا » : ليس في (أ) .

(٩) **مذهب الشافعية** : أن الحوالة لا تصح إلا برضا المحيل والمحتال ، وأما المحال عليه فلا يُشترط رضاه إن كان عليه دينٌ للمحيل ، وإن لم يكن فلا تصح الحوالة بغير رضاه .

ومذهب الحنفية : أن الحوالة لا تصح إلا برضا المحيل ، والمحتال له ، والمحال عليه .

انظر : التنبيه : (٧٤) ، روضة الطالبين : (٢٢٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٩٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٢٣/٤) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (٢١٣/١) . مختصر الطحاوي : (١٠٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (١١٠/٢) .

التصرف [١] فلا يُعتبر رضاه ، وهل يُشترط أن يكون عليه دَيْنٌ ؟

فيه وجهان [٢] ، يَرْجِعُ حاصلهما إلى أن الضمانَ بشرطِ براءة الأصيل ، هل يصح ؟ وفيه خلاف ، وإليه ترجع الحوالةُ على مَنْ لا دَيْنَ عليه ، ولذلك يُقْطَعُ باشتراط رضاه والتزامِه إذا لم يكن عليه دينٌ .

ثم تردَّدَ العراقيون في أن هذه الحوالةَ هل تَلْزَمُ قبل القبض ؟ والأصحُّ : لزومُها ؛ فإنه [٣] حقيقةُ الحوالة .

أما الدين : فيُشترط فيه : أن يكون مجانسًا لِمَا على المُحَال عليه قَدْرًا [٤] وجِنْسًا ووصفًا [٤] ، فإن [٥] كان بينهما من التفاوت ما يَمْنَعُ الاستيفاءَ إلا بالمعاوضة : امتنعت الحوالةُ ، وإن كان لا يمنع الاستيفاءَ ، بل يجب القبولُ ولا يُشترط فيه [٦] رضًا لمستحق [٦] ، كتسليم الصحيح على [٧] المكسَّر ، والأجودَ عن الأرْدَأ ، والحالِّ عن المؤجَّل ، وفي [٨] بعض الأحوال جازت الحوالة .

فإن [٩] كان يفتقر إلى الرضا المجرَّدِ دون المعاوضة : ففيه وجهان .

الشرط الثاني للدَّيْن [١٠] : أن يكون لازمًا ، أو مصيرُه إلى اللُّزوم ، فتجوز الحوالةُ

---

(١) في (أ) : « للتصرف » .

(٢) والأصح من هذين الوجهين : أنه لا يعتبر رضا المحال عليه . انظر : روضة الطالبين : (٢٢٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٩٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٢٣/٤) .

(٣) في (أ) : « فإنها » .

(٤) في (ب) : « ووصفًا وجنسًا » .

(٥) في (أ) : « وإن » .

(٦) في (أ) : « رضا المستحق » .

(٧) في (أ) : « عن » .

(٨) في (أ) : « في » .

(٩) في (أ) : « وإن » .

(١٠) في الأصل ونسخة (ب) : « الدين » ، والمثبت من (أ) .

بالثَّمَنِ (١ وعلى الثمن ١) في مدة الخيار على الصحيح (٢) ، ثم إن فسخ انقطعت الحوالةُ .

وفي نُجُوم الكتابة ثلاثةُ أوجه (٣) ؛ أحدها : المنع ؛ لأنه ليس بلازم [عليه] (٤) .

والثاني - نُقِلَ عن ابن سُرَيْج - : جواز الحوالة به وعليه جميعًا ؛ لثبوته وتأكُّدِه .

والثالث : أنه لا تجوز الحوالةُ عليه ؛ إذ لو صحَّ لعُتِقَ العبدُ (٥) ولصار الدينُ لازمًا على العبد ، وتصح حوالةُ العبد به فيَبْرَأُ العبدُ ويُعْتَق ويَلْزَمُ الدينُ في ذمة المحال عليه ، فلا بُعْدَ فيه .

فرعان :

أحدهما : إذا أفلس المحالُ عليه أو جَحَد لم يَثْبُتِ الرجوعُ على المحيل بالدين ، خلافًا لأبي حنيفة (٦) .

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٢) قال في الروضة : « على الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (٢٢٩/٤) ، مغني المحتاج : (١٩٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٢٤/٤) .

(٣) قال في الروضة : « المسألة الثانية : إذا أحال السيدُ على مكاتبه بالنجوم لم يصح على الأصح . وقال الحليمي : يصح . ولو أحال المكاتبُ سيدَه بالنجوم ، صح على الأصح ، وبه قطع الأكثرون » .

انظر : روضة الطالبين (٢٣٠/٤) ، مغني المحتاج (١٩٤/٢ - ١٩٥) ، نهاية المحتاج (٤٢٥/٤) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) كلمة : « العبد » : ليست في (ب) .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن المحال عليه لو أفلس بعد الحوالة ، أو جحد وحلف ، فلا يكون للمحتال الرجوعُ على المحيل بالدين .

ومذهب الحنفية : أنه ليس للمحتال الرجوعُ على المحيل إلا في حالين : الأول : إذا جحد المحالُ عليه الحوالةَ وحلف ولا بينةَ عليه . الثاني : إذا مات المحال عليه مفلسًا .

هذا عند أبي حنيفة ، وزاد أبو يوسف ومحمد حالًا ثالثًا وهو : أنه يجوز الرجوع على المحيل إذا حكم=

أما إذا كان الإفلاسُ مقارنًا وجَهِلَه المحتالُ ، ففي ثبوت الخيار ثلاثة أوجه :

أحدها : لا يرجع ، كما [إذا كان طارئًا] (١) .

والأظهر (٢) : الثبوت ، فإن أخَذَ (٣) استيفاءً أو عِوَضًا معيبًا (٤) ، فله الردُّ .

والثالث : أنه (٥) لا يثبت الخيارُ إلا إذا شرط كونه مَلِيًّا ، وهذا يلتفت على أن خيارَ الشرط هل يتطرَّقُ إلى الحوالة بتغليب (٦) مشابهِ المعاوضة (٧) فيه ؟

الثاني : إذا حال (٨) المشتري البائعَ بالثمن على إنسان ، فردَّ عليه المبيعَ [بالعيب] (٩) ،

= الحاكمُ بإفلاس المحال عليه في حال حياته .

انظر : روضة الطالبين : (٢٣٢/٤) ، مغني المحتاج : (١٩٥/٢ ، ١٩٦) ، نهاية المحتاج : (٤٢٨/٤ ، ٤٢٩) . فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (٢١٣/١) ، مختصر الطحاوي : (١٠٢ ، ١٠٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (١١١/٢) .

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٢) والصحيح من هذه الوجوه : أنه لا خيار للمحتال . قال في الروضة : « فلو كان مفلسًا حال الحوالة ، فالصحيح المنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب : أنه لا خيار للمحتال ، سواء شُرِطَ يسارُ ، أو أُطْلِق .

وفي وجه : يثبت خياره في الحالين . وفي وجه : يثبت إن شُرِط فقط . واختار الغزالي ، الثبوت مطلقًا ، وهو خلاف المذهب » . انظر : روضة الطالبين : (٢٣٢/٤) ، مغني المحتاج : (١٩٥/٢ ، ١٩٦) ، نهاية المحتاج : (٤٢٨/٤ ، ٤٢٩) .

(٣) في (أ) : « أخذه » .

(٤) في (أ) : « معيَّنًا » .

(٥) كلمة : « أنه » : ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « لتغليب » .

(٧) في (أ) : « المعاوضات » .

(٨) في (أ) : « أحال » .

(٩) زيادة من (ب) .

فالذي ذكره المزني [١] - رحمه الله - تحرِّيًا : أن الحوالةَ تنفسخ ، وتخريجُ [٢] المزني معدودٌ من مذهب الشافعي رضي الله عنه .

ونصَّ في المختصر الكبير على أنها لا تَبْطُلُ ؛ فقال : للأصحاب [٣] قولان ، مأخذهما : تغليبُ مشابهِ الاستيفاءِ أو الاعتياضِ ، وموجبُ الاعتياض أنه لا ينقض .

والأصح [٤] : أنه ينفسخ ، كما لو استحقَّ مُكَسَّرًا فاستوفى الصحيحَ ، وفُسِخَ البيعُ : رَدَّ الصحاحَ [٥] ، وإن كان فيه شبهُ المعاوضة .

ولو جرى ذلك قبل قبضِ المبيع : فمنهم من قطع بفسخ الحوالة ؛ لأنه ردَّ المبيعَ من أصله ، على رأي .

ولو جرى بعد قبض المحتال : منهم من قطع بأنه لا ينفسخ ؛ لأنه تأكَّدَ بالقبض .

ولو جرى في الصداق ، ثم عاد النِّصْفُ بالطلاق [٦] : منهم من قطع بأنه لا ينفسخ ؛ لأنه في حكم رَدٍّ مبتدأ ، بخلاف ما لو فُسِخَ النكاحُ بسبب ، ولذلك تمتنع [٧] بالزيادة المتصلة .

---

(١) انظر مذهب المزني في : مختصر المزني (٢/٢٢٧) .

(٢) في (أ) : « وتحرِّي » . (٣) في (أ) : « الأصحاب » .

(٤) قال في الروضة : « إذا اشترى عبدًا ، وأحال البائعَ بالثمن على رجل ، ثم علم بالعبد عيبًا قديمًا ، فرده بالعيب أو بالإقالة ، أو التحالف ، أو غيرها ، ففي بطلان الحوالة ثلاثة طرق : أحدها : البطلان . والثاني : لا . والثالث : على قولين . أظهرهما : البطلان ، وهما مبنيان على أنها استيفاء أم بيع ؟ إن قلنا : استيفاء ، بطلت ، وإلا فلا .

قلت : المذهب : البطلان ، وصحَّحه في « المحرر » . والله أعلم » . انظر : الروضة : (٤/٢٣٣) .

(٥) في (أ) : « الصحيح » .

(٦) يوجد هامش في الأصل ، ليس له مكان ، ولا علامة توضِّح مكانه ، وأظنه تعليقًا من الناسخ .

(٧) في (أ) : « يمنع » .

ولو أحال البائعُ على المشتري بدَيْن : منهم [من] (١) قطع بأنه لا ينفسخ ؛ لأنه تعلَّقَ الحقُّ بثالث ، فلا سبيلَ إلى إبطاله .

ومن الأصحاب من طَرَدَ الخلافَ في (٢ كلِّ هذه الصورِ ٢) من غير فَرْقٍ .

التفريع :

إن قلنا : لا ينفسخ ، فليس عليه رَدُّ عَيْنِ ما أخذه من المحال عليه ، وإن (٣) لم يكن استوفى بعد فهل يَغْرَمُ للمشتري في الحال ؟ وجهان (٤) :

إن قلنا : لا يغرم فالظاهرُ أنه يُطالِبُه المشتري لتحصيله من جهة المحال عليه حتى يغرم له ، فإنه لا سبيل إلى قطع مطالبته بالتأخير إلى غير نهاية .

وإن قلنا : ينفسخ ، فلو قَبَضَ لم يَقَعْ عن جهة المحتال ، وهل يقع (٥ عن جهة المشتري المحيل ٥) ؟ فيه وجهان (٦) .

ووجه وقوعه : أن الفسخَ قد (٧) وَرَدَ على خصوص جهةِ الحوالة ، لا على ما تَضَمَّنَه من الإذن في الأخذ ؛ فيُضاهِي تردُّدَ العلماء في أن الوجوبَ إذا نُسِخَ هل يبقى الجواز ؟ وأن من يُحْرِمُ بالظُّهْرِ قبل الزَّوَال هل ينعقد نفلًا ؟

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « هذه الصورة كلها » . (٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) في (أ) : « فيه وجهان » . والأصح من هذين الوجهين : أنه لا يغرم للمشتري . انظر : روضة الطالبين (٢٣٤/٤) .

(٥) في (أ) : « عن جهة المحيل المشتري » .

(٦) الأصح من هذين الوجهين : أنه لا يقع عن المشتري . انظر : روضة الطالبين : (٢٣٤/٤) .

(٧) كلمة : « قد » : ليست في (أ) .

الباب الثاني في التنازع

وفيه مسائل :

الأولى : إذا باع عبدًا وأحال بثَمَنِه على المشتري ، فقال العبد : أنا حرُّ الأصل ، وصدَّقه المتبايعان والمحتالُ : فقد بَطَلَ البيعُ والحوالة ، فلو كذَّبه المحتالُ : بطل البيعُ في حَقِّهما ولم تَبْطُل الحوالةُ ، إذ ثبت له حقٌّ لازمٌ ، وقولُهما ليس بحُجَّةٍ عليه .

الثانية : إذا قال / مستحق الدين : أحَلْتَني على فلان . وقال [1] : لا ، بل وَكَّلْتُكَ ٩٢ / أ باستيفاءِ [2] ديني منه ، فالقولُ قولُ الآمرِ في نفي الحوالة ، ثم إن لم يكن قد قبض فليس له القبْضُ ؛ لأنه أنكر الوكالةَ فانعزل .

وفي مطالبة [3] منكِرِ الحوالة بأصل الدين ، وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه اعترف ببراءته بما ادَّعاه من الحوالة .

والثاني [4] : بلى ؛ لأنه لم يَسْلَمْ له ذلك ، فَلْيَرْجِعْ حتى لا يتعطَّلَ حقُّه بمجردِ [5] إنكاره .

أما إذا كان قد قَبَضَ وهو قائمٌ فللموكِّل أَخْذُه ، إلا إذا مَنَعَه حقَّه ، فله أن يتملَّكَه ؛ لأنه من جنس حقِّه ، وإن كان تالفًا فلا مطالبةَ بأصل الدين ؛ لأنه بزَعْمِه قد استوفى وتَلِفَ في يده من ضمانه ، وبَرِئَ المحالُ عليه على كل تقدير .

أما إذا قال المستحق : وَكَّلْتَني . وقال مَنْ عليه : لا ، بل أَحَلْتُكَ وما وكَّلتك ، فإن كان قبل القبض فلا يستوفي ؛ لأن المالك أنكر الوكالةَ ، وللمستحق مطالبتُه ؛ إذ لا يَسْقُطُ حقُّه بدعوى مَنْ عليه الدينُ الحوالةَ مع إنكار المستحق .

(١) في (أ) : « فقال » . (٢) في (أ) : « في استيفاء » .

(٣) في (أ) : « مطالبته » .

(٤) وهو الأصح ، كما في الروضة : (٢٣٦/٤) .

(٥) في (أ) : « لمجرد » .

وإن كان بعد القبض ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يملكه الآن ؛ لأنه من جنسِ حقِّه ، والمستحقُّ يَزْعُمُ أنه مِلْكُه .

والثاني (١) : أنه لابُدَّ من مطالبته بالحق وردٌّ (٢) هذا عليه إلى أن يجري تمليكٌ صحيح .

وإن جرى النزاعُ بعد التَّلَف ، ففي ضمانه وجهان :

أحدهما (٣) : لا ضمان ؛ لأنه مُصدَّقٌ في نَفْي الحوالة ، فقد تَلِفَ في يده أمانة بحكم الوكالة .

والثاني : أنه يضمن ؛ لأنه مصدَّقٌ (٤) في نفي الحوالة لا في إثبات الوكالة ، فينفَعُه في بقاء دَيْنِه ، ولا ينفعه في إسقاط الضمان .

والأصل : أن ما تَلِفَ في يده من مِلْكِ غيره فهو مضمونٌ ، وهذا كالبائع إذا أنكر قِدَمِ العَيْبِ : صُدِّق فيه ، ولا يَثْبُتُ به حدوثُه ، ولذلك لا يُطالب بأرشه إذا رُدَّ إليه بسبب آخر .

فإن قيل : فلو اتُّفِقَ على جريان لفظ الحوالة ، فقال اللَّافظُ : أردت به الوكالةَ [دون الحوالة] (٥) ، أو قال القابل : قَبِلْتُ الوكالةَ دون الحوالة ؟

---

(١) قال في الروضة : « وإن قبض المالَ من عمرو فقد برئت ذمةُ عمرو . ثم إن كان المقبوضُ باقيا ، فقد حكى الغزالي وجهين : أحدهما : يطالبك بحقه ، ويرد المقبوض عليك .

والثاني - وهو الصحيح - : أنه يملكه الآن وإن لم يملكه عند القبض ؛ لأنه من جنس حقه ، وصاحبه يزعم أنه ملكه » . انظر : الروضة : (٤/٢٣٨) ، مغني المحتاج : (٢/١٩٨) .

(٢) في (أ) : « فيرد » .

(٣) قال في الروضة : « وإن تلف بتفريط فلك عليه الضمانُ ، وله عليك حقُّه ، وربما يقع التقاصُّ . وإن لم يكن منه تفريط فلا ضمان ؛ لأنه وكيلٌ أمين . وفي وجه ضعيف : يضمن ؛ لأن الأصلَ فيما يتلف في يد الإنسان من ملك غيره الضمان ، ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة ليبقى حقه تصديقُه في إثبات الوكلة ، ليسقط عنه الضمان » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٣٨) ، مغني المحتاج : (٢/١٩٨) .

(٤) في (أ) : « يُصدَّق » .

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

قلنا : فيه قولان :

أحدهما : [أن] (١) النظر إلى ظاهر اللفظ .

والثاني (٢) : أن المتبعَ قولُ اللافظ ونِيَّتُه .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) والأصح : أن القولَ قولُ اللافظ مع يمينه ، وذكر النووي أنهما وجهان وليسا قولَين . انظر : روضة الطالبين : (٢٣٦/٤ ، ٢٣٧) .

كتاب الضمان

وفيه ثلاثة أبواب

والضمان معاملةٌ صحيحة ، دلَّ عليه [١] الخَبَرُ والإجماع .

ومعناه : تضمينُ الدَّيْنِ في ذمة الضامن حتى يَصِيرَ مُطَالبًا به مع الأصيل .

وفيه ثلاثة أبواب :

---

(١) في (أ) : « عليها » .

الباب الأول

في أركانه وهي ستة [1] :

الأول : المضمون عنه

ولا يُشترَط رضاه ؛ لأن لغيره أن يَقْضِيَ دَيْنَه بغير إذْنِه ، فكذا له أن يَضْمَنَ . ولا يُشترط حياتُه ويسارُه ، بل يصح الضمانُ عن الميت المفلِسِ ، خلافًا لأبي حنيفة [2] .

وهل يُشترط كونُه معلومًا عند الضامن ؟ فيه وجهان :

أحدهما [3] : لا ؛ إذ لا تعلُّقَ لمعاملته به ، ولذلك لم نشترط رضاه .

والثاني : نعم ، فإن الضامن قد يُعَوِّلُ على كونه المضمونَ عنه مَلِيًّا أو متشمِّرًا للأداء، ففي الضمان عن المجهول غَرَرٌ .

* * *

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) « أربعة » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه يصح الضمانُ عن الميت ، وهو مذهب أبي يوسف ، ومحمد بن الحسن صاحبي أبي حنيفة .

وقال أبو حنيفة : لا يصح الضمان عن الميت .

انظر : روضة الطالبين : (٢٤٠/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٣٨/٤) ، اللباب في شرح الكتاب : (١٠٩/٢) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٧٠/٢) .

(٣) وهو الأصح ، كما في الروضة : (٢٤٠/٤) .

الركن الثاني : المضمون له

وفي شرط معرفته وجهان مُرتَّبان على المضمون عنه ، وأولى بألا يُعتبر (١) ؛ لأن (٢) المطالبةَ (٣) تتجدَّدُ له فيختلف الغرضُ باختلاف المطالِبين في المساهَلة والمضايقة .

إن (٤) قلنا : يُشترط معرفتُه ، ففي اشتراط رضاه وجهان :

أحدهما : بلى ؛ إذ تجدَّدَ له مِلْكُ مُطَالبةٍ لم تكن ، وليس (٥) له أن يملك غيره بغير رضاه .

والثاني (٦) : لا ؛ لأن الدَّيْنَ ليس يَزِيدُ ، إنما هذه إمكانُ مُطَالبةٍ مع بقاء الدين على ما كان [عليه] (٧) .

فإن قلنا : يُشترط رضاه ، ففي اشتراط قبوله وجهان (٨) يَقْرُبان من الوجهين في اشتراط قبولِ الوكيل ؛ لأن التوكيلَ إثباتُ سَلْطَنَةٍ [لم تكن] (٩) للوكيل ، كما أن الضمانَ إثباتُ سلطنةٍ للمضمون له .

فإن قلنا : لا يُشترط قبولُه ، اكتُفِيَ بالرضا ، وإن تقدَّم على الضمان .

* * *

---

(١) والأصح ماذكره في الروضة : أنه يُشترط معرفتُه على الأصح .

انظر : روضة الطالبين : (٢٤٠/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٣٧/٤) .

(٢) في (أ) : « ولأن » .

(٣) في (أ) : « المطالَب » .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) في (أ) : « فليس » .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٢٤٠/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٠/٢) .

(٧) زيادةمن (أ) .

(٨) والأصح من هذين الوجهين : أنه لا يشترط قبوله لفظًا . انظر : روضة الطالبين : (٢٤٠/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٣٨/٤) .

(٩) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

الركن الثالث : الضامن

ولا يُشترط فيه إلا صحةُ العبارة ، وكونُه من أهل التبرع ، فإن الضمانَ تبرعٌ ، فضمانُ المكاتبِ كتبرعه ، وضمانُ الرَّقِيقِ دون إذن السيدِ فيه وجهان [1] ذكرناه [2] في شرائه ، وفائدة صحته : أن يُطَالِبَ به إذا عَتَقَ . وإن [3] ضمن بالإذن : صحَّ ، وفي تعلُّقِه بكَسْبِه ثلاثة أوجه :

أحدها [4] أنه يَتعلَّقُ [به] [5] كالمَهْرِ ونفقةِ النكاح ؛ فإن الإذنَ في الالتزام إذنٌ في الأداء ، والكسبُ متعين لأدائه .

والثاني : لا ، بل إذنُه رضًا [6] بما للعبد [6] الاستقلالُ به على أحد الوجهين .

والثالث : أنه يتعلق بكسبه إن كان مأذونًا في التجارة ، وإلا فلا .

هذا إذا لم يكن عليه دَيْنٌ ، فإن كان عليه دين وحُجِرَ عليه : فلا يتعلَّقُ بكسبه وإن أذِنَ فيه السيدُ ؛ إذ ليس للسيد التبرعُ بما في يده . وإن لم يُحْجَرُ [عليه] [7] فثلاثة أوجه :

أحدها : لا ؛ لأنه في حكم المرهون بالدين .

والثاني : يتعلق ؛ لأنه لم يَجْرِ حَجْرٌ ورَهْنٌ .

والثالث [8] : أنَّ قَدْرَ الدين يُستثنى ، فإن فَضَل شيءٌ تعلَّق به الضمانُ .

---

(١) والأصح من هذين الوجهين : أن ضمان العبد لا يصح بدون إذن سيده . انظر روضة الطالبين : (٤/ ٢٤٢) ، مغني المحتاج : (٢/١٩٩) ، نهاية المحتاج : (٤/٤٣٥) .

(٢) في (أ) : « ذكرناهما » .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) قال في الروضة : « وإن اقتصر على الإذن في الضمان ، فإن لم يكن مأذونًا ، ففيه أوجه :

أصحها : يتعلَّقُ بما يكسبه بعد الإذن كالمهر . والثاني : يكون في ذمته إلى أن يعتق ؛ لأنه أذِنَ في الالتزام دون الأداء . والثالث : يتعلق برقبته .

وإن كان مأذونا له في التجارة ، فهل يتعلق بذمته أم بما يكسبه بعد ؟ أم به وبما في يده من الربح الحاصل ؟ أم بهما وبرأس المال ؟ فيه أوجه ، أصحها : آخرها » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٤٣) .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) في (أ) : « ما ليس للعبد » .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٢٤٣) .

الركن الرابع : المضمون به

وشرطه : أن يكون حقًّا ثابتًا ، لازمًا ، معلومًا .

القيد الأول : الثبوت : احْتَرَزْنَا به عما إذا قال : ضَمِنْتُ لك من [1] فلان ما تَقْرِضُه منه ، أو ثمنَ هذا المبيعِ إذا بِعْتَه ، فهو باطلٌ على القول الجديد ، وصحيحٌ على القديم .

وفي ضمان نفقة الغَدِ [2] للمرأة ، وكذا كل ما لم يَجِبْ وجرى [3] سببُ وجوبه : قولان مشهوران في الجديد [4] . أحدهما : لا ؛ لأنه لم يَلْزَمْ .

والثاني : نعم ؛ / لأن السببَ مُتقدِّمٌ ، وكأن هذا تأخيرٌ يضاهي التأجيلَ . ٩٢/ب

وضمانُ العُهْدَةِ صحيحٌ في ظاهر المذهب على الجديد والقديم ، وإن كان يخالف قياسَ الجديد من حيث إنه لم يُعْلَمْ لُزُومُه ، فإن البائعَ إن باع مِلْكَ نَفْسِه فما أخَذَه من الثمن ليس بدَيْنٍ عليه حتى يَضْمَنَ ، ولكنه احْتَمل ذلك فَجُوِّز بعد جريان البيعِ وقبْضِ الثمنِ الضمانُ لمصلحة العقود ، فإنه لا يرغب في معاملة الغرماء إلَّا به . وعليه اشتملت الصُّكُوك في الأعصار الخالية .

وخرَّج ابن سريج قولًا : أنه لا يَصِحُّ أصْلًا .

وفيه قول آخر : أنه يصح قبل قبض الثمن (٥ وبعده ، ومهما جرى البيعُ ، والأعدل : أنه لا يصح قبل قبض الثمن ٥) ؛ حتى يكون سببُ اللزوم على تقدير ثبوتِ

---

(١) في (أ) : « عن » .

(٢) في (أ) : « العَدّ » .

(٣) في (أ) : « ولكن جرى » .

(٤) قال في الروضة : « وفي ضمان نفقة الغد والشهر والمستقبل قولان ؛ بناءً على أن النفقة تجب بالعقد أم بالتمكين ؟ إن قلنا بالأول وهو القديم صح ، وإن قلنا بالثاني وهو الجديد الأظهر فلا ، هكذا نقله عامة الأصحاب . وأشار الإمام إلى أنه على قولين مع قولنا : ضمان ما لم يجب باطل ؛ لأن سببَ وجوب النفقة ناجزٌ وهو النكاح » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٤٥) .

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ) .

العهدة جاريًا هذا فيه إذا خاف المشتري كونَ المبيع مستحقًّا . فلو كان يخاف فسادَ العَقْدِ من جهة أخرى ، أو كونَ البيع مَعِيبًا ، فضَمِنَ له هذه العهدةَ صريحًا ، فوجهان :

أحدهما : (١) بلى ، كما إذا خاف خروجه مستحقًّا .

والثاني : لا ؛ لأن التعلقَ بالمبيع مُمْكِنٌ هاهنا إلى ردِّ الثمن ، والتحرُّزُ عن المفسدات والعيوب ممكنٌ ، وما بُنِيَ على (٢ الحاجة والمصلحة ٢) يُتَّبَعُ فيه مراتبُ الحاجة .

فإن قلنا : [إنه] (٣) يصح ضمانُه صريحًا ، ففي انْدِرَاجه تحت مطلقِ ضمانِ العهدة وجهان (٤) .

ولو كان يَشُكُّ في كمال الصنجة (٥) ، أو في جودة جنس الثمن : قال ابن سريج : صحَّ هذا (٦) الضمانُ ؛ تخريجًا على ضمان العهدة ، فهذا يَقْرُبُ من مَخَافة العيوب ، فيَعْتَضِدُ به ذلك الوجهُ .

ثم مهما ادَّعى نقصانَ الصنجة (٧) فالقول قول البائع ؛ لأن الأصلَ عدمُ استيفاءِ الكمال ، فإن حلف : طَالَبَ المشترِيَ .

وهل يُطالِبُ الضامنَ بمجرد حَلِفِه دون بَيِّنَةٍ يُقِيمُها على النقصان ؟ فيه وجهان (٨) ، ووجه (٩) المنع : أن الأصلَ في حقه البراءةُ ، فلا يَنْتَهِضُ يمينُه حُجَّةً عليه .

---

(١) وهو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٢٤٧) ، مغني المحتاج : (٢/٢٠١) ، نهاية المحتاج : (٤/٤٣٩ - ٤٤٠) .

(٢) في (أ) : « المصلحة والحاجة » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) قال في الروضة : « فإن قلنا : يصح إذا ضمن صريحًا ، فحكى الإمام والغزالي وجهين في اندراجه تحت مطلقِ ضمانِ العهدة » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٤٧) .

(٥) في (ب) : « السنجة » .

(٦) قوله : « هذا » : ليس في (ب) .

(٧) في (ب) : « السنجة » .

(٨) الأصح من هذين الوجهين : أنه لا يُطالِبُ الضامنَ . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٤٦) ، مغني المحتاج : (٢/٢٠١) .

(٩) في (أ) : « وجه » بدون الواو .

القيد الثاني : كون الحقِّ لازمًا . فكلُّ دينٍ لازمٍ يصحُّ ضمانه ، ولا يصح ضمانُ نُجُومِ الكتابة ؛ لأنه لا مصيرَ لها إلى اللزوم . والأصح : صحةُ ضمان الثمن في مدة الخيار ؛ لأن مصيرَه إلى اللزوم ، والجوازُ عارضٌ .

وفي ضمان الجُعْل في الجِعالة وجهان (١) .

القيد الثالث : كونه معلومًا . فلا يصح ضمانُ المجهول على الجديد ، كما لا يصح الإبراءُ عنه .

وفي القديم : يصح ضمانُ المجهول والإبراءُ عنه .

ولا خلافَ في جواز ضمانِ إِبِلِ الدِّيَة ، وإن كان فيه (٢) ضَرْبُ جَهَالةٍ ، وكذا الإبراءُ .

وفي طريقة العراق وجه : أن ضمانَه لا يصح للجهل [به] (٣) .

ولو قال : ضمنت من عشرةٍ إلى مائة ، ففي الجديد قولان : الأشهر : الصحة (٤) ؛ لأن الأقْصَى معلومٌ ، وقد وطَّن نَفْسَه عليه .

والأقيس : الفسادُ ؛ لأن الغَرَرَ حاصلٌ بجهل المقدار بين العشرة والمائة (٥) .

* * *

---

(١) والأصح من هذين الوجهين : أنه لا يصح . انظر : روضة الطالبين : (٢٥٠/٤) .

(٢) في (أ) : « فيها » .

(٣) زيادة من (أ) ، وفي (ب) : « للجهل الصفة » .

(٤) قال في الروضة : « إذا منعنا ضمانَ المجهول ، فقال : ضمنت مما لك على فلان من درهم إلى عشرة ، فوجهان . وقيل : قولان ، أصحهما : الصحة ؛ لانتفاء الغرر » . انظر : روضة الطالبين : (٢٥٢/٤) .

(٥) في (أ) : « إلى المائة » .

الركن الخامس

(١ ويَتشعَّبُ عن المضمون به النظرُ في الكفالة بالبَدَن ١) .

والصحيح الذي عليه الفتوى : صحته ، وعليه جرى الصحابةُ والسَّلَف .

قال المزني (٢) : ضَعَّف الشافعيُّ - رضي الله عنه - كفالةَ البدن . فمنهم (٣) من جَعَل ذلك ترديدَ (٤) قولٍ ، وعلى هذا يصحُّ ضمانُ عينِ المغصوبِ والمبيعِ وكلِّ ما يجب تسليمُه ، ولا يصحُّ ضمانُ عينِ الودائعِ والأمانات ؛ إذ لا يجب تسليمُها ، فكأنَّا نكتفي بأن يكون المضمونُ به حقًّا لازمًا ، ولا يُشترط كونُه دَيْنًا ، فيصح (٥) الكفالةُ بِبَدَنِ كلِّ مَنْ يجب عليه الحضورُ (٦ مجلسَ القضاء ٦) باستدعاء المدَّعِي . وكذلك تصح الكفالةُ بالبدن قبل قيام البينة على الدين ؛ لأن مُعْتَمَدَه الحضورُ ، وهو واجبٌ . والأصح : صحته بعد حضور المدَّعَى عليه وإنكارِه ، إذا لم يُقِمِ المدّعِي البينةَ ؛ لأنه بقي له متعلقٌ في إحضاره .

ويصح الضمانُ ببدن الزوجة : وقال - ابن سريج - : يصح الضمانُ ببدن العبد الآبِقِ ، ويجب السَّعْيُ في إحضاره وردِّه ، وتصح الكفالةُ ببدن الميت ؛ إذ قد يستحق (٧) إحضاره ؛ ليُشَاهِدَ الشهودُ صورتَه فيشهدون (٨) عليه ، ولو تَكَفَّلَ ببدن شخصٍ فمات ، ففي انقطاعه بالموت وجهان (٩) ، ووجه (١٠) القطع : أن مطلقَ التصرفات تُحْمَلُ على

(١) في (أ) : « في الكفالة بالبدن وهذا متشعبٌ عن المضمون به » .

(٢) قال في « المختصر » : « وضعَّف الشافعيُّ كفالةَ الوجه في موضع ، وأجازها في موضع آخر ، إلا في الحدود » . انظر : مختصر المزني : (٢/٢٢٩) .

(٣) في (ب) : « ومنهم » .

(٤) في (ب) : « تردُّد » .

(٥) في (أ) : « فتصح » .

(٦) في (أ) : « لمجلس الحكم » .

(٧) في نسخة أخرى : « يصح » كذا على هامش الأصل .

(٨) في (أ) : « ويشهدون » .

(٩) الأصح من هذين الوجهين : عدم الانقطاع بالموت . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٥٨) .

(١٠) في (أ) : « وجه » بدون الواو .

حالة الحياة . وفي الكفالة ببدن مَنْ عليه عقوبةٌ ، ثلاثة أوجه (١) :

أحدها : بلى ؛ لأنها من الحقوق .

والثاني : لا ؛ لأنها تُعَرِّضُ السقوطَ بالشبهات .

والثالث : أنها تصح فيما للآدميين ، بخلاف ما يَثْبُتُ لله - تعالى - ، ولو تكفَّلَ بإحضارِ شخصٍ ببغداد ، والمكفولُ ببدنه بنيسابورَ : لم يَجُزْ ؛ لأنه لا يلزمه الحضورُ على هذا الوجه .

فإن قيل : بماذا يَخْرُجُ عن عُهْدَةِ هذه الكفالة ؟ قُلنا : بإحضاره في المكان الذي الْتَزَمَه ، وبتعيُّنِ المكان الذي عيَّنَ ، فإن سلم فقال : لا أُرِيدُه الآن ، فقد خَرَجَ عن العهدة ، إلا إذا كان عاجزًا عن التعلق به ؛ لاستناده إلى ركنٍ وثيق ، فإن غاب حيث يُعْرَفُ خَبَرُه ، فعلى الكفيل السَّعْيُ في إحضاره ، ويُمْهَلُ مدة الذهاب والمجيءِ ، فإن لم يُحْضِرْه حُبِسَ ، فإن (٢) حضر الأصيلُ وسَلَّمَ نَفْسَه بَرِئَ الكفيلُ ، كما لو أدَّى المضمونُ عنه برئَ الضامنُ من (٣) الدين ، فإن عجز عن إحضاره بموته أو هُرُوبِه ، فالأصح : أنه لا يَلْزَمُه شيءٌ ، وهو معنى تضعيفِ « الشافعي - رضي الله عنه - كفالةَ البدن .

والثاني : أنه يلزمه بدلُ الحضور الذي عجز عنه ، ثم فيه وجهان (٤) : أحدهما : أنه

---

(١) قال في الروضة : « فلو تكفَّل ببدن مكاتب للنجوم التي عليه لم يصح . فإن كان عليه عقوبةٌ ، فإن كانت لآدميٍّ كالقصاص وحَدِّ القذف صحت الكفالة على الأظهر . وقيل : لا تصح قطعًا . وإن كانت حدًّا لله تعالى لم تصح على المذهب . وقيل قولان » . انظر : روضة الطالبين : (٢٥٣/٤) .

(٢) في (أ) : « وإن » . (٣) في (أ) : « عن » .

(٤) قال في الروضة : « إذا مات المكفولُ به ففي انقطاع طلب الإحضار عن الكفيل وجهان :

أصحهما : لا ينقطع ، بل عليه إحضارُه ما لم يُدْفَنْ إذا أراد المكفولُ له إقامةَ البينة على صورته ، كما لو تكفل ابتداءً ببدن الميت .

والثاني : ينقطع . وهل يُطالِبُ الكفيلَ بمال ؟ وجهان : أصحهما : لا ؛ لأنه لم يلتزمه . كما لو ضمن المسلمَ فيه فانقطع ، فإنه لا يطالب بردِّ رأس المال . والثاني : يطالب ، وبه قال ابن سريج ؛ لأنه وثيقةٌ =

يلزمه الدَّيْنُ بالغًا ما بلغ ، فهو الأصلُ مهما قامت البينةُ عليه ، والثاني : يلزمه / ديةُ المكفُولِ ببدنه ، فإنه بدلُ بَدَنِه ، إلا إذا كان الدينُ أقلَّ منه . ٩٣/أ

واشتراطُ رضا المكفول ببدنه (١) يُبتنى (٢) على هذا ، فإن قلنا : الالتزامُ مقصورٌ على الحضور ، فلا يجوز دون رضاه ؛ لأنه ليس يَقْدِرُ على الاستبداد بالنقض (٣) عنه ، وإن قلنا : يلزم المالُ ، فله الانفرادُ بهذه الكفالة ، كما [يلزمه] (٤) بضمان المال ، فلو أنكر المكفولُ به الرضا ، فهل له تكليفه الحضورَ ؟ فيه وجهان (٥) .

ووجه (٦) التجويز : أن الحضورَ مستحقٌّ ، والكفيلُ لا يتقاعد عن الوكيل .

قال صاحب التقريب : فعلى هذا ينبغي أن تصح الكفالةُ بغير إذنه ، ويَقْدِرُ على

= كالرهن . وعلى هذا هل يطالب بالدَّيْن ، أم بأقلِّ الأمرين من الدين ودية المكفول به ؟ وجهان ؛ بناءً على القولين في أن السيد يفدي الجاني بالأرش ، أم بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد ؟

قلت [أي : النووي] : المختار : المطالبة بالدين ؛ فإن الديةَ غيرُ مستحقة ، بخلاف قيمة العبد » انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٥٨) .

(١) في (أ) : « المكفول به » . (٢) في (أ) : « مبني » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « بالنقضي » ، والمثبت من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) قال في الروضة : « الثامنة : يُشترط رضا المكفول ببدنه على الصحيح ، ولا يُشترط رضا المكفول له على الصحيح ، فإذا كَفَلَ بغير رضا المكفول به ، فأراد إحضارَه لطلب المكفول له ، نُظِر : إن قال : أَحْضِر خَصْمي ، فللكفيل مطالبتُه بالحضور ، وعليه الإجابةُ لا بسبب الكفالة ، بل لأنه وكَّله في إحضاره . وإن لم يقل ذلك ، بل قال : أَخْرِج عن حقِّي ، فهل له مطالبةُ المكفول به ؟ وجهان :

أحدهما : لا كما لو ضمن عنه بغير إذنه مالًا ، وطالب المضمونُ له الضامنَ ، فإنه لا يُطالِبُ المضمونَ عنه . وذكروا على هذا أنه يحبس ، واستبعده الأئمة ؛ لأنه حبس على ما لاَ يَقْدِرُ عليه .

والثاني : نعم ؛ لأن المطالبةَ بالخروج عن العهدة تتضمن التوكيلَ في الإحضار » .

(٦) في (أ) : « وجه » بدون الواو .

تكليفه الحضورَ ؛ لأنه لا يتقاعد عن الوكيل .

فروع أربعة :

الأول [١] : إذا مات المكفولُ له ، هل ينتقل حقُّه إلى ورثته ؟ فيه ثلاثة أوجه ذكرها ابن سريج : أحدها : لا ؛ لأنه حقٌّ ضعيفٌ ، ولم يَلْزَمْ [٢] إلَّا له .

والثاني [٣] : بلى ، كسائر الحقوق ، وهو الأقيس .

والثالث : إن كان في التَّرِكَةِ دينٌ أو وصيٌّ يثبت [٤] ، وكأنه نائبٌ عن جهته .

الثاني : إذا كَفَلَ ثلاثةٌ ببدنِ إنسانٍ ، فأحضره واحدٌ برئَ هو .

قال المزني [٥] : وبرئ صاحباه كما في ضمان الدين .

قال ابن سريج : لا يَبْرَأُ صاحباه ، بخلاف أداءِ الدين فإن المقصودَ قد حَصَل ، ثم [٦] وهاهنا لا يَحْصُلُ [٦] بمجرد الحضور .

الثالث : لو تكفَّل ببدن الكفيل : جاز ، ولو ضمن الضامن بالمال جاز .

وإذا تكفل ثلاثةٌ ببدنِ إنسانٍ ، وكلٌّ واحدٍ تكفَّلَ ببدن صاحبه : جاز ، فإن أحضر واحدٌ برئ هو عن كفالته ، وبرئ مَنْ تكفَّل ببدن الذي أحضره ، وأمر الباقين [في إحضار الخصم] [٧] يخرج على مذهب المزني وابن سريج .

الرابع : لو ضمن تسليمَ عين المبيع فتَلِفَ قبل القبض : انفسخ البيعُ ، فإن قلنا :

---

(١) في (أ) : « أحدها » . (٢) في (أ) : « يلتزم » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٢٥٩/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٦/٢) .

(٤) في (ب) : « بقيت » .

(٥) انظر : مختصر المزني : (٢٢٨/٢) ، روضة الطالبين : (٢٥٧/٤) .

(٦) في (أ) : « ولا يحصل هاهنا » .

(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

الكفيلُ عند العجز لا يَغْرَمُ شيئًا ، فكذلك هذا ، وإن قلنا : إنه يغرم ، فهذا على وجه : يَغْرَمُ الثمنَ [1] ، وعلى وجه : أقلّ الأمرَيْن من الثمن أو القيمة يوم التلف .

وقيل : يُعتبر أقصى القِيم كما في الغاصب .

* * *

(١) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٢٥٥) .

الركن السادس [(١)]

في [(٢)] الصيغة وما يقترن بها من شرط و [من] [(٣)] تقييد .

وفيه مسائل :

الأولى : أن الضمانَ يَصِحُّ بكلِّ لفظٍ يدل على الالتزام . كقوله : تَقَلَّدت ، والْتزمْتُ ، [(٤)] وضَمِنْتُ ، وتكفَّلت [(٤)] ، وتحمَّلت ، ولا يصح بقوله : أُؤَدِّي ، وأحضره [(٥)] ؛ لأنه وَعْدٌ .

الثانية : تعليقُ الضمانِ باطلٌ على الجديد ، وهو أن يقول : ضمنت إذا جاء رأسُ الشهر ، أو إذا [(٦)] بِعْتُ من فلانٍ ، أما تعليقُ الكفالة بالبدن على مجيءِ رأسِ الشهر : ذَكَرَ ابن سريج وجهين [(٧)] .

وفي التعليق على الحَصَادِ وجهان مرتبان ، وأولى بالمنع .

وعلى قدومِ زيدٍ وجهان مرتبان ، وأولى بالمنع ، ولو نَجَّزَ الكفالةَ وشَرَط تأخيرَ الطلب [(٨)] إلى مجيء الشهر : فهي أولى بالجواز .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « الخامس » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٢) قوله : « في » : ليس في (أ) .
(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « وتكفلت وضمنت » .
(٥) في (أ) : « فأحضره » .

(٦) في (أ) : « وإذا » .

(٧) قال في الروضة : « ولو علَّق كفالةَ البدن بمجيء الشهر ، فإن جوزنا تعليقَ المال فهي أولى ، وإلا فوجهان ، كالخلاف في تعليق الوكالة ، والفرق : أن الكفالةَ مبنيةٌ على المصلحة والحاجة . ولو علَّقها بحصاد الزرع فوجهان مرتبان ، وأولى بالمنع ؛ لانضمام الجهالة . وإن علقها بقدومِ زيد ، فأولى بالمنع ؛ للجهل بأصل حصول القدوم ، فإن جوزنا ، فوجد الشرط المعلق عليه صار كفيلًا » . انظر : الروضة : (٢٦١/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٥٦/٤) .

(٨) في (أ) ، و (ب) : « الطلبة » .

وهذا الخلافُ ليس يَجْري في ضمان المال ولا في الإبراء ؛ لأن كفالةَ البدن تنبني على المصلحة [(1)] فاتُّبعت فيه [(1)] الحاجات .

أما إذا قال : أَلْقِ متاعَك في البحر ، وعليَّ ألفٌ : لَزِمَه ، كما إذا قال : طَلِّقْ زوجتَك وأعْتِقْ عَبْدَكَ وعليَّ ألفٌ ؛ لأنه التزامٌ لغرضٍ صحيح .

ولو قال : بِعْ عَبْدَك من فلانٍ بمائة ، وعليَّ مائةٌ أخرى فوجهان ؛ الأصح : أنه لا يلزمه ؛ إذ لا يَظْهَرُ له فيه غرضٌ .

الثالثة : لو شرط في ضمان الدينِ الحالِّ أجلًا : لم يَثْبُتِ [(2)] الأجَلُ ؛ لأنه يَضْمَنُ ما عليه ، فهو تابعٌ فلا يُغَيِّرُ وَصْفَه .

وفي طريقة العراق جوازُ ذلك ؛ لأنه نوع رِفْقٍ ، فجاز إثباتُه ، ويشهد له قَطْعُ ابن سريج بأنه لو نَجَّزَ كفالةَ البدن وشَرَطَ تأخيرَ التسليم شهرًا : جاز ، ولكن احْتُمل في كفالة البدن ما لم يُحْتَمَلْ في الضمان .

ثم قال المزني : لو أحضره قبل الشهر ، برئ عن العهدة .

وقال ابن سريج : يُنْظَر : إن كان الدينُ مؤجَّلًا ، أو كانت البينةُ غائبةً : فلا يبرأ ، وإن لم يكن له غَرَضٌ فيخرج على أن الحقَّ المؤجَّلَ إذا عُجِّل هل يُجْبَرُ على قبوله ؟ وفيه قولان .

ثم إذا أفسدنا شرطَ الأجَلِ في ضمان الدينِ الحالِّ ، ففي فساد الضمانِ بفساد الشرط وجهان [(3)] .

---

(1) في (أ) : « فاتبع فيها » .

(2) والذي رجَّحه في الروضة : ثبوت الأجل ، وبهذا قطع الجمهور ، كما في الروضة : (٢٦٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٥٧/٤ ، ٤٥٨) .

(3) قال في الروضة : « وإن ضمن الحالَّ مؤجَّلًا بأجل معلوم ، فوجهان : أحدهما : لا يصح الضمان ؛ للاختلاف . وأصحهما : الصحة ؛ للحاجة .

وعلى هذا ، فالمذهب ثبوتُ الأجل ، فلا يُطالَبُ إلا كما التزم ، وبهذا قطع الجمهور . وشذَّ إمامُ الحرمين فادّعى إجماعَ الأصحاب على أن الأجلَ لا يثبت ، وأن في فساد الضمان لفساده وجهين ، أصحهما : الفساد » . انظر : روضة الطالبين (٢٦٢/٤) .

ولو ضَمِنَ الدينَ المؤجَّلَ حالًّا ، ففي فساد الشرط وجهان .

(١) وإن فَسَدَ (١) ففي فساد الضمان وجهان (٢) .

الرابعة : لو شرط الضامنُ أن يُعْطِيَ المضمونَ عنه ضامنًا ، ففي صحة شرطه وجهان (٣) ، فإن فسد ففي فساد الضمان وجهان (٤) ، وإن صحَّ فعليه الوفاءُ ، فإن لم يَفِ فله الفسخُ .

الخامسة : لو تكفَّلَ بعُضْوٍ من بدنه ، فيه ثلاثة أوجه (٥) :

أحدها : يصح ؛ لأنَّ في تسليمه تسليمَ الباقي .

والثاني : لا ؛ إذ ليس هو من التصرفات المبنيةِ على السِّراية .

والثالث : أنه إن عينَّ عضوًا لا يَقْبَلُ التسليمَ إلا بتسليم البدن ، كالقلب والبطن والظَّهْرِ : لَزِم ، وإن كان كاليد والرجل : لم يلزم .

* * *

(١) في (أ) : « فإن أفسد » .

(٢) والأصح من هذين الوجهين : صحة الضمان ، كما في الروضة : (٢٦٢/٤) .

(٣) قال في الروضة : « ولو شرط في ابتداء الضمان أن يعطيه الأصيلُ ضامنًا بما ضمن ، ففي صحة الشرط الوجهان . فإن صحَّحنا فوفى ، وإلا فللضامن فسخ الضمان » . انظر الروضة : (٢٦٦/٤) .

(٤) الأصح من هذين الوجهين : فساد الضمان ، كما في الروضة : (٢٦٦/٤) .

(٥) ذكر في الروضة وجهًا رابعًا ، ولم يُرجِّح أيَّ هذه الوجوه . انظر : الروضة : (٢٦٢/٤) .

الباب الثاني : في حكم الضمان الصحيح

وله أحكام :

الحكم [1] الأول

أنه يتجدَّدُ لمستحقِّ الدين مطالبةُ الضامن ، ولا ينقطع مطالبتُه عن المضمون عنه ؛ لأن معناه ضمُّ ذِمَّةٍ إلى ذمة .

وقال مالك [2] : لا يُطَالَبُ الضامنُ ما لم يَعْجَزْ عن المضمون عنه .

وقال ابن أبي ليلى : لا يُطَالَبُ المضمونُ عنه مالم يعجز عن الضامن .

فروع ثلاثة :

الأول [3] : لو أبْرَأَ الضامنَ لم يَبْرَأ الأصيلُ ، ولو أبرأ الأصيلَ بَرِئَ الكفيلُ ، وقوله للضامن : وَهَبْتُ منك ، أو تصدَّقْتُ عليك ، كالإبراء لا كالتوفية ، ثم استئنافُ الهبة حتى [4] لا يَثْبُتَ الرجوعُ ، خلافًا لأبي حنيفة [5] / - رحمه الله - فإنه قال : كالتوفية ٩٣/ب

---

(١) كلمة : « الحكم » : ليست في (أ) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه إذا صح الضمانُ فللمضمون له مطالبةُ الضامن ، ولا تنقطع مطالبته عن المضمون عنه ، بل له مطالبتُهما جميعًا ، ومطالبةُ أيِّهما شاء .

ومذهب المالكية : أنه ليس للمضمون له مطالبةُ الضامن إلا إذا قَصَرَ مالُ المضمون عنه عن الوفاء بالدين ، فله الرجوع على الضامن بالباقي .

انظر : روضة الطالبين : (٢٦٤/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٥٨/٤) ، الكافي : (٣٩٨، ٣٩٩) ، القوانين الفقهية : (٣٣١) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٣٣٧/٣) .

(٣) في (أ) : « أحدها » .

(٤) كلمة : « حتى » : ليست في (أ) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن ربَّ الدين إذا وَهَبَه للضامن أو تَصدَّق عليه به فهو كالإبراء ، فلا رجوعَ للضامن على المضمون عنه .

ومذهب الحنفية : أن رب الدين إذا وهبه للضامن أو تصدق به عليه فهو كأنه وفَّاه دَيْنَه ويكون له الرجوعُ على الأصيل - المضمون عنه - . انظر : مختصر الطحاوي : (١٠٥) .

فله الرجوعُ] (١) .

الثاني : لو كان الدينُ مؤجلًا ، ومات الأصيلُ وحَلَّ الدينُ : لم يُطَالِبِ الكفيلَ ؛ لأنه حيٌّ ، ولم يلتزم ذلك أصلًا (٢) .

الثالث : لو قضى الضامنُ ثم وُهِبَ (٣) منه بعد القبض ، ففي الرجوع خلافٌ (٤) كما في هبة الصداق .

* * *

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٢) كلمة : « أصلًا » : ليست في (ب) .

(٣) في (أ) : « وُهِبَه » .

(٤) والأصح : الرجوع ، كما في الروضة : (٤/٢٧٠) .

الحكم الثاني

يجوز [١] للضامن إجبارُ المضمون له على قبول الدين مهما أدَّاه ؛ لأنه صار ملتزمًا ، بخلاف ما إذا أدَّى دينَ غيرِه متبرِّعًا [٢] ، فإنه لا يُجْبَرُ على القبول بل له ذلك إن أراد .

ومن أصحابنا مَنْ قال : إن كان الضمانُ في صورة لا يرجع إذا ضمن : لا يلزمه القبولُ ؛ لأن في قبوله إدخالَ المال في مِلْكِ المضمون عنه ضمنًا ، ثم وقوعه عن جهته ، وهو ضعيف .

* * *

---

(١) في (أ) : « يتجدد » .

(٢) كلمة : « متبرعًا » : ليست في (أ) .

الحكم الثالث

يتجدَّدُ للضامن مطالبةُ المضمون عنه بتخليصه بقضاء الحقِّ (١) . اتفق (٢ الأصحاب عليه ٢) سوى القفال ، فإنه قال : ليس له ذلك في وجه حكاه ، ولو حُبس فهل له أن يقول : احْبِسوا المضمونَ عنه معي ؟ فيه وجهان (٣) . أما المطالبةُ بتسليم الدين إلى الضامن قبل (٤) أن يَغْرَمَ الضامنُ ، ففيه (٥) وجهان : أحدهما (٦) : لا ؛ لأنه رجوعٌ قبل الأداء . والثاني : نعم ؛ لأنه ملتزمٌ له ، فله الاستيفاءُ منه ، وينبني على هذا أنه [إذا] (٧) صار مستحق دين عليه فله أن يشترط كفيلًا عليه (٨) في أصل الضمان ، وله الإبراءُ [عنه] (٩) والمصالحة .

وفي طريقة العراق : أنه لو سَلَّم إلى الضامن ما يُستحب له بقضاء الدين ، هل يَمْلِكُه ؟ وجهان (١٠) : ووجه (١١) التمليك : أنه يستحق (١٢) بسببَيْن : الضمان ، والقضاء ، وقد جرى أحدُهما ، فكان كاليمين مع الحِنْث ، ومأخذُ الخلاف مما ذكرناه (١٣) أولى .

* * *

---

(١) في (أ) : « الدين » .
(٢) في (أ) : « عليه الأصحاب » .

(٣) في (ب) : « وجهان أحدهما » . قال في الروضة : « ولو حبس المضمونُ له الضامنَ ، فهل له حبْسُ الأصيل ؟ وجهان ؛ بناءً على التخريج . إن أثبتنا العُلْقَةَ بينهما فنعم ، وإلا فلا ، وهو الأصح » .

انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٦٥) ، مغني المحتاج : (٢/٢٠٩) ، نهاية المحتاج : (٤/٤٦٠) .

(٤) في (ب) : « من قبل » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « فيه » .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في مغني المحتاج : (٢/٢٠٩) .

(٧) زيادة من (أ) .
(٨) في (أ) : « عنه » .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) قال في الروضة : « وهل للضامن تغريمُ الأصيل قبل أن يغرم حيث ثبت له الرجوع ؟ وجهان ؛ بناءً على التخريج المذكور . وليكن الوجهان تفريعًا على أن ما يأخذه عوضًا عما يقضي به دينَ الأصيل يملكه وفيه وجهان ؛ بناءً على التخريج » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٦٥) .

(١١) في (أ) : « وجه » بدون الواو .
(١٢) في (أ) ، (ب) : « مستحق » .

(١٣) في (أ) : « ذكرنا » .

الحكم الرابع : الرجوع بعد الأداء

ونُقَدِّم عليه أنه لو أدَّى ديْنَ غيره من غير ضمانٍ بغير إذنه : لم يَرْجِعْ ، وإن أدى بإذنه مع شرط الرجوع : رَجَعَ عليه .

وإن أطلق الإذنَ فوجهان [1] يقربان من القولين في أن الهبةَ المطلقةَ هل تقتضي ثوابًا بالعُرْف ؟

ولو [2] قال : أدِّ دينَ فلانٍ لم يَرْجِعْ على الأمر قطعًا ، ولو قال : أدِّ دينَ الضامن عنِّي ، فهو كما لو قال : أدِّ ديني ؛ لأن له فيه غرضًا .

فرع :

ولو صالح المأذونَ على غير جنسه [3] ، فثلاثة أوجه :

أحدها : لا يرجع ؛ لأن ما أدَّاه غيرُ مأذون فيه ، فبطل أثرُ الإذن .

والثاني : يرجع [4] ؛ لأنه مأذونٌ [له] [5] في أصل الأداء ، وهذه مراضاةٌ في التفصيل جرى بينهما .

والثالث : [أنه] [6] إن قال : أدِّ ديني رجع [7] . وإن قال : اقْضِ ما عليَّ لم يرجع ، فإن خالفه [8] رجعنا إلى الضمان . فإذا ضَمِنَ بإذنه وأدَّى بإذنه : رجع وإن لم يشترط الرجوعَ ، هذا هو المذهب ؛ لأنه إذْنٌ في الالتزام والأداء ، بخلاف مجردِ الإذن في الأداء . وإن ضمن بغير إذنه وغَرِمَ بغير إذنه فلا رجوع . وإن ضمن بإذنه وأدَّى بغير إذنه فثلاثة أوجه :

---

(١) الأصح : أن له الرجوع هنا أيضا ، كما في الروضة : (٢٦٦/٤) ، ومغني المحتاج : (٢١٠/٢) ، ونهاية المحتاج : (٤٦٣/٤) .

(٢) في (أ) : « فلو » .	(٣) في (أ) : « الجنس » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٢٦٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢١٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٦٤/٤) .

(٥) زيادة من (أ) .	(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « يرجع » .	(٨) في (أ) : « خالف » .

أحدها : أنه لا يرجع ؛ لأن موجبَ الرجوع هو الأداءُ ، وهو غيرُ مأذون .

والثاني : بلى [١] - وهو المنصوص - ؛ لأن الإذنَ في الالتزام إذنٌ في الأداء .

والثالث [٢] : أنه إن طُولِبَ فغرم : رجع ، وإن ابتدأ مبادرًا إليه : لم يرجع .

وإن ضمن بغير إذنٍ وغرم بالإذن ، فوجهان مرتبان على مَنْ لم يضمن إذا أدَّى بالإذن ، فأولى [٣] بأن لا يرجع ؛ لأنه سَبَقَ التزامُه ، فأداؤه خروجٌ عن التزام نَفْسِه ، وهو الأصح . هذا كلُّه إذا شهد [٤] على الأداء ، فلو لم يشهد : فلا رجوعَ له إلا إذا صدَّقه المضمونُ له . والمضمونُ عنه جميعًا [٥] ، فإن صدَّقه (٦ المضمونُ عنه دون ٦) المضمونِ له ، فوجهان :

أحدهما : يَرْجِعُ ؛ مؤاخذةً له بتصديقه .

والثاني [٧] : لا ؛ لأنه لم يَنْفَعْه بأدائه ؛ فلا يرجع به . وإن صدَّقه المضمونُ له وكذَّبه المضمونُ عنه ، فوجهان :

أحدهما : بلى [٨] ؛ لأنَّ البراءةَ حَصَلَتْ باعتراف المضمون له .

والثاني : لا ؛ لأن الأصلَ براءةُ ذِمَّتِه ، وقولُ غيره ليس حُجَّةً عليه ، ولو كان بمَرْأًى من المضمون عنه رَجَعَ ؛ لأن التقصيرَ منسوبٌ إليه في تَرْكِ الإشهاد ، لا إلى الضامن .

ولو أشهد فماتوا أو غابوا : لم يمتنع الرجوعُ ، ولو ادَّعى موتَ الشهود ، وأنكر

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٢٦٦) ، مغني المحتاج : (٢/٢٠٩) ، نهاية المحتاج : (٤/٤٦٢) .

(٢) في (أ) : « الثالث » بدون الواو .

(٣) في (أ) : « وأولى » .

(٤) في (أ) : « أشهد » .

(٥) كلمة : « جميعًا » : ليست في (أ) .

(٦) ما بين القوسين ليس في (ب) .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٢٧١) ، مغني المحتاج : (٢/٢١٠ ، ٢١١) ، نهاية المحتاج : (٤/٤٦٤ ، ٤٦٥) .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٢٧٢) .

المرجوعُ [عليه] [(١)] أصلَ الإشهاد ، فالقولُ قول [(٢)] مَنْ ؟ [فيه] [(٣)] وجهان :

أحدهما : يرجع ، إذ الاحترازُ عنه غير ممكن ، والأصلُ عدمُ التقصير .

والثاني [(٤)] : لا ؛ لأن الأصلَ عدمُ الإشهاد .

ولو قال : أشهدت زيدًا وعَمْرًا [(٥)] ، فقالا : كَذَبَ ، فهو كترك الإشهاد ، ولو قالا : لا ندري لعلنا نَسِينَا فوجهان [(٦)] .

ولو [(٧)] أشهد رجلًا وامرأتين : رجع ، ولو أشهد مستورَيْن فعدلا : رجع ، وإن لم يَعْدِلَا فوجهان [(٨)] يقربان من الخلاف في انعقاد النكاح بشهادتها .

ولو أشهد واحدًا ليَحْلِفَ معه ، فوجهان [(٩)] .

ووجه التقصير : أن القاضيَ ربما يكون حنفيًّا ، ثم لو كذَّبه المضمونُ له وطالبه مرةً أخرى فأشهد على الأداء الثاني ، فالصحيحُ أنه يَرْجِعُ الآن .

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (ب) : « قوله » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٢٧٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢١١/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٦٥/٤) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) « عمروا » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) وهو الصواب .

(٦) قال في الروضة : « ولو قالا : لا ندري وربما نسينا ، ففيه تردُّدٌ للإمام » . وفي مغني المحتاج : « ولو قال الشهودُ : لا ندري ، وربما نسينا ، لا رجوع كما رجَّحه الإمامُ وجعله أولى بذلك من دعواه موتَ الشاهد » .

انظر : روضة الطالبين : (٢٧٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢١١/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٦٥/٤) .

(٧) في (أ) : « فلو » .

(٨) الأصح من هذين الوجهين : أن له الرجوع ، كما في الروضة : (٢٧١/٤) ، مغني المحتاج : (٢/ ٢١٠) ، نهاية المحتاج : (٤٦٤/٤) .

(٩) الأصح من هذين الوجهين : أنه يرجع ، كما في الروضة : (٢٧١/٤) ، مغني المحتاج : (٢١٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٦٤/٤) .

وقيل : إنه إذا لم يرجع بالأول فهو مظلومٌ بالثاني بزعْمِه ، فلا يرجع أيضًا به .

فروع [ثلاثة] [(١)] :

الأول : لو صالح الضامنُ المضمونَ له [(٢] نُظِرَ : فإن سُومح بمقدارٍ أو بصفة فيه : لم يَرْجِعْ إلا بما بذل ، ولو صالح [٢)] على عِوَضٍ يساوي تسعمَائة عن دين مَبْلَغُه ألفٌ فوجهان : أحدهما : يرجع بتمام الألف ، فإن المسامحةَ معه في شراء ماله بالغَبْن مخصوصٌ به . والثاني [(٣)] : [(٤] لا ، بل [٤)] فإنه لم يَبْذُلْ إلا قَدْرَ تسعمائة .

ولو صالح الضامنُ المضمونَ له على خمرٍ وكانا / ذمِّيَّيْنِ ، والمضمونُ عنه مُسْلِمٌ ، ففي صحة الصلح وجهان [(٥)] . ٩٤٤/أ

فإن صَحَّحْنا وقلنا : الرجوعُ بما بذله ، فهاهنا لا يطمع [(٦)] فيه . وإن قلنا : الرجوع بالدَّيْن رجع .

الثاني : إذا ضَمِنَ العبدُ من [(٧)] سيده بإذنه فأدَّاه [(٨)] بعد الحرية من كَسْبِهِ ، ففي رجوعه وجهان [(٩)] يَقْرُبان من الخلاف في استمرار الإجارة بعد العتق .

الثالث : لو ضمن السيدُ عن عبده بإذنه وأدَّاه بعد عِتْقِه رجع عليه ، وإن أدَّاه قبل

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٣) هذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٢٦٧/٤) .

(٤) في (أ) : « لا يرجع إلا بما بذله » .

(٥) الأصح : أن المسلمَ لا يبرأ ، ولا يرجع الضامنُ عليه ، كما في الروضة : (٢٦٨/٤) ، مغني المحتاج : (٢١٠/٢) .

(٦) في (أ) : « مطمع » .

(٧) في (أ) : « عن » .

(٨) في (أ) : « وأداه » .

(٩) قال في الروضة : « ضمن عبدٌ بإذن سيده ، وأدَّى في حال رقِّه ، فحقُّ الرجوع لسيده . وإن أدَّى بعد عتقه ، فالرجوعُ للعبد على الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (٢٤٤/٤) .

العتق ، رأيت للأصحاب [١] : أنه يرجع ، وفيه نظر من حيث إن فيه إثباتَ دَيْنِ السيد [٢] على عبده [٣] في دوامِ الرِّقِّ . وإن ضمن السيدُ عن العبد المأذونِ دينَ التجارة ، فهل يَرْجِعُ بعد العتق ؟ . فإن [٤] قلنا : إن العبد لو أدَّاه رجع على السيد ، فالسيدُ لا يَرْجِعُ عليه . وإن قلنا : لا يرجع فوجهان ، ووجه المنع : أن السيدَ إنما يرجع ؛ لأنه يقول : ضمنت بإذنك ، فللعبد أن يقول : وأنا الْتَزَمْتُ دينَ التجارة بإذنك ، فيقاوم الأمران [٥] فلا رجوع .

* * *

(١) في (أ) : « رأيت الأصحاب يقولون » . (٢) في (أ) : « للسيد » ، وفي (ب) : « لسيد » .

(٣) ثبت على نسخة (أ) حاشيةٌ على هذا الكلام ، وهذا نصُّها : « ولو ضمن عنه سيدُه ، يصح ويطالب به السيد ، ثم إن أدَّى في حال رقِّه لا رجوعَ له على العبد بالضمان والأداءِ بإذنه ، أو بغير إذنه ؛ لأن السيدَ لا يثبت له على عبده دينٌ ، وإن أدَّى بعد العتق نظر وإذنه لا يرجع عليه ، وإن أدَّى بإذنه فهو كمن ضمن عن حُرٍّ دينًا بغير إذنه ، وأدَّى بإذنه ؛ لأن رهنَ العبد – وإن كان بالإذن – فهو كالضمان عن الحر بغير الإذن ؛ لأنه عقيب الضمان لا يمكنه الرجوعُ ، كلام صاحب « التهذيب » بعينه (ن) . ونقل عن « الحاوي » أنه إن أدَّى في حال رقِّه لا يرجع ، فإن أدَّى بعد عتقه فيه وجهان . (انتهى) . فكلام صاحب « التهذيب » و « الحاوي » على خلاف ما قال هنا ، والله أعلم » .

(٤) في (أ) : « إن » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « للأمران » وهو خطأ واضح ، والمثبت من (أ) .

الباب الثالث : في الاختلاف

وفيه مسألتان (١) **:**

إحداهما : فيما يُسْمَعُ من تناقُضِ قول المدَّعي .

مثاله : أن مَنْ باع شيئًا من رجُلَيْنِ بألف بشرط (٢) أن يكون كلٌّ واحدٍ ضامنًا عن صاحبه : بطل البيع ؛ لأنه شَرَطَ على المشتري التزامَ غيرِ الثمن .

ولكن لو جرى الضمانُ (٣) من غير شرط : صحَّ من كلٍّ جانبٍ ، وكان له أن يُطالِبَ مَنْ شاء [منهما] (٤) بألف ، فلو أخذ من أحدهما خمسمائة وقال (٥) : أدَّيته عن جهة الضمانِ وحِصَّتُكَ باقيةٌ ، فالقول قول المؤدِّي .

وإن (٦) حلف أنه أدَّى عن جهةِ نَفْسِه ، فهل له أن يطالبه عن جهة الضمان ؟ [فيه] (٧) وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه يناقِضُ قولَه الأولَ ، إذ اعترف في دعواه ببراءته عن جهة الضمان .

والثاني – قطع به القفالُ ، وهو الصحيح – : أنه يجوز ؛ إذ بنى ذلك على خيالٍ وانكشف بيمينه فلا يبطل حقُّه ، وهو كما لو ادَّعى على المشتري أن المُشْتَرى غَصْبٌ (٨) ، فقال منكرًا : بل هو مِلْكي وملكُ مَنْ اشتريته (٩) منه ، فأُقيمت البينةُ ، فإنه (١٠) يرجع على البائع بالثمن ، وإن كان قد اعترف له بالصدق وأنه ملكُه ، ولكن قيل : هو بَناءٌ (١١) على ظاهرٍ وقد ظهر بالبينة نَقِيضُه . ومن الأصحاب من طَرَدَ وجهًا : أنه لا يرجع ؛ إذ كان حقُّه أن يقول : لا يلزمني تسليمُه إليك ، ولا يُقِرُّ للبائع بالملك ، وهو بعيد .

---

(١) في (أ) : « مسائل » وهو خطأ .
(٢) في (أ) : « وشرط » .
(٣) في (أ) : « للضمان » .
(٤) زيادة من (أ) .
(٥) في (أ) : « فقال » .
(٦) في (أ) : « فلو » .
(٧) زيادة من (أ) .
(٨) في (أ) : « مغصوب » .
(٩) في (أ) : « اشتريت » .
(١٠) في (ب) : « إنه » .
(١١) في (أ) : « بنى » .

ولو ادَّعى على شخصٍ ضمانًا عن غائبٍ فأنكر ، فأُقيمت البينةُ فغَرِمَ فأراد الرجوعَ على الغائب : نقل المزني [(١)] أن له ذلك . وهذا [(٢)] بعيدٌ ؛ لأنه قَطَعَ بنَفْيِ الضمان وهو فِعْلُه الذي يَنْفِيه [(٣)] ، فالرجوعُ مناقضٌ له .

فمن الأصحاب مَنْ قال : لا يرجع وهو الأصح ، وحَمَل [(٤)] كلامَ المزني على ما إذا سَكتَ ، أو أنكر وكيلُه ولم يُنْكِرْ هو بنفسه .

ولو قال الكفيلُ : أبْرَأْتُ الأصيلَ فبرئت ، فحلف المستحق ، فهل للكفيل مطالبةُ الأصيل وهو مناقضٌ لما تقدَّم منه ؟ فيه وجهان ، الأسَدُّ : الجواز ؛ لأنه قد يدعي ذلك عن سماعٍ وظَنٍّ ، فيتبيَّنُ بالحلف نقيضُه .

وكذلك لو تكفَّل ثم قال : كنْتُ أبرأتُ قبل كفالتي ولم أعرف ، فهل يُسمع دعواه للتحليف ؟ فيه وجهان يجري [(٥)] في كلِّ دعوى محتمل مناقضة [(٦)] عَقْدٍ سابق .

المسألة الثانية : ادَّعى ضمانًا بألف وأقام شاهدًا أنه ضَمِنَ ألفًا ، وآخرَ أنه ضمن خمسمائة ، ففي ثبوت الخمسمائة وجهان :

أحدهما : نعم ، كما لو أطْلَقَ دعوى الألفِ من [(٧)] غير إسنادٍ إلى ضمان .

والثاني : لا ؛ لأنهما لم يَتَّفِقَا على شيءٍ واحد ، وضمان الألف يخالف ضمانَ الخمسمائة ، بخلاف الدين المطلق .

ولو شهد الآخرُ أيضًا على الألف ولكن قال : قد قَضَى منه خمسمائة ، ففي ثبوتِ تمامِ الألف وجهان :

---

(١) انظر : مختصر المزني (٢/٢٢٨،٢٢٩) .
(٢) في (أ) : « وهو » .
(٣) في (أ) : « يتيقنه » .
(٤) في (أ) : « ومحمل » .
(٥) في (أ) : « يجريان » .
(٦) في (أ) : « يناقضها » .
(٧) في (أ) : « عن » .

أحدهما : نعم ؛ لأنهما اتفقا عليه ، وانفرد أحدُهما بشهادةِ قضاءِ الدين ، فيَلْغُو .

والثاني : لا ؛ لأنه وصل بشهادته ذلك ، فكأنه لم يَشْهَدْ إلا على خمسمائة ، ثم لاشَكَّ أنه لو حلف مع شاهدٍ (١ على قضاءِ ١) الخمسمائة يُقْضَى له [به] (٢) بشرط أن تُعَادَ الشهادةُ ، فإنها جَرَتْ قبل الاستشهاد . والله أعلم .

---

(١) في (أ) : « أنه قضى » .

(٢) زيادة من (أ) .

كتاب الشَّرِكة

الشركة معاملةٌ صحيحةٌ وليس عقدًا برأسها ، وإنما هو [1] وكالةٌ على التحقيق ، [2] وإذْنُ كلٍّ واحدٍ من الشَّرِيكَيْنْ صاحبه [2] في التصرُّفِ في المال المشترَكِ .

وفيه ثلاثة فصول :

---

(١) في (أ) : « هي » .

(٢) في (أ) : « وإذْنٌ مِن كلٍّ واحدٍ من الشركاء لصاحبه » .

الفصل الأول : في أركانه

وهي ثلاثة :

الأول : المال الذي فيه الشركة .

[والشركةُ أنواعٌ ، والصحيح واحدةٌ من الشريكين لصاحبه] (١) وهي شركةُ العِنَان ، اشْتُقَّتْ من عِنَانِ الدَّابَّة ؛ لتساوِي جانبَيْه ، فكأنهما يتساويان في العملِ والمالِ ، كعِنَان الدابة ، وله شروط (٢) :

الأول : أن تَجْرِيَ فِي نَقْدٍ . فإن جَرَتْ في عُرُوضٍ مشتركةٍ ، فالأصح : الجواز ؛ إذ لا معنى للشركة إلا الإذْنُ في التصرف ، والرِّبْحُ مُتوزِّعٌ على قَدْرِ المالَيْنِ .

والثاني : المنع ؛ لأن مقصودَهما (٣) الاتِّجَارُ ، فأشبهَ القِراضَ .

الشرط الثاني : الاختلاط . فإن كان المالُ مشترَكًا على الشُّيُوع فهو الغرض ، وإلا فلابُدَّ من اختلاطٍ يمتنع معه التمييزُ حتى يقوم مقام الشركة .

فلو اختلفا في النوع ، (٤ أو في الصنجة ، أو في الصَّكَّة ٤) : لم يصح ؛ لأنه متميزٌ بملكه ، وكذلك لو تعذَّر التمييزُ ، كما لو خلط السِّمْسِمَ بالكِتَّان ، ولو خلط الحِنْطَةَ الحمراءَ بالبيضاء ففيه وجهان (٥) ؛ لأن اتحادَ الجنس مع عُسْرِ التمييزِ قد يجعلهما بحكم العُرْفِ (٦ كالشيء الواحد ٦) / . ٩٤/ب

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) : « شرائط » . (٣) في (أ) : « مقصودها » .

(٤) في (أ) : « أو الصحة ، أو السكة » .

(٥) قال في الروضة : « وإذاجوَّزنا الشركةَ في المثليات وجب تساويهما جنسًا ووصفًا ، فلا يكفي خلطُ حنطة حمراء ببيضاء ؛ لإمكان التميز ، وإن كان فيه عُسْرٌ ، وفي وجه : يكفي ؛ لأنه يُعَدُّ خلطًا » .

انظر : روضة الطالبين : (٢٧٧/٤) .

(٦) في (أ) : « كشيءٍ واحد » .

فروع :

الأول : شركةُ المُفَاوَضَة باطلةٌ ، خلافًا لأبي حنيفة (١) ، وهو : أن لا يَخْلِطَا مالَيْهما ، ولكن يتفاوضان في الاشتراك في الغُنْم والغُرْمِ في كلِّ ما يُفِيدُ ويُوجِبُ غُرْمًا ، وهو فاسد ؛ لأن كلَّ واحدٍ متميِّزٌ بملكه وجِنَايتِه ، فكان متميزًا بثمرته وغرامته .

الثاني : شركةُ الأبْدَانِ باطلةٌ ، خلافًا لأبي حنيفة (٢) ، وهو : اشتراكُ الدَّلَّالِين [والحمَّالِين] (٣) في أُجْرةِ أعمالِهم ؛ لأن كلَّ واحدٍ متميزٌ باستحقاق (٤) منفعتِه ، فاختص باستحقاق بَدَلِه .

الثالث : شركةُ الوُجُوهِ باطلةٌ ، وهو أن يَبِيعَ الوَجِيهُ المقبولُ اللهجةِ في البيع مالَ الخاملِ برِبْحٍ ، على أن يكون (٥ بعضُ الربح له ٥) ، فالربحُ كلُّه لصاحب المال وله أجرةُ تَعَبِه إن عَمِلَ ، وإن لم يَصْدُرْ منه (٦) إلا كلمةٌ لا تَعَبَ فيها فلا قيمةَ لها .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن شركةَ المفاوضة باطلةٌ . وهي أن يشتركا ؛ ليكون بينهما ما يكسبان ويربحان ويلزمان من غرم ويحصل من غنم .

ومذهب الحنفية : أن شركة المفاوضة جائزةٌ .

انظر : التنبيه للشيرازي : (٧٥) ، روضة الطالبين (٢٧٩/٤ ، ٢٨٠) ، مغني المحتاج : (٢١٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٥/٤) ، مختصر الطحاوي : (١٠٦) ، المبسوط : (١٥٢/١١) ، رءوس المسائل : (٣٢٧) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣/٣) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٢/٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (٧٢/٢) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن شركة الأبدان باطلة . وهي أن يشترك الدلَّالانِ أو الحمَّالان أو غيرُهما من أهل الحِرَف على ما يكسبان ؛ ليكون بينهما متساويًا أو متفاضلًا ، وهو مذهب زفر .

ومذهب الحنفية : أن شركة الأبدان جائزة .

انظر : التنبيه : (٧٥) ، روضة الطالبين : (٢٧٩/٤) ، مغني المحتاج : (٢١٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٥/٤) ، مختصر الطحاوي : (١٠٧) ، المبسوط : (١٥٥/١١) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (١٠/٣ ، ١١) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٧/٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (٧٧/٢ - ٧٨) .

(٣) زيادة من (أ) . (٤) في (أ) : « باختصاص » .

(٥) في (أ) : « له بعض الربح » . (٦) قوله : « منه » : ليس في (أ) .

الرابع : إذا كان لواحدٍ بَغْلَةٌ وللآخر راويةٌ ، وشاركهما ثالثٌ ليستقي [١] الماءَ بنفسه ويكون مشتركًا بينهما ، فإن استقى ناوِيًا نَفْسَه [٢] : اختص بالملك ، ولهما عليه أجرةُ المثل . وإن قصد الشركةَ في الماء ، ففيه وجهان [٣] ، مأخذُهما : أن الاستنابةَ هل تُؤثِّرُ في إحراز المباحات حتى يتصرَّفَ الملك عن المحرز بالقصد ؟ وسنذكره في الوكالة .

فإن قلنا : تؤثر ، فالتوزيعُ هاهنا على عدد الرءوس ، أو على قَدْرِ أجرةِ المِثْلِ ؟ فيه وجهان [٤] :

فإن قلنا : يتوزَّعُ على عدد الرءوس فيتراجعون بما يتفاوت من أجرة المِثْلِ لا محالةَ .

ولو استأجر بغلةً وراويةً ورجلًا للاستقاء ، وأفْرَدَ كلَّ إجارةٍ بصفقة : فلا شك في الصحة ، وأن الملكَ في الماء يَقَعُ للمستأجر .

وإن فسدت الإجارةُ بسببٍ [٥] ، قال الشيخ أبو عليّ : وقع الماءُ أيضًا للمستأجر ، وإن قَصَدَ الأجيرُ أيضًا [الماءَ] [٦] نَفْسَه لتأثير العِوَض ، وفيما إذا قَصَدَ نَفْسَه مع فساد الإجارة نَظَرٌ لأنه لا استحقاقَ ولا قَصْدَ من جهة المستقي إلا لنفسه ، فينبغي أن يقع له .

وهكذا إذا كان من واحدٍ بَذْرٌ ، ومن آخر آلةُ الحِراثة ، ومن ثالث العملُ على

---

(١) في (أ) : « يستقي » .　　(٢) في (ب) : « لنفسه » .

(٣) ، (٤) قال في الروضة : « لو أخذ جَمَلًا لرجل ، وراويةً لآخر ، وتشاركوا على أن يستقي الآخذُ الماءَ ، والحاصلُ بينهم ، فهو باطلٌ ، فلو استقى ، فلمن يكون الماء ؟ نقل صاحب « التلخيص » وآخرون فيه اختلاف قول ، وضعَّف الجمهور هذه الطريقة ، وصوَّبوا تفصيلًا ذكره ابن سريج ، وهو أنه إن كان الماءُ مملوكًا للمستقي ، أو مباحًا ، لكن قصد به نفسه فهو له ، وعليه لكل واحدٍ من صاحبيه أجرةُ المثل . وإن قصد الشركة فهو على الخلاف في جواز النيابة في تملك المباحات . فإن منعناها فهو للمستقي ، وعليه الأجرة لهما . وإن جوَّزناها وهو الأصح فالماء بينهم . وفي كيفية الشركة ، وجهان : أحدهما : تقسم بينهما على نسبة أجور أمثالهم ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد ، وحكي عن نصه في البويطي .

وأصحهما عند الشيخ أبي علي وبه قطع القفال : أنه يقسم بينهم بالسوية اتباعًا لقصده » . انظر : روضة الطالبين : (٢٨٠/٤ ، ٢٨١) .

(٥) كلمة : « بسبب » : ليست في (ب) .　(٦) زيادة من (أ) .

الاشتراك في الزرع ، فالزرعُ لصاحب البَذْرِ ولهما عليه أجرةُ المثل ، ولا طريقَ للاشتراك في الزرع إلا الاشتراكُ [١] في البذر .

الشرط الثالث : اقتران الخلط بالشركة .

فلو عقد عقدَ الشركة لفظًا ، ثم جرى الخلطُ بعده : قال للأصحاب [٢] : لا يصح ، وفيه نظرٌ محتملٌ ؛ إذ لا معنى للشركة إلا الإذنُ ، ولا ينقطع الإذنُ بالخلط الطارئ ، ولا يمتنع في حالة الإفراد .

الشرط الرابع : استواء المالين .

شَرَطه أبو القاسم الأنماطي وهو هَفْوَةٌ ، فلا مستندَ لاشتراط ذلك أصلًا .

الشرط الخامس : معرفةُ مقدار النصيب حالةَ الشركة .

وفيه وجهان [٣] ، ومأخذه [٤] : أن الإذنَ في التصرف مع الجهل بقَدْرِ المتصرَّفِ فيه على هذا الوجه ، هل يصح ؟

ولعل الأظهر : الصحة ، فالمتفقُ عليه من جملة الشرائط الخمسةِ واحدٌ ، وهو : اختلاطُ المالَيْنِ حتى ينزل منزلةَ المشترك ، وما عداه مختلفٌ فيه .

الركن الثاني : صيغة العقد .

وهو [٥] أن يقولا : اشتركْنَا على أن يتصرَّف كلٌّ [واحد] [٦] مِنَّا في مال صاحبه ، فيرجع حاصلُ العقد إلى إذْنِ كلٍّ واحدٍ [منهما] [٧] لصاحبه في التصرف ،

---

(١) في (ب) : « بالاشتراك » . (٢) في (أ) : « الأصحاب » .

(٣) أصح هذين الوجهين : أنه لا يُشترط العلمُ بمقدار النصيبين حالةَ العقد ، كما في الروضة : (٤/٢٧٨) . مغني المحتاج : (٢/٢١٤) ، نهاية المحتاج : (٥/٨ - ٩) .

(٤) في (أ) : « مأخذه » بدون الواو . (٥) في (أ) : « وهي » .

(٦) زيادة من (أ) . (٧) زيادة من (أ) .

فلو اقتصر على لفظ الاشتراك ، ففيه وجهان [1] من حيث إنَّ [2] بمجرده يحكم [2] العرف إشعارًا بالمقصود وإن لم يُصرِّح به .

الركن الثالث : العاقدان .

ويُشترط فيهما ما يُشترط في الوكيل والموكِّل ، وسيأتي في الوَكالة .

نعم . يُكره مشاركةُ أهلِ الذِّمَّةِ والفُسَّاقِ ؛ لأنهم لا يَحْتَرِزُون عن الرِّبا .

* * *

(١) الأصح من هذين الوجهين : أنه لا يكفي الاقتصارُ على لفظ الاشتراك ، كما في الروضة : (٤/ ٢٧٥) ، مغني المحتاج : (٢/٢١٣) ، نهاية المحتاج : (٥/٦) .

(٢) في (أ) : « لمجرده بحكم » .

الفصل الثاني : في حكم الشركة الصحيحة

ولها [1] ثلاثة أحكام :

الأول : [أن] [2] يتسلَّطَ كلُّ واحدٍ على التصرف بشرط الغِبْطَةِ .

سواء انفرد باليد أو كان المالُ في يدهما ، ولا يُشترط أيضًا كونُ المال في يدهما ؛ لصحة العقد ، بل يصح كيف ما كان .

فما يشتريه أحدُ الشريكين بعَيْنِ مالِ الشَّركة يَقَعُ مشترَكًا ، وما يشتريه في الذمة على قَصْدِ الشركة أيضًا يقع مشتركًا .

الثاني : أن الرِّبْحَ والخُسْرَانَ موزَّعٌ على نسبة المالَيْن . فلو شُرِطَ اختصاصُ أحدِهما بمزيدِ ربحٍ [3] : بَطَلَ الشرطُ [4] ويُوزَّعُ على قَدْرِ المِلك [5] ، خلافًا لأبي حنيفة [6] .

---

(١) في (أ) : « فلها » .　　　　(٢) زيادة من (أ) .

(٣) كلمة : « ربح » : ليست في (أ) .

(٤) قال في الروضة : « الحكم الثالث : أن الربح بينهما على قدر المالَيْن ، شُرِط ذلك أم لا ، تساويا في العمل أم تفاوتا . فإن شرطا التساوي في الربح مع التفاوت في المال ، أو التفاوت في الربح مع التساوي في المال فسدت الشركةُ على المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكى الإمام وجهًا آخر : أنها لا تفسد ، ويُوزَّع الربحُ على قدر المالين . ولعل الخلاف راجعٌ إلى الاصطلاح ، فأطلق الجمهورُ لفظ الفساد ، وامتنع منه بعضهم لبقاء أكثر الأحكام » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٨٤) .

(٥) في (أ) : « المال » .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن الربح بين المشتركين على قدر ماليهما ، فلا يجوز اشتراطُ التساوي في الربح مع التفاوت في المال ، ولا التفاوت في الربح مع التساوي في المال .

ومذهب الحنفية : أنه يجوز للشريكين أن يتفاضلا في الربح مع تساويهما في المال .

انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٨٤) ، مغني المحتاج : (٢/٢١٥) ، نهاية المحتاج : (٥/١٢) مختصر الطحاوي : (١٠٧) ، المبسوط : (١١/١٥٢) ، رءوس المسائل : (٣٢٩) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣/٧) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣/١٥) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢/٧٥) .

هذا إذا شُرِطَ لِمَنْ لا يَختصُّ بمزيد عمل ، فإن شُرط للمنفرد بكلِّ العمل أو ببعضٍ[(١)] ، فثلاثة أوجه :

أحدها : الجواز ؛ لأنه انضمَّ القِراضُ إلى الشركة ، فعلى هذا يُشترط انفرادُ العاملِ باليد .

والثاني[(٢)] : لا ؛ لأن المالَ إذا كان مشتركًا كان هو الرُّكْنَ والعِلَّةَ ، وعليه حوالةُ الربح والعملُ ساقطُ العِبْرة ، بخلاف القراض فإنه لا سببَ من جهة العامل إلا عملهُ .

والثالث : أنه إن انفرد بكل العمل : جاز أن يُشترَطَ له ، فإن انفرد بمزيدٍ بعد التعاون في الأصل : فلا ، فإنه لا يُدْرَى الربحُ حَصَلَ بأيِّ عملٍ ، فتعيَّنَتْ الإحالةُ على المال .

الحكم الثالث : أن الشركةَ جائزةٌ ينفسخ بالموت ، والجنون ، والفَسْخ .

فلو قال أحدُهما لصاحبه : عَزَلْتُك ، انعزل المخاطَبُ دون العازل . ولو قال : فَسَخْتَ الشركةَ ، انعزل كلُّ واحدٍ منهما ، وسببُه ظاهرٌ .

فإن قيل : ما معنى فسادِ الشركة إذا لم يكن عقدًا برأسها ؟

قلنا : نعني بالفساد / مرةً فسادَ الإذن ، ومرةً فسادَ الشرط ، وذلك عند شرط ٩٥/أ
التفاوت في الربح ، ومرةً فوادَ[(٣)] المقصود ، وذلك عند تمييز الملكَيْنِ[(٤)] ؛ إذ العَرْضُ لا يقع مشتركًا على حسب المراد ، وقد يظهر[(٥)] فائدتُه في طلب أجرةِ المثل في العمل الذي صادَفَ نصيبَ شريكه ، إذا كان مختصًّا بمزيد عمل .

وأما[(٦)] إذا صحَّت الشركةُ ، فالأصح[(٧)] : أنه لا يُطالِبُ بأجرة المثل وإن اختص

(١) في (أ) : « بعضه » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٢٨٤/٤) ، مغني المحتاج : (٢١٥/٢) .

(٣) في (أ) : « فوات » . (٤) في (أ) : « المالَيْنِ » .

(٥) في (أ) : « تظهر » . (٦) في (أ) : « فأما » .

(٧) قال الحموي : « قوله : (أما إذا صحت الشركة ، فالأصح : أنه لا يطالب بأجرة المثل وإن اختص بمزيد عمل لأنه مبتدع) . =

بمزيد عمل ؛ لأن التبرعَ يتفاوت ، [و] [1] العملُ في الشركة الصحيحة معتادٌ .

* * *

= أقول : قوله : « الأصح » تصريحٌ بالخلاف ولم أرَ فيه خلافًا فيما طالعته من الشروح البسيطة والمتوسطة والوجيزة . وقال الإمام : لا خلاف أنه لا أجرة له ولا عوضَ لمنافق ، وكيف يتجه فيه ذكْرُ خلاف وهو مبتدع قطعًا ، والمبتدعُ لا أجرةَ له ولا عوضَ لمنافق ولم يَشْرُط له شريكُه أجرةً ؟ ولا يمكن تخيُّلُ خلاف في هذا ، إلا إذا فرضت الشركة بين اثنين على وجه الصحة وكان المتصرفُ منهما بإذن صاحبه ، فمن جرت عادتُه أن يعمل بالأجرة في مثل ذلك فهذا لا يُعَدُّ من الخلاف ولكنه كلف .

(١) زيادة من (أ) .

الفصل الثالث : في الاختلاف

وفيه مسألتان :

إحداهما : أنه لو ادَّعى عليه أحدُ الشريكين الجنايةَ (١) : لم يُسْمَع (٢) الدعوى مطلقًا حتى يُفصِّلَ ، فإذا فصَّلها : فالقولُ قولُه مع يمينه إذا أنكر .

ولو ادَّعى أن ما في يده مالُ شركةٍ ، فأنكره : فالقولُ قوله مع يمينه ؛ لأنه صاحبُ اليد .

ولو قال : كان من مال الشركةِ ثم خَلَصَ لي بالإفرازِ والقسمةِ (٣) ، فأنكر المدَّعَى عليه القسمةَ : فالقول قوله في إنكار القسمة . وإن اشترى شيئًا ظَهَرَ فيه ربحٌ أو خسرانٌ ، أو (٤) تنازعا في أنه اشتراه لنفسه أو للشركة : فالقول قول المشتري [مع يمينه] (٥) ؛ لأنه أعْرَفُ بنيَّتِه ، ويدُ الشريكِ يدُ أمانةٍ مالم تَخُنْ ، فلا ضمانَ عليه إذا هَلَكَ .

فإن (٦) ادَّعى هلاكًا بسببٍ خَفِيٍّ : فالقول قوله ؛ لأن إقامةَ البينة عليه عسيرٌ . وإن كان السببُ ظاهرًا من حريقٍ أو غارةٍ ، فلابد من إثباتِ السبب ، ثم القول قوله مع يمينه في الهلاك بذلك السبب ، هكذا نُقِل في طريقة العراق .

الثانية : إذا كان بين اثنين عبدٌ مشتركٌ فوكَّل أحدُهما صاحبَه ببَيْعهِ فباع ، ثم ادَّعى الموكِّلُ والمشتري أن الوكيلَ قَبَضَ تمامَ الثمن ، وأنكر الوكيلُ : فلا خصومةَ بين الموكِّل والمشتري إذا (٧) اعترف له بتسليمِ نصيبه إلى الوكيل ، ولكنِ الخصومةُ بين الموكِّلِ

---

(١) في (أ) : « الخيانة » .

(٢) في (أ) : « تسمع » .

(٣) في (أ) : « بالقسمة » .

(٤) في (أ) : « و » .

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « فإذا » .

(٧) في (أ) : « إذ » .

والوكيلِ ، وبين الوكيلِ البائعِ والمشتري .

فإن تخاصم البائعُ والمشتري : فالقول قول البائعِ أنه لم يَقْبِضْ ، فإن حلف أخذ نصيبَه ولم يأخذ نصيبَ الموكِّلِ ؛ لأنه معزولٌ بقول الموكِّل : أنه أخَذَ من قبل ، ولا يُساهِمُه الموكلُ فيما أخذه ؛ لأنه ظالمٌ فيما أخذه الآن بزعمه .

ولو شهد الموكلُ للمشتري على البائع بالقبض ليحلف معه : فشهادتُه في نصيبه مردودةٌ ، وفي نصيب شريكه قولان سيأتي نظائرُهما في الشهادات .

أما إذا (١ تحاكم الوكيلُ والموكلُ ١) : فالقول قولُ الوكيل أنه لم يَقْبِضْ وليس للمشتري أن يشهد [الموكل] (٢) على البائع ، فإنه يشهد به على براءة نفسه ، فإن نكل الوكيلُ وحلف الموكلُ واستحق (٣) نصيبَه ، فللوكيل مطالبةُ المشتري بحِصَّتِهِ ، ولا يسقط ذلك بنُكُوله وبيمين الموكل .

وحُكي وجه : أنه إذا قيل : إن اليمينَ المردودةَ كالبينة ، سقطت مطالبتُه . وهو فاسد .

المسألة بحالها : ادَّعى البائعُ والمشتري أن (٤ الوكيلَ قَبَضَ تمامَ الثمن وأنكر ٤) : فالمشتري لا يَبْرَأُ عن حصة الوكيل البائع - وإن صدَّقَ في التسليم - ؛ لأن الموكِّلَ لم يكن وكيلَه فلا يبرأ بالتسليم إليه ، ثم إذا أخذ حصتَه . فهل للموكل مساهمتُه ؟

قال المزني : نعم ؛ لأنه وكيلُه وقد أخذ خمسمائة - مثلًا - من جملة الألف ، فيتخيَّرُ بين أن يُطالِبَ البائعَ بمائتين وخمسين والمشتري بمائتين وخمسين ، وبين أن يأخذ

---

(١) في (أ) : « تخاصم الموكل والوكيل » .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) : « استحق » .

(٤) في (أ) : « الموكل قبض تمام الثمن فأنكر الموكل » .

خمسمائة دَفعةً واحدةً من المشتري بعد أن لم يُقِمْ بينةً على أخذه ، كما إذا (١) ادّعى عليه .

وقال ابن سريج : لا يَرْجِع ؛ لأن الوكيلَ لما ادَّعى أن الموكِّلَ أخذ الكلَّ فقد عزل نَفْسَه ، فلا يَقعُ قَبْضُه محسوبًا من جهته ، وهو كما قال .

ويبقى لكلام المزني وجه : [في] (٢) أن أحدَ الشريكين - وإن لم يكن وكيلًا في الاستيفاء - إذا استوفى جزءًا من الثمن لنفسه هل يختص به ، أن يقع مشتركًا ؛ أخذًا من المكاتب المشترَكِ إذا أدَّى بعضَ النجوم ؟ [و] (٣) فيه خلاف :

فإن قلنا بقول المزني فلا تُقْبَلُ شهادةُ البائع للمشتري على قبض الموكِّلِ نصيبَه ؛ لأنه يَدْفَعُ عن نفسه الرجوعَ والمشاركة .

وعلى قول ابن سريج له ذلك ؛ لأنه لا يَجُرُّ به (٤) نَفْعًا ولا يَدْفَعُ به (٥) ضرًّا (٦) ، [والله أعلم] (٧) .

* * *

---

(١) قوله : « إذا » : ليس في (أ) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) قوله : « به » : ليس في (ب) .

(٥) قوله : « به » : ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « ضررًا » .

(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) . وبعد قوله : (والله أعلم) قال ناسخ المخطوط : « تمَّ الثلثُ الأول من كتاب الوسيط للغزالي في ليلة صبحتُها مستهلُّ ذي القعدة سنة ثمانين ، يتلوه في الجزء الثاني كتاب الوكالة إن شاء الله تعالى ، بسم الله الرحمن الرحيم رب يسِّر يا حكيم » .

كتاب الوَكالة

وفيه ثلاثة أبواب

الباب الأول : في أركانها

وهي أربعة :

[الركن] [1] الأول : ما فيه التوكيل

وله ثلاثة شرائط :

الأول [2] : **أن يكون قابلًا للنيابة** ، وهو : ما لا يَتعينُّ بحكمه مباشرةٌ ، فقد وكَّل ﷺ في الشراء [3] ، ووكَّل عمرو بن أمية الضمريَّ في نكاح أمِّ حبيبة [4] ، ووكَّل الجُبَاةَ في أخْذِ الجِزْيَةِ والصدقاتِ [5] ، فكان ....

(١) زيادة من (ب) . (٢) في (أ) : « الأولى » .

(٣) انظر في توكيل النبي ﷺ لعروة وحكيم في شراء شاة : صحيح البخاري : (٧٣١/٦) (٦١) كتاب المناقب (٢٨) (٣٦٤٢) ، رأبو داود : (٢٥٣/٣) . ( ) كتاب « البيوع » ( ) باب في المضارب يخالف (٣٣٨٤ ، ٣٣٨٥ ، ٣٣٨٦) ، والترمذي : (٥٥٨/٣ ، ٥٥٩) . (١٢) كتاب البيوع (٣٤) باب (١٢٥٧ ، ١٢٥٨) ، وابن ماجه : (٨٠٣/٢) (١٥) كتاب الصدقات (٧) باب الأمين يتجر فيه فيربح (٢٤٠٢) ، والزيلعي في نصب الراية : (٩٠/٤،٩١) .

وانظر : المغني ابن قدامة : (٢٩٥/٦) ، (١٩٨/٧) . وراجع التلخيص الحبير : (٥٠/٣) .

(٤) انظر ذلك في : أبي داود : (٢٤١/٢) . كتاب النكاح ( ) باب الصداق (٢١٠٧ ، ٢١٠٨) ، والنسائي : (١١٩/٦) (٢٦) كتاب النكاح (٦٦) باب القسط في الأصدقة (٣٣٥٠) ، والحاكم في المستدرك : (٢٢/٤) ، وابن سعد في الطبقات الكبرى : (٦٨/٨ ، ٦٩) . وراجع : التلخيص الحبير : (٥٠/٣) حديث رقم : (١٢٥٧) ، والمغني لابن قدامة : (١٩٧/٧ ، ١٩٩) .

(٥) انظر ذلك في : المغني لابن قدامة (١٩٨/٧) وغيره من كتب الفقه .

وانظر حديث إرسال النبي ﷺ لمعاذ بن جبل إلى اليمن وأخذ الصدقات ، وإرساله أبا عبيدة إلى البحرين ليأتي بصدقاتها أو جزيتها .. وغير ذلك ، انظر ذلك في : صحيح البخاري : (٤١٨/٣) . (٢٤) كتاب الزكاة (٦٣) باب أخذ الصدقة من الأغنياء (١٤٩٦) ، وصحيح مسلم : (٥٠/١) (١) كتاب الإيمان (٧) باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام (١٩) ، وسنن أبي داود : (١٠٧/٢) كتاب الزكاة باب في زكاة السائمة (١٥٨٤) ، والترمذي : (٢١/٣) (٥) كتاب الزكاة (٦) باب ما جاء في كراهية أخذ خيار المال في الصدقة (٦٢٥) ، والنسائي : (٢/٥ - ٤) . (٢٣) كتاب الزكاة (١) باب وجوب الزكاة (٢٤٣٥) ، وطرفه (٢٥٢٢) ، وابن ماجه : (٥٦٨/١) (٨) كتاب الزكاة (١) باب فرض الزكاة (١٧٨٣) .

في [1] معنى الشراءِ البيعُ ، والإجارةُ ، والسَّلَمُ ، والرهن ، والصلح ، والحَوالة ، والضمان ، والكفالة ، والشركة ، والوكالة ، والوديعة ، والإعارة ، والمضاربة ، والجِعالة ، والمساقاة [2] ، والقَرْضُ ، والهِبَة ، والوَقْفُ ، والصدقة ؛ لأنها أسبابٌ شُرِعَتْ ذرائعَ إلى المقاصد تَكْثُرُ الحاجةُ إلى التوكيل فيها .

وفي معنى النكاح : الخُلْعُ ، والطلاق ، والفسوخ في العقود ، والرَّجْعَة على الصحيح [3] .

وفي معنى استيفاءِ الجزَى [4] والصدقاتِ : قبْضُ الحقوق في (5 الرهن والبيع 5) ، وقبض الديون المستحقة .

ولا تجوز النيابةُ فيما يتعلَّقُ القصدُ بعَيْنِه ، كالعبادات ، فإنها بأعيانها مقصودةٌ في [6] المتعاطِين ؛ امتحانًا وتكليفًا ، فكيف تَقْبَلُ التحويلَ [7] بالتوكيل ؟ وكذا / المعاصي ، ٩٥/ب كالسرقة ، والقتل ، والزنا ، والغَصْبِ ، فهي واقعةٌ من الوكيل ؛ لأنه مقصودٌ بالزجر عن عينه فيثبت حكمُه في حقِّه ، فلا يتحول عنه .

وأُلْحِقَ بفنِّ العبادات : الأَيْمَانُ ، والشهاداتُ ، فإنّ حُكْمَ اليمينِ يتعلق بذِكْرِ [اسم] [8] الله [تعالى] [9] على سبيل التعظيم ، وليس في التوكيل ذلك . وكذلك حكمُ الشهادات يتعلَّقُ بلفظ الشهادة حتى لا يَقُومَ غيرُه مقامَه ، فكيف يتعلَّقُ بالساكتِ عن كلمةِ أداءُ الشهادة ؟

ويلتحق باليمين : اللعانُ ، والإِيلاءُ ، وكذا الظِّهَارُ إن قلنا : [إن] [10] المغلَّبَ عليه شوائبُ الأيمانِ لا شوائبُ الطلاق .

(١) في (أ) : « وفي » .

(٢) في (ب) تكرار « الإجارة » بعد : « المساقاة » .

(٣) في الروضة : الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢٩٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢١٨/٢) .

(٤) في (أ) : « الجزية » .

(٥) في (أ) : « البيع والرهن » .

(٦) في (أ) : « من » .

(٧) في (أ) : « التجويل » .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) زيادة من (أ) .

واختلفوا في ثلاث مسائل :

الأولى (١) الإقرار : وظاهرُ (٢) النصِّ : جوازُ (٣) التوكيل فيه ؛ لأنه سببٌ مُلْزِمٌ لمالٍ ، فأشبه الضمانَ وغيرَه .

والثاني (٤) - وهو قول ابن سريج واختياره - : أنه لا يصح ؛ لأن الإقرارَ لا يلزم ، [و] (٥) إنما هو حُجَّةٌ وإخبارٌ كالشهادة .

فإن لم نجوِّز التوكيلَ به ، فهل نَجْعَلُه مُقِرًّا بالتوكيل ؟ فيه (٦) وجهان :

أحدهما : نعم (٧) ؛ حملًا لقوله على الصدق .

والثاني : لا ، فإنه لم يقر .

الثانية : التوكيلُ في تملك المباحات بإثبات اليد ، كالاحتطاب ، والاصطياد ، واستقاء الماء .

وفيه وجهان (٨) ، منشؤهما : التردُّدُ بين قبضِ الحقوق ؛ فإنها قابلةٌ للتوكيل ، وقبضِ المحظورات كالسرقة والغَصْب ؛ فإنه لا يقبل الوكالة .

---

(١) في (أ) : « إحداها » . (٢) في (أ) : « فظاهر » .

(٣) قال في الروضة : « التوكيل بالإقرار ، صورته أن يقول : وكلتك لتُقِرَّ عني لفلان بكذا ، وفيه وجهان ؛ أصحهما عند الأكثرين : لا يصح ؛ لأنه خبر ، فأشبه الشهادة » . انظر : روضة الطالبين : (٤/ ٢٩٣) ، مغني المحتاج : (٢/ ٢٢١) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٢٥) .

(٤) في (أ) : « الثاني » بدون الواو . (٥) زيادة من (أ) .

(٦) قوله : « فيه » : ليس في (ب) .

(٧) وهو الأصح ، كما في الروضة : (٤/ ٢٩٣) ، مغني المحتاج : (٢/ ٢٢١) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٢٥) .

(٨) قال في الروضة : « في التوكيل في تملك المباحات ، كإحياء المَوَات ، والاحتطاب ، والاصطياد ، والاستقاء ، وجهان ، أصحهما : الجواز . فيحصل الملكُ للموكل إذا قصده الوكيلُ له ؛ لأنه أحد أسباب الملك ، فأشبه الشراء .

قلت [أي : النووي] : هكذا حكاهما وجهين تقليدًا لبعض الخراسانيين ، وهما قولان مشهوران . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٤/ ٢٩٢ ، ٢٩٣) .

الثالثة : أن التوكيلَ بالخصومة لإثبات الأموالِ والعقوبات للآدميين كحَدِّ القَذْف [في] [1] القصاص : جائزٌ برضا الخصم ودون رضاه عندنا [خلافًا لأبي حنيفة] [2] [3] .

ولا يجوز التوكيلُ بإثبات [4] الحدود لله [4] - تعالى - ؛ [فإن الحق لله تعالى] [5] ، وهو على الدِّرَاء [6] مبناه . وهل يجوز التوكيلُ باستيفاء القصاص وحَدِّ القذف ؟ لاشَكَّ [7] في جوازه [7] في حضور الموكِّل . وفي غَيْبَتِه ، نصَّ الشافعيُّ [8] - رضي الله عنه - في الوَكالة أنه لا يُسْتَوْفَى ، وقال في الجنايات : ولو وكَّل فتنحَّى به ، فعَفَا الموكِّلُ فقَتَلَه الوكيلُ قَبْلَ العلم بِالعَفْو ، ففي الضمان قولان :

فمنهم [9] من قطع بالجواز ، كما في حضرته .

ومنهم من قطع بالمنع ؛ لأنه إذا حضر ربما رَحِمَه فعفا .

ومنهم من قال : قولان [10] : مأخذهما : أن الإبدالَ هل يتطرَّقُ إليها كالإثبات

---

(١) زيادة من (ب) . (٢) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز التوكيلُ بالخصومة لإثبات الأموال أو عقوبة الآدمي ، كالقصاص وحد القذف ، وسواء رضي الخصمُ أو لم يرضَ ، وسواء كان للموكل عذرٌ كالمرض مثلًا ، أم لا . ولا يجوز التوكيلُ في إثبات حدود الله تعالى ؛ لأنها مبنيةٌ على الدرء . وهو مذهب أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة .

ومذهب **الحنفية** : أنه لا يجوز التوكيلُ بالخصومة إلا برضا الخصم ، إلا أن يكون الموكلُ مريضًا أو غائبًا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا .

انظر : روضة الطالبين : (٢٩٤/٤) ، مختصر الطحاوي : (١٠٨) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٥٧/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٨٩/٢) .

(٤) في (أ) : « حدود الله » . (٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « الدَّرْء » . (٧) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٨) انظر : الأم : (٢٠٧/٣) ، مختصر المزني : (٤/٣) . (٩) في (أ) : « منهم » .

(١٠) قال في الروضة : « يجوز التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى للإمام ، وللسيد في حد مملوكه ، ويجوز للوكيل استيفاءُ عقوبات الآدميين بحضرة المستحق . وفي غيبته ، طرق : أشهرها : على قولين ، أظهرهما : الجواز . والطريق الثاني : الجواز قطعًا . والثالث : المنع قطعا » . انظر : روضة الطالبين : (٤/ ٢٩٤) .

بالشهادة [1] على الشهادة ؛ لأن الوكيلَ بَدَلٌ وهو باطلٌ بحال الحضور ؟ .

الشرط الثاني : أن يكون ما به التوكيلُ [2] مملوكًا لموكِّله [3] .

فلو وكَّله بطلاقِ زوجةٍ سيَنْكِحُها ، أو [4] بيع عبد سيملكه ، فالوكالة في الحال باطلةٌ ؛ لأنه فوَّضَ إليه ما لا يَمْلِكُه .

الشرط الثالث : أن يكون الموكَّلُ به مضبوطَ الجِنْسِ ، معلومًا .

وفيه أربع مسائل :

الأولى : إذا وكَّل على العموم ، فلو قال : وكَّلْتُكَ بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ : لم يَجُزْ ؛ لأنه يَعْظُمُ فيه الغرَرُ ، ولو قال : وكلتك بما إليَّ من تطليقِ زوجاتي ، وعَتْقِ عَبِيدِي ، واستيفاءِ حقوقي ، وقضاءِ ديوني : فهو جائزٌ ، لأنه فصَّل وقيَّدَ بما إليه ، فانتفى الغَرَرُ .

ولو قال : وكَّلتك بكلِّ قليلٍ وكثير مما إليَّ من التصرفات ، ففيه وجهان [5] ؛

---

(١) في (أ) : « فالشهادة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ملكًا » .

(٣) في (أ) : « للعاقد » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « إذ » ، والمثبت من (أ) .

(٥) قال في الروضة : « الشرط الثالث : أن يكون ما وكّل فيه معلومًا من بعض الوجوه ، بحيث لا يَعْظُمُ الغررُ . وسواء كانت الوكالةُ عامةً أو خاصة ، أما العامة ففيها طريقة لإمام الحرمين والغزالي ، وطريقة للأصحاب . فأما طريقتهما ، فقالا : لو قال : وكلتك في كلِّ قليلٍ وكثير ، فباطلةٌ . وإن ذكر الأمورَ المتعلقة به مفصلة ، فقال : وكلتك في بيع أملاكي ، وتطليقِ زوجاتي ، وإعتاق عبيدي صح توكيله . ولو قال : وكلتك في كل أمر هو إليَّ مما يقبل التوكيلَ ، ولم يفصل أجناسَ التصرفات ، فوجهان . أصحهما : البطلان .

وأما طريقة سائر الأصحاب ، فقالوا : لو قال : وكلتك في كل قليل وكثير ، أو في كل أموري أو في جميع حقوقي ، أو في كل قليل وكثير من أموري ، أو فوّضت إليك جميعَ الأشياء ، أو أنت وكيلي فتصرف في مالي كيف شئت : لم تصح الوكالة . قالوا : ولو قال : وكلتك في بيع أموالي ، أو استيفاء ديوني ، أو استرداد ودائعي ، أو إعتاق عبيدي : صحَّت . وهذه الطريقةُ هي الصحيحة نقلًا ومعنى ، وقد نص عليها الشافعي رضي الله عنه » . انظر : روضة الطالبين : (٢٩٥/٤) .

لتردُّدِه بين المرتبتين (١) .

الثانية : إذا وكَّل بتصرُّفٍ خاصٍّ ، وقال : اشْتَرِ لي عبْدًا تُرْكِيًّا بمائة : صحَّ ، ولم يشترط وراءه وصفًا قطعًا ؛ لأن هذا القَدْرَ ينفي الغررَ عُرْفًا .

وإن اقتصر على قوله : اشْتَرِ عبدًا ، فالمذهب : المنع (٢) ؛ لأنه يَعْظُمُ فيه الغَرَرُ .

وإن قال : عبدًا تركيًّا ولم يذكر الثَّمَنَ ، ففيه وجهان ؛ لتردُّدِه بين المرتبتين (٣) .

واختار ابن سريج صحَّتَه (٤) ؛ لأنه يكون قد وطَّن نَفْسَه على أعلى الجنس المذكور .

الثالثة : إذا جَوَّزْنَا التوكيلَ بالإقرار ، فلا يَصِحُّ حتى يتبين قَدْرُ (٥) المقَرِّ به وجِنْسُه ؛ لأن الغررَ يعظم فيه .

وإن وكَّله بالإبراء ، فلْيَذْكُرْ مقدارَه ، فإن قال : أُبْرِئُه [من مالي] (٦) عمَّا لي عليه ، وعَرَفَه الموكِّلُ دون الوكيلِ ، والمبْرَأُ عنه : جاز ، فلا يُشترط إلا معرفةُ المستحِقِّ .

ولو قال : بِعْ عبدي (٧) بما باع به فلانٌ فَرَسَه ، والموكِّلُ عالمٌ بذلك القَدْرِ والوكيلُ جاهلٌ : لم يَجُزْ ، فيعتبر (٨) في العقد علمُ الوكيل ؛ لأنه متعلقُ العُهْدَة (٩) ، بخلاف الإبراء .

الرابعة : لو قال : وكَّلتك بمخاصمةِ خَصْمَيَّ ، فيه وجهان :

أحدهما : الجوازُ ؛ لأن الخصومةَ جنسٌ واحدٌ .

والثاني : لا ؛ لما فيه من الاختلاف . والأَوْلَى تصحيحُه .

* * *

---

(١) في (أ) : « الرتبتين » .

(٢) انظر : روضة الطالبين : (٢٩٦/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٦/٥) .

(٣) في (أ) : « الرتبتين » .

(٤) وهو الأصح ، كما في الروضة : (٢٩٧/٤) .

(٥) في (أ) : « مقدار » .

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٧) في نسخة أخرى : « عملًا » كذا على هامش الأصل .

(٨) في (أ) : « فاعتبر » .

(٩) في (أ) : « العقد » .

الركن الثاني : الموكِّل

وشرطه : أن يكون قادرًا على التصرف بنَفْسِه ، فلا يصحُّ توكيلُ (١ المجنونِ والصبيِّ ١) ، والمرأةِ في عقد النكاح ، والفاسقِ في نكاحِ ابنته ، إذا قلنا : إنه لا يَلِي ، والعَبْدِ في نكاحه لنفسه ، وللأبِ والجَدِّ ذلك [التوكيلُ] [٢] .

وهل للأخ والعمِّ ومَنْ يفتقر إلى الإذن [في] [٣] ذلك ؟ فيه وجهان : منهم من ألْحَقَهم بالوكيل والعَبْدِ المأذونِ ، وهما لا يملكان التوكيلَ في التصرف المعيَّنِ إلا بالإذن .

ومنهم من ألحق (٤ بالجَدِّ والأب ٤) .

* * *

(١) في (أ) : « الصبي والمجنون » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « بالأب والجد » .

الركن الثالث : الوكيل

وشرطه : أن يكون صحيحَ العبارة ، فالمرأةُ مسلوبةُ العبارة في النكاح إيجابًا وقبولًا ، وكذا المُحْرِمُ عندنا ، والصبيُّ والمجنونُ مسلوبا العبارةِ مطلقًا .

والأصح : أن المحجورَ عليه (١) بالتَبْذِيرِ صحيحُ العبارة ، وكذا المحجورُ [عليه] (٢) بالفَلَسِ ، فيصح توكيلُهم .

وذَكَرُوا في توكيل العَبْدِ بقبول النكاح ، وتوكيل المرأة بتطليقِ (٣) غيرها ، وتوكيل الفاسق بالإيجاب (٤) في النكاح : وجهين (٥) إذا قلنا : إنه لا يَلِي مع القطع بأنه يتوكَّلُ في القبول (٦) . وينبغي (٧) أن يَطَّرِدَ الوجهان (٨) أيضًا في إيجاب العبد في النكاح .

والأَسَدُّ : الجوازُ في الكلِّ ؛ إذ لا خَلَلَ في نَفْسِ العبارة ، وإنما امتنع الاستقلالُ / ٩٦/أ لمعنًى لا يقتضي منعَ الوكالة .

* * *

---

(١) قوله : « عليه » : ليس في (ب) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « بطلاق » . (٤) في (أ) : « في الإيجاب » .

(٥) الأصح من هذين الوجهين : الصحة في توكيل العبد بقبول النكاح ، وتوكيل المرأة بتطليق غيرها ، والمنع في توكيل الفاسق بالإيجاب في النكاح ، إذا سلبناه الولاية . انظر : الروضة (٢٩٩/٤ ، ٣٠٠) ، مغني المحتاج : (٢١٨/٢ ، ٢١٩) ، نهاية المحتاج : (٢٠/٥) .

وهذا بخلاف ما مال إليه الغزالي – رحمه الله – بجواز التوكيل في المسائل السابقة ، كما سيقول بعد قليل .

(٦) في (أ) : « بالقبول » . (٧) في (أ) : « فينبغي » .

(٨) والأصح : المنع ، كما في الروضة : (٢٩٩/٤) .

الركن الرابع : الصيغة

وفيه مسألتان :

إحداهما (١) : أن الإيجابَ لابُدَّ منه ، وهو قوله : وكَّلْتُك ، أو أذِنْتُ [لك] (٢) ، أو ما يقوم مقامه .

وفي القبول ثلاثة أوجه :

أحدها : لا يُشترط (٣) لأنه تسليطٌ وإباحةٌ ، فأشبهَ إباحةَ الطعامِ (٤) . وفي طريقة العراق : أنه لابُدَّ من القبول ، ثم يَكْفِي التراضي (٥) والقبولُ بالفعل ، وهذا عَيْنُ إسقاطِ القبول بتنزيله منزلةَ الإباحة . والثاني : أنه يُشترط ؛ لأنه عَقْدٌ كالعقود .

والثالث : قال القاضي : إن قال : بِعْ ، وطَلِّقْ ، وأتى بصيغةِ الأمر فهو كالإباحة . وإن قال : وكَّلْتُك ، أو أَنَبْتُك فهذا من حيث الصيغة يَسْتَدْعِي قبولًا لينتظم .

وقد أطلق الأصحابُ أن الوكيلَ لو عَزَلَ نَفْسَه ينعزل .

وعلى رأي القاضي : يُحْتَمَلُ أن يُقال : لا تأثيرَ لرَدِّ الوَكالة ، كما لا تأَثُّرَ (٦) لرَدِّ الإباحة . ويُحتمل أن يُقال : الإباحةُ تَبْطُلُ بالرد ، فيحتاج إلى استئنافها بعد ذلك .

إن قُلنا : لا يشترط قبولُه ، ففي اشتراطِ عِلْمِه (٧) وجهان (٨) مُرَتَّبان على انعزاله

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « إحديهما » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٠١/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٢/٢) نهاية المحتاج : (٢٨/٥) .

(٤) في (أ) : « للطعام » .

(٥) في (أ) : « التراخي » .

(٦) في (أ) : « تأثير » .

(٧) في نسخة أخرى : « عمله » كذا على هامش الأصل .

(٨) والأصح : أنه تثبت الوكالة وإن لم يعلم الوكيل ، كما في الروضة : (٣٠١/٤) ، مغني المحتاج : (٢/ ٢٢٢) ، نهاية المحتاج : (٢٨/٥) .

بالعَزْلِ دون علمه ، وأولى بأن يُشترط .

فإن قُلنا : يُشترط علمُه ، ففي اشتراط اتصاله بالوكالة مقترنًا وجهان (١) .

الثانية : تعليقُ الوكالة بالشروط (٢) ، فيه خلاف مشهور :

منهم من بناه على اشتراط القبول ، فإن التعليقَ معه لا ينتظم .

قال الشيخ أبو محمد : إن لم يُشترط القبولُ جاز التعليقُ ؛ لأن الحاجةَ قد تَمَسُّ إليه ، وإن شرطنا القبولَ فوجهان ، فإنَّا نُجَوِّزُ تعليقَ الخُلْعِ ، وقد شُرِط فيه القبولُ ، فإن أفسدنا التعليقَ فوُجِدَ الشرطُ .

قال العراقيون : جاز التصرُّفُ بحكم الإذن ، وفائدةُ فسادِ الوكالة سقوطُ المُسَمَّى إن سَمَّى له أجرةً ، وقطع الشيخ أبو محمد بأنَّ الإذنَ ليس منفصلًا عن الوكالة ، فمعنى فسادِها بطلانُ الإذن .

فرعان :

أحدهما : لو قال : وكَّلْتُك الآن ، ولكن لا تُبَاشِرِ التصرُّفَ إلا بعد شهر ، أو بعد قدوم فلان :

قطع العراقيون بالجواز ، وقالوا : ليس هذا تعليقًا ، إنما هو تأخيرٌ فيجب عليه الامتثالُ ، وبه قطع الشيخ أبو محمد .

الثاني : إذا قال : كُلَّما عَزَلْتُك فأنت وكيلي - وجوَّزنا التعليق - عاد وكيلًا ، فطريقُه في العزل أن يقول : كُلَّما (٣) عُدْتَ وكيلى فأنت معزولٌ حتى يتقاوَمَ (٤) العزلُ والوكالةُ ، ويكون (٥) الأصلُ منعَ التصرف .

***

---

(١) ولم يرجِّح في الروضة أيَّ واحد هذين الوجهين . انظر : الروضة : (٣٠١/٤) .

(٢) كلمة : « بالشروط » : ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « فكلما » . (٤) في (أ) : « يتقام » .

(٥) في (أ) : « فيكون » .

الباب الثاني : في حكم الوكالة الصحيحة

ولها أربعة أحكام :

[الحكم] [١] الأول : وجوب الموافقة والامتثال

ويُعْرَفُ ذلك من موافقة اللفظِ ولا يعرف بمجرده ، بل قد يوافق اللفظُ ولا يَصِحُّ ؛ لمخالفة المقصود ، وقد يخالف اللفظُ فيصح ؛ لموافقة المقصود .

فأما [٢] ما يوافق اللفظ في عمومه ويمتنع بمخالفة المقصود ، فذلك في الوكيل المطلق وفيه صور :

الأولى : أن الوكيلَ بالبيع مطلقًا لا يبيع بالعَرْضِ ولا بالنَّسِيئَة ولا بما دون ثَمَنِ المِثْل ، ولا بثمن المثل إن قَدَرَ على ما فوقه ، فإن فَعَلَ شيئًا من ذلك لم يصح تصرُّفُه عند الشافعي [٣] - رضي الله عنه - ؛ لأن قرينةَ العُرْفِ عرفت هذه المقاصدَ ، فنزل منزلةَ اللفظ ، فهو كما إذا أمَرَه بشراء الجمدِ في الصيف فلا يشتريه في الشتاء ، وإذا أمره بشراء الفحم [٤] في الشتاء فلا يشتريه في الصيف ؛ تَرْكًا لعموم اللفظِ بقرينة الحال ، فيجب أن يَبِيعَ بالنقد الغالبِ وثمنِ المثل ، فإن باع بثمن المثل فطَلَبَ [٥] في مجلس الخيار بزيادةٍ ، ففي وجوب الفسخ وجهان فَصَّلناهما في كتاب الرهن .

الثانية : أن يَبِيعَ ممن شاء من أقاربه ، ولا يَبِيع من نفسه عند الإطلاق .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يبيع ممن تُرَدُّ شهادتُه له [٦] ، ....

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « وأما » .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (٣٠٤/٤) .

(٤) في (أ) : « اللحم » .

(٥) في (أ) : « وطلب » .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن الوكيل بالبيع مطلقًا يجوز له أن يبيع لأبيه وابنه وسائر أصوله وفروعه . وهو مذهب أبي يوسف ومحمد ، وذلك إذا كان البيع للأصول والفروع - عندهما - بمثل قيمة البيع لغيرهم .

ومذهب الحنفية : أن الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له التعاقدُ بالبيع أو الشراء لأصوله أو فروعه . =

وذلك [1] وجهٌ لأصحابنا مشهورٌ في طريقة العراق .

والصحيح : أنه يَنْفَذُ مهما رَاعَى الغِبْطَة ، وبيعُه من نفسه خارجٌ عنه بقرينة العُرْفِ .

نعم ، لو صرَّح [2] بالإذن في بيعه من نفسه ، فقد ذكر ابن سريج وجهين ، القياسُ [3] الظاهرُ : صحتُه [4] .

ووجه المنع : أنه يَتَّحِدُ البائعُ والمشتري ، والبيعُ فِعْلٌ شرعيٌّ مُتَعَدٍّ إلى مُبتاعٍ ومبيع ، فلا يَقُوم إلا بمفعولَيْن .

وطَرَدَ ابن سريج هذا في ابن العم ، أنه هل يتولَّى طرفي النكاح [5] لنفسه ، وكذا الوكيلُ في النكاح ؟

وطرد هذا في قطع اليد [بإذن الإمام] [6] [7] سرقةً وقصاصًا [7] ، وإقامةِ الحدِّ إذا تعاطاها مَنْ عليه بالإذن ، وكذلك مَنْ عليه الدَّيْنُ إذا قال له المستحِقُّ اقْبِضْ لي مِن

= انظر : روضة الطالبين : (٣٠٥/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٤/٢ ، ٢٢٥) ، نهاية المحتاج : (٣٥/٥ ، ٣٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٦٢/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٩٦/٢ ، ٩٧) .

(١) في (أ) : « وهو » .

(٢) في هامش الأصل : « صحَّ » .

(٣) في (أ) : « والقياس » .

(٤) قال في الروضة : « لو صرح في الإذن في بيعه لنفسه فوجهان . قال ابن سريج : يصح . وقال الأكثرون : لا يصح . ولو أذن في بيعه لابنه الصغير ، قال في « التتمة » : هو على هذا الخلاف . وقال البغوي : وجب أن يجوز . ويجري الوجهان فيما لو وكله في الهبة لنفسه ، أو تزويج بنته لنفسه . وفي تولِّي ابن العم طرفي النكاح أن يتزوج بنت عمه بإذنها وهو وليها ، والنكاح أولى بالمنع . وفيما لو وكَّل مستحقُّ الدين المدينَ باستيفائه من نفسه ، أو وكل مستحقُّ القصاص الجانيَ باستيفائه من نفسه في النفس أو الطرف ، أو وكل الإمامُ السارقَ في قطع يده ، أو وكل الزانيَ ليجلد نفسه ، والصحيح : المنع في كل ذلك » . انظر : روضة الطالبين : (٣٠٥/٤ ، ٣٠٦) .

(٥) في (أ) : « العقد » .

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٧) في (أ) : « بسرقة وقصاص » .

نَفْسِك ، وقال : لو وكَّله [1] مَنْ عليه [الدين] [2] بإبراءِ نفسه : جاز .

وطرد العراقيون الوجهين فيه ، ولعل منشأه : أنه إذا قيل : [هل] [3] يفتقر إلى القبول ؟ يلتحق بسائر التصرفات ، وإلا فما ذكره ابن سريج ظاهر .

وكذا الخلافُ في الوكيل بالخصومة من الجانبين : أنه هل يصح [4] ؟

ولا خلافَ أن الأبَ يتولَّى طَرَفَى البيعِ في مالِ ولده ، وذلك من [5] خاصية [6] الأُبُوَّة . وفي تولِّي الجدِّ طرفي النكاح على حَفَدتِه [7] الوجهان ، ولو كان وكيلًا بالبيع والشراء من الطرفين فينبغي أن يُخَرَّجَ على الوجهين ، فإن [8] التناقضَ فيه لا يَزِيدُ على بَيْعِه من نفسه .

ولو وكَّل عبدًا لِيَشْتَرِيَ له نَفْسَه من مولاه : (٩ صحَّ ، وفي طريقة العراق وجهٌ : أنه لا يصح ؛ لأن توكيلَ العبد كتوكيل المَوْلَى ؛ / فإن يَدَه يَدُه ، ولو وكَّله ليشتري له من نفسه ٩) : لا يجوز على أحدِ الوجهين ، وهو ضعيف . ٩٦ / ب

نعم ، قال صاحب التقريب : لو أضاف العَبْدُ الشراءَ إلى موكِّله : وقع عنه ، ولو أطلق : وقع عن العَبْدِ وعَتَقَ ؛ لأن قوله : « اشتريْتُ » صريحٌ في اقتضاء العِتْقِ ، فلا يَتحوَّلُ إلى الملك بمجرد النِّيَّة .

ولو وكَّل العَبْدُ أجنبيًّا ليشتري له نَفْسَه من سيده ، فإن صرَّح بالإضافة إلى العبد : صح ، وإن أضْمَرَ : وقع عنه ؛ لأن السيدَ لم يَرْضَ بالعتق ، والنقلُ إلى العبد كالإعتاق .

الثالثة : الوكيلُ بالبيع إلى أجَلٍ ، إن فصَّل له الأجَلَ : لم يَزِدْ ، وإن أَذِنَ [10]

---

(١) في (أ) : « وكل » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) الأصح : المنع ، كما في الروضة : (٣٠٦/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٥/٢) .

(٥) في (أ) : « في » .

(٦) في (أ) : « خاصة » .

(٧) في (أ) : « حفيدَيْه » .

(٨) في (ب) : « وإن » .

(٩) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(١٠) في (أ) : « أطلق » .

مطلقًا في الأصل (١) ، فوجهان : أحدهما : البطلان ؛ لأنه مجهولٌ .

والأصح : الصحة ، ثم يَتقيَّدُ (٢) بشرط الغِبْطة .

وقيل : لا يزيد على سَنَةٍ ، فإنه (٣) أجَلُ الشرع في الجِزْيَةِ والزكاة ، وهو ضعيف .

الرابعة : الوكيل بالبيع مطلقًا لا يَمْلِكُ تسليمَ المَبِيع قبل توفير الثمن ؛ لأنه لم يُؤْذَنْ [له] (٤) فيه ، فإن وفَّر (٥) على المالك : جاز التسليمُ لأنه مستحِقٌّ ، فعليه [الأداء] (٦) أن لا يَمْنَعَ من الحق ؛ لأنه (٧) مَلَكَه بالتوكيل .

وكذلك التوكيلُ بالشراء يَمْلِكُ تسليمَ الثمن ويملك قَبْضَ المشتَرَى ؛ لأن العُرْفَ يدل عليه ، وهو يملك قبْضَ ثمنِ المبيع [المعين] (٨) ؟ [فيه] (٩) وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه لم يأذَنْ وتَعيينُ (١٠) ملكِه بالقبض يستدعِي أمرًا مُجدَّدًا .

والثاني : نعم (١١) ؛ لأنه من توابعِ البيع كقبض المشتري المعيَّن (١٢) ، فكذلك (١٣) الخلافُ في أن الوكيلَ بالخصومة في إثباتِ (١٤) حقٍّ ، هل يملك استيفاءَه ؟ والوكيلَ بالاستيفاء هل يملك الخصومةَ ؟ فيه ثلاثة أوجه (١٥) .

---

(١) في (أ) : « الأجل » .

(٢) في (أ) : « ينفذ » .

(٣) قوله : « فإنه » : ليس في (ب) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « توفَّر » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) في (أ) : « إلا أنه » .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) في (أ) : « وتعيُّنُ » .

(١١) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٠٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٦/٥) .

(١٢) في (أ) : « العين » .

(١٣) في (أ) : « وكذلك » .

(١٤) كلمة : « إثبات » : ليست في (أ) .

(١٥) أصح هذه الأوجه : المنع ، كما في الروضة : (٣٠٩/٤) .

الثالث : أن الوكيلَ بإثبات الحقِّ لا يملك الاستيفاءَ ، أما الوكيلُ بالاستيفاء فيملك الخصومةَ ؛ لأنه من جملةِ الاستيفاء .

وكذا الخلافُ في أن الوكيلَ بالشراء إذا توجَّه الدَّرَكُ بالثمن عند خروج المبيع مستحقًّا ، هل يُخَاصِمُ في استرداد الثمن ؛ لأنه من التوابع ؟

ولا خلافَ في أنه لا يملك الإبراءَ عن الثمن ، خلافًا لأبي حنيفة ، ويَقْرُبُ من هذا الأصل الخلافُ في أنه هل يملك إثباتَ الخيار وشَرْطَه ؟ فيه ثلاثة أوجه [1] :

أحدها : لا ؛ لأنه لم يُؤْذَنْ له [2] فيه .

والثاني : نعم ؛ لأنه من توابعِ العقد ومصالحِهِ .

والثالث : أنه يَمْلِكُ في الشراء ؛ للحاجة إلى التَّرَوِّي ، ولا يملك في البيع .

الخامسة : الوكيلُ المطلَقُ بالشراء إن اشترى عبدًا معيبًا يساوي ما اشتراه به : فإن [3] جَهِلَ العَيْبَ : وقع عن الموكِّل ، وإن عَلِمَه فثلاثة أوجه :

أحدها : نعم ؛ لأن صيغةَ العَبْد عامٌّ .

والثاني : لا [4] ؛ لأن العُرْفَ يخصص بالتسليم [5] .

والثالث : أن ما لا يُجْزِئُ في الكفارة لا يقع عن جهته ، فقوله : اشترِ رقبةً ، كقول الله - تعالى - : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ .

---

(١) قال في الروضة : « ولو أمره بالبيع وأطلق ، لم يكن للوكيل شرطُ الخيار للمشتري ، وكذا ليس للوكيل بالشراء شرطُ الخيار للبائع . وفي شرطهما الخيار لأنفسهما أو للموكل ؟ وجهان . قلت : أصحهما : الجواز ، وبه قطع في « التتمة » ، والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٣٣٢/٤) .

(٢) قوله : « له » : ليس في (أ) . (٣) في (أ) : « إن » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٠٩/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٥/٢ - ٢٢٦) ، نهاية المحتاج : (٣٧/٥ ، ٣٨) .

(٥) في (أ) : « بالسليم » .

أما إذا كان لا يساوي ما اشْتَرَى [١] به ، فإن علم العَيْبَ : لم يقع عن الموكِّل ؛ لأنه مخالفٌ ، وإن جهل فوجهان :

أحدهما : لا ، كما لو كان [٢] يغبن [٣] ولم يعرف .

والثاني : نعم [٤] ؛ لأن الغَبْنَ لا تَدارُكَ له ، وإيقاعُ هذا عنه ووقوعُه [٥] على رضا الموكِّلِ ممكنٌ .

التفريع :

إذا اشترى المبيعَ [المعيب] [٦] بثمن المثل ، وقلنا : يقع عنه فللموكِّلِ الرَّدُّ ، وهل للوكيل الردُّ بالعيب ؟

نُظِرَ : إن لم يكن العَبْدُ معيبًا [٧] من جهة الموكِّلِ ، فالظاهر : أن له ذلك ؛ ليَخْرُجَ عن العُهْدِة ، فيكون من توابع العقد ومصالحِهِ . وفيه وجه حكاه صاحب التقريب عن ابن سريج : أنه لا يملك ، وهو متجهٌ قياسًا ، بل يرجع إلى الموكل .

أما إذا كان العبدُ [٨] معيَّنًا من جهة الموكل ، فوجهان [٩] مشهوران ، ووجه الفَرْقِ : أنه قطع بالتعيين نظره ، فلعل له فيه غَرَضًا يَجْبُرُ العَيْبَ إذا علمه .

---

(١) في (أ) : « اشتراه » .

(٢) قوله : « كان » : ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « تعين » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣١٠/٤) .

(٥) في (أ) : « ووقفه » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « معيَّنًا » .

(٨) في (أ) : « للعبد » وهو خطأ .

(٩) قال في الروضة : « الحال الثاني : أن يكون وكيلًا في شراء معين . فإن لم ينفرد الوكيلُ في الحال الأول بالرد ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان . الأصح المنصوص : الجواز ؛ لأن الظاهرَ أنه يريده بشرط السلامة » . انظر : روضة الطالبين : (٣١٠/٤) .

فإذا [(١] أثبتنا الخيارَ للوكيل [١)] ، فإذا رَضِيَ الموكلُ : سقط خيارُ الوكيل ، فإن [(٢)] رضي الوكيلُ : لم يَسْقُطْ خيارُ الموكل ، فلو عاد الوكيلُ بعد الرضا : جاز على أحد الوجهين ؛ لأن رضاه كان ساقطًا .

وفيه وجه : [(٣] أنه لم يَجُزْ له الردُّ [٣)] [(٤)] ، فلو أراد الوكيلُ الردَّ ، فادعى البائعُ رضا الموكل : فعليه البينةُ ، أو يحلف الوكيلُ أنه لا يَعْلَمُ رضا الموكل ، ويَرُدُّ ؛ لِيَخْرُجَ عن العهدة . أما إذا كان الوكيلُ عالمًا بالعيب ، وقلنا : يقع عن الموكل : فلا ردَّ له ، وهل للموكل الردُّ ؟ [فيه] [(٥)] وجهان [(٦)] .

ووجه المنع : أن علمَ الوكيل كعلم الموكل ، كما أن رؤيته تَمْنَعُ الموكلَ من خيار الرؤية . فإن قلنا : له الردُّ ، فإذا ردَّ هل يتحولُ العَقْدُ الآن إلى المشتري ؟ فيه وجهان [(٧)] :

ووجه المنع : أنه وقع في الابتداء عن الموكل فلا يُعقَلُ انتقالهُ .

السادسة : الوكيل [المطلق] [(٨)] بتصرفٍ معينٍ لا تُوكِّلُ فيه .

---

(١) في (أ) : « أثبتنا له الخيار وللوكيل » . (٢) في (أ) : « وإن » .

(٣) في (أ) : « أنه لا يجوز له الرجوع إلى الرد » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٣١٠) .

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٦) ، (٧) قال في الروضة : « فإذا قلنا به ، وأثبتنا أن له العودَ ولم يعد ، فاطلع الموكلُ عليه ، وأراد الردَّ ، فله ذلك إن سمَّاه الوكيلُ في الشراء ، أو نواه وصدَّقه البائع ، وإلا ، فوجهان :

أحدهما : يرده على الوكيل ، ويلزمه المبيع ؛ لأنه اشترى في الذمة ما لم يأذن فيه الموكل . فانصرف إليه . وبهذا قطعًا في « التهذيب » و « التتمة » .

والثاني : وبه قطع الشيخ أبو حامد وأصحابه : أن المبيع للموكل ، وقد فات الرد لتفريط الوكيل . ويضمن الوكيل » . انظر الروضة : (٤/٣١٠ ، ٣١١) .

(٨) زيادة من (أ) .

ولو فَوَّضَ إليه تصرفاتٍ لا يطيقها [١] : فثلاثة أوجه :

أحدها : لا ؛ لأنه لم يُؤْذَنْ له ، فليَفْعَلْ ما يَقْدِرُ عليه وليترك الباقي .

والثاني : نعم ؛ لأن قرينةَ الحال يدل [٢] على أنه أرادَ تحصيلَه منه بطريقة .

والثالث [٣] : أنه لا يُوكِّل في القدر الميسورِ ، ويوكِّلُ في الباقي .

أما إذا أذِنَ له في التوكيل بأن قال : بِعْ ، أو وكِّلْ عنِّي ، فله أن يوكِّل أمينًا ، فلو وكل خائنًا : لم يصح ؛ لأنه خلافُ الغبطة .

فإن كان أمينًا فخان ، فهل للوكيل عَزْلُه ؟ فيه وجهان [٤] .

ثم إذا قال : وكِّل عنِّي ، فوكَّلَ أمينًا ، فالوكيلُ الثاني وكيلُ الموكِّلِ لا ينعزل بعزل الوكيل .

فإن قال : وكِّل عن نفسك ، فيه وجهان :

أحدهما [٥] : أن الوكيلَ الثاني وكيلُ الوكيل كما صرَّح به .

والثاني : وكيلُ الموكِّل ؛ لأن الوكيلَ لا يملك ، فكيف يكون له وكيلٌ ؟

إن [٦] قلنا : إنه وكيلُ الوكيل ، فله عَزْلُه ، وسبيلُ الموكِّل إلى عَزْلِهِ بعزل [٧] الوكيل الأول ، فإن خصَّصه بالعزل فوجهان [٨] / . ٩٧/أ

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « يطيقه » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « تدل » .

(٣) وهو المذهب ، كما في الروضة : (٣١٣/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٦/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٨/٥ ، ٣٩) .

(٤) أقيسهما : منع عزله ، كما في الروضة : (٣١٤/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٤١/٥) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣١٣/٤) .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) في (أ) : « أن يعزل » .

(٨) الأصح : أنه ينعزل ، كما في الروضة : (٣١٣/٤) .

وإن قلنا : إنه وكيلُ الموكل ، فلا ينعزل بعزل الوكيل الأول . وهل ينعزل بموته ؟ وجهان (١) .

ووجه الانعزال : أنه فرْعٌ (٢) على الجملة .

ولو قال : بِعْ أو وكِّل (٣) ، ولم يقل : عن نفسك ، أو عنِّي ، فعلى أيهما يُحْمَلُ ؟ على وجهين (٤) .

هذا كلُّه في الوكيل المطلقِ ، أما الوكيلُ المقيَّدُ فيجب عليه أن يَتَّبِعَ قيودَ التوكيلِ ولا يخالف ، وفيه صور :

الأولى : لو (٥) قال : بِعْ من شخصٍ مخصوصٍ ، أو في مكانٍ مخصوص ، أو بنَقْدٍ مخصوص ، أو وَقْتٍ مخصوص ، [أو أجَلٍ مخصوص] (٦) : لم يجز له أن يتعدَّى إلى ما نَهَاه عنه (٧) ، ولا إلى ما سَكَتَ عنه ، إذا تصوَّرَ أن يكون له في المخصوص (٨) غَرَضٌ .

وفي تخصيص المكان الذي لا يَظْهَرُ فيه تفاوتُ ثمنٍ ، وجه (٩) ....

---

(١) الصحيح : أنه ينعزل بموته ، كما في الروضة : (٣١٣/٤) .

(٢) في (أ) : « فرْعُه » .

(٣) في (ب) : « ووكل » .

(٤) قال في الروضة : « الحال الثاني : إذا قال : وكلتك في كذا ، وأذنت لك أن توكل فيه ، ولم يقل : عنَّك ولا عنِّي ، فهذه كالصورة الأولى أم الثانية ؟ وجهان . أصحهما : الثاني » . انظر : روضة الطالبين : (٣١٤/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٠/٥) .

(٥) في (أ) : « إذا » .

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٧) قوله : « عنه » : ليس في (أ) .

(٨) في (أ) : « الخصوص » .

(٩) قال في الروضة : « لو عين مكانًا من سوق ونحوها ، نظر : إن كان له في ذلك المكان غرضٌ ظاهر ، بأن كان الراغبون فيه أكثر ، أو النقدُ فيه أجودَ ، لم يجز البيع في غيره . وإلا فوجهان : أحدهما : يجوز ، وبه قال القاضي أبو حامد ، وقطع به الغزالي . وأصحهما عند ابن القطان والبغوي : المنع .

قُلْتُ : قطع بالجواز أيضًا صاحبا « التنبيه » و « التتمة » وغيرهما ، ولكن الأصح على الجملة : المنع ، وهو الذي صححه الماوردي ، والرافعي في « المحرر » .

=

[آخر] [١] : أنه لا يَجِبُ اتِّباعُه ، ويُحْمَلُ التخصيصُ على وفاقٍ .

فلو قال : بِعْ بمائة ، ولا تَبِعْ بما فوقه : لا يَبِيع بما فوقه . ولو قال : بع بمائة واقتصر عليه : (٢ لا يبيع بما دونه ، ويبيع بما فوقه ٢) ؛ لأنه امتثل ما أمَرَ ، وزاد خيرًا (٣ فلم تكن مخالفة ، كذلك إذا قال : اشْتَرِ بألفين ، فاشتراه بألفٍ : صح ؛ لأنه زاده خيرًا ٣) ، إلا إذا نهاه عمَّا دون الألفين .

ولو قال : بع بألفِ درهمٍ ، فباع بألفِ دينارٍ : لم يصح قطعًا ؛ لأنه مخالفةٌ في الجنس ، واللفظُ لم يَدُلَّ عليه ، فيبقى ميلُه طبعًا إليه ، فهو كما قبل التوكيل .

ولو قال : بع [٤] بالنَّسِيئَةِ بمائة ، فباع بمائة نَقْدًا ، فوجهان :

أحدهما : أنه اختلافُ جنسٍ ، فلا يُحتمل .

والثاني [٥] : [أنه] [٦] يصح ؛ (٧ لأنه زاده مكانَ المطالبة ٧) في الحالِ ، فهذا [٨] زيادةُ قَدْرٍ .

الثانية : إذا سَلَّم [إليه] [٩] دينارًا وقال : اشْتَرِ به شاةً ، فاشترى [به] [١٠]

= قلت : هذا إذا لم يقدّر الثمن . فإن قال : بعْ في سوق كذا بمائة ، فباع بمائة في غيرها جاز ، صرح به صاحبا « الشامل » و « التتمة » وغيرهما . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٣١٥) ، مغني المحتاج : (٢/٢٢٨) ، نهاية المحتاج : (٥/٤٤) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « يبيع بما أذن له ويبيع أيضًا بما فوقه » .

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ) . (٤) كلمة : « بع » : ليست في (أ) .

(٥) وهذا الوجه : هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٣١٧) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « لأنه زاد خيرًا بإمكان المطالبة » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « فهذه » . (٩) زيادة من (أ) .

(١٠) زيادة من (أ) .

شاتين ، وكلُّ واحدةٍ تساوي دينارًا ، أو دينارًا ونصفًا [(١)] : [(٢] لم يَجُزْ ؛ لأنه ربما يبغي شاةً تساوي دينارًا . فلو اشترى شاتين ، كلُّ واحدةٍ يساوي دينارًا [٢)] فقولان : أصحهما [(٣)] : الصحة . لما رُوِي أنه – عليه السلام – : « دفع دينارًا إلى عُرْوةَ ليشتري [له] [(٤)] شاةً ، فاشترى شاتَيْن ، وباع إحديهما [(٥)] بدينارٍ وجاء بالدينار والشاةِ ، فقال – عليه السلام – : « بارَكَ اللهُ [لك] [(٦)] في صفقةِ يمينِك » [(٧)] .

فإن قيل : فما قولكم في بيع الشاة الثانية ؟

قلنا : ذكر ابن سريج قولين ، ووجه الفساد : يُخَرَّجُ إلى تأويل الحديث وحَمْلِه إلى [(٨)] أنه كان وكيلًا مطلقًا في التصرفات ، ووجه الصحة : يُعَضِّدُ قولَ وَقْفِ العقود .

ويمكن أن يقال : جرى هاهنا لفظٌ يَدُلُّ على أن الذي جرى يوافق الرضا ، فلم يكن كوقف العقودِ ، بل يصح في الحال .

والقول الثاني : أنه لا يصح [(٩)] ، وهذا لا وجهَ له مع الخبر .

---

(١) في (أ) : « ونصف دينار » . (٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٣) قال في الروضة : « أظهرهما : صحة الشراء » . انظر : روضة الطالبين : (٣١٨/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٦/٥) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « إحداهما » . (٦) زيادة من (أ) .

(٧) أخرجه البخاري : (٧٣١/٦) (٦١) كتاب المناقب (٢٨) (٣٦٤٢) ، وأبو داود : (٢٥٣/٣) . كتاب البيوع ( ) باب في المضارب يخالف (٣٣٨٤) ، والترمذي : (٥٥٩،٥٥٨/٣) . (١٢) كتاب البيوع (٣٤) (١٢٥٨) ، وابن ماجه : (٨٠٣/٢) ، (١٥) كتاب الصدقات (٧) باب الأمين يتجر فيه فيربح (٢٤٠٢) . وانظر : الزيلعي في نصب الراية : (٩١/٤) ، والمغني لابن قدامة : (٢٩٥/٦) . وراجع : التلخيص الحبير : (٥/٣) حديث رقم : (١١٢٧) .

(٨) في (أ) : « على » .

(٩) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (٣١٩/٤) . على عكس ما رجح الغزالي . وإن كان ترجيحُ الغزالي أولى لورود الخبر .

ولو قال : بع هذا العبدَ بمائة ، فباع بمائة وعبدٍ آخر يساوي مائة : فقولان مُرتَّبان ، وأولى بالمنع (١) ؛ لأنه جَمَعَ بين جنسين .

فإن قلنا : لا يقع عنه ، فوجهان ؛ أحدهما : أنه (٢) يَفْسُدُ .

والثاني : أنه يصح في نصف العبد ، فكأنه قال : بع العَبْدَ بألف ، فباع نصْفَه بألف : صحَّ ؛ لأنه زاده (٣) خيرًا .

الثالثة : لو وكَّله بشراء عبد بألف ، فاشترى نصفه بأربعمائة : لم يقع عنه ، فلو اشترى النصفَ الباقِي (٤) بأربعمائة أخرى : لم ينقلب إليه الكلُّ بعد انصرافه عند (٥) ابتداء ، وفيه وجه لا يُعْتَدُّ به .

أما إذا قال : اشترِ لي عشرةَ أعْبُدٍ بصفقةٍ واحدةٍ فلْيَشْتَرِ من شخص واحد ، فلو اشترى من أشخاص في صفقة واحدة ، فوجهان (٦) :

---

(١) قال في الروضة : « قال : بعْ عبدي بمائة درهم ، فباعه بمائة وعبد أو وثوب يساوي مائةً ، فعن ابن سريج : أنه على قولين بالترتيب على مسألة الشاتين ، وأولى بالمنع ؛ لأنه عدل عن الجنس ، فإن أبطلنا ، فهل يبطل في القدر المقابل لغير الجنس وهو النصف ، أم في الجميع ؟ قولان . فإن قلنا : في ذلك القدر ، قال في « التتمة » : لا خيار له ؛ لأنه إذا رضي ببيع الجميع بمائة فالبعض أولى . وأما المشتري فإن لم يعلم أنه وكيل بالبيع بدراهم فله الخيار ، وإن علم فوجهان ؛ لشروعه في العقد مع العلم بأن بعض المعقود عليه لا يسلم له .

قلت : ولو باعه بمائة درهم ودينار ، ففي « التتمة » و « التهذيب » : أنه على الخلاف في مائة وثوب . وقطع صاحب « الشامل » بالصحة ؛ لأنه من جنس الأثمان ، وينبغي أن يكون الأصح في الجميع : الصحة . والله أعلم » . انظر روضة الطالبين (٣١٩/٤ - ٣٢٠) .

(٢) قوله : « أنه » : ليس في (أ) . (٣) في (أ) : « زاد » .

(٤) في (أ) : « الثاني » . (٥) في (أ) : « عنه » .

(٦) قال في الروضة : « الخامسة : قال : بعْ هؤلاء العبيد ، أو اشترِ لي خمسةَ أعبد ، ووصَفَهم ، فله الجمعُ والتفريقُ ؛ إذ لا ضرر . ولو قال : اشترِهم صفقةً ، ففرَّق ، لم يصح للموكل . فلو اشترى خمسةً من مالكَيْن ، لأحدهما ثلاثةٌ ، وللآخر اثنان دَفعة ، وصححنا مثلَ هذا العقد ، ففي وقوع شرائهم عن الموكل وجهان :

أحدهما : الصحة ؛ لأنه ملكهم دفعة .

وأصحهما : المنع ؛ لأنه إذا تعدد البائعُ لم تكن الصفقةُ واحدةً » . انظر : الروضة : (٣٣٣/٤) .

أحدهما : لا ؛ لأن الصفقةَ تتعدَّدُ بتعدُّدِ البائع .

والثاني : نعم ؛ لأن المقصودَ أن يكون الكلُّ مجموعًا في ملكه .

أما إذا قال : اشترِ [لي] (١) عشرةَ أعْبُدٍ مطلقًا ، فله أن يشترِيَ في صفقات ، وفي صفقة كيف شاء .

الرابعة : إذا وكَّله بشراءٍ فاسدٍ : لم يصح الوكالةُ ، ولا يستفيد بها الشراء الصحيح .

ولو قال : خَالِعْ زوجتي على خَمْرٍ ، فَفَعَلَ : وقع الخُلْعُ ، كما لو تعاطاه بنفسه ، فلو خالعَ على خنزيرٍ فوجهان ؛ أحدهما : لا يصح (٢) ؛ لأنه مخالفٌ .

والثاني : نعم ؛ لأن قوله في التعيين فاسدٌ ، إنما الصحيحُ أصلُ الخلع ، حتى لو خالع على عِوَضٍ صحيح : نفذ الخُلْعُ وفَسَدَ العِوَضُ ، وكذا في الصلح عن الدم .

الخامسة : الوكيلُ بالخصومة لا يُقِرُّ على موكِّله ؛ لأن اللفظَ لا يتناوله وَضْعًا وعُرْفًا ، خلافًا لأبي حنيفة (٣) – رحمه الله) ، ولا تقبل شهادتُه لموكِّله ؛ فإنه مُتَّهَمٌ ، فإن شهد بعد العَزْلِ وكان قد انتصب مخاصمًا في الوكالة : لم تُقْبَلْ ؛ لأنه صار ذا غرضٍ طبعيٍّ في تصديق نفسه وتمشيةِ قوله ، وإن لم ينتصب فعُزِلَ : سُمِعت (٤) شهادتُه .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٢٣/٤) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا يُقْبَلُ إقرارُ الوكيل بالخصومة على موكله ؛ لأن اسم الخصومة لا يتناوله ، وسواء كان الإقرار في مجلس الحكم ، أم في غيره ، وهو مذهب زفر من الحنفية .

وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن : يجوز الإقرار في مجلس الحكم دون غيره .

وقال أبو يوسف : يجوز الإقرار في مجلس الحكم وغيره .

انظر : روضة الطالبين : (٣٢٠/٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٦٥/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (١٠١/٢) .

(٤) في (أ) : « تُسْمَع » .

وقال الأصحاب : ليس له أن يُعدِّلَ شهودَ خَصْمِ الموكِّل ، كما لا يملك الإقرارَ ، وهذا ضعيف ؛ لأنه لم يَسْتَفِدِ التعديلَ من الوكالة ، فإنه يُعِدِّلُ من غير وكالة .

نعم ، لا يُجْعَلُ تعديلُه وحده كإقرارِ الموكل بعد التُّهَم [١] ، ولا وجه لما أطلقه الأصحاب ، إلا أنه [٢] بتعديلِ الشهود مقصرٌ في الوكالة وتاركٌ حقَّ النُّصْحِ والغبطةِ له [٣] .

السادسة [٤] : إذا قال : خُذْ مالي من فلانٍ فمات : (٥ لم يأخذْه من وَرَثَتِه ؛ لأنه قد رضي بيَدِ ورثته . ولو قال : خُذْ مالي من الحق على ٥) فلان : جاز أن يأخذ [٦] من ورثته ؛ لأن قَصْدَه استيفاءُ الحق ، وكذلك [٧] لو وكَّل العَدْلَ في بيع المرهون - وهو حِنْطَة - فأتلفها أجنبيٌّ فأخَذَ مِثْلَها : لم يكن له بَيْعُها ؛ لأن الإذنَ لا [٨] يتناول البدَلَ [٩] .

السابعة : لو وكَّل رجلَيْنِ بالخصومة ، فهل لكلِ واحد الاستبدادُ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا [١٠] ، كالوصِيَّيْنْ والوكيلين في التصرف .

والثاني : نعم ؛ لأن العرفَ في الخصومة يُجوِّزُ ذلك .

الثامنة : إذا سَلَّم إليه ألفًا وقال : اشْتَرِ بعينها / عبدًا ، فاشترى في الذمة : لم يقع عن الموكِّل ؛ لمخالفته . ٩٧ / ب

ولو قال : اشْتَرِ في الذمة ، واصْرِفِ الألفَ فيه ، فاشترى بعينها فوجهان [١١] :

ووجه التصحيح : أنه لم يتفاوت ، إلا أنه ينفسخ العَقْدُ بتَلَفِه ، فلا يلزمه الألْفُ عند

---

(١) في (أ) : « اتهم » .

(٢) قوله : « أنه » : ليس في (أ) .

(٣) قوله : « له » : ليس في (أ) .

(٤) عَكَسَ في (أ) وجَعَلَ السابعةَ مكان السادسة .

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « يأخذه » .

(٧) في (أ) : « ولذلك » .

(٨) في (أ) : « لم » .

(٩) في (أ) : « للبذل » .

(١٠) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٢١/٤) .

(١١) أصح هذين الوجهين : عدم صحة الشراء ، كما في الروضة : (٣٢٣/٤ ، ٣٢٤) .

التلف . ولو اشترى في الذمة للَزِمَه في التلف والبقاءِ ، فقد زاده خيرًا .

ولو سلَّم للألف [1] وقال : اشترِ عبدًا مطلقًا ، فعلى ماذا يُحمل ؟ فيه وجهان [2] ، فإن حملنا على الشراء بعينه : لم يَجُزِ الشراءُ في الذمة .

التاسعة : إذا قال : بِعْ من زيد بألف ، فباع [3] بألفين لم يجز ؛ لأن له (٤ في مسامحته غرضًا ٤) بعد التعيين ، إلا إذا عُلِمَ خلافُه بالقرينة .

وإن وكَّله في بيعِ عبدٍ بألفٍ فباع نصْفَه بألف : جاز ، ولو كان (٥ بما دون ٥) الألف : لم يَجُزْ ؛ لأن الباقِيَ ربما لا يُشْتَرَى بما يُكَمِّلُ الألفَ .

ولو قال : بع ثلاثةَ أعْبُدٍ بألف ، فباع واحدًا بما دون الألف : لم يجز ؛ [لأن الباقي ربما لا يُشْتَرَى بما لا يُكَمِّلُ الألفَ] [6] ولو باع بألف : جاز ، وهل يبقى وكيلًا في بيع الباقي ؟ وجهان : أحدهما : لا ؛ لحصول المقصود .

والثاني : نعم [7] ، كما إذا باع دَفعةً واحدةً بألفين مع القدرة على بيع واحد بألف . فإن قال : اشترِ العبدَ بمائة ولا تَشْتَرِه [8] بخمسين : لم يَشْتَرِ بالخمسين ولا بما فوق المائة ، ويَشْتَرِي بما بين (٩ الخمسين والمائة ٩) ، وهل يَشتري بما دون الخمسين ؟ وجهان [10] . ولو قال : اشترِ العبدَ بمائة ، فاشترى بمائةٍ وعشرةٍ ، لم يقع عن الموكِّل ،

---

(١) في (أ) : « الألف » .

(٢) أصح هذين الوجهين : أن الوكيلَ يتخير بين الشراء بعينه أو في الذمة ؛ لأن الاسم يتناولهما . انظر : روضة الطالبين : (٣٢٤/٤) .

(٣) في (أ) : « فباعه » .

(٤) في (أ) : « غرضًا في مسامحته » .

(٥) في (أ) : « بدون » .

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٣٣/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣٣/٢) .

(٨) في (أ) : « تشترِ » .

(٩) في (أ) : « المائة والخمسين » .

(١٠) أصح هذين الوجهين : عدم الجواز ، كما في الروضة : (٣١٦/٤ ، ٣١٧) .

وقال ابن سريج : يقع (١ ويَلتزم الوكيلُ ١) من عنده عشرةً ، وهو باطلٌ بما لو بَاعَ العبدَ المأذونَ في بيعه بمائة ، بتسعين : فإنه لا يصح البيعُ ؛ اعتمادًا على ضمان العشرة .

[وقال الإمام : ما ذكره ابنُ سريج له وجه ، فإن من قال لغيره : بعْ دارَك من فلان ولك عليَّ عشرةٌ : جاز على أحد الوجهين ، فكذلك فعلُه يُنَزَّل على هذا ؛ إذ ليس يُرَدُّ عليه إذا قال : بع بمائة فباع بتسعين ؛ لأن الوكيلَ والموكلَ في التزامه المال بأن يبيع بتسعين] (٢) .

فإن قيل : فحيث خالف الوكيلُ ، ما حكْمُه ؟

قلنا : إن خالفَ في البيع : لبَطَلَ (٣) أصلًا ، وإن خالف في الشراء واشترى (٤) بعَين مالِ الموكل : أيضًا بطل ، وإن كان في الذمة : وقع عن الوكيل ، إلا إذا صرَّح بالإضافة إلى الموكل ، ففيه وجهان ؛ أحدهما : أنه يلغي إضافته (٥) .

والثاني : أنه يَبْطُلُ من أصله ؛ لأنه لا يحتمل كلامه مع التصريح بإضافته إليه ، بخلاف المطلق .

* * *

(١) في (أ) : « ويلزم الكل » .

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « بطل » .

(٤) في (أ) : « فاشترى » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٢٤/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٧/٥) .

الحكم الثاني للوكالة : ثبوت حكم الأمانة للوكيل

حتى أن ما يَتْلَفُ في يده من المبيع والثمن والمشتري : لا يَضْمَنُه إذا لم يَتَعَدَّ ، فلو طُولب بالردِّ فامتنع : عَصَى وصار ضامنًا ، ولو انتفع بالمبيع : (١ أيضًا صار ضامنًا ١) ، فلو باع بعد التعدِّي : صح ولم يضمن الثمنَ وإن قَبَضَه ؛ لأنه لم يتعدَّ في عيبه (٢) .

ولو وُكِّل ببيعِ شيءٍ يساوي عشرةً ، فباع بتسعة : يجوز ؛ لأن هذا القَدْرَ يَتَغَابَنُ الناسُ بمثله ، والاحترازُ عنه عسيرٌ ، فلو باع بثمانيةٍ : لم يصح العَقْدُ ولا يضمن إذا لم يُسَلِّم ؛ لأنه هَذَيانٌ صَدَرَ منه ولم يتعلق بالعين ، فيصح بَيْعُه بعد ذلك بالعشرة ، فلو (٣) باع بثمانيةٍ وسلَّم : فقد تعدَّى ، (٤ والموكِّلُ يَستردُّ ٤) المبيعَ إن كان باقيًا ، وإن تَلِفَ في يد المشتري : ضمن المشتري عشرةً ، وله أن يطالب الوكيلَ أيضًا ، ولكن بكم يطالبه ؟ فيه ثلاثة أقوال ؛ أحدها : بالعشرة ، وهو الأظهر .

والثاني : بتسعةٍ ؛ إذ لو باع (٥) بتسعة وسَلَّم إليه لبَرِئَ عنه .

والثالث : أنه يُطالبه بدرهم ، والباقي يتعين المشتري وبمطالبته (٦) ؛ إذ كان تنقطع المطالبةُ بأن يبيع بتسعةٍ ، فإذا باع بثمانيةٍ فقد نَقَصَ درهمٌ . والصحيح هو الأول .

ثم كل ما ضمنه الوكيلُ يَرْجِعُ به على المشتري ؛ لأنه تَلِفَ في يد المشتري ، فالقرارُ عليه .

والوكيل في السَّلم إذ أبْرَأَ المُسْلَمَ إليه عن المُسْلَم (٧) فيه ، ولم يعترف (٨) بكونه وكيلًا : نفذ الإبراءُ (٩ ظاهرًا ولا ينفذ باطنًا ٩) ، وضمن الوكيلُ للموكل إن قلنا : إن

---

(١) في (أ) : « صار أيضًا ضامنًا » .

(٢) في (أ) : « عينه » .

(٣) في (أ) : « ولو » .

(٤) في (أ) : « وللموكل استرداد » .

(٥) في (أ) : « باعه » .

(٦) في (أ) : « لمطالبته » .

(٧) في (أ) : « المستلف » .

(٨) في (أ) : « يعرف » .

(٩) في (أ) : « ظاهرًا لا باطنًا » .

الحيلولةَ بالقول سببُ الضمان ، ثم يضمن له قيمةَ رأسِ المال ، فإن الاعتياضَ عن المُسْلَم فيه قبل القبض لا يجوز ، بخلاف ما لو باع عينًا وأبرأ عن الثمن : فإنه يَضْمَنُ مبلغَ الثمن لا قيمة المبيع .

ومهما طُولب الوكيلُ أو المُودَعُ بالردِّ فكان في الحمَّام أو مشغولًا بالطعام : لم يَعْصِ بهذا القدر من التأخير ، وهو ظاهرٌ بالعرف ، ولكن قال الأصحاب : لو تلف في هذه المدة : ضمن ، وإنما جاز له التأخيرُ لغرضِ نَفْسِه بشرط سلامة العاقبة .

وهذا منقدِحٌ إذا كان التَّلَفُ بسبب التأخير ، وبعيدٌ إذا لم يكن التأخيرُ سببًا فيه .

* * *

الحكم الثالث : العُهْدَةُ والمطالَبَة

ولها ثلاثة مواضع :

الأول : في الشراء ، فالوكيلُ [1] بالشراء إن سَلَّم إليه الثمنَ كان مطالبًا بتسليم ما سَلَّم إليه ، وإن لم يُسَلِّمِ الموكِّلُ إليه شيئًا وأنكر البائعُ كونَه وكيلًا : فله مطالبته ، وإن اعترف بكونه وكيلًا ، فثلاثة أوجه ذكرها ابن سريج :

أحدها : أنه المطالَبُ ، فإنه العاقدُ .

والثاني : أنه لا يُطالِبُ إلا الموكِّلَ فإنه المتملكُ ، والوكيلُ سفيرٌ .

والثالث [2] : أنه يُطَالِبُ أيَّهما شاء ، ثم إن طالب الوكيلَ فالأصح : أنه يَرْجِعُ على الموكل .

وفيه وجه : أن قوله : اشْتَرِ لي . اقتراحُ هبةٍ ، فهو كقوله أدِّ دَيْني ، وفي الرجوع ثَمَّ خلافٌ .

الموضع الثاني : إذا خرج المبيعُ مستحقًّا وقد تلف الثمنُ في يد الوكيل ، فالمشتري يُطالِبُ مَنْ ؟ فيه الأوجه الثلاثة :

أحدها : الوكيل فقط ، فإنه تَلِفَ في يده .

والثاني : الموكل ، فإنه سفيرٌ من جهته .

والثالث [3] : يطالبهما جميعًا .

ثم قرارُ الضمان على مَنْ ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه على الوكيل ، إذا [4] تلف في يده ، فالموكل [5] / يرجع عليه . ٩٨/أ

---

(١) في (أ) : « والوكيل » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٢٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣١/٢) ، نهاية المحتاج : (٥٠/٥، ٥١) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٢٨/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣١/٢) ، نهاية المحتاج : (٥١/٥) .

(٤) في (أ) : « إذ » . (٥) في (أ) : « والموكل » .

والثاني [1] : على الموكل ؛ لأن الوكيلَ كان مأمورًا من جهته .

والثالث : لا يرجع أحدُهما على صاحبه ، بل كلُّ مَنْ طُولب استقرَّ عليه .

الموضع الثالث : الوكيل بشراء العبد إذا قبض العبْدَ المشترَى ، وتلف في يده وخرج مستحقًّا فالمستحقُّ يطالب البائعَ لا محالةَ ، وفي مطالبته للوكيل والموكل الأوجُه الثلاثة .

وكذا الخلافُ في القرار ، وتقريرُ الضمان على الموكل هاهنا أبعدُ ؛ لأنه لم يَسْبِقْ منه تغريرٌ ، بخلاف التوكيل في البيع .

* * *

(١) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٢٨/٤) .

الحكم الرابع للوكالة : الجواز

فهو جائزٌ من الجانبين ، وينعزل الوكيلُ بثلاثة أسباب :

الأول : عُزُولُ (١) الموكِّلِ إياه بمَشْهَدٍ منه ، وإن كان في غيبته ، فينعزل مهما بلغه الخَبَرُ ، وقيل : بلوغُ الخبر قولان :

المنصوص (٢) : أنه ينعزل ؛ لأنه لا يَفْتَقِرُ إلى رضاه ، فلا يفتقر إلى حضورِه وعلمه .

والثاني : لا ؛ لأنه لا يُوثَقُ بتصرفه لتصور (٣) عزله دون معرفته ، فصار كالقاضي .

وفي القاضي وجه : أنه ينعزل في الغيبة ، وهو بعيد ، فإنَّ عَزْلَ القاضي بغير سبب لا يجوز ، وعَزْلَ الوكيل جائزٌ ، ولا خلاف في أن الموكِّلَ لو باع ما وَكَّلَ في بيعه ، أو أعتق : انعزل الوكيلُ ضِمْنًا .

فإن قلنا : يَنْفَذُ عَزْلُه في الغيبة فلْيُشْهِدِ الموكِّلُ عليه ؛ فإنه لا يُسْمَعُ مجرَّدُ قوله بعد تصرف الوكيل .

السبب الثاني : عزلُ الوكيلِ نَفْسَه وتعدِّيه في مال الوكالة : ليس رَدًّا للوكالة ، بل يبقى وكيلًا على الأصح (٤) ، وإن صار ضامنًا بإنكاره (٥) الوكالةَ هل يُجْعَلُ إنشاءً للرد ؟ فيه ثلاثه أوجه ، والأصح (٦) : - هو الثالث ، وهو - : أنه إن قال ذلك عن نسيانٍ

---

(١) في (أ) : « عزل » .

(٢) وهو الأظهر ، كما في الروضة : (٣٣٠/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٥٣/٥) .

(٣) في (أ) : « لو تصور » .

(٤) قال في الروضة : « الثاني : إذا قال الوكيل : عزلت نفسي ، أو أخرجتها عن الوكالة أو رددتُها ، انعزل قطعًا ، وكذا قاله الأصحاب . وقال بعض المتأخرين : إن كانت صيغةُ الموكل : بعْ واعتقْ ونحوهما من صيغ الأمر ، لم ينعزل بردِّ الوكالة ، وعَزْلِه نَفْسَه ؛ لأن ذلك إذنٌ وإباحة ، فأشبه مالو أباحه الطعام يرتد لا برد المباح له » . انظر : روضة الطالبين : (٣٣٠/٤) .

(٥) في (أ) : « وإنكاره » .

(٦) في (أ) : « الأصح » بدون الواو .

أو لغرض في إخفاء الوكالةِ ، فلا يكون عزلًا ، وإن أنكر مع العلم ، فهو رَدٌّ للوكالة من جهته .

الثالث : أن يَخْرُجَ الموكِّلُ بالجنون أو الموت عن أهليةِ التوكيل ، أو الوكيلُ عن أهلية التوكيل ، أو الوكيلُ عن أهلية الامتثالِ بالجنون والموت . والأصح : أنه لا ينعزل بالإغماء ، وينعزل بالجنون وإن قلَّ . وقيل [1] : لا ينعزل بهما . وقيل : ينعزل بهما جميعًا [2] .

فلو [3] وكَّل عَبْدَه ثم أعتقه ، أو باعه ، أو كاتَبَه ، ففي انعزاله ثلاثة أوجه [4] :

أحدها : لا ؛ لعموم الإذْنِ وبقاءِ الأهلية .

والثاني : نعم ؛ لأن أمْرَه محمولٌ على الاستخدام ، وقد بَطَلَ محليةُ الاستخدام في حقه .

والثالث : [أنه] [5] يُنْظَرُ إلى لفظه : فإن قال : وكَّلتك : بَقِيَ بعد زوالِ سلطنته ، وإن قال : بِعْ واشْتَرِ بصيغة الأمر : فهو محمولٌ على الاستخدام .

* * *

---

(١) في (أ) : « قيل : إنه » .

(٢) وهذا هو الأصح ، كما في الروضة على عكس ما رجحه الغزالي بأن الوكيلَ لا ينعزل بالإغماء .

انظر : روضة الطالبين : (٣٣٠/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٥٥/٥) .

(٣) في (أ) : « ولو » .

(٤) قال في الروضة : « الخامس : لو وكل عبدَه في بيعٍ أو تصرُّف آخر ، ثم أعتقه أو باعه ، ففي انعزاله أوجه ، ثالثها : أنه إن كانت الصيغةُ : وكلتك بقي الإذن . وإن كانت : بع ، أو نحوه ارتفع . والكتابة كالبيع ، وعبدُ غيره كعبده . وإذا حكمنا ببقاء الإذن في صورة البيع لزمه استئذان المشتري ؛ لأن منافعَه صارت له . فلو لم يستأذن نفذ تصرفه ؛ لبقاء الإذن وإن عصى ، قال الإمام : وفيه احتمال .

قلت : لم يصحِّح الرافعي شيئًا من الخلاف في انعزاله ، ولم يصححه الجمهور . وقد صحح صاحب « الحاوي » والجرجاني في المعاياة انعزاله . وقطع به الجرجاني في كتابه « التحرير » . » انظر : روضة الطالبين : (٣٣١/٤) .

(٥) زيادة من (أ) .

الباب الثالث : في تنازع الوكيل والموكِّل

وتنازعُهما [١] في ثلاثة مواضع :

الأول : التنازع [٢] في أصل الوكالة أو صِفَتِها

كقول الوكيل : وكَّلْتَني ، فقال : ما وكَّلْتُك . أو قال : وكَّلتني ببيع الكُلِّ ، فقال : بل بالبعض . أو قال : أَذِنْتَ لي في [٣] البيع [٤] بالنَّسِيئة ، فقال : بل بالنقد ، أو قال : أذِنْتَ في الشراء بعشرين ، فقال : بل بالعشرة [٥] . فالقولُ في جميع ذلك قولُ الموكِّل ؛ لأن الأصلَ عَدَمُه .

فرعان :

أحدهما : إذا باع الوكيلُ بالنسيئة وأنكر البائعُ [٦] الإذنَ في الأجَلِ : فإن كان المبيعُ قائمًا اسْتُرِدَّ والقولُ [٧] قوله . ولو أنكر المشتري كونَه وكيلًا : (٨ لم يُقْبَلْ قولُ الموكلِ عليه ، بل يُحلِّفه على أنه لا يَعْلَمُ كونَه وكيلًا ٨) من جهته ، فإذا حلف فللموكِّلِ مطالبةُ الوكيلِ بقيمة السلعة ، ثم إذا انقضى الأجَلُ فللوكيل أن يطالِبَ المشتريَ بالثمن (٩ ويأخُذَه بما غَرِمَه ٩) ، فإن زاد على ما غرمه فالزيادةُ لا يَدَّعِيها لنفسه ، ولا البائع ولا المشتري فماذا يصنع به ؟ وفي [١٠] مثله خلاف مشهور .

فإن كذَّب الوكيلُ نَفْسَه أيضًا وقال : صَدَقَ الموكلُ ، لم يكن له أن يطالب إلا بأقلِّ الأمرَيْنِ من الثمن أو القيمة ؛ لِيَجْبُرَ حقَّ نفسِه مما [١١] غرم .

---

(١) في (أ) : « ونزاعهما » .

(٢) في (أ) : « النزاع » .

(٣) قوله : « في » : ليس في (ب) .

(٤) في (ب) : « بالبيع » .

(٥) في (أ) : « بعشرة » .

(٦) في (أ) : « الموكل » .

(٧) في (أ) : « إذ القول » .

(٨) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « ويأخذ ما غرمه » .

(١٠) الواو زيادة من (أ) .

(١١) في (أ) : « بما » .

الثاني : إذا اشترى جاريةً بعشرين ، فقال الموكل : ما أذِنْتُ إلا في عشرةٍ ، فالقولُ قولُه ، فإن كان اشترى بعَيْنِ مالِهِ : فهو باطلٌ ، وإن اشترى في الذمة واعترف البائعُ بالوَكالة : فكمثل ، فإن [1] أنكر الوكالةَ : لم يُقْبَلْ قولُه على البائع ، ويَغْرَم الوكيلُ للموكِّل مالَه مهما حلف على أنه لم يأذن ، وتبقى الجاريةُ في يد الوكيل فيتلطَّف [2] الحاكمُ بالموكل ويقول له : لا يَضُرُّك أن تقول للوكيل : بِعْتُك الجاريةَ بعشرين ؛ حتى تُسَلَّمَ لك العشرون [3] ، فإن قال ذلك حصل الغَرَضُ .

فإن [4] قال : إن كنْتُ قد أذِنْتُ لكِ ، فلو بعتك ، ففي هذه الصيغة وجهان : أصحهما - وهو ظاهر كلام المزني - [5] : الصحةُ ؛ لأن هذا [من] [6] مقتضى الشرع وإن لم يُصرِّح .

وإن أبَى الموكلُ ذلك ، قال المزني : يبيع الوكيلُ الجاريةَ ويأخذ ما غَرِمَ من ثمنها .

وقال الإصطخري : وجهان :

أحدهما : ما قاله المزني ، والثاني : أنه يملك ظاهرًا وباطنًا ؛ بناءً على ما إذا ادَّعى على غيره : أنك اشتريْتَ داري فأنكر [7] وحلف ، فيُستحب للمشتري أن يقول : إن كنْتُ اشتريتُه [8] فقد فَسَخْتُ ، فإن [9] لم يقل [10] فالبائعُ على قولٍ : يبيع الدارَ ويأخذ ثمنَها ، وعلى قولٍ : يملكه [11] ويكون إنكارُه كإفلاسه فهو أحقُّ بعين ماله .

قال أبو إسحاق : لا يملك الجاريةَ قولًا واحدًا ، وهو الصحيح ، بخلاف مسألةِ

(١) في (أ) : « وإن » .

(٢) في (أ) : « فليتلطف » .

(٣) في (أ) : « العشرين » .

(٤) في (أ) : « وإن » .

(٥) انظر : مختصر المزني : (٨/٣) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « فأنكره » .

(٨) في (أ) : « اشتريتها » .

(٩) في (أ) : « وإن » .

(١٠) في (أ) : « تقل » .

(١١) في (أ) : « يملكها » .

الدار ، (١ فإنْ تعذَّرَ الثمنُ ثَبتَ الرجوعُ ١) إلى المبيع ، وهاهنا لا معاملةَ بين الوكيل والموكل ، فعلى هذا الوجه أن (٢) يقال : [قد] (٣) ظَفَرَ بغير جنس حقِّه (٤ فيأخذه بحقِّه ، ويُقْطَعُ بهذا القول هاهنا ؛ لأن مَنْ له الحقُّ لا يدعيه لنفسه ، بخلاف ما إذا ظفر بغير جنس حقِّه من مالِ مَنْ يدَّعي المالَ لنفسه ٤) .

* * *

(١) في (أ) : « فإنَّ تعذُّرَ الثمنِ سببٌ للرجوع » .

(٢) قوله : « أن » : ليس في (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) العبارة التي بين القوسين موجودة في هامش الأصل ، ولكنها مطموسةٌ من التصوير ، فنقلتها من النسخة (أ) .

النزاع الثاني / : في التصرُّفِ المأذون فيه

٩٨ / ب

فإذا قال الوكيل : بِعْتُ ، أو أعْتَقْتُ أو اشتريت ، وأنكر الموكل (١) فقولان :

أحدهما : القولُ قولُ الوكيل ؛ لأنه مأذونٌ أمينٌ قادرٌ على الإنشاءِ وهو أعْرَفُ (٢) به

والثاني : [أن] (٣) القولَ قولُ الموكل (٤) ؛ إذ الأصلُ عَدَمُه ، وقوله : « بعت » إقرارٌ على الموكل فلا يلزمه . وكذا الخلافُ إذا وكَّله بقضاء الدين فقال : قضيت .

أما إذا ادَّعى الوكيلُ تَلَفَ المال في يده ، فالقولُ قوله ؛ لأنه أمينٌ ، فإقامةُ (٥) البينةِ عليه غيرُ ممكن .

ولو ادَّعى الردَّ على الموكل ، فكذلك القولُ (٦) قوله ؛ لأنه يَبْغِي دفعَ العهدة عن نفسه لا إلزامَ الموكلِ شيئًا ، وطرد المراوزةُ هذا (٧) في كلِّ يدٍ هي أمانةٌ في حقِّ مَنْ صَدَرَ منه إثباتُ اليد ، كيَدِ الرهن ، والإجارة ، والوكيل بالجُعْل ، وذكر العراقيون في كل ذلك وجهين .

هذا مع القطع بأن الوكيلَ لو مات فادَّعى وارثُه الردَّ : لم يُصَدَّقْ ؛ لأنه ليس مؤتمنًا من جهته ، وكذا الوليُّ والوصيُّ إذا ادَّعيا ردَّ المال [إلى الطفل بعد البلوغ] (٨) ، وفي الولي وجه : أنه يُصدَّق .

نعم ، أشهر الخلاف في أن ما صَرَفَه إلى نفقته في صِغَرِه هل يُطالب بالإشهاد عليه ، أم يُصدَّقُ بمجرد يمينه ؛ لأنَّ في إقامة البينة عليه نوعَ عُسْرٍ ؟

والملتقط ، ومن طَيَّر (٩) الرِّيحُ ثوبًا في (١٠) داره ، هؤلاء لا يُصدَّقُون في دعوى الردِّ

(١) في الأصل : « الوكيل » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « اعترف » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (٣٤٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٥٩/٥ ، ٦٠) .

(٥) في (أ) : « وإقامة » .

(٦) هذه الكلمة مطموسة في الأصل فنقلتها من النسخة (أ) .

(٧) في (أ) : « ذلك » .

(٨) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٩) في (أ) : « طيرت » .

(١٠) في (أ) : « إلى » .

بمجرد اليمين ، أما إذا ادَّعى الوكيلُ الردَّ على رسولِ [١] الموكل والمُودِع [١] ، فالظاهر : أنه لا يُصدَّق ، وفيه وجه : أن الرسولَ كالمرسل ، فيجب على الموكِّلِ التصديقُ ؛ لأنه أمينٌ .

فرع : مَنْ يُصدِّق في دعوى الردِّ ، فلو طولب بالردِّ هل له التأخيرُ بعُذْر الإشهاد ؟ وجهان :

• أحدهما : لا [٢] ؛ لأنه مصدقٌ بيمينه ، والودائعُ تَخْفَى غالبًا .

والثاني : نعم ؛ لأنه يريد أن يتورَّعَ عن اليمين الصادقة .

وأما مَنْ عليه الدينُ [٣] فله أن [٤] يؤخِّرَ الإشهادَ [٤] إن كان دينُه ثابتًا ببينة ، وإن لم يكن :

قال العراقيون : هو كالوديعة ؛ إذ يمكنه أن يقول : لا يلزمني شيءٌ فيُصدَّقُ بيمينه مما [٥] ادُّعي عليه .

وقال المراوزة : له تكليفُ الإشهاد .

ولو قال لوكيله : لتقْضِ [٦] ديني ، فلْيُشْهِدْ على القضاء ؛ ليكون مُرَاعِيًا للغبطة ، فإن لم يُشْهِدْ - وكان في غيبة الموكل - ضمن مهما أنكر المستحقُّ ، وإن كان في حضرة الموكل ، فوجهان [٧] .

وإذا [٨] قال : سلِّم وديعتي إلى وكيلي ، فإن سلَّم بحضرته ولم يشهد : لم يضمن ، وإن كان في غيبته فوجهان .

فإن قيل : فمن في يده المالُ أو عليه الحقُّ ، إذا اعترف لشخصٍ بأنه وكيلُ المستحق بالاستيفاء ، فهل يجب عليه التسليمُ دون الإشهاد ؟

---

(١) في (أ) : « المودع والموكل » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٤٥/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣٦/٢) ، نهاية المحتاج : (٦٣/٥) .

(٣) في (أ) : « دين » .

(٤) في (أ) : « يؤخره للإشهاد » .

(٥) في (أ) : « مهما » .

(٦) في (أ) : « اقضِ » .

(٧) أصحهما : أنه لا رجوع للموكل عليه ، كما في الروضة : (٣٤٤/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣٦/٢) ، نهاية المحتاج : (٦٢/٥) .

(٨) في (أ) : « فإذا » .

قلنا : يجوز التسليمُ ولا يجب ؛ لأن الموكلَ لو أنكر وكالتَه لم تحصل براءةُ مَنْ عليه الحقُّ .

وقال المزني [(١)] : يلزمه ؛ لأنه اعترف بكونه مستحقًّا للاستيفاء بالوكالة ، فصار [(٢)] كما لو كان في يده مالُ ميتٍ اعترف [(٣)] لشخصٍ بأنه وارثُه لا وراثَ له سواه : لا يطالبه [(٤)] بالإشهاد ، بل يجب [عليه] [(٥)] التسليمُ .

والفرق بينهما : أنه اعترف للوارث بالمِلك ، ولا [(٦)] يُتوقَّعُ من غير المالك دعوى يُعتدُّ به ، أما هاهنا فالإنكارُ من جهة الموكل المالك متوقعٌ .

نعم ، لو قال : لفلانٍ عليَّ ألفٌ من جهة حوالةٍ أحالها عليَّ رجلٌ آخر : ففيه وجهان [(٧)] :

أحدهما : أنه يجب التسليمُ دون إقامةِ حُجَّةٍ على الحَوالة ؛ لأنه اعترف بالاستحقاق ، بخلاف صورة الوَكالة .

والثاني : لا ؛ لأنه لم يَجْعَلْه متأصلًا في الاستحقاق ، بل زَعَمَ أنه تحوَّل إليه من [(٨)] جهةِ مستحقٍّ ، فلعل المستحقَّ يُنْكِرُ .

* * *

(١) انظر : مختصر المزني : (٣/٩ ، ١٠) (١٤/٣ ، ١٥) ، روضة الطالبين : (٣٤٦/٤) ، مغني المحتاج : (٢/ ٢٣٧) ، نهاية المحتاج : (٦٣/٥) .

(٢) قوله : « فصار » : ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « فاعترف » .

(٤) في (أ) : « مطالب » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (ب) : « إذ » .

(٧) قال في الروضة : « جاء رجلٌ وقال لمن عليه الدين : أحالني به مالكُه ، فصدَّقه . وقلنا : إذا صدق مدعي الوكالة لا يلزمه الدفع ، فهنا وجهان . أصحهما : يلزمه كالوارث . ولو كذبه ولم تكن بينة ، هل له تحليفه ؟ إن ألزمناه الدفع فنعم ، وإلا فكما سبق » . انظر : روضة الطالبين : (٣٤٦/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٦٣/٥ ، ٦٤) .

(٨) في (أ) : « عن » .

النزاع الثالث : في استيفاء الثمن

وقد [١] أطلق العراقيون فيه قولين ، كما في البيع والعتق .

والتفصيل فيه عند المراوزة : أنه إن ادَّعى الموكلُ الثمنَ على المشتري ، فقال الوكيل : قَبَضْتُ وتَلِفَ في يدي ، فلا يجب [٢] تصديقُه ؛ لأنه ليس يدعي على الوكيل شيئًا فلا [٣] يتعرَّضُ الوكيلُ لغُرْمٍ بسبب دعواه ، إلا إذا نَسَبَه إلى تسليم المبيعِ دون إذنه ، فالقول قوله ؛ حتى لا يتعرَّضَ للغرم ، فإن حَلَفَ فهل يَبْرَأُ المشتري بحَلِفِه ؟ وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه صُدِّق في استيفاء الثمن .

والثاني : لا ؛ لأن يمينَه حجةٌ دافعةٌ عنه ، لا يصلح لتبرئةِ ذمَّةِ المشتري .

أما إذا ادَّعى الموكلُ على الوكيل أنه قبض الثمنَ فأنكر الوكيلُ ، فالقول قوله ، فلو أقام الموكلُ بينةً على القبض ، فادَّعى الوكيلُ تَلَفًا أورَدًّا قبل الجحود : لم يُصدَّق ؛ لأنه صار خائنًا بالجحود . فإن أقام بينةً فالأصح [٤] : أنه لا يُقْبَل [٥] ؛ لأن البينةَ تُبْتَنَى على الدعوى ، ودعواه مناقضةٌ لقوله الأول وجحودِه ، فلا يُسْمَع .

ولو [٦] أقام البينةَ [٧] على تلفٍ بعد الجحود : فكذلك على أحد الوجهين ، ولو أقام البينةَ على ردِّه [٨] بعد الجحود : قُبِل ؛ لأنه إذا ثبت كونُه غاصبًا [٩] فأقصى ما عليه أن يَرُدَّ ويُشهد ، فكيف تُكلِّفُه أمْرًا يَزِيدُ عليه ؟

* * *

(١) في (أ) : « فقد » .
(٢) في (أ) : « تجب » .
(٣) في (أ) : « ولا » .
(٤) والذي رجّحه في الروضة : أنه إن أقام بينةً ، فالأصح : أنه تسمع دعواه وبينته على عكس ما صحح الغزالي . انظر : روضة الطالبين : (٣٤٧/٤) .
(٥) في (أ) : « تقبل » .
(٦) في (أ) : « فلو » .
(٧) في (أ) : « بينة » .
(٨) في (أ) : « ردٌّ » .
(٩) في (أ) : « غاصبًا » .

كتاب الإقرار

وفيه أربعة أبواب

الباب الأول : في أركانه

وهي أربعة :

المُقِرُّ ، والمُقَرُّ له ، والمُقَرُّ به ، وصيغة الإقرار .

الركن الأول : المقِرّ

وهو ينقسم إلى [قسمين] (١) مطلَقٍ ، ومحجورٍ [عليه] (٢) :

ونعني بالمطلق : المكلَّف الذي لا حَجْرَ عليه . فيقبل إقرارُه على نفسه بكلِّ ما يُتصوَّرُ منه التزامُه (٣) له ؛ لقوله تعالى : ﴿ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ [وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ] (٤) ﴾ ، وقوله ﷺ : « قُولُوا الحقَّ ولو على أنفُسِكم » (٥) .

وأما المحجور [عليه] (٦) : / فأسبابُ الحَجْرِ ستةٌ : الصِّبا ، والجنون ، والتبذير ، والرِّقُّ ، والفَلَسُ ، والمرض . ٩٩/أ

أما الصبا والجنون : فيقتضيان حَجرًا مطلقًا عن سائر الأقَارِيرِ ، نعم لو أقَرَّ الصبيُّ بالتبذير والوصية ، قيل : إن جعلناه (٧ من أهلهما ٧) .ولو قال : بلغت بالاحتلام : صُدِّق ؛ لأنه لا يَقْدِرُ على إقامةِ بينةٍ ، ولم (٨) يُحَلَّفْ ؛ إذ لا فائدةَ في تحليفه ؛ فإنه إن كَذَبَ فالصبيُّ لا يأثَمُ بالحَلَفِ .

وإن قال : بلغت بالسِّنِّ : لم يُقْبَل ؛ لأن (٩ تاريخَ المواليد يُعْرَف ٩) ، إلا الصبيَّ

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) : « التزام » .
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .
(٥) أخرجه ابن حجر في التلخيص الحبير : (٥٢/٣) حديث رقم : (١٢٦٥) وقال : رويناه في جزء من حديث أبي علي بن شاذان عن أبي عمرو بن السماك من حديث علي بن الحسين بن علي عن جده علي ابن أبي طالب قال : ضممت إليّ سلاح النبي ﷺ فوجدت في قائم سيفه رقعةً فيها : « صِلْ من قَطَعَك ، وأحسنْ إلى من أساء إليك ، وقل الحقَّ ولو على نفسك » قال ابن الرفعة في المطلب : ليس فيه إلا الانقطاع إلا أنه يَقْوَى بالآية وفيما قال نظر ؛ لأن في إسناده الحسين بن زيد بن علي ، وقد ضعفه ابن المديني وغيره .
(٦) زيادة من (أ) .
(٧) في (أ) : « أهلًا لهما » .
(٨) في (أ) : « ولا » .
(٩) في (أ) : « تواريخ المواليد تُعرف » .

المجهولَ الخامل ، ففيه [تردُّدٌ و] [1] احتمال ، ولعل الأظهر : الاعتمادُ على الإثبات في حقه ، كما فعلناه في صِبْيَان الكفار ؛ لأجْلِ الضرورة .

أما التبذير : فلا يُوجِبُ حجرًا عن الإقرار بموجباتِ العقوبات ؛ لأنه قادرٌ على التزامها . وإقرارُه بالأموال غيرُ مقبولٍ ، كما مضى في كتاب الحجر .

وفي إقراره بالإتلاف للمال خلافٌ ، ولا يُقْبَلُ إقرارُه بالنكاح ؛ لأنه لا يستفيد به ، وفيه التزامُ مالٍ ، ويُقِرُّ بالطلاق ؛ لأنه يَستقِلُّ به ، وكذا بالعفو عن القصاص وبالنَّسَب .

والسفيهة إذا أَقَرَّتْ بالنكاح : ففيه تردد ، من حيث إنها بالسَّفَه ربما تَرِقُّ نفسها في غير موضع .

أما الفَلَسُ : فلا يُوجِبُ حَجْرًا إلا في الإقرار بما يُفَوِّتُ حقَّ الغرماء ، وفي إقراره بدَيْنٍ مستند إلى ما قبل الحجر أو بإتلافِ مالٍ في الحال ، إذا قلنا : إن المتلَفَ عليه يُضَارِبُ الغرماءَ لو ثبت إتلافُه [2] بالحجر ، فيه قولان [3] سبق ذكرهما في كتاب التفليس .

ثم ما يُرَدُّ من إقراره لحَقِّ الغرماء في الحال ، فالصحيح : أنه يُطالَبُ به [4] بعد فَكِّ الحجر لا محالةَ .

أما الرِّقُّ : فلا يُوجب حجرًا عن الإقرار بالعقوبات ؛ لأنه مُكَلَّفٌ قادرٌ على التزامها ، ولا نظرَ إلى إبطاله حقَّ السيد ؛ لأنه غيرُ مُتَّهَمٍ فيه .

وقال أبو يوسف ، ومحمد ، وزفر ، والمزني [5] - رحمهم الله - : لا يُقْبَل إقرارُه .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٢) في (أ) : « تلف »
(٣) أظهر هذين القولين : أنه يقبل إقراره في حقِّ الغرماء كما لو ثبت بالبينة . انظر : روضة الطالبين : (١٣٢/٤) .
(٤) هكذا في نسخة (أ) ، وفي النسخة الأصلية : « يطالبه » .
(٥) انظر : مختصر المزني : (١٦/٣) ، روضة الطالبين : (٣٥٠/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣٩/٢) .

نعم ، اختلف قول الشافعي [1] - رضي الله عنه - أنه لو أقَرَّ [بسرقة - فقطعت يده -] [2] فإنه غيرُ متهم ، [فهل يتعلَّقُ المسروقُ برقبته ؟ على قولين : أحدهما : لا ؛ لأنه يَرْجِعُ إلى المال . والثاني : بلى] [3] .

وأما إقرارُه بإتلاف مالٍ يُوجِبُ التعلُّقَ برقبته ، ولا يُوجب عقوبةً : فهو مردودٌ إن لم يُصدِّقِ السيدُ ، ثم الصحيح [4] : أنه يُطالَبُ به [5] بعد العتق .

أما إقراره بدين المعاملة : فلا يُقبَلُ في حق سيده إلا إذا كان مأذونًا في التصرف ، فيتعلَّقُ ما أَقَرَّ به بماله .

وإن أقر المأذونُ بمالٍ مطلقٍ ، فالظاهر : أنه لا يُقْبَلُ إذا لم يُسْنِدْه إلى المعاملة ، ومنهم من نزَّل المطلقَ على المعاملة .

ثم لو حَجَرَ [6] السيدُ عليه [6] فأقر بأنه كان لَزِمَه دينٌ قبل الحجر ، فالظاهر : أنه لا يُقبل ؛ لأنه لا يَقْدِرُ على الإنشاء في هذه الحالة .

وحكى [7] الشيخ أبو محمد وجهًا : أنه يُقبَلُ ، فإنه لا يُؤْمَنُ أن يَحْجُرَ السيدُ عليه لمّا عَرَفَ إحاطةَ الديون به ، وهذا يعارضه أنه لا يؤمن أن يَكْذِبَ العبدُ على سيده مهما حَجَرَ عليه أبَدَ الدهر .

---

(١) قال في الروضة : « وإذا أقر بسرقة توجب القطعَ ، قُبل في القطع . وأما المال ، فإن كان تالفًا ، فقولان : أحدهما : يُقْبَلَ ويَتعلَّق الضمانُ برقبته . وأظهرهما : لا يقبل ويتعلق الضمانُ بذمته ، إلا أن يُصدِّقه السيدُ فيُقْبَل » . انظر : الأم : (٢٠٨/٣) ، روضة الطالبين : (٣٥١/٤) .

(٢) ، (٣) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٤) الذي رجحه في الروضة أن الأظهر : ألَّا يطالب به بعد العتق . انظر : الروضة : (٣٥١/٤) .

(٥) قوله : « به » : ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « عليه السيد » .

(٧) في (أ) : « وخلى » ، وهو خطأ .

أما المرض : فلا يُوجِبُ الحَجَرَ عن الإقرار في حقِّ الأجانب بالإجماع ، وفي حق الوارث قال الشافعي - رضي الله عنه - : مَنْ أجاز (١ إقرارَ الوارث ١) : أجازه ، ومن أبَى : ردَّه .

فمن الأصحاب من قال : هذا ترديدُ قولٍ من الشافعي - رضي الله عنه - ، ففي المسألة قولان (٢) .

ومنهم من قطع بالصحة - وهو الصحيح - خلافاً لأبي حنيفة (٣) ؛ لأنه لا مأخَذَ للرَّدِّ إلا التُّهْمَة ، وحالةُ (٤) المرضِ حالةُ (٥) انتفاءِ التُّهَمِ ، كيف ولو تَبَنَّى ولدًا وحَرَمَ به ابنَ عمِّه المكاشحَ لقُبِلَ ، وكلام (٦) الشافعي - رضي الله عنه - محمولٌ على حكاية مذهبِ الغَيْرِ .

ثم إن قلنا : إنه مردودٌ ، فلو أقرَّ لأخيه وله ابْنٌ ، ثم مات ولا ابْنَ له ، (٧ أو أقر ولا ابْنَ له ٧) ثم وُلِدَ له ابْنٌ ، فالاعتبارُ بحال (٨) الإقرار (٩) ، أو بحال الموت (١٠) ؟ فيه خلاف مشهور .

---

(١) في (أ) : « الإقرار للوارث » .

(٢) قال في الروضة : « وفي إقراره للوارث بالمال ، طريقان : أحدهما : يقبل قطعًا .

وأصحهما عند الجمهور : على قولين ، أظهرهما : القبول .

واختار الروياني مذهب مالك - رضي الله عنه - وهو : أنه إن كان متهمًا ، لم يقبل إقراره ، وإلا فيقبل ، ويجتهد الحاكم في ذلك » . انظر : روضة الطالبين : (٣٥٣/٤) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن إقرارَ المريض بالمال لأحد ورثته صحيح .

ومذهب الحنفية : أن إقرار المريض لوارثه بالمال باطلٌ إلا أن يصدقه فيه بقية الورثة ، فيصح الإقرارُ .
انظر : مختصر المزني : (١٣/٣-١٤) ، الروضة : (٣٥٣/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٦٩/٥) .
مختصر الطحاوي : (١١٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٣٧/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٣٥/٢) .

(٤) في (أ) : « حال » .

(٥) في (أ) : « حال » .

(٦) في (أ) : « فكلام » .

(٧) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٨) في (أ) : « بالة » .

(٩) في (ب) : « العقد » .

(١٠) وهذا هو القول الأظهر ، وهو القول الجديد ، كما في الروضة : (٣٥٣/٤) .

فروع ثلاثة :

أحدها : لو أَقَرَّ في المرض بأنه وُهِبَ من الوارث قبل المرض وسلَّم [١] :

فمنهم من قال : لا يُقبل قولًا واحدًا ؛ لأنه أقرَّ [٢] بما لا يَقْدِرُ على إنشائه في الحال .

واختيار [٣] القاضي : أنه يقبل ؛ لأنه لو ثبت صِدْقُه لنفذ ، فليكن له طريقٌ إلى الخلاص بالصدق على نفسه .

الثاني : لو أقر بعَيْنٍ ما [٤] في يده لغيره ، ثم أقر بدَيْنٍ : فالإقرار بالعين مُقَدَّمٌ ؛ لأنه أقرَّ بالدين ولا مالَ له . ولو قُدِّم الإقرارُ بالدين ، فوجهان :

أحدهما : تقديمُ العين [٥] ؛ لأنه مات ولا مالَ [له] [٦] والإقرارُ بالدين لم يَحْجُرْ عليه في ماله [في حال حياته] [٧] ، ولذلك كان يَنْفُذُ تصرفاتُه فيه .

والثاني : أنهما يتزاحمان على التساوي ؛ إذ لأحدهما قوةُ التقدم وللآخر قوةُ الإضافة إلى العين .

وكذلك [٨] لو أقر في حياته بدَيْنٍ مستغرقٍ ، وأقر وارثُه عليه بعد موته بدين آخر ،

---

(١) قال في الروضة : « لو أقر في مرضه أنه كان وهب وارثه ، وأقبضه في الصحة : أشار الإمام إلى طريقين :

أحدهما : القطع بالمنع ؛ لأنه عاجزٌ عن إنشائه . والثاني : أنه على القولين في الإقرار للوارث .

ورجح الغزالي : المنع ، واختار القاضي حسين القبول . قلت : القبول أرجح . والله أعلم » .

انظر : روضة الطالبين : (٣٥٣/٤ ، ٣٥٤) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إقرار » .

(٣) في (أ) : « واختار » .

(٤) في (أ) : « مما » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٥٥/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٧١/٥) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٨) في (أ) : « ولذلك » .

فقولان [1] :

أحدهما : يَسْتَبِدُّ الأولُ ، وإقرارُ الوارث إقرارٌ بعد الحَجْرِ ، وهذا يَقْرُبُ من القولين في إقرار المفلس .

وكذا الخلاف فيما يتجدَّدُ من دَيْنٍ بعد موته ، بتَرَدِّي [2] إنسانٍ في بئرٍ حَفَرَه في حياته ، أنه هل يقتضي مضاربةَ ما ثبت في الحياة من الديون ؟ فكذا [3] الخلافُ في الوارث إذا أقر بإقرارين متواليين أن اللاحقَ هل يُزَاحِمُ السابقَ ؟

الثالث : إذا [4] ادَّعى إنسانٌ أنه أوصى له بالثلث ، وآخرُ أنه أقرَّ له بألفٍ ، والميراثُ ألفٌ ، فصدَّقهما الوارث :

قال الصيدلاني : يُصْرَفُ إلى الدين [5] ؛ لأن قولَه كقول المورث .

وقال أكثر الأصحاب : إن أقر بالوصية / أولًا يُسَلَّم للموصَى له الثلثُ ، والباقي للدين . وإن جاءا معًا قُسِمَ الألفُ بينهما على نسبةِ الأرباح ، [كما] [6] إذا أقر لواحد بالألف [7] ولآخرَ بثلثِ الألف . ٩٩/ب

* * *

(١) قال في الروضة : « ولو أقر في صحته أو مرضه بدين ، ثم مات فأقر ورثته عليه بدين لآخر ، فوجهان :

أصحهما : يتساويان فيتضاربان في التركة ؛ لأن الوارثَ يقوم مقامه ، فصار كمن أقر بدَيْنَيْنِ .

والثاني : يقدم ما أقر به المورِّث ، لأنه بالموت تعلق بالتركة .

ويجري الوجهان فيما لو ثبت الأولُ ببينة ثم أقر وارثُه ، وفيما لو أقر الوارث بدين على الميت ، ثم أقر الآخر بدينٍ آخر ، وسواء كان الدينُ الأول مستغرقًا للتركة ، أم لا . ولو ثبت عليه دينٌ في حياته أو موته ، ثم تردَّتْ بهيمةٌ في بئر كان حفرها بمحلِّ عدوان ، ففي مزاحمة صاحب البهيمة - رب الدين القديم - الخلافُ السابق فيما إذا جنى المفلسُ بعد الحَجْر عليه ، قاله في « التتمة » » . انظر : روضة الطالبين : (٤/ ٣٥٤) ، مغني المحتاج : (٢/٢٤٠) .

(٢) في (أ) : « من تردِّي » .

(٣) في (أ) : « وكذا » .

(٤) قوله : « إذا » : ليس في (أ) .

(٥) وقول الصيدلاني هذا هو الصواب ، كما في الروضة : (٣٥٤/٤ ، ٣٥٥) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « بألف » .

الركن الثاني : المقَرُّ له

وله شرطان :

الأول : أن يكون محلًّا للاستحقاق . فلو قال : لهذا الحِمَارِ عليَّ ألفٌ : بطل إقرارُه ، ولو قال : بسَبَبِه عليَّ ألفٌ : جُعِلَ إقرارًا لمالكه ، كأنه استأجر [١] منه .

ولو قال : لهذا العبدِ عليَّ ألفٌ : فهو إقرارٌ لسيده .

ولو قال : للحَمْلِ الذي في بطن فلانةٍ عليَّ ألفٌ عن جهةِ وصيةٍ له ، أو عن إرثٍ له : صح ، فإنه مقصور ، وإن [٢] أطلق ولم يذكر السببَ ، فظاهر النص : أنه لا يُقبَلُ ؛ لأنه يَبْعُدُ الاستحقاقُ للحمل فيُحْمَلُ على الوعد .

والقول الثاني - وهو الأقيس ، ومذهب أبي حنيفة - [٣] - رحمه الله - : أنه يصح ، ويُنَزَّلُ على ما يمكن .

ولو أضافه إلى جهةِ معاملةٍ ، وقلنا : لا يُقْبَل المطلقُ ، فهذا أولى ، وإن قبلنا المطلقَ فهذا كقوله : لفلانٍ عليَّ ألفٌ من [ثمن] [٤] الخمر ، وسيأتي .

وقيل : إن هذا هَزْلٌ مَحْضٌ ، فلا يقبل قولًا واحدًا .

فرعان :

أحدهما : لو خرج الحملُ ميتًا طُولب بتفسير إقراره ، حتى إن كان وصيةً رُدَّ إلى ورثة الموصَى ، وإن كان إرْثًا صُرِف إلى بقية ورثةِ الموَرِّثِ ، وهذه مطالبةٌ ليس يتعين مستحقُّها ؛ إذ لا يُدْرَى أنها لمن هي ؟ فلعل للقاضي ذلك بطريق الحِسبة .

---

(١) في (أ) : « استأجره » . (٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه إن أطلق الإقرارَ للحمل ولم يذكر السببَ ، فالقول الأظهر : أنه يصح ويُحمل على الجهة الممكنة في حقه . وهو مذهب الحنفية : انظر : الروضة : (٣٥٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤١/٢ ، ٢٤٢) ، نهاية المحتاج : (٧٤/٥) .

(٤) زيادة من (أ) .

وإن خرج حيًّا وزاد على واحدٍ ، سُوِّي في الوصية بين الذَّكَرِ والأنثى ، وفُضِّل في الميراث الذكرُ على الأنثى .

الثاني : لو انفصل لما دون ستةِ أشهرٍ من وقت الإقرار : فهو له ، ولو انفصل لما فوق أربع سنين : فلا يُصْرَفُ إليه ، ولو كان [لما] (١) بينهما ، فقولان : أظهرهما الصَّرْفُ ؛ اعتمادًا على الظاهر .

الشرط الثاني : أن لا يُكَذِّبَ المُقَرُّ له : فإن كَذَّبَ لم يكن تسليمُ المال إليه ، فيُقَرَّرُ (٢) في يد المقر ، أو يأخذه القاضي على رأي . فإن رجع المُقَرُّ له : يُسَلَّم (٣) إليه ، وإن رجع المقِرُّ : لم يؤثِّر ؛ لأنه ثبت بإقراره استحقاقُ القاضي أو المُقَرِّ له .

وقيل : إنا (٤) إذا قلنا : يُقرَّرُ (٥) في يده ، فرجوعُه مقبولٌ بشرط أن لا يرجع المُقَرُّ له بعده ، فإن رجع تَبَيَّنَّا بطلانَ رجوعه وبطلانَ تصرفاته .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « فيَقِرُّ » .

(٣) في (أ) : « سُلِّم » .

(٤) قوله : « إنا » : ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « يَقِرُّ » .

الركن الثالث : المُقَرُّ به

وشرطه : أن يكون مما يُسْتَحَقُّ جنسُه ، وأن يكون في يد المقِرِّ وولايتِه وتختص به ، ولا يُشترط كونُه معلومًا .

ولو أقر بما في يد غَيْرِه فهو دعوى أو (١) شهادةٌ ، وليس بإقرار .

ولا يُشترط أن يكون في ملكه ؛ لأن الإقرارَ ليس بمُزِيلٍ ، بل شرطه أن لا يكون في ملكه ، حتى لو شهد بأنه أقرَّ وكان ملكَه إلى أن أقر : بطلت الشهادة .

ولو قال : هذه الدارُ مِلْكِي ، وهي الآن لفلان : فهو إقرارٌ باطلٌ .

ولو قال : هذه الدارُ لفلان ، وكانت ملكي إلى الإقرار ، أخذناه بصَدْرِ كلامه وألْغَيْنا آخرَه المناقضَ له .

ولو قال : داري لفلان ، أو مالي [لفلان] (٢) فهو باطلٌ ، (٣ نَصَّ عليه الشافعي ٣) - رضي الله عنه - (٤) . ولم يحمل على أن قوله : داري ، أراد به (٥) إضافةَ السكون (٦) أو المعرفة ، وإن كان لذلك اتجاه .

فرع :

لو (٧) شهد بحريةِ عبدٍ في يد غيره ، فلم تُقْبَلْ شهادتُه ، فأَقْبَلَ (٨) على شرائه :

---

(١) قوله : « أو » : ليس في (أ) .   (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « نصّ الشافعي عليه » .

(٤) قال في الروضة : « فلو قال : داري هذه ، أو ثوبي الذي أملكه لزيد ، فهو متناقضٌ ، وهو محمولٌ على الوعد بالهبة ، ولو قال : مسكني هذا لزيد ، كان إقرارًا ؛ لأنه قد يسكن مِلكَ غيره . ولو شهدت بينةٌ أن الدارَ الفلانية أقر زيدٌ بأنها ملكُ عمرو ، وكانت ملكَ زيد إلى أن أقر ، كانت الشهادةُ باطلةً ، نص عليه » . انظر : روضة الطالبين : (٣٦٠/٤) .

(٥) قوله : « به » : ليس في (أ) .   (٦) في (أ) : « السكنى » .

(٧) قوله : « لو » : ليس في (أ) .   (٨) في (أ) : « فأقدم » .

صَحَّت المعاملة ، وفي حقيقتها ثلاثةُ أوجه : أحدها : أنه شراءٌ . والآخر : أنه فِدَاء . والثالث : أنه بيعٌ من جانب البائع ، فداءٌ [١] من جانب المشتري ، وهو الأَسَدُّ [٢] ، ([٣]ويُبتنى عليه [٣]) ثبوتُ الخيار لهما جميعًا .

والأصح : أن لا يثبت للمشتري ؛ لأنه ليس يثبت له ملكٌ فيه بموجب قوله : لا ، كشراء القريب ، فإن الأودنيَّ ذَكَر : أنه يثبت الخيارُ للمشتري ، لأنه يملك أولًا ثم يُعْتَقُ عليه .

أما العبدُ إذا اشترى نَفْسَه فلا خيارَ له ولا لبائعِه منه قطعًا ؛ لأنه عقدُ عَبَاقَةٍ [٤] ، فهو كقوله : أنت حرٌّ على مالي .

---

(١) في (أ) : « فِدى » .

(٢) قال في الروضة : « ولو أقرَّ بحريةِ عبدٍ في يد رجل ، أو شهد بحريته ، فلم تُقْبَلْ شهادتُه ثم اشتراه ، صح ؛ تنزيلًا للعقد على قول من صدَّقه الشرعُ ، وهو البائع ، ويُحْكَم بحريته ، وترفع يدُه عنه . ثم الإقرارُ صيغتان : إحداهما : أن يقول : إنك أعتقته ، وتسترقه ظلمًا ، قال الأصحاب : فيكون هذا العقدُ من جانب البائع بيعًا قطعًا ، وفي جانب المشتري وجهان : أحدهما : شراء . وأصحهما : افتداء ؛ لاعترافه بحريته .

وحكى الإمام والغزالي ، فيه ثلاثة أوجه : أصحها : بيعٌ من البائع ، وافتداءٌ من المقر . والثاني : بيع منهما . والثالث : فداء منهما .

وهذا الثالث فاسدٌ في جهة البائع . وكيف يصح أَخْذُه المالَ ليفدي من يسترقه ؟ ! ولو قيل : فيه المعنيان ، وأيهما أغلب ؟ فيه الخلاف ، لكان قريبًا ، والمعتمدُ ما ذكرنا عن الأصحاب » . انظر : روضة الطالبين : (٣٦٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤٦/٢) .

(٣) في (أ) : « وعليه يبتني » .

(٤) في نسخة (أ) : « عَتَاقة » .

ونقل الربيع قولًا : أن هذه المعاملةَ لا تصح من [١] السيد وعبده ، وهو بعيد .

وإن [٢] شهد أنه غَصَبَه من فلانٍ ثم اشتراه : لم يصح [الشراءُ] [٣] ، إن صحَّحْنا [٤] بطريق الفداء ؛ إذ ليس فيه تخليصُ العبد ، ثم الولاءُ في المشهود بحريته موقوفٌ لا للبائع ولا للمشتري ، فلو مات العبد :

قال المزني [٥] : له أن يأخُذَ من ماله مقدارَ الثمن الذي بَذَلَه ؛ لأنه إن كَذَبَ في الشهادة فالمالُ إكسابُ عبده ؛ فجميعها له ، وإن صدق فهو للبائع بحكم الولاء ، وقد ظلمه بأخذ الثمن منه ، وقد ظَفَرَ بماله فيأخذه [٦] .

ومن الأصحاب من خالفهم ؛ لأنه يأخذه على تقديرِ أنه مظلومٌ ، وهو غيرُ مصدَّقٍ في الجهة [٧] . وما ذكره المزني أَقْوَمُ .

* * *

(١) في (أ) : « بين » .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « صححناه » .

(٥) انظر : مختصر المزني : (١٩/٣ ، ٢٠) ، روضة الطالبين : (٣٦٣/٤) .

(٦) في (أ) : « وأخذه » .

(٧) في (أ) : « الحرية » .

الركن الرابع : صيغة الإقرار

فإذا قال : عليَّ لفلان ، أو عندي لفلان ألفٌ (١) : فكلٌّ ذلك التزامٌ ، فلو قال المدعي : لي عليك ألفٌ ، فقال : (٢ زِنْ ، أو زِنْه ٢) ، أو خُذْ ، أو خُذْه : لم يكن إقرارًا .

وقال صاحب التلخيص : قوله : « زنه » إقرارٌ دون قول : « زن » ، وهو بعيد .

ولو قال : بلى ، أو أجَلْ ، أو نعم ، أو صَدَقْتَ : فكلٌّ ذلك إقرارٌ .

ولو قال : أنا مقِرٌّ به : (٣ فهو إقرار ، ولو قال : أنا مقر ، ولم يقل : « به » فلا ؛ لأنه ربما يكون مقِرًّا ببطلان قوله ، ولو قال : أنا أقِرُّ به ٣) : قال الأصحاب : هو (٤) إقرارٌ (٥ .

قال القاضي ٥) : صيغةٌ للوعد (٦) بالإقرار ، فليس بإقرار ، بخلاف قول الشاهد : « أشْهَدُ » ، فإنه صنيعةٌ تُعْتَدُّ (٧) بها ، ودَلَّت القرينةُ على أنه للحال لا للوعد .

ومنهم من (٨) / قال : وإن سَلِمَ أنه وعدٌ ، فالوعدُ بالإقرار إقرارٌ . ١٠٠/أ

فرع :

لو قال : أليس لي عليك ألفٌ ؟ فقال : بلى ، فهو إقرار ، ولو قال : نعم (٩) ، فليس

---

(١) كلمة : « ألف » : ليست في (أ) .
(٢) في (ب) : « زنه أو زن » .
(٣) ما بين القوسين ليس في (أ) .
(٤) في (أ) : « فهو » .
(٥) انظر : روضة الطالبين (٣٦٦/٤) .
(٦) في (أ) : « صيغة الوعد » .
(٧) في (أ) : « يعتد » .
(٨) قوله : « من » : مكرر في الأصل .
(٩) قال في الروضة : « إذا قال : أليس لي عليك ألفٌ ؟ فقال : بلى ، كان إقرارًا . وإن قال : نعم ، فوجهان . وقطع البغوي وغيره بأنه ليس بإقرار كما هو مقتضاه في اللغة . وقطع الشيخ أبو محمد والمتولي ، بأنه إقرار ، وصححه الإمام الغزالي ؛ لأن الإقرارَ يحمل على مفهوم أهل العرف ، لا على دقائقَ عربيةٍ . قلْتُ : هذا الثاني هو الأصح ، وصححه الرافعى في « المحرر » . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٣٦٧/٤) .

بإقرارٍ ، معناه : نعم [1] ليس لك علي ألف . وقال الشيخ أبو محمد : لا فَرْقَ بينهما ، فإن استعمالَهما [2] في وَضْعِ اللسان على وجهٍ واحدٍ شائع .

ولو قال : أعطني عبدي هذا ، أو اشْتَرِ مِنِّي عبدي هذا ، فقال : نعم ، فهو إقرارٌ بالعبد .

ولو قال : لي عليك ألفٌ ، فقال : لعلَّ ، أو عسى ، أو أَظُنُّ ، أو أقْدِرُ : لم يكن إقرارًا ؛ لأن كلَّ ذلك للشَّكِّ .

* * *

(١) قوله : « نعم » : ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « استعمالها » .

الباب الثاني : في الأقارير المُجْمَلَة

وألفاظُها كثيرةٌ ، والذي يُقْصَدُ بيانُه عشرةُ ألفاظٍ :

اللفظ الأول : الشيء .

فإذا قال : لفلان عليَّ شيءٌ : فيُقْبَلُ (١) تفسيرُه بكلِّ ما ينطلِقُ عليه اسمُ الشيءِ مما هو مالٌ .

فلو فَسَّر بما لا يُتموَّلُ ويُتصوَّرُ المطالبةُ به ، كجِلْدِ الميتة ، والسِّرْجِين (٢) ، والكلب المُعَلَّم : فوجهان : أحدهما : لا [يُقْبَلُ] (٣) ؛ لأنه ليس بمال .

والثاني : نعم (٤) ؛ لأنه شيءٌ وهو عليه ؛ إذ فيه اختصاصُه (٥) للمالك ويَجِبُ رَدُّه (٦) .

فإن فسَّره بخَمْرٍ (٧) وخنزيرٍ ، فالظاهر (٨) : أنه لا يُقْبَلُ ؛ إذ لا يَلْزَمُ به مطالبتُه ، وفيه وجه : أنه يقبل .

ولو فسَّر (٩) بحَبَّةِ حِنْطةٍ ، أو سِمْسِمٍ (١٠) ، [أو فَصَّةِ ثومةٍ] (١١) : فوجهان ، وظاهرُ النصِّ : أنه مقبولٌ ؛ لأنه شيء وهو واجبُ الردِّ .

---

(١) في (أ) : « يقبل » .

(٢) هكذا في نسخة (ب) ، وفي (أ) والأصل : « السرقين » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « بلى » .

(٥) في (أ) : « اختصاص » .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٧١/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٨٦) .

(٧) في (أ) : « أو » .

(٨) قال في الروضة : « فلا يقبل تفسيره به على الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (٣٧١/٤) ، نهاية المحتاج : (٨٧/٥) .

(٩) في (أ) : « فسره » .

(١٠) في (أ) : « سمسمة » .

(١١) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

ومنهم من قال : لا [يقبل] (١) ، وبَنُوا عليه أنه لا يُسْمَعُ (٢) الدعوى بها ، ولا المطالبةُ بردِّها ، وهو بعيد .

أما إذا فسَّره بردِّ جوابِ سلامٍ ، وعيادةِ مريضٍ : فلا يقبل بحال .

فإن قيل : لِمَ صح الإقرارُ المجْمَلُ (٣ دون الدعوى المجملة ٣) ؟

قلنا : لا فَرْقَ [بينهما] (٤) ؛ إذ يُطالَبُ المدعي ببيان الدعوى ، ويطالب المقِرُّ أيضًا

نعم . لو امتنع المدعي من البيان فهو تاركٌ حقَّ نفسِه ، ولو امتنع المقرُّ من البيان ففيه ثلاثة أوجه : أحدها (٥) : أنه يُحْبَسُ إلى البيان ، كمن أسْلَمَ على عشرِ نسوة .

والثاني : أنه يُجْعَلُ ناكلًا عن الجواب واليمينِ ، حتى يَحْلِفَ المقَرُّ له ويستفيد بإقراره تحوُّلَ اليمين إليه فيَحْلِفُ على ما يدَّعيه .

والثالث : (٦ أنه يقال ٦) للمدعي : أتدَّعي ما شئت ، وتُعرَضُ اليمينُ عليه [فيَحْلِفُ على ما يدَّعيه] (٧) ، فإن نَكَلَ رُدَّتْ عليك ، وهذا إبطالٌ لفائدة التفسير (٨) .

ثم لو فسر المقَر بدرهمٍ - مثلًا - فقال المدعي : بل أردْتُ بالشيء عشرةً ، فالأصح : أن دعوى الإرادة لا تُقْبَل .

وكذا لو ادَّعى : أن فلانًا أقرَّ لي بعشرةِ دراهمَ ، لم يُسْمَع (٩) ، بل يقال : ينبغي أن

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « لا تسمع » .

(٣) في (أ) : « دون دعوى المجمل » ، وفي (ب) : « دون المجمل » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٧٢/٤ ، ٣٧٣) ، مغني المحتاج : (٢٥٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٩٨/٥) .

(٦) قوله : « أنه يقال » : ليس في (أ) .

(٧) ما بين المعوقفتين زيادة من (ب) .

(٨) في (أ) : « الإقرار » .

(٩) في (أ) : « لم تسمع » .

تدعي عشرةً حتى تحلف على عين الحق ، لا على إقرار يَحْتمل الصدقَ والكذبَ ، بخلاف الشاهد يشهد على الإقرار ، فيُسمع ؛ لأنه قد لا يطَّلع على حقيقة الملك .

[اللفظ] (١) الثاني :

إذا قال : غَصَبْتُ فلانًا (٢ على شيءٍ ٢) ، ثم قال : غصبت نفسه : لم يقبل .

ولو قال : غَصَبْتُه (٣) الخمرَ أو الخنزيرَ ، قال الشافعي - رضي الله عنه - (٤) : قَبِلْتُ التفسيرَ ، وأرَقْتُ الخمرَ ، وقتلت الخنزيرَ .

ولو قال : له عندي شيءٌ ، قال الأصحاب : هو كما لو قال : غَصَبْتُ .

وقال الشيخ أبو محمد : قوله : « له » إثباتُ ملكٍ ، فلا يُقْبَلُ تفسيرُه بالخمر والخنزير .

اللفظ الثالث : المال .

فإذا قال [له] (٥) : عليّ مالٌ : قُبل تفسيرُه بأقلِّ ما يتموَّلُ ، ولم يقبل [تفسيرُه] (٦) بالكَلْبِ والسِّرْجِين [والخنزير] (٧) وما لا يتمول ، ولو فسر بمستولدةٍ ، فالأظهر (٨) : أنه يقبل ؛ لأنه مالٌ .

ولو قال : مال عظيم أو كبير : فهو كالمال ، [و] (٩) لا تأثيرَ لهذه الزيادة فكلٌّ

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) : « شيئًا » .

(٣) في (أ) : « غصبت منه » .

(٤) انظر : الأم : (٢١٥/٣) ، روضة الطالبين : (٣٧٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٨٧/٥) .

(٥) زيادة من (أ) . (٦) زيادة من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) قال في الروضة : « وفي قبول التفسير بالمستولدة وجهان ، أصحهما : القبول » . انظر : روضة الطالبين : (٣٧٤/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٨٩/٥) .

(٩) زيادة من (أ) .

مالٍ عظيمٌ وكثيرٌ بالإضافة .

وقال أبو حنيفة – رحمه الله – (١) : لا يُقبل (٢) تفسيرُ العظيم إلا بمائتي درهم .

ومن الأصحاب من قال : لابُدَّ وأن يَذْكَرَ لوَصْفِه بالعظيم وجهًا ، من عظمٍ في الجُثَّة ، [أو الجرْم] (٣) أو يزيد على أقلِّ ما يتمول بشيءٍ ؛ ليظهر له فائدة ، وذلك خلاف نصِّ الشافعي رضي الله عنه .

اللفظ الرابع : الأكثر .

فإذا قال : له عليّ أكثرُ من مالِ فلانٍ : قُبِل [تفسيرُه] (٤) بأقلِّ ما يتمول ، على معنى : (٥ أن الحلالَ ٥) أكثرُ من الحرام ، أو ما في الذمة أبْقَى .

ولو قال : أكثرُ مما شَهِدَ به الشهودُ على فلان : فكمثل ، ومعناه : أن ذلك زُورٌ ، ولو قال : أكثرُ مما قضى به القاضي : فكمثل .

ومنهم من أبَى هذا (٦) [في القضاء] (٧) ، وقال : يجب تنزيله على الصدق .

ولو قال : أكثرُ من الدراهم التي في يد فلان ، وفي يده ثلاثةٌ ، ففَسَّر بثلاثة : يُقْبَلُ ،

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن المقر إذا قال : له عليَّ مالٌ عظيم ، أو كثير ، أو جليل أو خطير ، أو كبير ، فإنه يقبل تفسيرُه بأقلِّ ما يتمول ؛ لأنه يحتمل أن يُريد عظيمَ خَطَرِه بكفرِ مستحِلِّه ، وإثمِ غاصبه .

ومذهب الحنفية : أنه إذا قال : له عليَّ مالٌ عظيم ، فلا يُصدَّق في أقلَّ من مائتي درهم .

انظر : الأم : (٣/٢١٠) ، روضة الطالبين : (٤/٣٧٥) ، مغني المحتاج : (٢/٢٤٨) ، نهاية المحتاج : (٥/٨٨) . الاختيار لتعليل المختار : (٢/١٢٩) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢/٢٧) .

(٢) في (أ) : « لا تقبل » .

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) ، وفي (ب) : « من عظم الجرم أو الجثة » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « أنا الحلال » وهو خطأ .

(٦) في (أ) : « ذلك » .

(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

ويكون الأكثرُ للمرتبة ، ولو فسَّر بأقلَّ منه ، قال الجماهير : لا يُقْبَلُ ، وقال الشيخ أبو محمد : يُقبل ؛ تنزيلًا على المرتبة .

اللفظ الخامس : كذا .

إذا قال : لفلان عليَّ كذا ، فهو كما لو قال : شيءٌ ، فيُفَسَّرُ بما مضى ، ولو قال : كذا كذا ، فهو تكرار . ولو قال : كذا وكذا ، فهو كقوله : شيء وشيء [1] ، فقد جمع بين مُبْهَمَيْنْ .

أما إذا قال : كذا درهم ، يلزمه درهمٌ واحد ، وكذا إذا قال : كذا كذا درهم ، فيكون تكريرًا ؛ والواجبُ درهمٌ .

ولو قال : كذا وكذا درهم [2] ، نقل المزني [3] قولين :

أحدهما : أن الواجبَ درهمٌ ، فكأنه عقَّب مبهمين ببيانٍ واحد .

والثاني : درهمان ، فكأنه فسَّر كلَّ واحدٍ منهما به .

وقال أبو إسحق المروزي وجماعةٌ : المسألة على حالتين [4] ، فإن قال كذا [5] وكذا درهمًا : لَزِمَه درهمان ؛ لأنه نُصِبَ على التفسير ، فيكون تفسيرًا لكلِّ واحدٍ .

وإن قال : [كذا و] [6] كذا درهمٌ - بالرفع : لزمه درهمٌ واحد ، وقال أبو حنيفة [7] : يلزمه بقول : كذا درهمًا : عشرون درهمًا ، وبقوله : كذا كذا درهمًا :

---

(١) قوله : « وشيء » : ليس في (أ) .　　(٢) في (أ) : « درهمًا » .

(٣) انظر مختصر المزني : (١٣/٣) .　　(٤) في (أ) : « حالين » .

(٥) قوله : « كذا » : ليس في (أ) .　　(٦) زيادة من (أ) .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه إذا قال : كذا درهم ، يلزمه درهم واحد ، وكذلك إذا قال : كذا كذا درهم ، ولو قال : كذا وكذا درهمًا ، يلزمه درهمان على المذهب .

ومذهب الحنفية : أنه لو قال : كذا درهم ، يلزمه عشرون درهمًا ، ولو قال : كذا كذا درهمًا ، يلزمه أحد عشر درهمًا ، ولو قال : كذا وكذا درهمًا ، يلزمه أحد وعشرون درهمًا .

انظر : روضة الطالبين : (٣٧٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٩٠/٥) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٢٩/٢ ، ١٣٠) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢٧/٢) .

لَزِمَه [1] أحدَ عشرَ درهمًا ، وبقوله : كذا وكذا درهمًا [2] : أحدٌ وعشرون درهمًا ؛ مراعاة لمطابقة اللفظ ، [3] فأقلُّ الدرهمِ ينتصب الدرهمُ بعده [3] ، على هذا النظم . ولو قال : كذا درهم صحيح ، فقد سلم أنه لا يلزمه مائةٌ ، وإن كان الدرهمُ لا ينكسر إلا بعده وبعد نصف درهم ، و [عنه] [4] احترزنا بالصحيح / . ١٠٠/ب

اللفظ السادس : ذِكْرُ المُبَيِّنِ عقيب مبْهَم [5] .

كقوله : له عليَّ ألفٌ ودرهمٌ : فالأول [6] عندنا مبهمٌ يُرْجَعُ في تفسيره إليه ، وقال أبو حنيفة – رحمه الله – [7] : صار مفسَّرًا ، إذا كان العطفُ بين المَكِيلات والموزونات ، وسلم أنه إذا قال : ألفٌ وثوبٌ ، يبقى الألفُ مجملًا .

أما إذا قال : ألف درهم وخمسة عشر درهمًا : فالدرهمُ بيانٌ ؛ لأنه لم يثبت بنفسه ، وخمسة عشر اسمان جُعِلَا اسمًا واحدًا ، فلا يختص بالبيان [8] بالعَشْرِ عن الخمس [8] .

ولو [9] قال : ألفٌ ومائةٌ [10] وخمسةٌ وعشرون [10] درهمًا : فالدرهمُ تفسيرٌ للكل ؛

---

(١) كلمة : « لزمه » : ليست في (أ) . (٢) كلمة : « درهمًا » : ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « فأول عدد ينتصف الدرهم بعده » .

(٤) زيادة من (أ) . (٥) في (أ) : « المبهم » .

(٦) في (أ) : « فالألف » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه إذا قال : له عليَّ ألف ودرهم ، أو ودراهم ، أو ألف وثوب ، أو ألف وعبد ، فله تفسيره بغير جنس ما عطف عليه .

ومذهب الحنفية : أنه إذا قال : له عليَّ مائة ودرهم ، أو ألف ودرهم ، فالمائة أو الألف كلها دراهم ، وذلك عندهم في المقدَّرات ، كالمكيلات ، والموزونات ، بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن .

انظر : روضة الطالبين : (٤/٣٧٧) ، مغني المحتاج : (٢/٢٤٩) ، نهاية المحتاج : (٥/٩٠) . الاختيار لتعليل المختار : (٢/١٣٠) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢/٢٩) .

(٨) في (أ) : « بالعشرة عن الخمسة » . (٩) في (أ) : « فلو » .

(١٠) في (أ) : « وخمسة عشر » .

لما ذكرناه [١] .

وقال الإصطخري وهو [٢] : تفسيرُ الأخير ، وما سبق مجملٌ ، فإنه مقطوعٌ عنه بواو العطف ، وهو متروكٌ عليه ؛ لأنه على خلافِ عادةِ الحساب ، وإذا [٣] قال : له درهمٌ ونصفٌ : ففي النصف وجهان ، ولعل الأصح أيضًا : أنه مفسَّرٌ بالدرهم .

اللفظ السابع : الدراهم .

إذا قال : له علي درهمٌ : يلزمه درهمٌ فيه ستةُ دَوَانِيقَ ، عشرةٌ منها تساوي [في الوزن] [٤] سبعةَ مثاقيل وهي دراهمُ الإسلام في الدِّية وغيرها ، فلو فسر بعَدَدِيَّات فيها أربعة دوانيق ، إن [٥] كان متصلًا : قُبل ، فكأنه قال : درهمٌ إلا دانقَيْنْ .

وفيه وجه : أن هذه الصيغةَ لا تصلح للاستثناء ، فلا تقبل ، وإن كان منفصلًا : لم يُقبل ، إلا إذا كان في بلدٍ يعتادُ التعاملَ بها : فوجهان [٦] :

أحدهما [٧] : ينزل عليه كما في البيع .

والثاني : لا ؛ لأن البيعَ إيجابٌ في الحال ، والحالُ حالُ التعامل ، والإقرارُ إخبارٌ عن سابقٍ ليس يُدْرَى متى وَجَبَ ، فيُرْعَى أصلُ الشرع فيه .

والتفسيرُ بالدراهم المغشوشة كالتفسير بالنقص ، ولو فسَّر الدراهمَ بالفُلُوس : لم يُقبل أصلًا ، ولا فَرْقَ بين أن يقول : عليّ دراهمُ [٨] ، أو دُرَيْهماتٌ ، أو دراهمُ صغارٌ ، فيما قدمناه من الوزن .

وإذا قال : دراهمُ ، فمن حيث العددُ لا يُنَزَّلُ على أقلٍّ من ثلاثة دراهم .

---

(١) في (أ) : « ذكرنا » .
(٢) في (أ) : « هو » بدون الواو .
(٣) في (أ) : « فإذا » .
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .
(٥) في (أ) : « فإن » .
(٦) في (أ) : « وجهان » .
(٧) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٧٨/٤) .
(٨) في (أ) : « درهم » .

وإذا [1] قال : مائةُ درهمٍ عددًا : لَزِمَه الجمعُ بين [2] الوزن والعدد [2] ، فلو أتى بخمسين عددًا يساوي [3] مائةَ درهمٍ [وزنًا] [4] ، فقد تَرَدَّدُوا فيه .

فرع :

لو قال : [له] [5] عليَّ من درهمٍ إلى عشرة ، فثلاثة أوجه [6] :

أحدها : أنه يلزمه ثمانيةٌ ، فلا يدخل الحَدَّان فيه .

والثاني : تسعةٌ ، فيدخل الحدُّ الأول .

والثالث : عشرة ، فيدخل الحدَّان .

اللفظ الثامن : في معنى الإضافة إلى الظرف .

وله [أربع] [7] صور :

الأولى : أن يقول : له [8] عندي زيتٌ في جَرَّةٍ ، وسَمْنٌ في بستوقة ، وسيفٌ في

---

(١) في (أ) : « فإذا » . (٢) في (أ) : « العدد والوزن » .

(٣) في (أ) : « تساوي » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) قال في الروضة : « قال : عليَّ من درهم إلى عشرة ، لزمه تسعةٌ على الأصح عند العراقيين ، والغزالي . وقيل : عشرة ، وصححه البغوي . وقيل : ثمانية ، كما لو قال : بعتك من هذا الجدار إلى هذا الجدار ، لا يدخل الجداران في البيع . واحتج الشيخ أبو حامد للأول ، بأنه لو قال : لفلان من هذه النخلة إلى هذه النخلة ، تدخل الأولى في الإقرار دون الأخيرة . وفيما قاله نظر ، وينبغي أن لا تدخل الأولى أيضًا ، كقوله : بعتك من هذا الجدار إلى هذا الجدار » . انظر : روضة الطالبين : (٣٨٠/٤ ، ٣٨١) ، مغني المحتاج : (٢٥٠/٢ ، ٢٥١) ، نهاية المحتاج : (٩٣/٥) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) قوله : « له » : ليس في (أ) .

غِمْدٍ : لا يكون مُقِرًّا بالظرف خلافًا لأبي حنيفة (١) - رحمه الله - . وكذا لو قال : عندي بستوقةٌ فيها سمنٌ ، وغِمْدٌ فيه سيفٌ ، وجَرَّةٌ فيها زيت : لا يكون مقِرًّا إلا بالظرف ، وكذلك إذا قال : (٢ له عندي ٢) عبدٌ على رأسه عِمَامةٌ ودابةٌ على ظهرها سَرْجٌ : لا يكون مُقِرًّا بالسَّرْج والعِمَامة . كما لو قال : له (٣) عندي عِمَامةٌ على رأس عبد ، وسَرْجٌ على ظهر فَرَسٍ : لا يكون مُقِرًّا بالفرس والعبد . وقال صاحب التلخيص : إنه إذا قال : عبدٌ على رأسه عمامةٌ : يلزمه العمامةُ ، بخلاف الفرس عليه سرجٌ ؛ لأن ما في يد العبد لسيده ، وهو الذي أُورِدَ في طريقة العراق .

وأنكر المراوِزَةُ (٤ هذا الفرْقَ ٤) وزيَّفُوه ؛ إذ يَنْقَدِحُ أن يقول : عبدٌ على رأسه عِمامةٌ لي : كيف وقد صرَّحوا بأنه لو قال لفلان في يدي دارٌ مفروشةٌ : لم يلزم الفَرْشُ وإن جَعَلَه صفةً ؟ وما كان في دار الإنسان فهو في يده .

وذكر العراقيون في الثوب المطرَّزِ وجهين (٥) ، أنه هل يكون إقرارًا بالطِّرَازِ إذا كان الطِّرَازُ يُعْمَلُ بعد النسج ؟

ولو قال : له عندي خاتمٌ ، وجاء بخاتمٍ وعليه (٦) فَصُّه ، وقال : ما أردت الفَصَّ :

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه إذا قال : له عندي زيتٌ في جرة ، أو سيف في غمد ، أو ثوب في منديل ، أو تمر في جِراب ، أو لبن في كُوزٍ ، أو طعام في سفينة : فإنه لا يكون مقرًّا بالظرف ويكون مقرًّا بالمظروف .
ومذهب الحنفية : أنه إذا أقر بسيف فله النَّصْلُ ، والجِفْن ، والحمائل ، وإن أقر بحجلة فله العيدان والكسوة
انظر : روضة الطالبين : (٣٨١/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥١/٢) ، نهاية المحتاج : (٩٤/٥) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٣١/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٣٣/٢) .

(٢) قوله : « له عندي » : ليس في (أ) . (٣) قوله : « له » : ليس في (أ) .

(٤) قوله : « هذا الفرق » : ليس في (أ) .

(٥) الأصح منهما : أنه لا يكون مقرًّا بالطراز ، كما في الروضة : (٣٨٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٩٥/٥ ، ٩٦) .

(٦) في (أ) : « فعليه » .

فوجهان (1) ، الأظهر : أنه مقِرٌّ به ؛ (2 لأن الاسمَ 2) شاملٌ .

ولو قال : له عندي جاريةٌ ، (3 فجاء بجاريةٍ 3) في بطنها جنينٌ [وادَّعى كونَه جنينًا له] (4) : فوجهان (5) مرتبان ، (6 وهاهنا 6) أولى بأن لا يُؤَاخَذَ بالجنين (7) ، بل مَنْ يُؤَاخِذُه يأخذه (8) (9 من التبعية 9) (10 في البيع 10) .

ولو قال : له عندي فصٌّ في خاتم ، أو جنينٌ في بطن جارية : لا يكون مُقِرًّا بالجارية والخاتم .

الصورة الثانية : إذا قال : له عندي ألفُ درهمٍ في هذا الكِيسِ : لا يكون إقرارًا بالكيس ، ثم (11) إن لم يكن في الكيس شيءٌ : يلزمه ألفٌ . وإن كان ، ولكنه ناقصٌ عن ألف (12) ؟

قال أبو زيد : لا يلزمه إلا ما في الكيس ؛ للحَصْرِ .

وقال القفال : يلزمه الإتمامُ (13) ، كما لو لم يكن في الكيس شيءٌ .

أما إذا عَرَّف بالألف واللام وقال : له عندي الألفُ الذي (14) في الكيس ، فإن

---

(1) قال في الروضة : « ولو اقتصر على قوله : عندي له خاتم ، ثم قال بعد ذلك : ما أردت الفصَّ ، لم يقبل منه على المذهب ، بل يلزمه الخاتمُ بفصه ؛ لأن الخاتم تناولهما ، فلا يقبل رجوعُه عن بعض ما تناوله الإقرار ، وحكى الغزالي فيه وجهين » . انظر : روضة الطالبين : (٣٨٢/٤) .

(2) هذه الجملة بهامش الأصل مطموسة ، ولكن لها مكان فنقلتها من (أ) .

(3) هذه الجملة أيضًا بهامش الأصل مطموسة ، ولكن لها مكان فنقلتها من (أ) .

(4) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(5) في (أ) : « فيه وجهان » .

(6) مطموسة في الأصل ، فنقلتها من (أ) .

(7) مطموسة في الأصل فنقلتها من (أ) .

(8) مطموسة في الأصل ، فنقلتها من (أ) .

(9) في (أ) : « بالتبعية » .

(10) مطموسة في الأصل ، فنقلتها من (أ) .

(11) في (أ) : « بل » .

(12) في (أ) : « الألف » .

(13) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٨٣/٤) .

(14) في (أ) : « التي » .

كان ناقصًا ، فالأظهر : أنه لا يلزمه الإتمامُ ؛ للحصر ، ولو لم يكن فيه شيءٌ .

حكى الشيخ أبو علي قولين ، وقرَّبهما من القولين فيما إذا قال : لأَشْرَبَنَّ ماءَ هذه الإدَاوةِ ولا ماءَ فيها ، أن اليمين هل تنعقد ؟ فإن قلنا : (١ اليمين ينعقد ١) ، فهاهنا يصح الإقرارُ ويلزمه . وإن قلنا : لا تنعقد (٢) ، فالإقرارُ هاهنا لَغْوٌ (٣) .

الصورة الثالثة : أن يقول : لفلانٍ في هذا العبد ألفُ درهمٍ ، (٤ أو له من هذا العبدِ ألفُ درهم ٤) : يُطالَبُ (٥) بتفسيره .

فإن قال : وَزن فيه ألفَ درهمٍ ، فيقول : وكم (٦) وزنْتَ أنت ؟ فإن قال : ألفًا (٧) ، فالعبد بينهما . وإن قال : ألفين ، فالعبد أثلاث . وإن قال : وَزَنَ هو ألفًا في عشرة ، واشتريْتُ الباقِيَ أنا بألف : صُدِّق في الكل ؛ لأنه محتمل .

وقال مالك : يَسْلَمُ للمقَرِّ له مقدارُ ما يساوي ألفًا من العبد ، وما بقي يبقى للمقِرِّ .

وإن قال : جزء العبدُ عليه بألف ، فيثبت (٨) موجبه . ولو قال : هو مرهونٌ عنده بألف ، فوجهان : أحدهما : لا يقبل ؛ لأن الدَّيْنَ في الذمة لا في العبد .

والثاني : يقبل (٩) ؛ لأن الإضافةَ إليه معقولةٌ كما في جناية العبد .

الصورة الرابعة : / إذا قال : له في هذا المال ألفٌ ، أو في ميراث أبي ألفٌ : لزمه الألف . ١٠١/أ

---

(١) في (أ) : « تنعقد اليمين » .

(٢) في (أ) : « لا ينعقد » .

(٣) وهذا هو الراجح ، كما في الروضة : (٣٨٣/٤) .

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « فيطالب » .

(٦) في (أ) : « فكم » .

(٧) في (أ) : « ألف » .

(٨) في (أ) : « فثبت » .

(٩) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٨٣/٤ ، ٣٨٤) .

ولو قال : له في [1] مالي ألف ، أو في ميراثي من أبي ألف : لم يلزمه [الألف ؛ لإضافته إلى نفسه] [2] ويُفِيدُ [3] الوعدَ بالهبة . هذا هو الظاهر المقطوع في طريقة العراق .

ونَقَل صاحب التقريب والقاضي من نص الشافعي - رضي الله عنه - في قوله [4] : له من مالي ألف ، أنه يلزمه ، بخلاف ما إذا قال : في ميراثي من أبي ، [فإنه لا يلزمه] [5] .

ثم قالوا : اختلف الأصحاب على طريقين ، منهم من قال : قولان بالنقل والتخريج ، ومنهم من فرق .

وقال القاضي : الفرق بالعكس أولى ؛ لأنه إذا قال : في ميراثي [من أبي] [6] احتمل أن يكون الدينُ على أبيه ، والميراثُ له ؛ لأن الدينَ عندنا لا يمنع [من صحة] [7] الإرث .

ثم قال الشيخ أبو علي : أخطأ بعضُ الأصحاب بطرد الطريقين فيما إذا قال : لفلانٍ من داري نِصْفُها ؛ فإن الشافعي - رضي الله عنه - نَصَّ [8] أنه لو قال : داري لفلان ، كان الإقرارُ [9] باطلًا ؛ لإضافته إلى نفسه ، فلا فَرْقَ بين النصف وبين الكل ، وإنما السديدُ المعقولُ ما نُقِل في طريق العراق .

اللفظ التاسع : [في] [10] تكرير المقَرِّ به .

إذا قال : عليَّ درهمٌ درهمٌ درهم : لا يلزمه إلا [درهم] [11] واحد ؛ لأنه محتملٌ للتكرار . ولو قال : درهمٌ ودرهمٌ : لَزِمَه درهمان ؛ لأن « الواو » مَنَعَ التكرارَ . ولو قال :

---

(١) في (أ) : « من » .
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .
(٣) في (أ) : « ويقبل » .
(٤) انظر : مختصر المزني : (٢٣/٣) ، روضة الطالبين : (٣٨٥/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٩٦/٥) .
(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .
(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .
(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .
(٨) انظر : روضة الطالبين : (٣٨٥/٤ ، ٣٨٦) .
(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « للإقرار » ، والمثبت من (أ) .
(١٠) زيادة من (أ) .
(١١) زيادة من (أ) .

عليَّ درهم ودرهمان : لزمه ثلاثةُ [دراهم] [١] .

ولو قال : درهم فدرهم : لزمه درهم ، أي فدرهم لازمٌ ، أو خيرٌ منه . ولو قال : أنت طالق فطالق : يقع طلقتان ؛ إذ لا ينقدح فطالقٌ خيرٌ منه . ونقل ابن خيران الجوابَ من [٢] المسألتين وجعلهما على قولين [٣] .

ولو قال : درهم ودرهم درهم ، وقال : أردت بالثالث تكرارَ الثاني : قُبِلَ . [٤ ولو قال : أردت ٤] تكرارَ الأول : لم يُقْبَل . وعند الإطلاق يلزمه ثلاثةٌ .

ولو قال : أنت طالق وطالق وطالق ، ولم يَنْوِ شيئًا ، فقولان :

أحدهما : أنه يقع طلقتان ، ويُجْعَلُ الثالثُ [٥ تكرارَ الثاني ٥] .

والثاني : [أنه] [٦] يقع ثلاثٌ ؛ لأنه لم يَقْصِدِ التكرار .

فنقل ابن خيران قولًا إلى الإقرار ، حتى لا يلزم [٧] عند الإطلاق إلا درهمان . ومَنْ فرَّقَ عوَّل على أن التأكيدَ يَلِيقُ بالطلاق الذي هو إنشاءٌ دون الإخبار .

ولو قال : درهم ثم درهم ، فكلمة « ثم » كالواو في قطع التأكيد . ولو قال : درهم فوق درهمٍ ، أو تحت درهمٍ ، أو تحته درهمٌ أو فوقه درهم ، أو مع [٨] درهم ،

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « في » .

(٣) قال في الروضة : « الثالثة : قال : له عليَّ أو عندي درهم فدرهم ، إن أراد العطف ، لزمه درهمان ، وإلا ، فالنص لزومُ درهمٍ فقط . ونص في : أنتِ طالق فطالق ، أنه طلقتان . وقال ابن خيران : فيهما قولان : أحدهما : درهمان وطلقتان . والثاني : درهم وطلقة .

والمذهب الذي قطع به الأكثرون : تقرير النصين » . انظر : روضة الطالبين : (٣٨٧/٤) .

(٤) في (أ) : « ولو أراد » .

(٥) في (أ) : « تكرارًا للثاني » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « لا يلزمه » .

(٨) قوله : « مع » : ليس في (أ) .

أو معه درهم : فلا يلزمه إلا درهمٌ واحد ، والباقي يكون على تأويل مِلك (١) المقِرِّ . أي : درهمٌ فوق درهم لي .

وفي نظيره في الطلاق يقع طلقتان ؛ إذ لا ينقدح هذا ، وقيل بتخريج ذلك في الإقرار ، وهو بعيد .

ولو قال : درهم قبل درهم ، أو قبله درهم ، أو بعد درهم ، أو بعده درهمٌ : يلزمه (٢) درهمان ؛ لأن ذلك لا يُحتمل إلا في تأخير الوجوب وتقديمه .

(٣ ولو قال : درهم بل درهم : يلزمه درهمٌ واحد ٣) . ولو قال : بل درهمان : يلزمه درهمان ؛ لأنه أعاد الأولَ في الثاني . ولو قال : درهم بل ديناران : يلزمه درهمٌ وديناران ؛ لأن الثاني (٤) رجوعٌ وليس بإعادة . ولو قال : عشرة ، لا بل تسعة : يلزمه (٥) العشرة ؛ لأنه رجوع . ولو قال : ديناران بل قَفِيزان : يلزمه الكلُّ ؛ لأنه رجوعٌ وليس بإعادة .

ولو قال : درهم بل درهمان بل ثلاثةُ دراهم : لا يلزمه إلا ثلاثةُ [دراهم] (٦) ، ويكون ما مضى معادًا فيه .

هذا كلُّه إذا جرى على الاتصال .

فلو أقرَّ بألفٍ يوم السبت ، وبألفٍ يوم الأحد : لا يلزمه إلا ألفٌ واحدٌ ويُجْمَعُ بينهما . فالأخبارُ تتداخل إلا أن يُضِيفَ إلى سببين مختلفين . فلو (٧) أضاف أحدَهما دون الآخر : نُزِّل المطلقُ على المضاف ، ولا يختلف ذلك بتكرير الإشهاد .

فلو شهد شاهدان أنه أقرَّ يوم السبت بألف ، وآخران أنه أقرَّ يوم الأحد بألف : (٨ لم يلزمه إلا ألفٌ ٨) .

---

(١) كلمة : « ملك » : ليست في (أ) .
(٢) في (أ) : « لزمه » .
(٣) ما بين القوسين ليس في (أ) .
(٤) في (أ) : « والثاني » .
(٥) في (أ) : « لزمه » .
(٦) زيادة من (أ) .
(٧) في (أ) : « ولو » .
(٨) في (أ) : « يلزمه الألف » .

ولهذا قالوا [١] : لو شهد أحدُهما على إقراره يوم السبت بألف ، والآخرُ [٢] على إقراره يوم الأحد بألف : ثبت ألفٌ ، وإن لم يجتمعا على إقرارٍ واحدٍ ولكن اجتمعا في حقِّ المخْبَرِ عنه .

وكذلك إذا حكى أحدُ الشاهدين العجميةَ من لفظ المقِرِّ في الإقرار ، وحكى الآخرُ [٣] العربيةَ : يُجْمَعُ بينهما .

ومثل ذلك في الأفعال كالغَصْب والقبض .

والإنشاءات كالبيع والقذف : لا يُجْمَعُ ، هكذا نقل صاحب التقريب النفيَ ثم قال : في المسألتين قولان بالنقل والتخريج [٤] .

أما تخريجُه في الجمع في جانب الإنشاءات فبعيدٌ ، وللتخريج في جانب الأقارير وجهٌ ؛ لأنهما لم يجتمعا على شيء واحد .

ولا خلاف في أنه لو ادَّعى حقًّا وشهد له الشهودُ ، بل لو ادَّعى على الإقرار [٥] مَنْ عليه [الحق] [٦] : قُبِلَ ، ولم يكن ذلك مخالفةً [في نفسه] [٧] ، ولم يلزمه أن يدعي الإقرارَ حتى يوافقه لفظُ الشهود ، بل لو ادَّعى الإقرارَ [٨] : لم يسمع .

وقال قائلون : لابدَّ من دعوى الإقرارِ [٩] ؛ لتتوافَقَ [١٠ الشهادةُ والدعوى ١٠] ، ولا يجب على [١١] الشاهد إذا شهد على الإقرار أن يَذكُر [١٢ كونَه مكلَّفًا طائعًا ١٢] . بل

(١) قوله : « قالوا » : ليس في (أ) .

(٢) ، (٣) في الأصل ونسخة (ب) : « للآخر » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٤) انظر : روضة الطالبين : (٣٨٩/٤) .

(٥) في (أ) : « إقرار » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٨) هكذا في (أ) ، وفي الأصل ونسخة (ب) : « للإقرار » .

(٩) هكذا في (أ) ، وفي الأصل ونسخة (ب) : « للإقرار » .

(١٠) في (أ) : « الدعوى والشهادة » .

(١١) في (ب) : « هذا » .

(١٢) في (أ) : « أنه مكلفٌ طائع » .

هو المفهومُ عند الإطلاق .

فلو أقام المشهودُ عليه بينةً على أنه كان مكرهًا : قُدِّمت بينةُ الإكراه . ولو أقام [بينةً] (١) على أنه كان في الحَبْسِ والقَيْدِ : صار الظاهر معه حتى يكون القولُ قولَه في الإكراه .

اللفظ العاشر :

إذا قال : هذا ولدي ولدَتْه هذه الجاريةُ ، وقد عَلِقَتْ به في ملكي : (٢ فهو إقرارٌ بالاستيلاد في الأم .

ولو قال : ولدَتْه ، ولم يقل : عَلِقَتْ به في ملكي ، ولا ولدَتْ في ملكي ٢) : فوجهان (٣) ، ظاهر النص : أنه إقرارٌ بالاستيلاد ؛ بناءً على الغالب . / ولو قال : ولدت ١٠١ / ب في ملكي ، ولم يقل علقت في ملكي : فوجهان مرتبان ، وأولى بالثبوت .

فرع دخيل في هذا الكتاب ، وهو :

إذا تنازع رجلان في جارية ، فقال أحدهما : زوَّجْتَنِيها ، وقال الآخر : بِعْتُكها : والنظر (٤) في [أربعة] (٥) أمور :

الأول : [في] (٦) فَصْلِ الخصومة . قال الأصحاب : هما خصومتان ؛ إذ كلُّ واحدٍ يدعي عقدًا فعليه إثباتُه ، ويُدَّعَى عليه عقدٌ ، فالقول قوله فتعرِضُ اليمينَ على كلِّ واحدٍ في نفي ما يُدَّعَى عليه ، وفي إثبات ما يدعيه مهما رُدَّ (٧) اليمينُ عليه .

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٣) قال في الروضة : « له جارية ذات ولد ، فقال : هذا ولدي من هذه الجارية ، ثبت نسبُه عند الإمكان . وفي كون الجارية أمَّ ولدٍ قولان . ويقال : وجهان : أظهرهما عند الشيخ أبي حامد وجماعةٍ : نعم . وأشبههما بالقاعدة ، وأقربهما إلى القياس : لا ؛ لاحتمال أنه أولدها بنكاح ثم ملكها » . انظر : روضة الطالبين : (٤١٦/٤) .

(٤) في (أ) : « فالنظر » .
(٥) زيادة من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .
(٧) في (أ) : « رُدَّتْ » .

استدرك [١] صاحبُ التقريب وقال : من يدَّعي أنه باع فهو يطلب الثمنَ فله التحليفُ على نفي الشراء . أما من يَدَّعِي التزويجَ على الآخر ، والآخر قد قال : بِعْتُ ، فقد أنكر ملكَ نفسه في الجارية ، فلو أقر لكان (٢ لا يقبل إقرارُه ٢) ، فأي فائدةٍ في تحليفه ؟

ثم قال : الآن [٣] يُبْنَى على أن يمينَ الرَّدِّ كالبينة ففائدتُه النكولُ واستدراكُه على وجهه .

النظر الثاني : أنه إن حَلَف الزوجُ على نفي الشراء : لم يُطَالَبْ بالثمن ، وللبائع الرجوعُ في الجارية .

منهم [٤] من قال : يَصِيرُ كأنه عَجَزَ عن استيفاءِ الثمن بالإفلاس ، فيفسخ [٥] ويثبت [٦] حقُّه في الجارية ، وإن زاد [٧] قيمتُها على الثمن .

ومنهم من قال : (٨ لا ، بل ٨) طريقةُ أنه ظَفَرَ بغير جنسِ حقِّه فيأخذ منها [٩] مقدارَ الثمن منه [١٠] .

[هذا كله] [١١] إذا لم يكن قد استولدها . فإن جرى الاستيلادُ امتنع الرجوعُ بموجب قول البائع ، وكان الولدُ أيضًا حُرًّا بموجب قوله ، فلا مرجعَ له .

النظر الثالث : أن الزوجَ هل يَحِلُّ له وطؤها ؟ نُظِرَ : فإن كان صادقًا : حَلَّ له وطؤها باطنًا ، وفي الظاهر وجهان :

أحدهما : نعم [١٢] ؛ لأنَ العِبْرَةَ بقولهما ، وهى حلالٌ بموجب قولِ البائع والزوج جميعًا .

(١) في (أ) : « واستدرك » .

(٢) في (أ) : « إقراره لا يقبل » .

(٣) في (أ) : « إلا أن » .

(٤) في (أ) : « فمنهم » .

(٥) في (أ) : « فينفسخ » .

(٦) في (أ) : « فيثبت » .

(٧) في (أ) : « زادت » .

(٨) قوله : « لا ، بل » : ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « منه » .

(١٠) قوله : « منه » : ليس في (أ) .

(١١) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(١٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٤١٠) .

والثاني : أنها حرامٌ ؛ لوقوع الاختلاف في الجهة . فإنه لو قال : لي عليكَ ألفٌ من قَرْضٍ ، فقال : بل من ثمنِ مبيعٍ ، فهل يَقْدِرُ على المطالبة ؟ فيه خلاف ، فالاختلافُ في الجهة في البُضْعِ أولى .

ومنهم من شبه هذا بما إذا اشترى زوجتَه بشرط الخيار . فقد قال الشافعي - رضي الله عنه - : لا يطؤها في مدةِ الخيار ، فإنه لا يُدْرَى أيَطَأُ (١) زوجتَه أو مملوكتَه ، مع أنه كيف ما كان فهو حلالٌ . وسبيلُ حلِّ إشكالِ النص تخريجهُ على أقوال المِلْك .

إن قلنا : الملك للبائع فله ذلك ؛ فإنه يَدْرِي أنه يَطَأُ زوجتَه ، وإن قلنا : للمشترى فلا ؛ لأنه يطأ مملوكتَه بملكٍ ضعيفٍ يمنع الوطءَ ؛ لبقاء خيار البائع . وإن قلنا : إنه موقوفٌ ، فلا يطأ (٢) ، وهو الذي أراد الشافعيُّ - رضى الله عنه - ؛ لأنه لا يَدْرِي أيطأ زوجتَه : فتَحِلُّ (٣) ، أو [يطأ] (٤) مملوكتَه بملكٍ ضعيف : فلا تحل له ؟

النظر الرابع : نفقة الولد بعد الاستيلاد على المستولد ؛ لأنه حُرٌّ بموجب قول البائع ، فنفقتُه على أبيه . ونفقةُ المستولدة (٥ على المستولِدِ ٥) إن قلنا : تَحِلُّ له . وإن قلنا : لا تحل له (٦) ، فوجهان :

أحدهما : على البائع ؛ إذ يُقْبَلُ قولُه في زوال مِلكه عليه ، لا في ما على غيره ، وهو سقوطُ النفقة .

والثاني (٧) : أنها تَأْكُلُ من كَسْبِها ، فإن لم يكن فمن بيت المال ؛ لأنها فقيرةٌ .

* * *

(١) في (أ) : « أيطأها » .
(٢) في (أ) : « فلا يطأها » .
(٣) في (أ) : « فيحل » .
(٤) زيادة من (أ) .
(٥) قوله : « على المستولد » : ليس في (أ) .
(٦) قوله : « له » : ليس في (أ) .
(٧) ذكر في الروضة أنهما قولان وليسا وجهين ، والأظهر منهما : الثاني هذا . انظر : روضة الطالبين : (٤/٤١٠) .

الباب الثالث : في تعقُّبِ الإقرار بما يَرْفَعُه

(وهو قسمان)

الأول [١] : أن [٢] يَعْقُبَه [٣] بما يرفعه كلَّه

وفيه مسائل سبع :

الأولى : إذا قال : لفلانٍ عليَّ ألفٌ من ثمنِ خمرٍ أو خنزيرٍ ، أو من ضمانٍ شرطٍ فيه الخيارُ لنفسه ، أو سببٍ فاسدٍ أسنده إليه ويُعتادُ التعاملُ بمثله على الفساد : ففيه قولان :

أحدهما : أنه يلزمه الألفُ [٤] ، والإضافةُ الفاسدةُ رَفْعٌ بعد إثبات ، فهو كقوله : عليَّ ألفٌ إلا ألفًا [٥] .

والثاني - ولعله الأَوْلَى - : أنه لا يلزمه ؛ لأنه لم يُقِرَّ بملزوم [٦] شيءٍ ، وكلامُه [٧] منظوم في نفسه ، فصار كما إذا [٨] قال : أنتِ طالقٌ إن شاء الله ، فإنه لما انتظم لم يكترث باندفاع الطلاق .

وقطع الأكثرون بأنه لو قال : لفلانٍ عليَّ ألفٌ إن شاء الله لا يلزمه شئٌ ؛ لأنه للشَّكِّ في الإقرار ، [٩] وللتعليق في الإقرار [٩] . وحكى صاحب التقريب عن بعض الأصحاب طرْدَ القولين [١٠] .

ولا خلاف في أنه إذا قال : له عليَّ ألفٌ إذا جاء رأسُ الشهر وقَصَدَ به التعليقَ : أنه

---

(١) في (أ) : « أحدهما » .
(٢) قوله : « أن » : ليس في (أ) .
(٣) في (ب) : « تعقبه » .
(٤) وهذا القول هو الأظهر عند العراقيين وغيرهم ، كما في الروضة : (٣٩٦/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٤/٢، ٢٥٥) .
(٥) في (أ) : « ألف » .
(٦) في (أ) : « بلزوم » .
(٧) في (أ) : « وكلام » .
(٨) قوله : « إذا » : ليس في (أ) .
(٩) في (أ) : « والتعليق في الطلاق » .
(١٠) انظر : روضة الطالبين : (٣٩٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٥/٢) ، نهاية المحتاج : (١٠٢/٥) .

يُخَرَّجُ عن القولين [1] ، بخلاف ما إذا قال : إذا جاء رأسُ الشهر فله عليّ ألفٌ ، فإنه لا يلزمه قولًا واحدًا ؛ لأنه قدَّم كلمةَ التعليق ، إلا أن يُفَسِّرَ ذلك بأجَلٍ أو وصيةٍ فيُحتمل ، ولكن لا يلزمه دون تفسيره .

ولو قال : لك علي ألف إن شئت ؟ قال الأصحاب : لا يلزمه ؛ لأنه تعليقٌ بالمشيئة [2] . قال الإمام : ليخرج [3] على القولين [4] إن قدَّم صيغةَ الالتزام ، وإن أخَّر فيُقْطَعُ بأنه لا يلزمه .

الثانية : إذا قال : عليَّ ألفٌ لا يلزمني : يلزمه الألفُ ، لأنه متناقضٌ . ولو قال : ألفٌ قَضَيتُه ، فطريقان [5] [6] :

منهم من قَطَعَ باللزوم ؛ لتناقُضِه .

ومنهم من خرَّج على القولين ؛ إذ ذلك مما يُطْلِقُ في العادة .

الثالثة : إذا قال : عليَّ ألفٌ مؤجَّلٌ ، طريقان [7] :

---

(١) قال في الروضة : « ولو قال : عليَّ ألفٌ إذا جاء رأسُ الشهر ، أو إذا قدم زيد ، أطلق جماعةٌ : أنه لا شئ عليه ؛ لأن الشرط لا أثر له في إيجاب المال ، والواقعُ لا يُعلَّق بشرط . وذكر الإمام وغيره : أنه على القولين . وكيف كان فالمذهب : أنه لا شيء عليه » . انظر : روضة الطالبين : (٣٩٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٥/٢) ، نهاية المحتاج : (١٠٢/٥) .

(٢) كلمة : « بالمشيئة » : ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « يخرج » .

(٤) قال في الروضة : « ولو قال : عليَّ ألف إن شئت ، أو إن شاء فلان ، فلا شيء عليه في المذهب . قال الإمام : والوجه : طرد القولين » . انظر : روضة الطالبين : (٣٩٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٥/٢) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « طريقان » ، والمثبت من (أ) .

(٦) قال في الروضة : « ولو قال : كان لفلان عليَّ ألفٌ قضيته ، قُبل عند الجمهور . وقيل : على الطريقين » . انظر : روضة الطالبين : (٣٩٧/٤) .

(٧) قال في الروضة : « قال : عليَّ ألفٌ مؤجلٌ إلى وقت كذا ، فإن ذكر الأجَلَ مفصولًا لم يقبل ، وإن وصله قُبل على المذهب . وقيل : قولان » . انظر : روضة الطالبين : (٣٩٨/٤) .

منهم من قطع بالقبول ؛ للصحة والاعتياد جميعًا .

ومنهم من خرَّج على القولين ؛ لأنه لو ذَكَرَ الأجَلَ منفصلًا : لم يُقْبَلْ وجُعِلَ [(١)] مانعًا للزوم ، فكذلك إذا ذكره متَّصِلًا .

وكذا إذا قال : عليَّ ألفٌ من ثمنِ عبدٍ ، إن سُلِّمَ سَلَّمْتُ ؛ لأنه إضافةٌ صحيحةٌ معتادة .

ولو قال : علي ألفٌ مؤجَّلٌ [(٢)] / من جهة [(٣)] تحمل العَقْل ، فيُقْطَعُ [(٤)] بصحته ؛ لأن الأصلَ فيه الأجَلُ ، والحلولُ فيه [(٥)] دخيلٌ . ومنهم من خرج على القولين . ١٠٢/أ

الرابعة : إذا قال : له علي ألفٌ ثم جاء بألفٍ وقال : هذه وديعةٌ عندي . فقال المقَرُّ له : ما أقررْتَ به ألفٌ آخر [(٦)] هو دَيْنٌ . فالذي قطع به المراوزةُ : قبولُه ، وعليه يَدُلُّ نصُّ الشافعي – رضي الله عنه – [(٧)] ، على أنه لو قال : علي شيء ، ثم فَسَّر بالوديعة قُبِلَ ؛ لأن الوديعةَ عليه ردُّها ، وقد يتعدَّى فيها فيَضْمَنُ .

نعم ، لو قال : تَلِفَ في يدي ، فلا يُقْبَلُ قولُه في سقوط الضمان ؛ لأن قولَه : « عليَّ » [(٨)] مستشعرٌ [(٩)] به . وقال العراقيون : في اتحاد الألف قولان .

---

(١) في (أ) : « ويجعل » . (٢) قوله : « مؤجل » : ليس في (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « جهته » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « يقطع » . (٥) قوله : « فيه » : ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « أخرى » .

(٧) قال في الروضة : « قال : لزيد عليَّ ألفٌ وزعم أنه وديعة ، فله حالان . الأول : أن يذكره منفصلًا ، بأن أتى بألف بعد إقراره ، وقال : أردت هذا وهو وديعةٌ عندي ، وقال المقر له : هو وديعةٌ ولي عليك ألفٌ آخر دَيْنًا ، وهو الذي أردته بقرارك ، فهل القول قول المقر له ، أو المقر ؟ فيه قولان : أظهرهما : الثاني ، وقيل به قطعًا ؛ لأن قوله : عليَّ ، يحتمل أن يريد به : عندي ، ويحتمل : أنّي تعدَّيْتُ فيها فصارت مضمونةً عليَّ ، أو على حفظها » . انظر : روضة الطالبين : (٣٩٩/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٦/٢) ، نهاية المحتاج : (١٠٢/٥) .

(٨) مكان قوله : « علي » : فراغ في (أ) . (٩) في (أ) : « مشعر » .

وإن قال : له علي ألفٌ في ذمتي فقولان مرتبان ، وأولى بأن لا يُفسَّر بالوديعة .

ولو قال : [له] [1] علي ألفٌ دينًا [2] في ذمتي ، فأولى بأن يتعدَّدَ ، وهاهنا يظهر خيالُ التعدد ، ويبعد تفسيرُه بالوديعة . فإن قلنا : إن التفسيرَ بالوديعة منفصلًا مقبولٌ ، فمتصلًا أولى . وإن قلنا : لا يقبل . [3] فيخرج المتصلُ على قولي الإضافة [3] إلى الجهات الفاسدة [4] .

ولو قال : [له] [5] عليَّ ألف درهم عارية ؟ في [6] طريقة العراق [7] : أنه يلزمه ؛ [8] لأن إعارة الدراهم يصح [8] ، فتكون مضمونةً . [9] وإن قلنا : لا يصح [9] ، فهى عاريةٌ فاسدةٌ مضمونة . وفي طريقة المراوزة : أن عاريةَ الدراهم إذا لم تصح فهي باطلةٌ ؛ لأنها غيرُ قابلةٍ للانتفاع أصلًا ، فلا ضمانَ ، فعلى هذا يُخرَّج على قولي الإضافة إلى الجهة [10] الفاسدة .

الخامسة : لو [11] قال : هذه الدارُ لك عاريةً أو هبةً . قال : الشافعي - رضي الله عنه - [12] : له أن يُخْرِجَ المقَرَّ له منها مهما [13] شاء ؛ لأن قوله : لك ، وإن كان ظاهرُه [14] للملك ، فإذا تُعُقِّبَ بالعارية نَزَلَ [15] عليه .

وكذا لو قال : لك هبة ، ثم قال : أردْتُ هبةً لم أقْبِضْها ، فموجِبُ النصِّ : القبولُ .

وقال صاحب التقريب : ينبغي أن يُخرَّج الكلُّ على قولي ثمنِ الخمرِ والخنزير ؛ لأنه

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « ألفُ دينارٍ » .
(٣) في (أ) : « فيخرج قولَا المتصلِ على الإضافة » .
(٤) انظر : روضة الطالبين : (٣٩٩/٤) .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) في (أ) : « ففي » .
(٧) انظر : روضة الطالبين : (٤٠٠/٤) .
(٨) في (أ) : « فإن إعارة الدراهم تصح » .
(٩) في (أ) : « فإن قلنا : لا تصح » .
(١٠) في (أ) ، (ب) : « الجهات » .
(١١) في (أ) : « إذا » .
(١٢) انظر : مختصر المزني : (٢٣/٣) ، روضة الطالبين : (٤٠٠/٤) .
(١٣) في (أ) : « متى » .
(١٤) في (أ) : « ظاهرًا » .
(١٥) في (أ) : « ينزل » .

رَفْعٌ (١) لما تَقَدَّم من « لام » التمليك ، وهو فاسد ؛ لأن « اللامَ » ظاهرٌ (٢ في التمليك ٢) ومحتملٌ لوجوه في الإضافة إذا ذُكِرَ متصلًا به .

السادسة : إذا قال : رَهَنْتُ فأقبضْتُ (٣) ، [أو وَهَبْتُ وأقبضت] (٤) ، ثم قال : كنت أقبضْتُ فلانًا (٥) وظننت أن القبضَ حاصلٌ به . نص الشافعي – رضي الله عنه – على قبول دعواه في تحليف الخَصْم (٦) . ولا خلاف أنه لو قال : كذَبْتُ من غير تأويل ، لم تُقْبَل دعواه .

ولو قال : أقررت إشهادًا على الصَّكِّ على العارية (٧) ، ثم لم يتفق : ففي قبول الدعوى للتحليف وجهان ، أولاهما : القبول ؛ لأنه محتملٌ . فلا (٨) خلاف أن العربيَّ إذا أقَرَّ بالعجميةَ ، ثم قال : لُقِّنْتُ ولم أفْهمْ أنه تقبل دعواه .

السَّابعة : إذا قال : هذه الدارُ لزيد بل لعمرٍو : سَلَّمَ إلى زيد . فهل (٩) يَغْرَمُ لعمرو؟ [فيه] (١٠) قولان (١١) :

---

(١) في (أ) : « دَفْع » . (٢) قوله : « في التمليك » : ليس في (ب) .

(٣) في (أ) : « وأقبضت » . (٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « قولًا » ، وفي نسخة أخرى : « قولا » كذا على هامش الأصل .

(٦) انظر : روضة الطالبين : (٤٠١/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٦/٢) ، نهاية المحتاج : (١٠٣/٥) .

(٧) في (أ) : « العادة » ، وفي نسخة أخرى : « العادة » ، كذا على هامش الأصل .

(٨) في (أ) : « ولا » . (٩) في (أ) : « وهل » .

(١٠) زيادة من (أ) .

(١١) قال في الروضة : « قال : غصبت هذه الدارَ من زيد ، بل من عمرو ، أو قال : غصبتها من زيد ، وغصبها زيدٌ من عمرو ، أو قال : هذه الدار لزيد ، بل لعمرو ، سُلِّمت الدارُ إلى زيد . وفي غُرمه لعمرو قولان ، أظهرهما عند الأكثرين : يغرم . وفي الصورة الثالثة طريقةٌ جازمة بأن لا غُرْمَ ؛ لأنه لم يقر بجناية في ملك الغير ، بخلاف الأولين . ثم قيل : القولان فيما إذا انتزعها الحاكمُ من يده ، وسلمها إلى زيد . فأما إذا سلمها بنفسه ، فيغرم قطعًا . وقيل : القولان في الحالين . قلت : الأصح طردهما في الحالين ، قاله أصحابنا . ويجري الخلافُ سواء إلى بين الإقرار لهما ، أم فَصَلَ بفصْلٍ قصير أو طويل . والله أعلم » .

انظر : روضة الطالبين : (٤٠١/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٧/٢) ، نهاية المحتاج : (١٠٣/٥ ، ١٠٤) .

المنصوص هاهنا : أنه لا يَغْرَم ؛ لأن الدارَ قائمةٌ ، ومنازعةُ صاحب اليد فيها ممكنٌ ، ولم يَصْدُرْ منه إلا مجردُ قول .

والثاني - وهو القياس - : أنه يَضْمَنُ بالحيلولة ، كما لو أبق المغصوب [1] من يده .

وهذا الخلاف جارٍ في شهود المال إذا رَجَعُوا وعينُ المالِ باقيةٌ [2] ، أو إمكانُ المطالبة بقيمته قائمٌ ، فإنهم [3] هل يَغْرَمُون ؟

ثم من الأصحاب من أَطْلَقَ القولين ، ومنهم من خصَّص بما إذا لم يُسَلِّم إلى زيد بنفسه بل أخرج القاضي من يده . فإن سَلَّمَه ، ففِعْلُه غَصْبٌ بموجب قوله موجبٌ للضمان . أما إذا قال : غَصَبْتُ الدارَ من زيدٍ ، ومَلَّكَها لعمرٍو وسَلَّم إلى زيد : لم [4] يلزمه شيء لعمرو ؛ لأنه يحتمل أن يكون [5] مرتهنًا أو مستأجرًا و [6] غصبت منه فبرئ [7] بالردِّ عليه ؛ فلا يغرم للثاني ، وقيل بتخريج [8] ذلك على القولين .

أما إذا قدَّم الإقرارَ بالملك ، فقال : هي لفلان وأنا غصبتها من فلانٍ ، فالأكثرون سَوَّوْا بين الصورتين ، حتى يُسَلِّمَ إلى من غَصَبَ منه ولا يَغْرَمُ للمالك .

ومنهم من رأى تخريجَ هذا على القولين ظاهرًا ، وزعم أنه يسلم [9] إلى الأول [9] ، وهل يغرم للثاني ؟ قولان [10] .

* * *

---

(١) في (أ) : « مغصوب » .
(٢) في (أ) : « باقٍ » .
(٣) في (أ) : « أنهم » .
(٤) في (أ) : « ولم » .
(٥) في (أ) : « تكون » .
(٦) في (أ) : « أو » .
(٧) في (أ) : « فيبرأ » .
(٨) في (أ) : « يتخرج » .
(٩) في (أ) : « للأول » .
(١٠) قال في الروضة : « ولو أخر ذكر الغصب فقال : هذه الدار ملكها عمرو ، وغصبتها من زيد ، فوجهان : أصحهما : كالصورة الأولى ، لعدم التنافي ، فتسلم إلى زيد ، ولا يغرم لعمرو .
والثاني : لا يُقْبَل إقرارُه باليد بعد الملك ، فتسلم إلى عمرو . وفي غرمه لزيد القولان » . انظر : روضة الطالبين : (٤٠٢/٤) .

القسم الثاني : فيما يَرْفَعُ بعضَ الإقرار

وفيه [1] ثلاث مسائل [1] .

الأولى : جوازُ الاستثناء [2] الأقلِّ والأكثرِ مهما بَقِيَ من المقَرِّ [3] به شيءٌ .

فلو قال : [عليَّ] [4] عشرةٌ إلا تسعةً ، قُبِلَ ، فما [5] يلزمه إلا درهمٌ . ولو قال : عشرة إلا عشرة ، بَطَلَ الاستثناءُ ، ولزمه العشرةُ .

ولو قال : [عليَّ] [6] عشرةٌ إلا تسعةً إلا ثمانيةً إلا سبعة إلا ستة هكذا إلى أنِ انتهى إلى الواحد : يلزمه خمسةٌ ؛ لأن الاستثناءَ من الإثبات نفيٌ ، ومن النفي إثبات .

فإذا جَمَعَ صيغَ الإثبات على اليد اليمنى والصيغَ التي بعدها على اليسرى . اجتمع على اليسرى خمسةٌ [7] وعشرون ، وعلى اليمن ثلاثون ، فإذا أسْقَطْتَ المنْفِيَّ عن [8] المثبتِ بقي خمسةٌ .

الثانية : الاستثناء من غير الجنس : صحيحٌ عندنا [9] . وقال أبو حنيفة – رحمه الله – : لا يصح إلا في استثناءِ المكيلِ من الموزون أو الموزونِ من المكيل [10] .

وصورته أن يقول : عليّ ألفُ درهمٍ إلا ثوبًا [11] ، فمعناه : إلا قيمةَ ثوبٍ . ولكن

---

(١) في (أ) : « مسائل ثلاث » .
(٢) في (أ) : « استثناء » .
(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « للمقر » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .
(٤) زيادة من (أ) .
(٥) في (أ) : « ولم » .
(٦) زيادة من (أ) .
(٧) في (أ) : « خمس » .
(٨) في (أ) : « من » .
(٩) قوله : « عندنا » : ليس في (ب) .
(١٠) **مذهب الشافعية** : أنه يصح الاستثناءُ من غير الجنس ، كقوله : ألف درهم إلا ثوبًا ، أو عبدًا .
ومذهب الحنفية : يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاستثناء من غير الجنس في كلِّ ما يكال أو يوزن أو يُعَدُّ ، وما سوى ذلك فلا يجوز الاستثناء في غير جنسه . وأما محمد بن الحسن وزفر فإنهما لا يُجِيزان الاستثناءَ من غير الجنس على الإطلاق .
انظر : الروضة : (٤٠٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٨/٢) ، نهاية المحتاج : (١٠٦/٥) ، مختصر الطحاوي : (١١٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٣٢/٢ ، ١٣٣ ، ١٣٤) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢٨/٢، ٢٩) .
(١١) في (أ) : « ثوب » .

معناه (١) أن يُفَسِّر قيمةَ (٢) الثوب بما يَنْقُصُ عن الألف . فلو (٣) فسَّره بما استغرق ، فوجهان :

أحدهما : بطلانُ التفسير ، إلى أن يُفَسِّرَ بما ينقص عن الألف .

والثاني : بطلانُ أصلِ الاستثناء (٤) .

الثالثة : الاستثناء عن العَيْن . كقوله : هذه الدارُ لفلانٍ ، والبيتُ الفلانيُّ منها لي ، أو هذه الدارُ لفلان إلا البابَ (٥) ، أو هذا الخاتمُ إلا الفَصَّ ، أو هؤلاء العبيدُ إلا واحدًا .

فالمذهب (٦) : صحة الاستثناء . وفيه وجه : أن الاستثناءَ إنما وَرَدَ في اللسان عن الأعداد ، فلذلك يُقْبَلُ ، وإلا فالأصلُ أن رَفْعَ الإقرار السابق باطلٌ .

فرع : لو قال : هؤلاء العبيدُ لفلانٍ إلا واحدًا ، وقلنا : صح (٧) ، طُولِبَ بتعيينه وقُبِلَ قولُه .

فلو ماتوا إلا واحدًا ، فقال : هذا هو المستثنَى ، فالصحيح : قبوله : كما لو عيَّنَ أولًا ثم مات الآخرُ .

وفيه وجه : أنه لا يقبل / ؛ لأنه يُوجِبُ إعدامَ أثرِ الإقرار ، بخلاف مالو قال : ١٠٢/ب
غصبت هؤلاءِ العبيدَ إلا واحدًا ، فإنه يقبل تعيين الواحد الباقي ؛ لأن أثرَ الإقرارِ يبقى في مطالبته بقيمة الموت (٨) .

* * *

---

(١) في (أ) : « ولكن ينبغي » .

(٢) كلمة : « قيمة » : ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « ولو » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤٠٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٨/٢) ، نهاية المحتاج : (١٠٦/٥) .

(٥) في (أ) : « إلا هذا البيت » .

(٦) انظر : روضة الطالبين (٤٠٨/٤) ، مغني المحتاج (٢٥٨/٢) ، نهاية المحتاج (١٠٦/٥) .

(٧) في (أ) : « يصح » .

(٨) في (أ) : « الموتى » .

الباب الرابع في الإقرار بالنَّسَب

(وهو قسمان)

[أحدهما] (١) : أن يُقِرَّ على نفسه ويستلحق شخصًا

فقولُه مقبولٌ بشرط أن يَسْلَمَ عن تكذيب الحِسِّ ، بأن يكون المستلحقُ أكبرَ سِنًّا منه ، أو مِثْلَه . وعن تكذيب الشرع ، بأن يكون المستلحق مشهورَ النسبِ [لغيره] (٢) ، وعن تكذيب المقَرِّ له ، بأن يكون بالغًا فيُكَذِّبُه .

فلا يَثْبُتُ النسبُ في هذه الصور الثلاثة (٣) ، وإنما يثبت في مجهول يُولَدُ مثلُه لمثله، وهو [أن] (٤) يُقِرَّ إن كان بالغًا أو هو صغيرٌ أو مجنونٌ أو ميت ، حتى لا يُتصوَّرَ تكذيبهُ ، فإنّ إقرارَه ليس بشرط . فلو استلحق صغيرًا ، فمات الصغيرُ ، وَرِثَه . ولو مات المستَلحَقُ وَرِثَه الصغير . بل لو مات الصغير أولًا ، وله ميراثٌ ، ثم استلحقه : قُبِلَ قولُه عندنا ، ولم يترك بسبب التهمة خلافًا لأبي حنيفة (٥) .

نعم لو مات بالغًا (٦) فاستلحقه : ذكر العراقيون وجهين (٧) ، ومال(٨ القاضي إلى أنه٨) لا

---

(١) زيادة من (أ) .　　(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « الثلاث » .　　(٤) زيادة من (أ) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه يصح استلحاقُ الصبي بعد موته ، سواء كان له مالُ أم لا ، ولا ينظر إلى التهمة .

مذهب الحنفية : أنه لا يصح استلحاقُ الصبي بعد موته ؛ نظرًا للتهمة إذا كان له مال .

انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤١٥) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٢٦٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢١٠) .

(٦) في (أ) : « لو مات بالغٌ » .

(٧) قال في الروضة : « وإن كان الميتُ بالغًا فوجهان ؛ لأن شرطَ لُحُوقِ البالغ تصديقُه ، ولا تصديقَ بعد الموت ، ولأن تأخيره ربما كان خوفًا من إنكاره . والأكثرون على أنه يلحقه كالصغير . ومنعوا كونَ التصديق شرطا على الإطلاق ، بل هو شرط إذا كان المقرُّ به أهلًا للتصديق ، ولا اعتبارَ للتهمة كما سبق » . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤١٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١١٠) .

(٨) في (أ) : « قال القاضي إنه » .

يقبل إذا خيَّره [١] إلى موته مع مصادفته حالةً يتصور تصديقُ المقَرِّ له [فيه] [٢] يُوهِمُ كذبَه ، وهذا لا يليق بمذهب الشافعي – رضي اللّه عنه – . فإنه لا يَرُدُّ الأقاريرَ بالتهم ، نعم ، لو استلحق صغيرًا فبلغ وأنكر فيه وجهان :

أحدهما [٣] : لا مبالاة بإنكاره ؛ إذ حكمنا بثبوت النسب وبالتوريث من الجانبين .

والثاني : يقبل وإنما كان ذلك حكمًا بشرط سلامةِ العاقبة كتصحيح [٤] الأقارير والتصرفات في مرض الموت .

فرعان :

أحدهما : له [٥] أَمَتان ، ولكلٍّ واحدةٍ منهما [٦] ولدٌ ، ولا زوجَ لهما ، فقال : أحدُ هذين الابنين ولدي فقد ثبت نسبُ واحدٍ مبهمًا [٧] ؛ فيطالب بالتعيين ، فإذا عيَّنَ تعيَّنَ وَعَتَقَ ، وصارت الأمُّ مستولدة إن كان قد قال : هذا ولدي منها قد عَلِقَتْ به في ملكي ، وإن أطلق وقال : ولدي منها ، فقد ذكرنا فيه وجهين ، فإن مات قبل التعيين فتعيينُ الورثة كتعيين المورِّث [٨] ، وإن [٩] عجزنا عَرَضنا [١٠] على القائف [١١] وتعيينُ القائف كتعينه في النسب والاستيلاد وسائر الأحكام ، فإن عجزنا عن القائف أقرعنا بينهما ، فمن خرجت قرعتُه عَتَق ولم يثبت نسبُه ولا ميراثُه ؛ إذ لا عملَ للقرعة إلا في العتق ، وبينهما عِتْقٌ مبهم .

---

(١) في (أ) : « إذ تأخيره » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) هذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤ / ٤١٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٥٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٠٩) .
(٤) في (أ) : « لتصحيح » .
(٥) قوله : « له » : ليس في (أ) .
(٦) قوله : « منهما » : ليس في (أ) .
(٧) في (أ) : « منهما » .
(٨) في (أ) : « الميت » .
(٩) في (أ) : « فإن » .
(١٠) في (أ) : « عرضناه » .
(١١) في (أ) : « القافَة » .

وهل يُقْرِعُ بين الأمتين ؟ وجهان [1] .:

أحدهما : لا إذ أُمِّيةُ الولد والعتقُ به تَبَعٌ بسبب الولد ولا نسبَ .

والثاني : نعم ؛ لأن لهما نسبًا ، وإحداهما عتيقةٌ بحكم ذلك ، فيُقْرَعُ لأجْلِ العتق .

وهل يَقِفُ نصيبُ ابن من الميراث ؟ وجهان :

أحدهما : بلى ؛ إذ أحدُهما نسيبٌ .

والثاني : لا [2] ؛ لأنه نسبٌ ميئوسٌ عن ظهوره والموالاة به فلا يُؤثِّر في التوريث .

الفرع الثاني : أمةٌ لها ثلاثةُ أولادٍ ، فقال السيد : أحدُ هؤلاء ولدي استولدتُها به في ملكي ، فهو إقرارٌ بأمية الولد ، ويُطَالبُ بالتعيين ، فإن عينَّ الأصغر ، عَتَقَ وثبت نسبُه . وإن عين الأوسط [3] ثبت نسبُه وعتق الأصغرُ أيضًا وثبت نسبُه ؛ لأنه وُلِدَ على فراشه ، إلا إذا ادَّعي الاستبراءَ وقلنا : الولدُ ينتفي بمجرد [4] دعوى الاستبراء في المستولدة ، وعند ذلك يُحْكَم بعتق الأصغر ؛ لأنه ولدُ المستولدة ولكن إذا عتقت المستولدة بموت السيد وفيه وجه : أنه لا يعتق ؛ لاحتمال أنه استولدها بالأوسط وهي مرهونةٌ ، وقلنا : لا ينفذ الاستيلادُ ، فبيعت وولَدتِ الأصغر في يد المشتري ثم اشتراهما المستولِدُ . وقلنا : يعود الاستيلادُ ، ولكن لا يتعدَّى إلى ولدٍ ولَدتْ [5] في ملك الغير ، ثم اشترى الأصغرَ المولودَ في ملك الغير [6] . والقائل الأول إن اعترف بهذا التفريع فيأتي دفع مطلق الإقرار بهذا التقدير البعيد .

---

(١) قال في الروضة : « وأما الاستيلاد فهو على التفصيل السابق ، فإن لم يوجد من السيد ما يقتضيه لم يثبت ، وإن وُجِد ، فهل تحصل أُمِّية الولد في أُمِّ ذلك الولد بخروج القرعة ؟ وجهان : أصحهما عند الإمام : لا تحصل . والثاني : تحصل ، وبه قطع الأكثرون » . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤١٨) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤ / ٤٢٠) .

(٣) في (أ) : « الثاني » .

(٤) في (أ) : « لمجرد » .

(٥) في (أ) : « ولدته » .

(٦) في (أ) : « الأول » .

هذا إذا عينَّ قبل الموت ، فإن مات فوارثه أو القائفُ يقومون [١] مقامه . فإن عجزنا عنهم [٢] أُقْرِع بين الأولاد الثلاثة ، فإن خرج على الأصغر تعينَّ للعتق ، وإن خرج على الأوسط عَتق مع الأصغر ، إلا على تقدير الخروج على مسألة الردِّ [٣] .

قال المزني [٤] معترضًا على نص الشافعي - رضي اللّه عنه - : كيف يدخل الصغيرُ القرعة وهو حرٌّ بكل حال ؟ وما ذكره المزني خطأ ؛ لأنه يَدْ خُلُ في القرعة ؛ ليَخْرُجَ عليه ، فيقتصر العتقُ علي ، أو يخرج على غيره فَيعْتقُ هو مع غيره .

ثم قال الشافعي - رضي اللّه عنه - [٥] : لا تأثيرَ للقرعة في النسب ، والميراثُ مصروفٌ إلى الوارث المتيقَّنِ وِرَاثتُه .

قال المزني [٦] : وينبغي أن يُوقَفَ ميراثُ ابن ، وهو ظاهر القياس . ولكن الشافعي - رضي اللّه عنه - [٧] لم يَرَ الموقفَ بعد اليأس عن ظهور هذا النسب

* * *

---

(١) في (أ) : « يقومان » . وكلاهما صحيح على اعتبار أن الوارث قد يكون جماعة .

(٢) في (أ) : « عنه » .

(٣) في (أ) : « الراهن » .

(٤) انظر : مختصر المزني : (٣ / ٢٩ ، ٣٠) ، روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٠) .

(٥) انظر : مختصر المزني : (٣ / ٣٠) ، روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٠) .

(٦) انظر مختصر المزني : (٣ / ٢٩) ، روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٠) .

(٧) انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤١٩ ، ٤٢٠) .

القسم الثاني : أن يُقِرَّ بالنسب على مُوَرِّثه

ومن له ولايةُ استغراقِ الميراث ، فله إلحاقُ النسب بمورثه سواءٌ انفرد أو كانوا جميعًا .

وقال أبو حنيفة – رحمه الله – (١) : لو خلف ابنًا واحدًا ، فأقَرَّ (٢) بأخٍ آخرَ : لم يَثْبُتْ إلا إذا كانا ابنين .وهو ضعيف ، فإنه إذا لم تُعتبر صفاتُ الشهودِ ، بل قَبْلَ قبولِ الأقارير ، فلا معنى للعَدَد .

ثم قال الأصحاب : يُعتبر إقرارُ الزوج والمولى المعتِقِ إذا كان من جملة الورثة ، ولا مبالاةَ بإقرار التقريب المحجور (٣) بسببٍ من الأسباب ، وإن كان هو أقربَ إلى النسب ؛ لأنه مأخوذٌ من استحقاق الإرث . وفي الزوج والمولى المعتق وجه : أنه لا يُعتبر قولُهما .

والبنت الواحدةُ إذا أقَرَّتْ ، وأقرّ معها إمامُ المسلمين ، ففي ثبوت النسب بقول الإمام وجهان : / ١٠٣ /

أحدهما : نعم (٤) ، كالمولى المعتق .

والثاني : لا ؛ لأنه (٥ غيرُ مستحق ٥) وإنما المستحق وجهةُ الإسلام ، فلا يُتصوَّرُ صَدْرُ (٦) الإقرار منه (٧) .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز لمن له ولايةُ استغراقِ الميراث أن يُلْحِقَ النسبَ بمورثه كأن يُقِرَّ بأخٍ له من أبيه وأمه ، أو بعمٍّ له فيكون ملحقًا نسبَه بجده ، وذلك سواء انفرد أو كانوا جميعًا .

ومذهب الحنفية : أن من مات أبوه وأَقَرَّ بأخ له من أمه وأبيه ، لم يثبت نسبُ أخيه ويشاركه في الميراث ، ويثبت النسبُ إذا أقر أكثرُ من أخ بأخٍ آخرَ لهم .

انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٦١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١١١ ، ١١٢ ، ١١٣). الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٣٨) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٣٧) .

(٢) في (أ) : « وأقر » . (٣) في (أ) : « المحجوب » .

(٤) وهذا الوجه : هو الأصح ، كما في الروضة (٤ / ٤٢١) .

(٥) في (أ) : « ليس مستحقًّا » . (٦) في (أ) : « صدور » .

(٧) في (أ) : « منها » .

أما إذا خلف ابنين ، فأقرَّ أحدُهما وأنكر الآخرُ : فالنسب لا يثبت قطعًا ، ونصَّ الشافعي – رضي اللّه عنه – (١) على أن الميراثَ لا يثبت ؛ لأنه فرْعُ النسب ، وعليه إشكالاتٌ قرَّرناها في مسائل الخلاف ، ولأجْلِهِ خرَّج ابن سريج وجهًا ؛ أنه يرث ، وذكر صاحب التقريب طريقين (٢) :

أحدهما (٣) : أن الميراثَ يثبت باطنًا ، وهل يثبت ظاهرًا ؟ وجهان .

والثاني : أنه (٤) لا يثبت ظاهرًا ، وهل يثبت باطنًا ؟ وجهان .

التفريع :

إن قلنا : يثبت الميراثُ على المقِرِّ . فإذا كانت (٥) التَّرِكَةُ ستَّمائة ، فيأخذ المقَرُّ له من المقرِّ كم ؟ وجهان :

أحدهما : مائةً وخمسين ، وهو نصفُ ما في يده ؛ لأنه اعترف له بالمساواة في كل شيء .

والثاني : مائةً ، وهو ثلثُ ما في يده (٦) ؛ فإنه مظلومٌ بالمائة الأخرى من المنكر .

[و] (٧) قال صاحب التقريب : هذا إذا كان المقِرُّ مجْبرًا في القسمة ، فلو كان (٨) القسمةُ بالتراضي ، فقد تعدَّى بتسليم نصيبه إلى المكذب ، فَيَغْرَمُ له ، والقياس ما قاله .

فروع [سبعة] (٩) :

الأول : لو أقرَّ أحدُ الابنين بزوجية امرأةٍ لأبيه ، وأنكر الآخرُ ، فالظاهر : أنه لا يثبت الميراثُ كما في النسب وفيه وجه : أنه يثبت ؛ لأن المقصودَ بالإقرار ها هنا الإرثُ دون الزوجية .

(١) انظر : الأم : (٣ / ٢١٠) ، مختصر المزني : (٣ / ٢٧) ، روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٣) .

(٢) انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٣ ، ٤٢٤) .

(٣) في (أ) : « أحدهما » وكلاهما صحيح ؛ إذ الطريق تذكر وتؤنث .

(٤) قوله : « أنه » : ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « كان » .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤ / ٤٢٣) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « كانت » ، وكلا التعبيرين صحيح لغويًا .

(٩) زيادة من (أ) .

الثاني : أقرَّ أحدُ الابنين ، وأنكر الآخرُ ، ومات المُنْكِرُ ، نظر ؛ فإن [كان] (١) خَلَفَ ابْنًا وهو مُقِرٌّ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يثبت الميراثُ (٢) ؛ لأن الاستغراقَ (٣) لهم ، وقد توافقوا .

والثاني : لا ؛ لأنه فرعٌ ، فليس له تكذيبُ أصْلِه . وهو يلتفت على أن الوارثَ هل يلتحق (٤) بمن نفاه المورِّثُ باللعان ؟

وإن (٥) لم يخلفا (٦) إلا الأخَ المقِرَّ ، فوجهان مرتبان ، وأولى بالثبوت . ولو أنه مات قبل التكذيب فلا خلاف في أن الميراثَ يثبت بتوافق الباقين ؛ لأن التكذيبَ لم يَصْدُر منه بعد .

الثالث : خَلَفَ ابنَيْن صغيرًا وكبيرًا - فأقر الكبيرُ بأخٍ ثالثٍ ، وجهان (٧) : أحدهما : أنه (٨) لا يَثْبُتُ (٩) لا نسبٌ ولا ميراثٌ ؛ إذ الحقُّ لهما .

والثاني : نعم . يثبت ويُستدام بشرط أن لا يُنْكِرَ الصبيُّ إذا بلغ .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤ / ٤٢٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١١٥ ، ١١٦) .

(٣) في (أ) : « الاستقرار » .

(٤) في (أ) : « يلحق » .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « يخلف » .

(٧) قال في الروضة : « وارثان ، بالغٌ وصغير ، فالصحيح : أن البالغ لا ينفرد بالإقرار . وفي وجه : ينفرد ويُحْكَم بثبوت النسب في الحال . وعلى الصحيح : يُنْتَظَرُ بلوغُ الصغير . فإن بلغ ووافق البالغَ ثبت النسبُ حينئذٍ . فإن مات قبل البلوغ ، نُظِر ، إن لم يخلف سوى المقر ثبت النسبُ حينئذٍ . فإن لم يجدد إقرارًا – وإن خلف ورثة سواهم – اعْتُبر موافقتُهم ، ولو كان أحدهما مجنونًا فكالصبي » . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٢١ ، ٤٢٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١١٥) .

(٨) قوله : « أنه » : ليس في (أ) ، (ب) .

(٩) قوله : « لا » : ليس في (أ) ، (ب) .

الرابع : [إذا] (١) خلف ابنًا واحدًا ، فقال لمجهولٍ (٢) : أنت ابْنُ أبي ، فقال : وأنت لسْتَ ابنًا له وأنا ابْنٌ له ، فوجهان (٣) :

أحدها : أن المقِرَّ يُحْجَبُ ؛ لأن المجهولَ وارثٌ بقوله ، وهو منكِرٌ قولَه .

والثاني (٤) : أنهما يشتركان ، ولا يُبَالَى بتكذيبه .

(٥ وفيه وجه ثالث ٥) : أن المكذبَ لا يستحق شيئًا ؛ لأنه أخرجه عن أهلية الإقرار بتكذيبه .

الخامس : أقر لاثنين بالأخوة ، فتكاذبا بينهما ، فوجهان :

أحدهما (٦) : أنهم يشتركون ولا يُؤثِّر تكاذبهُما ؛ نظرًا إلى قول الأصل .

والثاني : أنهما لا يرثان ؛ إذ (٧) لم يتوافقْ على إرثِ كلِّ واحدٍ منهما (٨) الجميع .

السادس : إذا (٩) أقرَّ الأخُ بابْنٍ لأخيه . قال الأصحاب : يثبت النسبُ دون الميراث(١٠) ؛ إذ لو ثبت الميراثُ لحُرِمَ الأخُ [عن الميراث] (١١) ، وخرج عن أهلية

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) قوله : « لمجهول » : ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « فثلاثة أوجه » .

(٤) قال في الروضة : « أقر الابن المستغرقُ بأخٍ له مجهولٍ ، فأنكر المجهولُ نسبَ المعروف لم يتأثر بإنكاره نسبُ المشهور على الصحيح ، وفي وجه : يحتاج المقر إلى بينةٍ على نسبه ، وهو ضعيف ، ويثبت نسبُ المجهول على الأصح » . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٢ - ٢٦٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١١٦) . (٥) في (أ) : « والثالث » .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤ / ٤٢٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٦٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١١٦) .

(٧) في (أ) : « إذ » . (٨) قوله : « منهما » : ليس في (أ) .

(٩) قوله : (إذا) : ليس في (أ) .

(١٠) وهذا هو الأصح ، كما في الروضة : (٤ / ٤٢٣ ، ٤٢٤) .

(١١) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

الإقرار ، وصار دَوْرًا .

ومنهم من قال : يثبت النسبُ والميراثُ جميعًا . ومنهم من قال : لا يثبت النسبُ أيضًا مع الميراث .

السابع : إذا أقرَّ أحدُ الابنين بألف ، وأنكر الآخرُ ، والتركةُ ألفان . فيُؤْخَذُ من نصيب المقِرِّ خمسمائة ، أو ألفٌ ؟ فيه قولان :

أحدهما : ألفٌ ؛ مؤاخذةً له بموجب قوله ، في أنه لا يَنْفَكُّ جزءٌ من التركة بما [١] بقي من الدين شيءٌ . والثاني : يُكتفى بحصته ، والتوجيهُ مذكور في الخلاف .

---

(١) في (أ) : « ما » .

كتاب العَارِيَّة

والنظر في

(1) أركانها وأحكامها (1) وفصل الخصومة فيها .

فأما (2) الأركان فأربعة :

---

(1) في (أ) : « أحكامها وأركانها » .

(2) في (أ) : « أما » .

الأول : المعِير

ولا يُعتبر فيه إلا كونُه مالكًا للمنفعة ، غيرَ محجورٍ عليه في التبرع ؛ فإن العاريةَ تبرعٌ بالمنافع ، فيصح (١ من المستأجر ١) .

وللمستعير أن يستوفي المنافعَ بوكيله لنفسه ، وهل له أن يُعِيرَ ؟ فيه وجهان : أظهرهما : المنع (٢) ؛ لأن الإذنَ مخصوصٌ به ، فهو كالضَّيْف .

الثاني : المستعير

ولا يُعتبر فيه إلا أن يكون أهلًا للتبرع عليه

الثالث : المعار

ويعتبر فيه شرطان :

أحدهما : أن يكون (٣) منتفعًا به مع بقائه ، فلا معنى لإعارة الأطعمة . وفي (٤)

---

(١) في (أ) : « للمستأجر » .

(٢) ذكر في الروضة أن الصحيح المنع . انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٢٠) .

(٣) في (ب) : « أهلًا للتبرع » .

(٤) قال الحموي : « قوله في باب العارية : (وفي إعارة الدراهم والدنانير وإجارتها لمنفعة التزيين ، ثلاثة أوجه : أحدها : نعم ؛ لأن غرضَ التزيين من المقاصد . والثاني : لا ؛ لأنه غرضٌ بعيد ، والثالث : تصح الإعارة ؛ لأنها مبرةٌ ولا تصح الإجارةُ ؛ لأنها معاوضة ، فيستدعي منفعة متقومة ، وإن أبطلها ففي طريقة العراق : أنها مضمونة ؛ لأنها إعارةٌ فاسدة ، وفي طريقة المراوزة : أنها غير قابلة للإعارة فهي باطلة .

قال المصنف : ما ذكره الشيخ يقتضي الفرقَ عندنا بين الفاسدة والباطلة وأنه ليس كذلك عند أبي حنيفة ، فإذا كان كذلك كان ما ذكره غير مستحسن ، فإنه ترَكَ اصطلاحَ مذهبه وعَدَل إلى اصطلاح مذهبِ الغير ، واستعمل في الإعارة المضمونة : كونها فاسدةً ، واستعمل غير ما هو قابلٌ للإعارة : كونها باطلةً ، فدل على أنه قصد بذلك الفرق .

قلت : عنه جوابان : أحدهما : أن الشيخَ لم يخالف اصطلاحَ مذهبه ، وإنما وقع استعمالُ لفظة الفاسد في الأول والباطل في الثاني على سبيل الاتفاق لا على قصد ترتيب اللفظة على المخصوص به . =

إعارة الدراهمِ والدنانير وإجارتهما لمنفعةِ [1] التزيين [2] ، ثلاثة أوجه [3] :

أحدها : نعم ؛ لأن غرضَ التزيين [4] من المقاصد .

والثاني : لا ؛ لأنه غرضٌ بعيدٌ .

والثالث : يصح [5] الإعارةُ ، لأنه [6] مَبَرَّةٌ ، ولا يصح [7] الإجارةُ لأنه معاوضةٌ فيستدعي منفعةً متقومة .

فإن أبطلناها ، ففي طريقة العراق : أنها مضمونةٌ [8] ؛ لأنها إعارةٌ فاسدة . وفي طريق المراوزة : أنها غيرُ مضمونة ؛ لأنها غيرُ قابلةٍ للإعارة فهي باطلةٌ .

الشرط الثاني : أن يكون الانتفاعُ مستباحًا ، فلا يجوز إعارةُ الجواري للاستمتاع ، ولا للاستخدام إذا كان المستعيرُ غيرَ مَحْرَمٍ ، وكانت الجاريةُ في محلِّ الشهوة . فإن جرى ،

= والثاني : أنه إنما فعل ذلك لمّا كان بين الوجهين مغايرةٌ في المذهب أحبَّ أن يكون اللفظُ مغايرًا ؛ ليكون دالًّا على اختلاف المعنى ، وخصَّ الأولَ بالفاسد ، لأنه في معنى الصحيح ، ولذلك كانت مضمونة ، ولكن لمّا لم يكن في اصطلاح مذهبه ما يطابق به هذا الاختلاف عدل إلى اصطلاح أبي حنيفة واستعاره ؛ ليكون مطابقًا لذلك المعنى المطلوب ، وبه خرج الجواب .

(١) في (أ) : « لغرض » . (٢) في (أ) : « التزيُّن » .

(٣) قال في الروضة : « الركن الثالث : المستعار ، وله شرطان ، أحدهما : كونه منتفعًا به مع بقاءِ عينه ، كالعبد ، والثوب ، والدابة ، والدار ، فلا يجوز إعارةُ الطعام قطعًا ، ولا الدراهم والدنانير على الأصح .

قال الإمام : ويجرى الوجهان في إعارة الحنطة والشعير ونحوهما . ثم السابق إلى الفهم من كلام الأصحاب : أن الخلاف فيما إذا أطلق إعارة الدراهم ، فأما إذا صرح بالإعارةِ للتزيين فينبغي أن يُقْطَع بالصحة ، وبه قطع المتولى ؛ لأنه اتخذ هذه المنفعةَ مقصودًا وإن ضعف » . انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٦ ، ٤٢٧) .

(٤) في (أ) : « التزين » . (٥) في (أ) : « تصح » .

(٦) في (أ) : « فإنه » . (٧) في (أ) : « ولا تصح » .

(٨) وهذا هو الصحيح ، كما في الروضة : (٤ / ٤٢٧) .

فهو صحيحٌ ولكنه محظورٌ .

وكذا تُكْرَهُ استعارةُ أحدِ الأبوين للخدمة ، وكذا إعارةُ العبدِ المسلم من الكافر ، وتحرم إعارةُ الصيد من المحرِم .

الرابع : (١ صيغة الإعارة ١)

(٢ ولابد فيه ٢) من الإيجاب ، وهو قوله : أعَرْتُ . أو خُذْ ، أو ما يُفِيد معناه . ويكفي / القبولُ بالفعل ولا يُشترط اللفظُ كاستباحة الضِّيفان فلو قال : أعرْتُك حماري ١٠٣/ب لِتُعيرني فَرَسَك ، فهو إجارةٌ فاسدةٌ غيرُ مضمونة . ولو قال : اغْسِلْ هذا الثوبَ ، فهو استعارةٌ لبدنه لأجل العمل ، فإن كان الغاسلُ ممن يعمل بالأجرة ، فالظاهرُ : أنه يستحق الأجرةَ كما يستحق الحمَّامي والحلاق . والتعويلُ فيه على القرائن . ولهذا ذكر القاضي في المعاطاة في البيع وجهين لأجل القرائن .

أما أحكامها فثلاثة :

الأول : الضمان

قال رسول الله ﷺ : « العارية مضمونةٌ مؤدَّاةٌ (٣) » ، وقال أبو حنيفة ....

---

(١) في (أ) : « الصيغة » .

(٢) في (أ) : فلابد منها »

(٣) أخرجه أبو داود : (٣ / ٢٩٤) كتاب البيوع باب في تضمين العارية (٣٥٦٢، ٣٥٦٥ ، ٣٥٦٦) كلهم في هذا المعنى . والترمذي : (٣ / ٥٦٥ ، ٥٦٦) (١٢) كتاب البيوع (٣٩) باب ما جاء في أن العارية مؤداة (١٢٦٥ ، ١٢٦٦) ، وابن ماجه : (٢ / ٨٠١ ، ٨٠٢) (١٥) كتاب الصدقات (٥) باب العارية (٢٣٩٨ ، ٢٣٩٩) ، وأحمد في مسنده : (٣ / ٤٠١) ، والحاكم في المستدرك : (٢ / ٤٧) ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٨ / ٢٩٩) حديث رقم : (١١٩٦٦ ، ١١٩٦٧ ، ١١٩٦٨) . وراجع : التلخيص الحبير ، (٣ / ٤٧ - ٥٢) حديث رقم : (١٢٥١ ، ١٢٦٦) .

- رحمه اللّه - [1] : إنها غيرُ مضمونة . ولا خلافَ أنها مضمونةُ الردِّ على المستعير .

ثم في كيفية الضمان ثلاثة أقوال [2] :

أحدها : [أنه] [3] يضمن بأقصى قيمتِهِ من يوم القَبْض إلى يوم التَّلَفِ كضمان المغصوب ، وعلى هذا يحدث [4] وكذا المستعارُ في يده مضمونًا [4] .

والثاني : أنهُ يُعتبر قيمتُه يوم القبض .

والثالث - هو الأصح - : أنه يُعتبر [قيمته] [5] يوم التلف ؛ إذ في اعتبار يوم القبض ما يُوجِبُ ضمانَ الأجزاء المستحقَة بالاستعمال ، وضمانها غيرُ واجبٍ ؛ لأنها تَلِفَتْ بالإذن ، وفيه وجه بعيد .

والمستعيرُ من المستأجِرِ ، هل يَضْمَنُ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا [6] ؛ لابتناء يده على يدٍ غير مضمونة .

والثاني : نعم ؛ نظرًا إليه في نفسه .

والمستعيرُ من الغاصب يستقر عليه الضمانُ إذا تَلِفَ العينُ في يده . ولو طولب

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن العاريةَ مضمونةٌ ، فإذا تلف العينُ المعارةُ في يد المستعير ، ضمنها ، سواء تلف بآفة سماوية أم بفعله ، بتقصير منه أم لا .

مذهب الحنفية : أن العارية أمانةٌ فلا ضمانَ فيها إن هلكت إلا أن يتعدَّى المستعيرُ ، فيضمن قيمتها ساعة التعدِّي . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٣١) مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٧) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٢٦) . مختصر الطحاوي : (١١٦) اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٥٢) .

(٢) ذكر في الروضة أنها أوجه . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٣١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٤٢) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « ولذا المستعارة مضمونًا في يده » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤ / ٤٣٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٢٨) .

بالأجرة ولم يكن استوفى المنفعةَ بل تلفت تحت يده يَرْجِعُ به (١) على المعير ؛ لأن يده في المنفعة ليس يدَ ضمانٍ . وإن (٢) كان استوفاه (٣) ففي الرجوع قولان :

أحدهما : نعم ؛ للغرور ، فإنه لم يَرْضَ بضمان المنافع .

والثاني : لا (٤) ؛ تغليبًا للإتلاف على الغرور .

وحَدُّ (٥) المستعيرِ : كلُّ طالبِ أخْذَ المالِ لغرضِ نفسِه من غير استحقاق . فعلى هذا لو جَمَحَتْ دابةٌ فأركبها رايِضًا ليُرَوِّضَها لهُ ، وأرسل وكيلًا في شغلٍ له وأركبه دابتهَ فتَلِفَت : لا ضمان [له] (٦) ؛ لأنه (٧ ليس آخذًا ٧) لغرض نفسه . ولو وجد من أعيا في الطريق فأركبه بطريق القُربةِ ، ففيه نظرٌ من حيث إن الراكبَ منتفعٌ ، ولكن الأظهر (٨) : أن لا ضمانَ لأن (٩) المالكَ هو المطالبُ (١٠) لركوبه ؛ ليقترب به (١١) إلى اللّٰه تبارك وتعالى .

---

(١) في (أ) : « بها » . (٢) في (أ) : « ولو » .

(٣) في (أ) « استوفاها » . (٤) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (٤ / ٤٣٣) .

(٥) قال الحموى : « قوله : (وحدُّ المستعير : كل طالب أخذ المال لغرض نفسه من غير استحقاق) .

قال المصنف : أورد بعض العلماء على هذا الحد ، وقال : هذا الحد ليس بصحيح فإنه يدخل في هذا الحد المرتهنُ والعاملُ في القراض ؛ فإنهما قبضا العين بمنفعتها من غير استحقاق .

قلت : حقيقة المنفعة أن ينتفع بها في حالة أخذه ، وذلك موجود في المستعير بخلافهما ؛ فإن انتفاعهما بالمال غيرُ ممكن في الحال وإنما يُؤَوَّل إليه على تقدير ، وأما قوله : (من غير استحقاق) فمعناه : لا يستحق المعيرُ على المستعير شيئًا بالاستعمال بخلافهما .

(٦) زيادة من (أ) . (٧) في (أ) : « لم يأخذ » .

(٨) قال في الروضة : « لو وجد من أعيا في الطريق فأركبه فتلفت الدابةُ ، فالمذهب : أنه يضمن ، سواء التمس الراكبُ أو ابتدأه المركب ، ومال الإمامُ إلى أنه لا يضمن وجعل الغزالي هذا وجهًا ، وزعم أنه الأصح ، والمعروف الأول ، وهو الصواب » . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٣٣) .

(٩) في (أ) « فإن » . (١٠) في (أ) : « الطالب » .

(١١) قوله : « به » : ليس في (أ) .

ولو أركب المالكُ مع نفسه رَدِيفًا ، فتلفت الدابة تحتهما ؟ قال الأصحاب [١] : على الرديف نصفُ الضمان . الأَوْلَى : أن لا يجب ؛ لأن الدابةَ في الملك ما دام هو راكبًا ، والرديفُ [٢] ضيفٌ كالضيف الداخل في الدار .

ولو أودعه ثوبًا وقال : إن شئت فالبسه عند الحاجة ، فهو قَبْلَ اللبس وديعةٌ وبعده عاريةٌ مضمونةٌ .

الحكم الثاني : التَّسلُّط على الانتفاع

وهو بقدر التسليط ؛ لأنه [٣] منتفعٌ بالإذن ، فإن تعين جهة المنفعة فلا كلام .

وإن تعدَّدَتْ ، كما إذا أعار أرضًا ، فإن عيَّن زراعةَ الحنطة - مثلًا [٤] - فله أن يَزْرَعَ ما ضَرُره مثْلُ ضررِ [٥] الحنطة ودونه [٦] ، ولا يزرع ما ضررُه فوقه . وإن أطلق فالظاهر [٧] : فسادُه ؛ إذ يتردَّدُ بين الغِراسِ والبناء والزراعةِ فهو غَرَرٌ ظاهر . وفيه وجه : أنه يصح ، ويتسلط على الكُلِّ ، ولو قال : انتفِعْ كيف شِئْتَ ، فوجهان [٨] من حيث إنه

---

(١) قال في الروضة : « ولو أركبه مع نفسه ، فعلى الرديف نصفُ الضمان ، ورأى الإمامُ أنه لا شيءَ عليه ، تشبيهًا بالضيف » . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٣٣) .

(٢) في (أ) : « فالرديف » .

(٣) في (أ) : « فإنه » .

(٤) كلمة : (مثلًا) : ليست في (أ) .

(٥) كلمة : (ضرر) : ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « أو دونه » .

(٧) قال في الروضة : « وإن كان ينتفع به بجهتين فصاعدًا ، كالأرض تصلح للزراعة والبناء والغراس ، وكالدابة للركوب والحمل ، فهل تصح الإعارة مطلقًا ، أم يُشترط بيانُ جهة الانتفاع ؟ وجهان . أصحهما عند الإمام ، والغزالي : الثاني ، وقطع الروياني والبغوي بالأول . قلت : صحّح الرافعي في « المحرر » الثاني . والله أعلم » . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٣٥ ، ٤٣٦) .

(٨) أصحهما : الصحة كما في مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٣٠) .

فَوَّضَ إلى مشيئته . ولو عيَّنَ الزراعةَ ، فالظاهر : الجواز (١) ، وإن لم يعين المزروع ؛ لأن الأمْرَ فيه قريبٌ . ولو عيَّنَ الغراسَ : فله أن يبني .

وكذلك بالعكس ؛ لتساويهما ، وقيل : لا ؛ لأن ضررَ الغراس في باطن الأرض ، وضررَ البناء (٢ في ظاهر الأرض ٢) ، فهما مختلفان في الجنس .

الحكم الثالث : الجواز

وللمعير الرجوعُ مهما شاء ، إلا إذا أعار لدَفْنِ ميتٍ ، فيمتنع نَبْشُ القبر سواءٌ كان الميت جديدًا أو عتيقًا ، إلى أن يندرس أثرُ المدفون ، فعند ذلك يفعل ما يريد .

وقبل الاندراس ، لو كان له فيه أشجارٌ فله السَّقْيُ بشرط أن لا يظهر الميت . وكذلك لو أعار جدارًا ليضع الجارُ عليهِ جذْعَه ، فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئًا ؛ إذ لا أجرةَ له حتى يُطالبَ به .

وفي هدمه بأرش النقض تصرفٌ في خاص ملكِ الجار في الجانب الثاني من الجِذْع .

فأما إذا أعار أرضًا للبناء والغراس مطلقًا ، فله الرجوعُ ، وليس له نقضُ ملكِ المستعير مجانًا ؛ لأنه محترمٌ وَضَعَه من غير عُدْوانٍ ، ولكن يتخيَّرُ المالكُ بين الثلاث خصال : بين أن يَبْقَى بأجرة ، أو يتملك البناءَ بقيمته (٣) أو يَنْقُضَ وَيَبْذُل أرْشَه ، والخيرةُ في التعيين للمالك ترجيحًا لجانبه ، فإنه معيرٌ . ولا حَقَّ للمستعير إلا أن لا يُضِيعَ ماليته .

ثم إذا رجع والبناءُ بعدُ لم يُرْفَعْ : جاز للمالك الدخولُ ولا يتصرف في البناء ، ولا

---

(١) قال في الروضة : « الثانية : إذا أعار للزراعة لم يكن له البناءُ ولا الغراسُ ، وإن أعار لأحدهما فله الزراعةُ ، وليس له الآخرُ على الأصح . قلت : حكى صاحبُ « المهذب » وغيره وجهًا : أنه لا يجوز الزرعُ إذا استعار للبناء ؛ لأن الزرع يُرْخِي الأرض ، بخلاف البناء . والصحيح : الجواز . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤٣٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٣٠) .

(٢) في (أ) : « في الظاهر » .

(٣) في (أ) : « بالقيمة » .

يجوز للمستعير الدخولُ وتنزهًا [(١)] .

وهل يجوزُ مَرَمَّةُ [(٢)] الجدران [(٣)] ؟ فيه خلاف ، ووجه الجواز : أن حقَّه مضمونٌ عن التلف ، وفي المنع من [(٤)] العمارة تضييعٌ . ويجوز للمعير بيعُ الأرض وعليها [(٥)] بناءُ المستعير قبل التملك .

وهل يجوز للمستعير بيعُ البناء ؟ فيه وجهان [(٦)] :

وجه المنع : أنه معرَّضٌ للهَدْم إن أراد المعيُر ، هذا إذا كانت الإعارةُ مطلقةً أو مقيدةً بالتأبيد .

فلو قال : أعرْتُ سنةً ، فإذا مضت قَلَعْتُ البناءَ مجانًا ، فله ذلك ؛ اتباعًا للشرط ، ولو اقتصر على قوله أعرت سنةً ، لم يَجُز له النقضُ بعده مجانًا ، فكان يَحتمل أن يُحْمَلَ على طلب الأجرة بعده ، كما يحتمل الهدمَ والأصلُ حُرْمةُ مِلكه .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : فائدة التأقيت جوازُ القَلْع مجانًا . أما إذا أعارَ للزراعة ورَجَعَ قبل الإدراك [(٧)] ، فالمذهب [(٨)] : أنه يجب [(٩)] إبقاؤه إلى الإدراك [٩)] ، [(١٠)] وليس له قَلْعُ الزرع [١٠)] ، ولكن له أخْذُ الأجرة ؛ لأن هذا أقربُ الطرق ، بخلاف الغراس في الإجارة / ١٠٤ / أ

---

(١) في (أ) : « تنزهًا » بدون الواو .

(٢) في (أ) : « لمرمة » .

(٣) الأصح : أنه يجوز ، كما في الروضة : (٤ / ٤٣٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٤٠) .

(٤) في (أ) : « عن » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « عليه » ، والمثبت من (أ) .

(٦) أصح هذين الوجهين الجواز ، كما في الروضة : (٤ / ٤٣٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٤٠) .

(٧) في (أ) : « الإذن » .

(٨) انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٤٠ ، ٤٤١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٤١) .

(٩) هذه العبارة موجودة بهامش الأصل ، ولكنها مطموسة ، فنقلتها من (أ) .

(١٠) ما بين القوسين ليس في (أ) ، وهو في نسخة أخرى كذا على هامش الأصل .

المؤقتة ، فإنه وإن صَبَرَ بقيةَ المدة افتقر إلى القلع [بعدها] (١) .

وفيه وجه للعراقيين : أنه لا يستحق الأجرة إلى الإدراك ، ووجه لصاحب التقريب : أنه يَقْلَعُ الزرعَ كالغراس ، أو لا يقلع الغراسَ كالزرع . وهو من (٢) تخريجه وتصرُّفه .

فرعان (٣) :

أحدهما : لو بادر المستعيرُ وقَلَع الغراسَ ، هل يلزمه تسويةُ الحُفَر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم (٤) ؛ ليَرُدَّ ما أَخَذَ كما أَخَذَ (٥) .

والثاني : لا ؛ لأن (٦) المأذونَ في الغرس مأذونٌ في القلع ، وقد حصل من المأذون فيه ، فصار كما لو تَلِفَتِ الدابةُ المستعارةُ أو تعبت (٧) بالركوب .

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) قوله : « من » : ليس في (أ) .

(٣) قال الحموي : « قوله فيه أيضًا : (فرعان : أحدهما : لو بادر المستعيرُ وقلع ، فهل يلزمه تسويةُ الحفر ، فيه وجهان : أحدهما : نعم ، ليرد ما أخذ كما أخذ . والثاني ، لا ؛ فإن المأذون له في الغراس مأذونٌ له في القلع وقد حصل المأذون ، فصار كما لو تلفت الدابةُ المستعارة للركوب) .

قال المضنف : جعل الشيخُ الدابةَ المستعارة أنه لا يضمنها إذا تلفت ، وقد ذكر أولًا أن العارية مضمونةٌ على إطلاقها ، لقوله ﷺ : « العارية مضمونة » وإذا كان كذلك فقد ذكر بعضُ العلماء أنها إن تلفت بآفةٍ سماوية كانت مضمونةً ، وإن تلفت بالاستعمال من غير تفريط لم يضمن ، غير أن الشيخ لم ينقل ، وإذا كان كذلك كان ما ذكره مخالفًا لما اختاره أولًا من قوله : العارية مضمونة .

قلت : أمكن أن يجاب عنه بأن يقال : ما ذكره الشيخ أولًا هو المختارُ عنده وعند معظم الأصحاب ، ثم ما ذكره ثانيًا هو حكايةُ مذهبِ ذلك القائل الذي قال : لا يلزمه تسويةُ الحفر ، وذلك محمول على ما إذا كانت دابةٌ قد تلفت في الجهة المأذون فيها ، ولعله هو الصحيح عند ذلك .

(٤) وهذا الوجه هذا الأصح ، كما في الروضة : (٤ / ٤٣٨) .

(٥) في (أ) : « لزمه » .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) في (أ) : « غابت » ، وفي نسخة أخرى : « غانت » ، كذا على هامش الأصل .

الثاني : إذا حمل السيلُ ونواةً لإنسانٍ إلى ملك غيره ، فأنبتت شجرةً ، فهل لمالك الأرض قَلْعُها مجانًا ؟ فيه وجهان ؛ لتعارض الحرمة في [1] الجانبين ، والأولى [2] : ترجيحُ مالكِ الأرض وتسليطُه على القلع .

* * *

---

(١) في (أ) : « من » .

(٢) قال في الروضة : « إذا حمل السيل حباتٍ أو نوًى إلى أرضه ، لزمه ردُّها إلى مالكها إن عَرَفه ، وإلا فيدفعها إلى القاضي . ولو نبتت في أرضه ، فوجهان :

أحدهما : لا يجبر مالكها على قلعها ؛ لأنه غيرُ متعدٍّ . فعلى هذا هو مستعير ، فننظر في النابت أهو شجرٌ أم زرع ؟ ويكون الحكمُ على ما سبق .

وأصحهما : يجبر ؛ لأن المالك لم يأذن ، فهو كما لو انتشرت أغصانُ شجرة في هواءِ دارِ غيره ، فله قطعُها » . انظر الروضة : (٤ / ٤٤١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٤١) .

[و] (١) أما فصل الخصومة

فلها ثلاث صور :

الأولى : إذا قال راكبُ الدابة لمالكها : أعَرتِنيها ، فقال المالك : بل أجَّرْتُكها ، قال الشافعي - رضي الله عنه - (٢) : القولُ قول الراكب . ولو قال ذلك زارعُ الأرض لمالكها ؟ قال : القولُ قول المالك ، نصَّ عليه في المزارعة (٣) ، فاختلف (٤) الأصحابُ على طريقين (٥) ، أحدهما : قولان لتقابل الأصلين ، إذ يُمْكِنُ أن يقال : الأصلُ وجوبُ الضمان في المنفعة وعدمُ ما يسقطها ، أو (٦) الأصلُ (٧) عند طريان (٧) الإذن عدمُ (٨) الضمان .

ومنهم من قَرَّر التعيينَ وفَرّقَ بأن العاريةَ في الدواب ليس ببعيد وفي الأرض بعيدٌ ، وهذا الترجيح في مَظِنَّة تعارضِ الأصلين لا بأس به .

[التفريع] (٩) الأول :

إن قلنا : القولُ (١٠) قولُ المالك ، فيحلف على نفي الإعارة ولا يتعرض لإثبات الإجارة والمسمى ؛ فإنه مُدَّعٍ (١١) فيهما . ثم إذا حلف : أخذ أقلَّ الأمرين من المسمى أو أجرة المثل .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) انظر : الأم : (٣ / ٢١٨) ، مختصر المزني : (٣ / ٣٣) ، روضة الطالبين : (٤ / ٤٤٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٣، ٢٧٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٤٢) .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤٤٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٣ ، ٢٧٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٤٢) .

(٤) في (أ) : « واختلف » .

(٥) قال في الروضة : « وللأصحاب طريقتان : أحدهما : تقرير النصَّيْن ، واختاره القفال ؛ لأن الدوابَّ تكثر فيها الإعارةُ ، بخلاف الأرض . وأصحهما عند الجمهور ، وبه قال المزني ، والربيع ، وابن سريج : فيهما قولان ، أظهرهما : القولُ قولُ المالك » . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٤٢) .

(٦) في (أ) : « و » .

(٧) في (أ) : « عدم جريان » .

(٨) في (أ) : « الإذن في عدم » .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) كلمة : « القول » : ليست في (أ) .

(١١) في (أ) : « مدعي » وهو خطأ .

وقال القاضي والعراقيون [١] : إنه يتعرَّض للإجارة فيحلف أنه ما أعار [٢] ولكنه أجَّرَ ؛ لينتظم الكلامُ لا ليُثْبِتَ الإجارة . وذكر العراقيون قولًا آخر : أن فائدته إثباتُ المسمي ؛ إظهارًا لفائدته وهو بعيد .

أما إذا نَكَل المالكُ ، قال العراقيون : لا يُرَدُّ على الراكب ؛ لأنه لا يدعي لنفسه حقًّا فينبني عليه القضاءُ بالنكول . قال القاضي : تُرَدُّ ، وفائدتهُ دَفْعُ الغريم [٣] ، وهو أقربُ من القضاء بالنكول .

فإنْ قيل : فلو تنازعا قبل مُضِيِّ مدةٍ تتقوَّمُ المنفعةُ [فيها] [٤] ؟ قلنا : القولُ قولُ الراكب في نفي ما يُدَّعَى عليه من الإجارة للمستقبل .

[الصورة] [٥] الثانية : أن يقول المالك : بل غَصَبْتَنِيها :

قال المزني [٦] : القولُ قول الراكب [٧] ؛ إذ الأصلُ عدمُ (٨ الغَصْبِ ؛ إحسانًا للظن بالناس . ثم خالفه أكثر الأصحاب وقالوا : الأصلُ عدمُ ٨) الإذن وبقاءُ حقِّ المالك في المنفعة .

وقيل : (٩ المذهبان قولان ٩) للشافعي ، والأَوْلَى : القولُ المخالفُ للمزني .

(١) انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤٤٢ ، ٤٤٣) .

(٢) في (أ) : « أثاره » .

(٣) في (أ) : « الغرم » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) انظر الأم : (٣ / ٢١٨) ، مختصر المزني : (٣ / ٣٣ ، ٣٤) ، روضة الطالبين : (٤ / ٤٤٣ ، ٤٤٤) .

(٧) في (أ) : « المالك » .

(٨) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « المذهب القولان .

الثالثة :

أن يقول الراكب : أكرَيْتَنِيها ، وغرضُه إسقاطُ الضمان عند التلف واستحقاقُ الإمساك ، فقال المالك : أَعَرْتُكها . فالقول قول المالك ، فإنه يَدَّعِي عليه إجارةً والأصلُ[1] عدمُها . ثم يستفيد بالحَلِفِ استحقاقَ القيمة عند التلف ، وجوازَ الرجوع عند القيام .

* * *

(١) في (أ) : « الأصل » . بدون الواو .

كتاب الغَصْب

الغصب عدوانٌ [محض] (١) ؛ لقوله ﷺ : « مَنْ غَصَبَ شِبْرًا من أرضٍ طوَّقه اللّهُ (٢) من سَبْعِ أَرَضِين يوم القيامة » (٣) .

وهو سببٌ للضمان ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « على اليدِ ما أخذت حتى تَرُدَّ » (٤) .

والنظر في الكتاب يحصره بابان :

(١) زيادة من (أ) . (٢) قوله : « اللّه » : ليس في (ب) .

(٣) أخرجه البخاري بلفظ : « من ظلم قيد شبرمن الأرض طوقه من سبع أرضين » (٥ / ١٢٤) (٤٦) كتاب المظالم (١٣) باب إثم من ظلم شيئًا من الأرض (٢٤٥٣) ، وطرفه : (٣١٩٥) ، ومسلم : (٣ / ١٢٣٠ - ١٢٣٢) (٢٢) كتاب المساقاة (٣٠) باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها (١٦١٠ ، ١٦١٢) ، والترمذي : (٤ / ٢٠ ، ٢١) (١٤) كتاب الديات (٢٢) باب ما جاء فيمن قُتِل دون ماله وهو شهيد (١٤١٨) ، وأحمد في مسنده : (١ / ١٨٧ - ١٩٠) ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٨/ ٣٠٤) حديث رقم : (١١٩٧٣، ١١٩٧٤) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٥٣) حديث رقم (١٢٦٩) .

(٤) أخرجه أبو داود : (٣ / ٢٩٤) كتاب البيوع باب في تضمين العارية (٣٥٦١) . ولفظه : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » . والترمذي : (٣ / ٥٦٦) (١٢) كتاب البيوع (٣٩) باب ما جاء في أن العارية مؤداة (١٢٦٦) وقال : حديث حسن صحيح ، وابن ماجه : (٢ / ٨٠٢) (١٥) كتاب الصدقات (٥) باب العارية (٢٤٠٠) بلفظ : «حتى تؤديه » . والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٨ / ٣٠٠) حديث رقم : (١١٩٦٨) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٥٣) حديث رقم : (١٢٦٧) .

الباب الأول : في الضمان

والنظر في ثلاثة أركان : الموجب ، والموجب فيه ، والواجب .

الركن الأول : الموجب للضمان

وهو ثلاثة : التفويت بالمباشرة ، أو التسبب ، أو إثبات اليد لغرضِ نفسه من غير استحقاق .

[أما] (١) الأول : [فهو] (٢) المباشرة : وحَدُّه إيجادُ علةِ التَّلَف ، كالقتل والأكل والإحراق .

ونعني بالعلة : ما يقال من حيث العادةُ : إن الهلاكَ حَصَل بها ، كما يقال حصل بالقتل والأكل والإحراق .

أما التسبب : فهو إيجادُ ما يَحْصُلُ الهلاكُ عهده (٣) ، ولكن بعِلَّةٍ أخرى إذا كان السببُ مما يُقْصَدُ لتوقُّعِ تلك العلة .

فيجب الضمانُ على المكرَهِ على إتلاف المال . والإكراهُ سببٌ . وعلى مَنْ حفر بئرًا في محلٍّ عدوانٍ إذا تردَّى فيه بهيمةٌ أو عبدٌ أو إنسانٌ (٤) ، فإن رَدَى (٥) فيه (٦) غيرُه فيه (٧) : فالضمان على المرْدِي ، تقديمًا للمباشرة على التسبب كما (٨ في الممسك مع القابل ٨) في الحر .

أما في العبد ، فيطالب الممسك أيضًا ؛ لأنه بالإمساك غاصبٌ .

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « عنده » ، وفي نسخة أخرى كذا على هامش الأصل .

(٤) في (أ) : « أو عبد لإنسان » . (٥) في (أ) : « رداه » .

(٦) قوله : « فيه » : ليس في (أ) . (٧) قوله : « فيه » ليس في (أ) .

(٨) في (أ) : « في الضمان مع المباشر » .

والمكره وإن كان مباشرًا ، فمباشرتُه ضعيفةٌ أنتجها الإكراهُ ، فلم يقدم عليه . أما إذا رفع حافظَ الشيء حتى ضاع لعَدَمِ الحافظِ بسبب آخر لا يُقْصَدُ برفع الحافظ : فلا ضمان عليه ، كما إذا فتح رأس الزِّقِّ فاتفق هبوب ريح بعده فسقط وضاع فلا ضمان ؛ لأنه لا يَقْصِدُ بفتح رأس [١] الزقِّ هبوبَ الريح والضياعَ به ؛ كما لو بنى دارًا فطيَّرت الريُح ثوبًا وألقاه في داره فضاع : لا يضمن .

وكذلك [٢] لو حَبَسَ المالكَ عن الماشية ، فعاث الذئبُ فيها [٣] ، وكذلك لو حمل صبيًّا إلى مَضْيَعَةٍ فاتفق ثَمَّ [٤] سبعٌ فافترسه : فلا ضمان في الكل ؛ إذ لا مباشرةَ ، ولا يدَ ولا تسبُّبَ [٥] ؛ إذ حَدُّ السبب [٦] ما ذكرناه [٧] .

نعم لو حمل الصبيَّ إلى مَسْبَعَةٍ ، أو فتح رأس / الزِّقِّ ، فشَرَقَت الشمسُ وذاب [٨] ، فيه [٩] ١٠٤ / ب وجهان ، لعل الأظهر [١٠] : وجوبُ الضمان ، فإنه يَقْصِدُ به ذلك ، كما أنا نقول : إذا غصبت الأمهات فنتجت الأولاد : حدثت من [١١] ضمانه ؛ لأنه يُتوقَّعُ من إثبات اليد على الأمهات ثبوتُ اليد على الأولاد ، وكذلك لو غصب رَمَكَةً فأتبعها المُهْرُ : ففي دخوله في ضمانه تردد .

---

(١) كلمة : « رأس » : ليست في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « ولذلك » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « فيه » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « ثمة » .

(٥) في (أ) : « سبب » .

(٦) في (أ) : « التسبب » .

(٧) في (أ) : « ذكرنا » .

(٨) في (أ) : « فذاب » .

(٩) في (أ) : « ففيه » .

(١٠) ذكر النووي أن الأصح : وجوب الضمان إذا فتح رأسَ الزق وذاب ما فيه من شروق الشمس .

وقال في حمل الصبي إلى مسبعة : « ولو نقله إلى مسبعة فافترسه سبعٌ ، فلا ضمانَ أيضًا ، هذا هو المذهب ، والمعروف في كتب الأصحاب ، وذكر الغزالي فيه وجهين ، وليس بمعروف » .

انظر : الروضة : (٥ / ٥ ، ٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٥٣) .

(١١) في (أ) : « في » .

وأما [١] رفع القيد عن الحيوان سبب يقصد لإفلات الحيوان ، ولكن ينظر : فإن كان المقيَّدُ حيوانًا عاقلًا ، كالعبد ، فإذا أبَقَ : لا [٢] ضمان ؛ لأنه مختارٌ ، فينقطع التسببُ [٣] به وهو كما لو هَدَمَ الحِرْزَ فسُرِقَ المالُ : لا يضمن المالَ ، ولو دلَّ السُّرَّاقَ : لم يضمن .

فأما الحيوان الذي ليس بعاقل ، كالطير والبهيمة ، فإذا فتح بابَ القفص ، وحَلَّ رباط البهيمة فضاعت ، فالمذهبُ الظاهر : أنه إن طار [٤] على الاتصال ضمن ، وإن كان [٥] على الانفصال : لم يَضْمَنْ ؛ إذ يظهر [٦] حَوالتُه عند الانفصال على [٧] اختيار الحيوان [٧] ، وعند الاتصال كأنه نَفَر بالتعرُّض للقيد .

وقال مالك - رحمه اللّه - : يضمن في الحالتين ، وهو قول الشافعي - رضى اللّه عنه - منقدح من حيث المصلحة .

وقال أبو حنيفة [٨] - رحمه اللّه - : لا يضمن أصلًا ، وهو قول للشافعي - رضي اللّه عنه - حَوالة على الاختيار . والعبد المجنون من قبيل الدابة والطير .

---

(١) في (أ) : « أما » .
(٢) في (أ) : « فلا » .
(٣) في (أ) : « السبب » .
(٤) في (ب) : « كان » .
(٥) في (أ) : « طار » .
(٦) في (أ) : « تظهر » .
(٧) في (أ) : « الاختيار من الحيوان » .

(٨) **مذهب الشافعية** : أنه إذا فتح قفصًا عن طائرٍ وهيَّجه حتى طار : ضمن . فإن اقتصر على الفتح فقط ، فطار ، فثلاثة أقوال : أظهرها : إن طار في الحال ، ضمن ، وإلا فلا . والثاني : أنه يضمن مطلقًا سواء طار في الحال أو لا . وهو مذهب المالكية . والثالث : أنه لا يضمن مطلقًا ، وهو مذهب الحنفية .

انظر : مختصر المزني : (٣ / ٤٣) ، الروضة : (٥ / ٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٥٤) ، القوانين الفقهية : (٣٣٧) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٣ / ٤٤٥) .

وفي العبد العاقل (١ المقيد الإباق ١) - أيضًا - ، وجه بعيد : أنه يضمن إذا حلَّ القيدَ عنه (٢) ، وهو ضعيف ؛ لأنه في معنى الممسك مع المباشر .

أما إذا فتح رأس الزِّقِّ فتقاطرت قطراتٌ من المائع إلى أسفل الزق وابتل وسقط : وجب الضمان ؛ لأن السقوطَ بالابتلال ، والابتلالُ بالتقاطرِ ، والتقاطرُ بالفتح ، وهو طريق مقصودٌ له ومسلوك إليه ، بخلاف السقوط بهبوب الريح .

ولو فتح الزقَّ وفيه سَمْنٌ جامدٌ ، فَقَرَّب غيرُه منه (٣) نارًا حتى ذاب ، فقد قيل : لا ضمان على واحدٍ ، والأصح : أنه يجب الضمانُ على الثاني ، لأنه كالمُرْدِي مع الحافر .

هذا تفصيلُ السبب والمباشرة ، وتمام النظر فيه يذكر (٤) في كتاب الجنايات .

أما إثبات اليد : فهو سببٌ للضمان ،ومباشرتُه بالغصب (٥ في تسببه ٥) في ولدِ المغصوب ، فإن إثباتَ اليد على الأُمِّ سببٌ للثبوت على الولد ، فكان الولدُ مضمونًا (٦عندنا لذلك ٦) ، خلافًا لأبي حنيفة (٧) - رحمه اللّه - . فإنه قال : أُثْبِتُ اليدَ ولكن لم تَزُلْ (٨) يدُ المالك . والغصبُ عبارةٌ عن إزالة يد المالك ، وليس كذلك عندنا ، بدليل

(١) في (أ) : « الآبق » .

(٢) قوله : « عنه » : ليس في (أ) .

(٣) قوله : « منه » : ليس في (أ) .

(٤) في (ب) : « نذكره » .

(٥) في (أ) : « وسببه » .

(٦) في (ب) : « كذلك عندنا » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أن إثبات اليد العادية سببٌ للضمان ، وينقسم إلى مباشرة بأن يغصب الشيء فيأخذ من يد مالكه ، وإلى التسبب . وهو في الأولاد وسائر الزوائد ؛ لأن إثبات اليد على الأصول سببٌ لإثباتها على الفروع ، فيكون ولد المغصوب وزوائده مغصوبة فيكون الضمان في الجميع .

ومذهب الحنفية : أن الضمان في المغصوب فقط ، أما زوائدُ المغصوب وفروعه فهي أمانةٌ في يد الغاصب إثباتُ اليد على مال الغير على وجه يُزِيلُ يد المالك ، ويدُ المالك ما كانت ثابتة على زوائد المغصوب وفروعه حتى يزيلها الغاصب ، ومن ثم فلا ضمان على الغاصب في هلاك الزوائد والفروع إلا أن يتعدى، أو يطلبها مالكُها فيمنعها منه ؛ لأنه بالمنع صار غاصبًا . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٧) اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٤٤ ، ١٤٥) .

(٨) في (أ) : « يزل » .

أن المودَعَ إذا جحد [الوديعة] [١] لم يزل يد المالك ، بل [٢] كان زائلًا [٢] قبله .

وكذلك إذا طولب بولدِ المغصوب فجحد : ضمن ، وإن لم يتضمن جحودُه زوالَ يد المالك ، إذ لم يكن قَطُّ في ملكه [٣] .

ثم إثباتُ اليد : في المنقول بالنقل ، إلا في موضع واحد ، وهو أنه لو أزعج المالكَ عن دابته فَرَكبَها ، أو عن فراشه وجلس عليه : فهو ضامن ؛ لأنه غايةُ الاستيلاء . وقيل : إنه لا يضمن ما لم يَنْقِل .

أما العقار : فيُضْمَنُ بالغصب [٤] عند إثبات اليد عليه عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة [٥] ، فإن قيل : فما حَدُّ الغصب في العقار ؟ قلنا : له ركنان :

الأول [٦] : إثباتُ الغاصبِ يدَه ، وذلك لا يحصل إلا بالدخول في العقار .

والآخر : إزالة يد المالك ، وذلك يحصل بإزعاجه ، فإن أَزْعَجَ ولم يَدْخُلْ : لا [٧] يضمن . وإن دخل ولم يزعج ، فإن قصد النظارة [٨] أو [٩] الزيارة : لم [١٠] يضمن ، وإن [١١] قصد الاستيلاء : صار [١٢] الدار في يدهما ، فهو غاصبٌ نصفَ الدار .

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « كانت زائلة » .
(٣) في (أ) ، وفي نسخة أخرى : « يده » كذا على هامش الأصل .
(٤) كلمة : « بالغصب » : ليست في (أ) .
(٥) **مذهب الشافعية** : أن العقار مضمونٌ بالغصب عند إثبات اليد عليه ، فإذا هلك وجب الضمانُ على غاصبه .

ومذهب الحنفية : أنه إذا غُصِب عقارٌ فهلك في يد الغاصب ، فلا ضمان عليه ، وذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يضمن . انظر الروضة : (٥ / ٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٦) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٤٩ ، ١٥٠) ، مختصر الطحاوي : (١١٨) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٣٩) .
(٦) في (أ) : « أحدهما » .
(٧) في (أ) : « لم » .
(٨) في (أ) : « النضارة » .
(٩) في (أ) : « و » .
(١٠) في (أ) : « فلا » .
(١١) في (ب) : « فإن » .
(١٢) في (أ) : « صارت » .

ولو كان الداخل ضعيفًا ، والمالكُ قويًّا : لم يكن غاصبًا وإن قصد ؛ لأن مالا يمكن لا يُتصوَّرُ قَصْدُه ، وإنما هو حديثُ نفسٍ ووسوسةٌ .

وإن [(١)] كان المالك غائبًا وقصد : ضَمِنَ ، وإن كان يقدر على الانتزاع من يده ، كما إذا سلب قَلَنْسوةَ مَلِكٍ : فإنه غاصب ، وإنما ذلك قَدْرُه على إزالة الغصب . وفي العقار في هذه الصورة وجه : أنه لا يضمن .

فإن قيل : [(٢)] فلو أُثْبِتَتْ يدٌ على يد الغاصب وتلف فيها ؟ قلنا : كيف ما كان ، فالمالك [(٣)] بالخيار إن شاء ضمَّن الغاصبَ ، وإن شاء ضَمَّن مَنْ أَخَذَ من الغاصب وإن كان جاهلًا ؛ لأن الجهلَ لا ينتهض [(٤)] عذرًا في نفي [(٥)] الضمان ، وقد وُجِدَ إثباتُ اليد على مال الغير من غير إذن المالك ، ولكن قرار الضمان على الغاصب إن كانت [(٦)] تلك اليدُ في وضعها يدَ [(٧)] أمانة ، كيَدِ المرتهن ويد [(٨)] المستأجر والوكيل والمودع ، وإن [(٩)] كان [(١٠)] يدَ ضمانٍ فالقرارُ عليه ، كيد العارية والسَّوْمِ والشراء .

وقال العراقيون : يدُ المرتهن والمستأجر ها هنا كيَدِ العارية ؛ لأن لهم غرضًا في أيديهم بخلاف المودع والوكيل بغير جُعْلٍ ، والأَوْلَى الطريقة الأُولَى .

نعم ، تردد الشيخ أبو محمد في يد المتَّهب ؛ لأنه [(١١)] وإن لم تكن يدَ الضمان فهو تسليطٌ تامٌّ [(١٢)] وهو يد الملاك [(١٢)] .

إلا أنا إذا ضمنَّاهم بأقصي القيم [(١٣)] ، وكانت القيمةُ زائدةً في يد الغاصب

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) في (ب) : « فإن » .

(٣) في (أ) : « المالك » .

(٤) في (أ) : « ينهض » .

(٥) قوله : « نفي » : ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « كان » .

(٧) كلمة : « يد » : ليست في (أ) .

(٨) قوله : « ويد » : ليس في (أ) .

(٩) في (ب) : « فإن » .

(١٠) في (أ) : « كانت » .

(١١) في (أ) : « لأنها » .

(١٢) في (أ) : « فهو يد المالك » .

(١٣) في (ب) : « القيمة » .

ونقص[١] قبل أخذ الأجر[٢] ، فالزيادةُ لا يطالب بها إلا الغاصبُ .

ثم مهما [رجع][٣] طولب بالأصل وهو[٤] مَنْ عليه القرار ، فهو الغرض ، وإن[٥] طولب غيرُه رَجعَ على[٦] من عليه القرار .

فإن قيل : فلو أتلف الآخِذُ من الغاصب ؟ قلنا : القرار عليه أبدًا ، إلا إذا غرَّه الغاصبُ ، وقدَّم الطعامَ إليه للضيافة فأكل[٧] ، ففيه قولان :

أحدهما[٨] : النظر إلى مباشرته .

والثاني : بل القرار على الغاصب ؛ لأنه غارٌّ .

ولو قدَّمه إلى المالك وغرَّه فأكله ؟ فقولان مرتبان[٩] ، وأولى بأن يُحَالَ على المالك ، حتى ذكر الأصحابُ تردُّدًا فيما إذا أودع المالكَ فتلف / تحت يده ، وأنه[١٠] ١٠٥/أ هل يَسْقُطُ الضمانُ ؟

ولو قال للمالك : اقْتُلْ هذا العبدَ فإنه لي ، فَقَتَلَ سقط الضمانُ عن الغاصب ، لأنه

---

(١) في (أ) : « ونقضت » .

(٢) في (أ) : « الآخر » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) قوله : « وهو » : ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « عليه » .

(٧) في (أ) : » وأكل » .

(٨) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (٥ / ١٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٥٧) .

(٩) قال في الروضة : « قُدِّم المغصوب إلى ملكه ، فأكله جاهلًا بالحال ، فإن قلنا في التقديم إلى الأجنبي : القرار على الغاصب ، لم يبرأ من الضمان ، وإلا فيبرأ ، وربما نصر العراقيون الأولَ . ونقل الإمام عن الأصحاب أن البراءة هنا أولى من الاستقرار على الأكل » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ١١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٥٧) .

(١٠) قوله : « وأنه » : ليس في (ب) ، وفي (أ) : « أنه » .

لا غرورَ مع تحريم القتل بخلاف الضيافة .

ولو قال : أعْتِقْ ، فأَعْتَقَ ؟ ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لا يَنْفَذُ العتقُ ؛ لأنه قصد به جهةَ الوكالة ، فهو (١) معذورٌ ، بخلاف ما إذا رأى عبدًا في ظُلْمَةٍ فظَنَّه (٢) [أنه] (٣) للغير ، فقال : أنت حرٌّ ، فإنه ينفذ ؛ لأنه غيرُ معذور (٤) .

والثاني (٥) : ينفذ العتقُ ولا يُطَالِبُ الغاصبَ بالغُرْم ؛ لأنه نفذ عتقُه في ملكه فلا معنى للغرم .

والثالث : أنه ينفذ العتقُ (٦) ويطالب بالغرم ؛ لكونه غيرَ (٧) معذور .

أما إذا زوَّج الجارية من المالك غرورًا (٨) فاستولدها : نفذ الاستيلاد قطعًا ؛ لأنه فِعْلٌ وقد صادف ملكَه .

ومنهم من شبب أيضًا فيه بخلاف .

* * *

---

(١) في (أ) : « وهو » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « ظنه » ، والمثبت من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) وفي نسخة أخرى : « مغرور » ، كذا في هامش الأصل .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٥ / ١٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٥٨) .

(٦) كلمة : « العتق » : ليست في (أ) .

(٧) قوله : « غير » : ليس في (أ) .

(٨) في (أ) : « غررًا » .

الركن الثاني

[في] (١) الموجَبِ فيه ، وهو الأموال ، وينقسم إلى المنفعة والعين .

أما العين : فينقسم إلى الحيوان وغيره :

أما الحيوان (٢) : فالعبد مضمونٌ عند الغصْب والإتلاف بكمال قيمته ، وإن زاد على أعلى الدِّيَات ، خلافًا لأبي حنيفة .

وجراحُ العبد من قيمته عند قطع أطرافِه ، كجراح الحرِّ من ديته في القول المنصوص (٣) .

وعلى هذا إذا قطع الغاصبُ يَدَ عبدٍ فنقص (٤) من قيمته ثلثاه : لزمته الزيادةُ ؛ لأنه فات تحت يده ، فيجب (٥) السدسُ بحكم الغصب ، والنصفُ بحكم الجناية ، فيلزمه (٦) أكثرُ الأمرين من الأرْش أو (٧) قدر النقصان . فلو (٨) سقطَتْ يدُ العبد بآفةٍ في يد الغاصب : فلا يضمن إلا أرش النقصان على [هذا] (٩) المذهب (١٠) ، لأن التقديرَ خاصيتُه الجنايةُ .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قوله : (أما الحيوان: فالعبد عندنا مضمون بالغصب والإتلاف بكمال القيمة وإن زادت على أعلى الديات خلافًا لأبي حنيفة)

أقول : مذهب أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن العبد مضمونٌ في الغصب بكمال قيمته ما بلغت سواء، ولكن في الغصوب خاصة إذا مات في يده ، وإنما خالفنا في الجناية على العبد ، فعندنا إذا قَتَل رجلٌ حرٌّ عبْدَ غيره ضمنه القاتل بكمال قيمته وإن زادت على دية الحر ، فعند أبي حنيفة : إذا بلغت ديةَ حرٍّ نقصت منها عشرةُ دراهم ، فقول الشيخ : «إن العبد عندنا مضمونٌ بالغَصب والإتلاف بكمال قيمته وإن زادت على أعلى الديات خلافًا لأبي حنيفة غلطٌ على أبي حنيفة ووهمٌ عليه في العبد المضمون في الغصب كما فصلناه .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٢) . مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٠ - ٢٨١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٥٩) .

(٤) في الأصل : « نقص » ، والمثبت من (أ) ، (ب) . (٥) في (ب) : « فتجب » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فلزمه » . (٧) في (أ) : « و » .

(٨) في (أ) : « ولو » . (٩) زيادة من (أ) .

(١٠) انظر روضة الطالبين : (٥ / ١٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٥٩) .

ولذلك نقول : المشتري [١] إذا قطع يَدَي العبد المبيع ، لا نجعله قابضًا كمال العبد ؛ لأن خاصية [٢] الجناية لا يتعدَّى إلى البيع .

أما سائر الحيوانات : فالمتَّبعُ فيها النقصانُ ، وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : في عين الفرس والبقر ربعُ قيمته [٣] ، وهو تحكُّم .

أما الجمادات : فكلُّ متموَّلٍ معصومٍ مضمونٌ .

أما الخمر : فلا يَضْمَنُ عندنا لا للذمِّيِّ ولا للمسلم .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - [٤] : يضمن للذِّمِّي .

وكذا الخنزيرُ والملاهي أيضًا - غير مضمونة ؛ فإنّ تكسيرَها واجبٌ .

نعم ، لا يتبع [٥] بيوت أهل الذمة ، ولكن إذا أظهروها كسرناها .

واختلفوا في حدّ الكسر المشروع ، فقيل : إنه لا تُحْرَقُ أصلًا ؛ إذ فيه إتلافُ الخشب ، ولكن يرخَّص [٦] ، وهو غاية المبالغة .

وقيل : إنه يكفي أن يفصل ، بحيث لا يمكن استعمالُه في المحرم ، ولا يكفي قطعُ الوَتَر بالإجماع .

وقيل إنه يرد إلى حد يفتقر [إلى] [٧] من يرده إلى الهيئة المحرمة إلى استئناف الصنعة التي يفتقر إليها المبتدئُ للصنعة ، وهذا هو الأقصد ، كذا القول في كسر الصليب .

---

(١) في (أ) : « للمشتري » .

(٢) في (أ) : « خاصيته » .

(٣) في (أ) : « القيمة » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن الخمر والخنزير ، لا يضمنان لا لمسلم ولا لذمي .

ومذهب الحنفية : أن الخمر والخنزير لا يضمنان للمسلم ، وإن استهلك المسلمُ خمرًا لذمي أو خنزيرًا له ضمن قيمتهما . انظر روضة الطالبين : (٥ / ١٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٥) ، نهاية المحتاج : (٥/ ١٦٧) ، مختصر الطحاوي : (١١٩) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٤٥ ، ١٤٦) .

(٥) في (ب) : « تتبع » .

(٦) في (أ) : « يجب الترخيض » ، وفي (ب) : « ترخيض » .

(٧) زيادة من (أ) .

أما المنفعة (١) : فيضمن بالتفويت والفوات تحت اليد العادية . و[لكن] (٢) من العبد وسائر الأموال ، والمكاتب والمستولدة ملحق (٣) في ضمان العين ، والمنفعة بالقِنِّ ! .

وأما (٤) منفعة البُضْعِ فلا يضمن (٥) باليد إنما يضمن بالإتلاف .

وأما منفعة بَدَنِ الحرِّ ، إن استخدمه إنسان : ضمنه ، وإن حبسه وعطَّله ، فوجهان ؛

(١) قال الحموي : « قوله : (أما المنفعة فتضمن بالتفويت والفوات تحت اليد العادية من العبد وسائر الأموال) إلى آخره قال المصنف : « ذكر الشيخ أن العدوانَ في الحد لا حاجة إليه على الإطلاق ، فإنه لو أودع إنسانٌ إنسانًا ثوبًا ، ثم إن المودع استعمل الثوبَ على اعتقادٍ منه أنه ثوبُ نفسه ثم بَانَ أنه الثوبُ المودَعُ : ضمنه ضمانَ الغصب ، وإن كان لم يحصل فيه العدوانُ ، وإن الذي ذكره وهو غير آثم بالاتفاق ، وإنما حدُّ الغصب هو الاستيلاء على حق الغير بطريق التعدي ، إذا ثبت هذا فاليدُ العادية تطلق تارةً على الفعل المحرم ، وتارة على الفعل المباح ، وإذا كان كذلك كان مرادُه بذلك وقوعَه عليها مأخوذًا من التعدية من حالة إلى حالة قال اللّه تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ ولا شكَّ بأن المستوفي غيرُ آثم لما لا يخفى ، فإن قيل : ما ذكره الشيخ هو حدُّ الغصب ، واستعمال ذلك في المباح ويقع بطريق المجاز ، واستعمال الحدِّ في العدوان بمعنى الإثم حقيقةٌ فلا يصح ما هذا شأنهُ أن يكون حدًّا . قلت : وإذا كان كذلك إلا أنه لم يرد بالحد الحقيقي الجامع المانع الذي يدخل فيه ما لابد منه ويخرج عنه مالا عنه بدٌّ ، أراد به الذي يعم غالب الصور دون جميعها ويلحق به ما بقي أما عاما .

قيل : فما الفائدة في قوله : « تحت اليد ومعلوم أنه لو حصل ذلك بإزعاج السلطان وخرج صاحبُ اليد منها حصل الغصب ، وإن كانت الدار لم تدخل تحت يده حقيقة . قلت : اليد تطلق على معنيين : أحدهما : أن تكون تحت يده حقيقة ، وهو الغالب . الآخر : أن يكون تحت قدرته ، بمعنى : أن تمكنه أن تتصرف فيها إذا خرج مالكُها ولا يقدر مالك الدار على دفعه ، ويكون هذا كقوله تعالى : ﴿ والسمواتُ مطوياتٌ بيمينه ﴾ وإذا كان كذلك اندفع الإشكالُ . وعلى هذا يرد إشكال على حد العقار حيث قال : « وله ركنان : أحدهما : إثبات الغاصب يده ، وذلك يحصل بإزعاجه فإن أزعج ولم يدخل لم يضمن ، وإن دخل ولم يزعج بأن قصد الزيادة واقتصاره ، وإن قصد الاستيلاءَ صارت الدار في يدهما وهو غاصبٌ نصف الدار إلى آخره ، وهو محمول على غير السلطان ، وجوابه قد ذكرناه » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تلتحق » .

(٤) في (أ) : « أما » بدون الواو .

(٥) في (أ) : « تضمن » .

أحدهما : بلي ؛ للتفويت . والثاني : لا [١] ؛ لأنه فات تحت يدِ الحرِّ المحبوس .

وعلى هذا ينبني ما إذا أورد الإجارةَ على عينه ثم سلَّم نَفْسَه ولم يستعمله ؟

إن قلنا بالحبس يضمن ، فتستقر [٢] الأجرةُ ، وإلا فلا .

وكذلك لو استأجر حُرًّا فهل له إجارته ؟ .

إن قلنا : لا يدخل تحت يده فلا ، وإن قلنا : يضمن بالحبس لدخوله تحت يده فيصحُّ [٣] الإجارة .

ولو لبس ثوبًا وغَرِمَ أرش نقص البِلَى [٤] ، فهل يندرج تحته أجرةُ المثل ؟ وجهان [٥] .

وكذا لو غصب عبدًا فاصطاد فهو لمولاه ، فهل يسقط به أجرة منفعته لحصوله له ؟ وجهان [٦] [٧] .

وفي ضمان منفعةِ الكلب المغصوبِ وجهان [٨] .

ولو اصطاد بكلبٍ مغصوبٍ ، فالصيدُ للمالك على أحد الوجهين [٩] .

* * *

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٥ / ١٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٦) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٧١) .

(٢) في (ب) : « فيستقر » .

(٣) في (أ) : « فتصح » .

(٤) في (أ) : « اللبس » .

(٥) الأصح من هذين الوجهين : أنه تجب أجرةُ المثل بالإضافة إلى أرش النقص ، كما في الروضة : (٥ / ١٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٦) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٧١) .

(٦) في (أ) : « فوجهان » .

(٧) أصح هذين الوجهين : أنه لا تسقط أجرة منفعته ، كما في مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٦) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٧٠) .

(٨) قال في الروضة : « ومنها منفعة الكلب ، فمن غصب كلبَ صيدٍ أو حراسةٍ لزمه ردُّه مع مؤنةالرد إن كان له مؤنة . وهل تلزمه أجرة منفعته ؟ وجهان ؛ بناءً على جواز إجارته » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ١٥) .

(٩) أصح هذين الوجهين : أن الصيدَ للغاصب وليس للمالك ، كما في الروضة : (٥ / ١٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٦) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٧٠) .

الركن الثالث

[في] (١) الواجب ، وينقسم إلى المِثْلِ والقيمة :

أما المثل : فواجبٌ في كل ما هو من ذَوَات المثل (٢) .

وقيل في حَدِّه : إنه كلُّ موزونٍ أو مَكِيلٍ ، وهو باطلٌ بالمعجونات والمعروضات على النار .

وقيل : إنه كلُّ مُقدَّرٍ بالوزن والكَيْل يجوز السَّلَمُ فيه ، ويجوز بيعُ بعضه ببعض ، وهذا يَخْرُجُ منه العنبُ والرُّطَبُ ، وإخراجه عن المِثْلِيّات بعيدٌ .

ويدخل فيه (٣ صَنجَاتُ الميزان ٣) ، والملاعقُ المتساوية في الصنعة الموزونة وليست مثليّة .

والصحيح (٤) : أنه الذي تتماثل أجزاؤه في القيمة والمنفعة من حيث الذاتُ لا من حيث الصنعة .

وفي المثليات ستُ مسائل :

الأولى : إذا أعْوزَ المثلُ رجعنا إلى القيمة ، فإن (٥) كانت القيمةُ قد اختلفت في مدة بقاء العين المغصوبةِ وبعدها ، فثلاثة أوجه :

أحدها : أن الواجبَ أقْصَى قيمةِ المغصوب من يوم الغصب إلى [يوم] (٦) التَّلَف ؛ لأنّا عجزنا عن المثل ، فصار كأن لا مِثْلَ له ، ويُرْجَعُ (٧) إلى قيمة المغصوب .

والثاني : أنا نوجب قيمةَ المثل ؛ لأنه الواجبُ ، فيراعَى أقصى القِيَمِ من وقت تَلَفِ

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) : « الأمثال » .

(٣) في (ب) : « صِنَج الموازين » .

(٤) الأصح من كل هذا : أن المثليَّ هو كلُّ مقدر بالوزن والكيل مع جواز السلم فيه . انظر الروضة : (٥/ ١٨ ، ١٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٦١) .

(٥) في (ب) : « وإن » . (٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « فيرجع » . وفي (ب) : « فنرجع » .

المغصوب إلى [وقت] (١) إعواز المثل .

والثالث (٢) : أنه يُرْعَى أقصى القيمة من وقت الغصب إلى الإعواز ، وقيل : إلى وقت الطلب .

الثانية : إذا غَرِمَ القيمةَ ثم قَدَرَ على المثل ، ففي ردِّ القيمة وجهان / : ١٠٥ / ب

أحدهما : لا (٣) ، إذ قد تَمَّ القضاءُ بالبَدَل ، فصار كالصَّوْم في الكفارة .

والثاني : يردُّ ، كالعبد الآبق إذا رجع بعد الغُرْم .

الثالثة : إذا أتلف مِثليًّا فظفر به المالكُ في غير ذلك المكان : (٤ لم يطالبه بالمثل ؛ لأن مثلَه هو ما يُؤَدَّى في ذلك المكان ٤) ولكن إذا (٥) تعذَّر ذلك ، فيغرم في الحال القيمةَ بالحيلولة إلى أن يتيسَّر الرجوعُ إلى ذلك المكان ، بخلاف ما إذا مضى زمانٌ فإنّ إعادةَ الزمان الماضي غيرُ ممكن فاكتفينا بما ليس مثلًا .

وذَكَر الشيخ أبو محمد وجهًا : أنه يطالب بالمثل عند اختلاف المكان ، إلا إذا لم تكن (٦) له قيمةٌ ؛ كالماء على شَطِّ [دِجْلة] (٧) .

وذكر الشيخ أبو علي وجهًا : أنه إن كان (٨) القيمةُ مثلَه أو أقلَّ ، فله المطالبةُ ، وإن كان أكثرَ فلا ، والمشهور : الأول .

والدراهم والدنانير مِثليةٌ ، فيخرج على الوجه (٩) .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٥ / ٢٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٦٣ ، ١٦٤) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٥ / ٢١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٣) .

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٥) قوله : « إذا » : ليس في (أ) .

(٦) في (ب) : « يكن » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « كانت » .

(٩) في (أ) : « الأوجه » .

ولو غَصَبَ في [1] بلدةٍ وأتلف [2] في بلدة ، فظفر به في ثالث [3] ، وقلنا : لا يطالب بالمثل ، فله أن يطالب بقيمة أي بلدةٍ شاء من بلدتي [4] الغصبِ والإتلاف ، وكذا يطالب بالمثل في البلدتين إذا ظفر به فيهما .

أما المُسْلَمُ إليه ، قال صاحب التقريب : لا يطالب بالقيمة أيضًا ؛ لأنه اعتياضٌ عن المسلم فيه [قبل قَبْضِه] [5] ، وهذا فيه احتمالٌ ، فيمكن أن يقال : يؤخذ للحيلولة ولا تكون [6] معاوضة ، فإن لم يقل ذلك فليثبتْ للمستحق فسخ ؛ لتعذّر الاستيفاء .

الرابعة : إذا كسَر آنيةً قيمتُها عشرون . ووزنُها عشرٌ ، فالنقرة من ذوات الأمثال ، ففيه وجهان [7] :

أعدلهما [8] : أن الوزنَ يُقَابَلُ بمثله ، والصنعةُ بقيمتها من غير جنسِ الآنية ؛ حذرًا [9] عن الربا .

وفيه وجه : أنه لا يُبَالَى بالمقابلة بجنسه ، فيكون البعضُ في مقابلة الصنعة ، كما لو أفرد الصنعةَ بالإتلاف .

الخامسة : لو لم يوجد المثلُ إلا بأكثرَ من ثمن المثل ، ففي تكليفه ذلك وجهان [10] .

السادسة : لو اتخذ من الحِنطة دقيقًا ، وقلنا : لا مثلَ للدقيق ، أو من الرطب تمرًا ، وقلنا : لا مثل له .

---

(١) في (أ) : « من » .

(٢) في (أ) : « فتلف » .

(٣) في (أ) : « ثالثة » .

(٤) في (أ) : « بلدي » .

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٦) في (ب) : « يكون » .

(٧) ذكر في الروضة أنهم أربعةُ أوجهٍ ، وأن أصحها : أنه يضمن الجميع بنقد البلد وإن كان من جنسه ، ولا يلزم من ذلك الربا . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٢٣) مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٢ - ٢٨٣) .

(٨) في (ب) : « أحدهما » .

(٩) في (أ) : « حذارًا » .

(١٠) أصح هذين الوجهين : أنه لا يكلف ذلك ، كما في الروضة : (٥ / ٢٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٢) .

ففي طريقة العراق : أنه يلزمه الحنطةُ والتمرُ ؛ لأن المثلَ أقربُ .

والأوْلَى [(١)] : أن يُخيَّر بين المثل والقيمة ؛ لأنه قوتُ كلاهما [(٢)] فأشبهَ ما لو اتخذ من المِثليِّ [(٣)] مِثليًا ؛ كالشَّيْرَجِ من السِّمْسِم ، فإنه يتخير بين المثلين .

القسم الثاني : المتقومات [(٤)] :

وفيه [أربع] [(٥)] مسائل :

الأولى : إذا أبَقَ العبدُ المغصوبُ : طولب الغاصبُ [(٦)] بقيمته ، للحيلولة [(٦)] ، ولا يَمْلِكُ العبدَ ، خلافًا لأبي حنيفة [(٧)] - رحمه الله - ، بل لو عاد العبدُ يجب ردُّه واستردادُ القيمة ، وما دام العبد قائمًا لا يصح الإبراءُ عن هذه القيمة ، ولا يُجْبَرُ المالكُ على أخذ القيمة ؛ لأنها ليس عينَ حقِّه .

وهل يَغْرَمُ قيمةَ المنفعة والزوائدِ الحاصلة بعد الضمان ؟

---

(١) قال في الروضة : « إذا تغير المغصوب ، فقد يكون متقومًا ثم يصير مثليًا ، وعكسه ، ومثليًا فيهما ، ومتقومًا فيهما . الحال الأول : كمن غصب رُطبًا وقلنا : إنه متقوم فصار تمرًا ، ثم تلف عنده ، فوجهان ، أحدهما - وبه قطع العراقيون - يضمن مثل التمر ؛ لأنه أقربُ إلى الحق ، وأشبههما وبه قطع البغوي : إن كان الرطبُ أكثرَ قيمة ، لزمه قيمته ؛ لئلا تَضِيعَ الزيادةُ ، وإن كان التمرُ أكثر أو استويا لزمه المثل ، واختار الغزالي أنه يتخير بين مثل التمر وقيمة الرطب » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٢٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٢) .

(٢) في (ب) : « كليهما » .

(٣) في (أ) : « المثل » .

(٤) في (أ) : « المقومات » .

(٥) زيادة من(أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « بقيمة الحيلولة » . ، والمثبت من (أ) .

(٧) **مذهب الشافعية** : أن العبد المغصوب إذا أبق فيطالبُ المالكُ الغاصبَ بقيمته ؛ للحيلولة ، ولا يتملك الغاصبُ العبدَ الآبق إذا حضر بدفعه قيمتَه للمالك .

ومذهب الحنفية : أن الغاصبَ يتملك العبدَ إذا حضر ، إن كان دفع قيمته للمالك ، ولا سبيلَ للمالك عليه ، إلا أن المالك بالخيار بين ردِّ القيمة إلى الغاصب وارتجاع العبد المغصوب أو الاحتفاظ بالقيمة مع تملك الغاصب . انظر الروضة : (٥ / ٢٦) ، مختصر الطحاوي : (١١٨) ، اللباب في شرح الكتاب .

إن كان الغاصبُ هو الذي عيَّبه في شغله : غَرِمَ [١] ، وإن هرب العبدُ فوجهان ، وهو تردد في أن علائقَ الغصب هل تنقطع في الحال بالضمان ؟

ولو عاد العبدُ فهل للغاصب حبسُ العبد إلى أن يَرُدَّ إليه [٢] القيمةَ ؟

قال القاضي : له ذلك ، وأسند [٣] إلى نص [٤] الشافعي [٥] – رضي الله عنه – في غير المختصر .

وكذلك [٦] قال : المشتري [٧] إذا اشترى [٧] شراء [٨] فاسدًا يحْبِسُ المبيعَ إلى أن يُردَّ عليه الثمن ، وفيما ذكره احتمالٌ ظاهر .

الثانية : إذا تنازعا في تلف المغصوب :

قال بعض الأصحاب : القولُ قولُ المالك ؛ إذ الأصلُ عدمُ التلف .

وقال المحققون : بل القول [٩] قول الغاصب ؛ فإنه [١٠] ربما صَدَقَ ، فتخليدُ الحبس عليه أبدًا [١١] غيرُ ممكن . فإن حَلَفَ الغاصبُ على التلف ، فقد قيل : لا يُطالِبُ المالكُ الغاصبَ [١٢] بالقيمة ؛ لأن العينَ قائمةٌ بزَعْمِه ، فلا يستحق القيمة ، والأصح : أن له ذلك ؛ إذ تعذَّر بسبب الحلف الرجوعُ [١٣] .

أما إذا تنازعا في مقدار القيمة ، فالقول قول الغاصب قطعًا [١٤] ؛ لأن الأصلَ براءةُ الذمة .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « غرمه » .

(٢) قوله : « إليه » : ليس في (ب) .

(٣) في (أ) : « وأسنده » .

(٤) قوله : « نص » : ليس في (أ) .

(٥) انظر روضة الطالبين : (٥ / ٢٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٤) .

(٦) في (أ) : « ولذلك » .

(٧) قوله : « إذا اشترى » : ليس في (ب) .

(٨) في (ب) : « بشراء » .

(٩) قوله : « القول » : ليس في (أ) .

(١٠) في (أ) : « لأنه » .

(١١) قوله : « أبدًا » : ليس في (أ) .

(١٢) قوله : « الغاصب » : ليس في (أ) .

(١٣) في (أ) : « للرجوع » .

(١٤) قوله : « قطعًا » : ليس في (أ) .

فإن أقام المالكُ شهودًا على الصفات دون القيمة : لم يَجُزْ للمُقَوِّمِين الاعتمادُ على الوصف في التقويم ؛ لأن المشاهدةَ هي المعرِّفةُ للقيمة .

نعم ، لو أبعد الغاصبُ في التقليل ، فيُطالَبُ بأن يترقَّى إلى أقلِّ درجةٍ محتملةٍ هذه[1] الصفات . وإن قال كلٌّ واحد منهما : لا ندري القيمةَ ، فلا تُسمع دعوى المالك ما لم يُعَيِّنْ ، (٢ ولا يمينَ على الغاصب ما لم يعين ٢) ، وإن[3] قال الغاصب : هو مائةٌ ، فأقام المالكُ شاهدًا أنه فوق المائة ، ولم يُعَيِّنُوا : قُبِلَت الشهادةُ في وجوب الزيادة على المائة ، وقيل : إنه لا تقبل .

الثالثة : إذا تنازعا في عيبٍ في أصل الخِلقة .

فالقول قول الغاصب : إذ الأصلُ عدمُ السَّلامة ، وقيل : لا بل الظاهرُ هو السلامة .

ولو اختلفا في صنعة العبد ، فالقول قول الغاصب .

وقيل : بل القول قول المالك ؛ لأنه أعرفُ بالصنعة ، وهو ضعيف .

الرابعة : إذا تنازعا في الثوب الذي على العبد المغصوب :

فالقول قول الغاصب ؛ لأن العبدَ وما عليه في يده ، فإذا قال : هو لي لم تَزُلْ يدهُ إلا ببيِّنة .

---

(١) في (أ) : « لهذه » .

(٢) ما بين القوسين : ليس في (ب) .

(٣) في (أ) : « فإن » .

الباب الثاني

في الطوارئ على المغصوب (١ في نقصانٍ أو زيادة ١) أو تصرُّف

(وفيه ثلاثة فصول)

الأول : في النقصان

وفيه مسائل [أربع] (٢) :

الأولى : إذا غَصَب شيئًا يساوي عشرةً فعادت قيمته إلى درهم فردَّ العَيْنَ : لم يلزمه ١٠٦/أ النقصانُ ، خلافًا لأبي ثور ؛ لأن الغائبَ هو / رغباتُ الفارس ، ولم يَفُتْ من العين شيءٌ .

وإن تلف بعد أن عاد إلى درهمٍ ؛ لزمه قيمتُه عشرةٌ إن كان من ذوات القيمة (٣) ، وإلا فيشتري مثله بدرهم .

ولو غصب ثوبًا [و] (٤) قيمتُه عشرةٌ فعاد إلى خمسة ، ثم لَبِسَه حتى عاد إلى أربعة ، فقد نقص باللُّبْسِ درهمٌ [و] (٥) هو خُمْسُ الثوب : فالقَدْرُ الفائتُ يَغْرَمه بأقْصَى القِيمِ وهو درهمان خُمْسُ العشرة ، فيردُّهما (٦) مع الثوب ، فما بقي اكتفي به ، وما فاتَ غرم بحساب أقصى القيم . [و] (٧) هذا حكمُ الفوات والتفويت .

ولو جنى على ثوب فمزَّقه خِرَقًا : لم يَمْلِكِ الخِرَقَ عندنا ، ولكن يرد ما بقي مع أرْشِ النقص ، ليس للمالك سواء .

وقال أبو حنيفة (٨) - رحمه الله - : الغاصبُ يملك الخرقَ ، ويضمن الكلَّ .

---

(١) في (أ) : « من زيادة أو نقصان » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « القيم » . (٤) زيادة من (أ) . (٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « ويردهما » . (٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) **مذهب الشافعية** : أن من غصب ثوبًا فمزقه قِطَعًا أو خِرَقًا ، فإنه لا يملك هذه الخرق ، ولكن عليه ردُّ ما بقي من الثوب مع أرش نقصانه ، وليس للمالكِ أن يجبره على أن يأخذ بقايا الثوب ويعطيه قيمتَه .

ومذهب الحنفية : أن من خَرَقَ الثوب خرْقًا كثيرًا يبطل عامةَ منفعته ، تَمَلَّكه ، ويضمن جميعَ قيمته للمالك ، وإن كان الخرقُ يسيرًا كان صاحبه بالخيار بين أخذِه وأخذ أرشِ نقصانه أو تركه وأخذ قيمته صحيحًا .

انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢ ، ٣٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٨) ، مختصر الطحاوي : (١١٩) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٤٠) .

هذا إذا كانت الجناية واقعة . فلو بلَّ الحنطةَ حتى استمكن العفنُ السَّاري منه :

قال الشافعي (١) - رحمه اللّه - : يتخير المالكُ بين أن يطالبه بالمثل ، أو يأخذ الحنطةَ المبلولة ، ويُغرِّمه الأرْشَ ، وهو خلاف قياس الشافعي - رضي اللّه عنه - ؛ إذ المبلولةُ لها قيمةٌ على [كل] (٢) حال وهو (٣) عينُ ملك المالك فليتعين (٤) له .

فخرَّج (٥) بعض الأصحاب قولًا (٦) كذلك ، وهو : أنه ليس له إلا الأرْشُ .

ومَنْ قرَّر النصَّ (٧) وَجَّه بأنه نقصانٌ لا موقفَ لآخره حتى يضبط ، وطَرَدَ هذا فيما لو اتخذ الحَلْوةَ (٨) من الدقيق والسمن والفانيذ .

---

(١) انظر : الأم : (٣ / ٢٢٦) ، روضة الطالبين : (٥ / ٣٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٨) نهاية المحتاج : (٥ / ١٧٥) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (ب) : « وهي » .

(٤) في (أ) : « فيتعين » .

(٥) في (ب) : « وخرج » .

(٦) قال في الروضة : « الضرب الثاني : ماله سرايةٌ . لا يزال يسري إلى الهلاك الكلي ، كما لو بلَّ الحنطةَ وتمكَّن فيها العفنُ الساري ، أو اتخذ منها هريسة أو غصب سمنًا وتمرًا ودقيقًا وعَمِله عصيدةً ، وفيه نصوص وطرق مختلفةٌ تجمعها أربعةُ أقوال منصوصة :

أظهرها عند العراقيين : يجعل كالهالك ويغرم بدلَ كلِّ مغصوبٍ من مثل أو قيمة .

والثاني : يرده مع أرش النقص ، وليس للمالك إلا ذلك ، واختاره الإمام والبغوي .

والثالث : يتخير المالكُ بين موجب القولين ، واختاره الشيخ أبو محمد والمسعودي .

والرابع : يتخير الغاصب بين أن يمسكه ويغرمه ، وبين أن يرده مع أرش النقص .

قلت : رجَّح الرافعي في « المحرر » الأول أيضًا . واللّه أعلم » . انظر الروضة : (٥ / ٣٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٧٥) .

(٧) في نسخة أخرى : « النصَّيْن » كذا على هامش الأصل .

(٨) في (أ) : « الحلاوة » .

وتردد الشيخ أبو محمد في السُّلِّ والاستسقاء في العبد من حيث إنه لا وقوفَ له غالبًا إلى الهلاك ، فهو من وجه كالإهلاك .

أما إذا طحن الحنطةَ فلا وجه إلا (١ الردُّ للدقيق ١) ، فإن ليس بإهلاك وإن كان يُقصِّر مدةَ الادخار .

هذا في غير العبد ، أما العبدُ فيضمن الغاصبُ جملتَه بأقصى قيمته ، تلف أو أتلف .

وإن قطع إحدى يَديْه : غرم أكثر الأمرَيْن من أرش النقصِ (٢) أو مقدار اليد ، إن قلنا : إن (٣) أطرافَ العبد مقدرةٌ ، والزيادةُ على المقدَّرِ (٤) للفوات تحت يده .

ولو سقطت يدُه بآفةٍ سماويةٍ ، فالأصح : أنه لا يضمن المقدَّرَ ؛ لأن التقدير خاصيتهُ الجناية .

وإن قطع يدَ العبد في يد الغاصب غيرُ الغاصب ، فالمالكُ يتخيَّرُ فيطالب القاطعَ بالمقدر ، أو (٥) الغاصبَ بأرش النقص .

فإن زاد المقدار ، فهل يطالب الغاصبَ بتلك الزيادة ؟ فيه وجهان (٦) منشؤهما (٧) : أنه وجب بجناية ولكن من غيره في يده .

ولو قُطِعَتْ يدُ العبد قصاصًا أو في حَدٍّ ، فهو من حيث إنه مهدَرٌ يضاهي السقوطَ بآفة ، ومن (٨) حيث إنه قطْعٌ يضاهي الجنايةَ : ففي لزوم المقدر على الغاصب تردُّد .

فرع :

لو قُتِلَ العبدُ قتْلَ قصاصٍ ، فاستوفى السيدُ القصاصَ : لم يَبْقَ له على الغاصب

---

(١) في (أ) : « رد الدقيق » .
(٢) في (أ) : « النقصان » .
(٣) قوله : « إن » : ليس في (أ) .
(٤) في (أ) : « المقدار » .
(٥) قوله : « أو » : ليس في (أ) .
(٦) الأصح من هذين الوجهين : أنه يطالب ، كما في الروضة : (٥ / ٣٨) .
(٧) في (أ) ، (ب) : « منشؤه » .
(٨) في (أ) : « من » بدون الواو .

مطالبةٌ بقيمته (١) ، وإن كان قيمةُ العبد القاتلِ أقلَّ ؛ لأنه بالاستيفاء كأنه استردَّ ، فهو في حقِّ الغاصب كالاسترداد .

ولو كان تعلَّق برقبةِ (٢) العبد مالٌ ، فهو في حقِّ مستحق المال كالموت ؛ حتى لا يجب على السَّيد الفداءُ (٣ بأن قتل قاتله ٣) ؛ لأن غرضَ القصاص يَعُمُّ أعراضَ المالية . [وهل له أن يعفو على غير مال ؟ يُبْنَى على القولين في موجب العمد] (٤) .

المسألة الثانية : إذا نقص العبدُ ؛ بأن جنى جنايةً استحق عليها القصاصُ فقُتِلَ : كان للسيد مطالبةُ الغاصب بأقصى قيمته (٥) ؛ لأنه مات بجنايةٍ تحت يده .

ولو تعلق الأرشُ برقبته ، فيغرم الغاصبُ للمجنيِّ عليه أرشَ الجناية ، كما يغرمه (٦) المالكُ إذا منع البيعَ ، وكأن الغاصبَ مانعٌ .

فإن مات العبدُ في يده بعد الجناية : يغرم (٧) للمالك قيمته ، وللمجنيِّ عليه الأرش ، فإن سلَّم القيمةَ أولًا كان للمجنيِّ عليه أخْذُ القيمة (٨) من المالك ؛ لأنه بَدَلُ عبْدٍ تعلَّقَ برقبته حقُّه ثم إذا أخذه المجنيُّ عليه رجع المالكُ بما أخذه على الغاصب ؛ لأنه لم يُسلّم له .

المسألة الثالثة : إذا نقلَ التراب من أرض المالك ، وتَلِف الترابُ فهو من ذوات الأمثال ، وإن (٩) كان باقيًا ،، فله أن يطالبه بالردِّ وتسويةِ الحفَر ، فإن أبي المالكُ لم يكن للغاصب (١٠ أن ينقل ١٠) الترابَ إلى ملكه بغير إذنه ، فإنه تصرفٌ في ملكه ، إلا إذا

---

(١) في (أ) : « بقيمة العبد » .

(٢) في (أ) : « برقبته » .

(٣) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « القيمة » .

(٦) في (أ) : « يغرم » .

(٧) في (أ) : فيغرم » .

(٨) في (أ) : « الأرش » .

(٩) في (أ) : « فإن » .

(١٠) في (أ) : « نقل » .

كان يتضرَّر بالتراب بكونه في ملكه أو في شارع يخاف أن يَتعثَّرَ به غيرُه ويضمن ، فله أن يردَّ إلى ملكه (١ إن لم يَجِدْ ١) مكانًا آخر .

وقد نقل العراقيون من نص الشافعي - رضي الله عنه - : أنه يجب أرشُ نقصان الحفر على الغاصب ، وفي البائع إذا أحدث (٢) الحفرَ بقلع أحجارٍ كانت له فيه (٣) ، أنه يلزمه التسويةُ ، ثم ذكروا طريقين (٤) :

أحدهما : قولان : بالنقل والتخريج ، أحدهما : لا ، من حيث إنه (٥) مقابلةُ فعل بمثله ، فهو بعيد ؛ كتكليف (٦) بناء الجدار بعد هَدْمِه ، والثاني : بلى ؛ لأن التسوية كما كان ممكنٌ ، والبناء يختلف .

والطريقة الثانية : الفرق تغليظًا على الغاصب في مطالبته بالأرش بعُدْوانِه (٧) .

أما إذا حفر بئرًا في داره ، فللغاصب طَمُّها (٨) ؛ لأنه في عُهْدِة الضمان لو تردَّى فيها (٩) إنسانٌ ، فلو قال المالك : أبرأتك عن الضمان ، فهل ينزل ذلك منزلةَ الرضا بالحفر ابتداءً فيه (١٠) في سقوط الضمان ؟ وجهان :

---

(١) قوله : « إن لم يجد » : مكرر في (أ) .
(٢) في (أ) : « حدث » .
(٣) في (أ) : « فيها » .
(٤) قال في الروضة : « هذا الذي ذكرناه من أول الفصل إلى هنا هو المذهب والذي يُفْتى به ، ووراءه تصرفٌ للأصحاب قالوا : نص هنا : أنه يجب أرشُ النقص الحاصل بالحفر ، ولم يوجب التسوية ؛ لأنه نصَّ على ذلك فيما إذا غرس الأرضَ المغصوبة ثم قلع بطلب المالك . ونصَّ فيما إذا باع أرضًا فيها أحجار مدفونة فنقلها : أنه يلزمه التسوية . فقيل قولان فيهما ، وقيل بتقرير النصين ، والفرق ضعيف . وكلام الغزالي يوهم ظاهرُه خلاف ما ذكرناه ، فلْيُتَأَوَّلْ على ما بَيَّنَّاه » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤١) .
(٥) في (أ) : « أن هذا » . وفي نسخة أخرى : « أن هذا » ، كذا على هامش الأصل .
(٦) في (أ) : « كتلف » .
(٧) في (أ) : « لعدوانه » .
(٨) في (أ) : « « طَمُّه » .
(٩) في (أ) : فيه » .
(١٠) قوله : « فيه » : ليس في (أ) .

فإن قلنا : نعم ، فليس له طَمُّها (1) ، وإلا فله ذلك ؛ نفيًا (2) للعهدة .

المسألة الرابعة : إذا أخصى الغاصبُ العبدَ : يلزمه كمالُ قيمته .

فإن سقط ذلك العضو بآفةٍ [سماوية] (3) فلا يلزمه شيءٌ ؛ لأن القيمةَ تزيد به (4) ولا ينقص . وكذا إذا كان سمينًا سمنًا مُفرِطًا ، فنقص بَعْضُه وزادت به قيمتُه : لم يلزمه شيءٌ .

وإن أخذ زيتًا وأغلاه (5) حتى ردَّه / إلى نصفه ، ولم تَنْقُصْ قيمتُه : يلزمه مثلُ ما نقص ؛ لأن له مثلًا بخلاف السمن . ١٠٦/ب

ولو (6) أغلى العصيرَ حتى نقص وزنُه وزادتْ قيمتُه ، فيجب مثلُ ما فات .

وقال ابن سريج : لا يجب (7) ؛ لأن الفائتَ هو المائيةُ (8) التي لا قيمةَ لها بخلاف الزيت ، فإن جميعَ أجزائه متقوَّمةٌ .

ولو هُزِلَت الجاريةُ ثم عادت سمينةً ، أو نسيت الصنعةَ ، ثم عادت (9) وتعلم أو تذكر (9) ،

---

(1) في (أ) : « طمه » .

(2) قوله : « نفيًا » : ليس في (أ) .

(3) زيادة من (أ) .

(4) قوله : « به » : ليس في (ب) .

(5) في (أ) : « فأغلاه » .

(6) في (أ) : « وإذا » .

(7) قال في الروضة : « ولو غصب عصيرًا فأغلاه ، فطريقان : أحدهما : أنه كالزيت فيضمن مثلَ العصير الذاهب إذا لم تَنْقُصْ قيمتُه على الأصح .

وأصحهما : لا ، فلا يضمن مثل العصير الذاهب إذا لم تنقص قيمته ؛ لأن الذاهب مائيَّتُه ، والذاهب من الزيت زيتٌ . ويجري الخلاف في العصير إذا صار خلًّا ونقصت عينُه دون قيمته » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٤٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٧٩) .

(8) في (أ) : « المايه » .

(9) في (أ) : « وتعلمت وتذكرت » .

ففي وجوب ضمانِ ما فات وجهان [1] .

أحدهما : أنه [2] يجب ، وإنما العائدُ رزقٌ جديد .

والثاني : أنه ينجبر [3] به ؛ لأنه ردَّ كما أخذ .

وفي التذكُّر أولى بأن ينجبر [4] ؛ لأنه عاد ما كان بالتذكر ، بخلاف السمن ، وكذا لو كسر الحَلْيَ ثم أعاد مثلَ تيك [5] الصنعةِ ، فعلى الخلاف .

ولو أعاد صنعةً أخرى لا ينجبر وإن كان أرفعَ مما كان ، حتى لو غصب نُقْرَةً قيمتُها درهمٌ ، واتخذ منه حَلْيًا قيمتُه عشرةٌ ، وجب ردُّ الحَلْيِ ولا يتَقوَّمُ له صنعةً ؛ لأنه متعدٌّ بها ، وللمالك أن يُجْبِرَه على الكسر ، والردِّ إلى ما كان .

فإن [6] نقص بكَسْرِه قيمةُ النُّقْرةِ : غرم النقصانَ فلا يغرم نقصانَ الكسر ؛ فإنه مجبرٌ عليه ، ولو كسر [7] بنفسه دون إجبار : غَرِمَ وإن كان من صَنعته ؛ لأنه صار ملكًا للمالك تبعًا للنقرة .

ولو غصب عصيرًا فصار خمرًا : غرم العصيرَ بمثله لفوات ماليته ، فلو انقلب خَلًّا فوجهان :

أحدهما : أنه يطالبه بمثل العصير ، والخلُّ أيضًا له ، وهو رزقٌ جديد .

---

(١) ذكر النووي أن الوجه الأول هو الأصح ، إذا هزلت الجارية ثم عادت سمينة .

أما إذا نسيت الصنعة ثم تذكرت أو تعلمت ، فالوجه الثاني : هو الأصح .

انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٨٠) .

(٢) قوله : « أنه » : ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « يجبر » .

(٤) في (أ) : « يتخير » .

(٥) في (أ) : « تلك » .

(٦) في (أ) : « كان » .

(٧) في (أ) : « كسره » .

والثاني : أنه يستردُّ الخلَّ وأرْشَ النقصان إن نقص قيمةُ الخلِّ من [1] العصير ، وهذا أعدل [2].

ومثلُ هذا الخلاف جارٍ في البيضة إذا تفرَّخَتْ ، والبَذْرُ إذا تَعفَّن وصار [3] زَرْعًا ، والأصلُ الاكتفاءُ بالزرع والفَرْخ ؛ لأنه استحاله في عين ملكه .

ولو غصب خمرًا فتخلَّل في يده ، أو جِلْدَ مَيْتَةٍ فدَبَغه ، ففي الجلد والخلِّ ثلاثةُ أوجه : الأصح : أنه للمغصوب منه .

والثاني : أنه للغاصب ؛ إذا حدثت الماليةُ بفعلِه .

والثالث : أن الجلدَ للمغصوب منه ، فإنّ اختصاصَه به كان محترقًا بخلاف الخمر [4] .

* * *

---

(١) في (أ) : « عن » .

(٢) ذكر في الروضة أنه الأصح . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٤٤ ، ٤٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٨٠ ، ١٨١) .

(٣) في (أ) : « فصار » .

(٤) في (أ) : « الخمر » .

الفصل الثاني : في الزيادة

وفيه خمس مسائل :

الأولى : زيادةُ الأثر : كما إذا غصب حنطةً فطحنها ، أو نُقْرَةً فصاغها ، أو ثوبًا فقصَّره أو خاطه ، أو طِنًّا فضربه لبنًا : فلا يملك الغاصبُ بشيء من ذلك .

وقال أبو حنيفة (١) - رحمه الله - : إذا أبطل أكثرَ منافعه مَلَكَه ، ثم لا يصير الغاصبُ شريكًا بسبب الصنعة ؛ لأنه عدوانٌ لا قيمةَ له فهو للمالك ، وللمالك أن يجبره على إعادته إلى ما كان إن أمكن [ذلك] (٢) ، أو تغريمِه (٣) أرْشَ النقصان إن نقص .

الثانية (٤) : **زيادة العين** ، بأن غصب ثوبًا قيمتُه عشرةٌ وصَبَغَه بصِبْغٍ من عنده

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن العين المغصوبةِ إذا تغيرت بفعل الغاصب ، وذلك كمن غصب حنطةً فطحنها ، أو غصب شاةً فذبحها وشواها ، فلا يملك الغاصب شيئًا من ذلك بل يرد ما هو قائمٌ مع أرش النقص إن نقصت القيمة .

ومذهب الحنفية : أن العين المغصوبة إذا تغيرت بفعل الغاصب حتى زال اسمُها وأعظم منافعها ، زال ملك المغصوب منه عنها ، ومَلَكها الغاصبُ ، وضمنها .

انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤٥ ، ٤٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٨٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٤١) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « تغريم » .

(٤) قال الحموي : « قوله : (الثانية : زيادة العين ، فإذا غصب ثوبًا قيمته عشرةٌ وصَبَغه بِصْبغ من عنده قيمته عشرة ، قال : فإن كان الثوب يساوي عشرين : فهو منهما ، وإن وجدنا زبونًا يشتريه بثلاثين : فهو بينهما ، وإن بِيعَ بخمسة عشر : فلصاحب الثوب عشرةٌ وللغاصب خمسة ، وإن لم يُشْتَرَ إلا بعشرة : فالكل لصاحب الثوب ، وإن لم يُشتَرَ إلا بثمانية : فهي لصاحب الثوب ويغرم الغاصب وله درهمان ، وهكذا التفصيلُ لو طيرت الريحُ ثوبًا وألْقته في إجانة صباغ) .

أقول : الوهم في هذا الفصل في قوله : (وهكذا التفصيل إذا طيرت الريح ثوبًا وألقته في إجانة صباغ) فإن هذا الإطلاق غلطٌ ؛ إذ من جملة التفصيل المذكور في الغصب ما إذا نقص بالصبغ ولم يُشتَرَ إلا بثمانية ، فإن الغاصبَ يغرم لصاحب الثوب درهمين ولا خلاف أن الأمر ليس كذلك في مسألة الريح ، فإنما مرادُه بالتفصيل في حالة الزيادة والتساوي والتسوية بين المسألتين فهما دون حالة النقصان ، إذ لا خلاف أنه لو نقصت قيمةُ الثوب بالصبغ لما طيره الريح ، أنه لا يضمن صاحبُ الصبغ النقصَ ؛ لأنه لا تفريط من جهته ، بخلاف مسألة الغصب فإنه متعدٍّ بغصب الثوب وبصبغه أيضًا ، فلزمه ضمانُ ما نقص من قيمة الثوب » .

قيمتُه عشرةٌ ، فإن كان الثوبُ يساوي عشرين : فهو بينهما ، فيباع بعشرين ويأخذ كلُّ واحدٍ عشرةً ، وإن وُجِدَ زَبُونٌ (١) اشترى (٢) بثلاثين : صرف إلى كلِّ واحدٍ خمسة عشر ، ولم يكن الصِّبْغُ كالخياطة ، فإن الخياطةَ عينُ العدوان ، والصبغ عينٌ مملوكةٌ .

وإن كان يُشترى بخمسة عشر ، فلصاحب (٣) الثوب عشرةٌ ، وللغاصب خمسةٌ ، والنقصانُ محسوبٌ على الصِّبغ ، فإنه تابعٌ .

ولو (٤) لم يُشْتَرَ إلا بعشرة : فالكل لصاحب الثوب . ولو لم يُشترَ إلا بثمانية : غَرِمَ الغاصبُ درهمين .

وهكذا (٥) التفصيلُ فيما لو طيَّر الريحُ ثوبًا وألقاه في إجانةِ صَبَّاغ .

وكذلك إذا غَصَب الصبغَ من إنسانٍ والثوبَ من إنسان ، فإن أثرَ العدوان لا يظهرفي إبطال الملك من عين الصبغ وهو عينُ ماله .

هذا كله إذا كان الفصلُ غيرَ ممكن . فإن قبل الصبغُ الفصلَ فللغاصب أن يَفْصِلَه كما له أن يَقْلَعَ غراسَه وزَرْعَه ، وإن كان يُؤدِّي إلى نقصان الثوب ، ولكن يَفْصِلُ ويَغْرَمُ أرشَ النقصان، فإن امتنع الغاصبُ فللمالك أن يجبره على الفصل ، ويُغَرِّمَه (٦) أرشَ نقصان الثوب ، كما في الغرس (٧) ، ونقل العراقيون (٨) عن ابن سريج : أنه لا يُجْبَر ؛ لأنه يؤدِّي إلى تفويت الصبغ ، فهو تعنُّت محضٌ ، بخلاف الزرع والغراس ؛ لأن الصبغَ يضيع بالفصل ، فإن كان لا يضيع ، يُجبر ، إلا إذا ظهر في الثوب نقصانٌ لا يفي الصبغُ

---

(١) في (أ) : « إن وَجَد زبونًا » .

(٢) في (أ) : « يشتري » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « لصاحب » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (ب) : « فلو » .

(٥) في (أ) : « وكذا » .

(٦) في (أ) : « ويغرم » .

(٧) في (أ) : « الغِراس » .

(٨) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩١ ، ٢٩٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٨٤) .

المفصولُ به فهو أيضًا ضياع .

فروع [أربعة] [١] :

أحدها : أن بَيْعَ الثوبِ دون الصبغ والصبغ دون الثوب فيه وجهان [٢] ، كالوجهين في قطعة أرضٍ لا مَمَرَّ لها ، إلا بأن يُشترى لها ممرٌّ ؛ لأنه لا يمكن الانتفاعُ بأحدهما دون الأخر .

الثاني : إذا أراد المالكُ بَيْعَ الثوب : أُجبر الغاصبُ على بيع الصبغ ؛ إذ لا يرغب في الثوب دونه ، فلا يعطل [٣] قيمة الثوب عليه .

ولو أراد الغاصبُ بيعَ الصبغ ، فهل يُجْبَر المالك على بيع الثوب ؟ وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنهما شريكان ، فلا يفترقان [٤] .

والثاني : لا [٥] ؛ لأنه مُتَعَدٍّ بصِبْغِه ، فلا يملك الإجبار .

الثالث : لو قال الغاصب : وُهِبْتُ الصِّبْغَ من المالك ، فهل يُجْبَرُ على القبول ؟ فيه [٦] وجهان [٧] مطلقان في طريقة العراق . ووجه الإجبار : التبعية كما في نَعْلِ الدابة المردودةِ بعَيْبٍ قديم ، إذا كان النعلُ للمشتري ، والوجه أن يفصل ، فإن كان الصبغُ

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) الأصح من هذين الوجهين : المنع ، كما في الروضة : (٥ / ٥٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٨٥) .

(٣) في (أ) : « تعطل » .

(٤) في (ب) : « فُرْقَان » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (٥/٥٠) ، مغني المحتاج : (٢/٢٩٢) ، نهاية المحتاج : (٥/١٨٥) .

(٦) قوله : « فيه » : ليس في (ب) .

(٧) أصح هذين الوجهين : أنه لا يجبر ، كما في الروضة : (٥ / ٤٩) .

معقودًا [(١)] لا يمكن فَصْلُه فيُجْبر [(٢)] أو قَبِلَ الفَصْلَ من غيرِ نقصانٍ [(٣)] ظاهرٍ في الصبغ والثوب فلا يجبر على القبول ؛ إذ لا ضرورةَ للغاصب في التمليك .

وإن [(٤)] كان يَقْبَلُ الفصلَ / ويَنْقُصُ قيمتُه وقلنا : إنه يُجْبَرَ على الفصل فعند هذا له ضرورةٌ في التمليك ، فينقدح وجهان ، ووجه الفرق بينه وبين النعل مع الاشتراك في نوع ضرورة : أنه مُتعدٍّ . ١٠٧/أ

الرابع : لو قال المغصوبُ منه : أبْذُلُ قيمة الصبغ وأتملكه عليك ؛ كما يفعل مُعِيرُ الأرض بغراس المستعير ، لم يمكن [(٥)] منه ؛ لأنه قادرٌ ها هنا على إجباره على الفصل مجانًا ، أو على البيع ، وبيعُ الثوب سهلٌ بخلاف العَقار .

المسألة الثالثة : إذا غصب أرضًا وبنى فيها أو زرع أو غرس ، فحكمه حكمُ الصبغ القابلِ للفَصْل ، وقد ذكرناه .

[المسألة] [(٦)] **الرابعة** : في الخَلْط ، إذا خلط الزيتَ المغصوبَ بزيتٍ هو مِلكُه .

نصُّ الشافعي [(٧)] – رضي اللّه عنه – [(٨)] يُشِيرُ على [(٨)] أنه هَلَك في حق المغصوب فيه ؛ إذ قال : للغاصب أن يُسَلِّمَ إليه [(٩)] مثلَ حقِّه من أي موضوعٍ شاء ، وقياسُ مذهبه : أن يتعينَّ فيما خَلَطَه به وأن يصيرا شريكين ؛ إذ ليس المالكُ بأن يُقَدِّرَ هلاكَ زيته بأولى من الغاصب ، ولا [(١٠)] أثرَ لفعل الغاصبِ عند الشافعي رضي اللّه عنه .

---

(١) في (أ) : « مقصودًا » .
(٢) قوله : « فيجبر » : ليس في (أ) ، (ب) .
(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « النقصان » والمثبت من (أ) .
(٤) في (أ) : « فإن » .
(٥) في (ب) : « تكن » .
(٦) زيادة من (أ) .
(٧) انظر الأم : (٣ / ٢٢٦) ، مختصر المزني : (٣ / ٤٢) ، روضة الطالبين : (٥ / ٥٢) ، مغني المحتاج : (٢/ ٢٩٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٨٥ – ١٨٦) .
(٨) في (أ) : « مشيرًا إلى » .
(٩) قوله : « إليه » : ليس في (أ) .
(١٠) في (أ) ، (ب) : « النص » .

فمن الأصحاب من قرَّر النصَّ وقال : (١ الزيتُ إذا اختلط بالزيت ١) انقلب ، وهذا تعليل الشافعي رضي اللّه عنه .

والإشكال قائمٌ ؛ إذا الخلطُ من الجانبين ، فلِمَ كان الهالكُ ملكَ المغصوب منه ؟

ومنهم من خرَّج قولًا على القياس وطرَدَ قولين .

ومنهم من قطع بأنه لو خلط بمثله فهما شريكان . ولو خلط بالأجود أو الأردأ ، فقولان (٢) .

التفريع : إن قلنا : هَلَكَ حقُّه ، فيغرم المثلَ من أين شاء .

فإن سَلَّمَ ما هو الأردأُ فله الردُّ ، وإن سلَّم ما هو أجودُ فعليه القبول .

وإن (٣) قلنا : يبقى ملكُه ، فلو خلطه بالمثل : قُسِمَ بينهما .

وإن خلط مكيلةً قيمتُها درهمٌ بمكيلةٍ قيمتُها درهمان : فتباع المكيلتان ويقسم [بينهما] (٤) على نسبةِ الملك .

فلو قال المالك : آخذُ ثلثي مكيلةٍ عن حقي ، فنصّ الشافعي - رضي اللّه عنه - : المنع (٥) ؛ لأنه ربا .

---

(١) في (أ) : « الزائب إذا اختلط بالزائب » ، كذا على هامش الأصل .

(٢) قال في الروضة : « إذا خلط المغصوبَ بغيره فقد يتعذر التمييز بينهما ، وقد لا . وإذا تعذر فقد يكون ذلك الغيرُ من جنسه ، وقد لا . فإن كان كالزيت بالزيت ، والحنطة ، نُظِرَ : فإن خَلَطَه بأجود من المغصوب أو مثلِه أو أردأ منه ، فالمذهب النص : أنه كالهالك حتى يتمكن الغاصبُ من أن يعطيه قَدْرَ حقِّه من غير المخلوط . وقيل : قولان : أحدهما : هذا . والثاني : يشتركان في المخلوط ، ويرجع في قدر حقه من نفس المخلوط . وقيل : إن خلط بالمثل اشتركا ، وإلا فكالهالك » .

انظر الروضة : (٥ / ٥٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٨٥ ، ١٨٦) .

(٣) في (ب) : « فإن » .

(٤) زيادة من (ب)

(٥) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٥٢ ، ٥٣) .

ونقل البويطي : الجواز (١) ، وكأنه (٢) أسقط بعضَ حقِّه ، وسمح عليه بصفةِ الجود في الباقي ، وهو بعيد .

فروع :

أحدها : خلْطُ الدقيق كخلطِ الزيت .

الثاني : خليطُ الزيت بجنسٍ آخر كالشَّيْرَج ، فيه طريقان (٣) : منهم من قطع بأنه كالهالك ، ومنهم من طرد الخلاف .

الثالث : خلط ماء الورد بالماء ، فإن بطلت رائحتُه : فإهلاكٌ ، وإلا فهو خلطٌ بغير الجنس .

الرابع : خلط الحنطة (٤ البيضاء بالحمراء ٤) ، أو السمسم بالكتان : فعليه التمييزُ ، وإن تَعِبَ فيه لأنه متعدٌّ [فيه] (٥) .

المسألة الخامسة : في التركيب : فإذا غصب سَاجَةً ، وأدرجها في بِنايةٍ : نزع (٦) ، وهُدِم عليه بناؤه ، خلافًا لأبي حنيفة (٧) .

---

(١) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٥٢ ، ٥٣) .

(٢) في (ب) : « فكأنه » .

(٣) قال في الروضة : « خلط المغصوب بغير الجنس ، كزيت بشَيْرَج أو دُهْنِ جوز ، أو دقيق حنطة بدقيق شعير : فالمغصوب هالكٌ لبطلان فائدةِ خاصيته ، بخلاف الجيد بالرديء . وقيل : هو على الخلاف السابق ، واختيار المتولي الشركة هناك وهنا » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٥٣) .

(٤) في (أ) : « الحمراء بالبيضاء » .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) في (ب) : « نزعت » .

(٧) **مذهب الشافعية** أن من غصب خشبةً وأدخلها في بناءٍ أو بنى عليها فإنه لا يملكها ، بل عليه نَزْعُها وردُّها إلى مالكها .

ومذهب الحنفية : أن من غصب خشبةً وأدخلها في بناءٍ قيمتُه أكثرُ من قيمتها زال ملكُ مالكها عنها ، ولزم الغاصبَ قيمتُها ، ولا يقلعها للمالك ؛ لأن في القلع ضررًا ظاهرًا للغاصب من غير فائدةٍ تعود على المالك الذي ينجبر ضررُه بالضمان . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٥٤ ، ٥٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٨٩) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٤٢) .

ولو غصب لوحًا وأدرجها [١] في سفينة فكمثل ، إلا إذا كان فيه حيوانٌ محترم أو مالٌ لغير الغاصب ، وأدّى نزعُه إلى فواته ، فيغرم الغاصبُ القيمةَ في الحال ؛ للحيلولة ، ويُؤَخَّرُ نزعُه إلى أن يُنتهى إلى الساحل . وإن [٢] لم يكن فيه إلا مالُ الغاصب فوجهان : أحدهما : لا يبالى به ، فإنه متعدٍّ ، ولذلك نخسره في مؤنة الردِّ مالًا ، وهذا كمؤنة الرد . والثاني : أنه يؤخر [٣] ؛ لأن مالهَ محترمٌ في غير محلِّ العدوان ، بخلاف البناء على السَّاجَةِ فإنه عدوانٌ ، بخلاف [٤] مؤنة الردِّ ، فإنه سعي في الخروج عن الواجب .

أما إذا [٥] غصب خَيْطًا وخاط به جُرْحَ حيوانٍ محترم ، وخِيفَ من النزع [٦] الهلاكُ ، فلا يجب إلا القيمةُ . وكلُّ حيوانٍ متموَّلٍ لا يُؤكَلُ لحمُه فهو محترمٌ .

وفيما يؤكل لحمُه خلاف ؛ لأن ذَبْحَه ممكنٌ ولكنه لغير مأكلةٍ ، وهو منهيٌّ عنه ،

---

(١) في (ب) : « وأدرجه » . (٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٥/٥٥) ، مغني المحتاج : (٢/٢٩٣) ، نهاية المحتاج : (٥/١٩٠) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ويخالف » .

(٥) قال الحموي : « قوله : (إذا غصب خيطًا فخاط به جراح حيوان محترم وخِيف الهلاكُ من النزع : لم ينزع ووجبت القيمةُ) . قال بعد هذا : (وأما الخنزير والكلب العقورُ فينزع منه ، وفي العبد المرتد والميت خلافٌ ؛ لأن المُثْلة فيهما أيضًا محذورٌ ، فلا يبعد أن يقاوم غرض الاختصاص بمالية العين) .

أقول : الوهم وقع في هذا في تركيبِ قوله : (فلا يبعد أن يقاوم غرض الاختصاص بمالية العين) عقب قوله : (وفي العبد والمرتد خلاف لأن المثلة أيضًا فيهما محذور) فإن هذا الكلام الثاني لا تعلق له بالأول ولا يمسُّه ولا بينهما ارتباطٌ أصلًا ، وصوابُه : أن الشيخ - رحمه اللّه - نهي عن مسألة لم يذكرها في « الوسيط » ووقع تركُها وهمًا ، ولعله من أصل النسخة المسودة له ، وإن كان بشرًا يَطْرَأُ عليه السهوُ والغفلةُ والغلط والوهم والنسيان يذكر عليه المسألة المتروكة ، وقد ذكرها الإمام في « النهاية » والشيخ في « البسيط » وهو ما إذا غصب خيطًا وخاط به جرحَ كلبِ صيدٍ ، فإنه ليس بمملوك ولكنْ لصاحبه يدُ اختصاصٍ جائزةٌ بالشرع ، فهل يلحق بالحيوان الذي لا يؤكل وهو مملوك طاهر كالحمار مثلًا ؟ فيه تردد قال : فلا يبعد أن يقام غرض الاختصاص من كلب الصيد لمالية الحمار ؛ وهذا إيضاحُ الصواب في هذه المسألة وهي في غاية الظهور ولا ينتبه له إلا فقيه موفق .

(٦) في (ب) : « نزعه » .

وأما الخنزير والكلب العقور (١) : فيُنْزَعُ منه ، وفي العبد المرْتَدِّ والميت خلافٌ ؛ لأن المُثْلَةَ (٢ أيضًا فيهما ٢) محذورٌ ، فلا يبعد أن يقاوم غرض الاختصاص بمالية العين .

ولو كان يخاف من نزع الخيط من الآدمي طولَ الضَّنى ، وبقاء الشَّيْنِ ، فيه (٣) خلاف كمثله في العدول إلى التيمم عن الوضوء .

وحيث منعنا النزعَ ، فيجوز الأخذُ ابتداءً من مال الغير إذا لم يجد غيرَه ، وإن تعدَّى في الابتداء وصار إلى حالٍ يخاف النزع فلا ينزع الآن ؛ للضرورة .

فرعان :

أحدهما : فَصِيلٌ أدخله في بيته فَكَبِرَ (٤) فيه ؟ يُنْقَضُ بناؤه ويخرج ؛ لأنه متعدٍّ .

وإن دخل بنفسه ، فيخرج لحقِّ الحيوان . وهل يغرم صاحبُ الفصيل أرْشَ النقض ؛ لتخليص مِلكه ؟ فيه خلاف (٥) .

وكذا إذا سقط دينارٌ في مَحْبَرَةٍ بقَصْدِ صاحب المحبرة أو بغير قصده ، فهو كالفصيل .

الثاني : زَوْجُ (٦) خُفٍّ يساوي عشرةً ، غصب غاصبٌ (٧ فَرْدَ خُفٍّ ٧) ، وقيمةُ

---

(١) قوله : « العقور » : ليس في (ب) . (٢) في (ب) : « فيهما أيضًا » .

(٣) في (ب) : « ففيه » . (٤) في (ب) : « وكبر » .

(٥) قال في الروضة : « وإن دخل بنفسه نقض أيضًا ، ولزم صاحب الفصيل أرشُ النقص على المذهب ، وبه قطع العراقيون. وقيل وجهان . ثانيهما : لا أرش عليه » .انظر روضة الطالبين : (٥/ ٥٧) ، مغني المحتاج : (٢/ ٢٩٥) .

(٦) قال الحموي : « قوله : (فيه زوج خف يساوي عشرة غَصَبَ أحدَها وقيمة الباقي تامة ، ففيه ثلاثة أوجه : أحدها : أنه يقدم تسعة ؛ لأن ما أخذه يساوى ثلاثة والباقي فات بأخذه . والثاني : يغرم ثلاثة ، لأن قيمته ما أخذ فيشتري به المالكُ فردَ خفٍّ آخر وليعود كمال قيمته .والثالث : يغرم خمسة توزيعًا لنقصان الانفراد ، فإنه لو أتلف غيره - الفرد الثاني - لوجبت التسوية بينهما) .

قال المصنف : ما ذكره الشيخ يَرِدُ عليه إشكالٌ فإنه قال : (لو أتلف غيرِهِ الفرد الثاني لوجبت التسوية بينهما) فإنه ليس كذلك ، والمنقول : أنه يلزمه ثلاثةُ دراهم قولًا واحدًا ، بل أبلغ وذلك أنه لو عاد وأتلف الفردَ الثاني لا يلزمه أكثرُ من قيمته . وإن كان كذلك إلا أن بعضَ أصحابنا ذكر ما ذكره الشيخ ولا يبعد اتجاهُه .

(٧) في (ب) : « أحدهما » .

الباقي ثلاثة ، فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه [١] يَغْرَمُ سبعةً ؛ لأن ما أخذَه يساوي ثلاثةً ، والباقي فات بأخذه .

والثاني : يغرم ثلاثةً ؛ لأنه [٢] قيمةُ ما أخذه ، فليشترِ به المالكُ فَرْدَ خُفٍّ ؛ ليعود كمالُ قيمته .

والثالث [٣] : يغرم خمسةً توزيعًا لنقصان الانفراد ، فإنه [٤] لو أتلف غيره الفرد الثاني لوجب التسويةُ بينهما .

* * *

---

(١) قوله : « أنه » : ليس في (أ) .

(٢) في (ب) : « لأنها » .

(٣) ذكر النووي أن هذا الوجه هو الأقوى ، وإن كان الأكثرون على ترجيح الوجه الأول ، وعليه العمل انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٥٨ ، ٥٩) .

(٤) في (ب) : « لأنه » .

الفصل الثالث :

في تصرفات الغاصب

والنظر في طرفين :

الأول في الوطء : فإذا باع [1] جاريةً مغصوبةً [1] فوطئها المشتري ، إن كان عالمًا بالغصب : لزمة الحدُّ ، ويلزمه المَهْرُ إن كانت الجاريةُ مستكرهةً ، وإن [2] كانت راضية فوجهان :

أحدهما : يجب ؛ لأن المهرَ للسيد ، فلا أثر لرضاها / بخلاف الحرة . ١٠٧/ب

والثاني : لا [3] لقوله - عليه السلام - : « لا مَهْرَ لِبَغِيَّةٍ » [4] [5] ، وهذا عام .

ثم إن وطئ على ظَنٍّ [الجواز] [6] ، فلا يلزمه إلا مهرٌ واحدٌ ، وإن وطئ مرارًا ، ما دامت الشبهةُ متَّحدةً ؛ اعتبارًا لسبب الحرمة بالنكاح الذي هو الأصل .

وإذا [7] أوجبنا المهرَ في صورة الاستكراه ، ووطئ مرارًا : تردد فيه الشيخ

---

(١) في (ب) : « الجارية المغصوبة » . (٢) في (ب) : « فإن » .

(٣) وهذا الوجه هو الصحيح المنصوص ، وقيل : على المشهور ، كما في الروضة : (٥ / ٦٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٩٠ ، ١٩١) .

(٤) في (ب) : « لبغيٍّ » .

(٥) أخرج البخاري أن النبي ﷺ : « نهى عن مهر البغي » (٤ / ٤٩٧) (٣٤) كتاب البيوع (١١٣) باب ثمن الكلب (٢٢٣٧) ، وأطرافه : (٢٢٨٢ ، ٥٣٤٦ ، ٥٧٦١) ، ومسلم : (٣ / ١١٩٨) (٢٢) كتاب المساقاة (٩) . باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي (١٥٦٧) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٥) كتاب البيوع باب في حلوان الكاهن (٣٤٢٨) ، والترمذي : (٣ / ٥٧٥) (١٢) كتاب البيوع (٤٦) باب ما جاء في ثمن الكلب (١٢٧٦) ، والنسائي : (٧ / ٣٠٩) (٤٤) كتاب البيوع (٩١) باب بيع الكلب (٤٦٦٦) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٣٠) (١٢) كتاب التجارات (٩) باب النهي عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وعسب الفحل (٢١٥٩) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٥٥) . حديث رقم : (١٢٧٣) .

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) . (٧) في (ب) : « فإذا » .

أبو محمد ، ومَيْلُ الإمام إلى التعدُّد (١) ؛ لأن مستندَه الإتلافُ لا الشبهةُ ، وقد تعدد الإتلافُ .

وهل للمالك مطالبةُ الغاصب بالمهر ، فإنه وجب بالوطء في يده (٢) ؟ فيه تردد من حيث إن اليدَ لا تثبت على منافع البُضْعِ ، وهذا بدَلُه .

أما الولد ، فهو رقيقٌ إن كان عالماً ، ولا نَسَبَ له ، فإنه ولدُ الزنا .

وإن (٣) انفصل حيًّا انفصل من ضمانه ، فإن مات ضَمِنَه ، وإن انفصل ميتًا ، فالأظهر (٤) : أنه لا يضمن ، لأنه لم يَستيقِنْ حياتَه ، بخلاف ما إذا انفصل ميتًا بجنايةٍ ، فإنه يُحال الموتُ على السبب الظاهر ، وفيه وجه : أنه يضمن ، لأنه مات (٥) تحت يده ، بخلاف الولدِ لو كان حُرًّا عند الجهل ، وانفصل ميتًا ، فإن اليدَ لا تثبت على الحر .

وعلى هذا لا يمكن أن يَغْرَمَ عُشْرَ قيمةِ الأم ؛ لأنه فواتٌ بآفةٍ سماويةٍ والتقديرُ نتيجةُ الجناية ، فيلزم أن يغرم كلَّ قيمته بتقدير حياته ، وكذلك في البهيمة ، وهو بعيد .

الطرف الثاني : فيما يَرْجِعُ به المشتري على الغاصب :

إن كان عالماً : لم يرجع بشيء ؛ لأنه غاصبٌ مثلُه وتَلِفَ تحت يده .

وإن كان جاهلًا : فلا يرجع بقيمة العين إن تلف تحت يده ؛ لأنه دخل فيه على شرط الضمان .

ونقل صاحب التقريب قولًا (٦) في القَدْر الزائد على الثمن : أنه يَرْجِعُ به .

أما زيادةُ القيمة قبل قبض المشتري : لا يُطَالِبُ به المشترِيَ بحال ، وإنما يطالب به الغاصبَ .

---

(١) والأصح : تعدد المهر بتعدد الوطء إذا كان عالماً بغصب الجارية ، كما في الروضة : (٥ / ٦١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٩٠) .

(٢) الأصح : أن للمالك مطالبةَ الغاصب بالمهر ، كما في الروضة : (٥ / ٦٠) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

(٤) ذكر النووي أن ظاهر النص : أنه يضمن ؛ لثبوت اليد عليه تبعا للأم . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٦١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٩١) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فات » .

(٦) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٦٣) .

وأما أجرةُ المنفعة التي فاتت تحت يده يرجع بها ، وما فات باستيفائه فيخرج على قولَي الغرور مع مباشرة الإتلاف . فكذا (١) مهر المثل إذا غرمه بالوطء ، [فإنه] (٢) متلفٌ ، والغاصبُ غارٌّ والمتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر ؛ لأنه دخل على قصد ضمانِ البضع ، ويرجع المشتري بقيمة الولد ؛ لأن الشراءَ لا يُوجِبُ ضمانَه ، وكذا الزوجُ .

ولو بنى فقلع بناءَه ، فالأظهر (٣) : أنه يرجع بأرشِ نقضِ الهدم على الغاصب ؛ لأنه فات بغروره ، وإليه ميلُ القاضي .

وفيه وجه : أنه متلِفٌ بالبناء ، فلا يرجع ، ولا خلاف أنه لا يرجع بما أنفق ؛ لأن ذلك يتفاوت فيه الناسُ .

ولو تعيَّب المغصوبُ في يد المشتري ، نص الشافعي - رضي اللّه عنه - : أنه يرجع .

قال المزني (٤) : هو خلاف قياسه ؛ لأن الكلَّ من ضمانه حتى لم يرجع فيه (٥) فكيف يرجع بالأجزاء ؟ فمن الأصحاب من وافق .

وذهب ابن سريج إلى تقرير النص ، وهو أن ضمانَ المشتري ضمانُ عقدٍ ، والعقدُ لا يوجب ضمانَ الأجزاء ، وكذلك (٦) إذا تعيَّب قبل القبض وجب الإجارةُ بكل الثمن .

ولو باع عبدًا بجاريةٍ ، ثم ردَّ الجارية بالعَيْب ، والعبدُ مَعِيبٌ بعيبٍ حادثٍ : لم يَجُزْ له طلبُ الأرش معه ، بل عليه أخْذُه أو أخذُ قيمته ، فلا يضمن أجزاؤه مع ردِّ عينه .

فرع :

نقصانُ الولادة - عندنا (٧) - لا ينجبر بالولد ، خلافًا لأبي حنيفة رحمة اللّه عليه .

***

---

(١) في (أ) : « وكذا » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) ذكر في الروضة : أنه الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٦٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٥) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٩٣) .

(٤) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٦٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٥) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٩٢) .

(٥) في (أ) : « به » .

(٦) في (أ) : « ولذلك » .

(٧) قوله : « عندنا » : ليس في (أ) .

كِتَابُ السَّلَمِ والقَرْضِ

كتاب السَّلَمِ والقَرْض

وفيه قسمان :

القسم الأول : السَّلَم

والأصل فيه قوله – عليه السلام – : « مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ في كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، وَوَزْنٍ مَعْلُوم ، إلى أَجَلٍ مَعْلُوم » (١) .

والدين يثبت في الذمة اختيارًا بالمعاوضة والقَرْض .

أما المعاوضة فالبيع ، وفي معناها سائرُ المعاوضات في حق إثبات المال في الذمة .

وأما السَّلم ، ففيه ثلاثة أبواب :

---

(١) أخرجه البخاري : (٤/٥٠٠ ، ٥٠١) (٣٥) كتاب السلم (٢) باب السَّلَم في وزن معلوم (٢٢٤٠) بلفظ : « من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » وفي رواية : « .. فليُسْلِفْ في كيل معلوم إلى أجل معلوم » ، ومسلم : (٣/١٢٢٦) (٢٢) كتابُ المساقاة (٢٥) باب السلم (١٦٠٤) ، وأبو داود : (٣/٢٧٣) ( ) كتاب البيوع ( ) باب في السلف (٣٤٦٣) ، والترمذي : (٣/٦٠٢) (١٢) كتاب البيوع (٧٠) ما جاء في السلف في الطعام والتمر (١٣١١) ، والنسائي : (٧/٢٩٠) (٤٤) كتاب البيوع (٦٣) باب السلف في الثمار (٤٦١٦) ، وابن ماجه : (٢/٧٦٥) (١٢) كتاب التجارات (٥٩) باب « السلف في كيل معلوم (٢٢٨٠) .

الباب الأول : في شرائطه

وهي سبعة :

الأول : أن يكون المُسْلَمُ فيه دينًا :

لأن لفظَ (١ السَّلَمِ والسَّلَفِ ١) للدين ، فإن قيل : فلو عقد البيعَ بلفظ السلم بأن قال : أسْلَمْتُ إليك هذا الثوبَ في هذا العبد .

قلنا : لم ينعقد سَلَمًا ، وفي انعقاد البيع به قولان ذكرهما القاضي :

أحدهما : لا (٢) ؛ لأن لفظَ السَّلَم (٣ ينبو عن العين ٣) .

والثاني : نعم ؛ لأن المقصودَ بحكم الحال صار معلومًا منه ، وهو قريبٌ مما إذا قال : بعتك (٤) بلا ثمن . أنه هل ينعقد [ذلك] (٥) هبةً ؟

فإن قيل : فلو أسلم بلفظ الشراء ، فقال : اشتريْتُ منك مائة كُرٍّ من حنطةٍ (٦) صفتُها كَيْتُ وكيت ؟

قلنا : ينعقد ذلك .

وفي ثبوت شرائط السلم ، من تسليمِ رأس المال ، ومَنْع الاعتياض ، وجهان :

أحدهما : أنه يثبت ؛ لأن هذه الشرائطَ منوطةٌ ببَذْلِ المال في مقابلةِ دَيْنٍ ، لا باسم السلم .

والثاني (٧) : أنه منوطٌ باسم السلم / ؛ إذ ليس يُعْقَلُ فيه المعنى . ٧٧ / ب

نعم ، هل يجوز الاعتياضُ على هذا عن الحنطة ؟ [فيه] (٨) طريقان :

---

(١) في (أ) : « السلف والسلم » .

(٢) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (٦/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٤/٢) ، نهاية المحتاج : (١٨٨/٤) .

(٣) في (أ) : « ينبو عنه لعين » .

(٤) في (أ) : « بعت » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « الحنطة » .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٦/٤) .

(٨) زيادة من (أ) .

منهم من قال : فيه قولان ، كما في الثمن .

ومنهم من قطع بالمنع ؛ لأنه مقصودٌ في جنسه بخلاف الثمن .

فإن قيل : [و] (١) هل يُشترط في المسْلَمِ فيه بعد كونه دينًا تأجيلُه ؟

قلنا : لا ، خلافًا لأبي حنيفة (٢) - رحمه الله - ؛ إذ قال الشافعي - رضي الله عنه - : إذا جاز السَّلَمُ مؤجَّلًا فهو حالًّا (٣) أجوزُ ، وعن الغَرَرِ أبعدُ .

ثم له ثلاثة أحوال :

[إحداها] (٤) : أن يُصرِّحَ بالحُلُول ، فهو حالٌّ (٥) .

والآخر : أن يُطْلِقَ ، ففيه وجهان :

أحدهما : البطلان ؛ لأن مُطْلَقَه يُشْعِر بالأجَل ، وهو مجهول .

والأصح : الصحة ؛ لأن السلمَ بيعٌ إلا أنه في دَيْن .

الثالثة : أن يُصرِّحَ بالأجَل ، فلابد وأن يكون معلومًا .

وفيه مسائل :

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز السلمُ حالًّا كما يجوز مؤجَّلًا .

ومذهب الحنفية : أنه لا يصح السلمُ إلا مؤجلًا .

انظر : روضة الطالبين : (٧/٤) ، ومغني المحتاج : (١٠٥/٢) ، نهاية المحتاج : (١٩٠/٤) ، **مختصر** الطحاوي : (٨٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣٤/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢٦١/٢) .

(٣) في (أ) : « حالّ » ، وفي (ب) : « فالحالّ » .

(٤) زيادة من (ب) ، وفي (أ) : « أحدها » .

(٥) في (أ) : « الحال » .

الأولى : أن التأجيلَ بالحَصَاد [والعطاء] [١] والقِطَافِ والدِّيَاس ، وما يتقدَّم ويتأخَّر : فاسدٌ ؛ فإنه [٢] مجهول .

والمذهب [٣] : جوازُ تأقِيتِه بالنَّيْرُوزِ والمهرجان ؛ فإنه معلوم ، وكذا بِفصحِ النصارى وفطرِ [٤] اليهود ، إن كان يُعْلَمُ ذلك دون مراجعتهم ؛ فإنه لا يُعْتَمَدُ على أقوالهم .

ولو أقَّت بنَفْرِ الحجيج ، فوجهان [٥] ؛ لأن للحجيج نَفْرَيْن .

ومن صحَّح نَزَّل [٦] على الأول ، وهو جارٍ في تأجيله إلى ربيعٍ وجُمَادَى ؛ فإنه متعددٌ ، وتعيينُ [٧] الأول [للأداء] [٨] محتمَلٌ .

الثانية : لو قال : إلى شهر رمضان أو إلى [أول] [٩] يوم الجمعة : يصح ، ويحل الأجلُ بأولِ جُزْءٍ من رمضان والجمعة .

ولو قال : [١٠] تؤدِّيه في رمضان ، أو في الجمعة [١٠] : لم يجز ؛ لأنه جَعَلَه ظرْفًا ولم يُبيِّنْ وقتَه .

ولو قال : إلى ثلاثةِ أشهر ، وهو وقتُ مستهَلِّ الهلال : حُسِبَ الأشهرُ الثلاث [١١] بالأهلة .

وإن كان في أثناء الشهر كُمِّل ذلك الشهرُ ثلاثين [١٢] ، واحْتُسب شهران بالأهلة ،

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « لأنه » .
(٣) انظر : روضة الطالبين : (٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٥/٢) ، نهاية المحتاج : (١٩١/٤) .
(٤) في (أ) : « وفطير » .
(٥) والأصح من هذين الوجهين – وهو المنصوص – : صحته ، ويحمل على النظر الأول لتحقُّق الاسم به . انظر : روضة الطالبين : (٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٦/٢) ، الأم : (٨٥/٣) .
(٦) في (أ) : « نزله » .
(٧) في (أ) : « وتعيُّن » .
(٨) زيادة من (ب) .
(٩) زيادة من (أ) .
(١٠) في (أ) : « تؤدِّه في يوم الجمعة » .
(١١) في (أ) : « الثلاثة » .
(١٢) في (ب) « ثلاثون » .

اتباعًا لفهم أهلِ العادة في اتباع الأهلة .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : إذا انكسر شهرٌ واحد كُمِّل كلُّ شهر (١ ثلاثين ثلاثين ١) .

أما إذا قال : إلى أول الشهر أو [إلى] (٢) آخره :

قال الأصحاب : هو باطلٌ ؛ لأن أولَ الشهر يُعَبَّرُ به عن النصف الأول (٣) ، والعُشْرِ الأول . وكذا الآخِرُ ، فهو مجهول .

قال إمام الحرمين (٤) : إذا لم يكن للشافعي - رضي الله عنه - فيه نصٌّ ، والمسألةُ لفظيةٌ فليس يبعد مخالفة الأصحاب ؛ إذ يظهر أن يقال : المفهومُ منه أولُ جزءٍ من الشهر . (٥ وآخرُ جزءٍ منه ٥) ، فلا (٦) فَرْقَ بين أن يقول : إلى رمضان ، أو يقول : إلى أول رمضان ، (٧ ولا بين أن يقول ٧) : إلى العيد : أو إلى آخر رمضان .

الثالثة : قال الشافعي - رضي الله عنه - (٨) : لو (٩ لم ٩) يذكر أجلًا فذكراه قبل التفرق : جاز (١٠) ، وهذا يكاد يكون إلحاقَ زيادةٍ بالعقد في مجلس العقد ، وطرده (١١) الأصحابُ في إلحاقات (١٢) الزيادات في المجلس .

---

(١) في (ب) : « ثلاثون ثلاثون » .
(٢) زيادة من (أ) .

(٣) كلمة : « الأول » : ليست في (أ) .

(٤) انظر : روضة الطالبين : (١٠/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٦/٢) ، نهاية المحتاج : (١٩٠/٤) .

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « ولا » .
(٧) في (أ) : « أو يقول » .

(٨) انظر : الأم : (٨٦/٣) ، مختصر المزني : (٢٠٧/٢) ، روضة الطالبين : (٧/٤) .

(٩) في (أ) : « ولم » .

(١٠) في الأصل ونسخة (ب) : « جاد » ، والمثبت من (أ) .

(١١) في (أ) : « فطرده » .
(١٢) في (أ) : « إلحاق » .

وكان الشافعي - رضي الله عنه - [1] يقول : السَّلَمُ المطلَقُ لا يصرح [2] بالحلول ، بل هو موقوفٌ في حقِّ الأجل ، على أن يتفرقا فالمجلسُ وقت البيان للأجل ، ولو ذكر أجلًا مجهولًا وحذف في المجلس لم ينقلب [3] العقدُ بعد فسادِه صحيحًا ؛ لأن المجلسَ حريمٌ لعقدٍ منعقد ، فإذا فسد فلا حريمَ له .

وحُكي عن صاحب التقريب وجه [4] : أنه ينحذف [5] ، وهو بعيد .

---

(١) انظر : روضة الطالبين : (٤/٧) ، مغني المحتاج : (٢/١٠٥) ، نهاية المحتاج : (٤/١٩٠) .

(٢) في (أ) : « تصرح » .

(٣) غير واضحة في (أ) .

(٤) في (أ) : « وجهًا » .

(٥) في (أ) : « يحذف » .

الشرط الثاني : القدرة على التسليم

والعجزُ مانعٌ ، و[هو] (١) ينقسم إلى المقارِنِ والطارئ .

أما المقارِن : فلو أسلم في مفقودٍ حالةَ العقد موجودٍ لدى المحلِّ : صحَّ عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله - (٢) ؛ لأن القدرةَ [عنده] (٣) تُعتبر وقتَ الوجوب بحكم الشرط ، ولو كان مفقودَ الجنس لدى المحلِّ : بطل وفاقاً .

وإن وُجِدَ في موضع آخر ، فإن قَرُب من البلد بحيث يُنْقَلُ إليه ذلك الشيء لغرض المعاملة : جاز ، وإن كان لا يُنقل إلا في مصادرةٍ أو بخفةٍ مع عُسْرٍ : (٤ فلا يصح .

ولو أسلم في وقتِ الباكورةِ في قَدْرٍ كثيرٍ يَتَعَسَّرُ تحصيلُه ، ولكن يمكن بعد عُسْرٍ ٤) : ففيه وجهان (٥) ، وهو قريبٌ من بيع الطائر المُفْلِتِ في دارٍ فيحاءَ بعُسْرِ (٦) أخْذِه ، ولم يُذْكَرْ هذا الوجهُ فيما يَعْسُرُ نقلُه إلى مكان التسليم ؛ لأن التشاغلَ بنقله (٧) قبل وجوبه لا يجب ، وبعد وجوبه يفتقر إلى مدة فيتراخى عن وقت الاستحقاق ، وليس يبعد أيضًا (٨)

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) **مذهب الشافعية** : : أنه لا يُشترط وجودُ المُسْلَمِ فيه حالةَ العقد ، فيصح السَّلَم ، ولو أسلم في مفقودٍ حالة العقد ، وإنما يُشْترط - للقدرة على تسليمه - وجودُه عند المحلّ .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز السَّلَمُ إلا في موجودٍ في وقت وقوع السلم وفي حين حلوله ، وفيما بعد وقوع السَّلم إلى حلوله . انظر : روضة الطالبين : (١١/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٦/٢) ، نهاية المحتاج : (١٩٢/٤) ، مختصر الطحاوي : (٨٦) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢٦٠/٢) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٥) ذكر في الروضة أن الأقربَ من الوجهين إلى كلام الأكثرين : البطلان . انظر : روضة الطالبين : (٤/ ١١) ، مغني المحتاج : (١٠٦/٢) ، نهاية المحتاج : (١٩٢/٤) .

(٦) في (أ) : « يعسر أخْذُه » .

(٧) كلمة : « بنقله » : ليست في (أ) .

(٨) كلمة : « أيضًا » : ليست في (أ) .

ذِكرُ وجهٍ فيه .

أما العجز الطارئ : فهو طريانُ آفةٍ قاطعةٍ للجنس ، ففي انفساخ العقد قولان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه لو اقترن بالابتداء لَمُنِعَ فأشبهَ تَلفَ المبيع [قبل القبض] (١) .

والثاني (٢) : لا ؛ لأن الوفاءَ به في السنة الثانية ممكنٌ ، والعقدُ واردٌ على الذمة فأشْبَهَ إباقَ المبيع ، فإنه يُثْبِتُ الخيارَ ، ثم ليس هذا الخيارُ على الفَوْر ، وهو كخيار الإباق وخيار المرأة في الإيلاء ؛ لأنه نتيجةُ حقِّ المطالبة بالمستحق وهو قائمٌ متجددٌ في كلِّ حالٍ .

والأصح : أنه لا يسقط . وإن صرَّح بالإسقاط ، كما لا يسقط بالتأخير ، وفيه وجه : أنه يسقط .

فرع : لو انقطع قبل المحلِّ وعُلِمَ (٣ دوامُ الانقطاع إلى المحل ٣) : ففي تنجُّزِ الانفساخ والفسخ (٤) قولان (٥) يضاهيان ما إذا قال : والله لآكُلَنَّ هذا الطعامَ غَدًا ، فتَلِفَ قبل الغدِ بآفةٍ ، هل (٦) يَحْنَثُ في الحال ؛ وهو محتمَلٌ جدًّا .

---

(١) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) .

(٢) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (١١/٤) مغني المحتاج : (١٠٦/٢) ، نهاية المحتاج : (٤/ ١٩٣، ١٩٤) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « دوامه » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « أو الفسخ » .

(٥) قال في الروضة : « لو انقطع بعضُ المسلم فيه ، فقد ذكرنا حكْمَه في باب تفريق الصفقة ، ولو أسلم فيما يعم عند المحل ، فعرضت آفةٌ علم بها انقطاعُ الجنس عن المحل ، فهل يتنجَّز حكمُ الانقطاع في الحال ، أم يتأخر إلى المحل ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني » . انظر : روضة الطالبين : (١٢/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٦/٢) ، نهاية المحتاج : (١٩٤/٤) .

(٦) في (أ) : « فهل » .

الشرط الثالث : أن يكون المُسْلَمُ فيه معلومَ الوصف

ولا [١] يمكن استقصاءُ كلِّ وصفٍ مقصودٍ ، ولكنْ [كلُّ] [٢] وصف مقصود تختلف به القيمةُ اختلافاً ظاهرًا ، / فقد صاغ أهلُ اللغة عنه [٣] عبارةً ، فلابُدَّ من ذكره ، ٧٨/أ ثم ينزل كلُّ وصفٍ على أقلِّ الدرجات ، فإذا ذَكَرَ عبدًا كاتبًا لم يُشترط التبحُّرُ فيه ، بل ما يطلق عليه الاسمُ .

فرعان :

أحدهما : أن الوصفَ [٤] المعرَّفَ ينبغي أن يكون معلوماً لغير المتعاقدَيْن ؛ حتى يُرْجَعَ إليهم عند التنازع . ولسنا نعني به الإشهادَ على السَّلَم ، بل نريد به الاحترازَ عن اللغة العربية التى لا يفهمها أهلُ الاستفاضة ، فإن فَهِمَها [٥] عَدْلَان سِوَى المتعاقدَيْن دون أهل الاستفاضة ، [ففيه] [٦] وجهان [٧] .

---

(١) في (أ) : « فلا » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (ب) : « عنها » .

(٤) قال الحموي : « قوله : (الوصف المعرف ينبغي أن يكون معلوماً لغير المتعاقدَيْن حتى يرجع إليهم عند التنازع ، ولسنا نعني به الإشهادَ على السلم بل نريد الاحتراز عن اللغة العربية التي لا يفهمها أهلُ الاستفاضة ، فإن فهِمها عدلان دون أهل الاستفاضة فيه وجهان) .

قال المصنف : « ما ذكره الشيخُ يقتضي أن لا يصح حتى يفهمها جميعُ أهل الاستفاضة فإنه ليس يُشترط [استقصاء] جميعهم ، بل يكفي جماعةٌ من أهل الاستفاضة دون [استقصاء] جميعهم ، أو جماعةٌ لا يمكن تواطؤهم على الكذب » . وهو إشكال ضعيف .

(٥) في (أ) : « فهم » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) قال في الروضة : « صفات المسلم فيه مشهورةٌ عند الناس ، وغير مشهورة ، ولابد من معرفة العاقدَيْن صفاتِه ، فإن جَهِلَها أحدُهما لم يصح العقد ، وهل يكفي معرفتهما ؟ وجهان ، أصحهما : لا ، وهو المنصوص ، بل لابد من معرفة عدلين ليُرْجَع إليهما عند تنازعهما . وقيل : تعتبر فيها الاستفاضة ، ويجري الوجهان فيما إذا لم يَعْرفِ المكيالَ المذكور إلا عدلان » . انظر : روضة الطالبين : (٢٩/٤) ، مغني المحتاج : (١١٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٢١٣/٤) .

وكذا المكيالُ ليَكُنْ معروفًا لغيرهما ، فلو لم يَعْرِفْه إلا عدلان فوجهان .

الثاني : لو أسلم في الجَيِّد : جاز ، ونُزِّل [١] على أقلِّ الدرجات ، وفي الأجود لا يجوز ؛ إذ لا جَيِّدَ إلا وفوقه جيِّدٌ ، فله أن يطلب غيرَ ما يُسلم [٢] إليه .

ولو أسلم في الرديء : لم يَجُزْ إلا في رداءةِ النوع ، كالجُعْرُورة ؛ لأن رداءةَ العيب لا ضَبْطَ لها .

ولو أسلم في الأردأ فوجهان ، والأصح : الجواز ؛ لأن طلبَ الأردأ مما يُسلم [٣] إليه من رديء تعنُّتٌ وعناد [٤] .

الشرط الرابع : تعريف المقدار بالوزن أو [٥] الكيل في المُسْلَم فيه

ويجوز الوزنُ في المكيل ، والكَيْلُ في الموزون ، بخلاف الرِّبَوِيَّات ؛ فإن ذلك مبنيٌّ على التَّعبُّد .

نعم ، لا يصح السلمُ في مكيالٍ من المسك والعنبر ، فإن ذلك لا يُعَدُّ ضبْطًا فالمتَّبع المعرفةُ المعتادة .

أما المعدودات [٦] : فلا يكفي فيها العَدُّ ؛ لتفاوتها ، بل لابُدَّ من الوزن ، فيُسْلِمُ في

---

(١) في (أ) : « ويُنزَّل » .
(٢) في (أ) : « سلم » .
(٣) في (أ) : « سلم » .
(٤) في (أ) : « ولجَاج » .
(٥) في (أ) : « و » .

(٦) قال الحموي : « قوله : (أما المعدودات فلا يكفي فيها العددُ ؛ لتفاوتها بل لابد من الوزن ، فيسلم في البطيخ والرمان بالوزن) إلى قوله : (ويجمع في اللبنات بين الوزن والعدد ؛ لأن ذلك لا يعز وجودُه فهو مضروب بالاختيار) .

قال المصنف : « المنقول في هذه المسألة أنه لا يجمع بين الوزن والعدد لِعزَّة وجوده إذا كان العددُ معلومًا ، بل قالوا : إنه يَذْكُر الجنسَ والنوع واللون والقدر من السمك والطول والعرض والجودة والرداءِ ، وكذلك في الآجر ، ولم يُذْكَر العدد في هذه الأوصاف » .

قلت : ولا جوابَ عن هذا إلا أن يكون العددُ مجهولاً ، ويكون مشاهَدًا في الوزن ، ويكون السلمُ حالًّا ، ويحمل ما ذكره على السلم المؤجل ، أو يكون الوزنُ فيه بطريق التقريب لا بطريق التحقيق وبه خرج الجواب » .

البطيخ ، والرمان ، والبيض ، والباذنجان بالوزن .

وفي الجَوْزِ واللَّوْزِ قد لا يُضْبَط الوزنُ ؛ لتفاوت القشور ، ولكن إن وُجِد نوعٌ [١] يتساوَى غالباً عُرِّف بالوزن .

ويجمع في اللَّبِنَاتِ بين الوزن والعَدِّ [٢] ؛ لأن ذلك لا يَعِزُّ وجودُه ، فإنه مضروبٌ بالاختيار ، وكذا الآجُرُّ إن لم نُلْحِقْه بالدَّنَسِ على رأيٍ ؛ لأثر النار فيه .

فرع : إذا [٣] عينَّ مكيالًا لا يُعتاد الكيلُ به ، كالقَصْعَة والكُوزِ : بطل العقدُ [به] [٤] لعلتين :

---

(١) في (أ) : « وَجَد نوعًا » .   (٢) في (أ) : « والعدد » .

(٣) قال الحموي : « قوله فيه : (إذا عين مكيالاً لا نعتاده كالقصعة والكوز ، بطل لعلتين : إحداهما : الجهل على مصدر المسلم فيه فإنه لا يدرى الصفقة رابحة أم خاسرة ، والأخرى : ربما يتلف الكوزُ فيتعذر الوفاءُ بالعقد ، والسلمُ مصانٌ عن غررٍ لا عوضَ فيه . ولو قال : بعتك من هذه الصبرة ملو هذا الكوز ، فالأصح : الصحة ؛ لأن الأقوى التعليلُ بالغرر ويوقعُ التلف في المسلم فيه ، ومن علل بالجهل أبطل البيع) .

قال المصنف : « ما ذكره الشيخ يَرِدُ عليه إشكال فإنه ذكر هاهنا أن الأصح الصحة ، وذكر في أول البيع أنه لو قال : بعت صاعًا من هذه الصبرة وهي معلومةُ الصيعان ، صح قطعاً ، وإن كانت مجهولةَ الصيعان فوجهان . ثم علل إلى أن قال : وهو اختيارُ القفال ، وهو الأصح . ثم قال : وإن عللنا بالإبهام ، مُنع ؛ لأجل الغرر ولا غررَ هاهنا . وإذا كان كذلك فكيف يجعل الأصح البطلان في مسألة البيع ، ويجعل الأصح في المسألة المذكورة الصحة وهي مسألة البيع ؟ فإنه لا فرق بينهما إلا في المسألة الأولى المذكورة في أول البيع فيما ذكر الوكيلُ وفي مسألتنا يترك الكيل الكوز، فإذا كان كذلك كان البطلانُ فيها أولى من المسألة المذكورة أولى لاحتمال أن يتلف الكوز فلا يمكن الرجوعُ إلى ما يقوم مقامه ، بخلاف مسألة الكيل في البيع فإنه لا يتعذر الرجوع لما لا يخفى » .

قلت : أمكن أن يقال : الخلاف في مسألتنا مرتبٌ على مسألة البيع ، فإن قلنا فيه : لا يصح فهاهنا أولى ، وإن قلنا : يصح فهاهنا وجهان : أحدهما : أنه يصح كما في البيع ، وهو الأصح . والثاني : لا يصح ؛ لاحتمال أن يتلف الكوز .

(٤) زيادة من (أ) .

إحداهما [1] : الجهلُ بقَدْرِ المسْلَم فيه ، فإنه لا يُدْرَى أن [2] الصفقةَ رابحةٌ أم خاسرة .

والأخرى [3] : [أنه] [4] ربما يَتْلَفُ . فيتعذَّر الوفاءُ بالعقد ، والسَّلَمُ يُصان عن غَرَرٍ لا غَرَضَ فيه .

ولو قال : بعتُكَ من هذه الصبرة بملاء [5] هذا الكوز ، فالأصح : الصحة ؛ لأن الأقوى التعليلُ بالغررِ وتوقُّعِ التلف في السَّلم ، ومن علَّل بالجهل أبطل البيعَ .

والسَّلمُ الحالُّ مُتردِّدٌ بين البيع والسلمِ المؤجَّلِ ، ففيه وجهان [6] .

أما إذا عين [7] مكيالاً [8] معتادًا ، لو شرط الكيلَ به [8] : فلا يتعين ؛ إذ لا غرضَ فيه ، وهل يَفْسُدُ به العقدُ ؟ فيه وجهان :

والأصح : صحةُ العقد ؛ لأنه هَذَيَانٌ لا يتعلَّق به غرضٌ .

فإن قيل : فلو عيَّن شجرةً أو بستاناً ، وقال [9] : أسلمت إليك من [10] ثمرةِ هذا البستان ؟

قلنا : [11] يبطل لعلتين [11] :

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « أحدهما » ، والمثبت من (أ) .

(٢) قوله : « أن » : ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « والآخر » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « مِلْء » .

(٦) قال في الروضة : « وهل السلم الحال كالمؤجل ، أم كالبيع ؟ وجهان ، قطع الشيخ أبو حامد بأنه كالمؤجل ؛ لأن الشافعي – رضي الله عنه – قال : لو أصدقها ملء هذه الجرة خلًّا لم يصح ؛ لأنها قد تنكسر ، فلا يمكن التسليمُ ، فكذا هنا » . انظر : روضة الطالبين : (١٥/٤) .

(٧) في (ب) : « كان » .

(٨) في (أ) : « لا يعتاد أو شرط الكيل به » .

(٩) في (أ) : « فقال » .

(١٠) في (أ) : « في » .

(١١) في (أ) : « تبطل العلتين » وهو خطأ .

إحداهما [1] : ظهور الغرر بتوقُّعِ الجائحة في البستان المعين .

والأخرى [2] : مناقضةُ الدِّينية [3] ؛ لأن ما يظهر من ثمرةِ الشجرة متعيِّنٌ لملكه ، وحقُّ الدين أن يَسْتَرسل في الذمة .

أما إذا أضاف إلى ناحيةٍ يَبْعُدُ فيها وقوعُ الآفة ، فإن أفاد تنويعاً : صحَّ ، كقوله : معقلي البصرة ؛ لأن الإضافة كالوصف هاهنا .

وإن لم يُفِدْ تنويعاً ، فمنهم من قال : هو كتعيين المكيال ؛ إذ لا فائدةَ له .

ومنهم من قطع بأنه لا يبطل [4] ؛ لأنه تعيينٌ لا يضيق مجالاً أصلاً .

الشرط الخامس : تعيين مكان التسليم في المسلم فيه

وفيه قولان ، وفي محلهما ثلاثة طرق :

أحدها : [أنه] [5] إن كان في النقل مئونةٌ فلابد من التعيين ، وإلا فقولان .

والثاني : عكسُ ذلك . والثالث : إطلاق القولين .

ولعل الأصح : أنه لا يُشْتَرط [6] ، ولكن يُنَزَّلُ المطلقُ على مكان العقد .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « أحدهما » ، والمثبت من (أ) . (٢) في (أ) : « والآخر » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « الدنية » ، والمثبت من (أ) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (١٥/٤) . (٥) زيادة من (أ) .

(٦) قال في الروضة : « الشرط الرابع : بيانُ محلِّ التسليم : في اشتراط بيان مكان تسليم المسلم فيه المؤجل اختلافُ نصٍّ وطرقٌ للأصحاب : أحدها : فيه قولان مطلقًا . والثاني : إن عقدا في موضع يصلح للتسليم لم يُشترط التعيين ، وإلا اشْتُرِط . والثالث : إن كان لحمله مؤنةٌ اشْتُرِط ، وإلا فلا . والرابع : إن لم يصلح الموضع اشترط ، وإلا فقولان . والخامس : إن لم يكن لحمله مؤنة لم يشترط ، وإلا فقولان . والسادس : إن كان له مؤنة اشترط ، وإلا فقولان ، قال الإمام : هذا أصحُّ الطرق ، وهو اختيار القفال . والمذهب الذي يُفْتَى به من هذا كله : وجوبُ التعيين إن لم يكن الموضعُ صالحاً ، أو كان لحمله مؤنة ، وإلا فلا » . انظر : روضة الطالبين : (١٢/٤، ١٣) .

الشرط السادس : تسليم رأس المال في المجلس

لأن رأسَ المال إذا (١) كان دَيْناً ، كان بيعَ الكالئ بالكالئ ، وإن كان عيناً فيجب تعجيلُه ؛ لأنه احتمل الغررَ في المسلم فيه لحاجة ، فيُجْبَرُ ذلك بتأكُّدِ (٢) العِوَضِ الثاني بالتعجيل .

ثم لا خلاف أنه لو كان رأسُ المال نَقْدًا ، ولم يُعَيِّنْه ، ثم عيَّنه في المجلس كَفَاه ؛ لأن المجلسَ كالحريم فله حكمُ الابتداء ، وكذلك القولُ في بيع الدراهم بالدراهم في الصرف .

وأما في بيع الطعام بالطعام وجهان (٣) ، من حيث إنه إذا لم يُعينَّ (٤) طالت أوصافُه وظهر (٥) قضيةُ الدَّيْنِيَّة ، وقَرُبَ من بيع الدَّين بالدَّين بخلاف النقود .

فرع : إذا فُسِخَ السَّلَمُ بسببٍ : اسْتُرِدَّ عَيْنُ رأسِ المال ، إن كان معيَّناً عند العقد .

وإن عُيِّنَ عند القبض فوجهان ، والأصح : الرجوعُ إلى عَيْنه ، فالقبضُ (٦) في المجلس كإيراد العقد عليه ، وهو ملتفتٌ أيضًا على أن المسلمَ فيه إذا رُدَّ بعيبٍ كان ذلك نَقْضًا للمِلك في الحال (٧ فهو تبينٌّ ٧) ، لعدم جريان الملك فيه ؛ إذ خالَفَ الوصفَ المستحق .

الشرط السابع : تقدير رأس المال

وفيه قولان (٨) :

---

(١) في (أ) : « إن » . (٢) في (أ) : « بتأكيد » .

(٣) الأصح من هذين الوجهين : الجواز ، كما في الروضة : (٣/٤) .

(٤) في (أ) : « يتعين » .

(٥) في (أ) : « ظهرت » ، وكلا الفعلين صحيحٌ ؛ لأن الفاعل مؤنث مجازي التأنيث ، فيجوز معه تذكير الفعل وتأنيثه . (٦) في (أ) : « والقبض » .

(٧) في (أ) : « أو هو تبيين » .

(٨) قال في الروضة : « إذا كان رأسُ المال في الذمة اشْتُرِط معرفةُ قدره ، وذكْرُ صفته أيضًا إن كان عوضًا . فإن كان معينًا وهو مثلي فهل تكفي معاينتُه ، أم لابد من ذكر صفته وقدره ، كَيْلاً في المكيل ، ووزنًا في الموزون ، وزرعا في المزروع ؟ قولان ، أظهرهما : الأول . وقيل : إن كان حالًا كفت قطعًا ، والمذهب : طرد القولين فيهما . وإن كان متقومًا وضُبطت صفاتُه بالمعاينة ، ففي اشتراط معرفة قيمته طريقان ، قطع الأكثرون بعدم الاشتراط ، وهو المذهب . وقيل بطرد القولين » . انظر : روضة الطالبين : (٤ /٥) .

أحدهما - [وهو] (١) القياسُ ، وهو اختيار المزني - : أنه يجوز أن يكون جُزَافاً ؛ اعتمادًا على العِيان ، كما في البيع (٢) .

والثاني : لابد من التقدير ؛ لأنه قد يُفْسَخُ السلمُ فيُحتاج إلى الرجوع إليه أو إلى قيمتِه فيتعذَّر ، والسَّلمُ يُبْعَدُ عن الغرر ما أمكن .

واختلفوا في أن هذا الخلافَ / هل يجري في الجهل بقيمةِ رأس المال وفي السَّلم الحالِّ ؟ ٧٨/ب

فإن قيل : [و] (٣) هل يُشترط كونُ المسلم فيه مُثَمَّناً ؛ حتى لا يجوز السلمُ في النقود ؟

قلنا : فيه وجهان ، والأصح : جواز السَّلم منها (٤) ؛ إذ لا مانع منه (٥) .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) انظر مختصر المزني : (٢/٢٠٧) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « فيها » .

(٥) قوله : « منه » : ليس في (أ) .

الباب الثاني

في بيان ما يجب وصفُه في (١) المسلم فيه على التفصيل ، وما يمتنع السَّلَمُ فيه ؛ لعِزَّة وجودِه ، أو لعدم إحاطةِ الوصف به .

والنظر في أجناس من (٢) الأموال .

الجنس الأول : الحيوان :

والسَّلَم (٣) فيه جائزٌ عندنا خلافًا لأبي حنيفة (٤) .

والمعتمدُ فيه الأحاديث والآثار ، وإلا فالقياسُ مَنْعُه ؛ إذ أقربُ الحيوانات إلى قبول الوصف الطيورُ والحَمَامات ، ويختلف الغرضُ بِكِبَرِها وصَغَرِها .

ونحن (٥) لا نُجَوِّز السَّلمَ في المعدودات إلا بالوزن ، والوزن لا يَضْبِطُ الحيوانَ مع اشتماله على أخلاطٍ متفاوتة ، ولكن إذا ثبت بالأحاديث فالرتبةُ العليا منه :

السلم في الرقيق :

ويُشترط فيه : النوعُ ، واللون ، والذكورة والأنوثة ، والسِّن ، فيقول : عَبْدٌ ، تُرْكيٌّ ، أسمرُ ، ابنُ سبع أو ابن عشر .

---

(١) في (أ) : « من » . (٢) قوله : « من » : ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « فالسلم » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز السلم في الحيوان .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز السلمُ في شيء من الحيوان .

انظر : روضة الطالبين : (١٨/٤) ، مغني المحتاج : (١١٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٠٣/٤) ، مختصر الطحاوي : (٨٦) المبسوط : (١٣١/١٢) ، رءوس المسائل : (٢٩٩) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣/ ٧٩) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣٧/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢٦٠/٢) .

(٥) في (أ) : « وعن هذا » .

والأصح : أنه لابُدَّ من ذكْر القامة ، فيقول : طويل أو قصير أو رَبْع ، ثم يُنَزَّل في كل رتبة على الأقل ، ولا يُقَيِّد (١) [ذلك] (٢) بالأشبار (٣) فيَعِزُّ (٤) وجودُه .

وقال العراقيون : لا يُشترط القامة (٥) .

أما التعرضُ لآحاد الأعضاء وكيفيةِ أشكالها : فلا يُعتبر ؛ لأن ذلك بَيِّنٌ أن يَطُولَ أو ينتهيَ إلى عِزَّةِ الوجود .

[و] (٦) أما الكَحَلُ ، والدَّعَجُ ، وتَكَلْثُمُ الوجه ، وكونُ الجاريةِ خميصةً (٧) مثقلةَ الأرداف (٧) ، رَيَّانةَ (٨) الساقين ، وما يجري مجراه مما يُقْصَدُ ولا يَطُولُ ، ولا ينتهي إلى عزةِ الوجود ، قال العراقيون : لا يُشترط (٩) ، وميل المراوزة إلى اشتراطه .

وفي المَلَاحةِ تردُّدٌ للقفال منشؤه : أنها جنسٌ يعرف أو (١٠) يختلف بميل الطباع .

الرتبة الثانية : البهائم :

قال الشافعي - رضي الله عنه - (١١) : يقول في البعير : أسْلَمْتُ إليك في ثَنِيٍّ من نَعَمِ بني فلان غيرِ مُودَنٍ ، نَقِيٍّ من العيب ، سَبْطِ الخَلْقِ ، مُجْفَرِ الجَنْبَيْنْ .

أما الثَّنِيُّ : فهو الذي استكمل خمسَ سنين ، وبيانُ السِّنِّ لابد منه .

(١) في (أ) : « ولا يقدر » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « بالأشبان » . (٤) في (ب) : « فيَقِلُّ » .

(٥) قال في الروضة : « الخامس : القَدُّ ، فيبين أنه طويلٌ ، أو قصير ، أو ربْع . ونقل الإمام عن العراقيين ، أنه لا يجب ذكرُ القد . والموجود في كتب العراقيين القطع بوجوبه » . انظر : روضة الطالبين : (١٨/٤) .

(٦) زيادة من (أ) . (٧) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٨) في (أ) : « رنانة » .

(٩) وما قاله العراقيون هو الأصح ، كما في الروضة : (١٩/٤) ، مغني المحتاج : (١١١/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٠٦/٤) .

(١٠) في الأصل : ونسخة (ب) : « أن » ، والمثبت من (أ) .

(١١) انظر : مختصر المزني : (٢٠٧/٢) .

والمودَنُ : الناقص القصير .

ومُجْفَرُ الجَنْبَيْن : عظيمُهما . وهو يضاهي التعرُّضَ للقَدِّ في العبيد [(١)] .

وقوله : « نقيّ من العيوب » احتياطًا [(٢)] ، ولابد أيضًا من ذكر اللون .

فرع : إن اختلف نَعَمُ بني فلان :

قال العراقيون : صحَّ ونُزِّل على ما ينطلق عليه الاسمُ ، وهذا تساهلٌ ، بل الوجه : القطع باشتراط [(٣)] تمييزِ الأنواع إذا سَهُلَ ذلك .

وكذلك الخيلُ يتعرَّضُ فيها للون ، والسِّن ، والنَّوع كالعربيِّ والتركيِّ .

أما الشياة كاللَّطِيم ، والأَغَرِّ ، والمُحَجَّلِ ، فذكْرُها احتياطٌ وليس بشرط .

الرتبة الثالثة : الطيور :

[و] [(٤)] يتعرض فيها [(٥)] للَّوْنِ والنوعِ ، والكِبَرِ ، والصِّغَر ، وسِنُّها لا يُعْرَفُ أصلاً .

فرع : إذا شَرَطَ مع الجارية الخادمة [(٦)] ولدَها : جاز ؛ لأن ذلك لا يَعِزُّ [(٧)] [وجودُه] [(٨)] في الحاضنات .

وإن كان يَطْلُبُ الجاريةَ للتَّسَرِّي ، فقد ينتهي شرطُ [(٩)] ذلك إلى عِزَّةِ الوجود ، فلا يجوز .

---

(١) في (أ) : « العبد » .

(٢) في (أ) : « احتياط » .

(٣) في (أ) : « باشتراطه » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) قوله : « فيها » : ليس في (أ) .

(٦) كلمة : « الخادمة » : ليست في (ب) .

(٧) في (أ) : « يعسر » .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) كلمة : « شرط » : ليست في (أ) .

الجنس الثاني : في (١) أجزاء الحيوان وزوائده (٢)

وفيه مسائل :

الأولى : يصح السَّلمُ في اللحم : فيقول : لحمُ بَقَرٍ ، أو غنمٍ ، أو ضَأْنٍ ، أو مَعْزٍ ، ذكرٍ أو أنثى خَصِيٍّ أو غير خَصِيّ ، رضيع أو فطيم ، معلوفة أو راعية ، من الفَخِذِ أو من الجنب ، ولا يُشترط نَزْعُ العَظْم ؛ فإنه كالنَّوى من التمر .

الثانية : إذا شَرَطَ في اللحم الهزالَ : لم يَجُزْ ؛ لأنه عيبٌ لا ينضبط [بالعادة] (٣) .

ولو أسلم في المشْوِيِّ والمطبوخ : قالوا : لا يجوز ؛ لاختلاف أثرِ النار .

وقال الصيدلاني : إذا أمكن ضبْطُه بالعادة : جاز ؛ فإن الأصح جوازه (٤) في الخبز والدقيق والدِّبْسِ والسكر (٥) والفانيد ، وفي (٦) الخبز والدِّبْس وجه آخر بعيد .

الثالثة : السَّلَمُ في رءوس الحيوانات قبل التنقية من الشُّعور : باطل ، وبعد التنقية ، قولان (٧) .

(٨) ووجه المنع : أنها تشتمل على مركباتٍ تختلف المقاصدُ بها والوزنُ (٨) لا

---

(١) قوله : « في » : ليس في (أ) .

(٢) كلمة : « وزوائده » : ليست في (أ) . (٣) زيادة من (أ) .

(٤) قال في الروضة : « لا يجوز السلمُ في اللحم المطبوخ ، والمشوي ، ولا في الخبز على الأصح كما سبق . وفي الدِّبْس والعسل المصفَّى بالنار ، والسكر ، والفانيذ ، واللبأ وجهان ، واستبعد الإمام المنع فيها كلها . قلت : وممن اختار الصحة في هذه الأشياءِ الغزالي وصاحب « التتمة » ، والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٢٢/٤) . (٥) كلمة : « والسكر » : ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « وافي » ، وهو خطأ من الناسخ .

(٧) الأظهر من هذين القولين : أنه لا يجوز السلم فيها ، كما في الروضة : (٢٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢/ ١١٤) ، نهاية المحتاج (٢١٢/٤) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « ووجهه أن الوزن » ، والمثبت من (أ) .

يَحْصُرُه ، والكبرُ [١] منه مقصودٌ ، فيلتحق بالمعدودات لا بالحيوانات .

والأكارعُ أولى بجواز السلم فيها [٢] ؛ لأنها أقربُ إلى قبول الضبط .

الرابعة : السَّمك المُمَلَّح : يجوز السلمُ فيه إن لم يكن للملح وزنٌ ، وإلا فلا ؛ إذ لا يُعْلَم المقصودُ منه بالوزن .

الخامسة : الجلود المدبوغة : إن كانت غيرَ مقطوعةٍ على التناسب : لم يَجُز السَّلَمُ فيها [٣] ؛ لتفاوت أطرافها ، وإن قطعت ، كالنعال السَّبتية ، فالظاهر : جواز السلم فيها بالوزن .

وفيه [٤] وجهٌ ° للمنع ؛ للتفاوت ° في الغِلَظ والدِّقة .

السادسة : يجوز السَّلم في زوائد الحيوان : من اللبن والسمن والزُّبْدِ والمخيض ، فَيَذْكُر الوزنَ والصفةَ . وما يختلف به القيمةُ ، ويذكر الحموضةَ في المخيض ، ويُنَزَّلُ [٦] على أقلِّ الدرجات .

ويَذْكُرُ في الصوف والوبر اللِّينَ والخشونةَ ، والطولَ والقصر .

الجنس الثالث : الثياب وأصولها

فيَذْكُرُ في الثوب : الطولَ والعَرْضَ ، واللونَ [٧] ، والأصلُ أنه من قطن أو كتَّانٍ أو [من] [٨] إبْرَيْسَمٍ ، والبلدَ الذي يُنْسَجُ فيه إن اختلفت به القيمةُ ، ويُسْلِمُ في القطن ، فيَذْكُرُ اللِّين ، والخشونةَ ، واللون ، والوزن .

---

(١) قوله : « والكبر » : ليست في (ب) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « فيه » ، والمثبت من (أ) .

(٣) قوله : « فيها » : ليس في (أ) .

(٤) قوله : « وفيه » : ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « المنع التفاوت » .

(٦) في (أ) : « فينزل » .

(٧) قوله : (واللون) : ليست في (أ) .

(٨) زيادة من (أ) .

وإن كان مستترًا بالجوز : لم يَجُز السلمُ [فيه] (١) ، ويجوز [السلمُ] (٢) في المحلُوجِ وغيرِ المحلوج وإن كان (٣ فيها الحباتُ ٣) .

وكذلك يذكر في الإِبْرَيْسَم الدقةَ والغَلِظَ ، والناحيةَ التى منها يُجْلَب .

ويصح (٤) السَّلمُ في المصبوغ من الثياب ، فيذكر قدْرَ الصِّبْغ ودرجاته .

وتردد العراقيون في / المصبوغ بعد النسج ، وزعموا (٥ أن ذلك ٥) ضَمُّ صِبْغٍ لا يُعْرَفُ قدْرُه إلى الثوب ، وهو باطلٌ بالمصبوغ قبل النسج . ٧٩/أ

الجنس الرابع : الفواكه

يجوز السلمُ في رُطَبِها ويابسها ، وآلات الصيادلة إلا ما هو مخلوطٌ منه ، فيَذْكُرُ من جميعها ما تَختلف (٦ به القيمة ٦) .

ويذكر في العسل أنه جبليٌّ أو بلدي ، والجبليُّ خيرٌ ، وأنه ربيعيٌّ أو خريفي ، والخريفيُّ خيرٌ ، ويذكر اللون .

ويتعرض للمعتوق (٧) والحدوث في الرطب وبعضِ الفواكه ، ولا حاجة إليه في البرِّ والحبوب ؛ إذ لا يَخْتلف به غرضٌ ، إلا إذا قَرُبَ من السُّوسِ (٨) ؛ فإن ذلك عيبٌ .

وأما الشهد : قال الفوراني : هو مختلطٌ ، فلا يُسْلَمُ فيه .

والأصح : جوازه ؛ لأنه متناسب .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « فيه حبات » .

(٤) في (أ) : « ويجوز » .

(٥) في (أ) : « أنه » .

(٦) في (أ) : « القيمة به » .

(٧) في (أ) : « للعتق » .

(٨) في (أ) ، و (ب) : « التسوُّس » .

الجنس الخامس : الخشب

فما يُراد للحَطَب تقل صفاتُه ، (١ فيَذْكُر الجنسَ واللون والوزن ولا حاجةَ إلى ذكر اليبوسةِ ١) ، فإن الرطوبةَ عيبٌ في الحطب . والغَلِظُ والدقةُ لابُدَّ من ذكره (٢) .

وما يُراد للنَّجْرِ ، كالجذوع والعُمُد ، فيذكر الطولَ والعرضَ والاستدارة ، والنوع . وقال الشيخ أبو محمد : تحتاج (٣) إلى شرط الوزن أيضًا (٤) ؛ لأنه قد يَصِيرُ حَطَبًا فيُطْلَبُ وزنُه .

والمنحوت من الخشب : لا يجوز السلمُ فيه ؛ لتفاوت أجزائه إلا إذا تناسبَ على وجهٍ يُمْكِنُ ضَبْطُه ولا يختلف . ويجوز السلمُ في خشب النِّبَال قبل النحت .

الجنس السادس : في (٥) الجواهر

فيذكر في الحديد : الوزنَ والذكورةَ والأنوثة .

ويتعرض في النحاس وغيره لما تختلف به القيمةُ (٦) .

ويتعرض في حجر الرَّحَى للطول (٧) والعرض والاستدارة والوزن .

واللآلئُ واليواقيت لا يُسْلَم فيها ؛ لعِزَّةِ وجودها ، (٨ إذا أُطْنِبَ في ٨) وصف ما تختلف به القيمةُ .

واللآلئُ الصغارُ التي لا يَعِزُّ وجودُها . يجوز السَّلمُ فيها بالوزن .

---

(١) في (أ) : « فيذكر الوزن والجنس ولا يحتاج إلى ذكر اليبوسة » .

(٢) في (أ) : « ذكرها » .

(٣) كلمة : « نحتاج » : ليست في (أ) .

(٤) والصحيح : أنه لا يشترط الوزن ، كما في الروضة : (٢٦/٤) .

(٥) قوله : « في » : ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « القيم » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « الطول » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في (أ) : « الجنس السابع » .

قال الشيخ أبو محمد : وكذلك فيما يُتَحَلَّى به غالباً ، وهو مالا يزيد وزنُه على سدس ، فإن [١] ذلك أيضاً [١] يَكْثُر وجودُه وتُعْرَفُ صفاتُه .

الجنس السابع : المختلطات

وهي ثلاثةُ أَضْرُبٍ :

الأول : المختلطُ خلقة ، كاللَّبَن والشَّهْد [٢] : يجوز السلمُ فيهما [٣] .

الثاني [٤] : مالا يُقْصَدُ خليطُه . كالجُبْن وفيه الأنفحةُ ، والخبز وفيه الماء والملح : يجوز السلمُ فيه ؛ لأنه في حكم الجنس الفرد .

الثالث : ما يُقْصَدُ جميعُ أركانه ، كالمعجونات ، والمرق ومعظم الحلاوى ، والخِفَاف [٥] والصنادل [٦] ، والقِسِيِّ والنِّبال : لا يجوز السلمُ في شيءٍ منها ؛ لأنه لا يَنْضَبِطُ آحادُ أركانِه .

[٧] وكذلك قِسِيُّ العَرَبِ [٧] ، وإن لم يكن فيه [٨] إلا خشبٌ ولكن يَتفاوت تخريطُه وهَيْآته .

ويجوز السلم في دُهْن الْبَانِ والبنفسج ؛ لأنه لا يُقْصَدُ تخليطُه بل لا يخالطه البنفسج ، فإن السمسمَ يُرَوَّح بالبنفسج ثم يُعْتَصر .

وظنَّ المزني أنه يختلط بعينه فمَنَعَ السلمَ فيه ، وهو غلط .

---

(١) قوله : « ذلك أيضاً » : ليس في (أ) .

(٢) كلمة : « والشهد » : ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « فيه » . (٤) في (أ) : « والثاني » .

(٥) كلمة : « والخفاف » : مكررة في الأصل . (٦) في (أ) : « وآلات الصيادلة » .

(٧) في (أ) : « وكذا القسيُّ العربية » . (٨) في (أ) : « فيها » .

فرعان :

أحدهما : خَلُّ الزبيب والتمر . قطع العراقيون بجواز السَّلم فيه (١) .

وقطع المراوزةُ بالمنع (٢) ؛ لأنه يُمْنَعُ (٣) معرفةُ المقصود ؛ إذ قدْرُ الماء يختلف فيه .

الثاني : العتابي ، مُركَّبٌ من القطن والإبريسم فيه وجهان (٤) ؛ لأنه في حكم جنسٍ واحدٍ من وجه .

ونصَّ الشافعي - رضي الله عنه - (٥) على السَّلم في الخزِّ ، [وهو] (٦) محمولٌ عند هذا القائل على ما إذا لم يكن فيه إبريسمٌ .. بل اتَّحَدَ جنسُه .

وعلى الجملة ، المُحَكَّمُ في جميع ذلك العُرْفُ والعادةُ ، ولا يمكن الوفاءُ بجميع الصور ، وفيما ذكرناه تنبيه على ما تركناه .

* * *

---

(١) وهذا هو الأصح ، كما في الروضة : (١٦/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٠١/٤) .

(٢) في (أ) : « بمنعه » .

(٣) في (أ) : « يمتنع » .

(٤) الوجه الصحيح : أنه يجوز السلم فيه ، كما في الروضة : (١٦/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٠١/٤) .

(٥) انظر : الأم : (١١١/٣) .

(٦) زيادة من (أ) .

الباب الثالث : في أداء المُسْلَم فيه

والنظر في : صفته ، وزمانه ، ومكانه .

أما الصفة :

فلو [١] أَتَى بغير جنسه : لم يَجُزْ قبولُه ؛ لأنه اعتياض .

وإن أتى بأردأ منه ؛ جاز قبولُه ولم يَجِب .

وإن أتى بأجود : وجب قبولُه . وقيل : لا يجب ؛ لأن فيه مِنَّةً ، وهو بعيدٌ .

ولو أتى بنوعٍ آخر ، كما لو أسْلَمَ في الزبيب الأبيض ، فأتى بالأسود ، ففي جواز القبول وجهان [٢] ، منشؤه [٣] : أنَّ اختلافَ النوع كاختلاف الوصف ، أو كاختلاف الجنس ؟

وتردَّدُوا في أن التفاوتَ بين السقية من الحنطة ، وما يُسقى من السماء ، تفاوتُ صفةٍ ، أو تفاوتُ نوع [٤] ، وكذلك في الرطب مع التمر .

وترددوا في أن التفاوتَ بين الهنديِّ والتركيِّ من العبيد اختلافُ جنس أو اختلافُ نوع [٥] ؟

فرع : لو أسلم في لحم السمك : لم يلزمه قبولُ الرأس والذَّنَبِ ، وكذا لحمُ الطير ، ولو أسلم في السمك والطير : لَزِمَه القبول .

أما الزمان [٦] :

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) الأصح من هذين الوجهين : أنه يحرم قبوله ، كما في الروضة : (٢٩/٤،٣٠) ، مغني المحتاج : (١١٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٢١٤/٤) .

(٣) في (أ) : « منشؤهما » .

(٤) هذا هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٠/٤) ، مغني المحتاج : (١١٥/٢) .

(٥) هذا هو الصحيح ، كما في الروضة : (٣٠/٤) ، مغني المحتاج : (١١٥/٢) .

(٦) قال الحموي : « قوله : (وأما الزمان : فلا يطالب به إلا عند المحل لكن لو جاء به قبل المحل فإن كان له في التعجيل عوضٌ بأن كان في الدين رهنٌ أو ضامن أو المكاتب عجل نجوم الكتابة : أُجبرَ على القبول إلى آخره) .

قال المصنف : ذكر الشيخ أنه إذا كان للمستحق عليه عوضٌ بأن كان له عند المستحق رهنٌ أو =

فلا يُطَالَبُ (١) إلا بَعْدَ المحلِّ ، ولكنه لو جاء به قبل المحلِّ ، فإن كان له في التعجيل غرضٌ ، فإن (٢) كان [له] (٣) بالدين رهنٌ ، أو ضمانٌ (٤) ، أو المكاتبُ عَجَّلَ النجومَ : يُجْبَرُ على القبول .

وإن لم يكن غرضٌ سوى البراءة ، نُظِرَ : فإن كان للممتنع غرضٌ بأن كان في وقت نَهْبٍ وغارةٍ ، أو كانت (٥) دابة يَحْذَرُ من عَلَفِها ، فلا يُجْبَر .

وإن لم يكن غرضٌ في الامتناع ، فقولان (٦) :

= ضامن ، أو المكاتب عجَّل نجومَ الكتابة : أنه يجبر المستحق ، والمنقولُ : أنه إذا كان عليه ضررٌ لم يُجْبَر في صورة دفع الدين حتى نقل ذلك ، وإن لم يكن عليه ضررٌ أجبر ، كما ذكر في صورة لم يكن له عوضٌ سوى البراءة على التفصيل الذي تقدَّم ، وإن لم يكن له عوضٌ في الامتناع فقولان ، وإن كان له عوضٌ بأن كان وقتَ نهبٍ أو غارة أو دابة يحذر من عَلَفها ، وهذا يتجه أيضًا في صورة كان للمسلم عوض ولكن على المستحق ضررٌ فإنه لا يجبر وإن لم يكن أجبر ، وهذا يخالف ما ذكره الشيخ .

قلت : أمكن أن يحمل ما ذكره من الإطلاق المتقدم على التفصيل المذكور إذا لم يكن له عوض سوى البراءة ، أو بالقياس على المسلم إليه إذا كان له عوض فلا يجبر المستحق ، إذا ثبت هذا فقد ذكر صاحبُ النهاية إذا كان عليهما ضررٌ فالذي قطع به الأكثرون : أنه يرعى مستحق الحق ويقطع بأنه لا يجبر ؛ لعذره اللائح . ومنهم من جعل تقابُلَ العددين كسقوطهما وجعل المسألة على قولين ، وإذا كان كذلك صار كأن لم يكن لواحدٍ منهم عوضٌ ، وقد ذكر الأصحاب فيه وجهين : أحدهما : يجبر المستحق . والثاني : لا يجبر . فعلى هذا يمكن أن يكون اختيارٌ من الوجهين أنه يجبر المستحق ويكون ما ذكره إطلاقه فيما إذا كان للمستحق عليه عوض . وبه خرج الجواب .

(١) في (أ) : « نطالبه » .
(٢) في (أ) : « بأن » .
(٣) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) .
(٤) في (أ) : « ضامن » .
(٥) كلمة : « كانت » : ليست في (أ) .

(٦) قال في الروضة : « وإن لم يكن له غرض في الامتناع فإن كان للمؤدِّي غرضٌ سوى براءة الذمة ، بأن كان به رهنٌ أو كفيل ، أُجْبر على القبول على المذهب . وقيل : قولان وهل يلحق بهذه الأعذار خوفُه من انقطاع الجنس قبل الحلول ؟ وجهان ، الأصح : يلحق . وإن لم يكن للمؤدي غرض سوى براءة الذمة ، فقولان ، أصحهما : يجبر ، وإن تقابل غرضاهما ، فالمرعيُّ جانبُ المستحق على المذهب . وقيل بطرد القولين ، وعكس الغزالي هذا الترتيب ، وهو شاذ مردود » . انظر : روضة الطالبين : (٣٠/٤،٣١) .

أحدهما : يُجْبَرُ ، لأن الأجَلَ حقُّ مَنْ عليه الدينُ ، وقد أسقطه .

والثاني : لا ؛ لأن فيه مِنَّةً .

فإن قيل : لو [١] صرَّح مَنْ عليه الدينُ بإسقاط الأجَلِ هل يَسْقُطُ حتى تتوجَّهَ عليه [٢] المطالبةُ ؟

قلنا : فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ [لأن الأجلَ] [٣] وصفٌ / تابعٌ ، كالصحة في الدراهم ، لا يسقط بمجردها مع بقاء الأصل . ٧٩/ب

والثاني : نعم ؛ لأن الدَّيْنَ عليه ، والأجَل هو له .

فرعان :

أحدهما : لو خاف المسلمُ إليه الانقطاعَ لدى المحل ، فهل يكون [٤] هذا عُذْرًا في التعجيل ؟ فيه وجهان [٥] .

الثاني : لو سَلَّم في غير مكانِ العقد ، وكان فيه مئونةٌ فهذا عذرٌ [٦] من جانب المستحق ، فلا يجبر .

أما إذا أتى بالحقِّ بعد حلوله فلاشكَّ في الإجبار [٧] إن كان للمؤدِّي غرضٌ ،

---

(١) في (أ) : « فلو » . (٢) كلمة : « عليه » : ليست في (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « لأنه » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « تكون » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٥) الأصح من هذين الوجهين : أنه يكون عذراً في التعجيل ، كما في الروضة : (٣١/٤) .

(٦) في (أ) : « عذره » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « الأخبار » ، والمثبت من (أ) .

وإن [١] لم يكن غرضٌ فطريقان [٢] ، ولا أثر هاهنا لعذر المستحق .

منهم [٣] من قال : فيه قولان كما قبل المحل ؛ لأنه حقُّه فله التأخيرُ إلى حيث يشاء .

ومنهم من قطع بالإجبار لغرضِ البراءة فَلْيَأْخُذْ أم [٤] ليُبْرِئْ [٥] .

أما مكان التسليم :

يتعين فيه مكانُ العقد ، إما بالتعيين ، أو بالإطلاق ، فلو ظفر به في غيره وكان في نقله مئونةٌ : لم يُطالب به ، وإن لم يكن مئونة فله المطالبة .

وكذا في سائر الديون ، إلا في الغاصب ، فإن في مطالبته مع لزوم المئونة وجهان [٦] ؛ تغليظًا عليه من [٧] حيث منعناه من المطالبة بالمثل ؛ لما فيه من المئونة ، فلابد من القيمة ؛ لوقوع الحيلولة بعد ثبوت الاستحقاق ، وتوجُّه المطالبة [٨] .

هذا تمام القول في السَّلَم .

* * *

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) قال في الروضة : « وأما إذا كان السلم حالًّا فله المطالبةُ به في الحالِ . فلو أتى به المسلم إليه ، فامتنع من قبضه ، فإن كان للدافع غرضٌ سوى البراءة أجبر على القبولِ ، وإلا فالمذهب : أنه يجبر على القبول أو الإبراء . وقيل : على القولين ، وحيث ثبت الإجبارُ ، فلو أصر على الامتناع أخذه الحاكم له » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٣١) .

(٣) في (أ) : « ومنهم » .

(٤) في (أ) : « أو » .

(٥) في (أ) : « لِيبرّ » .

(٦) قال في الروضة : « ولو ظفر المالكُ بالغاصب في غير مكانِ الغصب أو الإتلاف ، فهل له مطالبتُه بالمثل ؟ فيه خلاف ، الأصح : ليس له المطالبة إلا بالقيمة » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٣١) .

(٧) في (أ) : « ثم » .

(٨) في (أ) : « الطلب » .

القسم الثاني من الكتاب : النظر في القرض

والنظر في حقيقته ، وركنه ، وشرطه ، وحكمه .

أما الحقيقة :

فهي مَكْرُمةٌ جَوَّزَتْها الشريعةُ لحاجة الفقراء ، ليس على حقائق المعاوضات ، ولذلك لا يجوز شرطُ الأجل فيه ؛ لأن المُقْرِضَ (١) متبرِّعٌ ، والمتبرعُ بالخيار في تبرعه [بالرجوع ، والأجلُ يمنع الرجوعَ] (٢) ، ولو لزم الأجَلُ لكان (٣) معاوضةً ولوجب التقابضُ [في المجلس] (٤) ؛ فإنه مقابلةُ دراهمَ بمثلها .

وقال مالك (٥) - رحمه الله - : يَثْبَتُ الأجَلُ .

ولذلك (٦) لو رجع عن الإقراضِ في الحال قَبْلَ تصرُّفِ المستقرض وطالَبَ به : جاز .

وقال مالك (٧) - رحمه الله - : لا يجوز ، وطرَدَ ذلك في العواري ، وكأنَّ القرضَ

---

(١) في (أ) : « المقترض » . (٢) ما بين المعقوفين زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) : « لكانت معاوضةً » . (٤) ما بين المعقوفين زيادة من (ب) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز اشتراطُ الأجل في القرض ؛ لأن القرضَ تبرعٌ يجوز الرجوعُ فيه ، والأجل يمنع الرجوع .

ومذهب المالكية : أنه يجوز اشتراطُ الأجل في القرض ، ولليس للمقرض مطالبةُ المقترض قبل حلول الأجل .

انظر : التنبيه للشيرازي : (٧٠) ، روضة الطالبين : (٣٤/٤) ، المجموع : (٢٥٥/١٢) ، نهاية المحتاج : (٢٣١/٤) ، الكافي : (٣٥٨) ، القوانين الفقهية : (٢٩٣) .

(٦) في (أ) : « وكذلك » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز للمقرض الرجوعُ عن إقراضه وطلبُه من المقترض قبل التصرف فيه .

ومذهب المالكية : أنه لا يجوز الرجوعُ عن الإقراض في الحال قبل تصرف المقرض ، ما لم يُشترط ذلك أو تكون هناك عادةٌ بذلك ، وإلا فلا . انظر : المجموع : (٢٥٧/١٢) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١٩١/١) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٢٢٦/٣) .

عند الشافعي – رضي الله عنه – إذنٌ في الإتلاف بشرط الضمان فهو قريبٌ منه ، إن لم يكن عَيْنَه .

أما ركنه :

فالمُقْرِضُ ، والمُقْرَضُ [١] ، والصيغة .

أما الصيغة : فقوله : أقْرَضْتُك ، أو خُذْه بمِثْلِه ، وهل يُشترط القبولُ ؟ وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه إذنٌ في الإتلاف بعِوَض .

والثاني : نعم [٢] ؛ لأنه يَمْلِكُه المستقرضُ ، بالقبض أو التصرف ، فليس إتلافًا محضًا .

أما المُقْرِضُ : فليس يُشترط فيه إلا أهليةُ التمليكِ والتبرُّعِ ؛ [٣] فإنه تبرعٌ [٣] ، ولذلك لا يجوز في مال الطفل إلا لضرورةٍ ، وكذا المكاتبُ على ما سيأتي في الرهن .

أما المُقْرَضُ : فكلُّ ما يجوز السَّلَمُ فيه يجوز قَرْضُه إلا الجواري ، ففيه قولان [٤] منصوصان :

القياس : الجواز ، كما في العبيد .

ووجه المنع : أن المستقرضَ يَتسلَّطُ على الوطء ، ويتسلط المقرضُ على الاسترداد ، فيبقى الوطءُ في صورةِ إباحة [٥] .

ولا خلافَ في أنه لو كانت الجاريةُ مَحْرَمًا للمستقرض : جاز إقراضُها ، وقد نُقِلَ عن الصحابة النهيُ عن إقراض الجواري ، فاستحسن الشافعي – رضي الله عنه – ذلك .

---

(١) في (أ) : « والمقترض » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٢/٤) ، مغني المحتاج : (١١٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٢٢/٤) .

(٣) قوله : « فإنه تبرع » : ليس في (أ) .

(٤) الأظهر من هذين القولين وهو المنصوص قديمًا وجديدًا : أنه لا يجوز إقراضُ الجواري إن كانت حلالاً للمقترض ، كما في الروضة : (٣٢/٤،٣٣) ، المجموع : (٢٥٩/١٢) ، مغني المحتاج : (١١٨/٢) ؛ نهاية المحتاج : (٢٢٦/٤) .

(٥) في (أ) : « الإباحة » .

وقال الأصحاب : بناءُ القولين على أن المستقرضَ يَمْلِكُ بالقبض [١] أم [٢] بالتصرف ؟

فإن قلنا : [يملك] [٣] بالقبض ، فلا [يجوز الإقراض] [٤] ؛ لأنه يُؤدِّي إلى استباحة الوطء .

وإن قلنا : بالتصرف ، فنعم [٥] .

ومنهم من عكس [٦] الترتيبَ وقال : إن قلنا : يملك بالتصرف فلا ؛ لأنه [٧] يقع في يده من غير مِلك ، ففيه خَطَرُ الوطء ، ولا خطرَ إذا ملّكناه ، فليطأها .

فإن قيل : وما لا يجوز السَّلمُ فيه ، ولا يجوز بيعُ بعضِه ببعض ، هل يجوز إقراضه ؟

قلنا : أطلق الأصحابُ مَنْعَه .

وذكر الشيخ أبو علي وجهًا في جوازه ، و [هل] [٨] هو مبنيٌّ على أن المقْرَضَ [٩] يَرُدُّ المِثْلَ في ذواتِ القيم أو القيمة ؟ فإن قلنا : يرد القيمة ، جاز إقراضُ كلِّ مالٍ مُتقَوَّمٍ .

أما شرطه :

فهو أن لا يَجُرَّ منفعةً ؛ لنهي رسول الله ﷺ عن قرضٍ جَرَّ منفعةً [١٠] .

---

(١) الأظهر من هذين القولين : أن المستقرض يملك بالقبض ، كما في الروضة : (٣٥/٤) ، مغني المحتاج : (١٢٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٣٢/٤) .

(٢) في (أ) : « أو » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « نعم » .

(٦) في (أ) : « علس » .

(٧) في (أ) : « فإنه » .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) في (أ) : « المقترض » .

(١٠) انظر ذلك النهي في : السنن الكبرى للبيهقي : (٣٤٩/٥، ٣٥٠) ، وكنز العمال : (٢٣٨/٦) حديث رقم : (١٥٥١٦) .

وأخرج ابن ماجه حديثًا في معنى ذلك النهي ، ولفظه : أن النبي ﷺ قال : « إذا أقرض أحدُكم قرضًا فأهدى له ، أو حمله على الدابة ، فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك » انظر : سنن ابن ماجه : (٨١٣/٢) (١٥) كتاب الصدقات (١٩) باب القرض (٢٤٣٢) ، وانظر التلخيص الحبير : (٣٤/٣) حديث رقم : (١٢٢٧) .

فإنْ شَرَطَ زيادةً أو منفعةً : فسد ؛ حتى لا يُفِيدَ المِلْك وصحةَ التصرف فيه [1] .

وللشرط صور :

إحداها : إن شَرَطَ الكفيلَ والرهنَ والشهادةَ في القرض : يجوز ؛ لأنه أحكامٌ له ، لا زيادةٌ عليه .

ولو شَرَط رهناً في دينٍ آخرَ : فهو منفعةٌ ، وكذا إذا شَرَطَ في المكسَّرة ردَّ الصحيح ، أو أن يشتري منه شيئاً .

الثانية : أن يشترط في الصحيح ردَّ المكسور [2] : فهذا غيرُ مُفْسِدٍ [3] ؛ لأنه وعدٌ بمسامحة ، ثم [4] لا يلزم .

وكذلك إذا شرط الأجلَ : لا يلزم ولا يَفْسُدُ ، إلا إذا كان في زمانِ نَهْبٍ [5] وغارة : فهو مفسدٌ ؛ لأن فيه غرضًا .

الثالثة : أن يقول : أقْرَضْتُك هذا بشرطِ أن أُقْرِضَك غَيْرَه : صحَّ ولم يلزم الشرطُ ؛ لأنه وَعْدٌ ، وكذا إذا قال : وَهَبْتُ بشرط أن أَهَبَ .

بخلاف ما إذا قال : بِعْتُكَ بشرطِ أن أَهَبَك شيئًا : فيَفْسُدُ البيعُ ؛ لأن العِوَضَ يكون مبذولًا في مقابلة المبيع ، والمتوقعِ هبتُه ، فيتطرق إليه خَلَلٌ وجهل .

هذا في الربويات ، أما في غير الربويات ففي شرطِ الزيادة وجهان :

أحدهما : التَّسوية [6] ؛ لعموم النهي [7] .

والثاني : الجواز ؛ لأن الزيادةَ تلزم بالعقد والمقابلة ، وقد وُجِدَت ، ولكن يمتنع ذلك

---

(١) قوله : « فيه » : ليس في (ب) .
(٢) في (أ) : « المكسر » .
(٣) في (ب) : « غير صحيح » .
(٤) قوله : « ثم » : ليس في (أ) .
(٥) في (أ) : « نهيب » .
(٦) في (أ) : « لا تسوية » .
(٧) وهذا الوجه هو الصحيح ، كما في الروضة : (٣٤/٤) .

في الربويات ، وهذا فاسد ؛ لأن (١) صيغةَ المعاوضة لم تُشترط ، فإن شرط : فهو بيعٌ [فاسد] (٢) وليس بقرض ، والقرضُ بمطلقه ليس له حكمُ (٣) / البيع ، ولذلك عند ترك الزيادة في الربويات لم يُشترط التقابضُ . ٨٠/أ

فإن قيل : نُقل أنه - عليه السلام - استسلف بعيراً ببعيرين (٤) ؟

قلنا : [كان] (٥) ذلك في عقد السَّلم .

أما حكمه :

فهو التمليكُ (٦) ، ولكن بالقبض أو بالتصرف ؟ فيه قولان مفهومان من معاني كلام الشافعي رضي الله عنه .

أقيسهما : أنه بالقبض (٧) ؛ لأنه لا يتقاعد عن الهبة ، (٨ مع أنه للعوض فيه مدخلٌ ٨) ، ولأنه يملك التصرفَ بعد القبض فيَدُلُّ (٩) على تقدُّم الملك .

---

(١) في (أ) : « فإن » . (٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) : « حلم » وهو خطأ .

(٤) أخرجه أبو داود : (٢٤٨/٣) ( ) كتاب البيوع ( ) باب الرخصة في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » (٣٣٥٧) . ولفظه : « عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً ، فنفدت الإبلُ ، فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة ، فكان يأخذ البعيرَ بالبعيرين إلى إبل الصدقة » ، والدارقطني في سننه : (٧٠/٣) حديث رقم : (٢٦٣،٢٦٤) من كتاب البيوع . والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٨/٤٩ ، ٥٠) كتاب البيوع (١١) باب إسلاف العرض في العرض و (٥٦) باب في استقراض الحيوان ، حديث رقم : (١١٠٧٦ ، ١١٠٨٣ ، ١١٠٨٤ ، ١١٦٠٧) ، والحاكم في المستدرك (٥٧/٢) ، والحافظ الذهبي في التلخيص بذيل المستدرك : (٥٧/٢) . وقال الحاكم : هذا الحديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . وانظر : نصب الراية للزيلعي : (٤٧/٤) . وراجع التلخيص الحبير : (٨/٣) حديث رقم : (١١٣٨) .

(٥) زيادة من (أ) . (٦) في (ب) : « التملك » .

(٧) قال في الروضة : « أظهرهما : بالقبض » . انظر : روضة الطالبين : (٣٥/٤) ، المجموع : (٢٥٧/١٥) .

(٨) في (أ) : « مع أن للعوض فيه مدخلًا » . (٩) في (أ) : « فدل » .

والثاني : أنه يملك بالتصرف ، فيتبين تقدُّمُ المِلك عليه ؛ لأنه تفويتٌ بالإذن بشرط الضمان ، وليس بتمليكٍ وعقد ، والتفويتُ يحصل بإزالةِ العين أو الملك .

التفريع :

إن قلنا : يملك بالقبض ، (١ فله أن يَرُدَّه بعينه ؛ إذ له أن يَرُدَّ بدلَه ١) ، فهو أولى . ولو رجع المقرضُ في عينه : جاز [له] (٢) ؛ لأنه أقربُ من بدله ، وله أخْذُ بدلِه .

وذكر الشيخ أبو محمد (٣) وجهاً (٤) : أن النظرَ فيه إلى جانب المستقرض(٥) وإرادته ، فإن لم يرد عينَه فله ذلك .

وإن قلنا : يملك بالتصرف ، فلا خلافَ في أنه يملك بكل تصرُّفٍ مُزِيلٍ للملك ، كالبيع والإعتاق ، وما يُستباح بالإباحة ، كالإعارة والاستخدامِ فلا يَمْلِكُ به .

وأما (٦) الإجارةُ والرهن والبيع بشرط الخيار ، ففيه طرق (٧) :

قال الشيخ أبو محمد : كلُّ ما (٨) يَقْطَعُ رجوعَ الواهب والبائع في عين متاعِ المفلس يملك به ها هنا .

---

(١) في (أ) : « فله أن يرد بدله ؛ إذله أن يرد بدله » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في نسخة (أ) : « أبو عليّ » ، وفي نسخة أخرى : « أبو عليّ » كذا على هامش الأصل .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « وجهين » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « المقترض » . (٦) في (أ) : « أما » .

(٧) قال في الروضة : « وإن قلنا : يملك بالتصرف ، فمعناه : أنه إذا تصرف ، تبيَّن ثبوتُ ملكه . ثم في ذلك التصرف أوجه : أصحها : أنه كل تصرف يزيل الملكَ . والثاني : كل تصرف يتعلق بالرقبة . والثالث : كل تصرف يستدعي الملك . فعلى الأوجه : يكفي البيعُ ، والهبة ، والإعتاق ، والإتلاف . ولا يكفي الرهنُ ، والتزويج ، والإجارة ، وطحن الحنطة ، وخبز الدقيق ، وذبح الشاة ، على الوجه الأول .

قلت : فتكون هذه العقودُ باطلةً . والله أعلم . ويكفي ما سوى الإجارة على الثاني ، وما سوى الرهن ، على الثالث ؛ لأنه يجوز أن يستعير الرهن ، فيرهنه » . انظر : روضة الطالبين : (٣٥/٤) .

(٨) في (أ) : « كلما » .

وقال آخرون : كلُّ تصرفٍ لا ينعقد بدون الملك ، فيَخرجُ الرهنُ عنه ، فإنه يجوز في المستعار ، بخلاف الإجارة .

وقال آخرون : كلُّ تصرفٍ لازمٍ يتعلَّقُ (١) بالرقبة (٢) فيَدْخُلُ فيه الرهنُ ، ويَخْرُجُ منه الإجارةُ والبيعُ الجائز .

وقال آخرون : لا يملك إلا بتصرفٍ مُزِيلٍ للملك أصلًا .

فإن قيل : المستقرضُ (٣) ماذا يؤدِّي (٤) ؟ قلنا : المِثْلُ في المثليَّات .

وفي ذوات القيم وجهان :

أشبههما بالحديث : ردُّ المثل (٥) ؛ لما رُوي أنه - عليه السلام - استقرض « بكرًا » وردَّ « بازلاً » وقال - عليه السلام - : « خيرُكم أحْسَنُكم قضاءً » (٦) ، ولأنه لو

---

(١) في (أ) : فراغ في المخطوطة مكان كلمة : « يتعلق » .

(٢) في (أ) : « في الرقبة » . (٣) في (أ) : « المقترض » .

(٤) قال الحموي : « قوله : (ماذا يؤدي ؟ قلنا : المثل في المثليات ، وفي ذوات القيم وجهان ، أشبههما بالحديث ردُّ المثل ، لما روى أن النبي ﷺ استقرض بكراً ورد بازلاً) .

قال المصنف : « استشهد الشيخ أنه يرد المثلَ في المثليات للحديث ، وليس ذلك من المثليات ، وقد ذكر الشيخ حدَّه في الغصب فقال : الذي يتساوى أجزاؤه من حيث الذات لا من حيث الصيغة على الصحيح . والمثل الذي ذكر في القرض ليس كذلك لما لا يخفى » .

قلتُ : المثل يطلق على معنيين : أحدهما من حيث الذات في الغصب وهو بطريق الحقيقة . والثاني : من حيث الصورة كما في البكر مع البازل وهو بطريق المجاز . ومراده هنا بطريق المجاز ، وهو مثلٌ من حيث الصورة ، والإشكال ضعيفٌ ، وإنما ذكره لكون بعض الفقهاء استشكله وأجيب عنه كذلك .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح عند الأكثرين ، كما في الروضة : (٣٧/٤) ، مغني المحتاج : (١١٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٢٨/٤ ، ٢٢٩) .

(٦) أخرجه البخاري : (٦٩/٥) (٤٣) كتاب الاستقراض . (٤) باب استقراض الإبل (٢٣٩٠) ، ومسلم : (١٢٢٤/٣) (٢٢) كتاب المساقاة (٢٢) باب من استسلف شيئًا فقضى خيرًا منه » (١٦٠٠ ، ١٦٠١) ، وأبو داود : =

وجب[1] القيمةُ لافتقر إلى الإعلام .

والثاني - وهو القياس - : وجوبُ القيمة ، (٢ والله أعلم وأحكم ٢) .

* * *

= (٢٤٥/٣) () كتاب البيوع () باب في حسن القضاء (٣٣٤٦) ، والترمذي : (٦٠٧/٣) (١٢) كتاب البيوع (٧٥) باب ما جاء في استقراض البعير أو الشيء من الحيوان أو السن (١٣١٦) ، (١٣١٨) ، والنسائي : (٢٩١/٧) (٤٤) كتاب البيوع (٦٤) باب أستسلاف الحيوان واستقراضه (٤٦١٧ ، ٤٦١٨) ، وابن ماجه : (٧٦٧/٢) (١٢) كتاب التجارات (٦٢) باب السلم في الحيوان (٢٢٨٥ ، ٢٢٨٦) وراجع : تلخيص الحبير : (٣٣/٣ ، ٣٤) حديث رقم : (١٢٢٦) .

(١) في (أ) : « وجبت » .

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .

كتاب الرهن

وفيه [أربعة] (١) أبواب

(١) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) .

الباب الأول : في أركان عقد الرهن ومُصَحِّحاته

وأركانه [(١)] أربعة : الراهن ، والمرهون ، والمرهون به ، وصيغة العقد .

الركن الأول : [في] [(٢)] المرهون

وفيه ثلاثة شرائط :

الشرط الأول : أن يكون عيناً .

فلو رهن دَيْنًا : لم يصح ؛ لأنه يَلْزَمُ بالقبض ، والقبضُ لا يُصادِفُ ما يتناوله [(٣)] العقدُ ، ولا مُستَحقًّا بالعقد ، ولذلك [(٤)] (° لا يصح هبةُ الدَّين ، فإنه لا يلزم إلا بالقبض ، بخلاف بيعِ الدين ، فإنه يصح على رأي .

وكذلك °) لو باع درهماً بدرهم ثم عيَّن في المجلس : صحَّ ؛ لأن البيعَ سببُ استحقاق قبل القبض فيتعين [(٦)] بالقبض ، بخلاف الهبة والرهن .

---

(1) قال الحموى : « قوله في أول كتاب الرهن : (وأركانه : الراهن ، والمرهون ، والمرهون به ، وصيغة العقد) .

قال المصنف : « ما ذكره الشيخُ يَردُ عليه إشكالاتُ : أحدهما : أنه جعل الراهنَ ركنًا في الرهن ولم يجعل المصلِّي ركنًا في الصلاة ، ومعلوم أنه لابد منها . الثاني : أنه عدَّ الراهنَ ركنًا ولم يجعل المرتهنَ ركنًا ، ومعلوم أنه لابد منه كما في الراهن » .

قلتُ : لا يخلو عقد الرهن إما أن يكون ممتزجًا بالبيع أم لا ، فإن كان الأول فلا كلامَ ، فإنه متى وجد الراهنُ وجد المرتهنُ كالبائع والمشتري . وإن كان الثاني فأقول : ذكر الشيخ بعد ذلك في مسألتنا الركنَ الرابع العاقد إلى آخره ، وإذا كان كذلك كان مرادُه بالعاقد الراهنَ والمرتهنَ كما في البيع ، وإنما أَهْمَل المرتهنَ في أول الرهن ؛ استغناءً بما ذكره ثانيًا ، وما الجوابُ عن الإشكال الأول فظاهرٌ عُرف من جواب نظيره في البيع .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) : « تناوله » .

(٤) في (ب) : « وكذلك » .

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « فتعين » .

فرع : الإفراز ليس بشرط ، بل يصح رهنُ المشاع [1] ، خلافًا لأبي حنيفة [2] ، ثم [3] تجري المهايأةُ بين الراهن والمالك .

نعم ، لو رهن نصيبَه [4] من بيتٍ [4] معيَّنٍ من جملة دارٍ مشتركة ، ففيه [5] وجهان [6] :

ومنشأ [7] المنع : أنه ربما يقتسم الشريكُ فيقع الجميعُ في حِصَّته ، فلا يَبْقَى للرهن مَقَرٌّ .

فلو صحّحنا ، فوقع ذلك احتمل أن يُقال : هو تَلَفٌ ، واحتمل أن يُقال : الراهنُ ضامنٌ . والتفويتُ منسوبٌ إليه .

الشرط الثاني : أن يكون المرهونُ قابلاً للبيع عند حلول الحق :

فلا يجوز رهنُ الموقوف وأمِّ الولدِ وكلِّ ما لا يجوز بيعُه .

وبيان هذا الشرط برسم ثمان مسائل :

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « الشائع » ، والمثبت من (أ) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه يصح رهنُ المشاع سواء كان الرهنُ للشريك أو لغيره .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز رهنُ المشاع لغير الشريك ، أما إذا كان للشريك فهو جائز .

انظر : الأم : (١٦٨/٣) ، مختصر المزني : (٢١٠/٢) ، الحاوي الكبير : (١١/٦،١٤) ، روضة الطالبين : (٣٨/٤) ، المجموع : (٣٣٤/١٢) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١٩٣/١) ، مختصر الطحاوي : (٩٢) ، المبسوط : (٦٩/٢١) ، رءوس المسائل : (٣٠١) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٤٧٢/٤) ، رد المحتار على الدر المختار : (٤٨٩/٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (٦٤/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٦/٢) .

(٣) قوله : « ثم » : ليس في (أ) . (٤) قوله : « من بيت » : ليس في (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « فيه » ، والمثبت من (أ) .

(٦) قال في الروضة : « ولو رهن نصيبَه من بيت من دار بإذن شريكه صح ، وبغير إذنه وجهان ، أصحهما عند الإمام : صحته كما يصح بيعه ، وأصحهما عند البغوي : فساده ، وادّعى طرد الخلاف في البيع ، قلت : وممن وافق الإمام في تصحيح صحته الغزالي في « البسيط » ، وصاحب « التتمة » ، وغيرهما » . انظر : روضة الطالبين : (٣٨/٤) ، نهاية المحتاج : (٢٣٩/٤) .

(٧) في (أ) : « ووجه » .

[المسألة] (١) **الأولى** : رَهْنُ سَوَادِ العراق من عبادانَ إلى المَوْصِلِ طولًا ، ومن القادسية إلى حلوان عرضًا : باطلٌ ، فإن اعتقادَ الشافعي - رضي الله عنه - (٢) أن عمر - رضي الله عنه - أخَذَها من الغانمين وحَبَسَها على المسلمين ، والخراجُ عليهم أجرةٌ فيها (٣) .

وقال ابن سريج : بل باعها من أهل العراق ، فهو مِلْكٌ .

وأما أشجارُها وأبنيتُها : فيجوز (٤) رَهْنُها وفاقاً ؛ فإنها مستحدثة .

[المسألة] (٥) **الثانية** : رهنُ المبيع في زمان الخيار : جائزٌ ، إن كان الخيارُ للمشتري وحده . ولَزِمَ (٦) البيعُ ، هكذا ذكره الشافعي - رضي الله عنه - .

وفيه وجه : أنه لا ينعقد ، بل لابد من تقديم الإلزام .

ووجه آخر : أنه يلزم البيعُ ، ولا ينعقد الرهنُ ، وقد ذكرناه في كتاب البيع .

[المسألة] (٧) **الثالثة** : قال الشافعي - رضي الله عنه - (٨) : رهنُ الأمِّ دون ولدها : جائزٌ ؛ إذ لا تفرقةَ فيه .

واختلف الأصحاب ، منهم (٩) من قال : معناه : أنها تُباع عند الحاجة مع الولد .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) انظر : روضة الطالبين : (٤٠/٤) ، المجموع : (٣٤٣/١٢) .

(٣) في (أ) : « عنها » .

(٤) في (أ) : « يجوز » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « ويلزم » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) انظر : الأم : (١٤١/٣) ، مختصر المزني : (٢١٤/٢) ، الحاوي الكبير : (١١٨/٦) ، روضة الطالبين : (٤١/٤) ، المجموع : (٣٤٨/١٢) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١٩٣/١) .

(٩) في (أ) : « فمنهم » .

ومنهم من قال : لا [١] ، بل أراد [به] [٢] أنه لا تفرقةَ في نفس الرهن ، [٣] وإلّا فتباع [٣] دون الولد . فإن الرهنَ لم يَرِدْ على الولد ، ولكن يقع ذلك قَهْريًّا لا اختياريًّا ، فلا يمتنع التفريق .

التفريع :

إن قلنا : تُباع مفردًا ، فلا كلام .

وإن قلنا : تُباع مع الولد ، [٤] فيتعلق حقُّ المرتهن بما [٤] يخص الأمَّ من الثمن ، وفي تقديره وجهان :

أحدهما [٥] : [٦] أنه تُقَوَّمُ [٦] الأمُّ مفردًا ، فإذا هي تساوي مائةً ، فتُقَدَّر مع الولد ، فإذا هي تساوي مائةً وعشرين [٧] ، فالولد سُدسُ الجملة ، فيختص المالكُ بسدس جملةِ الثمن ولا يتعلّقُ الرهنُ به .

والثاني : أن الولد [أيضًا] [٨] يُقَدَّر مفردًا كما قُدِّرت [٩] الأمُّ / مفردة [١٠] ، فيقال : الولدُ دون الأم كم يساوي ؟ وفي هذا تَقِلُّ قيمتُه ؛ لأنه يكون ضائعًا ، فإذا قالوا : خمسين - مَثَلًا - وقيمةُ الأم مائةٌ ؛ فالولد ثلث . ٨٠/ب

وهذا الخلاف جارٍ في أرضٍ بيضاءَ رُهِنَتْ ثم أنبتت غِرَاساً ؛ لأن الغراس غيرُ مرهون .

وذكر صاحب التقريب : [١١] أن الأمَّ أيضًا [١١] تُقَوَّمُ مع الولد فيقال : أمٌّ لها ولدٌ

---

(١) قوله : « لا » : ليس في (أ) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في الأصل : « وإلّا فيباع » ، وفي نسخة (ب) : « والأم تباع » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « فمتعلقُ حقِّ المرتهن ما » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤٢/٤) .

(٦) في (أ) : « أنّا نقدر » ، وفي (ب) : « يقوم » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « عشرون وهو خطأ » ، والمثبت من (أ) .

(٨) زيادة من (أ) . (٩) في (أ) : « تقدر » .

(١٠) في (أ) : « مفردًا » . (١١) في (أ) : « أيضًا أن الأم » .

كَمْ قيمتُها ؟ فينقص (١) ؛ إذ يكون قَلْبُها إلى ولدها ؛ لأنها رُهِنَتْ مع وجود الولد .

نعم ، لو حدث الولدُ بعد الرهن كان (٢ نظيرًا لمسألةِ ٢) الغِرَاس .

[المسألة] (٣) **الرابعة** : رهن ما يتسارع إليه الفسادُ بالدَّين الحالِّ ، أو بدينٍ مؤجَّلٍ يحل قبل توقُّعِ الفساد : جائز ، فيباع عند الإشراف على الفساد في الدين .

وإن (٤) كان يَفْسُدُ قبل الحلول (٥) وشَرَطَ بَيْعه عند الإشراف . وجَعَل ثمنه رهنًا : صحَّ أيضًا .

وإن شرط أن لا يباع : بطل ، وإن أطلق ، ففيه قولان (٦) : أحدهما : أنه يصح ، ومطلقُه مُشْعِرٌ بالإذن في البيع ، وتحول الوثيقةُ إلى الثمن .

والثاني : الفساد ؛ لأنه ليس مفهومًا من مطلق الرهن .

فإن قيل : لو (٧) طرأ دواماً ما يُعَرِّضُه للفساد ؟

قُلنا : لم يفسد الرهنُ ، ولكن يُبَاع عند الإشراف [على الفساد] (٨) ويجعل بدله رهناً .

فإن قيل : فلو تطابق المتعاقدان على نقل الوثيقةِ من عين المرهون إلى غيره فينبغي (٩) أن يجوز ، كما لو شَرَط ذلك فيما يَشْرُفُ على الهلاك في ابتداء العقد .

---

(١) قوله : « فينقص » : ليس في (ب) .
(٢) في (أ) : « نظيرَ مسألةِ » .
(٣) زيادة من (أ) .
(٤) في (أ) : « فإن » .
(٥) في (أ) : « حلوله » ، وفي (ب) : « الحلال » .
(٦) قال في الروضة : « فلو شرط أن لا يباع بحال عند حلول الأجل بطل الرهنُ لمناقضته مقصودَ الرهن . وإن لم يشرط ذا ولا ذاك ، فهل هو كشرط البيع ، أم كشرط عدم البيع ؟ قولان ، أظهرهما عند العراقيين : الثاني ، وميل غيرهم إلى الأول . قلت : قال الإمام الرافعي في « المحرر » أظهرهما : لا يصح الرهنُ . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٤٣/٤) ، مغني المحتاج : (١٢٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٤٢/٤ ، ٢٤٣) .
(٧) في (أ) : « فلو » .
(٨) ما بين المعقوفين زيادة من (ب) .
(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « ينبغي » ، والمثبت من (أ) .

قلنا : فيه وجهان ، ووجه المنع : أن ما يُحْتمل في الدوام إذا طرأ بالضرورة لا يُحْتمل ابتداءً ، ولذلك لا يجوز رهنُ الدين وإن تعلَّقَ في الدوام بالقيمة في [1] ذمة المتلِف .

[المسألة] [2] **الخامسة** : رهْنُ العبد المرتدِّ : صحيحٌ ؛ بناءً على الصحيح في جواز بيعه .

ثم إن قُتِلَ في يد المرتهن ، وكان [3] الرهنُ مشروطاً في بيع ، فثبوتُ الفسخ للمرتهن في البيع يُبتنى على أن من اشترى عبدًا مرتدًّا وقُتِل في يده هل يكون من ضمان البائع ؟

[المسألة] [4] **السادسة** : رهن العبد الجاني يُبتنى على صحةِ بيعِه ، فإن منعناه فهو ممنوعٌ ، وإلا فوجهان [5] :

ووجه المنع : أنه يمنع الوثيقةَ ، ولذلك يمتنع [6] رهنُ المرهون ، وإن قَدَرَ الراهنُ على بيعه إذا قضى الدين ، وهاهنا يَقْدِرُ على [7] بيعٍ شرطَ [7] الفِداء بعده ، وقد يتعوَّق فيفسخ بيعه فلا تحصل معه الوثيقةُ ؛ ولذلك يُقدَّم [8] أرْشُ الجناية في دوام الرهن على الرهن .

فرع : لو حَفَر العبدُ بئرًا فَرُهن . فتردَّى فيها إنسانٌ فتعلَّقَ [9] الضمانُ برقبته : ففي تبيين فسادِ الرهن وجهان ، مستندهما : إسنادُ [10] التعلق إلى أول السبب ، فيكون كالمقارِن .

ولو قَتَلَ قتلاً موجباً للقصاص ، وقلنا : موجب العمد : القَوَدُ المحضُ فرهن ثم عَفَى

---

(١) في (أ) : « من » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « فكان » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) قال في الروضة : « الجاني إن لم نصحح بيعَه فرهْنُه أولى ، وإلا فقولان ؛ لأن الجنايةَ الطارئة يقدَّم صاحبُها على حق المرتهن ، فالمتقدمة أولى » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٤٥) ، مغني المحتاج : (٢/ ١٣٣) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٤٠) .

(٦) في (أ) : « يمنع » .

(٧) في (أ) : « بيعه بشرط » .

(٨) في (أ) : « تقدم » .

(٩) في (أ) : « فعلق » .

(١٠) في (أ) : « استناد » .

على مال ، ففي إسناد (١) انتقال التعلق وجهان (٢) :

وهاهنا الاستنادُ أولى ؛ لأن القتلَ سببٌ تامٌّ دون حَفْرِ البئر .

[**المسألة**] (٣) **السابعة** : إذا علَّق عِتْقَ العبد بصفةٍ ثم رَهَنَه ، فإن قلنا : لو وُجِدَتْ الصفةُ في حالة (٤) الرهن ، نَفَذ ؛ إما لقوة العتق ، أو لأن العبرةَ بحالة التعليق : خُرِّجَ ذلك على رهنِ ما يتسارع إليه الفسادُ .

فإن قلنا : لا ينفذ : فهو بالرهن مدافعٌ حكمَ التعليق ، فالأصح (٥) : جوازه (٦) ،

---

(١) في (أ) : « استناد » .

(٢) قال في الروضة : « وإذا قلنا : يصح رهنُ الجاني جناية توجب القصاصَ ، ولا يصح إذا أوجبت مالاً ، فرَهَن والواجبُ القصاصُ ، فعفا على مال ، فهل يبطل الرهنُ من أصله ، أم يكون كجناية تصدر من المرهون حتى يبقى الرهن لو لم يبع في الجناية ؟ وجهان . اختار الشيخ أبو محمد : أولهما . فعلى هذا لو كان العبدُ حفر بئرًا في محل عدوان ، فمات فيها - بعدما رهن - إنسانٌ ، ففي تبين الفساد وجهان . والفرق : أنه رهَنَ في الصورة الأولى وهو جانٍ » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٤٦) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « حال » .

(٥) في (أ) : « والأصح » .

(٦) قال في الروضة : « رهن المعلق عتقُه بصفة له صور : إحداها : رهنه بدينٍ حالٍّ أو مؤجل تيقَّن حلولَه قبل وجود الصفة ، فيصح ويباع في الدين ، فإن لم يتفق بيعُه حتى وجدت الصفةُ ، بُني على القولين في أن الاعتبارَ بالعتق المعلقِ بحالة التعليق ، أم بحال وجود الصفة ؟ إن قلنا بالأول عتق وللمرتهن فسخُ البيع المشروط فيه الرهن إن كان جاهلًا . قلت : هذا الذي جزم به من ثبوت الفسخ للمرتهن على هذا القول هو الذي جزم به صاحب « التهذيب » ، وجزم صاحب « التتمة » بأنه لا خيار له ، وقد سقط حقُّه ؛ لأن الرهنَ سلم له ثم بطل فصار كموته ، والأول : أصح وأقيس . والله أعلم . وإن قلنا بالثاني ، فهو كإعتاق المرهون ، وسنذكره إن شاء الله .

الثانية : رهنه بدين مؤجل تيقن وجودَ الصفة قبل حلوله ، فالمذهب : بطلان الرهن : وقيل : قولان ، وهو ضعيف . فعلى الصحة : يباع إذا قَرُبَ أوانُ الصفة ، ويجعل ثمنه رهنًا .

الثالثة : أن لا يتيقن تقدمُ الصفة على الحلول وعكسه ، فالأظهر : بطلانه : وقيل : باطل قطعًا » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٤٧) ، مغني المحتاج : (٢/١٢٣) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٤٠ ، ٢٤١) .

كما لو دَفَعَه بالبيع .

وفيه وجه [آخر] (١) : أنه يَفْسُدُ ؛ لضعف الرهن ، بخلاف البيع .

أما المُدَبَّرُ : [فقد] (٢) قال الشافعي - رضي الله عنه - (٣) : [و] (٤) لو دَبَّره ثم رَهَنَه كان الرهنُ مفسوخاً ، وهذا مُشْكِلٌ ؛ لأن بيعَ المدبَّرِ جائزٌ عند الشافعي - رضي الله عنه - ، وليس يندفع التدبُّرُ أيضًا بالرهن ، فإنه إذا مات يُقْضَى ديونُه ، ويَعْتَقُ المدبَّرُ ، وإن لم يكن في ماله وفاءٌ فالمدَّبرُ لا يعتق وإن (٥) لم يُرْهَنْ ، فذهب أكثرُ الأصحاب لذلك إلى صحةِ الرهن .

ووجه النَّصِّ أن يُقال : لعله يموت وله مالٌ ، فلا يمكنُ تنجيزُ العتق قبل أداء دَيْنه ، وتأخيرُه إلى الأداء دفعٌ للعتق ، فالرهنُ (٦) لا يقوى عليه .

ويتأيَّدُ بالوجه المذكور في إبطال رهنِ العبد المعلَّقِ عتقُه [بصفة] (٧) .

[**المسألة**] (٨) **الثامنة** : إذا رَهَن الثمارَ على الأشجار نُظِر : إن كان بَعْدَ بُدُوِّ الصلاح ، والدَّين حال : جاز ذلك ، ثم يُقْطَفُ في أوانه ، ويُباع بعضُه ويُجْعَلُ مُؤْنةَ على القِطَاف ، ويُجَفَّفُ إن أمكن ، وإلا التحق بما يتسارع إليه الفسادُ .

وإن (٩) كان قبل بُدُوِّ الصلاح ، فللفساد ثلاثُ مثارات :

أحدها : تسارعُ الفساد بعد التجفيف ، وقد سبق .

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) زيادة من (أ) .

(٣) انظر : الأم : (١٤٠/٣) ، مختصر المزني : (٢١٣/٢) ، الحاوي الكبير : (١٠٤/٦) ، التنبيه للشيرازي : (٧٠) ، روضة الطالبين : (٤٦/٤) ، المجموع : (٣٣٢/١٢ ، ٣٣٣) .

(٤) زيادة من (أ) .
(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « والرهن » .
(٧) زيادة من (ب) .

(٨) زيادة من (أ) .
(٩) في (ب) : « فإن » .

والثاني : امتناعُ بيعه إلا بشرطِ القطع ، فإن أذِنَ في البيع بشرط القطع : جاز ، وإن صَرَّح بمنعِ البيع بشرط القطع : فسد ، وإن أطلق ، فالظاهر : أنه يصح وبشرط القطع في بيعه ويباع .

وذكر صاحب التقريب قولين في موجب الإطلاق ، ووجهه : أنه لم يَرْضَ بنقصان المالية ، فعلى هذا يَفْسُدُ الرهنُ (١ وله التفاتٌ ١) على (٢) إطلاق الرهن ، فما يتسارع إليه الفسادُ ، أنه هل يكون كالمصرَّحِ بتجويزِ بيعه ؟

المثار الثالث للفساد : توقُّعُ الآفة والجوائح ، ويظهر ذلك إذا قَدَّر الدينَ مؤجَّلًا .

وفي المنع بهذا السبب قولان : أحدهما : يُمْنَعُ كما يُمنع البيع .

والثاني : لا ؛ لأن المحذورَ (٣ ثَمَّ ضياعُ ٣) الثمن عند الاجتياح (٤) ، وهاهنا لا يفوتُ أصل الحق .

فرع : إذا تلاحقت الثمارُ بعد الرهن ، ففي انفساخ الرهن قولان ، كما في التلاحق في الثمار المبيعةِ قبل القبض .

والأصح : أنه لو كان قبل القبض يَنْفَسِخُ .

وفيه وجهٌ مُستخرَجٌ من الخلاف / في العصير إذا صار خَمْرًا قبل القبض ، وهو بعيدٌ ؛ لأن ذلك يُتوقَّعُ مصيرُه خَلًّا ، بخلاف التلاحق ، فإنه لا يزول . ٨١/أ

ولو رهن زرعاً يتزايد ، وشَرَط قَطْعَه في الحال : جاز .

---

(١) في (أ) : « ولعله التفات » وفي الأصل : « وله التفاوت » ، والمثبت من (ب) .

(٢) في (أ) : « إلى » .

(٣) في (أ) : « ثمن صاع » .

(٤) بدون نقط في الأصل ، وفي (أ) ، (ب) : « الاحتباح » . والمثبت هو الصواب .

وإن شَرَط التبقيةَ : فحكمُه حكمُ الثمار التي [1] تتلاحق غالباً ، والرهنُ باطلٌ فيهما ، كما في البيع .

الشرط الثالث : أن لا يمتنع إثباتُ يدِ المرتهن عليه وقبضُه له [2] :

فإن القبضَ ركنٌ في الرهن ، وفيه مسألتان :

إحداهما : رَهْنُ المصحفِ والعبد المسلم من الكافر : فهو مرتَّبٌ على البيع ، وأَوْلَى بالصحة ؛ لأن إثباتَ اليد أهونُ من إثبات الملك .

وكذا رَهْنُ السِّلاح من الحربيِّ : مرتبٌ على بيعه منه ، ورَهْنُه من الذميِّ : جائزٌ وفاقاً كبَيْعِه .

الثانية : رَهْنُ الجواري : صحيحٌ على المذهب الظاهر [3] .

وذكر الشيخ أبو عليّ قولاً : أن رَهْنَ الجاريةِ الحسناءِ : باطلٌ ، إلا أن تكون [4] مَحْرَمًا للمرتهن ، فالوجه : القطعُ بالصِحة .

ثم إن [5] كان مَحْرَمًا ، أو عدِّلَ [6] على يدِ عَدْلٍ ، أو كان المرتهنُ يُوثَقُ بديانته ، أو كان معه جماعةٌ من أهله تَرَعُه [7] الحشمةُ عنها : لم يُكْرَه التسليمُ ، وإلا فيُكْرَهُ إثباتُ يده عليها .

وعلى الجملة فهو [8] قريبٌ من رهن المصحف من الكافر .

---

(١) في الأصل : « الذي » ، والمثبت من (أ) و (ب) .

(٢) قوله : « له » ليس في (أ) .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (٣٩/٤ ، ٤٠) .

(٤) في (أ) ، و (ب) : « يكون » .

(٥) في (ب) : « لو » .

(٦) في (ب) : « عدلت » .

(٧) في (ب) : « يرعه » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « هو » ، والمثبت من (أ) .

فإن قيل : فهل يُشترط أن يكون المرهونُ ملكَ الراهن .

قلنا : لا ؛ فإن الشافعي - رضي الله عنه - [1] نصَّ على أنه لو رُهِنَ المستعارُ بإذن المعِير : صَحَّ الرهنُ .

وغَمُضَ حقيقةُ هذا العقدِ على الأصحاب واستخرجوا من تردد الشافعي - رضي الله عنه - في بعض الأحكام قولين في أن هذا عاريةٌ أم [2] ضمانٌ [3] ؟

فمن قال : إنه عاريةٌ ، أَشْكَلَ عليه لزومُه .

ومن قال : ضمانٌ ، أَشْكَلَ عليه تعلقُ الضمان برقبة المال .

ثم بنوا الأحكامَ على القولين ، وهذا البناءُ غيرُ مَرْتَضً [4] عندنا ، بل نُعَلِّلُ [5] كلَّ حكمٍ بما يَلِيقُ به من غير بناء .

وحقيقةُ هذا العقد لا يتمحَّض ، بل هو فيما يدور بين [6] المرتهن والراهنِ رهنٌ محضٌ ، وفيما بين المعير والمستعيرِ عاريةٌ ، وفيما بين المعير والمرتهن [حكمُ الضمان] [7] يزدحم عليه مشابهُ العارية والضمان ، ويتبين [8] ذلك بالنظر في ثلاثة أحكام :

(١) انظر : الأم : (١٧١/٣) ، روضة الطالبين : (٥٠/٤) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١٩٤/١) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو » .

(٣) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (٥٠/٤) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « مرضي » .

(٥) في (ب) : « يعلل » .

(٦) في (أ) : « بينه » .

(٧) ما بين المعقوفين زيادة من (ب) .

(٨) قال الحموي : قوله : (في الرهن المستعار : ويتبين ذلك بالنظر في ثلاثة أحكام : الأول اللزوم في حق المعير ، وقال القاضي : له الرجوعُ إذا فرعنا على قولنا : إنه عارية) .

أقول : هذا غلط على القاضي حسين فإن مذهبه : اللزوم في حق المعير بعد القبض هذي صرح به الإمام في « النهاية » والشيخ في « البسيط » ، وإنما هذا الوجه المحكيُّ لصاحب « التقريب » فحكى عن الفرق أيضًا بين الدين الحال والمؤجل كما حكاه عنه في « الوسيط » فكأنه رُوي عن صاحب « التقريب » مذهبان : أحدهما : أن له الرجوع مطلقًا على قولنا : إنه عارية . والثاني : الفرق بين الدين الحال والمؤجل . كذلك نقله عنه الإمام وفي « البسيط » ، فأما القاضي حسين فمذهبه : اللزوم في حق المعير بعد القبض لاشك فيه .

الأول : اللزومُ في حقِّ المعير .

ولا يلزم قبل قبض المرتهن بحال ، وإذا قَبَض المرتهنُ ، فالصحيح : أنه يلزم في حق المعير ؛ لأنه أثبت بعاريته شيئًا من حقه أن لا [(١] يعير وتلزم [١)] ، فهو [(٢] كما لو أعار [٢)] الأرضَ لدَفْنِ الأموات ؛ إذ لزم ؛ لأن فيه هَتْكَ حرمةِ الميت ، فكذلك [(٣)] في رجوعِه إبطالُ وثيقةِ المرتهن بعين [(٤)] ماله ، وقد أذِن في إثباته .

وقال القاضي : له الرجوعُ إذا فرَّعنا على قولنا : إنه عاريةٌ ، وهذا ضعيفٌ ؛ فإنه لا يبقى للرهن معنًى .

وقد حكى العراقيون عن ابن سريج : أنَّا إذا قلنا : إنه عاريةٌ ، فلا يصح هذا العقدُ ؛ إذ لا يبقى له فائدةٌ ، وهو فاسدٌ ؛ لأنه خلافُ نصِّ الشافعي رضي الله عنه .

وقال صاحب التقريب : إن كان الدينُ حالًّا : رجع ، وإن كان مؤجلًا : فوجهان [(٥)] يَقْرُبَان مما إذا أعار أرضًا للبناء إلى مدة ، وفيه كلام .

فإن قيل : فهل [(٦)] يَقْدِرُ على إجبار الراهن على فكِّ الرهن وإن لم يقدر على فسخ الرهن ؟

قلنا : إن كان الدين حالًّا فلا خلافَ في أنه يَمْلِكُ إجبارَه [(٧)] ، وقبل حلولِ للأجل [(٨)] قولان :

---

(١) في (أ) : « يعير ويلزم » ، وفي (ب) : « يغير ويلزم » .

(٢) في (أ) : « كما لو أعاره » ، وفي (ب) : « كإعارة » .

(٣) في الأصل : « فلذلك » ، وفي (أ) : « وكذلك » ، والمثبت من (ب) .

(٤) في (أ) : « من عين » .

(٥) قال في الروضة : « وقال صاحب التقريب : إن كان الدين حالًّا رجع ، وإن كان مؤجلًا ففي جواز رجوعه قبل الأجل وجهان ، كما لو أعار للغراس مدة » . انظر : روضة الطالبين : (٥٠/٤) .

(٦) في (أ) : « وهل » .

(٧) في (ب) : « لجباره » .

(٨) في (أ) و (ب) : « حلولِ الأجل » .

أحدهما : أنه يملك ؛ لأنه عاريةٌ في حقِّ المستعير .

والثاني : لا [يملك] [(١)] ؛ لأن فيه أداءَ الدينِ قبل لزومه ، وهو متعلقٌ بالمرتهن .

فإن قيل : فهل [(٢)] يُباع هذا في حق المرتهن [فقط] [(٣)] ؟

قلنا : إن كان للراهن مالٌ فلا يُباع بحالٍ ؛ لأن مطلقَ الرهن لا يُسَلِّطُ عليه إلا إذا جدَّد به إذنًا .

وإن صار معسرًا ففيه خلاف [(٤)] ؛ إذ أطلق الأصحابُ أنّا [(٥)] إذا قلنا : إنه عارية فلا يباع إلا بإذنٍ مُجَدَّدٍ [(٦)] ، وهذا أيضًا يُضْعِفُ القولَ بصحة الرهن ؛ فإنه أخصُّ فوائده ، فَلْيُجْعَلِ الإذنُ حاصلًا بالرهن ، ولازمًا بحكم الحال ، وهو الذي يقتضيه فقهُ المسألة ، ولا يُتْرَكُ الفقهُ بقول القائل : إن هذا لا نظيرَ له ، فإن سببه [أن يقال] [(٧)] : إن مثلَ هذه الواقعة غيرُ متصوَّر .

وينبني على ما تقدَّم خلافٌ لا محالة ، في أن عتقَه هل ينفذ ؟

الحكم الثاني : أن العبدَ لو تَلِفَ في يد المرتهن : فهو غيرُ ضامن ؛ تمحيصًا للرهن في حقه ، والمستعيرُ هل يضمن ؟

قالوا : هذا ينبغي على أنه عاريةٌ ، أو ضمان ؟

فإن قلنا : ضمانٌ : لا يَضْمَن ، وهو ضعيفٌ ، بل هو مستعيرٌ محضٌ في حق المعير ، فينبغي أن يضمن .

ولكن نصَّ الشافعي – رضي الله عنه – [(٨)] وقال : [و] [(٩)] لو أذن له فرهَنَهَ فجَنى ، فأشبهُ

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) : « وهل » .

(٣) زيادة من (ب) ، وفي (أ) : « قط » . (٤) انظر : روضة الطالبين : (٤/٥٠ ، ٥١) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « لنا » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (ب) : « محدد » . (٧) زيادة من (أ) .

(٨) انظر : الأم : (٣/١٥٩ ، ١٦٠) ، مختصر المزني : (٢/٢١٥) ، الحاوي الكبير : (٦/١٦٧ ، ١٦٨) .

(٩) زيادة من (أ) .

الأمرين : أنه لا يَضْمَن بخلاف المستعير ، وفرّع [1] على أن المستعيرَ يضمن ما فات بجناية العبد ؛ بناءً على أحد الرأيين في أن المستعيرَ يضمن ضمانَ المغصوب ، وهاهنا لم يضمنه . فعن هذا اضطر الأصحابُ إلى ذكر قول في أنه ليس بعاريةٍ وإنما هو ضمان .

فرع : لو بِيعَ العبدُ في الدَّين بإذن مجدَّدٍ [2] ، أو بأصلِ الرهن : يَرْجِعُ المعيرُ على المستعير بقيمته أو بالثمن ؟ فيه خلاف .

قال القاضي : إذا قلنا : [إنه] [3] عاريةٌ ، يَرْجع بالقيمة ، وهو بعيدٌ [4] ؛ فإن ما زاد على القيمة مُسْتَفادٌ في مقابلةِ ملكه ، فكيف يُسلم [5] للمستعير ؟

الحكم الثالث : أنه هل يُشترط في هذه الإعارة معرفةُ قدْرِ الدين وجنسه ، وحلوله ، وتأجيله ؟ فيه خلاف .

يُحتمل أن لا يُشترط ذلك ، ويُجْعَل / عاريةً في هذا الحكم ، ويحتمل أن يُشترط ؛ ٨١/ب
لأن الأغراضَ تتفاوت به ، وينتهي إلى اللزوم ، وبنى الأصحابُ ذلك على أنه عاريةٌ أو ضمان .

فرع : إذا عيَّن المعيرُ شيئًا من ذلك .

إن [6] قلنا : إنه لا يُشترط ، فلا يجوز مخالفتُه إذا عيَّن إلا في النقصان ، كما إذا أذِنَ في الرهن بألف ، فرهن بخمسمائة ؛ فإنه زاد خيرًا .

ولو قال : أَعِرْني لأرهن بألف فأعاره [7] هل يتقيد [8] بما ذكره المستعيرُ ؛ تنزيلاً للإسعاف على تفصيل الالتماس ؟ فيه وجهان [9] .

* * *

---

(١) في (أ) : « ففرع » . (٢) في (أ) ، (ب) : « محدد » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) استصوب النووي الذي قاله القاضي أبو الطيب على عكس ما استبعد الغزالي . انظر : روضة الطالبين : (٥١/٤) . (٥) في الأصل ونسخة (ب) : « سلم » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « فإن » . (٧) في (أ) : « فأعار » .

(٨) في (أ) : « ينقد » .

(٩) الأصح من هذين الوجهين : أنه يتقيد بما ذكره المستعير ، كما في الروضة : (٥٢/٤) ، مغني المحتاج : (١٢٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٤٥/٤ ، ٢٤٦) .

الركن الثاني : المرهون به

وله ثلاث شرائط : [وهو] [1] أن يكون دينًا ، ثابتًا ، لازمًا .

الأول : أن يكون دَيْنًا : فلا يجوز الرهنُ بعينٍ معصوبة ، ولا مستعارة .

وإن جوَّزْنَا كفالةَ الأعيان على رأي ، فالرهنُ [2] وثيقةُ دينٍ في عينٍ ، والضمانُ توثيقُ دينٍ ، بضمٍّ ذمةٍ إلى ذمةٍ ؛ فلا يُفارق الرهنُ الضمانَ إلا في ضمان العُهْدَة ، فإنه جائزٌ .

والصحيح : أن الرهنَ به [3] غيرُ جائز ؛ لأنه جُوِّزَ للمصلحة ؛ ترغيبًا في معاملة مَنْ لا يُعْرَف حالُه ، ولا ضررَ على الضامن ، وفي الرهن ضررٌ لا يُنظر له آخر .

وفيه وجه : أنه يجوز كالضمان ؛ لأنه [4] إذا رضي به فقد أضرَّ بنفسه .

الشرط الثاني : أن يكون الدينُ ثابتًا : فلو قال : رَهَنْتُ منك هذا بألف تُقْرِضْنِيه ، فقال : ارتهنت ، ثم أقرض : لم ينعقد الرهنُ ، بل يجب إعادتُه .

وكذلك إذا قال : بألفٍ تَبِيعُ به هذا الثوبَ مثلًا ، فثبوتُ الدين حالةَ الرهن لابدَّ منه .

وقيل : إنه [5] لو جرى الإقراضُ والبيعُ في مجلس الرهن : صحَّ ، وهو فاسد .

فرع : لو مَزَجَا شِقَّي البيع بِشِقَّي الرهن ، كما إذا قال : [6] بعت منك العبدَ بألف ، وارتهنت منك هذا الثوب به [6] ، فقال : اشتريت ورهنت :

قال الأصحاب : هذا صحيح [7] ، بخلاف ما إذا قال لعبده : كاتَبْتُكَ على ألف

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « والرهن » .
(٣) قوله : « به » : ليس في (أ) .
(٤) قوله : « لأنه » : ليس في (أ) .
(٥) قوله : « إنه » : ليس في (أ) .
(٦) في (أ) : « بعت منك هذا الثوبَ به ، وارتهنت هذا العبد به » .
(٧) انظر : روضة الطالبين : (٤/٥٣ ، ٥٤) ، مغني المحتاج : (٢/١٢٧) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٥١ ، ٢٥٢) .

(١وبعت منك ١) هذا الثوبَ بدينارٍ ، فقال : قبلت الكتابةَ واشتريت ، فإن فيه وجهين (٢) ؛ لتقدم شِقِّ البيع على تمام الكتابة .

والفرق : أن الرهنَ من مصالح البيع ، ولذلك جاز شرطُه فيه مع امتناع شرطِ عَقْدٍ في عقد ، فمزجه به آكَدْ ، فيُحتمل للمصلحة .

وذكر القاضي وجهًا مُخرَّجًا في الرهن من الكتابة ، والفرق واضح (٣) .

هذا إذا وقع الخَتْمُ بأحد شِقَّي الرهن ، والبدايةُ بأحد شِقَّي البيع ، فإن وقع الختمُ بأحد شقي البيع فلا يصح ؛ لتقدُّمِ تمام الرهن على صحة البيع ، وثبوتِ الدين .

الشرط الثالث : لزوم الدين : والديونُ منقسمةٌ ، فما لا مصيرَ له (٤) إلى اللزوم : فلا (٥) رهْنَ به ، كنجوم الكتابة ، فإن للعبد أن يعجز نفسه مهما شاء .

وما وَضْعُه على اللزوم والجوازُ فيه طارئٌ (٦) : يجوز الرَّهنُ به ، كالثمن في مدة الخيار ، وهو تفريعٌ على قول زوال الملك واستحقاق الثمن .

وما وُضِعَ على الجواز ، ولكن قد يصير إلى اللزوم ، كالرهن بالجُعْل في الجِعَالة قبل العمل : فيه وجهان (٧) .

---

(١) في (أ) : « بعتك منك » .

(٢) ذكر النووي في الروضة : أنه لا يصح . انظر روضة الطالبين : (٥٣/٤ ، ٥٤) .

(٣) في الأصل ونسخة (أ) : « أوضح » ، والمثبت من (ب) .

(٤) في (أ) : « لها » . (٥) في (أ) : « لا » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « طارٍ » ، والمثبت من (أ) .

(٧) قال في الروضة : « أما ما كان أصلُ وضعه على الجواز ، كالجُعْل في الجِعالة بعد الشروع في العمل وقبل تمامه ، فلا يصح الرهنُ به على الأصح . وإن كان بعد الفراغ من العمل صح قطعًا ، للزومه . وإن كان قبل الشروع لم يصح قطعًا ؛ لعدم ثبوته وعدم تعين المستحق . قلت : هذا الذي جزم به الإمام الرافعي هو الصواب ، لكن ظاهر كلام كثيرين من الأصحاب – أو أكثرهم – إجراءُ الوجهين قبل الشروع في العمل ، لاسيما عبارة « الوسيط » وتعليله ، والله أعلم » انظر : روضة الطالبين : (٥٥/٤) .

ولعل سببَ المنع التخريجُ على الشرط الثاني ، وهو أن سببَ ثبوتِ الدين هو العملُ المأذونُ فيه دون مجردِ الإذن ، فكأن [1] سببَ الثبوت لم يجز بخلاف البيع في زمان الخيار ، فإنه سببٌ تام على الجملة في الاستحقاق .

فإن قيل : وهلْ يشترط للدين أن لا يكون به رهنٌ ؟

قُلنا : لا ، بل يجوز أن يُزاد في المرهون وإن اتَّحد الدينُ ؛ لأن الدينَ غيرُ مشغول بالرهن ، فزيادةُ الوثيقة فيه معقولةٌ ، وهل تجوز الزيادةُ (٢ في الدين ٢) مع اتِّحاد المرهون ؟ فيه قولان :

أحدهما - وهو مذهب أبي حنيفة [3] - رحمه الله : المنع ؛ لأن رهنَ المرهون باطلٌ ، وإليه يرجع حاصله .

والثاني - وهو اختيار المزني - : الصحة ؛ لأن الحقَّ لا يَعْدُوهما ، ولا مقابلةَ بين المرهون والدين ، إلا من جهة الوثيقة . وإنما لا يجوز رَهْنُه من غير المرتهن لحقِّه ، وإن رضي فمن ضرورة [4] أن يجعل فسخًا ؛ لأن الجمعَ بين حقَّيْهما غيرُ ممكن .

فرع : لو جنى العبدُ المرهونُ جنايةً ، فقال المرتهن : أنا أَفْدِيه ليكون مرهونًا عندي بالفداء وأصل الدين .

---

(١) في (ب) : « وكأن » . (٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز الزيادةُ في الدين مع اتحاد المرهون ، وهذا على القول الجديد الأظهر ، وهو مذهب أبي حنيفة ومحمد بن الحسن صاحبه .

وعلى القديم : يصح أن يزاد في الدين مع اتحاد المرهون ، كما يصح أن يزاد في الحق الواحد رهنٌ آخر وهو اختيار المزني ، ومذهب أبي يوسف صاحب أبي حنيفة .

وقال زفر : لايجوز زيادةُ الدين مع اتحاد المرهون ولا أن يزاد رهنٌ آخر في دينٍ واحد .

انظر : الأم : (١٣٦/٣) ، مختصر المزني : (٢١٢/٢) ، الحاوي الكبير : (٨٧/٦ ، ٨٨) ، التنبيه : (٧١)، روضة الطالبين : (٥٦/٤) ، المجموع : (٣٣٨/١٢) ، مغني المحتاج : (١٢٧/٢ ، ١٢٨) ، نهاية المحتاج : (٢٥٣/٤) ، مختصر الطحاوي : (٩٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (٦٦/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (١٢/٢ ، ١٣) .

(٤) في (أ) : « ضرورته » .

فإن جوَّزنا الزيادةَ في الدين : فلا كلام .

وإن منعنا ، فقولان (١) مفهومان من معاني كلام الشافعي - رضي الله عنه - في أن المشرفَ على الزوال (٢) كالزائل أم لا ؟

فإن قلنا : كالزائل ، فهو جائزٌ فكأنه (٣ ابتداءُ رهنٍ ٣) بالدَّيْنَيْنْ جميعاً .

---

(١) قال في الروضة : « ولو جنى المرهون ففداه المرتهنُ بإذن الراهن ليكون مرهونًا بالدين والفداء : صح على المذهب وهو نصه ؛ لأنه من مصالح الرهن ، فإنه يتضمن إبقاءه . وقيل : فيه القولان » . انظر : روضة الطالبين : (٥٦/٤) ، الأم : (١٥٩/٣) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « الزول » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « ابتداء الرهن » .

الركن الثالث : الصيغة وشرطها وموجبها

ونريد بالصيغة : الإيجاب والقبول ، ولابّد منهما .

وفيه مسائل خمسة :

الأولى : كلُّ شرطٍ يوافق وضعَ الرهن ، كقوله : بشرط أن يُباع [١] **في حقِّك** ، أو يُقْبَض ، أو [غرض] [٢] لا يتعلق بالعقد ، كقوله : بشرط أن لا يأكل إلا الشعيرَ ، ولا يَلْبَسُ إلا الحريرَ [٣] فهو لَغْوٌ لا يَضُرُّ اقترانُه بالصيغة .

وكلُّ شرط يناقِضُ مقتضاه ، كقوله : بشرط أن لا أقبض ، ولا يتقدم [٤] به على الغرماء فهو (٥ مفسدٌ للرهن ٥) .

وكل [٦] شرطٍ لا يناقض (٧ ولكن لا يقتضيه لمطلق ٧) العقد ، ويرتبط به غرضٌ كقوله : بشرط أن تكون المنافعُ ، أو [٨] النِّتاجُ ، أو الثمارُ الحاصلةُ من المرهون لك ، ففي فساد الرهن قولان [٩] .

ووجه التصحيح : أن الشرطَ ليس يتعرض لمقاصد المرهونِ بالتغير [١٠] ، بل يزيد ما لا يقتضيه فَيُلْغَى .

ولا خلافَ في أنه لو باع بشرط أن يرهن بالثمن ما يُسَلِّم للبائع منافعَه : فالبيع فاسد ؛ لأن الطَّمَع يتعلق بالزوائد ، ويصير [١١] / كالجزء من العِوَض ، فيرجع الفسادُ إلى ٨٢/أ

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « باع » ، والمثبت من (أ) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « الخزّ » .

(٤) في (ب) : « تتقدم » .

(٥) في (أ) : « يفسد الرهن » .

(٦) في (أ) : « ولكن » .

(٧) في (أ) : « ولكنه لا يقتضيه مطلق » .

(٨) في (أ) : « والنتاج » .

(٩) ذكر في الروضة أن الشرط باطلٌ ، وأن الرهن أيضًا باطلٌ على الأظهر إن كان رهنَ تبرع . انظر : روضة الطالبين : (٥٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٢١/٢ ، ١٢٢) ، نهاية المحتاج : (٢٣٥/٤) .

(١٠) في (أ) : « بالتعبير » .

(١١) في (أ) : « فيصير » .

ركن العقد ، وأما [١] الرهن فليس بمعاوضة .

الثانية : إذا قال : رَهَنْتُ الأشجارَ بشرط أن تكونِ الثمارُ رهنًا : إذا حدد [٢] ، ففي صحة الشرط [٣] قولان [٤] .

ووجه الصحة : أن الرهنَ عندنا لا يَسْرِي ؛ لضعفه ، فإذا قوي بالشرط سرى .

الثالثة : إذا قال : أقرضتك هذا الألفَ بشرط أن تَرْهَنَ به وبالألفِ القديم الذي [لي] [٥] عليك شيئًا : فالقرض فاسدٌ ؛ لأنه جَرَّ منفعةً ، ولكن إذا أخَذ ووَفَّى بالشرط ورَهَن بالألفين : لم يصح بالألف الذي فسَدَ قرضُه ؛ لأنه ما مَلَكه بَعْدُ ، ولم يتلف إلا إذا أتلفه ، فيكون ذلك دينًا .

وإذا لم يصح به ، فهل يصح بالألف القديم ؟ فيه قولَا تفريقِ الصفقة .

فإن صححنا فلا يُوزع بل يُجعل الكلُّ مرهونًا [به] [٦] ، بخلاف البيعِ فإن وضعَ الرهن على أن كلَّ جزءٍ مرهونٌ بجميع الدين .

هذا إذا علم أن الرهنَ غيرُ واجب عليه ؛ لفساد الشرط ، فإنْ ظنَّ وجوبَه لأجل الشرط ، قال القاضي : لا يصح ، كما لو أدَّى ألفًا على ظنٍّ أنه عليه ، فلم يكن ، فإنه يسترد ؛ لأن الرهنَ تبرُّعٌ ، وهو يظن الآن وجوبَه .

وقطع الشيخ أبو محمد وغيره بالصحة [٧] ؛ لأن الأداءَ لا يُتصوَّرُ إلا بوجوبٍ سابقٍ ولا وجوبَ ، والرهنُ يُتصوَّرُ من غير وجوب .

---

(١) في (أ) : « أما » .

(٢) في (أ) : « حدثت » .

(٣) في (أ) : « الرهن » .

(٤) الأظهر من القولين : أنه لا يصح الشرط ، كما في الروضة : (٥٩/٤) ، مغني المحتاج : (١٢٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٣٦/٤) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) وهذا القول هو الأصح ، كما في الروضة : (٦٠/٤) .

ومساقُ [1] كلام القاضي يلزمه أن يقول : لو شرط بيعًا في بيع . فباع وفى [2] بالشرط على ظنِّ الوجوب ، يَفْسُدُ بيعُه .

و الشيخ أبو محمد يُصحح البيعَ ، ولا يَنْظُرُ إلى اعتقاده .

الرابعة : إذا قال : رهنتك [هذه] [3] الخريطةَ بما فيها ، وما فيها غيرُ مَرْئِيٍّ : خرج على بيع [4] الغائب ، فإن أبطل : خرج في الخريطة على تفريق الصفقة ، فإن كانت الخريطةُ لا يُقْصَدُ رهنُه في مثل هذا الدين فوجهان :

أحدهما : الصحة ؛ لظاهر اللفظ .

والثاني [5] : المنع ؛ لفهم [6] المقصود [7] .

ولو قال : رهنت الخريطةَ ، ولم يتعرَّض لما فيها ، وكانت الخريطةُ لا تقصد ، فهل تُجْعَلُ عبارةُ عمَّا في الخريطة مجازًا بقرينة الحال ؟ يُخرَّج على هذين الوجهين .

الخامسة : هل يندرج الأسُّ والمغرسُ تحت اسمِ الشجرة والجدارِ في الرهن ؟

فيه خلافٌ مرتَّبٌ على البيع ، وأَوْلَى بأن لا يَنْدرج ؛ لضعف الرهن .

وفي الثمار غيرِ المؤبَّرة وجهان ، بخلاف البيع ، ووجه المنع [8] : ضعفُ الرهن .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « منساق » . (٢) في (أ) : « وفا » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « رهن » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « الثاني » بدون الواو . (٦) في (أ) : « لمفهوم » .

(٧) وهذا الوجه هو الذي رجحه في الروضة . انظر : روضة الطالبين : (٤/٦١ ، ٦٢) .

(٨) قال في الروضة : « ولا تدخل الثمرةُ المؤبَّرةُ تحت رهن الشجرة قطعًا ، ولا غيرُ المؤبرة على الأظهر . وقيل : قطعًا » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٦١) .

وكذا في الجنين خلافٌ ، وأولى بأن يدرج (١) من الثمار ؛ لأن الثمارَ قد تفرد (٢) بالاستثناء والتصرفات .

واللبنُ في الضَّرْع منهم من ألحقه بالجنين . ومنهم من قطع بأنه لا يندرج (٣) ؛ لتحقق وجوده ، فهو كالثمار المؤبرة .

والأوراقُ من التوت كالثمار المؤبرة ، ومن غيره يندرج .

وفي الصوف على ظَهْرِ الحيوان ، ثلاثة أوجه (٤) ، من حيث إنه يضاهي الثمارَ المؤبرةَ من وجه ، والأغصانَ من وجه ، وفي الثالث يفرق بين ما استُجِزَّ وبين القصير الذي لا يُعتاد جَزُّه .

(٥ وأغصانُ الخِلَافِ كالصوف المُستَجَزِّ ٥) ، وأغصانُ سائرِ الأشجار يندرج (٦) .

* * *

(١) في (أ) : « يندرج » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « يفرد » ، والمثبت من (أ) وهو الصواب .

(٣) ذكر في الروضة : أن هذا هو المذهب . انظر : روضة الطالبين : (٤/٦١) .

(٤) قال في الروضة : « ولا يدخل الصوف على الأظهر » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٦١) .

(٥) ما بين القوسين مكرر في (ب) .

(٦) في (أ) : « تندرج » .

الركن الرابع : العاقد

ويُعتبر فيه ما [يُعتبر] (١) في البيع وزيادةُ أمْرٍ وهو : أن يكون من أهل التبرع بالمرهون (٢) ؛ لأن الرهنَ تبرُّعٌ ، فلا (٣) يجوز لوليِّ الطفل وللمكاتب والمأذون في التجارة على كل حالٍ ، بل لابد من تفصيل :

أما وليُّ الطفلِ : فالنظر في رهنه وارتهانه .

أما ارتهانُه (٤) : فيجوز عند العجز عن استيفاء الدين ، ولا يجوز مع القدرة ، ويجوز عند تأجيلِ (٥) الدين ، ويتأجَّلُ دينُه بالبيع بالنسيئة ، وله ذلك إذا ظهرت فيه الغِبْطةُ ، ولكن بشرط الارتهان ، حتى قال العراقيون (٦) : لو باع ما يساوي مائةً بمائةٍ نَقْدًا وعشرين نسيئةً : لم يَجُزْ إلا بشرط الارتهان بالعشرين .

وهو سرفٌ ، بل الوجه (٧) : جوازُه دون الرهن ، إذا كان يَثِقُ بذمة مَنْ عليه [الدينُ] (٨) فلا يزيد ذلك على إيضاعه مالَ اليتيم للتجارة ، وهو جائزٌ لأجل الزيادة ، بخلاف الإقراضِ ، فإنه يحرم فيه الزيادةُ ، فلا (٩) يجوز إلا في زمانِ نهبٍ وغارة .

أما رهن ماله ، فلا (١٠) يجوز إلا بغبطةٍ ظاهرة ، كما إذا بِيعَ منه ما يساوي ألفين

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « بالرهون » .

(٣) في (أ) : « ولا » .

(٤) في (ب) : « أما ركانه » .

(٥) في (أ) : « تأجُّل » .

(٦) قال في الروضة : « قلت : هذا الوجه حكاه بعض العراقيين عن الإصطخري . وقال الغزالي : إنه مذهب العراقيين ، ليس بجيد ، ولا ذكر لهذا الوجه في معظم كتب العراقيين . وإنما اشتهر الخلافُ عندهم فيما إذا باع ما يساوي مائة نقدًا ، ومائة وعشرين نسيئةً بمائة وعشرين نسيئة ، وأخذ بالجميع رهنًا ، ففيه عندهم وجهان ، الصحيح وظاهر النص وقول أكثرهم : أنه صحيح » . انظر : روضة الطالبين : (٦٣/٤) .

(٧) في (أ) : « للوجه » .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) في (أ) : « ولا » .

(١٠) في الأصل ونسخة (ب) : « لا » ، والمثبت من (أ) .

بألف ، وأُخِذَ منه رهنٌ [١] يساوي ألفًا ؛ لأن أقصى ما في الباب أن يتلف المرهونُ أمانةً ، فيكون قد حصل على ألفين في مقابلة ألفين .

فإن زاد [٢] قيمةُ المرهون وجملةُ الثمن على المشتري : لم يجز ؛ لانه حَجْرٌ ناجزٌ في ألفين من غير حصولٍ على ألفين .

قال الشيخ أبو محمد : لو رهن عقارًا وكان في الشراء غبطةٌ : جاز ؛ إذ لا يخاف فَوْتَ العقار ، والمنفعةُ له .

وبيعُ عقارِ الطفل : لا يجوز إلا لحاجةٍ حتى نَفُكَّ [٣] الحجْرَ عنه .

ويجوز الرهنُ أيضًا لحاجةٍ فَاقَةٍ [٤] ، كما إذا افتقر الصبيُّ إلى طعامٍ ، وله عقارٌ يتوقع من رِيعه ما يَفِي بثمن الطعام ، فله أن يشتري ويرهن .

وحكمُ المكاتب حكمُ وليِّ الطفل ، وحكمُ المأذون مرتَّبٌ على المكاتب ، وأولى بالمنع ؛ لأن الرهنَ قد لا يتناوله اسمُ التجارة ، ولذلك لا يَقْدِرُ على إجارة نفسه .

* * *

---

(١) في (أ) : « وأَخَذ منه رهنًا » .
(٢) في (أ) : « زادت » .
(٣) في (ب) : « يُقَال » .
(٤) في (أ) : « حاقة » .

الباب الثاني (١) : في القبض والطوارئ قبله

[وفيه قسمان] (٢)

القسم (٣) الأول : في القبض

وهو ركنٌ في الرهن لا يلزم إلا به ، خلافًا لمالكٍ - رحمه الله - (٤) ، فإنه قال : يلزم بنفسه ، وطرد ذلك في الهبة والإعارة وكلِّ تبرع .

ثم (٥) يُشترط لصحة القبض من التكليف والأهلية ما يُشترط للعقد ، واليدُ / ٨٢/ب مستحقةٌ (٦) للمرتهن .

---

(١) قال الحموي : « قوله : (الباب الثاني : في القبض والطوارئ . وفيه قسمان : الأول : في القبض ، وهو ركنٌ في الرهن لا يلزم إلا به) .

قال المصنف : « جعل الشيخُ القبضَ ركنًا وليس داخلًا في حقيقة الرهن ؛ فإنه لو رهن شيئًا ولم يحصل فيه قبضٌ صح الرهنُ بالاتفاق وإن لم يوجد فيه قبضٌ ، فإنه لو كان ركناً لما انعقد إلا به كسائر الأركان ، ثم أقول : المعنى الموجودُ فيه حاصلٌ في البيع ومع هذا لم يسمِّ القبضَ ركنًا فيه مع أنه لا يلزم إلا به » .

قلت : إنما سماه ركنًا بطريق المجاز لا بطريق الحقيقة ، فإنه لما لم يلزم العقد فيه إلا بالقبض أطلق عليه ذلك ويخالف البيع ، فإنه يتصور فيه اللزوم باختيارهما بعد التفرق أو بعد اختيار إمضاء البيع أو انقضاء الخيار في شرط الخيار وإن كان القبض لا يوجد فيه أيضًا ، فإن المرتهن لو قبض الرهنَ من غير إذنِ الراهن ، لم يكن ذلك قبضًا منه ويتعين عليه الردُّ من غير خلاف ، ولو وجد مثل هذا المعنى في البيع لكان قبضًا على أحد الوجهين ، وإذا كان كذلك دلَّ على أن القبض في الرهن آكد منه في البيع لما أشرنا إليه وذلك يقتضي تسميتَه ركنًا بطريق المجاز ، وبه خرج الجواب .

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) .

(٣) كلمة : « القسم » : ليست في (أ) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن القبضَ ركنٌ في لزوم العقد ، فلا يصح الرهنُ إلا بالإيجاب والقبول ، ولا يلزم إلا بالقبض .

ومذهب المالكية : أن الرهنَ ينعقد بالإيجاب والقبول ولا يتم إلا بالقبض ، فالقبض شرط في تمام العقد .

انظر : التنبيه : (٧٠) ، روضة الطالبين : (٦٥/٤) ، المجموع : (٣٠٩/١٢ ، ٣١٩) .

(٥) في (أ) : « لم » .

(٦) في (أ) : « مستحق » .

ولو أناب فيه نائبًا : جازَ ، ولا يجوز أن يُنِيبَ الراهنَ ، ولا عَبْدَه القِنَّ ، ولا مُسْتَولدتَه ؛ لأن يَدَهم يدُ الراهن ، ويجوز أن يُنِيب مكاتبَه .

وفي عبده المأذون [له] [(1)] [(2] في التجارة [2)] ثلاثةُ أوجه [(3)] ، يفرق في الثالث بين أن تركَبَه الديونُ فتنقطع سلطنةُ السَّيد عمَّا في يده ويضاهي المكاتب ، وبين أن لا تركبه الديون .

والنظر الآن في صورة القبض ، وهو : التخلية في العقار ، والنقل في المنقول .

وفي الاكتفاء في المنقول بالتخلية خلافٌ ، كما في البيع ، وقطع القاضي بالفرق ؛ لأن البيعَ يُوجِبُ استحقاقَ القبض ، فيكفي التمكينُ فيه ، وهاهنا لا استحقاق ، بل القبضُ سببُ الاستحقاق فلا وَقْعَ لمجرد التمكين .

أما إذا رهن [المودِعُ] [(4)] من المودَع الوديعة ، فقد نصَّ - الشافعي - رضي الله عنه - [(5)] أنه لا يلزم بمجرد قوله : رهنت ، بل لابد من إذنٍ جديدٍ في القبض ، ونصَّ في الهبة على خلافه .

فقال الأصحاب : قولان [(6)] بالنقل والتخريج ، ومن قرر النَّصَّيْنْ [(7)] فرَّق بالضعف والقوة .

وتوجيه القولين : مَنْ قال : يُكْتَفَى به ، جعل قوله : رهنت بقرينة الحال رِضًا بالقبض [(8)] ، ومَنْ لم يَكْتَفِ به نَظَرَ إلى مجرد الصيغة ، وهي لا تَدُلُّ [(9] على القبض [9)] ،

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (ب) : « للتجارة » .

(٣) أصح هذه الأوجه : أنه لا يصح أن يستنيب عبدَه المأذون له في التجارة كما في الروضة : (٦٥/٤) ، مغني المحتاج : (١٢٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٥٤/٤) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) انظر : الأم : (١٢٥/٣) ، مختصر المزني : (٢١٠/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٣/٦) ، روضة الطالبين : (٦٦/٤) ، المجموع : (٣١٤/١٢) .

(٦) أظهر هذين القولين : اشتراط الإذن في الرهن والهبة ، كما في الروضة : (٦٦/٤) ، المجموع : (٣١٤/١٢) .

(٧) في (أ) : « النص » . (٨) في (أ) : « بالرهن » .

(٩) ما بين القوسين ليس في (أ) .

ولذلك لا يجوز للمرتهن أخْذُ المرهونِ إذا لم يكن في يده إلا بإذنٍ جديد ثَمَّ ، سواء قلنا : لا يَفْتَقِرُ إلى إذن جديد ، أو قلنا : يفتقر ، فإذًا فلابد من مُضِيٍّ مدةٍ يُتصور تحقيقُ صورةِ القبض فيها حتى يلزم .

فهل (١) يُشترط الرجوعُ إلى بينةٍ ومُشَاهَدةِ المرهون ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لابد منه ؛ (٢ ليتحقق التمكنُ ٢) فيكون كالقبض لنفسِه (٣) ، وهو نصُّ الشافعي - رضي الله عنه - (٤) ؛ إذ قال : ولو (٥) كان في المسجد والوديعةُ في بيته لم يكن قبضًا حتى يصير إلى منزله .

والثاني (٦) : أنه لا يُشترط [الرجوعُ] (٧) ؛ إذ لا فائدةَ للرجوع .

والثالث (٨) : أنه إن استيقن وجودَه أو غَلَب على ظنه فلا فائدةَ في الرجوع ، وإلا فيرجع ليتيقَّن وجودَه .

فإن قلنا : يُشترط الرجوعُ ، ففي اشتراط نقله من مكان إلى مكانٍ وجهان (٩) ، واشتراطُ النقل هو الغايةُ فلا ذَاهِبَ إلى أنه يجب ردُّه على الراهن واسترداده [بعد ذلك] (١٠) .

وروى العراقيون عن حرملة (١١) : أنَّا إذا لم يَشترط إذنًا جديدًا فلا يشترط أيضًا

---

(١) في (أ) : « وهل » .

(٢) في (ب) : « لتحقق له التمكين » . (٣) في (أ) : « نفسه » .

(٤) انظر : الأم (١٢٥/٣) ، مختصر المزني : (٢١٠/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٣/٦) .

(٥) في (أ) : « فلو » .

(٦) وهذا الوجه : هو الأصح ، كما في الروضة : (٦٦/٤) .

(٧) زيادة من (أ) . (٨) في (أ) : « الثالث » بدون الواو .

(٩) ذكر النووي في الروضة : أنه لا يشترط نَقْلُه من مكان إلى مكان على المذهب . انظر : روضة الطالبين : (٦٦/٤ ، ٦٧) . (١٠) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(١١) ذكر النووي في الروضة : أن هذا المروي عن حرملة مذهبٌ لنفسه ، وليس نقلًا عن الشافعي . انظر: روضة الطالبين : (٦٦/٤) ، المجموع : (٣١٥/١٢) .

مُضِيَّ الزمان ، وهو محتملٌ لكنه بعيدٌ من المذهب .

ثم إن شرطنا شيئًا سوى مُضيِّ الزمان ، فهل [1] تجوز الاستنابةُ فيه ؟ فعلى [2] وجهين [3] .

ووجه [4] المنع : أنه إنما يصير قابضًا بالضم إلى ما سبق من النقل ، فلا يقبل التَّعدد .

والأصح : أن البيعَ من المودعِ مُسَلَّطٌ [5] على التصرف وناقلٌ للضمان دون إذنٍ جديد ، بخلاف الرهن . فإنه محصلٌ للملك وهو في يده .

وفيه وجه : أنه [6] كالرهن .

والأصح : أن الرهنَ من الغاصب كالرهن من المودع .

وفيه وجه : أنه لابد من إذنٍ جديدٍ قطعًا ؛ إذ لم يسبق هاهنا إذنٌ حتى ينصرف الآن إلى جهة الرهن .

فإن قيل : فهل يَبْرَأُ الغاصبُ عن [7] ضمانِ الغصب بالرهن ؟

قُلنا : عندنا لا يبرأ ، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - [8] ؛ لأن يدَ الغاصب لم تنقطع ، فلا [9] ينقطع حكمهُ ، بخلاف ما إذا أودع عند الغاصب فإن الظاهرَ : أنه

---

(١) في (أ) : « فعلى » . (٢) في (ب) : « فيه » .

(٣) الأصح من هذين الوجهين : جواز الاستنابة فيه . انظر : روضة الطالبين : (٤/٦٧) .

(٤) في (أ) : « وجه » بدون الواو . (٥) في (أ) : « تسلُّط » .

(٦) في (أ) : « أنه لابد من إذنٍ جديد » . (٧) في (أ) : « من » .

(٨) **مذهب الشافعية** : أنه إذا كان الرهن عند الغاصب فلا يبرأ من ضمان الغصب إلا أن يرده إلى المغصوب منه .

ومذهب الحنفية : أنه يزول ضمانُ الغصب عن المرتهن بالرهن ، وهو اختيار المزني .

انظر الأم : (٣/١٢٥) ، مختصر المزني : (٢/٢١٠) ، الحاوي الكبير : (٦/٣٩ ، ٤٠) ، روضة الطالبين : (٤/٦٨) ، المجموع : (١٢/٣١٣) ، مغني المحتاج : (٢/١٢٩) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٥٥ ، ٢٥٦) .

(٩) في (أ) : « فلم » .

ينقطع ؛ لأنه عاد إلى المالك حكماً ؛ إذ يَدُه يد المودع ، ويدُ المرتهن لنفسه .

ولو آجَرَه [١] فوجهان [٢] ؛ لأنه مردَّدٌ [٣] بين أن نجعل للآجِرِ ؛ لما فيه من تقرير أجرته ، أو [٤] للمستأجر ؛ للانتفاع .

وفي الوكالة بالبيع وجهان مرتبان على الإجارة ، وأولى بأن لا يبرأ ؛ لأنه كالمستأجر فيه ، إلا أن غرضَ المالك [٥] هاهنا في اليد أظهرُ .

ولو رهن من المستعير ففي براءته عن ضمان العارية وجهان [٦] مبنيان على أنه هل يضمن ضمان المغصوب [٧] ؟

ولو أبرأ الغاصب صريحًا عن الضمان مع بقاء اليد ، ففي البراءة وجهان [٨] من حيث إنه إبراءٌ عمَّا لم يتم سببُ وجوبه ؛ إذ تمامُ الوجوب بالتلف .

ثم إذا قلنا : لا يبرأ الغاصبُ ، فله أن يَرُدَّ على الراهن ويسترد ، ويُجْبَرُ الراهنُ على الأخذ والردِّ بعد لزوم الرهن .

* * *

---

(١) في (أ) : « آجر » .

(٢) قال في الروضة : « والإجارة ، والتوكيل ، والقراض على المال المغصوب ، وتزويجه للجارية التي غصبها لا يفيد البراءةَ على المذهب » . انظر روضة الطالبين : (٦٨/٤) .

(٣) في (أ) : « متردد » . (٤) في (أ) : « و » .

(٥) في (أ) : « الملك » .

(٦) الأصح : أنه لا يبرأ ، كما في الروضة : (٦٩/٤) ، مغني المحتاج : (١٢٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٥٥/٤) .

(٧) في (أ) : « الغصوب » .

(٨) الأصح : أنه لا يبرأ ، كما في الروضة : (٦٨/٤) .

القسم الثاني من الباب : الكلام في الطوارئ قبل القبض

والنظر في تصرفات الراهن ، وأحوال العاقد ، وأحوال المعقود عليه .

أما التصرفات : فكلُّ ما يُزِيلُ المِلكَ فهو رجوعٌ عن الرهن ؛ لأنه جائزٌ ، وهو ضدُّه ، ومالا يُزِيل الملك [1] كالتزويج [2] ليس [3] برجوعٍ ؛ إذ لا مضادةَ ، والإجارةُ رجوعٌ [عن الرهن] [4] ، إن قلنا : يمنع البيعَ ، وإلا فالظاهر [5] : أنه ليس برجوع كالتزويج [6] .

والتدبيرُ بحكمِ نصِّ الشافعيِّ - رضي الله عنه - [7] : [أنه] [8] رجوعٌ ؛ إذ جعله مانعًا من الرهن ، كما سبق .

وعلى تخريج الربيع [9] : ليس برجوع ، وهو القياس .

أما أحوال العاقدين : فموت الراهن : نصَّ الشافعي - رضي الله عنه - [10] أنه سببٌ للفسخ ، ونصَّ في موت المرتهن على أنه يُسلم إلى الورثة ، فقيل : قولان [11] بالنقل والتخريج .

---

(١) كلمة : « الملك » : ليست في (ب) . (٢) في (أ) : « كالروح » .

(٣) في (أ) : « فليس » . (٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٥) قال في الروضة : « وأما الإجارة ، فإن جوَّزنا رهنَ المستأجر وبيعَه فليس برجوع ، وإلا فرجوع على الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٦٩) . (٦) في (أ) : « كالترويح » .

(٧) انظر : الأم : (٣/١٢٣) ، روضة الطالبين : (٤/٦٩) ، المجموع : (١٢/٣٣٣) ، مغني المحتاج : (٢/ ١٢٩) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٥٦ ، ٢٥٧) .

(٨) زيادة من (أ) . (٩) انظر : الأم : (٣/١٢٣) .

(١٠) انظر : الأم : (٣/١٢٣) ، مختصر المزني : (٢/٢١٠) ، الحاوي الكبير : (٦/١٦) .

(١١) قال في الروضة : « النوع الثاني : ما يعرض للمتعاقدين ، فإن مات أحدُهما قبل القبض ، فنص : أنه يبطل بموت الراهن دون المرتهن ، وفيهما طرق : أصحها : فيها قولان : أظهرهما : لا يبطل فيهما ؛ لأن مصيره إلى اللزوم ، فلا يبطل بموتهما كالبيع . والثاني : يبطل ؛ لأنه جائز ، فبطل كالوكالة .

والطريق الثاني : تقرير النصين ؛ لأن المرهونَ بعد موت الراهن ملكٌ لوارثه . وفي إبقاء الرهن ضررٌ عليهم ، وفي موت المرتهن يبقى الدينُ ، والوارثُ محتاجٌ إلى الوثيقة حاجة ميتة .

والثالث : القطع بعدم البطلان فيهما » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٧٠) ، المجموع : (١٢/٣١٧ ، ٣١٨) .

ووجه التردد : مشابهتُه للجِعالة والوَكالة ، وهي [1] تنفسخ بالموت ، وللبيع [2] الجائز ، فإن مصيرَه إلى اللزوم ، وهو لا ينفسخ .

ومَنْ قرَّر النَّصَّيْن فرَّق من [3] حقوقَ الغرماءِ والورثةِ يتعلق بالمرهون عند موت الراهن ، وعمادُ الرهن من جانب المرتهن الدَّيْنُ ، واستحقاقُه لا يتأثر موته [4] .

وفي جنون العاقدين خلافٌ [5] مرتَّبٌ على الموت ، وفي السَّفَهِ خلاف مرتب على الجنون ، وأولى بأن لا ينفسخ ؛ فإنَّ عدمَ العقل دون عدم الروح .

أما أحوال المعقود عليه : ففي انفساخ الرهن بانقلاب العصير خَمْرًا وجهان [6] / . ٨٣ / أ

وفي جناية العبد وإِبَاقِه وجهان مرتبان ، وأولى بأن لا ينفسخ ، وهو قريبٌ من الخلاف في الجنون .

وانقلابُ العصير خمرًا أولى بالفسخ ؛ لأنه يُنَافي الماليةَ ، ولذلك يزول الرهنُ بعد القبض به ، ولكن إذا عاد خَلًّا عاد [7] وثيقةُ الرهن ، بسبب اختصاص اليد ، كما عاد ملكُ المالك بسبب الاختصاص بالعين .

ويمكن أن يُقال : كان الرهنُ موقوفًا ، كما نقول في وقف النكاح على انقضاء العِدَّة في رِدَّةِ [8] المنكوحة ، ومصيرُ العصير خمرًا في البيع قبل القبض ، كهو في الرهن بعد القبض .

التفريع : إذا قلنا : لا ينفسخ به قبل القبض ، بل إذا [9] عاد خَلًّا عاد الرهنُ كما

(١) في (أ) : « وهل » .
(٢) في (أ) : « وبالبيع » .
(٣) في (أ) : « بأن » .
(٤) في (أ) : « بموته » .
(٥) انظر : روضة الطالبين : (٧٠/٤) ، مغني المحتاج : (١٢٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٥٧/٤) .
(٦) الصحيح من هذين الوجهين ، والذي قطع به الجمهور : أنه ينفسخ الرهن . انظر روضة الطالبين : (٧٠/٤ ، ٧١) ، مغني المحتاج : (١٢٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٥٧/٤) .
(٧) في (أ) : « عادت » .
(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « الردة » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .
(٩) في (أ) : « فإذا » .

بعد القبض . فلو أقبض وهو خمرٌ فالقبض فاسدٌ ، فلو صار خَلًّا ، فقال : أمْسِكْه لنفسك لم يكفِ . ولو قال : اقْبِضْه لنفسك فيكون هو القابضَ والمُقْبِضَ ، وفي مثله خلاف في البيع . هكذا قاله الأصحاب .

قال صاحب التقريب [أبو القاسم بن القاسم القفال الشاشي] (١) : ينبغي أن يكون [هذا] (٢) كإذْنِ المودِعِ بعد الرهن منه ؛ إذ لا فَرْقَ بينهما .

فإن قيل : وهل يجوز السعيُ في التخليل ؟

قلنا : التخليلُ حرامٌ عند الشافعي - رضي الله عنه - (٣) لحديث أبي طلحة (٤) ، ثم الخمر (٥) إن لم يكن محترمًا (٦) ، وهو ما اعْتُصر لأجل الخمرية ، فإن خُلِّلَ بإلقاء مِلْحٍ

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) انظر : الأم : (١٤١/٣) ، مختصر المزني : (٢١٣/٢) ، الحاوي الكبير : (١١٢/٦) ، روضة الطالبين : (٧٢/٤) ، المجموع (٣٨١/١٢) .

(٤) عن أبي طلحة : « أن النبي ﷺ أمَرَه بإراقة خمور اليتامى » . أخرجه أبو داود : (٣٢٥/٣) كتاب الأشربة - باب ما جاء في الخمر تخلل (٣٦٧٥) ، والترمذي : (٥٨٨/٣) (١٢) كتاب البيوع (٥٨) باب ما جاء في بيع الخمر والنهي عن ذلك (١٢٩٣) ، وأحمد في مسنده : (١١٩/٣) ، والدارقطني : (٢٦٥/٤) . وراجع التلخيص الحبير : (٣٥/٣) حديث رقم : (١٢٣٠) .

(٥) في (أ) زيادة كلمة : « ثم » ، وليس لها معنى ولذا لم أثبتها في المتن .

(٦) قال الحموى : « قوله فيه : (وإن لم يكن الخمر محترمًا وهو ما اعتصر لأجل الخمرية ، فإن خلل بإلقاء ملح فهو نجسٌ لعلتين) إلى قوله : (فإن خُلِّل بالنقل من شمس إلى ظل فوجهان ؛ بناءً على العلتين ، وإن لم يوجد إلا قصد الإمساك ليتخلل ، فالظاهر : أنه ظاهر ، وفيه وجه ، وإن اعتصر للخمرية فصار خَلًّا من غير قصدٍ فهو طاهرٌ ؛ إذ لا قصد ولا فعل ، وإن كانت الخمرةُ محترمة اعتصرت للخل فهي طاهرةٌ في جميع الصور إلا إذا ألقي فيها ملحٌ ، فإن نُقل من شمسٍ إلى ظل ، فالظاهر : طهارته) .

قال المصنف : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه فرَضَ المسألةَ أولاً فيما إذا كانت الخمرةُ غيرَ محترمة ، ثم قال : وفيه وجه ، وإن اعْتُصر للخمرية فصار خلًّا من غير قصد فهو طاهر لا قصد ولا فعل . فإنه لا فائدةَ ظاهرة في كونه يرجع ويقول ذلك فإنه بنى كلامَه عليه . الثاني : استثناء إلقاء الملح ، ثم قال آخرًا : وإن نقل من ظل إلى شمسٍ ، فالظاهر طهارته وإذا كان كذلك فلا يخلو إما أن يكون الذي =

فهو نَجِس لعلتين : إحداهما : تحريم التخليل .

والأخرى [1] : ثبوتُ حكم النجاسة للمتحلل [2] ، [و] [3] ذلك لا يزول إلا بالماء تعبُّدًا ، بخلاف أجزاء الدَّنِّ ؛ فإن فيه ضرورةً .

فإن خُلِّل بالنقل من ظِلٍّ إلى شمسٍ فوجهان [4] ؛ بناءً على العلتين ، وإن لم يَجْرِ إلا مجردُ قصدِ الإمساك ليتخلل ، فالظاهر : أنه طاهر ، وفيه وجه .

فإن [5] اعتصره للخمرِيَّة [5] فصار خلًّا - من غير قصد - فهو طاهر ؛ إذ لا قَصْدَ ولا فِعْلَ . وإن كانت [6] الخمرةُ [7] محترمةً - وهي التي اعتُصِرَتْ للخلّ - فهو طاهرٌ في جميع الصور ، إلا إذا أُلقي فيه مِلْحٌ ، فإن نُقِل من الظل إلى الشمس ، فالظاهر : طهارته .

= ذكره معطوفًا على الاستثناء أم لا ، فإن كان الأول كان مندرجًا تحت المستثنى منه ، وإن كان ... كلام لم يدع الحاجة إليه استغنى بما ذكر أولاً لما لا يخفى .

قلت : أمكن أن يجاب عن الأول فيقال : إنما ذكر الشيخ ذلك كذلك حتى يبقى احتمالُ كونه رجوعًا عما فرضه أولا لما طال كلامه فيه ؛ لئلا يعتقد معتقدٌ أن كلامه انقطع ، وذلك فائدة ظاهرة . وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهرٌ ، فإنه أعاد ذكْرَه كذلك لأجل الاختلاف وكأنه استثنى الوجه المرجوح ، فإنه لما قال : فالظاهرُ طهارته ، علم فيه وجه : أنه يحسن وكان بمنزلة ما لو قال : وفيه وجه أنه نجس ، ولو كان هكذا لكان أولى لما لا يخفى ، ولكن ليس يُشترط أن يذكر المصنفُ في عبارته ما هو أولى بعد أن نؤدِّي كلامه إلى صحة المعنى ، والإشكالان ضعيفان .

(١) في (أ) : « والآخر » . (٢) في (أ) : « للملح » .

(٣) الواو زيادة من (أ) .

(٤) الأصح من هذين الوجهين : أن الخمرَ إذا تخللت بنقلها من ظلٍّ إلى شمس أنها تطهر . انظر : روضة الطالبين : (٧٤/٤) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « اعتصر للخمر » .

(٦) في (ب) : « كان » . (٧) في (أ) : « الخمر » .

فإن قيل : فالعناقيد إذا استحالت بواطنُها واشتدَّتْ ، ما حكمها ؟

قلنا : بواطنُها نجسةٌ ، وفي جواز بيعها وجهان (١) يجريان في البيضة (٢) المَذِرَة .

ووجه التصحيح : الاعتمادُ في الحالِ على (٣) طهارة الظاهر (٣) ، وفائدتُه المنتظرة عند التخلُّلِ والتَّفرُّخ .

* * *

(١) الصحيح من هذين الوجهين : المنع ، كما في الروضة : (٧٤/٤) .

(٢) في (ب) : « البويضة » .

(٣) في (أ) : « طاهرة » ، وفي (ب) : « ظاهرة الطاهر » .

الباب الثالث

في حكم المرهون بعد القبض في حق المرتهن والراهن

فهذا [1] ينبني على فَهْمِ حقيقةِ الرهن ، وحقيقته : إثباتُ الوثيقة [2] لدَيْنِ المرتهن في العين ، حتى يُثْبِتَ عليه اليدَ ويختص به ، فيُقَدَّم على الغرباء عند الزَّحمة ، ويأمن فواتَ الدين بالإفلاس .

فيتضمن [3] الرهنُ تجديدَ سلطنةٍ للمرتهن لم تكن ، وقَطْعَ سلطنةٍ للراهن كانت .

فالنظرُ يتعلق بما انقطع من سلطنة الراهن ، وما تجدَّد للمرتهن وبيانِ محل الوثيقة ، وغايتها التي عندها ينقطع ، فهي أربعة أطراف :

---

(١) في (أ) : « وهذا » .

(٢) في (أ) : « وثيقة » .

(٣) في (أ) : « فيتضمن » .

الطرف الأول : فيما حُجِرَ على المالك فيه

وهو كلُّ ما يُفوِّت وثيقةَ المرتهن أو بعضَها [1] [أو يُنْقِصُها] [2] ، وتصرُّفُ الراهن من ثلاثة أوجه :

الأول : التصرف القولي :

[3] فكلُّ ما [3] ينقل المِلْكَ إلى غيره كالبيع والهبة أو يُنْقِصُ الملكَ [4] كالتزويج والإجارة ؛ إذ [5] يقلل الرغبة في الحال ، أو يزحم المرتهنَ كالرهن من غيره : فهو ممنوع ، ولا مَنْعَ من إجارةٍ تنقضي مدتُها [6] قبل حلول الدين .

أما ما يُسْقِطُ الملكَ كالإعتاق ، فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يَنْفُذُ ، فإنه يُفَوِّت الوثيقةَ من العين ، كالبيع .

والثاني : يَنْفُذُ ، ويَغْرَمُ ، فإنه يسري إلى ملكِ [7] الشريك ، وحقُّ المرتهن لا يزيد عليه .

والثالث [8] : أنه إن كان مُوسِرًا نَفَذَ وغَرِمَ ، وإلا فلا ، فإنه إذا لم يمكن تغريمُه ، يبقى العتقُ في حق المرتهن تفويتًا محضًا .

أما إذا رهن نصفَ العبد : فالصحيح أن إعتاقَه في النصف المسْتَبْقَى إذا نَفَذَ سَرَى إلى المرهون مهما كان موسرًا ؛ لأنه في معنى صورة السِّراية إلى ملك الغَيْرِ ؛ لوجوده محلًّا فارغًا في الابتداء ، بل أولى منه .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « بعضه » ، والمثبت من (أ) .

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « وهو كل ما » ، وفي (ب) : « وكل ما » .

(٤) في (أ) : « المالية » ، وفي (ب) : « الهبة » .

(٥) في (أ) : « أو » .

(٦) في (أ) : « حلولها » .

(٧) في (أ) : « نصيب » .

(٨) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (٧٥/٤) ، مغني المحتاج : (١٣٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٦٠/٤) .

التفريع : إن قلنا : ينفذ ويغرم ، ففي وقت نفوذ العتق طريقان :

أحدهما [١] : أنه ينفذ في الحال ؛ لأنه صادَفَ ملكَه .

والثاني : أنه يُخرَّج على الأقوال في ملك الشريك ، فعلى قول : متنجِّزٌ [٢] ، وعلى [٣] آخر [٤] : يتوقَّف على بذل البدل ، وعلى الثالث : على [٥] بذل البدل يتبين حصولُه من وقت الإنشاء .

وإن قُلنا : لا يَنْفُذُ العتقُ ، ففي نفوذه عند فَكِّ الرهن وجهان :

أحدهما : بلى ؛ إذ صادف ملكَه واندفع لمانعٍ ، والآن فقد [٦] ارتفع .

والثاني [٧] : لا ؛ لأنه ليس بمعلَّقٍ ، ولم يَتنجَّزْ ، فلا يعود بعد اندفاعه .

ولا خلافَ في [٨] أنه لو بِيعَ في حقِّ المرتهن وعاد إليه يومًا [من الدهر] [٩] لا ينفذ .

أما تعليقُ العتق في المرهون ، إن اتَّصل بالصفة قبل فكِّ الرهن فحكمُه حكمُ العتق ، وإن وُجدت الصفةُ بعده ، فالأصح : النفوذ .

وفيه وجه : أنه لا ينعقد التعليقُ في حالةٍ لا يملك التنجيزَ فيها ، وهو ملتفتٌ على تعليق الطلقة الثالثة في حق العبد .

الوجه الثاني لتصرُّفه : الوطءُ .

وهو ممنوع ؛ لأنه يُعَرِّضُ الملكَ لنقصان الولادة .

---

(١) وهذا الطريق هو المذهب ، كما في الروضة : (٤/٧٦) .

(٢) في (أ) : « يتنجز » .

(٣) قوله : « على » : ليس في (ب) .

(٤) في (أ) : « الآخر » .

(٥) في (أ) : « عند » .

(٦) في (أ) : « قد » .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٧٥) ، مغني المحتاج : (٢/١٣٠) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٦١) .

(٨) قوله : « في » : ليس في (أ) .

(٩) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

وفي الصغيرة والآيِسة وجه ، والأصح : حَسْمُ الباب ، فإن أَقْدَم فلا حَدَّ ولا مهرَ ، والولد حرٌّ نسيبٌ له [١] .

وفي الاستيلاد خلاف [٢] مرتَّب / على العتق ، وأولى بالحصول ؛ لأنه من جُملة ٨٣/ب الأفعال ، فإن حكمنا به [٣] وجب عليه [٣] قيمتُها يوم الإحبال ، فيجعلها رهنًا بدلها .

وإن قُلنا : لا يحصل ، فإن بِيعَتْ - وفي بطنها الولدُ الحرُّ - صحَّ [٤] ، وفيه وجه : أنه يبطل ، ويُجْعَلُ ذلك كاستثناء الحمل ، وإن انفك [٥] الرهنُ فالأصح هاهنا : عَوْدُ الاستيلاد ، وإن ماتت من طَلْقِ هذا الاستيلاد فعليه القيمة ؛ لأنه المتلفُ بوطئه ، وكذلك [٦] إذا وطئ أَمَةَ الغير بالشُّبْهة ، فماتت في [٧] الطَّلْقِ .

وفيه وجه آخر - ذكره الفوراني - : أنه لا يجب ؛ إذ يبعد إحالةُ الهلاك على الوطء مع تخلُّلِ أسبابٍ حبلية [٨] .

ولو ماتت زوجتُه من الطلق فلا ضمان قطعًا ؛ لأنه تولد من مستحق ، وفي الحرة

---

(١) قوله : « له » : ليس في (أ) .

(٢) قال في الروضة : « فإن أولدها فالولد نسيبٌ حر ولا قيمة عليه ، وفي مصيرها أمَّ ولدٍ أقوالُ العتق ، وهنا أولى بالنفوذ عند الأكثر ؛ لقوة الإحبال . وقيل عكسه ؛ لأن العتقَ أقوى من جهة ، فإنه تنجزُ به الحرية ، بخلاف الاستيلاد . وقيل : هما سواء . وإن شئت قلت : فيه ثلاثة طرق : القطع بالنفوذ ، وعدمه ، وأصحها وهو الثالث : طرد الأقوال ، فإن نفذ بالاستيلاد لزمه القيمةُ والحكم على ما سبق في العتق ، وإلا فالرهن بحاله » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٧٧ ، ٧٨) ، مغني المحتاج : (٢/١٣١) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٦٤) .

(٣) في (ب) : « عليه وجب » .

(٤) الأصح : أنه لا يجوز بيعها وهي حامل ، كما في الروضة : (٤/٧٨) ، مغني المحتاج : (٢/١٣١) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٦٤) .

(٥) في (أ) : « فك » .

(٦) في (أ) : « وكذا » .

(٧) في (أ) : « من » .

(٨) في (أ) : « جلية » .

الموطوءة بالشبهة وجهان [1] :

ووجه [2] الفرق : أن الحَوالةَ عليها ممكنٌ ، فإنها صاحبةُ الحقِّ واليدُ لها [3] في نفسها ، بخلاف الأمَة ، وكذلك في الزنا ، فإن كان مع استكراهٍ ، فلا يمكن الحَوالةُ عليها [4] ؛ لأنَّا لا نعرف كونَ الولدِ منه ، والشرعُ مَنَعَ النسبَ .

فإن أقرَّ بأنه من إحباله ، ففي كلام الأصحاب ما يَدُلُّ على أنه لا يجب أيضًا ، فإن السببَ ضعيفٌ ، وكأنه [5] في الأمة حصل مثلُ إثباتِ اليد عليها باستعمال [6] رَحِمِها في تربية الولد ، فكان كالهلاك [7] تحت اليد .

التفريع : إذا أوجبنا القيمةَ ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه باعتبار أقْصَى القِيَمِ من يوم الإحبال إلى يوم الموت ، وكأن الإحبالَ غَصْبٌ واستيلاد .

[و] [8] الثاني : باعتبار يوم الموت .

والثالث [9] : باعتبار يوم الإحبال .

الوجه الثالث : الانتفاع :

وهو جائزٌ عندنا للراهن ، [10] في الدار [10] المرهونةِ بالسُّكون ، [11] وفي العبد [11]

---

(١) الأصح : أنه لا تجب الديةُ للحرة الموطوءة بالشبهة ، كما في الروضة : (٧٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٣١/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٦٥/٤) .

(٢) في (أ) : « وجه » بدون الواو .

(٣) قوله : « لها » : ليس في (أ) .

(٤) في (أ) : « عليه » .

(٥) في (أ) : « فكأنه » .

(٦) في (أ) : « بإشغال » .

(٧) في (أ) : « كهلاك » .

(٨) الواو زيادة من (أ) .

(٩) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٧٩/٤) ، مغني المحتاج : (١٣١/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٦٥/٤) .

(١٠) في (أ) : « بالدار » .

(١١) في (أ) : « وبالعبد » .

المحترف بالاستكساب ، [1] وفي الفَحْل [1] بإنْزَائه على الإناث إن لم يُنْقِصْ من قيمته ، وكذا [2] الإنزاءُ على الأنثى إن لم ينقص الإحبالُ من قيمتها .

أما الغِراس [3] في الأرض فممنوعٌ ؛ لأنه يُقلِّل الرغبةَ في الأرض إذا بِيعَت دون الغراس .

وذكر الربيع [4] في الدَّيْن المؤجَّلِ وجهًا : أنه لا يُمْنَعُ [من] [5] الغراس ، فربما تفي الأرضُ بجميع الدَّين ، أو تُوفَّى الزيادةُ من موضع آخر ، فإن لم يكن قلعٌ عند البيع ، أما في الحالِّ فلا منعَ ، وهو منقاسٌ .

التفريع : إن قلنا : يُمْنَعُ ، فلو غَرَسَ : قُلِعَ ، ولو حمل السيلُ النَّوَى فأنبت : لا يقلع في الحال ، ولكن عند البيع يقلع إن لم يتعلق حقُّ الغرماء به ، بالحَجْرِ [6] عليه بالفَلَس ، فإن تعلق : لم يقلع ، وكذلك [7] على مذهب الربيع إذا جُوِّز الغراسُ [8] ، بل يباع الكلُّ ويُوزَّع الثمنُ ، وفي [9] كيفية التوزيع [9] كلامٌ سبق في التفريق بين الولد والأمِّ في الرهن .

فرع : ليس للراهن المسافرةُ بالعبد المرهون أصلًا ؛ لأنه حيلولةٌ عظيمة ، واليدُ مستحقةٌ للمرتهن فلا تُزَال إلا لضرورة ، والضرورةُ في الانتفاع ، لا في السفر .

وكذلك [10] لا يُسافر زوجُ الأمَةِ بها ، ويُسَافِرُ بها سيدُها ؛ تقديمًا لحقِّه وترغيبًا له في تزويجها ، ويسافر الزوجُ بزوجته الحرةِ ؛ لأن مقصودَ النكاح أغلبُ [وهو صاحبه] [11] ، وهي صاحبةُ الحقِّ والحظِّ في النكاح .

---

(١) في (أ) : « وبالفحل » .
(٢) في (أ) : « وكذلك » .
(٣) في (ب) : « الغرس » .
(٤) انظر : الأم : (١٤٥/٣ ، ١٤٦) ، روضة الطالبين : (٧٩/٤) .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) في (أ) : « لحجر » .
(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « ولذلك » ، والمثبت من (أ) .
(٨) في (أ) : « الغرس » .
(٩) في (أ) : « كيفيته » .
(١٠) في (أ) : « ولذلك » .
(١١) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

وكذلك لو أمكن استسكابُ العبد في يد المرتهن : لم يُنتزع من يده [1] ، فإن لم يُحسن إلا الخدمةَ انْتُزع [من يده] [2] نهارًا ورُدَّ ليلًا ، وللمرتهن أن يُكلِّفه الإشهادَ عند الانتزاع في كل يوم ، وهل له أن يُكلِّفَ الراهنَ ذلك ، وهو مشهورُ العدالة ؟ فيه وجهان [3] .

فإن قيل : ما منعتموه من التصرفات ، لو أذِنَ فيه المرتهن ؟

قُلنا : لا يمتنع [4] [منه] [5] بإذنه ؛ فالحق لا يَعْدُوهُما ، ثم ما من ضرورته فسخُ الرهن كالإعتاق والهبة ؛ يرفع الرهن ، ولا قيمةَ عليه إذا أعتق بإذنه ، وله أن يَرْجِعَ عن الإذن قبل وقوع التصرف ، فإذا أذِنَ في الهبة فله الرجوعُ قبل القبض ؛ إذ به يَتِمُّ المأذونُ [فيه] [6] .

وفي الرجوع عن الإذن في البيع في مدة الخيار ، وجهان [7] :

فإن قيل : هل يتعلق حقُّه بالثمن (8 إذا أذن 8) في البيع [في مدة الخيار] [9] ؟

قُلنا : إن كان بعد حلول الدين وأذِنَ لأجْلِ قضاءِ حقِّه : فلا شكَّ ، وإن كان قبله ،

---

(١) قال في الروضة : « كلام الغزالي يدل على أنه لا يُنتزع العبد من يد المرتهن إذا أمكن استكسابه وإن طلب الراهنُ خدمتَه ، ولم يتعرض الأكثرُ لذلك . ومقتضى كلامهم : أن له الاستخدامَ مع إمكان الاستكساب . قلت : كلام الغزالي محمولٌ على موافقة الأصحاب ، وقد ذكرت تأويلَه في شرح « الوسيط » . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٨١/٤) .

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٣) قال في الروضة : « وفرَّع الإمام والغزالي على الجواز : أنه إن وثق المرتهنُ بالتسليم فذاك ، وإلا أشهد عليه شاهدين أنه يأخذه للانتفاع ، فإن كان موثوقًا به عند الناس ، مشهورَ العدالة ، لم يكلف الإشهاد في كل أخذة على الأصح » انظر : روضة الطالبين : (٨١/٤) ، مغني المحتاج : (١٣٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٦٧/٤، ٢٦٨) .

(٤) في (أ) : « يمنع » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) الأصح : أنه لا يصح رجوعُه عن الإذن في البيع في مدة الخيار ، كما في الروضة : (٨٢/٤) ، مغني المحتاج : (١٣٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٦٩/٤) .

(٨) قوله : « إذا أذن » : ليس في (أ) .

(٩) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

فإن أطلق : لم يكن الثمنُ عندنا رهنًا ، خلافًا لأبي حنيفة رحمة الله عليه [١] .

فإن [٢] قال : بشرط أن يُجْعَلَ الثمنُ رهناً ، ففي ذلك قولان [٣] ، مأخذه : جوازُ نَقْلِ الوثيقة إلى عينٍ أخرى .

وإن قال : بشرط أن يُعَجِّلَ حقِّي من الثمن : فالشرطُ فاسدٌ ، وكذا الإذن ؛ لأنه [ما] [٤] رضي [بالبيع إلا] [٥] بِعوَضٍ ، وهو التعجيلُ ولم يُسلم العوضَ ، بخلاف ما إذا قال للوكيل : بِعْ ، ولك من الثمن عشرةٌ أجرةً [٦] ، فإنه لم يَفْسدِ الإذنُ وفسد الشرطُ ؛ لأنه لم يقابلِ العوضَ بالإذن ، بل قابله بالعمل ، فعند الفساد يرجع إلى أجرة المثل .

فإن قيل : فمن مات وعليه دين ، فتعلَّقت الديونُ بتركته ، فما قولكم [٧] في [٨] تصرف الورثة فيها بالبيع ؟

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن الراهنَ لو أعتق أو وهب بإذن المرتهن بطل حقُّه من الرهن ، سواء كان دينًا حالًّا ، أو مؤجلًا ، وليس عليه أن يجعل قيمتَه رهنًا مكانه ، وكذلك الحكم لو باع بإذن المرتهن والدين مؤجل فلا ينتقل حقُّ المرتهن إلى القيمة ، إلا إذا أذن له مطلقًا بعد حلول دينه ، فيأخذ حقه من الثمن ويحمل إذنه المطلق على البيع لغرضه .

ومذهب الحنفية : أن المرتهنَ أحق بالرهن وبثمنه إن بِيعَ ، فينتقل حقُّ المرتهن من المبيع إلى بدله وهو الثمن ، فله حكمُ المبدل كالعبد المديون إذا بِيعَ برضا الغرماء انتقل حقهم إلى بدله .

انظر : روضة الطالبين : (٨٣/٤) ، مغني المحتاج : (١٣٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٦٩/٤ ، ٢٧٠) ، مختصر الطحاوي : (٩٥) ، الاختيار لتعليل المختار : (٦٩/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٩/٢) .

(٢) في (أ) : « وإن » .

(٣) أظهر هذين القولين : أنه يبطل الإذن والبيع ، كما في الروضة : (٨٣/٤) .

(٤) ، (٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « عشرةُ أجزائه » .

(٧) في (أ) : « قولهم » .

(٨) قوله : « في » : ليس في (أ) .

قلنا : فيه طريقان [١] :

منهم من خَرَّج على قولي العبد الجاني ؛ لأنه ثبت شرعًا لا اختيارًا ، بخلاف الرهن .

ومنهم من قطع بالمنع ؛ نظرًا للميت ، ومبادرةً إلى تبرئة ذمته .

ثم اختلفوا في أن قولَ المنع هل يَطَّرد في الدين إذا لم يستغرق [٢] ؟

ومَنْ لم يطردْ علَّل بأن أكثرَ التركات لا تخلو عن [٣] دين ما ، فيبعد الحجرُ بسبب درهم في مالٍ كثير .

فإن قيل : فلو ظهر دينٌ بردِّ عِوَضٍ بالعيب ، وتوجَّهت المطالبةُ بالثمن بعد أن باع الورثةُ التركةَ ؟

قلنا : إن فرّعنا على المنع / من البيع ففي تتبُّعِه بالنقض [٤] وجهان [٥] ، من حيث ٨٤/أ إن الدينَ مُتَراخٍ وسببُه مُتقدِّمٌ ، وكذلك لو كان [٦] حَفَرَ بئرًا ، فتردَّى فيه بعد موته إنسانٌ ، وهاهنا أولى بأن لا يسند ؛ إذ الحفرُ ليس سببًا للهلاك بمجرده .

فإن قُلنا : لا يتبع بالنقض ، فإن وَفَّوْا بالدين [٧] فذاك ، وإلا فالأصح : أنه الآن

---

(١) قال في الروضة : « الديون التي على الميت تتعلق بتركته قطعًا ، وقد سبق في آخر باب زكاة الفطر أن هذا التعلق لا يمنع الإرث على الصحيح . فعلى هذا في كيفيته قولان ، ويقال : وجهان : أحدهما : كتعلق الأرش برقبة الجاني . وأظهرهما : كتعلق الدين بالمرهون ؛ لأن الشارعَ إنما أثبت هذا التعلق نظرًا للميت ، لتبرأ ذمتُه ، فاللائق به أن لا يسلط الوارث عليه » . انظر : روضة الطالبين : (٨٤/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٤/٢ ، ١٤٥) ، نهاية المحتاج : (٣٠٤/٤ ، ٣٠٥) .

(٢) ذكر في الروضة : أنه لا فرق بين كون الدين مستغرقًا للتركة ، أو أقل منها على الأصح للمنع من التصرف . انظر : روضة الطالبين : (٨٥/٤) .

(٣) في (أ) : « من » .

(٤) في الأصل : « بالنقص » ، وفي (ب) : « النقض » ، والمثبت من (أ) .

(٥) الأصح : أن التصرفَ لا يُنقَض ، كما في الروضة : (٨٥/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٠٧/٤) .

(٦) كلمة : « كان » : ليست في (أ) .

(٧) في (ب) : « الدين » .

يفسخ ؛ إذ لا دينَ عليهم حتى يطالبوا [1] .

وفيه وجه : [2] أن ما مضى [2] وتعلق به حقُّ المشتري لا يفسخ ، فكأنهم قد فوَّتُوا التركةَ فعليهم الضمان .

* * *

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « حتى يطالبون » ، والمثبت من (أ) .

(٢) قوله : « أن ما مضى » : ليس في (أ) .

الطرف الثاني : في بيان جانب المرتهن

وقد تحدَّد له استحقاقُ اليد في الحال ، واستحقاقُ البيع في تأنّي الحال .

ولأجلِ استحقاق اليد وجب على الراهن التعهُّدُ والمؤنةُ لبقائه في يده ، ولا يجب على المرتهن الضمانُ بحكم هذه اليد ، ولا يملك الانتفاعَ والاستمتاعَ .

فهذه خمسة أمورٍ في جانبه لابدَّ من معرفتها :

الأول : استحقاق اليد في الحال .

وهو ثابتٌ بمطلق الرهن عند اللزوم بالقبض ؛ ولذلك يُرَدُّ ليلًا إليه عند الانتفاع نهارًا ، ولا تُزَال يدُه إلا خوفًا من فوات منفعةٍ مقصودةٍ ، فتقدم المنفعةُ المقصودةُ على اليد التابعةِ للحق ؛ لأنها [(١)] لا تُطْلَبُ إلا لحفظ محل الحق .

ولو شرط التعديلَ على يدِ ثالثٍ : جاز ، ويكون العدلُ نائباً عن المرتهن ؛ لأنه مستحقُّ اليد ، ولذلك لا يجوز شرطُ التعديل على يد المالك ؛ لأن يدَه لا تصلح للنيابة عن غيره ، وهو مستقلٌ بالملك .

وللراهن - أيضًا - حَظٌّ في يد العدل ، فإنه ربما لا يَثِقُ بيد المرتهن ؛ فلهذا لا يجوز للعدل أن يُسَلِّمَ إلى أحدهما دون إذن صاحبه ، ولا أن يُسَلِّمَ إلى ثالثٍ دون إذنهما [(٢)] ، فإن فعل ضَمِنَ ، ثم إن سلَّم إلى المرتهن ضَمِنَ للراهن ، والقرارُ على المرتهن مهما تَلِفَ في يده .

وإن سلَّم إلى الراهن ضمن للمرتهن القيمةَ ؛ لتكون عنده رهنًا . فإذا قُضِيَ الدينُ رُدَّتْ إليه القيمةُ ، وله أن يُكلِّف الراهن القضاءَ ؛ لفَكِّ ملكه ، كما في المعير لأجْل الرهن .

فرع : لو تغير حالُ العدل بفِسْقِه ، أو جنايتِه على العبد قصْدًا ، أو بزيادة فسقٍ على ما عُهِد من قبل : فلكل [(٣)] واحدٍ طلبُ إزالةِ يده إلى عدلٍ آخر .

---

(١) في (أ) : « فإنها » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « إذنه » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « فكل » ، والمثبت من (أ) .

الأمر الثاني : استحقاق البيع :

وهو ثابتٌ عند حلول الدين ، إن لم يُوَفِّ الراهنُ الدينَ [1] من موضعٍ آخر ، ولكن لا يستقل به المرتهنُ ، ولا العدلُ الذي في يده ، دون إذنِ الراهن ، أو إذن القاضي ، ولو باع العدلُ بإذنِ أحدهما : لم يصح ، بل لابدَّ من إذنهما . وفيه فروع أربعة :

الأول [2] : أنه لو رجع أحدُهما عن الإذن : امتنع [3] العدلُ عن [3] البيع ، فرجوعُ [4] الراهن عَزْلٌ ؛ فإنه الموكِّل ، وإذنُ المرتهن شرطٌ وليس بتوكيل ، ولذلك لو عاد المرتهنُ وأذِنَ [5] بعد رجوعه : جاز ، ولم يَجِبْ تجديدُ التوكيل من الراهن .

ومساقُ هذا الكلام من الأصحاب مُشْعِرٌ بأنه لو عَزَلَ الراهنُ ثم عاد ووكَّل : افتقر المرتهنُ إلى تجديدِ الإذن ، وعليه يلزم – لو قيل به – أن لا يُعْتَدَّ [6] بإذنه للعدل [7] قبل توكيل الراهن ، فلْيَؤَخِّرْ عنه .

ويلزم عليه الحكمُ ببطلان رضا المرأة للوكيل [8] بالنكاح قبل توكيل الوليِّ ، وكلُّ ذلك مُحتمَلٌ .

ووجه المساهلة : إقامةُ دوام الإذن مقامَ الابتداء تعلُّقًا بعمومه ، وأنه إن لم [يكن] [9] يعمل في الحال [أولى بالاحتمال] [10] فليقدَّرْ مُضافًا إلى وقت التوكيل . وإذا احتملت الوَكالةُ التأقيتَ والتعليقَ كان الإذنُ أولى بالاحتمال .

الثاني : لو أذِن الراهنُ للعدلِ عند الرهن بالبيع عند حلول الأجل : لم يَفْتَقِرْ إلى مراجعته ثانيًا عند الحلول [11] .

---

(١) كلمة : « الدين » : ليست في (أ) .	(٢) في (أ) : « أحدها » .

(٣) قوله : « العدل عن » : ليس في (أ) .	(٤) في (أ) : « ورجوع » .

(٥) في (ب) : « فأذن » .	(٦) في (أ) : « يعيد » .

(٧) في (أ) : « للوكيل » .	(٨) في (أ) : « بالتوكيل » .

(٩) زيادة من (ب) .	(١٠) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(١١) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٩٠) ، مغني المحتاج : (٢/١٣٥) ، نهاية المحتاج : (٤/٣٧٦) .

وفيه وجه : أنه لابد منه ؛ إذ قد يَسْمَحُ بالإذن في غير وقت البيع ، ثم يَرَى أن يُوَفِّيَ الدينَ من موضعٍ آخرَ في وقت الحلول .

الثالث : [أنه] (١) لو ضاع الثمنُ في يد العدل : فهو أمانة ، فلو سلَّمه إلى أحدهما دون إذنِ الثاني (٢) : فهو ضامنٌ .

ولو أذِنَ له الراهنُ في التسليم إلى المرتهن ، فَسَلَّم وأنكر المرتهنُ : فهو ضامن ؛ لعجزه عن الإثبات ، فإن صدَّقه الراهنُ ونَسَبه إلى التقصير في ترك الإشهاد ، ففي الضمان وجهان (٣) .

ولو كان قد شَرَط الإشهادَ : فلا شَكَّ أنه يضمن ، ولو ادَّعى موتَ الشهود وصُدِّق : لم يضمن ، وإن كُذِّب فوجهان .

الرابع : إذا باع العدلُ بالغَبْنِ : بطل بيعُه ، وإن باع بثمنِ المثل - وهو في الحالِ يطلب بزيادةٍ - لم يصح ، وإن طلب في المجلس - أيضًا - انفسخ العقدُ ؛ لأنه في حكم الابتداء .

فإن أبى الراغبُ من قبول البيع بعد إظهاره ، فالأصح : أنَّا نتبيَّنُ أن الانفساخَ لم يكن ؛ إذ بانَ أن الزيادةَ لم يكن لها حقيقةٌ .

وفيه وجه : أنه لابد من تجديد العقد ، فإن الفسخَ قد وقع .

ثم في تجديد البيع من الأول ، والبيع من (٤) الراغب (٥) الثاني عند إطلاق الإذن ، وجهان :

أحدهما (٦) : أنه لا يجوز إلا بإذنٍ مُجَدَّدٍ ؛ إذ الوَكالةُ الأولى انفسخت بالامتثال بالبيع الأول .

والثاني : الجوازُ ، وتنزيلُ البيع على ما يفيد ويتقرَّر ، وإخراجُ الأول عن كونه امتثالًا .

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) : « الآخر » .

(٣) الأصح من هذين الوجهين : أنه يضمن ، كما في الروضة : (٩١/٤) ، نهاية المحتاج : (٢٧٧/٤) .

(٤) في (أ) : « أو » . (٥) كلمة : « الراغب » : مكررة في (أ) .

(٦) في (أ) : « أحدها » .

الأمر الثالث : تعهُّدُ المرهون ومؤنتُه على الراهن :

وليس يمنع منه حتى من الفَصْدِ والحِجَامة والخِتَان ، ويمنع عن قطع سلعةٍ يخاف منها سِراية ، ويجب عليه كِراءُ [1] الإصطبل للدابة مع العَلَف .

وقال الشافعي / - رضي الله عنه - [2] : إذا رهنه ثمرةَ [الشجرة] [3] فعلى ٨٤/ب الراهن سَقْيُها وإصلاحُها وجِذاذُها وتشميسُها ، كما يكون عليه نفقةُ العبد ، و [قد] [4] قال ﷺ : « وعلى من يَحْلِبُه ويَرْكَبُه نفقتُه ، له غُنْمُه ، وعليه غُرْمُه » [5] .

فإن امتنع أجْبَرَه القاضي ؛ لحقِّ المرتهن ، هذا مذهبُ العراقيين ، وقالت [6] المراوزة : لا يلزمه الإنفاقُ [7] على الحيوان إلا [7] لحقِّ الله تعالى ، فلم يرهن منه إلا على ذلك .

فإن امتنع : بِيعَ جزءٌ من المرهون وجُعِلَ نفقةً له ، فإن خِيف استيعابُ المرهون بالنفقة أُلحق بما يتسارع إليه الفسادُ ، وبِيعَ بما لا يحتاج إلى نفقة .

وكذلك يُحْذَرُ من بيع البعض ؛ لأنه تَشْقِيصٌ ، فيُنْفَقُ عليه من منفعتِه وكسبه ، وإلا

---

(١) في (أ) : « كرى » .

(٢) انظر : الأم : (١٣٥/٣) ، مختصر المزني : (٢١٨/٢) ، الحاوي الكبير : (٢٤٠/٦) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) أخرج البخاري عن النبي ﷺ قوله : « وعلى الذى يركب ويشرب النفقة » (١٧٠/٥) . (٤٨) كتاب الرهن (٤) باب الرهن مركوب ومحلوب (٢٥١٢) ، وأبو داود : (٢٨٦/٣) () كتاب البيوع - باب في الرهن (٣٥٢٦) ، والترمذي : (٥٥٥/٣)(١٢) كتاب البيوع (٣١) باب ما جاء في الانتفاع بالرهن (١٢٥٤) ، وابن ماجه : (٨١٦/٢) (١٦) كتاب الرهون (٢) باب الرهن مركوب ومحلوب (٢٤٤٠) .

وقوله : « له غنمه وعليه غرمه » رواه البيهقي في السنن الكبرى : (٣٩/٦ ، ٤٠) ، ومعرفة السنن والآثار : (٢٢٩/٨ - ٢٣٣) ، والحاكم في المستدرك : (٥١/٢) ، وعبد الرزاق في مصنفه : (٢٣٧/٨ ، ٢٣٨) (١٥٠٣٣ ، ١٥٠٣٤) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣٥/٣ ، ٣٦) حديث رقم : (١٢٣١) ، (١٢٣٢) .

(٦) في (أ) : « وقال » .

(٧) في (أ) : « إلا على الحيوان » .

فيباع ، ولعل الأول أصحُّ ، ويتأيَّدُ بالمكري فإنه يجب عليه عمارةُ الدار من عنده ؛ وفاءً بتقدير [1] ما التزم .

الأمر الرابع : المرهونُ أمانةٌ في يد المرتهن :

لا يسقط بتلفه شيءٌ من الدين ، خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله - [2] ، فلو تصرف فيه بما لا يجوز : ضمن ضمانَ المغصوب [3] .

فروع أربعة :

أحدها : لو رَهَنَ عنده أرضًا وأذِن له في الغراس بعد شهرٍ ، فهو قبل الغراس أمانةٌ ، وبعده عاريةٌ مضمونةٌ ، والرهن مستمرٌّ ، فإن غَرَسَ قبل الشهر : قَلَع مجانًا ، وإن غرس بعد الشهر : لم يَقْلِعْ إلا ببدل .

الثاني : إذا كان الدينُ مؤجَّلًا بشهرٍ ، فقال : رهنت منك بشرطِ أن يكون مَبِيعًا منك بالدين عند حلول الأجل ، فالرهنُ فاسدٌ والشرط فاسدٌ ، ولكنه في الشهر الأول أمانةٌ ؛ لأنه مقبوضٌ على حكم الرهن ، وفي الثاني مضمونٌ ؛ لأنه مقبوضٌ على حكمِ شراءٍ فاسدٍ ، وللفاسد حكمُ الصحيح في الضمان .

---

(١) في (أ) : « تقرير » .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن الرهن أمانةٌ في يد المرتهن ، فإن هلك فلا يسقط من الدين شيءٌ ، ولا يلزمه ضمانٌ إلا إذا تعدَّى فيه .

ومذهب الحنفية : أن الرهن مضمونٌ في يد المرتهن ، فإذا هلك كله أو بعضه سقط من الدين بقدره ، وإذا استوعب الدينَ سقط الدينُ كله .

انظر : الأم : (١٤٨/٣) ، التنبيه : (٧١) ، روضة الطالبين : (٩٦/٤) ، المجموع : (٣٨٢/١٢) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١٩٧/١) ، مختصر الطحاوي : (٩٣) ، الاختيار لتعليل المختار : (٦٥/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٥/٢) .

(٣) في (أ) : « الغصوب » .

ومنهم من استثنى ما إذا عَرَفَ فسادَ البيع فأمسكه [1] عن جهة الرهن .

التفريع : لو غَرَسَ بعد مُضِيِّ الشهرِ على ظنٍّ صحةِ البيع : لم يقلع غرسَه مجانًا ؛ لأنه مأذونٌ فيه في ضمن البيع ، ولو علم الفسادَ : قلع مجاناً ؛ لأنه حَرُمَ عليه ذلك ، فلا حرمةَ لقلعه [2] .

الثالث : إذا ادَّعى المرتهنُ ردَّ الرهن أو تَلَفَه [3] ، فالقولُ قوله - عند المراوزة - كما في المُودَعِ ، وطرَدُوا ذلك في المستأجر وأيدي الأمانات كلها .

وقال العراقيون : ذلك من خصائص الائتمان ؛ لأنه مصدَّقٌ بقوله إذا ائتمنه ، وألحقوا الوكيلَ بغيرِ أجرةٍ بالمودَعِ ، وذكروا في الوكيل بأجرةٍ وجهين [4] .

الرابع : قال المراوزة : المرتهنُ من الغاصب و [5] المستأجرُ منه على جهل ، حكمُهما [6] حكمُ المودِعِ على جهل ، حتى [إنهم] [7] يطالبون بالضمان والقرارِ على الغاصب .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « أمسكه » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « لفعله » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « تلفها » ، والمثبت من (أ) .

(٤) قال في الروضة : « إذا ادَّعى المرتهنُ تلفَ المرهون في يده ، قُبِلَ قولُه مع يمينه . وإن ادَّعى ردَّه إلى الراهن ، قال العراقيون : القول قول الراهن مع يمينه ؛ لأنه أَخَذه لمنفعة نفسه ، فأشبه المستعير بخلاف دعوى التلف ، فإنه لا يتعلق بالاختيار ، فلا تساعده فيه البينةُ . قالوا : وكذا حكم المستأجر إذا ادَّعى الرد ، ويقبل قول المودَع والوكيل بغير جُعْل مع يمينهما ؛ لأنهما أمينان متمحضان . وفي الوكيل بجعل . والمضارب والأجير المشترك إذا لم تضمنه ، ذكروا وجهين . أصحهما : يقبل قولهم مع اليمين ؛ لأنهم أخذوا العينَ لمنفعة المالك ، وانتفاعهم بالعمل في العين ، لا بالعين ، بخلاف المرتهن والمستأجر . وهذه الطريقة هي طريقة أكثر الأصحاب ، لاسيما قدماؤهم . وتابعهم الروياني . وقال بعض الخراسانيين من المراوزة وغيرهم : كل أمين يُصَدَّق في دعوى الرد ، كالتلف . فقد اتفقوا في الطرق على تصديق جميعهم في دعوى التلف . وفي عبارة الغزالي ما يقتضي خلافًا فيه . وليس هو كذلك قطعًا » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٩٧) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « في » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « حكمها » .

(٧) زيادة من (أ) .

والعراقيون سَوَّوْا بين الكل ، وذكروا في مطالبتهم وجهين [1] ، وعند المطالبة ذكروا في قرار الضمان وجهين .

الأمر الخامس : تصرفات المرتهن :

وهو ممنوعٌ من جميعها قولًا وفعلًا ، وليس له الانتفاعُ أيضًا ، ولو وَطِئَ - مع العلم بالتحريم - فحكمُه حكمُ الزنا ، وإن جهل - وكان حديثَ العهد [2] بالإسلام - فحكمه حكم الوطء بالشبهة .

ومنهم من قطع بسقوط الحدِّ ، وتردَّد [3] في المهر والنسبِ وحرية الولد ؛ لضعف هذه الشبهة [4] ، وهو بعيد .

ثم قال القاضي : من لا يعرف هذا القدر فكأنه لا معرفةَ له ، فإذا اكتفينا بهذا في إثبات الأحكام فينبغي أن نقول [5] : المجنونُ إذا زنا فحكمُه حكمُ الوطء بالشبهة ، وإن أذِنَ الراهنُ وعَلِمَ التحريمَ [6] فهو زانٍ .

وقيل : إن مذهبَ عَطَاءٍ إباحةُ الوطء بالإذن ، فيصير شبهةً ويلتحق بالوطء بالشبهة . فأما إذا ظنَّ الإباحةَ ، فهذه الشبهةُ أقوى .

---

(١) قال في الروضة : « لو رهن الغاصب المغصوبَ عند إنسان ، فتلف في يد المرتهن ، فللمالك تضمينُ الغاصب . وفي تضمينه المرتهنَ طريقان : قال العراقيون : فيه وجهان : أحدهما : لا ، لأن يده يد أمانة . وأصحهما : يضمن ؛ لثبوت يده على ما لم يأتمنه مالكه عليه . فعلى هذا وجهان : أحدهما : يستقر الضمانُ عليه ؛ لحصول التلف عنده ، ونزول التلف منزلةَ الإتلاف في الغصب . وأصحهما : يرجع على الغاصب لتغريره .

والطريق الثاني : القطع بتضمينه وعدم الاستقرار ، قاله المراوزة . ويجري الطريقان في المستأجر من الغاصب والمستودع والمضارب ووكيله في بيعه . وكل هذا إذا جهلوا الغصبَ فإن علموا فهم غاصبون أيضًا ، والمستعير منه والمسْتَام يطالبان ويستقر عليهما الضمان ؛ لأنهما يد ضمان » . انظر : روضة الطالبين : (٩٨/٤) .

(٢) في (أ) : « عهد » .

(٣) في (أ) : « ترددوا » .

(٤) والأصح : ثبوت الجميع ، كما في الروضة : (٩٩/٤) ، مغني المحتاج : (١٣٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٨٤/٤ ، ٢٨٥) .

(٥) في (ب) : « يقول » .

(٦) في (أ) : « بالتحريم » .

وفي المهر وجهان ، أحدهما : السقوط ؛ لإذنه .

والثاني [١] : الوجوب كما للمُفَوِّضَة [٢] ؛ إذ لا يؤثر الإذنُ في إسقاط عِوَضِ الأبضاع .

وفي قيمة الولد طريقان ، أحدهما : أنه كالمهر ؛ لأنه نتيجةُ الوطء .

والثاني : القطع بالوجوب [٣] ؛ لأنه لم يأذن في الاستيلاد ، وهذا يَنْقُضُه أن المرتهنَ لو أذِنَ للراهن نفذ استيلاده قطعاً .

* * *

---

(١) ذكر في الروضة أن الثاني هذا هو الأظهر ، مما يفيد أنه قول وليس وجهًا . انظر : روضة الطالبين : (٩٩/٤) .

(٢) في (أ) : « في المفوضة » .

(٣) وهذا الطريق هو المذهب ، كما في الروضة : (٩٩/٤) .

الطرف الثالث : في محل الوثيقة

وهو عين المرهون ، أو بدلها .

فأما بدلُ المنفعة ، كالكسب (١) والعُقْرِ ، أو الزيادةُ الحاصلةُ من العين ، كالولد واللبن والثمر (٢) والصوف : فلا يتعدَّى الرهنُ إليها عندنا .

وخالف أبو حنيفة - رحمه الله - (٣) في الزيادات الحاصلة من العين ، وفي العقر - أيضًا - هذا إذا (٤) كان الولدُ حادثًا علوقُه بعد الرهن وانفصالُه قبل الحاجة إلى البيع . فإن كان مُجْتَنًّا في الحالتين جميعًا (٥) ، فيُباع (٦) الحاملُ في حقه ولا ينظر إلى ما في بطنها . وإن [كان] (٧) مجتنًّا عند العقد منفصلًا حالَ البيع ، ففيه قولان (٨) ، مأخذه : الترددُ في الاستتباع ، وأن الحملَ هل يُعْرَف ؟ [فإنه إن لم يعرف لم يندرج ، وكأنه حدث الآن] (٩) .

---

(١) في (أ) : « أو » .
(٢) في (أ) : « والثمرة » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن زوائد المرهون المنفصلة كالثمرة ، والولد ، واللبن ، والبيض ، والصوف لا يَسْرِي إليها الرهن وكذا الأكساب والمهر ، وما أشبه ذلك مما يحدث بعد الرهن .

ومذهب الحنفية : أن كل ما يتولد من عين الرهن يسري إليه حكم الرهن ، ومالا فلا .

انظر : الأم : (١٤٤/٣) ، مختصر المزني : (٢١٦/٢) ، الحاوي الكبير : (٢٠٨/٦) ، التنبيه : (٧١) ، روضة الطالبين : (١٠٢/٤) ، المجموع : (٣٦٢/١٢) . الهداية شرح بداية المبتدي : (٤٩٨/٤) ، رد المحتار على الدر المختار : (٥٢١/٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (٦٥/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (١٢/٢) .

(٤) في (أ) : « إن » .
(٥) كلمة : « جميعًا » : ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « فتباع » .
(٧) زيادة من (أ) .

(٨) قال في الروضة : « ولو رهن حاملًا ، واحتيج إلى بيعها حاملًا بيعت كذلك في الدين ، لأنَّا إن قلنا : الحمل يعلم فكأنه رهنها ، وإلا فقد رهنها والحملُ محضُ صفةٍ . ولو ولدت قبل البيع ، **فهل الولد رهنٌ ؟** قولان . إن قلنا : الحمل لا يعلم فلا ، وإلا فنعم . وقيل : قولان ؛ لضعف الرهن عن الاستتباع » . انظر : روضة الطالبين : (١٠٢/٤) ، مغني المحتاج : (١٣٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٨٩/٤) .

(٩) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

وإن عَلِقَ بعد الرهن ، وكان مجتنًّا عند البيع ، فكذلك فيه قولان [١] .

فإن [٢] قلنا : إنه لا يُعْرَفُ ، فكأنه زيادةٌ متصلةٌ ، فلا كلام .

فإن [٢] قلنا : لا يتعلق بالحمل ، فلا يمكن بيعُ الأم دون الحمل ، ولا بيعُ الكلِّ مع التوزيع ؛ فإن قيمةَ الحمل لا تُعْرَف [٣] ، وقد تنقص القيمةُ بالحمل فتؤخَّر إلى وقت انفصال الولد .

أما بدلُ العين فيتعدَّى إليه الرهنُ ، ونعني به أرْشَ الجناية ، فإنه يُوضَعُ رهنًا ، وما دام في ذمة الجاني هل نُسَمِّيه مرهونًا [٤] ، أم نقول : زال الرهنُ ثم عاد عند التعيين ، كما نقول في العصير إذا انقلب [خمرًا ثم] [٥] خَلًّا ؟ فيه خلاف .

ثم الراهنُ بالمطالبة أولى ؛ فهو المالك ، فإن [٦] تكاسَلَ فللمرتهن المطالبةُ ، فإن أبرأ / الراهنُ : لم يَنْفُذ قطعًا ولم يلحق بالإعتاق ، وإن أبرأ المرتهنُ : لم يصح ، ولكن هل يكون ذلك فَسْخًا للرهن في حقه ؟ فعلى وجهين [٧] . ٨٥/أ

ووجه [٨] المنع : أن الفسخ كان تَحَصَّل ضمنًا للإبراء ، فإذا لم يحصل المتضمن فلا عمومَ لقوله ، فلا يحصل الضمنُ .

* * *

(١) قال في الروضة : « أما إذا حبلت بعد الرهن ، وكانت يوم البيع حاملًا ، فإن قلنا : لا يعلم بيعت ، وهو كالسمن وإلا فلا يكون مرهونًا ، ويتعذر بيعها ؛ لأن استثناءَ الحمل متعذر ، ولا سبيلَ إلى بيعها حاملًا وتوزيع الثمن ؛ لأن الحمل لا تُعرف قيمتُه » . انظر : روضة الطالبين : (١٠٢/٤) ، مغني المحتاج : (١٣٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٩٠/٤) .

(٢) في (أ) : « وإن » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « يعرف » ، والمثبت من (أ) .

(٤) وهذا الوجه هو الذي رجّحه النووي في الروضة ، وهو الحكم بأنه مرهون . انظر : روضة الطالبين : (١٠٠/٤) .

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « وإن » .

(٧) الأصح : أنه لا يكون فسخًا في حقه ، كما في الروضة : (١٠٢/٤) ، مغني المحتاج : (١٣٩/٢) .

(٨) في (أ) : « وجه » بدون الواو .

الطرف الرابع : في غاية الرهن وما به انفكاكُه

وهو بفسخ الرهن ، أو فوات [١] المرهون بغير بدل ، أو قضاءِ الدين .

أما الفسخ :

فلا يخفى ، وكذا فواتُ عين المرهون بأفةٍ سماوية ، ويلتحق به ما إذا فات الملكُ فيه بغيرِ بدلٍ ، وذلك إنما يكون بجناية العبد ؛ فإنه يتعلَّقُ الأرْشُ برقبته .

فإن فداه السيدُ : استمر الرهن ، وإن بِيعَ في الجناية : فقد فات الملكُ ، وفات وثيقةُ الرهنِ ، ولا ضمانَ على الراهن ؛ لأنه لم يكن من جهته ، وإنما لم يَمْنَعُ الرهنُ حقَّ الجناية ؛ لأنه لا يزيد على حقِّ المالك . وقُدِّمَ حقُّ المجنيِّ عليه على حقِّ المالك ؛ مصلحةً في حَسْمِ الجنايات .

فأما إذا كانت الجنايةُ [٢] متعلقةً بالسيد ، فلها ثلاثة أحوال :

إحداها : أن يجني على طَرَفِه ، أو على عبده بما يوجب القصاصَ ، فله قَتْلُه ؛ لأن مرتبتَه [٣] لا تتقاعد عن رتبة الأجنبي . وإن عفا عن القصاص على مالٍ : فلا مطمعَ في فك الرهن [في قدر الجناية] [٤] ؛ لأن السيدَ لا يثبت له دينٌ في ذمة عبده ، حتى ينبنيَ عليه التعلُّقُ بالرقبة ، ثم البيعُ فيه ، ثم فكُّ الرهن به .

وفيه وجه عن ابن سريج : أن له فكَّ الرهن في قَدْرِ الجناية ، ويَظْهَرُ أثرُ الجناية في حق المرتهن ، وإن لم يظهر في حقِّ العبد .

الثانية : إذا جنى على ابن الراهن فمات الابنُ ، وانتقل [الحقُّ] [٥] إلى الراهن : فله القصاص ، وإن عاد إلى مالٍ ، فهل يستحق فَكَّ الرهن به ؟ ينبني على أن الملكَ الطارئ هل يقطع دوامَ الدَّيْن الذي استحق قبل الملك ؟ وفيه خلاف .

وهذا في حكم دوام دينٍ ؛ لأنه استحق من قبل ، والإرثُ دوامٌ ، فإن قَتَل ابْنَ الراهن ، وقلنا : إن الديةَ تَثْبُتُ للقتيل أولًا ثم للوارث ، فحكمُه ما سبق .

---

(١) في (أ) : « بفوات » .
(٢) في (أ) : « الجنايات » .
(٣) في (أ) : « رتبته » .
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .
(٥) زيادة من (أ) .

وإن قلنا : إنه [١] للوراث ابتداءً ، فهو كما لو جَنَى على الراهن ابتداءً .

ولو قتل الراهنَ ، فليس للابن فكُّ الرهن [به] [٢] قطعًا ؛ لأنه ليس يفيد في حقِّ المورِّث [٣] والوارث ، فإن المورِّثَ ها هنا هو المالكُ .

الثالثة : إذا جنى على عَبْدٍ آخرَ له مرهونٍ : إن كان من شخصٍ آخر ، فللراهن القصاصُ ، ولا مبالاةَ بفوات حق المرتهن . فإن عفا على مالٍ تعلَّقَ حقُّ مرتهنِ القتيل بالعبد . وإن عفا مطلقًا ، أو من غير مال ، فهو كعَفْوِ المفلسِ المحجور [عليه ؛ لأن الراهنَ محجورٌ عليه كالمفلس ، وعفوُ السيد عن المال يُنَزِّل جنايةَ العمد منزلةَ الخطأ] [٤] .

وإن كان موجبُه المالَ ؛ فيباع الجاني [٥] في حقِّ مرتهنِ القتيل ، فإن كان حقُّه يتأدَّى ببعض العبد القاتلِ ؛ لكونه دون قيمته : بِيع ذلك القدْرُ في حقه ، وبقي الباقي رهنًا عند مرتهنِ القاتل .

وإن لم يَرْضَ مرتهنُ القاتل بعَيْبِ التشقيص : يباع الكلُّ ، ويُوضَعُ الفاضلُ عن أرش الجناية رهنًا عنده .

ولو تساوت القيمتان ، وتراضى المالكُ ومرتهنُ القتيل بأن يُجْعَلَ العبدُ رهنًا بدلَ القتيل : جاز . وإن أبَى المرتهنُ - [أعني مرتهنَ القتيل] [٦] - فهل يُجْبَرُ عليه ؟ فيه وجهان [٧] .

---

(١) في (أ) : « إنها » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) : « الموروث » .
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .
(٥) كلمة : « الجاني » : ليست في (أ) .
(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .
(٧) قال في الروضة : « ثم متى وجب المال نُظر : إن كان الواجبُ أكثرَ من قيمة القاتل أو مثلها ، فوجهان : أحدهما : ينقل القاتل إلى يد مرتهن القتيل ، ولا يباع ؛ لأنه لا فائدةَ فيه . وأصحهما : يباع ويجعل الثمن رهنًا في يده ؛ لأن حقه في مالية العبد لا في عينه ؛ لأنه قد يرغب راغب بزيادة ، وإن كان أقل من قيمة القاتل فعلى الوجه الأول : ينتقل من القاتل بقدر الواجب إلى مرتهن القتيل . وعلى الثاني : يباع منه بقدر الواجب ، ويبقى الباقي رهنًا ، فإن تعذَّر بيعُ البعض ، أو نقص بالتبعيض، بِيعَ الجميعُ ، وجُعِل الزائدُ على الواجب عند مرتهن القاتل . وإنما يجيء الوجهان إذا طلب الراهنُ النقلَ ، ومرتهنُ القتيل البيعَ ، فأيهما يجاب ؟ فيه الوجهان » . انظر : روضة الطالبين : (١٠٦/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٠/٢) .

أما إذا كان القتيلُ مرهونًا عنده أيضًا ، فإن كان بذلك الدينِ بعينه : **فهو فواتٌ محضٌ في حقه** . وإن كان بدينٍ آخرَ يخالفه في [(١] القدر أو الجنس [١)] أو مقدار الأجل ، فله أن يَفُكَّ الأولَ ؛ ليُباعَ ويُجْعَلَ رهنًا بالثاني .

وإن استوى الدَّيْنانِ من كل وجه ، قَدْرًا وجنسًا وأجَلًا ، فقال : بِيعُوه ؛ لينتقل حقِّي إلى ثمنه ، فإني لا آمَنُ جنايتَه . فهل يكون هذا من الأغراض المعتبرة ؟ فيه وجهان .

السبب الآخر في فَكِّ الرهن : قضاء الدين

وهو قسمان :

الأول : أن يُقضى من غير المرهون ، فإن قُضِيَ جميعُ الدين : انفكَّ الرهنُ ، وإن بقي من الدين درهمٌ : بقي جميعُ المرهون رهنًا ؛ فلا ينفك [(٢] ببعض الدين بعضُ المرهون ، بل الدينُ ينبسط [٢)] على أجزاء المرهون .

ولذلك نقول : لو مات أحدُ العبدين بقي الثاني رهنًا بالجميع ، وكذلك لو رهن عبدَيْن بألفٍ وسَلَّم أحَدهما : كان رهنًا عندنا [(٣)] بجميع الألف ، خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله .

فأما إذا تعدَّد العقدُ : لم يكن أحدهما متعلقًا بالآخر ، وذلك [(٤)] بتعدده في نفسه ، كما إذا رهن نصفي عبدٍ في [(٥)] صفقتَين بألفين ، ثم قضي أحدَهما : انفك أحدُ النصفين .

ولذلك [(٦)] لو تعدَّد مُسْتَحِقُّ الدين ، كما إذا رهن من رجلين وقضى دينَ أحدِهما ، أو تعدَّد المُسْتَحقُّ عليه فارتهن من رجلين : فلا يَقِفُ حكمُ أحدهما على الآخر .

---

(١) في (أ) : « الجنس أو القدر » .

(٢) في (أ) : « من الرهن شيءٌ نقضًا بعض الدين ، فإن الدين منبسط » .

(٣) كلمة : « عندنا » : ليست في (ب) . (٤) قوله : « وذلك » : ليس في (أ) .

(٥) قوله : « في » : ليس في (أ) . (٦) في (أ) : « وكذلك » .

(١ ولا نَظَرَ ١) إلى اتحاد الوكيل وتعدُّدِه في باب الرهن ؛ لأنه ليس عقدَ عُهْدةٍ ، بخلاف صفقة البيع ، فإنها قد تتعدَّد بتعدد الوكيل .

وهل تتعدد بتعدد المالك ؟ فيه وجهان (٢) .

وصورتُه : أن يَسْتعير عبدًا من رجلين ويَرْهَنُه بألفين عليه ، (٣ ويرهن من شخصٍ واحد ، ثم سَلَّم ٣) ألفًا ، وقَصَد به فكَّ نصيبِ أحدهما : فمنهم من قال : لا يَنْفَكُّ ؛ نظرًا إلى اتحاد الدين والعقد ، ومنهم من نظر إلى تعدد المالك (٤) .

ولو استعار عبدَيْن من رجلين ، ففي التعدد وجهان مرتبان ، وأولى لانضمام تميز المرهون إلى تميز المالك .

ولو مات الراهنُ وخَلَّف ابنين ، ذكر صاحبُ التقريب قولين ، والصحيح (٥) : أن له حكمَ الاتحاد ، نظرًا إلى حال الرهن (٦) .

نعم ، لو مات [الراهنُ] (٧) (٨ قُبِلَ الرهنُ ٨) وتعلَّق الدينُ بالتركة بإقرار الابنين ،

---

(١) في (ب) : « فلا نظر » .

(٢) قال في الروضة : « إذا وكّل رجلان رجلًا برهن عبدِهما عند زيدٍ بدَيْنه عليهما ثم قضى أحدُ الموكلَيْن دينَه ، فقيل : قولان . والمذهب : القطع بانفكاك نصيبه ، ولا نظر إلى اتحاد الوكيل وتعدده . قال الإمام : لأن مدارَ الباب على اتحاد الدين وتعدده ، ومتى تعدَّد المستحق أو المستحق عليه تعدد الدينُ ويخالف هذا البيع والشراء ، حيث ذكرنا خلافًا في أن الاعتبار في تعدد الصفقة واتحادها بالمتبايعين ، أم بالوكيل ؟ لأن الرهنَ ليس عقدَ ضمانٍ حتى يُنظر فيه إلى المباشر » . انظر : روضة الطالبين : (١٠٩/٤) .

(٣) في (أ) : « لشخص واحد ثم تسلم » .

(٤) والأظهر : الانفكاك ، كما في الروضة : (١٠٩/٤) .

(٥) ذكر في الروضة : أن الأظهر : أنه لا ينفك . انظر : روضة الطالبين : (١١٠/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٢/٢) .

(٦) في (أ) : « الراهن » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

فقضى أحدُهما نصيبَه : ففي انفكاك نصيبِه قولان ظاهران [١] ، من حيث إن التعدُّدَ مقترنٌ / بالابتداء ، وهو بناء على أن أحدَهما لو أقرَّ ، هل يُطالَبُ بتمام الدين ؟ ٨٥/ب

فرع : حيث يتميز الحكمُ بتعدُّد المالك ، فإذا قضى أحد الشريكين نصيبَه واستقسم المرتهن [٢] فكان [٣] الشيءُ مكيلًا أو موزونًا :

قال الشافعي – رضي الله عنه – [٤] : له ذلك ، وهو تفريعٌ على أن القسمةَ إفرازُ حقٍّ لا بيعٌ ، حتى يتصور في المرهون ، ثم يُراجِعُ القاضي الراهنَ فيه ، فإن أبَى أجْبَرَه [٥] عليه .

وفي مراجعة المرتهن وجهان ، من حيث إنه لا مِلْكَ له ، ولكنْ له حقٌّ ، فإن كانت القسمةُ قسمةَ تعديلٍ ، كما لو رَهَنَ رجلان عبدَيْن مشتركين ، ثم قضى أحدُهما نصيبَه وهما [٦] متساويا القيمة [٦] : ففي الإجبار عليها قولان .

فإن قلنا : يُجْبَرُ ، فالرجوع إلى المرتهن هاهنا أولى ؛ لأنه أقربُ إلى حقيقة البيع من قسمة الجزية [٧] .

---

(١) قال في الروضة : « ولو مات من عليه دينٌ ، وتعلَّق الدينُ بتركته ، فقضى بعضُ الورثة نصيبَه ، قال الإمام : لا يبعد أن يخرج انفكاكُ نصيبه من التركة على قولين ؛ بناءً على أن أحد الورثة لو أقر بالدين وأنكر الباقون ، هل على المقر أداءُ جميعِ الدين من نصيبه من التركة ؟ وعلى هذا البناء ، فالأصح : الانفكاك ؛ لأن الجديدَ : أنه لا يلزم أداءُ جميع الدين مما في يده من التركة » . انظر : روضة الطالبين : (١١٠/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٢/٢) .

(٢) في (أ) : « الراهن » ، وفي نسخة أخرى : « الراهن » ، كذا على هامش الأصل .

(٣) في (أ) : « وكان » .

(٤) انظر : مختصر المزني : (٢١٧/٢) ، الحاوي الكبير : (٢٢٠/٦) ، المجموع : (٣٢٣/١٢) .

(٥) في (أ) : « أُجْبِر » .

(٦) في (أ) : « متساويان بالقيمة » ، وفي (ب) : « متساويان في القيمة » .

(٧) في (أ) : « الحرونة » ، وفي (ب) : « التجرية » .

القسم الثاني : [في] (١) **قضاء الدين من ثمن المرهون** ، [وذلك] (٢) ببيعه عند حلول الدين ، فلا يَستقِلُّ المرتهنُ به ، بل يرفعه إلى القاضي ، ثم القاضي لا يبيع بل يُكَلِّفُ الراهنَ قضاءَ الدين ، أو الإذنَ في البيع ، فإن أذِنَ وقال للمرتهن : بِعْه لي واسْتَوْفِ الثمنَ لي ، ثم اقْبِضْه لنفسك : صحَّ بيعه واستيفاؤه له .

وفي قَبْضِه لنفسه خلافٌ (٣) ، منشؤه : اتحادُ (٤ القابض والمُقْبِض ٤) ، فإن (٥) قال : بِعْه لي واستوفِ لنفسك : صحَّ البيع ، وبطل استيفاؤه لنفسه ؛ لأنه لم يتعين بعد مِلْكِ الراهن ، إذ لم يستوفِ له أولًا ، ولكن يَدْخُل في ضمانه ؛ لأنه استيفاءٌ فاسدٌ ، فله في الضمان حكمُ الصحيح .

ولو قال : بعه لنفسك : بطل الإذنُ ؛ إذ لا يُتصوَّرُ أن يبيع مالَ الغير لنفسه ، فلْيَقُلْ : بِعْه لي ، فإن قال : بع (٦) مطلقًا ففيه خلاف (٧) .

واختلفوا في تعليل المنع ، منهم من علَّل بأنه مستحقٌ للبيع ، فينصرف مطلقُ اللفظ إلى جانبه ، فهو كقوله : بعْ لنفسك .

ومنهم من علَّل بأنه متهمٌ في تَرْكِ المُمَاكسةِ ؛ لأنه في غرض نفسه يتحرَّكُ (٨) ، فعلى هذه العلةِ لو قدَّر (٩) الثمنَ ، أو كان قبل حلول الأجَلِ ، أو كان الراهنُ حاضرًا :

---

(١) زيادة من (ب) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) والأصح : بطلان قبضه لنفسه ، كما في الروضة : (٨٩/٤) .

(٤) في (أ) : « المقبض والقابض » . (٥) في (أ) : « وإن » .

(٦) في (ب) : « بعه » .

(٧) والأصح : صحة البيع ، كما في الروضة : (٨٩/٤) .

(٨) في (أ) : « متحرك » .

(٩) في (أ) : « عيَّن » .

قالوا بصحة [1] بيعه .

فرع : لو حضر الراهنُ مجلسَ القاضي وكلَّف المرتهنَ إحضارَ الرهن حتى يَقْضِيَ دينه : لم يلزمه معاملة [2] ، بل عليه قضاءُ الدين . فإذا قضى فليس عليه (3) أيضًا إحضارُه (3) ؛ فإنه أمانةٌ (4) في يده ، فليس عليه إلا التمكينُ من الأخذ (4) .

* * *

(١) في (أ) : « يصح » .

(٢) كلمة : « معاملة » : ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « إحضاره أيضًا » .

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ) .

الباب الرابع : في النزاع بين المتعاقدين

وهو في أربعة أمور : العقد ، والقبض ، والجناية ، وما يُوجِبُ فَكَّ الرهن [به] (١) .

النزاع الأول في العقد

ومهما اختلفا فيه فالقولُ قولُ الراهن ؛ لأن الأصلَ عدمُ الرهن .

فروع ثلاثة :

الأول (٢) : إذا تنازعا في قَدْرِ المرهون : فالقولُ قولُ الراهن (٣) ؛ لأن الأصلَ عدمُ الرهن ، فلو صادفنا في يد المرتهن أرْضًا وفيها نخيلٌ ، وادَّعى كونَ النخيل رهنًا ، فأنكر الراهنُ وجودَه لدى العقد : كفاه ذلك إن أمكن صدْقُه ويحلف عليه .

وإن (٤) كذَّبه الحِسُّ : فله أن يَحْلِفَ على نفي الرهن ، لا على نفي الوجود ، فلو (٥) استمر على إنكارِ الوجود على خلاف الحسِّ : جُعِلَ ناكلًا عن (٦) اليمين وردت اليمين على المرتهن ، فإن تَرَكَ ذلك ورجع إلى إنكار الرهن لم يُمْنَعْ منه ، وإن كذَّب نفسَه فيما سبق من إنكار الوجود .

الثاني : إذا ادَّعى رجلٌ على رجلين رَهْنَ عبدٍ [واحد] (٧) لهما عنده ، فكذَّبه أحدُهما وصدَّقه الآخرُ : فللمصدِّق أن يَشْهَدَ على المكذِّب ؛ لأن الشريكَ يَشْهَدُ على الشريك .

ولو ادَّعى رجلان على رجل رَهْنَ عبدٍ واحدٍ منهما ، فكذَّب أحدُهما فشهد

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « أحدها » .
(٣) في (أ) : « المرتهن » .
(٤) في (أ) : « فإن » .
(٥) في (أ) : « فإن » .
(٦) في (ب) : « على » .
(٧) زيادة من (أ) .

المصدِّقُ للمكذِّب ، ففي قبوله وجهان (١) ينبيان على أنه لو لم يشهد (٢) [له] (٣) هل كان المكذِّبُ يشاركه في نصفه ؛ مؤاخذةً له بتصديق ؟

وكذا الخلاف فيما لو ادَّعيا هبةَ عبدٍ ، فصدَّق أحدُهما ، فهل يأخذ المكذِّبُ مما سُلِّمَ له النصفُ ؟

ولا خلافَ في أنهما لو ادَّعيا وراثةَ عبدٍ ، فصدَّق أحدُهما يشاركه (٤) المكذِّبُ فيه .

الثالث : لو ادَّعى رجلان (٥ على رجلٍ واحدٍ ٥) أنه رَهَنَ عبده منه على الكمال ، فصدَّق أحدُهما : سُلِّم إليه ، وهل يَحْلِفُ للثاني (٦) ؟

ينبني على أنه لو أقرَّ للثاني ، هل كان يَغْرَمُ له ؟ [و] (٧) فيه قولًا ضمانِ الحيلولة .

فإن قال : رَهَنْتُ من أحد كما (٨) ونَسِيتُ (٩) ، فيحلف على نَفْيِ العلم ، فإن نَكَلَ رُدَّ (١٠) [اليمينُ] (١١) عليهما ، فإن تحالفا ، أو تناكلا : فسخ القاضي الرهنَ ؛ لتعذر الإمضاء .

وإن حلف الراهنُ على نفي العلم ، فالصحيح : أنهما يتحالفان كما لو نكل ، وفيه

---

(١) قال في الروضة : « وهل تُقْبَل شهادةُ المصدِّق للمكذِّب ؟ قال ابن كج : نعم ، وقال الآخرون : لا . وحكى الإمام والغزالي وجهين ؛ بناءً على أن الشريكين إذا ادّعيا حقًّا أو ملكًا بابتياع أو غيره فصدق أحدُهما ، هل يَستبد بالنصف ، أم يشاركه الآخرُ فيه ؟ فيه وجهان : إن قلنا : يستبد ، قبلت ، وإلا فلا ؛ لأنه متهم . وقال البغوي : إن لم ينكر إلا الرهن قُبل ، وإن أنكر الرهن والدين ، فحينئذٍ يفرّق بين دعواهما الإرثَ وغيره » . انظر : روضة الطالبين : (١١٤/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٩٩/٤) .

(٢) قوله : « يشهد » : ليس في (أ) . (٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) : « شاركه » . (٥) في (أ) : « كل واحد » .

(٦) أظهر القولين : عدم التحليف للمكذب . انظر : روضة الطالبين : (١١٥/٤) .

(٧) الواو زيادة من (أ) . (٨) في (أ) : « أحدهما » .

(٩) في (أ) : « نسيته » . (١٠) في (أ) : « رُدَّت » .

(١١) زيادة من (أ) .

وجه : أنه انتهت الخصومةُ .

أما إذا كان في يد أحدهما ، وأقرَّ [1] الراهنُ للثاني (٢ بعد وقوع الاتفاق على جريان رهنٍ وقبضٍ مع كل واحد ، لكنْ وَقَع النزاعُ في السبق ٢) ، فقولان :

اختيار المزني [3] : ترجيحُ اليد على الإقرار ، وهو ضعيف .

والأصح [4] : النظرُ إلى مُوجِبِ الإقرار .

ثم فرع المزني وقال : لو قال صاحبُ اليد : كان في يد المقر له قبل هذا ولكن غَصْبًا ، (٥ فيقال له : اعترفت ٥) باليد ، وادَّعيت الغصبَ : فهو في يده إذاً لا في يدك .

* * *

---

(١) في (أ) : « فأقر » .

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٣) انظر : مختصر المزني : (٢/٢١٧) ، الحاوي الكبير : (٦/٢٢٤) ، روضة الطالبين : (٤/١١٥) .

(٤) ذكر في الروضة أنه الأظهر ؛ لكونهما قولين . انظر : روضة الطالبين : (٤/١١٥) .

(٥) في (أ) : « فيقال : اعترفت له » .

النزاع الثاني : في القبض

والقولُ (١ فيه أيضًا ١) قولُ الراهن [أيضًا] (٢) إذ الأصلُ عدمُه إذا كان في يد الراهن ، فإن كان عند النزاع في يد المرتهن فكذلك (٣) القولُ قولُه (٤) إن قال : غَصَبْتَنيه ، وفيه وجه بعيد .

وإن قال : أعَرْتُكَه (٥) ، أو أكْرَيْتُكَه ، أو أوْدَعْتُكه ، فوجهان (٦) .

ووجه الفرق : أنه أقرَّ بقبضٍ مأذونٍ فيه ، ويُجْرِيَان الرهنَ ، وهو يدَّعي صَرْفَه عن جهة الرهن ، فالظاهر (٧) : خلافه .

وكذا الخلاف (٨ إذا قال / المشتري ٨) للبائع : أَعَرْتُكَ المبيعَ بعد قبض (٩) (١٠ المبيع عن جهة البيع ١٠) ، وقال البائع : بل هو محبوسٌ بأصل الثمن ، (١١ وحقُّ الحبسِ لا يبطل بالإعارة ١١) . ٨٦/أ

ولو اتَّفقا على أن الراهنَ أذِنَ في القبض ، وقال الراهن : لم نقبض بعد ، فإن كان في يده : فالقول قوله ، وإن كان في يد المرتهن : فهو المصدّق به (١٢) .

فرع : لو قامت بينةٌ على الراهن بالإقباض بعد إنكاره ، فقال : كَذَب الشهودُ ، لم

---

(١) في (ب) : « أيضًا فيه » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « فلذلك » ، والمثبت من (أ) .

(٤) أي : الراهن .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « أجّر تكه » ، والمثبت من (أ) .

(٦) الأصح – وهو المنصوص – من هذين الوجهين : أن القول قول الراهن . انظر : روضة الطالبين : (٤/ ١١٧) ، مغني المحتاج : (١٤٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٩٩/٤ ، ٣٠٠) .

(٧) في (أ) : « والظاهر » . (٨) قوله : « إذا قال المشتري » : مكرر في (أ) .

(٩) في (أ) : « قبضه » . (١٠) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(١١) ما بين القوسين ليس في (أ) . (١٢) قوله : « به » : ليس في (أ) .

يلتفت إليه . فلو شَهِدُوا على إقراره ، فقال : صَدَقُوا ، لكنِّي كَذَبْتُ في الإقرار ، فيه [1] ثلاثة أوجه [2] :

أحدها : أنه لا يقبل ؛ كما لو أقرَّ في مجلس القضاء ، ثم رجع .

والثاني : يقبل ؛ لأنه ممكنٌ ، [3] فليتمكن من [3] تحليفِ الخَصْم على نفي العلم بذلك .

والثالث - وهو الأعدل - : أنه إن قال : غَلَطْتُ لوصول كتابِ وكيلٍ لي ، أو أشهدت على الرسم في القبالة قبل التحقيق : فيسمع حتى يحلف الخصم . وإن قال : كذبت عمدًا ، فلا [يسمع] [4] .

* * *

---

(١) في (أ) : « ففيه » .

(٢) قال في الروضة : « ولو قامت البينةُ على إقراره بالإقباض في موضع الإمكان ، فقال : لم يكن إقراري عن حقيقة ، فحلِّفوه أنه قبض ، نُظِر ، إن ذكر لإقراره تأويلًا ، بأن قال : كنت أقبضته بالقول ، وظننت أنه يكفي قبضًا ، أو وقع إليّ كتاب على لسان وكيلي بأنه أقبض وكان مزوّرًا ، أو قال : أشهدت على رسم القبالة قبل حقيقة القبض ، فله تحليفه . وإن لم يذكر تأويلًا فوجهان : أصحهما عند العراقيين : يحلفه ، وبه قال ابن خيران وغيره ، وهو ظاهر النص . وأصحهما عند المراوزة : لا ، وبه قال أبو إسحاق .

قلت : طريقة العراقيين أفقه وأصح . والله أعلم .

وقد حكى في « الوسيط » وجهًا : أنه لا يحلفه مطلقًا وإن ذكر تأويلًا ، وهذا الوجه غريب ضعيف مخالف لما قطع به الأصحاب » . انظر : روضة الطالبين : (١١٧/٤ ، ١١٨) ، مغني المحتاج : (١٤٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٠٠/٤) .

(٣) في (أ) : « فليمكن من » .

(٤) زيادة من (أ) .

النزاع الثالث : في الجناية

إن جنى على المرهون ، واعترف الجاني ، وصدَّقه الراهنُ دون المرتهن : غَرِمَه [١] للراهن ، ولم يتعلق بالأَرْش حقُّ المرتهن ، وإن صدَّقه المرتهنُ دون الراهن : غرم للمرتهن .

فإن قضى الراهنُ دَيْنَه من موضع آخر : انفك الرهنُ ، وبقي هذا مالاً [٢] لا يدَّعيه أحدٌ لنفسه ، فهو لبيت المال ، أو يُرَدُّ على الجاني ؟ فيه خلاف [٣] .

أما إذا جنى المرهونُ ، واعترف به المرتهنُ : فالقول قولُ الراهن .

وإذا [٤] بِيعَ العبدُ في دين المرتهن : لم يكن للمجنيِّ عليه إخراجُ الثمن من يد المرتهن ؛ مؤاخذةً له بقوله ؛ لأن حقَّ المجنيِّ عليه لا يتعلَّق بالثمن إن صحَّ البيع ، وإن بطل فكمثل ؛ لأن الثمنَ للمشتري لا للمرتهن والراهن .

أما إذا اعترف [به] [٥] الراهنُ دون المرتهن ، أو قال الراهنُ ابتداءً : رَهَنْتُه [٦] بعد الجناية المستغرقة ، أو كان مغصوبًا أو مُعْتَقًا ، ففي قبول إقراره ثلاثةُ أقوال [٧] كما في العتق [٨] ، إذا تعارض قيامُ الملك وانتفاءُ التهمة مع تعلق حقِّ المرتهن ، ويجري هذا الخلاف في العبد المستأجر .

---

(١) في (أ) : « غرم » . (٢) في (أ) : « مال » .

(٣) الأصح : أنه يُرد الأرش إلى الجاني ، كما في الروضة : (١١٩/٤) .

(٤) في (أ) : « فإذا » . (٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « رهنه » . (٧) في (أ) : « أقاويل » .

(٨) قال في الروضة : « الحال الثاني : تنازعا في جنايته قبل لزوم الرهن ، فأقر الراهن بأنه كان أتلف مالًا ، أو جنى جناية توجب المال ، فإن لم يعين المجني عليه ، أو عينه فلم يصدقه ، أو لم يدّع ذلك ، فالرهن مستمرٌ بحاله . وإن عينه وادّعاه المجني عليه نُظِر ، إن صدقه المرتهن بِيَع في الجناية ، والمرتهن بالخيار إن كان الرهن مشروطًا في بيع ، وإن كذبه فقولان ؛ أظهرهما : لا يقبل قول الراهن ؛ صيانةً لحق المرتهن . والثاني : يقبل ؛ لأنه مالك . ويجرى القولان فيما لو قال : كنت غصبته ، أو اشتريته شراءً فاسدًا ، أو بعته ، أو وهبته وأقبضته وأعتقته . ولا حاجة في صورة العتق إلى تصديق العبد ودعواه ، بخلاف المقر له في باقي الصور . وفي الإقرار بالعتق قول ثالث : أنه إن كان موسرًا نفذ ، وإلا فلا ، كالإعتاق . ونقل الإمام هذا القول في جميع هذه الصور » . انظر : روضة الطالبين : (١١٩/٤) .

والصحيح : أنه لا يجري [1] [2 في المبيع إذا قال : كنت أعتقته قبل البيع ؛ إذ لا مِلْكَ في الحال .

والصحيح : أنه لا يجري فيه 2] إذا لم تكن الجنايةُ مستغرقةً ؛ لأن التهمةَ قائمةٌ .

التفريع :

إن قُلنا : لا يُقبل إقراره فيحلف [3] المرتهنُ [4 على نفي العلم 4] ، فإن حلف فهل يَغْرَمُ الراهنُ للمجني [5] عليه ؟ ينبني على قولَيِ الغُرْمِ بالحيلولة [6] .

وإن نكل فَتُرَدُّ اليمينُ على المجني عليه ، أو الراهن ؟ فيه [7] قولان [8] :

إن [9] قلنا : على المجني عليه ، فإن حلف : استحق [عليه] [10] ، ولم يغرم الراهنُ للمرتهن ؛ لأنه أبطل حقَّ نفسِه بنكوله ، [11 وإن نكل فات المرتهنَ به ، ولم يغرم الراهنُ للمجني عليه شيئًا ؛ لأنه أبطل حقَّ نفسه بنكوله 11] .

وإن قُلنا : تُرَدُّ على الراهن : فإن حلف سلّم للمجني عليه ، وإن نكل فهل للمجني عليه أن يحلف [له] [12] ويقول : ليس لك أن تُبْطِلَ حقي بنكولك ؟ فيه

---

(1) في (أ) : « تجري » .

(2) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(3) في (أ) : « فهل يحلف » .

(4) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(5) في (أ) : « المجني » .

(6) قال في الروضة : « فهل يغرم الراهن للمجني عليه ؟ قولان : قال الأئمة : أظهرهما : يغرم » . انظر : روضة الطالبين : (119/4) ، مغني المحتاج : (143/2) ، نهاية المحتاج : (302/4) .

(7) قوله : « فيه » : ليس في (أ) .

(8) أظهر هذين القولين : أن اليمين تُرَدُّ على المجني عليه ، كما في الروضة : (120/4) ، مغني المحتاج : (144/2) ، نهاية المحتاج : (302/4) .

(9) في (أ) : « فإن » .

(10) زيادة من (أ) .

(11) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(12) زيادة من (أ) .

قولان (١) .

ووجه (٢) المنع : أن يمينَ الردِّ قد انتهت نهايتُها بنكول المردودِ عليهِ [أعني الرهن](٣) .

وإن قُلنا : يُقبَلُ إقرارُه ، فهل للمرتهن تحليفُه ؟ وجهان (٤) :

ووجه (٥) المنع : أنه أقرَّ على ملكِ نفسه .

فإن قُلنا : لا يحلف ، فقد تبينا بطلانَ الرهنِ ؛ تصديقًا له ، فليس للمرتهن إلا الخيارُ في البيع الذي شرط فيه الرهنَ - إن كان قد شرط .

وكذلك إن قُلنا : إنه يحلف ، فحلف . وإن نكل المقرُّ : حلف المرتهنُ ، وفي نتيجة حلفه قولان : أحدهما (٦) : تقرير العبد في يده .

والثاني : أن يَغْرَمَ له الراهنُ .

فإن (٧) قلنا : بالغُرْم ، فهل يثبت له خيارُ الفسخ في البيع المشروط فيه ، ولم يُسلِّم عينَ العبد المشروط وإنما يُسلم (٨) قيمتَه ؟ فيه وجهان (٩) .

ووجه منع الخيار : أنه يُجعل بإقراره مُتْلِفًا بعد الإقباض وغارمًا ، وذلك لا يُوجب الخيار .

فإن قيل : فلو أقرَّ الراهنُ بالاستيلاد ؟

---

(١) ويقال : وجهان . أصحهما : لا يحلف له ؛ لأن اليمينَ لا تُرد مرة بعد أخرى . انظر روضة الطالبين : (١٢٠/٤) .

(٢) في (أ) : « وجه » بدون الواو .

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٤) أصح هذين الوجهين عند الشيخ أبي حامد ومن وافقه : أن الراهن يحلف لحق المرتهن ويحلف على البت . انظر روضة الطالبين : (١٢٠/٤ ، ١٢١) .

(٥) في (أ) : « وجه » بدون الواو .

(٦) وهذا القول الأظهر كما في الروضة : (١٢١/٤) .

(٧) في (أ) : « وإن » .

(٨) في (أ) : « سلم » .

(٩) أصح هذين الوجهين : أنه يثبت للمرتهن الخيار في فسخ البيع ، كما في الروضة : (١٢١/٤) .

قلنا : يَثْبُتُ حريةُ الوِلد والنسب ، وفي أمية الولد ما ذكرناه (١) في العتق ، (٢ وزِيدَ هاهنا أمْرٌ ٢) ، وهو أنها (٣) لو أتت [بولدٍ] (٤) لأقلَّ من ستةِ أشهر من وقت الرهن كان كدعوى (٥) العتق قبل الرهن ، وإن كان لأكثر فلا ؛ لأنه يُحْتمل تراخيه عن الرهن فلا يُقبل ، فهو كما (٦) لو اعترف باستيلادٍ متراخٍ (٧) ، فإن قلنا : لا يَنْفُذُ استيلادُه إذا صدق ، فلا كلام .

وإن قُلنا : ينفذ ، ففي إقراره وجهان (٨) ، مأخذه : إقرارُ المبذر بإتلاف أو طلاقٍ (٩) ؛ لأنه أقرَّ بما ينفذ لو أنشأه ، ولكنه ممنوعٌ من إنشائه شرعًا .

* * *

(١) في (أ) : « ذكرنا » .

(٢) في (أ) : « ونزيد هاهنا أمرًا » .

(٣) في (ب) : « أنه » .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (ب) : « لدعوى » .

(٦) في (أ) : « كما » ، وفي نسخة أخرى : « كما » ، وفي نسخة أخرى أيضًا : « أو » كذا على هامش الأصل .

(٧) في (أ) : « متأخر » ، وفي الأصل ونسخة (ب) : « متراخي » وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه .

(٨) قال في الروضة : « وإن كان لستة أشهر فأكثر إلى أربع سنين ، فقال الراهن : هذا الولد منِّي ، وكنت وطئتها قبل لزوم الرهن ، فإن صدقه المرتهن ، أو قامت بينة ، فهي أمُّ ولد له ، والرهن باطلٌ ، وللمرتهن فسخُ البيع المشروط فيه رهنها . وإن كذَّبه ولا بينة ، ففي قبول إقراره لثبوت الاستيلاد قولان ، كإقراره بالعتق ونظائره ، والتفريع كما سبق . وعلى كلِّ حال فالولد حر ثابتُ النسب عند الإمكان . ولو لم يصادف ولدًا في الحال ، وزعم الراهن أنها ولدت منه قبل الرهن ، ففيه التفصيل السابق والخلاف ، وحيث قلنا : يحلف المجني عليه ، تُحلَّف المستولدة ، فإنها في مرتبته ، وفي العتق يحلف العبد . قلت : ولو أقر بأنه استولدها بعد لزوم الرهن ، فإن لم ينفذ استيلاده لم يقبل إقراره ، وإلا ففيه الوجهان السابقان في إقراره بالعنف ، أصحهما : يقبل » . انظر : روضة الطالبين : (١٢٢/٤) .

(٩) تعليق في هامش (أ) يقول : « جنيد : قوله : أو طلاق غلط فإن طلاق المبذر في نفوذه » .

النزاع الرابع : فيما يَفُكُّ الرهنَ

وفيه أربعة فروع :

الأول : (١ إذا كان المرتهنُ أذِنَ ١) في بيع الرهن ، وباع الراهنُ ، ورجع المرتهنُ وادَّعى أنه رجع قبل بَيْعه ، وقال الراهن : (٢ بل رَجَعْتَ بعد البيع ٢) ، فالأظهر (٣) : أن القولَ قولُه ؛ فإن الأصلَ عدمُ الرجوع ، ويعارضه أن الأصلَ عدمُ البيع ؛ فيبقى أن الأصلَ استمرارُ الرهن .

وقيل : إن القولَ قولُ الراهن ؛ إذ المرتهنُ اعترف بالإذن والبيع ، ويدَّعي رجوعًا سابقًا [و] (٤) الأصلُ عدمه .

الثاني : لو (٥) سَلَّم (٦) إلى المرتهن ألفًا به رهنٌ ، وله على الراهن ألفٌ آخرُ لا رهنَ به ، فتنازعا ، وقال (٧) الراهن : سَلَّمْتُه عن جهة الرهن فانفكَّ ، فالقول قوله ؛ لأنه يختلف بنِيَّتِه وهو أعرفُ به (٨) ، والعبرةُ بنيته حتى لو ظن المرتهنُ أنه أوْدَعَه وهو قصَدَ قضاءَ الدين ، حصل الملكُ دون قصد التمليك (٩) .

ولو قال المؤدِّي : ما قصدت شيئًا ، فوجهان :

أحدهما : التوزيعُ على الدَّيْنَيْنْ .

والثاني (١٠) : أنه يُقال له : الآن ينبغي أن تنوي ما تريد .

---

(١) في (أ) : « إذا أذن المرتهن » . (٢) ما بين القوسين ليس في (ب) .

(٣) قال في الروضة : « فالقول قول المرتهن على الأصح عند الأكثرين » . انظر : روضة الطالبين : (٤/ ١٢٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٤٤) نهاية المحتاج : (٤/٣٠٢) .

(٤) زيادة من (أ) . (٥) قوله : « لو » : ليس في (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « يسلم » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « فقال » . (٨) أي : بالرهن ، وفي (أ) ، (ب) : « بها » أي : بنيته .

(٩) في (أ) : « التملك » .

(١٠) وهذا الوجه : هو الأصح كما في الروضة : (٤/١٢٣ ، ١٢٤) ، مغني المحتاج : (٢/١٤٤) ، نهاية المحتاج : (٤/٣٠٣ ، ٣٠٤) .

وكذا الخلاف في الوكيل عن جهة مستحقَيْن ، إذا قبض ثم / اختلفوا في الجهة . ٨٦/ب

الثالث : إذا باع العدلُ المرهونَ بالإذن وادَّعى تسليمَ الثمن إلى المرتهن ، فالقولُ قول المرتهن ؛ لأنه ليس أمِينَه إلا في حفظ المرهون ؛ فلا يلزمه [1] تصديقه في الثمن الذي هو بذلُ المرهون ، ولا يجوز صَرْفُه إلى المرتهن إلا بإذن الراهن .

ثم للمرتهن مطالبةُ مَنْ شاء من العدل والراهن ، فإن ضمن العدلُ : لم يرجع [2] على الراهن ؛ لأنه مظلومٌ بزَعْمِه [3] ، ولا يرجع إلا على مَنْ ظَلَمه .

الرابع : [إذا] [4] تنازعا في عيب المرهون أنه قديمٌ يُثْبِتُ خيارَ الفسخ في البيع المشروط فيه ، أم حادثٌ ؟

القولُ [5] قول الراهن ؛ إذ الأصلُ عدمُ العيب ، ولذلك كان القولُ قولَ البائع في مثل هذه الصورة .

ولو قال المرتهن : أقْبَضْتَني العصيرَ المرهونَ بعد انقلابه خمرًا [6] ، وقال الراهن : بل قَبْلَه ولا [7] فَسْخَ لك ، فقولان : أحدهما [8] : أن الأصلَ بقاءُ الحلاوة .

والثاني : [9] أن الأصلَ عدمُ القبض الصحيح [9] ، والراهنُ يدَّعيه ، وهذا يلتفت على أن المدعى هو الذي يحكي ، وسكوته وهو المرتهن هاهنا ، أو من يدَّعي خلافَ الظاهر ، وهو الراهنُ هاهنا ؟ وفيه قولان .

وهذا تنازعٌ [10] بالحقيقة يرجع إلى العقد والقبض ، فليُلْحَقْ [11] بالقسم الأول .

* * *

---

(١) في (أ) : « يلزم » . (٢) في (أ) : « نرجع » .

(٣) قوله : « بزعمه » : ليست في (ب) . (٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « فالقول » . (٦) كلمة : « خمرًا » : ليست في (أ) .

(٧) في (أ) : « فلا » . (٨) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (١٢٥/٤) .

(٩) في (أ) : « أن القبضَ الصحيحَ الأصلُ عدمُه » .

(١٠) في (أ) : « التنازع » . (١١) في (أ) : « فيلتحق » .

كتاب التَّفْليس

والتفليس : أن يُجْعَلَ مَنْ عليه الدينُ مُفلسًا ببيعِ مالِهِ ، ومهما التمس الغرماءُ الحجرَ عليه بديونهم الحالَّة الزائدةِ على قَدْرِ مالِه : فللقاضي الحجرُ [1] عليه وبيعُ ماله في حقهم [2] .

فإن قيل : فلو كانت الديونُ مؤجَّلة ؟

قلنا : لا ؛ لأنه لا مطالبةَ في الحالِ .

والصحيح : أن الديونَ المؤجَّلةَ لا تَحِلُّ بالحجر على المفلس ولا بالجنونِ ، وإن كانت تَحِلُّ بالموت .

فإن قيل : فإن لم تكن الديونُ زائدةً على المال ؟

قُلنا [3] : في المساوية للمال وجهان [4] ، وفي المقاربةِ للمساواة - وهي ناقصة - وجهان مرتبان [5] ، وإن لم تقارِبْ [6] فلا حجر [عليه] [7] بخلاف الميت ، فإن الورثةَ يُمْنَعُون من [8] التَّرِكة وإن لم يستغرِق الدينُ ؛ نظرًا للميت .

فإن قيل : فلو التمس بعض الغرماء ؟

قلنا : إن زاد دَيْنُه [9] على قدر المال : أُجِيبَ ، وإن ساوى أو قارَبَ فعلى الخلاف .

---

(١) في (ب) : « أن يحجر » .

(٢) في هامش (أ) توجد حاشية نصها هو : « مراد بقوله : فللقاضي الحجر عليه : أي فعليه ؛ لأنه متى اجتمعت هذه الشروطُ التي ذكرها وجب على القاضي ضربُ الحجر عليه » .

(٣) في (أ) : « قلنا : لنا » .

(٤) والوجه الأصح عند العراقيين : أنه لا حجر ، كما في الروضة : (١٢٩/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٣١٣/٤) .

(٥) وهنا أولى بالمنع من الحجر ، كما في الروضة : (١٢٩/٤ ، ١٣٠) .

(٦) في (أ) : « يقارب » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « عن » .

(٩) في (أ) : « دينهم » .

ولو [١] التمس المفلسُ [٢] بنفسه دون الغرماء ففي إجابته وجهان [٣] ، أشبههما بالحديث : أنه يُجاب ؛ إذ حَجَرَ رسولُ الله ﷺ على معاذٍ بالتماسه [٤] ، و أبو حنيفة [٥] لم يَرَ هذا الحجرَ .

ومُعْتَمدُنا : حَجْرُه – عليه السلام – (٦ على معاذٍ ٦) ، وقول عمر – رضي الله عنه – في خطبته : « ألا إن أُسَيْفِعَ [٧] أسيفعَ جُهَيْنَةَ ، رضي من دينه وأمانته بأن يقال : سَبَق الحاجَّ [٨] فادّان معرضًا فأصبح وقدرين به ، (٩ فمن كان عليه دَيْنٌ فَلْيَأْتِنا غدًا ٩) ، فإنّا [١٠] بايِعُو مالِه [غدًا] [١١] (١٢ وقاضُو دَيْنِه ١٢) ، [فمن كان له عليه دين

(١) في (أ) : « فلو » . (٢) في (أ) : « للمفلس » .

(٣) أصح الوجهين : أنه يجوز الحجر بالتماس المفلس دون الغرماء . انظر : روضة الطالبين :(١٢٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٣١٤/٤ ، ٣١٥) .

(٤) انظر حجر النبي على معاذ وبيع ماله وسداد دينه في : سنن ابن ماجه : (٧٨٩/٢) (١٣) كتاب الأحكام (٢٥) باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه (٢٣٥٧) ، والحاكم في المستدرك : (٢٧٣/٣) ، والدارقطني : (٢٣٠/٤ ، ٢٣١) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٤٨/٦) كتاب التفليس – باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه ، ومعرفة السنن والآثار : (٢٥٢/٨) حديث رقم : (١١٨٤٩ ، ١١٨٥١ ، ١١٨٥٢) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣٧/٣) حديث رقم : (١٢٣٣) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز الحجر على المفلس بالتماس الغرماء الحجرَ عليه من القاضي إذا كانت الديون حالَّةً زائدةً على قدر الدين ، وهو مذهب أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة .

وقال أبو حنيفة : لا أحجر على المفلس في الدين ، وإذا وجبت الديونُ على رجل وطلب غرماؤه حبسَه والحجر عليه ، لم أحجر عليه . انظر : روضة الطالبين : (١٢٧/٤ ، ١٢٨) ، مغني المحتاج : (٢/ ١٤٧) ، نهاية المحتاج : (٣١٤/٤) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (٢٠١/١) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣١٩/٣ ، ٣٢٠) ، الاختيار لتعليل المختار : (٩٨/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢٢/٢) .

(٦) ما بين القوسين : ليس في (ب) . (٧) في (أ) : « الأسيفع » .

(٨) كلمة « الحاج » : ليست في (ب) . (٩) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(١٠) في (أ) : « وإنا » . (١١) زيادة من (أ) .

(١٢) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

فليحضر](١) »(٢) .

ثم دينُ الغرماء ينقسم إلى ما يكون عن ثمنِ مبيعٍ والمبيعُ قائمٌ ، وإلى ما يكون عن غيره .

* * *

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ : (٢/٥٩٠) (٣٧) كتاب الوصية (٨) باب جامع القضاء وكراهيته (٨) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٤٩/٦) كتاب التفليس - باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه ، ومعرفة السنن والآثار : (٢٥٢/٨) حديث رقم : (١١٨٥٣) . وراجع التلخيص الحبير : (٣/٤٠ ، ٤١) حديث رقم : (١٢٣٩) .

القسم الأول من الكتاب

فيما إذا لم يكن من [1] ثمنِ مبيعٍ ، أو كان ولكنِ المبيعُ هالكٌ

فالنظر في ثلاثة أحكام : (٢ فيما امتنع من التصرفات بالحجر ، وفي بيع ماله ، وفي حبسه ٢) .

الحكم الأول : التصرُّفُ المحجورُ فيه

وهو كلُّ تصرُّفٍ ، مبتدأ ، يُصادف المال الموجود عند ضرب الحجر .

ففيه ثلاثة قيود :

الأول : ما يصادف المالَ : احتُرِز [3] به عن التصرف في البُضْعِ جلبًا بالنكاح ، وإزالةً بالخُلْع .

وفي الدم استيفاءً بالقصاص ، وإسقاطًا بالعفو ، وفي النسب إثباتًا بالاستلحاق ، وإسقاطًا باللعان . وفي المال الجديد [4] باجتلابٍ [5] باحتطاب ، أو احتشاش ، أو اتِّهاب ، أو قبولِ وصيةٍ أو شراءٍ على المذهب الأصح ، فكلُّ ذلك لا حجرَ فيه .

وكذلك لو أقرَّ بما يُوجِبُ عليه قصاصًا أو أرْشًا : قُبِل منه ، ويُؤاخذ منه [6] بالأرش بعد فَكِّ الحجرِ لا من هذا المال .

ولو أقرَّ في عينِ مالٍ بأنه مغصوبٌ أو وديعةٌ عنده [7] : ذكر الشافعي – رضي الله

---

(١) في (أ) : « عن » .

(٢) ما بين القوسين ليس في (ب) .

(٣) في (أ) : « احترزنا » .

(٤) في (أ) : « المجدد » .

(٥) في (أ) : « بالاحتلاب » .

(٦) قوله : « منه » : ليس في (أ) .

(٧) قوله : « عنده » : ليس في (ب) .

عنه - [١] في القديم قولين [٢] ، ووجه القبول : نفيُ التهمةِ وكونُه أهلاً للإقرار .

فقال المحققون : يجب طَرْدُ هذا في الإقرار بالدين ، حتى يُقْضَى من المال مع سائرِ الغرماء أيضًا لنفي التهمة ، وإلا فلا فرق .

أما ما يُصادِفُ عينَ المال ، كالعِتْق ، والبيع ، والهبة ، والرهن ، والكتابة : كلُّ ذلك فاسدٌ ولا يخرج [ذلك] [٣] على عتق الراهن ؛ لأن هذا الحجرَ لم يَنْشَأْ إلا للمَنْعِ من مثلِه مقصودًا ، فإن في تنفيذه تضييعَ الحقوق .

ثم لو فَضَلَ العبدُ المعتقُ أو المبيعُ ، أو أبرأ [٤] عن الدين : ففي تنفيذ العتق قولان [٥] ، وفي البيع قولان مرتبان ، وأولى بأن لا يَقْبَلَ الوقفَ .

ووجه التنفيذ : أن البيعَ صَدَرَ من أهله وصادف محلَّه ، وكنَّا نظنُّه دافعًا لحقٍّ لا سبيلَ إلى دفعه ، والآن تبيَّنَ أنه لم يحصل به دفعُ محذور .

وفائدةُ هذا القول : أنَّا ما دُمْنَا نَجِدُ سبيلًا إلى قضاء الدين من موضعٍ آخر : نفعل ، فإن [٦] لم نجد : صَرَفْنَا إليه المبيعَ ، ثم المكاتبَ ، ثم المعتقَ فنجعله آخرَها ، وهذا الترتيبُ مستحقٌّ على هذا القول .

---

(١) انظر : الأم : (١٨٧/٣) ، روضة الطالبين : (١٣٢/٤) ، المجموع : (٤١٧/١٢) .

(٢) الأظهر من القولين في الإقرار بأن المال مغصوب ، أو وديعة ، أو الإقرار بالدين . الأظهر منهما هو : القبول في حق الغرماء ، كما في الروضة : (١٣٢/٤) ، المجموع : (٤١٧/١٢) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) : « أبرى » .

(٥) قال في الروضة : « وإن كان غير ذلك ، فإما أن يكون موردُه عينَ مال ، وإما في الذمة ، فهما نوعان : الأول : كالبيع ، والهبة ، والرهن ، والإعتاق ، والكتابة ، وفيها قولان . أحدهما : أنها موقوفة ، إن فضل ما يصرف فيه عن الدين ؛ لارتفاع القيمة ، أو إبراءٍ نفذناه ، وإلا فتبين أنه كان لغوًا . وأظهرهما : لا يصح شيء منها ، لتعلق حق الغرماء بالأعيان ، كالرهن » . انظر : روضة الطالبين : (٤/ ١٣٠) ، مغني المحتاج : (١٤٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٣١٥/٤) .

(٦) في (أ) : « وإن » .

القيد الثاني : قولنا : المال الموجود عند الحجر :

احترزنا به عما تجدَّد [بإرث أو] (١) باحتطابٍ ، أو وصيةٍ ، أو اتِّهاب ، أو شراء إذا صححنا الشراءَ ، ففي تعدِّي الحجر إليه (٢) وجهان (٣) : فمن قائل : المقصود الحجر عليه (٤ في نفسه ٤) .

ومن قائل / يقول : المقصودُ الحجرُ في المال ، وهذا لم يكن موجودًا . ٨٧/أ

ثم إذا صححنا الشراءَ ، فهل للبائع التعلقُ بعين المبيع ، وقد أنشأ البيعَ في حال الحجر والإفلاس ؟ فيه ثلاثة أوجه :

يُفرَّق في الثالث بين أن يُعْلَمَ إفلاسُه أو لا يعلم ، والظاهر (٥) : أنه إذا كان جاهلًا ثبت الخيارُ .

فإن قلنا : لا يثبت الخيارُ ؛ لأن هذا الحجرَ لم يُضْرَبْ لأجله ، بل ضُرِبَ قبله ، ففي الثمن وجهان :

أحدهما (٦) : يصبر ولا يُضارب به ؛ فإنه دينٌ جديد ، والمالُ لا يُصْرَف إلى دينٍ جديد .

والثاني : أنه يُضارب ؛ لأنه أدخل في ملكه شيئًا جديدًا بدَيْنِه الجديد ، وسائرُ الديون الجديدة من مهر نكاحه ، وضمانه ، وغيره لا تُقضى من ماله ، إلا ما هو من مصلحةِ الحجر ، كأجرة الكيَّال والحمَّال ، فإنها تُقدَّم على سائر حقوق الغرماء .

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) . (٢) في (أ) : « إليها » .

(٣) أصح هذين الوجهين : تعدِّي الحجر ، كما في الروضة : (١٣٣/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٣١٩/٤) .

(٤) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٥) ذكر في الروضة : أنه الأصح وليس الظاهر لكونها أوْجُهًا لا أقوالاً . انظر : روضة الطالبين : (١٣٣/٤) ، مغني المحتاج : (١٥٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٣١٩/٤) .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (١٣٣/٤) ، مغني المحتاج : (١٥٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٣١٩/٤) .

القيد الثالث : قولنا [١] : مبتدأ : احترزنا به عن [٢] مسألتين :

إحداهما : أنه [٣] لو اشترى [به] [٤] شيئًا ووَجَد به عيبًا وكانت الغبطةُ في رَدِّه : فله ذلك ، وليس للغرماء مَنْعُه ؛ لأن سببَ استحقاقه قد سبق .

ولو تعذَّر الردُّ بعيبٍ حادث : استحق الأرْشَ ، ولا يَنْفُذُ إبراؤه كما لا ينفذ في سائر الديون ؛ لأنه إبطالُ حقٍّ [٥] الغرماء ، ولو أمكن ردُّه ولكنه مع العيب يساوي أضعافَ الثمن : فليس له الردُّ ؛ لأنه تفويتٌ من غير غرَض .

فلذلك [٦] ليس لوليِّ الطفل في مثل هذه الصورةِ الردُّ ، ثم لا يطالب بالأرش ؛ فإن الردَّ ممكنٌ في حقه ، وإنما وقع الامتناعُ مع الإمكان للمصلحة .

الثانية : إذا اشترى بشرطِ الخيار ثلاثةَ أيام فحُجِرَ عليه قبل مُضِيِّ المدة :

قال « الشافعي – رضي الله عنه – [٧] : له الفسخُ والإجازةُ دون الغرماء ؛ لأنه [٨]ليس بمستحدث [٨] .

فمن الأصحاب مَنْ وافق [هذا] [٩] الإطلاقَ ولم يشترط عليه رعايةَ الغبطة [١٠] .

ومنهم من قال : يُفَرَّع على أقوالِ الملك ، فحيث كان بالفسخ أو الإجازة مزيلَ

---

(١) كلمة : « قولنا » : ليست في (أ) . (٢) في (أ) : « من » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « لأنه » ، والمثبت من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) . (٥) في (أ) : « لحق » .

(٦) في (أ) : « وكذلك » .

(٧) انظر : الأم : (١٨٤/٣) ، مختصر المزني : (٢٢١/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٠٧/٦) .

(٨) في (أ) : « ليس لمستحدث » ، وفي (ب) : « تفليس مستحدث » .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) وهذا الطريق هو الأصح ، كما في الروضة : (١٣٤/٤) .

الملك [١] : فلا يجوز إلا بشرط الغِبطة ، كما في الردِّ بالعيب .

وحيث يكون جالبَ ملكٍ لا مزيلًا فلا حجرَ عليه ؛ إذ ليس عليه الاكتسابُ والتحصيلُ ، ومَنْ أطلق علَّل بأن الملكَ لم يَثْبُتْ [٢] بَعْدُ ، فهو في [٣] الابتداء [٤] ، بخلاف الردِّ بالعيب .

فرعان :

الأول [٥] : [أنه] [٦] لو كان له على غيره دينٌ ، فأنكر ، فرُدَّ اليمينُ عليه فنَكَل ، أو كان له شاهدٌ ولم يحلف : فليس للغريم أن يَحْلِفَ ؛ إذ لاحقَّ له على [غير] [٧] من عليه الدينُ ، ونصَّ الشافعي - رضي الله عنه - [٨] على القولين [٩] في نكول الوارث ، أن الغريمَ هل يحلف [١٠] ؟

فمنهم من خرَّج هاهنا قولًا ، ووجَّهه : أنه لا يَبْطُلُ حقُّ الغريم بالإبراء ، فكذا [١١] بالنكول .

---

(١) في (أ) : « ملك » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « ثبت » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٣) قوله : « في » : ليس في (أ) .

(٤) في (أ) : « كالابتداء » .

(٥) في (أ) : « أحدهما » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) انظر : الأم : (١٨٠/٣) .

(٩) في (أ) : « قولين » .

(١٠) قال في الروضة : « من مات وعليه دينٌ ، فادَّعى وارثُه دينًا له على رجل ، وأقام شاهدًا وحلف معه ، ثبت الحق وجُعِل في تركته . فإن لم يحلف لم تُرَدَّ اليمين على الغرماء على الجديد . ولو ادَّعى المحجورُ عليه بالفلس دينًا والتصوير كما ذكرنا لم يحلف الغرماء على المذهب . وقيل : فيه القولان . وحكى الإمام عن شيخه طردَ الخلاف في ابتداء الدعوى من الغرماء . وعن الأكثرين القطع بمنع الدعوى ابتداء ، وتخصيص الخلاف باليمين بعد دعوى الوارث في المسألة الأولى ، والمفلس في الثانية . قلت : وطرد صاحب « التهذيب » القولين في الدعوى من غريم الميت إذا تركها وارثه ، والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (١٣٥/٤) .

(١١) في (أ) : « وكذا » .

ومنهم من فرّق بأن الوارثَ ليس يدَّعي الدينَ لنفسه ، فهو والغريمُ سواءٌ في أنهما يدَّعيان للميت ، والميتُ عاجزٌ ، وأما هاهنا المستحِقُّ (١) حيٌّ ، فاليمينُ من غير المستحقِّ مع نكوله بعيدٌ .

وكذلك الأصح : أن الغريمَ هاهنا لا يَبْتدئ بالدعوى (٢ على الإنسان بأنّ للمفلس عليه حقًّا ٢) ، بخلاف الميت .

وقال الشيخ أبو محمد : إذا قلنا : يحلف ، لا يَبْعُدُ أن يدَّعي ابتداء به (٣) .

الثاني : لو أراد مَنْ عليه الدينُ سَفَرًا : مَنَعَه مَنْ له دينٌ حالٌّ ، ومَنْ له دينٌ مؤجَّلٌ : فلا ، بل يلازمه إن أراد مطالبتَه عند حلول الأجَل .

وفي سفرٍ للغزو (٤) خلاف (٥) ؛ لأن المصيرَ إلى الهلاك الذي هو سببُ الحلول ، وهو بعيدٌ ، ولو طلب صاحبُ الدين كفيلًا أو إشهادًا : لم يلزمه ، وفي لزوم الإشهاد وجهٌ بعيد .

وفي سماع الدعوى بالدين المؤجَّل خلافٌ ، وكذا بالدين الحالِّ مع الاعتراف بالإفلاس ، وكذا بالدين على العبد ، وكذا دعوى المستولدةِ الاستيلادَ [على المبيع] (٦) قبل أن تُعْرَضَ على البيع .

---

(١) في (أ) : « فالمستحق » .

(٢) في (أ) : « على إنسان بان للمفلس عليه حقٌّ » .

(٣) قوله : « به » : ليس في (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « للعزف » ، والمثبت من (أ) .

(٥) والأصح أنه لا منع من السفر للغزو . انظر الروضة : (١٣٦/٤) .

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

الحكم الثاني : بيع مال المفلس وقسمته

وللقاضي ذلك بشرطِ رعاية الغِبْطة والمصلحةِ ، فيبيع بثمن المِثْل ، ولا يُسَلِّمُ المبيع قبل قبض الثمن ، ويُبادِر إلى بيع الحيوان ، ولا يُطَوِّل مدةَ الحجر ، ويبيع بحضور (١) المفلس فهو أبعدُ عن التهمة ، وربما (٢) يَطَّلِعُ المفلسُ على زَبُونٍ يشتري بزيادة . ويجمع أثمانَ السِّلَع ؛ ليَقْسِمَ على نسبة الديون دَفْعةً واحدة ، فإن لم يَصْبِروا قَسَمَ كلَّ ما يحصل .

ولا يُكلف الغرماء حجة على أن لا غريمَ سواهم ؛ اكتفاءً بأنه لو كان لظَهَرَ مع استفاضة الحجر ، فلو ظهر غريمٌ بدينٍ قديم : لم يَنْقُض القسمةَ ، بل رجع (٣) على كلِّ غريمٍ بما يقتضيه التوزيعُ (٤) .

ولو خرج مبيعٌ (٥) مستحقًّا : رجع المشتري بالثمن على الغرماء وتقدم بمقداره ، لا بطريق المضاربة ، فإن بَيْعَ مالِه من مصلحة الحجر ، ولا يرغب الناس فيه ، ما لم يثقوا بضمان الدَّرَكِ على الكمال .

ثم لا يَبِيعُ جميعَ ماله ، بل يُنْفِقُ عليه (٦) مدةَ الحجر وعلى زوجته وأقاربه ، ويَتْرُكُ له عند البيع نفقةَ يومه ، وكذا لزوجته وأقاربه ولم يلحق بالمعسر (٧) في إسقاط نفقة القريب عنه (٨) في هذا اليوم ، وَيتْرُكُ له دِسْتَ ثَوْبِ (٩) يليق بمنصبه (١٠) ، حتى الطَّيْلَسَانَ والخُفَّ إن كان حَطُّه عنه يَخْرِقُ (١١) مروءتَه (١٢) .

وكذلك لو مات قُدِّم تكفينُه وتجهيزُه ، فإنه حاجةُ وقته ، ثم يقتصر على ثوبٍ واحد ، أم (١٣) لابدّ له من ثلاثة أثواب ؟ فيه خلاف ذكرناه في الجنائز .

(١) في (أ) : « بحضرة » . (٢) في (أ) : « فربما » .

(٣) في (أ) : « يرجع » . (٤) في (أ) : « الحساب » .

(٥) في (أ) : « المبيع » . (٦) في (أ) : « في » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « المفلس » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٨) في (ب) : « عليه » . (٩) في (أ) : « ثياب » .

(١٠) في (أ) : « لمنصبه » . (١١) في الأصل ونسخة (ب) : « يحرق » ، والمثبت من (أ) .

(١٢) في (أ) : « لمروءته » . (١٣) في (أ) : « أو » .

والمذهب : أنه يُباع مسكنُه وخادمُه (١) ، ونصَّ في الكفَّارات على أنه يعدل إلى الصوم .

وإن وجد خادمًا ومسكنًا ، فقيل : يطرد القولين نقلًا وتخريجًا .

وقيل بالفَرْق من حيث إن حقَّ الله [مبنيٌّ] (٢) على المساهلة ، وأن الكفارة / لها بدلٌ . ٨٧/ب

وقيل أيضًا : يُباع الخادمُ دون المسكن ، ثم يُقتصر على ما يَلِيقُ به في المسكن ، وما يترك [له] (٣) إذا كان [موجودًا في يده] (٤) ، يُشْتَرَى له (٥) إذا لم يكن ، ثم لا يستكسب في أداء الديون بإجارته ، خلافًا لأحمد بن حنبل رحمه الله .

وقال مالك : إذا (٦) كان مثلُه يؤاجِرُ نفسَه كُلِّف ذلك .

وفي إجارة مستولدته وجهان ، وكذا (٧) إجارةُ ما وُقِفَ عليه (٨) .

فإن قلنا : يفعل ذلك ، فالحجرُ يدوم إلى الوفاء بتمام الديون ؛ لأن ذلك لا مَرَدَّ له .

ثم إذا اعترف الغرماءُ بأنْ لا مالَ له سوى ما قُسِم ، فهل ينفكُّ الحجرُ ، أم يُحْتاج إلى فكِّ القاضي ؛ خيفةَ غريمٍ آخر يظهر (٩) ؟ فيه وجهان (١٠) .

وكذا الخلاف لو تطابقوا على رفع الحجر عنه ، ومنه يَتشعَّبُ خلافٌ في أنه لو لم

---

(١) انظر : مختصر المزني : (٢٢٢/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٢٧/٦ ، ٣٢٨) ، روضة الطالبين : (١٤٥/٤) ، المجموع : (٤٢٠/١٢) ،مغني المحتاج : (١٥٤/٢) .

(٢) كلمة : « مبني » زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٥) قوله : « له » ليس في (ب) .

(٦) في (أ) : « إن » .

(٧) في (أ) : « وكذلك » .

(٨) أصح هذين الوجهين : إيجار المستولدة ، وكذلك ما وقف عليه ، كما في الروضة : (١٤٦/٤) .

(٩) في (أ) : « يطرأ » .

(١٠) أصح هذين الوجهين : أنه يحتاج إلى فك القاضي ، كما في الروضة : (١٤٧/٤) .

يكن له [١] إلا غريمٌ واحد ، فباع [٢] مالَه منه بالدين الذي عليه [٣] ؟

قال صاحب التلخيص : يصح ، إذ الحقُّ لا يَعْدُوهما ، وفيه رفعُ الحجر بسقوط الدين .

وقال أبو زيد : لا يصح ؛ فربما يكون له غريمٌ آخر .

قال الشيخ أبو علي : لو باع بإذنِ الغريم من أجنبيٍّ ، أو باعه من الغريم لا بالدين : لم يصح وفاقًا ؛ لأنه ليس فيه رفعُ الحجر .

قال إمام الحرمين : يحتمل أن يُقال : يصح ؛ إذ الحقُّ لا يعدوهما .

* * *

(١) قوله : « له » ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « فباعه » .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (١٤٧/٤) .

الحكم الثالث : حبسه إلى ثبوت إعساره

فإذا قُسم ما وُجِدَ من ماله وبقي بعضُ الدين ، أو ادَّعى على مَنْ لا مالَ له ظاهرًا (١) واعترف : فيُحبَس ، فإن ظهر للقاضي عنادُه في إخفاء المال ، يترقَّى (٢) إلى تعزيره بما لا يزيد في كلِّ نوبةٍ على الحدِّ ، فإن أقام (٣ بينةً على الإعسار ٣) ، خُلِّي في الحال وأُنْظِر إلى ميسرة .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا تُسمع بينةُ الإعسار إلا بعد مُضِيِّ أربعين يومًا ، أو شهرين في رواية (٤) . ثم ليشهد مَنْ يَخْبُر بواطنَ أحواله ، فإنه يشهد على النفي ، فإذا (٥) قال الشاهد : خَبَرتُ بواطنَ (٦) أحواله ، كفى ذلك ؛ فإنه عَدْلٌ فيُصدَّق فيه ، كما في أصل الشهادة ، وكذا الشهادة على أنْ لا وارثَ سوى الحاضر .

ثم للغريم أن يُحلِّفه مع الشاهد ، فلعل له مالًا لا يَطَّلِع الشاهدُ عليه ، فإن قال : لست أطْلُبُ يمينَه ، لم يُحلَّف . وإن سكت ، فالقاضي هل يُحلِّفه ، ثم يُخَلِّيه من

---

(١) في (أ) : « أو » . (٢) في (أ) : « يتراقى » .

(٣) في (أ) : « على الإعسار بينة » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه إذا أقام المديونُ بينةً على إعساره لم يَجُزْ حبسُه ولا ملازمته بل يُمْهَل إلى أن يُوسِر .

ومذهب الحنفية : أنه لا تقبل بينةُ الإعسارِ إلا أن يحبس مدة يغلب على ظن القاضي أنه لو كان له مالٌ أظهره ، فإن لم يَظْهَرْ له مالٌ قبل تلك المدة خُلِّي سبيلُه . وفي تقدير هذه المدة التي لا يجوز إخلاء سبيله قبلها أقوالٌ ، فقيل : شهر ، وقيل : شهرين أو ثلاثة ، وقيل : أربعة ، وقيل : ستة .

انظر : مختصر المزني : (٢/٢٢٢) ، الحاوي الكبير : (٦/٣٣٢) ، روضة الطالبين : (٤/١٣٦) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١/٢٠٣) ، مختصر الطحاوي : (٩٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢/٩٠) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢/٢٤) .

(٥) في (أ) : « وإذا » .

(٦) في (ب) : « باطن » .

الحبس ؟ أو (١) يُخَلِّيه دون التحليف ؟ فيه وجهان (٢) .

فمن قال : يُحلِّفه جَعَلَ ذلك من أدب القضاء ، وأما (٣) إذا عجز عن إقامة بينةِ الإعسار ، فإن عُهِدَ له من قبل يسارٌ فلا يُغْنِيه إلا البينةُ ، وإن لم يُعْهَدْ قط موسرًا ، فثلاثة أوجه :

أحدها (٤) : القولُ قولُه ؛ إذ الأصلُ الفقرُ ، واليسارُ طارئٌ .

والثاني : لا ؛ إذ الغالبُ على الحرِّ القدرةُ .

والثالث : أن الدين إن لَزِمَه باختياره ، فالظاهر : أنه لم يلتزم (٥) إلا مع القدرة ، وإلا فالقولُ قوله .

التفريع : إن قُلنا : القولُ قولُه ، فيُقْبَل يمينُه على البِدَار ، وكان يُحتمل هاهنا توقُّفٌ ، كما قال أبو حنيفة في الشهود .

وإن قلنا : لا يُقْبَلُ ، فلو (٦) كان غريبًا فتخليدُ الحبس عليه إضرارٌ ، فللقاضي أن يُوكِّل به شاهدين يستخبران عن مَنْشَئِه ومولدِه ومُنْقَلَبِه ، ويَحْصُلُ لهما غلبةُ ظنٍّ في إعساره بقرينة حاله فيشهدان على الإعسار .

---

(١) في (أ) : « أم » .

(٢) قال في الروضة : « ويحلف المشهود له مع البينة ؛ لجواز أن يكون له مالٌ في الباطن ، وهل هذا التحليفُ واجبٌ أم مستحب ؟ قولان . ويقال : وجهان . أظهرهما : الوجوب ، وعلى التقديرين هل يتوقف على استدعاء الخصم ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كما لو ادَّعى على ميت أو غائب ، فعلى هذا هو من آداب القضاء . وأصحهما : نعم . كيمين المدعى عليه . قال الإمام : الخلاف فيما إذا سكت . فأما إذا قال : لست أطلب يمينَه ، ورضيت بإطلاقه ، فلا يحلف بلا خلاف » . انظر : روضة الطالبين : (١٣٨/٤) .

(٣) في (أ) : « أما » بدون الواو .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (١٣٧/٤) ، مغني المحتاج : (١٥٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٣٢/٤) .

(٥) في (أ) : « يلزمه » .

(٦) في (أ) : « فإن » .

فرع : في حبس الوالدين في دين الولد وجهان [١] :

أحدهما : المنع ؛ لأنه تعذيبٌ وعقوبةٌ ، والولدُ لا يستحق عقوبةً على والدَيْه [٢] ، وهذا ضعيف ؛ لأن المقصودَ منه الإرهاقُ إلى قضاء الحق ، ومَنْعُه يؤدِّي إلى أن يعترف الوالدُ [٣] بالدين ويمتنع عن الأداء مع اليسار ، ويعجز عن استيفائه .

فإن قيل : يلازم إلى أن يؤدِّي ؟

قلنا : إن لم يُمْنَعْ عن تردُّده في حاجاته (مع الملازمة) فهو تعذيبٌ للملازِم ، ولا يُجْدِي شيئًا . وإن مُنِعَ من التردد إلى أن يَقْضِيَ الدينَ فلا معنى للحبس إلّا هذا والسَّجَّان هو الملازم .

* * *

(١) قال في الروضة : « في حبس الوالدَيْن بدين الولد وجهان : أصحهما عند الغزالي : يحبس ، وأصحهما في « التهذيب » وغيره : لا يحبس ، ولافرق بين دين النفقة وغيره ، ولا بين الولد الصغير والكبير » . انظر : روضة الطالبين : (١٣٩/٤) وذكر النووي في كتاب الشهادات أن في حبس الوالدين بدَيْن الولد ثلاثة أوجه أصحها : المنع .

(٢) في (أ) : « والده » .

(٣) كلمة : « الوالد » ليست في (أ) .

(٤) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

القسم الثاني من الكتاب

فيما إذا كانت الديونُ لازمةً من أثمان السلع وهي قائمة

فللبائع الرجوعُ في عين متاعه ؛ [1] لقوله ﷺ [1] : « مَنْ مات أو أفْلَس ، [2] فصاحبُ المتاع [2] أحقُّ بمتاعه إذا وَجَده بعَيْنِه » [3] .

وقال أبو حنيفة : لا يثبت الرجوع [4] .

وضَبْطُ المذهب [5] : أن يقدر استيفاء كمال العِوَضِ الحالِّ المستحقِّ في معاوضة محضةٍ سابقةٍ على الحجر بسبب إفلاسِ المستحق عليه ، يثبت الرجوع على الفَوْرِ إلى عين المعوّض إذا كان قائمًا بحاله .

---

(١) في (أ) : « لما روي أنه - عليه السلام - قال » .

(٢) في (أ) : « فصاحبه » .

(٣) أخرجه البخاري : (٧٦/٥) (٤٣) كتاب الاستقراض (١٤) باب إذا وجد ماله عند مفلس ... (٢٤٠٢) ، ومسلم : (١١٩٣/٣) (٢٢) كتاب المساقاة (٥) باب من أدرك ما باعه عند المشترى وقد أفلس فله الرجوع فيه (١٥٥٩) ، وأبو داود : (٢٨٤/٣ ، ٢٨٥) كتاب البيوع - باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده (٣٥١٩ ، ٣٥٢٠) ، والترمذي : (٥٦٢/٣ ، ٥٦٣) (١٢) كتاب البيوع (٣٦) باب ما جاء إذا أفلس للرجل غريم فيجد عنده متاعه (١٢٦٢) ، والنسائي : (٣١١/٧) (٤٤) كتاب البيوع (٩٥) باب الرجل يبتاع البيع فيفلس ويوجد المتاع بعينه (٤٦٧٦) ، وابن ماجه : (٧٩٠/٢) (١٣) كتاب الأحكام (٢٦) باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس (٢٣٥٨ ، ٢٣٥٩ ، ٢٣٦٠) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣٨/٣) حديث رقم : (١٢٣٥) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه من اشترى متاعاً ولم يُوَفِّ ثمنَه ثم أفلس والمتاعُ قائمٌ عنده ، فصاحبه أحق به من غيره من سائر الغرماء .

ومذهب الحنفية : أن الغرماءَ في ذلك أسوةٌ ، وليس بائعُ المتاع أحقَّ به منهم .

انظر : الأم : (١٨٢/٣) ، روضة الطالبين : (١٤٧/٤) ، المجموع : (٤٢٩/١٢) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: (٢٠٣/١) ، مختصر الطحاوي : (٩٥) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢٥/٢) .

(٥) في (أ) : « لما فيه » .

والضبط مقيدٌ بقيود لابد من بيانها :

القيد الأول : التعذر : وهو مؤثر ، فإنه لو قَدَر على استيفاءِ كمالِ الثمن بعد الإفلاس ؛ لتجدُّدِ مالٍ ، أو لكون المالِ مساويًا للديون : فلا رجوع له .

ولو قال الغرماء : خُذْ تمامَ الثمن [بعد الإفلاس] (١) فنحن نُقَدِّمك به : ثَبَتَ (٢) الرجوع ؛ لأنه ربما لا يتقلَّدُ منهم (٣) ، ويحذر ظهور غريم آخر لا يرضى به ، فالتعذر حاصل .

أما الحالُّ : فقد احترزنا به عن المؤجَّلِ ، فلا رجوع به ؛ إذ (٤) الرجوعُ ينبني على تعذُّرِ الثمن ، والتعذُّرُ ينبني على توجُّه الطلب ، ولم يتوجَّه الطلبُ .

ومنهم من قال : يُثْبت الفسخَ ، ولكن يقرر (٥) المبيع ويتوقف إلى أن يَحُلَّ الأجَلُ فيُسَلَّم إليه ، ولا يفتقر إلى استئناف حَجْرٍ بسببه .

وفيه وجه آخر : أن الدينَ يَحُلُّ بالفَلَسِ كما [يحل] (٦) بالموت والجنونِ ، فهو (٧) كالديون الحالَّة (٧) ، وهو بعيدٌ .

ثم إذا قلنا : لا فَسْخَ ، فلو صَرَفَ المبيعَ إلى حقوق الغرماء : فلا كلامَ . وإن حلَّ الأجَلُ قبل أن يتفق الصَّرْفُ إليهم : ففي ثبوت [خيار] (٨) الفسخ الآن وجهان ، والأصح : / ثبوتُه ، كما لو حلَّ قبل الحجر . ٨٨/أ

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) . (٢) في (أ) : « يثبت » .

(٣) في (أ) : « مِنّتهم » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « إذا » ، والمثبت من (أ) .

(٥) كلمة : « يقرر » غير واضحة في (أ) .

(٦) زيادة من (أ) . (٧) في (أ) : « كالدين الحالّ » .

(٨) زيادة من (ب) .

وفي الفسخ [بعد الحجر] (١) إذا حلَّ [الدينُ] (٢) قبل الحجر ، وجهٌ ضعيفٌ : أنه لا يثبت ، من حيث إن البيعَ لم يَقْتَضِ حبْسَ المبيع إذا كان الثمنُ مؤجلًا في العقد .

أما قولنا : المستحق في معاوضة محضة ، احترزنا به عن النكاح والخُلْع ، والصُّلْح [عن الدم] (٣) ، فإن تَعَذُّرَ العِوَضِ فيه لا يُوجِبُ الفسخَ وُجوبنَا (٤) به الإجارةَ والسَّلَمَ .

فإذا تعذَّرَ المُسْلَمُ فيه بإفلاسِ المُسْلَمِ إليه رجع المُسْلِمُ إلى رأس المال إن كان باقيًا [بعينه] (٥) ، وإلا ضَارَبَ بقيمة المسلم فيه ، فما يُسَلِمُ (٦) له بالقسمة يشتري به جنسَ حقِّه ويُسْلَمُ إليه إذ الاعتياضُ (٧ غير ممكنٍ عنه ٧) .

فلو سَلَّم إليه (٨) مائةَ درهم ، (٩ فصار يُوجد المسلم فيه بكماله ٩) بعشرة لانخفاض الأسعار : فعلى وجه : يُشترى له بالعشرة كمالُ حقِّه ، والباقي يُسترد .

وعلى وجه : لا يُسلَّم له كمالُ حقه ، كما لم يُسلَّم للباقين ، فيقدر كأن القيمةَ كانت كذلك [في] (١٠) حالِ القسمة ، فما يفضل منه يُرَدُّ إلى الباقين ، وهو القياس .

وفي الإجارة إذا أفلس المكتري (١١) بالأجرة ، فمصادفة المكري عينَ الدار أو (١٢) الدابة المكراة كمصادفته عينَ مِلْكه ؛ فيفسخ العقدُ فيه ؛ لأن محلَّ المنفعة قائمٌ مقامَ المنفعة .

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .
(٢) زيادة من (ب) .
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .
(٤) قوله : « وجوبنا » غير واضح في (أ) .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) في (أ) : « سلم » .
(٧) في (ب) : « عنه غير ممكن » .
(٨) في (أ) : « له » .
(٩) في (أ) : « فصار المسلمُ فيه بكماله يوجد » .
(١٠) زيادة من (أ) .
(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « المكري » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .
(١٢) في (أ) : « و » .

وفيه وجه : أن المنفعةَ ليس [1] عينًا حتى يقال : وجد عين متاعه ، وهو ضعيف .

ثم إن [2] كان مكترِي [3] الدابةِ في أثناء الطريق حيث أَفْلَسَ فلا يضيعه [4] ، بل ينقله إلى مأمنٍ بأجرة المثلِ ، ويقدم بها على الغرماء ، ولا يلزمه النقلُ إلى مقصده .

وكذلك لو كان أرضًا فزرعها فليس له قلْعُ [5] زرعِه ، بل يبقى الزرعُ بأجرةِ المثلِ ، ويُقدم بها على الغرماء ؛ لأن فيه مصلحةَ مالِ الغرماء وهو الزرع ، [6] وليس هو [6] كما لو باع الأرضَ ورجع فيها بعد زراعة المشتري ، فإنه يلزمه تبقيةُ الزرع بغير أجرة ؛ لأن المنفعةَ غيرُ مقصودة في البيع ، بخلاف الإجارة .

وفيه أيضًا وجه منقول عن ابن سريج : أنه يُطالب بالأجرة ، كما لو بقي الغراس والبناء .

أما إذا أفلس المكري والإجارةُ واردةٌ على عين الدابة أو الدار : فالمكرى يستوفي المنفعةَ فإن حقَّه تعلَّقَ بالعين . فيتقدم [7] به ولا [8] يتراخى عن المرتهن ، ثم يُباع في حق الغرماء في الحال إذا قُلنا : الإجارةُ لا تمنع [9] البيعَ ، وإن قُلنا : تمنع ، فيؤخَّر بيعهُ كما يُؤخَّر بيعُ المرهون .

أما إذا أورد [10] الإجارةَ في الدواب على الذمة : فليس له [11] إلا الرجوعُ إلى الأجرة إن قام [12] بعينها ، أو المضاربةَ بقيمة المنفعة ، فإن كانت المنفعةُ لا تتجزَّأ كالقِصَارة في ثوبٍ واحد ، وكالحَمْل إلى بلد يؤدِّي تقطيعُه إلى أن يبقى في الطريق

(١) في (أ) : « ليست » .
(٢) في (أ) : « إذا » .
(٣) في (أ) : « مكري » .
(٤) في (أ) : « يضعه » .
(٥) في (أ) : « قطع » .
(٦) في (أ) : « فليس » .
(٧) في (أ) : « فتقدم » .
(٨) في (أ) : « فلا » .
(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « يمنع » ، والمثبت من (أ) .
(١٠) في (أ) : « وردت » .
(١١) قوله : « له » ليس في (أ) .
(١٢) في (أ) : « كانت قائمة » .

ضائعًا ، فله الفسخُ بهذا العذر ، ليضارِبَ بالأجرة .

أما قولنا : سابقة على الحجر : احترزنا به عما يجري سببُ لزومه بعد الحجر ، كما إذا باع من المفلس المحجورِ [عليه] [١] ؛ في أنه هل يتعلَّقُ بعين متاعه ؟ وقد ذكرنا ذلك .

وكذلك لو [٢] أفلس المكرِي والدارُ في يد المكتري فانهدمت : ثبت له الرجوعُ إلى الأجرة ، وهل يُزاحِمُ به الغرماءَ ؟ فيه وجهان :

منهم من قال : لا ؛ فإنه دينٌ [٣] جديد .

ومنهم من قال : بلى [٤] ؛ لأنه سببُه سابقٌ ، وهو الإجارة .

وكذلك لو باع جاريةً بعَبْدٍ (٥ فتَلِفَت الجاريةُ في يد المفلس المحجور فَرَدَّ بائعُها العبدَ بعَيْبٍ ٥) ، فله طلبُ قيمةِ الجارية قطعًا ؛ لأنه أدخل في مقابلتها عَبْدًا في يد الغرماء ، ولكن هل يتقدَّم بالقيمة ، أم يُضارِبُ بها ؟ ذكر القاضي وجهين ، والأصح : المضاربة .

أما قولنا : بسبب إفلاسِ المستحق عليه : احترزنا به [٦] عن الامتناعِ مع القدرة ، فذاك لا يُثْبِتُ الرجوعَ ؛ لأن السلطانَ قادرٌ على استيفائه ، فليس التعذُّرُ مُحقَّقًا .

وفيه وجه آخر [٧] : أنه يثبت ، ولو كان بانقطاعِ جنس الثمن ، فإن جَوَّزْنَا الاعتياضَ عنه فلا تعذُّرَ [٨] ، وإن منعنا فيثبت الرجوعُ ؛ لأنه تعذُّرٌ مُحقَّقٌ ، فكان في معنى الإفلاس ، وهو كانقطاع المُسَلَّم فيه ؛ فإنه يثبت الرجوعَ إلى رأس المال .

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (ب) : « إذا » .
(٣) كلمة : « دين » ليست في (ب) .
(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (١٥٤/٤ ، ١٥٥) .
(٥) ما بين القوسين ليس في (أ) .
(٦) كلمة : « به » ليست في (أ) .
(٧) كلمة : « آخر » ليست في (أ) .
(٨) في (أ) : « يعذر » .

أما قولنا : [إنه] [(١)] **يثبت الرجوعَ على الفور :** احترزنا فيه عن التأخير ، وفيه وجهان [(٢)] :

أحدهما : أنه يَبْطُلُ به [(٣)] كالردِّ بالعيب ، فإنه [(٤)] لدفع ضِرَار [(٤)] .

والثاني [(٥)] : أنه على التراخي ؛ لأنه نتيجةُ تَوَجُّهِ الطلب بالثمن ، فما دام الطلبُ قائمًا كان الرجوعُ ثابتًا ، كمطالبة المرأة في الإيلاء بالطلاق .

أما قولنا : إذا كان قائمًا : احترزنا به عن الهالِك والخارج عن ملكه ، فإن تعذر الرجوع فيه فلا يبقى إلا المضاربةُ بالثمن ؛ لأنه لا فائدةَ في الفسخ ، إذ لو أمكن تقديمُه بالقيمة لقُدِّم بالثمن ، وإذا لم يكن بُدٌّ من المضاربة فالثمنُ أولى ما يُضارب به .

وفيه وجه [آخر] [(٦)] : أنه إذا كانت القيمةُ زائدةً على الثمن فله الفسخُ ليُضارِبَ بها ، أما إذا زال الملكُ ثم عاد فهو مبنيٌّ على القولين في أنه كالذي لم يَزُلْ ، أو كالذي لم يعد .

وإذا تعلق بالمبيع حقٌّ لازمٌ ، كالرهن والكتابة فهو كفوات العين ، ولكن لو كان فزال [(٧)] فلا أثرَ لما مضى ، فهو في الحال واجدٌ عينَ ماله .

أما قولنا : بحالِه : احترزنا به عن تغيُّر المبيع ، وهو منقسم إلى : التغير بالنقصان ، وإلى التغير بالزيادة .

أما النقصان فينقسم إلى : نقصانِ صفةٍ ، ونقصان عين .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) قال في الروضة : « والأصح : أن هذا الخيار على الفور ، كخيار العيب والخلف . فإن علم فلم يفسخ بطل حقُّه من الرجوع في العين . وفي وجه : يدوم كخيار الهبة للولد . وفي وجه : يدوم ثلاثة أيام » . انظر : روضة الطالبين : (١٤٧/٤) ، مغني المحتاج : (١٥٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٣٦/٤) .

(٣) قوله : « به » ليس في (ب) .

(٤) في (أ) : « يدفع به ضررًا » .

(٥) في (أ) : « فالثاني » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « وزال » .

أما نقصان الصفة : إن حصل بآفةٍ سماوية ، فالبائعُ إما أن يَقْنَعَ بعيبه ، أو يُضَارِبَ / ٨٨/ب [مع الغرماء] (١) بالثمن ، كما لو تعيَّب المبيعُ في يد البائع قبل القبض .

وإن تعيَّب بجنايةِ أجنبيٍّ فيرجع إلى الباقي فيضاربُ (٢) بقِسْطِه من الثمن ، ولا يُطالِبُ بالأرْش ؛ إذ ربما يكون الأرشُ مثلَ القيمة بأن يكون الجاني قد قَطَع يدَيْه فغَرِمَ كمالَ قيمته ، وذلك يُعْتبر في حق المشتري دون البائع .

وإن كان بجنايةِ المشتري فطريقان : منهم من قال : جنايتُه كجناية الأجنبيِّ . ومنهم من قال : بل كالآفة السماوية (٣) .

أما النقصانُ بفوات البعض ، كما لو تَلِفَ أحدُ العبدين (٤ وقيمتُهما على التساوي : فالنص أنه ٤) يَرْجع إلى الباقي ويُضارب بثمن التالف (٥) .

وقيل : إنه إن أرادَ الرجوعَ فليأخذ (٦) الباقيَ بكلِّ الثمن ؛ احترازًا عن تفريق الصفقة .

ولو باع عبدَيْن بمائةٍ وقبض خمسين ، وتَلِفَ أحدُ العبدين وقيمتهما على التساوي :

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « فيضرب » ، والمثبت من (أ) .

(٣) وهذا الطريق هو المذهب ، وبه قطع جماعات ، كما في الروضة : (١٥٧/٤) ، مغني المحتاج : (١٦٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٤٤/٤) .

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٥) انظر : روضة الطالبين : (١٥٧/٤) ، مغني المحتاج : (١٦٠/٢ ، ١٦١) ، نهاية المحتاج : (٤/ ٣٤٤) .

(٦) في (أ) : « فله أخذ » .

فالنص أنه يرجع إلى الباقي ، ويحصر (١) المقبوض في التالف (٢) .

وفيه قول مُخَرَّج (٣) : أنَّا نَشِيعُ فنقول : يرجع إلى نصف العبد الباقي ، ويضارب بنصف ثمن التالف ، وما قَبَضَ مُوَزَّع عليهما جميعًا .

فرع :

اشترى [بعشرة دراهم (٤) عشرة أرطالٍ زيتًا وأغلاه حتى عاد إلى ثمانية أرطالٍ ، ورجعت القيمةُ إلى سبعة دراهم : فهو نقصانُ صفةٍ ؛ لزوال الثقل (٥) ، أو نقصان عين ؛ لفوات بعض المعقود عليه ؟ فيه وجهان (٦) .

أما التغيُّر بالزيادة : فالزيادة تنقسم إلى ما حصلت (٧) من عينه ، وإلى ما اتصل به من خارج .

أما الحاصل من عينه : فما هو متصلٌ من كل وجه ، كالسِّمَن وكِبَرِ الشجرة : فلا حكم لها ، ويُسَلَّمُ ذلك مجانًا للبائع ، ولا أَثَرَ للزيادة المتصلة إلا في الصداق .

والمنفصلةُ من كلِّ وجه : كالولد المنفصل ، و (٨) الثمرةُ المنفصلة لا أثرَ لها أيضًا ، بل تسلم للمشتري ويرجع البائعُ إلى الأصل .

وفي البَذْرِ إذا زرعه المشتري حتى نَبَتَ ، والبيضِ إذا تَفَرَّخ في يده ، والعصيرِ إذا

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « يحضر » ، والمثبت من (أ) .

(٢) انظر : الأم : (١٧٩/٣) ، مختصر المزني : (٢٢٠/٢ ، ٢٢١) ، الحاوي الكبير : (٢٩٤/٦ ، ٢٩٥) ، روضة الطالبين : (١٥٧/٤) .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (١٥٧/٤) ، مغني المحتاج : (١٦١/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٤٤/٤) .

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « النقل » .

(٦) قال في الروضة : « لو أغلى الزيتَ المبيعَ حتى ذهب بعضُه ، ثم أفلس فالمذهب وبه قطع الجمهور : أنه كتلف بعض المبيع ، كما لو انْصب ، فعلى هذا إن ذهب نصفه أخذ الباقيَ بنصف الثمن وضارب بنصفه . وإن ذهب ثلثه أخذ بثلثيه وضارب بثلث الثمن . وقيل : وجهان : أصحهما : هذا . والثاني : أنه كتعيُّب المبيع ، فيرجع فيما بقى إن شاء ، ويضع » . انظر : روضة الطالبين : (١٥٨/٤) .

(٧) في (أ) : « حصل » .

(٨) في (أ) : « أو » .

انقلب خمرًا ، ثم [انقلب] (١) خلًّا : خلافٌ (٢) أنه يُجْعَل كزيادةٍ عينيةٍ كما في الغصب ، أم يُجْعَلُ موجودًا متجددًا ويُقال : المبيعُ قد عَدِمَ ، وهذا غيْرُه ؟

أما الزيادةُ المتصلة من وجه دون وجه : فهو الحمل ، فإن (٣) كان مُجْتَنًّا عند البيع والرجوعِ : التحقَ بالسِّمَن ، وإن كان مجتنًّا حالةَ البيع منفصلًا حالةَ الرجوع ، فقولان :

أحدهما : أنه يسلم للمشتري ؛ لأنها زيادةٌ حدثت بالانفصال ، ولا حكمَ لوجوده قبله .

والثاني (٤) : أن الحملَ كان موجودًا ، وإنما الانفصالُ نُمُوٌّ وتغيُّر حال ، وإن كان حائلًا عند البيع وحاملًا عند الرجوع ، فالظاهر (٥) : أن الحملَ يتبع في الرجوع ، كما في البيع .

وفيه وجه : أنه يبقى على ملك المشتري ؛ لأنه زيادةٌ حادثةٌ على ملكه ، والثمرةُ ما دامت غيرَ مؤبَّرةٍ فهي (٦ كالحمل المجتنِّ ٦) ، ولكن الثمرة أولى بأن يعطى لها حكمُ الاستقلال .

فروع أربعة :

الأول : إذا كان الولدُ منفصلًا ، ففي رجوعه (٧) في الأم دون الولد تفريقٌ بينهما ، ففيه (٨) وجهان :

أحدهما : أنه مخيَّر (٩) بين المضاربة بالثمن أو أن يَبْذُلَ قيمةَ الولد ؛ ليَرْجِعَ في عين الأم ، فإن لم يَبْذُلْ فهو كالفاقد عينَ ماله ؛ إذ (١٠) تعلَّقَ به حقٌّ لازمٌ للولد ليس يمكنه قطعُه عنه .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) الأصح عند العراقيين وصاحب « التهذيب » : الرجوع فيه ؛ لأنه حدث في عين ماله ، أو هو عين ماله اكتسب صفة أخرى ، فأشبه الوَدِيَّ إذا صار نخلًا . انظر : روضة الطالبين : (١٦٠/٤) .

(٣) في (أ) : « وإن » .

(٤) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة : (١٦٠/٤) .

(٥) ذكر في الروضة : أنه الأظهر وليس الظاهر . انظر : روضة الطالبين : (١٦٠/٤) ، مغني المحتاج : (١٦٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٤٦/٤) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « الحمل المجتر » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « الرجوع » .

(٨) في (أ) : « وفيه » .

(٩) في (أ) : « يخير » .

(١٠) في (أ) : « إذا » .

والثاني : أنه لا يُجْعَلُ به فاقدًا ، بل تُباع الأمُّ والولدُ ويُخصَّص بقيمة الأم .

الثاني : إذا قال البائع : رجعت في الأشجار المبيعة قبل التأبِير فرَجْعُ [1] الثمارِ إليّ وكذَّبه المفلسُ ، فالقولُ قوله ؛ إذ الأصلُ استمرارُ ملك المفلس ، فإن صدَّقه الغرماءُ لم يُقْبَلْ قولُهم على المفلس ، وللمفلس أن يأخُذَ الثمارَ ويُجْبِرَهم على القبول من جهة دينه . فإن أبَوْا وزعموا أنه حرامٌ لم يُمكَّنوا منه [2] ، بل عليهم القبولُ أو الإبراء . ثم إن قَبِلُوا فللبائع الاستردادُ منهم ؛ مؤاخذةً لهم بقولهم ، وكذا السيدُ إذا حمل إليه [3] [العبدُ] [4] النجومَ في الكتابة ، فقال : هو مغصوبٌ ؛ لأن قولَه لا يُقْبَلُ على المكاتب .

فلو قالوا : أخذنا حقوقَنا ، فله الإجبارُ ؛ ليُعَجِّلَ فَكَّ الحجر عن نفسه ، فله فيه غرَض .

فإن قالوا : فكَكْنَا الحَجْرَ ، وقلنا : إنه يَنْفَكُّ بفكِّهم ، فينبني على أن مستحقَّ الدين هل يُجْبَرُ على القبول ؟

ولو صدّقه البعضُ وكذَّبه البعضُ ، فتُصْرَف الثمرةُ إلى من صدَّق المفلسَ ؛ كيلا يؤدِّيَ إلى الضَّرَر ، فإن هذا ممكنٌ .

فلو كان للمصدِّق ألفٌ وقد أخذ الثمرةَ بخمسمائة ، وللمكذِّب أيضًا ألفٌ و[قد] [5] بقي من المال خمسمائة ، فالصحيح : أنه يُقَسَّم بينهما أثلاثًا .

وفيه وجه : أن المصدِّقَ يقول : ما أخذْتَه فهو حرامٌ بزَعْمِك عليَّ ، فألفي باقٍ كمالُه [6] بزعمك فأُسَاويك ، وهو ضعيف .

الثالث : إذا بقي الثمار للمشتري ، فليس للبائع مَنْعُه من الإبقاءِ إلى أوان الجِذَاذ ، فكذا [7] لا يُقْلَعُ زَرْعُه ، فلو [8] قال المفلس : أَقْلِعُه لأَقْضِيَ ديني بما يشترى به وأفكُّ [9] الحجرَ عن نفسي ، فله ذلك ؛ لأنه غرَضٌ صحيح ، وإن كان [10] الحجرُ لا ينفك [10] فهو ممنوعٌ ؛ لأنه إضاعةُ مالٍ من غير فائدة .

---

(١) في (أ) : « فترجع » .
(٢) قوله : « منه » ليس في (أ) .
(٣) قوله : « إليه » ليس في (أ) .
(٤) زيادة من (أ) .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) في (أ) : « بكماله » .
(٧) في (أ) : « وكذا » .
(٨) في (أ) : « ولو » .
(٩) في (أ) : « فأفك » .
(١٠) في (أ) : « لا ينفك الحجر » .

الرابع : أنه إذا كان الرجوعُ يقتضي عَوْدَ الثمار إليه ، ولكن كانت الثمارُ قد تَلِفَتْ فيرجع بِحِصَّةِ الثمار من الثمن مضاربةً ، ويرجع في عين الشجرة ، وتعرف حصتُه بالتوزيع على القيمة ، ويُعتبر في الثمرة أقلُّ القيمة في (١) يوم العقد إلى القبض ؛ تقليلًا للواجب عليه ، (٢ فإنه إن كان ٢) يوم العقد (٣) أقلَّ فلم (٤) يدخل ما تناوله العقدُ في ضمانه ، وإن كان أكثرَ فهو زيادةٌ على ملكه .

وفي الشجرة (٥ وجهان : أحدهما : أنه ٥) يُعتبر أكثرُ القيمتين / من العقد إلى القبض ؛ لأن فيه أيضًا تقليلَ الواجب على المشتري ، وعليه ما سبق (٦) . ٨٩/أ

والثاني (٧) – ذكره القاضي – : أنه يُعتبر الأقلُّ ؛ لأنه إن كان قيمةُ (٨) يوم العقد أقلَّ ، فما زاد بعده عاد إليه بعود الشجرة ، فهي زيادةٌ متصلة تُسَلَّم (٩) له (١٠) مجانًا ، فلا يحتسب عليه (١١) ، وللزيادة المتصلةِ مراتبُ إن تلفت لا يطلب البائعُ قيمتَها ، وإن بقيت فاز بها البائعُ مجانًا ، ولا يُطالَبُ بقيمته (١٢) ، وإن كان بتقدير [قيمته] (١٣) تختلف قيمةُ غيره ، فهل يحتسب عليه ؟ فيه هذا الخلاف .

أما الزيادةُ المتصلة بالمبيع من خارج فثلاثة أقسام : عينٌ محضٌ ، وأثرٌ محضٌ ، وما هو عين من وجه ووصف من وجه .

---

(١) في (أ) : « من » . (٢) في (أ) : « فإن كان » .

(٣) في (أ) : « القبض » ، وفي نسخة أخرى : « القبض » ، كذا على هامش الأصل .

(٤) في (أ) : « ولم » . (٥) ما بين القوسين ليس في (ب) .

(٦) قال في الروضة : « وأما الشجرة ، ففيها وجهان : أحدهما : يُعتبر أكثر القيمتين ؛ لأن المبيعَ بين العقد والقبض من ضمان البائع ، فنقصه عليه ، وزيادته للمشتري ، فيأخذ بالأكثر ؛ ليكون النقصُ محسوبًا عليه ، كما أن في الثمرة الباقية على المشتري يُعتبر الأقل ؛ ليكون النقص محسوبًا عليه . والثاني : يُعتبر يومُ العقد قَلَّ أم كثر ؛ لأن ما زاد بعده فهو من الزيادات المتصلة ، وعين الأشجار باقية ، فيفوز بها البائع ، ولا يحسب عليه . وهذا الثاني هو المنقول في « التهذيب » و « التتمة » ، وبالأول جزم الصيدلاني وغيره ، وصححه الغزالي » . انظر روضة الطالبين : (١٦٦/٤) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وفيه وجه ثانٍ » . (٨) في (أ) : « قيمته » .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « يُسلم » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) قوله : « له » ليس في (أ) . (١١) في (أ) : « ثم » .

(١٢) في (أ) : « بقيمتها » . (١٣) زيادة من (أ) .

أما العينُ المحض : هو أن يبني في الأرض أو يغرس فيها ، ففيه [١] ثلاثة أقوال :

أحدها : أن المتغيرَ به كالمفقود ؛ إذ يؤدِّي رجوعُه إلى الإضرار بالمشتري .

والثاني : أنه واجدٌ عينَ ماله ولكن لا يرجع فيه ، بل يُباع ويفوز بقيمة الأرضِ دون البناء والغراس .

والأصح [٢] هو الثالث : أنه يرجع في عين الأرض ، ويتخيَّر في الغراس بين أن يتملك ببدل ، أو يَنْقُضَ ويَغْرَمُ الأرْشَ ، أو يبقى بأجرةٍ ورأيُه في التعيين متبعٌ .

هذا إذا كانت الزيادةُ قابلةً للتمييز ، فإن لم تَقْبَلْ ، كما لو خلط مكيلةَ زيتٍ بمكيلةٍ من عنده ، فإن كان ما عنده أردأ ، أو من جنسه : [٣] فالبائعُ يرجع [٣] إلى مَكِيلِه ويُقسَّم بينهما ، فإن نقص وَصْفُه فهو عيبٌ حصل بفعل المشتري .

وإن كان ما عنده أجودَ فقولان : أحدهما : الرجوع ، كالصورة الأولى .

والثاني [٤] : هو فاقد ؛ لأن في رجوعه إضرارًا بالمشتري ، أو تناقضًا [٥] في كيفية الرجوع .

ومن الأصحاب من طرد قولًا في منع الرجوع في الخلط بالجنس ، وهو خلاف النصِّ [٦] .

---

(١) في (أ) : « فيه » .

(٢) قال في الروضة : « هذا الذي ذكرناه في هذا الضرب ، هو الذي قطع به الجماهير في الطرق كلها ، وهو الصواب المعتمد . وذكر إمام الحرمين في المسألة أربعة أقوال : أحدها : لا رجوع بحال . والثاني : تباع الأرض والبناء رفقًا بالناس . والثالث : يرجع في الأرض ويتخيَّر بين ثلاث خصال : تملك البناء والغراس بالقيمة ، وقلعهما مع التزام أرش النقص ، وإبقاؤهما بأجرة المثل ، يأخذها من ملكهما . وإذا عين خصلة ، فاختار الغرماء والمفلس غيرها ، أو امتنعوا من الكل ، فوجهان في أنه يرجع إلى الأرض ، ويقلع مجانًا ، أو يُجبرون على ما عينه ؟ والرابع : إن كانت قيمة البناء أكثرَ ، فالبائع فاقدٌ عينَ ماله . وإن كانت قيمة الأرض أكثر ، فواجدٌ . هذا نقل الإمام ، وتابعه الغزالي وأصحابه على الأقوال الثلاثة الأُوَل ، وهذا النقل شاذ منكر لا يعرف ، وليت شعري من أين أُخِذت هذه الأقوال ؟ ! » انظر : روضة الطالبين : (١٦٨/٤) .

(٣) في (أ) : « فليرجع » .

(٤) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (١٦٩/٤) ، مغني المحتاج : (١٦٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٤٩/٤) .

(٥) في (أ) : « تناقض » .

(٦) انظر : الأم : (١٨٠/٣) ، مختصر المزني : (٢٢١/٢) ، الحاوي الكبير : (٢٩٩/٦ ، ٣٠٠) ، روضة الطالبين : (١٦٩/٤) .

فإن قلنا : يرجع ، فقولان (١) :

أحدهما : [أنه] (٢) يُباع الجميعُ ويُوزَّع عليهما على نسبة قيمةِ ملكَيْهما .

والثاني : أنه يقسّم الزيتَ بنفسه على نسبة القيمة ، حتى أنه لو كان مكيلةُ البائع تساوي درهمًا ، ومكيلةُ المشتري [تساوي] (٣) درهمين فللمشتري مكيلةٌ وثلث ، وللبائع ثلثا مكيلة ، وهذا فيه محظورٌ من باب الربا ، وفي البيع اعترافٌ بالعجز عن الرجوع عن (٤) العين .

وطرد ابن سريج القولين في تفصيل الرجوع في الخلط بالأردأ .

وكان الشافعي - رضي الله عنه - (٥) يميل إلى صيانة جانب المشتري ولا يُبالي بنقصانٍ في جانب البائع . وابن سريج يسوِّي بينهما .

وإن خلط الزيتَ بالشَّيْرَج ، فالصحيح : أنه فاقدٌ عينَ ملكه (٦) ؛ لأنه انقلب الجنسُ به .

القسم الثاني (٧) : ما هو وصف من وجه وعين من وجه : كما لو صَبَغ الثوبَ بصِبْغٍ من عنده ، فإن لم يَزِدْ في قيمة الثوب فإن البائعَ يرجع بالثوب ، وإن زادت القيمةُ فهو شريكٌ بالقَدْر الذي زاد ، فإن (٨ كان قيمةُ الصِّبْغِ درهمًا ٨) وقيمةُ الثوب عشرةً ، فصار بالصبغ يساوي خمسة عشر : فللمشتري منه قدَرُ درهم ، وللبائع [منه] (٩) قدرُ عشرةٍ ، والأربعةُ حصلت بالصنعة على الثوب لا على الصبغ ؛ لأن الصبغَ تَبَعٌ (١٠) ،

(١) قال في الروضة : « وإن كان المخلوطُ به أجودَ ، فأقوالٌ : أظهرها : ليس له الرجوع ، بل يضارب بالثمن . والثاني : يرجع ويباعان ، ثم يُوزَّع الثمنُ على نسبة القيمة . والثالث : يُوزَّع نفسُ المخلوط بينهما باعتبار القيمة . فإذا كان المبيعُ يُساوي درهمًا ، والمخلوط به درهمين أخَذ ثلثي صاع ، وهذا القول أضعفُهما ، وهو رواية البويطي والربيع » . انظر : روضة الطالبين : (١٦٩/٤) .

(٢) زيادة من (أ) .   (٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « إلى » .

(٥) انظر : الأم : (١٨٠/٣) ، مختصر المزني : (٢٢١/٢) ، الحاوي الكبير : (٢٩٩/٦) ، روضة الطالبين : (١٦٩/٤) .

(٦) في (أ) : « ماله » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « الثالث » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في (أ) : « كان قيمة الصبغ درهمٌ » .

(٩) زيادة من (ب) .   (١٠) في (أ) : « أثر » .

فينبني على أن الصنعةَ يُسْلَكُ بها مسلكَ الأثرِ أم العين ؟ كما سيأتي .

القسم الثالث [١] **: الأثر المحض :** كما لو طحن الحنطة ، وراضَ الدابةَ ، وقَصَرَ الثوبَ ، وعلَّم العبدَ حرفةً ، ففيه قولان :

أحدهما [٢] : أن له حكمَ العين ، كما في الصبغ وقد سبق حكمُه [٣] .

والثاني : أنه أثَرٌ لا قيمةَ له ، كما إذا صَدَر من الغاصب في المغصوب ، بخلاف الصبغ فإنه عينٌ ، والفرق ظاهرٌ من حيث إن عَمَلَ المشتري محترمٌ ، وقد [٤] حصَّل وصفًا [٤] يستأجر عليه ببذل المال فكان متقوَّمًا ، وفعْلُ الغاصب عدوانٌ لا يُتَقَوَّم ، بخلاف صِبغه .

فعلى هذا نجعل القِصَارةَ كالصبغ ، ويُوزَّع الثمنُ عند بيع الثوب عليهما باعتبار قيمتهما ، وإن [٥] تضاعفت القيمةُ فيضاعف [٦] حقُّ كلٍّ واحدٍ منهما [٧] . وإن ارتفع قيمة الثوب دون القصارة كان الزائد حق البائع دون المشتري .

فرع : لو استأجر أجيرًا للقَصَارةِ وأفلس قبل أداء الأجرة والثوبُ باقٍ : فإن قلنا : [إن] [٨] القَصَارةَ أثرٌ فليس للأجير إلا المضاربةُ ، وإن قلنا : إنه عينٌ ، فله حقُّ حبس الثوب .

فإن [٩] كان قيمةُ الثوب عشرةً ، وقيمة القصارة خمسة ، والأجرةُ درهمٌ [١٠] فيختص البائعُ بعشرةٍ والأجيرُ بدرهم ، ويُصْرَف أربعةٌ إلى [سائر] [١١] الغرماء .

---

(١) في الأصل : « الرابع » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا القول : هو الأظهر كما في الروضة : (١٧٠/٤) ، مغني المحتاج : (١٦٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٤٩/٤) .

(٣) قوله : « حكمه » ليس في (أ) .

(٤) في (أ) : « حصَل وصفٌ » .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « فيتضاعف » .

(٧) قوله : « منهما » ليس في (أ) .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) في (أ) : « وإن » .

(١٠) في (أ) : « درهمًا » ، وذلك على تقدير « كان » محذوفة .

(١١) زيادة من (ب) .

ولو كانت الأجرةُ خمسةً ، وقيمةُ القصارة درهمًا : فإن البائعَ يختص بعشرة ، وصُرِفَ (1) الدرهمُ الزائدُ إلى الأجير ، وله المضاربةُ بالأربعة الباقية ، هكذا نصَّ الشافعي - رضي الله عنه - (2) ، ولم يحكم بأن الأجيرَ وجد عينَ متاعهِ ، وهو القصارة ، فيفسخ ويقنع بها ، زادت القيمةُ أو نقصت .

ومن الأصحاب من قضى بذلك طَرْدًا لقياسٍ (3) تنزيله منزلةَ العين [من كل وجه] (4) ، وهو (5) خلافُ النصِّ فإنه لا يمكن إلحاقُه بالعين من كل (6) وجه ، ولكن لم يرَ الشافعيُّ - رضي الله عنه - تعطيلَ حقِّ المشتري ، ولمحصله أيضًا حقُّ حبسٍ ووثيقةٍ (7) فيه وهو الأجيرُ . فأما أن نجعل عينَ سلعة حتى يفسخ العقد فيها فهو (8) بعيد (9) .

* * *

(1) في (أ) : « ويصرف » .

(2) انظر : الأم : (٣/١٨٠ ، ١٨١) ، مختصر المزني : (٢/٢٢١) ، الحاوي الكبير : (٦/٣٠٣) .

(3) في (أ) : « للقياس » .

(4) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(5) في (أ) : « وهذا » .

(6) قوله : « إلحاقه بالعين من كل » مكرر في الأصل ونسخة (ب) .

(7) في (أ) : « وثيقة » بدون الواو .

(8) في (أ) : « وهو » .

(9) توجد حاشية في هامش (أ) غير واضحة ولكني قرأت منها : « أنكر بعض أصحابنا حجر النهي وهذا لا أصل له ، ووجه تصاريف أحوال العبد تنقسم ثلاثة أقسام لله . وإن أدّى المولى فيه فالولايات قسم يستفيده دون حق المولى كالولاية في النكاح المأذون فيه ، وقسم بدون إذن السيد وهو كابتداء ... على الأصح وغيرها .

كتاب الحَجْر

أسباب الحجر خمسة : الصِّبَى ، والجنون ، والرِّقُّ ، والفَلَسُ وقد ذكرناها [١] ، والتبذيرُ [٢] وهو عبارةٌ عن الفِسْقِ مع صَرْفِ المال إلى وجه ليس فيه غرضٌ صحيح / ٨٩/ب ديني أو دنيوي [٣] .

وأبو حنيفة [٤] - رحمه الله - خالَفَنا في هذا الحجر ، وفي [٥] حجر المفلس ، وفيه فصلان :

---

(١) توجد حاشية أخرى في (أ) هي : « إنما لم يلزم .... الصبي وصايا التكاليف لسببين : أحدهما : أن في مظنة الغباوة وضعف التعبد .... استقل بأعباء التكاليف . والثاني : دعوى عن البلية العظمى وهي الشهوة ثم ربط الشرع التزام التكاليف وتركب الشهوة .... وأما تركه الشهوة فإنه يعرض للبلايا العظام ، فرأي الشرع سبب التكاليف معه .

(٢) قال الحموي : في أول كتاب الحجر . قال : (والتبذير عبارة عن الفسق مع صرف المال إلى وجه ليس فيه غرضٌ ديني ودنياوي) .

أقول : قوله : (التبذيرُ عبارة عن الفسق مع صرف المال) فيما ذكره وهمٌ فإنه لا يُشترط للتبذير الفسقُ بالاتفاق ، فإن من بذل مالَه في ملاذ الأطعمة والملابس التي لا تليق بحاله ، أو كان يشتري ما قيمتُه درهم بدينار لا لغرض أصلًا فهو مبذرٌ بالاتفاق وليس بفاسق بالاتفاق ، فأما إذا بذل ماله في شرب الخمر أو الزنا مثلًا فهو فاسقٌ لارتكابه المحرَّم ، مبذرٌ بإضاعة ماله ، فليس الفسقُ مشروطًا في التبذير ولا داخلًا في حقيقته .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « ودنياوي » ، والمثبت من (أ) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز الحجر على السفيه ، كما يجوز الحجر على المفلس كما سبق في كتاب التفليس .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز الحجر لهذين السببين ، وهما : السفه والإفلاس ، وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز الحجر بسببَي السفه والإفلاس .

انظر : الحاوي الكبير : (٣٤٢/٦) ، الروضة : (١٧٧/٤) ، المجموع : (٣/١٣) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣١٩/٣ ، ٣٢٠) ، الاختيار لتعليل المختار : (٩٦/٢ ، ٩٧) ، اللباب في شرح الكتاب : (١٨/٢ ، ٢٢) .

(٥) قوله : « في » ليس في (أ) .

الفصل الأول : في السبب

وهو يَتَّصلُ تارةً بالصبيِّ ، وتارةً يَطْرَأُ بعد البلوغ .

فإن اتَّصل بالصبيِّ بأن بلغ الصبيُّ غيرَ رشيدٍ ، اطَّرد حَجْرُ الصبي ، ويكفي لدوامِ الحجر أحدُ المعنيين ، وهو الفسقُ أو الإسرافُ في المال ؛ لأن كلَّ واحدٍ ينافي اسْمَ الرشد ، وقد قال الله تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾ (١) .

وإن طَرَأَ بعد أن بلغ رشيدًا فلابُدَّ من مجموعِ الأمرين (٢) ، (٣ فإن طرأ التبذيرُ بأن كان يصرف المالَ إلى مَلَذِّ الأطعمةِ على وجهٍ لا يليق به اقتضى الحَجْرَ ٣) .

ثم في عَوْدِ الحجر أو الحاجة إلى إعادة القاضي وجهان ، أظهرهما (٤) : الحاجة (٥إلى الإعادة ٥) ، فإنه يُدْرك بضرب من الاجتهاد .

ولو طرأ مجرد الفسق [أو مجرد التبذير ، بأن كان يصرف المال إلى ملاذ الأطعمة على وجه لا يليق به] (٦) : (٧ ففي اقتضائه الحجر وجهان .

والمذهب : أنه لا يقتضيه ٧) ، ....

---

(١) سورة (النساء) الآية : (٦) .

(٢) قال في الروضة « واعلم أن الغزالي صرح في « الوسيط » و « الوجيز » بأن عودَ التبذير وحده لا أثر له ، وإنما المؤثر في عود الحجر أو إعادته عود الفسق والتبذير جميعًا ، وليس كما قال ، بل الأصحاب متفقون على أن عود التبذير كافٍ في ذلك كما سبق . قلت : أما « الوجيز » فهو فيه كما نقله عنه ، وكذا في أكثر نسخ « الوسيط » . وفي بعضها حذف هذه المسألة وإصلاحها على الصواب . وكذا وجد في أصل الغزالي ، وقد ضرب على الأول وأصلحه على الصواب ، والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (١٨٣/٤) .

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٤) ذكر في الروضة أنه أصحهما ؛ لأنهما وجهان . انظر : روضة الطالبين : (١٨٢/٤) .

(٥) في (أ) : « للإعادة » .

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٧) ما بين القوسين ليس في (أ) .

بخلاف ما لو اتصل بالصبيِّ (١) ، لأن الحجرَ ثَمَّ (٢) مُسْتَيْقَنٌ (٣ فلا يُرْفَعُ إلا بيقينٍ ٣) ، ولا يُتيقَّنُ الرشدُ (٤ مع الفسق ٤) ، والإطلاقُ هاهنا مستيقن ، فلا يعاد الحجرُ إلا بيقين .

وليس من الإسراف أولًا (٥) صرفُ المال إلى وجوه الخيرات ، فلا سَرَفَ في الخير .

ثم وليُّ المُبَذِّر والمجنونِ أبوُه أو جَدُّه ، إن اتصل (٦ الجنونُ ٦) والتبذيرُ بالصبيِّ (٧) ، وإن عاد بعد زوالِ ولاية الوليِّ ، فوجهان (٨) :

أحدهما : أنه من (٩) كان في حالة الصِّغَر .

والثاني : أنه القاضي ؛ لأنه صارَ مستقلًّا بنفسه فلم يكن تبَعًا لأصْله .

ومهما عُرِفَ رشدُه قبل البلوغ ، فبلغ : انفكَّ الحجرُ بمجرد البلوغ .

وأسباب البلوغ أربعة :

الأول (١٠) **: السِّن** ، وهو خمسَ عشرةَ سنةً في الغلام والجارية .

---

(١) انظر : روضة الطالبين : (١٨٢/٤) ، المجموع : (٣٨/١٣) ، مغني المحتاج : (١٧٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٦٥/٤)

(٢) في (أ) : « ثَمَّةَ » .

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٤) في (أ) : « مع واحد من الأمرين » .

(٥) كلمة : « أولًا » ليست في (أ) .

(٦) قوله : « الجنون و » ليس في (أ) .

(٧) كلمة : « بالصبي » مكررة في (أ) .

(٨) قال في الروضة : « وأما الذي يلي أمْرَ من حُجِر عليه للسفه الطارئ ، فهو القاضي إن قلنا : لابد من حجر القاضي . وإن قلنا : يصير محجورًا بنفس السفه فوجهان ، كالوجهين فيما إذا طرأ عليه الجنونُ بعد البلوغ : أحدهما : الأب ، ثم الجد كحال الصغر ، وكما لو بلغ مجنونًا . والثاني : القاضي ؛ لأن ولاية الأب زالت فلا تعود . والأول : أصح في صورة الجنون ، والثاني : أصح في صورة السفه » . انظر : روضة الطالبين : (١٨٢/٤) .

(٩) في (أ) : « لمن » .

(١٠) في (أ) : « أحدها » .

وقال أبو حنيفة (١) : ثمانِ (٢) عشرة سنةً ، وفي روايةٍ اقتصر في الجارية على سبع عشرة [سنة] (٣) .

ومُعتمدنا ما روى الدارقطنيُّ (٤ أنه قال ﷺ ٤) : « إذا استكمل المولودُ خمسَ (٥) عشرةَ سنةً ، كُتِبَ ماله وما عليه ، وأقيمت عليه الحدودُ » (٦) .

الثاني : الاحتلام ، ويُصدَّقُ فيه الصبيُّ ؛ إذ لا (٧) يمكن [فيه] (٨) المعرفةُ إلا بقوله ، وفي احتلام الصَّبِيَّة وجهان ؛ لخفَاءِ خروجِ (٩ الماء منها ٩) في الغالب .

فقيل : أقيم الحيضُ مقامَ ذلك في حقها .

ثم قال الأصحاب : إذا احتلمت - وإن لم يُحْكَمْ ببلوغها - أمرناها بالاغتسال كما نأمُرُها (١٠) بالوضوءِ من الحدث ، وكما إذا احتلمت بعد البلوغ .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن من أسباب البلوغ السنَّ فيبلغ الذكرُ والأنثى باستكمال خمس عشرة سنةً قمرية . وهو مذهب أبي يوسف ومحمد بن الحسن صاحبي أبي حنيفة .

وقال أبو حنيفة : لا يبلغ الذكرُ في أقل من ثماني عشرة سنة ، ولا الجارية في أقل من سبع عشرة سنة .

انظر : الأم : (١٩١/٣) ، مختصر المزني : (٢٢٣/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٤٢/٦) ، الروضة : (١٧٨/٤) ، المجموع : (١٩/١٣ - ٢١) ، الاختيار لتعليل المختار : (٩٥/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢١/٢) .

(٢) في (أ) : « ثمانية » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « عنه - عليه السلام - أنه قال » .

(٥) في (أ) : « خمسة » وهو خطأ .

(٦) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير : (٤٢/٣) حديث رقم : (١٢٤١) . وقال : أخرجه البيهقي في الخلافيات من طريق عبد العزيز بن صهيب عنه بسند ضعيف ولعله في الأفراد أو غيرها للدارقطني فإنه ليس في السنن مذكورًا ، وذكره البيهقي في السنن الكبرى عن قتادة عن أنس بلا إسناد وقال : إنه ضعيف .

(٧) في (أ) : « لم » .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) في (أ) : « المني عنها » .

(١٠) في (أ) : « أمرنا » .

الثالث : الحيض في حق النساء .

الرابع : نَبَاتُ [١] العَانَة في حقِّ صبيانِ الكُفَّار ؛ إذ أَمَرَ - عليه السلام - بالكَشْفِ عن مؤتزَرِهم ، وكان يَقْتُلُ من أنبت منهم [٢] .

وفي تعرُّفِ ذلك في صبيان المسلمين خلاف ، والأظهر [٣] : أنه لا يُتَّبع ؛ إذ هي أمارةٌ تَعَلَّقْنا بها [٤] للعجز عن معرفة سِنِّهم واحتلامِهم إلا بقولهم ، ثم لاشَكَّ أن بقولَ الوجهِ وإنباتَ الإبط أبلغُ في الدلالة .

وأما انفراقُ الأَرْنَبة ، ونُهُودُ الثَّدْيِ وبحوحةِ [٥] الصوتِ : فلا تعويلَ عليه .

فرع : الخُنْثَى إذا احتلم بفَرْجِ الرجال ، أو حاضَ بفرجِ النساء : لم يُحْكَم ببلوغه ؛ للاحتمال ، فإن اجتمع الأمران فوجهان :

---

(١) في (أ) : « إنبات » .

(٢) انظر حكم سعد على بني قريظة بذلك وإقرار الرسول له في : البخاري : (١٩١/٦) (٥٦) كتاب الجهاد والسير (١٦٨) باب إذا نزل العدو على حكم رجل (٣٠٤٣) ، وأطرافه : (٣٨٠٤، ٤١٢١، ٦٢٦٢) ، ومسلم : (١٣٨٨/٣ ، ١٣٨٩) (٣٢) كتاب الجهاد والسير (٢٢) باب جواز قتال من نقض العهد (١٧٦٨ ، ١٧٦٩) ، وأبو داود : (١٣٩/٤) كتاب الحدود باب في الغلام يصيب الحد (٤٤٠٤، ٤٤٠٥) ، والترمذي : (١٢٢/٤) (٢٢) كتاب السير (٢٩) باب ما جاء في النزول على الحكم (١٥٨٢ - ١٥٨٤) ، والنسائي : (٩٢/٨) (٤٦) كتاب قطع السارق (١٧) باب حد البلوغ وذكر السن الذي إذا بلغها الرجلُ والمرأة أقيم عليهما الحد (٤٩٨١) ، وابن ماجه : (٨٤٩/٢) (٢٠) كتاب الحدود (٤) باب من لا يجب عليه الحد (٢٥٤١) ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٢٦٤/٨ ، ٢٦٥) . وراجع التلخيص الحبير : (٤٢/٣) حديث رقم : (١٢٤٢ ، ١٢٤٣) .

(٣) قال في الروضة : « قلت : ويجوز النظرُ إلى منبت عانة متى احتجنا إلى معرفة بلوغه بها ؛ للضرورة ، هذا هو الصحيح . وقيل : تُمَسُّ من فوق حائل . وقيل : يلصق بها شمعٌ ونحوه ؛ ليعتبر بلصوقه به ، وكلاهما خطأ ؛ إذ يحتمل أنه حلَقَه ، أو نبت شيءٌ يسير . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (١٧٩/٤) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « به » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « ثقل » .

أحدهما : لا ؛ لتعارض الأمر في العلامة ؛ إذ كلٌّ واحدٍ أسقط حكم الآخر .

والثاني : [أنه الأصحُّ] [(١)] أنه يُقْضَى ببلوغه [(٢)] ، ويبقى الإشكالُ في الذكورة والأنوثة ، وينقدح ظاهرًا [(٣)] أن يُحْكم [(٤)] بالبلوغ بأحدهما [(٥)] ، كما نحكم بالذكورة والأنوثة بأحدهما [(٦)] ؛ بناءً على ظن غالب ، ثم نَنْقُضُ ذلك الظنَّ إن ظَهَرَ نقيضُه .

* * *

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (١٧٩/٤) ، مغني المحتاج : (١٦٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٦٠/٤) .

(٣) بعد كلمة : « ظاهرًا » : توجد كلمة غير واضحة بهامش الأصل .

(٤) في (أ) : « نحكم » .

(٥) في (أ) : « بآحادهما » .

(٦) في (أ) : « بآحادهما » .

الفصل الثاني (١) : فيما يَنْفُذُ من التصرفات و[ما] (٢) لا ينفذ

والضَبْطُ فيه : أن كلَّ ما كان لا يَدْخُلُ تحت حَجْرِ الوليِّ في حق الصبي ، كالطلاق ، والظِّهَار ، والخُلْع ، واستلحاق النسب ، والإقرار بما يُوجب القصاصَ أو الحدَّ مما لا يتعلَّق بالمال مقصودًا : فهو مستقل به لأنه مكَلَّفٌ والمقتضي للحَجْرِ صيانةُ مالِه ، وذلك لا يقتضي الحجرَ في هذه التصرفات .

وما يتعلق بالمال يُنْظَرُ فيه ، فما هو [في] (٣) مَظِنَّةِ الضرر : هو مسلوبُ الاستقلالِ فيه ، كالتبرعات ، والبيع ، والشراء ، والإقرار بالدين .

ولو عينَّ له الوليُّ تصرفًا ، أو وكَّله أجنبيٌّ (٤) : ففي سَلْبِ عبارته خلافٌ ، والظاهر : صحةُ عبارته (٥) ، كما في الطلاق وغيره .

وقيل : إنه مسلوبُ العبارة ؛ لأن الحجرَ قد اطَّرَدَ في المال فلم يُؤَثِّر البلوغُ فيه ، وكذلك في العبارة المتعلقة به .

ومنهم من قال : تصح عبارتُه في النكاح دون الأموال ، وعلى العبارة يُخَرَّجُ قبولُه الهبةَ والوصية ؛ فإنه لا ضررَ فيه .

فأما تَدْبِيرُه ووصيتُه ، ففيه قولان مرتبان على الصبي ، وأولى بالنفوذ .

---

(١) في (أ) : « الخامس » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) : « آخر » .

(٥) قال في الروضة : « هذا كله إذا استقل بهذه التصرفات ، فأما إذا أذِن له الوليُّ ، فإن أطلق الإذنَ فهو لغو ، وإن عيّن تصرفًا وقدر العوض ، فوجهان : أصحهما عند الغزالي : الصحة ، كما لو أذن في النكاح ، فإنه يصح قطعًا ، وإن كان بعضهم قد أشار إلى طرد الخلاف فيه . وأصحهما عند البغوي : لا يصح كما لو أذن للصبي . قلت : هذا الثاني أصح عند الأكثرين منهم الجرجاني ، والرافعي في « المحرر » ، وجزم به الروياني في « الحلية » . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (١٨٤/٤) .

فروع ثلاثة :

الأول [(١)] : لو أقرَّ بإتلافِ مالِ الغير ، فيه وجهان :

القياس : المنع كالصبي [(٢)] .

والثاني : [أنه] [(٣)] يُقْبَل ، لأنه مكلَّفٌ قادرٌ على الإتلاف ، فلْيَقْدِرْ على الإقرار .

الثاني : بيعُ الاختبار الذي يُبْتَلى به ، الصحيح : فساده إن جرى قبل البلوغ ، وإنما المرادُ الامتحانُ بمقدمات البيع ، ثم مهما امتحن فبلغ : انفكَّ أيضًا [الحجرُ لمجرد البلوغ] [(٤)] من غير حاجةٍ إلى إنشاءِ الفَكِّ .

ولو بلغ غيرَ رشيدٍ ثم صار رشيدًا ، فالأظهر [(٥)] : أنه ينفكُّ أيضًا من غير حاجةٍ إلى إنشاء الفك .

الثالث : لو أحرم بالحج : انعقد إحرامُه ، ثم إن كان عن فَرْضِ إسلامه ، هيَّأ الوليُّ أسبابَه والأمتعةَ من الزاد والراحلة ، ثم فيه وجهان [(٦)] :

---

(١) في (أ) : « أحدها » .

(٢) ذكر في الروضة : أن هذا هو الأظهر ، مما يدل على أنهما قولان . انظر : روضة الطالبين : (٤/ ١٨٥) ، مغني المحتاج : (٢/١٧٢) ، نهاية المحتاج : (٤/٣٦٩) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٥) ذكر في الروضة أنه الأصح ، وليس الأظهر ؛ لكونهما وجهين . انظر : روضة الطالبين : (٤/١٨٢) ، مغني المحتاج : (٢/١٧٠) ، نهاية المحتاج : (٤/٣٦٥) .

(٦) قال في الروضة : « ثم المذهب وبه قطع الأكثرون : أنه كالمحصر يتحلَّل بالصوم ، إذا قلنا : لدم الإحصار بدل ، لأنه ممنوع من المال ، ونقل الإمام فيه وجهين : هذا ، والثاني : أن عجزه عن النفقة لا يُلْحِقُه بالمحصر ، بل هو كالمفلس الفاقدِ للزاد والراحلة ، لا يتحلل إلا بلقاء البيت » . انظر : روضة الطالبين : (٤/١٨٦) ، مغني المحتاج : (٢/١٧٣) ، نهاية المحتاج : (٤/٣٧٢) .

أحدهما : أنه كالمُحْصَرِ ، فيتحلَّل .

والآخر : أنه كالمفْلِس ، لا يتحلل إلَّا بلقاءِ البيت .

* * *

كتاب الصُّلْح

وفيه ثلاثة أبواب

٩٠/أ

الباب الأول : / في الصحيح والفاسد

والصلح عند الشافعي [(١)] - رضي الله عنه - ليس عقدًا مخالفًا للبيع [(٢] أو للهبة [٢)] ، ولكنه إن كان بمعاوضةٍ فهو بيعٌ يصحُّ بلفظ البيع ، ويصحُّ البيعُ بلفظه .

واستثنى صاحبُ التلخيص الصلحَ عن أَرْشِ [(٣)] الجنايات ، فقال : لا يصحُّ بلفظ البيع .

واستثنى بعضُ الأصحاب البيعَ ابتداءً من غيرِ تقدُّمِ خصومةٍ ، فقالوا : لا يصح بلفظ الصلح فلا يُطلق لفظُ الصلح إلا بعد [تقدُّمِ] [(٤)] خصومة ، فلا يَحْسُنُ أن يُقال لصاحب المتاع : صالحني عن متاعك على كذا .

أما استثناءُ صاحب التلخيص [فقد] [(٥)] استدرك [(٦] الشيخ أبو علي عليه [٦)] وقال [(٧)] : هو بيعُ دَيْنٍ ، ويجوز أن يُستعمل فيه لفظُ البيع إن كان معلومَ القَدْرِ والصفة . ولا يجوز لفظُ الصلح أيضًا إن كان مجهولَ القدر والصفة ، وإن كان معلومَ القدر مجهولَ [(٨)] الصفة - كإبل الدية - ففي جواز بيعه بطريق الاعتياض عنه وجهان [(٩)] بلفظ الصلح والبيع جميعًا .

نعم ، لو قلنا : مُوجِبُ العَمْدِ القَوَدُ المحضُ ، فالمصالحةُ عنه على مالٍ جائز ، ولا يصح إطلاقُ لفظ البيع فيه .

---

(١) انظر : الأم : (١٩٦/٣) ، مختصر المزني : (٢٢٤/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٦٧/٦) ، روضة الطالبين : (١٩٣/٤) ، المجموع : (٦٧/١٣) .

(٢) في (أ) : « والهبة » .

(٣) في (أ) : « أروش » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « عليه الشيخ أبو علي » .

(٧) انظر : روضة الطالبين : (١٩٤/٤ ، ١٩٥) .

(٨) كلمة : « مجهول » ليست في (ب) .

(٩) أصح هذين الوجهين المنع ، كما لو أسلم في شيء لم يصفه ، كما في الروضة : (١٩٥/٤) .

وأما استثناءُ الأصحاب - وهو إطلاقُ لفظ الصلح ابتداءً [1] أيضًا - [2] خالف فيه [2] بعضُ الأصحاب [أيضًا] [3] ، وقالوا [4] : إنه جائزٌ ، فتحصَّلنا فيه [5] على وجهين .

الاستثناءُ الثالث : أن يُصالحَ على بعض المدَّعَى ، فالظاهرُ : صحتُه ، ويكون هبةً للبعض فيؤدِّي معنى الهبة ، ولفظ البيع لا يحصل به هذا الغرضُ ، فصلحُ الحَطِيطةِ بلفظ البيع باطلٌ .

ومن الأصحاب من حكى [6] عنه أن [6] الشيخ أبو علي منَعَ هذا ؛ لأنه يُنبِّئُ عن المعاوضة - أعني لفظَ الصلح - ولا معاوضةَ هاهنا .

هذا إذا صالح عن عين ، فإن صالح عن دين ، نُظِرَ : فإن صالح عن [7] دينٍ آخر فلابد من التسليم في المجلس ؛ فإنه بيعُ كالئ بكالئ . وإن صالح على عَيْنٍ وسَلَّم في المجلس : صحَّ ، وإن لم يسلم ، فالأظهر [8] : الصحة ؛ لأنه عين .

وفيه وجه يُجْرِي ذلك في لفظ البيع .

وصُلْحُ الحَطِيطة في الدين بمعنى الإبراء عن البعض صحيح ، ولكن في افتقاره إلى القبول خلاف [9] ، كما في الإبراء بلفظ الهبة .

فرع : لو صالح من ألفٍ حالٍّ على مؤجَّلٍ : فهو باطلٌ ؛ لأنه وعدٌ محضٌ لا يلزم ، ومن المؤجل على الحالِّ وعدٌ من الجانب الآخر ، وكذا من الصحيح على المُكسَّر ، ومن المكسَّر على الصحيح .

---

(١) كلمة : « ابتداء » ليست في (أ) .

(٢) في (أ) : « فيه خالف » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « وا » ، وهو خطأ من الناسخ .

(٥) قوله : « فيه » ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « عن » .

(٧) في (أ) : « على » .

(٨) ذكر في الروضة : أنه الأصح وليس الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (١٩٥/٤) ، مغني المحتاج : (١٧٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٨٥/٤) .

(٩) ولا يشترط القبول على الصحيح ، كما في الروضة : (١٩٥/٤) ، مغني المحتاج : (١٧٩) ، نهاية المحتاج : (٣٨٦/٤) .

ولو صالح من ألفٍ صحيح على خمسمائة مكسَّر (١) ، كان إبراءً عن خمسمائة (٢ ووعدًا من الباقي ٢) ، وكذا عن ألفٍ حالٍّ على خمسمائة مؤجلة (٣) ، فإما (٤) عن ألفٍ مؤجَّلٍ على خمسمائة حالَّةٍ ، أو عن ألف مكَسَّر (٥) على خمسمائة صحيحة : ففاسدٌ ؛ لأنه نَزَل (٦) عن قدْرٍ للحصول على وصفٍ زائدٍ ، فهو فاسدٌ ولا يصح نزولُه ؛ إذ لم يسلم له ما طمع فيه .

ولو اعتاض عن ألفَيْ درهمٍ [له] (٧) عليه ألفا [درهم] (٨) وخمسين دينارًا ، فالأصح (٩) : صحتُه ويُجْعَلُ مستوفيًا للألف ومعتاضًا عن الباقي خمسين دينارًا .

وفيه وجه [آخر] (١٠) : أنه مسألةُ مُدّ عجوة ؛ لأن لفظَ الصلح للمعاوضة . هذا كلُّه في الصلح على الإقرار . فأما (١١) الصلحُ على الإنكار : فهو باطلٌ عند الشافعي – رضي الله عنه – (١٢) إن جَرَى مع المدَّعَى عليه على عين أخرى .

---

(١) في (أ) : « مكسرة » .

(٢) في (أ) : « ووعد في الباقي » .

(٣) في (أ) : « مؤجل » .

(٤) في (أ) : « وإما » .

(٥) في (أ) : « مكسرة » .

(٦) في (أ) : « ترك » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) قال في الروضة : « له في يد رجل ألفُ درهمٍ وخمسون دينارًا ، فصالحه منه على ألفي درهم : لا يجوز . وكذا لو مات عن ابنين والتركة ألفا درهم ، ومائة دينار ، وهي في يد أحدهما ، فصالحه الآخر من نصيبه على ألفي درهم : لم يَجُزْ . ولو كان المبلغ المذكور دينًا في ذمة غيره فصالحه منه على ألفي درهم جاز . والفرق : أنه إذا كان في الذمة فلا ضرورة إلى تقدير المعاوضة فيه ، فيجعل مستوفيًا لأحد الألفين ، ومعتاضًا عن الدنانير الألف الآخر . وإذا كان معينًا كان الصلح عنه اعتياضاً ، فكأنه باع ألف درهم وخمسين دينارًا بألفي درهم . وهو من صور مُدّ عجوة . ونقل الإمام عن القاضي حسين وجهًا في صورة الدين بالمنع تنزيلًا على المعاوضة » . انظر روضة الطالبين : (١٩٧/٤) .

(١٠) زيادة من (أ) .

(١١) في (أ) : « أما » .

(١٢) انظر : الأم : (١٩٧/٣) ، مختصر المزني : (٢٢٤/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٦٩/٦) ، روضة الطالبين : (١٩٨/٤) ، المجموع : (٧٧/١٣) ، مغني المحتاج : (١٨٠/٢) .

وفي صلح الحطيطة على الإنكار ، وجهان [١] :

ووجه الصحة : أنه بمعنى الهبة والإبراء ، وذلك ليس يستدعي عِوَضًا ، فإذا سَلَّم له [٢] البعضَ ، واتفقا على أنه ملكه ؛ إذ يملكه بزَعْمِ المدَّعَى عليه بكونه هبةً ، وبزعم المدعي بكونه مستحقًّا : لم يَبْقَ إلا الخلافُ في الجهة .

وهذا كلُّه إذا قال المُدَّعى عليه : صالحْني عن دعواك ، أو صالحني مطلقًا . فلو قال : بِعْني الدارَ ، فهو إقرار .

ولو قال : صالحني عن الدار ، فهل يُجْعَلُ إقرارًا ليصح الصلحُ على الإقرار ؟ فوجهان ، الظاهر [٣] : أنه ليس بمُقِرٍّ .

أما الصلحُ على الإنكار مع الأجنبيِّ ، إن [٤] قال الأجنبي : هو مقرٌّ وأنا وكيلُه : صحَّ لتَقَارِّ المتعاقدَيْن .

وإن [٥] قال : هو منكرٌ ولكنِّي أعْرِفُ أنك محقٌّ ، وإنما أصالح له ، فوجهان [٦] ،

---

(١) قول الأكثرين : أنه باطل ، كما في الروضة : (١٩٨/٤ ، ١٩٩) ، مغني المحتاج : (١٨٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٨٩/٤) .

(٢) في (أ) : « إليه » .

(٣) ذكر في الروضة أنه الأصح . انظر : روضة الطالبين : (١٩٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٨٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٨٩/٤) .

(٤) في (أ) : « إذا » .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) قال في الروضة : « فإن قال : هو منكر ، ولكنه مبطلٌ ، فصالحني له على عبدي هذا لتنقطع الخصومةُ بينكما ، فوجهان : قال الإمام : أصحها : لا يصح ؛ لأنه صلحُ إنكار .

والثاني : يصح ؛ لأن الاعتبار في شروط العقد بمن يباشره وهما متفقان . هذا إذا كان المدَّعَى عيْنًا ، فإن كان دينًا ، فقيل على الوجهين . والمذهب : القطع بالصحة » . انظر : روضة الطالبين : (٢٠٠/٤ ، ٢٠١) ، مغني المحتاج : (١٨١/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٩١/٤) .

يُنظر في أحدهما إلى إقرارِ متعاطي العقد ، وفي الثاني إلى مَنْ يقع [العقدُ] [1] له .

فإن كان المدَّعَى دَيْنًا ، فوجهان مرتبان ، وأولى بالجواز ؛ لانه مستقلٌ بقضاءِ دَيْنِ غَيْرِه دون قوله ، فلا يؤثر [2] إنكارُه فيه [2] .

فرعان :

أحدهما : لو قال الأجنبيُّ : أنت محقٌّ ، وأنا أشتريه [3] لنفسي فإني قادرٌ على الانتزاع من يده ، ففي صحة شرائه وجهان [4] ، وجه المنع : أن الشرع يَمْنَعُه من الانتزاع ؛ فإن ظاهرَ اليد يَدُلّ [على أن ذلك] [5] له ، والعجزُ الشرعي كالعجز الحسِّي .

الثاني : إذا أسْلَم على عشرةِ نسوةٍ ، ومات قبل البيان : فالميراثُ موقوفٌ بينهن ، ويصح الاصطلاحُ على عين التركة ، ويكون التفاوتُ فيه محمولًا على المسامحة والهبة ، وذلك محتمل وإن كان مجهولًا للضرورة .

ولو جرى على غير التركة لم يَجُزْ ؛ لأن مَنْ أخذ عوضًا فلابُدَّ وأن يَثْبُتَ له ملكٌ في معوض .

* * *

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) : « فيه إنكاره » .

(٣) في (أ) : « اشتريته » .

(٤) الأصح صحة شرائه ، كما في الروضة : (٢٠١/٤) ، مغني المحتاج : (١٨١/٢ ، ١٨٢) .

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

الباب الثاني : في التزاحم على الأملاك

والنظر فيه يتعلق بالطرق [١] ، والجدارِ الحائل بين الملكين ، والسَّقْفِ الحائل بين السُّفْلِ والعُلُو .

أما الطرق والشوارع [٢] : لا يتعلق بها الاستحقاقُ [٣] .

الطرق : وهي المواضعُ التي أُلْفِيت شوارعَ في البلاد والصحاري ، ومبداها في البلاد : أن يَجْعَلَ الإنسانُ مِلكَ نفسه شوارعَ ، أو يتفق المُلَّاكُ في الأحياء على فتحِ أبوابِ الدُّورِ إلى صَوْبٍ واحد .

فلو انفرد بالتصرف في الشوارع بفتح بابٍ إليه لم يكن : جاز [٤] ، وكذا لو أخرج جَنَاحًا لا يَضُرُّ بالمارَّة ؛ لأن الهواءَ بقي على أصل الإباحة ، والاختصاصُ بالأرض للشروع ، فليوضع [٥] الجناحُ إلى حيث لا يمنع المحملَ [٦] مع الكنيسة .

وأبعَدَ مبعِدُون فقالوا : إلى أن لا يمنع الرمحَ المنصوبَ / في يد فارسٍ . ٩٠/ب

وقال أبو حنيفة – رحمه الله – [٧] : وإن فعل ذلك فلِآحادِ المسلمين المنعُ ، وإن [٨]

---

(١) في (أ) : « الطريق » . (٢) في (أ) : « فالشوارع » .

(٣) في (أ) : « إلا استحقاق » وهو خطأ .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « جاد » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « فليرفع » . (٦) في (أ) : « الحمل » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه ليس لأحد أن يتصرف في الطريق النافذ بما يبطل المرور ، ولا أن يشرع فيه جناحًا ، أو يتخذ على جدرانه ساباطًا يضر بالمارة . فإن لم يضر فلا منع منهما . وهو مذهب أبي يوسف ومحمد بن الحسن صاحبى أبي حنيفة .

وقال أبو حنيفة : إذا أشرع الرجلُ جناحًا على طريق نافذ فله الانتفاعُ به ما لم يمنعه من ذلك أحدٌ أو يخاصمه فيه أحد ، فإن منعه من ذلك أحدٌ أو خاصمه فيه لم يَسَعْه الانتفاعُ به وكان عليه نَزْعُه .

انظر : الحاوي الكبير : (٦/٣٧٦) ، الروضة : (٤/٢٠٤) ، المجموع : (١٣/٨٠) . مختصر الطحاوي : (١٠٠) .

(٨) في (أ) : « فإن » .

لم يُمْنَعْ فله الاعتمادُ على السكوت .

أما التصرف في أرض الشوارع بنصب دكة ، أو غرسِ شجرةٍ حيث [١] لا يُضَيِّقُ على المارَّةِ ، فيه وجهان [٢] :

قال القاضي : الشوارعُ كالمَوَات فيما عدا الطروقَ ، فلا يُمْنَعُ إلا مما يُبْطِلُ الطروقَ .

وقال آخرون : بل تُعَين الأرضُ للطروق [٣] فلا تُصْرَف [٣] إلى غيره ، فالزُّقَاقُ قد يتضايق فيؤدِّي إلى الضرر .

أما السِّكَّةُ المُنْسَدَّةُ الأسفلِ : فهي كالشوارع عند العراقيين ، وهو بعيدٌ ؛ إذ يلزم عليه أن يجوز أن يُفْتَحَ إليها بابٌ [٤] وإن لم يكن ، وفيه ضرر حاضرٌ [٥] ، وتجويزُه بعيد .

والمراوزة قالوا : هو مِلْكٌ مشترَكٌ بين السُّكَّان .

ومن هو [٦] في أعلى السكة ، هل هو شريكٌ فيما دون باب داره إلى أسفل السِّكَّة ؟

فيه وجهان [٧] من حيث إنه قد يَدُور في جميع السكة لأغراضه ، فعلى هذا يمتنع [٨] إحداثُ زيادةِ انتفاعٍ لم تكن [٩] إلا برضاء الشركاء ، فإن رَضُوا فهو إعارةٌ ولهم الرجوعُ .

فمن فتح بابًا جديدًا ، أو أشرع [١٠] جَناحًا فلمن تحته الاعتراضُ ، وفيمن [١١] فوقه وجهان .

---

(١) في (أ) : « بحيث » .

(٢) أصح هذين الوجهين : المنع ، كما في الروضة : (٢٠٤/٤) ، مغني المحتاج : (١٨٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٩٧/٤) .

(٣) في (أ) : « ولا يصرف » .

(٤) في (أ) : « بابُ دارٍ » .

(٥) في (أ) : « خاص » .

(٦) قوله : « هو » ليس في (أ) .

(٧) قال في الروضة : « ثم هل الاشتراك في جميعها لجميعهم ، أم شركةُ كلٍّ واحدٍ تختص بما بين رأس السكة وباب داره ؟ وجهان ، أصحهما : الاختصاص ؛ لأن ذلك هو محل تردده ، وما عداه فهو فيه كغير أهل السكة » . انظر : روضة الطالبين : (٢٠٧/٤) ، مغني المحتاج : (١٨٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٠٠/٤) .

(٨) في (أ) : « يمنع » .

(٩) في (أ) : « يكن » .

(١٠) في (أ) : « شرع » .

(١١) في (أ) : « ولمن » .

ولو سدَّ البابَ القديمَ ، وفتحَ بابًا [جديدًا] (١) أقربَ إلى [باب] (٢) الدَّرْبِ : فلا مَنْع منه ، وإن ترك ذلك البابَ فوجهان (٣) من حيث إنه قد يجتمع الدوابُّ والناسُ على الباب الآخر ، فكأنه (٤ زيادةُ انتفاع ٤) .

وكذا الخلاف (٥ إذا فتح ٥) إلى داره بابَ دارٍ أخرى ملاصقةٍ له كان بابُها إلى (٦) الشارع ، فإنه يكاد يكون زيادةً في الانتفاع ، فأما فَتْحُ الكُوَّةِ للاستضاءة : فلا مَنْعَ منه .

وأما الجدارُ الحائل : إن (٧) كان ملكَ واحدٍ ، فليس للآخر التصرُّفُ فيه إلا بإذنه ، فإن (٨) استأذن في وَضْع جِذْعٍ عليه فليس عليه الإجابةُ إن تضرَّر .

وإن (٩) لم يتضرر ، فالجديد (١٠) : أنه لا يجب (١١) ، وهو القياسُ .

والقديم : وجوبه ؛ لقوله (١٢) - عليه السلام - : « مَنْ كان يُؤْمِنُ بالله واليوم الآخر

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) قال في الروضة : « ولو كان له باب في السكة ، وأراد أن يفتح غيره ، فإن كان ما يفتحه أبعدَ من رأس السكة ، فلمن الباب المفتوح بين داره ، ورأس السكة منعه ، وفيمن داره بين الباب ورأس السكة وجهان ؛ بناءً على كيفية الشركة كما سبق في الجناح . وإن كان ما يفتحه أقربَ إلى رأس السكة ، فإن سد الأول جاز ، وإلا فكما إذا كان أبعد ؛ لأن الباب الثاني إذا انضم إلى الأول أوْرَثَ زيادةَ زحمة الناس ووقوف الدواب ، فيتضررون به » . انظر : روضة الطالبين : (٢٠٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٨٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٠٢/٤) .

(٤) في (أ) : « زيادةٌ في الانتفاع » . (٥) قوله : « إذا فتح » مكرر في (أ) .

(٦) في (أ) : « في » . (٧) في (أ) : « إذا » .

(٨) في (ب) : « وإن » . (٩) في (أ) : « فإن » .

(١٠) والجديد هذا هو الأظهر ، كما في الروضة : (٢١٢/٤) .

(١١) انظر : الأم : (٢٠٠/٣) ، مختصر المزني : (٢٢٤/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٩١/٦) ، روضة الطالبين : (٢١٢/٤) ، المجموع : (٨٨/١٣) .

(١٢) في (أ) : « وهوله » .

فلا يَمْنَعَنَّ جارَه من أن يَضَعَ خَشَبةً على جِدَاره » [١] . ولعله تأكيدٌ للاستحباب .

التفريع : إذا لم يوجب ، فلو رضي فهو إعارةٌ ، فلو انهدم الجدارُ ، فالظاهر : انفساخُ الإعارة ، فيفتقر إلى إعادتها . وإن [٢] رجع قبل الانهدام فله ذلك ، وفائدته : التّسلُّطُ على النقض بشرط أن يَغْرَمَ الأرْشَ إذا بنى بإذنه .

وقال القاضي : فائدته : المطالبةُ بالأجْرةِ في المستقبل ، [٣] فإن الطَرَفَ الآخرَ [٣] في الملك الخالصِ للمستعير ، فلا يمكنه أن يَنْقُضَ ذلك .

أما الجدار المشترك : فالنظر في الانتفاع ، والقسمة [٤] ، والعمارة .

أما الانتفاع : فلا يجوز إلا بَعْدَ التراضي ، كسائر الأملاك المشتركة ، وأما الاستنادُ إليه ففي المنع منه ترددٌ [٥] ؛ لأنه عنادٌ محض .

أما القسمة : فجائزة بالتراضي في الطول والعرض جميعًا ، ثم لا يتصرف كلُّ واحدٍ بما يَضُرُّ بصاحبه [٦] ؛ لأن الأملاكَ متلاصقةٌ ، ولا يُجْبَرُ على قسمةِ الجدار في كلِّ الطول ونصف العَرْض ؛ لأنه لا يسلط على الانتفاع بوضع الجُذُوع ، ولأن القُرْعةَ قد تخرج على نقيض المراد .

---

(١) أخرجه البخاري : (١٣١/٥) (٤٦) كتاب المظالم (٢٠) باب لا يمنع جارٌ جاره أن يغرز خشبة في جداره (٢٤٦٣) ، وأطرافه : (٥٦٢٧ ، ٥٦٢٨) ، ومسلم : (١٢٣٠/٣) (٢٢) كتاب المساقاة (٢٩) باب غرز الخشب في جدار الجار (١٦٠٩) ، وأبو داود : (٣١٤/٣) كتاب الأقضية أبواب من القضاء (٣٦٣٤) ، والترمذي : (٦٣٥/٣) (١٣) كتاب الأحكام (١٨) باب ما جاءِ في الرجل يَضع على حائط جاره خشبًا (١٣٥٣) ، وابن ماجه : (٧٨٣/٢) (١٣) كتاب الأحكام (١٥) باب الرجل يضع خشبة على جدار جاره (٢٣٣٥ ، ٢٣٣٦ ، ٢٣٣٧) . وراجع التلخيص الحبير : (٤٥/٣) حديث رقم : (١٢٤٨) .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٤) في (أ) : « وللقسمة » .

(٥) الأصح : لا يمتنع ، كما في الروضة : (٢١٤/٤) ، مغني المحتاج : (١٨٩/٢) ، ونهاية المحتاج : (٤١١/٤) .

(٦) في (أ) : « صاحبه » .

[وقال صاحب التقريب [1]] [2] : لا قرْعةَ ، بل يتعينُّ لكل واحدٍ جانبُه ، أما في جميع العَرْضِ وبعضِ الطول فالإجبارُ عليه يُبْنَى [3] على المعنيَيْنْ فإن الانتفاعَ يتعذَّرُ للاتصال [4] ، ولكن القرعةَ لا تتعذّر [5] .

أما الأساس : فلا مانعَ من الإِجبار على قسمته إلا أمْرُ القرعة ، وفي مذهب صاحب التقريب ما يَدْفَعُ عُسْرَه .

أما العمارة : فإذا اسْتَرَمَّ الجدارُ ، فهل لأحد الشريكين أن يُجْبِرَ الآخرَ على العمارة ؟ فيه قولان :

[أحدهما – وهو] [6] القديم – : بلى ؛ للمصلحة ، حذارًا من تعطيل الأملاك .

والجديد : لا [7] ؛ لأنه ربما يتضرَّرُ هو [8] بصَرْفِ ماله إلى العمارة ، إذا كان لا يتفرغ [9] له فالضررُ متقابلٌ ، فعلى [10] هذا ليس له منعُ الشريك إلا [11] من الاستبداد بالعمارة ؛ لأنه عنادٌ محضٌ .

وكذا الخلاف في أن صاحب العُلُوِّ هل له أن يُجْبِرَ صاحبَ السُّفْلِ على إعادته ليبني عليه عُلُوَّه ؟ ولا خلاف في أن لصاحب العُلُوِّ الاستبدادَ ببناءِ السُّفْل – وإن كان

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « التلخيص » ، والمثبت من (أ) ، ونسخة أخرى ، كذا على هامش الأصل .

(٢) في (أ) : « وصاحب التقريب قال » .

(٣) في (أ) : « يبتنى » .

(٤) في (أ) : « الاتصال » .

(٥) في (أ) : « تتعدد » .

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٧) والجديد هذا هو الأظهر عند جمهور الأصحاب ، كما في الروضة : (٢١٥/٤ ، ٢١٦) ، مغني المحتاج : (١٩٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٤١١/٤) .

(٨) في (أ) : « وهو » .

(٩) في (ب) : « يتفرع » .

(١٠) في (أ) : « وعلى » .

(١١) في (أ) : « الآخر » .

مُتَصَرِّفًا في ملك غيره - دفعًا للضرر .

فروع ثلاثة :

أحدها : الجدارُ المشترك ، إن أعاده أحدُهما فالنقض [1] المشتركُ عاد مشتركًا ، ولو أعاد السُّفْلَ بالنقض الذي كان عاد ملكًا لصاحب السفل . فلو [2] هَدَمَه بعد أن بناه غَرِمَ له ؛ لأنه دَخَل في ملكه مَبْنِيًّا ، ولصاحب السفل أن ينتفع به .

وكذا لو أعاد صاحبُ العلوِّ ينقض نفسه ، فلا يمنع صاحب السفل من السكون في ملكه ، وإن أحاط به جدران غيره .

وقال [3] صاحب التقريب : له أن يَمْنَعَه منه إلى أن يغرم له القيمةَ ، وهذا يَلِيقُ بالقول القديم ، ثم على [القول] [4] القديم لا يجبره إلا على القَدْرِ الذي يُخرجه عن كونه خَرَابًا ضائعًا ، وللقاضي أن يستقرِضَ عليه إن كان غائبًا ، فالشريكُ لو استبدَّ بالاتفاق دون إذنِ القاضي ، ففي رجوعه ثلاثة أوجه ، يُفَرَّقُ في الثالث بين [5] أن لا يكون في البلد قاضٍ فيكون معذورًا ، أو يكون .

الثاني : لو [6] أعاد أحدُ الشريكين الجدارَ بالنقض المشترك ، بشرط أن يكون

---

(١) في (أ) : « بالنقض » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « فهل » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « قال » بدون الواو . (٤) زيادة من (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « من » ، والمثبت من (أ) .

(٦) قال الحموي : « قوله في كتاب الصلح : (لو أعاد أحد الشريكين الجدار بالنقض المشترك بشرط أن يكون له ثلث الحائط : جاز ، فكأنه جعل له سدسَ ذلك أجره على عمله) .

قال المصنف : ما ذكره الشيخ هاهنا مخالفٌ لما ذكره معظم الأصحاب ، فإنهم ذكروا في كتب المذهب أن الصلح لا يصح هنا أيضًا ، فإنه نقل في باب الإجارة عن الأصحاب في أن المرتضع المشترك وامرأة مرضعة وإنسان إن استأجرها على الرضاع : لا يجوز ، وقال : لأن عملهما لا يصادفه خاص ملكه ، ثم قال : وفيه نظر . ولاشك بأنه لا فرق بينهما ، وقوله : « وفيه نظر » يُشْعِر بأن هذا من خاصية =

ثلثا[1] المِلك له في النقض : جاز ، فكأنه جَعَلَ سدسَ النقض أجرةً له على عمله .

ولو تعاونا ، وشرطا التفاوتَ ، قال الأصحاب : لا يجوز [2] ؛ لأن النقضَ متساوٍ[3] والعمل متساوٍ [4] .

وفيه [5] وجه ؛ إذ لأحدهما أن يتبرع بالعمل على الآخَرِ ، ويبذل للآخر [6] على عمله الذي صادف مِلْكَه عِوَضًا من النقض ، وكل ذلك يجوز بشرط أن يملك النقضَ دون الجدار ، فإن ذلك يؤدِّي إلى تعليق الملك / في العوض . ٩١/أ

الثالث : مَنْ له حقُّ إجراءِ الماء في أرض الغَيْرِ فليس عليه العمارةُ إذا اسْتَرَمَّت الأرضُ ، وكذا إن كان من جهةِ الماء على الظاهر [من المذهب] [7] .

أما السقف الحائل بين العلو والسفل : فلصاحب العلو الجلوسُ عليه ، ولصاحب السُّفْل الاستظلالُ به ، وإنما يُتَصَوَّرُ ذلك بأن يَبِيعَ صاحبُ السفل حقَّ البناء على سطحه من غيره ، فيبني الغيرُ .

= مسألة الإجارة دون مسألة الجدار ، والفرق بينهما عسير .

قلت : ما ذكره الشيخ – رحمه الله – فهو منقول في كتاب « النهاية » في كون الصلح صحيحًا ، وذلك يعضد ما ذكره الشيخ ، ولعل صاحب « النهاية » اطلع عليه نقلًا عن الشافعي . وأما قوله : « فيه نظر » في باب الإجارة فيحتمل أن يكون ذلك إنكارًا عليهم لما نقل عنهم ذلك حيث قالوا ذلك في مسألة الإجارة ولم يذكروا ذلك في مسألة الجدار ، وكأنه قال : وأي فرق بينهما ؟ قال : العمل في الموضعين تصادف خاص ملكه . وبه خرج الجواب .

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « ثلثي » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٢) وهذا هو الصحيح ، كما في الروضة : (٢١٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٩٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٤١٢/٤) .

(٣) ، (٤) في (أ) : « متساوي » ، وهو خطأ .

(٥) في (أ) : « وله » . (٦) في (أ) : « الآخر » .

(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

وقال المزني : هذا البيع باطلٌ [1] ؛ إذ لا مبيعَ ، وإنما هو إجارةٌ فَلْيُؤَقَّتْ ، وشَبَّه هذا بالاعتياض عن الجَناح المُشْرَعِ [2] في دار الغير ، فإنه ممنوعٌ ، والشافعي - رضي الله عنه - [3] جَوَّزَ أن يُبَاعَ حقُّ الملك إذا كان مقصورًا ، كعين [4] الملك في حقِّ الممرِّ ومجرى الماء ومَسِيله ، وكذلك [5] حقُّ وضْعِ الجذوع [6] .

فروع :

الأول : اختلفوا في أن هذا هل ينعقد بلفظِ الإجارة مع ما فيه من التأبيد [7] .

الثاني : يجب عليه أن يَعْلَمَ موضعَ البناء وقَدْرَه ، وأن اللَّبِنَاتِ في الجدار منضَّدَةٌ أو متجافيةُ الأجواف ، ولا حاجة - على الأظهر - [8] إلى ذكر الوَزْنِ ، فلو باع حقَّ البناء على الأرض ، [9] فإنه لا يحتاج [9] إلى ذِكْرِ تنضيدِ اللبنات أيضًا ؛ لأن الأرض لا تتأثر به .

الثالث : صاحب السُّفْلِ [إذا هَدَم السفلَ غَرِمَ [10] لصاحب العلو [10] حقَّ البناء] [11] ولم ينفسخ ؛ لأن حكمَ البيع غالبٌ على هذا العقد . فإذا أعاد السفلَ استرد ما غَرِمَه ؛ إذ كان ذلك للحيلولة .

---

(١) انظر : مختصر المزني : (٢/٢٢٥ ، ٢٢٦) ، الحاوي الكبير : (٦/٤١١ ، ٤١٣) ، روضة الطالبين : (٤/٢١٩ ، ٢٢٠) .

(٢) في (أ) : « المشروع » .

(٣) انظر : مختصر المزني : (٢/٢٢٥) ، روضة الطالبين : (٤/٢١٩ ، ٢٢٠) .

(٤) في (أ) : « لعين » .

(٥) في (أ) : « وكذا » .

(٦) في (أ) : « الجدار » .

(٧) الأصح : أنه ينعقد بلفظ الإجارة ، كما في الروضة (٤/٢٢٠) .

(٨) قال في الروضة : على الصحيح . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٢١) .

(٩) في (أ) : « فلا حاجة » .

(١٠) في (أ) : « له » .

(١١) في نسخة أخرى : « إذا هدم العلو غرم له حقَّ البناء » ، كذا على هامش الأصل .

وكذا الأجيرُ (١) يَغْرَمُ في الحال ما يشتري به حقَّ البناء ، ثم يسترد (٢) عند إعادة السفل .

***

(١) في (أ) : « الأجنبي » ، وفي نسخة أخرى : « الأجنبي » ، كذا على هامش الأصل .

(٢) في (أ) : « يسترده » .

الباب الثالث : في التنازع

وفيه مسائل خمسة :

الأولى : إذا ادَّعى رجلان دارًا في يدِ ثالثٍ زَعَمَا أنهما شريكان فيه [1] ، فصدَّق أحدَهما : يُسَاهِمُه المكذَّبُ في القَدْرِ الذي يُسَلِّم [2] له إن ادَّعيا عن جهةِ إرث ، وإن ادَّعيا عن جهةِ شرائَيْنْ ، أو هبتَيْنْ ، [أو جهتين] [3] مختلفتين : فلا يساهِم ، وإن ادَّعيا عن جهةِ شراءٍ واحدٍ ، أو هبةٍ واحدة ، فوجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن الصفقةَ تتعدد بتعدُّد المشتري .

والثاني : بلى [4] ؛ لأن العقدَ اقتضى الملكَ في كلِّ جزءٍ على الشيوع ؛ [5] فعلى هذا يلتفت ما إذا [5] باعا عبدًا مشتركًا فأخذ أحدُهما نصيبَه من الثمن ، هل يَسْتبِدُّ به ، أم يُقال : كلُّ جزءٍ من الثمن فهو [6] مشتركٌ إلى القسمة ؟

ولا خلافَ أن كلَّ جزء من النُّجوم في العبد المشترَكِ - إذا كُوتِبَ - مشترَكٌ ؛ لأن تنجيز العتق في نصيب أحدِهما مُضِرٌّ بالآخر .

الثانية : ادَّعى رجلٌ على رجلَيْنْ دارًا في يدهما ، فأقرَّ أحدُهما : ثبت نصيبُه .

فلو [7] صالحه على مالٍ وأراد المنكرُ أخْذَه بالشفعة : فله ذلك إن تعدَّدَ جهةُ ملكَيْهما [8] .

وإن كان عن جهةِ إرثٍ فلا ؛ لأنه بإنكاره كذَّبه في أصل الدعوى ، فبطل الصلحُ بزَعْمِه ، وبقي الملكُ لشريكه ، فهو مؤاخذٌ بقوله ، وفيه وجه .

---

(١) في (أ) : « فيها » . (٢) في (أ) : « سلم » .

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٢٢٤/٤) .

(٥) في (أ) : « وهذا يلتفت على ما إذا » . (٦) في (أ) : « هو » .

(٧) في (أ) : « ولو » . (٨) في (أ) : « ملكهما » .

الثالثة : إذا تنازعا جدارًا حائلًا بين ملكهما ، فالظاهر : أنه في يدهما ، فيُحْكَمُ بالشركة .

فلو اتصل طرَفُ الجدار بجدارٍ خالصٍ لأحدهما اتصالَ ترصيف : صار هو صاحبَ اليد .

وكذلك لو كان على خشبةٍ ، [و] (١) أصلُ تلك الخشبةِ داخلٌ في خالصِ ملكِ أحدهما . ولو كان لأحدهما عليه جذوعٌ لم تكن اليدُ له [خلافًا لأبي حنيفة] (٢) ؛ لأنه (٣) اختصاصٌ بزيادةِ انتفاع ، فضاهى ما لو تنازعا دارًا [و] (٤) هما فيها ، ولأحدهما فيها أقمشةٌ ، وليس كما لو تنازعا دابةً (٥ أحَدُهما آخذٌ بلِجَامها ٥) والآخرُ راكبٌ : فإنها في يد الراكب ؛ إذ ليس ثَمَّ علامةٌ ظاهرةٌ للاشتراك ، وهاهنا كونُ الجدار حائلًا علامةٌ ظاهرةٌ للاشتراك ، فلا يُغيَّر إلا بسببٍ ظاهر .

وكذلك لو كان معاقد القمط ، أو الطاقات المرتبة أو الأطراف الصحيحة من اللبنات في (٦) أحد الجانبين ، فلا مبالاةَ بشيءٍ من ذلك .

فرع : لو شهدت بينةٌ لأحدهما بملك الجدار ، وتنازعا في الأُسّ : فالمشهودُ له صار صاحبَ اليد في الأُسّ ؛ إذ ليس الأسُّ حائلًا بين الملكين ، حتى يُقال : الاشتراكُ فيه ظاهرٌ ، بخلاف الجدار إذا كان عليه جِذْعٌ .

الرابعة : تنازع صاحبُ العُلُوّ والسُّفْلِ في السَّقْفِ : فهو بينهما ؛ لأنه حائلٌ بين ملكَيْهما ، وهو لأحدهما أرْضٌ وللآخر سماءٌ .

وذلك إذا كان يمكن إحداثُه بعد بناءِ العلو بوضع أطرافِ الجذوع عليه (٧) في

---

(١) الواو زيادة من (أ) . (٢) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لو كان جدارٌ مشتركًا بين اثنين وكان لأحدهما عليه جذوعٌ لم يُرَجِّح ملكها له ؛ لأن وضعها هكذا لا يدل على الملك .

ومذهب الحنفية : أنه لو كان على الجدار حمولةُ خشبٍ أو جذوع لإحدى الدارين المتجاورتين فهي لصاحبها دون الأخرى . انظر : الأم : (٣/٢٠٠) ، مختصر المزني : (٢/٢٢٤) ، الحاوي الكبير : (٦/ ٣٨٩) ، روضة الطالبين : (٤/٢٢٦) ، مختصر الطحاوي : (٩٩) .

(٤) الواو زيادة من (أ) . (٥) في (أ) : « أخَذَ أحدُهما لجامها » .

(٦) في (أ) : « إلى » . (٧) كلمة : « عليه » ليست في (أ) .

ثُقْبَةِ[1] الجدار ، فإن لم يمكن [2] إلا قَبْلَ [2] بناءِ العلو فهو متصلٌ بالسفل اتصالَ ترصيف ، فاليدُ لصاحب السفل ، ثم إذا قضينا بالاشتراك ففي جواز التعليق لصاحب السفل منه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : الجواز ؛ مكافأةً لصاحب العلو ، فإنه يستبد بالجلوس عليه .

والثاني : المنع ؛ لأن ذلك القدْرَ ضرورةٌ في حقه .

والثالث : أنه إذا [3] افتقر إلى شَقِّ السقف بوَتَدٍ [4] لم يَجُزْ . وإلا جاز له ذلك ، فإنه حقيقةُ المكافأة على التساوي .

الخامسة : إذا كان علوُّ الخانِ لواحدٍ وسُفْلُه لآخرَ [5] وتنازعا في العَرْصة ، فإن كان المَرْقَى في أسفل الخان : فالعرصةُ في يدهما . وإن كان في وسطه : فالعَرْصَةُ إلى المَرْقَى في يدهما ، وما تحته فيه وجهان [6] ، وكذا لو كان في الدِّهْليز .

أما إذا كان خارجًا : فالعرصةُ في يد صاحب السُّفْل .

ولو تنازعا في نفس المرقى ، فهو في يد صاحبِ العلو ، إلا إذا كان تحته بيتٌ لصاحب السُّفْل / ينتفع به : فهو سَقْفٌ له كما أنه مرقى لصاحب العلو ، فهو في يدهما . ٩١/ب

* * *

---

(١) في (أ) : « نقب » .

(٢) في (أ) : « بَعْدَ » .

(٣) في (أ) : « إن » .

(٤) كلمة : « بوتد » ليست في (أ) .

(٥) في (أ) : « للآخر » .

(٦) أصح هذين الوجهين : أن ما تحته لصاحب السفل ، كما في الروضة : (٤/٢٢٧) .

كتاب الشفعة

وفيه
ثلاثة أبواب

الباب الأول في أركان الاستحقاق

وهي ثلاثةٌ : المأخوذُ ، والآخذُ ، والمأخوذُ منه .

الركن الأول : المأخوذ

وهو : كلُّ عَقارٍ يُجبر فيه على القسمة .

أما قولنا : « عقارًا » ، احترزنا به عن المنقولات ، فلا شُفْعَةَ فيها ؛ إذْ لا يَتَأَبَّدُ الضرار فيها ، فلم تكن في معنى العقار .

نَعَمْ ؛ يستتبع العقارَ الجدرانُ والأشجارُ ؛ لاتصالها بها على التَّأْبيد .

ولا يتعلق حقُّ الشفيع بالثمار المؤبَّرة ، [و] [١] سواءٌ تأبَّرتْ بعد العقد أو حالَ العقدِ ، مهما كانت مُؤبَّرةً عند الآخِذ . وإن لم تكن مؤبَّرةً فقولان ، سواء كانت موجودةً حالةَ [٢] العقدِ أو وُجِدتْ بعده إذا بقيتْ عند الآخذ غير مُؤبَّرةٍ :

أحدهما : يأخذه الشفيعُ ؛ لأن ما يتبع في العقد يتبع في الشفعة ، كأغصانِ الشجر [٣] .

والثاني : لا ؛ لأن الأغصانَ تبقى في معنى الثوابتِ بخلافِ الثمار .

وأما [٤] قولنا : « يُجبر فيه على القسمة » ، احترزنا به عن الحَمَّام ، والطاحونة ، والبِئْر التي [٥] يُسقى بها النَّواضِح إذا [٦] كانت صغيرة [٦] : فلا شُفْعَةَ فيها [٧] ، إذْ ليس فيها [٨] ضِرارُ مؤنةِ القسمة ، وتضييقِ المرافق ، وهو مناطُ الشُّفْعة ، ولأجله لم تَثْبُتْ للجار .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « حال » .

(٣) قيل : وجهان أو قولان . وهذا الأول هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٦٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٧) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٩٦ ، ١٩٧) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « فأما » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (ب) : « الذي » .

(٦) في (أ) : « كان صغيرًا » .

(٧) في (أ) : « فيه » .

(٨) في (أ) : « فيه » .

وقال ابن سُريج : تَثْبتُ فيه الشفعةُ ؛ لضرارِ المداخلة على التأْبِيد .

ونعني بالمنقسم : ما تَبْقى منفعتُه بعد القسمة ولو على تَضَايُقٍ ، فيبقى حمامًا [فيه] [1] / وطاحونة [2] . ١٠٨/أ

وقيل : المعنى [3] أن يبقى فيه [3] منفعةٌ ما ، ولو للسُّكُون .

وقيل : أن تبقى تلك المنفعةُ من غير تضايقٍ ، كالدار الفَيْحاء ، وعَرَصَةِ الأرض .

والوجهان بعيدان .

فروع [ثلاثة] [4] :

أحدها : من له في [5] الدار الصغيرة عُشْرُها ليس له إجبارُ صاحبِه على القسمة ؛ لأنه تَعنُّتٌ من غير فائدة ، فلا يُجبر صاحب العُشْر على القسمة ، ولصاحب الكثير غرض ؟ [فيه] [6] وجهان [7] ؛ فإن مُنع : فلا شُفعةَ من الجانبين .

الثاني : الأشجار إذا بِيعت مع قرارها دون البياض المتحلل بينهما - في ثبوت [8] الشفعة للشريك فيها ، وكذا الجدار العريض إذا بيع مع الأس - وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه بِيع مع الأرض ، فصار كالبائع والدار .

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) وهذا هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٧١) .
(٣) في (ب) : « فيه أن يبقى » .
(٤) زيادة من (أ) .
(٥) في الأصل ونسخة من (ب) : « من » ، والمثبت من (أ) .
(٦) زيادة من (أ) .
(٧) قال في الروضة : « ولو اشترك اثنان في دار صغيرة ، لأحدِهما عُشْرُها وللآخرِ باقيها ، فإن أثبتنا الشفعةَ فيما لا ينقسم ، فأيهما باع فلصاحبِه الشفعةُ ، وإن منعناها فباع صاحبُ العُشْر ، فلا شفعةَ لصاحبه ، وإن باع صاحبُ الكبير ، فلصاحبه الشفعةُ على الأصح تفريعًا على الأصح : أن صاحب الأكثر يُجَاب إلى القسمة » . روضة الطالبين : (٥ / ٧١) .
(٨) في الأصل ونسخة (ب) « وثبوت » ، والمثبت من (أ) .

والثاني : لا ؛ لأن الأرضَ فيه تَبعٌ ، والمتبوعُ منقولٌ ، والعبرةُ للمتبوع لا للتابع [1] .

الثالث : دارٌ سُفْلُها لواحدٍ ، وعُلْوُها مُشتَرَك :

إن كان السقفُ لصاحب السُّفْل فلا شفعةَ في العُلُوّ ؛ لأنه لا أرض له ؛ فلا ثبات ، وإن كان السقفُ لشركاء العُلُوّ فوجهان .

ووجْهُ المنعِ : أنه لا أرضَ له ، والسَّقفُ لا ثبات له [2] .

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٧٠) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٧٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٧) ، نهاية المحتاج : (٥/ ١٩٧) .

الركن الثاني : الآخذ

وتثبت (١) الشفعةُ لكلِّ شريكٍ في الدار ، وإن كان كافرًا ، إلا إذا كانت شركتُه بالوقف ، فإن قلنا : لا يملكه (٢) الموقوف ، فلا شفعة .

وإن قلنا : يملك ، فوجهان مَبْنيان على أنه هل يُقسَّم (٣ الوقفُ والمِلْك ٣) (٤) ؟

ولا تثبت للجار ، وإن كان ملاصقًا ، وقال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : يَثْبُتُ للجار [و] (٥) وإن لم يكن شريكًا (٦) .

وقيل : للشافعي - رضي اللّه عنه - قولٌ مثلُه (٧) ، وحُكِيَ عن ابن سُرَيْج ، وهو غير صحيح .

نعم ، لو قَضَى حَنَفِي لشَفْعَوِيٍّ (٨) به ، فهل يحلُّ له باطنًا ؟ فيه وجهان (٩) .

فرع :

الشريك في الممرِّ إذا لم يكن شريكًا في الدار ، لا شفعة له في الدار ،

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « وثبتت » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « لا يملك » . (٣) في (أ) : « الملك والوقف » .

(٤) المذهب : أنه لا شفعة لمستحق الوقف . انظر : الروضة : (٥ / ٧٤) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن الشفعة لا تثبت إلا للشريك في رقبة العقار ، ولا شفعة للجار غير الشريك ، سواء كان ملاصقًا أو مقابلًا .

ومذهب الحنفية : أن الشفعة تثبت للجار مطلقًا سواء كان شريكًا أو لم يكن ، وهي تثبت أولًا للشريك الذي لم يُقاسم ، ثم يليه الشريكُ الذي قاسم وبقيت له شركة في الطريق ، ثم الجار الملاصق . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٧٠) ، مختصر الطحاوي : (١٢٠) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٤ / ٣٤٩) ، شرح فتح القدير : (٩ / ٣٦٩ ، ٣٧٠) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٥٦) .

(٧) في (أ) : « قول قديم » . (٨) في (أ) : « لشافعي » .

(٩) والأصح : أن قضاء الحنفي بشفعة الجوار لا يحلها باطنًا لشافعيّ المذهب . انظر : الروضة : (٥ / ٧٢) .

وإذا [١] بِيع الممر وهو مملوكٌ منسدّ الأسفل ؟ فإن لم يَقبل القسمةَ - أي لا يَصلح للممرّ بعد القسمة - فلا شُفْعةَ على المذهب .

وإن كان يَنقسم ، نُظر [٢] : فإن كان للمشتري [في غير المأخوذ] [٣] طريقٌ آخر إلى داره سوى الممر ثَبَتَت [٤] الشفعة ، وإن لم يكن فثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : لا ؛ لأن فيه ضررًا بالمشتري في غير المأخوذ بالشفعة [٥] .

والثاني : أنه يثبت ؛ لأن حقَّ الممر تابعٌ .

والثالث : أنه إن أراد الأخذَ وَجَبَ له تجويزُ الاختيارِ للمشتري جَمْعًا بين الحقَّيْنِ ، وإن أَبى ذلك فلا شُفْعةَ له .

---

(١) في (أ) : « فإذا » .

(٢) في (أ) : « نظرت » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « تثبت » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٧٢ ، ٧٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٨) ، نهاية المحتاج : (٥/ ١٩٩) .

الركن الثالث : المأخوذ منه

وهو كلُّ من استفاد المِلْكَ اللازمَ بمعاوضةٍ في الشِّقص المُشاع .

أما « المعاوضة » : فقد احترزنا بها عن الهِبة ، فلا شُفعةَ فيها ، كما في الإِرْث ؛ لأنه لا عِوَضَ حتى يُؤخذ به .

وقال مالك - رحمه الله - : يُؤخذ بقيمته [١] . وحوينا فيه الشِّقْص إذا جُعل أُجْرة في إِجارة ، أو صَداقًا في نِكاح ، أو عِوَضًا في خُلْع ، أو كِتابة ، أو صُلْح [٢] عن دَمٍ ، أو متعة [٣] ، فيؤخذ بالشفعة بقيمة مقابله ؛ فإن الشرع قد قوَّم جميع ذلك .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يُؤخذ إلا المبيع [٤] .

وقولنا : « بمعاوضة » احترزنا به عن الملك العائد بالإقالة والردّ بالعيب ، فإنه لا يُؤخذ بالشفعة ، كما إذ أسقط [٥] الشفيع حتى باع المشتري وعاد إليه بإقالة [٦] ، فلا يتجدد الحقُّ ؛ لأن العائد هو ملك [المشتري بذلك] [٧] الشراء ، فليس حاصلًا بخروج

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنّ الشفعة لا تثبت إلا في المعاوضات ، فإن ملك بإرث أو هبة أو وصية فلا شفعة .

ومذهب المالكية : أنه لا تثبت الشفعة في الإرث ، وفي الهبة قولان : قيل : تجب الشفعة ، وقيل : لا تجب ، وإن كانت هبةً بشرطِ الثواب ثبتت فيها الشفعةُ . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٧٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٩٩) ، القوانين الفقهية : (٢٩٢) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٣ / ٤٨٢) .

(٢) في (أ) : « صلحًا » .

(٣) في (أ) : « منفعة » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنّ الشفعة تجب في المعاوضات كالبيوع ، وكذلك تثبت الشفعة إذا جُعل الشقصُ أجرةً ، أو جُعلًا ، أو رأس مال في سَلَم ، أو صداقًا أو متعة ، أو عوض خلع ، أو صلحًا عن دم أو مال ، أو جعله المكاتب عوضًا عن النجوم .

ومذهب الحنفية : أنّ الشفعة لا تجب في المعاوضات إلا فيما هي معاوضة بمال ، فإذا كان العوض ليس بمالٍ كالنكاح ، والخلعِ ، والإجارة ، والصلح عن دم : فلا تجب الشفعة ، ولا تجب في غير المعاوضات مطلقًا .

انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٧٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٨ ، ٢٩٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٠٠) ، مختصر الطحاوي : (١٢١) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٤٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٦٠) .

(٥) في (أ) : « سكت » .

(٦) في (أ) : « بالإقالة » .

(٧) زيادة من (أ) .

الثمن عن ملكه على طريق الرَّدّ .

وقولنا : « لازم » احترزنا به عن المبيع في زمان الخيار إذا كان الخيار للبائع لم يؤخذ ؛ إذ لا سبيل إلى البائع للشفيع .

وإن كان للمشتري وحده فطريقان (١) :

أحدهما : أنه لا يؤخذ ؛ لأنّ العقد لم يَسْتقِرَّ بعدُ ، وربما قلنا : لا ملك له .

والثاني : أنه يُخَرَّج على القولين في أنه لو وَجَد به عيبًا فهو أولى بالرد [على البائع] (٢) أو الشفيع بالأخذ ؟ فيه قولان :

أحدهما : الشفيع أولى ؛ لأنّ حقَّه ثابتٌ بالعقد ، ولا ضرر عليه إذا سلم له كمال الثمن (٣) .

والثاني : المشتري أولى ؛ إذ [لا] (٤) يَحِقُّ (٥) للشفيع إلا بعد العقد ،وربما يكون للمشتري غرضٌ في عينِ ثمنِه .

فإن قلنا : الشفيع أولى ، فلو حضر بعد الردّ ففي رَدِّه (٦) الردُّ وجهان .:

فإن قلنا : يرد ، فهو بطريق تبين البطلان ، أو بطريق الإنشاء في الحال ؟ فيه وجهان (٧) : ويقرب من هذا أن الشقص المشفوع إذا كان صادقًا ، وهمّ الشفيع بأَخْذِه ،

---

(١) الأظهر : أن له الأخذ بالشفعة إن قيل : إن الملك في زمن الخيار للمشتري ، وإن قيل : إن الملك للبائع ، أو موقوف ، فالأصح : أنه لا يأخذ بالشفعة . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٧٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٠٠) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الروضة : (٥ / ٧٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٩) ، نهاية المحتاج (٥ / ٢٠٠) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « حق » .

(٦) كلمة : « رَدِّه » ليست في (أ) .

(٧) قال في الروضة : « ولو رَدَّه بالعيب قبل مطالبة الشفيع ، ثم طلب الشفيع ، فإن قلنا : المشتري أولى عند اجتماعهما فلا يُجاب ، وإلّا فيُجاب على الأصح ، ويفسخ الردّ . أو نقول : تبيَّنَّا أنّ الردَّ كان باطلًا » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٧٥ ، ٧٦) .

فطلق الزوجُ قبل المسيس ، قال أبو إسحاق المروزي : الزوج أولى ؛ لأنّ سببه سابق .

وقال ابن الحداد : لو أفلس مشتري المشفوع بالثمن ، فالشفيع أولى بالأخذ من البائع بالرجوع .

فقال الأصحاب [(١)] : هما جوابان متناقضان ، ففي المسألتين للشيخين وجهان [(٢)] .

فإن قلنا في مسألة الإفلاس : الشفيع أولى ، فالبائع هل يختص بالثمن ؟ فيه وجهان .

واختيار ابن الحداد : أنه يُضَارب ؛ لأن حقه قد بطل [(٣)] .

فروع عشرة :

الأول : [إذا] [(٤)] اشترى ذميٌّ شقصًا مشفوعًا من ذميٌّ بخمر ، وفيه لمسلمٍ أو ذميٌّ شركةٌ ، فلا يحكم بالشفعة ؛ لأن الشراء الفاسد لا يُفيد الملكَ ، فملكه قائم .

ولو أخذ الذميٌّ ثمنَ خمرٍ وسلَّمه عن الجزية لم نَقْبَلْه إذا رأينا ذلك ، وإن لم نره واعترف به ، ففيه وجهان :

ووجه الجواز : أنه لا اعتمادَ على قولهم .

الثاني : سلم العبد عن نجوم الكتابة شقصًا ، ثم رُدَّ إلى الرق ، ففي بطلان حق الشفعة وجهان من حيث إنه كان عوضًا أولًا ، ثم خرج عن كونه / عوضًا [(٥)] . ١٠٨ / ب

الثالث : أوصى لمستولدته بشقص [(٦)] إنْ خَدَمت أولادَه شهرًا ، ففي الشفعة

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « للأصحاب » ، والمثبت من (أ) .

(٢) وأصحُّ هذين الوجهين في المسألتين : أنّ الشفيعَ أولى . انظر : الروضة : (٥ / ٧٦) .

(٣) واختيار ابن الحداد هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٧٦) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) وأصح هذين الوجهين : أنه يبطل حق الشفعة لخروجه عن العوض . انظر : الروضة : (٥ / ٧٨) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « بدار » ، والمثبت من (أ) .

وجهان ؛ لأنه مردد (١) بين الوصية والمعاوضة (٢) .

الرابع : العبد (٣) المأذون ، له الأخْذُ بالشفعة إن (٤) كان شريكًا ؛ لأنه من التجارة ، وإن (٥) عفا لم يسقط حقّ سيده ، وإن (٦) عفا سيده لم يكن له الأخذ وإن كان بعد إحاطة الديون به .

الخامس : الوصيُّ إن (٧) اشترى للطفل شقصًا وهو شريك فله أخذه ، وإن باع فأخذ من المشتري لم يجز ؛ لأنه مُتَّهَمٌ فيه ، فكأنه يبيعه (٨) من نفسه ، وللأب ذلك ؛ لأنه يبيع من نفسه ، فهذا لا يزيد عليه .

وقيل : إنه يحتمل التجويز في الموضعين ؛ لأن الغبطة لا تخفى .

والوكيلُ بالبيع ، هل يأخذ ما باع بالشفعة ؟ فيه وجهان :

ووجه (٩) المنع : التهمة ، والأصح الجواز .

السادس : يجب على الأب أن يأخذ بالشفعة لطفلِه إذا كان فيه مصلحة ، فإن لم يفعله فعله القاضي ، فإن (١٠) أسقط الأبُ الشفعةَ كان للصبيّ الطلبُ بعد البلوغ . وإن (١١) بِيع [بشيء فيه غبطة للصبي] (١٢) ، ففي وجوب الشراء وجهان .

---

(١) في (أ) : « متردد » .

(٢) وأصح هذين الوجهين : أنه لا تثبت الشفعة ، لأنه وصيةٌ مُعتبرة من الثلث . انظر : روضة الطالبين (٥/٧٨) .

(٣) كلمة : « العبد » ليست في (ب) .

(٤) في (أ) : « إذا » .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) في (أ) : « لو » .

(٨) في (أ) : « يبيع » .

(٩) في (ب) : « وجه » .

(١٠) في (أ) : « وإن » .

(١١) في (أ) : « فإن » .

(١٢) زيادة من (أ) .

والفرقُ : أن الشفعة تثبت ، وفي الإهمال [١] تفويتٌ ، والتفويت ممتنع وإن لم يكن الاكتسابُ واجبًا .

السابع : إذا كان المشتري أحدَ الشركاء في الدار ، فلا يُؤخذ الجميع منه ، بل يترك عليه ما كان [٢] يخصه لو لم يكن مشتريًا .

وقال ابن سريج : يُؤخذ الكل ؛ لأنه يؤدي إلى أن يأخذه بالشفعة [٣] من نفسه ، وهو محالٌ ، والشراء لا يوجب ملكًا لازمًا في المشفوع ، فليؤخذ ، والمذهبُ الأولُ .

الثامن : حكى القفال عن ابن سريج : [أنه قال :] [٤] أن عامل القراض إذا اشترى بمال القراض شقصًا ، للمالك فيه شركة ، فله الأخذ ، ثم أنكر القفال [٥] وقال : كيف [٥] يأخذ ملكَ نفسهِ؟

وفيه احتمال من حيث إن العامل يستحق بيعه لينضَّ المال [٦] وفي ذلك إضرار به ، فله دفع هذا الضرر ، كما لَه دَفْعُ ضررِ أصل الملك .

التاسع : إذا باع المريضُ شقصًا يساوي ألفين بألف من أجنبي ، و [ثلثُ] [٧] مالِه وافٍ به ، ولكن الشفيع وارث ، فلو [٨] أخذه لوصلت المحاباة إليه ، ولصار ذلك ذريعةً : ففيه خمسة أوجه :

أحدها : يصحّ ، ولا [٩] يثبت الشفعة حذارًا [١٠] من وصول المحاباة ، والشفعة على

---

(١) في (أ) : « الإمهال » .

(٢) قوله : « كان » ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « الشفعة » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « قال : وكيف » .

(٦) في (أ) : « الثمن » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « ولو » .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « فلا » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) في الأصل : « حذرًا » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

الجملة تسقط بأعذار ، فهذا من جملتها (١) .

والثاني : يصحّ ، وتثبت الشفعة ، وتكون المحاباة من المريض مع الأجنبي لا مع الوارث ، وحَسْمُ الحيلِ غير ممكن (٢) .

والثالث : لا يصحّ البيع ؛ إذا لو صح لاستحال (٣) نفيُ الشفعةِ واستحال إثباتُها أيضًا ، وما أدى إلى محال فهو محالٌ .

والرابع : أن هذه الإحالة في النصف ، فيصحُّ البيع على النصف بألف ، وتبطل في الباقي .

والخامس : أن الإحالة في حق الشفيع ، فيأخذ النصف بألف ، ويترك الباقي على المشتري .

العاشر : تساوق رجلان إلى مجلس الحكم ، [و] (٤) هما شريكان في دار ، يزعم كل واحد [منهما] (٥) أنه السابق في الشراء ، وأنه يستحق نصيب الآخر بالشفعة : فيعرض (٦) اليمين (٧) عليهما ، فإن تحالفا أو تناكلا : تساقط قولهما . وإن حلف أحدُهما : أَخذ نصيب الآخر .

وإن أقام كلٌّ واحد بينةً ، نظر إلى التاريخ ، فإن أَرَّخَا بيومٍ واحد فوجهان :

أحدهما : يتساقطان ، فكأن لا بينةَ [على الآخر] (٨) لأنه لا فائدة .

الثاني : أنه يحكم بهما ، ويُقَدَّر جريانُ العقدين معًا ؛ فلا شفعة لأحدِهما على الآخر ؛ إذ ليس أحدُهما قديمًا بالإضافة إلى الآخر (٩) .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « جملته » ، والمثبت من (أ) .

(٢) هذا الوجه الثاني هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٨٢) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « استحال » ، والمثبت من (أ) . (٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) . (٦) في (أ) ، (ب) : « فتَعْرِض » .

(٧) كلمة : « اليمين » ليست في (ب) . (٨) زيادة من (ب) .

(٩) قال في الروضة : « ولو عَيَّنَتِ البينتانِ وقتًا واحدًا ، فلا منافاةَ ؛ لاحتمالِ وقوع العقدين معًا ، ولا شفعة لأحدٍ منهما ؛ لوقوعِ العقدين معًا . وفي وجه : تَسْقُطَانِ . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٨٣) .

الباب الثاني : في كيفية الأخذ وحكم المأخوذ [منه] (١)

(وفيه ثلاثة فصول)

[الفصل] (٢) الأول : فيما يحصل به الملك

ولابد من رضا الشفيع ؛ فإنه غير مجبر ، ولا يُشْترط رضا المشتري ، فإنه مقهور ، ولا يكفي قول الشفيع : أخذتُ وتملكتُ وأنا طالب ، بل يحصل الملك (٣) بأمرين (٤) :

أحدهما : بَذْل الثمن .

والآخر : تسليم (٥) المشتري الشقصَ إليه راضيًا بذمته .

فإن وُجِدَ الرضا دون تسليم الشقص والثمنِ ، فوجهان :

أحدهما : يحصل ؛ لأنه معاوضة ، فبعد التراضي لا يُشْترط القبض (٦) .

والثاني : لا ؛ إذْ لا عبرةَ برضا المشتري وهو مقهورٌ ، فلابد من أمرٍ زائدٍ ، وهو تسليم الشقصِ أو أَخْذُ الثمنِ .

ولو رفع الشفيعُ الأمرَ إلى القاضي وطلب (٧) ، وقضى له القاضي ، ففي حصول الملك وجهان (٨) .

ولو أشهد على الطلب ، ولم يَقْضِ القاضي ، فوجهان مرتبان ، وأولى بأنْ لا يحصل . ثم إنْ

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) زيادة من (أ) .

(٣) كلمة : « الملك » ليست في (أ) .
(٤) في (أ) : « بأحد أمرين » .

(٥) في (أ) : « أن يُسلم » .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٨٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٠) .

(٧) في (أ) : « فطلب » .

(٨) وأصح هذين الوجهين هو حصول الملك . انظر : الروضة : (٥ / ٨٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٠٣) .

قصَّر في تسليم الثمن بطل ملكُه بطريق التبين [له] (١) أم (٢) بطريق الانقطاع ؟ فيه وجهان .

هذا إن (٣) رضي المشتري ، فإنْ أبى إلا أَخْذَ الثمن ، فهل يبقى خيارُ الشفيع إلى أنْ يسلم الثمن ؟ فيه وجهان ، والأظهر : أن الملك لا يحصل بالقضاء والإشهاد .

وإن حصل ، فلا يبقى الخيار ، ويمتنع التصرف على المشتري وفاءً بتحصيل الملك ، وعلى الأحوال [كلها] (٤) فللمشتري حَبْسُ الشقص إلى تسليم الثمن ، بخلاف البائع فإن فيه أقوالًا ؛ لأنه رضي بزوال الملك .

فرع :

هل تلتحق معاوضةُ الشفيع (٥) بالبيع في ثبوت خيار المجلس من جانب الشفيع بعد التملك ؟ فيه وجهان ذكرناهما في أول البيع (٦) .

ووجه الفرق : أن إثبات خيار المجلس من أحد الجانبين بعيد . ولا خلاف في أن خيار الشرط لا يثبت .

وكذا الخلاف في أنّ تصرف / الشفيع قبل القبض وبعد التملك هل ينفذ (٧) ؟ ١٠٩/أ

ووجه الفرق : أنّ ملك الشفعة كأنه ملك بناء قهري يُضَاهي الإرثَ ، بخلاف البيع . وكذا ثبوت (٨) الملك بالشفعة فيما لم يُر ، فيه خلاف مرتب على البيع ، وأولى بالثبوت .

فإن أثبتنا الملكَ ، فله الخيار عند الرؤية ، وللمشتري الامتناعُ عن قبول الثمن إلى أنْ يراه الشفيع ؛ فإنه لا يثق بالتصرف في الثمن .

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) : « أو » .

(٣) في (أ) : « إذا » . (٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « الشفعة » .

(٦) قال في الروضة : « يثبت خيارُ المجلس للشفيع على الأصح المنصوص ، وعلى هذا فيمتد إلى مفارقتِه المجلسَ . وهل ينقطع بأنْ يفارقه المشتري ؟ وجهان . قلتُ : الذي صححه الأكثرون : أنه لا خيارَ للشفيع ، وممَّنْ صححه صاحبُ « التنبيه » والفارقي ، والرافعي في « المحرر » وقطع به البغوي في كتابيه « التهذيب » و « شرح مختصر المزني » ، وهو الراجح أيضًا في الدليل ، والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٨٥) .

(٧) الأصح : أنه لا ينفذ . انظر : الروضة : (٥ / ٨٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠١) .

(٨) كلمة : « ثبوت » ليست في (أ) .

الفصل الثاني : فيما يبذل من الثمن

وفيه مسائل :

الأولى : أن الشفيعَ يأخذ الشِّقْصَ بما بذله المشتري ، إن كان مِثليًّا فبمثله ، وإن كان مُتقوَّمًا فبقيمتِه يومَ العقد ليُجبر ما فات عليه إذا أَخذ ما حصل له .

وإذا [١] كان الثمنُ مائةَ منًا [٢] من الحِنطة : قال القفَّال والأئمة : يُكال ويُسَلَّم مثله كَيْلًا ، فإن المماثلةَ في الرِّبويات بمعيار [٣] الشرع .

وطَردوا هذا في إِقراض الحِنْطة بالوزن ، ومنعوه .

وقال القاضي : يَكفى الوزن في مسألتنا [٤] ، إِذِ المبذولُ في مقابلة الشِّقْص وقدرِ الثمن معيارُه لا عِوَضُه ، وكذا في القَرْض ، فإنه لو كان معاوضة لَشُرِطَ التقابضُ في المجلس .

الثانية : اشترى شقصًا بألفٍ إلى سنة ، فثلاثة أقوال : الجديد - وهو الأصح [٥] - : أن الشفيع يتخير [٦] بين أن يُعَجل الألف ويأخذ ، أو يؤخر إلى حلول الأجل فيأخذ ويسلّم بعد الحلول ؛ إذ إثبات الأجل عليه يَضُرّ بالمشتري ، فإنه قد لا يرضى بذمته .

وعلى هذا ، إنْ أَخَّر وأَشْهد [٧] على الطلب لم تبطل شفعتُه . وإن لم يُشْهد فوجهان ، ووجْهُ بقاء الشفعة : أنه معذور .

ولو مات المشتري وحَلّ عليه الدَّين لم يُحَلْ على الشفيع ، لأنه حيٌّ ، فهو كضامنٍ لدَيْنٍ مؤجل مات المضمونُ عنه .

---

(١) في (أ) : « وإن » .　　(٢) في (أ) : « مَنِ » .

(٣) في (ب) : « معيار » .

(٤) وهذا الأصح . انظر : مغني المحتاج : (٢ / ٣٠١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٠٤) .

(٥) ذكر في الروضة أنه الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٨٧ ، ٨٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠١) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « يخير » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « فأشهد » .

والقول الثاني حكاه حَرْمَلَةُ : أنه يملك الشفيع بثمن في ذمته مؤجل ، كما لو [١] ملكه المشتري ، ثم إن كانَ مَلِيًّا ، أو [٢] كان له كفيل ، سلم إليه الشقص ، وإلا فلا ، وهو مذهب مالك [٣] .

ومن الأصحاب مَنْ لم يشترط الكفيل واليسار ، وقال : هو كالمشتري .

الثالث - حكاه ابن سُريج - : أن الشفيع يأخذ في الحال بعوض يساوي ألفًا إلى أجل ، إذِ التأخيرُ إضرارٌ ، وتكليفُه [٤] النقدَ إضرارٌ ، وتنقيصُ النقد عن المبلغ وقوعٌ في الربا ، فهذا هو الأقرب .

الثالثة : إذا اشترى شَقْصًا وسيفًا بألف ، وقيمةُ السيف مائةٌ ، وقيمةُالشَّقْصِ مائتان ، أخذ الشَّقْص بثلثي الألف ، وترك السيف بالباقي ، ثم لم يكن للمشتري خيارُ التبعيض ؛ لأنه دخل [٥] على بصيرةٍ من الأمر .

ولو انهدم [٦] الدار قبل الأخذ ؟ نقل المزني : أنه يأخذ بكل الثمن [٧] ، ونقل

---

(١) قوله : « لو » ليس في (أ) . (٢) قوله : « أو » ليس في (أ) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن من اشترى نصيبًا تجب فيه الشفعة بدين - كأن اشترى شقصًا بألف إلى سنة مثلًا - وأراد الشفيع الأخذ بالشفعة ، ففيه ثلاثة أقوال :

أظهرها : أن الشفيع يتخيّر ، إن شاء عجل الثمنَ وأَخذ الشقصَ في الحال ، وإن شاء صبر إلى أنْ يحلّ الأجل ، فحينئذٍ يبذل الألفَ ، ويأخذ الشقص ، وليس له أن يأخذ بألفٍ مؤجل .

والثاني : أن الشفيع له الأَخذُ بألفٍ مؤجل إن كان مَلِيًّا ، أو لم يكن وكان له حميل مليّ ثقة فيسلم إليه الشقص ، وإلا فلا . وهذا هو مذهب المالكية .

والقول الثالث : أن الشفيع يأخذ بعوض يُساوي ألفًا إلى سنة . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٨٧ ، ٨٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٠٦) ، الكافي : (٤٤٣) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٣ / ٤٧٨) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « تكليف » ، والمثبت من (أ) .

(٥) كلمة : « دخل » ليست في (أ) . (٦) في (أ) : « انهدمت » .

(٧) انظر : مختصر المزني : (٣ / ٥٢) .

الربيع : أنه يأخذ بحصته . فاختلف [1] طرقُ الأصحاب في تنزيل النصين ، والأقربُ من جملة ذلك : أنه إن ارتَّجت الدار ولم ينفصل منها شيء فهو عيبٌ محض ، فيأخذ بكل الثمن كما يأخذ المشتري المبيعَ قبل القبض إذا تعيَّبَ .

وإن انهدم نُظر ، فإنْ فات بعضُ العرصة بسيلٍ يغشاه [2] مع بعض البناء ، أخذ الباقي بحصته .

فإن [3] كان جميع العرصة باقيةً ، نُظِرَ ، فإنْ تلف بعض [4] النقض ، فيبني على [5] أن السقوف [6] من الدار ، كاليد من العبد ؟ أو كأحد العبدين في مقابلته بقسطه [7] من الثمن ؟ فيه قولان :

فإن قلنا : كاليد ، فهذا [8] تعيُّبٌ ، فيأخذ بالكل ، كما قاله المزني .

وإن قلنا : كأحد العبدين ، فيأخذ الباقي بحصته [9] .

وإن كان النقض قائمًا ، فقد صار منقولًا في الدوام ، ولا [10] شفعة في المنقول ، ففي بقائه في الاستصحاب قولان ذكرناهما ، ويدل عليهما هذه النصوص [11] .

فإن قلنا : يُؤخذ النقض ، فيؤخذ الجميع بكل الثمن ، إذ يبقى الانهدامُ عيبًا مَحْضًا .

وإن قلنا : لا يؤخذ النقض ، وجعلناه كأحد العبدين ، أخذ الباقي بحصته .

وإن قلنا : إنه كاليد ، احتمل القولين ، إذ يبعد أن يفوز المشتري بشيء مجانًا .

---

(١) في (أ) : « واختلف » .

(٢) في (ب) : « تغشاه » .

(٣) في (أ) : « وإن » .

(٤) كلمة : « بعض » ليست في (أ) .

(٥) قوله : « على » ليس في (أ) .

(٦) في (ب) : « السقف » .

(٧) في (أ) : « بقسط » .

(٨) في (ب) : « فهو » .

(٩) هذا هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٨٩) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « فلا » .

(١١) أظهر هذين القولين : أن الشفيع يأخذ النقض . انظر : الروضة : (٥ / ٨٩) .

وكذا الخلاف لو تلف النقص بجناية أجنبيٍّ وحصل الغرم للمشتري .

الرابعة : إذا اشترى الشقصَ بألف [١] ، ثم انحطت مائة [٢] : فللحطِّ أربعةُ أسباب :

الأول : أن يكون بإبراءِ البائع ، فإن كان بعد اللُّزوم فهو مسامحةٌ مع المشتري لا يلحق الشَّفيع ؛ خِلافًا لأبي حنيفة رحمه اللّه [٣] .

وإن كان في زمان الخيار : فالأظهرُ أنه يلحقه .

وقال العراقيون : يَنْبني [٤] على أقوال المِلْك ، فإن قلنا : الخيار لا يَمْنع المِلْكَ فيصح الإِبْراءُ ، وفي اللُّحوق بالعقد والشفيع وجهان .

وإن قلنا : يمنع المِلك ، فلم يستحق البائعُ [٥] الثمنَ ، ففي نفوذ الإِبراء خلافٌ ، فإنْ صَحَّ فيلحق الشفيع . والأصح : صحة الإبراء واللحوق ؛ لأنه [يمكنه] [٦] في الابتداء [أن] [٧] تصير الزيادة وسيلة إلى دفع الشفعة ، فيباع بأضعاف الثمن ويبرأ في المجلس .

السبب الثاني : أن يجد البائع بالثمن عيبًا .

فإن كان الثمنُ عبدًا ، فإن رَدَّه قبل أَخْذِ الشفيع فهو أولى أم [٨] الشفيع ؟ فيه قولان

---

(١) في (أ) : « بحائة » . (٢) في (أ) : « عشرة » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه إذا حَطَّ البائعُ عن المشتري بعضَ الثمن – وكان ذلك بعد لزوم العقد – فإن هذا يكون مُسامحةً من البائع للمشتري ولا يَستفيد الشفيعُ من هذا الحطّ . وكذلك الحال بالنسبة للزيادة في الثمن بعد اللزوم ، وسواء حط الكل أو البعض .

ومذهب الحنفية : أنه إذا حط البائعُ عن المشتري بعضَ الثمن ، فيسقُط ذلك الجزء من الثمن عن الشفيع ، وإن حطّ جميعَ الثمن فلا يَسْقط عن الشفيع ، وإذا زاد المشتري البائعَ في الثمن فلا تلزم الزيادةُ الشفيعَ . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٩٠) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٤٦) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٦٥ ، ٦٦) . (٤) في (أ) : « يُبْتَنَى » .

(٥) كلمة : « البائع » ليست في (ب) . (٦) زيادة من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « أو » ، والمثبت من (أ) .

مرتَّبان على المشترِي إذا أراد ردَّ الشقص بالعيب .

والأَوْلى ها هنا تقديمُ البائع ، فإنه لا حقَّ للشفيع عليه ، ولم يُسلَّم له العبد (1) .

وإن (2) وجد العيب بعد أَخْذ الشفيع ، فالصحيحُ : أن الشفعةَ لا تنقض (3) .

ولكنْ يردُّ العبدَ ويرجع إلى قيمة الشَّقْص ، فإن كان تسعمائة ، أو كان/ألفًا ١٠٩/ب ومائة ، فهل يجري التراجع من (4) الشفيع والمشتري بالزيادة والنقصان ؟ وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن الشفعةَ بناءٌ على العقد ، وهذا أمرٌ حادث (5) .

والثاني : نَعم ، يرجع الشفيعُ على المشتري إن نقص ، والمشتري على الشفيع إن (6) زاد ، إِذْ صار هذا مقام الشقص به على المشترِى .

السبب الثالث : المسألة بحالها ، وقد طرأ على العبد عَيْبٌ حادِث منع الردَّ ، فطالبَ البائعُ المشتريَ بالأَرش ، فقد (7) استمر بمقدار (7) الثمن .

فإن رضي بالعيب ، فهل يُقتصر من الشفيع بقيمة (8) المعيب ؟ فيه وجهان (9) من

---

(1) الأظهر عند الجمهور : أنَّ الأولى تقديمُ الشفيع ، وما ذكره الغزالي محكي عن الإمام طريقًا جازمًا . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٧٥ ، ٧٦ ، ٩٠) .

(2) في (أ) : « فإن » .

(3) وهذا هو المشهور . انظر : الروضة : (٥ / ٩٠) .

(4) في (أ) : « بين » .

(5) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٩٠) .

(6) في (ب) : « إذا » .

(7) في (أ) : « استقر مقدار » .

(8) في (أ) : « على قيمة » .

(9) قال في الروضة : « ولو رضي البائعُ ولم يردَّه ، ففيما يجب على الشفيع وجهان :

أحدهما : قيمة العبد سليمًا .

والثاني : قيمتُه معيبًا ، حتى لو بذل قيمة السليم ، استرد قِسْطَ السلامة من المشتري ، وبالأول قطع البغوي ، وغلَّط الإمامُ قائلَه » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٩١) .

حيث إنه قد يُظَنُّ أن هذه [1] مسامحةٌ مع المشترِي على الخصوص .

السبب الرابع [2] : أنْ يجد المشتري [3] عيبًا بالشقص [3] :

فإن كان بعد أَخْذ الشفيع : فلا ردّ له ولا أَرْشَ ؛ لأنه روّج على غيره كما روّج عليه ، إلا [4] أن يرد الشفيع عليه بالعيب ، فعند ذلك له الردُّ على البائع .

فإنْ وجد العيب قبل أَخْذِ الشفيع وقد حَدَث به عيبٌ مانع ، فاستردَّ الأرش ، فهذا يلحق الشفيع قطعًا ؛ لأنه موجب العقد في عين الشقص .

ولو [5] تصالحا على عوضٍ - وصُحِّحَ الصلح - : ففي لحوق ذلك بالشفيع وجهان [6] ؛ إذ قد يظن أنه عوضٌ عن حق الخيار .

الخامسة : إذا اشترى بكفٍّ من الدراهم مجهولة [7] المقدار : نصّ الشافعي - رضي اللّه عنه - على سقوط الشفعة ؛ إذِ الأَخْذُ بالمجهول غير ممكن [8] .

نعم ، لو ادعى على المشتري العِلْمَ به ، فيحلف على نَفْي العلم .

وقال ابن سريج : لا تسقط [9] الشفعة ، بل يُعَيِّنُ الشفيعُ قدرًا ويحلف المشتري عليه ، فإنْ أَصَرَّ على قوله : لاأعرف ، جُعل ناكلًا ، وحَلف [10] الشفيعُ .

فإن حلف على مقدارٍ يُظَنّ [11] أنه صَدَق [11] فيه ، فقد استحق .

---

(١) في (أ) : « هذا » .
(٢) كلمة : « السبب » ليست في (أ) .
(٣) في (ب) : « بالشقص عيبًا » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « إلى » .
(٥) في (أ) : « فإن » .
(٦) أصح هذين الوجهين : أنه يلحق بالشفيع . انظر : الروضة : (٥ / ٩١) .
(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « مجهول » ، والمثبت من (أ) .
(٨) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٩٢) .
(٩) في (ب) : « يسقط » .
(١٠) في (أ) : « ويحلف » .
(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « له » ، والمثبت من (أ) .

وإن حلف المشتري على [1] أن ما عَيَّنَه الشفيعُ هو دون ما اشتراه به [2] ، ولكنه لا يَدْري قَدْرَ الزيادة ، فيقال للشفيع : زِدْ وادَّعِ ، إلى أن يحلف المشتري أو يَنْكُل ، وهو كما لو ادعى ألفًا على إنسانٍ دَيْنًا ، فقال المدعى عليه : لا أدري مقدارَه ، فإنه لا يُسمع ، بل يُجعل ناكلًا إن استمرَّ عليه . والمذهب : الأول [3] .

السادسة : الشفيع يُسلِّم الثمنَ إلى المشتري ، والمشتري إلى البائع ، ولا معاملة بين الشفيع والبائع . هذا هو المذهب .

وفيه وجه : أنه يُسلّم إلى البائع ، وكأن المشتري عَقَدَ له .

ولو كان المبيعُ في يد البائع ، وتعلَّل المشتري [4] به لم يكن ذلك عذرًا ، فإنه إذا سلَّم الثمن أُجْبِر البائعُ على أَخْذِ الثمن ورَفْعِ اليد .

ولو [5] خرج الثمنُ مُستحقًّا نُظر : إن خرج ثمنُ العقدِ مُستحقًّا فقد بَانَ بطلانُ العقدِ وانتفاءُ الشُّفْعة .

وإن خرج ثمنُ الشفيع مُستحقًّا بعد أن أخذ ، فإن لم يعرف الشفيع فهو معذور ، والقولُ قولُه أنه لم يعرف .

ولكن ، هل يتبيَّنُ أنه لم يحصل ملكه بذلك الثمن ، وإنما يحصل بالثاني ؟ فيه [6] وجهان [7] .

---

(١) قوله : « على » ليس في (أ) . (٢) قوله : « به » ليس في (أ) .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٩٢) ، ومغني المحتاج : (٢ / ٣٠٢ ، ٣٠٣) ، ونهاية المحتاج : (٥ / ٢٠٨) .

(٤) في (ب) : « الشفيع » . (٥) في (أ) : « فلو » .

(٦) قوله : « فيه » ليس في (أ) .

(٧) قال في الروضة : « ثم في حالة الجهل والعلم ، إذا قلنا : لا يبطل حقُّه ، هل نتبينَّ أنه لم يملك بأداء المستحقّ ، ويَفْتقر إلى تملُّك جديد ، أم نقول : قد ملكه والثمنُ دَيْنٌ عليه ؟ فيه وجهان . قال الغزالي : أصحهما : الثاني ، وهو خلافُ المفهوم من كلام الجمهور ، ولا سيما في حالة العلم » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٩٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٣) .

(١ وإن عَرَف كونَه مستحقا ، ففي بطلان شفعتِه بتقصيرِه وجهان ١) ، ووجْهُ بقاءِ الحق : أنه لم يقصر في الطلب والأَخْذ [٢] .

ثم في تبيين بطلان الملك بالثمن المستحق وجهان مرتبان . وها هنا أولى بأنْ يتبين ويقال : حصل الملك بالثمن الثاني .

وتظهر [٣] فائدة ذلك في ارتفاع الملك [٤] وزيادته .

ولو [٥] خرج الثمن زيوفًا [٦] لا يبطل الملك الحاصل ، ولا حَقُّ الشفعةِ [٧] ؛ لأنّ ذلك مما يمكن الرضاء [٨] به .

فرع : لو خرج الشقص مستحقًّا بعد أنْ بنى فيه الشفيعُ ، نَقَض المستحِقُّ بناءَه مجانًا .

قال القاضي : ويرجع الشفيع على المشتري بأرش النقض إذا قلنا : يرجع المشتري على الغاصب ؛ أخذًا من قاعدة الغرور .

وفيه إشكال ؛ لأن المشتري مقهورٌ ها هنا ، فكيف يُحَال الغرور إليه [٩] ؟ ثم قد يكون جاهلًا .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (أ) .

(٢) والأصح : أن الشفعة لا تبطل . انظر : الروضة (٥ / ٩٣) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « الأظهر » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في نسخة أخرى : « القيمة » ، كذا على هامش الأصل .

(٥) في (أ) : « فلو » .

(٦) في (أ) : « ربويًّا » .

(٧) في (أ) : « للشفعة » .

(٨) في (أ) : « الرضا » ، بدون الهمزة .

(٩) في (أ) : « عليه » .

فإن [1] كان مقهورًا لم ينقدح الرجوع ، وإن رضي بالثمن أو طَلَبه [2] : انقدح . ثم إن كان جاهلًا انقدح أنْ يرجع هو به على البائع ، فإنه منشأ الغرور .

السابعة : [أن] [3] يزيد الثمن على الشفيع ؛ بأنْ يبني المشتري [4] ويغرس ، فليس له قَلْعُه [5] مجانًا ، بل عليه أنْ يبذل قيمته ، ويتملك عليه ، أو ينقضه بأرش ، أو يبقيه بأجرة ، كما يفعل المعير بالمستعير [6] ، خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله - فإنه قال : ينقضه مجانًا [7] .

فأما [8] زَرْعُه فَيُبْقيه بغير أجرة ؛ لأن أَمَدَه معلوم ، وكأن المنفعة كالمستوفاة بالزراعة ، فهو كما لو اشترى أرضًا مزروعة ؛ إذ الشفيع من المشتري كالمشتري من البائع ، وفي العارية تبقى بأجرة .

وقد خُرِّج في مسألتنا - أيضًا - منه وَجْهٌ ولكنه غريب .

وقد اعترض المزني على المسألة وقال : عند الشافعي - رضي الله عنه - لا يثبت

---

(1) في (أ) : « وإن » .

(2) في (أ) : « وطلبه » .   (3) زيادة من (أ) .

(4) كلمة : « المشتري » ليست في (ب) .

(5) كلمة : « قلعه » ليست في (أ) .   (6) في (ب) : « مع المستعير » .

(7) **مذهب الشافعية** : أن المشتري إذا بنى أو غرس في نصيبه بعد القسمة والتمييز ، ثم علم الشفيعُ لم يكن له قَلْعُه مجانًا ، وإن لم يخترِ المشتري القلْعَ فللشفيع الخيار بين إبقاء ملك المشتري في الأرض بأجرة ، وبين تملكه بقيمتِه يومَ الأخذ ، وبين أنْ ينقُضه ويغرم أَرْشَ النقض .

ومذهب الحنفية : أن المشتري إذا بنى أو غرس في نصيبه ثم قُضي للشفيع بالشفعة ، فهو بالخيار : إن شاء أَخَذَ بالثمن وقيمة البناء والغراس منقوضًا ، وإن شاء كلَّف المشتري قَلْعَ البناء والغراس الذي أنشأه دون مقابل . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٩٤ : ، ٩٥) ، مختصر الطحاوي : (١٢٣ ، ١٢٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٤٩) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٦٨ ، ٦٩) .

(8) في (أ) : « وأما » .

شفعة الجوار ، ولا يُتصور البناء على المشترك إلا بالرضا ، فإن لم يكن رضًا فهو عدوانٌ منقوض [١] .

فقال الأصحاب : يتصور بأن يقاسم الشريكُ المشتريَ على ظَنٍّ أنه وكيل البائع ، أو يكون غائبًا فيقسم القاضي عنه ، أو يكون قد وكّل وكيلًا في القسمة وهو غائب ، فلا يسقط حقه بشيء من ذلك .

فإن قيل : فالشفعة لرفع [٢] ضرر مؤنة الاستقسام ، وكيفما [٣] كان فقد انقطع ، وهو الآن جارٍ لا يحذر الاستقسام ؟

قلنا : ذلك يعتبر حالة الاستحقاق ، ودوامه حالة الأخذ لا تعتبر .

فإن قيل : فلو باع نصيبه مع الجهل بالشفعة ، ففي بطلان الشفعة خلافٌ لانقطاعِ السبب عن الأخذ ، فالانقطاعُ بالقسمة هلّا كان كالانقطاع بالبيع حتى يُخَرَّج على الخلاف ؟

قلنا : قطع الشافعي - رضي الله عنه - / ها هنا ؛ لأنه إن [٤] زالت الشركة بقي ١١٠/أ الجواز [٥] ، وهو نوعُ اتصالٍ كان شركة في الابتداء ، فلا ينقطع حكمها ما لم يزل تمام الاتصال ، فكأنّ الجواز يصلح للاستصحاب إن لم يصلح للابتداء .

أما تصرفاتُ المشتري بالوقف والهبة والوصية ، فكلُّها منقوضةٌ .

وإن باع ، فالشفيعُ بالخيار بين أن يأخذ بالثاني ، أو ينقض الثاني ويأخذ بالأول .

وعن أبي إسحاق المروزي : أنه لا ينقض بيعه ؛ لأن الأخذ به ممكن [كما] [٦] لا ينقض بناؤه مجانًا [٧] .

الثامنة : إذا تنازع المشتري والشفيعُ : فإن تنازعا في قَدْر الثمن ، فالقولُ قولُ

---

(١) انظر : مختصر المزني : (٣ / ٥٣) ، روضة الطالبين : (٥ / ٩٤) .

(٢) في (أ) : « لدفع » .

(٣) في (أ) : « فكيف » .

(٤) قوله : « إن » ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « الجواز » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٩٦) .

المشتري ؛ لأنه أعرف به ، والملكُ ملكُه ، فلا يُزَال إلا بحجة .

وإن أنكر المشتري كونه شريكًا ، فعليه إثباتُ كونِه شريكًا ، وإلا فالقول قول المشتري يحلف على [1] أنه لا يعلم [له] [2] في الدار شركاء [3] ، ولا يلزمه البَتُّ ، بخلاف ما لو ادعى ملكًا في يده ، فإنه يجزم اليمين على نَفْيِ ملك الغير ؛ لأن هذا يُنَزَّل منزلةَ نَفْي فعلِ الغير .

وإن أنكر المشتري الشراءَ ، فإن كان للشفيع بيّنة أقامها وأخذ الشقص ، والثمن يُسلّم إلى المشتري إن أقرّ ، وإن أصرَّ على الإنكار فثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يبقى في يد الشفيع [4] .

والثاني [5] : يحفظ كما يحفظ المال الضائع .

والثالث : أنه يجبر المشتري على القبول ؛ حتى تبرأ ذمةُ الشفيع ، ويحصل له الملك .

أما إذا لم يكن له بينةٌ ، وكان البائع مقرًّا :

فاختيارُ المزني : أنه تثبت الشفعة ؛ لأن البائع والشفيعَ متقارّان على أن قرار [6] الملك للشفيع ، فلم يمتنع بقول [7] مَنْ لا قرار لملكه .

والثاني - وهو اختيار ابن سريج ، ومذهب أبي حنيفة - : أنه لا يثبت ؛ لأنه فرع المشتري ، ولا يثبت الشراء إلا بقول المشتري أو بحجةٍ .

---

(١) قوله : « على » ليس في (أ) .　　(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « شركة » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٤ / ٣٥٨ ، ٣٥٩) ، (٥ / ٨٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٤٢ ، ٣٠٥) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « والآخر » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في الأصل : « إقرار » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) : « يقول » .

التفريع :

إن قلنا : له الشفعة ، فماذا يصنع بالثمن ؟ نظر ، إن [١] قال البائع : ما قبضتُ الثمن ، فيسلم إليه ، وفي كيفيته وجهان :

أحدهما : أنه يُسَلّم إليه ابتداءً ؛ لأنه الأقرب [٢] .

والثاني : أنه ينصب القاضي عن المشتري نائبًا ، ليقبض له ، ثم يُسلم [٣] عن جهته إلى البائع .

وفيه إشكال ؛ إذْ نَصْبُ النائبِ عمن ينكر الحقَّ لنفسه بعيدٌ .

وإن قال البائع : قبضتُ الثمن ، فوجهان :

أحدهما : أنه يترك في يد الشفيع ، فلعل المشتري يُقِرّ [٤] .

والثاني : يحفظه [٥] القاضي ، فإنه ضائع .

وقيل : إنه تسقط الشفعة إذا أقرَّ البائع بالقبض ؛ لِعُسْرِ الأمر .

* * *

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٩٩)

(٣) في (أ) : « يسلمه » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٩٩) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « يحفظ » ، والمثبت من (أ) .

الفصل الثالث : في الأخذ عند تزاحم الشركاء

وله ثلاث أحوال :

الحالة الأولى [1] :

إذا توافقوا في الطلب ، وَزَّعَ القاضي عليهم بالسّويّة ، فإن تفاوتتْ حصصُهم ، فقولان :

أحدهما : أنه يُوَزَّع على عدد الرؤوس ، وهو القول القديم ، وهو مذهب أبي حنيفة - رحمه اللّه - والمزني [2] .

والثاني : أنه يُوَزَّع على الحصص ، وهو الجديد ، وتوجيهُه مذكورٌ في الخلاف [3] .

فروع ثلاثة :

الأول : إذا مات الشفيع وخلف ابنًا وبنتًا ، وقلنا : الشفعةُ على قدر الرؤوس ، فها هنا في التفاوت وجهان ، ومأخذُه : أنّ الوارث يأخذ بشركته الناجزة ، أو يرث حقَّ الشفعة ؟ والأصح : أنه يرث ويتفاوتان للتفاوت في الإرث .

والثاني [4] : مات رجلٌ وخلف ابنين ودارًا بينهما ، فمات أحد الابنين وخلف ولدين فباع أحدهما نصيبه :

---

(١) كلمة : « الحالة » زيادة من (ب) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه إذا تساوى نصيبُ الشركاء - الشفعاء - فَيُوَزَّع الشقصُ المشفوع عليهم بالسّوية . وإن اختلف نصيبُ كلّ واحدٍ منهم ، فقولان :

أظهرهما - وهو الجديد - : أنّ الشفعة بينهم على قَدْرِ أنصبائهم .

والثاني : أنّ الشفعة بينهم على عدد رؤوسهم لا على تقدير أنصبائهم ، وهو مذهب المزني ، ومذهبُ الحنفية .

انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٠٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٥) ، ونهاية المحتاج : (٥ / ٢١٣) ، مختصر الطحاوي : (١٢١) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٤٤) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٦٦) .

(٣) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الروضة : (٥/ ١٠٠) ، مغني المحتاج : (٢/ ٣٠٥) ، ونهاية المحتاج : (٥/ ٢١٣) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « ولو » بدلًا من كلمة : « والثاني » ، والمثبت من (أ) .

فالجديد - وهو القياس الحق - : أن الشفعة يشترك فيها [١] أخوه وعمُّه .

والقول القديم : أن الأخ مقدم ؛ لقرب الإدلاء [٢] بالأخوة ، وهو بعيد .

الثالث [٣] : إذا باع أحدُ الشريكين نصيبَه من شخصين في صفقتينْ متعاقبتينْ ، ([٤] فإن المشتري [٤]) الأولَ شريكُه [٥] عند الشراء الثاني ، فهل يُساهم الشريك القديم ([٦] في الشفعة مع أن حصته التي بها استحقاقُه معرضة لِنَقْضِ الشريك القديم [٦]) ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا ؛ لأنه ملكٌ مُزَلْزَلٌ [٧] مُعَرَّضٌ للنقض ، فكيف يُنقض به غيرُه ، وهو غير مَصُونٍ عن النقض في نفسه ؟

والثاني : نعم ؛ لأنه شريكٌ حالةَ الشراء ، فتوقُّعُ زوالِ ملكه لا يَمْنعه من الحق .

والثالث : أن الشَّريك القديم إن عفا عن الشفعة في نصيبه فقد استقر ملكُه ، فله الأخذ ، وإن كان يأخذه [٨] فلا يَحْسُن الأخذ بالمأخوذ في نفسه [٩] .

الحالة الثانية : أن يعفو بعض الشركاء .

نُقَدِّم عليه ، أن المنفرد لو عفا عن بعض حقه سقط كلُّ حقه ؛ لأن التجزئة إضرارٌ بالمشتري ، وما امتنع تجزئتُه فإسقاطُ بعضِه إسقاطُ كلِّه كالقصاص ، وفيه وجهان غريبان : أحدهما : أنه لا يسقط شيءٌ أصلًا ؛ لأن مَبْنى القصاصِ على السقوط ، بخلاف الشفعة .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « فيهما » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « لأنه أقرب للإدلاء » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « الثاني » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « فالمشتري » .

(٥) في (أ) : « شريك » .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (أ) .

(٧) في (أ) : « متزلزل » .

(٨) في (ب) : « يأخذ بعض » .

(٩) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/١٠١) ، مغني المحتاج : (٢/٣٠٥) ، ونهاية المحتاج : (٥/٢١٣) .

والثاني : أنه يسقط ما أسقطه ، ويبقى الباقي إنْ رضي به المشتري (١) .

أما إذا عفا أحدُ الشركاء ، فالمذهب : أن الشريك الآخر يأخذ الكلَّ ، ويسقط حقّ المُسْقِط .

وقيل : إنه يأخذ الثاني نصيبَه .

وقيل : لا يَسْقط نصيب الآخرين ، كما في القصاص .

وقيل : لا يَسْقط حقُّ المسقط . والكلُّ بعيدٌ .

الحالة الثالثة : إنْ تغيّب بعضُ الشركاء : فالحاضر يأخذ ؛ حذارًا من التشطير على المشتري ، فإذا حضر الآخر شاطر الأولَ ، فإن حضر ثالثٌ قاسمهما / فإن أَخَّر الأولُ ١١٠ / ب تسليمَ كلِّ الثمن ، وقال : أؤخر إلى حضور الآخرين ، ففي بطلانِ حقِّه وجهان (٢) .

ثم إذا أخذ الثاني من الأول لم يطالبه بالغلة للمدة الماضية ؛ لأنه متملك عليه كما أن الشفيع متملك (٣) على المشتري .

فرع :

لا يجوز التبعيض على المشتري مهما اتَّحدت صفقتُه ، فإن تعددت الصفقة (٤) بتعددِ البائع ، أو بتعددِ المشتري ، فله أَخْذُ مضمونِ أحدهما ، وفيما [إذا] (٥) اتَّحد المشتري وتعددَ البائعُ وجه : أنه لا يأخذ إلا (٦) الكلَّ .

أما إذا اشترى شقصين من دارين ، والشريكُ فيهما واحدٌ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يأخذ الكلَّ ؛ حذارًا من تفريق الصفقة وهي متحدةٌ .

والثاني : له الاقتصارُ على واحد ، كما لو لم يكن شريكًا إلا في أحدهما (٧) .

---

(١) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٠١ ، ١٠٢) ، مغني المحتاج : (٥ / ٢١٤) .

(٢) أصح هذين الوجهين : أنه لا يبطل حقه . انظر : الروضة : (٥ / ١٠٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٦)، نهاية المحتاج : (٥ / ٢١٤) .

(٣) في (أ) : « يتملك » .

(٤) كلمة : « الصفقة » ليست في (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) قوله : « إلَّا » ساقط من (أ) .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٠٦ ، ١٠٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٦ ، ٣٠٧) .

الباب الثالث : فيما يسقط [1] به حق الشفعة

وقد اخْتَلَف في مُدَّتِهِ قولُ الشافعي - رضي الله عنه - [2] ، فالصحيح [3] - وهو الجديد - : أنه على الفور [4] ؛ لقوله - عليه السلام - : « الشفعة كَحَلِّ العقالِ [5] » ، ولأنه قريبُ الشبهِ من الردّ بالعيب ، فإنه نقض ملك لدفع ضرره [6] .

والثاني - وهو الذي رواه حرملة - : أنه يتمادى [إلى] [7] ثلاثة أيام ؛ لأن التأبيدَ إضرارٌ بالمشتري ، وإيجابُ الفورِ إضرارٌ [8] بالشفيع ، فإنه قد يحتاج إلى رَوِيَّة ، ومدةُ النظرِ في الشرع ثلاثةُ أيام ؛ بدليل مدة الخيار .

ويطرد هذان القولان في قتل المرتد ، وتاركِ الصلاة ، وطلاقِ المؤلي ، ونَفْي الولد باللعان ، وفَسْخ الزوجة بإعسار الزوج ، وخيار الأمة إذا عَتَقَتْ .

والثالث : أنه على التأبيد ، كحق القصاص ، وهذا القول لا يطرد إلا في خيار الأمة .

---

(١) في (ب) : « سقط » .

(٢) انظر : الأم : (٣ / ٢٣١) ، مختصر المزني : (٣ / ٥٠) ، وروضة الطالبين : (٥ / ١٠٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٧) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والصحيح » .

(٤) وهذا هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٠٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٧) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢١٥ ، ٢١٦) .

(٥) الحديث أخرجه ابن ماجه : (٢ / ٨٣٥) (١٧) كتاب الشفعة (٤) باب طلب الشفعة (٢٥٠٠) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ١٠٨) كتاب الشفعة - باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة . وانظر : كنز العمال للهندي : (٧ / ٤) حديث رقم : (١٧٦٨٦) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣ / ٥٦) حديث رقم : (١٢٧٨) .

وقال ابن حجر في التلخيص الحبير : إسناده ضعيف جدًّا ، وقال البزار في راويه محمد بن عبد الرحمن البيلماني : مناكيرُه كثيرةٌ ، وأورده ابنُ عدي في ترجمة محمد بن الحارث رواية عن ابن البيلماني ، وحكى تضعيفَه وتضعيفَ شيخه ، وقال ابن حبان : لا أصل له . وقال أبو زرعة : منكر ، وقال البيهقي : ليس بثابت .

(٦) في (أ) : « ضرر » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) كلمة : « إضرار » ليست في (ب) .

وعلى هذا اختلفوا في أمرين :

أحدهما : أنه يسقط بصريح الإبطال ، وهل يسقط بدلالة الإبطال؛ كقوله : بِعْه مِمَّنْ شئتَ ؟ فيه وجهان .

والثاني : أن المشتري هل يرفع الشفيع إلى القاضي ليأخذ أو يسقط ؛ حتى يكون على ثقة في (١) التصرف ؟ فيه قولان .

والتفريع بعد هذا على الصحيح ، وهو أنه على الفور . فيسقط بكل ما يُعَدّ (٢ في العرف ٢) تقصيرًا في الطلب ، وما لا يُعد تقصيرًا ، فلا . وبيانُه بسبع صور :

الأولى : أنه (٣) إذا بلغه الخبر فينبغي أن يُشْهد على الطلب ، وينهض إلى طلب المشتري ، أو يبعث وكيلًا .

فإن كان عاجزًا عن طلبه بمرض ، أو حبسٍ في باطل ، فإنه إن كان في دَيْن حقٍّ فهو غير (٤) قادر على الأداء ، أو كان المشتري غائبًا ، ولم يجد في الحال رفقةً يخرج معها وكيلُه فلا يسقط حقّه ، فإنه معذور .

فإن (٥) كان المشتري حاضرًا ، فخرج بنفسه ولم يشهد ، فالمذهب : أنه ليس بتقصير ، وإن لم يخرج بنفسه لعذر (٦) ، وقدر على التوكيل فلم (٧) يوكل ، فثلاثةُ

---

(١) في (أ) : « من » .

(٢) قوله : « في العرف » ليس في (أ) .

(٣) قوله : « أنه » ليس في (أ) .

(٤) قوله : « غير » ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « وإن » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « بعذر » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « ولم » .

أوجه[١] ، الثالث : أنه كان يلزمه فيه[٢] [٣] مِنّة أو مؤنة [٣] ، فهو معذور ، وإلا فلا .

فإن عجز عن التوكيل فَلْيُشْهد ، فإن لم يفعل فقولان :

أحدهما : أن الإشهاد مستحبّ[٤] ؛ قطعًا للنزاع ، وإلا فلا حاجة إليه .

والثاني : أنه في الحال لا أقل من الإشهاد إذا لم ينهض للطلب[٥] .

الثانية : [أنه][٦] لو كان في حمّام ، أو على طعام ، أو في نافلة ، فالأصح[٧] : أنه لا يلزمه القطع ومخالفةُ العادة ، بل يجري على المعتاد . وفيه وجه : أنه يلزمه ذلك تحقيقًا للبِدَار .

الثالثة : أنه[٨] لو أخَّر ثم قال : إنما أخرتُ لأنّي لم أُصَدّق المخبِر . نُظر[٩] ، فإن أخبره عدلان فلا يُعْذر ، وإن أخبره فاسق أو صبيّ أو كافر ومَنْ لا تُقْبل روايته فمعذور[١٠] .

وإن أخبره عدلٌ واحد أو عبيد ، ومن تُقْبل روايتُه لاشهادتهُ فوجهان . والأصح : أنه لا يُعذر .

ولو كذب المخبر وقال : بِيعَ بألفين ، فإذا هو بألف ، أو بالصحيح فإذا هو مكسّر ،

---

(١) أصح هذه الأوجه : أنه تبطل شفعته لتقصيره . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٠٧) .

(٢) قوله : « فيه » ليس في (أ) .

(٣) في (ب) : « مؤنة أو منّة » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يستحب » .

(٥) إذا عجز الشفيع عن التوكيل فَلْيُشْهِد ، فإن لم يُشْهِدْ ، قال في الروضة : « فَلْيُشْهِد على الطلب ، فإن لم يُشْهد بطلت على الأظهر أو الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٠٧) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) ذكر في الروضة : أنّ هذا الوجه هو الصحيح .انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٠٨) ، مغني المحتاج : (٢ /٣٠٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢١٧) .

(٨) قوله : « أنه » ليس في (أ) .

(٩) في (ب) : « نظرت » .

(١٠) في (أ) : « فهو معذور » .

أو بالمؤجل فإذا هو حالّ ، أو بالعكس ، أو بيع من زيد فإذا [هو] [١] من عمرو ، أو قيل : اشترى النصفَ بخمسين ، فإذا هو اشترى الكلَّ بمائة ، أو بيع بالدراهم فإذا هو بالدنانير ، أو بالعكس فَعَفا ثم تبينَّ كَذِب المخبر ، فحقُّه باقٍ وله الطلب . ولو أخبر أنه بيع بألف ، فإذا هو بألفين فعفا ثم طلب فلا ؛ لأنَّ مَنْ رغب عن ألفٍ فهو عن ألفين أرغب .

ولو قال : جهلتُ بطلانَ الحق بالتأخير ، وكان ممن يَشْتبه على مثله ، فهو أيضًا معذورٌ .

الرابعة : إذا ألفى [٢] المشتريَ فقال : السلام عليك ، جئت طالبًا ، لم يبطل [٣] حقه ؛ لأنه إقامةُ سُنّةٍ .

ولو قال : اشتريتُ رخيصًا وأنا طالب : بطل حقُّه لأنه اشتغل بفضولٍ لا فائدة له فيه .

فإن [٤] قال : بارك اللّه لك [٥] في صفقة يمينك ، وأنا طالب .

قال العراقيون : لا يبطل [٦] ؛ لأنه [٧] تهنئة ، وقياسُ المراوزةِ الإبطالُ لأنه فضول في هذا الموضع [٨] .

ولو قال : بِكَم اشتريت ؟ قال العراقيون : يبطل [٩] .

وقال المراوزة : لا ؛ لأنّ له غرضًا ، فلعله يستنطقه بالإقرار ويبينّ المقدار ؛ إذ [١٠] عليه تُبْتنى رغبتُه في الطلب [١١] .

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « لقي » .
(٣) في (أ) : « تبطل » .
(٤) في (أ) : « وإن » .
(٥) قوله : « لك » ليس في (ب) .
(٦) في (أ) : « لا تبطل » .
(٧) في (أ) : « لأنها » .
(٨) وقول العراقيين هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١١٠) .
(٩) في (ب) : « تبطل » .
(١٠) قوله : « إذ » ليس في (أ) .
(١١) قول المراوزة هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/ ١١٠) ، مغني المحتاج : (٢/ ٣٠٨) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٢١٨) .

الخامسة : إذا زرع المشتري الأرضَ ، ثم علم الشفيعُ فأخَّر تسليمَ الثمن ؛ لأنه لا ينتفع في الحال : لا يبطل حقّه ؛ لأنه لا يتحصل على فائدة في الحال ، ولكن ينبغي أن يعجل الطلب ويؤخر الثمن .

السادسة : لو باع ملكه (١ قبل الأخذ ، مع العلم بالشفعة ١) فهو إسقاط للشفعة ، وإن كان جاهلًا فقولان :

أحدهما : يسقط ؛ إذ لم يَبْقَ / شريكًا (٢) ، فلا [يبقى] (٣) ضرر عليه (٤) . ١١٢/أ

والثاني : أنه لا يبطل ؛ لأن الحق ثبت ، ولم يَجْرِ إسقاطُه (٥) فيبقى .

ومثُله جارٍ في الأَمَة إذا لم تشعر حتى عَتَق العبد ، والمشتري إذا لم يشعر بالعيب حتى زال .

السابعة : لا يجوز أخذ العوض عن حق الشفعة ، ولا عن [حق] (٦) حدِّ القذف ، ولا عن مقاعد الأسواق .

وقال أبو إسحاق المروزي : أنا أخالف الأصحاب في هذه المسائل الثلاث (٧) .

والمقصود : أنه لو صالح الشفيع بطلتْ شفعتهُ ، ولم يثبت (٨) العوض إن كان عالمًا بالبطلان . فإن (٩) ظَنَّ الصحةَ فوجهان ، والأولى أن لا يبطل .

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (ب) .

(٢) في (أ) : « شريك » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « عليه ضرر » . وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١١١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٨ ، ٣٠٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢١٨) .

(٥) في (أ) : « إسقاط » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١١١) .

(٨) في (أ) : « تثبت » .

(٩) في (أ) : « وإن » .

فرع :

إذا تنازعا في العفو ، فالقولُ قول الشفيع أنه عفا ، [(١)] فلو أقام [(١)] بينةً على أنه أخذ بالشفعة ، والشيءُ في يده ، وأقام المشتري بينةً على العفو ، فوجهان [(٢)] :

أحدهما : بينةُ الشفيع أولى ؛ لأنه صاحب اليد .

والثاني : بينةُ المشتري ؛ لأنه يشتمل [(٣)] على مَزِيدٍ ، وليس فيه تكذيبُ الآخر [(٤)] .

فلو شهد البائعُ على العفو قبل قبض الثمن لم يجز ؛ إذْ بَقِيَ له علقةُ الرجوع بالإفلاس .

وبعد القبض فوجهان [(٥)] من حيث توقُّعُ الترادّ بالأسباب .

ولو شهد بعضُ الشركاء على البعض بالعفو ، فإن [(٦)] كان قد عفا الشاهدُ قُبِلَتْ شهادتُه ، وإلا فلا ، فإنه يَجُرُّ إلى نفسه نفعًا ، والله أعلم بالصواب .

---

(١) في (أ) : « ولو قامت » . (٢) في (أ) : « ففيه وجهان » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأنها تشتمل » .

(٤) في (أ) : « الأخرى » ، وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١١٣) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « وجهان » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « إن » ، والمثبت من (أ) .

كتاب القراض

وفيه

ثلاثة أبواب

الباب الأول : في أركان الصحة

وهي ستة : العاقدان ، والعوضان ، ورأس المال ، وصيغة العقد .

ومستند صحة القراض : الإجماع . وقد عُرِفَ ذلك بما رُوِيَ أن عبد اللّه (١ بن عمر ١) ، وعبيد اللّه بن (٢) عمر لمّا انصرفا من غزوة (٣) نهاوند أتحفهما والي العراق بإقراض مالٍ من بيت المال ؛ لِيَشْتَرِيَا به أمتعةً فيربحان عليه ، ويُسَلِّمان قدر رأس المال إلى عمر ، فكلّفهما عمر – رضي اللّه عنه – رَدَّ الربح وقال (٤) : ما فَعَل ذلك إلا لمكانتكما مِنِّي (٥) ، فقال عبد الرحمن بن عوف : لو جعلته قراضًا على النصف ؟ ! فأجاب إليه (٦) .

فدل ذلك على أن القراض (٧كان بينهم معروفًا ٧) مفروغًا منه (٨) .

ولعل مستندهم فيه صحةُ المساقاة ؛ إذْ كلّ واحد منهما معاملةٌ يحتاج إليه (٩) رَبُّ المال لتنميته ، وهو عاجز عنه بنفسه لقصوره ، وعن (١٠) استئجار غيره لجهالة العمل . فنبدأ بالركن الأول ، وهو رأس المال ، وله أربعة شرائط :

---

(١) قوله : « بن عمر » ليس في (أ) . (٢) في (أ) : « ابني » .

(٣) في (أ) : « غزاة » . (٤) في (أ) : « فقال » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « لمكانكما مِنِّي » ، والمثبت من (أ) .

(٦) أخرجه مالك في الموطأ : (٢ / ٥٢٩) (٣٢) كتاب القراض (١) باب ما جاء في القراض ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ١١) كتاب القراض ، ومعرفة السنن والآثار : (٨ / ٣٢٢ ، ٣٢٣) حديث رقم : (١٢٠٦٥ ، ١٢٠٦٦) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣ / ٥٧) . قال ابن حجر : ورواه الدارقطني من طريق عبد اللّه بن زيد بن أسلم عن أبيه .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « منهم كان معروفًا » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « عنه » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في (أ) : « إليها » . (١٠) في (أ) : « عن » بدون الواو .

الأول : كونه نقدًا ، فلا يورد القراض إلا على النقدين ، وهي الدراهم والدنانير المسكوكة (١) ، أما النُّقْرة وسائر العروض فلا .

وكذا على المغشوش - على الصحيح - لأن النحاس فيه سلعة ، ولا يورد على الفلوس قطعًا .

وعلةُ هذا الشرطِ أمران :

أحدهما : أنَّ مقصودَ العقد الاتجارُ ، وإنما جُوِّز رخصةً ، وفي الإيراد على العروض تضييقٌ ، فقد لا تروج (٢) في الحال .

والثاني : أنه لابد عند القسمة من الردّ إلى رأس المال ليتبين الربح . فلو أورد على وقر حنطة ، وقيمتُه في الحال دينارٌ ، فقد يربح تسعة ثم تغلو الحنطة فلا يوجد الوقر (٣) إلا بعشرة دنانير فصاعدًا فيحبط الربح لا بخسران (٤) في التجارة .

الثاني : أن يكون معلومَ المقدارِ ، فلو قارض على (٥ صُبْرةٍ من الدراهم ٥) بطل ؛ لأن جهلَه يؤدي إلى جهل الربح وهو عوضٌ في العقد .

الثالث : التعيين : فلو أورد على ألف لم يُعَين : فَسَدَ ، إلا إذا عين في المجلس فيصح ، كبيع (٦ الدراهم بالدراهم ٦) .

ولو سَلّم إليه ألفين في كيسين ، وقال : أودعتُك أحدهما ، وقارضتك [على] (٧) الآخر ، ولم يُعَيِّنْ ، (٨ فوجهان في الصحة ٨) :

---

(١) في الأصل ونسخة من (ب) : « المسبوكة » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (ب) : « يروج » .

(٣) في (أ) : « وقر » .

(٤) في (أ) : « لخسران » .

(٥) في (أ) : « صبرة دراهم » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « الدرهم بالدرهم » ، والمثبت من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « ففي الصحة وجهان » .

أحدهما : الجواز ؛ للتساوي . والثاني : لا ؛ لعدم التعيين [١] .

ولو قارضه على ألف - وهو عنده وديعة - جاز ، وكذا لو كان عنده غصبًا . ولكن هل ينقطع الضمان ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ، كالرهن .

والثاني : نعم ؛ لأنّ الأمانةَ مقصودةٌ في هذا العقد ، فهو [٢] إلى الوديعة أقربُ [٣] .

وفي طريقة [٤] العراق ذُكِرَ الوجهان [٥] في صحة القراض ، ولعله غلط ؛ إذ لا مُستندَ لاشتراطِ عدمِ الغصب ، فإذا صحت الوديعةُ والرهنُ والوكالة فَبِأَنْ يَصِحَّ القراض أولى .

الرابع : أن يكون رأسُ المال مُسلَّمًا [٦] إلى العامل [٦] يدًا لا يداخله المالكُ بالتصرف واليد ، فلو شرط لنفسه يدًا ، أو [٧] تصرفا معه فهو فاسد ؛ لأنه تضييق ، وكذا إذا [٨]

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١١٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٢٢) .

(٢) في (أ) : « فهي » .

(٣) قال في الروضة : « ولو كانت دراهم في يد غيره وديعةً ، فقارضَه عليها : صَحَّ . ولو كانت غصبًا : صح على الأصح ، كما لو رهنه عند الغاصب . وعلى هذا لا يبرأ من ضمان الغصب كما في الرهن .

قلتُ : معناه : لا يبرأ لمجرد القراض .

أما إذا تصرف العاملُ فباع واشترى : فيبرأ من ضمان الغصب ؛ لأنه سلَّمه بإذن المالك ، وزالت عنه يَدُه ، وما يقبضه من الأعواض يكون أمانةً في يده ؛ لأنه لم يوجد منه فيها مُضمن ، والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١١٨) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « طريق » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « ذِكْرُ الوجهين » .

(٦) في (أ) : « للعامل » .

(٧) في (أ) : « و » .

(٨) في (أ) : « لو » .

شرط مراجعته في التصرف أو [١] مراجعة مشرفه . ولو شرط أن يعمل معه غلامه ، فالنصُّ : الجوازُ في المساقاة والقراضِ جميعًا ، وفيه وجه ؛ لأنَّ يدَ الغلامِ يَدُ المالك [٢] .

الركن الثاني : عمل العامل ؛ فإنه أحدُ العوضين ، وفيه ثلاث شرائط :

الأول : أن يكون تجارة أو من لواحقها . أما الحرف والصناعات فلا .

فلو سَلّم إليه دراهم ليشتري حنطةً ، فيطحن ويخبز ، ويكون الربح بينهما فهو فاسد ، وليس له إلا أجرة [٣] المثل ، بل إذا لم يشترط عليه فاشترى الحنطة وطحن وخبز انفسخ القراض ؛ لأن الربح حصل [٤] بالعمل والتجارة جميعًا ، [٥] وما ليس تجارة لا يُقَابل بالربح [٥] المجهولِ ، والتمييزُ غيرُ ممكنٍ .

أما النقل والوزن ولواحقُ التجارة فهي تابعة .

أما إذا سلم إليه مالًا لينقل إلى بلد ويشتري به سلعة ويبيع ، والربحُ بينهما : ففيه وجهان من حيث إن النقل عمل مقصود انضمّ [٦] إلى التجارة ، ولكنْ لما كان يُعْتاد / ١١٢/ب السفر في التجارة ترددوا فيه [٧] .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « ومراجعة » ، والمثبت من (أ) .

(٢) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١١٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٢٣) .

(٣) في (ب) : « أجر » .

(٤) في (ب) : « يحصل » .

(٥) في (أ) : « والتجارة لا تقابل بالربح » .

(٦) في (أ) : « يُضم » .

(٧) قال في الروضة : « الثانية : قارضَه على أن يَنْقل المالَ إلى موضع كذا ، ويشتري من أمتعته ثم يبيعها هناك ، أو يردَّها إلى موضع القراض ، قال الإمام : قال الأكثرون بفساد القراض ، لأن نَقْلَ المتاع من بلد إلى بلد عملٌ زائد على التجارة ، فأشبه شَرْطَ الطحن والخبز ، ويخالف ما إذ أذن له في السفر ، فإن الغرض منه نَفْيُ الحرج . وقال الأستاذ أبو إسحاق وطائفة من المحققين : لا يضر شرطُ المسافرة ، فإنها الركن الأعظم في الأموال النفيسة » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٤٧ ، ١٤٨) .

فرع :

لو قال : قارضتُك [١] على الألف الذي عليك فاقْبِضْه لي من نفسك ، واتَّجر فيه ، فهو فاسد ؛ إذ لا يصح قبضُه له من نفسه [٢] ، فلا يملك . فلو [٣] اشترى له بدراهمِ نفسهِ شيئًا ، فهو كما لو قال : اشترِ لي هذا الفرسَ بثوبك فَفَعَل ، ففي وقوعه عن الآمر وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن عوضَه ملكُ غيرِه .

والثاني : بلى ، ولكنْ يُقَدَّر انتقالُ الملك في العوض ضمنًا ، إما هبةً وإما [٤] قرضًا ، وفيه [أيضًا] [٥] وجهان .

الشرط الثاني : أن لا يُعَيِّن العمل تعيينًا مضيقًا ، فلو قال : لا تتجر إلا في الخز الأدكن والخيل الأبلق [٦] : فسد .

وكذلك إذا عين للمعاملة شخصًا ؛ لأنه قد لا يربح عليه . ولو عين جنس البز أو الخزّ : جاز ، ثم يتبع فيه موجب الاسم . فكلُّ ما يُسَمى بَزًّا يتصرف فيه ، وذلك معتادٌ لا تضييق فيه .

الثالث : إطلاق القراض . قال الشافعي - رضي اللّه عنه - : لا يجوز القراض إلى مدة [٧] ، فاتفق الأصحاب أنه لو أقّت إلى سنة وصَرَّح بمنع البيع بعده فهو باطل ؛ إذْ قد

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « قارضت » ، والمثبت من (أ) .

(٢) قال الحموي : « قوله في القراض : (ولو قال : قارضتك على الألف الذي لي عليك فاقبضه لي من نفسك واتجر فيه فهو فاسد إذ لا يصح قبضه له من نفسه) فإن قيل : لا تَعَلُّقَ لهذا الفرع بالركن المخصوص بعمل العامل كما لا يخفى بل هو من مسائل الركن الأول .

قال الحموي : له تعلق بالثاني من حيث إنه قال فيه : (واتجر فيه) أي اعْمَلْ فيه ، فإنه على هذا لا يصح لكونه قراضًا فاسدًا » . مشكلات الوسيط (١١٤ / ب - ١١٥ / أ) .

(٣) في (أ) : « ولو » .

(٤) في (ب) : « أو » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « البلق » .

(٧) انظر : الأم : (٣ / ٢٣٥) ، مختصر المزني : (٣ / ٦١) .

لا يَجِدُ راغبًا قبله .

وإن قال : لا تشترِ بعده ، وبِعْ أيّ وقتٍ شئتَ ، فوجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه تضييق .

والثاني : يجوز ؛ إذ له مَنْعُه من الشراء مهما أراد ، وليس له المنع من البيع [1] . فله أنْ يؤقت في الابتداء مالَه أن يفعل في الدوام .

ولو أطلق وقال : قارضتُك سنةً ، فطريقان :

أحدهما : البطلان ؛ تنزيلًا على الصورة الأولى .

والثاني : الوجهان ؛ تنزيلًا على الأخيرة [2] وترجيحًا لجانب الصحة [3] .

ولو قال : لا تتصرَّف إلا في الرطب ، فالمذهبُ جوازُه ، وإن كان ذلك يتضمن تأقيتًا بحكم الحال .

* * *

---

(١) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٢١ ، ١٢٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٢) ، ونهاية المحتاج : (٥ / ٢٢٥) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « الأخير » ، والمثبت من (أ) .

(٣) قال في الروضة : « ولو اقتصر على قوله : قارضتك سنةً : فسد على الأصح . وعلى الثاني : يجوز ، ويُحمل المنع من الشراء ، استدامةً للعقد » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٢٢) .

الركن الثالث : الربح

وهو العوض المقابل للعمل ، وجهالتُه والغررُ في وجوده ؛ للحاجة ، وله أربعة [1] شرائط :

الأول : الاستهام [2] ، فلو شرط للمالك فهو فاسدٌ .

وهل يستحق أجرةَ المثل على تصرُّفه ، فإنه يصح التصرف بحكم الإذن ؟ اختيارُ المزني أنه لا يستحق ؛ لأنه خاض في العمل غير طامعٍ في الربح [3] .

وقال ابن سريج : يَسْتحق ؛ لأنَّ العقد يقتضي العوضَ بوضْعِه ، فَشَرْطُ النفي لا يَنْفيه كالمهر في النكاح .

ولو شرط الكلَّ له فهو فاسد ، والربحُ كلُّه للمالك ، وليس للعامل إلا أجرة المثل فإنه طمع في عوض .

ولو قال : خُذِ المالَ وتصرَّفْ فيه [4] وكلُّ الربحِ لك [4] : فهو منزل على القرض ، فيكون الربح للعامل .

وإذا ذكر لفظ « القراض » لم يُنَزَّلْ على القرض على الصحيح من المذهب .

ولو قال : على أنّ النصف لي ، وسكت عن جانب العامل : لم يصحَّ على المذهب ؛ لأنّ الإضافة إلى العامل هي النتيجة الخاصة للقراض .

وقال [5] ابن سريج : يصح ؛ أخذًا من الفحوى والعرف .

---

(١) كلمة : « أربعة » ليست في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « الاستفهام » ، والمثبت من (أ) .

(٣) انظر : مختصر المزني : (٣ / ٦١ ، ٦٢) ، واختيارُ المزني هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٢٥) .

(٤) في (أ) : « والربح كله لك » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « فقال » ، والمثبت من (أ) .

ولو قال : على أنّ النصف لك ، فالمذهبُ صحتُه ، وفيه وجه بعيد .

الثاني : أنْ لا يُضاف جزءٌ إلى ثالثٍ . فإنه إثباتُ استحقاقٍ بغير مالٍ ولا عملٍ ، إلا أن يضاف إلى غلام أحدِهما ، فهو كالإضافة إلى مالكه .

الثالث : أن لا يقدر الربح .

فلو قال : لك من الربح درهم أو ألف : لم يصحَّ ، فربما لا يزيد الربح على ما ذكره[(١)] ، فيختصّ الكلّ بِمَنْ شرط له .

وكذلك[(٢)] إذا قال : لي درهم ، أولك درهم من الجملة [(٣)] والباقي بيننا [(٣)] .

وكذلك إذا قال : على أن لي[(٤)] ربح العبيد من مال القراض .

ولو قال : على أنَّ لي ربح أحدِ الألفين[(٥)] وهو مختلط :

قال ابن سريج : لا يصح ؛ للتخصيص[(٦)] .

وقال القاضي : يصح ؛ إذ لا فَرْقَ بين أن يقول : لي ربح النصف[(٧)] ، أو نصفُ الربح ، أو ربْحُ الألفِ ، والمالُ ألفان .

الرابع : أن يكون الجزء المشروط معلومًا :

فلو قال : على أن لك من الربح ما شَرَطه فلانٌ لفلانٍ ، وهو مجهول لهما

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « ذكر » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « وكذا » .

(٣) قوله : « والباقي بيننا » ليس في (ب) .

(٤) قوله : « لي » ليس في (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « ألفين » ، والمثبت من (أ) .

(٦) وهذا هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٢٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٢٧) .

(٧) في (أ) : « للنصف » .

أو لأحدهما ، فهو فاسد كنظيره في [1] البيع .

ولو قال : على أن لك سدسَ تسعِ عشرِ الربح ، وهو ليس حيسوبًا يفهم معناه في الحال ، فوجهان [2] . ووجهُ الصحة : أن اللفظ معروف والقصور فيهما .

ولو [3] قال : على أن الربح بيننا ، فوجهان :

أحدهما : يصح ، ويُنَزَّل على الشطر [4] .

والثاني : لا ؛ لأنه [5] لا يتعين للتشطير [6] ، فهو مجهول .

* * *

---

(١) في (أ) : « من » .

(٢) الأصح صحة القراض .انظر : الروضة : (٥ / ١٢٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٢٧) .

(٣) في (أ) : « وإن » .

(٤) في (أ) : « النظير » . وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٢٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٢٧) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « أنه » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « للشطر » ، والمثبت من (أ) .

الركن الرابع : الصيغة

وهو أن يقول : قارضتُك ، أو ضاربتك ، أو عاملتك ، على أن لك من الربح كذا ، فيقول : قبلتُ .

فلو قال : خُذِ المالَ ، واتجرْ فيه ولك من الربح نصفهُ ، فقد قال القاضي : يكفي القبولُ بالفعل ، كنظيره في الوكالة . وهو ها هنا أَبْعَدُ ؛ إذْ فيه معنى المعاوضة .

* * *

الركن الخامس والسادس

وهما العاقدان :

ولا [1] يُشْترط فيهما إلا ما يشترط [2] في الموكل [2] والوكيل بالأجرة .

وهل يُشْترط كونُ المقارض مالكًا ؛ حتى لا يصح قراضُ العامل مع عامل آخر بإذن المالك ، فعلى وجهين [3] .

فرعان :

أحدهما : لو كان المالك مريضًا ، وشرط له أكثر من أجرة المثل ، لم يُحْسب [4] من الثلث ؛ لأن تفويتَ الحاصل هو المقيد بالثلث ، والربحُ ليس بحاصل ، ولذلك [5] تزوج المرأة نفسها بأقل من مهر المثل ، فيجوز [6] .

وفي نظيره من [7] المساقاة وجهان [8] ؛ لأنّ النخيل حاصل ، والثمر [9] - على الجملة - قد يحصل [10] دون العمل بخلاف الربح .

الثاني : إذا تعدّد المالكُ ، وقارض رجلًا واحدًا : صحَّ . فيشترط له شيء والباقي بين المالكين على نسبة الملك ، لا يجوز فيه شرط تفاوت .

وإن كان العامل متعددًا فهو أيضًا جائز ، فإن التعاون على مقصود واحدٍ لا يُفوِّت مقصودَ العقد .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « فلا » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « للموكل » .

(٣) الأصح : أنه لا يصح قراضُ العامل مع عامل آخر بإذن المالك ؛ لأنه يُشْترط كون المقارض مالكًا .

انظر : مغني المحتاج : (٢ / ٣١٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٢٩) .

(٤) في (أ) : « يحتسب » .

(٥) في (أ) : « وكذلك » .

(٦) في (ب) : « يجوز » .

(٧) في (أ) : « في » .

(٨) أصح هذين الوجهين : أن الزيادة على أجرة المثل تُحْسب من الثلث . انظر : الروضة : (٥ / ١٢٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٢٩) .

(٩) في (أ) : « والثمرة » .

(١٠) في (أ) « تحصل » .

الباب الثاني

في حكم القراض الصحيح

وفيه مسائل :

الأولى : أن العامل وكيل في التصرف .

فيتقيد تصرفهُ بالغبطة ، فلا يبيع بالغَبَن ، ولا يشتري بالزيادة ، ولا يبيع بالنسيئة إلا إذا أذن فيه ؛ لأن الناس يتفاوتون / في الرضا به ، وفيه غرر ، ولا يشتري بالنسيئة ؛ لأنه ربما يفوت ١١٣ / أ رأس المال فيتعلق العهدة بالمالك ، بخلاف وليّ الطفل فإنه قد يفعل ذلك عند المصلحة .

ولا شك في أنه يشتري ويبيع بالعرض ، فإنه عينُ التجارة .

فإذا [1] أذن [له] [2] في البيع بالنسيئة يلزمه الإشهاد ، فإنْ فات الثمن بإنكار وقد قصر في الإشهاد ، ضمن .

وله أن يشتري المعيب إذا كان فيه غِبْطَة ، وإن [3] اشترى على أنه سليم : فلكلٍّ [4] واحدٍ منهما الردُّ . فإن اختلفا ، قَدّم ما يقتضيه المصلحة والغبطة .

ولا يعامل ربّ المال بمال القراض ، فإنه ملكه ، كالعبد المأذون لا يعامل سيده .

ولا يشتري بجهة القراض بأكثر [5] من رأس المال ، فإن سلم إليه ألفًا فاشترى بعينها عبدًا : تعينَّ الألفُ للتسليم . فلو اشترى عبدًا آخر بعينه بطل . ولو [6] اشترى في الذمة وقع عنه لا عنِ القراض . ولو [7] صرف إليه مال القراض ضمن ، كصرفه إلى عبدِ نفسِه .

---

(١) في (أ) : « وإذا » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « وإذا » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « ولكل » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « أكثر » ، والمثبت من (أ) .

(٦) قوله : « ولو » ليس في (ب) .

(٧) في (أ) : « فلو » .

وعلى الجملة : هو في هذه القضايا يقارب الوكيل ، وقد استقصينا حكمه في الوكالة .

الثانية : لو اشترى مَنْ يُعْتَق على المالك بغير إذنه : لم يقع عنه ؛ لأنه على نقيض التجارة .

ولو اشترى زوجتَه ، فوجهان [١] من حيث إن الربح فيه ممكن ، ولكن ضرر انفساخ النكاح لَاحِقٌ ، فبالحريِّ أن يخرجه [٢] عن عموم اللفظ [٣] .

والوكيل إذا قيل له : اشترِ عبدًا ، فاشترى مَنْ يُعْتق على الموكِّل ، فيه وجهان ، يُنْظر في أحدهما إلى عموم اللفظ [٤] ، وفي الثاني إلى الضرر ، كما في شراء زوجة المقارض [٥] .

أما العبد المأذون إن قيل له : اتَّجر ، فهو كالعامل ، وإن قيل : اشترِ عبدًا ، فهو كالوكيل ، وإن اشترى من يعتق على المالك بإذنه : صَحَّ وعتق وسَرَى [٦] إلى نصيب العامل إن كان فيه ربح ، وغرم له المالك .

وإن قلنا : لا يملك بالظهور ؛ لأنه [٧] يملك [٨] عند الاسترداد [٨] ، وهذا في حكم استرداد المال ، وسيأتي حكمه .

وإن اشترى العاملُ قريبَ نفسِه ولا ربح في المال ، صحّ .

فإن [٩] ارتفع السوق عتق نصيبه ولم يَسْرِ ؛ لأن ارتفاع السوق ليس إلى اختياره ، فهو كالإرث .

---

(١) وأصح هذين الوجهين : المنع من شراء زوجة المالك ، وأن هذا الشراء لا يقع عن المالك كشراء مَنْ يعتق على المالك . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٢٩ ، ١٣٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٧) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٣٤) .

(٢) في (أ) : « يخرج » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « اللغة » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « العموم » ، والمثبت من (أ) .

(٥) قال في الروضة : « لو وَكَّل بشراء عبدٍ ، فاشترى الوكيلُ مَنْ يُعْتَقُ على الموكِّل : صَحَّ ووقع عن الموكل على المذهب ، وبه قطع الجمهور ؛ لأن اللفظَ شاملٌ ، بخلاف القراض ، فإنّ مقصودَه الربْحُ فقط ، ونَقَل الإمام وجهًا : أنه لا يقع للموكِّل ، بل يَبْطل الشراء إن اشترى بعين المال ، ويقع عن الوكيل إن كان في الذمة » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٣٠) .

(٦) في (أ) : « يسري » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « فلأنّه » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في (أ) : « بالاسترداد » .

(٩) في (أ) : « وإن » .

وإن كان [فيه] (١) ربح وقلنا : [إنه] (٢) لا يملك بالظهور ، فهو كما إذا لم يكن رِبْحٌ . وإن (٣) قلنا : يملك ، ففي صحة التصرف قولان حكاهما صاحب التقريب ، ووجه المنع : بُعْدُه عن مقصود التجارة (٤) .

فإن صححنا ، ففي نفوذ العتق وجهان (٥) ، ووجه المنع : أن نصيبه وقاية لرأس المال فَنُزِّلَ تعلُّقُ حقّ المالك به منزلةَ تعلُّقِ (٦) الرهن به (٧) .

فإن قلنا : ينفذ ، فيَسْرِي ؛ لأنّ الشراء باختياره .

فرع : ليس لأحدهما الانفرادُ بكتابة عبدٍ ؛ لأنه بعيدٌ عن التجارة .

فإن توافقا عليه ، ولا ربح في (٨) المال : ففي انفساخ القراض وجهان ، والأظهر (٩) : أنه يستمر على بذله .

وإن كان فيه ربح : لم ينفسخ وعتق العبدُ ، وكان الولاء لهما على نسبة ملكيهما (١٠) .

الثالثة : إن عَامَلَ عَامِلُ القراض عاملًا آخر بإذن المالك لينسلخ هو من القراض ، ويكون العامل هو الثاني : صحّ ، ويكون هو وكيلًا في العقد .

وإن أراد [أن] (١١) ينزل العامل منه منزلته من المالك ليكون له شيء من (١٢)

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) والأصح : صحة الشراء . انظر : الروضة : (٥ / ١٣١) .

(٥) وأصح هذين الوجهين : أنه يُعْتق عليه بقدر حصته من الربح . انظر : الروضة : (٥ / ١٣١) .

(٦) قوله : « تعلُّق » ليس في (أ) . (٧) قوله : « به » ليس في (أ) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « عن » ، والمثبت من (أ) .

(٩) قال في الروضة : « الأصح » . روضة الطالبين : (٥ / ١٣٢) .

(١٠) في (أ) : « ملكهما » . (١١) زيادة من (أ) . (١٢) في (أ) : « من حيث حصته » .

حصته : فوجهان ذكرناهما .

ووجه المنع : أنَّ وَضْعَ القراضِ أنْ يجري بين مالكٍ وعاملٍ (١) ، وإن فعل ذلك بغير إذن المالكِ فهو فاسدٌ .

وإن (٢) اتجر العامل الثاني فَيُخَرَّج على اتجار الغاصب في المغصوب ، وفيه قولان ، أحدهما : النفوذُ مهما كثرت التصرفاتُ وظهر الربح ؛ نظرًا للمالك ؛ حتى لا يفوته الربح فله الإجارة .

فإن (٣) قلنا : الربح للمالك تفريعًا على القول (٤) القديم ، قال المزني : ها هنا لِرَبِّ المالِ نصفُ الربح (٥) ، والنصفُ الآخر بين العاملين نصفين كما شرط (٦) .

فإن قيل : فقد طمع العامل في نصف الكل ؟ قلنا : هو منزل على نصف ما رزق اللّه - تعالى - لهما ، ونصفُ الكلِّ هو رزقهُما .

ومن الأصحاب مَنْ قال : يرجع بأجرة العمل في النصف الذي فاته ، وخالف المزنيّ .

فإن قيل : ولِمَ استحق العاملُ (٧ الثاني والأولُ ٧) شيئًا ، وتفريع القديم في الغصب يوجب أن يكون الكل للمالك ؟

قلنا : لأنه جرى ها هنا مشارطة ومراضاة ، ويُبْتَنَى (٨) هذا القول على المصلحة ، وفي الغصب لم تَجْرِ (٩) مشارطة [ومراضاة] (١٠) .

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٣٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٢٩) .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) في (أ) : « وإن » .

(٤) كلمة : « القول » ليست في (أ) .

(٥) وهذا هو الصحيح ، وهو أن لِرَبِّ المالِ نِصْفَ الربح . انظر : الروضة : (٥ / ١٣٣) .

(٦) هذا هو الأصح : وهو تقسيم النصف الثاني من الربح بين العَامِلَيْن بالسوية . انظر : الروضة : (٥ / ١٣٣)، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٤) .

(٧) في (أ) : « الأول والثاني » .

(٨) في (أ) : « ينبني » .

(٩) في (ب) : « يجر » .

(١٠) زيادة من (أ) .

وإن فرعنا على الجديد ، قال المزني : الربح كلُّه للعامل الأول ، وللعاملِ الثاني أجرةُ (١) مثلِه على الأول (٢) .

قال بعض (٣) الأصحاب : هذا غلط ؛ إذِ الربحُ على الجديد للغاصب ، والعامل الثاني هو الغاصب .

ومنهم من وافقه ؛ لأن العامل الثاني ما اشترى لنفسه ، بل اشترى للعامل الأول ، فكأنّ الأول هو المشتري ، كما أن الغاصب هو المشتري لنفسه .

الرابعة : ليس للعامل أن يُسَافر بمال القراض دون الإذن ، فإنه اقتحامُ خطرٍ ، فإنْ فَعَلَ صَحَّ تصرفاتُه ، ولكنه (٤) يضمن (٥) الأعيان والأثمان جميعًا ؛ لأن العدوان بالنقل يتعدى إلى الثمن .

وإن سافر بالإذن جاز ، ونفقةُ النقل وحفظُ المال على مال القراض ، كما أن نفقة (٦ الوزن والكيل ٦) والحمل الثقيل (٧) الذي لا يَعْتاده التاجر أيضًا في البلد ، على رأس المال .

فإن تعاطى شيئًا من ذلك بنفسه ، فلا أجرة له .

وأما نشر الثوب وطيُّه ، وحمل الشيء الخفيف ، فهو (٨) عليه ؛ للعادة .

فإن استأجر عليه فعليه الأجرة ، وكذا عليه نفقته وسكناه / في البلد وأجرة الحانوت ليس عليه . ١١٣ / ب

أما نفقتُه في السفر : فقد نَصَّ الشافعي – رضي اللّه عنه – أن له نفقته بالمعروف (٩) .

---

(١) في (ب) : « أجر » .

(٢) وهذا هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٣٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٣٠) . وانظر مختصر المزني : (٣ / ٦٤) .

(٣) كلمة : « بعض » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « ولكن » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (ب) : « ضمن » .

(٦) في (أ) : « الكيل والوزن » .

(٧) كلمة : « الثقيل » ليست في (أ) .

(٨) في (أ) : « فهذا » .

(٩) انظر : مختصر المزني : (٣ / ٦٢) .

ورَوَى البويطي أنه لا نفقة له .

فمنهم من قطع بنفي النفقة عن مال القراض ، قياسًا على الحضر ، وحمل النص على أجرة النقل والحمل ، ومنهم من قال : قولان [١] .

ووجه الفرق : أنه في السفر متجردٌ لهذا الشُّغل دون غيره ، فضاهى [٢] الحرة المحتبسة بسبب النكاح ، بخلاف الحاضر فإنه ليس محتبسًا على هذا المال .

وعلى هذا ، فلو [٣] استصحب معه مالَ نفسِه ، تُوَزَّع [٤] النفقةُ على المالَيْنِ .

وإن لم يستصحب ، ففي مقدار الواجب قولان :

أحدهما : ما يزيد بالسفر [٥] . والثاني : جميع النفقة .

ولو فاصله المالك ، أو لقيه في بلد : ففي لزومِ نفقة إيابه إلى البلد [٦] وجهان [٧] :

والمذهب : أنه إذا عاد إلى البلد ردَّ السفرةَ والمطهرةَ وبقايا [٨] آلات السفر إلى المالك [٩] .

الخامسة : اختلف قولُ الشافعي - رضي اللّه عنه - في أن العامل يملك الربح بالظهور ، أو بالمقاسمة ؟

---

(١) قال في الروضة : « وفي السفر ، قولان : أظهرهما : لا نفقة له ، كالحضر .

والثاني : له . وقيل بالمنع قطعًا . وقيل بالإثبات قطعًا » . روضة الطالبين : (٥ / ١٣٥) .

(٢) في (أ) : « فيضاهي » . (٣) في (أ) : « لو » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يوزع » .

(٥) هذا هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٣٥) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « بلد » ، والمثبت من (أ) .

(٧) وأصح هذين الوجهين : أنه لا تلزم نفقةُ إيابِه إلى البلد . انظر : الروضة : (٥ / ١٣٦) .

(٨) في (أ) : « وبقاء » .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « للمالك » ، والمثبت من (أ) .

أحدهما : أنه بالظهور ؛ فإن موجب (١) الشرط : أنَّ ما (٢) يحصل من ربحٍ فهو لهما ، وقد حصل .

والثاني : لا ؛ لأن العمل مجهولٌ ولم يَتِمَّ ؛ فأَشْبه الجعالةَ ؛ ولأنه لو ملك لصار شريكًا ، ولم يكن نصيبه وقاية الخسران (٣) ، وهو اختيار المزني (٤) .

التفريع :

إن قلنا : لا يملك ، فلو أتلف المالكُ المالَ غرم حصته ؛ لأن الإتلاف كالقسمة والاستيفاء (٥) ، وكذا إذا أتلف [العامل] (٦) شيئًا غرم نصيبه .

ولو أراد العامل التنضيض لتحصيل نصيبه ، لم يمنع .

ولو مات قام ذريتُه (٧) مقامَه ؛ لأن الحق متأكِّد ، حتى لو كان في مال القراض جارية لم يَجُزْ للمالك وطؤها ؛ لتأكُّدِ حقِّه .

وكذا إذا لم يكن له (٨) ربح ؛ لأن الربح بارتفاع السوق (٩) لا (١٠) يوقف عليه ، والوطءُ يَحْرُم بالشبهة .

وإن قلنا : يملك بالظهور فلا يستقر ، بل هو وقاية (١١ رأس المال ١١) ما دام العقد باقيًا ، فإن فسخ وقسم : استقر . وإن (١٢) فسخ والمال ناضّ ، ولم يُقسم (١٣) بعدُ :

---

(١) كلمة : « موجب » ليست في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « إنما » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « للخسران » .

(٤) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الروضة : (٥/١٣٦) ، مغني المحتاج : (٢/٣١٨) ، نهاية المحتاج : (٥/٢٣٦) .

(٥) قوله : « والاستيفاء » ليس في (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « ورثته » .

(٨) قوله : « له » ليس في (ب) .

(٩) كلمة : « السوق » ليست في (أ) .

(١٠) في (أ) : « مما » .

(١١) في (أ) : « الخسران » ، وفي نسخة أخرى : « للخسران » ، كذا على هامش الأصل .

(١٢) في (أ) : « فإن » .

(١٣) في (أ) : « ينقسم » .

فالصحيح [١] الاستقرار . فإن فسخ ، والمالُ عروضٌ ، فإن قلنا : العامل يُجْبر على البيع ، فلا استقرار ، وإن قلنا : لا يجبر كما سيأتي ، فوجهان [٢] .

السادسة : في الزيادة والنقصان العينية .

أما الزيادة : فهي [٣] من مال القراض ، كما إذا نتجت شاةٌ أو أثمرت حديقةٌ ، أو ولدتْ جاريةٌ فهو من مال القراض ، ويُعَدُّ ذلك من الربح .

وكذا أجرة المنافع إذا آجر دوابَّ المال ، أو تعدّى غيرُه باستعمالها [٤] .

وكذا مهر الجارية إذا وطئت ، حتى لو وطئها السيدُ جُعِلَ مُسْتَرِدًّا مقدار العقْرِ ، ولو استولدها كان مستردًّا قَدْرَ الجارية ، وهل يضاف إليه العقد أيضًا ؟ فيه تردد .

وأما [٥] **النقصان** : فما [٦] يقع بانخفاض الأسعار فهو خسرانٌ عليه جَبْرُه ، وكذلك [٧] ما يقع بتعيُّبِ المال ومَرَضِ الدواب .

فأما ما يقع بتلف [المال] [٨] أو [٩] سرقة ، ففيه وجهان ؛ أظهرهما [١٠] : أن عليه جَبْرَه ؛ لأن التاجر بصدد ذلك ، وقد حسبنا له الزيادة العينية ، فيحسب عليه النقصان العيني أيضًا ، وكما حسبنا عليه التَّعْييبَ [١١] في الصفات ، هذا إذا كان بعد التصرف الثاني .

---

(١) ذكر في الروضة : أنه الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٣٧) .

(٢) وأصح هذين الوجهين حصول الاستقرار . انظر : الروضة : (٥ / ١٣٧) .

(٣) في (أ) : « فهو » .

(٤) في (أ) : « فاستعملها » .

(٥) في (أ) : « أما » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « مما » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « وكذا » .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « و » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) قال في مغني المحتاج : « الأصح » . انظر : مغني المحتاج : (٢ / ٣١٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٣٨) .

(١١) في (أ) : « التعيب » .

فإن [1] كان قبل التصرف بأنْ سلم إليه ألفين ، فتلف ألفٌ وبقي ألف ، فرأسُ المالِ ألفٌ أم ألفان ؟ فيه وجهان [2] :

ووجه قولنا : ألف ، أن ذلك فات قبل الخوض في التجارة ، فلا تكون [3] التجارة متناولةً له ، فلا يجبر .

وإن اشترى بألفين عبدين ، فَقَبْلَ بيعهما تلف أحدُهما ، فوجهان مرتبان ، وأولى بأن يجبر ؛ لأنه خاض في التصرف .

ووجه الآخر : أن التجارة هو البيع ، وتحصيل الربح ببيعه ، أما الشراء فإنه تهيئة محل التجارة .

فرع :

إذا سلم إليه ألفًا ، فاشترى عبدًا ، فتلف الألف [نُظِرَ] [4] : إن اشترى بعينه انفسخ ، (⁵ وإن اشترى في الذمة لا ينفسخ ⁵) . (⁶ وفي انصراف ⁶) العقد إلى العامل وجهان [7] :

فإن قلنا : لا ينصرف ، فعلى المالك تسليمُ ألفٍ آخر ، ثم إذا سلم فرأسُ المالِ ألفٌ

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « وإن » ، والمثبت من (أ) .

(٢) أصح هذين الوجهين أن رأسَ المال ألفٌ . انظر : الروضة : (٥ / ١٣٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٣٨) .

(٣) في (ب) : « يكون » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) ما بين القوسين : ليس في (ب) .

(٦) في (ب) : « وإلا ففي انصراف » .

(٧) قال في الروضة : « وإن اشترى في الذمة ، قال في « البويطي » : يرتفع القراض ويكون الشراء للعامل ، فقال بعضُ الأصحاب : هذا إذا كان التلف قبل الشراء ؛ فإن القراض - والحالة هذه - غيْرُ باقٍ عند الشراء ، فينصرف الشراءُ إلى العامل .

أما لو تلف بعد الشراء ، فالمشترى للمالك . فإذا تلف الألف المُعَدُّ للثمن لزمه ألفٌ آخر . وقال ابن سريج : يقع الشراء عن العامل ، سواء تلف الألفُ قبل الشراء أو بعده ، وعليه الثمنُ ويرتفع القراضُ ؛ لأنَّ إذنَه ينصرف إلى التصرف في ذلك الألف » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٤٠) .

أم ألفان [١] ؟ فيه وجهان مرتبان ، وها هنا أولى بأن يكون رأس المال ألفًا ؛ لأنه لم يَبْقَ - مِمَّا يتناوله [٢] العقدُ الأولُ - شيءٌ ، هذا إذا تلف بآفة سماوية .

أما إذا تلف [٣] رأس المال أو بعضُه بإتلافِ أجنبي ، فالقراض مستمر ؛ والبدل ثابت في ذمته .

وإن أتلفه المالك ، فهو مسترد ، وعليه حصة العامل .

وإن كان بإتلاف العامل : انفسخ ؛ إذ لا يدخل البدل في ملك المالك إلا بقبضه منه .

* * *

(١) قوله : « ألف أم ألفان » غير واضحة في الأصل ، وواضحة في (أ) .

(٢) في (أ) : « تناوله » .

(٣) في (أ) : « ظهر » .

الباب الثالث : في حكم التفاسخ والتنازع

وفيه أربع مسائل :

المسألة الأولى : إذا انفسخ القراض بفسخ أحد المتعاقدين ، فإنه جائز من الجانبين ، فللمالِ ثلاثةُ أحوال :

الأولى : أن يكون ناضًّا من جنس رأس المال ، فاز به المالك إن لم يكن رَبِحَ ، ولم يكن للعاملِ مَنْعُه ليستربح . وإن كان ربح عمل بموجب الشرط .

الحالة الثانية : أن يكون عُروضًا ، فإن لم يكن ربح ، فهل للمالك إجبارُ العامل على الردّ إلى النضوض ؟ وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن العقد قد انفسخ ، وهو لم يلتزم [1] أمرًا .

والثاني : نعم ؛ لأنه ملتزم أن يردَّ جنْسَ ما أخذ منه [2] ليخرج [3] عن العهدة [4] .

فإنْ رضي المالك بأن لا يباع ، فأبى العاملُ إلا البيع ، فهو ممنوع منه ، إلا إذا صادف زبونًا يشتري بزيادة يستفيد به ربحًا على رأس المال ، فعند ذلك يمكن .

فلو لم يبع ورَدَّ العروض ، فارتفعت الأسواقُ وظهر ربحٌ بعد الردّ ، فوجهان :

أحدهما : له [5] / طلبُ نصيبِه ، فإنه ردّ على ظنٍّ أنه لا ربح فيه [6] وقد ظهر الآن . ١١٤/أ

والثاني : لا ؛ لأنه ظهورٌ بعد الفسخ [7] .

وإن [8] كان في المال ربحٌ وجب على العامل أنْ ينضَّ رأس المال ، فيبقى الباقي

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « يُلزم » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « فيه » .

(٣) في (أ) : « يخرج » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٤٢) .

(٥) قوله : « له » ليس في (أ) ، (ب) .

(٦) قوله : « فيه » ليس في (أ) ، (ب) .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٤٢) .

(٨) في (أ) : « فإن » .

مشتركًا . وليس عليه بَيْعُه ، فإنه لم يلتزمه .

وإن امتنع العامل من البيع أُجْبِرَ ؛ فإن الربح لا يظهر إلا بظهور قدرِ رأس المال بالتنضيض .

فإن قال : دعوني ، فقد تركتُ ربحي ، فإن قلنا : ملك بالظهور ، فلا يَسْقط بالإسقاط ، وإن قلنا : لا يملك ، فوجهان :

أحدهما : يسقط ، كالغنيمة قبل القسمة .

والثاني : لا ؛ لأنّ الغنيمة غيرُ مقصودةٍ في الجهاد [1] الذي هو إعلاء كلمة اللّه - تعالى - ، والربحُ مقصودٌ ، وقد تأكّد سببُه .

فإن قلنا : لا يسقط ، فعليه البيع . وإن قلنا : يسقط ، فهو كما إذا لم يكن ربح ، ففيه وجهان.

فرع : ليس لأحدهما أن يطلب قسمة الربح ؛ لأنه يعرض جبر الخسران فيتضرر العاملُ بردّه إنْ طلب المالك ، والمالكُ بخروجِه عن جبر الخسران إن طلب العامل .

الحالة الثالثة : أن يردّ المال إلى نقدٍ لا من جنس رأس المال .

فيلزمه [2] الردّ إلى ذلك الجنس ، وإن كان هو النقد الغالب ؛ لأن الربح لا يظهر إلا به .

[3] فإن كان مكسرًا [3] ورأسُ المال صحاحٌ ، فيشتري بها مثله [4] إن وجد وإلا فيحذر [من] [5] الربا ، ويشتري به الذهب [إذا كان رأس المال فضة غير مكسرة] [6] وبالذهب الصحاح .

فلو اشترى به عَرَضًا ليبيعه بالذهب ، فهل يمكن ؟ فيه وجهان [7] :

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « بالجهاد » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « يلزمه » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « وإن كان مكسورًا » .

(٤) قوله : « مثله » ليس في (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) والأصح : الجواز . انظر : الروضة : (٥ / ١٤١) .

ووجه المنع : أن العرض قد يصير معوقًا عليه .

(**المسألة الثانية**) : إذا تفاسخا - وكان المالك قد استردّ من قَبْلُ طائفةً من المال - فإن لم يكن وقت الاسترداد لا ربح ولا خسران فلا إشكال ؛ إذ رأسُ المال هو الباقي ، وإن كان فيه ربح فما استردَّه وقع شائعًا ، فالقدر الذي يخص الربح يستقر للعامل نصيبه منه ، فلا يضيع بعد ذلك بخسران .

وإن كان في المال خسرانٌ ، فما استرده بحصة جزء من الخسران ، فلا يجب على العامل جَبْرُ القدر الذي يخص المستردّ من الربح الذي بعده . بيانهُ صورتان :

إحداهما : المالُ مائةٌ ، (1) وربح عشرين (1) ، فاسترد المالكُ عشرين ثم خسر عشرين فعاد إلى ثمانين : فليس للمالك أن يأخذ الكلَّ ، ويزعم أن رأس المال كان مائةً ؛ لأنه إذا استرد عشرين وهو سدسُ جملةِ المال ، فسدس العشرين ربح وهو ثلاثة وثلث ، فقد استقر للعامل نصفُه (2) وهو درهم وثلثان (3) ، فلا يلزمه جَبْرُ ذلك ، بل يأخذ هذا القدرَ من الثمانين ويرد الباقي .

الثانية : المالُ مائة ، وخَسِرَ عشرين ، واسترد [المالك] (4) عشرين فصار ستين ، ثم ربح عشرين فترقى إلى ثمانين : فليس للمالك أن يقول : ربح عشرين بخسران عشرين والكلُّ لي ؛ لأنه خَسِرَ أولًا عشرين [فتوزع] (5) على الباقي وهو ثمانون ، فيخصّ كلَّ واحد من عشرين خمسةٌ ، فلا يلزمه جَبْرُ تيك الخمسة ، فكأنه (6) بقي المال خمسة وسبعين (7) ، وإذا (8) صار الآن ثمانين ، تكون (9) الخمسة فضلًا فيقسم بينهما نصفين ؛

---

(1) في (أ) : « والربح عشرون » .

(2) في الأصل ونسخة (ب) : « نصف » ، والمثبت من (أ) .

(3) في (أ) : « وثلثا درهم » .

(4) زيادة من (أ) .

(5) زيادة من (أ) .

(6) في (أ) : « وكأنه » .

(7) في (أ) : « وسبعون » .

(8) في (أ) : « فإذا » .

(9) في (أ) : « فيكون » .

حتى يفوز المالك بسبعة وسبعين ونصف من جملة الثمانين الباقية .

(**المسألة الثالثة**) : القراض ينفسخ بالجنون والموت :

فلو مات المالك ، فلوارثه مطالبةُ العامل بالتنضيض ؛ حيث كان يجوز للمالك لو [١] فسَخَه بنفسه وهو حيٌ ، ثم يُقدَّر ربح العامل ولا يُصْرف إلى ديون المالك ؛ لأنَّ حقَّه - وإن لم يملك بالظهور - لا يتقاعد عن حقّ المرتهن ، فيقدم على الديون . فلو أراد وارثُ المالكِ تقريره ، فقال : قررتُك [٢] على ما مضى [٢] ، فقال : قبلتُ ، ففيه وجهان يجري مثلهما في الوراث إذا قال : أجزتُ الوصية ، وقلنا : إنها ابتداء عطية ، ووجه المنع ظاهرٌ ؛ لأن ما مضى قد بطل فلا معنى للتقرير [٣] .

ووجه الجواز : أن التقرير يبنى على [٤] إعادة مثل ما سبق ؛ حتى طردوا هذا فيما إذا قال البائع [٥] [٦] للمشتري بعد فسخ البيع [٦] : قررتك على ما مضى ، ولم يسمح بهذا في النكاح بحالٍ ؛ لما فيه من التعبُّدِ .

هذا إذا كان المال ناضًا ، فإن كان عرضًا فوجهان [٧] . ووجه الجواز : أنه عرض هو اشتراه ، فلا يضيق عليه ، وقد تعيّن جنس رأس المال من قبل ، فأمكن الرجوع إليه بخلاف العقد على العروض [٨] ابتداء .

أما إذا مات العامل فقد انفسخ العقد ، فإن قرر المالك وارثه ، فالخلاف الواقع [٩] في لفظ التقرير ، كما مضى .

---

(١) قوله : « لو » ليس في (أ) .
(٢) قوله : « على ما مضى » ليس في (أ) .
(٣) أصح هذين الوجهين : الجواز . انظر : الروضة : (٥ / ١٤٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٢٠) .
(٤) في (أ) : « عن » .
(٥) كلمة : « البائع » ليست في (أ) .
(٦) في (أ) : « بعد فسخ البيع للمشتري » .
(٧) وأصح هذين الوجهين : المنع . انظر : الروضة : (٥ / ١٤٣) .
(٨) في (أ) : « العرض » .
(٩) قوله : « الواقع » ليس في (أ) .

أما إذا كان المال عَروضًا لم يَجُزْ ؛ لأنَّ وارث العامل لم يَشْتَرِ المالَ بنفسه ، فيكون العروض كلًّا عليه ، وإن لم يكن على العامل المشتري .

وعلى الأحوال كلها فلوارثِه طلبُ نصيبِ العامل من الربح ، وقطع الأصحاب بتجويز استئناف القراض معه وإن كان في المال ربح إذا كان المال ناضًّا ، وهذا يدل على أن القراض مع الشريك جائز إذا كان العامل مستبدًّا باليد ، فيقسم الربح على نسبة الملك ، ثم يقسم الباقي بالشرط .

فأما إذا كان الشريكان متعاونين على العمل ، والمالُ في يدهما لا يجوز تغييرُ نسبةِ الملك بالشرط . ولو اختصَّ أحدُهما بمزيدِ عملٍ ، ففي جواز ذلك وجهان / . ١١٤/ب

(**المسألة الرابعة**) : في التنازع ، وله صور :

الأولى : إذا تنازعا في تلفِ المال ، فالقولُ قولُ العامل ؛ لأنه أمين ما لم يتعدَّ كالمودَع ، وإن [1] تنازعا في الردّ فكذلك .

وقال العراقيون : في الردِّ وجهان ، وزعموا أنه لا يلحق في هذا بالمودَع على أحد الوجهين [2] .

الثانية : لو اختلفا في قدر الربح المشروط فيتحالفان ؛ لأنه نزاعٌ في قدر العوض ، فإذا تحالفا سلّم كل الربح للمالك ، وليس [3] للعامل إلا أجرة المثل [4] .

الثالثة : [إذا] [5] اختلفا في قدر رأس المال – ولا رِبْحَ – فالقول قول العامل ؛ لأنه نزاع في القبض ، والأصلُ عدمُه .

وإن كان فيه ربح (٦ فهو كذلك ٦) على الأصحّ ، وقيل : إنهما يتحالفان ؛ لأن

---

(١) في (أ) : « إذا » .

(٢) قال في الروضة : « الثانية : لو ادَّعى الردَّ صُدِّق بيمينه على الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (٥/ ١٤٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٢٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٣٤) .

(٣) في (أ) : « فليس » . (٤) في الأصل ونسخة (ب) : « الأجرة » ، والمثبت من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) . (٦) في (ب) : « فكذلك » .

قدر الربح يتفاوت به .

الرابعة : في المال عَبْدٌ ، فقال المالك : اشتريتُه للقراض ، وقال العامل : بل [1] لنفسي ، أو بالعكس . فالقول قولُ العامل ؛ لأنه أعرف بنيته .

الخامسة : لو قال : كنت نهيتك عن شراء العبد فأنكر ، فالقول قوله إذ الأصل عدم النهي .

السادسة : تنازعا في الربح ووجودِه [2] ، فالقولُ قولُ العامل ، فإنْ أقر بالربح ثم قال : غلطتُ ، أو كذبتُ خِيفَةَ أنْ يُنْتزع [3] المال من يدي ، لم يُسمع رجوعُه .

وإن قال : صدقتُ، ولكن خسرتُ بعده ، فالقولُ قولُه .

السابعة : سلَّم رجلان ، كلُّ واحدٍ [4] ألفًا إلى رجل ، فاشترى لكل واحدٍ عبدًا ، والتبس واعترفوا بالإشكال ، فقد نصّ الشافعي - رضي اللّه عنه - على قولين [5] :

أحدهما : أنه يُباع العبدان ، ويُقسَّم الثمن عليهما بالسَّوِيَّة .

والثاني : أنهما يَنْقلبان إلى الوكيل ، ويغرم هو لهما [قيمتهما] [6] بالسَّوية [7] . فإن زاد فذاك ، وإن نقص غرم قدر النقصان ، وكأنه مُقَصِّرٌ بالنسيان ، وهذا فيه مَزِيدُ نظرٍ ذكرناه في المذهب البسيط . واللّه أعلم بالصواب .

* * *

---

(١) قوله : « بل » ليس في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « ووجوبه » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « ينزع » .

(٤) كلمة : « واحد » ليست في (ب) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « القولين » ، والمثبت من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) انظر هذين القولين في روضة الطالبين : (٥ / ١٤٨ ، ١٤٩) .

كتاب المساقاة

وفيه بابان

الباب الأول : في أركانه

وهي أربعة :

الركن الأول : في الأصل الذي يُعْقد عليه العقد ، وله شرائط :

الأول : أن يكون شجرًا . والنخيل هو الأصل ؛ إذ ساقى رسولُ اللّه ﷺ أهل خيبر على النصف مما يخرج من تَمْرٍ وزَرْع (١) ، وهذه المعاملة قريبةٌ من القراض ، ولكن تخالفها في اللزوم والتأقيت ، فإنهما لا يليقان بالقراض ، وفي أن الثمار تُمْلك بمجرد الظهور ، فإنه ليس وقاية للنخيل بخلاف القراض ، وفي طريقة العراق وجه : أنه كالربح ، حتى يُخَرَّج على القولين . ثم لا خلاف [في] (٢) أن الكرم (٣ بمعنى النخيل ٣) لأن العمل عليهما يتقارب ، والزكاة تجب فيهما ، وفي سائر الأشجار المثمرة قولان :

أحدهما : أنها في معناهما ؛ للحاجة إليه .

والثاني : لا ؛ لأن العمل عليهما يقلّ ، فيمكن الاستئجار عليه (٤) .

---

(١) الحديث أخرجه البخاري : (٥ / ١٤ ، ١٧) (٤١) كتاب الحرث والمزارعة (٨) باب المزارعة بالشطر ونحوه (٢٣٢٨) ، (٢٣٢٩) ، ومسلم : (٣ / ١١٨٦ - ١١٨٨) (٢٢) كتاب المساقاة (١) باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (١٥٥١) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٠ ، ٢٦١) كتاب البيوع باب في المساقاة (٣٤٠٨ - ٣٤١٢) ، والترمذي : (٣ / ٦٦٦ ، ٦٦٧) (١٣) كتاب الأحكام (٤١) باب ما ذكر في المزارعة (١٣٨٣) ، والنسائي : (٧ / ٥٣) (٣٥) كتاب الأيمان والنذور (٤٦) باب ذكر اختلاف الألفاظ المأثورة في المزارعة (٣٩٢٩ ، ٣٩٣٠) ، وابن ماجه : (٢ / ٨٢٤) (١٦) كتاب الرهون (١٤) باب معاملة النخيل والكرم (٢٤٦٧ ، ٢٤٦٨) .

وراجع : التلخيص الحبير : (٣ / ٥٩) حديث رقم : (١٢٧٩ ، ١٢٨٠) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « كالنخل » .

(٤) قال في الروضة : « الضرب الأول : ما له ثمرة كالتين ، والجوز ، والمشمش ، والتفاح ونحوهما ، وفيهما قولان : القديم : جواز المساقاة عليها .

والجديد : المنع ، وعلى الجديد في شجر المُقْل وجهان ، جوَّزها ابن سريج ، ومنعها غيره . قلتُ : الأصح : المنع ، والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٥٠) .

ونعني بالشجر : كلّ ما [١] يثبت أصلُه في الأرض ويفصل [٢] ثمره .

أما المزارع وقصب السكر والبطيخ والقثاء والباذنجان ، فلا يعقد عليها هذه المعاملة ؛ لأن جميعها في معنى المخابرة والمزارعة .

والمخابرة : هي صورةُ هذه المعاملة على الأرض ، والبذرُ من العامل .

والمزارعة : هي بعينها ، والبذرُ من المالك .

وقد نهى رسول الله ﷺ عنهما ، وسَاقَى [٣] .

فقال الشافعي - رضي الله عنه - : لا يُرَدُّ إحدى السُّنَّتَيْنِ بالأخرى [٤] ؛ خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث أبطل المساقاة ؛ قياسًا على المزارعة [٥] .

---

(١) في الأصل ونسخة (أ) : « كلما » ، والمثبت من (ب) .

(٢) في (أ) « وانفصل » .

(٣) الحديث أخرجه البخاري : (٥ / ٦١) (٤٢) كتاب الشرب والمساقاة (١٧) باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل (٢٣٨١) ، ومسلم : (٣ / ١١٧٤) (٢١) كتاب البيوع (١٦) باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة (١٥٣٦) ، وأبو داود : (٣ / ٢٥٩) كتاب البيوع باب في المخابرة (٣٤٠٤) ، والترمذي : (٣ / ٥٨٥) (١٢) كتاب البيوع (٥٥) باب ما جاء في النهي عن الثنيا (١٢٩٠) ، (١٣١٣) ، والنسائي : (٧ / ٢٧٠) (٤٤) كتاب البيوع (٣٩) باب بيع الزرع بالطعام (٤٥٥٠) ، وابن ماجه :(٢ / ٨١٩) (١٦) كتاب الرهون (٧) باب المزارعة بالثلث والربع (٢٤٥٠) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣ / ٥٩) حديث رقم : (١٢٨١ ، ١٢٨٢ ، ١٢٨٣) .

(٤) انظر : الأم (٣ / ٢٣٨) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنّ المساقاة جائزة ، ولا يجوز المزارعةُ ؛ لورود السنة بذلك .

ومذهب الحنفية : أن المساقاة بجزء من الثمرة باطلة أيضًا كالمزارعة . وقال أبو يوسف ومحمد : إن المساقاة في النخل وحدائق الأعناب وسائر الأشجار التي تُثْمر جائزةٌ إذا كانت على مدة معلومة . انظر : الأم : (٣ / ٢٣٨) ، وروضة الطالبين : (٥ / ١٥٠ - ١٦٨) ، مختصر الطحاوي : (٢٧) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٤ / ٣٨٩) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣ / ٧٩) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٨٣) .

ثم البقل من قبيل الزرع ، وإن ثبتتْ أصولُه [١] .

فإن قيل : فقد سَاقَى - عليه السلام - على الزرع والتمر جميعًا [٢] ؟ قلنا : لا جرم بقول تصح المزارعة تبعًا للمساقاة في الأرض [٣] المتحللة [٤] بين النخيل بخمسة شرائط ، اثنان متفقٌ عليهما :

وهو : أن يكون العامل على النخيل والزرع واحدًا .

والثاني : أن تكون الأراضي بحيث لا يمكن إفرادُها بالعمل ؛ إذ بِسَقْيِها وتَقْلِيبِها ينتفع النخيل [٥] .

واختلفوا في ثلاث شرائط [٦] :

أحدها : اتحاد الصفقة ، فلو عقدها في صفقتين ، فثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يصح ، ثم إنْ أخرت المزارعة تبعت المساقاة السابقة ، وإن قدمت كانت موقوفة الصحة على المساقاة بعدها .

والثاني : لا يصح مطلقًا ؛ لانعدامِ التبعية بالتمييز [٧] .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « أصولها » ، والمثبت من (أ) .

(٢) الحديث أخرجه البخاري : (٥ / ١٤ - ١٧) (٤١) كتاب الحرث والمزارعة (٨) باب المزارعة بالشطر ونحوه (٢٣٢٨ ، ٢٣٢٩) ، ومسلم : (٣ / ١١٨٦ - ١١٨٨) ، (٢٢) كتاب المساقاة (١) باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (١٥٥١) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٠ ، ٢٦١) كتاب البيوع - باب في المساقاة (٣٤٠٨ - ٣٤١٢) ، والترمذي : (٣ / ٦٦٦ ، ٦٦٧) (١٣) كتاب الأحكام (٤١) باب ما ذكر في المزارعة (١٣٨٣) ، والنسائي : (٧ / ٥٣) (٣٥) كتاب الأيمان والنذور (٤٦) باب ذكر اختلاف الألفاظ المأثورة في المزارعة (٣٩٢٩ ، ٣٩٣٠) ، وابن ماجه : (٢ / ٨٢٤) (١٦) كتاب الرهون (١٤) باب معاملة النخيل والكرم (٢٤٦٧ ، ٢٤٦٨) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٥٩) حديث رقم : (١٢٧٩ ، ١٢٨٠) .

(٣) في (أ) : « الأراضي » .

(٤) في (ب) : « المتخللة » .

(٥) في (أ) : « النخيل » .

(٦) في (أ) : « شروط » .

(٧) في (أ) : « بالتمييز » .

والثالث : إنْ قُدمت المزارعة فسدتْ ؛ إذ لا متبوع ، وإن أخرت صحَّت [١] ، ثم لو جمعهما في صفقة [واحدة] [٢] ولكن جَعَل [٣] للعامل من الثمارِ النصفَ ، ومن الزرع جزءًا [٤] آخر - أقلّ أو أكثرَ - ففيه أيضًا ترددٌ ؛ لأن التغاير يكاد يقطع حكم التبعية [٥] .

والثاني : أن لا تكثر الأراضي ، فإن كثرت - إما بكثرة الارتفاع بالإضافة إلى النخيل ، أو باتساع السَّاحة بالإضافة إلى مغارس النخيل - فوجهان ، والأصح الصحة مهما لم يمكن إفرادُها [٦] بالعمل مع الكثرة .

الثالث : أن يكون البذر من رَبِّ النخيل [٧] ، فإن كان من العامل فقد حصل نوعُ مغايرةٍ بين الجنسين ، ففي انقطاع التبعية وجهان .

الشرط الثاني : أن يكون شجرًا غير بارزة الثمار عند المساقاة : فإن برزت الثمار نصَّ في القديم أنها فاسدةٌ ؛ إذ لم تخرج الثمار بعمله ، وهو موضوع العقد ، ونصَّ في

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « صحَّ » ، والمثبت من (أ) .

وقال في الروضة : « أحدها : اتحاد الصفقة ، فلفظ المعاملة يَشْمل المزارعة والمساقاة . فلو قال : عاملتك على هذا النخيل والبياض بالنصف ، كفى .

وأما لفظ المساقاة والمزارعة ، فلا يغني أحدُهما عن الآخر ، بل يُساقي على النخيل ، ويُزَارع على البياض ، وحينئذٍ إن قدَّم المساقاة نُظِرَ ، إن أتى بهما على الاتصال فقد اتحدت الصفقةُ ووُجِدَ الشرط . وإنْ فَصَل بينهما ، فقيل : لا تصح المزارعة ؛ لحصولهما لشخصٍ . والأصحُّ : المنع ؛ لأنها تَبَعٌ ، فلا تُفْرد كالأجنبي .

وإن قدَّم المزارعة فسدت على الصحيح ؛ لأنها تابعة . وقيل : تنعقد موقوفةً . فإن ساقاه بعدها بانت صحتُها ، وإلا فلا » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٧٠) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) كلمة : « جعل » ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « جزء » .

(٥) والأصح : الجواز . انظر الروضة : (٥ / ١٧٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٢٥) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٤٩) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « إفراده » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « المال » ، والمثبت من (أ) .

الجديد على أنه إذا جاز قبل البروز فَبَعْدَه أجوزُ وعن الغرر أبعدُ ؛ لأنه بقي العملُ ، والثمر صار موثوقًا به [١] .

الشرط الثالث : أن تكون الحديقةُ مرئيةً :

فإنْ ساقاه [٢] على ما لم يَرَ ، فطريقان / : ١١٥/أ

أحدهما : فيه قولان كبيع الغائب .

والثاني : البطلان ؛ لأنه عقدُ غررٍ فلا يُحْتمل فيه هذا الجهل [٣] .

الركن الثاني : في المشروط للعامل وهو الثمار :

فليكن مشروطًا [٤] على الاستهام ، ومخصوصًا بهما ، ومعلومًا بالجزئية لا بالتقدير ، كما ذكرناه في الربح في القراض ، ونُنَبِّهُ ها هنا على (٥ أمورٍ ثلاثة ٥) :

الأول : أنه لو ساقى على وَدِيّ نظر ، فإن لم يكن مغروسًا ، فقال : خُذْه واغرسْه ، فإن علق فهو بيننا ، فهو فاسدٌ ؛ لأنه تسليمُ بذرٍ ، فهو في معنى المزارعة .

فإن [٦] قال : اغرسه ونَمِّه ، وما حصل من الثمار فهو بيننا ، فهو أيضًا فاسد ؛ إذ الغرسُ ليس من أعمال المساقاة ، وقد ضمَّ إليها [٧] فكان كما إذا ضمَّ غير التجارة إليها [٨] في القراض .

---

(١) والقول الجديد هو الأظهر . انظر : الروضة : (٥ / ١٥٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٢٦) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٥٢) . وانظر : الأم : (٣ / ٢٣٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « سَاقَى » .

(٣) وهذا القول الثاني هو المذهب . انظر : الروضة : (٥ / ١٥١) .

(٤) في الأصل : « مشروط » .

(٥) في (أ) : « ثلاثة أمور » .

(٦) في (أ) : « وإن » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « إليه » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « إليه » ، والمثبت من (أ) .

وفي الصورتين وجه : أنه لا يصح ، حكاه صاحب التقريب .

أما إذا كان مغروسًا نُظِرَ ، فإن ساقاه عليه مدةً لا يُثْمر فيها إلا بثمرة تحصل بعد المدة فهو باطل ، إذ ما [1] يحصل بعد مضيّ [2] المدة لا يتعلق به العقد .

وإن [3] كان يعلم حصوله في المدة ولو في آخر السنين ، وساقاه على عشر سنين - مثلًا - فهو صحيح ، وخلُوُّ أولِ المدة عن الثمار كَخُلُوِّ أول السنة الواحدة .

وإن كان يَتَوَهّم الثمرةَ ولا يَعْلم ، قال القاضي : إن غلب الوجودُ صحَّ ، وإن غلب العدم بَطَلَ ، وإن تساوى [4] الاحتمالُ فوجهان .

وقيل : إن غلب العدمُ بطل ، وإن غلب الوجودُ فوجهان [5] . وقيل عكسُه أيضًا [6] .

أما إذا كان بحيث يثمر كلَّ سنة ، فساقاه عَشْرَ سنين على جزء من ثمرة السنة الأخيرة ، فوجهان :

أحدهما : أنه يجوز ، ولْيُقَدَّر ما سبق معدومًا .

[و] [7] الثاني : لا ؛ لأنه [8] تعريةُ العملِ عن العوض في مدة وجود ما حقُّه [9] أن يكون عوضًا في هذا العقد [10] .

---

(١) في (أ) : « لا » .

(٢) كلمة : « مضيّ » ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) في (ب) : « تساوت » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « وجهان » ، والمثبت من (أ) .

(٦) قوله : « أيضًا » ليس في (أ) ، (ب) . والأصح : أنه إنْ قدّر بمدةٍ تحتمل الإثمارَ وعدمَه لم يصح . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٥٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٢٦ ، ٣٢٧) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « لأن » .

(٩) في (أ) : « وضعه » .

(١٠) وهذا الوجه هو الصحيح . انظر : الروضة : (٥ / ١٥٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٢٨) .

وفي أصلِ زيادةِ مدةِ المساقاة على سنةٍ كلامٌ يجري مثلُه في كل إجارة ، وسيأتي في كتاب الإجارة .

الأمر الثاني : لو كان في [1] البستان عجوة وصيحاني ، فقال : ساقيتك على أن لك من الصيحاني نصفَه ، ومن العجوة رُبُعَه : لا يصح ما لم يعرف قدرَ [2] العجوة والصيحاني [2] - أعني الأشجار - نظرًا أو تخمينًا .

وإن شرط النصف منهما ، فلا يُشترط هذه المعرفة . وكذلك إذا ساقى رجلان واحدًا على أن له النصفَ من نصيبهما ، ولا يُشترط معرفتُه بقدر [3] النصيبين ، وإن تفاوت الشرطُ وجبت المعرفة .

ولو قال : ساقيتُك على النصفِ إنْ سقيتَ [4] بالنَّضْح ، أو الربعِ إنْ سقيت بالسماء فهو فاسدٌ ؛ لأنه مرددٌ بين جهتين .

الأمر الثالث : أن أحد الشريكين في النخيل [5] لو ساقى شريكه على أن يتعاونا على العمل فهو فاسد ؛ إذ رَبُّ النخيلِ لا ينبغي أن يخوض في العمل .

ولو كان الشريكُ العامل يستبدُّ بجميع العمل ، صحت المساقاة بشرط أنْ يشترط له مزيدًا [6] على ما تقتضيه نسبةُ الملك .

فلو كان بينهما نصفين ، فشرط له النصفَ فلم يشرط [7] له شيء فتفسد المساقاة ، ولا يستحق أجرةَ المثل عند المزني ، ويستحق عند ابن سريج .

ولو شرط له الكل فيفسد [8] ، وفي أجرة المثل وجهان [9] ، مأخذُهما : أنه لم يَنْوِ

---

(١) قوله : « في » ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « الصيحاني والعجوة » .

(٣) في (أ) : « قدر » .

(٤) في (أ) : « أسقيت » .

(٥) في (أ) : « النخل » .

(٦) في (أ) : « مزيد » .

(٧) في (أ) : « يشترط » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « يفسد » .

(٩) وأصح هذين الوجهين : أن له الأجرة . انظر : الروضة : (٥ / ١٥٣) .

بعمله مستأجره ، فضاهى [1] الأجير في الحج ، إذا نوى بعد التلبية صرف الحج إلى نفسه ، فلا ينصرف إليه ، وهل تَسْقط أجرتُه ؟ فيه وجهان .

الركن الثالث : العمل الموظف على العامل :

وله شرائط ينبه عنها [2] ما ذكرناه في القراض .

الأول : أن [يكون] [3] لا يشترط عليه عملٌ ليس من المساقاة .

الثاني : أن يستبدَّ باليد في الحديقة ؛ ليتمكن من العمل ليلًا ونهارًا . فلو شرط المالك اليد لنفسه فسَدَ . ولو سلَّم المفتاح إليه ، ولكن بشرط [4] أن يدخل هو أيضًا ، ففيه [5] خلاف ، والأصحُّ [6] الجوازُ .

الثالث : أن يعرف بتأقيت مدة العقد لا بتعيين العمل . ثم يجوز التعريف بالسَّنة العربية ، وهل يجوز التعريف بإدراك الثمار ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه يتفاوت [7] بالبرد والحرّ [8] .

والثاني : نعم ؛ لأنه المقصودُ وهو متقارب [9] .

وإن عرف بالأشهر فجائز .

---

(١) في (أ) : « فيضاهي » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « عليه » ، والمثبت من (أ) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) : « شرط » .

(٥) في (أ) : « فيه » .

(٦) قال في الروضة : « الصحيح » .

(٧) في (ب) : « تتفاوت » .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح عند جمهور الشافعية . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٥٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٢٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٥٥) .

(٩) في الأصل : « متفاوت » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

فرع :

لو سَاقَى سنتين [١] ، فهو شريك في كل سنة . فلو برز شيء في آخر السنة الأخيرة من الثمار ، وانقضت المدة قبل الإدراك ، فالعامل [٢] شريك فيما برز في مدة عمله .

الشرط الرابع [٣] : أن ينفرد العاملُ بعمله ، وأن لا يشترط [٤] مشاركة المالك في العمل ، فإنْ شرط فهو فاسد ؛ لأنه تغيير الموضع [٥] كما في القراض .

وإن شرط أن يعمل غلامُ المالكِ معه ، فقد نَصّ الشافعي - رضي اللّه عنه - على الجواز [٦] ، وذكر الأصحاب ثلاثة أوجه :

أحدها : المنع ها هنا وفي القراض ؛ لأنّ يَدَ العبد يَدُ المالك ، فيبطل الاستبدادُ باليد .

والثاني : الجواز ؛ لأن العبد يكون مستعارًا [٧] على التحقيق ، فالإعانةُ به [٨] كالإعانة بالثيران ، ولا خلافَ في جوزاها شرطًا .

والثالث : أنه يصح في المساقاة ؛ إذ مِنَ الأعمالَ ما يجب على المالك ، كبناءِ الجدران وحِفْظِ الأصول كما سيأتي [٩] ، بخلاف القراض فلا عمل فيه على المالك .

---

(١) في (ب : « سنتين » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « والعامل » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (ب) : « الثالث » .

(٤) في (ب) : « وأن لا يشرط » .

(٥) في (أ) : « الوضع » .

(٦) انظر : الأم : (٣ / ٢٣٨) ، مختصر المزني : (٣ / ٧٣) .

(٧) كلمة : « مستعارًا » ليست في (أ) .

(٨) قوله : « به » ليس في (أ) ، وفي (ب) : « فلا به » .

(٩) قال في الروضة : « وإن شرطا أن يعمل معه غلامُ المالك جاز على المذهب والمنصوص . وقيل : وجهان كالقراض . هذا إذا شرطا معاونةَ الغلام ، ويكون تحت تدبير العامل . فلو شرطا اشتراكهما في التدبير ، ويعملان ما اتفقا عليه لم يجز بلا خلاف » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ١٥٥) .

التفريع [1] : إذا حكمنا بالجواز ، فنفقةُ الغلام على مَنْ ؟

إن شرط على المالك أو أطلق ، [2] فهو عِليه [2] ؛ لأنه شرطُ إعانةٍ .

وإن شرط على العامل ، ففي جواز ذلك وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه قطع لنفقة الملك عن المالك .

والثاني : نعم ؛ لأنّ الأصل أنّ العملَ عليه ، فلا يبعد أنْ ينفق على مَنْ يعينه [3] ، وفي طريقة العراق : أنه يتبع / فيه الشرط قطعًا . ١١٥/ب

وإن [4] أطلق فثلاثة أوجه : أحدها : أنه على المالك [5] . والثاني : أنه على العامل .

والثالث : أنه من الثمرة ، وهو بعيدٌ ؛ إذ ردّ الشافعي – رضي اللّه عنه – على مالك – رحمه اللّه – حيث أوجب نفقةَ العبيد [6] على العامل عند الإطلاق ، فقال [7] : أَوْجِبْ أجرةَ مثلِ أجرة [8] العبيد إنْ كنتَ تُوجِبُ النفقةَ [9] .

---

(١) كلمة : « التفريع » ليست في (أ) . (٢) في (أ) : « فعليه » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٥٥) .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) وهذا الوجه هو المذهب الذي قطع به الجمهور . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٥٥ ، ١٥٦) .

(٦) في (ب) : « العبد » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « وقال » ، والمثبت من (أ) .

(٨) كلمة : « أجرة » ليست في (أ) .

(٩) **مذهب الشافعية** : أنّ نفقة الغلام الذي يُعاون العاملَ : إن شرطت على المالك جاز . وإن شرطت على العامل جاز على الأصح . وإن لم يتعرض المالكُ ولا العاملُ للنفقة أصلًا ، فالمذهبُ والذي قطع به الجمهور : أنها على المالك ، وفي وجه : أنها من الثمرة ، وفي وجه : أنها على العامل . وهذا الوجه الأخير =

فرع : لو شرط أن يستأجر العامل أجيرًا ، والأجرة على المالك لم يجز إن [1] لم يَبْقَ للعاملِ عملٌ ، وإن بقي له الدهقنة والتحذق في الاستعمال فوجهان [2] .

الركن الرابع : في [3] الصيغة :

وهي [4] أن يقول : ساقيتُك على أنَّ لك نصفَ الثمار ، أو عاملتك ، فيقول : قبلتُ ، أو أن يقول : اعْمَلْ على هذه النخيلِ من الثمار فَقَبِلَ [5] . فلابد [6] من القَبول ، فإن هذا العقدَ لازمٌ بخلافِ القراض والوكالة ، ففيهما وَجْهٌ تقدَّم .

ولو قال : استأجرتك على العمل بالنصف ، فالظاهر البطلانُ ؛ لأنه يستدعي شروطًا [7] .

وفيه وجه : أنه يجوز ؛ لأنه مساقاةٌ ولكنْ بلفظِ الإجارة .

نعم ، لو كانت الثمار [8] بارزةً وعَيَّنَ العملَ ، واستأجره بجزءٍ من الثمر [9] جاز بعد بُدُوِّ الصلاح ، وقبلَه غيرُ جائز ؛ لأنه شرط القطع أيضًا ، فَقَطْعُ الشائعِ غيرُ ممكنٍ إلا بتغييرِ عَيْنِ المبيع ، فيكون كبيع بعض النصل .

= هو مذهب المالكية . ورُوِيَ عن مالك أيضًا أنها على المالك إلا أن يَشْترطها على العامل ، ورُوي عنه أنه كره اشتراطها على العامل . انظر : الأم : (٣ / ٢٣٩) ، مختصر المزني : (٣ / ٧٣) ، وروضة الطالبين : (٥ / ١٥٥) ، الكافي : (٣٨٢) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٣ / ٥٤١) .

(١) في (أ) : « لأن » .

(٢) قال في الروضة : « ولو شرط استئجار العامل مَنْ يعمل معه من الثمرة بطل العقد . ولو شرط كون أجرة من يعمل معه على المالك بطل على المذهب ، وبه قطع الأصحاب ، وشَذَّ الغزالي فذكر في جوازه وجهين » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٥٦) .

(٣) في (ب) : « الركن الرابع : الصيغة » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « وهو » ، والمثبت من (أ) . (٥) في (أ) : « فيقبل » .

(٦) في (أ) : « ولابد » . (٧) في (أ) : « مشروطًا » .

(٨) في (أ) : « الثمرة » . (٩) في (أ) : « الثمرة » .

الباب الثاني : في حكم المساقاة الصحيحة

ولها أحكام ستة :

الحكم الأول : أن العاملَ يَلْزمه كلُّ ما يتعلق به صلاحُ الثمار (١) مما يتكرر في كل سنةٍ ؛ كالسَّقي وتقليب الأرض ، وقطعِ القضبان ، وتنحية الحشيش ، وكَنْسِ البئر والنهر ، (٢) وتصريف الجريد (٢) ونقلِ الثمار إليه (٣) .

وما لا يتكرر في كل سنة ، بل تبقى فائدتُه سنين (٤) ، كبناءِ الحيطان ، وشراءِ الثيران ، ونَصْبِ الدولاب ، وحَفْرِ الأنهار ، والقُنَى الجديدة ، فهو على المالك ، وترددوا في حفظ الثمار بالناظور (٥) ، وفي جذاذها (٦) ، وفي ردم ثَلْمٍ يتفق في أطراف الجدران : فمنهم مَنْ رأى ذلك على العامل في العرف (٧) .

ومن هذا ذكر خلاف في صحة المساقاة المطلقة دون تفصيل الأعمال ؛ لاضطرابِ العرفِ في هذه الأمور ، والصحيحُ : الصحةُ عند الإطلاق . ثم يحكم كل فريق بما يراه لائقًا بالعامل (٨) .

الحكم الثاني : إذا هرب العاملُ قبل تمام العمل . فالقاضي يستأجر مَنْ يعمل ، ويقترض (٩) عليه .

---

(١) في (أ) : « الثمرة » .

(٢) في الأصل : « وتصريف الجرير » ، وفي (ب) : « وتصفية الجرين » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « إليها » .

(٤) في (أ) : « للسنين » .

(٥) في (أ) : « الناظور » .

(٦) والصحيح : أنه يلزم العاملَ جذاذُ الثمار ، وبه قطع الأكثرون . انظر : الروضة : (٥ / ١٥٩) .

(٧) والأصح : اتباع العرف في رَدْم الثلم التي تتفق في الجدران . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٦٠) .

(٨) في (أ) : « بالعمل » .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « يقرض » ، والمثبت من (أ) .

فإن عمل المالك بنفسه ، أو استأجر عليه ، أو استقرض : فهو مُتَبَرِّعٌ ولا [١] رجوعَ له ، وكلُّ الثمارِ للعامل .

هذا إن قدر على الرجوع إلى القاضي . فإن لم يقدر وعمل بنفسه [٢] ، أو استأجر عليه ، فثلاثة أوجه :

أحدها : لا يرجع ؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون حاكمًا لنفسه على غيره .

والثاني : نعم ؛ للضرورة .

والثالث : إنْ أَشْهَدَ يرجع ، وإلا فلا [٣] .

ثم له أن يفسخ عند هرب العامل .

فإن عجز عن استيفاء المعقود عليه ، فلو [٤] قال الأجنبيُّ : لا تَفْسَخْ حتى أنوب عنه : جاز له الفسخُ ؛ فربما لا يرضى بدخولهِ بستانَه [٥] .

فلو عمل الأجنبيُّ قبل أنْ يَشْعر به المالكُ ، فالثمرة [٦] للعامل ، والأجنبيُّ متبرعٌ عليه لا على المالك .

ثم إذا فسخ ، فإن كان قد مضى شيء من العمل ، فللعاملِ أجرةُ مثلِ ذلك المقدار ، ولا نقول : تُوَزَّع الثمارُ على نسبة أجرة المثل ؛ إذِ الثمارُ ليس معلومَ [٧] المقدارِ في أول

---

(١) في (أ) : « فلا » .

(٢) قوله : « بنفسه » ليس في (ب) .

(٣) قال في الروضة : « وإن فعل المالك بنفسه ، أو أنفق عليه ليرجع ، يُنْظَر : إن قدر على مراجعة الحاكم - أو لم يقدر ، وقدر على الإشهاد فلم يفعل - لم يرجع ، لأنه عذر نادر . وحُكي وجه : أنه يرجع وإن تمكَّن من الإشهاد ، وهو شاذ .

وإن أشهد رجع على الأصح ؛ للضرورة . وقيل : لا ؛ لئلا يصير حاكمًا لنفسه » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٦١) .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) كلمة : « بُستانه » ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « فالثمر » .

(٧) في (أ) : « معلومة » .

العقد ؛ حتى يقتضي العقدُ فيه توزيعًا .

الحكم الثالث : إذا ادّعى المالك عليه خيانةً أو سرقةً ، فالقولُ قولُه ؛ فإنه [(١)] أمين .

فإن أقام حجة نُصِبَ عليه مشرفٌ [(٢)] إن أمكن أن يحفظ به ، وألّا تزال يدُه ، ويَسْتأجر عليه ، ثم أجرة المشرف على العامل إن ثبت [(٣)] خيانتُه بإقرارِه أو ببينةٍ ، وإلا فعلى المالكِ .

الحكم الرابع : إذا مات المالكُ لم ينفسخ العقد ، وبقي مع الورثة . وإن [(٤)] مات العامل لم ينفسخ أيضًا ، قطع به المزني [(٥)] ، وهو المذهب ، وفيه وجه .

ثم على الوراث إتمامُ العملِ من تركته ، وله [حصة من] [(٦)] الثمار إذا تمم ، وإن لم يكن [له] [(٧)] تركةٌ فله أنْ يتمم لأجل الثمار ، فإنْ أَبى لم يُجْبَرْ عليه [(٨)] ؛ إذ لا تركة ، ولا يلزمه عمل غيره ، هذا إذا أُورِدَتِ [(٩)] المساقاةُ على الذمة وهو شرطها ، فإنْ أُورِدَتْ على العين ، ففي صحتها نظر ؛ لأن فيه نوع تضييقٍ . فإنْ صحح ، فينفسخ بموت العامل .

الحكم الخامس : إذا خرجت الأشجارُ مستحقةً بعد تمام العمل : يرجع [(١٠)] العامل بأجرة مثلِه على الغاصب [(١١)] .

وقيل : إنه يخرج على قولَي الغرور .

وأما الثمار - إنْ بقيت - فكلُّها للمالكِ .

---

(١) في (ب) : « لأنه » .

(٢) في (أ) : « نَصَبَ عليه مشرفًا » .

(٣) في (أ) : « تثبت » .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) انظر : مختصر المزني : (٣ / ٧٧) ، روضة الطالبين : (٥ / ١٦٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٣١) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) قوله : « عليه » ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « وردت » .

(١٠) في (أ) : « رجع » .

(١١) وهذا هو الصحيح . انظر : الروضة (٥ / ١٦٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٣١) .

وإن تلفت بعد أن قسم ، فما قبضه العاملُ لنفسه مضمونٌ عليه [١] ، ويَسْتقر عليه الضمان ؛ لأنه أخذه [٢] عِوَضًا كالمشتري .

وأما حصة الغاصب إن تلف قبل القسمة ، أو على الأشجار ، أو تلف شيء من الأشجار ، ففي مطالبة العامل به وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنّ أقلّ درجاتِه أن يكون كالمودع فيه .

والثاني : لا ؛ لأنّ يدَه تثبت على الأشجارِ ونصيبِ المالك تحقيقًا وإنما هو عاملٌ عليها ، ويَدُ المالكِ مستدامة [٣] حكمًا ، وهو ضعيف .

الحكم السادس : إذا تنازع العاقدان في القدر المشروط من الثمار تحالفا وتفاسخا ، وحُكْمُ تنازُعِهما ما ذكرناه في القراض .

* * *

(١) قوله : « عليه » ليس في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « أخذ » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « مستدام » ، والمثبت من (أ) .

كتاب الإجارة

كتاب الإجارة

١١٦/أ

والإجارةُ صنفٌ من البيوع ، موردُها / المنفعةُ .

وصحتُها مجمعٌ عليها ، ولا مبالاةَ بخلاف ابن كيسان ، والقاساني .

ويدل على صحتها : قصةُ شعيب واستئجارُه موسى – عليهما السلام – ، وقولُه – تبارك تعالى – : ﴿ فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۖ ﴾ (١) ، وقولُه ﷺ : « أعْطوا الأجيرَ أجْرَه قَبْلَ أنْ يَجفَّ عَرَقُه » (٢) ، وقوله [حكاية] (٣) عن ربه تبارك وتعالى : « ثلاثةٌ أنا خَصْمُهم ، ومَنْ كنتُ خَصْمَه [فقد] (٤) خصمتُه : رجلٌ باعَ حرًّا فأكل ثمنَه ، ورجلٌ استأجر أجيرًا فاستوفى منفعته ولم يؤدِّ أجْرَه (٥) ، (٦ ورجلٌ أعطاني ٦) صفقة يمينِهِ ثم غدر » (٧) .

ومقصودُ الكتابِ تحصرُه ثلاثةُ أبوابٍ :

---

(١) سورة الطلاق ، أية : (٦) .

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجه : (٨١٧/٢) (١٦) كتاب الرهون (٤) باب أجر الأجراء رقم : (٢٤٤٣) ، والبيهقي فى السنن الكبرى : (١٢١/٦) كتاب الإجارة – بابُ إثم من منع الأجير أجره ، ومعرفة السنن والآثار : (٣٣٦/٨) ، وأورده الزيلعي فى نصب الراية : (١٢٩/٤) من كتاب الإجارات ، والهيثمى فى مجمع الزوائد : (٩٧/٤) . وراجع : التلخيص الحبير : (٥٩/٣) حديث رقم : (١٢٨٤) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « أجرته » .

(٦) في (ب) : « ورجل أُعطي إليه » .

(٧) الحديث أخرجه البخاري : (٤٨٧/٤) (٣٤) كتاب البيوع (١٠٦) باب إثم من باع حُرًّا (٢٢٢٧) ، وابن ماجه : (٨١٦/٢) (١٦) كتاب الرهون (٤) باب أجر الأجراء (٢٤٤٢) ، وأحمد في مسنده : (٣٥٨/٢) ، والبيهقي في السنن ومعرفة السنن والآثار : (٣٣٥/٨) حديث رقم : (١٢١٠٩) . وراجع : التلخيص الحبير : (٦٠/٣) حديث رقم : (١٢٨٤) .

الباب الأول : في أركان الإجارة .

وهي ثلاثة : الصيغة ، والأجرة ، والمنفعة .

أما العاقدان : فلا يخفى أمرهما .

الركن الأول : الصيغة [(١)] :

وهي ثلاثة :

إحداها [(٢)] : الإجارةُ والإكراءُ ، فإذا قال : أجرتُك الدارَ [(٣)] أو أكْرَيْتُكَهَا . فقال : قبلتُ ، صَحَّ ، وشرطُها : الإضافةُ إلى عينِ الدار لا إلى المنفعة .

الثانية : لفظ التمليك ، فإذا قال : ملكتك منافع الدار شهرًا ، صَحَّ ، وشرطُها : الإضافةُ إلى المنفعة لا إلى الدار .

الثالثة : لفظ البيع ، فإن قال : بعتك [(٤)] الدار شهرًا ، فهو بيع [(٥)] مؤقت فاسد ، وإن [(٦)] قال : بعتُك منفعة الدار ، فوجهان :

أحدهما : الجواز ، كلفظ التمليك ، وهو اختيار ابن سريج .

والثاني : المنع ، وهو الأظهر [(٧)] : لأن البيع مخصوص بالأعيان عرفًا .

الركن الثاني : الأجرة :

وحكمُها إن كانت في الذمة حُكْمُ الثمنِ ، وإن كانت معينةً حُكْمُ البيعِ ، وقد سبق شرائطهما ، ونُنَبِّهُ الآنَ على ثلاثة أمور :

---

(١) كلمة : « الصيغة » ليست في (ب) .

(٢) في (أ) : « أحدها » .

(٣) كلمة : « الدار » ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « بعت » .

(٥) كلمة : « بيع » ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) قال في الروضة : « الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (١٧٣/٥) ، مغني المحتاج : (٣٣٣/٢) .

الأول : أنّ الإعلامَ شرطٌ ، فلو أجر الدار بعمارتها لم يجز ؛ فإنّ العمارة مجهولةٌ ، ولو أجر بدراهم معلومةٍ ليصرفها إلى العمارة لم يصح ؛ لأنّ العمل في الصرف إلى العمارة مجهولٌ ، فتصير [1] الأجرةُ مجهولةً .

ولو أشار إلى صُبْرَةٍ من الدراهم ، أو من الحنطة جزافًا وجعلها أجرةً ، منهم مَنْ ألحق بالمبيع فَجَوَّزَ [2] ، ومنهم [3] من ألحق برأس المال [4] في السَّلَم ، لأنه عقدُ غررٍ فَخَرَّجَ على القولين .

الثاني : إذا استأجر السلاخ بالجلد بعد السلخ ، [5] وحمَّال الجيفة [6] بجلد الجيفة ، والطحان بالنخالة ، فهو فاسد ؛ لنهيه – عليه الصلاة والسلام – عن قفيز الطحان [7] . ولأنه باع جزءًا متصلًا بعين المبيع قبل الفصل فهو [8] كبيعِ نصفٍ من الفصل [9] .

ولو استأجر المرضعةَ بجزءٍ من المرتضع الرقيق بعد الفطام ، ومُجتنيَ الثمار بجزء من الثمار بعد القطاف ، فهو أيضًا فاسدٌ لما سَبَقَ .

أما إذا جَعل الأجرةَ جزءًا من الرقيق في الحال ، وجزءًا من الثمار قبل القطاف ، فقد أطلق الأصحابُ إفسادَه ؛ تخريجًا على ما سبق .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « فيصير » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « فيجوز » .

(٣) المذهب : الجواز . انظر : الروضة : (٥/١٧٥) ، مغني المحتاج : (٢/٣٣٤) .

(٤) في (أ) : « مال » . (٥) في (أ) : « أو » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « الجيف » ، والمثبت من (أ) .

(٧) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : (٥/٣٣٩) كتاب البيوع – باب النهي عن عسب الفحل ، عن أبي سعيد الخدري قال : نهى عن عسب الفحل زاد عبيد الله : « وعن قفيز الطحان » . والدارقطني : (٣/٤٧) حديث رقم : (١٩٥) من كتاب البيوع . وراجع : التلخيص الحبير لابن حجر : (٣/٦٠) حديث رقم : (١٢٨٦) .

(٨) الأصل ونسخة (ب) : « وهو » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في (أ) : « نصل » .

وزادوا فقالوا : المرتضع المشترك بين امرأة مرضعة ورجلٍ ، لا يجوز للرجلِ استئجارُها على الرضاع ؛ لأنّ عملَها لا يُصادف خاصَّ ملكِ المستأجر [١] .

وهذا فيه نظرٌ واحتمال ؛ إذ قطعوا في كتاب المساقاة بأن [٢] أحد الشريكين لو ساقى صاحبه وشَرَط له جزءًا من الثمار جاز ، وهو عمل على مشترك .

ولكنْ قيل : ما يخص المستأجر يستحق به الأجرة ، فهو محتمل هاهنا [أيضًا] [٣] .

الثالث : الأجرة إنْ أُجِّلَتْ تأجّلت ، وإنْ أطلقتْ تعجلت عندنا ؛ خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله [٤] .

ثم إذا أُجّلت وتغيَّرَ النقْدُ عند الأجل ، فالعبرةُ بحالة العقد ، ولو تغير النقد في الجعالة عند العمل فوجهان : الأظهر [٥] أنها كلا إجارة [٦] .

الركن الثالث : [في] [٧] المنفعة .

ولها شرائط :

---

(١) قال في الروضة : « ولو استأجر المرضع بجزءٍ من الدقيق في الحال ، أو قاطف الثمار بجزء منها على رؤوس الشجر ، أو كان الرقيق وامرأة ، فاستأجرها لترضعه بجزءٍ منه ، أو بغيره ، جاز على الصحيح ، كما لو ساقى شريكه وشرط له زيادة من الثمر ، يجوز وإن كان يقع عمله في مشترك . وقيل : لا يجوز ، ونقله الإمام والغزالي عن الأصحاب ، لأن عمل الأجير ينبغي أن يقع في خاص ملك المستأجر ، وهو ضعيف » . انظر : روضة الطالبين : (١٧٧/٥) .

(٢) في (أ) : « أن » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه إذا شُرِط في الأجرة التأجيلُ أو التنجيم كانت مؤجلةً أو منجمة ، وإن شُرط فيها التعجيل كانت معجلةً ، وإن أُطلق فمعجلةٌ ، وملكها المكري بنفس العقد ، واستحق استيفاءها إذا سلَّم العين إلى المستأجر . انظر : روضة الطالبين : (١٧٤/٥) ، مغني المحتاج : (٣٣٤/٢) .

(٥) في (أ) : « أظهرهما » .

(٦) قال في الروضة : « وفي الجعالة الاعتبار بيوم اللفظ على الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (١٧٥/٥) .

(٧) زيادة من (أ) .

الأول : أن تكون مُتقَوَّمةً ، فلو استأجر تفاحةً للشمِّ ، أو طعامًا لتزيين الحانوت لم يصح ؛ إذ لا قيمةَ لهذه المنفعة .

وكذا إذا استأجر بياعًا على كلمةٍ لا تَعَبَ [١] فيها ؛ لترويجِ سلعتهِ ، فإن ذلك أَخْذُ مال على الحشمة ، لا على العمل [٢] .

واختلفوا في مسألتين :

إحداهما : استئجار الدراهم والدنانير للتزيين ، وكذا استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها أو للسكون [٣] في ظلها ، وكذا استعارتها ، وفيه [٤] ثلاثة أوجه :

أحدها : الجواز ؛ لأنّ هذا قد يُقْصَد .

والثاني : لا ؛ لأنه لا يُقْصَد بعقدٍ [٥] .

والثالث : أنه يصح [٦] الإعارةُ دون الإجارة ؛ لأنه [٧] لا يُقْصد بمال ، ويُقْصد بالمسامحة .

الثانية : استئجار الكلب . وفيه وجهان [٨] ، ووجه [٩] المنع : أن إباحتَه لضرورةٍ [١٠] ، فهو كالميتة [١١] .

الشرط الثاني : أن لا يتضمن استيفاءَ عينٍ قصدًا :

---

(١) في (أ) : « يتعب » . (٢) في (أ) : « العملين » .

(٣) في (أ) : « السكون » . (٤) في (ب) : « فيها » .

(٥) هذا الوجه هو الأصح في استئجار الدراهم والدنانير للتزين ، وكذا استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها أو السكون في ظلها ، ولم يذكر في الروضة حكم استعارتها . انظر روضة الطالبين : (١٧٧/٥ ، ١٧٨) .

(٦) في (أ) : « تصح » . (٧) في (أ) : « لأنها » .

(٨) في (أ) : « مسألتان » . (٩) في (ب) : « وجه » .

(١٠) في الأصل : « لضرورته » ، وفي (ب) : « للضرورة » ، والمثبت من (أ) .

(١١) أصح هذين الوجهين : أن استئجار الكلب باطل . انظر روضة الطالبين : (١٧٨/٥) ، مغني المحتاج : (٣٣٥/٢) .

وفيه ثلاث مسائل :

الأولى : لا يصح استئجارُ الأشجار لثمارِها ، ولا المواشي للبنِ والصوفِ والنتاجِ ؛ لأنها أعيانٌ يبعَثُ قبل الوجود .

الثانية : استئجارُ امرأةٍ للحضانة والإرضاعِ جائزٌ ، واللبنُ تابعٌ ، وهو كالماء في إجارة الأرض .

ولو استأجر على مجرد الإرضاع دون الحضانة فوجهان :

أحدهما : لا [1] ، كاستئجار الشاةِ بلبنها [2] لإرضاعِ السَّخْلة .

والثاني : يجوز ؛ لأنّ لَبَنَ الآدمية لا يُقصد منفصلًا ، فهو في معنى المنفعة ، والحاجةُ تَمَسُّ إليه [3] .

الثالثة : استئجار الفحل للضِّرَاب ، فيه وجهان ، والأصح المنع ؛ لأنه نُهِيَ عن ثمن عسب الفحل [4] ، ولأنه غررٌ لا يُقدر [5] عليه .

الشرط الثالث : أن تكون المنفعةُ مقدورًا على تسليمها حسًّا وشرعًا .

---

(١) في (أ) : « أنه » . (٢) في (أ) : « للبنها » .

(٣) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (١٧٩/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤٥/٢) .

(٤) الحديث أخرجه البخاري : (٥٣٤/٤) (٣٧) كتاب الإجارة (٢١) باب عسب الفحل (٢٢٨٤) ، ومسلم بلفظ : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الجمل ... » (١١٩٧/٣) (٢٢) كتاب المساقاة (٨) باب تحريم فضل بيع الماء ... وبيع ضراب الفحل (١٥٦٥) ، وأبو داود : (٢٦٥/٣) كتاب البيوع - باب في عسب الفحل (٣٤٢٩) ، والترمذي : (٥٧٢/٣) (١٢) كتاب البيوع (٤٥) باب ما جاء في كراهية عسب الفحل (١٢٧٣) ، والنسائي : (٣١٠/٧) (٤٤) كتاب البيوع (٩٤) باب بيع ضراب الجمل (٤٦٧١ - ٤٦٧٥) ، وابن ماجه : (٧٣١/٢) (١٢) كتاب التجارات (٩) باب النهي عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وعسب الفحل (٢١٦٠) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « يقدر » ، والمثبت من (أ) .

وفيه أربع مسائل :

الأولى : إذا استأجر أخرس [(١)] على التعليم ، أو أعمى على الحفظ ، فسد . وكذا لو استأجر مَنْ لا يحسن القرآنَ على التعليم ، إلا إذا وسَّع / عليه وقتًا يقدر فيه [(٢)] على التعلم [أولًا] [(٣)] ثم على التعليم ، ففيه وجهان : ١١٦/ب

أحدهما : لا ؛ لأنّ العجز مُحَقق [(٤)] ، والتعلُّمُ قد لا يَتَّفِق [(٥)] [(٦)] .

والثاني : نعم ؛ وكأنه [(٧)] يضاهي سَلَمَ المفلس .

الثانية : استأجر قطعةَ أرضٍ لا ماءَ لها في الحال ، نظر :

فإن لم يتوقع لها ماءً أصلًا ، فإن استأجر للزراعة فَسَد ، وإن استأجر للسكون جاز . وإن أطلق فكان على قلّةِ جبلٍ لا يطمع في الزراعة يُنَزَّل [(٨)] على السكون .

وإن كان يطمع في الزراعة ، فمطلقه للزراعة [(٩)] فيفسد ، إلا إذا صرَّح بنفي الماء .

وهل يقوم عِلْمُ المستأجر بعدم الماء مقام صريح النفي ؛ حتى يصح عند الإطلاق ؟ فيه وجهان [(١٠)] .

ووجه المنع : أن مفهوم اللفظ مطلقًا في مثل هذه [(١١)] الأرض للزراعة [(١٢)] ما لم

---

(١) في (أ) : « أخرسًا » .
(٢) قوله : « فيه » ليس في (أ) .
(٣) زيادة من (أ) .
(٤) في (أ) : « متحقق » .
(٥) في (أ) : « يتهيأ » .
(٦) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة (١٨٠/٥) .
(٧) في (أ) : « فكأنه » .
(٨) في (أ) : « نزل » .
(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « الزراعة » ، والمثبت من (أ) .
(١٠) أصح هذين الوجهين المنع . انظر : الروضة : (١٨١/٥) .
(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « هذا » ، والمثبت من (أ) .
(١٢) في الأصل ونسخة (ب) : « الزراعة » ، والمثبت من (أ) .

يُصَرِّحْ بنفي الماء .

أما (١) إذا كان يتوقع : إن (٢) كان نادرًا ، فالعقدُ في الحال للزراعة فاسدٌ ، وهو كبيع الآبق لتوقُّعِ عَوْدِه .

وإن كان يَغْلب وفاءُ المطرِ والسَّيل بما يحصل المقصود ويُتَوَهَّم خلافُه ، فظاهرَ كلامِ الشافعيّ - رضي الله عنه - (٣) وهو اختيار القفال : فساده ؛ لأن العدم في الحال معلومٌ ، والوجودُ موهومٌ من بعد ، بخلاف ما لو كان للأرض ماء غد . وشِرْبٌ معلومٌ ، فإن الانقطاع موهومٌ ، ولكن الوجود مستصحب .

وقال (٤) القاضي : يجوز ؛ لأن الماء الموجود في النهر لا يبقى بعينه إلى وقت الزراعة ، ولكن يَغْلُب تجدُّدُ مثِله ، فكذلك هاهنا يغلب وفاء المطر والسيل فلا (٥) فرق (٦) .

أما إذا استأجر قطعةَ أرضٍ على شطِّ دجلة ، والماءُ زائدٌ ، وقد استولى عليها ، وانحسارُه [عنها] (٧) موهوم ، فالعقدُ باطلٌ .

وإن كان ناقصًا ، والزيادةُ موهومةٌ ، فالعقد في الحال صحيح .

وإن كانت الزيادةُ مُتَيَقَّنة (٨) فلا .

وإن كان الماء مستويًا عليها ولكن الانحسار معلومٌ ، قال الشافعي - رضى الله عنه - : العقدُ صحيحٌ (٩) .

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) في (أ) : « فإن » ، وهي ليست في (ب) .

(٣) انظر : الأم : (٢٤٢/٣) ، مختصر المزني : (٩٥/٣) .

(٤) في (أ) : « قال » .

(٥) في (أ) : « ولا » .

(٦) اختيار القاضي حسين هو الأصح . انظر : الروضة : (١٨٠/٥) .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) في (أ) : « مستيقنة » .

(٩) انظر : الأم : (٢٤٢/٣) ، مختصر المزني : (٩٥/٣) ، روضة الطالبين : (١٨٠/٥) .

فإن قيل : فالأرضُ غيرُ مرئيةٍ ؟

قلنا : لعله فَرَّعَ على قولِ صحةِ شراء الغائب ، أو فرض فيما إذا تقدمت الرؤية ، أو[1] كان الماء صافيًا لا [2] يمنع الرؤية .

فإن فرض خلاف ذلك كلّه لم يصح .

فإن قيل : وإن [3] تقدمت الرؤية ، ففي الحال لا يمكن الانتفاع بها [4] ؟

قلنا : هو كاستئجار دار مشحونة بالأقمشة [5] ، واستئجار أرض [6] في الشتاء ، فإنه فى الحال لا يزرع . ولكن يتسلط عليها المستأجر بالإجارة والتصرف الممكن .

وذكر الشيخ أبو محمد وجهًا فى إجارة الدار المشغولة بالأمتعة ، بخلاف بيعها ؛ لأن المنفعة تتراخى [7] فيصير كإجارة [8] [السنة] [9] القابلة .

الثالثة [10] : إجارة الدار للسنة [11] القابلة فاسدة ؛ خلافًا لأبى حنيفة – رحمه

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « إذا » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (ب) : « لم » .

(٣) في (أ) : « فإذا » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « به » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « بأقمشة » .

(٦) في (أ) : « الأرض » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « يتراخى » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « كالإجارة » ، والمثبت من (أ) .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) في (أ) : « الثانية » .

(١١) في (أ) : « السنة » .

الله – [١] ؛ لأن التشاغل بالاستيفاء في الحال غير ممكن ، فيتراخى [٢] التسليط على [٢] العقد الوارد على منفعة عين .

فرعان :

أحدهما : لو أجره شهرًا ، ثم أجَّر الشهر الثاني منه لا من غيره ، فوجهان :

أصحهما : المنع ؛ لأن العقد الأول قد ينفسخ بسببٍ ، فشرط العقد الثاني لا يتحقق بالأول .

والثاني : الجواز ؛ لتواصلِ الاتصال ، فهو كما لو أجَّر [٣] شهرين في صفقة واحدة [٤] .

الثاني : إذا قال : استأجرتُ هذه الدابةَ لأركبها نصفَ الطريق ، وأترك إليك النصفَ :

قال المزني : هو فاسد ؛ إذ لا يتعين له النصف الأول ، فينقطع [٥] بحكم المناوبة ، ويصير [٦] كالإجارة للزمان القابل .

ومن الأصحاب مَنْ صحح ونَزَّلَ على استئجار [٧] نصف الدابّة ، وأحال التقطع على موجب المهايأة والقسمة ، لا على العقد .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن إجارة العين لا يصحّ إيرادُها على المستقبل ، كإجارة الدار السنة المستقبلة ، والشهر الآتي .

ومذهب الحنفية : أنّ مَنْ استأجر عينًا ، كالدار لسنةٍ لم تدخل بَعْدُ ، فالإجارة جائزة .

انظر : روضة الطالبين : (١٨٢/٥) ، مغني المحتاج : (٣٣٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٧٥/٥) ، مختصر الطحاوي : (١٣١) .

(٢) في (أ) : « التسلط عن » . (٣) في (أ) : « أجرة » .

(٤) هذا الوجه هو الأصح ، على خلاف ما رجح الغزالي رحمه الله . انظر : الروضة : (١٨٢/٥) ، مغني المحتاج : (٣٣٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٧٦/٥) .

(٥) في (ب) : « فيقطع » . (٦) في (ب) : « وتصير » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « الاستجار » ، والمثبت من (أ) .

ولو صرح باستئجار نصف الدابة ، فالظاهرُ صحتُه فهو [١] كما لو استأجر نصف دار . وفيه وجه [آخر] [٢] : أنه يفسد ؛ لأن الجمع غير ممكن ، فيؤدي إلى التقطع ، بخلاف الدار الواحدة ، ومحمل الدابة ، إذ يحتمل [٣] عليه الشريكان فلا ينقطع .

الرابعة : العجز الشرعي كالعجز الحسّي فى الإبطال .

فلو استأجر على قلعِ سِنٍّ سليمةٍ ، أو قطعِ يدٍ سليمة ، أو [٤] الحائضَ على كَنْسِ المسجد ، أو [٥] المسلمَ على تعليم القرآن لِذمّيٍّ لا يُرْجى [٦] رغبتُه فى الإسلام ، أو على تعلُّم السحر أو الفحش والخنا ، أو تعلُّم التوراة والكتب المنسوخة ، فكل ذلك حرام ، والعقدُ عليه فاسدٌ ؛ لأنه معجوزٌ شرعًا عن تسليمه [٧] .

---

(١) فى (أ) : « وهو » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « يجتمع » ، وفي نسخة أخرى : « يجتمع » ، كذا على هامش الأصل .

(٤) في (أ) : « و » . (٥) في (أ) : « و » .

(٦) في (أ) : « تُرجى » .

(٧) قال الحموي : « قوله في باب الإجارة : (ولو استأجر على قلع سِنٍّ سليمة) إلى قوله : (أو على تعلم السحر أو الفَحش أو الخنا أو تعليم التوراة والإنجيل والكتب المنسوخة فكل ذلك حرام ، والعقد عليه حرام ؛ لأنه معجوزٌ عن تسليمه شرعًا) .

قال المصنف : ما ذكره الشيخ هنا مناقضٌ لما ذكره في كتاب « الجنايات » فإنه قال فيه : (تَعَلُّم السحر ليس بحرام ، وإنما الحرام فِعلُه دون تعلّمه) وإذا كان كذلك لم يكن حرامًا ، فعلى هذا يمكن الاستئجار عليه من حيث إن تعلُّمه مباحٌ .

قال الحموي : وإن كان كذلك إلا أن الشيخ إنما ذكر أيضًا في كتاب الجنايات وقال : (إن كان فيه ارتكابُ محذور كذكر كلمات الكفر فهو حرام ؛ لأنه يبذل الأجرة في مقابلة ما ليس بجائز ، فإنه أعانة على المعصية فصار كاستئجار المرأة للزنا ، وإن لم يكن فيه ارتكابُ محذور فذلك جائز من حيث إنه مباح) وإذا كان كذلك كان ما ذكره الشيخ في باب « الإجارة » على القسم المحرم دون المباح كما ذكرناه » . مشكلات الوسيط (١١٦ / ب - ١١٧ / أ) .

أما إذا كانت السّنُّ وَجِعَةً ، أو اليدُ متآكلةً ، فالأصح جواز [1] القلع والقطع [1] ، وصحةُ الاستئجار .

فرع : إذا استأجر منكوحة [2] الغيرِ على عملٍ دون رضا الزوج : فَسَدَ ، فإنها مستحقة التعطيل لحقِّ الزوج ، وبإذنه يصح .

ولو استأجرها الزوجُ لإرضاعِ ولده جاز . وذكر العراقيون وجهًا : أنه ممنوع ؛ لأنه مستحق له ، وهو ضعيف .

أما إذا التزمت عملًا في الذمة ، صحت [3] الإجارة دون إذن الزوج . ثم إن وجَدتْ فرصة وعملتْ بنفسها استحقت الأجرة .

وفي إجارة الحائضِ لكنسِ المسجد [4] احتمالٌ ، مأخذُه صحةُ [5] الصلاة في الدار المغصوبة . ولكن المنقول ما ذكرناه .

الشرط الرابع : حصول المنفعة للمستأجر [6] .

وفيه مسائل :

الأولى : لا يصح استئجار دابة ليركبها المكرِي ؛ فإنّ العوضين يجتمعان له .

وكذا لا يجوزُ استئجارُه على العبادات التي لا تجري النيابة فيها ، فإنها تحصل له ، بخلافِ الحج وغسل الميت ، وحفرِ القبور [7] ودفْنِ الموتى ، وحَمْلِ الجنائز ، فإن الاستئجار على جميع ذلك يجوز ؛ لدخولِ النيابة .

أما الجهاد / : فلا يجوز استئجار المسلم عليه ؛ لأنه داخل تحت الخطاب فيقع عنه . ١١٧/أ

---

(١) في (أ) : « القطع والقلع » . (٢) في (أ) : « امرأة » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « صحَّ » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « المساجد » . (٥) في (أ) : «صَحَّتْ » .

(٦) في (ب) : « للمؤاجر » . (٧) في (أ) : « القبر » .

ويجوز للإمامِ استئجارُ أهل الذمة على الجهاد ؛ لأنهم لم يدخلوا تحت خطاب الجهاد .

وكذلك لا يجوز الاستئجار على الإمامة في فرائض الصلوات .

أما الاستئجار على الأذان ، فثلاثة أوجه :

أحدها : لا [١] ، كالجهاد فإنه من الشعائر .

والثاني : نعم ؛ لأن فائدته تحصل للناس في طلب وقت الصلاة [٢] .

والثالث [٣] يجوز [٤] للقاضي والإمام [٤] ، ولا يجوز [٥] لآحاد الناس [٥] .

وفي الاستئجار على إمامة التراويح خلافٌ ، والأصحُّ المنعُ ؛ إذ لا يتميز المستأجر بفائدة مقصودة عن الأجير .

أما الاستئجار على التدريس في جنسه ، وكذا استئجار المقرئ على هذا الوجه ، متردد بين الجهاد ؛ لأنه من فروض الكفايات ، وبين الأذان لأن فائدته تختص بالآحاد .

أما الاستئجار على تعليم مسألة معينة من [٦] شخص معين ، فلا خلاف في جوازه [٧] فلا يتعين [٧] ؛ كامرأة أسلمت ولزمها تعلُّمُ [٨] الفاتحةِ ، فنكحها رجل على التعليم ، ولم يحضر [٩] سوى ذلك الرجل [٩] ، ففيه خلاف . والأصح الصحة ؛ إذ ليس يتعيَّنُ عليه التعبُ مجانًا ، بل يجب بِبَذْلٍ ، كما في بَذْلِ المال في صورة [١٠] المخمصة .

وعلى الجملة ، فكلُّ عملٍ معلوم مباح يَلْحق العاملَ فيه كُلْفةٌ ، ويتطوع به الغير عن

---

(١) قوله : « لا » : ليس في (ب) .
(٢) في (أ) : « الصلوات » .
(٣) في (ب) : « الثالث » .
(٤) في (أ) : « للإمام والقاضي » .
(٥) في (أ) : « للآحاد » .
(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « في » ، والمثبت من (أ) .
(٧) في (أ) : « إلا إذا تعين » .
(٨) في (أ) : « تعين » .
(٩) في (أ) : « رجل سواه » .
(١٠) في (أ) : « ضرورة » .

الغير ، فيجوز الاستئجار عليه ، ويجوز جَعْلُه صداقًا .

الشرط الخامس : كون المنفعة معلومة :

وتفصيلُها ببيان [١] أقسام الإجارة ، وهي ثلاثة [أقسام] [٢] :

(الأول) : استصناع الآدميّ :

وذلك يُعْرف إما بالزمان ، أو بمحلِّ العمل ، كما إذا استأجر على الخياطة فيعيِّنُ الثوبَ ، أو يقول : استأجرتك يومًا للخياطة . ولو جمع بينهما وقال : استأجرتك لتخيط هذا الثوب في هذا اليوم . [٣] فيه وجهان [٣] :

أصحهما : المنع ؛ لأن تفريع الجواز يُفْضي إلى خَبْطٍ ، إنْ تَمَّ العملُ قبل مُضِيِّ اليومِ أو على العكس .

ولو استأجر على تعليم القرآن : إما أنْ يُعْرف بالزمان ، أوبمقدار السُّوَرِ وتعينها ، ولا يشترط أن يجبر فهم المتعلم ، ولا فائدة أيضًا في شرط رؤيته .

ولو استأجر على قدر عشر آيات ولم يعين السورة فوجهان :

ووجه [٤] المنع : تضادتها [أيضًا] [٥] في عُسْرِ الحفظ ويُسْرِه [٦] .

ووجه الجواز : أن رسول الله ﷺ قال : « زوجتكها [٧] بما معك من القرآن » [٨] ،

(١) في (أ) : « تنقسم » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) : « فوجهان » .
(٤) في (أ) : « وجه » .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) هذا الوجه هو الأصح : انظر : الروضة : (٥/١٩٠) ، مغني المحتاج : (٢/٣٤١) ، نهاية المحتاج : (٥/٢٨٣) .
(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « زوجتك » ، والمثبت من (أ) .
(٨) الحديث أخرجه البخاري : (٩/٣٤) (٦٧) كتاب النكاح (١٤) باب تزويج المعسر (٥٠٨٧) ، ومسلم : (٢/١٠٤٠،١٠٤١) (١٦) كتاب النكاح (١٣) باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن .. (١٤٢٥) ، وأبو داود (٢/٢٤٢ ، ٢٤٣) كتاب النكاح باب في التزويج على العمل يُعْمل (٢١١١) ، والترمذي : (٣/٤٢١ ، =

ولم يُعين [السورة] [١] ، وقيل : إنه كان [٢] عشرَ آياتٍ [٢] من أول البقرة .

والاستئجار على الرضاع : يُعْرف [٣] فيه المدةُ والصبيُّ ؛ لأن الغرض يختلف به اختلافًا ظاهرًا ، والموضع الذي فيه الرضاع .

ولا [٤] يبالى بما يتطرّق إليه من جهالةٍ بسببِ تعرُّضِ الصبيِّ للأمراض . وزيادة حاجته ونقصانها ، وهذا يدل على نوعٍ من التساهل في الإجارة للحاجة .

(القسم الثاني) : [في] [٥] استئجار الأراضي :

وفيه صور :

الأولى : أن يستأجر للسكون ، فيُشْترط أنْ يَعْرف من الدار والحانوت [٦] والحمامِ كلَّ ما تختلف به المنفعةُ ، فيرى في الحمام [٦] : البيوت [٧] ، وبئر الماء ، والقدر ، ومطرح الرماد ، ومبسط القماش ، و [موضع] [٨] الوقود والأَتُّون ومجمع [٩] فضلات الماء ، كما يراه المشتري ، ويُعْرف قدرُ المنفعة بالمدة .

= ٤٢٢) (٩) كتاب النكاح (١١١٤) ، والنسائي : (١١٣/٦) (٢٦) كتاب النكاح (٦٢) باب التزويج على سورة من القرآن (٣٣٣٩) ، وابن ماجه : (٦٠٨/١) (٩) كتاب النكاح (١٧) باب صداق النساء (١٨٨٩) . وراجع : التلخيص الحبير : (٦٠/٣) حديث رقم : (١٢٨٨) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « خمس عشرة آية » .

(٣) في (أ) : « تعرف » .

(٤) في (ب) : « فلا » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) ما بين القوسين : ليس في (ب) .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « البئر » ، والمثبت من (أ) .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « مُجتمع » ، والمثبت من (أ) .

فإن استأجَرَ سنةً فذاك ، وإن زاد فثلاثة أقوال :

والأصح [١] : أنه لا يتقدر بمدة ، بل يتبع التراضي ؛ إذ لا توقيفَ في التقدير [٢] .

والثاني : أنه لا يزيد على سنة ، فإنه أثبت للحاجة .

والثالث : أنه ينتهي إلى ثلاثين سنة ولا يُزاد عليه ؛ لأنه يصير في معنى البيع .

التفريع :

إذا جوَّزنا الزيادة وهو الصحيح ، فلو أجر سنين ، فهل يُشْترط بيان [٣] حصة كل سنة في الأجرة ؟ فوجهان :

أحدهما : لا ، كبيان الأشهر في [٤] سنة واحدة [٥] .

والثاني : نعم ؛ إذ يغلب تفاوت أجرة المثل ، وربما [٦] تمس الحاجة إلى معرفته في التفاسخ إن اتفق .

فرع :

لو [٧] قال : أجرتُك سنة ، فالأظهر : أنه يصح [٨] ، وينزل على السنة الأولى بالعرف .

(١) في الأصل : « الأصح » بدون الواو ، وهي زيادة من (أ) .

(٢) ذكر في الروضة : أن القول المشهور والذي عليه جمهورُ الأصحاب : أنه يجوز سنين كثيرة ، بحيث يَبْقَى إليها ذلك الشيءُ غالبًا . انظر : روضة الطالبين : (٥/١٩٦) .

(٣) كلمة : « بيان » ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « من » .

(٥) الذي ذكره في الروضة : أنهما قولان . وأن الأول هذا هو أظهرهما . انظر روضة الطالبين : (٥/١٩٦) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٠٦) .

(٦) في (ب) : « فربما » .

(٧) في (أ) : « إذا » .

(٨) في الروضة : أن هذا هو الأصح وليس الأظهر ، انظر : روضة الطالبين : (٥/١٩٦) ، مغني المحتاج : (٢/٣٤٠) ، نهاية المحتاج : (٥/٢٨٠) .

وقيل : إنه فاسد (١) لأنه لم يصرح بالتعيين .

ولو قال : أجرتُك كل شهرٍ بدينار ، ولم يقدر عدد الأشهر : فهو فاسد (١) ، إذ لا مَرَدَّ له .

وقال ابن سريج : يصح في الشهر الأول ؛ لأنه معلوم ، والباقي يبطل فيه ، وهو ضعيف ؛ لأن نظيره من الصُّبْرةِ قوله : بعتُك كلَّ صاعٍ بدرهم ، ولم يَقُلْ : بعتك الصبرة .

الثانية : إذا استأجر الأرضَ للزراعة ، فلو قال : أكريتك لتنتفع كيف شئت ، صحَّ ، وجاز البناء والغِرَاسُ والزراعة ، وكل ما أمكن من المنفعة .

ولو (٢) اقتصر على قوله : أكريتك (٣) فسد ؛ لأنه لم يُعَيِّنْ منفعةً ، ولا فَوَّضَ إلى مشيئته (٤) .

ولو قال : أكريتك للزراعة ولم يعين جنس الزرع ، فوجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن الذرة أضر من القمح .

والثاني : نعم ، ويحمل الإطلاق بعد التعرض لجنس الزرع على ما يشاء (٥) .

الثالثة : إذا قال : أكريتك إنْ شئتَ فازْرَعْها ، وإن شئتَ فاغرِسْها ، فالظاهر الصحة ، كما إذا قال : انتفعْ كيف شئتَ . وقيل : إنه فاسد ، كما لو (٦) قال : بعتُك بألفٍ إن شئت مكسرةً ، وإن شئت صحيحةً .

أما إذا قال : أكريتُك فازرعها واغرسها ، ولم يبين قدر ما يزرع فيه ، اختيار (٧)

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « فلو » .

(٣) في (ب) : « أكريتك للزراعة » وهو خطأ ، أي قوله : « للزراعة » .

(٤) في (أ) : « سببه » .

(٥) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/٢٠٠) ، مغني المحتاج : (٣٤٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٢٨٥ ، ٢٨٦) .

(٦) في (أ) : « إذا » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « اختار » ، والمثبت من (أ) .

المزني وابن سريج : بطلانُه ؛ لجهالة القدر [١] .

[و] [٢] قال أبو الطيب بن سلمة : يصح ، ويُنَزَّل على النصف .

الرابعة : إذا أكرى الأرضَ للبناء ، وَجَب بيانُ عرضِ البناء ، [و] [٣] في التعرض للارتفاع والقدر خلافٌ ، والأظهر : أنه لا يشترط [٤] .

(القسم الثالث) : استئجار الدواب :

وهي [٥] تستأجر لأربع جهات :

الأولى : الركوب ، فيشترط أن يَعْرف المستأجِرُ الدابةَ بأن يراها ، وإلا فهو إجارةُ غائبٍ .

والآخر يعرف [قدر] [٦] الراكب ، برؤيته أو بسماع وَصْفِه في الطول والضخامة ؛ حتى يَعْرف وزنَه تخمينًا ، ولا يُشْترط التحقيق بالوزن .

ويعرف المحمل بالصفة في السعة والضيق ، وبالوزن [٧] / ، فإن ذكر الوزن دون الصفة ، أو الصفة دون الوزن ، فوجهان [٨] . ١١٧/ب

وقال أبو إسحاق المروزي : إن كانت محامل بغداد ، فالإطلاق يكفى ؛ لأنها متقاربة وتُنَزَّل منزلة [٩] السرج والإكاف ، فإنها لا تُوصَف ؛ لتساويها .

(١) اختيار المزني وابن سريج هو الأصح . انظر : الروضة : (٢٠٠/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٨٧/٥) . وانظر : مختصر المزني : (٩٨/٣) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) وفي الروضة أن الأصح أنه لا يُشْترط . انظر : روضة الطالبين : (٢٠٠/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤١/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٨٤/٥) .

(٥) في (أ) : « وهو » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « والوزن » ، والمثبت من (أ) .

(٨) الأصح : أنه لا يكفي ذكر الوزن دون الصفة ، أو الصفة دون الوزن . كما في الروضة (٢٠١/٥) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « منزل » ، والمثبت من (أ) .

ويذكر تفصيل المعاليق ، فإن ذكرت من غير تفصيل ، قال الشافعي - رضي الله عنه - : القياسُ أنه فاسد ؛ للتفاوت ، قال : ومن الناس [1] مَنْ ينزله على وسط مقتصد [2] .

فمن الأصحاب من جعل هذا - أيضًا - قولًا له .

وأما تقدير الطعام في السفرة [3] : ففيه وجهان مرتبان ، وأولى [4] بوجوب [5] التعريف ، بل الصحيح وجوبه ، لأنه يتفاوت تفاوتًا لا ينضبط ، ويجب ذكر تفصيل السَّير أو [6] السُّرى ، ومقدار المنازل إن لم يكن مضبوطًا بالعادة ، وإن انضبط بالعادة نُزِّل [7] عليهما .

هذا إذا كانت الإجارة على عين الدابة ، فإن أورد على الذمة فَيُشْترط وَصْفُ الدابة أفرس ، أم [8] بغل ، أم [9] جمل [10] ؟ وهل يُشْترط التعرض لكيفية السير ؟ مثل كونه مُهَمْلَجًا ، أو بحرًا ، أو قطوفًا ؟ فيه وجهان [11] .

ويدخل التأجيل فيه ، فيقول في المحرم : ألزمتك أن تركبني [12] غرّة المحرَّم [13] ؛ لأنه في الذمة فأشبه السَّلَم ، ولفظ الإجارة في الذمة أن تقول : ألزمت ذمتك إركابي كذا [14] فرسخًا ، أو ألزمتُ ذمتَك تسليمَ مركوبٍ إليَّ أركبه كذا فرسخًا ، فيقول : التزمت .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « الأصحاب » ، والمثبت من (أ) وهو أصح .

(٢) انظر : الأم (٣/٢٥٩) .

(٣) في (أ) : « السفر » .

(٤) في (أ) : « والأولى » .

(٥) في (أ) : « وجوب » .

(٦) في (أ) : « و » .

(٧) في (أ) : « ينزل » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « أو » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « أو » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) في (أ) : « حمار » .

(١١) الأصح : أنه يشترط . انظر الروضة : (٥/٢٠٢) ، مغني المحتاج : (٢/٣٤٣) ، نهاية المحتاج : (٥/٢٨٨) .

(١٢) في (أ) : « تكريني » .

(١٣) في (أ) : « صفر » .

(١٤) في (أ) : « بكذا » .

الجهة الثانية : استئجار الدابة للحمل :

وحكمه حكم الركوب ، إلا في أمرين :

أحدهما : أن معرفة وزن المحمول تحقيقًا شرطٌ إن كان غائبًا ، بخلاف تحقيق وزن الراكب .

وإن كان الحمل حاضرًا فَشَالَهُ باليد وعَرَفَ قَدْرَه تخمينًا : كفى .

والثاني : أنه إن كان في الذمة لا يشترط ذكر جنس الدابة ، أَبَغْلٌ ، أم فرسٌ ؛ إلا إذا استأجر لحمل زجاج فقد يختلف الغرض به .

الجهة الثالثة : الاستقاء [1] :

وهو كالحمل فَيُعَرِّف قدر الماء ، ويريد أنه يتكرر فيعرف قدر كل كرة ، ويُعرِّف عمق البئر ، أو [2] الدولاب ، وقد تحتاج فيه إلى التعيين إذا كان لا ينضبط بالوصف .

الجهة الرابعة : الحراثة :

فإن قدر بالزمان لم يجب تعريف الدابة ورؤيتها ، وإن ضُبِطَ بقدر الأرض وَجَبَ معرفةُ [3] الدابةِ على المكتري [4] ، ومعرفةُ [5] الأرض على المكري [6] أهي سَهْلِيَّة ، أم جبلية ؟ فإن [7] كانت مستورة [7] بالتراب فلا [8] يكفي النظر إلى وجهتها ما لم يَعْرِف جِنْسَها ، هذا تفصيل العلم ، والعرض إنما يتفاوت المقصود به [9] تفاوتًا لا يتسامح بمثله في المعاملة ؛ وجب بيتنُه ، هذا جملته وتفصيله فليعتبر بما ذكرنا [10] ما لم نذكر [11] قياسًا عليه .

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « الاستيقاء » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « و » .

(٣) في (أ) : « تعريف » .

(٤) في (أ) : « المكري » .

(٥) في (أ) : « منفعة » .

(٦) في (أ) : « المكتري » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « كان مستورًا » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « لا » ، والمثبت من (أ) .

(٩) قوله : « به » ليس في (أ) .

(١٠) في (أ) : « ذكرناه » .

(١١) في (أ) : « يذكر » .

الباب الثاني

في بيان حكم الإجارة الصحيحة

(وفيه فصلان)

الفصل [١] الأول

في موجب الألفاظ المطلقة لغةً وعرفًا

ويرتبط النظرُ فيه بأقسام الإجارة ، وهي ثلاثة :

القسم الأول : في الاستصناع : وفيه مسألتان :

إحداهما : الاستتباع . واستئجارُ الأرضِ للزراعة يستتبع استحقاق الشرب قطعًا ، وإن [٢] لم يُذْكر ؛ للعرف .

واستئجار الخياط لا يوجب عليه الخيط ؛ إذ العرفُ لا يَقْتضيه .

واستئجار الحاضنة للحضانة هل يستتبع الإرضاع ، وكذا الاستئجار للإرضاع ، هل يستتبع الحضانة ؟ فيه ثلاثة أوجه : أحدها : لا ؛ إذ كل واحدٍ يمكن إفرادُه بنفسه على ظاهر المذهب ، كما سبق ، فإفرادُ أحدِهما بالذكر يَدُلُّ على تخصيصه [٣] .. وعلى هذا ليس على المرضعة إلا وَضْعُ الثدي في فم الصبي ، وباقي الأعمال في تعهد الصبي على الحاضنة . والثاني : أن كل واحد يتبع [٤] صاحبه ؛ لأن العرف قاضٍ بأن ذلك لا يتولّاه شخصانِ ، بل يتلازمان . والثالث – وهو اختيار القاضي – : أنه إن استؤجرت للإرضاع استتبع [٥]

---

(١) كلمة : « الفصل » ليست في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « فإن » ، والمثبت من (أ) .

(٣) هذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٢٠٨/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٩٦/٥) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « تبع » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تبعت » .

الحضانة ؛ كي لا تبقى الإجارة في مقابلة مجرد العين ، فإن الأصل في الإجارة المنفعة . وإن استؤجرت (١) للحضانة لم يستتبع (٢) الإرضاع .

وأما الحبر في حق الورّاق ، والصبغ في حق الصبّاغ ، فيه طريقان :

منهم من قال : هو كاللبن في حقّ الحاضنة ، فيخرج على الخلاف [في] (٣) اتباعه ، وإن (٤) لم نحكم بالتبعية فإن شرط فيه وهو مجهول جاز ، كما في اللبن .

ومنهم مَنْ قطع بأن الحبر والصبغ مستقلٌّ ، وهو (٥ مستتبع لا تبيع ٥) ، فإن شرط فلابد وأن يذكر ويعرف ، ثم يكون جمعًا بين بيعٍ وإجارة ، بخلاف اللبن فإنه لا يُفْرَد اعتيادًا (٦) .

فرع : لو انقطع لبنُ المرضعة ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه ينفسخ ؛ لأن اللبنَ كلُّ المقصود . والباقي تابعٌ .

والثاني : يثبت الخيار ؛ لأن الأصل عَمَلُ الحضانة . وهذا عيبٌ .

والثالث : أن كلَّ واحدٍ مقصودٌ ، فهو كما لو استأجر عبدين فتلف أحدُهما (٧) .

المسألة الثانية : إذا نَسِيَ المتعلِّم ما حَفِظَ :

قيل : إن كان [ما] (٨) دون سُورة : يجب على المعلّم إعادته .

وقيل : (٩ ما كان ٩) دون آية . وهو تحكُّمٌ .

ولعل الأصح : أنّ ما نُسي في مجلس التعلُّم يجب إعادتُه ، وكأنه (١٠) لم يثبت في

---

(١) في (أ) : « استؤجر » . (٢) في (أ) : « يتبع » .

(٣) زيادة من (أ) . (٤) في (أ) : « فإن » . (٥) في (أ) : « صبغ لا يتبع » .

(٦) قال في الروضة : « فيه ثلاثة طرق . أصحها : الرجوع إلى العادة . فإن اضطربت وَجَبَ البيانُ ، وإلا فيبطل العقد » . انظر : روضة الطالبين : (٢٠٩/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤٦/٢) .

(٧) هذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (٢٠٨/٥) . (٨) زيادة من (أ) .

(٩) في (أ) : « إن كان ما » . (١٠) في (أ) : « فكأنه » .

في نفسه بَعْدُ ، وما نُسي بعد مجلس التعلُّمِ فهو من تقصير الصبي [1] .

القسم الثاني : في استئجار الأراضي والدور :

أما الدُّور ، ففيها مسألتان :

إحداهما : إقامة جدار مائل ، وإصلاح جذع منكسر ، وما يجرى مجراه من مرمة لا يحتاج فيها إلى تجديد عين : يجب على المكري إدامتُه ؛ لتوفيرِ المنفعة .

فإن افتقر إلى إعادة جدار [مائل] [2] أو جذعٍ ، فإنْ فعل استمرت الإجارة ولا خيارَ ، وإن أبى فللمكتري الخيارُ . وهل له إجبارُه على إعادته ؟

قال العراقيون : لا [3] ، وهو مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - لأنه إلزامُ عينٍ
١١٨/أ جديدة لم يتناوَلْها / العقدُ .

وقال القاضي والشيخ أبو محمد : يُجْبر عليه وفاءً بتوفير المنفعة [4] .

وكذا الخلاف إذا غصبتْ [5] الدار وقَدَر المكري على انتزاعها [6] ، هل يلزمه ؟ وكذا [الخلاف] [7] إذا ضاع المفتاحُ ، هل يجب عليه إبدالُه ؟

---

(١) ذكر في الروضة هذه الأوجه الثلاثة ، ثم ذكر وجهًا رابعًا ، وقال : إنه الأصح ، وهو : أنه يُرجع في ذلك إلى العرف الغالب ، على خلاف ما صححه الغزالي رحمه الله . ولعلّ ما رجحه الغزالي إذا لم يكن هناك عُرف غالب كما في مغني المحتاج . انظر : روضة الطالبين (١٩١/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤١/٢) .

(٢) زيادة من (أ) . (٣) في (أ) : « ليس له » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه إذا امتنع المُكري عن إعادة جدار ، أو جذع جديد أُفتِقر إليه . فذهب العراقيون ، ومنهم المتولي والبغوي : بأنه لا يُجبر على أداء ذلك لأنه إلزام عين لم يتناولها العقد ، وهذا هو مذهب الحنفية ، وقال القاضي حسين وأبو محمد : يُجبر ؛ توفيرًا للمنفعة ، وقال الإمام والغزالي والسرخسي : يُجبر ، إذا كانت مَرَمَّة لا تحتاج إلى عين جديدة ، كإقامة جدار مائل ، وإصلاحِ منكسر ، أما ما يحتاج إلى عين جديدة ، كبناءٍ ، وجذعٍ جديد ، فلا يُجْبر عليه على الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢١٠/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤٦/٢) .

(٥) في (أ) : « غصب » . (٦) في (أ) : « إنزاعها » .

(٧) زيادة من (أ) .

ولا خلاف في أنّ تسليم المفتاحِ واجبٌ ، ولو ضاع في يد المكتري فهو أمانةٌ ، وليس على المكري إبدالهُ .

والدعامة التي تمنع [من] (١) الانهدام إذا احتيج إليها ، في معنى جذع جديد ؟ أو في معنى إقامةِ مائلٍ ؟ فيه تردد .

فرع : لو أجر دارًا ليس لها باب ومرزاب (٢) لم يلزمه إحداثه (٣) قطعًا ؛ إذ لم يلتزمْه (٤) أصلًا .

نعم ، إن جَهِلَه المكترى (٥) فله الخيار .

المسألة الثانية : تطهيرُ الدارِ عن الكناسة ، والأَتُّون عن الرماد ، وعرصة الموضع عن الثلج الخفيف : على المكتري .

وتطهير (٦) السطوح عن الثلج ليس على المكتري ، بل إن فعله المكتري فذاك ، وإن تركه فهو المستضِرُّ به ، فإن (٧) انهدمت (٨) به الدار فللمكتري الخيار .

وأما تنقيةُ البالوعةِ والحشِّ ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه على المكتري ، ككنس العرصة (٩) .

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) : « ميزاب » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « إجداده » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « يلزمه » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « المكري » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « وتنظيف » . (٧) في (أ) : « إن » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « انهدم » ، والمثبت من (أ) .

(٩) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/٢١١ ، ٢١٢) ، مغني المحتاج : (٢/٣٤٧) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٠٠) .

والثاني : على المكري ؛ إذ به [1] يتهيأ للانتفاع [1] .

ولا خلاف [في] [2] أنه إذا انقضت المدة ، لا يطالب المكتري بالتنقية عند الخروج من الدار ، ويُطالب بتنقية العرصة من الكناسات .

وقولنا : في دوام المدة عليه ، أردنا به : إن أراد الانتفاع لنفسه .

فرع : لو طرح في البيت ما يتسارع إليه الفساد [3] ، هل يُمْنع [منه] [4] ؟ فيه وجهان ، و [5] الصحيح [6] : أنه لا يمنع ، فإنه معتاد [7] في الدور .

(أما الأراضي) ، ففيها ثلاث مسائل :

الأولى : إذا استأجر أرضًا للزراعة ولها شرب ، اتبع موجب الشرط في الشرب ، وإن لم يكن شرطٌ فالعرفُ ، فإن لم يكن عُرْفٌ فاستؤجرت [8] للزراعة ، فوجهان :

أحدهما : الاتباع ؛ لأن لفظ الزراعة كالشرط للشرب ، إذ لا يُسْتغنى عنه .

والثاني : وهو الصحيح [9] ، أنه لا اتباع ؛ إذ موجبُ اللفظ يزاد عليه بعرفٍ غير مضطرب ، فإذا اضطرب اقتصر على موجب اللفظ .

ومنهم من قال : تَفْسد هذه الإجارة ؛ لأنّ المقصودَ صار مجهولًا بِتَعَارُضِ [10]

---

(١) في (أ) : « تهيأ الانتفاع » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (أ) : « الفار » ، والمثبت هو الصواب .

(٤) زيادة من (أ) . (٥) حرف : « و » ليس في (أ) .

(٦) وفي الروضة : أنه الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢١٢) .

(٧) في (أ) : « يعتاد » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « واستؤجر » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في الروضة : أنه الأصح . انظر روضة الطالبين : (٥/٢١٣) .

(١٠) في الأصل ونسخة (ب) : « يتعارض » ، والمثبت من (أ) .

هذين الوجهين .

المسألة الثانية (١) : إذا مضتْ مدةُ الإجارة ، والزرعُ باقٍ نُظِرَ .

فإن كان السبب تقصير المكتري وتأخيره فللمكري قَلْعُه مجانًا ، وله إبقاؤه بأجرة .

وإن كان السبب بردُّ الهواء وإفراطه فلا يقلعه (٢) مجانًا ، بل يتركه بأجرة ؛ لأنه غير مقصر .

وفيه وجه : أنه يقلع مجانًا كالتقصير .

وإن كان السبب كثرة الأمطار المانعة من المبادرة إلى الزراعة ، فهذا متردد بين التأخير وبين برد الهواء .

وإن كان السبب قِصَر المدة المشروطة ، كما إذا استأجر الأرض لزراعة القمح شهرين ، فإن شرط القلع مجانًا فله ذلك ، فلعله ليس يَبْغي إلا القصيل .

وإن شرط الإبقاء فالإجارةُ فاسدةٌ ؛ لتناقضِ التأقيت وشرطِ الإبقاء .

وإن سكت ، قال الشيخ أبو محمد : يُنَزَّل على شرط الإبقاء ، فيفسد ؛ لأنّ الزرع يُقْصَد ليبقى في العادة ، فهو كما إذا استأجر دابةً يومًا ليسافر بها (٣) إلى مكة من بغداد (٣) ، وإليه يُشير نصُّ الشافعي رضي الله عنه .

ومنهم مَنْ قال : إنه يصحُّ ؛ لأنّ المدةَ معلومةٌ ، وقد يقصد القصيل (٤) .

ثم في جواز القلع وجهان :

أحدهما : لا يقلع مجانًا ؛ كالإعارة المؤقتة .

والثاني : يقلع ؛ لأن فائدة تأقيت (٥) الإعارة طلب الأجرة بعد المدة ، وهاهنا

---

(١) في (أ) : « الثالثة » . (٢) في (أ) : « يقلع » .

(٣) في (ب) : « من مكة إلى بغداد » .

(٤) وهذا هو الأصح . انظر الروضة : (٥/٢١٤) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « تأخير » ، والمثبت من (أ) ، ومن نسخة أخرى ، كذا على هامش الأصل .

الأجرةُ في المدة لازمةٌ ، فلا تَظْهر فائدةٌ سوى القلع .

وعلى الجملة : نقل وجه من هاهنا إلى تأقيت الإعارة مُتَّجِهٌ ، وكذلك [١] في إجارة الأرضِ للبناء والغراسِ في جواز القلع بعد المدة هذا الخلافُ ، مع القطع في العارية المؤقتة بأنه لا يجوز القلعُ بعد المدة ، والتسويةُ متجهةٌ .

ثم إذا فَرَّعْنا على أن الإجارة المؤقتة كالعارية [٢] المؤقتة [٣] ، وأن القلع مجانًا بعده [٤] لا يجوز ، فيتخيَّر بين القلع بأَرْشٍ أو الإبقاءِ [٥] بأجرة ، أو التملكِ بعوضٍ كما في العارية .

فإن اختار القلع ، فمباشرةُ القلع أو بدلُ [٦] مؤنتِه على مَنْ [٧] ؟

في كلام الأصحاب فيه تردد ، يحتمل أنْ يقال : على المكتري [٨] ، فإنه تفريغ [٩] الملك ، وهو الذي شغله ، وإنما على المالك أرش النقصان .

ويحتمل أن يقال : إن أراد المالكُ القلْعَ ، فَلْيُبَاشِرْه ، وعلى هذا لو أبى المكتري [١٠] القلْعَ [١١] أو التمكينَ منه ، ذكرنا في العارية أنه يقلع مجانًا ، وذُكِرَ هاهنا وجهٌ يطرد [أيضًا] [١٢] في العارية : أنه يقلع ويغرم له ، كالمالك إذا منع المضطرَّ الطعامَ لا يبطل حقُّه ، لكنْ يؤخذ قهرًا بعوض .

---

(١) في (أ) : « وكذا » .

(٢) في (ب) : « كالإعارة » .

(٣) كلمة : « المؤقتة » ليست في (أ) .

(٤) قوله : « بعده » ليست في (أ) .

(٥) في (ب) : « والإبقاء » .

(٦) في (ب) : « أو بذل » .

(٧) الأصح : أنها على المستأجر . انظر : الروضة : (٥/٢١٥) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « المكري » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « تفريع » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) في الأصل ونسخة (ب) : « المكري » ، والمثبت من (أ) .

(١١) كلمة : « القلع » ليست في (ب) .

(١٢) زيادة من (أ) .

المسألة الثالثة [١] : لو استلجرها [٢] للقمح فليس له زراعة الذرة .

ولو استأجر للذرة ، فله زراعةُ القمح ؛ لأنَّ ضررَه دونه .

ولو شرط المالكُ المنْعَ عن القمح ، فثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يُتْبع الشرط ؛ فهو المالك .

والثاني : يَفْسد الشرط ، فهو كقوله : أجرت بشرط أن لا تلبس إلا الحرير .

والثالث [٣] : أن العقد يفسد ، كما لو شرط أن لا يؤاجر الأرض المستأجرة [٤] .

ولو نَفَى الذرةَ ، فزَرَعَها ، فللمكرِي المبادرةُ إلى القلع في الحال .

ولو زرع ما ضررُه دون ضرر المشروط . ولكنْ يطول بقاؤه ، فهل له في الحال قَلْعُه ؟ وجهان :

أحدهما : لا ؛ إذ لا ضررَ في الحال .

والثاني : نعم ؛ لأنه مُضِرٌ [٥] في جنسه بطول البقاء .

فرع : لو شرط القمح ، فزَرع الذرةَ ، فلم يَقْلع حتى مضت المدة :

قال الشافعي - رضي الله عنه - : يتخير بين أن يطالب بأجرة المثل ، أو يطالب بالمسمى وأَرْشِ [٦] نقصانِ الأرض [٦] [٧] .

---

(١) في (ب) : « المسألة الثالثة : إن الشافعي لركوب ، ولم يتعرض لو استأجرها » ، ولم تثبت هذه العبارة ؛ لما بها من خللٍ في المعنى .

(٢) في الأصل : « استأجرها » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « والثاني » .

(٤) هذا الوجه هو الأقوى . انظر : الروضة : (٢١٧/٥)

(٥) في (ب) : « لا مضرة » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « النقص في الأرض » .

(٧) انظر مختصر المزني : (٩٧/٣) .

قال المزني : الأَوْلى بقوله [١] ، المسمَّى وأرشُ النقص [٢] [٣] .

فمن الأصحاب / من قال : هذا يدل على اضطرابِ قولٍ ، وحاصل ما [فيه] [٤] ثلاثة أقوال : ١١٨/ب

أحدها : أنه [٥] يتعين المسمى وأرشُ النقص ؛ إذ صَحَّت الإجارة ، ولم يعدل عن جنس الزراعة ، فهو كما لو استأجر دابةً لحملِ [٦] خمسين فحمل مائة ، يثبت المسمى وزيادةٌ .

والثاني : تتعين أجرةُ المثل ؛ إذ تَرَكَ المعقودَ عليه ، فصار كما لو استأجر للزراعة [٧] فبنى .

والثالث : أنه [٨] يتخيَّر ، كما قال الشافعي - رضي الله عنه - ؛ لأن الذرة يُضاهي [٩] القمحَ من وجه ، ويُخالفه من وجه ، فالخيارُ للمالك [١٠] .

ومن الأصحاب مَنْ طرد الأقوالَ في العدول عن [١١] الزرع إلى البناء والغراس .

القسم الثالث : في استئجار الدوابّ .

وفيه سبع مسائل :

الأولى : يجب على مُكري الدابة تسليمُ الحزام والثّفَر ، والإكاف ، وفي الإبل : البرة والخطام والبرذعة .

---

(١) كلمة : « بقوله » ليست في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « النقصان » ، والمثبت من (أ) .

(٣) انظر مختصر المزني : (٩٧/٣) .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (أ) : « أن » .

(٦) في (ب) : « نزل » .

(٧) في (أ) : « للزرع » .

(٨) قوله : « أنه » ليس في (أ) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « يضاهي » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) هذا هو المذهب ، وهو نصه في المختصر كما سبق . انظر : مختصر المزني : (٩٧/٣) ، روضة الطالبين : (٢١٧/٥ ، ٢١٨) .

(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « من » ، والمثبت من (أ) .

وفي السرج خلافٌ في إكراء الفرس ، والمتبعُ في كل ذلك العرفُ .

أما المحمل والمظلة والغطاء ، والحبل الذي يُشَدُّ به أحدُ المحملين إلى [١] الآخر : على المكتري .

أما آلاتُ النقلِ ؛ كالوعاء ، فعلى [٢] المكتري إنْ وردت الإجارة على عين الدابة ، وإن التزم في الذمة نَقْلَ متاعِه فعلى المُكري [٣] .

والدلو والرشأ في الاستقاء ، كالوعاء ، والمتبعُ في كل [٤] ذلك العرفُ .

الثانية : إذا استأجر للركوب ولم يتعرض للمعاليق ، ففي اقتضائه تعليقَ المعاليق وجهان :

أحدهما : يقتضيه ؛ للعادة [٥] .

والثاني : لا ؛ إذ رُبَّ راكبٍ لا معلاقَ له .

فإن قلنا : إنه يقتضيه ، فهو كما لو ذكر المعلاق ولم يفصله [٦] ، وقد ذكرنا خلافًا في أنه مجهول ، أم يُحَكَّم فيه [٧] العرف ؟

فرع : الصحيح أنّ الطعام يجب تقديره ، فلو قدر عشرين مَنًّا ، فإذا فني هل [٨] يجوز إبدالُه ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : نعم ، كسائر المحمولات .

والثاني : لا ؛ لأنّ العادة في الطعام أن [٩] تنزفه الدابة إذا لم يبقَ .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « على » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « على » .

(٣) في (أ) : « المكتري » .

(٤) في (أ) : « جملة » .

(٥) في (أ) : « العادة » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « يفعله » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « به » .

(٨) في (أ) : « فهل » .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « أنه » ، والمثبت من (أ) .

والثالث : أنه يبدل (١ إن فني الكلُّ ، وإن فني شيءٌ منه فلا يبدل كل ساعة ١) (٢) .

الثالثة (٣) : كيفيةُ السير والسُّرَى يُنَزَّل فيه على العادة أو الشرط ، وكذا النزول على العقبات ، يقتضيه مطلق الإجارة .

فلو (٤) تنازعا في المنزل ، فإن كان في صيف فالصحراء ، وإن كان في شتاء (٥) ففي القرى . وقد يختلف بالأمن والخوف ، فينزل في وقت الخوف في القرى ، وفي الأمن في الصحراء .

فإن لم يكن عُرْفٌ ، فسدت الإجارةُ إن لم يشترط .

والنزولُ عن الدابة ، والمشيُ رواحًا معتاد ، فإن أَبَى فهل يُجْبَر عليه ؟

فيه وجهان ، ووجه المنع : أنّ العادةَ التبرعُ به لمن أراد ، لا كالنزول على العقبة .

الرابعة : يجب على المكري إعانةُ الراكب في النزول (٦) والركوب ، إن كان الراكب مريضًا أو شيخًا أو امرأة .

هذا إذا التزم بتبليغِ (٧) الراكبِ المنزلَ في الذمة .

فإن أورد على عين الدابة وسلم (٨) ففيه خلاف ، ولعله يختلف باختلاف أحوال

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (ب) .

(٢) قال في الروضة : « وإن فَنِي بالأكل ، فإن فَنِي كلُّه أبدله على الصحيح ، وإن فَنِي بعضُه أبدله على الأظهر . ويُقال : الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٢٠) .

(٣) في (أ) : « الثالث » .

(٤) في (أ) : « ولو » .

(٥) في (أ) : « الشتاء » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « للنزول » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « تبليغ » .

(٨) في (أ) : « فيسلم » .

المكتري [١] في العادة .

أما الإعانة على الحمل ، فالصحيح : أنه يجب ؛ إذ العرفُ فيه غَيْرُ مختلفٍ ، والاستقلالُ بالحمل غيرُ ممكنٍ ، بخلاف الركوب .

ورَفْعُ المحمل وحطُّه - أيضًا - على المكري ، كالإعانة على الحمل .

وشد أحد المحملين إلى الآخر [٢] في الابتداء على مَنْ ؟ فيه وجهان ، من حيث إنه مردد بين تنضيد الأقمشة - وهو على المكري - وبين الحطِّ والرَّفع [٣] .

ثم [٤] قال الشافعي - رضي الله عنه - : إن تنازعا في كيفية الركوب في المحمل جلس لا مكبوتًا ولا مستلقيًا ، أي مستويًا غير مخفوضٍ [٥] أحد الجانبين من أسفل أو من قدام [٦] .

الخامسة : إذا استأجر للحمل مطلقًا ، فله أن يحمل ما شاء .

والأظهر : أن اختلاف الحديد والقطن والشعير ، كاختلاف القمح والذرة ، حتى يشترط التعرض له في وجه ، ثم إن شَرَطَ الشعير حمل الحنطة - إذ لا فَرْقَ - ولا [٧] يحمل الحديد . ولو شرط الحديد حمل الرصاص والنحاس ؛ للتقارب ، ولا يحمل القطن ، وكذا إذا شرط القطن لا يحمل [٨] الحديد ، لاختلاف جنس الضرر .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « المكري » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « بالآخر » ، والمثبت من (أ) .

(٣) أصح هذين الوجهين : أن شد أحد المحملين إلى الآخر على المكري . انظر : الروضة : (٢١٩/٥،٢٢١) .

(٤) قوله : « ثم » ليس في (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « محفوط » ، والمثبت من (أ) .

(٦) انظر : الأم : (٢٦٠/٣) ، مختصر المزني : (٨٤/٣) ، روضة الطالبين : (٢٢٢/٥) .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « ولم » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في (ب) : « تحمل » .

وأما الوعاء : هل يحتسب [1] إن قال : التزمتُ حَمْلَ مائةِ مَنًا [2] من الحنطة ؟ فالوعاء وراءه ، فإن تماثلت الغراير في العرف حُمِلَ عليه ، وإلا شرط ذِكْرُ وزن الظرف .

فإن [3] قال : احمل [4] مائةَ مَنٍ ، فالظاهر أنه مع الظرف . وفيه وجه أنه كالصورة الأولى .

ولو قال : أَحمل عشرةَ آصُعٍ بدرهم ، وما زاد فبحسابِه ، فهو في عشرة [آصع] [5] صحيحٌ ، وفي الباقي فاسدٌ ؛ لأنه لا مردَّ له .

السادسة : إذا تلفت الدابةُ المعينةُ انفسخت الإجارة . وإن وردت على الذمة وسُلّمت الدابةُ ، فَتَلفَتْ ، جاز للمكري إبدالها ، ولم تنفسخ [6] ، وكذا إذا وَجَدَ بها عيبًا لم يكن له الفسخ ، كما إذا وجد بالمُسْلَم فيه عيبًا ، نعم . يفيد القبض في الدابة وإن لم يعين في العقد تَسَلُّط المستأجرُ على إجارتِها ، والاختصاصِ بها إن أفلس المكري ؛ حتى يقدم على الغرماء بمنافعها [7] .

ولو أراد المالك إبدالَها في الطريق - دون رضاه - فيه تردد .

والأصح : أنه إن قال : أجرتك دابةً مِنْ صفتِها كذا وكذا ، ثم عين لم يَجُزْ له الإبدالُ ، وإن قال : التزمتُ إركابك إلى البلد الفلاني جاز الإبدال [8] .

السابعة : في إبدال [9] متعلقات الإجارة .

---

(١) في (أ) : « يحسب » . (٢) في (أ) : « منٍ » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « إن » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « حمل » . (٥) زيادة من (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (أ) : « ينفسخ » ، والمثبت من (ب) .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « منافعهما » ، والمثبت من (أ) .

(٨) الذي في الروضة : أن الأصح عند الجمهور : المنع ، والثاني : ما اختاره الغزالي وهو قول الشيخ أبي محمد . انظر : روضة الطالبين : (٢٢٣/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤٩/٢) .

(٩) في الأصل ونسخة (أ) : « تبديل » ، والمثبت من (ب) .

أما المستوفي - وهو الراكب - : فيجوز إبداله بمثله .

و [1] أما المستوفى منه : وهو الأجير والدابة والدار [2] - : فلا يجوز الإبدال بعد ورود الإجارة على العين .

وأما المستوفى فيه - وهو الثوبُ في الخياطة ، والصبيُّ في التعليم ، والمسافةُ / في البلاد والطرق - : ففيه ثلاثة أوجه : ١١٩/أ

أحدها : الجواز ؛ لأن الإجارة لا تتعلق [3] بهذه الأشياء ، كالمستوفي [4] .

والثاني : لا [5] ، كالمستوفى منه .

والثالث : أنه لا إجبارَ فيه ، ولكن بالتراضي يجوز ، من غير تصريح بمعاوضة وشرطها .

فرع :

إذا استأجر ثوبًا للبس فلا يَبيتُ فيه ليلًا ، (٦ وكذا في وقت القيلولة ٦) ، وفي وقت القيلولة وجه [7] . وليس له الاتزار به ؛ لأنّ ضررَه فوق اللبس .

وفي الارتداء به وجهان ؛ لأن ضررَه جنسٌ آخر [8] .

* * *

---

(١) حرف : « و » ليس في (أ) . (٢) في (أ) : « فالدار » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « يتعلق » ، والمثبت من (أ) .

(٤) هذا الوجه هو الأصح عند الإمام والمتولي . انظر : الروضة : (٥/٢٢٤) ، مغني المحتاج : (٢/٣٥٠) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٠٧) . (٥) كلمة : « لا » ليس في (أ) .

(٦) ما بين القوسين : ليس في (ب) .

(٧) وفي الروضة : أن الأكثرين على أنه يجوز النوم فيه بالنهار من غير تقييد بالقيلولة ، ولكن ضَبَطَه الصيمريُّ فقال : إن نام ساعةً أو ساعتين جاز ؛ لأنه متعارفٌ . وإن نام أكثر النهار لم يجز ، وهذا ما ذكره النووي تعليقًا على قول الرافعي : أن النوم في الثوب في وقت القيلولة فيه وجهان ، وأن أصحهما : الجواز . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٢٥) .

(٨) الأصح : أنه يجوز الارتداء به . انظر :الروضة : (٥/٢٢٥) .

الفصل الثاني : في الضمان

والنظر في المستأجر والأجير [١] :

أما المستأجر : فيدُه يدُ أمانة في مدة الانتفاع ، ولو [٢] انهدمت الدار المستأجرة أو تلف [٣] الثوبُ المستأجر للبس [أو الدابة المستأجرة للركوب] [٤] بغير عدوان ، فلا ضمان ؛ لأن توفيةَ المنفعة واجبة على الآجر [٥] ، ولا يتوصل إليه إلا بإثبات يد المستأجر ، فكأنه [٦] يمسكه لغرض الآجر [٧] .

أما إذا تعدّى بضربِ الدابة من غير حاجة [٨] أو سببٍ [٨] آخر فتلف ، ضمن ضمان العدوان .

أما إذا انقضت المدةُ ، قال الشافعي - رضي الله عنه - : ولو حبسه بعد المدة فتلف ضمن [٩] .

واختلف الأصحاب ، فمنهم مَنْ قطع بأنّ يدَه يدُ أمانةٍ بعد المدة ، كما في المدة ، وأنه لا يَلْزمه مؤنةُ الردِّ ، وإذا [١٠] تلف فلا ضمان ، وأراد الشافعي - رضي الله عنه - ما إذا حبس بعد المطالبة .

ومنهم من قال : يدُه بعد المدة كَيَدِ المستعير ، فعليه مؤونةُ الردّ والضمان .

فأما قبل الانتفاع إذا سلم إليه الدابةَ ، فربطها [١١] في الإِصطبل فماتت [١٢] : فلا ضمان قبل مضيٍّ مدة الانتفاع .

---

(١) كلمة : « الأجير » ليست في (أ) . (٢) في (أ) : « فلو » .

(٣) الأصل ونسخة (ب) : « الدابة أو » ، والمثبت من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) . (٥) في (أ) : « الأخير » .

(٦) في (أ) : « كأنه » . (٧) في (أ) : « نفسه » .

(٨) في (أ) : « وبسبب » . (٩) انظر : مختصر المزني : (٣/٩١) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « فإذا » . (١١) في (أ) : « وربطهما » .

(١٢) في الأصل ونسخة (ب) : « فمات » ، والمثبت من (أ) .

فإن [١] انهدم عليها [٢] الإصطبل ، (٣) قال الأصحاب ٣) : يجب الضمان ؛ إذ لو ركب في الطريق لكان آمنًا من هذه الآفة .

أما الأجير على الدابّة للرياضة ، وعلى الثوب للخياطة ، وعلى الخُبْزِ للخَبْزِ ، فضامن إن تلف المالُ بتقصيره في العمل [٤] .

وإن لم يقصر وتلف بآفة ، نظر : إن [٥] كان في دار المالك وفي [٦] حضوره ، والشيءُ في يد المالك فلا ضمان .

وإن كان في يد الأجير ودُكّانه ، ففيه ثلاثة أقوال :

الأصح : أنه لا ضمان .

قال الربيع : اعْتَقَدَ الشافعيُّ - رضي الله عنه - أنْ لا ضمان [٧] على الأجير ، وأن القاضي يَقْضي بعلمه ، ولكنْ كان لا يَبُوح به خيفةَ القضاةِ السوءِ والآجِرِ السوء [٨] .

ويتأيَّدُ ذلك بأنّ الراعي إذا تلفت [٩] الأغنامُ تحت يده بالموت بآفةٍ [١٠] سماوية لا يَضْمن إجماعًا ، وعاملُ القراض لا يضمن إجماعًا ، والمستأجِرُ لا يَضْمن إجماعًا .

[و] [١١] الثاني : أنه يضمن .

---

(١) في (أ) : « وإن » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « عليه » ، والمثبت من (أ) .

(٣) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « الفعل » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « فإن » . (٦) في (أ) : « أو في » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « ضمن » ، والمثبت من (أ) .

(٨) انظر : الأم : (٢٦٤/٣) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « تلف » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) في (أ) : « بآفات » . (١١) زيادة من (أ) .

ويتأيَّد ذلك بآثارٍ من الصحابة ، وفيه مصلحةٌ للناس صيانةً للمال من الأجراء السوء [و] (1) لأنّ العملَ وجب عليه (2 وإنما هو مستعير للثوب لغرضِ نفسه ، حتى يوفي عملَه بواسطته ، بخلاف المستأجر 2) .

والثالث : أن الأجير المشترك الذي يقدر على أن يحصله بنفسه وغيره يضمن . والمنفرد (3) المعينُّ شخصُه للعملِ لا يَضْمن . والفرقُ ضعيفٌ (4) .

فروع أربعة :

الأول : إذا غسل ثوبَ غيره ، أو حَلَق رأسَه ، أو دلكه من غير جريان لفظٍ في (5) الإجارة ، فظاهِر نصِّ الشافعي – رضي الله عنه – أنه لا يستحق شيئًا ، وهو قياسُ مذهبه (6) ؛ لأن الأجرة تجب بعقد ، ومجردُ القرينة عند الشافعي – رضي الله عنه – لا تقوم (7) مقامَ العقد ، ولأجله لم تكن المعاطاةُ بيعًا ، أو (8) تجب بالإتلاف . والغَسَّالُ والدَّلال (9) والحلَّاق هم الذين (10) أتلفوا منافعَ أنفسهم ، ولم يَجْرِ منه إلا سكوت أو إذن .

---

(1) زيادة من (ب) .

(2) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(3) في (أ) : « والمفرد » .

(4) قال في الروضة : « أما المشترك ، فهل يضمن ما تلف في يده بلا تعدٍّ ولا تقصيرٍ ؟ فيه طريقان : أصحهما : قولان . أحدهما : يضمن كالمستعير والمستام . وأظهرهما : لا يَضْمن كعامل القراض .

والثاني : لا يضمن قطعًا . وأما المنفرد : فلا يضمن على المذهب ، وقطع به جماعة » . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٢٨) ، مغني المحتاج : (٢/٣٥١ ، ٣٥٢) ، نهاية المحتاج : (٥/٣١٠ ، ٣١١) .

(5) قوله : « في » ليس في (أ) .

(6) وهذا هو الأصح . انظر الروضة : (٥/٢٣٠) ، مغني المحتاج : (٢/٣٥٢) ، نهاية المحتاج : (٥/٣١١ ، ٣١٢) .

(7) في (ب) : « يقوم » .

(8) في (أ) : « و » .

(9) كلمة : « والدَّلال » ليست في (أ) .

(10) كلمة : « الذين » ليست في (أ) .

ولو أتلف ملكَ غيره بإذنه لم يَضْمن ، فكيف إذا أتلف المالك منفعة نفسِه ؟

واختار المزني : أنه يضمن له إذا كان مثله يعمل بأجرة ، ويكون بالإذن مستوفيًا للمنفعة ، وفعلُه لا يدل على المسامحة ، فيبقى مضمونًا ، كما أن مَنْ دخل الحمام جُعِلَ مستوفيًا للمنفعة ضامنًا .

ومن أصحابنا من قال : إن كان الالتماس من صاحب الثوب ضمن ، وإن كان من الغَسَّال لم يَسْتحق .

فإن قيل : وما يستحقه الحمامي عوضُ ماذا ؟

قلنا : من أصحابنا من قال : هو ثمنُ الماء ، وإلا فهو متبرع [١] بالسَّطل والإزار [٢] إعارة له ومتبرعٌ بحفظ الثياب ، وهو ضعيف ؛ لأن الماء تابعٌ في مقصود الاستحمام ، ولو كان مقصودًا لكان يضمن بالمثل إن كان متقومًا .

بل ما يستحقه أجرة منفعة السطل والإزار والحمام وحفظ الثياب ، فهو في حق الثوب كأجير مشترِكٍ ؛ حتى يُخَرَّج ضمانه على القولين .

والداخل لا يضمن السطل والإزار ضمانَ المستعير ، بل هو كالمستأجر .

الفرع الثاني : إذا قصر الثوبَ فتلف بعد القصارة .

إن كان يغسل في يد المالك وداره ، فيستحق [٣] الأجرة ولا [٤] ضمان.

وإن كان في يد الغَسَّال ففي الضمان القولان ، وفي الأجرة قولان ، مأخذهما : أن القصارة عين أو أثر ؟

وفائدته : أن القصار هل له حق [٥] الحبس كما للصباغ ؟

فإن قلنا : له حق الحبس ، فقد تلف قبل التسليم [٦] فلا أجرة له [٦] .

---

(١) في (أ) : « تبرع » .

(٢) كلمة : « والإزار » ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « يستحق » .

(٤) في (أ) : « فلا » .

(٥) كلمة : « حق » ليست في (ب) .

(٦) في (ب) : « الصحيح أنه لا أجر له » .

وإن قلنا : أثر ، ولا [1] حَبْسَ ، فقد صار بمجرد الفراغ مُسَلِّمًا ، فله الأجرة .

والصحيح : أنه لا أجرة له ولا ضمانَ .

وفي طريقة العراق : أنَّا إن ضمناه فله الأجرة ، وإن جعلناه أمينًا فلا أجرة له . وقدمناه من البناء أظهر .

[الفرع] [2] **الثالث** : إذا استأجر دابة ليحملها عشرة آصُعٍ ، فأخذ الدابة وحملَها أحدَ عشرَ صاعًا ، وتلفت [3] تحت يده ضمن كلها ؛ لأنه غاصب .

ولو سلَّم أحد عشر صاعًا إلى المكري ، وليس عليه فظنَّ أنه عشرةٌ ، فحملها ، فتلفت الدابة بآفة أخرى فلا ضمان عليه ، وإنما عليه أجرةُ المثل للزيادة ، وإن تلفت [4] بثقل الحمل ، فالأظهر أن الغَارَّ يُطَالب بالضمان . وإن كان مباشرةُ الحمل من مالك الدابة .

وفي قدر الضمان قولان :

أحدهما : النصف ؛ لأنه تلف بمضمونٍ وغيرِ مضمونٍ ، فهو كالجراحات .

والثاني : يُوَزَّع على قدر الحمل ، فيلزمه جزءٌ من أحد عشر جزءًا من الضمان ، بخلاف الجراحات ، فإن آثارها لا ينضبط [5] .

ومثل / هذا الخلاف جارٍ في الجلاد إذا زاد على الحدِّ واحدةً [6] ، أنه يوزع على ١١٩/ب العدد أو يُنَصَّف ؟

ولو استأجر رجلان ظهرًا ، فَارْتَدَفهُما ثالثٌ بغير إذنهما وهلكت [7] الدابةُ ،

---

(١) في (أ) : « فلا » .
(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « فتلف » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « تلف » ، والمثبت من (أ) .

(٥) هذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٢٣٤/٥) .

(٦) في (أ) : « واحدًا » .
(٧) في (أ) : « فهلكت » .

ففيما (١) على الرديف ثلاثة أوجه :

أحدها : النصف ؛ إذ هَلَكَ بمضمونٍ وغيرِ مضمون .

والثاني : أنهم يوزنون ، ويُقَسَّط الضمان على وزنه بحصته .

والثالث : أن عليه الثلث ، فإنَّ وزن الرجالِ بعيدٌ (٢) .

الفرع الرابع : سلم ثوبًا إلى خياطٍ فخاطه قباء ، فقال المالك : ما أَذِنْتُ لك إلا في خياطته قميصًا ، وتنازعا .

قال ابن أبي ليلى : القولُ قول الخياط ؛ لأن الإذن في أصله (٣) متفق عليه . وهو أمين . فالقول قوله في التفصيل ، وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : القول قول المالك لأنه الآذِنُ ، فَيُرْجَع إليه في تفصيل إذنه .

قال الشافعي - رضي الله عنه - : [و] (٤) قولُ أبي حنيفة - رحمه الله - أولى . ثم ذكر قولًا ثالثًا ، وهو (٥) : أنهما يتحالفان ، إذ المالك يدعي عليه خيانةً وهو ينكرها ، والخياطُ يدعي على المالك إذنًا في خياطة القباء وهو ينكره (٦) .

---

(١) في (ب) : « ففيها » .

(٢) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/٢٣٥ ، ٢٣٦) .

(٣) في (أ) : « الأصل » . (٤) زيادة من (أ) .

(٥) قوله : « وهو » ليس في (أ) .

(٦) **مذهب الشافعية** : أنه إذا أعطى المالكُ ثوبًا إلى خياط ليقطعه ويخيطه ، فخاطه قباءً ، ثم اختلفا ، فقال الخياط : أَمَرتني بقباء ، وقال المالكُ : بل أمرتُك بقميصٍ ، ففيه خمسة طرق :

أصحها وبه قال الأكثرون : في المسألة قولان : أظهرهما عند الجمهور : أن القول قولُ المالك . والثاني : القول قول الخياط .

والطريق الثاني : فيه ثلاثة أقوال . هذان ، والثالث : أنهما يتحالفان .

والطريق الثالث : قولان . تصديق المالك ، والتحالف .

=

فمن الأصحاب [1] من قال : للشافعي - رضي الله عنه - ثلاثة أقوال ؛ إذ لا يرجح فاسد على فاسدٍ ، فدل [على] [2] أنه رأى [3] مذهبهما رأيًا [3] .

ومنهم من قال : مذهبه التحالف ، وذاك [4] حكاية عن مذهب الغير ، وهو الأصح .

التفريع : إن قلنا : يحلف الأجيرُ ، فحلف سقط عنه الأرْشُ .

وهل يستحق الأجرةَ ؟ وجهان :

أحدهما - وهو قول أبي إسحاق المروزي - : لا ؛ لأنَّ يمينه نافيةٌ ، فلا تصلح للإثبات [5] .

والثاني : أنه يستحق ؛ لأنَّا نُحلِّفه [6] على أنه أَذِنَ له في خياطته قباءً لا قميصًا ، فَلْيستفد بيمينه استحقاق الأجرة .

فإن قلنا : يستحق فأجرةَ المثلِ أو المسمَّى ؟ فيه وجهان :

أحدهما : المُسَمَّى ؛ تصديقًا له كما قال ، فإن كان من إشكال فهو من ضعف هذا القول ولزومه عليه .

= والرابع : القطع بالتحالف .

والخامس - وهو عن ابن سريج - : إنْ جرى بينهما عقدٌ تعينَّ التحالفُ ، وإلا فالقولان الأولان .

ومذهب الحنفية : وهو أن القول قولُ المالكِ مع يمينه . انظر : الأم : (٣/٣٦٣) ، مختصر المزني : (٣/ ٨٩ ، ٩٠) ، روضة الطالبين : (٥/٢٣٦) ، مغني المحتاج : (٢/٣٥٤) ، نهاية المحتاج : (٥/٣١٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢/٦٠) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢/٥٢ ، ٥٣) .

(١) في (أ) : « أصحابنا » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « مذهبهما مذهبًا » . (٤) في (أ) : « وذلك » .

(٥) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/٢٣٦) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « نحلف » ، والمثبت من (أ) .

والثاني : أجرة [١] المثل ؛ إذ ربما يكثر المسمى ويَبْعُد إثباتُه بيمينِ النفي .

فإن قلنا : لا يستحق ، فيدعي على المالكِ الأجرةَ ، فإنْ حلف سقط ، وإن نَكَلَ فهل [٢] تُجَدَّدُ اليمينُ عليه ؟

قال القاضي حسين - رحمه الله - : لا ؛ إذْ لا فائدة [٣ في التكرير ٣] ، فكأنَّ يمينَهُ السابقة [٤ كانت موقوفةً ٤] على النكُول لِتصيرَ [٥] حجةً .

والثاني : أنه يكرر اليمين ؛ إذ لا عهد بتقديم اليمين على النكول في الإثبات [٦] .

وإن فرعنا على أن القولَ قولُ المالك ، فيحلف له [٧] أنه أذِن له في القميص لا في القباء ، وتسقط [٨] [عنه] [٩] الأجرةُ ويَسْتَحِق الضمان ؛ لأنه إذا انتفى الإذن فالأصل الضمان .

وفي قدر الضمان قولان :

أحدهما : التفاوت بين المقطوع وغير المقطوع .

والثاني : التفاوت بين المقطوع قميصًا و [١٠] قباءً ؛ لأن هذا القدر مأذونٌ فيه .

وهذا يلتفت على أن الوكيل إذا ضمن في البيع ، هل يحط عنه ما يتغابَنُ الناسُ به ، فإنه كالمأذون فيه لو تمَّ البيع ؟ ثم مهما لم يأخذ الأجِيرُ الأجرةَ فله نَزْعُ الخيطِ إذا كان

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « أجر » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « فقد » .

(٣) في (أ) : « للتكرير » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « كان موقوفًا » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « ليصير » ، والمثبت من (أ) .

(٦) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٢٣٦/٥ ، ٢٣٧) ، مغني المحتاج : (٣٥٥/٢) .

(٧) في (أ) : « على » .

(٨) في (ب) : « ويسقط » .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) في الأصل ونسخة (أ) : « أو » ، والمثبت من (ب) .

ملكًا له .

وإن فرعنا على التحالف ، فإذا تحالفا سقطت الأجرةُ ، وهل يسقط الضمان ؟ قولان :

أحدهما : لا ؛ إذْ فائدةُ التحالفِ رَفْعُ العقد والرجوعُ إلى ما قبله .

والثاني - وهو الأصح [١] - : أنه يَسْقط ، لأنه حلف على نَفْي العدوان - أَعني الخياطة [٢] - ولو نكل لكان لا يَلْزمه إلا الضمان ، فَلْيكن ليمينِه فائدةٌ .

***

(١) الذي في الروضة : أنه الأظهر ، لأنهما قولان . روضة الطالبين : (٢٣٧/٥) .

(٢) في (أ) : « الخياط » .

الباب الثالث

في الطوارئ الموجبة للفسخ

وهو [١] ثلاثة أقسام :

الأول : ما ينقص المنفعة من العيوب : فهي سبب للخيار قبل القبض وبعد القبض ، لأنه وإن قبض الدار والدابة ، فالمنافعُ غيرُ مقبوضةٍ بَعْدُ .

نعم . أُقيم قبضُ محل المنافع مقامَ قَبْضِ المبيع في التسليط على الإجارة ، وفي لزوم تسليم البضع إن كانت المنفعةُ صداقًا ، وحصول العتق إن كانت المنفعة نجومَ كتابةٍ ، وذلك لأجل الضرورة ، ولا ضرورةَ في نفي خيار العيب .

والعيبُ : كلُّ ما يؤثر في المنفعة تأثيرًا يَظْهر به تفاوتُ الأجرة ، [٢] ما لا يظهر [٢] [به] [٣] تفاوت قيمة الرقبة ، فإنّ موردَ العقدِ المنفعةُ .

فروع [أربعة] [٤] :

أحدها : [أن] [٥] عذر المستأجر في نفسه لا يُسَلِّط على الفسخ ، كما إذا استأجر دابة لسفرٍ فمرض ، أو حمامًا فتعذّر عليه الوقودُ ، أو حانوتًا فاحترف بحرفة أخرى ، فإنه لا خلل في المعقود عليه .

وقال أبو حنيفة : يثبت الفسخ بهذه المعاذير [٦] .

---

(١) في (أ) : « وهي » .

(٢) في (أ) : « لا ما يظهر » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن الإجارة لا تنفسخ بالأعذار ، سواء كانت إجارةَ عينٍ أو ذمةٍ ، وسواء كان العذر للمؤجِّر أو للمستأجر ، كما إذا استأجر دابةً للسفر عليها فمرض ، أو حمامًا فتعذر عليه الوقودُ ، وكما لو مرض المؤجِّر وعجز عن الخروج مع الدابة ، أو أكرى داره وأهلُه مسافرون ، فعادوا واحتاج إلى الدار ، فلا فَسْخَ في شيء من ذلك ، حيث لا خَلَلَ في المعقود عليه .

=

الثاني : لو [1] استرمّ الجدار [1] فهو عيبٌ .

فلو بادر المكري إلى الإصلاح لم يَثْبت الفسخُ ، وإنما الخيار إذا امتنع عن العمارة أو افتقر إلى تعطيل مدة ، فإنْ رضي المكتري دون الإصلاح فالصحيح أنه يلزمه تمامُ الأجرة .

الثالث : إذا أكرى أرضًا للزراعة ففسد الزرعُ بجائحةٍ من بردٍ أو صاعقة : لم يثبت بالفسخ ، ولا ينقص [2] شيء من الأجرة ؛ لأن الأرض لم تتعيَّبْ ، وإنما النازلةُ نَزَلَتْ بملكه .

وإن أفسدت الجائحةُ الأرضَ ، وأبطلت [3] فيها [4] قوةَ الإنباتِ ، ثم فسد [5] الزرعُ بعده فيفسخ العقد فيما بقي من الزمان .

والظاهر : أنه يستردّ أجرة ما سبق ، إذ كان موقوفًا على الآجر ، فإن أول الزراعة غير مقصود ، ولم يسلم له الآجر .

وإن أفسد الأرض بعد إفساد الزرع : فالظاهر أنه لا يسترد شيئًا ؛ لأنه لو بقيت صلاحيةُ الأرض وقوَّتُها لم يكن للمستأجِر فيها فائدة / بعد فوات زرعه . ١٢٠/أ

الرابع : مهما أثبتنا له الخيارَ ، فإنْ رضي : فالصحيح أنه مأخوذ بتمام الأجرة .

وإن [6] فسخ [7] : فالصحيح أنه لا ينفسخ فيما مضى ، وتُوَزَّع [8] الأجرةُ المسماة

= **ومذهب الحنفية** : أن الإجارة تنفسخ بالأعذار ، سواءٌ للمؤجِّر أو للمستأجر ، وذلك كمن استأجر دكانًا في السوق ليتجر فيه فذهب مالُه ، أو كمن أجَّر دكانًا ثم أفلس ، إلى غير ذلك من الأعذار . انظر : روضة الطالبين : (٢٣٩/٥ ، ٢٤٠) ، مغني المحتاج : (٣٥٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٣١٥/٥ ، ٣١٦) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٢٨٠/٣) ، الاختيار لتعليل المختار : (٦١/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٥٥/٢) .

(١) في (أ) : « استرمت الدار » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « ينقض » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « وأبطل » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « منها » . (٥) في (أ) : « أفسد » .

(٦) في (أ) : « فإن » . (٧) في الأصل ونسخة (ب) : « فسد » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « ويودع » ، والمثبت من (أ) .

على قدر أجرة المثل في المدتين ، لا على المدة .

القسم الثاني : فوات المنفعة بالكلية :

فموتُ [1] الدابةِ المعينة ، والعبدِ المعيَّن للعملِ يُوجِبُ انفساخَ الإجارة إن وقع عقيب العقد .

وإن مضت مدةٌ : انفسخ بالإضافة إلى الباقي .

وبالإضافة إلى الماضي يُخَرَّج على نظيره في تفريق الصفقة .

فروع :

الأول : إذا انهدمت الدار : نصَّ الشافعي - رضي الله عنه - أن الإجارة تنفسخ [2] [3] . وإذا انقطع شرب الأرض المستأجرة [4] للزراعة نصَّ أنه يثبت الخيار [5] .

فقال الأصحاب : فيه قولان بالنقل والتخريج .

أحدهما : الانفساخ ؛ إذ فاتت المنفعةُ المقصودة .

والثاني : ثبوتُ الخيار ؛ إذ الأرضُ على الجملة تبقى مُنْتَفَعًا بها بوجهٍ ما ، ومنهم [6] من قرر [7] النصين ، وفَرَّقَ بأنَّ الدار لم تَبْقَ دارًا بعد الانهدام ، والأرضُ بقيت أرضًا [8] .

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « بموت » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « ينفسخ » ، والمثبت من (أ) .

(٣) انظر : الأم : (٣/٢٤٧) ، مختصر المزني : (٣/٩٦ ، ٩٧) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « المستأجر » ، والمثبت من (أ) .

(٥) انظر : الأم : (٣/٢٤٢) ، مختصر المزني : (٣/٩٣) .

(٦) في (أ) : « فمنهم » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « قيد » ، والمثبت من (أ) .

(٨) قال في الروضة : « نصَّ أنَّ انهدام الدار يَقْتضي الانفساخَ ، نصَّ فيما إذا اكترى أرضًا للزراعة ولها ماءٌ معتادٌ فانقطع ، أنَّ له فَسْخَ العقد ، وفيهما ثلاثة طرق :

=

فإن قلنا : له الخيار ، فأجاز ، فهل يجيز بكل الأجرة (١) ، أم يُحَطّ قِسْطٌ لأجل الشرب ؟ فيه وجهان (٢) .

وهذا أيضًا (٣) يُضاهي التردُّدَ في أن اللبن مقصودٌ مع الحضانة أو هو تابع ؟

ولو كان عَوْدُ الماءِ متوقَّعًا ، فلم يَفْسخ ، ثم بعد ذلك أراد الفسخ ، إذا لم يعد فله ذلك ، وهو كالمرأة إذا أخَّرَتِ الفسخَ (٤) بعد ثبوت إعسار (٥) [الزوج] (٦) ومضيِّ مدة الإيلاء .

الثاني : إذا مات الصبيُّ الذي استؤجر على إرضاعه ، أو (٧) العبد الذي استؤجر على تعليمه ، أو [تلف] (٨) الثوبُ الذي استؤجر على خياطته : ففي الانفساخ وجهان ذكرناهما :

= أحدها : تقرير النصين ؛ لأن الدار لم تَبْقَ دارًا ، والأرضُ بقيتْ أرضًا ؛ ولأن الأرض يمكن زراعتُها بالأمطار .

والثاني : القطع بعدم الانفساخ .

وأصحها : قولان في المسألتين . أظهرهما : في الانهدامِ الانفساخُ ، وفي انقطاعِ الماءِ : ثبوتُ الخيار ، وإنما يثبت الخيارُ إذا انقطعت الزراعة » . انظر : روضة الطالبين : (٢٤١/٥ ، ٢٤٢) ، مغني المحتاج : (٣٥٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٢٠/٥ ، ٣٢١) .

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « الثمن » ، والمثبت من (أ) .

(٢) قال في الروضة : « وإن أجاز لزمه المُسمَّى كُلّه . وقيل : يحطّ للانهدامِ وانقطاعِ الماء ما يخصه » . انظر : روضة الطالبين : (٢٤٢/٥) .

(٣) قوله : « أيضًا » ليس في (ب) .

(٤) كلمة : « الفسخ » ليست في (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « الإعسار » ، والمثبت من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « و » .

(٨) زيادة من (أ) .

أحدهما : أنه [1] لا ينفسخ ؛ لأنه كالمستوفي فأَشْبَهَ موتَ العاقدين ؛ فإنه لا يُوجب الفسخَ عندنا .

والثاني : نعم ، بل هو كموتِ الأجير ، لأنّ الغرض يختلف به .

وقد نصّ الشافعي - رضي الله عنه - على أنه لو أَصْدَقَها خياطةَ [2] ثوبٍ فتلف الثوبُ ، رجعت [3] إلى مهر المثل ، وهو حكم بالانفساخ [4] .

وفيه وجه ثالث - [و] [5] هو الأعدل - : وهو أنهما إن لم يَتَشَاحًا في الإبدال استمر العقدُ ، وإلا ثَبَتَ الفسخُ .

الثالث : إذا غصبت الدار المستأجرة حتى مضت مدة الإجارة : قال المراوزة : ينفسخ العقد [6] .

وذكر العراقيون قولين : أحدهما : أنه ينفسخ . والثاني : للمستأجر الخيارُ .

فإن أجاز طَالَبَ الغاصبَ بالأجرة ؛ كالبيع إذا أتلفه أجنبيٌ قبل القبض .

وهذا بخلاف المنكوحة إذا وُطئت [بشبهة] [7] ، فإن البدل لا يُصْرف إلى

---

(١) قوله : « أنه » ليس في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « منفعة » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « رجح » .

(٤) انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٤٤) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) الذي نص عليه الشافعي والأصحاب : هو انفساخ العقد . انظر : الروضة : (٥/٢٤٢ ، ٢٤٣) .

(٧) زيادة من (أ) .

الزوج ؛ لأن النكاح لا يُوجب حقًّا في المال ، بخلاف منفعةِ الإجارة . هذا إذا [1] مضت المدة .

وأما [2] في ابتداء الغصب ، فكما جرى يَثْبت الخيار للمُكْتَرِي لأنه تأخر حقُّه بعد التعيين .

ولو ادَّعى الغاصبُ مِلْكَ الرقبة لنفسه فاللمُكْرِي حقُّ المخاصمة .

قال الشافعي - رضي الله عنه - : وليس [3] للمكتري حقُّ المخاصَمة ؛ لأنه لو أَقَرَّ ما كنتُ أَقْبَلُ إقرارَه [4] .

وذكر المراوزة وجهًا منقاسًا : أنه يخاصم لطلبِ المنفعة ، وإن كان لا يُقبل إقراره في الرقبة .

فلو [5] أقر المكري بالدار [6] للغاصب ، فإنْ قلنا : يصح بيعُه ، نفذ إقرارُه .

وإن قلنا : لا يصح بيعُه ، ففي إقرارِه من الخلاف ما في إقرار الراهن [7] .

فإن قبلنا إقرارَه ، ففي سقوطِ استحقاق المستأجر من المنفعة ثلاثة أوجه :

أحدها : يسقط تابعًا للرقبة .

والثاني : لا ؛ لأنه التزم [8] حقه في المنفعة ، فلا يقدر على إبطاله [9] .

والثالث : إن كانت الدار في يد المكتري لا تُزايل [10] يده إلى مضيِّ المدة ، وإن

---

(١) قوله : « إذا » ليس في (ب) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « فأما » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « ليس » .

(٤) انظر : الأم : (٢٤٤/٣) ، وهذا المنصوص هو الأصح . انظر : الروضة : (٢٤٣/٥) .

(٥) في (أ) : « ولو » .

(٦) قوله : « بالدار » ليس في (أ) .

(٧) الأظهر قبول إقراره . انظر : الروضة : (٢٤٣/٥) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « ألزم » ، والمثبت من (أ) .

(٩) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٢٤٣/٥) .

(١٠) في (أ) : « تُزال » .

كانت (١) في يد المُقَرِّ له ، فلا (٢) تُنزع من يده أيضًا .

الرابع : إذا هرب الجمَّال بجماله ، فقد تعذرت المنفعة .

فإن ورد العقد على العين فله الفسخ ، وإذا مضت المدةُ انفسخ .

وإن ورد على الذمة ، فللقاضي أنْ يستأجر عليه استقراضًا إلى أن يرجع ، وإن كان له مال باع (٣) فيه .

وإن ترك جماله استوفيت منفعتها (٤) ، والقاضي يُنْفق عليها .

فإن أنفق المكتري بنفسه ، ففي رجوعه عند العجز عن القاضي خلافٌ ذكرناه في المساقاة (٥) .

وحيث قضينا بالانفساخ في موت الدابة والعبد والغصب أردنا به ما (٦) إذا وردت الإجارة على العين .

فَإن وردت على الذمة فلا تنفسخ ، ولكن يُطالب بالتوفية من عينٍ أخرى .

الخامس : إذا حبس المكتري الدابةَ التي استأجرها ، استقرت عليه الأجرةُ وإن لم يستعملْها مهما (٧) مضت المدةُ في حبسه ، سواء كانت الإجارةُ وردت على عين الدابة أو على الذمة ، وسلمت الدابة .

فأما المكري إذا حبس ولم يُسلِّم ، انفسخت الإجارةُ إن كان قد عَيَّن مدة ، وإن لم تكن (٨) المدةُ معينةً ، فوجهان :

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « كان » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « لا » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « بيع » .

(٤) في (أ) : « المنفعة » .

(٥) الأظهر : أنه له الرجوع بما أنفق . انظر : الروضة : (٢٤٦/٥) ، مغني المحتاج : (٣٥٧/٢ ، ٣٥٨) ، نهاية المحتاج : (٣٢٥/٥) .

(٦) قوله : « ما » ليس في (أ) .

(٧) في (ب) : « فمهما » .

(٨) في (ب) : « يَكُن » .

أحدهما : نعم ، ينفسخ كما تستقر به الأجرة [١] في حبس المكتري .

والثاني : لا ينفسخ ، بل يقال : تأخر حقُّه ، فله الخيار إن شاء ؛ لأن الوقتَ غير متعينٍّ [٢] .

السادس : التلف الموجب للانفساخ أو للخيار موجب حكمه ، وإن صدر من المكتري ، ولكنه ضامن .

وهو كما لو جَبَّت المرأةُ زوجَها ، ضمنت [٣] وثبت [٤] لها فَسْخُ النكاحِ .

القسم الثالث : ما يمنع من استيفاء المنفعة شرعًا :

فهو أيضًا موجبٌ للانفساخ ، كما لو استأجر على قلع سِنٍّ ، فسكن الألَمُ ، أو قطع يدٍ ، فَسَلِمتِ اليدُ ، أو ليقطع يَدَ مَنْ عليه القصاصُ ، فعفا : انفسخت الإجارة في الكل ؛ لأن الفوات شرعًا كالفوات حسًا ، إلا عند مَنْ يرى الإبدال في مثل / هذه ١٢٠/ب
الأمور ، وتيسُّر الإبدال .

فروع أربعة :

الأول : إذا أجر الوقف المرتب على البطون ومات ، ففي انفساخ الإجارة وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه عاقد والإجارة لا تَنفسخ بموت العاقد . فعلى هذا : البطن

---

(١) كلمة : « الأجرة » ليست في (أ) .

(٢) قال في الروضة : « ولو لم تكن المدة مقدرة ، واستأجر دابةً للركوب إلى بلدٍ فلم يسلمها حتى مضتْ مدةٌ يمكن فيها المضيُّ إليه ، فوجهان .

أحدهما : تنفسخ الإجارة ، وهو اختيار الإمام .

وأصحهما - وبه قطع الأكثرون - : لا تنفسخ ؛ لأن هذه الإجارة متعلقة بالمنفعة لا بالزمان ، ولم يتعذَّر استيفاؤها . فعلى هذا قال الأصحاب : لا خيار للمستأجر ، كما لا خيارَ للمشتري إذا امتنع البائع من تسليم المبيع مدةً ثم سَلَّمه . وشذ الغزالي فقال في « الوسيط » : له الخيار ؛ لتأخرِ حقِّه . والمعروفُ ما سبق » . انظر : روضة الطالبين : (٢٤٨/٥) ، مغني المحتاج : (٣٥٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٢٧/٥) .

(٣) قوله : « ضمنت » ليس في (أ) . (٤) في (أ) : « ويثبت » .

الثاني يرجع في تركته بأجرة المدة الباقية .

والثاني – وهو الأظهر –[1] : أنه ينفسخ ؛ إذ بَانَ أنه بإجارته تناول ما لا حقَّ فيه .

وفي إلزام إجارته على مَنْ بعده من البطون ضررٌ ظاهرٌ ، بخلاف الوارث .

فإنه يلزمه تسليمُ الدار المكراة ؛ لأنه يأخذ الملك من المورث ، ولم يملك إلا دارًا لا منفعة لها .

الثاني : إذا آجر الصبي أو ماله على وفق الغبطة مدةً تزيد على مدة الصّبى ، فهو باطل في القدر الفاضل ، وفي القدر الباقي ينبني على تفريق الصفقة ، وإن كان متقاصرًا عن سن بلوغه صحت الإجارة .

فإن بلغ قبل السّنّ بالاحتلام ، ففي انفساخ الإجارة وجهان :

الأظهر : أنه لا ينفسخ ؛ لأنه وليّه ، وقد نَظَر له ، والأجرة [قد][2] سلمت له .

والثاني : [أنه][3] ينفسخ ؛ إذ بَانَ أنه تناول بعقده ما خرج عن محلّ ولايته[4] .

الثالث : إذا آجر عبدًا ثم أعتقه قبل مضيّ المدة : صَحَّ العتق ، كما لو زوج جارية ثم أعتقها ؛ إذ لا يُنَاقِض الإجارةُ العتقَ .

---

(١) الذي في الروضة : أنه الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢٤٩/٥) ، ومغني المحتاج : (٣٥٦/٢) ، ونهاية المحتاج : (٣١٨/٥) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) قال في الروضة : « ويجوز أن يؤجره مدةً لا يبلغ فيها بالسّنّ وإن احتمل بلوغه بالاحتلام ؛ لأن الأصلَ بقاءُ الصِّبا . فلو اتفق الاحتلام في أثنائها ، فوجهان :

أصحهما عند صاحب « المهذب » ، والروياني : بقاء الإجارة .

وأصحهما عند الإمام والمتولي : لا تبقى . قلت : صحح الرافعيُّ في « المحرر » الثاني ، والله أعلم » . روضة الطالبين : (٢٥٠/٥) .

والمذهب المقطوع به : أنه لا تنفسخ [١] الإجارة .

وفيه وجه ذكره صاحب التقريب : أنه ينفسخ كموت البطن الأول .

نعم ، اختلفوا فيما للعبد ، فمنهم مَنْ قال : له الخيار ، وهو أيضًا بعيد في المذهب ، بل الصحيح استمرارُ الإجارة على اللزوم [٢] .

وفي رجوع العبد [٣] بأجرة مثله على السيد [٣] وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه فوَّته بعد الحرية ، والمنفعةُ حدثت على ملك العبد .

والثاني : لا ، وكأنه كالمستوفى في حالة الرقّ [٤] .

فإن قلنا : لا يرجع بالأجرة ، ففي نفقته وجهان :

أحدهما : على السيد ، وكأنه استبقى حبسه مع العتق .

والثاني : على بيت المال ، فإن الملك قد زال ، وهو فقير في نفسه [٥] .

الرابع : إذا باع الدارَ المستأجرة من أجنبي قبل مضيّ مدة الإجارة ففيه قولان ، أظهرهما : الصحةُ ، وكأن المنافع مستثناة .

ولو استثنى المنافع لنفسه مدةً فهو على هذا الخلاف . ويَشْهد لجواز الاستثناء حديثٌ وَرَدَ فيه ، وإن كان القياس يقتضي البطلان .

ولو انفسخت الإجارة بعذر في بقية المدة ، فالمنفعةُ الباقية للمشتري أو للبائع ؟ فيه وجهان :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ينفسخ » .

(٢) قال في الروضة : « ولا خيار للعبد على الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (٢٥١/٥) .

(٣) في (أ) : « على السيد بأجرة مثله » .

(٤) الذي في الروضة : أن هذا هو الأظهر الجديد . وقيل : الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢٥١/٥) ، مغني المحتاج : (٣٥٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٢٧/٥) .

(٥) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٢٥١/٥) ، مغني المحتاج : (٣٥٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٢٧/٥) .

أحدهما : للمشتري ، (١ فإنه يحدث ١) على ملكه بعد انفساخ الإجارة .

والثاني : لا ؛ لأنه كان للمستأجر ، فيعود [٢] بفسخه إلى العاقد للإجارة لا غير ، أما إذا باعها من المستأجر فالظاهر الصحة [٣] [٤] ، وتُستوفى المنفعة في بقية المدة بحكم الإجارة .

وفيه وجه آخر : أنه تنفسخ الإجارة كما لو اشترى زوجتَه ، فإن ملك العين أقوى في (٥ إفادة المنفعة ٥) من الإجارة ، فيدفع الأضعف .

أما إذا أجر المستأجِرُ الدارَ المستأجرةَ من المالك : صَحّ على الظاهر [٦] .

وعلى قولنا : ملكُ العينِ والإجارة لا يجتمعان ، لا يصحّ أصلاً .

* * *

---

(١) في (أ) : « فإنها تحدث » .

(٢) في (ب) : « فتعود » .

(٣) الذي في الروضة : القطع بالصحة دون خلاف . انظر : روضة الطالبين : (٢٥٢/٥) ، مغني المحتاج : (٣٦٠/٢) .

(٤) انظر : إيضاح الأغاليط : (ق ١٨ / أ) .

(٥) في (أ) : « الإفادة » .

(٦) هذا هو الصحيح المنصوص . انظر : الروضة : (٢٥٣/٥) .

كتاب الجعالة

وهي معاملة صحيحة ؛ لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾ (١) .

ولما رُوي أن قومًا من أصحابه ﷺ نزلوا بحيٍّ من أحياء العرب ، فَلُدغَ سيدُهم ، فالتمسوا منهم رُقيةً ، فأبوا إلّا بِجُعْلٍ (٢) ، فجعلوا (٣) لهم قطيعًا من الشاة ، ومضى إليهم واحدٌ وقرأ أُمَّ القرآن وتفل (٤) فيه بلعابه ، فبرئ فَسَلَّمَ القطيع ، فقالوا : لا نأخذ حتى نسأل رسول الله ﷺ فحكي (٥ ذلك له ٥) ، فضحك وقال (٦) : « ما أدراك أنها (٧) رُقْيةٌ ؛ خُذُوها واضربوا لي فيها بِسَهْمٍ » (٨) .

ويتأيد ذلك (٩) بالحاجة ؛ إذ قد تَمَسُّ الحاجة إلى ذلك في ردِّ عبدٍ آبق أو (١٠) ضالّةٍ ، وما لا يدرى من الذي تعذر عليه (١١) .

---

(١) سورة يوسف ، آية : ٧٢ .

(٢) في (أ) : « يجعلوا » .

(٣) في (أ) : « فجعل » .

(٤) في (أ) : « تفل » .

(٥) في (أ) : « لهم ذلك » .

(٦) في (ب) : « فقال » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « إنه » ، والمثبت من (أ) .

(٨) الحديث أخرجه البخاري : (٨/٦٧٠) (٦٦) كتاب فضائل القرآن (٩) باب فضل فاتحة الكتاب (٥٠٠٧) ، ومسلم : (٤/١٧٢٧) (٣٩) كتاب السلام (٢٣) باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار (٢٢٠١) ، وأبو داود : (٤/١٣) كتاب الطب - باب كيف الرقى ؟ (٣٩٠٠) ، والترمذي : (٤/ ٣٤٨) (٢٩) كتاب الطب (٢٠) باب ما جاء في أخذ الأجر على التعويذ (٢٠٦٣) ، وابن ماجه : (٢/٧٢٩) (١٢) كتاب التجارات (٧) باب أجر الراقي (٢١٥٦) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣/٦١) حديث (١٢٨٩) .

(٩) في (أ) : « أيضًا » .

(١٠) في الأصل ونسخة (ب) : « و » ، والمثبت من (أ) .

(١١) في (أ) زيادة كلمة : « الناس » ، ولم نُثبتها حتى يَسْتقيم المعني ، والأولى أن تكون : « من الناس » .

والنظر في أحكامها وأركانها . أما الأركان فأربعة :

الركن[1] **الأول : الصيغة** : وهي[2] قول المستعمل : مَنْ رَدَّ عبديَ الآبقَ أو ضالتي ، أو عمل العمل الذي يريده مما يجوز فعله ويستباح[3] ، فله دينار أو ما يريد : صَحَّ العقد ، ولم يُشْتَرط القبول لفظًا ، (٤ بل اكل من ٤) سمعه اشترك في حكمه ، فمن قام بالعمل استحق .

ولو لم يصدر منه لفظٌ ، فردَّ إنسانٌ عَبْدَه الآبقَ ، أو عمل [له عملًا][5] لم يستحق شيئًا ؛ لأنه مُتَبرِّع .

ولو قال : رُدّ عبدي ، ولم يقطع له أجرة ، فردَّ ، ففي استحقاقه ما ذكرناه في استعمال[6] القصار والدَّلاك[7] والمزين[8] .

وكذا[9] إذا نادى ، ولكن رَدَّ العبد مَنْ لم يسمع نداءَه ، فلا[10] يستحق شيئًا ؛ لأن النداء[11] يتناول مَنْ سمع ، وهو قَصَدَ التبرعَ به .

وكذا[12] الفضولي إذا كذب وقال : قال فلان : مَنْ ردّ عبدي فله دينار ، فردَّه إنسان (١٣ لا يستحق ، لا على المالك ولا على الفضولي .

ولو قال : مَنْ ردّ عبدَ فلانٍ فله دينار ١٣) وَجَب على الفضولي ؛ لأنه ضمنه بقوله .

---

(١) كلمة : « الركن » ليست في (أ) .

(٢) في (أ) : « وهو » .

(٣) في (ب) : « أو يُستباح » .

(٤) في (ب) : « بل كل من قال » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (ب) : « استحقاق » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « الدَّلال » ، والمثبت من (أ) .

(٨) الأصح – وهو المنصوص – : أنه لا أُجرة له . انظر : الروضة : (٢٣٠/٥ ، ٢٦٨) ، مغني المحتاج : (٣٥٢/٢، ٤٢٩) .

(٩) في (أ) : « وكذلك » .

(١٠) في الأصل ونسخة (ب) : « لا » ، والمثبت من (أ) .

(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « الخطاب » ، والمثبت من (أ) .

(١٢) في (أ) : « وكذلك » .

(١٣) ما بين القوسين ساقط من (أ) .

الركن الثاني : العاقد :

ولا يُشْترط في الجاعل إلا أهلية الاستئجار ، [1] ولا في المجعول له [1] إلا أهلية العمل ، ولا يُشْترط التعيين ؛ إذ يخالف اشتراطُ تعيينِ الشخص مصلحةَ العقد .

الركن [2] الثالث : العمل :

وهو كلُّ ما يجوز الاستئجار عليه ، ولكن لا يُشْترط كونه معلومًا ، فإنَّ رَدَّ الآبقِ لا يَنْضبط العملُ فيه ، وكان [3] ينقدح أن يشترط كون العمل مجهولًا ، ولا يتقدر كالمضاربة ، ولكن قطع العراقيون بأنه لو [4] قال : مَنْ [5] بَنَي حائطي أو خاط ثوبي فله كذا ، أن ذلك لا يجوز .

وكذا إذا قال : أولُ مَنْ يحج [6] عني فله دينار ، استحق الدينار ، هذا [7] رواه المزني عن الشافعي - رضي الله عنه - / في المنثور ، ثم قال المزني : ينبغي أن يستحق أجرة [8] المثل ؛ لأنه إجارةٌ ، فلا يصح بغير تعيين . ١٢١/أ

وهذا يدل على أن المزني اعتقد اختصاصَ الجعالة بالمجهول الذي لا يُسْتأجر عليه . وقد نسب العراقيون المزنيَّ إلى الغلط فيه ، وقالوا : هذه جعالةٌ .

الركن الرابع : الجُعْل :

وشَرْطُه : أن يكون مالًا معلومًا ، فلو [9] شرط مجهولًا فسد ، واستحق العاملُ

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « وفي المجعول » ، والمثبت من (أ) .

(٢) كلمة : « الركن » ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « فكان » .

(٤) في (أ) : « لمن » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « متى » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « حج » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « هكذا » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « أجر » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « ولو » ، والمثبت من (أ) .

أجرةَ المثل ، كما في المضاربة الفاسدة .

فروع ثلاثة :

أحدها : لو قال : مَنْ ردَّ عبدي من البصرة فله دينار ، وهو ببغداد ، فردَّه [1] من نصف الطريق ، استحق نصفَ الدينار .

ومن الثلثِ : الثلث : لأنه قَدْرُ المسافةِ .

وإن رد من مكان [2] أبعد لم يستحقَّ للزيادة شيئًا ؛ لأنه لم يشترط عليه شيئًا [3] .

الثاني [4] : إذا قال : مَنْ ردَّ [عبدي] [5] فله دينارٌ ، فاشترك في رَدِّه اثنان ، اشتركا في الجعل .

وإن عيَّن شخصًا وقال : إنْ رددتَ فلك دينار ، فشاركه غيره وقال : قصدتُ معاونةَ العامل ، استحق العاملُ الدينارَ ، وإن قال : قصدت المساهمة فللعاملِ نصف الدينار [6] ، ولا شيء [7] للمعين ؛ فإنه لم يُشْرط [8] له شيء .

الثالث : إذا قال لأحدهما : إنْ رددتَ عبدي فلله دينار ، وقال لآخر : إن رددت فلك دينار ، فاشتركا فلكل [9] واحد نصف ما شرط له . وإن [10] شرط لأحدهما دينارًا ، وللآخر ثوبًا مجهولًا . فاشتركا ، استحق مَنْ شرط له الدينار نصفَه ، وللآخرِ [11] نصفُ أجرة المثل .

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « فردَّ » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « طريق » .

(٣) في (أ) : « شيء » .

(٤) كلمة : « الثاني » ليست في (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « دينار » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « يُشترط » .

(٨) في (أ) : « يُشترط » .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « فكُل » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) في (ب) : « فإن » .

(١١) الأصل ونسخة (ب) : « والآخر » ، والمثبت من (أ) .

أما أحكامها فأربعة :

الأول : أنه جائز من الجانبين ، كالمضاربة ؛ إذ لا يليق بها اللزوم ، ثم إنْ فسخه المالكُ (١ قبل العمل ١) انفسخ .

وإن كان بعد الشروع في العمل وقبل الفراغ انفسخ ولزمه أجرةُ المثل .

وإن كان بعد الفراغ من العمل فلا معنى للفسخ .

الثاني : جواز الزيادة والنقصان :

فلو قال : مَنْ ردَّ عبدي فله عشرةٌ . ثم قال : مَنْ رَدَّ عبدي فله دينار ، فمن ردَّه استحق الدينار ، وكذا على العكس ، والاعتبارُ بالأخيرِ .

فإن لم يسمع العاملُ النداءَ الناقصَ الأخيرَ ، فينقدح أن يقال : يرجع إلى أجرة المثل

الثالث : أنّ العامل لا يستحق شيئًا إلا بالفراغ من [٢] العمل ، فلو ردّ العبد إلى باب داره ، فهرب أو مات قبل التسليم لم يَسْتحقّ شيئًا ؛ لأن المقصودَ قد فات ، وهو الردّ .

الرابع : لو تنازعا في أصل شَرْط الجُعْلِ ، فأنكره المالكُ ، أو في عَيْنِ عبدٍ ، فأنكر المالك الشرط فيه ، وقال : إنه شَرَطَ في عبدٍ غيرِه ، أو أنكر المالكُ سَعْيَه في الردّ ، وقال : رَجَع العبدُ بنفسه : فالقول في ذلك كلّه قولُ المالك ، فإن العامل مُدَّعٍ ، فَلْيُثْبِتْ .

وإن اختلفا في مقدار المشروط ، تحالفا ، ورجع إلى أجرة المثل كما في الإجارة .

* * *

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « عن » ، والمثبت من (أ) .

كتاب إحياء الموات

وفيه

ثلاثة أبواب

الباب الأول : في تملك الأراضي

وفيه فصلان :

الأول : فيما يُمْلك من الأراضي بالإحياء ، وهي [١] الموات .

قال ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أرضًا ميتةً فهي له » [٢] .

والموات : هي [٣] الأرضُ المنفكة عن الاختصاصاتِ .

والاختصاصات ستة أنواع :

[النوع] [٤] الأول : العمارة : فكل أرض معمورة فهي محياة ، فلا تُتَملك بالإحياء ، سواء كان [ذلك] [٥] من دار الإسلام أو دار الحرب .

وإن [٦] اندرست العمارةُ وبقي أَثَرُها ، فإن كان من عمارة الإسلام فلا تُملك ؛ لأنه موروث عمَّن مَلَكه ، فَيُنْتظر صاحبُه أو يُحْفظ لبيت المال ، [٧] ويتصرف الإمامُ فيه [٧] ،

---

(١) في (أ) : « وهو » .

(٢) الحديث أخرجه البخاري من قول عمر – رضي الله عنه – في ترجمة الباب ، وأخرج عن النبي ﷺ قوله : « من أعمر أرضًا ليست لأحد فهو أحقّ » (٢٣/٥) (٤١) كتاب الحرث والزراعة (١٥) باب من أحيا أرضًا مواتًا (٢٣٣٥) ، وأخرجه أبو داود : (١٧٥/٣) ( ) كتاب الخراج والإمارة والفيء باب في إحياء الموات (٣٠٧٣) ، والترمذي : (٦٦٢/٣) (١٣) كتاب الأحكام (٣٨) باب ما ذكر في إحياء أرض الموات (١٣٧٨) ، (١٣٧٩) ، ومالك في الموطأ : (٥٧٠/٢) (٣٦) كتاب الأقضية (٢٤) باب القضاء في عمارة الموات (٢٦ ، ٢٧) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (١٤١/٦ ، ١٤٢) كتاب إحياء الموات – باب من أحيا أرضًا ميتة ليست لأحد ولا في حق أحد فهي له ، ومعرفة السنن والآثار : (٩٥٧/٩) حديث رقم : (١٢١٧١ ، ١٢١٧٢ ، ١٢١٧٣ ، ١٢١٧٤) . وراجع : التلخيص الحبير : (٦٠/٣) حديث : (١٢٩١) .

(٣) في (أ) : « هو » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) :« فإن » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « ويتصرف فيه الإمام » .

كما يتصرف في مال ضائعٍ لا يتعينّ مالكه .

وإن كان من عمارات الجاهلية ، وعُلِمَ وجهُ دخولها في يد المسلمين ، إما بطريق الاغتنام أو الفيء ، اسْتُصْحِبَ ذلك الحكم ، ولم تُتملك بالإحياء ، وإن وقع اليأسُ عن معرفته ، فقولان :

أحدهما : يتملك ؛ إذ لا حُرْمَةَ لعمارة الكفار ، فصار كَرِكازهم [١] .

والثاني : لا ؛ لأنه دخل في يد أهل الإسلام ، فالأصلُ سَبْقُ ملكٍ عليه ، وأما [٢] الركاز فحكمه حكم لقطةٍ مُعَرَّضةٍ للضياع .

هذا حكم دار الإسلام . أما دار الحرب فمعمورها كسائرِ أموالهم يُمَلَّك [٣] بالاغتنام .

وأما مواتها ، فما لا يدفعون المسلمين [٤] عنها فهو كموات دار الإسلام يُتملك بالإحياء ، ويُفَارقها في أمر ، وهو أن الكافر لو أحياها مَلَكَها .

ولو أحيا موات دار الإسلام [٥] لم يملكها [٦] عندنا خلافًا لأبي حنيفة – رحمه الله – [٧] ؛ لأن لأهل الإسلام اختصاصًا بحكم الإضافة إلى الدار .

---

(١) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الروضة : (٢٧٩/٥) ، مغني المحتاج : (٣٦٢/٢ ، ٣٦٣) ، نهاية المحتاج : (٣٣٣/٥ ، ٣٣٤) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « فأمّا » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « تملَّك » .

(٤) في (أ) : « الإسلام » .

(٥) في (ب) : « المسلمين » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « يتملك » ، والمثبت من (أ) .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنّ أرض بلاد الكفار إذا لم تكن معمورةً في الحال ، ولا من قبل ، فإن الكفار يتملكونها بالإحياء ، أما أرض بلاد الإسلام ، فإن أحياها الذمي بغير إذن الإمام لم يملك قطعًا ، ولو أحيا بإذنه لم يملك أيضًا على الأصح .

ومذهب الحنفية : أن الكافر يتملك أرض بلاد الكفار بالإحياء ، وكذلك يتملك أرض بلاد الإسلام ، ولكن يُشترط في ذلك إذنُ الإمام . انظر : روضة الطالبين : (٢٧٨/٥ ، ٢٨٠) ، مغني المحتاج : (٣٦٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٣٢/٥) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٤٣٦/٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (٦٦/٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (١٧٠/٢) .

أما ما يدفعون [١] المسلمين عنه ، فلو أحياها مسلمٌ وقدر على الإقامة ملكه ، وإن استولى عليها بعضُ الغانمين ، وقصدوا الاختصاص بها ، فثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يفيدهم الاختصاص بالاستيلاء ما يفيد التحجر ، كما سيأتي [٢] .

والثاني : أنه يفيدهم الملك في الحال ؛ لأن مال الكفار يُمْلك بالاستيلاء .

والثالث : أنه لا يُفيد الملكَ ؛ لأنه ليس ملكَ الكفارِ ، وإنما هو مواتٌ ، ولا اختصاص لأنه لا يحجر [٣] ، وإنما هو مجردُ يدٍ ، فهو كمجرد الاستيلاء على موات دار الإسلام .

النوع الثاني من الاختصاص : أن يكون حريمَ عمارةٍ . فيختص به صاحبُ العمارة ، ولا [٤] يملك بالإحياء .

فإن قيل : وما حَدُّ الحريم ؟

قلنا : أما البلدة التي قررنا الكفار عليها بالمصالحة ، فما حواليها من الموات التي [٥] (٦ يدفعون المسلمين ٦) عنها لا تُحْيَا وفاءً بالصلح ، فإنها حريمُ البلدة .

وأما القرية المعمورة في الإسلام ، فما يتصل بها من مرتكض الخيل ، وملعب الصبيان ، ومناخ الإبل ، ومجتمع النادي [فهو] [٧] حريمها ، فليس لغيرهم إحياؤها .

وما ينتشر [٨] إليه البهائم للرعي في وقت الخوف / ، وهو على قُرْب القرية ، فيه تردد [٩] . ١٢١/ب

أما الدار : فحريمها إذا (١٠ كانت محفوفة ١٠) بالموات : مطرح التراب والثلج ،

---

(١) في (أ) : « يدفع » .

(٢) هذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٥/٢٨٠) .

(٣) في (ب) : « تحجر » .

(٤) في (أ) : « فلا » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « الذي » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « يدفع المسلمون » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « ينشر » .

(٩) الأصح عند الإمام أنه ليس بحريم . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٨٢) .

(١٠) الأصل ونسخة (ب) : « كان محفوفًا » ، والمثبت من (أ) .

ومصب ماء الميزاب (١) ، وفناء الدار ، وحقّ الاجتياز في جهة فتح الباب .

وإن (٢ كانت محفوفة ٢) بالأملاك فلا حريم لها ؛ لأن الأملاك متعارضةٌ ، فليس بعضها [بأن] (٣) يُجْعَل حريمًا (٤) لها أولى من الآخر ، ولكل واحدٍ أن ينتفع في ملكه بما جَرَت به العادةُ .

وإن (٥) تضرر به صاحبُه فلا يمنع إلا إذا كانت العادةُ السكونَ .

(٦ ولو اتخذ ٦) أحدهما داره مدبغة أو حمامًا ، أو حانوتَ قصارٍ (٧) أو (٨) حدّادٍ :

قال المراوزة : يُمْنع (٩) ؛ نظرًا إلى العادة القديمة .

و (١٠) قال العراقيون : إذا أحكم الجدران واحتاط على العادة ، لا يُمْنع (١١) .

وتردد الشيخ أبو محمد فيما إذا كان يؤذي بدخان الخبز وجَعَلَه مخبزًا (١٢ على خلاف ١٢) العادة ؛ لأن هذا إيذاءُ المالك لا إيذاء الملك ، (١٣ وحاصله .... ولا يمنع .....لا تمنع ومع ...... ١٣) .

(١) في (أ) : « الميرزاب » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « كان محفوفًا » ، والمثبت من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « حريم » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « فاتخذ » .

(٧) في (ب) : « قصارًا » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « وحداد » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « يمتنع » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) حرف : « و » ليس في (أ) .

(١١) قول العراقيين هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/٢٨٥) ، مغني المحتاج : (٢/٣٦٤) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٣٧ ، ٣٣٨) .

(١٢) في (أ) ، (ب) : « بخلاف » .

(١٣) هكذا في هامش الأصل .

أما البئر : فإن حفرها في الموات للنزح فموقفُ النازحِ (١ حواليها حريمُها ١) ، وإن كان النزح بالدواب فموضعُ ترددِ الدواب ، وعلى الجملة : ما يتم الانتفاع .

ولو (٢) حفر آخرُ بئرًا بجنبه بحيث ينقص ماؤها (٣) لم يجز . بل حريمها (٤) القدر الذي يصون ماءها (٥) وكأنه استحق (٦) بالحفر .

وفي طريقة العراق : القطع بأنه يجوز .

والأول أظهر (٧) ، فإنه لو أحيا دارًا في مواتٍ فليس لآخر (٨) أن يحفر بجنب جداره بئرًا يتوهم الإضرار بجداره ، وإن كان ذلك يجوز للجار المالك ، ولكن وضع البناء في الموات أوجب حريمًا لصيانة الملك ، فكذلك (٩) لصيانة ماء البئر .

النوع الثالث : اختصاص المسلمين بعرفة لأجل الوقوف . وفي امتناع إحياء عرفة به (١٠) ثلاثة أوجه :

أحدها : لا يمتنع (١١) ؛ إذ لا تضْييق به .

والثاني : يمتنع ؛ إذ فتْح بابه يُؤدي إلى التضييق .

---

(١) في (أ) : « حواليه حريمه » .
(٢) في (أ) : « فلو » .
(٣) في (أ) : « ماؤه » .
(٤) في (أ) : « حريمه » .
(٥) في (أ) : « ماءه » .
(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « استحق » ، والمثبت من (أ) .
(٧) وفي الروضة أنه الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢٨٤/٥) ، مغني المحتاج : (٣٦٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٣٦/٥) .
(٨) في (أ) : « الآخر » .
(٩) في (أ) : « وكذلك » .
(١٠) قوله : « به » ليس في (أ) .
(١١) في (أ) : « يمنع » .

والثالث : يجوز وإنْ ضيّق ، ثم يبقى في الدور حقّ الوقوف [١] .

النوع الرابع : اختصاص المتحجر :

ومَنْ تقدم إلى موضع ونصب حجارةً ، وعلاماتٍ للعمارة ، اختص به بحق [٢] السَّبْق ، بشرط [٣] أن يشتغل بالعمارة .

فلو تحجر ليعمر [٤] في السنة الثانية لم يَجُزْ ، ومهما جاز التحجر [و] [٥] منع غيره من الإحياء ، فإن أحيا فهل يملك ؟ ثلاثة أوجه :

أحدها : نعم ؛ لأنه سبب قوي ، والتحجر ضعيفٌ ، فكان كالبيع سومًا على سوم غيره [٦] .

والثاني : لا ؛ لأنه اختصاصٌ مؤكد .

والثالث : أن التحجر إن كان مع الإقطاع منع ، وإلا فلا .

وهل يجوز للمتحجر بَيْعُ حقِّه من الاختصاص والاعتياضُ عنه ؟ فعلى وجهين :

أحدهما : يجوز كالملك .

---

(١) قال في الروضة : « وهل تُملك أرضُ عرفات بالإحياء كسائر البقاع ، أم لا ، لتعلق حقِّ الوقوف بها ؟ وجهان . إن قلنا : تُملك ، ففي بقاء حق الوقوف فيما مُلِكَ وجهان .

إن قلنا : يبقى ، فذاك مع اتساع الباقي ؟ أم بشرط ضيقه على الحجيج ؟ وجهان .

واختار الغزالي الفرقَ بين أن يَضيق الموقفُ فَيُمْنَع ، أَوْ لا فلا . والأصح : المنع مطلقًا ، وهو أشبهُ بالمذهب ، وبه قطع المتولي ، وشبّهها بما تعلّق به حقُّ المسلمين عمومًا وخصوصًا ، كالمساجد والطُرق والرباطات ، ومصلَّى العيد خارج البلد » . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٨٦) .

(٢) في (أ) : « لحق » .　　(٣) في (أ) : « ويشترط » .

(٤) كلمة : « ليعمر » ليست في (أ) .　　(٥) زيادة من (أ) .

(٦) هذا الوجه هو الأصح المنصوص كما في الروضة : (٥/٢٨٧ ، ٢٨٨) ، مغني المحتاج : (٢/٣٦٧) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٤٠ ، ٣٤١) .

والثاني : لا ، كحقّ الشفعة وحق الرهن (١) .

النوع الخامس من [الاختصاص] (٢) : الإقطاع :

ويجوز للإمام أن يقطع مواتًا على قدر [ما] (٣) يقدر المُقْطَع على عمارته ، ويُنَزَّل الإقطاعُ منزلةَ التحجر في الاختصاص .

النوع السادس : الحِمَىٰ .

وهو (٤ كان جائزًا ٤) لرسول الله ﷺ . وهو أن يحمي الكلأ (٥) ببقعة لإبل الصدقة .

وكان يجوز لرسول الله ﷺ أن يحمي لنفسه وللمسلمين (٦) .

وهل يجوز للإمام بعده ؟ فيه خلاف .

والصحيح الجواز (٧) ؛ إذ حمى عمرُ - رضي الله عنه - لإبل المسلمين (٨) .

---

(١) قال في الروضة : « لو باع المتحجر ما تحجره ، وقلنا بالصحيح : إنه لا يملك ، لم يصح بيعه عند الجمهور . وقال أبو إسحاق وغيره : يصح » . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٨٨) ، مغني المحتاج : (٢/ ٣٦٦، ٣٦٧) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٤٠) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « وهو جائز » .

(٥) في (ب) : « للكلأ » .

(٦) انظر صحيح البخاري : (٥/٥٤) (٤٢) كتاب الشرب والمساقاة (١١) باب لا حِمَى إلا لله ولرسوله ﷺ (٢٣٧٠) ، وأبو داود : (٣/١٧٧) كتاب الخراج والإمارة والفيء - باب في الأرض يحميها الإمامُ أو الرجلُ (٣٠٨٣ ، ٣٠٨٤) ، وأحمد في مسنده : (٤/٧١) ، والشافعي في الأم : (٣/٢٧٠) كتاب البيوع - باب من قال : لا حمى إلا حمى من الأرض الموات ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦/١٤٦) كتاب إحياء الموات - باب ما جاء في الحمى ، ومعرفة السنن والآثار : (٩/١٣ ، ١٤) . حديث رقم : (١٢١٩٠ ، ١٢١٩١) .

(٧) وفي الروضة : أن الأظهر الجواز . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٩٢ ، ٢٩٣) ، مغني المحتاج : (٢/ ٣٦٩) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٤٢) .

(٨) قول : « حمى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لإبل المسلمين » انظر في ذلك :صحيح البخاري : (٥/٥٤) (٤٢) كتاب الشرب والمساقاة (١١) لا حمى إلا لله ولرسوله ﷺ (٢٣٧٠) عن الصعب =

ولكن لا يجوز أن يحمي الإمامُ [1] لنفسه ، وإنما كان ذلك خاصية رسول الله ﷺ . فإذا صح الحمى ، فإحياؤه كالإحياء بعد التحجر .

فرع : ما حماه رسول الله ﷺ لحاجة ، أو حماه غيره ، فزالت الحاجةُ ، فهل لأحدٍ بعد ذلك نقضُه ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا ؛ لأنها [2] بقعةٌ أُرْصدت لخيرٍ ، فأشبه المسجدَ .

والثاني : نعم ؛ لأنه بني على مصلحة حالية ظنية .

والثالث : أن حمى رسول الله ﷺ فلا [3] يغير وهو حماه بالبقيع [4] ، وهو بلد ليس بالواسع ؛ لأنّ حماه كالنصِّ ، وحمى غيره كالاجتهاد [5] .

= ابن جثامة : أن عمر حمى الشرف والربذة و (٦/٢٠٣) (٥٦) كتاب الجهاد والسير (١٨٠) باب إذا أسلم قوم في دار الحرب ولهم مالٌ وأرضون فهى لهم (٣٠٥٩) ، ومالك في الموطأ : (٢/٧٦٦) (٦٠) كتاب دعوة المظلوم (١) باب ما يُتَّقَى من دعوة المظلوم (١) ، والشافعي في الأم : (٣/٢٧١) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦/١٤٦ ، ١٤٧) كتاب إحياء الموات - باب ما جاء في الحمى ، ومعرفة السنن والآثار : (٩/ ١٤، ١٥) حديث رقم : (١٢١٩١ ، ١٢١٩٧ ، ١٢١٩٨) .

(١) كلمة : « الإمام » ليست في (أ) . (٢) في (أ) : « لأنه » .

(٣) في (أ) : « لا » . (٤) سبق تخريجه قريبًا .

(٥) قال في الروضة : « ثم ما حماه رسولُ الله ﷺ نَصٌّ ، فلا يُنقض ولا يُغَيَّر بحال ، هذا هو المذهب .

وقيل : إن بقيت الحاجةُ التي حمى لها لم يُغير . وإن زالت فوجهان :

أصحهما : المنع ؛ لأنه تغييرُ المقطوع بصحته باجتهاد .

أما حمى غيره ﷺ : فإذا ظهرت المصلحةُ في تغييره جاز نقضُه وردُّه إلى ما كان على الأظهر ؛ رعايةً للمصلحة . وفي قول : لا يجوز كالمقبرة والمسجد . وقيل : يجوز للحامي نقضُ حماه ، ولا يجوز لمن بعده من الأئمة » . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٩٣) .

الفصل الثاني

في كيفية الإحياء

والرجوع في حَدّه إلى العرف ، ويختلف ذلك باختلاف الغرض ، فإن أحيا بقعةً للزريبة ، فيكفيه التحويطُ وتغليقُ الباب ، ولا يملك قبله ؛ إذ به تصير [١] زريبة .

وإن [٢] أراد السكون فبالبناء [٣] وتسقيف البعض ؛ إذ به يتهيأ للسكون [٤] .

وإن أراد بستانًا ، فَبِسَوْقِ [٥] الماء إليه وتسوية الأنهار ، [٦] والتحويط وتغليق [٦] الباب .

وإن كان من البطائح ، فيحبس الماء عنه ، فإنه العادة [٧] .

وإن أراد مزرعةً ، فيقلب الأرض ويُسَوِّيها ، ويجمع حواليها الترابَ ، ويسوق إليها الماء . وهل يفتقر إلى الزراعة ليملك ؟ فيه وجهان :

ظاهرُ ما نقلَه المزني : أنه يشترط كالتسقيف في البناء [٨] .

والثاني : لا ؛ لأن هذا انتفاع ، ووِزَانُه من الدار السكونُ ، ولا يحتاج إلى بناء الجدار للمزرعة [٩] [١٠] .

---

(١) في (أ) : « يصير » .

(٢) في (أ) : « وإذا » .

(٣) في (أ) : « فالبناء » .

(٤) في (أ) : « السكون » .

(٥) في (ب) : « فيسوق » .

(٦) في (أ) : « ويحوط ويغلق » .

(٧) في (أ) : « مُعتاد » .

(٨) انظر مختصر المزني : (١٠٧/٣ ، ١٠٨) .

(٩) في (أ) : « للزراعة » .

(١٠) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٢٩٠/٥) ، مغني المحتاج : (٣٦٦/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٤٠/٥) .

قال إمامي - رضي الله عنه - : يحتمل أن يقال : ما تملك به الأرض إذا قصد الزراعة فيملك أيضًا ، وإن قصد البستان ، وما تملك [1] به الزريبة [1] يملك به [2] المسكن ، وإنّ القصد لا يغير أمره .

ومن أحيا أرضًا [ميتة] [3] بغير إذن الإمام ملكها [4] عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله [5] .

* * *

(١) في (أ) : « الزريبة به » .

(٢) قوله : « به » ليس في (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « ملكه » ، والمثبت من (أ) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنّ من أحيا أرضًا ميتةً ملكَها ، سواءٌ أَذِنَ الإمامُ أم لم يأذن ، وهو مذهب أبي يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة : إن أحياها بغير إذن الإمام لم يمكلها . انظر : روضة الطالبين : (٢٧٨/٥) ، مغني المحتاج : (٣٦١/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٣١/٥) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٤٣٥/٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (٦٦/٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (١٦٩/٢) .

الباب الثاني : في المنافع المشتركة في البقاع

وهي كالشوارع (١) والمساجد والرباطات والمدارس ، فإن هذه الأراضي لا تُمْلك أصلًا ؛ إذ (٢) ثبت في كل واحدٍ منها نوعُ اختصاصٍ .

فالشوارع (٣) للاستطراق وهو مستحق لكافةِ الخَلْق في الصحاري والبلاد .

نعم ، يجوز الجلوس فيها بشرط أن لا يُضَيِّقَ الطريقَ على المجتازين .

ومَنْ سبق إلى موضع / فجلس فيه ، إن لم يجلس لغرضٍ ، فكما قام انقطع حقُّه . ١٢٢/أ
وإن جلس لبيعٍ كالمقاعد في الأسواق ، اختصَّ السابقُ به ، ولو انصرف إلى بيته ليلًا (٤ وتخلف بعذر ٤) يومًا و (٥) يومين ، ولم ينقطع اختصاصُه ؛ إذ ألافُه في المعاملة لا ينقطعون بهذا القدر .

ولو طال سفره أو (٦) مرضُه أو جلس في موضع آخر أو غير ذلك مما يقطع ألافَه عن مكانه ، فينقطع به اختصاصه .

ولو جلس في غيبته في المدة القصيرة مَنْ عزم على التسليم له (٧) إذا عاد ، فقد قيل : إنه يمنع ، إذ يَتَخَيَّلُ به (٨) ألّافُه تَرْكَه الحرفةَ .

وقيل : إنه لا يمنع ؛ لأن الموضعَ فارغٌ في الحال ، فلا يعطل (٩) مَنْفَعته (١٠) ولا يحتاج إلى إذن الإمام في هذا الاختصاص .

---

(١) في (أ) : « الشوارع » .
(٢) في (أ) : « إذا » .
(٣) في (أ) : « والشوارع » .
(٤) في (أ) : « أو تخلف لعذر » .
(٥) في (أ) : « أو » .
(٦) في (أ) : « ومرضه » .
(٧) في (أ) : « إليه » .
(٨) قوله : « به » ليس في (أ) .
(٩) في (أ) : « تعطل » .
(١٠) هذا هو الأصح إن كان وجود الجالس لمعاملة ، فإن كان لغير معاملة لم يُمْنع قطعًا . انظر : روضة الطالبين : (٢٩٥/٥) ، مغني المحتاج : (٣٧٠/٢) .

وهل للإقطاع فيه مدخل كما في الموات ؟ فعلى وجهين [١] :

والفرق : أنه إذا كان لا يبغي به ملكًا [٢] فلا وزن له ، فهو كالسبق في المساجد .

وأما المساجد : فمن سبق إلى موضع للصلاة ، لا يثبت له حق الاختصاص في صلاة أخرى ، إذ لا غرض فيه .

ولو غاب في صلاة واحدة بعذر رعافٍ ، أو ريحٍ ، أو تجديدِ وضوءٍ ، في متسع الوقت وعادَ [٣] ، ففي بقاء اختصاصه وجهان :

ووجه البقاء قوله - عليه السلام - : « إذا قام أحدُكم من مجلسه - في [٤] المسجد - فهو أحقُّ به إذا عاد إليه [٥] » [٦] .

وإن جلس لِيُقْرَأَ عليه القرآن ، أو يُتَعَلَّم منه العلمُ وأَلِفَه أصحابُه ، ثم [٧] فارقه [٨] ،

---

(١) أصح هذين الوجهين عند الجمهور ، وهو المنصوص : أن لإقطاعِ الإمامِ فيه مدخلٌ . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٩٥) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « ملك » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (ب) : « فعاد » .

(٤) في (أ) : « من » .

(٥) أخرجه مسلم بلفظ : « إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به » (٤/١٧١٥) (٣٩) كتاب السلام (١٢) باب إذا قام من مجلسه ثم عاد فهو أحق به ، وأبو داود : (٤/٢٦٥) كتاب الأدب - باب إذا قام من مجلس ثم رجع (٣٨٥٣) ، والترمذي : (٥/٨٣) (٤٤) كتاب الأدب (١٠) ماجاء إذا قام الرجل من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به (٢٧٥١) ، وابن ماجه : (٢/١٢٢٤) (٣٣) كتاب الأدب (٢٢) باب من قام عن مجلس فرجع فهو أحق به (٣٧١٧) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦/١٥١) كتاب إحياء الموات - باب ما جاء في مقاعد الأسواق وغيرها . وراجع التلخيص الحبير : (٣/٦٤) حديث رقم : (١٣٠٢) .

(٦) وهذا الوجه هو الصحيح للحديث . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٩٧) ، مغني المحتاج : (٢/٣٧٠) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٤٧) .

(٧) في (أ) : « ثمة » .

(٨) قوله : « فارقه » ليس في (أ) .

فهذا يَظْهر إلحاقُه بمقاعد الأسواق .

وأما [١] الرباطات والمدارس : فالسابق إلى بيتٍ أولى به .

وإن [٢] غاب بعذرٍ ، فإذا عاد فهو أولى به ، لوقوعِ الإلف بوجه الارتفاق بالبقعة بخلاف المساجد .

ولو طال مقام واحد ، إن كان له غرض كما في المدارس فلا يزعج إلى تمام الغرض .

وإن [٣] لم يكن للغرضِ مَرَدّ ، كرباط الصوفية ، ففي إزعاجه وجهان :

ووجه الجواز : أنه يؤدي إلى أنْ يتملك الرباط [٤] ويبطل الاشتراك منه [٥] ، فيتقدم إليها جماعة ويقيمون فيها على الدوام ، [٦ وإن جوزنا ٦] ذلك فالرأي في تفصيل مدة الإقامة إلى المتولِّي ، وهو جارٍ في العكوف على المعادن ومقاعد الأسواق .

* * *

(١) في (أ) : « فأما » .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) في (أ) : « الرباطات » .

(٥) في (أ) : « فيها » .

(٦) في (أ) : « فإن جُوِّز » .

البابُ الثَّالث : في الأعيانِ المُسْتَفادَةِ مِنَ الْأَرْضِ

كالمعادن والمياه :

أما المعادنُ ، فظاهرةٌ وباطنةٌ :

أما الظاهرةُ : كالملح المائي والجبلي ، والنفط ، والمومياء ، والمياه العدة في الأودية ، والعيون ، وأحجار الأرجبة ، والقدور [1] ، وكل ما [2] العمل في تحصيله لا في إظهاره : فهذا لا يتطرق إليه اختصاص لا يتحجر ولا يُمْلك بإحياء ولا إقطاع ، لما روي أن أبيض ابن حمال المأربي استقطع رسولَ الله ﷺ مِلْحَ مأرب ، فَهَمَّ بإقطاعه ، فقيل له : يا رسول الله ﷺ إنه كالماء العد ، فقال : « فلا إذًا » [3] .

فلو سبق واحدٌ وحوَّط مثل [4] هذا المعدن ، وبنى وزعم أنه أراد مسكنًا ، فالظاهر أنه لا يملكه ، فإنه احتيالٌ ؛ إذ لا يُقْصَد من هذه البقعةِ المسكنُ [5] .

---

(١) في (أ) : « والقدُر » .　　　(٢) في (أ) : « وكلما » .

(٣) الحديث أخرجه أبو داود : (١٧١/٣ ، ١٧٢) كتاب الخراج والإمارة والفيء باب في إقطاع الأرضين (٣٠٦٤) ، والترمذي : (٦٦٤/٣) (١٣) كتاب الأحكام (٣٩) باب ما جاء في القطائع (١٣٨٠) وقال : حديث غريب ، وابن ماجه : (٨٢٧/٢) (١٦) كتاب الرهون (١٧) باب إقطاع الأنهار والعيون (٢٤٧٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (١٤٩/٦) كتاب إحياء الموات - باب ما لا يجوز لقطاعه من المعادن الظاهرة ، ومعرفة السنن والآثار : (٢١/٩) حديث رقم (١٢٢١٩ ، ١٢٢٢٠، ١٢٢٢١ ، ١٢٢٢، ١٢٢٢٣) . وراجع التلخيص الحبير : (٦٤/٣) حديث رقم : (١٣٠٣) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « بمثل » ، والمثبت من (أ) .

(٥) قال في الروضة : « فالظاهرة : هي التي يَبْدو جوهرُها بلا عمل ، وإنما السعي والعمل لتحصيله ، ثم تحصيله قد يَسْهُل ، وقد يكون فيه تَعَبٌ ، وذلك كالنِّفْط وأحجار الرَّحى ، والبِرَام ، والكبريت ، والقطران ، والقار ، والمومياء ، وشبهها ، فلا يملكها أحدٌ بالإحياء والعمارة ، وإن زاد بها النَّيل . ولا يختص بها أيضًا بالتحجر ، وليس للسلطانِ إقطاعُها ، بل هي مشتركةٌ بين الناس كالمياه الجارية ، والكلأ ، والحطب .

ولو حوَّط رجلٌ على هذه المعادن وبنى عليها دارًا أو بستانًا لم يملك البقعةَ ؛ لفسادِ قصدِه . وأشار في « الوسيط » إلى خلاف فيه . والمعروف ، الأول » . انظر : روضة الطالبين : (٣٠١/٥) .

نعم . لكل سابق أن يأخذ قدر حاجته ، لا يزعج قبل قضاء وطره ، إلا إذا طال عكوفُه ، ففيه الخلاف السابق .

فلو تسابق رجلان فتزاحما ، قيل [١] : إنه يُقْرع بينهما [٢] .

وقيل : للقاضي [٣] [أن] [٤] يقدم منهما مَنْ يراه أحوجَ ، وهو جارٍ في مقاعد الأسواق .

فرع : لو حفر بجنب المملحة حفيرةً ، يملك [٥] تلك الحفيرة .

فلو اجتمع فيها [٦] ماءٌ وانعقد ملحًا فهو مخصوص به ، وكأنه [٧] أخذه بيده ووضعه في ظرف مملوكٍ له .

أما المعادن الباطنة : فهي التي تظهر بالعمل عليها ؛ كالذهب والفضة والفيروزج ، وما هو مثبوت في طبقات الأرض ، ففي تملك ذلك بإحيائه بالإظهار بالعمل ، أو [٨] بعمارة أخرى قولان :

أحدهما : نعم ؛ لأن إحياءه إظهارٌ ، فهو كعمارة الموات .

والثاني : لا ؛ إذ تبقى حياة العمارة بالبناء وهذا يحتاج إلى عمل في كل ساعة لينتفع به [٩] .

التفريع : إن قلنا : يملك ، فهو كالموات على ما سبق ، وفيه فروع :

الأول : لو حفر حفيرة [١٠] وظهر النيل في طرفها . لا يقصر [١١] ملكه على محل

---

(١) في (أ) : « فقيل » .

(٢) وهذا هو الأصح . انظر الروضة : (٣٠١/٥) ، مغني المحتاج : (٢٧٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٥٠/٥ ، ٣٥١) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « القاضي » ، والمثبت من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « ملك » .

(٦) في (أ) : « فيه » .

(٧) في (أ) : « فكأنه » .

(٨) في (أ) : « وبعمارة » .

(٩) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٣٠٢/٥) ، مغني المحتاج : (٣٧٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٥١/٥) .

(١٠) في (أ) : « بئرًا » .

(١١) في (ب) : « يقتصر » .

النيل ، بل ما حواليه على ما يليق بحريمه ، فلو باع الأرض فالظاهر : المنع ؛ إذِ الرغبةُ فيه بالنيل ، وهو غرر .

والثاني : الجواز ؛ تعويلًا على الرقبة ، والنيل كَدَرٌّ الشاة وثمرة الشجرة (١) .

ولو جمع تراب المعدن وفيه الذهب (٢) لم يجز البيع (٣) ؛ لأن التراب لا يُقْصد بخلاف الرقبة .

الثاني : لو قال لغيره : اعملْ وكلُّ (٤) النيلِ لك .

فإن استعمل صيغة الإجارة ، فالظاهر : أنه يستحق أجرة المثل ؛ لأنه إجارة فاسدة ؛ إذ النيل يكون للمالك ولا (٥) يصلح أن يُجْعل أجرةً .

وإن (٦) قال : أذنت لك أن تعمل لنفسك ، كان النيل للمالك ولم يستحق الأجرة (٧) على الظاهر .

وفيه (٨) عن ابن سريج وجه : أنه يستحق كما لو شرط في المضاربة كل الربح للعامل (٩) .

وإن (١٠) قال : اعمل ولك النيل ، فوجهان مشهوران لتردده بين صيغة الإذن والإجارة .

أما إذا قال : اعمل على أن لك نصفَ النيل ، فيستحق أجرةَ المثل هاهنا ؛ إذ (١١) وُجِدَ قَصْدُ العمل لغيره .

---

(١) في (أ) : « النخلة » .
(٢) في (أ) : « ذهب » .
(٣) في (أ) : « بيعه » .
(٤) في (أ) : « فكُلّ » .
(٥) في (ب) : « فلا » .
(٦) في (أ) : « ولو » .
(٧) في (أ) : « أُجرة » .
(٨) قوله : « وفيه » ليس في (ب) .
(٩) والوجه الذي قاله ابن سريج هو الأصح . انظر الروضة : (٣٠٤/٥) ، مغني المحتاج : (٣٧٣/٢) .
(١٠) في (أ) : « ولو » .
(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « إذا » ، والمثبت من (أ) .

ولكن قيل : إنه يستحق أجرةَ نصف العمل ؛ لأنه قصد غيره بالنصف . وقيل : إنه يستحق [أُجرة نصف العمل] [(١)] للكل [(٢)] .

أما إذا فرعنا على أنه لا يملك المعادن بالإظهار .

فلو أحيا مواتًا بالبناء ، ثم ظهر بعد ذلك معدن [(٣)] ، فلا خلاف في أنه ملكه [(٤)] ، فإنه من أجزاء الأرض المملوكة إلى تخوم الأرضين .

وعلى قَوْلَيِ الملكِ ينبني جوازُ الإقطاع ، فإن قلنا : يملك بالإظهار تطرق إليه الإقطاعُ كالموات ، وإلا فلا ، كالمعادن الظاهرة .

أما المياه فهي [(٥)] ثلاثة / أقسام : ١٢٢/ب

الأول : المياه العامة المنفكة عن كل اختصاص ، وهي التي لم تظهر بالعمل ، ولا حفر نهرها [(٦)] كدجلة [والفرات] [(٧)] ، وسائر [(٨)] أودية العالم [(٨)] : فحكمه [(٩)] أنّ مَنْ سبق إليه واقتطع منه ساقية إلى أرضه وانتفع به ، جاز .

فإن [(١٠)] تنازعا ، وجب على الأسفل الصَّبْرُ [(١١)] إلى أن يسرح إليه الأعلى فَضْلَ مَائِه ، فقد وَرَد فيه الحديثُ .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في الأصل ونسخة (أ) : « الكل » ، والمثبت من (ب) .

(٣) في (أ) : « نيل » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « ملك » ، والمثبت من (أ) .

(٥) قوله : « فهي » ليس في (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « نهرُه » ، والمثبت من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « الأودية التي في العالم » .

(٩) في (أ) : « فحكمها » .

(١٠) في (أ) : « وإن » .

(١١) في (أ) : « أن يَصبر » .

فإن استوعب جماعةٌ الماءَ بأراضيهم المحياة .

فمن سفل منهم لا حَقَّ له إلا بتبرعهم بالتسريح إليه ، فإذا سقى كل واحدٍ أرضه إلى الكعب كانت الزيادة ممنوعة ؛ لأنه فوق الحاجة ، كذلك ورد الحديث .

فإن أراد واحدٌ أن يعلو عليهم ويحبس عنهم الماء إلى أرضٍ يستجد [1] إحياؤها ، مُنِعَ ؛ لأنهم بالإحياء على شاطيء النهر استحقوا [2] مرافق الأرض ، والماءُ من مرافقها ، ولو فُتِحَ هذا البابُ لأبطل سعيهم في الإحياء وفاتت أملاكُهم ، فهي كالحريم المستحق بالعمارة .

القسم الثاني : المياه [3] المختص بالملك بالإحراز في الأواني والروايا : فهو كسائر الأملاك ، لا يجب بَذْلُه لأحدٍ ولا لمضطر إلا بقيمة [4] . والماء مملوك على الأظهر ، وبيعُه صحيحٌ [5] .

القسم الثالث : متوسط بين الرتبتين وهو : ما [6] ظهر اختصاصٌ بمنعه [7] ، كالمياه في الآبار والقنوات ، ولها صورتان :

إحداهما : أن يحفر المنتجع حفرة [8] ليسقى بها ماشيته ولم يقصد ملك الحفرة ، فهو أحقُّ بذلك الماء .

فإن فضل عن حاجته ، ومَسَّتْ إليه حاجةُ ماشيةِ غيره ، حَرُمَ عليه المنع ؛ لقوله ﷺ :

---

(١) في (أ) : « مُستجد » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « استحق » من (أ) .

(٣) كلمة : « المياه » غير واضحة في (أ) .

(٤) في (أ) : « بقيمته » .

(٥) انظر مشكلات الوسيط للحموي : (ق ١١٩ / أ) .

(٦) في (أ) : « كلما » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « بمنيعه » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في (ب) : « حُفيرة » .

« مَنْ منع فَضْلَ الماءِ ليمنع به الكلأَ ، مَنَعَه (١) الله فَضْلَ رحمتِه » (٢) .

والمعني : أنه (٣) يمتنع عن (٤) ماشية غيره بسبب مَنْعِ الماء .

وهذا مخصوص بالماشية ، ولا يجري في الزرع ، وإنما هو لحرمة الروح ، ولا يجري في الكلأ في الحال لا يستخلف ، فقد يتضرر به ، والماء يستخلف .

ولا يجري في الدلو والرشاء ، فلا يجب إعارته إلا بعوض ؛ لأن الملك فيه ثابت ، بخلاف الماء ؛ إذ ليس فيه إلا حَقٌّ (٥ سَبْقٍ به ٥) .

الصورة الثانية : أن يقصد ملك البئر .

فالماء الحاصل منه مملوكٌ ، وكذلك ماء القنوات .

وفي تحريم مَنْعِ الشرب فيما يفضل من حاجته بغير عوضٍ خلاف ، منهم من نظر إلى عموم الخبر ، ومنهم من خصص بما لم يملك ، وألحق هذا بالمحرَّزِ في الأواني .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « منع » ، والمثبت من (أ) .

(٢) أخرج البخاري عن النبي ﷺ قال : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ » وقوله : « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلأ » (٣٩/٥) (٤٢) كتاب الشرب والمساقاة (٢) باب من قال : إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى ، وقوله : لا يمنع فضل الماء (٢٣٥٣ ، ٢٣٥٤) ، ومسلم : (١١٩٨/٣) (٢٢) كتاب المساقاه (٨) باب تحريم بيع فضل الماء (١٥٦٦) ، وأبو داود : (٢٧٥/٣) كتاب البيوع - باب في منع الماء (٣٤٧٣) ، والترمذي : (٥٧٢/٣) (١٢) كتاب البيوع (٤٤) باب ما جاء في بيع فضل الماء (١٢٧٢) . وأخرج النسائي أن رسول الله ﷺ : « نهى عن بيع فضل الماء » (٣٠٧/٧) (٤٤) كتاب البيوع (٨٩) باب بيع فضل الماء (٤٦٦٢ ، ٤٦٦٣) ، وابن ماجه : (٨٢٨/٢) (١٦) كتاب الرهون (١٩) باب النهي عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ (٢٤٧٨) . وراجع التلخيص الحبير : (٦٦/٣) حديث رقم : (١٣٠٨) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « أن من » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « على » .

(٥) قوله : « سَبْق به » غير واضح في (أ) .

فرع :

إذا اشترك جماعةٌ في حفر قناة اشتركوا في الملك بحسب العمل ، أو بحسب التزام المؤنة ، وقسموا الماء بِنَصْبِ خشبة مستوية فيها ثُقُبٌ متساوية كما جرت العادة .

فإن قسموا بالمهاياة ، فالظاهر : جوازها ، فإنها (١) لا تلزم ، وفيه وجه : أنها تلزم ، وفيه وجه : (٢ أنها لا تصح ٢) ؛ لأن القيمة تختلف باختلاف الأوقات .

* * *

(١) في (أ) : « إنها » .

(٢) في (أ) : « تصح » .

كتاب الوقف

والوقف قُربة مندوبٌ إليها ؛ لما رُوي أن عمر - رضي الله عنه - قال : أصبتُ أموالًا لم أُصِبْ مثلَها ، وفيها حدائقُ ونخيلٌ ، فراجعتُ رسولَ الله ﷺ فقال : « حَبِّس الأصل وسَبِّل الثمرة »[1] .

ولقوله ﷺ : « إذا مات ابنُ آدم ، انقطع عمله إلا في[2] ثلاث : ولدٍ صالح يدعو له ، و عِلْمٍ يُنْتفع به ، وصدقةٍ جارية[3] » . وليس ذلك إلا الوقف . وفي تفصيله بابان :

---

(١) الحديث أخرجه البخاري : (٥ / ٤١٨) (٥٤) كتاب الشروط (١٩) باب الشروط في الوقف (٢٧٣٧) ، ومسلم : (٣ / ١٢٥٥) (٢٥) كتاب الوصية (٤) باب الوقف (١٦٣٢) ، وأبو داود : (٣ / ١١٦) كتاب الوصايا - باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف (٢٨٧٨) ، والترمذي : (٣ / ٦٥٩) (١٣) كتاب الأحكام (٣٦) باب في الوقف (١٣٧٥) ، والنسائي : (٦ / ٢٣٠) (٢٩) كتاب الأحباس (٢) باب كيف يكتب الحبس وذكر الاختلاف على ابن عون في خبر ابن عمر فيه (٣٥٩٧ ، ٣٦٠٣) ، وابن ماجه : (٢ / ٨٠١) (١٥) كتاب الصدقات (٤) باب مَنْ وقف (٢٣٩٦ ، ٢٣٩٧). وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٦٧) حديث رقم : (١٣١٠) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « عن » .

(٣) الحديث أخرجه مسلم : (٣ / ١٢٥٥) (٢٥) كتاب الوصية (٣) باب ما يَلْحَق الإنسانَ من الثواب بعد وفاته (١٦٣١) ، وأبو داود : (٣ / ١١٧) كتاب الوصايا - باب ما جاء في الصدقة على الميت (٢٨٨٠) ، والترمذي : (٣ / ٦٦٠) . (١٣) كتاب الأحكام (٣٦) باب في الوقف (١٣٧٦) ، والنسائي : (٦ / ٢٥١) (٣٠) كتاب الوصايا (٨) باب فضل الصدقة على الميت (٣٦٥١). وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٦٨) حديث رقم : (١٣١١) .

الباب الأول : في أركانه

وهي أربعة : الموقوف ، والموقوف عليه ، وصيغة الوقف ، وشرطه [1] .

الركن الأول : في الموقوف :

وشرطه : أن يكون مملوكًا ، معينًا ، تحصل منه فائدةٌ أو منفعةٌ مقصودة دائمة مع بقاء الأصل .

أما قولنا : (مملوكًا) عممنا به العقار ، والمنقول ، والحيوان والشائع ، والمفرز . فكل [2] ذلك مما يجوز وَقْفُه ، ومنع أبو حنيفة - رحمه الله - وقف الحيوان [3] .

ومنع بعضُ العلماء وقف المنقول ، إلا تحبيسَ فرسٍ في سبيل الله .

وعندنا : كلٌّ وقف في معنى ما اتفقوا عليه .

واحترزنا به عن :

---

(١) قال ابن أبي الدم : « قال : (الباب الأول في أركانه وهي أربعة : الموقوف ، والموقوف عليه ، وصيغة الوقف ، وشرطُه) .

أقول : في هذا وَهْمٌ مِنْ وجهين : أحدهما : أنه تَرَكَ ذِكْر الواقف ، وهو أحد أركان الوقف ولم يذكره ويجب ذِكره حين شرع في عدد أركانه .

والثاني : أنه ذكر من الأركان الأربعة شرطَ الوقف، وهذا غلط ؛ فإن شَرْطَ الشيء غيرُ داخلٍ في حقيقة الشيء وليس الشرط من الأركان في شيء البتة . وهذه مباحث لها تعلّقٌ بالاصطلاحات اللفظية والوضعية والجوابُ عنها ميسّر » . إيضاح الأغاليط : (١٨ / أ) .

(٢) في (أ) : « وكل » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز وقف العقار والمنقول ، كالعبيد ، والثياب ، والدواب ، والسلاح ، والمصاحف ، والكتب ، سواء المقسوم والمشاع ، كنصف دارٍ ، ونصفِ عبدٍ ، وكذلك يجوز وقفُ ما يُراد لعينٍ تُستفاد منه ، كالأشجار للثمار ، والحيوانُ للبنِ والصوفِ والوبرِ والبيضِ ، وما يُراد لمنفعةٍ يُستوفى منه ، كالدار والأرض .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز الوقف في عبدٍ ولا في أَمَةٍ ولا في شيء سوى العقار والأرضين ، إلا أن يكون في أرضٍ فيها بقر أو عبيدٌ لصالحها ، فيجوز وقفُها تبعًا لها . وأجاز أبو يوسف ومحمد وقف الخيل في سبيل الله . انظر : الأم : (٣/ ٢٧٩) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣/ ٤٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢/ ١٣٢) .

العبد الموصى بخدمته ، والعين المستأجرة ، فإن الموصى له لو وَقَفَ لا يصح ؛ لأنه تصرف في الرقبة على الجملة إما بالحبس أو إزالة (١) الملك ، ولا مِلْكَ له .

ولهذا (٢) لا يقف الحرُّ نفسَه ، وإن صحت (٣) إجارتُه (٤) نفسَه .

وأما الكلب : ففي وقفه خلاف كما في إجارته ، وكما في هبته ؛ لأنه مملوك منتفع به (٥) . ومَنْ منع علل بأن الملك في غير مُتقوم ، فإنه لا يقبل الاعتياض ، فهو كالمعدوم .

ووقفُ المستولدة مرتب على الكلب ، وأولى بالصحة ؛ لأن الملك فيها (٦) مضمون ، وإنما البيع ممتنع [فيها] (٧) لعارض الاستيلاد (٨) .

أما قولنا : (تحصل (٩) منه فائدة) أشرنا به إلى : ثمار الأشجار ، ووقف الحيوانات التي لها صوف ووَبرٌ ولبن تَقُوم مقام المنافع .

ولو وقف ثورًا على النزوان على بهائم قرية ينبغي أن يصح ، كما لو وقف جاريةً على الإرضاع . نعم ، لا يستأجر الفحل للنزوان ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه كما لا يُستأجر (١٠) الشجرة لثمارها .

---

(١) في (أ) : « بإزالة » .

(٢) (أ) : « ولا هذا » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « صح » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « إجارة » .

(٥) والأصح أنه لا يصح وقف الكلب . انظر : الروضة : (٥ / ٣١٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٧٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٦٣) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « فيه » ، والمثبت من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) الأصح أنه لا يصحّ وَقْفُ أُمِّ الولد ، على خلاف ما صحح الغزالي . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣١٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٧٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٦٣) .

(٩) في (ب) : « يحصل » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « يُستأجر » .

أما قولنا : (منفعة دائمة) احترزنا به عن وقف الرياضيين التي لا تبقى .

وقولنا : (مقصودة) احترزنا به عن : وقف الدراهم والدنانير للتزيين ، وفيه خلاف كما في إجارته ؛ لأن ذلك لا قُصد منها .

نعم ، وَقْفُ الحليِّ للبس ، أو النقرةِ ليتخذ منها الحليُّ ، جائز .

وقولنا : (مع بقاء أصلها) [١] احترزنا به [٢] عن : الطعام فإن منفعته في استهلاكه ، فلا يجوز وقفه .

وقولنا : (معين) احترزنا به : عما [٣] إذا وقف إحدى دَارَيْه ، وفيه وجهان : أظهرهما [٤] : المنع ، كما في الهبة ، ومنهم من جَوَّزَ ، كما في العتق .

الركن الثاني : الموقوف عليه :

فإن كان وقف قُرْبة على جهة / عامة ، فيشترط أن يكون فيه ثواب . ١٢٣/أ

وإن [٥] كان معصية ، كالوقف على بناء البِيَعِ والكنائس وكتبة التوراة ، وإعانة قُطَّاع الطريق ، فهو [٦] فاسد .

وإن كان على الفقراء والمساكين فهو صحيح ، وإن كان على الأغنياء فليس فيه ([٧]ثواب ولا عقاب [٧]) ، ففيه وجهان : منهم من شرط القُربة ، ومنهم من اكتفى بانتفاء المعصية .

---

(١) في (أ) : « أصله » .

(٢) قوله : « به » ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « عمل » .

(٤) والصحيح المنع . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣١٥) .

(٥) في الأصل : « فإن » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « فهي » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « عقاب ولا ثواب » .

وكذلك لو وقف على اليهود والنصارى والفسقة ، فيخرج على الوجهين [1] .

أما إذا كان الوقف على شخصٍ معين ، فيشترط أن يكون أهلًا للملك .

فمن صَحَّت الهبةُ منه ، الوقْفُ عليه ، فيصح على اليهودي والفاسق المعينين ؛ لأنه تمليكٌ [2] .

وهل يصح على الحربيّ والمرتدّ ؟ [و] [3] فيه وجهان :

ووجه [4] المنع : أنه يُراد للبقاء ، وهو مستحق القتل ، لابقاء له [5] .

ولا يجوز على الجنين ؛ لأنه تمليكٌ في الحال أو إثبات حق في الحال ، فضاهى[6] الهبةَ ، بخلاف الوصية [7] فإنها تقبل الإضافة [7] .

ولا يصح على العبد ، بل الوقف عليه وَقْفٌ على سيده ، ولا على البهيمة ، وهل يكون الوقف وقفًا [8] على صاحبها كما في العبد ؟ [فيه] [9] وجهان [10] .

---

(١) قال في الروضة – بعد أن ذكر وجهين في الوقف على الأغنياء ، واليهود ، والنصارى ، والفسقة – : « لكن الأحسن توسُّطٌ لبعضِ المتأخرين ، وهو تصحيح الوقف على الأغنياء ، وإبطالهُ على اليهود والنصارى وقطاعِ الطريق وسائرِ الفُسَّاق ؛ لتضمُّنه الإعانةَ على المعصية » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٠) .

(٢) في (أ) : « تملك » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) الواو ليست في (أ) .

(٥) الأصح : أنه لا يصح الوقف على الحربيّ والمرتد . انظر : الروضة : (٥ / ٣١٧) ، مغني المحتاج : (٢/ ٣٨٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٦٦) .

(٦) في (أ) : « فيضاهي » .

(٧) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٨) في (أ) : « وَقْف » .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) أصح هذين الوجهين : أنه لا يكون الوقفُ عليها وقفًا على صاحبها . انظر الروضة : (٥ / ٣١٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٧٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٦٦) .

فرعان :

أحدهما : لو وقف على أحد رجلين على الإبهام فهو فاسد ، كما يفسد مثلُه في الهبة . وفيه وجه على قولنا : إن الوقف لا يَفْتقر إلى القبول ، مُخَرَّج من وقف أحد العبدين .

الثاني : لو وقف على نفسه فالظاهر منعه [1] ؛ لأنه لم يجدد إلا منع التصرف ، ولم يوضع العقد لمنع التصرف فقط .

وذهب أبو عبد الله الزبيري إلى جوازه ؛ لما روي أن عثمان - رضي الله عنه - وقف بئرًا وقال : دلوي فيه [2] كدلاء المسلمين [3] . وهذا ضعيف ؛ لأن إلقاء الدلو فيها لا يفتقر إلى شرط بحكم العموم في الصلاة في المسجد .

نعم . لو وقف على الفقراء وافتقر ، ففيه خلافٌ ، والظاهر المنع ؛ لأن الظاهر أن مطلق الوقف ينصرف إلى غير الواقف .

ولو [4] شرط لنفسه التولية وأجرة ، [و] [5] قلنا : يمتنع [6] الوقف على نفسه ، فيبنى [7] على جواز صرف سَهْم العاملين إلى بني هاشم ، وفيه خلاف [8] .

---

(١) هذا هو الأصح والمنصوص . انظر : الروضة : (٥ / ٣١٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٦٧) .

(٢) في (أ) : « فيها » .

(٣) انظر ذلك الأثر في : صحيح البخاري : (٥ / ٤٧٧) (٥٥) كتاب الوصايا (٣٣) باب من وقف أرضًا أو بئرًا أو اشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين (٢٧٧٨) ، والترمذي : (٥ / ٥٨٣ ، ٥٨٤) (٥٠) كتاب المناقب (١٩) باب في مناقب عثمان رضي الله عنه (٣٦٩٩) ، والنسائي : (٦ / ٢٣٣) (٢٩) كتاب الأحباس (٤) باب وقف المساجد (٣٦٠٦ ، ٣٦٠٧) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ١٦٧) كتاب الوقف - باب اتخاذ المسجد والسقايات وغيرها . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٦٨) حديث رقم : (١٣١٢) .

(٤) في (ب) : « إن » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « يُمنع » ، وفي (ب) : « تُمنع » .

(٧) في (ب) : « فينبني » .

(٨) رجَّح في الروضة جوازَ هذا الشرط . انظر : الروضة : (٥ / ٣١٨ ، ٣١٩) .

ولو شرط أنْ تقْضى من ريعه ديونُه وزكاتُه ، فقد بعضَه على نفسه ، فَيُخَرَّج على ما ذكرناه [١] .

الركن الثالث : الصيغة . فلابد [٢] منها ، فلو صلى في موضع ، أو أذن في الصلاة ، ولم يصرْ مسجدًا إلا بصيغةٍ دالة عليه ، وهي ثلاثة [٣] مراتب .

[الرتبة] [٤] الأولى [٥] [وهي المرتبة العليا] [٦] :

قوله : وقفتُ البقعة ، أو حبستُها ، أو سبَّلتها على المساكين ، فالكل صريح . فلو [٧] قال : وقفتُ البقعةَ على صلاة المصلين ، فهل يصير مسجدًا ؟ فيه خلاف [٨] .

وذكر الإصطخريُّ أن لفظ التحبيس والتسبيل كنايةٌ عن الوقف ، وهو بعيد ؛ إذ ثبت بعرف لسان الشرع ؛ إذ قال عليه السلام : « حَبِّسِ الأصلَ وسبِّل الثمرة » [٩] .

الرتبة الثانية : قوله : حرَّمت هذه البقعة وأبَّدتها على المساكين . فإن نوى الوقف حصل . وإن أطلق فوجهان :

أحدهما : أنه صريح ؛ لعرف الاستعمال في الوقف .

والثاني : أنه كناية ؛ لأنهما لا يستعملان إلا تابعًا مؤكدًا [١٠] .

---

(١) في (أ) : « ذكرنا » .

(٢) في (أ) : « فلابد » .

(٣) في (أ) : « ثلاث » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) : « العُليا » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) في (أ) : « ولو » .

(٨) الأصح : صحة الوقف ، ويصير مسجدًا . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٣) .

(٩) سبق تخريجه .

(١٠) قال في الروضة : « الثانية : قوله : حرَّمتُ هذه البقعةَ للمساكين أو أبدَّتها ، أو داري محرَّمة أو مؤبدة ، كنايةٌ على المذهب ؛ لا تُستعمل إلا مُؤكِّدة للأولى » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٧٢) .

الرتبة الثالثة : قوله : تصدقت . وهو ليس بصريح للوقف [١] ، فإن أضاف إليه قرينةً قاطعة ، كقوله : تصدقت صدقة محرمة مؤبدة ، لاتباع ولا توهب : تعين له . وإن لم يتعرض لمنع البيع والهبة ، ففيه خلاف [٢] .

وإن لم يذكر قرينةً ، ولكن نوى الوقف ، فإن جرى مع شخص معين لم يكن وقفًا ؛ لأنه وجد نفاذًا فيما هو صريح فيه ، وهو التمليك .

وإن أضاف إلى قوم ، ففيه خلاف [٣] ؛ لتعارضِ الاحتمال مع ظهور جهة التمليك من اللفظ .

هذا في الإيجاب . وأما القبول : فلا يمكن شرطُه في الوقف المضاف إلى الجهات العامة . وإن وقف على شخص معين فوجهان ، ووجه الاشتراط : أنه يبعد إدخالُ شيءٍ في ملكِ [٤] غيرِهِ قهرًا من غير قبوله [٥] مع تعينه [٦] .

فإن قلنا : يشترط [٧] القبول ، فلاشك أنه رَد امتنع بردِّه ، كما نقول في الوكالة . أما البطن الثاني فلا يشترط قبولهم ؛ لأنهم كالفروع ، ولا يتقبل استحقاقهم بالإيجاب ، وهل يرتد عنهم بردِّهم ؟ فيه خلاف .

(١) في (أ) : « في الوقف » .

(٢) الأصح : أنه يتعين له أيضًا وإن لم يتعرض لمنعِ البيع والهبة . انظر الروضة : (٥ / ٣٢٣) .

(٣) قال في الروضة : « وأما النية ، فإنْ أضاف إلى جهة عامة بأن قال : تصدقت به على المساكين ونوى الوقفَ ، فوجهان :

أحدهما : أن النية لا تَلْتحق باللفظ في الصرف عن صريح الصدقة إلى غيره .

وأصحهما : تلتحق فيصير وقفًا .

وإن أضاف إلى مُعينٍ فقال : تصدقتُ عليك ، أو قاله لجماعةٍ مُعينين لم يكن وقفًا على الصحيح ، بل ينفُذ فيما هو صريحٌ فيه وهو التمليك المحض ، كذا قاله الإمام » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٣) .

(٤) في (أ) : « ملكه » .

(٥) في (أ) : « قبول » .

(٦) الأصح اشتراط القبول . انظر : الروضة : (٥/ ٣٢٤) ، مغني المحتاج : (٢/ ٣٨٣) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٣٧٢) .

(٧) في (أ) : « لا يشترط » .

الركن الرابع في الشرائط وهي أربعة : التأبيد ، والتنجيز ، والإلزام ، وإعلام المصرف .

الأول : التأبيد : ونعني به أنْ لا يقف على جهة ينقطع [1] آخرها ، كما إذا وقف على أولاده ولم يذكر المصرف بعدهم ، فإن فعل ذلك فهو وقفٌ منقطعُ الآخرِ ، وفي صحته قولان :

الأصح الذي به الفتوى : بطلانه [2] ؛ لأنه مائلٌ عن موضوعه في التأبيد ، ويبقى أمره مشكلًا بعد انقراضهم ، فَلْيضف بعده إلى جهة لا تنقطع ، كالمساكين والعلماء ، ومن يجري مجراهم .

وذكر صاحب التقريب قولًا : أن ذلك يمتنع في العقار دون الحيوان ، فإن الحيوان - أيضًا - يُعَرَّض للانقطاع .

فإن فرعنا على الجواز ، ففي انقطاع الوقف بانقراضهم قولان :

أحدهما : أنه يعود ملكًا ، فيصرف إلى ورثة الواقف .

والثاني : أنه يبقى وقفًا ، ويُصْرَف إلى أهم [3] الخيرات [4] ، وفيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يصرف إلى أقرب الأقارب ؛ لورودِ أخبارٍ فيه [5] .

وعلى هذا ، هل يشترك فيه الأغنياء والفقراء ؟ وجهان [6] .

---

(١) في (ب) : « تنقطع » .

(٢) وفي الروضة : أنّ الأظهر عند الأكثرين صحتُه . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٤)، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٧٣) .

(٣) في الأصل : « أُمّ » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الروضة : (٥ / ٣٢٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٧٣ ، ٣٧٤) .

(٥) والأصح هو هذا الوجه الأول ، وهو نص الشافعي في « المختصر » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٦)، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٧٤) .

(٦) في الروضة : أنهما قولان ، وأن أظهرهما : أنه يختص بالأقارب الفقراء دون الأغنياء . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٤) .

وهل يُقَدم من قُدِّم [(١)] في الإرث ؟ أو يراعى قُرْبُ الدرجة ؟ وجهان [(٢)] .

والثاني : أنه يصرف إلى المساكين ؛ لأنه أعم جهات الخير .

والثالث : أنه يصرف إلى مصالح الإسلام ، فإنه الأعم .

أما إذا قال : وقفتُ على الفقراء سنةً أو سنتين / ، وقطع آخره بالتأقيت ، فالمذهبُ فسادُ هذا الشرط . وفيه وجه مُخَرَّج من المسألة السابقة . ١٢٣/ب

ثم إذا فسد الشرطُ ، فهل يفسد الوقف ؟ إذ كان من قبيل التحرير - كجعل البقعة مسجدًا - فلا يفسد ، بل يتأبّد ، كالعتق ؛ لأنه فك عن اختصاص الآدميين كالتحرير [(٣)] .

وإن كان وقفًا على شخصٍ معين ، وقلنا : يفتقر إلى قبوله ، فيفسد ، كسائر المعاملات .

وإن كان وقفًا على جهة الفقر والمسكنة [(٤)] ، فوجهان ؛ لتردده بين التحرير والتمليك .

الشرط الثاني : التنجيز في الحال : فلو قال : وقفت على مَنْ سيولد من أولادي ، فهو وقف منقطع الأول . ففيه [(٥)] طريقان :

أحدهما : أن فيه الأقوال كما في المنقطع الآخر ، فيعود ما فَصَّلْناه .

والثاني : البطلان ؛ لأنه لم يجد [(٦)] في الحال مَقَرًّا ينزل فيه [(٧)] .

---

(١) في (أ) : « يُقدَّم » .

(٢) الأصح : أنه يُراعى قُرْبُ الدرجة . انظر : الروضة : (٥ / ٣٢٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٧٤) .

(٣) الصحيح الذي قطع به الجمهور : أنّ الوقْفَ يفسد . انظر : الروضة : (٥ / ٣٢٥) .

(٤) في (أ) : « أو المسكنة » .

(٥) في (أ) : « وفيه » .

(٦) في (أ) : « يُوجد » .

(٧) هذا الطريق : هو المذهب وهو نص الشافعي في « المختصر » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٧٤) .

فلو قال : وقفت على عبدى ، أو كان مريضًا فقال : وقفت على وارثي ثم بعده على المساكين ، فهو [وقف] (١) منقطع الأول ، فإن صححنا فلا يصرف إلى المساكين ما لم يَمُتِ العبدُ والوارثُ ؛ لأنه لم يدخل أول الوقف (٢) ، إلا أن يقول : وقفتُ على رجل ثم بعده على المساكين ، فإنه لا يمكن تَرَقُّبُ (٣) انقراضِ مَنْ لا يتعين ، فيصرف (٤) في الحال إلى المساكين .

وكذلك إذا وقف على معين فَرَدَّه ، أو لم يقبل - إذا شرطنا قبوله - فقد صار منقطعَ الأولِ .

أما إذا صرح بالتعليق وقال (٥) : إذا جاء رأسُ الشهر فقد وقفت على المساكين ، قطع العراقيون بالبطلان ؛ لأنه لا يُوافق مصلحة الوقف بخلاف الوقف على مَنْ يوجد من الأولاد . وذكر المراوزة خلافًا ، وهو متجه فيما لا يحتاج إلى القبول (٦) .

فقد (٧) ذكر ابن سريج وجهًا في تعليق الضمان ، فينقدح أيضًا (٨) طردُه في الإبراء وكل ما (٩) يستقل الإنسان به تشبيهًا له بالعتق .

الشرط الثالث : الإلزام : فلو قال : وقفتُ بشرط أنْ أرجع متى شئتُ ، أو أحرم المستحق وأحوله إلى غيره متى شئتُ فهو فاسد ؛ لأنه يناقض موضوعَه في اللزوم .

فأما إذا قال : وقفتُ على أنّي بالخيار لِأُغَيِّرَ مقاديرَ الاستحقاقِ بحكم المصلحة ، فله ذلك .

ولو قال : على أني أُبقِي أصل الوقف ولكن أُغَيِّرُ تفصيلَه ، فوجهان :

أحدهما : المنع ؛ للزوم الأصل والوصف (١٠) .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) : « الوقت » .

(٣) في (أ) : « أن يرقب » .

(٤) في (أ) : « فينصرف » .

(٥) في (ب) : « فقال » .

(٦) المذهب : أنه يصحُّ الوقْفُ ، إذا علّق بمجيء رأسِ الشهر ، أو قدومِ فلان . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٨) .

(٧) في (أ) : « وقد » .

(٨) قوله : « أيضًا » ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « كلما » .

(١٠) في (أ) : « والوقف » .

والثاني : الجواز ؛ لأن شرطه متبع [١] .

فإذا شرط التغيير بتغير رأيه ، فيكون ذلك أيضًا من الشرائط .

فرعان :

أحدهما : لو شرط أن لا يؤاجر الوقف أصلًا ، ففيه ثلاثة أوجه :

أظهرها : أنه يتبع [٢] .

والثاني : لا ؛ لأنه حجر على مَنْ ثبت ملك المنفعة .

والثالث : أنه يجوز في قدر سنة فيتبع ؛ لأنه يليق بمصلحة الوقف ولو شرط المنع من أصل الإجارة ، ولم يتبع .

الثاني : لو جعل البقعة مسجدًا وخصَّصه بأصحاب الحديث أو الرأي [٣] . لا

---

(١) قال في الروضة – بعد أن ذكر بطلان الوقف إذا كان بشرط الخيار ، أو إذا قال الواقف : وقفت بشرط أني أبيعه ، أو أرجع فيه متى شئتُ ، أو وقفت على ولده أو غيره بشرط أنْ يرجع إليه إذا مات ، فبعد أن ذَكَرَ بطلانَ الوقف في هذه الصور وغيرها من الصور ، قال مُعلِّقًا على كلام الإمام الغزالي : « هذا مجموع ما حضرني من كتب الأصحاب . والذي قطع به جمهورهم : بطلانُ الشرطِ والوقفِ في هذه الصور كلها ، وشذَّ الغزالي فجعل هذه الصور ثلاثَ مراتب :

الأولى : وقفتُ بشرط أنْ أرجع متى شئتُ ، أو أَحْرِم المستحِقَّ وأحَوِّل الحقَّ إلى غيره متى شئتُ : ففاسدٌ .

الثانية : بشرط أن أغيِّر قَدْرَ المستحق للمصلحة : فهو جائز .

الثالثة : بشرط أنْ يقول أغيرِّ تفصيلَه ، فوجهان . وهذا الترتيبُ لا يكاد لغيره ، ثم فيه لَبْسٌ ، فإن التحويل المذكور في الأولى هو التغيرُّ المذكور في الثانية ، والمذهبُ ما ذكره الجمهور » . انظر : روضة الطالبين : (٥/ ٣٢٩) .

(٢) وفي الروضة أنه أصَحُّها ، وليس أظهرها . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٩ ، ٣٣٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٥) .

(٣) المراد بأصحاب الحديث : الفقهاء الشافعية ، وبأصحاب الرأي : الفقهاء الحنفية . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٣٠) .

يختصّ بهم ؛ لأنه من قبيل التحرير ، فلا يثبت الشرط فيه كالعتق .

وفيه وجه : أنه يتبع للمصلحة ، وقطع المنازعة في إقامة الشعائر [١] .

أما إذا جعل البقعةَ مقبرةً : ففي تخصيصه بقومٍ خلافٌ ظاهر ؛ لتردده بين المسجد وبين مساكن الأحياء [٢] .

الشرط الرابع : بيان المصرف . فلو قال : وقفتُ هذه البقعة ، ولم يَذكر التفصيلَ ، ففيه قولان : أظهرهما : الفساد ، للإجمال .

والثاني : أنه [٣] يصح ، ثم في مصرفه [٤] من الكلام ما في منقطع الآخر إذا صححناه

فرعان :

أحدهما : لو وقف على شخصين وبَعْدَهما على المساكين ، فمات أحدُهما ، فنصيبُه لصاحبه أو للمساكين ؟ فيه وجهان [٥] .

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٣٣٠) .

(٢) قال في الروضة : « ولو شرط المقبرة الاختصاصَ بالغرباء ، أو بجماعة معينين فالوجه أن يُرَتَّبَ على المسجد . فإن قلنا : يختص فالمقبرة أولى ، وإلا فوجهان ؛ لتردُّدِها بين المسجد والمدرسة ، وإلحاقُها بالمدرسِة أصحُّ ؛ فإن المقابر للأموات كالمساكن للأحياء » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٣١) .

(٣) قوله : « أنه » ليس في (ب) .

(٤) في (أ) : « صرف » .

(٥) قال في الروضة : « الأُولى : وقف على رجلين ، ثم على المساكين ، فمات أحدُهما ، ففي نصيبه وجهان : أصحهما - وهو نصُّه في حرملة - : يصرفه إلى صاحبه . والثاني : إلى المسكين .

والقياس : أن لا يُصْرف إلى صاحبه ولا إلى المساكين ، بل صار الوقف في نصيب الميت منقطع الوسط .

قلت : معناه : يكون صرفُه مصرفَ منقطعِ الوسط ، لأنه يجيء خلافٌ في صحة الوقف » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٣٢) .

الثاني : لو رَدَّ البطنُ الثاني ، وقلنا : يرتدُّ عنهم بِرَدِّهم . فقد صار الوقف منقطعَ الوسطِ ، فيعود في مصرفه – إلى أن ينقضي البطنُ الثاني – ما ذكرناه من الأقوال ، وقولان آخران :

أحدهما : الصرف إلى البطن الثالث ، ويلتحقون [1] بالمعدومين عند الرد .

والثاني : الصرف إلى الجهة العامة المذكورة في شرط الوقف عند انقراض الجميع ؛ لأنه أقربُ إلى مقصودِ الواقف من غيره .

* * *

---

(١) في (أ) : « ويلحقون » .

الباب الثاني : في حكم الوقف الصحيح .

وفيه فصلان :

الفصل الأول : في أمور لفظية :

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : وقفتُ على أولادي وأولاد أولادي : فمعناه التشريك دون الترتيب ؛ إذِ التقديمُ يَفْتقر إلى زيادة دلالة ، وليس في اللفظ عليه دليلٌ إلا أن يقول : بطنًا بعد بطنٍ ، وما يجري مجراه .

الثانية : إذا قال : وقفتُ على أولادي وبعدهم على المساكين : فالظاهر أن أولاد الأولاد لا يستحقون ؛ لأنهم يُسَمَّون أحفادًا .

فلو قال : وعلى أولاد أولادي ، دخل فيه [1] أولادُ البنينَ والبناتِ .

وكذلك [2] إذا قال : على ذريتي أو عقبي [3] أو نَسْلي ، فأولادُ البنات يدخلون [4] فيه .

ولو قال : على مَنْ ينتسب إليّ من أولاد [5] أولادي ، لم يدخل فيه أولاد البنات .

قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتُنا بنوهن أبناءُ الرجالِ الأباعد

الثالثة : إذا [6] قال : على البنين أو البنات لم يدخل الخناثى لأنه مُشْكِلٌ ، ولو قال : على البنين والبنات ، ففيه وجهان ؛ لأنه وإن كان لا يَعْدُهُما فلا يُعَدُّ منهما [7] .

---

(١) قوله : « فيه » ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « وكذا » .

(٣) قوله : « أو عقبي » ليس في (أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « تدخل » .

(٥) قوله : « أولاد » ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « لو » .

(٧) أصحُّ هذين الوجهين : دخولُ الخناثى في الوقف على البنين والبنات . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٣٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٨) .

ولو قال : على الأولاد ، دَخَل فيهم [١] .

والظاهر أن الولد الَمَنْفي [٢] باللعان لايستحق ؛ إذِ اللعانُ لا يظهر أثَرُه إلا في حق الزوج الملاعن ، للضرورة .

والجنينُ لا يستحق ؛ لأنه ليس بولدٍ، فإذا وُلِدَ لم يستحق الريعَ الحاصل في مدة اجتنانه / ، وإنما يستحق من وقت الولادة . ١٢٤/ب

الرابعة : لو قال : على عترتي . قال ابن الأعرابي وثعلب : هم ذريتُه .

وقال القتيبي : هم عشيرته [٣] .

الخامسة : لو وقف على بني تميم ، ففي دخول البنات وجهان :

أحدهما : لا ؛ لخصوص [٤] اللفظ .

والثاني : نعم ؛ لأنه إذا ذكر في القبيلة أُرِيدَ كلُّ مَنْ ينتسب إليها ، ثم يغلب التذكيرُ في اللفظ [٥] .

السادسة : إذا قال : وقفتُ على أولادي ، فإذا انقرض [٦] أولادي وأولادُ أولادي فعلى المساكين .

فمنهم من قال : هذا منقطع الوسط ؛ إذ لا دخول لأولاد الأولاد في الوقف [٧] .

ومنهم من قال [٨] : جعل اشتراط انقراضهم قرينة دالة أيضًا [٩] على دخولهم في الاستحقاق .

---

(١) في (أ) : « فيه » . (٢) في (أ) : « المُنتفى » .

(٣) وهذا هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ /٣٣٧) . (٤) في (أ) : « لحصول » .

(٥) في (أ) : « هذا الوجه هو الأصح » . انظر : الروضة : (٥ / ٣٣٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٨) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « انقطع » ، والمثبت من (أ) .

(٧) وهذا الوجه هو الصحيح . انظر : الروضة : (٥ / ٣٣٩ ، ٣٤٠) .

(٨) قوله : « قال » ليس في (أ) . (٩) قوله : « أيضًا » ليس في (أ) .

السابعة : لو وقف على الموالي ، وليس له إلا الأعلى أو الأسفل ، تعيَّن له .

ولو كان له كِلاهما ، فثلاثة أوجه :

أحدها : البطلان ؛ للإجمال وهو الأصح .

والثاني : التوزيع على الأعلى والأسفل ؛ لاشتراكِ اللفظ [1] .

والثالث : تقديمُ الأعلى ؛ لاختصاصِه بالعصوبة .

* * *

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٣٣٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٨٤) .

الفصل الثاني : في الأحكام [(١)] المعنوية .

وفيه مسائل :

الأولى : أن الوقف حكمه [(٢)] اللزوم في الحال ؛ خلافًا لأبي حنيفة - رحمه اللّه - فإن قال : لا يلزم إلا إذا أُضيف إلى ما بعد الموت [(٣)] .

ثم لزومه في منع المالك من [(٤)] التصرفات ، وهل يُوجِبُ زوالَ ملكِه ؟

نظر ؛ فإن [(٥)] جعل البقعة مسجدًا زال ملكه ، وكأنه تحرير وفك عن [(٦)] الاختصاصات ، ولذلك لا يتبع فيه شروطه [(٧)] .

وإن وقف على معين ، أو على جهة القربات [(٨)] ، فالظاهر أنه يزول ملكه ، ولكنْ

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « أحكام » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « حُكمه حكم » ، ولم نثبتها لأنها مخلة بالمعنى .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن الوقْفَ حكمُه اللزومُ في الحال ، سواءٌ أضافَه الواقفُ إلى ما بعد الموت ، أم لم يُضِفْه ، وسواء سلَّمه إلى الموقوف عليه أم لم يُسَلِّمه ، قَضَى به قاضٍ أم لا .

ومذهب الحنفية : أنه لا يزول ملكُ الواقفِ عن الوقف ، إلا أن يحكم به الحاكمُ أو يُعَلِّقَهُ بموته فيقول : إذا متُّ فقد وقفتُ داري على كذا . وقال أبو يوسف : يزول الملكُ بمجرد القول ، وقال محمد : لا يزول الملكُ حتى يجعل للوقف وليًا ويُسَلِّمه إليه . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٤٢) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣ / ١٥) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣ / ٤٠) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٣٠) .

(٤) في (أ) : « عن » . (٥) في (أ) : « إن » . (٦) في (أ) : « من » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله في الفصل الثاني في الأحكام المعنوية في الوقف في جعل البقعة مسجدًا : (لا ينبغي فيه شرطه) فمعناه واللّه أعلم : لا يبيع في شرطه الموقوف ، فإنه لو شرط فيه تخصيص طائفة أو تقديم طائفة على طائفة وما أشبه ذلك من الشرائط لم يتبع . وأما شرطه فيما سوى الانتفاع بهذا الموقوف ، مثل أن يشترط التولية والنظرَ لشخصٍ معين فإنه يتبع ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٦٠ / أ) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « القرابات » ، والمثبت من (أ) .

إلى الموقوف عليه ؟ أو إلى اللّه - تبارك وتعالى - ؟ فيه قولان :

أحدهما : إلى اللّه - تبارك وتعالى - فإنه [1] قربةٌ ، وتصرفُ الموقوف عليه غير نافذ [2] .

والثاني : إلى الموقوف عليه ، فإنه يقول : وقفتُ عليك ، ولا يَبْعُد مِلْكٌ لا ينفذ فيه التصرفُ .

وعلى الجملة : إن كان [3] الموقوف عليه [3] معينًا ، فيبعد قول نقل الملك إلى اللّه - تبارك وتعالى - فإنه ليس من القربات .

وإن كان على المساكين وجهاتِ [4] القربات ، فيبعد نَقْلُ الملكِ إلى المساكين ، كيف وقد يقف على الرباطات والقناطر وحمامات مكة ، ومن لا ينسب إليه ملك .

ومن أصحابنا من خرج قولًا ثالثًا : أنه لا يزول ملك الواقف ؛ لأن الشرط لا يتبع في الملك الزائل ، إلا أنه تَضَمَّن الحجر في التصرفات [5] وإثبات الاستحقاق في الثمرات .

الثانية : لا خلاف في أن الموقوف عليه يملك الغلة وثمار الشجرة ، واللبن ، والوبر والصوف من الصوف من الحيوان . ولا يقطع أغصان الشجرة ، إلا إذا كان هو المقصود ، كما في شجرة [6] الخِلاف وهل يملك ولد الموقوفة ؟ فيه [7] وجهان :

أحدهما : نعم ، كاللبن [8] .

---

(١) في (أ) : « لأنه » .

(٢) وهذا القول هو المذهب ، وهو نصّ الشافعي في « المختصر » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٤٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٨٨ ، ٣٨٩) .

(٣) في (أ) : « المالك » .

(٤) قوله : « وجهات » ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « التصرُّف » .

(٦) في (أ) : « شجر » .

(٧) قوله : « فيه » ليس في (أ) ، (ب) .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٣٤٢ ، ٣٤٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٩٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٩٠) .

والثاني : لا ، بل ولده وقف ، كما أنّ ولدَ (١ الضحيةِ ضحيةٌ ١) ، وولدَ المستولدةِ مُسْتولدٌ (٢) .

ولا يملك وطءَ الجارية الموقوفة ؛ لأنه وإن قُدِّرَ ملكُه فيها فهو ضعيف . نعم ، يصرف إليه مهرها إذا وُطئت بالشبهة ؛ لأنه في حكم بدل المنفعة ، فيشبه أجرةَ المنفعة .

وهل يملك تزويجَ الجارية ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه ينقص الوقف ، فيخالف غرض الواقف .

والثاني : نعم ؛ لأنه نوعُ انتفاعٍ (٣) .

فإن قلنا : تُزَوَّج (٤) ، فيزوجها الموقوف عليه إن (٥) قلنا : إن الملك له . ويزوجها السلطان إن قلنا : إن الملك للّه تبارك وتعالى .

وهل يستشير الواقفَ والموقوفَ عليه لتعلقه بغرضهما ؟ فيه خلاف .

وإن قلنا : للواقف ، فلا يستشير السلطانَ ، وهل يستشير الموقوفَ عليه ؟ فيه خلاف من حيث إنه نقص عن انتفاعه ، فيكاد يكون إبطالًا لما أثبت له (٦) .

فإن (٧) قلنا : يجوز تزويجها ، فلو تزوج بها الموقوفُ عليه ، وقلنا : إنه لا ملك له ، صحَّ ، وإن قلنا : له الملك فلا .

---

(١) في (أ) : « الأُضحية أُضحية » . (٢) في (أ) : « مُستَوْلدة » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/ ٣٤٦) ، مغني المحتاج : (٢/ ٣٩٠) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٣٩١) .

(٤) في (ب) : « يزوج » .

(٥) في الأصل ونسخة : (ب) : « وإن » ، والمثبت من (أ) .

(٦) قال في الروضة : « وإن قُلنا : للّه سُبحانه وتعالى ، زوجَها السلطانُ ويستأذن الموقوفَ عليه ، وكذا إن قلنا : الملكُ للواقفِ ، زَوَّجَها بإذن الموقوف عليه ، هذا كلامُ الجمهور . وحكى الغزالي وجهين ، في أن السلطان هل يَسْتأذن الموقوف عليه ، وفي أنه هل يستأذن الواقف أيضًا ؟ ويَلْزم مثله في استئذان الواقف إذا زوج الموقوف عليه » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٤٦) .

(٧) في (أ) : « وإن » .

الثالثة : توليةُ أمرِ الوقفِ والنظرُ في مصالحه إلى مَنْ شرطه الواقفُ ، فإن سكت عنه فطريقان :

أحدهما : للواقف ، لأنه كان له ، ولم يَشْرط صَرْفَه إلى غيره .

والثاني : أنه (١) نبني على أقوال الملك ، فيكون لمن له الملك .

فإن (٢) قلنا : للّه ، فهو للسلطان (٣) .

ثم يشترط في المتولي خصلتان : الأمانة والكفاية .

فإن أخلَّتْ (٤) إحداهما نزع السلطان (٥ من يده ذلك ٥) ، وفيه وجه : أن العدالة لا تُشْترط إن كان الموقوف عليه معينًا ولم يكن فيه طفلٌ . ولكنه يَسْتعدي عليه المستحقُّ إن خان ، وهو بعيد .

ثم إلى المتولي العمارةُ وتحصيلُ الريع بالزرع ، والإجارةُ ومصرفُه (٦) إلى المستحقّ .

وله إثبات اليد على الوقف إذا شرط التصرف وشرط اليد لغيره . وله من الأجرة ما شرط له ، فإن لم يشترط فهو مبني على أن مطلق الاستعمال هل يَقْتضي أجرةً ؟ وفيه خلاف (٧) .

---

(١) قوله : « أنه » ليس في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « وإن » ، والمثبت من (أ) .

(٣) قال في الروضة - بعد أن ذكر هذين الطريقين - : وطريقٌ ثالث وهو : هل النظر للواقف ، أم للموقوف عليه ، أم للحاكم ؟ فيه ثلاثة أوجه ، قال : « والذي يَقْتضي كلامُ معظمِ الأصحاب الفتوى به أن يُقال : إن كان الوقف على جهةٍ عامة ، فالتوليةُ للحاكم كما لو وقف على مسجد أو رباط . وإن كان على معين فكذلك إن قلنا : الملك ينتقل إلى اللّه تعالى . وإن جعلناه للواقف ، أو الموقوفِ عليه ، فكذلك إن قلنا : الملك التولية » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٤٧) .

(٤) في (أ) : « أخلَّت » .

(٥) في (أ) : « ذلك من يده » .

(٦) في (أ) : « وصرفها » .

(٧) سبق بيان الراجح من هذا الخلاف في كتاب الإجارة .

الرابعة : نفقة الموقوف من الموضع المشروط ، فإن سكت فهو من الارتفاع . فإن [١] كان للعبد كَسْبٌ فهو من كَسْبه ، فإن بطل كسْبُه فهو على من يحكم بأن الملك فيه له على موجب الأقوال . هذا في الحيوان الذي لا يجوز تعطيلُه لحرمِة الروح . فأما [٢] العقار فلا تجب عمارته [٣] إلا على مَنْ يريد الانتفاع [٤] فيعمره باختياره .

الخامسة : إذا تعطّل مالُ الوقف فله أحوال :

[الحالة] [٥] **الأولى** : أن يُتْلِفَه [٦] متلفٌ ، فيجب الضمان عليه ، وماذا يُفْعل به ؟ فيه طريقان :

أحدهما : أنه يصرف ملكًا خالصًا إلى مَنْ يقال : إنَّ الملك له .

فإن قلنا : للّه - تبارك وتعالى - ، فَيُشْتَرى به مثلُه ويُجْعَل وقفًا .

والثاني - وهو الأصح - [٧] : أنه يُشْتَرَى به [٨] مثلُه ، إن كان عبدًا فعبد ، أو شقص عبد إن لم يوجد عبد ؛ لأن علقة الوقف آكدُ من الرهن الذي لا يتعدى إلى الولد قطعًا / ، فَبِأَنْ يسري إلى البدل ولا يفوت بفوات العين أولى . ١٢٤/أ

وإن كانت الجناية على الطرف فيشتري به أيضًا شقص عبد . وها هنا يحتمل أن يسلك به مسلك الفوائد ، فيصرف إلى الموقوف عليه ملكًا ، وهذا [٩] ذكره صاحبُ التقريب .

---

(١) في (أ) : « وإن » .

(٢) في (ب) : « وأما » .

(٣) انظر : مشكل الوسيط لابن الصلاح : (٢ / ٦٠ / ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (إلا على من يريد الانتفاع) استثناء من غير الحبس فإنه لا يجب عند إرادته قطعًا » . المشكل (٢ / ٦٠ / ب) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (ب) : « إن أتلفه » .

(٧) في (أ) : « الصحيح » .

(٨) قوله : « به » ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « وهكذا » .

الحالة الثانية : أن لا يكون مضمونًا .

فإن لم يَبْقَ منه بقيةٌ ، كالعبد إذا مات فقد فات الوقف .

وإن [1] بقى مُتَمَوَّلة ، كالشجرة إذا جَفَّت وبقي الحطب ، ففي انقطاع الوقف وجهان :

أحدهما : أنه ينقطع ، كالعبد إذا مات ، والحطبُ [و] [2] إن كان يتمول فالوقتُ معلقق [3] باسم الشجرة ، فعلى هذا ينقلب الحطب ملكًا إلى الواقف .

والثاني : أنه يبقى أثر الوقف [4] ، فإن إبقاءه ممكن ، ثم فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يشتري بثمنه شجرة أو شقص شجرة ويجعل وقفًا .

والثاني : أنه يستوفي منفعته بإجارته جذعًا .

والثالث : أنه يَستوفي الموقوفُ عليه عينَه ، فيصير ملكًا له .

الحالة الثالثة : حصير [5] المسجد إذا بَلِيَ [6] وجذعه إذا انكسر ، أو انفصلتْ نحاتةٌ منه في [7] النخر ، فيه وجهان :

أحدهما - [وهو الأصح] [8] - : أنه يباع ويُصْرف إلى مصالح المسجد ؛ كيلا يضيق المكان أولا يتعطل .

والثاني : أنه يبقى كذلك ، فإنه وقف لا [9] يمكن بيعه ، وليس يمكن استيفاءُ عينِه فَيُترك أبدًا .

---

(١) في (أ) : « فإن » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) : « مُتعلِّق » .
(٤) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٣٥٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٩١ ، ٣٩٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٩٤) .
(٥) في (أ) : « حُصُر » .
(٦) في (أ) : « بليَت » .
(٧) في (أ) : « من » .
(٨) زيادة من (ب) .
(٩) في (أ) : « ولا » .

أما إذا أشرف جذعُه على الانكسار ، وداره على الانهدام ، وعلم أنه لو [(١)] أفرج [(٢)] لخرج عن أن يكون منتفعًا به وبطلت ماليته أيضًا ، ففي جواز بيعه وجهان مشهوران :

أحدهما : يميل إلى الاحتياط ، والآخرُ : إلى المصلحة [(٣)] .

فإن قلنا : إنه يباع ، فالأصح أنه يُصْرف الثمن إلى جهة الوقف ، ويحصل [(٤)] مثل ما بيع .

الحالة الرابعة :أن يتفرق الناسُ عن البلدة ، وتخرب البلدة [(٥)] ، ويتعطل المسجد أو يخرب المسجد . فها هنا لا يعود المسجد ملكًا ، ولا يباع ، ولا يُتَصَرف في عمارته ؛ لأن عود الناس متوقع ، بخلاف الموت والجفاف .

وكذلك إذا وقف شيئًا على بعض الثغور كطرسوس ، فبطل واتسعت خطة الإسلام حواليها [(٦)] .

قال الأصحاب : يحفظ ارتفاع الوقف ؛ فإنه يُتوقع [(٧)] أن يعود ثغرًا كما كان (٨فلم يحصل على اليأس ٨) .

المسألة [(٩)] **السادسة** : الجارية الموقوفة إذا وُطِئت بالشبهة : إن كان الواطيء أجنبيًّا وأَحْبَلَ ، لزمه المهرُ للموقوف عليه ، وتلزمه [(١٠)] قيمةُ الولد ؛ لأنّ الولد حرّ ويُشْترى بقيمة الولد

---

(١) قوله : « لو » ليس في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « أجرّ » ، والمثبت من (أ) .

(٣) أصحُ هذين الوجهين أنه يجوز بيعُه . انظر : الروضة : (٥ / ٣٥٧) .

(٤) في (أ) : « ويجعل » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « البلد » ، والمثبت من (أ) .

(٦) انظر : مشكل الوسيط لابن الصلاح : (ج٢ / ق٦٠ ب) .

(٧) في (ب) : « مُتَوَقع » .

(٨) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٩) كلمة : « المسألة » ليست في (أ) .

(١٠) في (أ) : « لزمه » ، وفي (ب) : « يلزمه » .

مثلُه ، وإن قلنا : يَسْرى الوقف إلى الولد ، وإلا فيصرف إلى الموقوف عليه ملكًا كالمهر .

وإن كان الواقف هو الواطئ : فهذا حكمه ، ويزيد (١) (٢ أمرُ الاستيلاد ، ولا ينفذ ٢) إن قلنا : لا ملك له ؛ وإن قلنا : الملك له ، فوجهان :

ووجه المنع : تأكدُ حقِّ الموقوف عليه فيه (٣) . وإن كان الواطئ هو الموقوف عليه : فلا مهر ؛ إذ هو مصرفُه ، والولد حرّ ، ولا قيمة إن قلنا : إن مصرفه هو ، وإن قلنا : يشتري به مثله فيلزمه ، والاستيلادُ لا ينفذ إن قلنا : لا ملك له ، وإن قلنا : له الملك فينفذ على الأصح ؛ إذ اجتمع له ملكُ الرقبة والمنفعةُ ، بخلاف الواقف .

السابعة : إذا أجَّر الموقوفَ عليه الوقفَ فطلب بزيادة فلا فسخ له . وإن أجر المتولي ما هو للخيرات ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لا أثر له ؛ إذ صح العقد الموافق للغبطة أولًا ، فلا نظر إلى ما يطرأ ، وهو الأصح .

والثاني : أنه يفسخ (٤) ؛ لأنه يُخالف الغبطة في المستقبل .

الثالث : أنه (٥) إن زاد على السنة في العقد فله أن يمنع ما زاد على السنة .

الثامنة : أنه إن تعذر العثور على شرط الواقف يقسم على الأرباب بالسَّوية ، فإن لم يعرف الأرباب جعلناه كوقفٍ مطلقٍ لم يُذكر مَصْرِفُه ، فيصرف إلى تلك المصارف التي ذكرناها .

* * *

---

(١) في (ب) : « تزيد » .

(٢) في (أ) : « أمرًا وهو أن الاستيلاد لا ينفذ » .

(٣) قال في الروضة : « وإن جعلنا الملك له ، فلا حَدَّ . وفي نفوذ الاستيلاد إن أولدها الخلافُ في استيلادِ الراهن ، لتعلُّقِ حقِّ الموقوف عليه بها ، وهذا أولى بالمنع » . انظر : روضة الطالبين : (٥/ ٣٤٥) .

(٤) في (أ) : « ينفسخ » .

(٥) قوله : « أنه » ليس في (أ) .

كتاب الهبة

وفيه بابان

الباب الأول : في أركانها

وهي ثلاثة :

الأول : صيغة العقد :

فلابد من الإيجاب والقبول .

وعن ابن سريج : أنه يجوز تراخي القبول ، وهو بعيد .

والصحيح : [(١] أنه في الإبراء [١)] لا يَفْتقر إلى قبول مَنْ عليه إلا أن يكون بلفظ الهبة ، ففيه ترددٌ .

والفعلُ لا يقوم مقام اللفظ ، كالمعاطاة في البيع .

وذكر الفوراني أنه يُكتفى في الهدايا بالفعل ، فلا يُعْتبر اللفظ ، فإن [(٢)] العادة كانت مستمرةً في عصر [(٣)] رسول الله ﷺ [(٤)] .

وما ذكره محتمل في الأطعمة ، أما ما عداه فلا [(٥)] يمكن دعوى اطراد العادة فيه [(٦)] ، ويتصل بالصيغة حكم [(٧] الرُّقْبَى والعُمْرَى [٧)] .

---

(١) في (أ) : « أن الإبراء » .

(٢) في (أ) : « لأن » .

(٣) في (أ) : « عهد » .

(٤) قال في الروضة : « وأما الهدية ، ففيها وجهان :

أحدهما : يُشترط فيها الإيجابُ والقبولُ ، كالبيع والوصية ، وهذا ظاهر كلام الشيخ أبي حامد والمتلقِّين عنه .

والثاني : لا حاجة فيها إلى إيجاب وقبول باللفظ ، بل يكفي القبضُ ويَمْلك به ، وهذا هو الصحيح الذي عليه قرارُ المذهب ونقلَه الأثبات من متأخري الأصحاب ، وبه قطع المتولي والبغوي ، واعتمده الروياني وغيرهم » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٦٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٩٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٠٨) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « لا » ، والمثبت من (أ) .

(٦) وفي الروضة : أنه لا فرق في الهدية بين الأطعمة وغيرها . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٦٦) .

(٧) في (أ) : « العمرى والرقبى » .

أما العمرى ، فلها ثلاث صور :

الأولى (١) : أن يقول : أعمرتُكَ هذه الدارَ حياتَكَ - أي جعلتُها لك في عمرك - فإذا متَّ فهي لورثتك ، فهذا صحيح ؛ لأنه عَبَّر به عن مقتضى الهبة وإنْ طَوَّلَ فيه .

الثانية : أن يقول أعمرتك حياتَك ، أي : جعلتها لك في عمرك ، ولم يتعرض لما بعد موته ، فقولان :

القديم : بطلانه ، وهو الأقيس ؛ لأنه هبةٌ مؤقتة فيضاهي البيع المؤقت .

والجديد : أنه يصح ويبقى لورثته (٢) ؛ لقوله - عليه السلام - : « لا تُعْمِرُوا ولا تُرْقِبُوا ، ومَنْ أُعْمِرَ شيئًا أو أُرْقِبَ (٣) فسبيلُه الميراث » (٤) .

وفيه قول ثالث ضعيف : أنه يصح كما شرط .

الثالثة : أن يقول : فإذا متَّ عاد إليَّ ، (٥ ففيه قولان ٥) مرتبان :

أحدهما : البطلان وهو / القياس ؛ لتصريحه (٦) بما يناقضَ الموضوع ، فهو أولى بالبطلان من المطلق . ١٢٥/أ

ووجه الصحة : إلغاءُ شرطِه ، وتقريرُ الهبةِ على موضوعها .

ومن هذا استنبطَ بعضُ الأصحاب قولًا أن الهبة لا تفسد بالشرائط الفاسدة ؛

---

(١) في (أ) : « إحداها » ، وفي (ب) : « حديها » .

(٢) والقول الجديد هو الأظهر . انظر : الروضة : (٥ / ٣٧٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٩٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤١٠) .

(٣) في (أ) : « أرقبه » .

(٤) الحديث أخرجه أبو داود : (٣ / ٢٩٣) كتاب البيوع - باب من قال فيه : ولعقبه (٣٥٥٦) ، والنسائي : (٦ / ٢٧٣) (٣٤) كتاب العمرى (٢) باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمرى (٣٧٣١) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ١٧٥) كتاب الهبات - باب الرقبى ، ومعرفه السنن والآثار : (٩ / ٥٨) حديث رقم : (١٢٣٤٤) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٧١) حديث رقم : (١٣٢١) .

(٥) في (أ) : « فقولان » .

(٦) في (أ) : « للتصريح » .

بخلاف البيع ؛ لأن الشرط في البيع يطرق جهلًا إلى العوض إذ يصير المشروط مقصودًا مع العوض .

أما إذا أضاف إلى عُمُرِ غير المتهب أو إلى وقت معلوم ، فالظاهر فسادُه وإن فرعنا على الجديد .

وفيه وجه مخرج : أنه تُلْغى الإضافةُ وتصح [١] الهبة مطلقًا .

أما الرقبى :

هو أن يقول : أرقبتك داري ، أو داري لك رُقْبَى - أى هي لك - فإنْ متُّ قبلي عادت [٢] إليَّ ، وإن متُّ قبلك استقر ملكك [٣] .

فحكمه حكم الصورة الثالثة من العمرى ؛ لأنه مازاد إلا قوله : إنْ متُّ قبلك استقر ملكك ، وهذا يوافق موضوع العقد [٤] .

الركن الثاني : في الموهوب .

وكل ما [٥] جاز بيعه جاز هبته وإن كان شائعًا ، قَبِلَ القسمة أو لم يَقْبل .

وقال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : لا يصح هبةُ شائعٍ قابلٍ للقسمة [٦] .

---

(١) في (أ) : « يصح » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « دعا » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « ملك » ، والمثبت من (أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في الرقبى : (وهذا يوافق موضوع العقد) يعني : لا يتوهم أن الرقبى أولى بالإفساد ؛ لأن الذي زاد في الرقبى هذا ، وهذا لا يقتضي فسادًا ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٦٠ ب) .

(٥) في (أ) : « كلما » .

(٦) **مذهب الشافعية** : أنه تجوز هبةُ المشاع ، سواءٌ ما هو قابلٌ للقسمة أو غير قابل ، وسواء كانت الهبة للشريك أو لغيره .

ومذهب الحنفية : أنه تجوز هبةُ المشاع فيما لا يُقَسَّم ، أمَّا ما يُقَسَّم فلا تجوز هبتُه إلا أن يُقَسَّم ويُسَلَّم . =

وما لا يجوز بيعه من المجهول ، وما لا يُقْدر على تسليمه كالآبق ، لا تصح [1] هبته .

وفي هبه الكلب خلاف [2] ؛ من حيث إنه تصح [3] الوصية به ، وهو نقل اختصاص ، وإنما الخبيثُ ثمنُه ؛ بحكم الحديث [4] .

واختلفوا في أن هبة المرهون هل [5] تُفيد الملك عند فكّ الرهن ، أم [6] يفتقر إلى إعادته ، مع [أن] [7] القطع بأن تعليق الهبة لا يجوز ، وأن بيع المرهون باطل ؛ لأن الهبة لا تُوجب الملك بنفسها ، بخلاف البيع [8] ؟

واختلفوا في هبة الدين ، إن قلنا : يصح بيعُه من غير مَنْ عليه الدّينُ :

والأصح [9] المنع ؛ لأن القبضَ في الدين غير ممكن .

= انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٧٣) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣ / ٢٥٢) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣/ ٤٩ ، ٥٠) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٢٢) .

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « يصح » ، والمثبت من (أ) .

(٢) الأصح : بطلانُ هبة الكلب . انظر : الروضة : (٥ / ٣٧٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٠) .

(٣) في (ب) : « يصح » .

(٤) أخرج مسلم في صحيحيه أن النبي ﷺ قال : « ثمن الكلب خبيث ... » (٣ / ١١٩٩) (٢٢) كتاب المساقاة (٩) باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن (١٥٦٨) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٣) ، والترمذي : (٣ / ٥٧٤) (١٢) كتاب البيوع (٤٦) باب ما جاء في ثمن الكلب (١٢٧٥) . وانظر فتح الباري : (٤ / ٤٩٧ - ٤٩٩) .

(٥) قوله : « هل » ليس في (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « أو » ، والمثبت من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) والأصحُّ : بطلانُ هبه المرهون . انظر : الروضة : (٥ / ٣٧٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٠) .

(٩) في (أ) : « فالأصح » .

ومن صحح اكتفى بقبض الدين بتعيينه [1] .

وقيل : يطرد هذا الوجه [2] في رهن الدين وهو فيه أبعد ؛ إذ الوثيقة متعلقة بالقبض فيه ، فأمر القبض فيه آكدُ .

الركن الثالث : القبض .

والهبة لا تفيد [3] الملك عندنا إلا بعد القبض ، خلافًا لمالك - رحمة اللّه - [4] ، وذلك لأن [5] أبا بكر الصديق - رضي اللّه عنه - نَحَلَ عائشةَ - رضي اللّه عنها - جداد [6] عشرين وسقًا من التمر ، ثم مرض وقال [7] : وددت لو كنتِ [8] حُزْتِه ، والآن هو مال الوارث » [9] .

ومن أصحابنا من قال : إذا قبض تبيَّنَّا حصول الملك عند العقد .

وتسلم للمتهب الزوائد الحاصلة قبل القبض . وأخذ ذلك من نص الشافعي - رضي اللّه

---

(١) قال في الروضة : « إذا وهب الدَّين لمن هو عليه فهو إبراءٌ ، ولا يحتاج إلى القبول على المذهب . وقيل: يحتاج اعتبارًا باللفظ . وإن وَهَبَه لغير مَنْ هو عليه لم يصحَّ على المذهب . وقيل : في صحته وجهان ، كرهنِ الدَّيْنِ » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٧٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤١٣) .

(٢) في (أ) : « القول » .

(٣) في (ب) : « يُفيد » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه لا يحصل الملكُ في الموهوبِ والهديةِ إلا بقبضهما ، وهذا هو المشهور . وفي قول قديم : يملك بالعقد كالوقوف . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٧٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٢٤) . انظر الكافي : (٥٢٨) ، القوانين الفقهية : (٣٧٣) .

(٥) في (أ) : « أن » .

(٦) قوله : « جداد » ليس في (أ) .

(٧) في (أ) : « فقال » .

(٨) قوله : « كُنتِ » ليس في (أ) .

(٩) قوله : (أن أبا بكر الصديق - رضي اللّه عنه - نحل عائشةَ - رضي اللّه عنها - عشرين وسقًا من التمر ، لو حُزْتِه ، والآن هو مال الوارث) أخرجه مالك في الموطأ : (٢ / ٥٧٦) (٣٦) كتاب الأقضية (٣٣) باب ما لا يجوز من النحل (٤٠) ، والبيهقي في السنن الكبري : (٦ / ١٧٠) كتاب الهبات - باب يشرط القبض في الهبة ، ومعرفة السنن والآثار : (٩ / ٥٠) حديث رقم : (١٢٣١٦) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٧٢) حديث رقم : (١٣٢٨) ، نصب الراية : (٤ / ١٢٢) .

عنه - على أن مَنْ وُهِبَ عبدًا قبل هلال شوال ، وقبض [١] بعد الاستهلال ، فالفطرة على المتهب .

وقد قيل : إن هذا من الشافعي - رضي الله عنه - تفريع على مذهب مالك .

فرعان :

أحدهما : لو قبض المتهبُ دون إذن الواهب لم يجز يحصل الملك .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : يحصل [٢] .

الثاني : إذا مات الواهب قبل القبض ، فالأظهر أنْ الوارث يتخير في الإقباض ، كالبيع في زمان الخيار .

ومنهم من قال : ينفسخ العقد ؛ لأن هذا عقد جائز فينفسخ بالموت كالوكالة والجعالة ، وكأن هذا القائل يجعل القبض كجزء من السبب مثل القبول .

* * *

---

(١) في (أ) : « وقبل » .

(٢) **مذهب الشافعية :** أنّ القبض الذي يتم به الملكُ في الهبة هو القبض الواقع بإذن الواهب ، فلو قبض المتهبُ دون إذنِ الواهب لم يَمْلك ، ودخل في ضمانه ، سواء كان القبض في مجلس العقد أو بعده .

ومذهب الحنفية : أن المتهب إذا قبض في المجلس تملك . ولو بغير إذن الواهب ، وإن كان الموهوب في يد المتهب تملك بمجرد الهبة ، أما قبض المتهب بعد المجلس فيفتقر إلى إذن الواهب لتملكِه . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٧٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٠) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣ / ٢٥١) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣ / ٤٨) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٢١) .

الباب الثاني [١] : في حكم الهبة الصحيحة

وفيه فصلان :

الأول : في الرجوع .

والأصل [٢] أن الهبة مندوب [٣] [إليها] [٤] قال - عليه السلام - : « تهادوا تحابُّوا » [٥] وهو مع الأقارب أحبُّ [٦] ؛ لأن فيه صلةَ الرحم .

وإذا [٧] وَهَبَ مِنْ أولاده فلْيُسَوِّ بينهم ؛ لأنه [٨] قال - عليه السلام - [٨] لنعمان [٩] ابن بشير - وقد وَهَبَ بعضَ أولاده شيئًا - : « أَيَسُرُّكَ أن يكونوا إليك [١٠] في البر سواء؟ » فقال : نعم ، فقال : « فارجع » [١١] ....

---

(١) في (أ) : « الثالث » . (٢) في (أ) : « فالأصل » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « مندوبة » ، والمثبت من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) أخرج الترمذي في سننه عن النبي ﷺ قال : « تهادوا ؛ فإن الهدية تذهب وحر الصَّدر ... » (٤ / ٣٨٤) (٣٢) كتاب الولاء والهبة (٦) باب ما جاء في حَثِّ النبيّ ﷺ على التهادي (٢١٣٠) ، وأخرج مالك في الموطأ قولَه ﷺ : « وتهادوا تحابوا ... » (٢ / ٦٩٣) ، (٤٧) كتاب حسن الخلق (٤) باب ما جاء في المهاجرة (١٦) . وذكره الزيلعي في نصب الراية : (٤ / ١٢٠ ، ١٢١) من كتاب الهبة ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ١٦٩) كتاب الهبات - باب التحريض على الهبة والهدية صلة بين الناس ، وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٦٩ ، ٧٠) حديث رقم : (١٣١٥) .

(٦) في (أ) : « أفضل » . (٧) في (أ) : « فإذا » .

(٨) في (أ) : « عليه السلام قال » . (٩) في (أ) : « للنعمان » .

(١٠) في (أ) : « لك » .

(١١) الحديث أخرجه البخاري : (٥ / ٢٥٠) (٥١) كتاب الهبة (١٢) باب الهبة للولد (٢٥٨٦) ، ومسلم : (٣ / ١٢٤١ - ١٢٤٣) (٢٤) كتاب الهبات (٣) باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة (١٦٢٣) ، وأبو داود : (٣ / ٢٩٠) - باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل (٣٥٤٢) ، والترمذي : (٣ / ٦٤٩) (١٣) كتاب الأحكام (٣٠) باب ما جاء في النحل والتسوية بين الولد =

[وسوِّ بينهم] (١) (٢) .

وإن (٣) خَصَّصَ فالهبةُ تنعقد (٤) ولكنه يكون تاركًا للأحبِّ .

وهل يُسْتحب التسوية بين الابن والبنت ؟ فيه تردد (٥) (٦) .

وحكم الهبة إذا صَحَّتْ : إزالةُ الملكِ ولزومُه إلا فيما يَهَبُ لولده قال - عليه السلام - : « لا يحل لواهبٍ أنْ يرجع فيما وهب إلا الوالد فيما يَهَبُ لولده » (٧) .

= (١٣٦٧) ، والنسائي : (٦ / ٢٥٨) (٣١) كتاب النحل (١) باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان في النحل (٣٦٧٢ - ٣٦٧٥) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٩٥) (١٤) كتاب الهبات (١) باب الرجل ينحل ولده (٢٣٧٥ ، ٢٣٧٦) ، والبيهقي في معرفة السنة والآثار : (٩ / ٦١ - ٦٣) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قال ابن أبي الدم : « في باب الهبة قال فيه : (وإذا وهب من أولاده فليُسوِّ بينهم لأنه - عليه السلام - قال للنعمان بن بشير - وقد وهب بعضَ أولاده شيئًا - أيَسُرُّك أن يكونوا لك في البر سواء ..) الحديث .

هذا وهم قبيح وغلطٌ ظاهر ؛ لأنه متعلِّق بعلم الحديث والنقل ، وقد كانت بضاعتُه فيه مزجاةً ، فإن النبيّ ﷺ إنما قال لبشير والد النعمان وقد جاء للرسول ﷺ ومعه ابنه النعمان ، وهو غلامٌ صغيرٌ يومئذٍ ، فقال : يا رسول اللّه إني نحلتُ ابني هذا ... الحديث ، فقوله في « الوسيط » إنه - عليه السلام - قال للنعمان بن بشير وقد وهب بعضَ أولاده شيئًا ؛ غلطٌ ظاهرٌ متفق عليه من أهل العلم بالحديث والنقل » . إيضاح الأغاليط (١٨ / ب) .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « ينعقد » ، والمثبت من (أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (هل تستحب التسوية بين الابن والبنت فيه تردد) يعني وجهين : أحدهما : يُسوِّي بينهما في قدر ما يعطي وهو الصحيح . والثاني : يَجْعَلُ الابنَ مِثْلَيْ ما للبنت كما في الميراث » . المشكل (٢ / ٦٠ ب) .

(٦) والأصحّ أنْ يُسوِّي بين الذكر والأنثى . انظر : الروضة : (٥ / ٣٧٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤١٦) . والتعليق السابق لابن الصلاح .

(٧) الحديث أخرجه أبو داود : (٣ / ٢٨٩)كتاب البيوع - باب الرجوع في الهبة (٣٥٣٩) ، والترمذي : (٣ / ٥٩٣) (١٢) كتاب البيوع (٦٢) باب ما جاء في الرجوع في الهبة (١٢٩٩) ، والنسائي : (٦ / ٢٦٨) (٣٣) كتاب الرقبى (٤) باب ذكر الاختلاف على طاوس في الراجع في هبته =

وقال أبوحنيفة : يرجع كلُّ واهبٍ ، إلا الوالد [1] .

ثم النظر فيمن يرجع وما به الرجوع ، وما يرجع فيه .

أما الراجع : فهو [2] الأب ، وفي معناه الجدُّ في ظاهر المذهب .

وقيل : إنه يختص بالأب .

وقيل : يتعدى إلى الجد [3] من قبل الأب ، وولي [4] ، لأن هذا احتكام [5]

والظاهر أن الوالدة في معنى الوالد ، وفيه وجه بخلافه .

فروع :

أحدها : إن تصدق على ولده عند حاجته ، فالظاهر : أنه يرجع ، لأنه هبة . وفيه

= (٣٧٠٣) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٩٥ ، ٧٩٦) (١٤) كتاب الهبات (٢) باب من أعطي ولده ثم رجع فيه (٢٣٧٧ ، ٢٣٧٨) ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٩ / ٦٥ - ٦٧) حديث رقم : (١٢٣٦٩ ، ١٢٣٧٣) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٧٢) حديث رقم : (١٣٢٥ ، ١٣٢٦) .

(١) **مذهب الشافعية** : أن الهبة تلزم بنفس القبض ، ولا رجوعَ فيها إلا للوالد ، فإنه يجوز له أن يرجع فيما وهبه لولده .

ومذهب الحنفية : أنه يجوز الرجوعُ في الهبة للأجنبي ويُكره ، فإنْ عوضه أو زادت زيادة متصلة أو مات أحدُهما ، أو خرجتْ عن ملك الموهوب له فلا رجوعَ ، ولا رجوعَ فيما يهبه لذي رحم محرم منه أو زوجة أو زوج . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٧٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤١٦) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣ / ٢٥٥ ، ٢٥٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣ / ٥١ ، ٥٢) .

(٢) في (أ) : « هو » .   (٣) في (أ) : « جد » .

(٤) انظر : مشكل الوسيط لابن الصلاح : (٢ / ٦١ / أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله (لأن هذا احتكام) معناه : إثبات الرجوع إثباتُ سلطنة احتكام في المال فلا يكون لمن لا ولاية له . ووقع في بعض النسخ (إلا أن هذا احتكام) بمعنى : غير أن هذا الوجه تحكم وهذا غلط ، وكلام المؤلف هو الأول وليس هذا الوجه مما يقال فيه : إنه تحكم ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٦١ / أ) .

وجه : أنه لا يرجع ؛ لأنه فَقَدَ طَلَبَ الثوابِ ، (1) لا لإصلاح (1) حال الولد ، وقد حصل الثواب .

الثاني : صبي تداعاه رجلان ، وَوَهَبَه كلٌّ واحد منهما فلا رجوع لأحدهما ؛ إذ لم يَثْبت أُبُوَّتُه .

فإن (2) قامت له البنية ، ففي رجوعه خلافٌ ؛ لأنه لم يكن له حال العقد أُبوةٌ ظاهرة (3) .

الثالث : لو وَهَب مِنْ ولده فوَهَبَ هو مِنْ ولده - أو مات وانتقل إلى ولده - ، وقلنا للجد الرجوع ، ففي الرجوع ها هنا وجهان .

والظاهر : المنع ؛ لأن الرجوع للواهب ، وهو الآن ليس واهبًا .

أمّا ما به الرجوع : فهو كل لفظ صريح .

وفي (4) إقدامه على البيع والعتق ثلاثة أوجه :

الأصح : أنه ليس برجوع ، ولا ينفذ ، فإنه صادَفَ مِلْكَ غيره وهو لازم .

والثاني : أنه ينفذ ، ويكون رجوعًا ؛ لأنه قادر عليه ، وهو من ضرورته .

والثالث : أنه رجوعٌ لدلالته عليه ، ولا ينفذ ، لأنه لم يلاقِ الملك .

أما (5) الوطء : فالظاهر أنه لا يكون رجوعًا ، بل يجب عليه المهر ، وكذا القيمةُ إنْ أحبَلَها .

أمّا ما فيه الرجوع : فهو عَيْنُ الموهوبِ ما دام باقيًا في سلطنة الملك ، فإن تلف فلا رجوعَ بقيمه .

وإن (6) نقص ، فيرجع (7) إلى الناقص .

---

(1) في (أ) : « إصلاح » . (2) في (أ) : « فإذا » .

(3) الأصح : أن له الرجوع إذا قامت له البينة . انظر : الروضة : (٥ / ٣٧٩) .

(4) في (أ) : « أما في » . (5) في (أ) : « فأما » .

(6) في (أ) : « فإن » .

(7) في الأصل ونسخة (ب) : « فرجع » ، والمثبت من (أ) .

وإن زاد / زيادةً متصلة رَجع إليها زائدة ، وإن كانت منفصلة سُلِّمت الزيادةُ للمتهب . ١٢٥/ب

وإن خرج عن ملكه بموت أو تصرف ، انقطع الرجوع .

إن عاد إلى ملكه ففي عود الرجوع قولان ، بناء على أن الزائل العائد كالذي لم يَزُلْ أو كالذي لم يَعُدْ (١) ؟ ولا خلاف في أنه لو كان عصيرًا خمرًا ، ثم عاد خلًّا عاد الرجوع ؛ لأن العائد هو الملك الأول .

وكذلك إذا كان مرهونًا أو مكاتبًا فيمتنع (٢) الرجوع .

فإن انفك عاد الرجوع ، ولا يمتنع الرجوع بإجارة الموهوب . وفي امتناعه بإباقِه تردد .

وإن تعلّق حق غرماء المتهب بماله لإفلاسه ، ففي الرجوع وجهان :

أحدهما : لا ، كالمرهون (٣) .

والثاني : نعم (٤) ، ولذلك منع الرهن رجوع البائع ، بخلاف الإفلاس .

* * *

---

(١) قال في الروضة : « ولو زال ملكُ المتهب ثم عاد بإرثٍ أو شراءٍ ففي عود الرجوع وجهان . وقال الغزالي : قولان : أصحهما : المنع » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٨١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٣)، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٢١) .

(٢) في (أ) : « فيمنع » .

(٣) هذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (٥ / ٣٨١) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (فيما إذا أفلس فالثاني نعم .. إلى آخره) يعني : الرجوع لأنه حق سابق له بالهبة ، وما طرأ من حق الغرماء بالإفلاس لا يقاومه بخلاف الرهن فإنه أقوى ، ولذلك منع الرهن في العين المبيعة رجوع البائع فيها بخلاف الإفلاس فإنه لا يمنع رجوعَ البائع في المبيع بل يثبته ، وإن كان يوجب تعلقَ ديونِ سائر الغرماء بالمبيع لكن قدم حق البائع عليهم ولم يقدم على حق الرهن ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٦١ / أ) .

الفصل الثاني : في الهبة بشرط الثواب .

والهبة ثلاثة أقسام :

مقيد بشرط نفي الثواب ، فلا يقتضي ثوابًا .

ومطلق ، فإن كان من كبير مع صغير فلا يقتضي ثوابًا .

وإن كان من صغير مع كبير ، فقولان :

الجديد : أنه لا يلزم الثواب موضوع اللفظ التبرع [١] [٢] .

وفي القديم : يلزمه لقرينة العادة . وإن وهب من مثله ، فطريقان :

قطع العراقيون بنفي الثواب [٣] . وطرد المراوزة القولين .

التفريع :

إن قلنا : يقتضي الثواب ، ففيه أربعة أقوال :

أحدها : إن قدر الثواب قدر قيمة [٤] . والثاني : ما يتمول .
والثالث : ما يُعَدّ ثوابًا في العادة . والرابع : ما يَرْضَى به المواهبُ .

أما الهبة المقيدة بشرط الثواب : إن فرعنا على الجديد ، وكان الثواب مجهولًا فهو

---

(١) في (أ) : « للتبرع » .

(٢) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٥ / ٣٨٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٢٣) .

(٣) والمذهب : القطعُ بأنه لا ثوابَ . انظر الروضة : (٥ / ٣٨٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٢٣) .

(٤) ذكر في الروضة : أنهم أربعة أوجه . وقيل : أقوال . أصحها : الأول هذا . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٨٥)، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٢٣) .

باطل [1] ، وإن كان معلومًا فقولان :

أحدهما : أنه ينعقد بيعًا ، ولكنه [2] بلفظ الهبة [3] .

والثاني : أنه يفسد ، لأنه متناقض [4] .

وهو قريب من الخلاف في أنه لو قال : بعتُ بلا ثمن . هل ينعقد هبةً ؟ وإن فرعنا على القديم فالثواب المجهول كالمطلق .

وإذا [5] قلنا : ينعقد بيعًا ، فيثبت الشفعة وسائر أحكام البيع على الظاهر من المذهب .

التفريع :

إذا فرعنا على القديم في الهبة المطلقة ، فما رأيناه ثوابًا إذا لم يسلم جاز الرجوع عند بقاء العين ، وإن تلفت رجع بقيمتها ؛ لأنه مضمون بالعوض . وكذا إذا غاب طلب الأرش .

وفيه وجه : أنه لا يرجع بالقيمة ؛ لأن الرجوع يتعلق بالعين في الهبة ، وهذه ليست [6] هبة .

فروع :

أحدها : لو وجد بالثواب عيبًا ، وردّ ورجع إلى العين .

وإن كان تَالِفًا ، والثوابُ في الذمة ، فيطالب به .

وإن كان مُعينًا ، فهو بيع يرجع إلى قيمته .

---

(١) قال في الروضة : « الحالة الثانية : إذا كان الثواب مجهولًا ، فإن قلنا : الهبة لا تقتضي ثوابًا بطل العقد ؛ لتعذُّرِ تصحيحه بيعًا وهبةً ، وإن قلنا : تقتضيه صَحَّ ، وهو تصريحٌ بمقتضي العقد ، وهذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهورُ . وحكى الغزالي وجهًا : أنه يبطل بناءً على أن العِوض يُلْحِقُه بالبيع » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٨٧) .

(٢) في (أ) : « ولكن » .

(٣) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٥/ ٣٨٦) ، مغني المحتاج : (٢/ ٤٠٤) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٤٢٣) .

(٤) في (أ) : « يتناقض » .

(٥) في (أ) : « فإذا » .

(٦) قوله : « ليست » ليس في (أ) .

الثاني : لو وَهَبَ حليًا ، فأثابه في المجلس نَقْدًا من جنسه - زائدًا أو ناقصًا - فممنوعٌ ؛ لأنه ربا .

وفيه وجه : أنه يجوز لأنه لا مقابلةَ ، ولكنه إنشاءُ تبرع في مقابلة تبرع (١) .

الثالث : إذا قَدَّرْنا الثوابَ بالقيمه ، فَيُعْتبر يوم القبض (٢) .

وفيه وجه آخر (٣) : أنه يعتبر يوم بذل القيمة .

الرابع : إذا تنازعا ، فقال المالك : بعتُك ، وقال الآخذ : [بل] (٤) وهبتني . فقولان :

أحدهما : القولُ قولُ الآخذِ ؛ لأنه وافقه صاحبه على الملك ، ويدعي عليه عوضًا الأصلُ عدمُه .

والثاني : أنهما يتحالفان ؛ لتساويهما ؛ إذ هذا يعارضه أن الرجوع في وجه الزوال إلى المزيل .

وحُكي في طريقة العراق بدل (٥) هذا الوجه : أن القولَ قولُ الواهب ، فإنه المزيل .

* * *

(١) قال في الروضة : « ولو وهبه حُلِيًا بشرط الثواب ، أو مطلقًا وقلنا : الهبة تقتضي الثوابَ ، فنصَّ في « حرملة » أنه إن أثابه قبل التفرُّقِ بجنسه اعتبرت المماثلة . وإن أثابه بعد التفرق بعرض صَحَّ ، وبالنقد لا يصح ؛ لأنه صرف ، وهذا تفريع على أنه بيع ، وفي « التتمة » أنه لا بأس بشيء من ذلك ؛ لأنا لم نُلْحقه بالمعاوضات في اشتراط العلم بالعوض ، وكذا سائر الشروط ، وهذا تفريع على أنه هبة . وحكى الإمامُ الأولَ عن الأصحاب ، وأبدى الثاني احتمالًا » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٨٦) .

(٢) وهذا هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٣٨٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٤) .

(٣) كلمة : « آخر » ليست في (أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « ما يدل على » ، والمثبت من (أ) .

كِتَابُ اللُّقَطَةِ

وفيه بابان

الباب الأول : في أركانها

وهي ثلاثة :

الأول : الالتقاط [١] .

وهو عباره عن أَخْذِ مالٍ ضائعٍ لِيُعَرِّفَها [٢] الآخذُ سنةً ، ثم يتملكها [٣] بعد مُضِيِّ السنة ، ويَضْمنها لمالكها إن ظهر . وفيه أخبار .

وفيه مسألتان :

إحداهما : في وجوب الالتقاط .

نقل المزني أنه قال : لا أُحِبّ [٤] تركَه [٥] . وقال في الأم : لا يجوز تركه [٦] .

فمنهم مَنْ أطلق قولين ، ومنهم مَنْ نَزَّلَ على حالتين : فأوجب إن كان يضيع لو لم يأخذه [٧] ، ولم يوجب إذا كان لا يضيع .

والأصح : القطع بأنه لا يجب ، لأنه بين أن يكون كَسْبًا أو أمانة ، فلا معنى لوجوبه [٨] . وأراد الشافعي - رضي الله عنه - بقوله تأكيدَ الندب .

---

(١) في (أ) : « الألفاظ » .

(٢) في (أ) : « لمعرفة » .

(٣) في (أ) : « يتملكه » .

(٤) في (أ) : « الأصب » .

(٥) انظر مختصر المزني : (٣ / ١٢٥) .

(٦) انظر الأم : (٣ / ٢٨٧) .

(٧) في (أ) : « يأخذ » .

(٨) قال في الروضة : « المسألة الأولى : في وجوب الالتقاط أربعة طرق :

أصحها وقولُ الأكثرين : أنه على قولين : أظهرهما : لا يجب كالاستيداع : يجب .

والطريق الثاني : إن كانت في موضع يَغْلب على الظن ضياعُها ، بأن تكون في مَمَرّ الفُساق والخَوَنَة وجب الالتقاط ، وإلا فلا .

والثالث : إن كان لا يثق بنفسه لم يجب قطعًا . وإن غلب على ظنّه أمانةُ نفسِهِ ففيه القولان . =

نعم ، يُستحب [١] إن كان [١] يثق بأمانة [٢] نفسه ، وإن خاف على نفسه ففي جواز الأخذ وجهان [٣] يجري مثلُه فيمن يتولّى القضاءَ وهو يخاف الخيانة .

ووجه الجواز : أنه لم يعرف الخيانة فتَأْمُرْه بالاحتراز .

الثانية : في وجوب الإشهاد على اللقطة وجهان [٤] ؛ لقوله ﷺ : « مَن التقط لقطةً فَلْيُشْهِدْ عليها » [٥] ، فاحتمل [٦] أن يكون إيجابًا ، أو استحبابًا وإرشادًا ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾ [٧] .

فإذا أشهد ، فَلْيُعَرِّفِ الشاهدَ بعضَ الأوصاف ؛ ليكون فيه فائدة . ولا ينبغي أن يستوعب فإنه[٨] ربما يُشِيع ، فيعتمده [٩] المدعي الكاذبُ ويتوسل به .

= والرابع : لا يجب مطلقًا » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٩١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٦ ، ٤٠٧) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٢٧ ، ٤٢٨) .

(١) في (أ) : « أن يكون »

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « بأمانته » ، والمثبت من (أ) .

(٣) قال في الروضة : « وإن لم يثق وليس هو في الحال من الفسقة لم يُستحب له الالتقاطُ قطعًا . قاله الإمام . وحكي عن شيخه في الجواز وجهين . أصحهما : ثبوته » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٩١) .

(٤) أصح هذين الوجهين : أن الإشهاد لا يجب ، ولكن يُستحب . انظر الروضة : (٥ / ٣٩١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٧) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٢٨) .

(٥) الحديث أخرجه أبو داود : (٢ / ١٤٠) كتاب اللقطة (١٧٠٩) ، وابن ماجه : (٢ / ٨٣٧) (١٨) كتاب اللقطة (٢٥٠٥) ، وأحمد في مسنده : (٤ / ٢٦٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ١٨٧) كتاب اللقطة – باب اللقطة يأكلها الغني والفقير إذا لم تعرف بعد تعريف سنة . ورواه أيضًا في معرفة السنن والآثار : (٩ / ٨١) حديث رقم : (١٢٤٢٣) ، وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٧٤) حديث رقم : (١٣٣٢) .

(٦) في (أ) : « ويحتمل » .

(٧) سورة البقرة : آية (٢٨١) .

(٨) في (أ) : « لأنه » .

(٩) في الأصل ونسخة (أ) : « في إثبات » .

الركن الثاني : في الملتقط .

وأهلية الالتقاط لمن له أهلية الأمانة والكسب والولاية ، فإن هذه المشابه [1] ظاهرة في اللقطة ، فإنها أمانة في الحال ، وولاية بإثبات [2] اليد ، وكَسْبٌ بالإضافة إلى ثاني الحال ، فيثبت جواز الالتقاط لكل مسلم حر مكلف عدل .

والنظر في : الكافر ، والرقيق ، والصبي ، والفاسق .

أما الكافر : فهو من أهل الالتقاط ، قطع به المراوزة .

وذكر العراقيون وجهين ، وكأنهم [3] رأوا ذلك تسلطًا في دار الإسلام ، كالإحياء ، إذ [4] لم يَرَوْه من أهل الأمانة [5] / . ١٢٦/أ

أما الفاسق : فلا يجوز له أَخْذُه [6] ، فإن أخذه [7] فهل يصح التقاطه لإفادة الإحكام ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا ؛ لأنه أمانة في الحال ، وفيه شبهة [8] الولاية ، والفاسق لا يُليه الشرع الأمانات [9] .

والثاني : نعم ؛ لأن مآلَه التملكُ - وهو مقصودُه [10] - والفاسق [من] [11] أهل الاكتساب .

---

(١) في (أ) : « المشابهة » . (٢) في (أ) : « في إثبات » .

(٣) في (أ) : « فكأنهم » . (٤) في (أ) : « أو » .

(٥) قال في الروضة : « يُمكَّن الذِمِّيُّ من الالتقاط في دار الإسلام على الأصح ، وقيل : قطعًا » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٩٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٧) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٢٩) .

(٦) قال في الروضة : « أما الفاسق ، فقطع الجمهور أنه يُكْرَه له الالتقاطُ ، وأما قول الغزالي : إنْ عَلِمَ الخيانةَ حَرُمَ الالتقاطُ ، وقوله في « الوسيط » : الفاسق لا يجوز له الأخذ ، فمُخالف لما أطلقه الجمهور من الكراهة » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٩١) .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « أخذ » ، والمثبت من (أ) . (٨) في (أ) : « شبه » .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « أخذ » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) في (أ) : « مقصود » . (١١) زيادة من (أ) .

التفريع : إن قلنا إنه ليس أهلًا ، فلو التقطه فهو غاصب ، ولو عُرِّف لم يمتلك ، ولو تلف في يده ضمن .

وفي انتزاع القاضي من يده وجهان ، كما في انتزاعه من يد الغاصب .

ووجه المنع : أنه مضمون في يده ، ويكون في يد القاضي أمانة .

ثم في براءته عن الضمان عند الانتزاع وجهان (١) .

وفي جواز الانتزاع لآحاد الناس احتسابًا ، وفي براءة الغاصب به (٢) وجهان مرتبان ؛ وأولى بالمنع ؛ لأن النظر للغائب يليق للقضاة .

وإن فرعنا على أنه أهلُه ، فهو كالعدل ، حتى يملك بعد المدة ، ويتلف أمانة في يده .

ولكن القاضي ينزع من يده ؛ أو ينصِّب عليه رقيبًا ؟ فيه وجهان ؛ لأن النظر للمالك في أن لا يهمل إلا بانتزاع أو مراقبة (٣) .

أما الرقيق : ففيه (٤) أيضًا قولان (٥) ؛ لأنه أهل الكسب لا من أهل الأمانة والولاية .

فإن قلنا : ليس من أهله ، فهي في يده مضمونةٌ إن تلف تعلقت (٦) القيمة برقبته ،

---

(١) الأقْيَس من هذين الوجهين : البراءة عن الضمان ؛ لأنّ يد القاضي نائبة عن يد المالك . انظر الروضة : (٥ / ٣٩٣) .

(٢) قوله : « به » ليس في (أ) .

(٣) قال في الروضة : « فعلى المذهب ، هل يُصَرُّ المالُ في يده ؟ قولان :

أظهرهما : لا ، بل يُنتزع منه ويوضع عند عدل .

والثاني : نعم ، ويُضمُّ إليه عَدْلٌ يُشْرِف عليه . وعن ابن القطان وجه : أنه لا يُضَمُّ إليه أحدٌ » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٩٣) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « وفيه » ، والمثبت من (أ) .

(٥) أظهر هذين القولين : أنه لا يصح التقاط الرقيق . انظر الروضة : (٥ / ٣٩٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٣٠) .

(٦) في (أ) : « تعلق » .

وإن (١) فضلت قيمته فلا يطالب السيد به إن لم يعلم . وإن علم ولم ينزع (٢) من يده ؟

نقل المزني : أنه يطالب ، وكأن يَدَه يَدُ السيِد بعد علمه . ونقل الربيع : أنه لا يطالب وهو الأصح ، كما لو أذن له في الإتلاف ، وكما لو لم يعلم (٣) .

[و] (٤) أما الانتزاع من يده ، فللسيد أن يُطالب القاضي بإزالة يده ؛ ليخرج عن ضمان عبده ، فجواز الانتزاع (٥) والبراءة من الضمان هاهنا مرتب على الفاسق ، وأولى بالجواز لغرض السيد .

أما السيد لو أراد أن يأخذه على قصد الالتقاط ، أو الأجنبي أراد ذلك ، قال العراقيون : هو جائز ، وكأنه يُعَدُّ في مضيعة ؛ إذ (٦ هو ليس ٦) أهلًا ، فكأنه لم يلتقط بَعْدُ .

وفيه نظر ؛ لأنه وَقَع في محل (٧ مضمون ، والالتقاطُ هو الأَخْذُ من محل مضيع ، ولكنه ينقدح خلافٌ في أنه هل تحصل ٧) البراءة بانتزاعه كما في الأجنبى ؟ وها هنا أولى بالمنع ؛ لأنه ليس يتمحض حَسْبُه ؛ إذ له فيه غرض .

---

(١) في (أ) : « فإن » . (٢) في (أ) : « ينتزع » .

(٣) علّق النووي على الإمام والغزاليِّ لأنهما نسبا قولَ المزني إلى الربيع ، وقول الربيع إلى المزني ، فقال في الروضة : « الحال الثالث : أن لا يأخذه ، ولا يُقره ، بل يهمله ويعرض عنه .

فنقل المزني : أنّ الضمانَ يتعلّق برقبته العبد كما كان ، ولا يُطَالب به السيد في سائر أمواله ، لأنه لا تعدِّيَ منه ولا أَثَرَ لعِلمه ، كما لو رأى عبده يُتْلِفُ مالًا فلم يمنعه ، ونقل الربيع تعلقه بالعبد ويجمع أموال السيد وعكس الإمامُ والغزاليُّ ، فَنَسَبَا الأولَ إلى الربيع ، والثاني إلى المزني . والصوابُ المعتمدُ ما سبق » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٩٥) ، وانظر نقل الربيع في الأم : (٣ / ٢٨٩) .

قلت : وأظهر القولين : تعلُّقُ الضمانِ بالعبد وسائر أموال السيد . انظر الروضة : (٥ / ٣٩٥) .

(٤) زيادة من (أ) . (٥) في (أ) : « الإنزاع » .

(٦) في (أ) : « ليس هو » .

(٧) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

فرع : لو عتق [العبد] [١] بعد الالتقاط ، فقد تردد الشيخ أبو محمد في أن طرآن الحرية على دوام اللقطة هل يصح اللقطة حتى يفيد حكمها ؟ وهو محتمل .

أما إذا قلنا : هو [٢] أهل الالتقاط ، فإن عَرَّفَ وتملك بإذن السيد صحّ وحصل[٣] الملكُ للسيد ، وإن استقل به [٤] ففيه وجهان [٤] [٥] كما في شرائه ؛ لأنه تملك بعوض ، وأولى بالفساد ؛ لأن البائع راضٍ بذمته فلا يطالب السيد ، وها هنا الملتقط يتبع مَنْ له الملك ، فيعرضه للمطالبة .

فأما الضمان : فإن تلف قبل مضي المدة فأمانةٌ ، وإن تلف بعد مضيّ [٦] المدة والتملك ، فمضمونٌ على السيد إن أذن في التملك ، وكذلك إذا [٧] أذن في قصد التملك ، وبعد لم يجز التملك ؛ لأنه مأخوذ على جهة التملك [٨] ويتعلق بذمة العبد أيضًا ، لكونه في يده .

وفيه وجه : أنه لا يتعلق بالسيد ، كما لو أذن في الغصب ، وهو ضعيف ، بل تشبيهُه بالإذن في الشراء أولى .

وإن لم يكن أَذِنَ السيدُ فيه فيتعلق بذمة العبد ولا يتعلق برقبته ؛ لأنه لا جناية منه ، وهو أمانة ، وقد تلف بآفة سماوية .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « إنه » .

(٣) في (أ) : « وجعل » .

(٤) في (أ) : « فوجهان » .

(٥) المذهب : أنه لا يجوز تملكُه بغير إذن السيد ، وقيل : وجهان . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٩٥) .

(٦) قوله : « مُضي » ليس في (أ) .

(٧) في (أ) : « إن » .

(٨) في (أ) : « التملك » .

وفيه وجه : أنه يتعلق برقبته ، (١ لأنه وجب بغير رضا مستحقه .

أما إذا أتلفه العبد بعد المدة ، فالظاهر أنه يتعلق برقبته ١) ، وذكر صاحب التقريب وجهًا : أنه يتعلق بذمته ، كما لو (٢) أتلف المبيع ، كأن (٣) ذلك تسليط من المالك ، وهذا تسليط (٤) على المالك (٥) من الشرع .

فرعان :

أحدهما : المكاتب ، نَصَّ أنه كالحرّ (٦) . فمنهم مَنْ قطع به لأنه أهل الاستقلال ، ومنهم من طرد القولين (٧) . فإن قلنا : إنه أهلُه ، فإنْ عَرَّف مَلَك بِنفسِه (٨) . وإن قلنا : ليس أهلًا فالسلطانُ ينتزعه (٩) من يده ، وليس للسيد ولايةُ الانتزاع إلا كما للآحاد ؛ لأنه لا يَدَ له على كسبه .

الثاني : مَنْ نصفُه حُرٌّ ونصفُه رقيقٌ نصّ أنه كالحرّ (١٠) ، ومنهم من طرد القولين(١١) فإن قلنا : إنه أهل (١٢) كالحر ، ولم يكن مهايأة ، فهو مشترك بينهما كسائر

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٢) قوله : « لو » ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) في (أ) : « تسلطًا » .

(٥) في (أ) : « المالك » .

(٦) انظر : الأم : (٣ / ٢٨٩) ، مختصر المزني : (٣ / ١٢٨) .

(٧) وهذا الطريق هو الأصح عند الجمهور ، ثم الأظهر باتفاق الأصحاب : صحة التقاط المكاتب . انظر الروضة : (٥ / ٣٩٧ ، ٣٩٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٨ ، ٤٠٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٣١) .

(٨) في (أ) : « لنفسه » .

(٩) في (أ) : « ينزعه » .

(١٠) انظر : الأم : (٣ / ٢٨٩ ، ٢٩٠) ، مختصر المزني : (٣ / ١٢٨) .

(١١) المذهب المنصوص : صحةُ التقاطِ مَنْ نصفه حُرٌّ ونصفهُ رقيقٌ . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٩٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٣١) .

(١٢) في (أ) : « أهله » .

أكسابه ، وكما لو اشترك رجلان في اللقطة.

وإن كان بينهما مهايأة ، وقلنا : إن الكسب النادر لا يدخل في المهايأة فمشترك .

وإن قلنا : يدخل ، فهو لمن وقع في نوبته ، ويرعى قيمة [١] فيه يوم الالتقاط أو مضي مدة التعريف ؟ فيه احتمال [٢] .

أما الصبي : ففي التقاطه قولان كما في العبد [٣] .

وقطع العراقيون بأنه أهل الالتقاط ، وطردوا ذلك في المجنون وكلِّ محجورٍ عليه لأنه أهل الاكتساب [٤] .

فإن قلنا : إنه أهله ، انتزعه [٥] الولي [٦] من يده ، ثم يتملك له بعد مضي المدة .

وإن قلنا : ليس أهلًا ، فهو في يده بغير حقٍّ ، فلينتزع من يده .

فإن أتلفه الصبيُّ ضمنَه ، وإن [٧] تلف بآفةٍ سماوية [٨ فيلزمه الضمان أيضًا .

وإن قلنا : إنه أهله ، وتلف [٩] بآفة سماوية في يده ١٠] فوجهان ، لأنه ليس أهلًا للأمانة [١١] .

---

(١) قوله : « قيمة » ليس في (أ) .

(٢) الصحيح المعروف : أن الاعتبار بوقت الالتقاط . انظر الروضة : (٥ / ٣٩٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٩) .

(٣) قال في الروضة : « التقاط الصبي فيه طريقان كالفاسق . والمذهبُ صحتُه كاحتطابه واصطياده » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٤٠٠) .

(٤) في (أ) : « للاكتساب » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « انتزاع » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « الولد » .

(٧) في (أ) : « فإن » .

(٨) - (١٠) ما بين القوسين : ليس في (ب) .

(٩) في (أ) : « فتلف » .

(١١) أصحُّ هذين الوجهين : أنه لا ضمانَ عليه . انظر الروضة : (٥ / ٤٠٠) .

ولو أُودع (1) عند الصبيِّ شيء فَتلف لم يضمن .

وإن أتلف فوجهان بالعكس من اللقطة ؛ لأنه تسليط من المالك . ثم لو علم الولي بذلك ولم ينتزع من يده حتى تلف ضمن الولي بتقصيره ، فإنه ملتزم حفظه عن مثل ذلك .

الركن الثالث : فيما يُلْتَقط .

وهو كلُّ مالٍ مُعَرَّضٍ / للضياع وُجِدَ في عامرٍ من الأرض أو غامرها (2) ، فإن كان ١٢٦/ب
حيوانًا ، نُظِرَ : فما يَمْتنع عن صغار السباع كالإبل – وفي معناه البقر والحمار – لا يجوز التقاطهُ ، وما لا يمتنع كالشاة والفصيل والجحش جاز التقاطه ؛ لِما رُوي أنه ﷺ سُئل عن اللقطة ، فقال : « أعرف غفاصها ووكاءَها ، وعَرِّفْهَا سنةً ، فإن جاء صاحبُها ، وإلا فهي لك » . فسئل (3) عن ضالة الشاة ، فقال : « هي لك أو لأخيك أو للذئب » . فسئل عن الإبل ، فغضب حتى احمرَّتْ وجنتاه وقال : « مالك ولها ، معها سقاؤها وحذاؤها ، تَرِدُ الماءَ ، وتأكل الشجر ، ذَرْهَا (4) حتى يلقاها ربُّها » (5) . هذا إن وجد في الصحراء (6) . فإن وجد الحيوان في العمران ، فثلاثة أوجه :

أحدها : أنه كالصحاري ؛ لعمومِ الخبر ، فيفرق بين الصغير والكبير .

---

(1) في الأصل ونسخة (ب) : « أدع » ، والمثبت من (أ) .

(2) في الأصل ونسخة (ب) : « غامر » ، والمثبت من (أ) .

(3) في (أ) : « وسُئل » . (4) في (أ) : « دعه » .

(5) الحديث أخرجه البخاري : (٥ / ٩٦) (٤٥) كتاب اللقطة (٢) باب ضالة الإبل (٢٤٢٧) ، ومسلم : (٣ / ١٣٤٦ – ١٣٤٨) (٣١) كتاب اللقطة الباب الأول (١٧٢٢) ، وأبو داود : (٢ / ١٣٨) (١٣) كتاب الأحكام (٣٥) باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم (١٣٧٢) ، وابن ماجه : (٢ / ٨٣٦) (١٨) كتاب اللقطة (١) باب ضالة الإبل والبقر والغنم (٢٥٠٤) ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٩ / ٧٥ ، ٧٦) حديث رقم : (١٢٣٩٩) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٧٣) حديث رقم : (١٣٣١) .

(6) في (أ) : « الصحاري » .

والثاني : [أنه](١) يلتقط الكل ؛ إذ تتناولُها(٢) أيدي الناس ، بخلاف ما في الصحراء(٣) .

والثالث : أنه لا يلتقط لا الصغير ولا الكبير ، فإنه لا يخاف الصغير ها هنا من السباع ، بخلاف الصحراء .

فإذا قلنا : لا يلتقط البعير - فإذا أخذه (٤) ثم تركه على مكانه لم يخرج من ضمانه .

فرعان :

أحدهما : استثنى صاحبُ التلخيص البعير الذي وُجِدَ (٥) في أيام مِنى ، وقد قُلِّد الهَدْى ، وقال : جاز (٦) أَخْذُه وذَبْحُه ؛ اعتمادًا على العلامة .

ومن أصحابنا مَنْ خَرَّجَ ذلك على أن البعير إذا وُجِدَ مذبوحًا وقد غُمِس منسمُه في دمه هل يجوز أن يؤكل اعتمادًا على هذه العلامة ؟ وها هنا أولى بالمنع ، إذ لا يَبْعُدُ شرودُ البعير من صاحبه ، فلا يرضى صاحبُه بنحرِ غيرِه .

الثاني : إذا وجد كلبًا التقطه ، واختص بالانتفاع به بعد التعريف ، فإن الانتفاع به كالملك (٧) في غيره .

وفيه احتمال من حيث إنه اختصاصٌ بغير ضمان فيكاد يخالف موضوعَ اللقطة .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) ، (ب) : « يتناولها » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٤٠٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٠) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٤٣٤) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « أخذ » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « يوجد » .

(٦) في (أ) : « تجوز » .

(٧) في (أ) : « كالانتفاع » .

الباب الثاني : في أحكام اللقطة

وهي أربعة :

الأول : الضمان :

وذلك يختلف بقصدِه ، فإن التقط على قَصْدِ أن يحفظه [١] لمالكه أبدًا فهو [٢] أمانةٌ في يده أبدًا ، وإن قصد أن يختزل في الحال فهو مضمونٌ عليه أبدًا .

وإن قصد أن يتملكها بعد السنة فهو في السنة أمانةٌ ، لو تلف لا ضمانَ ، فإذا مضت السنة فهو مضمون [عليه] [٣] وإن لم يتملك ؛ لأنه صار ممسكًا لنفسه بالقصد السَّابق ، فهو كالمأخوذ على جهة السَّوم .

وإن لم يقصد شيئًا من ذلك وأَطْلق الأخْذَ ، فإن غلب مشابهُ الأمانةِ فلا ضمانَ ، وإن غلبنا [٤] مشابه الكسب ضمناه .

فرع :

إذا قصد الأمانة أولًا ، ثم تعدَّى بالفعل فيه ضمن .

وهل يضمن بمجرد قصد الخيانة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا كالمودَع لا يضمن بمجرد القصد [٥] .

والثاني : يضمن ؛ لأن المودع مُسَلَّط عليه من جهة المالك .

والأصلُ : أن إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه مُضَمَّنٌ إلا عند قصد الأمانة .

---

(١) في (أ) : « يحفظ » .

(٢) في (أ) : « فهي » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « غلب » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٤٠٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٣٨) .

ولهذا قطعنا بأن الملتقط على قصد الخيانة في الابتداء يَضْمن ، وفي المودع إذا قصد الخيانة عند الأخذ وجهان [١] .

ثم مهما صار ضامنًا ، فلو أنفق [٢] التعريف لم يكن له التملك [٣] ، فإنه جُوّز ذلك عند وجود الأمانة . وفيه وجه آخر : أنه يتملك ؛ إذ العدوان لم يكن في عَيْنِ السبب وإنما كان في قصده ولم يتصل به تحقيقٌ .

الحكم الثاني : التعريف .

وفيه طرفان :

الأول : فيما يُعَرَّف : ويجب ذلك [٤] سنةً في كل مُلْتَقَطٍ ، إلا ما قَلَّ ، أو تسارعَ الفسادُ إليه .

أما القليل : فما لا يُتَمَوَّل ، كالزبيبة الواحدة لا تُعرَّف [٥] أصلًا ، وما يتمول يُعَرَّف ، ولكن لا يجب تعريفُه سنةً .

والأصح : أنه لا حدَّ له بتقدير ، بل ما يعرف أنه يَفْتُرُ صاحبهُ عن [٦] طلبه على القرب .

ومنهم من قدَّر بنصاب السرقة ؛ لأن ما دونه تافِه شرعًا .

ومنهم من قال : الدينار فما دونه قليل ؛ لما روي أن عليًا - رضي اللّه عنه - وَجَدَ

---

(١) قال في الروضة : « ولو أخذ الدراهم ليصرفها إلى حاجته ، أو الثوبَ لِيَلْبَسَه ، أو أخرج الدابةَ ليركبها ، ثم لم يَسْتعمل ضَمِنَ ؛ لأن الإخراجَ على هذا القصدِ خيانةٌ . ولو نوى الأَخْذَ لنفسه فلم يأخذ لم يضمن على الصحيح . وقول الأكثرين ، وضمَّنه ابن سريج . انظر روضة الطالبين : (٦ / ٣٣٤) .

(٢) في (ب) : « اتفق » .

(٣) في (أ) : « التمليك » .

(٤) قوله : « ذلك » ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « تُعرَّف » .

(٦) في (أ) : « في » .

دينارًا فذكره لرسول اللّه ﷺ فأمره باستنفاقه (١) .

ثم ما رأيناه قليلًا ، ففي قَدْر التعريف ثلاثة أوجه :

أحدها : مره واحدة ؛ إذ لا ضَبْطَ للزيادة ، ويدل عليه أَثَرُ عليّ - رضي اللّه عنه - ، فإنّ إظهاره (٢ لرسول اللّه ٢) ﷺ كان كافيًا .

والثاني : أنه القدر الذي يوازي طلب (٣) المالك ومداومته عليه (٤) .

الثالث : أنه يُقَدَّر بثلاثة أيام حذرًا من الجهالة .

أما ما يتسارع إليه الفساد - كالطعام وأمثاله - فإن وجده في الصحراء جاز له أن يتملكه أو يأكله قبل التعريف ؛ لقوله - عليه السلام - : « من التقط طعامًا فَلْيأكله » (٥) .

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود : (٢ / ١٤١) كتاب اللقطة (١٧١٤ ، ١٧١٥ ،) ، والشافعي في الأم : (٣ / ٢٨٩) كتاب اللقطة - باب اللقطة الكبيرة عن عطاء بن يسار عن على بن أبي طالب - رضي اللّه عنه - أنه وجد دينارًا على عهد رسول اللّه ﷺ فذكره للنبي ﷺ فأمره أن يعترف فأمره أن يأكله ثم جاء صاحبه فأمره أن يغرمه ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ١٨٧) كتاب اللقطة - باب اللقطة يأكلها الغني والفقير ... ، ومعرفة السنن والآثار : (٩ / ٧٩ ، ٨٠) ، حديث رقم : (١٢٤١٤) ، وعبد الرزاق في مصنفه حديث رقم : (١٨٦٣٦ ، ١٨٦٣٧ ، ١٨٦٣٨) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٧٥) حديث رقم : (١٣٣٥) .

(٢) في (أ) : للنبي » .

(٣) في (أ) : « طلب » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٤١٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٤١) .

(٥) الحديث ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير : (٣ / ٧٥) حديث رقم : (١٣٣٦) وقال : هذا حديث لا أصل له ، قال المصنف في « التهذيب » : هذا اللفظ لا ذكر له في الكتب . نعم قد يوجد في كتب الفقة بلفظ أنه قال : من وجد طعامًا أكله ولم يُعَرِّفْه ، قال : والأكثرون لم ينقلوا في الطعام حديثًا ، بل أخذوا حكم ما يَفْسد من الطعام من قوله ﷺ : « إنما هي لك أو لأخيك أو للذئب » وعكس الغزاليّ القضية فجعل الحديثَ في الطعام ، ثم قال : وفي معناه الشاةُ ، وقال ابن الرفعة : لم أره فيما وقفتُ عليه من كتب أصحابنا .

وتَلْحق الشاةُ بالطعام (١ فإنها مطعومة ١) ، ولا تبقى بغير نفقته له (٢) ، ولا نفقةَ لها (٣) .

ولقوله ﷺ : « هي لك ، أو لأخيك ، أو للذئب » . ولم يأمر بالتعريف .

وفي إلحاق الجحش وصغار الحيوانات التي لا تُؤكل بالشاة وجهان :

أحدهما : نعم ، لأنه لا تبقى دون العلف .

والثاني : لا ؛ لأن حكم المطعوم أسهلُ ، وقد وَرَدَ الخبر في الطعام والشاة (٤) .

ثم إذا أكل أو تملك ، ففي وجوب التعريف بعده وجهان :

أحدهما : يجب ؛ حذرًا من الكتمان (٥) .

والثاني : لا ؛ لعمومِ الخبر ، ولبُعْدِ وجود المالك فيما الْتُقِطَ من الصحراء .

أما إذا وجد الطعام في عمران (٦) ، ففيه وجهان (٧) (٨) :

أحدهما : أنه كالصحراء ؛ لعموم الخبر .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « فإنه مطعوم » ، والمثبت من (أ) .

(٢) قوله : « له » ليس في (أ) . (٣) في (أ) : « له » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٤٠٣) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٤١١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٠) .

(٦) في (أ) : « العمران » . (٧) في (أ) : « فوجهان » .

(٨) قال في الروضة : « وإن وجده في بلدة أو قرية ، فطريقان :

أحدهما : على قولين ، أحدهما : ليس له الأكل ، بل يبيعُه ويأخذ ثمنَه لمالِكه ؛ لأنّ البيع متيسر في العمران .

والثاني – وهو المشهور – : أنه كما لو وجد في بريّة .

والطريق الثاني : القطع بالمشهور » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤١١) ، مغني المحتاج : ((٢ / ٢١٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٣٦) .

والثاني : أنه يلزمه أنْ يبيعه ، فإن ثمنه قابلٌ للبقاء ، فيكون بدلًا عنه ، وفي الصحراء يعجز عنه (١) .

فإن قلنا : يبيع ، فيتولاه بنفسه إن لم يجد قاضيًا .

وإن وجد ففي جواز استقلاله بالبيع وجهان :

وجه الجواز : أنه له نوعُ ولايةٍ بسبب الالتقاط ، ثم مهما / حصل الثمنُ سلك به مسلكَ عَيْنِ اللقطة في الضمان والتملك وغيره . ١٢٧/أ

وإن قلنا : يأكل ثم يُعرِّف بعده ، فهل يلزمه تمييز قيمته ليعتمد التعريف موجودًا ؟ فيه وجهان (٢) .

فإن قلنا : يميز ، فلا يتعين له إلا بقبض القاضي ، ثم لا يصير ملكًا (٣ لرب اللقطة ٣) ، ولكن فائدته أن يقدم المالك به (٤) على الغرماء (٥) عند إفلاسه ، ويمتنع فيه تصرف الملتقط ، ويتلف (٦ في يده أمانة ٦) .

وإذا لم يظهر حتى مضت المدة ، فالأشهر أنه لا يرتفع الحجر ، بل يحفظه (٧) أبدًا (٨) لمالكه لأنه بدل اللقطة لاعينها (٩) ، ويحتمل أن يرتفع الحجْر كما (١٠ لم يُميّز ١٠) .

---

(١) وأصحّ هذين الوجهين : أنه يجب استئذان القاضي . انظر الروضة : (٥ / ٤٠٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٠) .

(٢) وأصح هذين الوجهين : أنه لا يلزمه . انظر الروضة : (٥ / ٤١١) .

(٣) في (أ) : « للملتقط له » .

(٤) قوله : « به » ليس في (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « الغرماء » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « أمانة في يده » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « يحفظ » ، والمثبت من (أ) .

(٨) قوله : « أبدًا » ليس في (أ) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « عينه » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) في (أ) : « لو تميز » .

الطرف الثاني : في كيفية التعريف :

وفيه مسائل :

الأولى : وقتُ التعريفِ : عقبُ الالتقاط ، وإن عزم على التملك بعد سنة ، وإن لم يَعْزم على التملك أصلًا أو عَزَمَ بعد سنتين [1] فهل يلزمه التعريفُ في الحال ؟ فوجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن التعريف تعب في مقابلة ثمرة الملك .

والثاني : يجب ؛ لأن المقصود وصول الحق إلى مستحقّه ، وفي تأخيره إضرارٌ بالكتمان [2] .

فإن قلنا : يجب البدار ، فبالتأخير يصير ضامنًا .

ثم ينبغي أن يعرف في الابتداء ، في كل يوم ، ثم في كل جمعة ، ثم في كل شهر ، والمقصود : أن يعرف أن الأخير تكرار الأول .

الثانية : مكانُ التعريف : مكانُ الالتقاط إن كان في عمارة ، فإن سافر فَلْيُوكِّل غيره بالتعريف .

وإن التقط في صحراء [3] فلا يتعينُّ عليه بلدٌ ، ولكن ليعرِّفه [4] في البلد الذي ينتهي إليه ويقصده ، فإن الإمكانَ في سائر البلاد على وتيرةٍ واحدة .

الثالثة : ينبغي أنْ يذكر بعضَ أوصاف اللقطة في التعريف ، كالغطاص والوكاء ؛ ليكون تنبيهًا للمالك . وهو استحباب أو وجوب ؟ فيه خلاف .

الرابعة : مؤنةُ [5] التعريف لا تلزمُه ، أعني : أجرة المعرِّف إنْ قَصَد حفظَه أمانةً

---

(١) في (أ) : « سنتين » .

(٢) وهذا الوجه هو الأقوى والمختار . انظر الروضة : (٥ / ٤٠٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١١ ، ٤١٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٤٧ ، ٣٤٨) .

(٣) في (أ) : « الصحراء » .

(٤) في (أ) : « يعرفه » .

(٥) في (أ) : « مؤنة » .

أبدًا . وإن قصد التملك ولم يظهر المالك فالمؤنةُ عليه . وإن ظهر المالك فقد أطلق العراقيون أنه على الملتقط ؛ لأنه يَسْعَى لنفسه (١) . وفيه احتمال ؛ لأن التعريف طلب المالك ، فهو سَعْيٌ في الحال [له] (٢) لاسيَّما إذا ظهر .

وإذا (٣) قلنا : ليس عليه ، فالقاضي يُسلِّم من بيت المال أو من عين اللقطة .

فرع :

إذا كانت اللقطة جحشًا ، وقُلنا : يجب تعريفه بخلاف الشاة . فليس ذلك على الملتقِط قطعًا ، وإنما هو كنفقة الجمال عند هرب الجمال ، فإن مسَّت الحاجة إلى بيع جزءٍ منه فعل ذلك .

قال الشيخ أبو محمد : إن كان كذلك فسيأكل نفسه فيلحق (٤) بقبيل ما يتسارع الفساد إليه .

الحكم الثالث : التملُّك بعد مضيّ المدّة .

وهو جائز إذ لم يقصد الخيانة ، وفيه أربعة أوجه :

أحدها : أنه يحصل بمجرد مُضِيِّ السنة ، فإنه قصد بالالتقاط الملك عنده .

الثاني : أنه لابدَّ من لفظ ، فمجرد القصد فقط لا يؤثر ، وما مضي عزم لا قَصْدٌ (٥) .

والثالث : أنه يكفي تجديدُ قَصْدٍ عند مُضِيِّ السنة .

والرابع : أنه لابد من تَصَرُّفٍ يُزيل الملكَ ، فإنّ فِعْلَه وقَوْلَه لا يزيد على الاستقراض ، وثَمَّ (٦) لا يملك إلا بالتصرف على قول .

---

(١) وهذا هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٤٠٨) ، مغني المحتاج : (٥ / ٤٤١) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) في (ب) : « فيلتحق » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٤١٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٥) .

(٦) في (أ) : « ثم » .

فرع :

إذا وجد لقطة في مكة ، ففيها (١) وجهان :

أحدهما : [أنه] (٢) يتملك ، كسائر البلاد .

والثاني : لا ؛ لقوله ﷺ : « إن اللّه حرَّم مكة ، لا ينفر صيدها ، ولا يعضد شجرها ، ولا تحل لقطها (٣) إلا لمنشدٍ (٤) » ، والمراد به منشد على الدوام ، وإلا فأيّ فائدةٍ لتخصيص مكة (٥) .

الحكم الرابع : وجوبُ الردِّ إذا ظهر مالكُه (٦) .

ويُعْرف ذلك بالبينة ، فإن أطنب في الوصف ، وغلب على الظن صِدْقُه جاز التسليم إليه .

وفي وجوب ردّها دون إقامة البيِّنة خلافٌ :

منهم من أوجب ؛ إذْ تكليفُ البيِّنةِ عُسْرٌ (٧) .

ومنهم من قال : ربما يكون قد عرف الوصف بوصف المالك الفاقد (٨) .

---

(١) في (أ) : « ففيه » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « لقطتها » .

(٤) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٥٥) (٢٨) كتاب جزاء الصيد (٩) باب لا ينفر من صيد الحرم (١٨٣٣ ، ١٨٣٤) ، ومسلم : (٢ / ٩٨٧ - ٩٨٩) (١٥) كتاب الحج (٨٢) باب تحريم مكة وصيدها وخلاها .. (١٣٥٣ ، ١٣٥٥) ، وأبو داود : (٢ / ٢١٨) كتاب المناسك باب حرمه مكة (٢٨٧٤ ، ٢٨٩٢) ، وابن ماجه : (٢ / ١٠٣٨) (٢٥) كتاب المناسك (١٠٣) باب فضل مكة (٣١٠٩) . وراجع التلخيص الحبير : (٢ / ٢٧٩) حديث رقم : (١١٠١) .

(٥) وهذا الوجه هو الصحيح . انظر الروضة : (٥/٤١٢) ، مغني المحتاج : (٢/٤١٧) ، نهاية المحتاج : (٥/٤٤٥) .

(٦) في (أ) : « المالك » .

(٧) في (أ) : « عسير » .

(٨) قال في الروضة : « وإنْ أقام بينةً دُفِعَتْ إليه . وإنْ وصفها نُظِرَ ، وإن لم يظن الملتقطُ صدقَه لم يَدْفَعْ إليه على المذهب والمعروف . وحكى الإمام ترددًا في جواز الدفع وإنْ ظَنَّ صِدْقَه جاز الدفعُ إليه ، ولا يجب على هذا المذهب ، وبه قطع الجمهور . ونقل الإمام في وجوبه وجهين » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤١٣) .

ولعل الأَوْلى الاكتفاءُ بقولِ عَدْلٍ واحدٍ ؛ لحصولِ الثقة .

فرعان :

أحدهما : إذا سلَّمه إلى الواصف ، فظهر المالك ، فيطالِب الواصِفَ أو الملتقطَ مَنْ شاء منهم ، ويرجع الملتقِطُ على الواصفِ ، إلا إذا كان اعترف له بالملك ، فلا يقدر على الرجوع .

الثاني : إذا ظهر المالك بعد أن تملكه ، فإن تلف ردّ قيمته يوم التملك .

وإن كانت قائمةً ، ففي لزوم ردّ العين وجهان ، كمثله في رجوع المستقرض (١) .

وإن كانت معيبة (٢) فأراد أنْ يردَّها ويضمّ الأَرْشَ إليها ، وامتنع المالك وقال : أريد القيمة ، فأيهما يُجاب ؟ فيه وجهان :

أحدهما : المالك ؛ لأن العين بعد التملك تزاد (٣) للتقريب في حصول الجبر ، وقد فات بالعيب وَجْهُ الجبر .

والثاني : الملتقِط ؛ لأنه لا يزيد على الغاصب ، وللغاصب (٤) ردّ العين مع الأرش (٥) .

ثم إذا ردَّ ، فلو طالب من المالك أجرة (٦) الردّ لم يكن له ذلك إلا إذا كان قد نادى المالك بأنّ (٧) : مَنْ ردَّ لقطتي فله كذا ، فيستحق ما سُمِّي على ما فَصَلْناه في كتاب الجعالة [عقيب الإجارة] (٨) ، والله أعلم .

---

(١) أصح هذين الوجهين : أن للمالك أَخْذَها ، وليس للملتقطِ أن يُلْزِمَه أَخْذَ بدلها . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٤١٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٥) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٤٤) .

(٢) في (أ) : « معنية » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « يُراد » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « والغاصب » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤١٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٦) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٤٤) .

(٦) قوله : « أجرة » ليس في (أ) .

(٧) في (أ) : « أن » .

(٨) زيادة من (أ) .

كتاب اللقيط

وفيه بابان

الباب الأول : في أركان الالتقاط وأحكامه .

فأما [١] الأركان فثلاثة [٢] :

الأول : نفس الالتقاط :

وهو عبارةٌ عن أَخْذِ صبيٍّ ضائعٍ لا كافلَ له .

وهو في نفسه فرضٌ على الكفاية ؛ لأنه تعاونٌ على البر ، وإنقاذ عن [٣] الهلاك .

وفي وجوب الإشهاد عليه خلافٌ مرتب على الإشهاد على اللقطة [٤] وأولى بالوجوب ؛ لأن الاسترقاق مخوف فيه .

ومن الأصحاب من أوجب ذلك على المستور لا على العدل .

ثم إذا شرطناه ، فمهما تركه لم يثبت له ولايةُ الحضانة ، وجائز [٥] الانتزاعُ من يده ، وكأنها ولاية / لا تثبت إلا بعد الشهادة . ١٢٧/ب

الركن الثاني : اللقيط :

ولا يُشترط فيه إلا الحاجة إلى كافل .

فإن كان له ملتقِطٌ سَبَقَ إليه ، أو أبٌ ، أو أم ، أو قريب فلا معنى لالتقاطه ، وكذا إن كان بالغًا ، وإن كان دون سِنِّ التمييز فيجب التقاطُه .

وفيما بعد التمييز إلى البلوغ تردد ، فإنه قريب الشبه من الإبل من [٦] جملة اللقطة ؛ إذ له نوعُ استقلالٍ [٧] .

---

(١) في (أ) : « أما » . (٢) في الأصل : « ثلاثة » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « من » . (٤) في (أ) : « باللقطة » .

(٥) في (أ) : « وجاز » . (٦) في (أ) : « في » .

(٧) قال في الروضة : « وفي الصبي الذي بلغ سِنَّ التمييز ترددٌ للإمامِ ، والأوفقُ لكلام الأصحاب : أنه يلتقط ؛ لحاجته إلى التعهد » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤١٨) .

الركن الثالث : الملتقِط .

وأهلية الالتقاط ثابتة (١) لكل حُرٍّ مكلف ، مسلمٍ ، عدلٍ ، رشيد .

أما العبد والمكاتب : فلا يتفرغان للالتقاط (٢) ، فإن التقطا انْتُزِعَ من أيديهما ولا ولايةَ لهما على الحضانة ، إلا أن يأذن السيد فيكون هو الملتقط ، والعبدُ نائبٌ في الأخذ .

وأما الكافر : فهو أهل الالتقاطِ للكافر لا المسلم (٣) ، فإنه نوعُ ولايةٍ .

نعم ، للمسلم التقاطُ الكافرِ .

وأما الفاسق : فلا يأتمنه الشرعُ .

والمستور : له الالتقاط .

ثم لو قصد المسافرة به منعه القاضي إلا (٤) أن تُعْرَف (٥) عدالتُه .

وأما المبذِّر - وإن لم يكن فاسقًا - : فليس أهلًا لأمانات الشرع .

وأما الفقير : فهو (٦) أهلٌ ، وعلى الله رزقُهم .

وذكر العراقيون وجهًا [آخر] (٧) : أنه يُنْتزع (٨) من يده ؛ نظرًا للصَّبي .

فإن قيل : فلو ازدحم ملتقطان ؟

قلنا : أما غير الأهل فلا يُزَاحِم الأهلَ ، كما سبق .

وإن كان كل واحد أهلًا ، فَيُقدم الغنيُّ على الفقير ؛ نظرًا للصبى . والبلديُّ على

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « ثابت » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « للحضانة » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « للمسلم » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « إلى » .

(٥) في (أ) : « يُعرف » .

(٦) في (أ) : « هو » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « ينزع » .

القرويِّ ، ويُقدم القرويُّ على البدويِّ ؛ لما فيه من النظر للصبيّ في اتساع معيشة البلاد وحُسْن الأخلاق فيها .

ولا تُقَدَّم المرأة على الرجل ، وإنْ قُدّمت [الأم] (١) على الأب في الحضانة ؛ لأن الأم أرفقُ من أجنبيةٍ يستأجرها الأبُ ، وها هنا الأجنبية تشتمل الجانبين .

وفي تقديم الظاهر العدالة على المستور خلافٌ :

منهم من قال : لا يُقدم ، كما لا يقدم الظاهر (٢) الثروة على المتوسط ؛ لأن (٣) المستور يزعم أنّ التقصير ممن لم يَطّلع على عدالته .

ومنهم من قال : يُقَدَّم لأن أصلَ العدالة شرطٌ للأهلية ، فظهورُها يُوجِبُ الترجيح (٤) .

فإنْ تساويا في الصفات ، قُدِّم السابقُ على (٥) الآخذ .

وهل يُقَدم السابق (٦ إلى الوقوف ٦) على رأسه قبل الآخذ ؟ فيه تردد ، فإنْ تساويا أُقْرِعَ بينهما ؛ إذ لا سبيلَ إلى القسمة ولا إلى المهايأة ، إذ يستضر الصبيُّ بتبديلِ اليد (٧) بعد الإلف .

وقال ابن أبي هريرة : يُقِرُّه (٨) القاضي في يد مَنْ يراه (٩) منهما .

ولو اختار الصبيُّ أحدَهما : فلا نظرَ إليه إذ لا مستند لميله ؛ بخلاف اختيار الصبي أحدَ الأبوين ، فإن ذلك يستند إلى تجربةٍ وامتحانٍ .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قوله : « الظاهر » ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « لأن » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر في ذلك : روضة الطالبين : (٥ / ٤٢٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٥٠) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « إلى » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « على الوقوف » .

(٧) في (ب) : « الأيدي » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « يرد » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في (أ) : « يري » .

فرع :

إذا مسَّت الحاجة إلى القرعة ، فأعرض أحدُهما يُسَلِّم إلى الآخر .

وفيه وجه آخر (١) : أنه لا يجوز ذلك ، بل (٢) يُخْرِج القاضي (٢) القرعةَ باسمه ، فإن خرج عليه أُلْزِمَ فإنه وجب عليه الوفاءُ بالحفظ بعد الأخذ ، وهو بعيد ها هنا .

نعم ، في الدوام ، لو أراد المنفردُ باللقيط أن يردَّه (٣) إلى موضعة لم يَجُزْ .

وإن (٤) سلَّمه إلى القاضي لعجزه : جاز . وإن (٥) تبرم به مع القدرة ففيه وجهان :

ووجه (٦) المنع : أنه فرضُ كفايةٍ ، وقد شرع فيه وقدر عليه فصار متعينًا (٧) .

أما حكم الالتقاط : فهو الحضانة والإنفاق .

أما الحضانة : فواجبةٌ ، وكيفيتها لا تخفى .

ومهما التقط (٨) في بلد لم يجز أنْ يحول إلى بادية ولا (٩) إلى قرية ؛ لأن (١٠) فيه تضييقَ المعيشةِ . ولو التقط (١١) في بادية أو قبيلة ، فنقل إلى البلد : جاز ؛ لأنه أرفق به ، وفيه وجه : أنه لا يجوز ؛ لأنّ (١٢) ظهورَ نَسَبِه في محلّ التقاطِه متوقَّعٌ ، ولو نقل من بلدٍ مثلِه فوجهان :

أحدهما : الجواز ؛ لتساوي المعاش (١٣) (١٤) .

---

(١) قوله : « آخر » ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « القاضي يخرج » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « يرد » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (ب) : « وجه » .

(٧) وأصح هذين الوجهين : أنّ له التسليم إلى القاضي . انظر : الروضة (٥ / ٤٢١) .

(٨) في (أ) : « التقطه » .

(٩) قوله : « ولا » ليس في (أ) .

(١٠) في (أ) : « فإن » .

(١١) في (أ) : « التقطه » .

(١٢) في (أ) : « إذ » .

(١٣) في (أ) : « المعايش » .

(١٤) وهذا هو المنصوص ، وبه قال الجمهور . انظر : الروضة : (٥ / ٤٢٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٥٠ ، ٤٥١) .

والثاني : المنع ؛ لتوقعِ ظهورِ النسب في محل الالتقاط مع (١ اتساع المعيشة في محل الالتقاط ١) .

ولو وجده (٢) في صحراء خالٍ (٣) فله أن ينقله إلى أي (٤) موضعٍ شاء ؛ إذْ سائر المواضِع إما مثلُه أو أصلح منه .

أما الإنفاق : فإن كان له مالٌ فهو من ماله .

وماله بالوصية للقيط ، والوقوف عليه ، والهبة منه ، ويقبلها القاضي ويقبضها (٥) ، أو بأن يُوجَد معه مال مشدود على ثوبه (٦) ، أو فرس مربوط عليه (٧) ، أو يوجد في دار فتكون (٨) الدار له ؛ لأن أصل اللقيط على الحرية ، ومعني اليد الاختصاص .

وإن كان بالقرب منه مالٌ موضوعٌ ، أو بهيمة (٩) مشدودة بشجرة ففيها (١٠) وجهان (١١) . وهو ترددٌ في أنّ هذا القدر ، هل يُعَدُّ اختصاصًا ؟

وإن كان المال مدفونًا تحته فلا اختصاصَ له (١٢) به . فإن وُجِدَ معه رقعةٌ فيها أن المالَ المدفون تحته له ، فالأظهر أنه له ، وفيه وجه : أنه لا تعويلَ على الرقعة (١٣) .

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « وجد » .

(٣) في (أ) : « خالية » .

(٤) قوله : « أيّ » ليس في (أ) .

(٥) قوله : « ويقبضها » ليس في (أ) .

(٦) في (ب) : « لسرته » .

(٧) في (أ) : « إليه » .

(٨) في (أ) : « فيكون » .

(٩) في (ب) : « وبهيمة » .

(١٠) في (أ) : « ففيه » .

(١١) وأصح هذين الوجهين : أنها لا تُجْعل له كما لو كانت بعيدة . انظر الروضة : (٥ / ٤٢٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٥٢) .

(١٢) قوله : « له » ليس في (أ) .

(١٣) وهذا الوجه هو الموافق لكلام الأكثرين . انظر : الروضة : (٥ / ٤٢٤ ، ٤٢٥) .

ثم الملتقط ليس له أنْ ينفق ماله عليه بغير إذن القاضي ، فإن فعل ضمن ؛ إذ لا ولايةَ له إلا على نفسِه بالحفظ ، وهل له حِفْظُ مالِهِ دون إذن القاضي ؟ وفيه وجهان .

ووجْه الجواز : أنه تابع للمالك ، وله حفظ المالك [١] .

وإن [٢] أنفق بغير إذن القاضي - لأنه لم يجد قاضيًا - وأَشْهد ، فالظاهر : أنه لا يضمن . وإن لم يُشهد فقولان ذكرنا نظيرهما في هرب الجمال .

أما إذا لم يكن له مالٌ ، فلا يجب على الملتقط من ماله بحالٍ ، ولكن ينفق عليه من بيت المال ، فإن [٣] لم يكن فيجمع من أهل اليسار من المسلمين ؛ لأنه عيالٌ عليهم ، ثم لا رجوعَ عليه بعده .

ومن الأصحاب مَنْ قال : [إن] [٤] القاضي يَسْتقرض إمّا من بيت المال ، أو من موسرٍ يُنفق [٥] عليه ، فإن ظهر أن اللقيط [٦] عَبْدٌ رجع [٧] على مولاه ، وإن ظهر حرًّا [٨] موسرًا أو مكتسبًا [٩] رجع [١٠] عليه في كسبه ويساره . وإن كان عاجزًا قضاه من سهم المساكين والفقراء من الصدقات ؛ إذ لا معنى لإلزامه من غير هذه الجهة / . ١٢٨/أ

* * *

(١) وهذا الوجه هو الأرجح . انظر : الروضة : (٥/٤٢٧) ، مغني المحتاج : (٢/٤٢١) ، نهاية المحتاج : (٥/٤٥٣) .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) في (أ) : « إن » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) قوله : « ينفق » ليس في (أ) .

(٦) قوله : « أن اللقيط » ليس في (أ) .

(٧) في (أ) : « يرجع » .

(٨) في (أ) : « أنه حر » .

(٩) في (أ) : « مكتسب » .

(١٠) في (أ) : « يرجح » .

الباب الثاني : في معرفة حال اللقيط

في الإسلام ، والنسب ، والحرية ، وغيرها . (١ وفيه أربعة أحكام ١) .

الحكم الأول : الإسلام :

وهو ينقسم إلى ما يُعْرف بمباشرة ، وإلى ما يُعْرف بتبعيَّة .

أما المباشرة : فيصح[٢] من البالغ العاقل ، ولا يصح من الصبي في الظاهر المذهب ، نعم ، نصّ الشافعي – رضي اللّه عنه – أنّ صبيّ[٣] الكافرِ إذا وَصَفَ الإسلام حِيلَ بينه وبين أبويه .

فمنهم من قال : هذا محتوم ، وهو حُكْمٌ بصحةِ الإسلام ، فخرّجوا منه قولًا مثل مذهب أبي حنيفة رحمه اللّه[٤] .

ومنهم من قال : هو استحبابٌ بعد استعطاف الوالدين ، فإنْ أَبَيَا لم نُجْبِرهما عليه[٥] .

وقال الأستاذ أبو إسحاق : إذا أضمر الصبيُّ الإسلامَ كما أظهره ، حكمنا له بالفوز في الآخرة ، وإن كنا لا نحكم به لصبيان الكفار ، بسبب تعارض الأخبار ، وعَبَّر عن هذا بأنّ إسلامه صحيح باطنًا لا ظاهرًا .

ومنهم من قال : [إن][٦] إسلامَه موقوفٌ ، فإن أعرب بعد البلوغ عن الإسلام تَبيَّنَّا صحتَه من أصله .

أما التبعيَّة ، فلها ثلاثُ وجهاتٍ :

الجهة الأولى : تبعيةُ الوالدين ، فإن حصل العلوق من مسلمٍ ، أو الولادة من مسلمة فالولدُ مسلمٌ قطعًا .

فإن أظهر الكفر بعد البلوغ فهو مرتدّ ، أما إذا انفصل على[٧] الكفر فأسلم أحد

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (أ) .
(٢) في (ب) : « فيصبح » .
(٣) في (أ) : « الصبي » .
(٤) انظر روضة الطالبين : (٥/٤٢٩) .
(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٤٢٩) .
(٦) زيادة من (أ) .
(٧) في (أ) : « عن » .

أبويه ، حُكم [1] بإسلامه في الحال .

وكذا إسلامِ الأجداد والجدات عند عدم مَنْ هو أقرب منه . ومع وجود الأقرب فيه خلاف ، وأحكامُ الإسلام جاريةٌ على هذا الصبي في الحال .

فإن بلغ وأعرب عن الإسلام : استقر أَمْرُه ، وإن أظهر الكفر فقولان [مرتبان] [2] :

أحدهما : أنه مرتد ، لا يُقَرُّ عليه ، فلا يُنْقض ما سبق من [3] الأحكام المبنية على الإسلام ، كالمنفصل من المسلمين [4] .

والثاني : أنه كافر أصلي ، يُقَرر بالجزية ولا يُجبر على الإسلام ؛ لأن التبعية في الإسلام بعد الانفصال ضعيف ، [و] [5] إنما حُكِمَ به في الحال بشرط أن يستمر .

فإذا استقل ، فالنظرُ إلى استقلاله أولى .

فعلى هذا ، ما سبق من أحكام الإسلام بعد البلوغ وقبل الإعراب - من إجزاء عتقه عن كفارة ، أو توريثه من مسلم ، أو نكاحه مسلمة - كلُّ ذلك منقوضٌ .

وما سبق في حالة الصَّبي هل يتبيَّنُ انتقاضُه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ، كما بعد البلوغ [6] .

والثاني : لا ؛ إذ لو حكمنا [به] [7] لأوجب ذلك الوقف في [الأحكام للتوقف في] [8] الإسلام ، بل الحكم بالإسلام مجزومٌ ما دام سبب التبعية قائمًا ، وهو الصَّبي ،

---

(1) في (أ) : « يُحكم » .

(2) زيادة من (أ) .

(3) في (أ) : « في » .

(4) وهذا القول هو المشهور . انظر : الروضة : (٥ / ٤٣٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٥٧) .

(5) زيادة من (أ) .

(6) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٤٣٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٣) .

(7) زيادة من (أ) .

(8) زيادة من (أ) .

وإنما ينقطع بالبلوغ ، فبعد البلوغ يتوقف إلى إعرابه .

فروع على هذا القول :

أحدها : إذا بلغ وجرى تصرفٌ يَسْتدعي الإسلامَ - كعتقٍ عن كفارة [١] ، أو موت قريب مسلم - فمات اللقيط قبل أنْ يُعْرِبَ بالكفر أو الإسلام ، ففي نقض التصرف وجهان :

أحدهما : ينقض ، إذ الأصلُ بعد البلوغ الاستقلال ، ولم يستقل ياالإسلام ، فكيف يُقَدَّر إسلامه [٢] ؟

والثاني : أنه لم يُعرب أيضًا بالكفر ، والإسلام [٣] غالب ، وقد سبق الحكم به ، فَيُسْتصحب إلى أن يَظْهر الإعرابُ عن الكفر .

والثاني : لو قتله مسلمٌ قبل البلوغ ، فالقصاصُ لا يمتنع بسبب توهُّمِ الكفر بعد البلوغ .

ولو قُتِلَ بعد البلوغ وقبل الإعراب ؟

فإن قلنا : لو أعرب بالكفر لنقض الأحكام ، فلا قصاص .

وإن قلنا : لا ينقض ، ففيه تردد ، وميلُ النصِّ إلى سقوطه للشبهة .

ونصَّ مع هذا على أن الواجبَ ديةُ مسلمٍ ، وهذا يدل على أن الإسلام مُسْتصحب [٤] في سائر الأحكام ، وإنما سقط القصاصُ للشبهة .

الثالث : قال القاضي حسين : إن مات هو قبل الإعراب يرثه حميمه المسلمُ ، وإن مات حميمه المسلم فإرثُه موقوفٌ .

ومعناه أن يقال له : أعرب ، فإن مات قبل الإعراب فينبغي أن نقضي [٥] (٦ بتقدير الأول ٦)

---

(١) في (أ) : « الكفارة » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٤٣٠ ، ٤٣١) .

(٣) في (أ) : « فالإسلام » .

(٤) في (أ) : « مستيقن » .

(٥) في (أ) : « تفضي » .

(٦) في (أ) : « بتقرير الإرث » .

عليه ، بناء على استصحاب (١ حكم الإسلام ١) .

الرابع : المجنون إذا بلغ مجنونًا ، فهو كالصبي في جملة هذه الأحكام .

وإن (٢) بلغ عاقلًا كافرًا ، ثم جُنَّ ، ثم أسلم أحدُ أبويه ، ففي التبعية خلاف ، كما في عَوْدِ ولاية المال (٣) .

الجهة الثانية : تبعيّة السَّابي :

فالمسلم إذا استرقّ صبيًّا حُكِمَ بإسلامه تبعًا له ؛ فإن الاسترقاق كأنه إيجادٌ مستأنفٌ .

وإن كان معه أبواه (٤) لم يحكم به ؛ لأنّ تبعية الأبوين أقوى من تبعية السَّابي .

فلو مات بعد ذلك أبواه اطّرد كُفْرُه ؛ لأن النظر إلى الابتداء في تبعية السّابي .

ولو (٥) استرقه ذمي : فالظاهر أنه لا يُحكم بإسلامه .

ثم لو باعه بعد ذلك من مسلم : لا يُحكم بإسلامه لفوات الابتداء .

وفيه وجه : أنه يُحكم بإسلامه ؛ لأنّا نجعل وقوع الصبي في يد المسترق كوقوعه في دار الإسلام ، والذمي كالمسلم في كونه من دار الإسلام ، ثم مهما حكم (٦) بإسلامه تبعًا للسَّابي فبلغ وأعرب بالكفر (٧) ، فحكمه (٨) ما سبق في تبعية الأبويْن .

الجهة الثالثة : تبعيَّة الدار :

وكلُّ (٩) لقيط يُوجد في دار الإسلام فهو محكوم بإسلامه ؛ لغلبة الإسلام ، إلا في

---

(١) في (أ) : « الحكم » . (٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) والأصح : أنه يتبع أبويه . انظر : الروضة : (٤٣٠/٥، ٤٣١) .

(٤) في (أ) : « أبوان » . (٥) في (أ) : « فلو » .

(٦) في (أ) : « حكمنا » . (٧) في (أ) : « الكفر » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « حكمه » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في (أ) : « فكل » .

بلدة كثر الكفار فيها وانجلي [١] المسلمون عنه ، حتى لم يَبْقَ منهم واحد .

وقال أبو إسحاق المرزوي : يُحكم الإسلام ، إذ لا يخلو عن مسلم مُسْتَتِيرٍ بالإسلام أمّا ما يوجد في دار الكفر [٢] فهو كافر وإن كانوا [٣] مسلمون يجتازون بها مسافرين . وإن كان فيها سكانٌ من الأسارى والتُّجار ففيه وجهان ؛ لتعارضِ غلبة نسبة [٤] الدار مع تغليب الإسلام [٥] .

ثم هذا الصبي إذا بلغ وأظهر الكفر ؟

منهم من قال : قولان ، كما في تبعية المُشتَرِقّ والوالدين .

ومنهم من قطع ها هنا / بأنه كافر أصلي [٦] ؛ لأن تبعية الدار في غاية الضعف ، ثم ١٢٨/ب هؤلاء ترددوا في تنفيذ أحكام الإسلام عليه في الصَّبَي . ومال صاحب التقريب إلى التوقف ، وهذا يعكر [٧] على إطلاق القول بالإسلام .

وأيَّدَ صاحب التقريب هذا ، باختلاف القول في وجوب القصاص على قاتله المسلم، وقال : لا مأخذ له إلا هذا التوقف [٨] .

---

(١) في (أ) : « فانجلى » .

(٢) في الأصل ونسخة (أ) : « الكُفَّار » ، والمثبت من (ب) .

(٣) في (أ) : « كان » .

(٤) في (أ) : « نسب » .

(٥) وأصح هذين الوجهين : تغليبُ الإسلام . انظر : الروضة : (٥ / ٤٣٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٥٤ ، ٤٥٥) .

(٦) وهذا هو المذهب . انظر : الروضة : (٥ / ٤٣٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٣) .

(٧) في (أ) : « ينعكس » .

(٨) والأصحّ : أنه لا يتوقف ، بلَ تمضي أحكامُ الإسلام عليه كالمحكوم بإسلامه تبعًا لأبيه .
انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٤٣) .

فرع :

المحكوم بإسلامه تابعًا للدار ، لو أقام ذميٌّ (١) بينةً على نسبه (٢) أُلْحِقَ به وتبعه في الكفر ، وتغَيَّر ما ظنناه من الإسلام ، وإن استلحق من غير بينة ثبت النَّسب ، وفي الحكم بكفره وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن تبعية الأب أقوى [من تبعية الدار] (٣) والدينُ يتبع النسبَ هاهنا .

والثاني : أنّ ذلك أقوى إذا لم يسبق الحكم ، وأما تسليط الذمي على الاستقلال بإبطال (٤) حكمنا ، فبعيد (٥) .

الحكم الثاني في اللقيط :

جنايتُه في الصَّبي وأرشُ خطئه (٦) على بيت المال . وإن جُنيَ عليه خطأً فالأرشُ له . وإن كان موجبًا للقود ، نُظِرَ ، فإن كان في النفس ، فقد اختلف نصُّ الشافعيِّ - رضي اللّه عنه - في القصاص (٧) ،أما وجوبه فظاهر ؛ لأنه معصوم مسلم ، وأما إسقاطُه ، فاختلف في تعليله ، فقال الأكثرون : سببه أنه لا وارثَ له ، وأنه يثبت للمجانين والصبيانِ وسائرِ المسلمين ، فكيف يُستوفى ؟ وعلى هذا ، لو قتل مَنْ لا وارث له فلا قصاص ، وكذا كل

---

(١) في (أ) : « الذمّي » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « نسبة » ، والمثبت من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « بإبطلال » .

(٥) قال في الروضة : « اللقيط الموجود في دار الإسلام ، لو ادعي ذمِّيٌ نَسَبَه وأقام عليه بيّنةً لَحِقَه وتبعه في الكفر ، وارتفع ما كنَّا نظنُّه . وإن اقتصر على مجرد الدعوى فالمذهبُ أنه مسلم ، وهو المنصوص ، وبه قطع أبو إسحاق وغيره ، وصححه الأكثرون .

وقيل : قولان . ثانيهما : يُحْكم بكفره ، لأنه يلحقه بالاستحقاق . فإذا ثبت نسبه تبعه في الدين كما لو أقام البينة » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤٣٥) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « خطابه » .

(٧) انظر : مختصر المزني : (٣ / ١٣٣) .

قصاص خلفه من [لا وارث له] (١) فلا (٢) قصاص عليه (٣) .

وزيّف صاحبُ التقريب هذا ؛ لأن الاستحقاق لا يُنسب إلى آحاد المجانين والصبيان ، بل إلى جهة الإسلام ، وعلل بأن نص الشافعي - رضي اللّه عنه - يدل على توقُّفِه في الإسلام بتبعية الدار لانتظارِ تغيُّره بعد البلوغ .

[و] (٤) أما إذا قُطع طرفُه ، فعلى طريقة الأصحاب : يجب القصاص لتعين المستحق (٥) . وعلى طريقة (٦) صاحب التقريب يُتوقَّف ، فإن أعرب عن نفسه بالإسلام إذا بلغ تبين الوجوبُ ، وإلا فلا .

هذا إذا كان القاطع مسلمًا ،فإن كان ذميًّا فلا توقف من جهة الإسلام .

فإن قيل : والإمامُ هل يستوفي القصاص ؟

قلنا : إن كان في النفس فيستوفيه إن رآه ، أو يأخذ الدية لبيت المال ؛ إذ لا معنى للتوقف ، ولو مُنع من أخذ البدل لصار القصاص حدًّا .

وإن كان في طرف فالمستحق هو اللقيط ، فلا يستوفيه لأن الولي عند الشافعي - رضي اللّه عنه - لا يستوفي القصاص (٧) .

وحكيٍ عن القفال وجه : أن السلطان يَسْتوفي القصاص في طرف المجنون (٨) ؛ لأنه لا يُنْتظر لإفاقته وقتٌ مخصوص .

---

(١) زيادة من (أ) ، ومن نسخة أخرى ، كذا على هامش الأصل .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « لا » ، والمثبت من (أ) .

(٣) قوله : « عليه » ليس في (أ) .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) وهذا هو المذهب . انظر الروضة : (٥ / ٤٣٦) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « طريق » ، والمثبت من (أ) .

(٧) انظر : مختصر المزني : (٣ / ١٣٣) ، روضة الطالبين : (٥ / ٤٣٦) .

(٨) انظر : مشكلات الوسيط للحموي : (ق ١١٩ / ب) .

وهل للإمام أن يأخذ الأرش في الحال ؟

نُظِرَ ، فإنْ وَجَب لصبي غنيّ فلا ، وإن وجب لمجنون فقيرٍ فيأخذ ؛ للحاجة وعدم الانتظار .

فإن [١] وجب لصبيٍّ فقيرٍ ، أو لمجنونٍ غنيٍّ ، فوجهان ؛ لوجود أحد المعنيين [٢] .

فإن [٣] قلنا : لا يأخذ ، فيحبس مَنْ عليه القصاص إلى الإفاقة والبلوغ ، ولا يُبالى بطول الحبس ، فإنَّ تفويتَ الحقِّ غيرُ ممكنٍ .

وإن قلنا : يأخذ ، فبلغ الصبي وانتهض لطلب القصاص [٤] ففيه وجهان [٤] ، منشؤهما : أن الأخذ للحيلولة ، أم هو إسقاط للقصاص بحكم ظهور المصالح [٥] ؟

ثم قال الأصحاب : ولاية أخذ المال إن جعلناه إسقاطًا فلا يثبت للوصيّ ، وإن جُعل للحيلولة فيثبت له [٦] .

الحكم الثالث : نَسَبُ اللقيط .

وفيه مسائل :

الأولى : إن ظهر إنسانٌ وزعم أنه والده ألحق بمجرد الدعوى ؛ إذ لا منازع ، وإقامةُ البينةِ على النسب عسيرٌ .

نعم . إن [٧] بلغ الصبي وأنكر فهل ينقطع ؟ وجهان :

أحدهما : لا ؛ إذ تمَّ الحكم به [٨] .

---

(١) في (أ) : « وإن » .

(٢) والأصح : المنع من أَخْذِ الأرش . انظر : الروضة : (٥ / ٤٣٦) .

(٣) في (أ) : « إن » .

(٤) في (أ) : « فوجهان » .

(٥) والراجح : أن أخذ الأرش إسقاطٌ للقصاص . انظر : الروضة : (٥ / ٤٣٧) .

(٦) قوله : « له » ليس في (أ) ، (ب) .

(٧) في (ب) : « لو » .

(٨) وهذا هو الأصح . انظر الروضة : (٤ / ٤١٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٥٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٠٩) .

والثاني : نعم ، كما إذا [1] استلحق بالغًا فأنكره ، فإنه لا يثبت . وإن [2] كان المستلْحِقُ هو الملتقط [3] نفسه ، يثبت [4] النسب .

وقال مالك - رحمه اللّه - : لا يثبت ؛ لأنه لا يَنْبِذُ وَلَدَ نفسِه ، ثم يلتقطه ، إلا إذا كان لا يُعينَّ أولاده ، فقد يفعل ذلك [5] تفاؤلًا [6] .

الثانية : لو جاء عبدٌ واستلحقه [7] . نصَّ ها هنا على أنه يلحقه [8] ، ونصَّ في الدعاوى [على] [9] أنه ليس أهلًا ، فقال الأصحاب قولين [10] : الصحيح : أنه أهل ؛ إذ إمكانُ النسب للرقيق حاصلٌ .

والثاني : لا لأنه يقطع ولاء السيد به [11] عن نفسه [12] .

ثم الصحيح على هذا : أنّ الحرَّ لو استلحق صبيًّا رقيقًا لَحِقَه .

ومنهم من منع لهذه العلة ، وهو قطع الحر بدعواه ولاء السيد .

الثالثة : المرأة إذا استلحقت ، فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يُلْحق بها كالرجل .

---

(١) في (أ) : « لو) .

(٢) في (أ) : « ولو » .

(٣) في (أ) : « اللقيط » .

(٤) في (ب) : « ثبت » .

(٥) قوله : « ذلك » ليس في (أ) .

(٦) انظر : مختصر المزني : (٣ / ١٣٤) .

(٧) في (ب) : « فاستلحقه » .

(٨) انظر : مختصر المزني : (٣ / ١٣٥) .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) في الأصل ونسخة (ب) : « قولان » ، والمثبت من (أ) .

(١١) قوله : « به » ليس في (أ) .

(١٢) قال في الروضة : « وإن استلحقه عبدٌ لَحِقَه إنْ صدَّقه السيدُ ، وكذا إن كذَّبه على الأظهر . وقيل : لا يلحق قطعًا . وقيل : يلحق قطعًا إن كان مأذونًا له في النكاح ومضى زمانُ إمكانِه ، وإلا فقولان . والمذهبُ : اللحوق مطلقًا » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٤٧) .

والثاني : لا ؛ لأنه لو أُلْحِقَ بها لَلَحِق زوجَها ، وقبولُ قولها على زوجها محالٌ ، والإلحاقُ بها دونه محالٌ (1) .

والثالث : [أنه] (2) يلحق الخلية دون ذوات (3) الزوج ، لما ذكرناه .

الرابعة : إذا تداعى رجلان نسبَ مولود . فلا يُقدم حرٌّ على عبدٍ ، ولا مسلمٌ على كافر ، بل يتساويان . نعم . صاحب اليد يُقدم بشرطين :

أحدهما : أن لا تكون يدُه يَد التقاطٍ ؛ فإن يد الالتقاط لا تدل (4) على النسب ، نعم ، تدل (5) على الحضانة .

والثاني : أن يكون صاحب اليد قد استلحق من قبل .

فإن لم يُسمع استلحاقُه إلا عند دعوى الثاني ، فوجهان :

أحدهما : لا يُقدم ؛ إذ لا دلالة لليد إذا لم يقارنه استلحاق (6) .

والثاني : نعم ؛ لأن اليد على الجملة دالة (7) ، ولعل الاستلحاق كان ولم يبلغنا .

فرعان :

أحدهما : إذا أقام كلٌّ واحد بينةً على أنه ولدُه ، تعارضتا وتهاترتا (8) ؛ إذ لا سبيل إلى قول القسمة ولا إلى قول الوقف فإنه لا يزيد فائدة .

---

(1) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٣٤٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٧) .

(2) زيادة من (أ) .

(3) في (أ) : « ذات » .

(4) في الأصل ونسخة (ب) : « لا يَدُلّ » ، والمثبت من (أ) .

(5) في الأصل ونسخة (ب) : « يَدُلّ » ، والمثبت من (أ) .

(6) وهذا الوجه الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٤٣٩) .

(7) في (أ) : « دلالة » .

(8) في (أ) : « نعم » .

ولا يجري قولُ الإقراع أيضًا ، (١ إذ النسبُ لا يَثْبت بالقرعة ١) .

ولو تنازعا في الحضانة ، وأقام (٢) كلٌّ واحد منهما بينةً على الالتقاط : فإن شهدت لأحدهما بالسبق / في الالتقاط (٣) فهو مقدم في الحضانة ، وإن كنا نتردد في مثله في ١٢٩/أ
الإملاك ؛ لأن حق الحضانة لا ينتقل والملك قد ينتقل ، وكذلك لو كان أحدهما صاحب يد ، قُدّمت بينتُه ؛ لأنها (٤) دلالة الالتقاط ، كبينة الداخل .

وإن (٥) تعارضا من كل وجه ، فإما قول التهاتر ، وإما قول القرعة ، ولا سبيل إلى التوقف والقسمة .

الثاني : إذا بلغ الغلام وقد تعارضت الدعاوى أو البينات (٦) : خيرناه بينهما ، وأمرناه بالتعويل على حركة الباطن من جهة الجبلَّة (٧) ، لا على محض التشهي .

فإن التحق بأحدهما ثم رجع لم يُمكَّن ، بخلاف الصبيّ المخيَّرِ بين الأبوين ؛ لأنّ ذلك يعتمد الشهوة .

فلو ظهر قائفٌ ، فيقدم قولُ القائف على التحاقه ؛ لأنه أقوى .

وإنْ حَكَم القائفُ ، فقامت بينةٌ (٨) على خلافه قُدّمتِ البينةُ ؛ لأنها أقوى من قول القائف .

وفي (٩) اختيار اللقيط بعد التمييز وقبل البلوغ خلاف (١٠) .

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « فأقام » .

(٣) في (أ) : « التقاط » .

(٤) في (أ) : « لأنه » .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « والبينات » .

(٧) في الأصل : « الحبلة » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) : « البينة » .

(٩) في (أ) : « ومن » .

(١٠) الصحيح : اشتراطُ البلوغ . انظر : الروضة : (٥ / ٤٣٩) .

الحكم الرابع : رِقُّه وحريته .

وللقيط أربعة أحوال :

الحالة الأولى : إذا لم يَدَّعِ أحدٌ رقَّه .

فالأصلُ فيه الحرية في كل ما يخصه [١] ، ولا يتعلق بغيره فينبني [٢] فيه الأمر [٣] على الأصل [٤] ؛ إذ يحكم له بالملك ، ويصرف ماله [٥ إلى بيت ٥] المال إذا مات .

ولو [٦] جنى فالأرشُ على بيت المال ؛ لأنه [٧ لم يتوقف ٧] في توريث بيت المال منه [٨] ، فكذا في تغريمه ؛ لأنه بإزائه .

أما ما يتعلق بالغير : فإن أتلف متلفٌ ماله [٩] وغرمه [له] [١٠] ؛ إذا [١١] الغرم لابد منه ، ولا أَرَبَ للغارم في مصرفه ، وإن قتله عبدٌ قُتِلَ به .

وإن قتله حُرٌّ ، فحاصل الخلاف ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يجب القصاص أو الدية ، فإن الأصل الحرية إلى أن يظهر نقيضه ولم يظهر .

---

(١) في (أ) : « فكلما يخصه » .

(٢) في (أ) : « فَيُبْتَنى » .

(٣) في (أ) : « الأمر فيه » .

(٤) قال الحموي : « قوله في باب اللقيط : (إذا لم يَدَّعِ أحدٌ رِقَّه فالأصلُ فيه الحرية : فكل ما يخصّه ولا يتعلق بغيره فينبني الأمر فيه على الأصل) فإن قيل : فأَي فائدةٍ في ذكر الشيخ (إذا لم يدع أحدٌ رقَّه) ومعلومٌ أن الحكم كذلك في دعوى رقه ، فعلى هذا لا فائدة ظاهرة فيه .

قال المصنف : إنما ذكر الشيخُ ذلك احترازًا في وجه ذكره بعض الأصحاب وهو مخصوص بالتقاط الصغير وادعاء رقه فإنه يقبل دعوى الرقّ ، وإذا كان ذلك القيدُ بيانًا لمحلِّ الاتفاقِ دون محل الاختلاف ، وبه خرج الجوابُ » . مشكلات الوسيط (١١٩ / ب) .

(٥) في (أ) : « لبيت » .

(٦) في (أ) : « وإن » .

(٧) في (أ) : « لا يتوقف » .

(٨) قوله : « منه » ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « متاعه » .

(١٠) زيادة من (أ) .

(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « إذا » ، والمثبت من (أ) .

والثاني : أنه تجب الدية دون القصاص ؛ لأن االقصاص يسقط بالشبهة ، وهذه شبهةٌ ظاهرة .

والثالث : أنه يجب أقل الأمرين من الدية أو القيمة ؛ إذ لا تُشْغل [1] الذمة البريئة إلا بيقين ، وقد ذكرنا قولًا في سقوط قصاص مَنْ لا وارث له على التعيين ؛ فذلك القول عائدٌ ها هنا .

وإنما الأوجه الثلاثة تفريعٌ على القول الآخر .

الحالة الثانية : أن يَدَّعيَ [2] مُدَّعٍ لرقِّه بغير بينة .

فإن لم يكن في يده فلا تُقبل دعواه ، وكذا إن كان في يده ، واليدُ يدُ الالتقاط ، لأنَّا عرفنا مستنده .

وفيه وجه : أنه يحكم له بالرق بيد الالتقاط ، كمن وجد ثوبًا في طريق فادعى ملكه .

وهو ضعيف ؛ لأنه لا حقَّ للثوب في الانفكاك عن الملك ، وللصبيِّ حقٌّ فيه .

وإن لم تكن يد الالتقاط [3] ، بل وجدناه في يده ، وهو يزعم أنه رقيقه فهو مُصدَّق ، فإن بلغ الصبيُّ فأنكر [4] ، ففي احتياج السيد إلى البينة وجهان سَبَقَ نظيرهما في النسب [5] .

الحالة الثالثة : أن يُقيم المدَّعي بينةً على الرق مطلقًا .

فحاصلُ المَذهب ثلاثةُ أقوال :

أحدها : أنها [6] تُسمع ، كالبينة على الملك [7] .

والثاني : لابُدَّ من ذكر السبب ؛ لأنّ أمر الرِّقِّ خطيرٌ ، وربما عولت البينةُ على ظاهر

---

(١) في (ب) : « يشغل » .

(٢) في (أ) : « يظهر » .

(٣) في (أ) : « التقاط » .

(٤) في (أ) : « وأنكر » .

(٥) وأصحُّ هذين الوجهين : أن السيد لا يحتاج إلى بينة . انظر : الروضة : (٥ / ٤٤٣ ، ٤٤٤) .

(٦) في (أ) : « أنه » .

(٧) وهذا القول هو اختيار المزني ، وهو نصه في (الدعاوى) وفي القديم . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٤٤٤ ، ٤٤٥) .

اليد [١] .

والثالث - وهو الأصح - [٢] : أن يد المدعي إن كانت عن جهة الالتقاط [٣] فلا بد من ذكر السبب ؛ لأن [٤] البينة ربما استندت إلى هذه اليد التي لا دلالةَ لها .

وإن لم يكن للمدعي يد ، أو لم يكن له يدُ التقاطٍ سُمعت البينة .

التفريع :

إن قلنا لابد من التقيد ، فالقيد [٥] أن يقول : هذا رقيقي ولدتْه جاريتي المملوكةُ في ملكي وعلى ملكي .

فلو [٦] اقتصر على أنها [٧] ولدته جاريته المملوكة ، فوجهان :

أحدهما : لا ؛ إذ قد تلد الجارية المملوكةُ ولدًا حرًا عن وطء بشبهة [٨] .

والثاني : نعم ؛ إذ غرضُ التقيد أنْ يأمن استنادَ البينة إلى ظاهر اليد [٩] .

---

(١) وهذا القول هو الأصح عند الإمام والبغويِّ والروياني ، وآخرين . انظر : الروضة : (٥ / ٤٤٥) .

(٢) قال في الروضة بعد أن ذكر القولين السابقين : « قلت : كل من الترجيحين ظاهر ، وقد رجح الرافعي في « المحرر » الثاني . والله أعلم . ويجري القولان ، سواء كان المدعي هو الملتقِط أو غيره ، هكذا ذكره الجمهور . وذكر الإمام كلامًا يُتَخَّرج منه ومما ذكره غيره قولٌ : أن البينةَ المطلقة تكفي في غير الملتقط ، ولا تكفي فيه . والمذهبُ : أنه لا فرق » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤٤٥) .

(٣) في (أ) : « التقاط » .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) في (أ) : « فالمقيد » .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) في (أ) : « أنه » .

(٨) في (أ) : « شبهة » .

(٩) قال في الروضة : « وإن شهدوا أنه مِلْكه ولدتْه مملوكتُه ، قال البغوي : يكفي قطعًا .

وإن شهدوا بأن أَمَتَه ولدتْه في ملكه ، قال الأصحاب : يكفي قطعًا . وقال الإمام : لا يكتفى به ، تفريعًا على وجوب التعرض لسبب الملك ، فقد تَلِدُ في ملكه حرًا بالشبهة وفي نكاح الغرور ، وقد تلد مملوكًا لغيره بأن يوصي بحملها وتكون الرقبة للوارث ، وهذا حَقٌّ » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤٤٥) .

ثم لو قيدت البينة الرق بالسبي أو الشراء أو الإرث كان كما لو قيدتْه بالولادة ؛ إذ المقصودُ دَفْعُ حيال الإطلاق .

الحالة الرابعة : أن يَبْلغ اللقيطُ ويُقِرّ على نفسه بالرقّ للمدعي .

نُظِرَ ، فإن لم يَسْبق [1] منه ما يناقض هذا الإقرارَ قُبِلَ قولُه على الصحيح [2] ؛ إذ لم تكن الحريةُ مجزومةً ، بل كان بناءً على الظاهر .

وذكر صاحبُ التقريب قولًا : أنه لا تُقْبل ؛ تفريعًا على أنه لو أعرب بالكفر لم يُجعل كافرًا أصليًا ، مراعاةً لاستصحابِ حكم الإسلام ، وكذا [3] استصحاب أصل الحرية ، وهو بعيد .

أما إذا سبق منه ما يناقضُه ، نُظِرَ : فإنْ سبق إقرارٌ بالحرية قَطع العراقيون والقاضي حسين بأنه لا يُقبل إقراره ؛ إذْ لله – عز وجل – حقّ في حرية العباد ، وقد ثبت بإقراره ، فليس له إبطاله [4] .

وقطع الصيدلاني بالقبول ، كما لو أنكر حق الغير ثم أَقَرَّ ، وكالمرأة إذا أنكرت الرجعةَ ثم أقرتْ .

ولو كان يرعي [5] حقّ الشرع لما قبل إقرار اللقيط ابتداءً ، وقد حكم بحريته بناءً على الظاهر .

أما إذا سبق إقرارٌ [6] بالرق لإنسانٍ [6] ، فأنكر المُقَرُّ له فأقر بالرق لغيره : حكى العراقيون من نص الشافعي – رضي الله عنه – أنه لا يقبل إقراره الثاني ؛ لأنه إذا ردّ إقرارَه الأول عاد إلى يدِ نفسِه ، فكأنه [قد] [7] تَمّ الحكم بحريته ، والثاني نقض [8] .

---

(١) في (أ) : « يظهر » .

(٢) وهذا هو المشهور . انظر : الروضة : (٥/٤٤٧) ، مغني المحتاج : (٢/٤٢٥) ، نهاية المحتاج : (٥/٤٦٠) .

(٣) في (أ) : « فكذا » .

(٤) وهذا هو المذهب . انظر الروضة : (٥ / ٤٤٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٥) .

(٥) في (أ) : « يدعي » .

(٦) في (أ) : « الإنسان بالرق » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) انظر : مختصر المزني : (٣ / ١٣٨) ، روضة الطالبين : (٥ / ٤٤٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٥) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٦٠) .

وخرَّج ابن سريج قولًا : أنه يقبل ؛ إذِ الإقرارانِ متوافقانِ [1] على الرقّ ، وإنما الاختلافُ في الإضافة إلى السيد .

أما إذا لم يسبق إقرار ، ولكن سبق تصرفاتٌ تستدعي الحريةَ من نكاحٍ وبيعٍ وغيره ، فهذا لا يمنعه من أن يقر على نفسه [2] فيقبل إقراره [2] بالرق .

ويظهر أثره في كل ما [قدر] [3] عليه ، كما إذا لم يسبق التصرف ، وهل يُقبل فيما يقر بغيره ؟ فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : / أنه يقبل ؛ لأنّ الأمر فيه لا يتجزأ ، فيصير إقرارُه كقيام البينة . ١٢٩/ب

ولو قامت البينة على رقِّه لَقُبِلَ مطلقًا فيما له وعليه ، وسلك بتصرفاته السابقة مسلك الصادر من الرقيق بغير إذنه .

فذلك [4] لا يخفى حكْمُه والتفريعُ عليه ، فكذلك هذا .

والثاني : أنه لا يقبل فيما يَضُرُّ بغيره ؛ إذ سبق منه تصرفٌ هو التزامٌ لحقوق الأعيان ، فلا تقبل [5] مناقضته [6] .

والثالث : أنه لا يقبل فيما مضي ؛ لأنّ الالتزام مقصورٌ عليه ، وفي المستقبل هو رقيقٌ مطلق فيما له وعليه .

ويتفرع على القولين الآخرين فروعٌ :

الأول : لقيطة نكحت ، ثم أقرت بالرقّ ، فالناكحُ دائمٌ ؛ لأن في [7] قطعه إضرارًا

---

(١) في (أ) : « يتوافقا » .

(٢) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) : « وذلك » .

(٥) في (أ) : « يقبل » .

(٦) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الروضة : (٥ / ٤٤٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٥) .

(٧) قوله : « في » ليس في (أ) .

بالزوج ، والوطءُ وإن كان مستقبلًا فهو في حكم الماضي (1) وولدها الذي (1) انفصل [منها] (2) قبل الإقرار حُرٌّ ، ولا قيمةَ على الزوج ؛ إذ فيه إضرار .

وفي المستقبل تُرَقُّ الأولادُ إنْ فرقنا بين الماضي والمستقبل .

ولا يجعل الولد كالمستوفى بالنكاح ؛ لأنه موهومٌ ، بخلاف استحقاق الوطء .

وأما المهر : فللسيد المطالبةُ بأقلّ الأمرين من المسمَّى أو من المثل .

فإن (3) كان المسمى أقلَّ ، ففي الزيادة إضرارٌ بالزوج ، وإن كان مهر المثل أقل فالسيدُ لا يدّعي أكثر منه .

أما العِدَّة : فإذا طلقها الزوجُ طلاقًا رجعيًا . اعتدت بثلاثة أقراء . لأنه استحق الرجعة في الثالثة ، وفيه إضرار به (4) .

وكذا إن كان الطلاق بائنًا ؛ لأن نفس العدة حقّ للزوج ، وإلا إذا قبلنا إقرارها (5) فيما يَضُرُّ بالغير في المستقبل .

ويحتمل أن يقال : هذا كالمستحق بالعقد السابق ، كما في الوطء .

فإن مات الزوج : قال الشافعي - رضي اللّه عنه - : تعتدُّ بشهرين وخمسة أيام ؛ إذ حق الزوج إنما يَحْسُنُ مراعاتُه في حياته (6) .

---

(1) في الأصل ونسخة (ب) : « وأولادها التي » ، والمثبت من (أ) .

(2) زيادة من (أ) . (3) في (أ) : « وإن » .

(4) انظر : مشكلات الوسيط للحموي : (ق ١٢٠ / أ) .

(5) في (أ) : « إضرارها » .

(6) انظر : مختصر المزني : (٣ / ١٣٧) ، روضة الطالبين : (٥ / ٥٥٠) .

فمن أصحابنا من قال : إن سقط حقه فلا عدة ، (لأنها تدعي [1]) بطلان النكاح من الأصل ، بل عليها الاستبراء إن وطئت [2] ، وإلا فلا شيءَ عليها ، والنصُّ ما ذكرناه ، وكأنَّ الشافعي – رضي اللّه عنه – ينظر في أصل العِدَّة إلى حق الشرع ، وفي تفصيله [3] إلى حق الزوج .

أما تسليمها إلى الزوج نهارًا فيجب ؛ لأنه [4] مستحق بالعقد السابق ، ففي المنع إضرارٌ .

[الفرع] [5] الثاني : لقيطٌ نَكَح ، ثم أَقَرَّ بالرق [6] .

فإن [7] قبلنا الإقرار مطلقًا ، فقد بان بطلانُ النكاح من أصله ، ولا يخفى حكمُ وطءِ الرقيق في مهر المثل إن جرى .

وإن لم نقبل فيما مضي ، فقد بطل حقه [8] من [9] بضعها في المستقبل في [10] الحال فكأنه طلاقٌ ، فيجب نصفُ المهر متعلقًا بذمته وكَسْبِه إن لم يكن وطئ ، وإن كان [وطئ] [11] فتمامُ المُسَمَّى ؛ لأن الوطْء جرى في نكاح لم يتبعه بالإبطال فيما مضى ، فلا يجب [إلا] [12] مهر المثل .

[الفرع] [13] الثالث : لقيطٌ باع واشترى ثم أقرَّ .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « لأنها لا تدعي » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « وطئ » ، والمثبت من (أ) ، ومن نسخة أخرى ، كذا على هامش الأصل .

(٣) في (أ) : « تفصيلها » .

(٤) في (أ) : « لأنها » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) انظر : مشكلات الوسيط للحموى : (ق ١٢٠ / أ) .

(٧) في (أ) : « فقد » .

(٨) في (أ) : « حقه » .

(٩) في (أ) : « حقه » .

(١٠) في (أ) : « في » .

(١١) في (أ) : « من » .

(١٢) زيادة من (أ) .

(١٣) زيادة من (ب) .

فهذا أمر قد مضي ، فإن لم يقبل قولهُ في الماضي لم يتبع ما مضى . وإن قُبل قوله [عمومًا] [١] قدرنا أنّ تيك التصرفات صدرتْ من عبد غير مأذون ، فيستردُّ أعيانَ الأموال ، ويرد الأثمان .

وما تلف [٢] في يدهم [٣] مضمونة للسيد ، وما تلف في يد العبد فيتعلّق [٤] بذمَّةَ العبد لا برقبته وكَسْبه ، كديونِ معاملة العبد ، ولا [٥] ينفع العاملَ ظنُّه حريتَه عند التصرف .

[الفرع] [٦] الرابع : جَنَى اللقيطُ ثم أقر بالرِّق :

اقتُصَّ منه ، أو تعلّق الأرْشُ برقبته .

وإن جُنيَ عليه اقتصَّ إن كان الجاني رقيقًا [٧] ، وإن كان حرًّا عدل إلى الأرش. فإن قطع إحدى يديه وتساوتْ القيمة ونصف الدية ، فذاك .

وإن كان نصفُ القيمة أقلَّ فليس للسيد إلا ذاك [٨] ، فإنه لا يطلب مزيدًا .

وإن كان نصفُ القيمة أكثرَ ، فُرِّعَ على الأقوال :

فإن قبلنا الإقرارَ مطلقًا لزم .

وإن بَعَّضْنَا ، اقتصر على نصف الدية ، فإنه إضرارٌ بالجاني .

وفيه وجه : أن التغليظَ على الجاني أَوْلَى .

فرع به الاختتام :

إذا قذف لقيطًا بالغًا ، وادّعى رقَّه ، فادعى [٩] اللقيطُ حريةَ نفسهِ ، فقولان :

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « يتلف » .

(٣) في (أ) : « أيديهم » .

(٤) في (أ) : « يتعلق » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فلا » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « عبدًا » .

(٨) في (أ) : « ذلك » .

(٩) في (أ) : « وادَّعى » .

أحدهما : القولُ قولُ القاذف ؛ لأنّ الأصلَ براءة ذمته .

والثاني : القولُ قولُ اللقيط ؛ لأنّ الأصل الحريةُ ، وهو من تقابل الأصلين [١] .

وإن قَطَع حرٌّ طرفَه ، وجرى هذا [٢] النزاعُ فطريقان :

أحدهما : طرد القولين .

والثاني : القطعُ بالقصاص ؛ إذ [لو] [٣] لم نُوجِب لعدلنا إلى القيمة ، وهي أيضًا مشكوكٌ فيها .

أما الحدّ إذا تُرك ، فالتَّعْزِيزُ مُسْتيقنٌ بكل حال . واللّٰه تعالى أعلم وأحكم .

(١) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٥ / ٤٥٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٦) .

(٢) قوله : « هذا » ليس في (أ) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

كتاب الفرائض

والأصل فيها قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾ [١] ، وقال ﷺ : « إن الله تعالى لم يُكِلْ قَسْمَ [٢] مواريثكم [٣] إلى ملك مقرب ، ولا إلى نبي مرسل [٣] ، ولكن تولَّى بيانَها فقسمها أبْيَنَ قَسْمٍ » [٤] .

وقال – عليه السلام – : « تعلموا الفرائضَ وعَلِّموها الناسَ ، فإنها نصفُ العلم ، وإني امرؤ مقبوض ، وسيُنزع العلمُ من أمتي حتى يختلف رجلان [٥] في فريضة فلا يجدان مَنْ يعرف حُكمَ الله فيها » [٦] .

---

(١) سورة النساء : من الآية (١١) .

(٢) في (أ) : « قسمة » .

(٣) في (أ) : « إلى نبي مرسل ولا إلى ملك مقرب » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قال ﷺ : « إن الله لم يكل قسمة مواريثكم إلى نبي مرسل ولا إلى ملك مقرب ، ولكن تولى بيانها فقسَّمَهَا أبين قسم) الثابت في هذا أن المعنى : أن الله أعطى كل ذي حق حقه ، ولا وصية لوارث . رواه الترمذي وغيره عن رسول الله ﷺ من حديث عمرو بن خارجة – أحد الصحابة – وقال : هذا حديث حسن صحيح . وروى أيضًا من حديث أبي أمامة وأنس بن مالك رضي الله عنهم ، وقوله : (أبين قَسْم) هو بفتح القاف والقِسم – بالكسر – : النصيب » . المشكل (٢/٦١أ – ٦١ب) .

وسيأتي تخريج الحديث الذي أشار إليه ابن الصلاح في أوائل كتاب الوصايا بعد هذا الكتاب فليراجع هناك .

أما هذا الحديث : فقد أخرج أبو داود أن النبي ﷺ قال : « إن الله تعالى لم يَرْضَ بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها فجزَّأها ثمانية أجزاء » . انظر : سنن أبي داود : (٢/١٢١) كتاب الزكاة – باب من يعطي الصدقة وحد الغنى (١٦٣٠) ، وسنن الدارقطني : (٢/١٣٧) . وأخرج الترمذي والنسائي وابن ماجة عن النبي ﷺ قال : « إن الله عز وجل قد قسم لكل إنسان نصيبه من الميراث » وقال الترمذي : حسن صحيح . انظر الحديث والتعليق عليه في سنن الدارقطني : (٤/١٥٢ ، ١٥٣) .

(٥) في (أ) : « الرجلان » .

(٦) قال ابن الصلاح : « حديث (تعلموا الفرائض) فقد روي من حديث أبي هريرة وابن مسعود ، وأسانيده ضعيفة ، والله أعلم . روينا عن سفيان بن عيينة قال : إنما قيل الفرائض نصف العلم ، لأنه تبتلى به الناس كلهم . وقال بعض أئمتنا : إن للإنسان حالتين ، حالة حياة وحالة ممات ، والفرائض أحكام الموت . قلت : وتكون لفظة (النصف) هاهنا عبارة عن القسم الواحد من قسمين ، وإن لم يتساويا ، =

وقد اختلف [١] الصحابة في تفصيل الورثة ، واختار الشافعي - رضي الله عنه - مذهب زيد ؛ لأنه أقربُ إلى القياس ؛ ولقوله - عليه السلام - : « أفرضكم زيد » [٢] . فنقتصر [٣] على ذكر مذهبه [٤] .

فالوراثة تارة تكون بسببٍ عام : كجهة الإسلام ، وأخرى بسبب خاص : كالنكاح

= كما قال الشاعر :

إذا متُّ كان الناسُ صنفين شا مت وآخر مثنٍ بالذي كنت أصنع » .

المشكل (٦١/٢ب) .

وقد أخرج الحديث بقريب من هذا اللفظ الحاكم في المستدرك . وأخرج الترمذي نحوه مختصرًا : (٣٦٠/٤) (٣٠) كتاب الفرائض (٢) ما جاء في تعليم الفرائض (٢٠٩١) ، ولفظُه : «تعلموا القرآن والفرائض وعلموا الناس فإني مقبوض » . وأخرجه ابن ماجه : (٩٠٨/٢) (٢٣) كتاب الفرائض (١) باب الحث على تعليم الفرائض (٢٧١٩) ، والبيهقي في السنن الكبير : (٢٠٨/٦،٢٠٩) ، والدارقطني : (٨١/٤-٨٢) .

(١) في (أ) : « اختلف » .

(٢) قال ابن الصلاح : « وقوله ﷺ : (أفرضكم زيد) رويناه بإسناد جيد من حديث أنس ، وهو حسن أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه ، والله أعلم » . المشكل (٦١/٢ب) .

وقد أخرجه الترمذي في السنن : (٦٢٣/٥) (٥٠) كتاب المناقب (٣٣) باب مناقب معاذ بن جبل وزيد ابن ثابت (٣٧٩٠) ، (٣٧٩١) ، في حديث طويل . وابن ماجه : (٥٥/١) المقدمة (١١) في فضائل أصحاب رسول الله ﷺ (١٥٤) ، وأحمد : (١٨٤/٣،٢٨١) .

(٣) في (أ) : « فليقتصر » .

(٤) قال الحموي : « قوله في كتاب الفرائض : (واختار الشافعي مذهب زيد ؛ لأنه أقرب إلى القياس) إلى قوله : (فليقتصر على ذكر مذهبه) ، مفهوم ما ذكره الشيخ يقتضي أن المجتهد يجوز له أن يقلد مجتهدًا آخر ، فإنه قال : (فليقتصر على ذكر مذهبه) . جوابه : أن الشيخ لم يُرِدْ إلا موافقةَ دليلِ مذهبه، ولهذا قال : وهو أقرب إلى القياس ، ولا شك بأن لا تتصور الأقربية إلا بمعرفة الدليل » . مشكلات الوسيط (١٢٠ / أ) .

وقال الترمذي : « اختصار الفرائض مما سمعته من الشافعي ، ومن الرسالة ، ومما وضعته على نحو مذهبه ؛ لأن مذهبه في الفرائض نحو قول زيد بن ثابت » . مختصر المزني : (١٣٨/٣) .

والولاء ، وتارة النسب [١] .

والوارثون [٢] من الرجال عندنا عشرة :

من جانب العُلُو : / الأب ، وأب الأب وإن علا . ١٣٠/أ

ومن جانب السُّفْل : الابن ، وابن الابن وإن سَفَلَ .

ومن الطرف : الأخ ، وابنه إلَّا أن يكون ابن أخٍ لأم ، والعم وابنه إلا أن يكون عمًّا لأم ، فإنه لا يرث ولا ولده .

فيبقى اثنان وهما : المعتق ، والزوج .

والوارثات من النساء سبع :

الأم ، والجدة ، والبنت ، وبنت الابن ، والأخت ، والزوجة ، ومولدة المعتقة .

ومن عدا هؤلاء ، كأب [٣] الأم ، وأولاد البنات ، وأولاد الإخوة من الأم ، وأولاد الأخوات ، والعمات ، والخالات ، والأخوال ، وأولادهم فهم من ذوي الأرحام ، لا ميراث لهم عندنا ، بل الفاضل من المستحقين المذكورين لبيت المال [٤] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « تقسيمه ما ثبتت به الوراثة إلى سبب ونسب مع أن السبب سببٌ وجهةٍ ، أن المراد : أنه ينقسم إلى سببٍ غيرِ النسب وإلى نسب ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦١ب) .

(٢) في (أ) : « والوارث » . (٣) في (ب) : « كأبي » .

(٤) قال ابن الصلاح : « ذوو الأرحام أحد عشر صنفًا ، ترك منهم كل بنات الأعمام والجدات الساقطات ، وتخصيص هؤلاء باسم (ذوي الأرحام) اصطلاحٌ عن الفقهاء والفرضيين ، واسم ذوي الأرحام في الأصل شامل للوارثين ، وما صار إليه صاحب الكتاب من القول بعدم الصرف إليهم وإن عدم بيت المال هو اختيار صاحب « المهذب » ، وعلى هذا يصرف التركة القاضي إن وجد شرطه إلى مصارف بيت المال ، وإن لم يوجد صرفها إليها بعض أهل العدالة .

والغالب على أكابر أئمتنا في الأعصار المتأخرة الفتوى بالصرف إلى ذوي الأرحام ، لفساد بيت المال ، وقال أبو الحسين بن سراقة – أحد أئمتنا الكبار من قبل أربع المائة – : كان أبو العباس بن سريج يورث =

وتفصيل النظر في (١ الوارث المذكورين ١) تحصره أبواب :

* * *

= ذوي الأرحام ، ويقول : قد ارتفع بيت المال فذوو الأرحام أحق . قال ابن سراقة : وهو قول عامة شيوخنا ، وعليه الفتوى اليوم في الأمصار .

قلت : ومن يقول بتوريث ذوي الأرحام يُقدّم الردَّ على ذي الغرض سوى الزوج والزوجة . ثم منهم من يقول : يصرف إلى ذوي الأرحام على سبيل المصلحة إلى جميعهم ، على اختلاف بينهم في اختيار مذهب أهل التنزيل أو مذهب أهل القرابة ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦١ب ـ ٦٢أ) .

(١) في (أ) : « الوارث المذكور » .

الباب الأول

في مقادير أنصباء ذوي الفروض (١)

والورثة قسمان : ذو فرض ، وعصبة .

وذو الفرض : مَنْ له سهمٌ مقدَّرٌ شرعًا لا يزيد ، وهم أصناف .

[الصنف] (٢) الأول : الزوج والزوجة

وللزوج النصف ، وللزوجة الربع ، إذا لم يكن للميت ولدٌ وارث ، (٣ ولا ولدُ ابْنٍ وارثٍ ٣) . فإن كان فللزوج الربع ، وللزوجة الثُّمُنُ .

(٤ وإن اجتمعت نسوة ٤) فلهن الثمنُ أو الربع ، (٥ يُشْرَكْنَ فيه ٥) ، ولا يزيد بزيادة العدد .

* * *

(١) في (أ) : « الفرائض » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) العبارة غير موجودة في (أ) ، ويبدو أيضًا أنها لم تكن موجودة في النسخة التي وقعت لابن الصلاح وعلق عليه مشكله ، حيث قال : « قوله في الزوجين : (إن لم يكن للميت ولد وارث) فاكتفى بهذا عن أن يقول : (أو ولد ولد وارث) خارج على قول من قال من أصحابنا : إن اسم الولد شامل لولد الولد ، لكن الصحيح : أن اسم الولد لا يشمل ولد الولد إلا بطريق المجاز ، فلا سبيل إلى أن يقال هاهنا : إنه أراد بالولد الولدَ الحقيقي والمجازي معًا لأنه يجوز - عنده وعند الجماهير على ما عُرِفَ في أصول الفقه - استعمالُ اللفظ الواحد في معنييه الحقيقي والمجازي معًا ، ولا عذر له في الاقتصار على ذكر الولد في كتاب اللّه تعالى فإن مثل ذلك يقع في النصوص موكولًا إلى قياس القياسيين المجتهدين ، والمصنف عليه بيان المقيس والمنصوص في مواطن التقسيم ، واللّه أعلم » . المشكل (٦٢/٢أ) .

(٤) في (أ) : « فإن اجتمع النسوة » .

(٥) العبارة ليست في (أ) .

الصنف الثاني : الأم والجدة

وللأم الثلث ، إلا في أربع مسائل :

إحداها : زوج وأبوان .

والثانية (١) : زوجة وأبوان .

فلها في المسألتين ثلثُ ما يبقى (٢) بعد نصيب الزوج والزوجة (٣) .

الثالثة : إذا كان للميت ولدٌ وارث ، (٤ أو ولدُ ابنٍ وارث ٤) ، فإنه يَرُدُّ الأمَّ [من الثلث] (٥) إلى السدس (٦) .

---

(١) في (أ) : « الثانية » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (فلها في المسألتين ثلث ما يبقى) ولم يقولوا : السدس ، ولا : الربع ، محافظة على لفظ الكتاب العزيز في قوله تبارك وتعالى : ﴿ فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ﴾ [النساء : ١١] » . المشكل (٢/٦٢ب) .

(٣) وهاتان المسألتان هما اللتان تسميان بالعمريتين ؛ لقضاء عمر – رضي اللّه عنه – فيهما وموافقة جمهور الفقهاء من الصحابة له ، وتسميان أيضًا (الغراوان) مثنى (غراء) من الوضوح والظهور والشهرة ، وصورتهما على النحو التالي :

الأولى : أن يكون في المسألة زوج وأم وأب ، فللزوج النصف ، وللأم ثلث الباقي ، بعد النصف – وهو السدس – ، والأب يأخذ الباقي النهائي – وهو الثلث – لأننا لو حكمنا في هذه الحالة للأم بثلث المال كله لتبقى للأب السدس ، ومن ثم نكون أعطينا الأم – وهي أنثى – ضعف الأب – وهو ذكر – ، ونكون بذلك مخالفين المبدأ القرآني في الإرث : ﴿ للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾ وذلك في حالة تساويهما في درجة القرابة بالنسبة للميت .

الثانية : أن يكون في المسألة زوجة وأم وأب ، فللزوجة الربع ، وللأم ثلث الباقي – وهو الربع – ، والباقي النهائي للأب وهو النصف .

وهذا الرأي هو ما ذهب إليه – موافقًا لعمر – زيد بن ثابت وعبد اللّه بن مسعود وعثمان بن عفان وآخرون ، وبه أخذ جمهور الفقهاء من بعدهم .

(٤) العبارة ليست في (أ) . (٥) زيادة من (أ) .

(٦) وذلك لقوله تعالى : ﴿ ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ﴾ النساء : من الآية (١١) .

الرابعة : إذا كان للميت اثنان من الإخوة أو الأخوات فصاعدًا ، فلها السدس [1] .

أما الجدة : فلها السدس أبدًا .

وإن اشتركت [2] جماعةٌ في درجةٍ اشتركْنَ في السدس ، وإن [3] كانت واحدةٌ جدةً [4] من جهتين لم يزد نصيبُها .

والجدة الوارثةُ هي التي تُدْلي بوارثٍ ، وهل كلُّ جدةٍ تدلي بمحضِ الذكور ، كأمِّ أبِ الأب ، أو بمحض الإناث كأمِّ أمِّ الأم ، أو بمحض الإناث إلى محض الذكور كأم أمِّ أبِ الأب .

فأما [5] إذا أدلت بذكرٍ بين أُنثيَيْنِ فلا [6] تَرِثُ ؛ لأن الذي تدلي به هو أبُ [7] أمٍّ ، أو أبُ [8] جدةٍ ، وهو [9] من ذَوي الأرحام .

وقال مالك - رحمه الله - : كلُّ جدةٍ تدلي بذكرٍ [10] فهي لا ترث [10] ، إلا أمَّ الأبِ وأمهاتِها من قِبَلِ الأم ، فأما من تدلي بذكرٍ آخر سوى الأب فلا ترث .

وهو قول للشافعي [11] - رضي الله عنه - ، والصحيح : هو الأول [12] .

* * *

---

(١) وذلك لقوله تعالى : ﴿ فإن كان له إخوة فلأمه السدس ﴾ النساء : من الآية (١١) ، وأقل الجمع الذي يطلق عليه لفظ (إخوة) اثنان ، كما هو مقرر عن علماء الفرائض واللغة .

(٢) في (أ) : « اشتركن » .

(٣) في (ب) : « إن » .

(٤) « جدة » ليست في (أ) .

(٥) في (أ) : « وأما » .

(٦) في (أ) : « لم » .

(٧) في (أ) : « أبو » .

(٨) في (أ) : « أبو » .

(٩) في (أ) : « هي » .

(١٠) في (أ) : « فهي لا ترث » .

(١١) في الأصل ، (ب) : « الشافعي » ، وما أثبتناه من (أ) ، وهو الصحيح .

(١٢) انظر : روضة الطالبين : (٩/٦) ، ومغني المحتاج : (١٦/٣) . وراجع مذهب مالك في الكافي : (٥٦٧) ، والقوانين الفقهية : (٣٩٧) .

الصنف الثالث : الأب والجد

أما الأب : فيرث بالفرضية المحضةِ السدسَ ، إن كان للميت ابنٌ أو ابنُ ابنٍ ، وتكون العصوبة للابن [١] .

ويرث بالتعصيب المحض إذا لم يكن للميت إلا زوجٌ أو زوجة ، أو لم يكن وارثٌ أصلًا [٢] .

ويَجْمَعُ بين الفرض والتعصيب إن كان للميت بنتٌ أو بنتُ ابنٍ ، فله السدسُ وللبنت أو بنت الابن نصيبُها ، وما فَضَل يُصْرَفُ إلى الأب بالعصوبة .

والجد عند عدم الأب يقوم مقامَ الأب ، إلا في أربع مسائل :

الأولى : زوج وأبوان .

والثانية [٣] : زوجة وأبوان .

للأم في الصورتين ثلثُ ما يَبْقَى ، فإن كان بَدَلَه جدٌّ فللأم الثلث كاملًا .

الثالثة [٤] : الأب يَحْجُبُ الإخوة ، والجدُّ لا يحجب إلا الأخَ للأم ، ويُقاسم الباقين .

الرابعة : الأب يحجب أمَّ نفسِه ، والجد أيضًا يحجب أم نفسه ولكن لا يحجب أمَّ الأب ، لأنها زوجتُه ، وهذا أوضح [٥] .

---

(١) وذلك لقوله تعالى : ﴿ ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ﴾ [النساء : ١١] .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الأب : (يرث بالتعصيب المحض إن لم يكن للميت إلا زوج أو زوجة) أو لم يكن له إلا أم أو جدة ، ولا يعدد المصنف في ترك البعض إذا كان الكلام في بيان أقسام التقسيم ، لما لا يخفى ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦٢ب) .

(٣) في (أ) : « الثانية » .

(٤) في (أ) : « الثالث » .

(٥) في (أ) : « واضح » . قال الحموي : « قوله : (الجد يقوم مقام الأب إلا في أربع مسائل) وذكر في الرابعة : (أن الأب يحجب أم نفسه) ومعلوم أنه لا حاجة إلى ذكره ، فإنه مندرج تحت المستثنى منه لما لا يخفى » . ثم قال الحموي رَدًّا على ذلك : « مراده بذلك الاستثناء : أن الجد يحجب أم نفسه ولا يحجب أم الأب ، لأنها زوجته ، وما ذكره أولًا توطئة للاستثناء ؛ لكونه من متعلقاته » . مشكلات الوسيط (١٢٠ب) .

الصنف الرابع : الأولاد

فإن تمحض أولاد الصُّلْب ، فالذكر الواحد يستغرق المالَ بالعصوبة .

وإن كان فيهم ذكورٌ وإناث : فالمال بينهم للذكر مثلُ حظ الأنثيين .

وإن [١] كان بنتٌ واحدة [١] فلها النصف [٢] ، وإن [٣] كانتا اثنتين فصاعدًا فلها الثلثان لا يزيد بزيادةِ عددهن .

وأما [٤] أولاد الابن ، فإن تمحضوا فحكمهم حكمُ أولاد الصلب إذا تمحضوا .

فأما إذا اجتمع البطنان ، نُظِر : فإن كان في أولاد الصلب ذكرٌ فقد [٥] حجب مَنْ تحته واستغرق . وإن لم يكن ، نظر : فإن لم يكن إلا بنتٌ واحدة فلها النصف .

ثم ينظر في أولاد الابن ، فإن كان فيهم ذكرٌ فالباقي لهم [٦] للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن لم يكن ذكر فللواحدة منهن وللعددِ السدسُ [٧] تكملةً للثلثين [٧] ؛ فإن الثلثين فرضُ البنات ، وقد بقي منه السدسُ .

أما إذا كان في [أولاد] [٨] الصلب بنتان [٩] ، فلهما الثلثان .

ثم ينظر في أولاد الابن ، فإن كان فيهم ذكرٌ فباقي المال بينهم للذكر مثلُ حظ الأنثيين .

---

(١) في (أ) : « كان بنتًا » .

(٢) وذلك كله لقوله تعالى : ﴿ يوصيكم اللّه في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف ... ﴾ [النساء : ١١] .

(٣) في (ب) : « فإن » .

(٤) في (أ) : « فأما » .

(٥) « فقد » ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « بينهم » .

(٧) ليست في (أ) .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) في (أ) : « اثنتان » .

وإن لم يكن ذكر فيهن ولا أسفلَ منهن فلا شيء لهن ؛ إذ لم يَبْقَ مِن نصيب البنات شيءٌ ، فقد استغرق بناتُ الصلب جميعَ الثلثين .

فإن كان أسفلَ منهما [١] ابنُ ابْنِ ابْنٍ وإن بَعُد يعصبها [٢] ، ويكون المالُ بينهم [٣] للذكر مثل حظ الأنثيين .

مثاله :

بنت ، وبنت ابن ، وبنت ابن ابن :

لبنت الصلب النصفُ ، ولبنت الابن السدسُ تكملةُ الثلثين ، ولا شيء لبنت ابن الابن ، إلا أن يكون معها أو أسفلَ منها ذكرٌ يعصبها [٤] .

بنتان من الصلب ، وبنت ابن :

للبنتين الثلثان ، ولا شيء لبنت الابن .

بنت ، وبنت ابن ، وابن ابن ابن :

للبنت [٥] من الصلب النصفُ ، ولبنت الابن السدسُ تكملة الثلثين ، والباقي لابن ابن الابن . ولا يعصبها هاهنا ؛ لأنها أخذت تكملةَ الثلثين .

* * *

---

(١) أي : من بنتي الصلب .

(٢) أي : يعصب البنات الذي هم في درجته ، أو أعلى منها ولكن دون درجة بنتي الصلب .

(٣) في الأصل ، (ب) : « بينهما » ، والمثبت من (أ) وهو الصواب .

(٤) في (أ) : « فيعصبها » .

(٥) في (ب) : « فللبنت » .

الصنف [1] الخامس : الإخوة [2] والأخوات

أما الإخوة من الأم :

فللواحد [3] منهم السدس ، وللاثنين فصاعدًا الثلثُ لا يزيد حقُّهم بزيادة العدد ، ويتساوى ذكرُهم وأنثاهم [4] في قدر الاستحقاق [5] .

أما الإخوة من الأب والأم [6] :

فحكمهم / عند الانفراد كحكم أولاد الصلب من غير فرق . ١٣٠/ب

وأما الإخوة من الأب :

فحكمُهم - أيضًا - عند الانفراد كحكم الإخوة من الأب والأم من غير فرق ، [7] إلا في مسألة المُشَرَّكة [7] .

---

(١) في (أ) : « الفصل » .

(٢) في الأصل : « في الإخوة » ، ولا حاجة إلى حرف الجر « في » .

(٣) في الأصل : « فللواحة » ، وما أثبتناه من (أ) ، وهو الأولى .

وقد فرق في هذا الحكم بين الواحد والواحدة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وإن كان رجلٌ يُورَثُ كلالةً أو امرأةٌ وله أخٌ أو أخت فلكل واحدٍ منهما السدس ﴾ [النساء : ١٢] . والكلالة : مَنْ لا أَصْلَ له ولا فرع وارثٌ .

(٤) في الأصل : « وإناثهم » ، وما أثبتناه من (أ) ، وهو الأولى .

(٥) وذلك لنص القرآن الكريم على ذلك في قوله تعالى : ﴿ فإن كانوا أكثرَ من ذلك فهم شركاء في الثلث ﴾ [النساء : ١٢] .

(٦) يعني : الإخوة الأشقاء .

(٧) « إلا في مسألة المشرّكة » : جاءت هذه العبارة في الأصل قبل ذلك بقليل ، عند قوله : « كحكم أولاد الصلب من غير فرق إلا ... » ، وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه ؛ اعتمادًا على باقي النسخ وعلى المعنى .

قال ابن الصلاح : « مسألة المشرَّكة : بفتح الراء وتشديدها . فإن قلتَ : ينبغي أن نقول : المسألة المشرَّك فيها . قلتُ : لهذا وجهان ؛ أحدهما : من قبيل ما وقع فيه التوسعُ بحذف (في) منه ، وإجرائه =

فإن اجتمع إخوةُ الأب والأم وإخوة الأب : فحكمهم حكمُ [١] أولاد الصلب وأولاد الابن إذا اجتمعوا ، فالأخُ من الأب والأم يُسْقِطُ أولادَ الأب . وللأخت الواحدة من الأب والأم النصفُ ، وللأخت من الأب معها السدسُ تكملة الثلثين ، وكذلك إن كُنَّ جمعًا فلهن السدسُ تكملة الثلثين .

فإن كان في المسألة أختان من الأب والأم فلهما الثلثان ، وقد استغرقتا ، فلا شيء لأخوات الأب ، إلا إذا كان في درجتها ذكرٌ يعصبها [٢] فيكون الباقي بينهم للذكر مثلُ حظِّ الأنثيين .

ولا يعصبها مَنْ هو أسفلُ منها ، كأولاد الابن [٣] . وفي هذا تُخَالِفُ أولادَ الابن ، فإن بنتَ الابن يعصبها من هو أسفل منها .

فرع : ثلاث أخوات متفرقات [٤] :

للأخت من الأب والأم النصفُ ، وللأخت للأب السدسُ تكملةُ الثلثين ، وللأخت للأم السدسُ فرضًا .

= مجرى المفعول به . ومن ذلك قوله تبارك وتعالى : ﴿ بل مكْرُ الليلِ والنهار ﴾ [سبأ : ٣٣] ، وقولهم : يا سارق الليلة ، وقولهم : نهارُه صائمٌ وليلُه قائمٌ . فعلى هذا يكون التقدير : مسألة القضية المشركة أي : المشرَّك فيها ، والله أعلم . والثاني : أن التقدير : مسألة الإخوة المشركة ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦٢ب) .

ولهذه المسألة أسماء أخرى : كالعمرية والحمارية والحجرية واليَمّية وغير ذلك ، وسيأتي تفصيل القول فيها بعد قليل إن شاء الله .

(١) في (ب) : « كحكم » .

(٢) في (أ) : « فيعصبها » .

(٣) كذا بالأصل وهامش (أ) من نسخة أخرى ، وفي هامش الأصل و (أ) : « الإخوة » بدل : « الابن » . وهو أولى بالاعتبار ؛ لأن الأخت تعصب من حيث الأصل من جهة الأخوة .

(٤) في (ب) : « مفترقات » .

ولو كان في المسألة أختان (١ للأب والأم ١) بدلَ أختٍ واحدة فلها الثلثان ، ولا شيءَ للأخت للأب ؛ إذ لم يَبْقَ تكملةُ الثلثين . وللأخت للأم السدسُ ؛ فإن ذلك فرضٌ مستقلٌّ في حقها .

فإن قيل : وما مسألة المُشَرَّكة التي فيها (٢ يفارق إخوةُ الأب إخوةَ الأب والأم ٢) ؟

قلنا : صورتها : زوج ، وأم ، وأخوان لأم ، وأخوان (٣ لأم وأب ٣) :

فللزوج النصفُ ، وللأم السدسُ ، ولإخوة الأمِّ الثلثُ ، فلا يبقى مال .

فالإخوة من جهة الأب والأم يشاركون أولادَ الأم في نصيبهم ، ولو كان بدلهم إخوةٌ للأب (٤) لسقطوا .

ووقعت المسألة في زمان عمر - رضي اللّه عنه وأرضاه - فأسقط إخوةَ الأب والأم ، فقال أخ (٥) الأب والأم : هَبْ أن أبانا كان حمارًا ، ألسنا من أم واحدة ؟ فشرَّك عمرُ - رضي اللّه عنه - بينهم ، وإليه ذهب زيدٌ وعثمان رضي اللّه عنهما (٦) .

---

(١) في (أ) : « لأب وأم » .

(٢) في (أ) : « يشارك إخوة الأب والأم إخوة الأب » ، وهذا خطأ لأن إخوة الأب لا يشاركون إخوة الأب والأم ، بل يفارقونهم .

(٣) في (أ) : « لأب وأم » .

(٤) في (أ) : « الأب » .

(٥) في (ب) : « إخوة » .

(٦) قال في الروضة : « هذا هو المشهور والمذهب [يشير إلى إشراك الإخوة الأشقاء لإخوة الأم في الثلث] ، وحكى أبو بكر بن لال - من أصحابنا - في المسألة قولين ؛ ثانيهما : سقوط الأخوين للأبوين ، بحسب اختلاف الرواية عن زيد - رضي اللّه عنه - ، والرواية عن زيد - رضي اللّه عنه - مختلفة كما ذكر ، لكن لم أجِدْ لغيره نَقْلَ قولٍ للشافعي - رضي اللّه عنه - لكن ذهب ابن اللبان وأبو منصور البغدادي إلى الإسقاط » . روضة الطالبين : (١٥،١٤/٦) ، وراجع مذهب الشافعي في مختصر المزني : (١٥١/٣) ، وانظر : مغني المحتاج : (١٨،١٧/٣) .

ووافق المالكية الشافعية في إشراك الإخوة الأشقاء للإخوة لأم في هذه المسألة ، ورجَّحوا رأيهم بكونهم يشتركون في أم واحدة ، وهي دالَّة الإرث ، وهذا هو الرأي الراجح الذي عملت به المحاكم الشرعية .

راجع : بلغة السالك على الشرح الصغير للصاوي : (٤٨١/٢) .

وقد أخرج أثرَ تشريكِ عمر للإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم كلٌّ من : البيهقي في السنن الكبرى : (٦/ ٢٥٥-٢٥٦) ، والدارقطني : (٨٨/٤) ، وعبد الرزاق : (٢٤٩/١٠) .

وقال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : يسقطون ؛ لأنهم عصبةٌ كأولاد الأب (١) .

ثم للتشريك شرطان :

أحدهما : أن يكونوا أولادَ الأب والأم ، ليقع التشريكُ بقرابة الأم . فإن (٢) كانوا أولادَ الأب فلا تشريك .

والثاني : أن يكون ولدُ الأمِّ زائدًا على واحد ، فإنه إن كان واحدًا فله السدسُ ويبقي سدسُ العصبة (٣) ، فلا حاجة إلى التشريك (٤) .

هذا حكم الإخوة ، أما أولادهم :

فالإناث منهم لا يرثون ، والذكور منهم (٥) بمنزلتهم إلا في خمس مسائل :

---

(١) وهو مذهب الحنابلة أيضًا ، وبه حكم أبو بكر وابن عباس وعلي ، وعمر - في أول الأمر وعاد عنه - رضي اللّه عنهم جميعًا . وقد تمسك هؤلاء بالنص حيث قال ﷺ : « ألحقوا الفرائضَ بأهلها ، فما أبقت فلأولى عصبة ذكر » ، وذلك يقتضي تقديمَ أولاد الأم ، وإعطاءهم فرضَهم ؛ لنص القرآن على هذا الفرض ، وإسقاط الإخوة الأشقاء ؛ لأنهم عصبة ولم يَبْقَ لهم شيء . انظر : الاختيار لتعليل المختار : (٥/ ١٢٧،١٢٨) ، ومختصر الطحاوي : (١٤٥،١٤٦) .

(٢) في (أ) : « فإذا » . (٣) في (أ) : « للعصبة » .

(٤) قال الحموي مناقشًا هذين الشرطين : « ما ذكره الشيخُ يَرِدُ إشكالٌ ، فإنَّ مقتضى كلامه أنه بوجود الشرطين يحصل التشريكُ ، ومعلومٌ أنه لابد من ذِكْرِ الزوج والأم ؛ لما لا يخفى . وأما أولاد الأب والأم فلابد أن يكون فيهم ذَكَرٌ وما زاد ، أو ذكر وأنثى وما زاد ، وإذا كان كذلك لم يكن ما ذكره من التفصيل على إطلاقه ، فإنهما لو كانا اثنَين من غير ذلكِ لم يحصل الشريك أيضًا ؛ لما لا يخفى ، فعلى هذا لم يكن ما ذكره ضابطًا » . ثم قال : « مراده بذلك في الأول إضافتُهما إلى الزوج والأم ؛ لما لا يخفى ، وقد ذكرهما قبل هذا ، وليس يختص ذلك بالأم ، فإنه لو كان بدلها جدةٌ لكان كذلك ، ومراده بأولاد الأب والأم إذا كان فيهم عصبة ، ودل عليه ما دل في حديث عمر - رضي اللّه عنه - في المشركة ، وإذا كان كذلك صح ما ذكره ؛ لما لا يخفى » . مشكلات الوسيط (١٣٠ ب - ١٢١ أ) .

(٥) « منهم » ليست في (أ) .

الأولى : أن ولدَ إخوة الأم لا يرثون ، فليسوا بمنزلتهم .

والثانية : أن اثنين من الإخوة يَحْجُبان الأمَّ من الثلث إلى السدس ، ولو كان بدلَهم أولادُهم فلا يحجبون .

الثالثة : في مسألة المشركة لو كان بدل إخوة الأب والأم أولادهم ، فلا تشريكَ في حقهم .

الرابعة : الجد لا يحجب الإخوةَ ، ويحجب بني الإخوة [1] .

الخامسة : الأخ يَعْصِبُ أختَه ، وابن الأخ لا يَعْصِبُ أختَه إذ لا ميراثَ لأخته أصلًا .

فرع :

الأخوات من جهة الأب والام ، أو من جهة الأب ، مع البنات عصبة . أما الأخت من الأم [2] فتسقط بالبنت .

فإذا [3] كان في المسألة بنت وأخوات فلها النصفُ والباقي لهن .

ولو [4] كان بنت وأخت لأب [5] وأم ، وأخت لأب ، فللبنت النصف والباقي [6]لأخت الأب والأم [6] ، وهي [7] عصبة فتُسْقِطُ أختَ الأب .

* * *

---

(١) وسيأتي الحديث عن هذه المسألة بالتفصيل في باب العصبات بعد قليل .

(٢) في (أ) : « الأب » بدل : « الأم » ، وهو خطأ .

(٣) في (ب) : « فإن » .

(٤) في (ب) : « فلو » .

(٥) « لأب » سقطت من (أ) ، وهو خطأ .

(٦) في (أ) : « للأخت للأب والأم » .

(٧) في (أ) : « فهي » .

الباب الثاني

في العصبات

والعصبة : الذي (١) يستغرق المالَ إذا انفرد ، ويأخذ ما بقي من ذوي الفرائض إذا كان معه ذو فرض .

قال ﷺ : « ألحقوا الفرائضَ بأهلها ، فما أبقت الفرائضُ فلأَوْلَى عَصَبَةٍ ذَكَرٍ (٢) » .

والعصبة : كلُّ ذكرٍ يُدْلي إلى الميت بنفسه (٣) أو بذكر .

والمعتق أيضًا والمعتقة (٤) من المعصبات (٥) ، والأخوات أيضًا مع (٦ بنات الصلب ٦)

---

(١) في الأصل : « التي » ، وما أثبتناه من (أ) ، وهو أولى بالسيادة والضمائر بعده .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال ﷺ : ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر) هذا حديث صحيح ، رواه صاحبا الصحيحين وغيرهما ، ولفظه : (فلأولى رجل ذكر) وفي رواية : (فلأولى ذكر) والجمع بينهما من باب التأكيد ، فائدته : أن المعنى يصير به أثبت في ذهن السامع. وأما روايته : (فلأولى عصبة ذكر) ففيها نظرٌ وبُعْدٌ عن الصحة من حيث الرواية ومن حيث اللغة ، فإن العصبة في اللغة اسم للجميع ، وإطلاقها على الواحد من كلام العامة وأشباههم من الخاصة ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦٢ب - ٦٣أ) .

وانظر الحديث عند البخاري : (١٢/١٢) (٨٥) كتاب الفرائض (٥) باب ميراث الولد من أبيه وأمه (٦٧٣٢) : وأطرافه : (٦٧٣٥ ، ٦٧٣٧ ، ٦٧٤٦) ، ومسلم : (٢/١٢٣٣) (٢٣) كتاب الفرائض (١) باب ألحقوا الفرائض بأهلها (١٦١٥) ، والترمذي : (٤/٣٦٤) (٣٠) كتاب الفرائض (٨) باب في ميراث العصبة (٢٠٩٨) ، وابن ماجه : (٢/٩١٥)(٢٣) كتاب الفرائض (١٠) باب ميراث العصبة (٢٧٤٠) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (والعصبة كل ذكر يدلي إلى الميت بنفسه) يُنْتَقَضُ بالزوج فإنه معدودٌ فيمن يدلي بنفسه ، فيحتاج إلى أن يقول : (كل ذكر يدلي بالنسب بنفسه) فإن كان هذا مراده فاللفظ قاصر ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦٣أ) .

(٤) في الأصل : « معتقة » ، والتعريف هو الصحيح ، وقد أثبتناه من (أ) .

(٥) وهي ما تسمى بالعصبات السببية ، قسيم العصبات النسبية .

(٦) في (أ) : « البنات للصلب » .

أو بنات الابن ، عصبات [١] كما سبق .

هذا تفصيلهم ، أما ترتيبهم :

فأولادهم البنون ، ثم بنوهم ، ثم الآباء ، ثم آباؤهم وهم الأجداد من قِبَلِ الأب ، والإخوةُ في درجة الجد يقاسمونه ، إلا إخوةَ الأم فإنهم يَسْقُطون به . ويسقط [٢] بنو الإخوة بالجد [٢] وفاقًا .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : يَسْقُطُ الإخوةُ أيضًا بالجد [٣] .

ثم ليُعْلَمْ [٤] أن التقدُّمَ للأخ من الأب والأم ، ثم للأخ [٥] من الأب ، ثم ابن الأخ من الأب والأم ، ثم ابن الأخ من الأب ، ثم العم للأب والأم ، ثم العم للأب ، ثم بنوهم على ترتيبهم ، ثم عم الأب [٦] للأب والأم ، ثم عم الأب للأب ، ثم بنوهم على ترتيبهم ، ثم عم الجد على هذا الترتيب إلى حيث ينتهي .

---

(١) في (أ) : « عصبة » .

(٢) في (أ) : « الإخوة بالأب » ، وهو صحيح أيضًا . وما ثبت في صلب الأصل - وهو الذي أثبتناه - أليق بالسياق .

(٣) الصحيح عند الشافعية : أن بني الأعيان وبني العلات لا يسقطن بالجد بل يقاسمونه ، ذكره النووي ثم قال : « وقال المزني : يسقطون ، واختاره محمد بن نصر المروزي من أصحابنا ، وابن سريج ، وابن اللبان ، وأبو منصور البغداد ، والتفريع على الصحيح » . الروضة : (٢٣/٦) وراجع : مغني المحتاج : (٣/ ٢١) ، والتنبيه للشيرازي : (١٠١) .

ومذهب أبي حنيفة هو ما ذكره المصنف ، إلا أن أبا يوسف ومحمدًا قد خالفاه وقالا : يقاسم الجد الإخوة إلا أن تَنقِصَه المقاسمةُ عن الثلث . انظر : اللباب في شرح الكتاب : (١٩٩/٤) ، وراجع : رد المحتار : (٧٨١/٦) ، والاختيار : (١٠١/٥) ، ومختصر الطحاوي : (١٤٢) .

(٤) في (أ) : « لتعلم » .

(٥) في (أ) : « الأخ » .

(٦) في الأصل ، (ب) : « للأب » ، والمثبت من (أ) وهو الصواب .

فإن لم يكن واحدٌ من هؤلاء فالمالُ لمعتِقِ الميت ، فإن لم يكن فلعصبات المعتق ، فإن لم يكن فلمعتق المعتق ، ثم لعصباته ، ثم لمعتقه على هذا الترتيب .

هذا ترتيبهم ، وفيه فروع [أربعة] (١) :

الأول : ابن الأخ وإن سَفَل مقدَّمٌ على العم ؛ لأن الجهةَ هاهنا مقدمةٌ ومختلفة ، فلا نظر إلى القرب .

وأما ابن الأخ للأب ، يَقَدَّمُ على ابن ابن الأخ للأب والأم إذا سفل ؛ للقرب . مع أن جهة الأخوة جنسٌ واحد ، (٢ فإنما يُقَوم ٢) هاهنا بالقوة عند تساوي الدرجة ، فَلْيُتَنَبَّه لهذه الدقيقة .

الثاني : ابنا عمٍّ أحدُهما أخٌ لأم ، فله بأخوة الأم السدسُ ، والباقي بينهما نصفين ، ولا تُرَجِّحُ قرابتُه فتقَدِّمُه (٣) ، بخلاف الأخ للأب والأم حيث قُدِّمَ على (٤) الأخ للأب ؛ لأن القرابةَ ثَمَّ (٥) متجانسةٌ فامتزجت فأوجبت (٦) / ترجيحًا . ١٣١/أ

والثالث : بنت وابنا عمٍّ ، أحدهما أخٌ لأم : النصف للبنت ، والباقي بينهما بالسَّوية ، وأُخُوَّة الأم سقطت بالبنت (٧) .

وقال ابن الحداد : المال كلُّه للذي هو أخٌ لأم ؛ لأنه لا يمكن استعمالُ قرابته في التوريث فيستعمل مرجِّحًا (٨) ، وهو ضعيف .

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « وإنما يقدم » .
(٣) في (أ) : « فَتَقَدَّم » .
(٤) في (أ) : « إلى » .
(٥) في (أ) : « ثمة » .
(٦) في (أ) : « وأوجبت » .
(٧) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢١/٦) ، مغني المحتاج : (٣٠/٣) .
(٨) في (أ) « ترجيحًا » .

الرابع : في عصبات المعتق : ولا [١] يستحق صاحبُ فرض بالولاء ، فلا مدخلَ لأنثى فيه إلا إذا [٢] كانت معتقة [٣] ، وإنما يَستحق بالولاء الذكورُ كما سبق في العصبات .

فإن اجتمع ابن المعتق وأبوه ، فالمال للابن ؛ لأن العصوبة له هاهنا .

والأخ للأب والأم يُقَدَّم على الأخ للأب ، وإن لم تُؤَثِّر الأمومةُ هاهنا ، ولكن تصلح للترجيح .

ومن الأصحاب من طرد قولين ، كما في التقديم في ولاية النكاح .

ولو اجتمع الجد والأخ ، فقولان :

أحدهما : الأخ أولى [٤] ؛ لأن إدلاءَه بالبنوة ، وهي أقوى من [٥] العصوبة ، والولاءُ يدور على محض العصوبة .

والثاني : أنهما يستويان ؛ لاستوائهما في القرب والعصوبة .

فعلى هذا يُقدَّمُ الجدُّ على ابن الأخ ، وعلى الأول يقدم ابنُ الأخ على الجد ؛ لقوة البنوة .

فإن قيل : وما طريق [٦] مقاسمة الجد والإخوة [٦] في الوراثة بالنسب ؟

---

(١) في (أ) : « فلا » .

(٢) في (أ) : « إن » .

(٣) قال ابن الصلاح : قوله في الميراث : (فالولاء لا يدخل لأنثى فيه إلا إذا كانت ينبغي أن يعتبر بمعتقته ومعتقة المعتق ومعتقة أحد أصوله ؛ إذ بهذا يستقيم الحصر ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (٦٣/٢أ) .

(٤) هذا القول هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٢٢/٦) .

(٥) في (أ) : « في » .

(٦) في (ب) : « المقاسمة بين الجد والإخوة » .

قلنا : مذهب الشافعي - رضي اللّه عنه - [أنه] (١) إذا لم يكن معهما ذو فرض جَعْلُ الجدِّ كأحد الإخوة ، ويُقَسَّم المالُ عليه وعلى الإخوة والأخوات للذكر مثل حظ الأنثيين ، مادام الثلث لا ينقص بالقسمة ، كما إذا كان معه أخ ، أو أخوان ، أو أخ وأخت ، أو أخ وأختان ، أو أربع أخوات .

فأما إذا نقص الثلثُ بأن كانوا أكثرَ من هذا ويُسَلَّم (٢) إليه الثلثُ كاملًا ، وقُسِّمَ الباقي على الإخوة للأب والأم (٣) .

وإن كان معه ذو فرض ، أُعْطِيَ صاحبُ الفرض سهمَه ، فإن لم يبقَ شيءٌ فُرِضَ للجد السدسُ (٤) واعتلت (٥) المسألة .

وإن بقي سدسٌ سُلِّم إليه ، وإن بقي أقلُّ من السدس اعتلت (٦) المسألة وسُلِّم له (٧) السدس .

وإن كان الباقي أكثرَ من السدس ، قُسِّم المالُ وسُلِّم إلى الجد إما ثلثُ ما يبقى (٨) بعد سهم ذوي الفروض (٩) ، أو سدسُ جميعِ المال ، أو ما يَخُصُّه بالقسمة ، أيُّها كان خيرًا له (١٠) من الأقسام الثلاثة خُصَّ به .

مسائلُه : مع الجد زوج وأخ (١١) :

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « سُلِّم » .

(٣) انظر روضة الطالبين : (٢٣/٦) ، مغني المحتاج : (٢٢،٢١/٣) ، مختصر المزني : (١٥٦،١٤٧/٣) ، الأم : (١١/٤) .

(٤) في (أ) : « سدس » .

(٥) في (أ) : « أُعِيلَتْ » من العَوْل وهو : زيادة في سهام ذوي الفروض ونقصان من مقادير أنصبتهم في الإرث .

(٦) في (أ) : « أعيلت » .

(٧) في (أ) : « إليه » .

(٨) في (ب) : « يبقى » .

(٩) في (ب) : « الفرض » .

(١٠) قوله : « له » ليس في (أ) .

(١١) في (أ) : زيادة « وجد » وهو خطأ .

للزوج النصفُ ، والباقي بينهما نصفين [١] ، لأنه خيرٌ من السدسِ وثلثِ ما يبقى .

فلو كانا أخوين استوى القسمةُ وسدسُ الجملة وثلثُ ما يبقى .

فلو كانوا ثلاثة [٢] استوى السدسُ وثلثُ ما يبقى ، وهما خيرٌ من القسمة ، فله السدس وهو ثلث ما يبقى .

زوج وأم وأخ مع الجد :

فللزوج النصفُ ، وللأم الثلث ، لا يبقى إلا سدسُ ، فهو للجد وسقط [٣] الأخ .

ولو كان بدلَ الأخ أختٌ : فظاهر القياس أنها تسقط أيضًا ، لأنها عصبة مع الجد كالأخ .

والصحيح من مذهب زيد : أنه يفرض لها النصفَ ، لأن الجدَّ صاحبُ فرض الآن ، فهي أيضًا تنقلب إلى فرضها ، (٤ ثم يُقَسَّم مجموعُ حصتهما [٥] للذكر مثلُ حظ الأنثيين ٤) .

وأما الأخ فليس له حالٌ فرضيةٌ ، وإسقاط الأختِ أيضًا نقلٌ عن زيد في رواية .

زوج وبنت وأم وإخوة مع الجد :

للبنت النصفُ ، وللأم السدسُ ، وللزوج الربع [و] [٦] يبقى نصفُ سدسٍ ، فتُعَالُ المسألة حتى يتم السدسُ للجد ، وتسقط الإخوة .

---

(١) في (أ) : « نصفان » .

(٢) في الأصل ، (ب) : « ثلثًا » ، والمثبت من (أ) وهو الصواب .

(٣) في (أ) : « ويسقط » .

(٤) في (أ) ما بين القوسين يأتي في الترتيب بعد كلمة : « رواية » .

(٥) في (أ) : « فرضيهما » . (٦) زيادة من (أ) .

هذا كلُّه حكمُه مع إخوة الأب والأم وجدهم .

فإن كان معه أخوةُ الأم فهم مُسْقَطُون (١) .

وإن كان معه (٢) إخوةُ الأب وحدهم ، فهم عند عدمهم بمنزلتهم . أعني : بمنزلة إخوة الأب والأم .

فأما إذا اجتمع معه إخوةُ الأب والأم ، وإخوةُ الأب ، فيُجْعَلُ الجدُّ كواحدٍ منهم ، ويُعَدُّ إخوة للأم (٣) عليه .

والحكم ما سبق بعينه ، ولا يتغير (٤) حكمُ الجد [معهم] (٥) هاهنا ، وإنما الذي يتجدَّد أن إخوة الأب يدخلون [أيضًا عليه] (٦) في الحساب وما يَخُصُّهم لا يبقى عليهم ، بل يَسْتَرِدُّ منهم أولادُ الأب والأم ، إما على الكمال إن كان فيهم ذكرٌ ، أو ما يكمل به النصيب إن تمحض الإناثُ فيهن - أعني : إخوةَ الأب والأم .

وعلته : أن سقوطهم بإخوة الأب والأم ، فلا يظهر (٧) فائدتُه إلا في حقهم . أما في حق الجد فلا يظهر (٨) مثالُه إذا لم يكن ذو فرض .

أخ لأب وأم ، وأخ لأب مع الجد :

فالثلث والقسمة سِيَّانِ ، فله الثلث ، والباقي (٩ لأخ الأب ٩) والأم . ويسقط (١٠ أخُ الأب ١٠) به ، وإن دخل في (١١ حساب القسمة ١١) .

---

(١) في (أ) : « يسقطون » .

(٢) في (أ) : « مع » .

(٣) في (أ) وهامش الأصل : « الأب أيضًا » .

(٤) في (أ) : « يُغَيِّر » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « تظهر » .

(٨) في (أ) : « تظهر » .

(٩) في (أ) : « للأخ للأب » .

(١٠) في (أ) : « للأخ للأب » .

(١١) في (أ) : « الحساب » .

وإن [1] كان بدلَ الأخ للأب أختُ لأب ، فالقسمة خيرٌ ؛ إذ يَصح [2] المسألةُ من خمسة ، ويَخُصُّ الجدَّ منها سهمان ، فيبقى ثلاثةُ أسْهُمٍ ، فتستقر [3] على الأخ من الأب والأم .

أخت لأب وأم ، وأخ لأب مع الجد :

فالمسألة من خمسة ، والقسمة خيرٌ للجد ، فإنَّ له سهمين ، يبقى ثلاثة : واحدة [4] لها ، واثنان للأخ من الأب ، فيُسْتَرَدُّ منه ما يُكَمِّلُ لها النصفَ ويبقى [5] الباقي للأخ من [6] الأب .

أختان لأب وأم ، وأخت لأب مع الجد :

فالمسألة من خمسة ، ويَخُصُّ [7] الأختين سهمان [7] ، وهو ناقص عن الثلثين ، فيسترد ما في يد الأخت للأب ، فلا يُكَمِّل الثلثين ، فيقتصر على استرداد ذلك .

أما إذا كان في صورة المعادة صاحبُ فرض ، فيُقَدَّم صاحبُ الفرض كما سبق في غير صورة المعادة على ذلك التفصيل . ويعتبر بالباقي القسمة ، أو ثلث ما يبقى ، أو السدس ، فأي ذلك [8] كان خيرًا [8] خُصَّ الجدُّ به .

فإن كان الخيرُ في القسمة / روعي في المعادة ما ذكرناه من حرمان أولاد الأب إن كان في ١٣١/ب
أولاد الأب والأم ذكرٌ ، [9] واسترداد ما يكمل به نصيب الإناث إن لم يكن فيهن [10] ذكر .

* * *

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) في (أ) : « تصح » .

(٣) في (أ) : « فيستقر » .

(٤) في (أ) : « سهم » .

(٥) كلمة : « يبقى » ليست في (أ) .

(٦) كلمة : « من » ليست في (ب) .

(٧) في (أ) : « الأختان سهمين » ، وهو خطأ .

(٨) في (أ) : « خير » .

(٩) في (أ) : « أو » .

(١٠) في (أ) : « فيه » .

الباب الثالث

في الحجب

فنعود إلى عدِّ [1] الأصناف المذكورين في الباب الأول ، ونقول :

أما الزوج والزوجة : فلا يُحْجَبان بوارث لأنهما يُدْليان بأنفسهما .

وأما الأم : فلا تحجب أيضًا .

والجدة تحجبها الأم ، فلا ترث مع الأم جدةٌ . وأم الأب يَحْجُبها الأب .

وكذلك القُرْبَى من كلِّ جهةٍ من الجدات تحجب البُعْدَى من تلك الجهة .

والقربى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب .

والقربى من جهة الأب ، هل تحجب البعدى من جهة الأم ؟

فيه قولان ، أظهرهما : أنها لا تحجب ، بل تشارك ؛ لقوة جدودة الأم [2] .

وأما الأب : فلا يحجبه أحدٌ . والجدُّ لا يحجبه إلا الأب .

هذا حكم مَنْ يُدلي من جهة العلو ، أما من يدلي من [جهة] [3] السفل :

فالابن والبنت لا يُحْجَبان .

فأما [4] ابن الابن : فلا يحجبه إلا الابنُ .

وبنت الابن يحجبها الابنُ وابنتان فصاعدًا من بنات الصلب ، وكذا الترتيب فيمن سَفَلَ منهم على اختلاف درجاتهم .

---

(١) في (أ) : « عدد » .

(٢) انظر : روضة الطالبين : (٢٧/٦) ، مغني المحتاج : (١٣/٣) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « وأما » .

وأما المدلون على الأطراف :

فالأخ للأب والأم يحجبه ثلاث : الأب ، والابن ، وابن الابن .

وكذا الأخت للأب والأم .

وأما [1] الأخ للأب يحجبه [2] هؤلاء الثلاثة ، والأخ للأب والأم .

وأما الأخت للأب : يحجبها [3] هؤلاء الأربع [4] ، واثنتان فصاعدًا من الأخوات للأب والأم .

وأما الأخ للأم : فيحجبه ستة : الأب ، والجد ، والابن ، والبنت ، وابن الابن ، وبنت الابن .

وأما العم : فيحجبه من يحجب الأخَ للأب والأم [5] والأخَ للأب [6] ، كذا بنو الإخوة وقد نبهنا على ترتيب العصبات من قبل ، فلا حاجة إلى الإعادة .

فروع :

الأول : أن مَنْ لا يَرِثُ كالقاتل والكافر والرقيق لا يَحْجُبُ .

---

(١) في (أ) : « فأما » .

(٢) في (أ) : « فيحجبه » .

(٣) في (أ) : « فيحجبها » .

(٤) أي : الأب ، والابن ، وابن الابن ، والأخ للأب والأم .

(٥) قوله : « والأم » ليس في (ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأما العم فيحجبه مَنْ يحجب الأخ للأب والأخ للأم) هكذا وقع فيما رأيناه من النسخ ، والصواب ما وقع في بعض النسخ من حذف لفظة الأم ؛ حتى يصير : فيحجبه من يحجب الأخَ للأب والأخُ للأب - بنصب الأخ الأول ، ورفع الثاني - حتى يكون الكلام مشتملًا على ذكر الأخ من الأبوين والأخ من الأب فيمن يحجب العم ، إذ هما ممن يَحْجُب . ثم لم يذكر الجد ولا بد من ذكره ، فإنه ممن يحجب العمَّ ، وإن كان ما سبق من ترتيب العصبات يدل عليه ، فذلك لا يكفيه هاهنا بشروعه في تفصيل مَنْ يحجب العم ، والله أعلم » . المشكل (٦٣/٢أ) .

ويُشتثنى عن هذا مسألة ، وهي [١] : أبوان وأخوان [٢] .

فإن الأخوين يَسْقُطَان بالأب ، ويحجبان [٣] الأمَّ من الثلث إلى السدس ، لأن سقوطَهما بالأب لا بالأم . فيرجع فائدتُهما إلى الأب لا إلى الأم .

ومثله : جدتان ، إحداهما [٤] أمُّ الأب ، والأخرى أمُّ الأم ومعها الأبُ :

فلأم الأم السدسُ ، ولا يقال : إن أم الأب تشارك لولا الأب . وإنما سقوطُها بالأب ، فترجع الفائدةُ إليه ؛ لأن استحقاقَهما بالفرضية [٥] ، فلا يُنَاسِبُ استحقاقَ الأب ، وهو بالعصوبة [٦] .

---

(١) في الأصل ، (ب) : « وهو » ، والمثبت من (أ) وهو الأولى .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (مَنْ لا يرث لا يحجب ويستثنى عن هذا مسألة ، وهو أبوان وأخوان) هذا غير مرضي ، فإنه يستثنى من ذلك مع هذه المسألة وما فرّعه عليها من مسألة الجدتين مسائلُ أخر ثلاث : إحداها : أم وجد وأخوان لأم ، وفي عبارته ما يمنع من اندراج هذه المسألة فيما ذكره . الثانية : أم وأب وأم وأخ لأب . الثالثة : مسألة المعادة ، واللّه أعلم » . المشكل (٢/٦٣أ) .

(٣) في (ب) : « وتحجبان » وهو خطأ .

(٤) في الأصل و (ب) : « أحدهما » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « استحقاقها » .

(٦) قال ابن الصلاح : « الفرق الذي ذكره هو وغيره في مسألة الجدتين يَبْطُل بما إذا كان مع الأم والأب أو الجد أخوان لأم ؛ فإن استحقاقهما بالفرضية واستحقاق الأب أو الجد بالعصوبة .

والفرق عندي : أن رجوع الجدة من الأم من السدس إلى نصف السدس فيما إذا ورثت الجدة من الأب – ليس بطريق الحجب الذي فيه الكلام ؛ إذ من شأن الحجب أن يبطل بسببية السبب الذي يرث به المحجوب ، والجدة من الأب لا تبطل بسببية سبب الجدة من الأم على ما لا يخفى ، وردها أباها إلى نصف السدس إنما كان من قبيل ازدحام مستحقين على ما لا يفي بهما ، يُوزَّع عليهما كما في الابنين والأخوين ونحوهما ، وكما في الابنين إذا ازدحما أَخَذَ كلُّ واحد منهما البعضَ ، وإن انفرد أحدُهما بالاستحقاق أخذ الكلَّ ، وإذا لم يوجد من الجدة من الأب مزاحمةٌ في الاستحقاق ؛ لسقوط استحقاقها بالأب – أخذت الجدة من الأم جميعَ السدس ؛ لعدم المزاحم ، وردُّ الأم إلى السدس لم يكن بسبب الأب فإنها الأم في فرضها . فافهم ذلك ؛ فإنه عويص أنعم اللّه علينا بحله . واللّه أعلم » . المشكل (٢/٦٣ب) .

وأما الأخ والأب في تلك الصورة ، كلاهما يرثان بالعصوبة ، فأمكن ردُّ الفائدة إليه .

ومن أصحابنا مَنْ طرد القياسَ وقال : ليس لأم الأم إلا نصفُ السدس [1] .

الثاني : مهما اجتمعت قرابتان من قرابة المجوس على وجه [2] ، لا يجوز الجمعُ بينهما في الإسلام ، سواء حصل بنكاحِ المجوس أو بالوطء بالشبهة .

فلا يُورَّثُ بهما عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله - ، بل يورث بأقواهما [3] ، ويصرف الأقوى بأمرين :

أحدهما : أن تكون إحداهما مسقطةً للأخرى ، كبنتٍ هي أختٌ لأم ، ترث [4] بالبنوة وتسقط أُخُوَّةُ الأم .

الثاني : أن يقل حجابُ [5] إحديهما [6] ، كأختٍ لأب هي أمُّ الأم ، فترث

---

(١) قال في الروضة : « أب ، وأم أب ، وأم أم . فتسقط أم الأب بالأب ، وفيما ترثه أم الأم وجهان : أصحهما : السدس . والثاني : نصف السدس » . روضة الطالبين : (٦/٢٨) .

(٢) اجتماع قرابتين في شخص لا يقع إلا عند المجوس ؛ لاستباحتهم نكاح المحارم ، ثم إنهم ربما أسلموا بعد ذلك أو ترافعوا إلينا . انظر : روضة الطالبين : (٦/٤٤) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن المجوسي لا يورث بقرابتين ، بل يُورَّث بأقواهما . انظر : روضة الطالبين : (٦/ ٤٤) ، مغني المحتاج : (٣/٢٩) ، مختصر المزني : (٣/١٥٤) ، الأم : (٤/١٢) .

مذهب الحنفية : أن المجوسي يرث بالقرابة لثبوتها ، وإذا اجتمع فيه قرابتان ورث بهما . انظر : الاختيار لتعليل المختار : (٥/١١٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (٤/١٩٨) ، مختصر الطحاوي : (١٥٠) .

(٤) في (أ) : « فترث » .

(٥) في (أ) : « حجب » .

(٦) في الأصل ، (ب) : « أحدهما » ، والمثبت من (أ) .

قال ابن الصلاح : « قال : (وقرابات المجوس يعرف الأقوى بأمرين ...) ، ثم قال : (والثاني : أن يقل حجاب أحدهما) ينبغي أن يضاف إليه » أو لا يحجب إحداهما أصلًا ، والأخرى قد يحجب كأم هي أخت لأب ، على ما ذكره في تصوير ذلك وغيره ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦٣ب) .

بالجُدُودة ؛ لأنها أثبت ؛ إذ لا تسقط إلا بالأم فقط ، والأخت تَسْقُط بثلاث (١) : بالأب ، والابن ، وابن الابن .

فإذا تزوَّج المجوسيُّ بابنته فأولد (٢) بنتًا :

فمات المجوسيُّ ، فقد خلَّف بنتين : إحداهما (٣) زوجتُه ، فلا شيءَ لها بالزوجية ؛ فإنها فاسدةٌ . والأخرى بنتُ بنتٍ ، ولا توريثَ بهما ، فلهما الثلثان بالبُنُوَّةِ .

فلو ماتت العليا بعد موت الواطئ فقد خلَّفت (٤) بنتًا هي أختٌ لأب ، فلها بالبنوة النصف .

فلو ماتت السفلى أولًا ، فقد خلفت أمًّا هي أختٌ لأب فلها الثلث بالأمومة ، (٥ولا شيء لها بالأخوة ٥) .

المسألة بحالتها : لو وطئ البنتَ السفلي فأولدها (٦) بنتًا أخرى :

ومات (٧) الواطئُ ، فقد خلَّف (٨) ثلاث بناتٍ ، فلهن الثلثان ، ولا (٩) نَظَرَ إلى الزوجة ولا إلى بنوة البنت .

فلو ماتت العليا بعده فقد خلَّفت بنتًا وبنتَ بنتٍ ، هما أختان لأبٍ (١٠) ، فللبنت العليا النصفُ والباقي للسفلى بأخوة الأب ، فإن الأختَ مع البنت عصبة .

---

(١) في (أ) : « بثلاثة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فأولدها » .

(٣) في (أ) : « إحديهما » .

(٤) في الأصل و (ب) : « خلَّف » ، والمثبت من (أ) .

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « فولدت » .

(٧) كلمة : « مات » ليست في (أ) .

(٨) في (أ) : « خلفت » .

(٩) في (ب) : « فلا » .

(١٠) في (أ) : « للأب » .

فلو ماتت الوسطى أولًا فقد خلَّفت أمًّا وبنتًا ، هما أختا أبٍ ، فللأم السدسُ (1) ، وللبنت النصفُ ، وسقط (2) أُخُوَّةُ الأبِ من الطرفين بالبنوة والأمومة .

فلو ماتت السفلى أولًا ، فقد خلَّفت أمًّا وجدةً ، هما أختا أبٍ ، فللأم الثلثُ ، وللجدة الباقي (3) بأخوة الأب ؛ لأن الجدودةَ سقطت بالأمومة .

فأما إذا وطئ المجوسيُّ أمَّه ، فولدت (4) له بنتًا :

فمات فقد خلَّف أمًّا ، وبنتًا هي أختٌ لأم ، فللأم السدسُ ، وللبنت النصفُ . وسقط (5) أخوةُ الأم .

ولو ماتت البنت ، فقد خلَّفت أمًّا هي أمٌّ لأب (6) ، فلها الثلثُ بالأمومة ، وتَسْقُطُ أمومةُ الأب .

وعلى هذا الترتيب جميع المسائل ، والله أعلم .

---

(1) قال ابن الصلاح : « قوله : (فلو ماتت الوسطى أولًا ، فقد خلفت أمًّا وبنتًا هما أختان لأب ، فللأم الثلث) هذا سهو وسَبْقُ قلم ، وصوابه السدس ، وقد راجعت فيه بنيسابور أصلَ المصنف – رحمه الله – الذي كان في وقف الصبا الغازي الطوسي ، فوجدت بخط المصنف « الثلث » كما وقع في النسخ وضرب فيه عليه ، ثم أثبت بخط غيره في الحاشية « السدس » . وهكذا في قوله : (فلو ماتت السفلى أولًا ، فقد خلفت أمًّا وجدة هما أختان لأب ، فللأم الثلث ، وللجدة الباقي) » . المشكل (٢/٦٤أ) . والمثبت عندي في النسخ التي اعتمدت عليها « السدس » .

(2) في (أ) : « وتسقط » .

(3) في (أ) : « النصف » .

قال ابن الصلاح : « قوله : (الباقي) سهو أو طغيان قلم ، وصوابه : وللجدة النصف ، ووجدت في أصله قد ضرب على الباقي وجعل بدله النصف ، ومثل هذا لا يقع من مثله – رحمه الله وإيانا – . والله أعلم » . المشكل (٢/٦٤ب) .

(4) في (أ) : « وولدت » .

(5) في (أ) : « وتسقط » ، وفي (ب) : « وسقطت » .

(6) في (أ) ، (ب) : « أب » .

الباب الرابع
في موانع الميراث

وهي ستة (١) :

الأول : اختلاف الدين

فلا يرث كافرٌ من مسلم ، ولا مسلمٌ من كافر ؛ لقوله - عليه السلام - : « لا يتوارث أهلُ مِلَّتَيْنْ شَتَّى (٢) » (٣) .

ويَرِثُ (٤ اليهودُ من / النصارى ٤) المجوس ؛ لأن جميعَ المِلَلِ في البطلان كالمِلَّةِ الواحدة . ١٣٢/أ

[و] (٥) في هذا المعنى قال [اللّه] (٦) تعالى : ﴿ لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ ﴾ (٧) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (موانع الميراث ستة) تَرَكَ منها مانعَ الدَّوْر ، كما إذا اشترى ولده أو أباه عهدًا في مرض موته وعتق عليه ؛ فإنه لا يرث ؛ لمكان الدور في أمثال له معروفة في أبوابها وعُدَّ من موانع الميراث ما ليس منها ، وإنما هو من أسباب الوقف ، كما سأبينه إن شاء اللّه تعالى » . المشكل (٢/٦٤أ) .

(٢) كلمة : « شتى » ليست في (أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « تمسك بقوله ﷺ : « لا يتوارث أهل ملتين شتى » وهذا حديث رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد اللّه بن عمرو بن العاص ، وله مرتبة الحديث الحسن ، أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه ، والذي تركه - وهو حديث أسامة بن زيد أن رسول اللّه ﷺ قال : « لا يرث المسلمُ الكافر ، ولا الكافر المسلم » - له مرتبة الصحيح ، وهو مخرج في الصحيحين ، واللّه أعلم » . المشكل (٢/٦٤أ) .

والحديث أخرجه أبو داود : (١٢٥/٣) كتاب الفرائض - باب هل يرث المسلم الكافر (٢٩١١) ، والترمذي : (٣٧٠/٤) (٣٠) كتاب الفرائض (١٦) باب لا يتوارث أهل ملتين (٢١٠٨) ، وابن ماجه : (٢/ ٩١٢) (٢٣) كتاب الفرائض (٦) باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك (٢٧٣١) ، والدارقطني في سننه : (٤/ ٧٢-٧٦) كتاب الفرائض حديث رقم : (١٦،٢٥) ، وراجع التلخيص الحبير : (٨٤/٣) حديث رقم : (١٣٥٧) .

(٤) في (أ) : « اليهوديُّ من النصراني » .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) الآية (٦) من سورة « الكافرون » .

فرعان :

أحدهما [١] : الذميُّ هل يَرِثُ من الحربي ؟ فيه قولان :

أحدهما : نعم ؛ لاتحاد الدين .

والثاني : لا ؛ لأن حُكْمَنا لا يجري على أهل الحرب ، والتوريثُ حكمٌ شرعيٌّ [٢] .

وأما المعاهَدُ : فهو في حكم الذمي ؛ لأمانه .

وقال ابن سريج : قياس قول الشافعي - رضي اللّه عنه - أنه في حكم الحربي ؛ لأنه لم يستوطئ دارَنا ، والصحيح [٣] : الأول .

الثاني : المرتد لا يَرِثُ ، ولا يَرِثُه لا [٤] قريبُه الكافر ، ولا قريبه المسلم ، ولا قريبه المرتد ، بل مالُه فيءٌ .

ولا فَرْقَ بين ما اكتسب بعد الردَّةِ وبين ما اكتسبه قبله .

والزنديق حكمُه حكمُ المرتد .

هذا إذا قُتِلَ أو مات ، فإن عاد إلى الإسلام استقرَّ ملكُه .

* * *

(١) قوله : « أحدهما » ليس في (أ) .

(٢) قال في الروضة : « فلو كان أحدهما ذميًا والآخر حربيًا ، فطريقات : المذهب - وبه قطع الأكثرون - : لا يتوارثان ؛ لانقطاع الموالاة بينهما ، وربما نقل الفرضيون الإجماع على هذا . والثاني : على قولين حكاهما الإمام وغيره ، ثانيهما : التوارث ؛ لشمول الكفر » . روضة الطالبين : (٢٩/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٢٥/٣) .

(٣) الأصح ، وليس الصحيح . انظر : روضة الطالبين : (٢٩/٦) ، مغني المحتاج : (٢٥/٣) .

(٤) كلمة : « لا » ليست في (أ) .

المانع الثاني : الرقيق

(١ وهو لا يَرِثُ ١) ولا يُورَثُ ، سواء كان قِنًّا أو أمَّ ولدٍ ، أو مكاتبًا (٢) ؛ لأنه لا يملك ، ومَنْ يراه أهلًا للملك على قول ، فهو ملكٌ بإذن السيد لا قرارَ له ، ولا مدخلَ للإذن في الميراث .

فرع : مَنْ نصفُه حرٌّ ونصفُه رقيقٌ لا يرث .

وإذا مات ، فهل ترثه أقاربه ؟

قال في القديم : (٣ لا يرث ، كما لا يُورث ٣) .

وقال في الجديد : يُورث (٤) ، لأنه تحقَّقَ الملكُ ، والقريبُ أولى الناس به (٥) .

فإن قلنا : لا يُورث ، فمالُه للسيد ، أو لبيت المال ، أو (٦) أيهما أولى به ؟ فيه خلاف (٧) .

* * *

---

(١) في (أ) : « فلا يرث الرقيق » .

(٢) في الأصل : « مكاتب » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « لا يورث كما لا يرث » .

(٤) في الأصل ، (ب) : « يرث » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) ونسخة أخرى كما على هامش الأصل .

(٥) هذا القول هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٣٠/٦) ، مغني المحتاج : (٢٥/٣) . وانظر قول الشافعي في مختصر المزني : (١٥٠/٣) .

(٦) في (أ) : « و » .

(٧) قال في الروضة : فعلى القديم فيما ملكه بحريته وجهان : أصحهما عند الأكثرين - وهو نصه في القديم - أنه لمالك الباقي . والثاني : أنه لبيت المال ، وهو منسوب إلى الإصطخري ، ونقله الفرضيون عن ابن سريج وقالوا : هو الأصح . وعلى الجديد : يرثه قريبه أو معتقه . قلت [أي : الإمام النووي] : وزوجته . والله أعلم » . روضة الطالبين : (٣٠/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٢٥/٣) .

المانع الثالث : القتل

قال ﷺ : « ليس للقاتل من الميراث شيءٌ »[1] .

والقتل قسمان : مضمون ، وغير مضمون .

أما المضمون : فيوجب الحرمانَ ، سواء ضُمِنَ بالدِّيَةِ ، أو الكفارة ، أو القصاص . وسواء كان عمدًا ، أو خطأً بسببٍ كحفر البئر[2] ، أو بمباشرة من مكلَّفٍ أو مجنونٍ أو صبي .

وقال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : لا يُحْرَمُ الصبيُّ ولا مَنْ قَتَلَ بحفر البئر[3] .

فأما الذي ليس بمضمون : كالقتل المستحق حَدًّا للّه تعالى .

فالإمام إذا قَتَل حدًّا ، ففي حرمانه ثلاثة أقوال :

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال النبي ﷺ : « ليس للقاتل من الميراث شيء ») هذا الحديث قد رويناه في كتاب السنن الكبير من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول اللّه ﷺ بإسناد ليس بالقوي ، غير أنه له شواهد تقويه ، واللّه أعلم » . المشكل (٦٤/٢أ ، ب) .

والحديث أخرجه أبو داود : (١٨٨/٤) كتاب الديات - باب ديات الأعضاء (٤٥٦٤) ولفظه : ليس للقاتل شيء ، وإن لم يكن له وارث فوارثه أقرب الناس إليه ، ولا يرث القاتل شيئًا » ، وأخرجه الترمذي بلفظ : « القاتل لا يرث » : (٣٧/٤) (٣٠) كتاب الفرائض (١٧) باب ما جاء في إبطال ميراث القاتل (٢١٠٩) . وابن ماجه : (٨٨٣/٢،٨٨٤) (٢١) كتاب الديات (١٤) باب القاتل لا يرث (٢٦٤٥،٢٦٤٦) ، والدارقطني في سننه : (٩٥/٤،٩٦) كتاب الفرائض حديث رقم : (٨٤ ، ٨٥ ، ٨٧) . وراجع التلخيص الحبير : (٨٤/٣،٨٥) حديث رقم : (١٣٥٨ ، ١٣٥٩ ، ١٣٦٠) .

(٢) في (أ) : « بئر » .

(٣) **مذهب الشافعية :** هو ما حكاه المصنف ، وهو أن القتل المضمون يُوجب الحرمان من الميراث ، سواء كان عمدًا أو خطأً ، صدر من مكلف أو غيره . انظر : روضة الطالبين : (٣١/٦) .

مذهب الحنفية : أن قتل غير المكلف لا يُوجب حرمان الميراث ، وكذلك التسبب إلى القتل لا يمنع من الميراث . انظر : الاختيار لتعليل المختار : (١١٦/٥) ، رد المحتار على الدر المختار : (٧٦٧/٦) .

أحدها : المنع ، لعموم الحديث .

والثاني : [أنه] (1) لا يُحْرَم ؛ لأن المفهومَ السابقَ من (2) اللفظ قتلٌ بغير حقٍّ (3) ، ولأن الإمامَ كالنائب ، والقاتلُ هو اللّه عز وجل .

والثالث : [أنه] (4) إن ثَبَتَ بإقراره فلا حرمان ؛ إذ لا تهمة . وإن ثبت ببينةٍ فربَّما يتطرق تهمته (5) إلى القاضي فيه (6) .

أما المستحَقُّ الذي يجوز تركُه ، كالقتل قصاصًا ، ودَفْعِ الصائل ، وقتل العادلِ الباغيَ ، فيه خلاف مرتب ، وأولى بالحرمان ؛ لأنه مختارٌ فيه ، وقد قَتَلَ لنفسه (7) .

والمكرَهُ محرومٌ ، لأنه آثمٌ ، وإن قلنا : إن الضمانَ على المكره ، (8 وفيه وجه 8) على هذا القول (9) .

* * *

---

(1) زيادة من (أ) .

(2) في (أ) : « إلى » .

(3) أي أن المراد من القاتل – في قوله ﷺ : « ليس للقاتل من الميراث شيء » : هو القاتل بغير حق فهو مستثنىً على هذا القول .

(4) زيادة من (أ) .

(5) في (أ) : « تهمة » .

(6) قال في الروضة : « فإذا قتل الإمام مورثة حدًّا بالرجم ، أو في المحاربة ، ففي منعه أوجه ، الثالث : إن ثبت بالبينة منع . وإن ثبت بالإقرار فلا ؛ لعدم التهمة . قلت : الأصح : المنع مطلقًا ؛ لأنه قاتل . واللّه أعلم » . روضة الطالبين : (٣٢/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٢٦/٣) .

(7) قال في الروضة : « والمذهب وظاهر نص الشافعي – رضي اللّه عنه – في الصور كلها : منع الإرث » . روضة الطالبين : (٣٢/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٢٦/٣) .

(8) في (أ) : « ففيه خلاف » .

(9) قال في الروضة : « وسواء فيه المكره والمختار ، وفي المكره خلاف ، والمذهب : المنع » . روضة الطالبين : (٣١/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٢٦/٣) .

المانع الرابع : استبهام تاريخ الموت

فإذا مات جماعةٌ من الأقارب تحت هَدْمٍ أو غَرَقٍ أو في سفر ، واشتُبهم المتقدِّمُ والمتأخِّرُ ، فيُقَدَّرُ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهم كأنه لم يخلف الآخرين فلا يتوارثون ، ويُوَزَّعُ مالُ كلِّ واحدٍ [منهم] (١) على من هو حيٌّ من جملة الأقارب ؛ إذ ليس (٢ التقدُّمُ بأولى من التأخُّر ٢) .

وكذلك إذا علمنا أنهم تلاحقوا في الموت ولكن لم نَطَّلِعْ على الترتيب ؛ وكذلك لو اطَّلعنا ولكن نسيناه .

وفي هذه الصور (٣) الأخيرة احتمال (٤) ، وقد ذكرنا في مثل هذه الصور (٥) في النكاحين والجمعتين خلافًا ؛ لأن إعادةَ الجمعة وفسخَ النكاح له وجه (٦) ، وهاهنا لا حيلةَ فيه (٧) ، ولا (٨) معنىً للتوقف أبدًا .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) : « المتقدم أولى من المتأخر » .

(٣) في (أ) : « الصورة » .

(٤) قال في الروضة : « أن يُعْلَم سبقُ موته ، ثم يلتبس ، فيوقف الميراث حتى يتبين أو يصطلحا ؛ لأن التذكر غير مأيوس منه ، هذا هو الصحيح الذي عليه الأصحاب ، وفيه وجه : أنه كما لو لم يُعْلَم السابقُ ، وإليه ميل الإمام » . روضة الطالبين : (٣٣/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٢٦/٣) .

(٥) في (أ) : « الصورة » .

(٦) قال ابن الصلاح : « ذكر في مسألة الغرقى أنه إذا اطلعنا على المتقدم ثم نسيناه فلا توارث بينهم أيضًا وفيه احتمال ، قال : وقد ذكر في مثل هذه الصورة في النكاحين والجمعتين خلافًا ؛ لأن إعادة الجمعة وفسخ النكاح له وجه ، وهاهنا لا حيلة فيه . أما ما جعله احتمالًا فهو ظاهر المذهب وبه قطع غيره ، وما صار إليه أولًا هو وجه ذكره شيخه الإمام واختاره ، ولِمَ يورده مثل هذا الإيراد المضيع المذهب ؟ » . المشكل (٦٤/٢ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأن إعادة الجمعة له وجه) لا وجه له ، وصوابه : لأن إعادة الظهر . وهذا ظاهر من قاعدة الكتاب ، والله أعلم » . المشكل (٦٤/٢ب) .

(٨) في (أ) : « إذ لا » .

المانع الخامس : اللِّعَان (١)

فإنه يقطع ميراث الولد ، وكان هذا ليس مانعًا ، بل هو دافعٌ للنسب ، إلا أنه يقتصر أثرُه على الأب ومَن يُدْلِي به .

أما الأم : فالولدُ يرثها وهي ترث الولدَ ، ولها من ماله الثلثُ .

وقال ابن مسعود : أمُّه (٢) عَصَبةٌ ، فلها الجميعُ .

ولو نفى توأمَيْن ، فهل يرث أحدُهما الآخرَ بالعصوبة ؟

المذهب : أنه لا يرث ؛ لأنه لا يدلي إلَّا بقرابة الأمومة ، أما الأبوة فقد انتفت ، فهو أخٌ لأم فقط .

وقال مالك - رحمه اللّه - : هو عصبة ، والأبوة انتفت في حق الأب (٣ بحجة ضرورية ٣) . وهو وجه لأصحابنا بعيد (٤) .

وإذا ولدت المرأةُ من الزنا ، فهي ترثه ، والولدُ يرثها ، والتوأمان يتوارثان بأُخُوَّة الأم .

ومن يُنْسَبُ إلى الزنا فلا أُبُوَّةَ له ولا ميراث .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (المانع الخامس : اللعان . وكان ليس مانعًا ، بل هو دافع للنسب) هذا هو وغيره لم يَعُدَّ هذا من الموانع أصلًا ، وهو الصواب ، ولم يكن به ضرورة إلى عده من الموانع مع أن الأمر فيه على ما ذكره . واللّه أعلم » . المشكل (٢/٦٤ب) .

(٢) في (أ) : « إنها » .

(٣) في (أ) : « بحجة ضرورة » ، وفي نسخة كما هو على هامش الأصل : « فتحجبه بضرورة » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن التوأمين المنفيين باللعان لا يتوارثان إلا بقرابة الأم ، وهو الأصح ، وفي وجه يتوارثان بأخوة الأبوين . انظر : روضة الطالبين : (٦/٤٣) .

مذهب المالكية : أن تَوْأَمَا الملاعنة يتوارثان بالأب والأم . انظر : الكافي : (٥٥٥) ، والقوانين الفقهية : (٣٩٩) .

المانع السادس : الشك في الاستحقاق (١)

وسببه أربعة أمور :

الأول : التردد في الوجود .

وذلك في المفقود ، والأسير الذي انقطع خبرُه ، فلا يرث عنه أحدٌ ما لم تَقُمْ بينةٌ على موته (٢) ، أو لم تَمْضِ مدةٌ يقضي الحاكمُ في مثلها بأن ذلك الشخصَ لا يَحْيا أكثرَ (٣ من ذلك ٣) . [و] (٤) تعتبر المدةُ من وقت ولادةِ المفقود ، لا من وقت غيبته .

فإذا قضى بموته ، وَرِثَه أقاربُه الموجودون وقتَ الحكم لا وقتَ الغيبة ؟

فأما (٥) ميراثه من الحاضرين ، فيجب التوقُّفُ في نصيبه إذا مات له قريبٌ ، فإن حكم القاضي بموته بعد ذلك ، فيُقَدَّرُ كأنه لم يكن موجودًا عند موت قريبه ، ويُصْرَفُ (٦) الموقوفُ إلى الورثة الموجودين من (٧) حال موت قريبِ المفقود .

وأما الحاضرون : فإن كان المفقودُ ممن يتصوَّرُ حجبُ الحاضر به ، فلا يصرف إليهم شيءٌ . وإن تُصُوِّرَ أن يَحْجُبَ عن البعض فيُتَوَقَّفُ في قَدْرِ الاحتمال (٨) . ولا يُصْرَفُ إليهم إلا المستقينُ ، ونأخذ (٩) بأسوأ الأحوال في حق كلٍّ واحد .

فإن كان النقصانُ في تقدير الحياة قَدَّرْناها ، وإن كان في تقدير الموت قَدَّرْنَا الموتَ ، حتى إذا خلَّفت المرأةُ زوجًا وأختين لأب حاضرتين ، وأخًا لأب مفقودًا (١٠) ، فإن كان

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (المانع السادس الشك في الاستحقاق) هذا ليس بمانع من الإرث ، وإنما هو سبب للتوقف ، ثم بعده إذا ظهر سبب الإرث ورث . والله أعلم » . المشكل (٢/٦٤ب) .

(٢) في (أ) : « بينه » ، وهو خطأ .

(٣) في (أ) : « منه » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « وأما » .

(٦) في (ب) : « ونصرف » .

(٧) كلمة : « من » ليست في (أ) .

(٨) في (ب) : « فلا » .

(٩) في (أ) : « ويأخذ » .

(١٠) في (أ) : « مفقود » وهو خطأ » .

الأخُ ميتًا فللزوج النصفُ ، وللأختين الثلثان ، والمسألة [1] تعول إلى (٢ سبعة من ستة ٢) .

وإن كان حيًّا فللزوج نصفٌ غيرُ عائل ، والربعُ للأختين ، (٣ فلا يصرف / إلى ١٣٢/ب الزوج ٣) إلا ثلاثةُ أسباع المال ، وهو النصفُ العائلُ ، ويُقَدَّرُ موتُ المفقود في حقه ؛ لأنه أسوأُ الأحوال . وللأختين الربعُ ، على تقدير الحياة ، فإنه الأسوأ [4] ، والباقي موقوفٌ إلى البيان .

ومن أصحابنا من قال : تُقدر الحياةُ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهم في الحال ، فإن ظهر نقيضُه غيَّرنا الحُكمَ .

ومنهم من قال : نأخذ بالموت ؛ لأن استحقاقَ هؤلاء مستيقَنٌ ، فإن ظهر نفيضُه غيَّرنا الحكمَ .

وهذان وجهان [5] متقابلان ؛ إذ يقابل الأخيرَ قولُ الأول : إن [6] الأصلَ بقاءُ الحياة ، فالصحيح [7] : التوقف عند الإشكال .

السبب الثاني : الشك في النسب .

حيث يُحْتاج إلى القائف ، فحكمُه في مدة الإشكال حكم المفقود ، فنأخذ بأسوأ الأحوال في حق الجميع .

(٨ **السبب الثالث** : الشك بسبب الحمل .

فإنَّ الحمل يرث بشرطين :

أحدهما : أن ينفصل ٨) حيًّا ، فلو انفصل ميتًا – ولو بجناية جانٍ – كان كما لو

---

(١) في (أ) : « فالمسألة » .
(٢) في (أ) : « من ستة إلى سبعة » .
(٣) في (أ) : « ولا يصرف للزوج » .
(٤) في (أ) : « أسوأ الأحوال » .
(٥) كلمة : « وجهان » غير واضحة في (أ) .
(٦) في (أ) : « لأن » .
(٧) في (أ) : « والصحيح » .
(٨) ما بين القوسين ليس في (أ) .

انعدم من أصله .

والثاني : أن يكون موجودًا عند الموت ، وهو أن يُؤْتَى به لأقلَّ من ستة أشهرٍ من وقت الموت ، فإن كان لأكثر من أربع سنين فلا يرث ، وإن كان بين المُدَّتَيْنِ ورث ؛ لأن النسبَ يَثْبُتُ ، والإرث يتبع النسب .

ولو انفصل الجنينُ وصرخ ثم مات ، ورث .

وكذا إذا فتح الطَّرْفَ ، وامتصَّ الثدْيَ ، وأماراتُ الحياة ظاهرةٌ .

ولو تحرك ، فإن كان من قبيل اختلاجٍ وتقلُّصِ عَصَبٍ وعَضَلَةٍ [1] فلا أثر له ، وإن كان اختياريًّا ، كقبض الأصابع وبَسْطِها ، فهو دليلُ الحياة ، وإن [2] تردد بين الجهتين فقولان [3] :

أحدهما : لا يرث ؛ لعدم اليقين .

والثاني : يرث ؛ اعتمادًا على غالب الظن بالعلامة .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (تقلص عصب وعضلة) فالتقلص هو الانضمام والانزواء ، والعضلة كل... ذات عصبة فهي عضلة ، كعضلة الساق وغيرها » . المشكل (٢/٦٤ب) .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن تردد بين الجهتين فقولان) ليس معناه : أنه تردد في دلالته على الحياة ، بل معناه : أنه كان بين القطع والشك بأن الموجب عليه ظنٌّ كالاختلاج ، لا في عصب وعضلة . واللّه أعلم » . المشكل (٢/٦٥أ) .

وقال في الروضة : « وحكى الإمام اختلاف قول في الحركة والاختلاج ، ثم قال : وليس موضع القولين ما إذا قبض اليد وبسطها – فإن هذه الحركة تدل على الحياة قطعًا – ولا الاختلاج الذي يقع مثله لانضغاط وتقلص عصب فيما أظن ، وإنما الاختلاف فيما بين هاتين الحركتين . والظاهر – كيما قُدِّر الخلاف – : أن مالا تعلم به الحياة ، ويمكن أن يكون مثله لانتشار بسبب الخروج من المضيق ، أو لاستواء عن التواء فلا عبرة به ، كما لا عبرة بحركة المذبوح .

ولو برز نصفُ الجنين وصَرَخَ ثم مات ، وانفصل ، (١ ففيه وجهان محتملان ١) .

هذا إذا انفصل ، فأما قبل الانفصال ، فهو وقت الإشكال ، فيُقَدَّرُ (٢) أضرُّ الأحوال على بقية الورثة ، وأقصى الممكن - (٣ تقديرًا أربعةً ٣) من الأولاد (٤) في البطن ، والأنوثة والذكورة محتملةٌ - فتُقدَّر ما هو الأضرُّ بكل حال .

مثاله :

مات رجلٌ وخلَّف امرأةً حاملًا وأخًا :

لا (٥) شيء للأخ في الحال ؛ لاحتمال أن الحملَ ذكرٌ فيحجب .

ولو خلَّف أبوَيْن وامرأةً حاملًا :

أُعْطِيَ كلُّ واحدٍ من الأبوين السدسَ ، عائلًا من سبعة وعشرين ؛ لاحتمال أن يكون الحملُ بنتين ، فتقول : المسألةُ من أربعٍ وعشرين إلى سبعة وعشرين ، يكون للأم أربعةٌ ، وللأب

---

(١) في (أ) : « فإن فيه وجهان محتملان » ، وهو خطأ .

قال في الروضة : « واعلم أنه تشترط الحياة عند تمام الانفصال ، فلو خرج بعضه حيًّا ومات قبل تمام الانفصال ، فهو كما لو خرج ميتًا في الإرث وسائر الأحكام ، حتى لو ضرب بطنها بعد خروج بعضه ، وانفصل ميتًا ، فالواجب الغُرَّة دون الدية . هذا هو الصحيح الذي عليه الجماهير . وعن القفال وغيره : أنه إذا خرج بعضه حيًّا ، وَرِث وإن انفصل ميتًا ، وبه قال أبو خلف الطبري من أصحابنا » . روضة الطالبين : (٣٧/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٢٨/٣) .

(٢) في (ب) : « فنقدر » .

(٣) في (أ) : « تقديرُ أربعةٍ » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأقصى الممكن تقدير أربعة من الأولاد) هذا قد صار إليه بعض الأصحاب ، وهو بعيد من حيث المذهب ومن حيث الوجود ، والأصح الذي صار إليه شيخنا أبو حامد الإسفراييني وأبو بكر القفال المروزي وجمهور العراقيين والقاضي حسين وغيره من الخراسانيين : أنه لا ضبط للكفرة ، وقد وُجِدَ أكثرُ من أربعة وشوهد ذلك ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦٥أ) .

(٥) في (أ) : « فلا » .

أربعة ، وللمرأة ثلاثة ، ولكل واحد من البنتين ثمانيةٌ . فهذا (١) أضرُّ (٢) التقديرات ، فنقدره في الحال .

فإن قيل : وهل (٣) يتسلَّط الحاضرون على ما سُلِّم إليهم ؟

قلنا : قال القفال : لا ؛ إذ لا (٤ تصح القسمةُ عن الحمل ٤) إلا بالقاضي ، وليس للقاضي التصرُّفُ في مال الأجِنَّة بخلاف الغائبين .

والصحيح (٥) : أنهم يتسلطون ، وأنه (٦) يجب على القاضي أن يَنُوب في القسمة ؛ كيلا تتعطَّلَ الحقوقُ .

فإن قيل : فلو (٧) ادَّعت المرأةُ الحملَ (٨) ، فربما (٩ تكون معانِدَةً ٩) ، فكيف يُنْتظر - بقولها - أربعُ سنين ؟

قلنا : إن ظهر (١٠) مخايلُ الحمل ، أو كانت قريبةَ العهد بوطء يحتمل العلوق فلابُدَّ من التوقف .

(١١ وإن لم يظهر مثلُ هذه العلامات ١١) فالمسألة محتملة ، والأولى الاعتمادُ عليها ؛ فإنها أعلمُ (١٢) بالعلامات الخفيَّة ، وهي مؤتمنة في رحمها .

---

(١) في (أ) : « فهو » .

(٢) في الأصل ، (ب) : « آخِر » ، وفي نسخة أخرى كما هو على هامش الأصل : « ضرار » ، والمثبت من (أ) وهوأولى لمناسبة المعنى .

(٣) في (أ) : « فهل » .

(٤) في (أ) : « لا يصح القسمة على الحلل » .

(٥) الأصح وليس الصحيح . انظر : روضة الطالبين : (٣٩/٦) ، مغني المحتاج : (٢٨/٣) .

(٦) في (أ) : « فإنه » .

(٧) في (ب) : « لو » .

(٨) في (أ) : « حملًا » .

(٩) في (أ) : « يكون معانَدَة » .

(١٠) في (أ) : « ظهرت » .

(١١) في (أ) : « فإن لم تظهر مثل هذه العلامة » .

(١٢) في (أ) : « أعرف » .

السبب الرابع : الخُنُوثة .

والخُنْثَى : مُشْكِلُ الذكورة والأنوثة .

[و] (١) قال بعض أهل العلم : لا يرث ؛ لأنه ليس بذكرٍ ولا أنثى ، وليس في الكتاب إلا ميراثُ (٢) الذكور والإناث .

وقيل أيضًا : يأخذ نصفَ نصيبِ الذكر ، ونصفَ نصيب الأنثى .

وإنما مذهب الشافعي – رضي اللّه عنه – أنه إمَّا ذكرٌ ، وإما أنثى ، وهو مشكلٌ ، فيأخذ في الحال بأضرِّ التقديرات إلى البيان ، كما في الحمل والمفقود .

مَسَائِله :

إذا مات وخلَّف أخًا لأب وولدًا (٣) خنثى :

فلا شيء للأخ ؛ لاحتمال أنه ابنٌ ، ،للخنثى النصفُ في الحال ؛ لأنه أضرُّ أحواله .

ولو كانا ولدَيْن خنثيين ، فلهما الثلثان في الحال ؛ لأنه الأضرُّ ، والباقي موقوفٌ بينهما وبين الأخ إلى البيان و (٤) الاصطلاح منهم على شيء .

ولو كانوا ثلاثةً خَنَاثَى ، يدفع إلى كلِّ واحدٍ خُمْسَ المال في الحال ؛ لاحتمال أنه أنثى وصاحباه ذكران ، ويُوقَفُ بين الخَنَاثَى ما بين ثلاثةِ أخماسٍ إلى تمام الثلثين لاحَق فيه للأخ ، ويوقف الثلثُ الباقي بينهم (٥ وبين الأخ ٥) .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « توريث » .

(٣) في الأصل ، (ب) : « ولد » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « أو » .

(٥) في الأصل ، (ب) : « وبني العم » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

الباب الخامس

في حساب الفرائض

وفيه فصول :

[الفصل] (١) الأول

في مقدرات الفرائض ومستحقيها ومخارجها وعولها .

أما المقدرات :

فستة (٢) : النصف ، ونصفه - وهو الربع - ونصف نصفه - وهو الثمن - ، والثلثان ، ونصفهما - وهو الثلث - ، ونصف نصفهما وهو السدس .

أما مستحقوها :

فالنصف ، فرض خمسة : الزوج في حالة ، والبنت ، وبنت الابن ، والأخت للأب والأم ، والأخت للأب على (٣ ما سبق ٣) .

والربع : فرض الزوج في حالة (٤ ، والزوجة في حالة ٤) .

والثمن : فرض الزوجة فقط .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأما المقدرات : فستة) تحتاج إلى أن يقول : والسابع ثلث ما يبقى كأم وجدة وإخوة ، أو ربع وسدس وثلث ما يبقى كأم وزوجة وجد وإخوة . ولا يرد هذا على من قيَّد كلامه فقال : المقدرات في كتاب اللّه تعالى ستة ؛ لأن ثلث ما يبقى غيرُ مقدر في كتاب اللّه تعالى ، واللّه أعلم » . المشكل (٦٥/٢أ) .

(٣) في (أ) : « تفصيل سبق » .

(٤) في (أ) : « حال » .

والثلثان ، فرض أربعة : بنتي [1] الصلب ، وبنتي [1] الابن ، والأختين [2] للأب والأم ، والأختين [2] للأب .

والثلث ، فرض اثنتين [3] : [4] فرض الأم [4] في حالة ، وأولاد [5] الأم [6] إذا زادوا على واحد .

والسدس ، فرض سبعة : الأم ، والأب ، والجد ، والجدة ، وبنت الابن تكملة الثلثين ، والأخت [7] للأب تكملة الثلثين ، والواحد من أولاد [8] الأم .

أما مخارج هذه المقدرات سبعة :

فإن كانوا عصبات ، فالمسألة من عدد رءوسهم ، وإن كان فيهم إناثٌ فيُقَدَّر كلُّ ذكرٍ مكانَ أنثيَيْنْ .

وإن [9] كان في المسألة / أصحابُ السهام [10] ، فالمخارج سبعة : اثنان [11] ، ١٣٣/أ وثلاثة، وأربعة ، وستة ، وثمانية ، واثنا عشر ، وأربعة وعشرون .

وكلُّ فريضة احْتَجْتَ فيها إلى نصفين ، أو إلى نصف وما بقي فهو [12] من اثنين .

---

(١) في (أ) : « بنتا » .

(٢) في (أ) : « الأختان » .

(٣) في (أ) : « اثنين » .

(٤) في (أ) : « للأم » .

(٥) في (أ) : « ولأولاد » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (والثلث فرض اثنين للأم ولأولاد الأم) بل هو فرض ثلاثة ، والثالث : الجد ؛ حيث يفرض له الثلث كاملًا مع الإخوة ، والله أعلم » . المشكل (٦٥/٢أ) .

(٧) في (أ) : « وللأخت » .

(٨) في (أ) : « ولد » .

(٩) في (أ) : « فإن » .

(١٠) في (أ) : « سهام » .

(١١) في الأصل ، (ب) : « واثنان » بزيادة واو .

(١٢) في (أ) : « فهي » .

وإن احْتَجْتَ إلى ثلث وما بقي ، أو (١ [إلى] ثلثين وما بقي ، أو [إلى] ١) ثلث وثلثين (٢ فأصلها من ٢) ثلاثة .

وإن احتجت إلى ربع وما بقي ، أو [إلى] (٣) ربع ونصف وما بقي ، فمن أربعة .

وإن احتجت إلى سدس وما بقي ، أو [إلى] (٤) سدس وثلث ، أو سدس ونصف ، أو سدس وثلثين فمن ستة .

وإن احتجت إلى ثمن وما بقي ، أو ثمن ونصف (٥ وما بقي ٥) فمن ثمانية .

وإن احتجت إلى سدس وربع ، فمن اثني (٦) عشر .

وإن احتجت إلى ثمن وسدس ، أو ثمن وثلثين فمن أربع (٧) وعشرين (٨) .

وزاد زائدون على الأصول السبعة ثمانيةَ عشر ، وستًّا (٩) وثلاثين ، وهذا يُحْتاج إليه

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « فهي » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٦) في الأصل ، (ب) : « اثنا » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « أربعة » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن احتجت إلى ثمن وسدس أو ثمن وثلث فمن أربعة وعشرين) ، هذا لا يتصور في الفرائض ؛ لأن الثمن إنما يكون للزوجة مع الولد ، والذي فرضُهم الثلث لا يكون لهم مع الولد الثلث ، وهذا مما راجعت فيه أصل المصنف الذي كان في وقف الغازي الطوسي بنيسابور - حرسها اللّه تعالى - فإذا به أفلح من ثمن وثلث إلى ثمن وثلثين ، وهذا صوابه ، واللّه أعلم » . المشكل (٢/٦٥أ) .

(٩) في (أ) : « ستة » .

في مسائل الجد [١] إذا افتقر إلى مقدَّرٍ ، وثلثِ ما يقى [٢] بعد المقدر .

فأما عَوْلُ هذه الأصول :

فلا يدخل العول إلا على ثلاثة من الأصول السبعة ، وهي : الستة ، والاثنا [٣] عشر ، [٤] والأربع والعشرون [٤] . ولا يوجد العول في الباقي .

فالستة تَعُولُ بسدسها إلى سبعة ، وبثلثها إلى ثمانية ، وبنصفها إلى تسعة ، وبثلثيها إلى عشرة ، ولا يزيد عليه .

والاثنا [٥] عشر تعول بنصف سدسها إلى ثلاثة عشر ، وبربعها إلى خمسة عشر ، وبربعها وسدسها إلى سبعة عشر ، ولا تعول إلى الشَّفْع ، وهو أربعة عشر وستة عشر [ولا تزيد عليه] [٦] .

[٧] وأما الأربع وعشرونِ فيعول بثمنها إلى سبعة وعشرين [٧] .

فإذا [٨] خلَّف الميت زوجًا وأختين ، فتعول من الستة [٩] إلى سبعة : للزوج ثلاثة ، وللأختين أربعة .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وزاد زائدون على الأصول السبعة ثمانية عشر وستة وثلاثين ، وهذا يحتاج إليه في مسائل الجد) أما الثمانية عشر ففيها إذا اجتمع سدس وثلث ما يبقى ، كأُم وجد وإخوة ، وأما ستة وثلاثون ففيها إذا كان في المسألة سدس وربع وثلث ما يبقى ، كأم وزوجة وجد وإخوة ، زيادتهما هو المختار ؛ لأن الأصل والمخرج نعتبر فيه أن يكون أقل عدد يخرج منه جميع الفروض المجتمعة في المسألة ، وفي هاتين المسألتين ليس ذلك إلا الثمانية عشر وستة وثلاثون ، فصار هذا كالنصف وثلث ما يبقى في مسألة زوج وأبوين ؛ فإن أصلها من ستة لما ذكرناه ولا فرق ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦٥ب) .

(٢) في (أ) : « بقي » .

(٣) في (أ) : « والاثني » ، وهو خطأ .

(٤) في (أ) : « والأربعة وعشرون » .

(٥) في (أ) : « والاثني » ، وهو خطأ.

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٨) في (أ) : « وإذا كان قد » .

(٩) في (أ) : « ستة » .

(١ أما الأربع والعشرون ١) فلا تعول إلا إلى سبعة وعشرين فقط .

والعَوْل عبارة عن الرفع ، ومعناه : رَفْعُ الحسابِ ، حتى يدخلَ النقصانُ على الكلِّ على نسبة الواحد (٢) لمَّا ضاق المالُ عن الوفاء بالمقدرات .

وقد اتفقت الصحابةُ في عهد عمرَ - رضي اللّه عنه - على العول ، وإليه أشار ابن عباس - رضي اللّه عنه - فلما (٣ تُوُفِّيَ عمرُ ٣) خالف (٤) وقال : من شاء بَاهَلْتُه . أن الذي أحصى رَمْلَ عالجٍ عددًا لم يجعل في المال نصفًا وثلثين . فقيل : هلا (٥) قلت ذلك في عهد (٦) عمر - رضي اللّه عنه - ؟ فقال : كان رجلًا مَهِيبًا فهِبتُه (٧) .

* * *

(١) في (أ) : « وأما الأربعة وعشرون » . (٢) في (أ) : واحدة » .

(٣) في (أ) : « بلغ » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في ابن عباس - رضي اللّه عنهما - : (فلما بلغ خالف) وفي « البسيط » : (وكان صبيًّا ، فلما بلغ خالفه) هذا غير صحيح ، فقد كان بالغًا من قبل قصة العول ، وقول ابن عباس : ما شاء باهلته ، أي : لاعنته وجعلنا اللعنة على الكاذب منًّا . وفي رواية أنه تلا : ﴿ فقل تعالوا ندع أبناءنا وأبناءكم ﴾ الآية [آل عمران : ٦١] » . المشكل (٦٥/٢ب) .

(٥) في (أ) : « فهلّا » . (٦) في (أ) : « زمان » .

(٧) هذا الأثر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : (٢٥٣/٦) . وانظر المغني لابن قدامة : (٢٩/٩) . وقال : أخرجه البيهقي وسعيد بن منصور في باب العول من كتاب ولاية العصبة ، السنن : (٤٤/١) . والمسألة موجودة في كتب الفقه كالمجموع وغيره . وراجع التلخيص الحبير : (٨٩/٣) .

الفصل الثاني

في طريق تصحيح الحساب

وتقدم عليه مقدمة : وهو (١) أن كلَّ عددَيْن فينسب (٢) أحدُهما إلى الآخر ، إما بالتداخل ، أو بالتوافق ، أو بالتباين .

ومعنى التباين : انتفاءُ الموافقة والمداخلة .

والمتداخلان : كلُّ عددين مختلفين أقلُّهما هو جزءٌ من الأكثر ولا يزيد على نصفه ، كالثلاثة من التسعة فإنها ثلثُها ، والخمسةُ من العشرة فإنها نصفُها ، والاثنين من الثمانية فإنها ربعُها .

والمتوافقان : كل [عددين] (٣) مختلفين لا يدخل الأقلُّ في الأكثر ، ولكن يغنيهما جميعًا (٤ عددٌ آخر أكبر ٤) من الواحد ، كالستة والعشرة يغنيهما جميعًا الاثنان ، فهما موافقان (٥) بالنصف ، والتسعة مع (٦) خمسة عشر تغنيهما [جميعًا] (٧) الثلاثة ، فهما متوافقان بالثلث .

والمتباينان : ما ليس بينهما موافقةٌ ولا مداخلة .

فإذا أردت أن تعرف (٨ المداخلة والموافقة ٨) فأسْقِطِ الأقلَّ من الأكثر مرتين أو أكثر على حسب الإمكان ، فإن فَنِيَ به فهما متداخلان .

فإذا سقَطْتَ (٩) مرة (١٠) فبقي شيءٌ ، أو مرارًا فبقي شيءٌ فلا مداخلة . فاطلب

---

(١) أي : طريق تصحيح الحساب .

(٢) في (أ) : « ينسب » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « عدد أكثر » .

(٥) في (أ) : « متوافقان » .

(٦) في (أ) : « من » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « الموافقة والمداخلة » .

(٩) في (أ) : « وإن أُسقِط » .

(١٠) كلمة : « مرة » ليست في (ب) .

الآن الموافقة ، وطريقه :

أن تسقط الباقي من العدد الأقل مرارًا على حسب الإمكان ، فإن بقي شيء فأسقط تلك البقيةَ من الباقي من الأول مرارًا ، فلا تزال تفعل ذلك إلى أن يَفْنَى ، فإن فَنِيَا بالواحد فهما متباينان ، وإن فنيا بعدد فهما متوافقان بالجزء المشتق من ذلك العدد .

فإن [١] فنيا باثنين فبالنصف ، أو بثلاثة فبالثلث ، أو بتسعة فبالتسع ، أو بأحد عشر فبجزءٍ من أحد عشر جزءًا ، وعلى هذا القياس .

مثاله :

إذا أردت (٢ أن تعرف ٢) نسبةَ سبعةٍ من ثمانية وعشرين ، فأسقط السبعةَ منه مرارًا فتضني بأربع مرات فهما متداخلان .

فإن أردْتَ أن تعرف اثني عشر من اثنين وعشرين ، فتُسْقِط مرةً ، فلا يبقى إلا عشرةٌ ، فلا مداخلة ، فأسْقِطِ الآن العشرةَ من اثني [٣] عشر فيبقى اثنان ، فأسقط الاثنين من العشرة ، فيفنى به [٤] ، فهما متوافقان بالنصف - أعني (٥ اثني عشرة ٥) واثنين وعشرين .

وإن [٦] أردت أن تعرف ثلاثة عشر من ثلاثين ، فتُسْقِط (٧ منه مرتين ٧) فيبقى أربعة ، فتسقط [٨] من ثلاثة عشر ثلاث [٩] مرات فبقي [١٠] واحد ، فتسقط من الأربعة

---

(١) في (أ) : « إن » .

(٢) في (أ) : « معرفة » .

(٣) في (أ) : « الاثني » .

(٤) في (أ) : « بها » .

(٥) في (أ) : « اثني عشر » ، وفي (ب) : « اثنا عشر » ، وهو خطأ .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) في (أ) : « ثلاثين » ، وهو خطأ .

(٨) في (أ) : « فتسقطها » .

(٩) في نسخة أخرى كما هو على هامش الأصل : « أربع » ، وهو خطأ .

(١٠) في (أ) : « فيبقى » .

أربع مرات فتفنى به ، فهما متباينان ، وإذ فنيا بالواحد رجعنا إلى المقصود .

فإذا عَرَفْتَ أصلَ المسألة بعولها [١] ، فانظر :

فإن انقسم على الورثة ولم ينكسر فقد صحَّت المسألةُ من أصلها ، وإن انكسر فلا يخلو إما أن ينكسر على فريق واحد ، أو على [٢] فريقين ، أو [على] [٣] ثلاثة ، أو أربعة لا يزيد على الأربعة .

القسم الأول : أن ينكسر على فريق واحد .

فطريقه : أن يُنْسَبَ النصيبُ إلى عدد الفريق الذي انكسر عليهم ، فإن لم يوافقه بجزء فيضرب [٤] عدد رءوسهم في أصل المسألة ، فما بلغ فمنه تصح المسألة ، (٥ وإن وافق بجزءٍ فاضرب جزءَ الوَفْق من عدد الرءوس في أصل المسألة ، فما بلغ فمنه تصح المسألة ٥) .

مثاله :

زوج ، (٦ وبنت ، وابن ابن ٦) :

للزوج الربع ، وللبنت النصف ، والباقي لابن الابن ، وقد [٧] صحَّت المسألة من أربعة وانقسم [٨] .

ولو خلَّف بنتًا وابني ابن ؟

---

(١) في (أ) : « وعولها » .

(٢) كلمة : « على » ليست في (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « فتضرب » .

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « وابن ابن وبنت » .

(٧) في (أ) : « فقد » .

(٨) في (أ) : « وانقسمت » .

فالمسألة من اثنين ، للبنت النصف ، [١] ويبقى واحدٌ [١] لا ينقسم على اثنين فتَضْرِبُ عددَ الاثنين في [أصل] [٢] المسألة فتصير أربعة ، فمنها تصح ؛ كان للبنت واحدٌ مضروب / في اثنين ، فلها اثنان ، وكان للابنتين واحدٌ مضروب في اثنين ، فلهما اثنان ١٣٣/ب لكلٍّ واحدٍ واحدٌ .

ولو خلَّف أمًّا وأربعةَ أعمام :

المسألة [٣] من ثلاثة : للأم واحدٌ ، يبقى اثنان لا ينقسم على أربعة [٤] ، ولكن يوافق بالنصف فيُضْرَبُ [٥] جزءُ الوَفْق من عدد الفريقين [٦] - وهو اثنان - في أصل المسألة - هو ثلاثة - فتصير [٧] ستة .

كان للأم واحدٌ ضُرِبَ في اثنين ، فلها من الستة اثنان - وهو الثلث - وكان للأعمام من الأصل اثنان مضروبان في اثنين ، فهو أربعة ، فينقسم [٨] عليهم .

القسم الثاني : أن ينكسر على فريقين .

[٩] ولها أحوال ثلاث [٩] :

إحداها [١٠] : أن توافق [١١] سهامُ كلِّ فريقٍ عددَ رءوسِ الفريقين [١٢] بجزء ، فإن كان كذلك فرُدَّ عددَ كلِّ فريق إلى جزء الوفق .

---

(١) في (أ) : « واحد يبقى » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) : « فالمسألة » .
(٤) في (أ) : « الأربعة » .
(٥) في (أ) : « فتضرب » .
(٦) في (أ) : « الفريق » .
(٧) في (أ) : « فيصير » .
(٨) في (أ) : « فيقسم » .
(٩) في (أ) : « وله ثلاثة أحوال » .
(١٠) في (أ) : « إحديها » ، وهو خطأ ، وفي (ب) : « أحدها » .
(١١) في (أ) : « يوافق » .
(١٢) في (أ) : « الفريق » .

الثانية : أن لا يوافق أصلًا ، فاتْرُكْ (١) عددَ كل فريق بحاله .

الثالثة : أن يوافق واحدٌ دون الآخر ، فما وافق (٢ يُرَدُّ عدد ذلك الفريق ٢) إلى الوفق ، وما لم يوافق (٣) فاتركه بحاله . ثم إذا فرغت من ذلك فانظر إلى ما حصل من عدد الفريقين ، فإن كانا متماثلين فاطْرَحْ أحدَهما واكْتَفِ بالآخر واضربه في أصل المسألة بعَوْلها ، فمنه تصح المسألة (٤) .

وإن (٥) لم يكونا متماثلين ، فانظر ، فإن كانا متداخلين - وهو أن يكون الأقلُّ جزءًا من الأكثر لا يزيد على نصفه - فاطرح الأقلَّ واضرب الأكثر في أصل المسألة بعولها - إن عالت - فما بلغ فمنه تصح المسألة .

وإن كانا متباينين فاضرب أحدَهما في الآخر ، فما بلغ فاضربه في أصل المسألة ، فما بلغ (٦ صحَّت منه ٦) المسألة .

وإن كانا متوافقين فاضرب جزءَ الوفق من أحدهما في جملة الآخر ، ثم اضرب (٧) المجموع في أصل المسألة ، (٨ فما بلغ فمنه تصح المسألة ٨) .

مثاله :

أخوان لأم ، وثلاثة إخوة لأب :

أصل المسألة من ثلاثة ، لأخوي الأم واحدٌ ينكسر عليهما ، ولا موافقة .

ولإخوة الأب اثنان ينكسر عليهم ، ولا موافقة . فاضرب عددَ ولدِ الأم - وهو

---

(١) في (أ) : « فأنْزِلْ » .

(٢) في (أ) : « فَرُدَّ عدد كل فريق » .

(٣) في (أ) : « يوافقه » .

(٤) كلمة : « المسألة » ليست في (أ) .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « فمنه تصح » .

(٧) في (أ) : « واضرب » .

(٨) ما بين القوسين ليس في (أ) .

اثنان - في عدد ولدِ الأب - وهو ثلاثة - فبلغ [١] ستةً ، فاضربها في أصل المسألة - وهو ثلاثة - فيبلغ ثمانيةَ عشرَ ، فمنه تصح المسألة [٢] .

كان لولد الأم [من الأصل] [٣] سهمٌ في ستة ، يكون لهما ستةٌ ، لكل واحد منهما ثلاثةٌ . وكان لولد الأب سهمان في ستة يكون اثني عشر ، لكل واحد أربعة .

ثلاث بنات ، وبنت ابن ، وابن ابن :

أصلها من ثلاثة ، للبنات الثلثان ، سهمان على ثلاثة ، لا يصح ولا يوافق . ولأولاد الابن واحدٌ على ثلاثة ، لا يصح ولا يوافق ، فقد وقع الكسرُ على جنسين . إلا أنهما متماثلان ؛ فإنَّ كلَّ واحد من عدد الرءوس ثلاثة ، فتكتفي [٤] بأحدهما وتضرب [٥] في أصل المسألة - وهي [٦] أيضًا ثلاثة - فيصير [٧] تسعة فمنها تصح .

كان للبنات سهمان في ثلاثة ، يكون لهن ستةٌ ، لكل واحدة سهمان . وكان لأولاد الابن من [٨] الأصل سهمٌ ، وقد ضُرِبَ في ثلاثة فيكونَ [٩] ثلاثةً ، للابن اثنان ، وللبنت واحد [١٠] .

ثلاث بنات ، وستة إخوة لأب ؟

أصلها من ثلاثة ، للبنات الثلثان ، سهمان [١١] على ثلاثة ، لا يصح ولا يوافق .

---

(١) في (أ) : « فتبلغ » ، وفي (ب) : « فيبلغ » . (٢) كلمة : « المسألة » ليست في (أ) .

(٣) زيادة من (أ) . (٤) في (أ) : فيكتفي » .

(٥) في (أ) : « ونضرب » . (٦) في (أ) : « وهو » .

(٧) في (أ) : « فتصير » . (٨) في (أ) : « في » .

(٩) في (أ) : « فتكون » .

(١٠) في الأصل : « واحدة » ، والمثبت من (أ) ، (ب) ، وهو الأولى .

(١١) كلمة : « سهمان » ليست في (أ) .

والباقي [1] للإخوة ، [2] وهم ستة منهم [2] على ستة ، لا يصح ولا يوافق ، وأحد الجنسين يدخل في الآخر – أعني الثلاثة في الستة – فيكتفي بالستة ، ويُضْرَب في أصل المسألة – [3] وهي ستة [3] – فيبلغ [4] ثمانية عشر ، فمنها تصح ، وطريق القسمة ما مضى .

زوج ، وثمانية إخوة لأم ، وتسع أخوات لأب ؟

أصلها من ستة ، وتعول إلى تسعة ، للزوج النصف – ثلاثة – وللإخوة للأم سهمان على ثمانية ، لا يصح ولكن يوافق [5] بالنصف ، فيُرَدُّ [6] عددُ رءوسهم إلى الوفق ، فتعود إلى أربعة [7] .

وللأخوات الثلثان ، أربعة على تسعة ، [8] لا تصح ولا توافق [8] ، فقد انكسر على جنسين : أحدهما أربعة ، والآخر تسعة . لا مداخلة ، فيُضْرَب [9] أحدُهما في الآخر ، فيبلغ ستةً وثلاثين ، فنضربهما [10] في المسألة بعولها – وهي تسعة – فيبلغ [11] ثلثمائة وأربعة وعشرين .

كان للزوج من الأصل ثلاثةٌ مضروبة في ستة وثلاثين ، فله مائة وثمانية ، وكان للإخوة من الأم سهمان في ستة وثلاثين ، يكون لهم [12] اثنان وسبعون [12] ، بينهم على ثمانية ، لكل واحد تسعة ، وكان للأخوات أربعة في ستة وثلاثين ، يكون لهم [13] مائة

---

(١) في (أ) : « فالباقي » .
(٢) في (أ) : « وهو سهم » ، أي : الباقي .
(٣) في (أ) : « وهو ثلاثة » ، أي : أصل المسألة .
(٤) في (أ) : « فتبلغ » .
(٥) في (أ) : « توافق » .
(٦) في (أ) : « فترَدُّ » .
(٧) في (أ) : « الأربعة » .
(٨) في (أ) : « لا تصح ولا توافق » .
(٩) في (أ) : « فتَضْرِب » .
(١٠) في (أ) : « فنضربها » .
(١١) في (أ) : فتبلغ » .
(١٢) في (أ) : « اثنين وسبعين » ، وهو خطأ .
(١٣) في (أ) : « لهم » ، وهو خطأ .

وأربعة وأربعون ، لكل واحدة (١) ستة عشر .

القسم الثالث : أن ينكسر على ثلاث فرق .

وطريق ما سبق في الفريقين ، فإن وافق جميعُ السهام عددَ الرءوس يُرَدُّ (٢) عددُ الرءوس إلى جزء الوفق ، وإن وافق البعضُ ترد ذلك إلى الوفق دون الباقي ، وإن لم يوافق بشيء (٣) فيترك بحاله .

ثم ينظر بين الأعداد الثلاثة ، فما تَمَاثَلَ منها يُكْتَفَى (٤) بالواحد ، وما تداخل يُسْقَطُ الأقلُّ ويكتفى بالأكثر ، (٥ وما توافق فيُضْرَبُ جزءُ الوفق من أحدهما في مجموع الآخر ٥) ، وما تباين فتَضْرِبَ أحدَ الأعداد في الثاني ، فما بلغ فيُضْرَبُ (٦) في الثالث ، فما بلغ فهو المبلغُ الذي يُضْرَبُ فيه أصلُ المسألة .

وهكذا (٧ [القياس في] ٧) الانكسار على أربع فرق ، وهو القسم الرابع ، ومعرفته من القياس الذي ذكرناه (٨ [واضح] ٨) .

* * *

---

(١) في (أ) : « واحد » ، وهو خطأ .

(٢) في (أ) : « فترد » .

(٣) في (أ) : « شيء » .

(٤) في (ب) : « نكتفي » .

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « فنضرب » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) زيادة من (أ) .

الفصل الثالث

في حساب الخَنَاثَى

وطريقه : أن تُصَحَّحَ الفريضةُ بتقدير الأنوثة ، [ثم بتقدير الذكورة] [١] ، ثم تُطْلَبُ المماثلةُ والمداخلة والموافقة [٢] .

فإن تماثلا فيكتفي [٣] بأحدهما ، وإن تداخلا فيكتفي بالأكثر ، فإن توافقا فترده .

مثاله :

ولدان خُنْثَيَان [٤] ، وعم :

فالاحتمالات أربعة :

أن يكونا ذكرين ، فالمسألة من اثنين .

أو يكونا أنثيين ، فالمسألة من ثلاثة .

أو يكون الأكبر ذكرًا والأصغر أنثى ، فالمسألةُ من ثلاثة .

أو بالعكسُ فالمسألة من ثلاثة .

فقد تحصَّلنا / على اثنين وعلى ثلاث مرات ، فيكتفي [٥] بواحدة [٦] ، ويضرب [٧] الاثنين في الثلاثة فيصير [٨] ستة ، فيصح [٩] المسألة . ١٣٤/أ

(١) زيادة من (أ) .

(٢) كلمة : « الموافقة » ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « فنكتفي » .

(٤) في (أ) : « خنثيين » ، وهو خطأ .

(٥) في (ب) : « فنكتفي » .

(٦) في (أ) : « بواحد » .

(٧) في (أ) : « فنضرب » .

(٨) في (أ) : « فتصير » .

(٩) في (أ) : « فتصبح » .

فيصرف [١] أربعة إليهما ، لكل واحدٍ سهمان . ويتوقف في سهمين بينهما وبين العم ، فإن ظهر [٢] ذكورةُ واحدٍ سلَّمنا واحدًا من السهمين إليه . فإن بان أنوثةُ الثاني يسلم[٣] الباقي إلى الأخ . وإن [٤] بان ذكورته سُلِّم إليه .

أما إذا كانوا ثلاثةً ، فيتضاعف الاحتمالُ [٥] بكلِّ واحدٍ يزيد ، فإن [٦] كان الاحتمالُ في [٧] اثنين أربعًا [٧] ، ففي الثلاثة ثمانيةً ، ولكن لا يختلف الحكمُ بأربعةٍ منها ينشأ من الأصغر والأكبر .

فالاحتمالات المعتبرة أربعة :

أن يكونوا ذكورًا ، فالمسألة من ثلاثة .

أو يكونوا [٨] إناثًا ، فالمسألةُ أيضًا من ثلاثة ، وتصح من تسعة .

أن [٩] يكون ذكرٌ وأُنْثَيان [٩] ، فتصح من أربعة .

أو أنثى [١٠] وذكران ، فيصح [١٠] من خمسة .

فقد تحصلنا على أربعة أعداد : ثلاثة ، وأربعة ، وخمسة ، وتسعة . إلا أن الثلاثةَ داخلةٌ في التسعة فنسقطها [١١] ، فيبقى ثلاثة أعداد ، فنضرب خمسةً في أربعة فيصير[١٢] عشرين ، فنضرب [العشرين] [١٣] في التسعة - التي هي العدد الثالث -

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فتصرف » .

(٢) في (أ) : « ظهرت » .

(٣) في (أ) : « سلما » ، وفي (ب) : « سُلِّم » .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) في (أ) : « الاحتمالات » .

(٦) في (أ) : « فإذا » .

(٧) في (أ) : « الاثنين أربعة » .

(٨) في (أ) : « يكونا » ، وهو خطأ .

(٩) في (أ) : « يكونوا ذكرًا وأنثيين » .

(١٠) في (أ) : « وذكرين ، فتصح » .

(١١) في (أ) : « فتسقطها » .

(١٢) في (أ) : « فتصير » .

(١٣) زيادة من (أ) .

فيصير[1] مائة وثمانين ، فمنها تصح المسألة بكل تقدير يُفْرَض .

ولو كان خنثى ، وولد ابن خنثى ، وعصبة :

فالأحوال أربعة :

أن يكونا ذكرين ، فالمسألة من واحد .

أو أنثيين ، فالمسألة من ستة .

أو الأعلى ذكرًا [2] والأسفل أنثى ، فالمسألة من واحد ، إذا [3] المال للأعلى .

أو بالعكس ، فالمسألة من اثنين .

فقد تحصلنا على اثنين وستة ، وعلى واحدٍ مرتين ، فيكتفى بأحدهما . والاثنان [4] (٥ داخلٌ في الستة ٥) وكذا الواحد ، فتصح الفريضة من ستة ، يصرف إلى ولد [6] الصلب النصفَ - وهو ثلاثة - فإنه أضَرُّ أحواله .

فإن بان ذكورتُه صُرِفَ إليه الباقي ، وإن بان ذكورة الأسفل دون الأعلى [7] (٨لم نصرف إليه شيئًا ٨) ؛ لاحتمال أن الأعلى ذكرٌ .

وإن [9] بان أنوثةُ الأعلى دون الأسفل صُرِفَ إلى الأسفل في الحال سهمٌ ؛ لأن أضر أحواله أن يكون أنثى ، فيستحق الواحد ، ولا يُصْرَفُ إلى العصبة شيءٌ مادام يمكن أن يكون أحدُهما ذكرًا .

---

(١) في (أ) « فتصير » .

(٢) في (أ) : « ذكر » ، وهو خطأ .

(٣) في (أ) : « إذ » .

(٤) في (أ) : « واثنان » .

(٥) في (ب) : « داخلان في ستة » .

(٦) في (أ) : « الولد من » .

(٧) في (ب) : « الأول » .

(٨) في (أ) : « لم يُصْرَفْ إليه شيءٌ » .

(٩) في (أ) : « فإن » .

الفصل الرابع

في حساب المناسخات

[و] [1] صورة هذا الباب : أن يموت إنسانٌ فلا يُقَسَّم ميراثُه حتى يموت بعضُ ورثته ، وربما لا يقسم حتى يموت ثالثٌ ورابع وخامس .

ومطلوب [2] الباب تصحيحُ مسألة الميت الأول من عددٍ ينقسم نصيبُ كلِّ ميت منه بعده على مسألته .

ولو أفرد (3 مفردٌ كلَّ 3) مسألة بحسابها لم يكن وافيًا بمقصود المسائل [4] ؛ فإن فرضَه قسمةُ المسائل على حسابٍ واحد ، من جهة أن التركةَ واحدةٌ في غرض السؤال [5] .

فالأصل في حساب الباب أن تنظر ؛ فإن كان ورثةُ الميت الثاني والثالث ومَنْ بعدهم ورثةَ الميت الأول ، وكان ميراثُهم من كلِّ واحدٍ على سبيل ميراثهم من الميت الأول ، وذلك بأن يكونوا عصبةً لكل واحدٍ منهم فاقْسِمْ مالَ الميت الأول بين الباقين من الموتى كأنه ما خلَّف غيرهم ، وإن [6] كانوا ذكورًا فبالسَّوية ، وإن كانوا ذكورًا وإناثًا فللذكر مثل حظ الأنثيين .

مثاله :

خلَّف الميتُ أربعَ إخوة وأختين ، ثم مات أخ ، ثم مات أخ آخر ، ثم ماتت أخت ، وكل ذلك قبل قسمة التركة :

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « ومقصود » .

(٣) في (أ) : « كلُّ مفردٍ » .

(٤) في (أ) : « السائل » .

(٥) في (أ) : « السائل » .

(٦) في (أ) : « إن » .

فيقسم المالُ للأول [1] والثاني والثالث والرابع على أخوين وأخت بينهم على خمسة أسهم [2] ، كأنَّ كلَّ واحدٍ منهم ما خلَّف إلا أخوين وأختًا .

فإن كان ورثةُ [الميت] [3] الثاني يرثون منه خلافَ ميراثهم من الأول ، أو [4] ورثوا من الثاني ولم يرثوا من الأول - فصحِّحْ [5] مسألةَ كلٍّ واحدٍ من الميتين ، واستخرجْ نصيبَ الميت الثاني من مسألة الميت الأول ، وانظر ، فإن كان نصيبُه يصح على مسألته فقد صحَّت المسألتان ممَّا صحت منه مسألةُ الميت الأول .

مثاله :

امرأة ماتت وخلَّفت زوجًا وأخوين من أم ، ثم مات الزوجُ وخلَّف ابنًا وبنتًا :

فإن مسألةَ الميت الأول تصح [6] من ستة ، للزوج النصف - ثلاثة - ولأخويها [7] الثلثُ - سهمان .

ثم مات الزوجُ عن ابن وبنت ، ومسألتُه من ثلاثة ، ونصيبُه من المرأة ثلاثة - وهي صحيحةٌ على مسألته - فاقسم مالَ الميت الأول على ستة : سهمان لأخويها ، وسهمان لابن زوجها ، وسهمٌ لبنت زوجها ، وما يبقى منهم [8] للعصبة .

وإن كان نصيبُ الميت الثاني من مسألة الميت الأول - لا يصح [9] على مسألته /- ١٣٤/ب فانظر فإن لم يوافقها بجزء فاضرب مسألة [الميت] [10] الثاني في مسألة [الميت] [11]

---

(١) في (أ) : « الأول » .

(٢) في (أ) : « سهم » ، وهو خطأ .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « و » .

(٥) في (أ) : « فتصحح » ، وفي (ب) : « فيصحح » .

(٦) في (أ) : « يصح » .

(٧) في (أ) : « ولإخوتها » ، وهو خطأ .

(٨) في (أ) : « منه » .

(٩) في (أ) : « تصح » .

(١٠) زيادة من (أ) .

(١١) زيادة من (أ) .

الأول ، فما بلغ فمنه تصح المسألتان .

فمن كان له من المسألة الأولى شيءٌ أخذه مضروبًا في المسألة الثانية . ومن كان له من المسألة الثانية شيءٌ أخذه مضروبًا في نصيب مورثه عن الميت الأول .

ومثاله [١] :

زوج وأخوان لأم وواحد من العصبات ، ثم مات الزوج وخلَّف خمسَ بنين ؟

فمسألة الميت الأول من ستة ، ومسألة الميت الثاني من خمسة ، ونصيبُه من الأول[٢] ثلاثة ، فلا تصح على خمسة ، ولا توافق ، فتضرب المسألةَ الثانية - وهي خمسة - في المسألة الأولى - وهي ستة - فيبلغ [٣] ثلاثين ، ومنها تصح المسألتان .

كان لأخوين [٤] من الأول سهمان في خمسة ، فيكون لهما عشرة . وكان لبني الزوج من الثانية خمسة مضروبة فيما مات (٥ عنه الزوجُ ٥) - وهو ثلاثة - يكون لهم خمسةَ عشرَ ، لكل واحدٍ منهم ثلاثة . وكان للعصبة من الأولى سهم في خمسة ، ففي[٦] المسألة الثانية يكون لهما [٧] خمسة ، وقد تمَّت القسمة .

وإن كان نصيبُ الميت الثاني من المسألة الأولى لا يصح على مسألته ، ولكن يوافِقُ بجزءٍ فاضْرِبْ وفقَ المسألة الثانية - لا وفقَ النصيب - في المسألة الأولى ، فما بلغ فمنه تصح المسألتان .

ومن [٨] له من المسألة الأولى شيءٌ أخذه مضروبًا في وفق المسألة الثانية ، [ومن له

---

(١) في (أ) : « مثاله » بدون الواو .

(٢) في (أ) : « الأولى » ، أي : المسألة الأولى ، والمراد بالأول : الميت الأول .

(٣) في (أ) : « فنبلغ » .

(٤) في (أ) : « للأخوين » .

(٥) في (ب) : « الزوج » .

(٦) في (أ) : « وهي » .

(٧) في (أ) : « لها » .

(٨) في (ب) : « فمن » .

من المسألة الثانية شيء أخذه مضروبًا في وفق نصيب مورثه من الميت الأول] (1) .

مثاله : زوج وجد وأم وثلاث إخوة لأب ، ثم مات الزوجُ وخلَّف ستة (2) بنين :

فمسألة [الميت] (3) الأول تصح من ثمانية عشر ، ونصيبُ الزوج منها تسعةُ ، ومسألته من ستة ، والتسعة لا تصح (4) على ستة (5) - ولكن يوافقها بالثلث - فاضْرِبْ ثلثَ الستة - لا ثلث التسعة - وهو اثنان في المسألة الأولى - وهي ثمانية عشر - فتبلغ ستة وثلاثين ، فمنها تصح المسألتان .

للأم من [المسألة] (6) الأولى ثلاثة مضروبة في اثنين ، وهو وَفْقُ (7 الستة ، فيكون 7) لها ستة . وكان للجد من الأولى ثلاثة مضروبة في اثنين ، فله ستة . وللإخوة من الأولى ثلاثةٌ مضروبة في اثنين ، فيكون (8) لهم ستة لكل واحدٍ منهم اثنان .

وكان لبني الزوج تسعةٌ مضروبة في اثنين ، فلهم ثمانية عشر ، (9 ولكل واحد من البنين من المسألة الثانية واحدٌ مضروب في جزءٍ وَفْق نصيبِ مورثه من الميت الأول - وهي ثلاثة - فيكون المبلغ ثمانية عشر 9) ، لكل واحد ثلاثة .

وعلى هذا فَقِسْ إن مات ثالثٌ ورابع وخامس قبل قسمة مالِ الميت الأول ،

(1) زيادة من (ب) .

(2) في الأصل ، (ب) : « ست » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(3) زيادة من (أ) .

(4) في الأصل ، (ب) : « يصح » ، والمثبت من (أ) .

(5) في (أ) : « الستة » .

(6) زيادة من (أ) .

(7) في (أ) : « المسألة ، يكون » .

(8) في الأصل ، (ب) : « يكون » والمثبت من (أ) .

(9) ما بين القوسين ليس في (أ) .

فصحِّحْ مسألةَ كلٍّ واحد منهم ، فإن كان نصيبُ كل واحد منهم يصح على مسألته ، فقد صحت المسائلُ كلُّها مما صحت منه المسألةُ الأولى .

وإن لم يصح ولم يوافق فاضرِبْ المسألةَ الثالثة فيما صحت [١] منه المسألتان الأوليان ، وإن كان في الثالثة وفقٌ فاضرب وفقَ المسألة فيما صح منه الأوليان ، وهكذا فافعل بالرابع والخامس ، وما زاد عليه فما بلغ منه [٢] تصح المسائلُ كلها .

فإذا أردت القسمةَ فتعرف [٣] ما يتحصل لكل واحد بعد كثرة الضرب وتكرُّرِه .

فطريقه : أن تضرب سهامَ ورثة الميت الأول في مسائل المُتَوَفَّيْنَ بعده ، مسألةً بعد مسألة إن لم تكن سهامُهم انقسمت عليهم ولا وافقها .

وإن انقسمت سهامُ بعضهم على مسألته فلا تضربه في تلك المسألة ، واضربه في بقايا المسائل . وإن وافقت سهامُ بعضهم مسألتَه فاضربه في وفق تلك المسألة ، فما بلغ فهو نصيبه .

ومن له من المسألة الثانية أو الثالثة أو الرابعة شيءٌ ، فاضربه فيما مات عنه مورثه ، أو في وفقه - أعني وفقَ النصيب - ثم ما [٤] بلغ فاضربه في مسائل المتوفَّيْنَ بعده ، مسألةً بعد مسألة ، أو في وفقها - أعني وفقَ المسألة - إن كان من [٥] جملتها ما وافق السِّهام فيه المسألة على الشرط المذكور في الميت الأول ، فما بلغ فهو نصيبُه من الميت الأول .

مثاله :

امرأة ، وأم ، وثلاث أخوات متفرقات :

---

(١) في (أ) : « صح » .

(٢) في (أ) : « فمنه » .

(٣) في (أ) : « وأن تعرف » .

(٤) في (ب) : « فما » .

(٥) في (أ) : « في » .

المسألة من خمسة عشر عائلًا [1] .

ماتت الأم وخلَّفت زوجًا وعمًّا وبنتين هما الأختان من الأخوات المتفرقة [2] في المسألة الأولى ، ومسألتها من اثني عشر ، وفي يدها سهمان - وافق [3] مسألتها بالنصف - فاضرب نصفَ مسألتها - وهي [4] ستة - في المسألة الأولى ، تكون تسعين .

ثم ماتت الأختُ من الأب وخلفت زوجًا وأمًّا وبنتًا وأختًا لأب هي واحدةُ الأخوات في أصل المسألة ، ومسألتها من اثني عشر ، ولها من المسألة سهمان مضروبان في وفق الثانية - وهي [5] ستة - يكون اثني عشر ، وذلك منقسم [6] على مسألتها ، فصحت [7] المسائلُ الثلاثة من تسعين .

للمرأة من الأولى ثلاثةٌ مضروبة في ستة ، يكون ثمانية عشر .

وللأخت للأم [8] من الأولى سهمان في ستة ، يكون اثني عشر ، و [لها] [9] أيضًا من الثانية أربعةٌ في واحد ، فجميعُ ما لها ستة عشر .

وللأخت من الأب والأم من الأولى ستةٌ في ستة ، ومن الثانية أربعة في واحد ، وواحدٌ وهو ما يخرج [10] من قسمته من سهام الثالث [11] على مسألتها ، فجميع مالها واحد وأربعون .

ولزوج الثانية ثلاثة في واحد [12] ، ولعمها [13] سهم في واحد .

---

(1) في (أ) : « عائلة » .

(2) في (أ) : « المتفرقات » .

(3) في (أ) : « توافق » .

(4) في (ب) : « هو » .

(5) في (أ) : « هو » .

(6) في (أ) : « ينقسم » .

(7) في (أ) : « صحت » .

(8) في (أ) : « من الأم » .

(9) زيادة من (أ) .

(10) في (أ) : « خرج » .

(11) في (أ) : « الثالثة » .

(12) في الأصل ، (ب) : « واحدة » ، والمثبت من (أ) ، وهو الصواب .

(13) في (أ) : « ولعمتها » .

ولزوج الثالثة ثلاثة في واحد [١] ، ولبنتها ستةٌ في واحد [٢] ، ولأمها سهمان في واحد .

مثال آخر :

امرأة [٣] وابن وبنت وأخ من أب ، فمات الابن وخلَّف مَنْ خلَّف [أبوه] [٤] وهم : أمُّه وأخته وعمه ، ثم ماتت البنت وخلفت زوجًا وبنتًا ومن خلفت [٥] ، ثم ماتت المرأة وخلفت زوجًا وأخًا :

فالمسائل الأربعة كلها تصح من مائة وأربعة وأربعين على ما ذكرنا [٦] في مراسم الحساب ، فلا نُطَوِّل بتفصيله [٧] .

* * *

(١) في الأصل ، (ب) : « واحدة » ، والمثبت من (أ) ، وهو الصواب .

(٢) في الأصل ، (ب) : « واحد » ، والمثبت من (أ) ، وهو الصواب .

(٣) في (أ) : « زوجة » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (ب) : « خلف » ، أي : ومن خلف أبوها غير الابن الذي مات .

(٦) في (أ) : « ذكرناه » .

(٧) في (أ) : « تفصيله » .

الفصل الخامس

في قسمة التَّرِكَات

ومضمون [١] هذا الباب - قسمة التركات - إذا كانت التركةُ مقدرةً بكيلٍ أو وزن ، فإن لم تكن التركةُ كذلك ، فما نحاوله في الباب يجري في تقدير قيمة التركة [٢] .

وهذا الباب كثير [٣] الفائدة ، وكأنه ثمرةُ الحساب في الفرائض ، فإن المفتي قد يصحح المسألة من الألف والتركة مقدارٌ نَزْرٌ ، فكيف يفيد كلامُه بيانًا ؟

ونحن نذكر مثالين :

أحدهما : أن لا يكون في التركة المُخَلَّفة كَسْرٌ .

والثاني : أن يكون فيها كسر .

فإن لم يكن فيها كسر فالوجه أن تُبَيِّنَ سهامَ الفريضة أولًا ، وتَعْرِفَ العدد الذي منه تصح المسألةُ كما تمهّد ذلك فيما سبق ، ثم تَنْظُر [٤] إلى التركة وتأخذ سهامَ كل واحد من الورثة من جملة العدد الذي صحت المسألةُ منه ، وتضربها في التركة ، فما بلغ قُسِّم [٥] على العدد الذي تصح منه المسألة ، فما خرج فهو نصيبُ ذلك الوارث .

ولا فرق بين أن يكون في المسألة عَوْلٌ ، وبين أن لا يكون فيها عول .

مثال ذلك :

أربع زوجات ، وثلاث جدات ، وست أخوان لأب ، والتركة خمسة وستون دينارًا :

---

(١) في (أ) : « فضمون » . (٢) في (أ) : « التركات » .

(٣) في الأصل ، (ب) : « كثيرة » ، والمثبت من (أ) ، وهو الصواب .

(٤) في الأصل ، (ب) : « ننظر » ، والمثبت من (أ) ، وهو الموافق لما بعده .

(٥) في (أ) : « قَسَمْتَه » .

أصل المسألة من اثني عشر [١] وتَعُول إلى ثلاثة عشر / ، وتصح من مائة وستة ١٣٥/أ وخمسين .

فنقول : حصة كُلِّ زوجةٍ من العدد الذي صحت فيه المسألةُ منه تسعةٌ . فاضرب تسعةً في التركة - وهي [٢] خمسة وستون - فبلغ [٣] خمسمائة [٤] وخمسة وثمانين ، فنُقَسّمها على الأصل الذي (٥ منه تصح ٥) المسألة - وهو مائة وستة وخمسون - فيخرج ثلاثةُ دنانير وثلاثة أرباع دينار ، فهو نصيبُ كلٍّ واحدة [٦] من الزوجات من جملة التركة [٧] .

ونصيب كل جدة [٨] من الأصل ثمانيةٌ . فاضربها في التركة ، فما بلغ فاقسمها على الأصل ، فيخرج لكل واحدة منهن ثلاثةُ دنانير وثلثٌ ، فهو نصيب كل جدة .

فكان [٩] لكل أخت من الأصل ستة عشر ، فاضربها في التركة ، فما بلغ فاقسمها على الأصل ، فيخرج لكل واحدةٍ منهن ستةُ دنانير وثلثان .

وهذه الطريقة [١٠] كافية في الباب .

هذا إذا لم يكن في التركة كَسْر ، فأما إذا كان فيها كسر فنُبَسِّط التركة حتى تصير

---

(١) في الأصل ، (ب) : « عشرة » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٢) في الأصل ، (ب) : « وهو » ، والمثبت من (أ) ، وهو أولى .

(٣) في (أ) : « فيبلغ » .

(٤) في الأصل ، (ب) : « خمسة مائة » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تصح منه » .

(٦) في الأصل ، (أ) : « واحد » ، والمثبت من (ب) ، وهو أولى .

(٧) في (أ) : « التركات » .

(٨) في (أ) : « واحدة » .

(٩) في (أ) : « وكان » .

(١٠) في (أ) : « طريقة » .

من جنس كسرها ، وذلك بأن تضرب الصحيحَ في مخرج كَسْرِه ، وتزيد عليه كسْرَه ، فما بلغ فكأنه هو التركةُ صحاحًا ، فيقسم [١] كما بيناه فيما تقدم .

فما خرج لكل واحدٍ منهم [٢] من القسمة والضربِ نَقْسِمُه على مخرج ذلك الكسرِ الذي جعلناه [٣] الكلَّ من جنسه ، فما خرج فهو نصيبه .

مثاله في الصورة التي ذكرناها :

كانت التركةُ خمسة وستين [٤] دينارًا وثلثًا ، فابسطها أثلاثًا تكون [٥] مائة وستة وتسعين [دينارًا] [٦] ، فكأنَّ التركة مائة وستة وتسعون [٧] دينارًا فاقْسِمْها بين أربع زوجاتٍ وثلاثِ جدَّات وست أخوات ، فما خرج لكل واحد من الورثة من العدد المبسوط فاقْسِمْه على ثلاثة ، فما خرج نصيبًا للواحد فهو نصيب الواحد من الجنس الذي تريد .

وقد أكثر الأصحاب في ذكر الطرق فيه ، وفيما ذكرناه كفاية . واللّه أعلم وأحكم .

* * *

---

(١) في (ب) : « فتفسخ » .

(٢) قوله : « منهم » ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « جعلنا » .

(٤) في الأصل ، (ب) : « ستون » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « فتكون » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في الأصل ، (ب) : « تسعين » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

كتاب الوصايا

الوصية : عبارة عن التبرع بجزءٍ من المال مضافٍ إلى ما بعد الموت .

وقد كانت واجبةً في ابتداء الإسلام ، فنُسِخَ [١] بآية المواريث [٢] .

وهي الآن جائزةٌ في الثلث ؛ لما رُوي أنه ﷺ عاد سعدًا وهو مريض ، فقال : أُوصِي بجميع مالي ؟ فقال : « لا » . فقال : بالشَّطْر ؟ فقال : لا . فقال : بالثلث ؟ فقال [٣] : « الثلثُ والثلثُ كثيرٌ ، لَأَنْ تَدَعَ ورثَتَك أغنياءَ خيرٌ من أن تدعهم عالةً يَتَكَفَّفُون وجوهَ الناس » [٤] .

فأفاد الحديثُ : المنعَ من الزيادة ، واستحبابَ النقصان من [٥] الثلث إن كانت [٦] الورثةُ فقراءَ .

ثم الأحبُّ في الصدقات التعجيلُ في الحياة .

ثم [٧] سئل – عليه السلام – عن أفضل الصدقة فقال : « أن تتصدَّقَ وأنت صحيحٌ

---

(١) في (أ) : « فنسخت » .

(٢) وهي الآيات رقم : (١١) ، (١٢) ، (١٧٦) من سورة النساء .

(٣) في (أ) : « قال » .

(٤) الحديث أخرجه البخاري : (٤٢٧/٥) (٥٥) كتاب الوصايا (٢) باب أن يترك ورثته أغنياء خيرٌ من أن يتكففوا الناس (٢٧٤٢) ، وطرفه : (٢٧٤٤) ، ومسلم : (١٢٥٠/٣) (٢٥) كتاب الوصية (١) باب الوصية بالثلث (١٦٢٨) ، وأبو داود : (١١٢/٣) كتاب الوصايا – باب ما جاء في مالا يجوز للموصى في ماله (٢٨٦٤) ، والترمذي : (٣٧٤/٤) (٣١) كتاب الوصايا (١) باب ما جاء في الوصية بالثلث (٢١١٦) ، والنسائي : (٢٤١/٦) (٣٠) كتاب الوصايا (٢) باب الوصية بالثلث (٣٦٢٦ ، ٣٦٢٧) ، وابن ماجه : (٢/ ٩٠٣، ٩٠٤) (٢٢) كتاب الوصايا (٥) باب الوصية بالثلث (٢٧٠٨) . وراجع التلخيص الحبير : (٩١/٣) حديث رقم : (١٣٦٢) .

(٥) في (أ) : « عن » .

(٦) في (أ) : « كان » .

(٧) زيادة من (أ) .

شحيحٌ ، تَأْمَلُ الغنى وتخشى الفقرَ ، ولا تمهل حتى إذا بَلَغَتِ الحلقومَ ، قُلْتَ : لفلان كذا ، (١ ولفلان كذا ١) » (٢) .

فإن اختار الوصيةَ ، فالأَوْلى المبادرةُ (٣) ، قال ﷺ : « ما حقُّ امرئ مسلمٍ عنده شيءٌ يوصي فيه أن (٤) يبيت ليلتين إلا ووصيتُه مكتوبةٌ عنده (٥) » (٦) .

هذا تمهيد الكتاب ، ومقاصده تحصرها (٧ أبواب أربعة ٧) :

---

(١) قوله : « ولفلان كذا » ساقط من (ب) .

(٢) الحديث أخرجه البخاري : (٥/٤٣٩ ، ٤٤٠) (٥٥) كتاب الوصايا (١٠) باب الصدقة عند الموت (٢٧٤٨) ، ومسلم : (٢/٧١٦) (١٢) كتاب الزكاة (٣١) باب بيان أن أفضلَ الصدقة صدقةُ الصحيح الشحيح (١٠٣٢) ، وأبو داود : (٣/١١٢) كتاب الوصايا - باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية (٢٨٦٥) ، والنسائي : (٦/٢٣٧) (٣٠) كتاب الوصايا (١) باب الكراهية في تأخير الوصية (٣٦١١) ، وابن ماجه : (٢/٩٠٣) (٢٢) كتاب الوصايا (٤) باب النهي عن الإمساك في الحياة والتبذير عند الموت (٢٧٠٦) ، وراجع التلخيص الحبير : (٣/٩١) حديث رقم : (١٣٦٦) .

(٣) كلمة : « المبادرة » ساقطة من (ب) .

(٤) كلمة : « أن » ساقطة من (أ) .

(٥) في (أ) : « عند رأسه » .

(٦) الحديث أخرجه البخاري : (٥/٤١٩) (٥٥) كتاب الوصايا (١) باب الوصايا (٢٨٣٨) ، ومسلم : (٣/١٢٤٩) (٢٥) كتاب الوصية مقدمة الباب (١٦٢٧) ، وأبو داود : (٣/١١١) كتاب الوصايا (١) باب ما جاء في ما يؤمر به من الوصية (٢٨٦٢) ، والترمذي : (٤/٣٧٦) (٣١) كتاب الوصايا (٣) باب ما جاء في الحث على الوصية (٢١١٨) ، والنسائي : (٦/٢٣٩) (٣٠) كتاب الوصايا (١) باب الكراهية في تأخير الوصية (٣٦١٥ ، ٣٦١٦) ، وابن ماجه : (٢/٩٠١) (٢٢) كتاب الوصايا (٢) باب الحث على الوصية (٢٦٩٩) . وراجع التلخيص الحبير : (٣/٩١) حديث رقم : (١٣٦٤) .

(٧) في (أ) : « أربعة أبواب » .

الباب الأول

في أركان الوصية

وهي أربعة :

الركن [١] الأول : المُوصِي

والوصية تصح من كلِّ مكلَّفٍ حُرٍّ ؛ لأنه تبرع ، فلا يُعْتبر فيه إلا ما يُعتبر في التبرعات ، فلا تصح [٢] من المجنون والصغير الذي لا يميز .

وتصح [٣] من السَّفيه المحجورِ عليه بسبب التبذير ؛ لأن عبارتَه نافذةٌ في الطلاق والأقارير .

وفي وصية الصبي وتدبيره قولان :

أحدهما ، وهو مذهب عمر - رضي الله عنه - : صحته ؛ لأنه تصرُّفٌ لا يضر به في الحال والمآل ، ولها [٤] شَبَهٌ بالقُرُبات .

والثاني : لا يصح [٥] ؛ لفسادِ عبارته ، ولذلك بَطَلَ بَيْعُه وإن وافق العطية [٦] .

والوصية تمليك ، فشبهه بالتصرفات أكثر .

وفي طريقة العراق [٧] طَرْدُ القولين في المبذر أيضًا .

أما الرقيق ، فكيف يُوصى ولا مال له ؟

---

(١) كلمة : « الركن » ساقطة من (أ) .
(٢) في (أ) : « يصح » .
(٣) في (ب) : « يصح » .
(٤) في (أ) : « له » .
(٥) وهذا الوجه هو الأظهر كما في روضة الطالبين : (٩٧/٦) ، مغني المحتاج : (٣٩/٣) .
(٦) في (أ) : « الغبطة » .
(٧) في (أ) : « للعراق » .

ولكن لو أوصى ثم عتقَ وتَمَوَّل فالأظهر : أنه لا يَنْفُذُ ؛ إذ لم يكن أهلاً له حالةَ العقد .

وفيه وجه آخر : أنه ينفذ ؛ إذ كانت عبارتُه صحيحةً ، وقد تَيَسَّرَ الوفاءُ بها عند الحاجة .

أما الكافر : فيصح (١) وصيتُه كالمسلم . ولكن لو أوصى بما هو معصيةٌ عندنا (٢) ، كبناء [الكنائس] (٣) البِيَعِ ، أو الخمر والخنزير لإنسان ورفع (٤) البناء رددناها [عندنا] (٥) خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله .

ولو (٦) أوصى بعمارةِ قبورِ أنبيائهم نفذناه ؛ لأن كلَّ قبرٍ يُزَار فعمارتُه إحياءُ زيارته ، ويجوز ذلك في قبور مشايخ الإسلام أيضاً .

* * *

(١) في (أ) : « فتصح » .
(٢) كلمة : « عندنا » ساقطة من (أ) .
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .
(٤) في (أ) : « فرفع » .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) في (ب) : « وإن » .

الركن الثاني : المُوصَى له

والنظر في العبد ، والدابة ، والحربي ، والقاتل ، والحمل ، والوارث .

أما العبد :

فالوصية له صحيحةٌ ، فإن كان حُرًّا حالَ [1] القبول مَلَك ، وإن كان رقيقًا انصرف إلى سيده .

وفي افتقار قبوله إلى إذْنِ السيد خلاف ، كما في اتِّهابه .

فإن قلنا : يُعْتبر رضاه ، فلو قبله السيدُ بنفسه ففيه خلاف .

ووجه المنع [2] : أن اللفظَ تَعَلَّقَ بالعبد فلا ينتظم قبولَ غيره .

فرعان :

أحدهما : أوصى لعبدِ وارثِه .

فإن عَتَقَ قبل موته صحَّ قبولُه ، وإن كان رقيقًا لم يصح ؛ لأنه يصير ذريعةً إلى الوصية [3] إلى الوارث [3] .

وإن عتق بعد الموت وقبل القبول / ، وقلنا : إنه يملك الوصيةَ بالقبول صحَّ . وإن قلنا : بالموت فلا . ١٣٥/ب

وكذا إذا كان الوارثُ قد باعه من أجنبي بعد الموت وقبل القبول ، يُخَرَّج عليه .

هذا ما يظهر لي في القياس .

---

(١) في (أ) : « حالة » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في روضة الطالبين : (١٠١/٦) .

(٣) في (أ) : « للوارث » .

وأطلق الأصحابُ القولَ بأن الوصيةَ لعبد الوارث باطلةٌ ، من غير هذا التفصيل ؛ لأن وصيةٌ لوارث .

الثاني : إذا أوصى لأمِّ ولدِه جاز ؛ لأنها حرةٌ بعد موته .

وكذا إن أوصى لمُدَبَّرِه ، إن عتق من الثلث . وإلا فهو وصيةٌ لعبد الوارث ، فلا يصح .

وإن أوصى لمكاتبة صحَّ [1] ؛ إذ يُتَصوَّر منه الاستقلالُ بالملك وكذا الوصيةُ لمكاتب الوارث ، إلا إذا رقَّ المكاتبُ فترجع [2] الوصيةُ إلى الوارث فيبطل [3] .

أما الدابة :

فإذا أوصى لها ، ثم فَسَّرَ بإرادة التمليك فهي باطلة .

وكذا إن [4] أطلق ؛ لأن الإطلاقَ يقتضي التمليكَ ، ولا يُتَصوَّر ذلك للدابة بخلاف العبد ، فإنه أهلٌ لأسباب الملك وإن لم يستقر عليه الملك ، وإن قال : أردت صَرْفَه في علفها فصحيح . وهل يفتقر إلى قبول المالك ؟ فوجهان :

أحدهما : (٥ أنه لا يفتقر ٥) ، وهو اختيار أبي زيد المروزي . وكأنها [6] وصيةٌ للدابة ، (٧ ولكل كَبَدٍ حَرَّى أجرٌ ٧) .

---

(١) في (أ) : « يصح » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « فيرجع » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « فتبطل » .
(٤) في (ب) : « إذا » .
(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « لا » والمثبت من (أ) .
(٦) في (ب) : « وكأنه » .
(٧) في (أ) : « وفي كل كبد حرى آخر » .

وقال صاحب التلخيص : لابد من القبول ؛ إذ يَبْعُدُ أن يُوقَفَ على عبيدِ الإنسان (١) ودوابّه دون رضاه (٢) .

فإن قلنا : لابد من القبول ، فإذا قَبِلَ فهل يُسَلَّم إليه ؟ وجهان :

أحدهما : نعم ؛ (٣ لأنه لا ٣) يتعينَّ على المالك صَرْفُه إلى الدابة ، وهو اختيار القفال ، وكأنه جعل الدابةَ كالعبد .

والثاني : أنه يتعين على الوَصِيِّ صَرْفُه إلى دابته ، فإن لم يكن وصي فالقاضي يصرف أو يُكَلِّف المالكَ بعد قبوله ذلك (٤) .

فرعان :

أحدهما : أنه لو قال : خُذْ هذا الثوبَ وكَفِّن فيه مورِّثَك .

قال القفال : للوارث إبدالُه ؛ تفريعاً (٥) على أن الكفنَ للمالك (٦) ، والإضافة إلى المورث تمليك له . وهذا أبعدُ مما ذكره (٧) في الدابة ، وذلك (٨) أيضًا بعيد ، بل الصحيحُ هاهنا أن هذه عاريَّةٌ في حق الميت .

الثاني : لو قال : وقفت على المسجد ، أو أوصيت للمسجد ، وقال (٩) : أردت

---

(١) في (أ) : « إنسان » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في روضة الطالبين : (١٠٦/٦) ، مغني المحتاج : (٤٢/٣) .

(٣) في (أ) : « ثم لا » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في روضة الطالبين : (١٠٦/٦) .

(٥) في (أ) : « تفريعاً » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « للوارث » .

(٧) في (أ) : « ذكرناه » .

(٨) في (أ) : « وذاك » .

(٩) في (ب) : « فقال » .

تمليكَ المسجد [١] ، فباطل .

وإن قال : أردت صرفه إلى مصلحته [١] فصحيح .

وإن أطلق ، قال الشيخ أبو علي : [٢] هو باطل ؛ لأن المسجدَ [٢] لا يَمْلِكُ كالبهيمة (٣) ، وهذا في المسجد بعيد ؛ لأن العُرْفَ يُنَزِّل المطلقَ على صرف المنافع إلى مصلحته (٤) .

أما الحربي :

فتصح (٥) الوصيةُ له كما يصح البيعُ منه [والهبة] (٦) .

وكذا المرتد والذمي (٧) .

ونقل صاحب التلخيص عن نصّ الشافعي - رضي الله عنه - بطلانَ الوصية للحربي ، وعلَّل بانقطاع الموالاة . وهو ضعيف ؛ إذ لا معنى لشرط الموالاة في الوصية وإن رُوعِيَتْ في الإرث .

ولو أوصى المسلمُ أو الذميُّ [٨] لسلاحِ أهلِ الحرب [٨] ، [٩] أو البِيعَةِ ، أو للكنيسة [٩] : فهو فاسد ؛ لأنها معصيةٌ ، بخلاف الوصية لحربيٍّ معيَّنٍ ، فإن الهبةَّ منه ليس بمعصية .

أما القاتل :

ففي الوصية له ثلاثة أقوال :

---

(١) ، (٢) ما بين القوسين غير ظاهر في الأصل لخطأ في التصوير ؛ فنقلتها من (أ) .

(٣) قوله : « كالبهيمة » ساقط من (أ) . (٤) في (أ) : « مصالحه » .

(٥) في (ب) : « فيصح » . (٦) زيادة من (أ) .

(٧) قال النووي : « الوصية للذمي صحيحة بلا خلاف ، وكذا للحربي والمرتد على الأصح المنصوص في « عيون المسائل » . انظر : روضة الطالبين : (١٠٧/٦) ، مغني المحتاج : (٤٣/٣) .

(٨) في (أ) : « بسلاحِ لأهل الحرب » . (٩) في (أ) : « أو عمارة البيعة أو الكنيسة » .

أحدها : المنع ؛ قياساً على الإرث ، فإنه لما عصى بالتوصُّلِ إلى السبب عُوقِبَ بنقيض قصده وقُطِعَ عنه ثمرتُه . والوصيةُ أيضاً ثمرةُ الموت .

والثاني : الصحة ؛ لأن السببَ هو التمليكُ دون الموت ، وهو اختيارٌ من جهته ، فأشبه المستولدةَ إذا قتلت سيدَها ، ومستحِقَّ الدَّيْن إذا قتل مَنْ عليه الدين ، فإنها تَعْتَقُ ؛ إذ عتقُها باختيار الاستيلاد [١] .

والثالث [٢] : أنه إن أوصى أولاً ثم قُتِلَ انقطعت الوصية ؛ لأنه استعجال . وإن خرج ثم أوصى له جاز .

أما المدبر إذا قتل سيده :

فإن قلنا : التدبيرُ وصية ، فيُخَرَّج على الأقوال .

وإن قلنا : إنه تعليق ، عَتَق نصفُه ، فتشبيهه بالمستولدة أولى .

فإن قلنا : الوصيةُ للقاتل باطل [٣] ، فهل تنفذ بإجازة الورثة ؟ فيه خلاف ، كما في إجازة الوصية للورثة .

ولو [٤] أوصى لعبدِ القاتل ، كان كما لو أوصى لعبد الوارث .

ولو أوصى لعبدٍ وهو [٥] قاتل صح ؛ لأن مصب [٦] الملك غيره .

أما الحمل :

فالوصية له صحيحٌ [٧] بشرطين :

---

(١) المذهبُ صحةُ الوصية للقاتل مطلقاً . انظر : روضة الطالبين : (١٠٧/٦) ، مغني المحتاج : (٤٣/٣) .

(٢) في (أ) : « فالثالث » .

(٣) في (أ) : « باطلة » .

(٤) في (ب) : « وإن » .

(٥) في (أ) : « هو » بدون الواو .

(٦) في (أ) : « تصرف » .

(٧) في (أ) : « صحيحة » .

أحدهما : أن ينفصل حيًّا ، فلو انفصل ميتًا - ولو بجناية جانٍ - فلا يستحق ؛ إذ كنَّا نُعْطِيه حكمَ الأحياء لتوقُّعِ مصيرِهِ إلى الحياة .

الثاني : أن يكون موجودًا حالةَ الوصية ، وذلك بأن ينفصل لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية .

فإن انفصل لأكثر من أربع سنين فلم (١) يستحق .

وإن كان لما بينهما ، (٢ نُظِر : إن كان ٢) للمرأة زوجٌ يغشاها لم يستحق ؛ لأن الطريان ظاهرٌ .

وإن لم يكن زوجٌ ، فوجهان :

ووجه الاستحقاق : أن تقديرَ الوطء بالشبهة بعيدٌ ، والزنا فلا نُقَدِّره تحسُّنًا (٣) للظن بالمسلم (٤) .

أما إذا صرَّح بالوصية بحَمْلٍ (٥) سيكون ، فالظاهرُ : المنع ؛ لأنه لا متعلقَ (٦) للاستحقاق في الحال ، وبه قطع العراقيون . بخلاف الوصية بحملٍ سيكون .

---

(١) في (أ) : « لم » .

(٢) في الأصل ونسخة (أ) : « وكان » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تحسيناً » .

(٤) قال في مغني المحتاج : « (فإن لم تكن) أي : المرأة الآن (فراشًا) لزوج أو سيد (وانفصل) الحمل (لأكثر من أربع سنين فكذلك) أي : لم يستحق الحملُ الموصى له ؛ لعدم وجوده عند الوصية (أو لدونه) أي : دون الأكثر ، وهو الأربع فأقلُّ ، استحق في الأظهر كما يثبت النسب ، ولأن الظاهر وجوده عند الوصية . والثاني : لا يستحق ؛ لاحتمال العلوق بعد الوصية من وطء شبهة أو زنا ، ورُدَّ بأن الأصل عدم ذلك ، ووطء الشبهة نادر ، وفي تقدير الزنا إساءة ظن » . انظر مغني المحتاج : (٤١/٣) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لحمل » .

(٦) في (أ) : « يتعلق » .

وقال أبو إسحاق المروزي : يجوز ، كالوصية بالحمل المنتظر .

ويتأيد بجواز الوقف على ولد الولد [1] .

أما الوارث :

فالوصية له باطلة ؛ لقوله ﷺ : « لا وصية لوارث » [2] .

ونعني به إذا ردَّه [3] بقيةُ الورثة ، فإن أجازوا وقلنا : إجازةُ الورثة تنفيذٌ لا ابتداءُ عطيةٍ ، ففي صحة هذه الوصية بالإجازة ، وكذا الوصية للقاتل ، قولان :

أحدهما : لا ؛ للنهي المطلق .

والثاني : ينفذ [4] . والنهي منزل [5] على خلاف مراد الورثة .

---

(١) إذا قال الموصي : أوصيت لحملها الذي سيحدث ، فأوجه :

أصحها عند الأكثرين : بطلان الوصية ؛ لأنها تمليك ، وتمليك المعدوم ممتنع .

والثاني : تصح ، قاله أبو إسحاق وأبو منصور ، كما تصح بالحمل الذي سيوجد .

والثالث : إن كان الحمل موجودًا حال الموت صح ، وإلا فلا . انظر : روضة الطالبين : (٦/١٠٠) ، مغني المحتاج : (٣/٤٠) .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود : (٣/١١٣) كتاب الوصايا - باب ما جاء في الوصية للوارث (٢٨٧٠) ولفظه : « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » ، والترمذي : (٤/٣٧٧) (٣١) كتاب الوصايا (٥) باب ما جاء لا وصية لوارث (٢١٢٠ ، ٢١٢١) وقال : حسن صحيح ، والنسائي : (٦/٢٤٧) (٣٠) كتاب الوصايا (٥) باب إبطال الوصية للوارث (٣٦٤١ ، ٣٦٤٢ ، ٣٦٤٣) ، وابن ماجه : (٢/٩٠٥) (٢٢) كتاب الوصايا (٦) باب لا وصية لوارث (٢٧١٢ ، ٢٧١٣ ، ٢٧١٤) . وراجع التلخيص الحبير : (٣/ ٩٢) حديث رقم : (١٣٦٩) .

(٣) في (أ) : « ردَّ » .

(٤) وهذا القول هو الأظهر كما في روضة الطالبين : (٦/١٠٩) ، مغني المحتاج : (٣/٤٣) .

(٥) كلمة : « منزل » ساقطة من (ب) .

وروى ابن عباس أنه ﷺ قال : « لا تجوز لوارث وصيةٌ إلا أن يشاء الورثةُ » (١) .

فروع ستة (٢) :

الأول : إذا أوصى لكل واحدٍ بمقدار حصته فهو لغوٌ لا فائدة له .

فأما إذا خصصه بعين على مقدار حصته ، ففي الحاجة إلى الإجازة وجهان / : ١٣٦/أ

أحدهما : لا ؛ إذ لا وصيةَ بزيادةِ مالٍ .

والثاني - وهو الأصح - : أنه يحتاج ، لأن في أعيان الأموال أغراضًا .

وكذلك لو أوصى بأن تباع دارُه من إنسان ، (٣ تنفذ عندنا وصيتُه ٣) ، خلافا لأبي حنيفة رحمه الله .

الثاني : إذا وقف على كلِ واحدٍ قَدْرَ حصته :

فإن قلنا : الوصية للوارث (٤ أصلاً باطل ٤) ، ولا يتأثر بالإجازة ، فأصلُ الوقفِ باطل .

وإن قلنا : ينفذ بالإجازة ، فله أن يَرُدَّ بقدر (٥) الزائد على الثلث ، وليس له إبطالُ الثلث ؛ فإنه لم يُخَصِّصْ بعضَ الورثة به .

ومَنْ وَقَفَ عليه لا يمكنه أن يَرُدَّ نصيبَ نفسه فيقول : خصصني ، فإنَّ التخصيصَ يستدعي تعدُّدًا (٦) .

---

(١) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : (٢٦٤/٦) عن ابن عباس ، وقال : فيه عطاء الخراساني غير قوي . وأخرجه الدارقطني في سننه : (٩٧/٤ ، ٩٨) كتاب الفرائض حديث رقم : (٨٩ ، ٩٤) . وراجع التلخيص الحبير : (٩٢/٣) حديث رقم : (١٣٧٠) .

(٢) كلمة : « ستة » ساقطة من (ب) .

(٣) في (أ) : « فهو عندنا وصية » .

(٤) في (أ) : « باطلة أصلاً » .

(٥) في (أ) : « في قدر » .

(٦) في (أ) : « تفردًا » .

ويظهر [١] فَهْمُ [٢] هذا إذا كان الوارثُ واحدًا ، فَلْيُقَسْ [٣] عليه العددُ أيضًا .

الثالث : إذا أوصى بالثلث لأجنبيّ ووارثٍ فردَّ ما للوارث ، فللأجنبي سدسُ المال ؛ لأنه أوصى لهما على صيغة التشريك .

بخلاف ما إذا أوصى للوارث بالثلث ، ثم أوصى للأجنبي بالثلث ، فإنه إن ردَّ ما للوارث سَلِمَ الثلثُ للأجنبي .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : يَسْلَمُ الثلثُ للأجنبي في الصورتين .

الرابع : أوصى لأجنبي بالثلث ، ولكل واحدٍ من ابْنَيْه بالثلث ، فردَّ ما لابنه [٤] :

سَلِمَ الثلثُ للأجنبي ؛ إذ لا مدخلَ لإجازة الورثة [٥] في قدر الثلث .

وعن القفال وجه : أنه يَسْلَمُ للأجنبي ثلثُ الثلث ؛ لأن ثلثَه شائعٌ في الأثلاث . وهو مزيف .

الخامس : لو أوصى للأجنبي بالثلث ولبعض الورثة بالكل ، وأُجِيزت الوصايا :

فللأجنبيِّ [٦] الثلثُ كاملاً ، لا يُزاحمه الوارثُ . والثلثان للوارث الموصى به [٧] ، هكذا حُكِيَ عن ابن سريج .

ولا يبعد أن يُقال : إنَّ [٨] الوارثَ يُزاحِمُ في الثلث بكونه موصًى له ، لا بكونه

---

(١) في (أ) : « فيظهر » .
(٢) كلمة : « فَهْم » ساقطة من (ب) .
(٣) في (ب) : « فَلْتَقِسْ » .
(٤) في (أ) : « للابنين » .
(٥) في (أ) : « الوارث » .
(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « فلأجنبي » ، والمثبت من (أ) .
(٧) في (أ) : « له » .
(٨) كلمة : « إن » ساقطة من (أ) .

وارثاً ، كما لو أوصى لأجنبي بالكل ولأجنبي آخر بالثلث ؛ إذ لا يسلم الثلثُ لصاحب الثلث ، بل يُزاحمه فيه .

السادس : أوصى لأجنبي بالنصف ، ولأحد ابنيه بالنصف ، وأجيز (١) الكلُّ :

سُئل القفال عنه ببُخَارَى فأجاب : بأن الأجنبيَّ يفوز بالنصف ، والابن بالنصف ، فنُقِلَ له عن ابن سريج : أنَّ للأجنبي النصفَ ، وللابن الموصى له (٢ ربعاً وسدساً ٢) ، يبقى نصفُ سدسٍ للابن الذي ليس بموصًى له . قال القفال : فتأملت حتى خرَّجت وجهَه بالبناء على الوجهين في مسألة ، وهي (٣) : أنه لو أوصى لأحد ابنيه بالنصف وأجيز : شَاطَر في النصف الثاني ؛ لأنه التركة .

ولو أوصى له بالثلثين فهل يُشاطِرُ في الثلث الباقي ؟ وجهان :

أحدهما : نعم ، كالصورة الأولى ؛ لأن ما أَخَذَ بالوصية كأنه لم يكن ، والتركةُ هو الباقي ، فكان كما لو أوصى بالثلثين لأجنبي وأُجيز .

والثاني : لا ؛ لأن المفهومَ من الوصية له بالثلثين التخصيصُ له بالسدس الزائد على النصف الذي هو قَدْرُ حقِّه ، فكأنه (٤) قال : لا تُنَازِعُوه في ثلثي الدار ؛ ليكون له النصفُ بالإرث والباقي بالوصية .

فعلى هذا يستقيم مذهبُ ابن سريج ، فإن الأجنبيَّ الموصى له بالنصف سَلِمَ له (٥) الثلثُ من رأس المال من غير حاجةٍ إلى إجازة .

بقي الثلثان (٦) ، التوريثُ يقتضي للابن الموصى له الثلثَ ، وقد أوصى له بالنصف

---

(١) في (أ) : « فأجيز » .

(٢) في (أ) : « ربعٌ وسدسٌ » .

(٣) في (أ) : « وهو » .

(٤) في (ب) : « وكأنه » .

(٥) في (أ) : « إليه » .

(٦) في (أ) : « ثلثان » .

فخُصِّصَ [١] بمزيد ، فانقطع حقُّه عن السدس الباقي ، وبقي السدسُ خالصًا للابن الذي لم يُوصَ له .

إلا أن الأجنبي بعد يطلب سدساً ، وقد أجازه ، فيكون نصيبُ الابن الذي لم يُوصَ له في ذلك إجازة نصف السدس ، فيأخذ منه نصف سدسه من هذا السدس ، ويبقى له نصفُ سدس ، ويأخذ [٢] النصفَ الآخر من نصيب الابن الموصى له ، فيكمل له النصفُ ويَنْقُصُ نصيبُ الموصى له بنصف سدس .

وإن فرّعنا على أنه يُشاطر الموصى له في الباقي ، فالباقي سدسٌ مشترك بين الابنين وقد أجازه للأجنبي ، فيصح منه جواب القَفَّال .

* * *

(١) في (أ) : « فيخصص » .

(٢) في (أ) : « فيأخذ » .

الركن الثالث : في الموصى به

ولا يشترط [فيه] (١) أن يكون مالاً ، فيصح الوصيةُ بالزِّبْلِ والكلبِ (٢ والخمر المحرمة ٢) .

ولا كونه معلومًا ، فيصح الوصيةُ بالمجهول .

ولا كونه مقدورًا (٣ على تسليمه ٣) ، فيصح الوصية بالآبق والمغصوبِ والحمل ، وهو مجهولٌ وغير مقدور عليه .

ولا كونه معينًا ، فتصح الوصيةُ بأحد العبدين . والأظهر : أنه لا يصح (٤) الوصيةُ لأحد الشخصين ، فلا يُحتمل ذلك في الموصى له وإن احْتُمِل في الموصى به ، و [قد] (٥) ذكرنا نظيره في الوقف .

نعم يشترط أربعة أمور :

الأول : أن يكون موجودًا . فإن كان مفقودًا كالمنافع جازت الوصيةُ ؛ لأنها كالموجودِ (٦) شرعاً في المعاوضة .

وفي الوصية بالحمل الذي سَيُوجد وجهان مشهوران :

أحدهما : المنع ؛ إذ لا متعلقَ للوصية . فكان كالوصية للحمل الذي سيكون ، فإنه ممنوعٌ على الأظهر .

والثاني : الجواز ، كما في المنافع .

وفي الثمار الذي ستحدث طريقان :

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « والخمرة المحترمة » .
(٣) قوله : « على تسليمه » ساقط من (أ) .
(٤) في (أ) : « تصح » .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) في (أ) : « كالموجودة » .

منهم مَنْ ألحق بالمنافع ؛ لتكرر وجودها في العادة .

ومنهم من ألحقها بالحمل [١] .

الثاني : أن يكون مخصوصًا بالموصِي .

فلو أوصى بمال الغير فسد وإن مَلَكَه بعد ذلك ؛ لبطلان الإضافة في الحال .

الثالث : أن يكون مُنْتَفعًا به .

فلا تجوز الوصيةُ بالكلب الذي لا ينتفع به ، ولا بالخمر [٢] المستحقة الإراقة ، التي اتُّخذت للخمرية .

وتصح الوصية بالجَرْوِ ؛ إذ مصيرُه إلى الانتفاع .

وفي هبة / الكلب وجهان : ١٣٦/ب

أحدهما : الجواز ، كالوصية ، وكأنَّ [٣] المحرَّمَ أخْذُ ثمنه ؛ [٤] لقوله ﷺ : « الكلب خبيثٌ وخبيثٌ ثمنُه [٤] » . [٥]

---

(١) قال في مغني المحتاج : « وكذا تصح (بثمرة أو حمل سيحدثان في الأصح) ؛ لأن الوصية احْتُمل فيها وجوهٌ من الغَرَر ؛ رفقًا بالناس وتوسعة ، فتصح بالمعدوم كما تصح بالمجهول ، ولأن المعدوم يصح تملكه بعقد السلم والمساقاة والإجارة ، فكذا بالوصية . والثاني : لا يصح ؛ لأن التصرف يستدعي متصرفاً فيه ولم يوجد .

(٢) في (أ) : « بالخمرة » .

(٣) في (أ) : « فكأنه » .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (أ) .

(٥) أخرج مسلم في صحيحه أن النبي ﷺ قال : « ثمن الكلب خبيث ... » (١١٩٩/٣) (٢٢) كتاب المساقاة (٩) باب تحريم ثمن الكلب وحُلْوَان الكاهن (١٥٦٨) ، وأبو داود : (٢٦٣/٣) كتاب البيوع – باب في كسب الحَجَّام (٣٤٢١) ، والترمذي : (٥٧٤/٣) (١٢) كتاب البيوع (٤٦) باب ما جاء في ثمن الكلب (١٢٧٥) ، وانظر فتح الباري : (٤٩٧/٤ – ٤٩٩) .

والثاني : المنعُ [1] ؛ لأن الوصيةَ في حكم خلافه [2] ، يُضاهى [3] الإرث ، بخلاف الهبة [4] .

نعم ، يجرى الإرثُ في حدِّ القذف والقصاص دون الوصية ؛ لأنه لا ينتفع [5]الموصى له به [5] .

فروع :

الأول : مَنْ لا كلبَ له ، إذا أوصى بكلبٍ لا يصح ؛ لأنَّا [6] نحتاج إلى شرائه وهو غيرُ ممكن .

وإن [7] كان له كلاب ، ففي كيفية خروجه من الثلث خلاف :

قال الشيخ أبو علي : إن مَلَك شيئاً آخرَ ولو دَانِقًا [8] يصح [9] الوصية ، لأنه خيرٌ من كلِّ الكلاب ؛ إذ لا قيمةَ للكلب .

وقال العراقيون : لا يَنْفُذُ إلا في ثلث الكلاب ، وكأنه كلُّ ماله ؛ إذ لا يمكن نسبتُه

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح كما في روضة الطالبين : (٣٧٤/٥) .

(٢) في (أ) : « الخلافة » .

(٣) في (أ) : « فضاهى » .

(٤) قوله : « بخلاف الهبة » ساقط من (أ) .

(٥) في (أ) : « به الموصى له » .

(٦) في (أ) : « لأنه » .

(٧) في (أ) : « فإن » .

(٨) في (أ) : « دانق » .

(٩) في (أ) : « تصح » .

إلى سائر الأموال [١] .

ثم إذا لم يكن له إلا كلابٌ ، وأوصى بالكلب ، فثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يُنْظَر إلى العدد [٢] ، فإن مَلَك ثلاثةَ [٣] كلابٍ نفذت [٤] وصيتهُ بواحدة [٤] .

ومنهم من قدَّر قيمةَ الكلب .

ومنهم من قدَّرَ الثلثَ بتقدير المنفعة ؛ فإنه منتفَعٌ به .

وإذا كان له خَمْرٌ وكلبٌ وطبلُ لهوٍ ، فأوصى بواحدٍ ، فلا يمكن إلا تقديرُ [٥] القيمة ؛ إذ لا مناسبةَ في العدد والمنفعة .

الثاني : إذا أوصى بطبلِ لهوٍ ، وكان يصلح للحرب - بأدنى تغييرٍ ، مع بقاء اسم الطبل - صحَّت الوصية .

---

(١) قال في الروضة : « أما إذا كان له مال وكلاب ، فأوصى بكلها أو ببعضها ، فثلاثة أوجه :

أصحها : نفوذ الوصية فيها وإن كثرت وقلَّ المال ؛ لأن المعتبر أن يبقى للورثة ضعف الموصى به ، والمال وإن قل خيرٌ من ضعف الكلب ؛ إذ لا قيمة له ، وبهذا قال أبو على بن أبى هريرة والطبرى والشيخ .

والثاني - قاله الإصطخرى - : أن الكلاب ليست من جنس المال ، فيُقَدَّر كأنه لا مال له ، وتنفذ الوصية في ثلاث كلاب كما سبق .

والثالث : تُقَوَّم الكلاب أو منافعها على اختلاف الوجهين السابقين ، وتُضَمُّ إلى ما يملكه من المال ، وتنفذ الوصية في ثلث الجميع » . انظر روضة الطالبين : (١٢٠/٦ ، ١٢١) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (١٢٠/٦) ، مغني المحتاج : (٤٦/٣) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « ثلاث » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « الوصية في واحد » .

(٥) في (أ) : « بتقدير » .

ولو كان لا ينتفع [به] [1] إلا برُضَاضِه لا يصح ؛ لأنه لا يقصد منه الرُّضَاضُ ، إلا إذا كان من ذهبٍ أو عودٍ أو شيءٍ نفيس فيصح ؛ لأنه المقصود .

ولو قال : أوْصَيْتُ برضاضِ هذا الطبل صح . وتقديره : أنه [2] له بَعْدَ الكسر . والوصيةُ تَقْبَلُ التعليقَ ، بخلاف البيع .

الشرط الرابع : أن لا يكون الموصى به زائدًا على الثلث ؛ لقصة سعد .

فإن [3] زاد على الثلث ولم يكن له وارثٌ ، فالوصية بالزيادة باطلة . خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - ؛ لأن الزيادةَ للمسلمين ، ولا مجيزَ له .

نعم ، لو رأى القاضي مصلحةً في تلك الجهة جاز له تقريرُها فيها .

وإن كان له وارثٌ ، ففي بطلان الوصية من أصلها قولان ، كما في أصل الوصية للوارث .

فإن قلنا : إنها باطلةٌ ، فالإجازة إن فُرِضَتْ فهي ابتداءُ عطيةٍ تفتقر [4] إلى القبض والقبول .

وهل ينفذ بلفظ الإجازة ؟ [فيه] [5] وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه ينبني على [6] تقرير ما سبق ، ولا ثَبَاتَ لما سبق .

والثاني : أنه يصح ، ومعناه : تقريرُ مقصودِ ما سبق بإثباتِ مثله .

وعلى هذا إذا كان الوصية عتقاً ، كان الولاءُ للوارث .

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « أن يكون » .
(٣) في (أ) : « وإن » .
(٤) في (ب) : « يفتقر » .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) في (أ) : « عن » .

وإن [١] قلنا : إنها صحيحةٌ ، فالإجازة يتقيد [٢] ، والولاءُ للمورث .

وكلُّ تبرعٍ مُنْجَزٍ في مرض الموت فهو أيضًا محسوبٌ من الثلث .

وكذا إذا وهب في الصحة ، ولكن أقبض في المرض .

وهذا يستدعي بيانَ ثلاثة أمور :

الأول : مرض الموت .

وهو كلُّ مرضٍ مخوِّفٍ يستعد الإنسانُ بسببه لما [٣] بعد الموت ، كالطَّاعُون والقُولَنْجِ ، وذاتِ الجَنْب ، والرُّعَافِ الدائم ، والإسهال المتواتر ، [وقيام الدم] [٤] ، والسُّل في انتهائه ، والفالج [الحادث] [٥] في ابتدائه ، والحُمَّى المطبقة ؛ لأن هذه الأمراضَ يظهر معها خوفُ الموتِ .

أما السل في ابتدائه ، والفالِجُ في انتهائه ، والجَرَبُ ، ووجعُ الضِّرْس ، والصداع اليسير ، وحمى [٦] يوم ويومين - فكلُّ ذلك ليس بمخوف .

فإذا هجم المرضُ المخوفُ حجرنا عليه في التصرف فيما يزيد على الثلث ، وتوقفنا في تبرعاته .

فإن زال نفذناه ، وتبينَّا صحتَه .

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « تنفيذ » .

(٣) في (أ) : « إلى » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « والحمى » .

وإن كان غيرَ مخوف ، كوجع الضرس ، وآخر الفالج ، فالتصرفُ نافذٌ .

[و] (١) إن مات عند (٢) ذلك فجأة ، أو بسبب آخر ، لا بذلك السبب فلا يمتنع به التبرعاتُ المنجزة .

فأما حُمَّى يومٍ ويومين ، وإسهالُ يوم ويومين ، فهو إذا دام صار مخوفًا ، وابتداؤه مشكلٌ ، فلا يحجر عليه . فإن دام ومات تبينًا فسادَ التصرف ؛ إذ بان أن الأولَ كان مخوفًا .

وما أَشْكَلَ من ذلك يُتَعَرَّف (٣) من طبيبَيْنْ مسلمين ، لا من أهل الذمة .

فأما إذا كان في الصف وقد (٤ التحم الفريقان ٤) ، أو كان في البحر وقد تموَّج ، أو في أَسْرِ كفارٍ عادتُهم قَتْلُ الأُسَارَى ، أو قُدِّم للقتل في قَطْعِ الطريق ، أو الرَّجْم للزنا ، أو ظهر الطاعونُ في بلدٍ ولكن بَعْدُ لم يظهر في بدنه شيء ، ففي تبرعه في هذه الأحوال قولان :

أحدهما : أنه (٥ كالمريض المخوِّف ٥) ؛ لأنه سببٌ ظاهر في الاستعداد لما بعد الموت .

والثاني : أنه كالصحيح ؛ إذ لا يَمَسَّ بدنَه شيءٌ ، ولا ضَبْطَ لما قبل تغيُّرِ البدن للأسباب (٦) .

أما (٧) إذا قُدِّم للقصاص ، فالمنصوصُ (٨) : أنه لا تُعْتبر (٩) عطيتُه من الثلث ما لم يخرج .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « عُدَّ » .

(٣) في (ب) : « يُعْرَف » .

(٤) في (أ) : « التحمت الطائفتان » .

(٥) في (أ) : « كالمرض المخوِّف » .

(٦) في (أ) : « بالأسباب » .

(٧) في (أ) : « فأما » .

(٨) في (أ) : « فالصحيح » .

(٩) في (ب) : « يعتبر » .

وقال أبو إسحاق المروزي (١) : هو كالأسير (٢) وقع في يد قوم عادتُهم القتل .

ومنهم من فرّق : بأن المسلمَ الغالبُ عليه الرحمةُ والعفوُ في القصاص .

وأما (٣) الحامل ، فليس بمخوف قبل أن يضربها الطَّلْقُ ، فإن ضربها [الطلق] (٤) ، فهو مخوف (٥) .

ومنهم من قال : لا ؛ لأن السلامةَ منه أكثر .

الأمر الثاني : حَدُّ التبرع .

وهو إزالةُ الملك عن مالٍ مجانًا من غير وجوب .

فالعتق والصدقات تبرعٌ .

والزكاة والكفارة الواجبة والحج الواجب ليس بتبرعٍ (٦) ، فما أوصى به لها فهو من رأس المال .

وكذا قضاءُ الديون ؛ لأن ذلك يستند إلى وجوب .

فرعان :

أحدهما : إذا باع بثمن المثل نَفَذَ وإن كان من الوارث .

---

(١) كلمة : « المروزي » ساقطة من (أ) .

(٢) في (أ) : « كأسير » .

(٣) في (أ) : « أما » بدون الواو .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) هذا القول هو الأظهر كما في الروضة : (١٢٨/٦) ، مغني المحتاج : (٥٢/٣) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « تبرع » ، والمثبت من (أ) .

وكذلك [١] إذا قضى دينَ بعضِ الغرماء لم يكن للباقي المنع [٢] .

وخالف أبو حنيفة - رحمه الله - فيه ، وفي البيع من الوارث .

أما إذا كان في البيع محاباةٌ ، فقَدْرُ المحاباة حكمهُ حكمُ التبرعات .

وكذلك / إذا نكح امرأةً بأكثر من مَهْرِ المثل فالزيادةُ تبرعٌ محسوب من الثلث . ١٣٧/أ

الثاني : إذا نُكِحَت المرأةُ بأقلَّ من مهر المثل ، لم يُحْسَب من الثلث ؛ لأنها لم تنزل إلا عن البضْعِ ، والبضعُ ليس بمال . ولو أجر عبيده ودوابه مع المحاباة فهو تبرعٌ ؛ لأنه مال .

ولو أجَّر نفسَه وحابى ، فيه وجهان [٣] :

أحدهما : أنه تبرعٌ ، كمنافع العبيد ؛ فإن منفعته مال .

والثاني : لا ؛ لأنه لا يُعَدُّ مالًا يطمع فيه الوارثُ ، فيشبه بُضْعَ المرأة من هذا الوجه ، وكان [٤] ذلك يُعَدُّ امتناعًا عن الاكتساب لا تفويتًا .

الأمر الثالث : في كيفية الاحتساب من الثلث .

ووجهه : أنه إن كانت التبرعاتُ كلُّها منجزةً في المرض ، فيُقَدَّم الأول فالأول .

فإن كان الأولُ هبةً والثاني عتقًا قُدِّمت الهبة ؛ لأنه استوفى الثلثَ بها فسقط العتقُ بعده .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وكذا » .

(٢) قال في الروضة : « لو قضى في مرضه بعض الغرماء لم يُزاحمه غيره إن وفَّى المال بجميع الديون ، وكذا إذا لم يَفِ على الصحيح المعروف » . انظر روضة الطالبين : (١٣١/٦) .

(٣) قال في الروضة : « ولو أجر نفسه بمحاباة ، أو عمل لغيره متبرعًا لم يحسب من الثلث على الأصح » . انظر روضة الطالبين : (١٣٣/٦) .

(٤) في (أ) : « فإنَّ » .

وقال أبو حنيفة – رحمه الله – : إنهما يتساويان ؛ إذ لهذا قوةُ العتق ، ولذاك [١] قوةُ التقدم .

أما إذا كانت متساويةً : فإن كان الكلُّ هبةً ومحاباةً فتوزع [٢] عليهم الثلثُ على نسبة أقدارها .

وإن كان [٣] الكل عتقًا أقْرَعَ بين العبيد ولم يوزع ؛ حذارًا من التشقيص ، بخلاف الهبة ، ولما روي أنه ﷺ : « أقرع بين ستة أعْبُدٍ أعتقهم مريضٌ ، وجزَّأهم ثلاثةَ أجزاء ، فأرقَّ أربعًا [٤] وأعتق اثنين » [٥] .

وإن اجتمع [٦] الهبةُ والعتق في حالة واحدة – بقول وكيلٍ أو بإضافةِ الكلِّ إلى ما بعد الموت – ففي تقديم العتق قولان :

أحدهما : لا ؛ للتساوي في وقت الاستحقاق [٧] .

---

(١) في (أ) : « ولذلك » .

(٢) في (أ) : « فيوزع » .

(٣) في (أ) : « كانت » .

(٤) في (أ) : « أربعة » .

(٥) أخرجه مسلم : (١٢٨٨/٣) (٢٧) كتاب الأيمان (١٢) باب من أعتق شركا له في عبد (١٦٦٨) ، وأبو داود : (٢٧/٤) كتاب العتق – باب فيمن أعتق عبيدًا له لم يَبْلُغْهم الثلثُ (٣٩٥٨) ، والترمذي : (٣/ ٦٤٥) (١٣) كتاب الأحكام (٢٧) باب ما جاء فيمن يعتق مماليكه عند موته وليس له مالٌ غيرهم (١٣٦٤) ، والنسائي : (٦٤/٤) (٢١) كتاب الجنائز (٦٥) باب الصلاة على مَنْ يحيف في وصيته (١٩٥٨) ، وابن ماجه : (٧٨٥/٢) (١٣) كتاب الأحكام (٢٠) باب القضاء بالقرعة (٢٣٤٥) . وراجع التلخيص الحبير : (٣/ ٩٣) حديث رقم : (١٣٧١) .

(٦) في (أ) : « اجتمعت » .

(٧) هذا القول هو الأظهر كما في الروضة : (١٣٦/٦) .

والثاني : نعم ؛ لأن العتق يَزْحَمُ ملكَ الغير بالسِّراية .

وفي إلحاق الكتابة بالعتق في استحقاق تقديمها على المحاباة خلاف [١] .

أما إذا أُضِيف الكلُّ إلى ما بعد الموت ، فلا ينظر إلى ما تقدم في بعض الوصايا ؛ لأن وقتَ اللزوم واحدٌ في الكل ، وإنما [٢] يبقى النظرُ في تقديم العتق على غيره .

ولو أوصى بعتق عبدٍ ، وعلَّق عتقَ آخرَ على الموت ، فلا تقديمَ لأحدهما بحال .

فروع :

الأول : إذا كان له عبدان : غانمٌ ، وسالم ، فقال لغانم : إن أعتقتك فسالمٌ حُرٌّ ، ثم أعتق غانمًا ، والثلثُ لا يفي إلا بأحدهما : يُعْتَقُ [٣] غانمٌ ولا يُقْرَع بينهما ؛ إذ ربما تَخْرُج القرعةُ على سالم ، فيؤدِّي إلى أن يعتق دون عتق غانم ، ويكون [٤] ذلك تحصيلًا للمسبب دون السبب [٥] ، وهو محال .

أما إذا كان له سوى غانم عبدان ، فعلَّق عتقهما بعتق غانم ، ووفَّى الثلثُ بغانم وبأحدهما ، عَتَق غانمٌ وأَقْرع بينهما ، فمن خرجت قرعتُه عتق .

الثاني : إذا ملك جاريةً حاملًا ، ومجموعُ ماله ثلثمائة ، والولد من الجملة مائة والأم خمسون .

فقال : إن أعتقت نصفَ الحَمْلِ فالأمُّ حرة . ثم أعتق نصفَ الحمل : عتق

---

(١) قال في الروضة : « والكتابة مع الهبة وسائر الوصايا كالعتق ، فتكون على القولين . وقيل : يُسَوَّى هنا قطعًا ؛ إذ ليس لها قوة وسراية » . انظر روضة الطالبين : (١٣٦/٦) .

(٢) في (أ) : « وإنما » .

(٣) في (أ) : « تعينَّ » ، وفي (ب) : « يتعين » .

(٤) في (أ) : « فيكون » .

(٥) في (أ) : « سببه » .

خمسون، وبقي لنا [1] خمسون إلى تمام الثلث مرددٌ بين النصف الآخر من الولد بالسراية، أو الأمِّ [2] بالتعليق، فيُقْرِعُ بينهما، فإن خرجت على الولد عتق كلُّه، ورَقَّ الأمُّ.

وإن خرج [3] على الأم لا يمكن إعتاقُ كلِّها؛ إذ يبقى بعضُ الولد رقيقًا مع عتق كلِّ الأم، والولدُ في حكم عُضْوٍ من أعضائها لا يقبل عتقُه الانفصالَ عن عتقها، فيعتق بقدر خمسين منها على نسبة واحدة، ويُحْكَمُ بعتق نصفِ الأم، وهو خمس [4] وعشرون؛ [5] ليقتضي ذلك عتقَ [5] نصف الولد، وهو خمسون.

ولكن يَخُصُّ النصفَ الحرَّ منه النصفُ، فيبقى للنصف الرقيقِ النصفُ، وهو قَدْرُ [6] خمس وعشرين [6]، فيعتق إذًا من الأم نصفُها، ومن الولد ثلاثةُ أرباعه: نصفٌ بالمباشرة، وربع بسراية عِتْقِ الأم.

الثالث: إذا أوصى بعبد لإنسانٍ، وهو ثلثُ ماله، وثلثا مالِه غائبٌ: [7] فلا نُسَلِّمُ العبدَ [7]؛ إذ المالُ ربما يَتْلَفُ فيكون العبدُ كلَّ المال.

وهل يُسَلَّم ثلثُ العبد؛ ليتسلط عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه أقلُّ أحواله.

---

(١) في (أ): «لها».

(٢) في (أ): «والأم».

(٣) في (أ): «خرجت».

(٤) في (أ): «خمسة».

(٥) في (أ): «ليقضي إلى عتق».

(٦) في الأصل، (ب): «خمس وعشرون»، وفي (أ): «خمسين وعشرين»، والصواب ما أثبتناه.

(٧) في (أ): «فلا يُسَلَّم العبدُ».

والثاني : لا [1] ؛ فإن حقَّ الشرع [2] أن لا يتسلط الموصى له على شيء إلا ويتسلط الوارثُ على مثلَيْه ، وهاهنا ليس يمكن تسليطُ الوارث على الثلثين من [3] العبد ، فإنه ربما يسلم للموصى له .

فإن اسْتَبْهِمَ خبرُ المال الغائبِ وتواطئا على إشاعةِ الوصية في جميع المال ؛ حتى يصير العبدُ مثلثًا بينهم : [4] لم يكن لهما [4] ذلك ؛ لأنه نَقْلُ الوصية من عينٍ إلى غيره [5] .

وقال مالك : يجوز ذلك للمصلحة .

ولو أعتق عبدًا - وهو ثلثُ ماله - أو دَبَّره وثلثا ماله غائب ، ففي تنفيذ العتق في ثلث العبد الخلافُ الذي ذكرناه بعينه في الوصية .

* * *

(١) هذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (١٣٩/٦) .

(٢) في (أ) : « التبرع » .

(٣) في (ب) : « في » .

(٤) في (ب) : « لم يمكن » .

(٥) في (أ) : « غيرها » .

الركن الرابع : الصيغة

وهو [1] الإيجاب والقبول :

أما الإيجاب : فقوله : أوصيت له ، أو أعْطُوه ، أو جعلت هذا له ، أو ملَّكْتُه بعد الموت .

ولو قال : عيَّنْتُ هذا له ، فكناية ، والوصيةُ تنعقد بها عند النية ، فإنه إذا قَبِلَ التعليقَ بالإغرارِ فبِأَنْ يَقْبَلَ الكنايةَ أولى .

ولو قال : وهبت هذا منه ، ونوى الوصيةَ ، ففي كونه كنايةً وجهان : ووجه المنع : أنه صريحٌ في اقتضاءِ ملكٍ ناجز [2] .

ولو قال : هذا لفلان ، ثم قال : أردت الوصيةَ : لم يُقْبَل ؛ لأنه صيغةُ إقرارٍ ، إلا أن يقول : هذا من مالي لفلان .

أما القبول : فلابد منه ، ولكن بعد الموت ؛ فلا أثَرَ لقبوله ورَدِّه قبل موت الموصى .

وإن [3] مات الموصى له قبل القبول قام وارثُه مقامه ؛ لأنه حق تملُّكٍ ، فهو بالإرث أوْلى من الشُّفْعَة .

وإن [4] قَبِلَ الموصى له ثم ردَّه [5] قَبْلَ القبض ، ففي نفوذ ردِّه وجهان / : ١٣٧/ب

أحدهما : لا ؛ إذ تمَّ ملكُه بالقبول بعد الموت [6] .

---

(١) في (أ) : « وهي » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (١٤٠/٦) .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) في (أ) : « ردَّ » .

(٦) هذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (١٤٢/٦) .

والثاني : نعم ؛ لأنه ملكٌ بغيرِ عوضٍ ، فيتطرق الردُّ إليه .

هذا إذا أوصى لمعيَّنِينَ (١) ، (٢ أما إذا ٢) أوصى للفقراء أو لجهة عامة : لزم بالموت ؛ إذ لا يُتَصوَّر شرطُ القبول فيه .

ثم اختلف قول الشافعي - رضي الله عنه - في وقت حصول الملك ، على ثلاثة أقوال :

الأول : أنه (٣) يحصل بالموت ؛ لأنه أضاف إلى الموت .

والثاني : بالقبول ؛ إذ يَبْعُدُ أن يدخل الشيءُ في ملكه قهرًا .

والثالث - وهو الأصح (٤) - : أنه موقوف ، فإن قَبِلَ تبينَّ حصولُه بالموت ، وإن ردَّ تبين أنه لم يَحْصُلْ من أصله .

فإن (٥) فرعنا على أنه يحصل (٦) بالقبول ، فهو قبل القبول ملكُ الوارث ، أو ملكُ الميت ؟ فيه وجهان (٧) .

ومنشأ التردُّد : أن في إضافته إلى كلٍّ واحد منهما نوعُ استحالةٍ ؛ إذ لا ملكَ لميت ولا ميراثَ (٨) إلا بعد الوصية .

---

(١) في (أ) : « لمعين » .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) كلمة : « أنه » ساقطة من (ب) .

(٤) في الروضة : « وهو الأظهر » . انظر روضة الطالبين : (١٤٣/٦) .

(٥) في (أ) : « وإن » .

(٦) في (أ) ونسخة أخرى : « يملك » كذا على هامش الأصل .

(٧) أصحها : الأول . انظر الروضة : (١٤٣/٦) .

(٨) قوله : « ولا ميراث » غير واضح في (أ) .

ويتفرع على الأقوال مسائل خمسة :

الأولى : إذا حدثت زيادةٌ قبل القبول فهي للموصى له على كلِّ قولٍ إن قَبِلَ الوصيةَ ، إلا إذا فرَّعنا على أن الملكَ يحصل بالقبول ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه له ؛ نظرًا إلى القرار .

والثاني : لا ؛ إذ حدث قَبْلَ قبولِه وملكه .

وعلى هذا إن قلنا : [إن] (١) الملك للميت ، فتُقْضَى منه الديونُ . وإن قلنا : للوارث فلا ؛ إذ (٢) الصحيح أن وثيقة الدين لا يتعدَّى إلى الزيادة ، كوثيقة الرهن .

أما إذا ردَّ فالزيادةُ من التركة بكلِّ حال . إلا إذا فرَّعنا على أن الملكَ يحصل بالموت ، ففيه وجهان : أحدهما : أنه يتبع الأصل في الردِّ .

والثاني : أنه يبقى على ملك الموصى له ؛ لأنه حصل على ملكه ، فهو كزيادة المبيع .

الثانية : النفقةُ والمُؤَنُ وزكاة الفطر ، بين الموت والقبول ، على الموصى له إن قبل على كلِّ قولٍ (٣) ، وعلى الوارث إن ردَّ على كل قول .

ولا يعود الوجهُ المذكور في الزيادات ، وإن كان يحتمل أن يُقال : الغُرْمُ في مقابلة الغُنْم . ولكنْ إدخالُ شيء في الملك قهرًا أهونُ من إلزامِ مؤنةٍ قهرًا .

فرع :

مهما توقَّف في القبول والردِّ مع الحاجة إلى النفقة ، كُلِّف النفقةَ قهرًا ، فإن أراد الخلاصَ فلْيَرُدَّ .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « إذا » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « حال » .

وإن لم يكن إلى النفقة حاجةٌ ، ولكن أراد الوارثُ أن (١ يستقر الأمرُ ١) معه ، فيُطالَبُ بالقبول أو الرد .

فإن توقَّف حُكِمَ عليه بالردِّ لأجْلِ المصلحة ، فيقال : إما أن تَقْبَل أو نحكم عليك بالردِّ إن توقفت .

الثالثة : إذا كان الموصى به زوجةَ الموصى له :

فإن قَبِلَ : انفسخ النكاح .

وإن رأينا الوقفَ : كان بطريق التبينُّ من وقت الموت .

وإن (٢) ردَّ : لم ينفسخ إلا إذا فرعنا على أنه يملك بالموت ، فيُفْسَخ (٣) وإن كان الملك ضعيفًا ؛ لأن ملكَ اليمين يُضَادُّ [ملك] (٤) النكاحَ .

وإن كانت زوجةَ الوارث :

فإن قَبِلَ الموصى له لم ينفسخ نكاحُه إلا إذا فرّعنا على أنه يملك بالقبول ، وأنه قَبْلَ القبولِ للوارث ، ففيه وجهان (٥) :

ووجه بقاء النكاح : ضَعْفُ الملك مع أن الاختيارَ إلى غيره . بخلاف الموصى له ، فإن الاختيارَ إليه .

وإن (٦) ردَّ : فينفسخ (٧) النكاحُ ، وهل يستند إلى حالة الموت ؟ فيه خلاف ، منشؤه : ضعفُ ذلك الملك .

---

(١) في (أ) : « يستقين الأمر » .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) في (أ) : « فينفسخ » .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) أصح هذين الوجهين : أن النكاح ينفسخ . انظر : روضة الطالبين : (١٤٤/٦) .

(٦) في (ب) : « فإن » .

(٧) في (أ) : « فُسِخَ » .

ولو [١] كان الموصى به قريبًا للموصى له أو الوارث [٢] قرابةً يعتق بالملك ، فتخريجه على الأقوال كتخريج انفساخِ نكاح الزوجة .

الرابعة : إذا أوصى بأَمَةٍ لزوجها الحُرِّ ، وولدت قبل القبول [٣] بعد الموت : قال الشافعي - رضي الله عنه - : عَتَقَ الأولادُ ، ولم تكن [٤] أمُّهم أمَّ ولدٍ له .

هذا نَقْلُ المزني [٥] ، وهو خطأ ؛ إذ لا وجه للفرق بين ⁽٦ الأمِّ والولد ⁶⁾ على كلِّ قول ، أثبتنا الملكَ أو نفينا أو توقفنا .

نعم ، قال بعد ذلك : ولو [٧] مات الموصى له فقَبِلَ الوارثُ عتق الأولادُ ، وهو صحيح يُخرَّج [٨] على قولنا : يحصل الملكُ بالموت للموصى له وعلى قول الوقف أيضًا .

الخامسة : أوصى له بولده فمات [٩] ، فقَبِلَ وارثُه :

فعِتْقُه يُبْنَى [١٠] على أن الملكَ بماذا يحصل ؟

فإن قلنا : بالموت ، أو قلنا : بالوقف ، تبينَّ العتقُ على الموصى له قبل [١١] موته .

وإن قلنا : بالقبول ، ففي قبول الوارث وجهان :

أحدهما : أنه يترتَّب على قبوله ، كقبول المورِّث .

---

(١) في (أ) : « وإن » .
(٢) في (أ) : « للوارث » .
(٣) في (أ) : « الموتول » ، وهو خطأ .
(٤) في (ب) : « يكن » .
(٥) انظر : مختصر المزني : (١٦٤/٣ ، ١٦٥) ، الأم : (٢٦/٤) ، روضة الطالبين : (١٥٣/٦) .
(٦) في (أ) : « الولد والأم » .
(٧) في (أ) : « فلو » .
(٨) في (أ) : « مخرج » .
(٩) أي : مات الموصى له .
(١٠) في (أ) : « ينبني » .
(١١) في (أ) : « قُبَيْل » .

والثاني : أنا نُسْنِدُه إلى ألطف حينٍ قبل موت الموصى له .

فعلى هذا هو تَرِكَةٌ ، يُقْضَى منه [١] الديونُ ، (٢ ونتبين عتقَه ٢) .

وإن قلنا : يترتب على القبول فلا يعتق ؛ لأن الميتَ لا يعتق القريبُ عليه بحال ؛ إذ ملكُه – وإن قُدِّر – لا قرارَ له .

نعم ، هل تُقْضَى الديونُ مما قَبِلَه الوارث ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يُقْضَى ؛ إذ لم يملكه الميتُ ، وإنما وَرِثَ هذا حقَّ التمليكِ [٣] فيملك ابتداءً .

وذكر هذا الوجه في الصيد المتعلق بشبكةٍ نَصَبَها قَبْلَ موته ، ولكنه أبعدَ فيه .

والوجه [٤] الثاني : أنه يُقْضَى منه الديونُ [٥] وكأنَّا نُقَدِّرُ حصولَ الملك للميت مختطفًا ، ثم نقدر انتقالَه إلى الوارث تلقيًا منه .

التفريع :

إذا قلنا : يعتق الولدُ بقبول الوارث فلا يرث ؛ لأن القابلَ إن كان أَخًا يصير محجوبًا به ، فيسقط حقُّه عن القبول ، فيمتنع العتقُ فيؤدِّي توريثُه إلى منع توريثه . فهو دَوْرٌ فقهي .

---

(١) في (أ) : « منها » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وتبين عتقُه » .

(٣) في (أ) : « التملُّك » .

(٤) كلمة : « الوجه » ساقطة من (أ) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (١٤٧/٦) ، مغني المحتاج : (٥٤/٣) .

وإن كان له ابنٌ آخرُ ، فشركتُه تمنع كمالَ حقِّه في القبول ، فلا يَبْقَى له إلا قبولُ النصف .

ومَنْ نصفُه حرٌّ لا يرث ، ولا يمكن أن يَقْبَلَ نصيبَ نفسه ؛ لأن صحةَ قبوله موقوفٌ على توريثه ، وتوريثُه موقوفٌ على صحة قبوله ، فيتمانعان .

* * *

الباب الثاني

في أحكام الوصية الصحيحة

والنظر / في أقسام : ١٣٨/أ

القسم الأول

في الأحكام اللفظية

وفيه فصلان :

الفصل الأول

فيما يتعلق بالموصَى به

والكلام في أطراف :

[الطرف] (١) الأول : في الحمل :

والوصية بالحمل صحيحةٌ (٢) ، بشرط أن يكون موجودًا حالةَ الوصية .

ويُعْرَفُ تاريخُ ذلك في الحيوانات من أهل الخبرة ؛ فإنها مختلفة .

فإن انفصل حملُ الجارية ميتًا بجناية جانٍ صُرِفَ الأَرْشُ إلى الموصى له ، ولم يتبين فسادُ الوصية ، بخلاف ما إذا أوصى لحملٍ فانفصل ميتًا (٣) بجناية جانٍ لا يُصْرَفُ إلى ورثته ؛ لأن كونَه مالكًا يستدعي حياةً مستقرةً ، وكونَه مملوكًا لا يستدعي إلا التقوُّمَ ، وقد يُقَوَّم (٤) بالأرش .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « صحيح » ، والمثبت من (أ) ، وهو الأولى .

(٣) كلمة : « ميتًا » ليست في (أ) .

(٤) في (ب) : « تقوم » .

ولو أوصى بجاريةٍ دون حملها جاز (١) .

ولو أطلق الوصيةَ : ففي اندراج الحمل تحت مطلق اللفظ تردُّد (٢) .

فإن قلنا : يندرج ، لم تبطل الوصيةُ فيه بانفصاله قبل موت الموصي ؛ لأنه زيادةٌ في الموصى به .

الطرف (٣) الثاني : إذا أوصى بطَبْلٍ من طُبُولِه ، وله (٤ طبلُ لهوٍ وحرب ٤) :

نزل على طبل الحرب ؛ تصحيحًا له (٥) .

وإذا أوصى بعُودٍ من عِيدانه ، وعنده عودُ اللهوِ وعودُ القوس وعود البناء : فوجهان :

أحدهما : أنه فاسد ؛ لأنه لا يُفْهَمُ منه إلا عودُ اللهو (٦) .

والثاني : أنه يُعْطَى عودَ البناء أو القوس ؛ لأنه يُسَمَّى عودًا ، فيُتَكَلَّفُ (٧) تصحيحُه كما في الطبل .

أما إذا لم يكن عنده إلا عودُ القوس أو (٨) البناء : أُعْطِيَ ذلك ؛ لأنه متعينٌ .

---

(١) في (أ) : « يجوز » .

(٢) قال في الروضة : « ولو أطلق الوصية بالجارية ، ففي دخول الحمل فيها وجهان ، أصحهما - على ما دل عليه كلام الأصحاب - : الدخول ، كالبيع . ولا تبعد الفتوى بخلاف البيع ؛ لأن الحمل لا ينفرد بالبيع ، فجُعِل تبعًا ، وينفرد بالوصية ، فلا يَتْبَع ، ولأن الأصل تنزيل الوصية على المتيقن ، ولأنها عقد ضعيف ، فلا يستتبع » . روضة الطالبين : (١٥٥/٦) .

(٣) كلمة : « الطرف » ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « طبلُ حربٍ وطبل لهو » .

(٥) قوله : « له » ليس في (أ) .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (١٥٦/٦) .

(٧) في (أ) : « فيكلف » ، وفي (ب) : « فيتكلف في » .

(٨) في (أ) : « و » .

الثالث : إذا أوصى بقَوْس :

حُمِلَ على القوس الذي يُرْمَى منه [١] النَّبْلُ والنُّشَّابُ ، دون قوسِ النَّدْفِ والجُلَاهِقِ – وهو قوس [٢] البُنْدُقِ .

ويدخل تحته الحسبانُ فإنه يُرْمَى منه [٣] الناوك – [وهو نشاب] [٤] .

وهل يُعْطَى الوَتَرُ مع القوس ؟ فيه وجهان [٥] .

فإن [٦] قال : أعطوه قوسًا من قِسِيِّ ، ولم يكن عنده إلا قوسُ ندفٍ [٧] أُعْطَى ؛ لأنه تعينٌ .

وإن كان عنده قوسُ نَدْفٍ وجُلَاهِق ، أُعْطَى الجلاهِقَ ؛ لأنه أسبقُ إلى الفهم .

الطرف [٨] الرابع : إذا قال : أعطوه شاة :

جاز أن يُدْفَعَ إليه الكبيرُ والصغيرُ والضأنُ والمَعْزُ ؛ لأن الاسمَ شامل .

وقال الصيدلاني : لا يُعْطَى السَّخْلَةَ [٩] ، وقال : أراد الشافعي – رضي الله عنه –

---

(١) في (أ) : « عنه » .

(٢) كلمة : « قوس » ليست في (ب) .

(٣) في (أ) : « عنه » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) قال في الروضة : « لا يدخل الوتر في الوصية بالقوس على الأصح ؛ لخروجه عن اسم القوس ، وكما لا يدخل السرج في الوصية بالدابة ، ويشبه أن يجري الوجهان في بيع القوس . وأما الريش والنصل فيدخلان في السهم لثبوتها » . روضة الطالبين : (١٥٨/٦) .

(٦) في (أ) : « وإن » .

(٧) في (ب) : « الندف » .

(٨) كلمة : « الطرف » ليست في (أ) .

(٩) قال في الروضة : « وفي السخلة والعَنَاق وجهان : أصحهما : لا يقع عليها الشاة . والثاني : يقع » . روضة الطالبين : (١٥٩/٦) . وانظر مغني المحتاج : (٥٥/٣) .

بالصغير الجَذَعَة .

والمنصوص : أنه لا يُعْطَى الكبش [(١)] .

ومنهم من قال : يُعطى ؛ لأن الشاةَ اسمُ جنسٍ كالإنسان ، و « التاء » فيه [(٢)] ليس للتأنيث ، وأصله : الشَّاهَة ، وتصغيره [(٣)] : شُوَيْهَة .

ولو قال : أعطوه بقرةً ، لم يُعْطَ ثَوْرًا .

ولو قال : أعطوه جملًا ، لم يُعْطَ ناقة .

ولو قال : أعطوه بعيرًا ، فالمنصوص : أنه لا يُعطى ناقة [(٤)] .

ومن أصحابنا من قال : يعطى ؛ لأن البعيرَ كالإنسان للرجال والنساء .

ولو قال : أعطوه رأسًا من الإبل أو الغنم أو البقر ، جاز الذكرُ والأنثى .

فإن [(٥)] قال : أعطوه كلبًا أو حمارًا ، لم يُعطَ الكلبةَ والحمارةَ ؛ فإن الأنثى مميزةٌ

---

(١) قال في الروضة : « وهل يدخل الذكر فيها [يعني الشاة] ؟ قال الشافعي - رضي الله عنه - في « الأم » : لا يدخل ، وإنما هو للإناث بالعرف . ومن الأصحاب من قال : يدخل ؛ لأنه اسم جنس كالإنسان ، وليست « التاء » فيه للتأنيث ، بل للواحد . قال الحناطي : وبهذا قال أكثر الأصحاب » . روضة الطالبين : (١٥٩/٦) . وانظر : مغني المحتاج : (٥٥/٣) ، مختصر المزني : (١٦٢/٣) ، الأم : (٢٠/٤) .

(٢) قوله : « فيه » ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « ويُصغر فيقال » ، وفي (ب) : « تصغيرها » .

(٤) قال في الروضة : « وفي تناول البعير الناقةَ مثل الخلاف المذكور في تناول الشاة الذكر ، والحكاية عن النص : المنع ، وتنزيل البعير منزلة الجمل . والأصح - عند الأصحاب - : التناول ؛ لأنه اسم جنس عند أهل اللغة » . روضة الطالبين : (١٦٠/٦) . وانظر : مغني المحتاج : (٥٦/٣) ، مختصر المزني : (١٦٢/٣) ، الأم : (٢٠/٤) .

(٥) في (أ) : « وإن » .

فيهما [1] بالتاء .

ولو قال : أعطوه دابة ، فالمنصوص : أنه يُعْطَى من الخيل أو البغال أو الحمير ، ولا يُعطى من الإبل قطعًا [2] .

قال بعض الأصحاب : أطلق الشافعي - رضي الله عنه - ذلك على لغة مُضَر ، وفي غيره لا يفهم منه إلا الفرس .

ومنهم من قال : الوضعُ الأصلي أَوْلى بالمراعاة من العرف الخاص المخصص .

ولو قال : أعطوه دابةً ؛ ليُقاتل عليه [3] ، لم يُعْطَ إلا الفرسَ .

فإن قال : ليحمل عليه ، لم يُعطَ إلا بغلًا أو حمارًا .

ولو قال : لينتفع بنَسْلِه ، لم يُعطَ إلا فرسًا أو حمارًا .

الخامس : في العبد [4] :

فإن قال : أعطوه رأسًا من رقيقي : جاز أن يُعطى السَّليمَ والمَعِيبَ ، والصغيرَ والكبير ، والذكر والأنثى والخُنْثى .

---

(١) في (أ) : « فيها » .

(٢) قال في الروضة : « فإن قال : أعطوه دابة : تناول الخيلَ والبغال والحمير . هذا نص الشافعي - رضي الله عنه - . فقال ابن سريج - رحمه الله - : هذا ذكره الشافعي - رحمه الله - على عادة أهل مضر في ركوبها جميعًا واستعمالِ لفظ الدابة فيها ، فأما سائر البلاد فحيث لا يُستعمل اللفظ إلا الفرس لا يعطى إلا الفرس . وقال أبو إسحاق وابن أبي هريرة وغيرهما : الحكم في جميع البلاد كما نص عليه الشافعي - رحمه الله - ، وهذا أصح عند الأصحاب » . روضة الطالبين . وانظر : مغني المحتاج : (٥٦/٣ ، ٥٧) ، مختصر المزني : (١٦٢/٣) ، الأم : (٢٠/٤) .

(٣) في (أ) : « عليها » .

(٤) في (أ) : « العبيد » .

وإن [١] لم يكن عند موته إلا رقيقٌ واحد : تعينَّ ذلك الواحد .

فإن مات أرقاؤه أو قُتِلُوا قبل موته : انفسخت الوصيةُ .

وإن [٢] قُتِلوا بعد موته [٣] ، يُخَيَّر [٤] الوارثُ في صرفِ قيمةِ واحدٍ إليه ؛ لأن حقَّه المتأكدَ أو ملكَه متعلقٌ به بعد موته ، فينتقل إلى القيمة .

فلو قُتِلَ كلُّهم إلا واحدًا [٥] لم يتعينَّ ذلك الواحدُ ، بل يُخَيَّرُ الوارثُ بين تسليمه وتسليمِ قيمة واحد .

وفيه وجه : أنه يتعين ذلك الواحدُ ؛ حذرًا [٦] من العدول إلى القيمة مع الإمكان [٧] .

وإن [٨] قال : أعتقوا عَنِّي عبدًا ، جاز المعيبُ والسليمُ .

وفيه وجه : أنه يُنَزَّلُ على ما يُجْزِئُ في الكفارة ؛ لأن الشرع عادةً في العتق لا في الهبة والوصية ، فينزل على عُرْفِ الشرع [٩] .

(١) في (أ) : « فإن » .
(٢) في (ب) : « فإن » .
(٣) في (أ) : « ذوته » .
(٤) في (ب) : « تخير » .
(٥) في (أ) : « واحد » ، وهو خطأ .
(٦) في (ب) : « حذارًا » .

(٧) قال في الروضة : « له أرقاء أوصى بأحدهم ، فماتوا أو قتلوا قبل موت الموصي : بطلت الوصية . وإن بقي واحد تعين ، وكذا لو أعتقهم إلا واحدًا ، وليس للوارث أن يمسك الذي بقي ويدفع إليه قيمة مقتول .

وإن قتلوا بعد موته وبعد قبول الموصى له انتقل حقه إلى القيمة ، فيصرف الوارث من شاء منهم إليه . وإن قتلوا بعد موته وقبل القبول ، فكذلك إن قلنا : تُمْلَكُ الوصية بالموت ، أو موقوفة . وإن قلنا : تملك بالقبول بطلت الوصية » . روضة الطالبين : (١٦٣/٦) . وانظر مغني المحتاج : (٥٧/٣) .

(٨) في (أ) : « فإن » ، وفي (ب) : « ولو » .

(٩) قال في الروضة : « لو أوصى بإعتاق عبد أعتق ما يقع عليه الاسم على الصحيح . وقيل : يتعين ما يجزئ في الكفارة ؛ لأنه المعروف في الإعتاق ، بخلاف : أعطوه عبدًا ، فلا عُرْفَ فيه » . روضة الطالبين : (١٦٥/٦) . وانظر مغني المحتاج : (٥٧/٣) .

فإن [1] أوصى أن يُعْتَقَ عنه رقابٌ ، فأقَلُّه ثلاثةٌ إن وفَّى الثلثُ به . فإن لم يَفِ إلا باثنين اقْتُصِر عليه .

فإن [2] وفَّى باثنين وبعض الثالث ، فوجهان :

أحدهما : الاقتصارُ على اثنين [3] ؛ لأن البعضَ ليس رقبةً [4] .

والثاني : أنه يُشْتَرى الفضلُ ؛ لأنه أقربُ إلى مقصودِ الموصي .

وعلى هذا لو وجدنا نَفِيسَيْنْ ، أو [5] خسيسَيْنْ وشِقْصًا ، فأيهما أَوْلَى ؟ فيه وجهان [6] :
أحدهما : النفيسُ أولى ؛ لقوله - عليه السلام - لمَّا سُئِل عن أفضل الرقاب فقال [7] : « أكثرُها ثمنًا ، وأنْفَسُها عند أهلها » [8] .

---

(١) في (أ) : « وإن » ، وفي (ب) : « ولو » .

(٢) في (أ) : « وإن » .

(٣) هذا الوجه هو الأصح عند جماهير الأصحاب ، وهو ظاهر النص . انظر : روضة الطالبين : (٦/ ١٦٦) ، مغني المحتاج : (٥٧/٣) .

(٤) في (أ) : « برقبة » .

(٥) في (أ) : « و » .

(٦) قال في الروضة : « فإن لم يزد على ثمن أنفس رقبتين شيء ، بل أمكن شراءُ رقبتين نفيستين ، وأمكن شراء خسيستين وشقصٍ من ثالثة ، فأي الأمرين أولى ؟ وجهان ، أشبههما بالوجه الذى تفرع عليه : الثاني . ولو كان لفظ الموصي : اصرفوا ثلثي إلى العتق ، اشترينا الشقص بلا خلاف » . روضة الطالبين : (١٦٦/٦) .

(٧) قوله : « فقال » ليس في (ب) ، وفي (أ) : « قال » .

(٨) الحديث أخرجه البخاري : (١٧٦/٥) (٤٩) كتاب العتق (٢) باب أي الرقاب أفضل ؟ (٢٥١٨) بلفظ : « أعلاها ثمنًا ، وأنفسها عند أهلها » ، ومسلم : (٨٩/١) (١) كتاب الإيمان (٣٦) باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال (٨٤) ، وابن ماجه : (٨٤٣/٢) (١٩) كتاب العتق (٤) باب العتق (٢٥٢٣) ، ومسند أحمد : (٣٨٨/٢) ، ومالك في الموطأ : (٥٩٧/٢) (٣٨) كتاب العتق والولاء (٩) باب فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا (١٥) . وراجع التلخيص الحبير : (٩٣/٣) حديث رقم : (١٣٧٣) .

والثاني : الزيادة في عدد الرقبة [١] أولى ؛ لقوله ﷺ : « مَنْ أعتق رقبةً أعتق اللهُ بكلِّ عُضْوٍ منه [٢] عضوًا منه من النار » [٣] .

ولو قال : أعتقوا عبدًا من عبيدي ، وله خنثى حُكِمَ بكونه رجلًا ، ففي إعتاقه وجهان :

ووجه [٤] المنع : أن اسمَ العبدِ مطلقًا لا ينصرف إليه .

ولو قال : أعتقوا أحدَ رقيقي ، وفيهم خنثى مُشْكِل :

رَوَى الربيع فيمن أوصى [٥] بكتابة أحدِ رقيقه : أنه لا يجوز الخنثى المشكل .

ورَوَى المزني : أنه يجوز .

واختلف الأصحاب ، والأولى ما قاله المزنيُّ .

* * *

---

(١) في (أ) : « الرقاب » . (٢) في (أ) : « منها » .

(٣) الحديث أخرجه البخاري بلفظ : « أيما رجل أعتق امرأً مسلمًا استنفذ اللهُ بكل عضو منه عضوًا منه من النار » (١٧٤/٥) (٤٩) كتاب العتق (١) باب في العتق وفضله (٢٥١٧) ، وطرفه : (٦٧١٥) ، ومسلم : (١١٤٧/٢) (٢٠) كتاب العتق (٥) باب فضل العتق (١٥٠٩) ، وأبو داود بلفظ : « أعتقوا عنه يعتق اللهُ بكل عضو منه عضوًا منه من النار » (٢٨/٤) كتاب العتق - باب في ثواب العتق (٢٩٦٤) ، والترمذي : (٤/ ٩٧) (٢١) كتاب النذور والأيمان (١٣) باب ما جاء في ثواب من أعتق رقبة (١٥٤١) . وأخرجه ابن ماجه بلفظ : « من أعتق امرأ مسلمًا كان فكاكَه من النار ، يجزئ كلُّ عظم منه بكل عظم منه .. » (٨٤٣/٢) (١٩) كتاب العتق (٤) باب العتق (٢٥٢٢) .

(٤) في (أ) : « وجه » بدون الواو . (٥) في (أ) : « وصَّى » .

الفصل الثاني

فيما يتعلق بالموصى له

وله أطراف :

[الطرف] (١) الأول : إذا قال : أعطوا حَمْلَ فلانة كذا ، فأتت بولدين :

صرف إليهما بالسَّوِيَّة ، وإن كان أحدُهما ذكرًا والآخر أنثى .

ولو خرج أحدُهما حَيًّا والآخرُ ميتًا : فالكل للحيِّ .

وفيه وجه آخر : أنَّ له النصفَ ، ونصفُ الميت يعود إلى الورثة ، وهو ضعيف .

ولو قال : إن كان / حملُها (٢) غلامًا فأعطوه (٣) كذا ، فولدت غلامين : لم ١٣٨/ب يستحِقًّا شيئًا ، فإن الصيغة للتوحيد في النكرة .

وكذا إن جاءت بغلام وجارية .

ولو قال : إن كان في بطنها غلامٌ فأعطوه كذا ، فجاءت بغلام وجارية : أُعْطِي الغلام .

وإن جاءت بغلامين ، (٤ فأيهما يُعطى ٤) ؟ فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يَصْرِفُ الوارثُ إلى أيهما شاء ، وله خيارُ التعيين ؛ فإنَّ رأيَه يصلح للترجيح .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قوله : « حملها » ليس في (ب) .

(٣) في الأصل ، (ب) : « أعطوه » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « أيهما يصرف ويعطى » .

والثاني : يُوَزَّع عليهما ؛ لتساويهما .

والثالث : أنه موقوفٌ بينهما إلى أن يَبْلُغَا ويصطلحا [١] .

ولو [٢] قال : أوصيت لأحد هذين الشخصين ، ففي صحتها [٣] خلافٌ ذكرنا نظيره في الوقف .

فإن صحَّ ومات قبل التعيين ، خرج على الأوجه الثلاثة .

الطرف [٤] الثاني : إذا أوصى لجيرانه :

صُرِف إلى أربعين دارًا من كلِّ جانبٍ ؛ لما روى أبو هريرة أنه ﷺ قال : « حقُّ الجوارِ أربعون دارًا هكذا وهكذا وهكذا وهكذا ، وأشار يمينًا وشمالًا وقُدَّامًا وخَلْفًا » [٥] .

ولو أوصى لقُرَّاء القرآن ، صُرِف إلى مَنْ يحفظ جميعَ القرآن .

---

(١) قال في الروضة : « ولو قال : إن كان في بطنها غلام فأعطوه كذا ، فولدت غلامًا وجارية ، استحق الغلام ما ذكر . وإن ولدت غلامين ، فوجهان : أحدهما : بطلان الوصية ؛ بناءً على التنكير يقتضي التوحيد . وأصحهما : صحتها .

فعلى هذا ، هل يُوزَّع بينهما ، أم يوقف إلى أن يبلغا فيصطلحا عليه ، أم يصرفه الوارث إلى من شاء منهما كما لو وقع الإبهام في الموصى به ؟ فيه أوجه ، أصحها : الثالث » . روضة الطالبين : (١٦٨/٦) . وانظر مغني المحتاج : (٥٨/٣) .

(٢) في (ب) : « فلو » .

(٣) في (أ) : « صحته » .

(٤) كلمة : « الطرف » ليست في (أ) .

(٥) هذا الحديث أخرجه الزيلعي في نصب الراية : (٤١٤/٤) وقال : أخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده . وعن أبي يعلى رواه ابن حبان في (كتاب الضعفاء) وأعلَّه بعبد السلام بن أبي الجنوب ، وقال : إنه منكر الحديث . وأخرج الطبراني عن كعب بن مالك حديثًا في هذا المعنى : (٧٣/١٩) حديث رقم : (١٤٣) . وأخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد بمعناه : (١٦٨/٨) وراجع التلخيص الحبير : (٩٣/٣) حديث رقم : (١٣٧٤) .

وهل يُصْرَف إلى مَنْ يقرأ ولا يحفظ عن ظهر القلب ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ للعموم .

والثاني : لا ، إذ العرفُ يخصص بالحفَّاظ [1] .

ولو أوصى للعلماء ، صُرِفَ إلى العلماء بعلوم الشرع دون الأطباء والمُنَجِّمين والمعبِّرين والأدباء ؛ لأن العرفَ يُخَصِّص .

ولا يصرف إلى مَنْ يسمع الأحاديثَ فقط ولا عِلْمَ له بطرق الأحاديث .

ولو أوصى للأيتام ، لم يدخل فيه من له أبٌ ولا بالغٌ ؛ لقوله ﷺ : « لا يُتْمَ بعد البلوغ » [2] : وفي الغَنيِّ وجهان [3] .

وإن أوصى للأرامل ، دخل فيه من لا زَوْجَ لها من النساء . وهل يدخل [فيه] [4] من لا زوجةَ له من الرجال ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ للعرف [5] .

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (١٦٨/٦) ، مغني المحتاج : (٦١/٣) .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود عن عليّ بن أبي طالب ، ولفظه : « لا يُتْمَ بعد احتلام ... » (١١٤/٣) كتاب الوصايا - باب ما جاء متى ينقطع اليتم (٢٨٧٣) . وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن جابر (٣٢٠/٧) ، وعبد الرازق في مصنفه : (٤٦٤/٧) حديث رقم : (١٣٨٩٩) ، والهيثمي في مجمع الزوائد : (٢٢٦/٤) عن أنس ، وقال : رواه البزار . وآخر عن حنظلة ، وقال : رواه الطبراني ورجاله ثقات . وأخرجه الزيلعي في نصب الراية : (٢١٩/٣) عن جابر . وراجع : كنز العمال : (١٧٨/٣) حديث رقم : (٦٠٤٦) . وراجع التلخيص الحبير : (١٠١/٣) حديث رقم : (١٣٨٨) .

(٣) قال في الروضة : « وفي اشتراط الفقر فيهم [أي : اليتامى] وجهان ، أشبههما ما قيل في الغنيمة : نعم ، وبه قطع أبو منصور » . روضة الطالبين : (١٨١/٦) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (١٨١/٦ ، ١٨٢) .

والثاني : نعم ؛ للوضع ؛ إذ قد يُسَمَّى الرجلُ أرملَ .

قال الشاعر :

كلُّ الأراملِ قد قَضَّيت حاجتَه   فمن [١] لحاجة هذا الأرمل الذكرِ ؟!

وهل يدخل الغنيُّ ؟ فيه وجهان كما في اليتيم .

ولو أوصى للشيوخ ، أُعْطِيَ من جاوز الأربعين .

ولو أوصى للفتيان والشبان ، أُعْطِي من جاوز البلوغَ إلى الثلاثين .

وإن أوصى للصِّبْيان والغلمان [٢] ، صُرِف إلى مَنْ لم يبلغ ؛ اتِّباعًا للعرف في هذه الألفاظ .

الطرف الثالث : فيما [٣] إذا أوصى للفقراء :

جاز أن يصرف إلى المساكين .

وللمساكين جاز [٤ أن يُصرف ٤] إلى الفقراء ؛ لأن كِلا الاسمين يُطْلَق [٥] على الفريقين .

وإن قال : للفقراء والمساكين ، جُمِعَ بينهما .

وإن [٦] أوصى لسبيلِ الله ، فهو للغُزَاة [٧] أو للرقاب [٨] .

---

(١) في الأصل ، (ب) : « فما » ، والمثبت من (أ) ، وهو الأصح .

(٢) في (أ) : « وللغلمان » .

(٣) قوله : « فيما » ليس في (أ) .

(٤) في (أ) : « صرفه » .

(٥) في (أ) : « ينطلق » .

(٦) في (أ) : « ولو » .

(٧) في (أ) : « فهم الغزاة » .

(٨) في (أ) : « وللرقاب » .

وإن أوصى للرقاب ، فهو للمكاتبين .

ثم لا أقلَّ من استيعاب ثلاثةٍ من كلِّ نَفَرٍ ، ولا يجب التسويةُ بين الثلاثة .

ولو أوصى لثلاثة معيَّنين ، يجب (١) التسويةُ بينهم .

ولو أوصى لزيد وللفقراء ، قال الشافعي - رضي الله عنه - : القياسُ أنه كأحدهم .

فمنهم من قال : معناه : أنه لو أَعْطَى خمسةً من المساكين فيعطيه السُّدْسَ ، أو أعطى ستةً فيعطيه السُّبْعَ ؛ ليكون كأحدهم .

ومنهم من قال : يكفيه (٢) أن يعطيه أقلَّ ما يُتموَّل ؛ إذ ما من أحدٍ إلا وله أن يعطيه أقلَّ ما يُتَمَوَّل .

ومنهم من قال : يعطيه الرُّبْعَ ؛ لأن أقلَّ عددِ المساكين الثلاثةُ (٣) ، فالقَصْرُ عليه وعلى ثلاثةٍ يقتضي له الربعَ .

ومنهم من قال : يَصْرِفُ إليه النصفَ ، وإلى الفقراء النصف ؛ لأنه قابله بهم (٤) .

(١) في (أ) : « وجب » . (٢) في (أ) : « يكفي » .

(٣) في (أ) : « ثلاثة » .

(٤) قال في الروضة : « إذا أوصى لزيد وجماعة معه ، فإما أن يكونوا موصوفين أو معينين ، الحال الأول : موصوفون غير محصورين ، كالفقراء والمساكين . وفي زيد أوجه :

أصحها : أنه كأحدهم ، فيجوز أن يعطى أقل ما يتمول ، ولكن لا يجوز حرمانه وإن كان غنيًا .

والثاني : أنه يعطى سهمًا من سهام القسمة ، فإن قسم المال على أربعة من الفقراء أعطى زيدٌ الخمس ، وإن قسمه على خمسة فالسدس ، وعلى هذا القياس .

والثالث : لزيد ربع الوصية ، والباقي للفقراء ؛ لأن أقل من يقع عليه اسم الفقراء ثلاثة .

والرابع : له النصف ، ولهم النصف .

والخامس : إن كان فقيرًا فهو كأحدهم ، وإلا فله النصف . =

ولو قال : لزيد دينارٌ ، وللفقراء ثلاثةٌ ، لم يُعْطِ زيدًا شيئًا آخرَ وإن كان فقيرًا ؛ لأنه قَطَع الخيرة [1] بتنصيصه .

أما إذا أوصى [2] للعَلَويِّين والهاشميين [2] ، أو بني طيء ، وبالجملة قبيلة عظيمة ، ففي الصحة قولان :

أحدهما : نعم [3] ، ثم أقلُّ الأمرِ أن يُعْطِيَ ثلاثةً [4] كما للفقراء .

والثاني : لا ؛ إذ هم محصورون ، ولا يمكن استيعابُهم ولا عُرْفَ للشرع في تخصيصهم بثلاثة ، بخلاف الفقراء .

الطرف [5] الرابع : لو أوصى لزيد ولجبريل :

كان لزيد النصفُ ، ويَبْطُلُ الباقي .

ولو قال : لزيد [6] وللريح أو [6] للرياح ، فوجهان :

أحدهما : أنه له النصفُ ، كما سبق في جبريل .

= والسادس : إن كان غنيًّا فله الربع ؛ لأنه لا يدخل فيهم ، وإلا فالثلث ؛ لدخوله فيهم .

والسابع : أن الوصية في حق زيد باطلة ؛ لجهالة من أضيف إليه ، حكاه السرخسي في « الأمالي » ، وهو ضعيف جدًّا » . روضة الطالبين : (١٨٣/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٦٢/٣) .

(١) في (أ) : « الخيَرَة » .

(٢) في (أ) : « إلى العلويين أو الهاشميين » .

(٣) وهذا القول هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (١٨٥/٦) ، مغني المحتاج : (٦٢/٣) .

(٤) في (أ) : « لثلاثة » .

(٥) كلمة : « الطرف » ليست في (أ) .

(٦) ما بين القوسين ليس في (أ) .

والثاني : له الكل ؛ إذ الإضافةُ إلى الرياح لَغْوٌ .

وإن أوصى لزيد ولله تعالى ، فوجهان :

أحدهما : له الكل ، وكان (١ ذِكْرُ الله تعالى ١) تأكيدًا لقربته (٢) ، كقوله تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ (٣) .

والثاني : أن (٤ النصفَ له ٤) والباقي للفقراء ؛ لأن عامةَ ما يجب لله تعالى يُصْرَفُ إلى الفقراء (٥) .

ولو قال : لزيد وللملائكة ، أو لزيد وللعلوية ، وقلنا : لا يصح للعلوية .

ففي قَدْرِ ما يصرف إلى زيد الخلافُ الذي ذكرناه (٦ في قوله ٦) : لزيد وللفقراء ويَبْطُلُ في الباقي (٧) .

---

(١) في الأصل ، (ب) : « ذكره لله » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « للقربة » .

(٣) سورة الأنفال من الآية (٤١) .

(٤) في (أ) : « له النصف » .

(٥) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (١٨٥/٦ ، ١٨٦) ، مغني المحتاج : (٦٢/٣) .

(٦) قوله : « في قوله » ليس في (أ) .

(٧) قال في الروضة : « أوصى لزيد وجبريل ، فوجهان :

أصحهما : لزيد النصف ، وتبطل الوصية في الباقي . كما لو أوصى لابن زيد وابن عمرو ، ولم يكن لعمرو ابن ، أو زيد وعمرو ابني بكر ، فلم يكن له إلا ابن اسمه زيد ، يكون النصف للموجود ويبطل الباقي .

الثاني : أن لزيد الكل ، ويلغو ذكر من لا يملك ، بخلاف ما إذا ذكر معه من يملك .

ويجري الوجهان في كل صور أوصى لزيد ولمن لا يُوصف بالملك ، كالشيطان والريح والحائط والبهيمة وغيرها .

ولو أوصى لزيد وللملائكة أو للرياح أو للحيطان ، فإنْ جعلنا الكل لزيدٍ فذاك ، وإلا فهل له النصف ، أم الربع ، أم للموصي أن يعطيه أقل ما يتمول ؟ فيه الخلاف السابق في الوصية لزيد وللفقراء » . روضة الطالبين : (١٨٥/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٦٢/٣) .

الطرف [1] الخامس : لو أوصى لأقارب زيد :

دخل فيه الذكورُ والإناث ، والغنيُّ والفقيرُ ، والمَحْرَمُ وغير المحرم ، وقرابة الأب وقرابة الأم ، إلا إذا كان الرجلُ عربيًا فلا تدخل [2] قرابةُ الأم ؛ لأنهم لا يَعُدُّون ذلك قرابةً .

ولو قال : لأرحام [3] فِلانٍ ، دخل [فيه] [4] قرابةُ الأم مع قرابة الأب ؛ إذ لا تخصيصَ لهذا الاسم .

ومن الأصحاب [5] من قال : لفظ القرابة كلفظ الرحم في حق العربي كما في حق [6] العجمي ، ولم يَثْبُتْ من العرب هذا التخصيص [7] .

واختلفوا في ثلاثة أمور :

أحدها : في دخول الأصول والفروع ، وفيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا يدخلون ؛ إذ الوصيةُ للأقارب ، والأبُ والابنُ لا يُسَمَّى قرابة .

والثاني : نعم ؛ لأنهم من الأقارب وإن كان لهم اسمٌ أخصُّ .

والثالث : أنه لا يدخل الأبُ والابن ، ويدخل الأحفادُ والأجداد [8] .

---

(١) كلمة : « الطرف » ليست في (أ) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « يدخل » .
(٣) في الأصل فوق الكلمة : « لذوي » .
(٤) زيادة من (أ) .
(٥) في (ب) : « أصحابنا » .
(٦) كلمة : « حق » ليست في (أ) .
(٧) قال في الروضة : « إذا أوصى لأقاربه ، فإن كان أعجميًا دخل قرابة الأب والأم . وإن كان عربيًا ، فوجهان :
أصحهما – وبه قطع العراقيون ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » – : دخولهم من الجهتين كالعجم .
والثاني : لا تدخل قرابة الأم ، ورجحه الغزالي والبغوي ؛ لأن العرب لا تفخر بها » . روضة الطالبين : (١٧٣/٦ ، ١٧٤) . وانظر : مغني المحتاج : (٦٣/٣) .
(٨) وهذا الوجه هو الأصح عند الأكثرين . انظر : روضة الطالبين : (١٧٣/٦) ، مغني المحتاج : (٦٣/٣) .

الأمر الثاني : أن الوارثَ لا يدخل إذا أوصى لأقاربِ نَفْسِه ؛ إذ لا وصيةَ لوارث / ، ١٣٩/أ وكأنهم خارجون بحكم القرينة .

ومنهم من قال : يدخلون ، ثم تبطل الوصيةُ في نصيبهم وتبقى في الباقي .

[**الأمر**] (١) **الثالث** : أن قبائلَ العرب تتسع ، (٢ فتكثر فيها ٢) القراباتُ إن ارتقينا إلى أولاد الأجداد العالية .

فقال أبو يوسف : يرتقي إلى أجداد الإسلام ولا يزيد عليه ، وهو بعيد .

وقال الشافعي - رحمه الله - : يرتقي إلى أقرب جَدٍّ يُنسب هو إليه ويُعرف به .

وذكر الأصحاب في مثاله ، أنه لو أوصى [هو] (٣) لقرابة الشافعي - رضي الله عنه - صرفنا إلى بني شافع ، لا إلى بني عبد مناف وبني عبد المطلب وإن كانوا أقارب (٤) .

وهذا في زمانه ، أما في زماننا لا يُصرف إلا إلى أولاد الشافعي ، ولا يرتقي إلى بني شافع ؛ لأنه أقربُ من عُرِفَ به .

الطرف (٥) السادس : إذا أوصى لأقربهم قرابةً لفلان : صُرِفَ إلى الأقرب .

وفيه مسألتان :

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) : « فتكثر فيه » ، وفي (ب) : « فيكثر فيه » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) انظر : روضة الطالبين : (١٧٣/٦) ، مغني المحتاج : (٦٤/٣) .

(٥) كلمة : « الطرف » ليست في (أ) ، (ب) .

إحداهما : أن الأبَ والأمَّ والابن والبنت يدخلون ؛ لأنه لا يَبْعُدُ تسميتُهم أقربَ الأقارب [١] .

ثم لا تفضيلَ بذكورة وأنوثة بل يستوى فيه الأبُ والأم والابن والبنت .

ولا يُتَّبَعُ الوراثة ، بل أولادُ البنات يُقَدَّمون على أحفاد البنين ؛ لمزيد القرب إلا إذا اختلف الجهة كالأحفاد وإن سَفَلُوا يُقَدَّمون على الإخوة ، وبنو الإخوة وإن سفلوا يقدمون على الأعمام ؛ لأن العُرْفَ يَقْضِي بأنهم أقرب . وابنُ الأخ من الأب والأم [٢] مقدَّمٌ على ابن ابن الأخ من الأب والأم ، لأن جهةَ الأخوة واحدة .

ولا شك فى أن الأخ المُدْلي بجهتين مقدَّمٌ على المدلي بجهة واحدة .

ولا فرق بين الأخ للأم والأخ للأب ، ولا بين الأخ والأخت .

الثانية : الجد - أبُ أَبِ - مع الأخ ، فيه قولان : أحدهما : أنهما يستويان ؛ للاستواء في القُرْب . والثاني : الأخ أولى ؛ لأن قرابةَ البنوة أقوى .

وكذا الخلاف في أب الأم مع الأخ للأم . وأبُ الأبِ مع ابن الأخ للأب ، فيه قولان : أحدهما : الجد أولى ؛ لقربه . والثاني : ابن الأخ أولى ؛ لقوة البنوة [٣] .

---

(١) كلمة : « الأقارب » ليست في (أ) .

(٢) قوله : « والأم » ليس في (أ) ، (ب) .

(٣) قال في الروضة : « فإن اجتمع جد وأخ قُدِّم الأخ على الأظهر . والثاني : يستويان . وقيل : يقدم الأخ قطعًا .

ويجري هذا الخلاف في الجد أبي الأب ، والجد أبي الأم ، مع الأخ للأم ، والأخ لأب . فإن قلنا بالتسوية ، فالجد أولى من ابن الأخ . وإن قدمنا الأخ فكذا ابنه وإن سفل . والمذهب : تقديم ابن الأخ على أبي الجد ، وقيل بطرد الخلاف » . روضة الطالبين : (١٧٥/٦) ، وانظر : مغني المحتاج : (٦٤/٣) .

القسم الثاني من الباب
في الأحكام المعنوية

وفيه فصول :

الفصل الأول

في (١) الوصية بمنافع الدار والعبد وغَلَّةِ البستان وثمرته

وهي صحيحةٌ ، نصَّ الشافعيُّ - رضي الله عنه - عليه ، وسوَّى بين الثمار والمنافع (٢) .

وحقيقةُ هذه الوصية عندنا تمليكُ المنافع بعد الموت ، حتى يورث عن الموصى له إذا مات ويَمْلِكُ الإجارةَ ولا يَضْمَنُ إذا تلف في يده العبدُ كما لا يضمن المستأجرُ ، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - هي عاريَّةٌ لازمةٌ لا مِلْكَ فيها (٣) .

وفيه مسائل :

الأولى : فيما يملكه الوارث :

ولا شَكَّ في أنه يَنْفُذُ عتقُه ، ولكن لا يجزئه عن الكفارة (٤) إن لم تكن الوصيةُ مؤقتةً .

وفيه وجه آخر : أنه يجزئ .

---

(١) كلمة : « في » ليست في (أ) .

(٢) انظر : روضة الطالبين : (١٨٦/٦) ، مغني المحتاج : (٦٤/٣) .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (١٨٦/٦) ، مغني المحتاج : (٦٤/٣ ، ٦٥) .

(٤) هذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (١٨٩/٦) ، مغني المحتاج : (٦٥/٣) .

ثم إذا نفذ العتقُ بقي حقُّ الموصى له في الانتفاع ، ولا يجد العبدُ مرجعًا على الوارث ، بخلاف عتقِ العبد المستأجر ؛ لأن البدلَ ثَمَّ رجع إلى المعتق ، وهاهنا لم يوجد بدلُ هذه المنفعة .

وأما الكتابة ، ففيه [1] وجهان : أحدهما : لا ؛ إذ لا كَسْبَ له [2] .

والثاني : نعم ؛ تعويلًا على الصدقات .

وأما البيع : فإن كان [3] الوصيةُ مؤقتةً خرج على بيع العبد المستأجر .

وإن كانت مؤبَّدةً فالظاهرُ المنع ؛ لأنه معجوزٌ عن التسليم أبدًا ، إلا أن يبيع من الموصى له [4] .

وفيه وجه آخر : أنه ينفذ البيعُ ؛ لنقل ما يملكه ، ويتسلط المشتري على إعتاقه وجَلْبِ الولاء فيه .

أما إذا أوصى بِنِتَاجِ الشاة ، صح بيعُ الشاة لبقاء منفعة الصوف والوَبَر للمالك .

---

(١) في (أ) : « ففيها » .

(٢) هذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (١٨٩/٦) ، مغني المحتاج : (٦٥/٣) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كانت » .

(٤) قال في الروضة : « وأما الموصى بمنفعته على التأبيد ، ففي بيع الوارث رقبته أوجه :

أصحها : يصح بيعها للموصى له بالمنفعة دون غيره . والثاني : يصح مطلقًا . والثالث : لا . والرابع : يصح بيع العبد والأمة ؛ لأنهما يُتقرب بإعتاقهما ، ولا يصح بيع البهائم والجمادات » . روضة الطالبين ، وانظر : مغني المحتاج : (٦٦/٣) .

وإنما الخلاف إذا لم يَبْقَ منفعةٌ أصلًا فيضاهي مالا منفعةَ له حِسًّا .

المسألة [١] الثانية : في منافعها :

وهي للموصى له أبدًا ، ويدخل فيه أكسابُ العبد باحتطابٍ واصطياد .

ولا تدخل منفعةُ البُضْعِ ، بل يصرف بدلُه إلى المالك ؛ لأن مطلقَ اسم المنفعة لا ينصرف إليه ، مع أنه لو أوصى بها صريحًا لم يصح .

وقال العراقيون : البدلُ له ؛ فإنه [٢] من المنافع [٣] .

ولا خلافَ في امتناع الوطء على الموصى به ؛ لعدم ملكِ الرقبة وعلى الوارث ، إلى هلاك حقِّ الموصى له بالطلق كما في الراهن .

فإن كاتب [٤] وإن كانت صغيرةً أو آيسةً ، فقد قيل : يجوز في الرهن فهو (٥ جارٍ هاهنا أيضا ٥) .

وأما تزويجُها فهو جائزٌ ؛ لكسب المهر ، وفي مصرفِ المهر ما ذكرناه .

---

(١) كلمة : « المسألة » ليست في (ب) .

(٢) في (أ) : « فإنها » .

(٣) قال في الروضة : « وإذا وطئت بشبهة ، أو زوجت ، ففي المهر وجهان :

قطع العراقيون والبغوى بأنه للموصى له كالكسب .

والمنسوب إلى المراوزة : أنه لورثة الموصي ، وبه قطع المتولي ، وصححه الغزالي ، وهو الأشبه ؛ لأنه بدل منفعة البضع ، ومنفعة البضع لا تجوز الوصية بها ، فكان تابعًا للرقبة » . روضة الطالبين : (١٨٧/٦ ، ١٨٨) .

(٤) كلمة : « كاتب » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « جارٍ هاهنا » ، وفي (أ) : « جارٍ أيضًا هاهنا » ، والمثبت من (ب) .

وفي مَنْ يتولّى العقدَ ثلاثةُ أوجه :

أحدها : الوارثُ ؛ لملكه الرقبةَ ، ثم لابد من رضا الموصى له ، فإنَّ فيه نقصانَ حقِّه وضررَه ، وهذا هو الصحيح [1] .

والثاني : أن الموصى له يستقل به ، وهو مذهب من يقول : المهرُ له .

والثالث : يستقل به المالك .

وأما التزويجُ من العبد ، فيظهر استقلالُ الموصى له ؛ لأن حق [2] منع العبد لا لقصور في أهليته ولكن لضررِ تعلُّق الحقوق بالأكساب ، والموصى له هو المتضرر .

وأما ولد الجارية ، فالصحيح : أنه لا حقَّ للموصى له فيه ؛ لأنه يتبع المِلْكَ .

ومنهم من قال : هو ملكُ الموصى له ؛ لأنه [3] أيضًا من المنافع ، وهو بعيد .

ومنهم من قال : هو أُسْوَةُ الأمِّ ، ملكُ الرقبة للوارث ، وملكُ المنفعة للموصى له [4] .

وهو أيضًا بعيدٌ ؛ لأن استحقاقَ المنفعة لا يَسْري إلى الولد كما في الإجارة .

وأما ما يكتسبه بالاتِّهاب ، ففي مصرفه وجهان :

أحدهما : أنه للموصى له ، كما في الاحتطاب [5] .

---

(١) في مغني المحتاج : هو الأصح . انظر : مغني المحتاج : (٦٥/٣) .

(٢) كلمة : « حق » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « وهو » .

(٤) هذا الوجه هو الأصح ، كما في روضة الطالبين : (١٨٧/٦) ، مغني المحتاج : (٦٥/٣) .

(٥) قال في الروضة : « ولا يملك [الموصى له] الكسبَ النادر ، كالهبة واللُّقطة على الأصح ؛ لأنه لا يُقْصد بالوصية . وحكى الحناطي وأبو الحسن العبادي وجهًا في كل الأكساب ، وهو ضعيف » . روضة الطالبين : (١٨٧/٦) .

والثاني : للمالك ؛ فإنه لم ينصرف إليه عملٌ متقوم ؛ والسببُ انعقد للعبد ، والمالكُ يتلقَّى الملكَ لملك [١] الرقبة .

الثالثة : في نفقته ثلاثة أوجه :

القياس : / أنه على الوارث ؛ نظرًا إلى الملك ، فإن أراد الخلاص فليعتق [٢]. ١٣٩/ب

والثاني : أنه على الموصى له ؛ لأنه يستحق المنافعَ على الدوام ، فكان كزوج الأمة .

والثالث : أنه في كسبه ، فإن لم يَفِ فعلى بيت المال ، وإليه ذهب الإصطخرى .

وقد اختلفوا (٣ في أن الموصى له ٣) هل ينفرد بالمسافَرَة به ؟

والظاهر [٤] : أنه يملك ؛ إذ به كمالُ الانتفاع ، ولذلك يمتنع على الوارث المسافرة قطعًا بخلاف سيدِ الأمة المزوجة .

والثاني : أنه لا يملك كما لا يملك بملك [٥] زوجِ الجارية ؛ مراعاةً لحقِّ المالك ، فلا يجوز إلا بالتراضي كالتزويج على ظاهر المذهب .

الرابعة : إذا قُتِلَ ، فللوارثِ استيفاءُ القصاص ، ويَحْبَطُ حقُّ الموصى له .

وإن وقع الرجوعُ إلى القيمة ، ففيه [٦] وجهان :

---

(١) في (أ) : « بملك » .

(٢) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (١٨٩/٦) ، مغني المحتاج : (٦٦/٣) .

(٣) في (أ) : « في أنه » .

(٤) في الروضة : الأصح . انظر : الروضة : (١٨٨/٦) .

(٥) قوله : « بملك » ليس في (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « فيه » .

أحدهما : أنه للوارث ؛ فإنه بدلُ ملكِه ، وقد انقضى عمرُه فانقطع حقُّ الموصى له .

والثاني : أنه يُشْتَرَى به عبدٌ ، ويُجْعَلُ بمثابته بينهما في الملك والمنفعة [١] .

وفيه وجه [آخر] [٢] : أنه [٣] يختص به الموصى له ، وكأن ماليتَه مستغرقةٌ بحقه ، إذ [٤] لم يَبْقَ له قيمةٌ في حق المالك ، وهو بعيد .

وفيه وجه رابع : أنه يُوَزَّع على قيمةِ المنفعة وقيمةِ الرقبة مسلوبةِ المنفعة ، ويُقَسَّم بينهما .

أما إذا قطع طرفه : فالذي قطع به الأصحاب وذكره الأكثرون : أنه للوارث وجهًا واحدًا .

أما إذا جنى هو على غيره ، فيباع من [٥] أرش الجناية ، فإن فداه [السيدُ] [٦] استمر حقُّ الموصى له .

وإن فداه الموصى له ، فهل يجب على المجنيِّ عليه قبولُه ، فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه أجنبيٌّ عن الرقبة ، ومتعلقُ الحق الرقبة .

والثاني : نعم ؛ لأن له غرضًا في بقاء الرقبة كما للسيد [٧] .

الخامسة [٨] : في كيفية احتسابه من الثلث ، وجهان :

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (١٩٠/٦) .

(٢) زيادة من (أ) . (٣) في (ب) : « أنّ » .

(٤) في الأصل : « إلا » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « في » . (٦) زيادة من (أ) .

(٧) هذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (١٩١/٦) .

(٨) في (أ) : « الخامس » ، وهو خطأ .

أحدهما : أنه يُعْتبر جملةُ قيمة العبد ؛ إذ لم يَبْقَ له قيمةٌ ، فكأنه أوصى بالعبد .

والصحيح : أنه يُعْتبر ما نَقَصَ من قيمته ؛ إذ لابد وأن يبقى له قيمةٌ ؛ طمعًا [١] في إعتاقه وولائه [٢] .

أما إذا كانت المنفعةُ الموصى بها مؤقتةً ، فطريقان :

أحدهما : طَرْدُ الوجهين .

والثاني : أنه يُعْتبر أجرةُ المثل ، وهو بعيد ؛ لأن المنفعة [التي] [٣] تحدث بعد الموت [٤] فليس مفوَّتًا لها [٤] من ملكه ، بل لا يتجه إلا اعتبارُ ما يَنْقُصُ من قيمته بسبب الوصية [٥] .

---

(١) في (أ) : « قطعًا » .

(٢) قال في الروضة : « في كيفية حساب المنفعة من الثلث : فإن أوصى بالمنفعة أبدًا فوجهان – ويقال : قولان – :

أصحهما عند الجمهور وهو نصه في اختلاف العراقيين وفي « الإملاء » وبه قال ابن الحداد : أنه تعتبر الرقبة بتمام منافعها من الثلث ؛ لأنه حال بين الوارث وبينها ، ولأن المنفعة المؤبدة لا يمكن تقويمها ؛ لأن مدة عمره غيرُ معلومة ، وإذا تعذر تقويم المنافع تعين تقويم الرقبة .

والثاني – خرَّجه ابن سريج – : أن المعتبر ما بين قيمتها بمنافعها وقيمتها مسلوبة المنافع ، واختاره الغزالي وطائفة » . روضة الطالبين : (١٩١/٦ ، ١٩٢) ، وانظر مغني المحتاج : (٦٦/٣) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (ب) : « ليست مفوَّتة » ، والضمير يعود على المنفعة .

(٥) قال في الروضة : « أما إذا أوصى بمنفعته مدة كسنة أو شهر ، ففيه طرق :

أحدها : طرد الخلاف ، كالوصية المؤبدة .

والثاني : إن اعتبرنا هناك ما بين القيمتين ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان : أحدهما : التفاوت . والثاني : الرقبة .

والطريق الثالث : أن المعتبر من الثلث أجرةُ مثلِ تلك المدة .

والرابع – وهو أصحها – : يُقوَّم العبد بمنافعه ثم مسلوبَ منفعته تلك المدة ، فما نقص حُسِب من الثلث . وقيمة الرقبة في هذه الحالة محسوبة من التركة بلا خلاف » . روضة الطالبين : (١٩٢/٦) .

التفريع :

إذا اقتضى الحالُ أن يَرُدَّ بعضَ الوصيه كسدسها مثلًا ؛ لزيادتها على الثلث ، فيُنْقِصُ من المدة المقدرة بسدسها من أجْرِها ، أو يُخْرِجُ سدسَ العبد في جملة المدة عن الوصية ؟ فيه وجهان ، الأسَدُّ : أنه يُخْرِجُ سدسَ العبد ؛ لأن الأجرةَ تختلف باختلاف المواقيت .

* * *

الفصل الثاني

في الوصية بالحج

والحج [(١)] ثلاثة أنواع :

الأول : التطوع :

وفي صحة الوصية به وجهان يبتنيان على أن النيابةَ هل تتطرّق [(٢)] إليها ؟

والصحيح : أنها تتطرق إليه ؛ اقتداءً بالأولين في فعلهم فتُحْسَبُ الوصيةُ [به] [(٣)] من الثلث .

وفيه فرعان :

أحدهما : أن مطلقَه يقتضي حجةً من الميقات أو من دُوَيْرة أهله ؟ اختلفوا فيه ؛ لتردد اللفظ بين أقلِّ الدرجات وبين العادة [(٤)] .

الثاني : أنه هل تُقَدَّم [(٥)] الوصيةُ بحج التطوع على سائر الوصايا ؟

حُكِيَ فيه قولان ، ولا وجه للتقديم ، إلا أن حقَّ الله [تعالى] [(٦)] - على رأيٍ - يُقَدَّمُ على حقِّ الآدمي [(٧)] ، حتى إن أوصى بالصدقة مع حجِّ التطوع لم يُحْتَمل التقديمُ .

نعم ، لو أوصى بحجةٍ منذورةٍ احْتُمل التقديمُ على الوصايا ؛ لتأكُّدِها باللزوم .

---

(١) في (أ) : « الوصية » .

(٢) في (ب) : « يتطرق » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في الروضة : « فإن أطلق ، فعلى أيهما يُحْمل ؟ وجهان ، أصحهما : من الميقات ، وإليه ميل أكثرهم » . روضة الطالبين : (١٩٥/٦) .

(٥) في (ب) : « يقدم » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « الآدميين » .

الثاني : حجة الإسلام :

ولا حاجة فيها إلى الوصية ؛ إذ (١) كانت [قد] (٢) لزمت في الحياة ، بل يُخْرَجُ عندنا من رأس ماله وإن لم يُوصِ ، خلافا لأبي حنيفة رحمه الله .

وهو عندنا كالزكاة (٣) ؛ فإنها لا تسقط بالموت .

فروع ثلاثة (٤) :

الأول : إذا أوصى بحجةِ الإسلام فلا فائدة له ، إلا إذا قال : حُجُّوا عنِّي من الثلث .

فائدته (٥) : مزاحمة الوصايا من الثلث به ، ثم إن (٦ لم يَخُصَّ الحجَّ بعد المضاربة ٦) ما يفي به ، كمل من رأس المال .

ومنهم من قال : إذا لم يَفْضُلْ من حجة الإسلام شيءٌ من الثلث فلا شيء للوصايا ، بل فائدته الإضافةُ إلى الثلث .

الفرع الثاني : إذا قال : أوصيت بأن تَحَجُّوا عني ، ولم يُضِفْ إلى الثلث .

ففي مزاحمة الوصايا به (٧) في الثلث وجهان ، ووجهه : أن لفظَ الوصية مشعرٌ به .

ولو زاد وقال (٨) : وأعتقوا عني وتصدقوا ، فوجهان مرتبان ، وأولى بالمزاحمة ؛ لأنه قربةٌ بما ينحصر في الثلث .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إذا » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) ، (ب) : « كالزكوات » .
(٤) كلمة : « ثلاثة » ليست في (ب) .
(٥) في (أ) ، (ب) : « ففائدته » .
(٦) في (أ) ، (ب) : « يفضل للحج بعد المضاربة » .
(٧) ليست في (أ) ، (ب) .
(٨) قوله : « وقال » ليس في (أ) ، (ب) .

الثالث : إذا قال : أحِجُّوا عني فلانًا بألف ، وهو زائدٌ على أجر [1] المثل ، فوجهان :

أحدهما : أنه [2] يحج بأجر [2] المثل ؛ لأن مقصودَه الحجُّ ، والزائد لا حاجة إليه .

والثاني : أن الزيادةَ وصيةٌ لمن يَحُجُّ ؛ ليُحْسِنَ الحجَّ ، فيُصْرَفُ إليه إن وفَّى به الثلث .

أما إذا قال : اشتروا بمائة درهمٍ عشرةَ أقفزةِ حنطةٍ وتصدَّقوا بها ، فوجدنا أجودَ الحنطة بثمانين ، فثلاثة أوجه :

أحدها : أن الزيادةَ وصيةٌ لبائع الحنطة ، وهو بعيد ؛ فإن ذلك لا يُقْصَدُ بخلاف الإحسان إلى مَنْ يحج .

والثاني : أنه يُشْتَرى به حنطةٌ زائدة ؛ لأن مقصودَه التصدُّقُ بمائةٍ وصَرَفَه إلى الحنطة .

والثالث : أنه يُرَدُّ على الورثة ؛ لأن مقصودَه عشرةُ أقفزةٍ من الحنطة ، وقد تصدَّق [3] بها .

الثالث [4] : الحجة المنذورة ، والصدقة المنذورة ، / والكفارات : ١٤٠/أ

وفيها ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يخرج من رأس المال ؛ لأنها لَزِمَتْه [5] كحجة الإسلام ، فلا حاجة إلى الوصية .

والثاني : أنها كالتطوعات ، فإن أوصى بها أخرج من الثلث ؛ لأنه لو فُتِحَ هذا

---

(١) في (أ) : « أجرة » . (٢) في (أ) : « يحج عنه بأجرة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تصدقنا » .

(٤) في الأصل : « النوع الثاني » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لزمت » .

البابُ لاستغرقَ بالنذور جميعَ أمواله ثم يُؤخِّره إلى ما بعد الموت .

والثالث : أنها تُؤدَّى من الثلث وإن لم يُوصِ ، وكأن نَذْرَه تبرَّعَ به [1] وقد أخَّر [1] أداءه إلى الموت ، فصار النذرُ نفسُه كالوصية .

فإن قيل : ما الذي يقع عن الميت بعد موته دون إذنه ؟

قلنا : الدعاء والصدقة [2] وقضاء دينه .

أما الدعاء : فقد قال – عليه السلام – : « إذا مات ابنُ آدمَ انقطع عنه [3] عملُه إلا في [4] ثلاث : صدقةٍ جارية ، وعلمٍ يُنْتَفع به ، وولدٍ صالح يدعو له » [5] .

وأما الصدقة : فقد قال : سعد بن أبي وقاص : يا رسول الله ؛ إن أمي أصمتت ، ولو نطقت لتصدَّقَتْ ، أفينفعها إن تصدَّقْتُ عنها ؟ قال [عليه السلام] [6] : « نعم » [7] .

---

(١) في (ب) : « وتأخر » .

(٢) قال في الروضة : « وأما الدعاء للميت والصدقة عنه فينفعانه بلا خلاف ، وسواء – في الدعاء والصدقة – الوارثُ والأجنبيُّ . قال الشافعي – رحمه الله – : وفي وسع الله تعالى أن يثيب المتصدق أيضًا . قال الأصحاب : فيستحب أن ينوي المتَصدقُ الصدقةَ عن أبويه ؛ فإن الله تعالى يُنِيلُهما الثوابَ ولا ينقص من أجره شيئًا » . روضة الطالبين : (٦/٢٠٢) .

(٣) قوله : « عنه » ليس في (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « عن » .

(٥) أخرجه مسلم : (١٢٥٥/٣) (٢٥) كتاب الوصية (٣) باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته (١٦٣١) ، وأبو داود : (١١٧/٣) كتاب الوصايا – باب ما جاء في الصدقة على الميت (٢٨٨٠) ، والترمذي : (٦٦٠/٣) (١٣) كتاب الأحكام (٣٦) باب في الوقف (١٣٧٦) ، والنسائي : (٢٥١/٦) (٣٠) كتاب الوصايا (٨) باب فضل الصدقة على الميت (٣٦٥١) .

(٦) قوله : « عليه السلام » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) ورد الحديث في كتب السنة بألفاظ متقاربة على أن السائل هو سعد بن عبادة – رضي الله عنه – انظر : صحيح البخاري : (٤٥٧/٥) (٥٥) كتاب الوصايا (١٩) باب ما يستحب لمن توفى فجأة أن يتصدقوا عنه ، وقضاء النذور عن الميت (٢٧٦٠ ، ٢٧٦١) ، وأطرافه : (٦٦٩٨ ، ٦٩٥٩) ، ومسلم : (٣/ =

وقد [1] قال بعض الأصحاب : إنه يُرْجَى أن يناله بركتُه ، ولكن لا يلتحق بصدقاته التي أدَّاها .

أما إذا أعتق عنه ، لا يقع عنه ويكون الولاءُ للمعتق ، سواء كان المعتقُ وارثًا أو لم يكن ؛ لأن إلحاقَ الولاءِ قهرًا لا وجه له .

أما الديونُ اللازمة : إذا قُضِيَتْ وَقَعَتْ [2] عنه وإن قضاها الأجنبيُّ .

قال رسول الله ﷺ لعليّ [رضي الله عنه] [3] لما قضى دينَ ميتٍ : « الآن بَرَّدْتَ جلدتَه على [4] النار » [5] .

أما الكفارات : فإن أخرجها الوارثُ عنه ولم يكن أوصى به وقعت [6] موقعَها ،

= ١٢٥٤) (٢٥) كتاب الوصية (٢) باب وصول ثواب الصدقات إلى الميت (١٠٠٤) وأيضًا (٦٩٦/٢) ، وأبو داود : (١١٧/٣) كتاب الوصايا - باب فيمن مات من غير وصية يتصدق بها (٢٨٨٢) ، والنسائي : (٦/ ٢٥٠) (٣٠) كتاب الوصايا (٧) إذا مات الفجأة هل يُستحب لأهله أن يتصدقوا عنه ؟ (٣٦٤٩ ، ٣٦٥٠) .

(١) كلمة : « قد » ليست في (أ) . (٢) في (أ) : « وقع » .

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « عن » .

(٥) هذا الحديث جاء بألفاظ وروايات مختلفة . كما اختلف في أن الذى قضى الدين هو أبو قتادة الأنصاري وليس علي بن أبي طالب . انظر ذلك في : صحيح البخاري : (٥٥٤/٤) (٣٩) كتاب الكفالة (٣) باب من تكفل عن ميت دينًا فليس له أن يرجع (٢٢٩٥) ، وأبو داود : (٢٤٤/٣) كتاب البيوع - باب في التشديد في الدين (٣٣٤٣) ، والنسائي : (٦٥/٤) (٢١) كتاب الجنائز (٦٧) باب الصلاة على من عليه دين (١٩٦٠ ، ١٩٦١ ، ١٩٦٢) ، وأخرجه أحمد في مسنده : (٣٣٠/٣) بتمامه ولفظه : « الآن بردت عليه جلده » . وكل هؤلاء قالوا : إنه أبو قتادة . وأخرج الدارقطني أحاديث على أنه عليٌّ بن أبي طالب ، انظر سنن الدارقطني : (٧٨/٣ ، ٧٩) . وانظر السنن الكبرى للبيهقي : (٧٢/٦ ، ٧٣) . وراجع التلخيص الحبير : (٤٧/٣ ، ٤٨) حديث رقم : (١٢٥٢) ، (١٢٥٣) .

(٦) في (ب) : « وقع » .

وإن أخرجها أجنبيٌّ فوجهان :

أحدهما : لا ؛ إذ لا خلافةَ له ، وهذه عبادةٌ فلابُدَّ من نيته أو نية من هو خليفتُه شرعًا .

والثاني : نعم ؛ لأنه دينٌ لازمٌ غَلَب فيه معنى الديون ، ولذلك يستقل به أحدُ الورثة وإن لم يستقل بجملة الخلافة .

أما العتقُ في كفارةِ اليمين حيث لا يتعينُّ ، ففي إخراج الوارث وجهان .

وفي إخراج الأجنبي وجهان [مرتبان] (١) ، وأَوْلى بأن لا يقع عنه (٢) ؛ لأنه يضاهي التبرعَ من وجه ، وقد ذكرنا مَنْعَ التبرع عن الميت بالإعتاق .

ولو أوصى بالعتق والكفارةُ مخيرةٌ ، ولم يَفِ الثلثُ بالزيادة لا يَنْفُذُ ، لأنه مُسْتَغْنًى عنه فكان متبرعًا .

أما الصوم : فلا يقع عنه ؛ لأنه عبادةٌ بدنيةٌ كالصلاة .

وقال الشافعي - رضي الله عنه - (٣) في القديم : يصوم عنه وليُّه .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) قوله : « عنه » ليس في (أ) ، (ب) .

(٣) قوله : « رضي الله عنه » ليس في (أ) .

الفصل الثالث

في فروع متفرقة

الأول : المريضُ إذا مَلَك قريبَه في مرض الموت . نُظِر :

فإن ملك بالإرث : عَتَق عليه من رأس المال ، وإن ملك بالشراء عتق عليه من الثلث ، فإن كان عليه دينٌ مستغرِقٌ لم يعتق أصلًا .

وإن ملك بوصية أو اتِّهابٍ ، فوجهان :

أحدهما : من رأس المال ؛ لأنه حصل مجانًا كالإرث ، فكأنه لم يحصل .

والثاني : من الثلث ، لأنه حصل بالاختيار [١] .

التفريع [٢] :

لو اشترى ابنَه الذي يساوي ألفًا بخمسمائة :

---

(١) قال في الروضة : « إذا ملك في مرض موته من يعتق عليه ، فإن ملكه بالإرث فهل يعتق من الثلث ، أم من رأس المال ؟ وجهان : رجح البغوي والمتولي كونه من الثلث . والأصح : كونه من رأس المال ، وبه قطع الأستاذ أبو منصور . وفي كلام الشيخ أبي علي وغيره : ما يقتضي الجزم به ؛ لأنه لم يقصد تملكه ولا تضرر به الورثة .

وإن ملكه بالهبة أو الوصية ، فإن قلنا في الموروث : يعتق من الثلث ، فهنا أولى ؛ لأنه مختار ، وإلا فوجهان : أصحهما : من رأس المال ، وبه قطع ابن الحداد وأبو منصور ؛ لأنه لم يبذل مالًا ، وزوال الملك حصل بغير رضاه . فإن قلنا : من رأس المال عتق وإن لم يكن له مال سواه . وكذا لو كان عليه دين مستغرق ، وكذا المفلس المحجور عليه إذا قبله ولا سبيل للغرماء عليه . وإن قلنا : يعتق من الثلث ، فلم يكن مال سواه ، عتق ثلثه فقط . وإن كان عليه دين لم يعتق ، وبيع في الدين ، وكذا في المحجور عليه بالفلس » . روضة الطالبين : (٦/٢٠٣ ، ٢٠٤) .

(٢) في (أ) : « تفريع » .

فالقَدْرُ الذي يقابل المحاباةَ كالموهوب ؛ لأنه حصل مجانًا ، ومهما عتق من الثلث لم يرث ؛ إذ لو وَرِثَ لانقلب العتقُ له وصيةً لوارثٍ وبَطَل .

وإذا أعتق من رأس المال في صورة الإرث ورث ؛ لأنه وقع مستحِقًّا .

وقال الإصطخرى : لا يرث كما لو نُكِحَتْ بأقلَّ من مهر المثل ، فإنه يقال : إن المحاباةَ وصيةٌ للزوج الوارثُ إلا إذا كان الزوجُ رقيقًا أو مسلمًا .

وهذا الاستشهادُ غير صحيح ، بل تنفذ المحاباةُ بالبُضْعِ ، سواء كان الزوج وارثًا أولم يكن ؛ لأنه ليس بمال .

الثاني : لو قال : أعتقوا عبدي بعد موتى :

لم يفتقر إلى قبول العبد ؛ لأن حقَّ الله تعالى غالبٌ في العتق .

ولو قال : أوصيت لعبدي برقبته ، ففي الافتقار إلى قبوله وجهان [١] .

ولو أعتق ثلثَ عبدِه بعد موته وفي المال متسعٌ لم يَسْرِ العتقُ ؛ لأنه بعد الموت معسرٌ والمالُ لغيره .

وهذا لا يخلو عن احتمالٍ ولكن النقل ما ذكرتهُ [٢] .

أما إذا أعتق جاريتَه بعد موته وهي حامل سَرَى إلى الجنين ؛ لأنه في حكم عضوٍ لا ينفصل .

---

(١) قال في الروضة : « ولو قال : أوصيت له برقبته ، فهي وصية صحيحة ، ومقصودها الإعتاق ، ويُشْترط قبولُه على الأصح لاقتضاء الصيغة ذلك ، كقوله لعبده : ملَّكتك نفسك ، أو وهبت لك نفسك ، فإنه يشترط فيه القبول في المجلس » . روضة الطالبين : (٢٠٥/٦) .

(٢) قال في الروضة : « قال : إذا مِتُّ فأعتقوا ثلث عبدي ، أو قال : ثلث عبدي حر إذا مت : لم يعتق إذا مات إلا ثلثه ، ولا يسري ؛ لأنه ليس بمالك للباقي في حال العتق ، ولا موسر بقيمته . بخلاف ما لو أعتق المريض بعض عبده ، فإنه يسري إذا وفى به الثلث ؛ لأنه مالك للباقي » . روضة الطالبين : (٢٠٥/٦) .

ولو استثنى وقال : أنتِ حرة [١] إلا جنينَك ، ففي صحة الاستثناء وجهان [٢] ، وخُرِّجَ وجه من صحة الاستثناء : أنه إذا أطلق لا يسري ؛ لأنه تصوَّرَ الانفصالَ ، وعتقُ الميت لا يَسْرِي .

الثالث : أوصى بعبدٍ لرجلينْ : يعتق على أحدهما بالقرابة .

فإن قَبِلَاه [٣] معًا عتق على القريب وغرم للثاني نصيبَه إن كان موسرًا وسَرَى .

وإن قَبِلَ القريبُ أولًا سَرَى ، ثم يغرم للوارث إن ردَّ الأجنبي ، ويغرم للأجنبي إن قَبِلَ الأجنبي .

وإن قبله الأجنبيُّ أولًا وأعتقه ، فإن لم يقبل القريبُ استمر عتقُه .

وإن قبل فإن قلنا : ملكُ الموصى له يحصل بموت الموصي ، فقد بان أنه كان قد عَتَق وسرى ، وعتقُ الأجنبي صادَقَ حُرًّا فيغرم القريبُ للأجنبي .

وإن قلنا : يحصل بالقبول ، فقد عتق الكلُّ على الأجنبي فيغرم الأجنبيُّ للقريب .

الرابع : أوصى له بثلث دارٍ فاستحق ثلثها ، فوجهان :

أحدهما : يُسَلَّم له كلُّ ثلثِه ؛ ميلًا إلى تصحيح الوصية .

والثاني - وهو اختيارُ ابن سريج - : أنه يصح في ثلث ذلك الثلث ؛ لأن أصلَ الوصية شاع في الأثلاث الثلاثة [٤] .

---

(١) في الأصل ، (ب) : « حر » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٢) والأصح : لا يصح الاستثناء . انظر الروضة : (٢٠٧/٦) .

(٣) في (أ) : « قبلا » .

(٤) قال في الروضة : « أوصى بثلث عبد معين ، أو دارٍ ، أو غيرها ، فاستحق ثلثاه ، نظر ، إن لم يملك شيئًا آخر فللموصى له ثلث الثلث الباقي . وإن ملك غيره ، واحتمل ثلث ماله الثلث الباقي ، فطريقان : =

الخامس : إذا منعنا / نَقْلَ الصدقات ، ففي نقل ما أوصى للمساكين إلى بلدة ١٤٠/ب أخرى وجهان [1] .

ووجه الفرق : أن الزكواتِ دارةٌ متكررةٌ تمتد إليها أطماعُ الحاضرين بخلاف الوصايا .

* * *

= أصحهما : على قولين ، أظهرهما : يستحق الثلث الباقي . والثاني : ثلث الثلث .

والطريق الثاني : ثلث الثلث قطعًا .

ثم عن ابن سريج : أن هذا فيما إذا قال : أوصيت له بثلث هذا العبد . فأما إذا قال : أعطوه ثلثه ، فيدفع إليه الثلث الباقي قطعًا . ولو قال : أوصيت له بشاة من هذه الثلاث ، أو بأحد أثلاث هذا العبد ، أو بثلث هذه الدار ، فاستحق الثلثان ، أو اشترى من زيد ثلثها ومن عمرو ثلثيها ، وأوصى بما اشتراه من زيد ، فاستحق ما اشتراه من عمرو : نفذت الوصية في الثلث الباقي في هذه الصور قطعًا » . روضة الطالبين : (٦/ ٢٠٧) .

(١) قال في الروضة : « ما أوصى به للمساكين ، هل يجوز نقله إلى مساكين غير بلد المال ؟ فيه طريقان :

أصحهما - وبه قال الأكثرون - : على قولين ، كالزكاة . والثاني : الجواز قطعًا .

فإن منعنا فلم يكن في البلد مسكين ، فهل ينقل كالزكاة ، أم تبطل الوصية ؟ وجهان . قلت : أصحهما : النقل » . روضة الطالبين : (٦/٢٠٨) .

القسم الثالث من الباب
في الأحكام الحسابية

وفيه مسائل :

الأولى : إذا أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد ، صُرِفَ إلى الموصى له النصفُ ؛ حتى يكونا متماثلين .

وإن كان له ابنان فأوصى بمثل نصيب أحدهما ، صُرِفَ إليه الثلث ، وإن كانوا ثلاثةً فالربع [(١)] .

وبالجملة تراعى المماثلةُ عندنا بعد القسمة .

وقال مالك - رحمه الله - : هو وصيةٌ بحصة الابن قبل القسمة ، فإن كانوا اثنَيْنْ فهو وصية بالنصف ، وإن كانوا ثلاثة فهو وصية بالثلث .

وهو ضعيف ؛ لأن ما ذكرناه محتملٌ ، وهو الأقل فيؤخذ به .

ولو أوصى بنصيب ولده ، كان كما لو أوصى بمثل نصيب ولده .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : هو باطلٌ ؛ لأنه وصيةٌ بالمستحق .

وهو ضعيف ؛ لأنه إذا قال : بِعْتُ بما باع به فلانٌ فَرَسَه صح ، وكان معناه بمثله .

ولو كان له ابنان فقال : أوصيت لك بمثل نصيبِ ابنٍ ثالث لو كان :

---

(١) قال في الروضة : « وضابطه : أن تصحح فريضة الميراث ، ويُزاد عليها مثل نصيب الموصى له بمثل نصيبه ، حتى لو كان له بنت ، وأوصى بمثل نصيبها ، فالوصية بالثلث ؛ لأن المسألة من اثنين لو لم تكن وصية ، فتزيد على الاثنين سهمًا ، وتعطيه سهمًا من ثلاثة أسهم . ولو كان بنتان ، فأوصى بمثل نصيب أحدهما ، فالوصية بالربع ؛ لأن المسألة من ثلاثة لولا الوصية ، لكل واحد سهم ، فتزيد للموصى له سهمًا ، فتبلغ أربعة » . روضة الطالبين : (٦/٢٠٨ ، ٢٠٩) .

لا يعطى إلا الربع ، وكأنَّ ذلك الابنَ المقدَّرَ كائنٌ .

وفيه وجه : أنه يُعْطَى الثلثَ ، وكأنه قدَّره مكانه .

الثانية : إذا أوصى بضعف نصيب أحد ولديه ، أُعْطِي مثلَه مرتين .

فلو كان له ابنان ، قُسِّم المالُ من أربعةٍ لكلِّ ابن واحدٌ ، وله سهمان .

ولو أوصى بضعفيه ، أُعْطِيَ مثلَه ثلاث مرات .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : أُعْطِيَ مثلَه أربعَ مرات .

والحاصل [1] : أنا نُضَعِّفُ الزيادةَ دون المزيد عليه ، فإذا كان الضِّعْفُ : أن يُزَاد على سهمه مثلُه ، كان الضعفان : أن يُزَاد عليه مِثْلَاه . وهو محتمل ، وهو الأقل فينزل عليه .

الثالثة : إذا أوصى بمثل نصيبِ أحد ورثته ، أُعْطِيَ مثلَ أقلِّهم نصيبًا بعد العَوْلِ إن كانت المسألةُ عائلة [2] .

الرابعة : إذا أوصى بحَظٍّ أو سهم أو قليلٍ أو كثير ، جاز التنزيلُ على أقلِّ ما يُتَموَّلُ والرجوعُ به إلى الموصي [3] .

---

(١) في (ب) : « فالحاصل » .

(٢) قال في الروضة : « أوصى لزيد بمثل نصيب أحد ورثته ، أعطي مثل أقلهم نصيبًا . وطريقه : أن تصحح المسألة بلا وصية ، وتزيد عليها مثل سهم أقلِّهم ، ثم تقسم . فإذا كان ابن وبنت فالوصية بالربع ، أو زوج وأم وأختان فبالتسع ؛ لأن نصيب الأم واحدٌ من ثمانية ، فتضمه إليها تصير تسعة ... وإن أوصى بمثل نصيب أكثرهم نصيبًا ، فطريقه : أن تصححها بلا وصية ، وتضم إليها مثل نصيب ذلك . فإن كان ابن وبنت ، فله خمسان » . روضة الطالبين : (٢١١/٦) .

(٣) قال في الروضة : « أوصى بنصيب من ماله ، أو جزء ، أو حظ أو قسط أو شيء أو قليل أو كثير أو سهم ، يرجع في تفسيره إلى الورثة ، ويُقبل تفسيرهم بأقل ما يتمول ؛ لأن هذه الألفاظ تقع على القليل والكثير » . روضة الطالبين : (٢١٢/٦) .

فقال أبو حنيفة - رحمه الله - : ينزل السهمُ على السدس . وهو تحكم .

وكذلك إذا أوصى بالثلث للأشياء [(١)] جاز التنزيلُ على أقل ما يُتموَّل .

وقال الأستاذ أبو منصور : ينزل على النصف وزيادةٍ ؛ إذ الاستثناءُ ينبغي أن يَنْقُصَ عن النصف .

وهو خلافُ نصِّ الشافعي - رضي الله عنه - في الإقرار إذا قال : لفلان عليَّ عشرةٌ إلا شيئًا .

الخامسة : إذا أوصى بثلثِ ماله ومات عن ابنين وبنتين .

فلتصحيح المسألة بالحساب طريقان :

أحدهما : أن [(٢)] تُصَحَّحَ مسألةُ الوصية ويُنْظَر [(٣)] إلى ما بقي بعد إخراج سهمِ الوصية ، فإن انقسم على الورثة فقد صحَّت المسألتان . وإن لم ينقسم ولم يوافق ضَرَبْتَ مسألةَ الورثة في مسألة الوصية ، ومنها تصح .

[(٤)] وإن وافق ضَرَبْتَ [(٤)] جزءَ الوفق من مسألة الورثة في مسألة الوصية ، ومنها تصح .

بيانه في مسألتنا :

أن مسألة الوصية من ثلاثة أسهم ، سهم للموصى له ، بقي سهمان [و] [(٥)] لا

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الأشياء » .

(٢) كلمة : « أن » ليست في (ب) .

(٣) في (ب) : « ننظر » .

(٤) في (أ) : « فإن وافقت ضربت » ، وفي (ب) : « فإن وافقت ضرب » .

(٥) زيادة من (أ) .

ينقسم على ستة ، إذ مسألةُ الفريضة من ستة ، ولكن توافق [١] بالنصف فيضرب نصفَ الستة في الثلاثة ، فتصير [٢] تسعةً وقد صحت المسألتان .

الطريقة الثانية : أن تُصَحَّح مسألةُ الوصية ويُنْسَب جزءُ الوصية منها إلى ما يبقى منها بعد إخراج الجزء ، وتزيد مثلُ نسبته على مسألة الورثة .

بيانه : أن مسألةَ الوصية من ثلاثةٍ فيما فرضناه والجزء الموصى به الثلثُ ، وهو سهمٌ ، ونسبتُه إلى الباقي أنه مثلُ نصفه ، فيزيد على مسألة الورثة مثل نصفها ، وهي من ستة ونصفُها ثلاثةٌ ، فتصير [٣] تسعةً ، [٤] وتصح المسألتان [٤] .

السادسة : إذا أوصى بما يزيد على الثلث وردت الوصايا ، قُسِّمَ الثلثُ بين أصحاب الوصية على نسبة تفاوتهم حالةَ الإجارة .

فلو أوصى لإنسان بالنصف ولآخر بالثلث ، فالمسألة من ستةٍ : لصاحب النصف ثلاثةٌ ، ولصاحب الثلث سهمان ، ومجموع مالهما خمسة ، والتفاوتُ بينهما بالأخماس : فإذا أردت قسمة [٥] الثلث على نسبة الأخماس فاطْلُبْ [٦] مالًا لثلثه خمسٌ ، وذلك [٧] بأن تضرب ثلاثةً في خمسةٍ فتصير [٧] خمسة عشر .

فالثلثُ خمسةٌ [٨] يُعْطَى صاحب النصف منها ثلاثةٌ ، وصاحب الثلث سهمان [٨] ؛ ليحصل التفاوت .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : يختص بالردِّ السدس الزائد على الثلث من

---

(١) في (ب) : « يوافق » .
(٢) ، (٣) في (أ) ، (ب) : « فيصير » .
(٤) في (أ) : « ومنه تصح المسألة » .
(٥) في (ب) : « قسم » .
(٦) في (ب) : « وطلب » وهو خطأ .
(٧) في (ب) : « بضَرْبِ خمسةٍ في ثلاثة فيصير » .
(٨) في (أ) ، (ب) : « يُعْطَى صاحبُ النصف منها ثلاثةً ، وصاحبُ الثلث سهمين » .

نصيب صاحب النصف ، ويبقى التساوي بينهما في الثلث .

أما إذا أجيز [١] بعضُ الوصايا ورُدَّ البعضُ فطريق تصحيحه [ما] [٢] ذكرناه في المذهب البسيط مع الحساب في الوصية بجزء من المال بعد إخراج نصيبِ أحد الأولاد .

والحسابُ في الاستثناء على أكمل وجه فليراجعه مَنْ رغب فيه ، فإن هذا الكتابَ لا يَحْتمل استقصاءَه .

* * *

---

(١) في (أ) : « أجاز » .

(٢) زيادة من (أ) .

الباب الثالث

في الرجوع عن الوصية

وهو جائزٌ ؛ لأنه عقدُ تبرُّعٍ ولا قَبْضَ فيه ، فإذا لم تلزمه الهبةُ قبل القبض فهذا قبل الموت ، والقبضُ أولى .

والرجوع بأربعة أسباب :

السبب الأول : صريح الرجوع :

كقوله : نقضت ، وفسخت ، وما يضاهيه .

ومن الصريح قوله : هذا لورثتي ، أو هو ميراثٌ عنّي / ، أو حرامٌ على الموصى له . ١٤١/أ

ولو قال : هو تركتي ، فالأصح : أنه ليس برجوع ؛ لأن الوصيةَ من التركة أيضًا .

السبب الثاني : التصرفات المتضمنة للرجوع :

كالبيع والهبة مع القبض ، والعتق ، والكتابة ، والتدبير ؛ فإنَّ من ضرورة تنفيذِها الرجوعَ عن الوصية .

فرعان :

أحدهما : إذا أوصى لزيد ثم أوصى لعمرو بعينِ ذلك الشيء :

لم يكن ذلك رجوعًا ، بل احْتَمل التشريكَ ، فيُنَزَّل عليه ؛ أخذًا بالأقل ، واستصحابًا لما سبق ، فهو كما لو قال : أوصيت لهما على الجمع .

ولو قال : ما أوصيْتُ به لزيدٍ فقد أوصيْتُ به لعمرٍو ، فهذا رجوعٌ في ظاهر المذهب[1] .

---

(١) قال في الروضة : « قال : الذي أوصيت به لزيد ، وقد أوصيت به لعمرو . أو قال : لعمرو : أوصيت لك بالعبد الذي أوصيت به لزيد ، فهو رجوع على الصحيح ؛ لإشعاره به . وقيل : ليس برجوع =

ولو أوصى بأن يُكَاتَبَ أو يُعْتَقَ أو يُباع بعد موته فهو رجوعٌ ؛ لأنه ليس من جنس الأول حتى يُحْمَلَ على التشريك ، ولذلك لا ينتظم الجمعُ بينهما في صيغة التشريك بأن يقول : أوصيت به وأعتقته .

الثاني : إذا أوصى بثلثِ مالهِ ثم باع جميعَ ماله :

لم يكن رجوعًا ؛ لأن الثلثَ المطلقَ لا ينحصر في الأعيان والبيعُ يتناول العينَ ، ولذلك لو هلك جميعُ ما مَلَكَ حالَ الوصية وتجدَّدَ من بعده شيءٌ ، استحقه الموصى له .

السبب الثالث : مُقَدِّمَاتُ الأمور المنذرة بالرجوع :

كالعرض على البيع والرهن قبل القبض والقبول ، والهبة قبل القبض والقبول .

الظاهر : أنه رجوعٌ ؛ لدلالته على قصد الرجوع .

وفيه وجه : أنه ما لم يَتِمَّ لا يَتِمُّ الرجوعُ .

أما إذا زوَّج العبدَ الموصى به ، أو الأمةَ الموصى بها ، أو أحدهما ، أو علَّمهما صنعةً أو خَتَنَهما : لم يكن ذلك رجوعًا .

فرعان :

أحدهما : أنه إذا وَطِئَ وعَزَلَ : لم يكن رجوعًا وإن أنْزَلَ .

قال ابن الحداد : هو رجوع ؛ لأن التَّسَرِّي يناقِضُ قصدَ الوصية .

ولو حلف أن (١) لا يتسرَّى لا يحنث إلا بالإنزال . فلو وطئ وعزل لم يحنث .

ومنهم من قال : ما لم يحصل العُلُوقُ لا يَتِمُّ الرجوعُ ، فهو كالعرض على البيع ونظائره .

= كالصورة السابقة . والفرق على الصحيح : أن هناك يجوز أنه نسي الوصية الأولى ، فاستصحبناها بقدر الإمكان ، وهنا بخلافه » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٠٦) .

(١) كلمة : « أن » ليست في (أ) .

الثاني : أوصى له (١) بمنفعةِ دارِهِ سنة (٢) ، ثم أجَّرها سنة وانقضت مدةُ الإجارة قبل موته : صرف إليه سنة .

فإن (٣) مات وصارت السنةُ الأولى مستغرَقَةً بالإجارة ، فوجهان :

أحدهما : أنه لا حقَّ للموصى له ؛ لأنه أوصى له بالسنة الأولى وقد استوفاها المستأجر .

والثاني : أنه يسلم إليه ؛ لأن السنةَ الأولى لم تُشْتَرط للموصى له ، وإنما تُعَيَّنُ (٤) بحكم البِدارِ إلى التوفية ، فإذا منع مانعٌ من البِدَار (٥ تُسَلَّمُ إليه بعده ٥) (٦) .

السبب الرابع : التصرفات المبطلة اسمَ الموصى به :

كما لو أوصى بقطن فغَزَله ، أو بغزل فنسجه ، أو بحنطة فطحنها ، أو دقيقٍ فعجنه ، أو عجين فخبزه : فالكلُّ رجوعٌ ؛ لدلالة قصده وزوالِ الاسم .

---

(١) قوله : « له » ليس في (ب) . (٢) كلمة : « سنة » ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « وإن » . (٤) في (أ) : « تعينت » .

(٥) في (أ) : « يسلم بعده » ، وفي (ب) : « سلم بعده » .

(٦) قال في الروضة : « أوصى بمنفعة عبدٍ أو دار سنة ، ثم أجرّ الموصى به سنة – مثلًا – فإن مات بعد انقضاء مدة الإجارة فالوصية بحالها . وإن مات قبله ، فوجهان :

أصحهما : أنه إن انقضت مدة الإجارة قبل سنة من يوم الموت ، كانت المنفعة بقية السنة للموصى له ، وتبطل الوصية فيما مضى . وإن انقضت بعد سنة من يوم الموت بطلت الوصية ؛ لأن المستحق للموصى له منفعة السنة الأولى ، فإذا انصرفت إلى جهة بطلت الوصية .

والثاني : أنه يستأنف للموصى له سنة من يوم انقضاء الإجارة ، فإن كان الموصي قيّد وصيته بالسنة الأولى وجب أنه لا يجيء الخلاف .

ولو لم يسلم الوارث حتى انقضت سنة بلا عذر ، فمقتضى الوجه الأول : أنه يغرم قيمة المنفعة ، ومقتضى الثاني : تسليم سنة أخرى .

فروع :

الأول : إذا أوصى بخُبْزٍ فجعله فتيتًا ، أو بلحم فقَدَّره ، أو برُطَبٍ فجفَّفه ، أو بثوب فقطع منه قميصًا ، أو بخشب فاتَّخذ منه بابًا .

ففي الكل وجهان ، ووجهُ بقاءِ الوصية : أن [(١)] الاسمَ الأولَ يجوز إطلاقه بوجه ما [(٢)] .

الثاني : إذا أوصى بدارٍ فهدمها :

إن لم يَبْقَ اسمُ الدارِ فهو رجوع .

وإن انهدمت [(٣)] ولم يَبْقَ اسمُ الدارِ فوجهان ، ووجه البقاء : أنه لم يُوجَدْ مِن جهتِه قصدُ الرجوع وما يَدُلُّ عليه [(٤)] .

---

(١) في (أ) : « لأن » .

(٢) قال في الروضة : « ولو أوصى بخبز فجعله فتيتًا ، فرجوع على الأصح كما لو رثده . ويجري الوجهان فيما لو أوصى بلحم ثم قدره ، ولو طبخه أو شواه فرجوع قطعًا . ولو أوصى برطب فتمَّره ، فوجهان ، الأشبه : أنه ليس برجوع ، وكذا تقديد اللحم إذ تعرض للفساد » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٠٧) .

وجاء في الروضة أيضًا : « أوصى بثوب فقطعه قميصًا ، أو صبغه ، فرجوع على الأصح ، وغسله ليس برجوع . ولو قصره وقلنا : القِصارة أثر ، فكالغسل . وإن قلنا : عين ، فكالصبغ . ولو أوصى بثوب مقطوع فخاطه فليس برجوع . واتخاذ الباب من الخشب الموصى به كاتخاذ القميص من الثوب » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٠٨) .

(٣) في (ب) : « انهدم » .

(٤) قال في الروضة : « أوصى بدارٍ فهدمها حتى بطل اسمُ الدار فهو رجوع في الأخشاب والنُّقض ، وكذا في العرصة على الأصح . ولو انهدمت بطلت الوصية في النقض على الصحيح ؛ لزوال اسم الدار ، وتبقى في العرصة على الصحيح ؛ لأنه لم يُوجد منه فعل ، وإن كان الانهدام بحيث لا يبطل اسم الدار بقيت الوصية فيما بقي بحاله ، وفي المنفصل وجهان » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٠٨) .

وقياس هذا : أنه لو طُحِنت الحنطةُ وغُزِلَ القطنُ بغير إذنه لا تنفسخ [1] الوصيةُ . وحيث لا تنفسخ [2] ففي بقاء الحقِّ في النقص خلافٌ ذكرناه .

الثالث : لو بنى أو غَرَسَ في العَرْصَة الموصى بها ، فثلاثة أوجه :

أحدها : أنه رجوعٌ [3] لأن البناءَ غيرُ داخلٍ في الوصية ، وهو للتخليد .

والثاني : لا ؛ فإنه انتفاعٌ مُجَرَّد .

والثالث : أنه رجوع عن المغرسِ وأسِّ الجدار ، حتى لو تَجَنَّى لم يَرْجِعْ أيضًا إلى الموصى له ، وليس رجوعًا عما عداه .

والرابع : إذا أوصى بصاعِ حنطةٍ وخَلَطَه بغيره ، فرَجْع [4] إذا تعذَّر به التسليمُ .

وإن أوصى بصاعٍ من صُبْرَةٍ وخَلَطَه بمثله فليس برجوع ؛ لأن الغَرَضَ لا يختلف .

وإن خَلَط بالأجود [5] فرجوعٌ ؛ لأنه حَدَثَ زيادة لم يتناولها الاستحقاقُ .

وإن خلط بالأرْدَأ ، فوجهان : أحدهما : أنه رجوعٌ ، كالأجود .

والثاني : لا [6] ؛ فإنه تعييبٌ فيُنَزَّل منزلةَ تعيُّبِ الموصى به .

الخامس : [لو] [7] نقل الموصى به إلى موضعٍ بعيدٍ عن الموصى له ، ففيه

---

(١) ، (٢) في (ب) : « ينفسخ » .

(٣) هذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٦ / ٣١٠) .

(٤) في (أ) : « فرجوع » .

(٥) في (ب) : « بالأردأ » ، وهو خطأ .

(٦) هذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٦ / ٣٠٩) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

وجهان [١] .

السادس : لو أوصى بقطنٍ ثم حشى به فِرَشَه ، ففي كونه رجوعًا وجهان [٢] .

ووجه التردد في هذه المسائل لا يخفى مأخذُها ، واللّه أعلم .

* * *

---

(١) الأصح أنه ليس برجوع . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٠٨) .

(٢) الأصح أنه رجوع . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٠٧) .

الباب الرابع
في الأوصياء
والنظر في أركان الوصاية وأحكامها
النظر الأول
في الأركان

وهي أربعة :

الركن الأول
الوصي

وله ستة شرائط :

الأول : التكليف :

فلا يصح الوصايةُ إلى مجنونٍ وصبيٍّ ؛ فإنهما محتاجان إلى الوصي يُفَوَّض إليهما .

الثاني : الحرية .

فلا يُفَوَّض إلى عبدٍ ؛ لأنها ولايةٌ ، والرِّقُّ ينافيها ، ولأنها تستدعي فراغًا للاهتمام بها (١) ، والعبدُ مشغول .

والمكاتبُ ومَنْ نصفُه حُرٌّ ونصفه رقيقٌ في حكم القِنِّ .

وقال مالك – رحمه اللّه – : يفوض إلى العبد .

وقال أبو حنيفة – رحمه اللّه – : إذا خَلَف أولادًا كلهم صغارٌ ففوض إلى عَبْدِ نفسِه جاز .

---

(١) قوله : « بها » ليس في (أ) .

فرع :

إذا أوصى إلى مستولدته أو مُدَبَّره ، ففيه / ثلاثة أوجه ، منشؤها : أن النظرَ إلى مراعاة الشرط حالَ العقد أو حالَ الموت ؟ ١٤١/ب

وفي الوجه الثالث : يُرَاعَى الأحوالُ من العقد إلى الموت ، حتى لو تخلَّل خَلَلٌ بين العقد والموت فسد أيضًا .

والأقيس - وهو اختيار ابن سريج - : الصحة ؛ نظرًا إلى حال الموت .

الشرط (١) الثالث : العدالة :

فلا يُفَوَّضُ إلى فاسقٍ ؛ لأنه تصرُّفٌ على الطفل ، فيتقيد بشرط الغِبْطة ، ولا غبطةَ في الفُسَّاق .

فرع :

لو طرأ الفسقُ انعزل ، فإن (٢) عاد أمينًا لم يَعُدْ وصيًّا .

وكذا القاضي ينعزل على الأظهر ، ثم لا يعود قاضيًا بالتوبة .

والأب ينعزل ، ولكن يعود وليًّا بالتوبة ؛ فإن الأبوةَ قائمة .

وفي رجوع ولاية القاضي والوصيِّ بالإفاقة بعد الجنون وجهان (٣) .

والإمام لا ينعزل بالفسق على الأصح ؛ للمصلحة ، ولكن إن أمكن الاستبدالُ به من غير فتنة فَعَلَه أهلُ الحَلِّ والعَقْد .

الرابع : الإسلام :

فلا يُفَوَّض إلى كافر ؛ إذ لا ولايةَ لكافر على مسلم .

---

(١) كلمة : « الشرط » ليست في (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) : « فلو » .

(٣) الأصح أنهما لا يرجعان . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣١٣) .

ولو أوصى كافرٌ إلى كافر في ولده الكافر صحَّ إن كان عدلًا في [1] دينه ، بناءً على الأظهر في أن وليَّ الكافرةِ في النكاح كافرٌ .

الخامس : الكفاية والهداية للتصرف .

فلا غبطة في التفويض إلى العاجز عن التصرف .

فرع :

لو ضَعُفَ نظرُه وعجز عن حفظ الحساب بعد أن كان قادرًا : يَنْصِبُ القاضي معه مَنْ يحفظ الحسابَ ولا ينعزل به ، بخلاف الفسق فإنه يُفَوِّتُ أصلَ الغرض ، وبخلاف ما لو نصب الحاكمُ قَيِّمًا فضَعُفَ نظرُه في الحساب فإن القاضي يعزله ؛ لأنه مُوَلًّى من جهته ، والإبدالُ أصلح ، والوصيُّ منصوبُ الأب فيُحْفَظُ ما أمكن .

السادس : البصر :

وفي تفويضها إلى الأعمى وجهان ، ومنشؤه التردد : في أنه هل يخالف الغبطةَ أم لا ؟

فرع :

يجوز التفويضُ إلى النساء ، والأمُّ أَوْلَى من يُنَصَّبُ قَيِّمًا .

وإن لم يُوصِ إليها الأبُ فلا ولاية لها .

وقال الإصطخرى : هي وليَّةٌ في المال مقدَّمَةٌ على وصيِّ الأب ؛ لأنها أحد الأصلين .

* * *

---

(١) كلمة : « في » ليست في (ب) .

الركن الثاني

المُوصِي

وهو كلُّ مَنْ له ولايةٌ على الأطفال لو بقي حَيًّا كالأب والجد .

فلا [1] يجوز للوصي الإيصاءُ لأنه لا ولايةَ له ، وإنما هو نائبٌ . خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله .

ولا يجوز نَصْبُ الوصيِّ على الأولاد البالغين ؛ إذ لا ولايةَ عليهم .

نعم ، له نَصْبُ وصيٍّ لقضاءِ ديونه وتنفيذ وصاياه .

ولا يجوز للأب نَصْبُ الوصي في حياة الجَدِّ ؛ فإن الجدَّ بدلُ الأب شرعًا ، فهو أولى من نائبه لفظًا [2] .

وقال أبو حنيفة – رحمه الله – : وصيُّ الأب أولى من الجد ، وهو وجهٌ لأصحابنا .

فروع :

الأول : إذا أوصى بثلاثة وخَلَف جَدًّا لأطفاله :

فليس للجد التصرفُ في الثلث ؛ لأنه ليس وصيًّا ولا قَيِّمًا ، وإنما التصرفُ فيه إلى القاضي يصرفه إلى مصارفه .

إذا أذن للموصي في الإيصاء عند موته إلى غيره ففيه قولان : أحدهما : لا يجوز ؛ لأن ولايته زائلة بعد موته فلا يؤثر إذنه وليس للموصي رتبة الإيصاء .

---

(١) في (ب) : « ولا » .

(٢) قال في الروضة : « لا يجوز للأب نصب الوصي في حياة الجد على الصحيح ؛ لأن ولايته ثابتة شرعًا كولاية التزويج . هذا في أمر الأطفال ، فأما في قضاء الديون والوصايا فله ذلك ؛ ويكون الوصي أولى من الجد » . روضة الطالبين : (٦ / ٣١٥) .

الثاني – وهو الأقيس – : الجواز ؛ لأن الشرعَ فوَّضَ للأطفال بعد الموت .

وكذلك لو قال : أنت وصيٌّ إلى أن يبلغ هذا الصبيُّ ، فإذا بلغ فهو الوصيُّ: صح ، وهو تفويضٌ بعد الموت .

وكذلك إذا أوصى إلى رجلين وقال : إن مات أحدُهما انفرد الآخر ، جاز .

أما إذا قال : إن أوصيْتَ إلى شخصٍ فذلك الشخصُ وصيٌّ لي ، (١) وعيَّنَ شخصًا ، فقال : أَذِنْتُ لك في الإيصاء إليه : ففيه طريقان :

منهم من قطع بالجواز ، كما إذا علَّق ببلوغ الصبي .

ومنهم من خرَّج على القولين .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « أو » .

الركن الثالث

الموصَى فيه

وهو التصرفاتُ الماليةُ المباحة التي يتولاها القاضي لولا الوصي .

فأما بناءُ البِيعَة ، وكِتْبَةُ التوراة ، وما هو معصية : فلا يصح الإيصاءُ فيه ، ولا يجوز الإيصاءُ فيه .

ولا يجوز الإيصاءُ في تزويج الأولاد ؛ إذ لا غبطةَ في أن يَعْقِدَ عليهم من لا يَتغيَّرُ بضررهم .

وقال مالك - رحمه اللّه - : يجوز الإيصاءُ في ذلك .

* * *

الركن الرابع

الصيغة

وهو أن يقول : أوصيتُ إليكَ ، وفوضتُّ إليك أمور أولادي ، وما يجري مجراه .

ولابد من القبول ، والأظهر : أنه بعد الموت ، أعْني : القبولِ .

فروع :

الأول : هل يكفي قولُه : أوصيت إليك في أمر أطفالى ، أم يُشْترط أن يقول معه : فوضت إليك التصرُّفَ في المال ؟ فيه وجهان :

منهم من قال : مطلقُ الإيصاء لا يقتضي إلا حفظَ المالِ ، فلابد من التصريح بالتصرف .

ومنهم من قال : العُرْف يُغْني عن التعرض له (1) .

الثاني : إذا اعْتَقَلَ لسانُه ، وقُرِئَ عليه الكتابُ ، فأشار برأسه : جاز ؛ لأنه عاجزٌ كالأخرس .

والثالث : لو أوصى إليه في جنسٍ من التصرف معينٍ لا يتعدَّى إلى غيره ، خلافًا لأبي حنيفة رحمه اللّه .

---

(1) قال في الروضة : « وإن اقتصر على قوله : أوصيت إليك ، أو أقمتك مقامي في أمر أطفالي ، ولم يذكر التصرف ، فثلاثة أوجه :

أصحها : له التصرف والحفظ ؛ اعتمادًا على العرف .

والثاني : ليس له إلا الحفظ ؛ تنزيلًا على الأقل .

والثالث : لا تصح الوصاية حتى يبين ما فوضه إليه .

ولو اقتصر على قوله : أوصيت لك ، فباطلة قطعًا » . روضة الطالبين : (٦ / ٣١٦) .

الرابع : إذا أوصى إلى رجلين :

إن صرَّح بتسليطِ كلٍّ واحدٍ على الاستقلال ، أو بالمنع من الاستقلال : فهو كما لو [1] صرَّح .

وإن أطلق نُزِّلَ على [نفي] [2] الاستقلال ، وأن لا يتصرف واحدٌ دون إذن صاحبه ؛ تنزيلًا على الأقل .

نعم ، ما لا يُحْتاج فيه إلى الموصي - كالتمكين من أخْذِ المغصوب والوديعة وأعيان الحقوق - لا يُحْتاج فيه إليهما ؛ لأنه لا يحتاج أصلًا إلى الوصي ، بل للمستحق الأخذُ إذا ظَفَرَ به .

ويتفرع على [3] نصب / الوصيَّيْنِ صُوَرٌ : ١٤٢/أ

الأولى : إذا مات أحدُهما .

فإن كان قد أثبت لكلِّ واحدٍ منهما استقلالًا [4] ، فيُكْتَفى بالثاني .

وإن لم يثبت إلا الشركةَ ، فللقاضي أن ينصب قَيِّمًا معه بدلًا عن الميت ؛ فإنه ما رضي الأبُ إلا برأي شخصين .

فلو جعل الثاني وصيًّا ونائبًا عن الموصى وحده ، ففي جوازه وجهان .

الثانية : لو أوصى إلى زيدٍ ثم أوصى إلى عمرو .

فإن لم يقبل عمرٌو انفرد زيدٌ بالتصرف .

وإن قَبِلَ كان هذا تشريكًا ولم يكن فسخًا للأول ، بل يُنَزَّل منزلةَ الوحيدين المتلاحقين .

---

(١) ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « عن » .

(٤) في (ب) : « الاستقلال » .

وإن [1] أوصى إلى زيد ثم قال له : ضممت إليك عمرًا ، فإن قَبِلَ فهما شريكان .

وإن قَبِل زيدٌ دون عمرو : فزيدٌ مستقل به .

وإن قَبِلَ عمرٌو دون زيد فلا يستقل ؛ لأن لفظَ الضَمِّ لا يُبْتَى إلا عن الشركة ، ورَدُّ زيدٍ كموته فيفتقر إلى بدلٍ عنه .

الثالثة : إذا اختلفا في تعيين من يُصْرَف إليه الوصيةُ من الفقراء والمساكين ، وشُلًّا : فالحاكم يتولَّى التعيين .

ولو اختلفا في حفظ المال ، فيطلب موضعًا مشتركًا يكون محفوظًا [2] فيه عن جهتهما ، أو يتفقان على ثالث ، أو يُقَسَّم ما يقبل القسمة فينفرد كلٌّ واحدٍ بحفظ البعض ، وما لا يقبل القسمة يتولَّى القاضي حِفْظَه .

ومن الأصحاب من قال : الشافعي - رحمه اللّه - ذَكَرَ القسمةَ وأراد به ما إذا أثبت لكلٍّ واحدٍ الاستقلال في الوِصَاية ، وإلا فكيف يتفرد بحفظ البعض وموجبُ الوصاية الاشتراكُ في الكل ؟

* * *

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) في الأصل ، (أ) ، (ب) : « محفوظ » ، والصواب ما أثبتناه .

النظر الثاني
في أحكام الوصاية

وهي ستة :

الأول : أن يَقْضِيَ الديونَ اللازمةَ في مال الصبيِّ من أرْشِ الجناية والأعواض والكفارة عند القتل ، وينفق عليه بالمعروف .

فلو تنازعا بعد البلوغ في مقدار الحاجة في النفقة : فالقول قول الوصيِّ ؛ لأنه أمينٌ ، والإشهادُ على النفقة متعذِّرٌ في كل يوم .

وكذا إذا تنازعا في كون البيع موافقًا للغبطة : فالقول قول الوليِّ والوصي ؛ إذ الأصلُ عدم الخيانة [1] .

وإن تنازعا في دفع المال بعد البلوغ إليه فالظاهر : أن القول قولُ الصبي [2] ؛ إذ الأصل عدمُ الردِّ ، والإشهادُ مأمورٌ به عليه في كتاب اللّه تعالى [3] .

وكذلك [4] (° إذا تنازعا °) في تاريخ موتِ الوالد ؛ إذ تكثر النفقةُ بطول المدة : فالبينة [6] على الوصى ؛ إذا الأصلُ عدمُ الموت ، وإقامةُ البينة على الموت ممكنٌ .

---

(١) قال في الروضة : « ادعى أن الوصى خان في بيع ماله ، فباعه بلا حاجه ولا غبطة ، ففيه خلاف قدمناه في باب الحجر ، والمذهب : أن القول قول المدعي » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٠) .

(٢) قال في الروضة : « ادَّعى دفع المال إليه بعد البلوغ ، ولا يُقْبَل بغير بينة على الصحيح » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٢١) .

(٣) قال تعالى : ﴿ وأَقِيمُوا الشهادةَ للّه ﴾ من الآية (٢) من سورة الطلاق .

(٤) في (أ) : « وكذا » .

(٥) في (ب) : « إن تنازعا » .

(٦) في (ب) : « والبينة » .

الحكم [1] **الثاني** : لا يُزَوِّج الوصيُّ الأطفالَ ، وقد ذكرناه .

الثالث : لا يتولَّى الوصيُّ طرفي العقد ، ولا [2] يبيع ماله [3] من نفسه ، بخلاف الأب فإنه جُوِّزَ له ذلك ؛ لقوة الأبوة .

نعم ؛ له أن يُوَكِّلَ في التصرفات الجزئية كما للأب ، وليس له الإيصاءُ بخلاف الأب .

الرابع : الوِصَاية عقدٌ جائز ، وللوصيِّ عَزْلُ نفسهِ [4] مهما شاء [4] [5] .

[6] قال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : ليس له عَزْلُ نفسه بعد موت الموصي [6] .

الخامس : إذا لم يملك إلا عبدًا وأوصى بثلث ماله ، فليس للوصي إلا بيعُ ثُلُثِ العبد .

وقال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : له بيعُ الكلِّ ؛ فإن التشقيصَ ينقص من الثلث .

السادس : للوصي أن يَشْهَدَ على الأطفال ، وله أن يَشْهَدَ لهم بمالا يستفيد بشهادته سلطنةً واتِّسَاعَ تصرُّف ، حتى لو كان وصيًّا بالتصرُّف في الثلث وشهد لهم بمال : لا يجوز ؛ إذ يتسع به الثلثُ فيتسع تصرُّفُه .

* * *

---

(١) كلمة : « الحكم » ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « فلا » .

(٣) قوله : « ماله » ليس في (ب) .

(٤) في (أ) : « بعد موت الوصي » .

(٥) قال في الروضة : « فللموصي الرجوع متى شاء ، وللموصي عزل نفسه متى شاء . قلت [أي : النووي] : إلا أن يتعين عليه ، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاضٍ وغيره ، واللّه أعلم » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٠) .

(٦) ما بين القوسين ليس في (أ) .

كتاب الوديعة

وهي مشتقةٌ من [قولهم] (١) : وَدَع الشيءُ : إذا سكن واستقر ، أي أنها مستقرةٌ عند المودَع .

وقيل : إنها مشتقةٌ من قولهم : فلانٌ في دِعَةٍ ، أي في خفض من العيش ، أي أن الوديعةَ في دعةٍ غيرِ مبتلاة بالانتفاع (٢) .

والنظر في أركان الوديعة وأحكامها :

أما الأركان : فالمودِعُ ، والمودَعُ ، والوديعة ، والصيغة :

أما الوديعة :

فهو كلُّ مالٍ تثبت عليه اليدُ الحافظة .

أما المودِعُ والمودَع : فلا يُعْتبر فيهما إلا ما يعتبر في الوكيل والموكِّل ؛ لأن الإيداعَ استنابةٌ في الحفظ ، فلا يَسْتدعي إلا التكليفَ من الجانبين (٣) .

فرعان :

أحدهما : لو أخذ الوديعةَ من صبيٍّ ، ضَمِنَ إلا أن يخاف من الصبيِّ الإهلاكَ فأخذه على قصد الحِسْبَة .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قال في الروضة : « هي المالُ الموضوع عند أجنبي ليحفظه . واستودعه الوديعة : استحفظه إياها » . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٤) .

(٣) قال في الروضة : « ومن أُودِعَ وديعةً وهو يعجز عن حفظها حَرُمَ عليه قبولها . وإن كان قادرًا لكن لا يثق بأمانة نفسه ، فهل يَحْرُم قبولُها أم يكره ؟ وجهان . وإن قدر ووثق بأمانة نفسه ، استحب القبول . فإن لم يكن هناك غيره ، فقد أطلق مطلقون أنه يتعين عليه القبول ، وهو محمول على ما بينه السرخسي في « الأمالي » ، وهو أنه يجب أصل القبول دون أن يُتْلِفَ منفعة نفسه وحِرْزه في الحفظ من غير عوض » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٤) .

ففي ضمانه وجهان (١) ، كما لو خَلَّص طيرًا من فَمِ جارحةٍ ليحفظه على صاحبه .

الثاني : لو أَوْدَع صبيًّا فأتلفه الصبيُّ ، ففي الضمان قولان :

أحدهما : أنه لا يجب ، لأنه مُسَلَّطٌ عليه فصار كما لو استقرض أو ابتاع فأتلف .

والثاني : [أنه] (٢) يجب (٣) ؛ لأنه متسلطٌ على الحفظ لا على الإتلاف .

وأما البائعُ والمُقْرِضُ فقد سلَّطا على الإتلاف وشَرَطَا عليه عِوَضًا ، فقد الشرطُ وبقي التسليطُ .

وهذا الخلاف جارٍ في تعلُّق الضمان برقبة العبد (٤ إذا تَلِفَ ٤) بعد أن أُودِع ، ولا خلاف في تعلق الضمان بذمته .

فأما الصيغة :

فهي أن يقول : احْفَظْ هذا المالَ ، أو استودعتك ، أو ما يفيد معناه .

وفي اشتراط القبولِ لفظًا ما ذكرناه في الوَكالة ، وهاهنا أولى بأن يُشْترطَ لأنها أبعدُ عن مشابهة العقود (٥) .

---

(١) الأصح أنه لا يضمن . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٥) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) وهذا الوجه هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٦) .

(٤) أي : الشيءُ المودَع ، وفي (أ) ، (ب) : « إذا أتلف » أي : العبد .

(٥) قال في الروضة : « وفي اشتراط القبول باللفظ ثلاثة أوجه : أصحهما : لا يشترط ، بل يكفي القبض في العقار والمنقول . والثاني : يشترط .

والثالث : يشترط إن كان بصيغة عقد ، كأودعتك . ولا يشترط إن قال : احفظه ، أو هو وديعة عندك » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٥) .

فإذا لم يُشْترط القبول لفظًا ، فإذا (١) أخذ الوديعةَ أو وضع بين يديه فرفعه كان ذلك قبولًا .

ولو قام من المجلس ولم يأخذ (٢) كان ذلك / ردًّا للوديعة . ١٤٢/ب

ولو قام المالكُ أولًا وخلَّى بينه وبين المودَع لم تنعقد الوديعةُ ؛ فإن التخليةَ قد تقوم مقامَ القبض ، ولكن إذا اسْتُحق القَبْضُ .

فإن قيل : الوديعةُ عقدٌ ، أو إذنٌ مجرد ؟

قلنا : قد (٣) ذكر القاضي حُسَين فيه خلافًا وبنى عليه الترددَ في أن المودَعَ إذا عزل نفسَه ، هل ينفسخ العقدُ ؟ وذكر فيه وجهين :

أحدهما : نعم ؛ لأنه عقدٌ جائز .

والثاني : لا ؛ لأنه تسليطٌ مجرد ، فيضاهي إباحةَ الأكل للضيف ، فلا معنى للفسخ فيه .

فإن قلنا : انفسخ ، بقيت الوديعةُ أمانةً شرعيةً كما لو طيَّر الريحُ ثوبًا وألقاه في داره ، حتى لو تمكَّن من الردِّ على المالك ولم يَرُدَّ ، ضمن على أحد الوجهين .

* * *

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) في (ب) : « يأخذه » .

(٣) كلمة : « قد » ليست في (أ) .

أما حكم الوديعة

فهو أنه عقدٌ جائز من الجانبين ، ينفسخ بالجنون والإغماء والموتِ .

وموجبَ العقد التسلطُ على الحفظ بالمعروف ، وأنه إن [١] تلف بغير تقصيره [٢] فلا ضمان ، وأنه مهما طلب المالكُ وجب [٣] التمكينُ من الأخذ .

فالنظر[٤] إذًا في الضمان وردُّ العين :

أما الضمان : فسَبَبُه التقصيرُ ، وللتقصير ثمانيةُ أسباب :

السبب الأول : أن يُودِعَ عند غيره من غير عُذْر :

فيضمن ، لأنه لم يَرْضَ المالكُ بيَد غيره .

ولا فرق بين أن يُودِعَ زوجتَه أو عَبْدَه أو أجنبيًا ، إلا أن يُسلم إلى عبده وزوجته ليُوصِلَه إلى حِرْزِه - أعني حِرْزَ المودَع .

وإن أودع القاضِي وقَبِلَه القاضي فلا ضمان ؛ لأنه ربما يتبرَّم الحفظ ، فلا يلزمه المداومةُ عليه ولا شبهةَ في أمانة القاضي [٥] .

وإن أبى القاضي أن يأخذ [٦] ، هل [٧] يجوز له ذلك ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز ؛ لأنه نائب عن كلِّ غائبٍ فلقبض عنه .

---

(١) في (أ) : « لو » .

(٢) في (أ) : « تقصير » .

(٣) في (أ) : « يجب » .

(٤) في (أ) : « والنظر » .

(٥) قال في الروضة : « وإن أودعها عند القاضي فوجهان - سواء كان المالك حاضرًا أو غائبًا - أصحهما عند الجمهور : يضمن » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٧) .

(٦) في (أ) : « يأخذه » .

(٧) في (ب) : « فهل » .

والثاني : لا يلزمه ؛ لأنه التزمَ الحفظَ فكيف به [1] ؟

وفي وجوب قبول المغصوب من الغاصب وجهان مرتبان ، وأولى بأن لا يلزم ؛ لأنه في يد الغاصبِ مضمونٌ .

وفي وجوب قبول الدَّيْن ممَّن عليه وجهان مرتبان على المغصوب ، وأولى بأن لا يلزم ؛ لأن الدَّيْنَ غيرُ معرَّضٍ للتلف في ذمته ولا يَثْقُلُ عليه حفظُه . هذا إذا أَوْدَعَ غَيْرَه بغير عذر .

فإن حضره سفرٌ فلْيَرُدَّه على المالك ، فإن عجز فإلى القاضي ، فإن عجز فإلى أمين ، فإذا [2] فعل شيئًا من ذلك [3] لم يضمن [3] .

وإن عجز عن الكل فوجهان :

أحدهما : أنه يُسافر ولا ضمانَ ؛ للضرورة [4] .

والثاني : أنه يضمن ؛ فإنه [5] التزم الحفظَ فليتعرَّضْ لخَطرِ الضمانِ أو ليَتْرُكِ السفرَ .

السبب الثاني : السفر بالوديعة :

وهو سببٌ للضمان إذا لم يكن عذرٌ [6] ؛ ....

---

(١) قال في الروضة : « فإن جوزنا الدفع إلى القاضي لم يجب عليه القبول إن كان المالك حاضرًا والدفع عليه متيسرًا ، وإن لم يكن كذلك لزمه القبول على الأصح ؛ لأنه نائب الغائبين » . روضة الطالبين : (٦/ ٣٢٧) .

(٢) في (ب) : « وإذا » .

(٣) قوله : « لا يضمن » ليس في (أ) .

(٤) وهو المذهب . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٨) .

(٥) هذا الوجه هو الأصح عند الجمهور ، بشرط أن يكون الطريق آمنًا ، وإلا فيضمن . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٩) .

(٦) في الأصل : « عذره » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

لأن المسافرَ ومالَه لعلى (١) قَلَتٍ (٢) – إلا ما وقى اللّهُ تعالى – إلا إذا أخذه (٣) في السفر فله استدامةُ السفر .

وقال أبو حنيفة – رحمه اللّه – : يسافر به إذا (٤) كان الطريقُ آمنًا .

أما إذا كان بعذر مثل حريقٍ أو نهبٍ أو غارة في البلد : فلا ضمان في السفر به .

وإن كان العذرُ حاجتَه إلى السفر فقد ذكرنا حكمه .

فرع :

لو حضره (٥) الوفاةُ ، فحكمُه حكمُ مَنْ حضره سفرٌ (٦) ، فلْيُودِعَ الحاكمَ ، أو أمينًا إن عجز عن الحاكم ، أو ليُوصِ إلى وارثه ولْيُشْهِدْ عليه ؛ صيانةً عن الإنكار .

فإن سكت ولم يخبر به أحدًا : ضمن ، إلا إذا مات فجأةً .

ولو أوصى إلى فاسق ضمن .

وإن أوصى إلى عدل فلم تُوجد الوديعةُ في تركته فلا ضمانَ ، ويُحْمَل على (٧) أنها ضاعت (٧) قبل موته .

وإن قال : عندي ثوبٌ – وله أثواب – ضمن ؛ لأنه صيغةٌ بالخلط .

---

(١) في (ب) : « على » .

(٢) القَلَتَ : معناه : الهلاك . انظر المعجم الوسيط مادة (ق ل ت) .

(٣) أي : أخذ الشيءَ المودَع في السفر ، بأن أُودِعَ عنده وهو مسافر .

(٤) في (أ) : « إن » .

(٥) في (أ) : « حضرته » ، وكلا التعبيرين صحيح .

(٦) في (أ) : « السفر » .

(٧) في الأصل ، (ب) : « أنه ضاع » .

ولو لم يُوصِ فوُجِدَ في تركته كِيسٌ مختومٌ مكتوب عليه أنه وديعةُ [فلانٍ] [(١)] ، فلا [(٢)] يجب تسليمُه بمجرد ذلك ؛ فلعله كتبه تلبيسًا أو بملكٍ بعد الكتيبةِ [(٣)] ولم يُغَيِّر المكتوبَ .

السبب الثالث : نقل الوديعة من قرية إلى قرية :

فإن نَقَلها من قريةٍ آهِلَةٍ إلى قريةٍ غيرِ آهلةٍ ضمن ؛ لأن قريةً آهلةً أحْرَزُ في حقه .

وإن كان بالعكس [(٤)] وبينهما [(٥)] مسافةٌ تُسَمَّى سفرًا ضمن ؛ لأنه سافر به [(٦)] .

وإن لم تكن [(٧)] فإن كانت [(٨)] قرية [غيرَ] [(٩)] آهلةٍ مثلَ الأولى [(١٠)] أو أحرزَ ، فلا ضمان لأنه زاد خيرًا .

وإن كان دونه ضمن ؛ لأنه نَقَصَ الأحزارَ فكان كما لو سافر به .

وإن [(١١)] نقلها من بيتٍ في داره إلى بيت آخرَ وهو مثلُ الآخر أو فوقه لم يضمن .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « لم » .

(٣) في (ب) : « الكتب » .

(٤) أي : إن كان نقلها من قرية غير آهلة إلى قرية آهلة .

(٥) في (أ) : « فبينهما » .

(٦) أي : بالشيء المودَع ، وفي (ب) : « بها » ، أي : بالوديعة .

(٧) أي : وإن لم تكن المسافة بين القريتين تُسَمَّى سفرًا .

(٨) في الأصل : « كان » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) زيادة مهمة من (ب) .

(١٠) في الأصل ، (ب) : « الأول » ، والمثبت من (أ) .

(١١) في (أ) : « ولو » .

وإن كان دونه ضمن مهما كان البيتُ الأولُ معيَّنًا من المالك .

وإن قال مالك : احْفَظْ في هذا البيت ولا تنقل ، فنقل إلى ما هو فوقه أو مثله ، ضمن لمخالفته صريحَ الشرط ، إلا إذا نقل بعذرِ حريقٍ أو نهبٍ أو غارة .

فروع أربعة :

الأول : حيث جوَّزنا النقلَ إلى مثله فانهدم البيتُ المنقولُ إليه فتلفت الوديعةُ ضمن ؛ لأن ذلك جُوِّز بشرط سلامة العاقبة .

وإنما لا يضمن إذا جاء التلفُ من ناحية أخرى .

وكذا إذا قال : احْفَظْ في هذا البيت ، ولا تُدْخِلْ عليها أحدًا ، فأدخل إنسانًا وتلف لا من ناحية الداخلِ لم يضمن ، وإن تلف من جهة الداخل ضمن .

وكذلك [1] مكتري الدابةِ للركوب إذا ركبها [2] في الإصطبل فماتت [3] لم يضمن . وإن انهدم عليها الإصطبلُ ضمن .

الثاني : إذا قال : احفظ في هذا البيتِ ولا تَنْقُلْ [4] وإن وقعت ضرورة [4] :

فإن نقل بغير ضرورةٍ ضمن من أي جهة كان التلفُ [5] ، لأنه تَصَرَّفَ في ماله مع نهيه عنه .

وإن وقعت ضرورةٌ فتركها لم يضمن ؛ لأنه مأذونٌ في التضييع . ولكن الأَوْلَى أن ينقل ؛ لأن التضييع مكروه .

---

(١) في (أ) : « وكذا » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ربطها » .

(٣) في الأصل : « فمات » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) ما بين القوسين مكرر في الأصل .

(٥) كلمة : « التلف » ليست في (أ) .

ثم إذا نقل ففي الضمان وجهان [١] ، كما في المحتسب مع الغاصب بإخراج
١٤٣/أ المغصوب / من يده .

ووجه الضمان : أنه أثْبَتَ اليدَ على ماله بغير إذنه ، فكان الاحتسابُ جائزًا بشرط إيصاله إليه أو ركوبِ غَرَرِ الضمان .

الثالث : لو نقل من ظرفٍ إلى ظرف كصندوق أو كيس ، فإن كان الظروفُ للمالك فتصرُّفه فيها بالنقل المجرد ليس بمُضَمِّنٍ إلا إذا فَضَّ [٢] الخَتْمَ أو حَمَل القُفْلَ .

هذا ما دلَّ عليه مطلقُ كلام الشافعي رضي الله عنه .

وإن كان الظرفُ للمودَع فحكمُه حكمُ البيت في النقل إلى الأحرز أو المثل أو الأضعف [٣] .

الرابع : لو قال له : لا تَنْقُلْ فادَّعى أنه نَقَلَ لضرورة ، فإن كان سببُ الضرورة مشهورًا فالقول قوله ، إلا فالقول قول المالك ؛ فإن الأصلَ عدمُ السبب ، وكونُه مخالفًا للفظ بظاهره [٤] .

---

(١) الأصح : أنه لا يضمن ؛ لأنه قصد الصيانة . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٠) .

(٢) في (أ) : « فك » .

(٣) قال في الروضة : « إذا نقلها من ظرف إلى ظرف ، كخريطة إلى خريطة وصندوق إلى صندوق ، فالمتلخص من كلام الأصحاب على اضطرابه : أنه إن لم يَجْرِ فتحُ قفل ولا فض ختم ولا خلط ، ولم يعين المالك ظرفًا فلا ضمان لمجرد النقل ، سواء كانت الصناديق للمودع أو للمالك » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٠) .

(٤) قال في الروضة : « وحيث قلنا : لا يجوز النقل إلا لضرورة ، فاختلفا في وقوعها ، فإن عرف هناك ما يدعيه المودع صدق بيمينه ، وإلا طولب بالبينة ، فإن لم تكن بينة صدق المالك بيمينه ، وإلا طولب بالبينة ، فإن لم تكن بينة صدق المالك بيمينه . وحكى أبو الفرج الزاز وجهًا : أن ظاهر الحال يغنيه عن اليمين » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٠) .

السبب الرابع : التقصير في دفع المهلكات :

وفيه مسألتان :

إحداهما (١) : إذا أودعه دابةً فتَرَكَ (٢ العَلْفَ والسقيَ ٢) ضمن ، إلا إذا كان مأذونًا في تركه فيَعْصِي ولا يضمن .

ثم العَلَفُ لا يلزمه من ماله بل يرفع الأمرَ إلى القاضي حتى يستقرضَ على المالك ، فإن عجز وأنفق من ماله وأشْهَدَ ففي الرجوع خلاف .

فإن قلنا : إنه يرجع ، فقد نزَّلناه منزلةَ الحاكم ، فله أن يبيع جزءًا من الدابة إن لم يجد طريقًا إلى النفقة سواه .

فرع :

لو أمر غلامَهُ بالعَلْف والسقي ، وكان عادتُهُ ذلك جاز .

وإن كان عادتُه المباشرةَ بنفسه ، فاستناب في الوديعة غيرَه حتى ثبت يده عليها في السقي ضمن .

وقال ابن سريج : لا يضمن ؛ لأن يدَ خادمِه وصاحبه كيَدِه في العادة .

والأظهر (٣) : أنه إن أخرجه بنفسه للسقي والطريقُ آمنٌ لم يضمن .

قال الإصطخري : يضمن ؛ لأنه أخرج الوديعةَ من الحِرْزِ من غير حاجة ، إلا إذا عجز عن السقي في المنزل (٤) .

المسألة الثانية : الثوب الذي يُفْسِدُه الدُّودُ من الخزِّ والصوفِ ، ولو تَرَكَ صيانته

---

(١) في (أ) : « الأولى » .

(٢) في (أ) : « علفها وسقيها » .

(٣) في الروضة : الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٣٣) .

(٤) في (أ) : « منزله » .

بالنشر والتعريض للرياح ، ضمن .

(١ وإن كان لا ينتفي الدودُ إلا بأن يَلْبِسه ويَعْبَق به ريحُ الآدمي ، فله لُبْسُه .

السبب الخامس : الانتفاع :

فإذا لبس الثوبَ ، أو ركب الدابةَ : ضمن ١) ، إلا أن يلبس الثوبَ لدفع الدود ، (٢أو رَكِبَ الدابةَ ليدفع ٢) الجُمُوحَ عند السقي .

وكذلك إذا أخذ الدارهمَ ليصرفها إلى حاجته : ضمن بالأخذ وإن لم يصرفه (٣) إلى حاجته .

وقال أبو حنيفة : لا يضمن بمجرد الأخذ .

ونحن نزيد على هذا فنقول : لو حَلَّ خَتْمَ الكيسِ ضمن ما في الكيس ؛ لأنه يُعَدُّ خيانةً على الكيس .

وهل يضمن الكيسَ في نفسه ؟ فيه وجهان .

أما إذا حل عقدًا على الكيس من نفس الكيس ، أو من خيطٍ وأعاده (٤) : لم يضمن ؛ لأن ذلك لا يُعَدُّ خيانة .

ولو أخرج الدابةَ ليركبها فلم يركبها : ضمن .

ولو نوى إخراجَ الدابةِ وأَخْذَ الدراهم (٥ فلم يأخذ ولم يُخْرِج : لا يضمن ٥) .

---

(١) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « والدابة لدفع » ، وفي (ب) : « أو الدابة لدفع » .

(٣) أي : المأخوذ ، وهو الدراهم . وفي (أ) : « يصرفها » .

(٤) في (أ) : « فأعاده » .

(٥) في (أ) : « فلم يخرج ولم يأخذ لم يضمن » .

بخلاف الملتقط فإنه يضمن بالنية ؛ لأن سببَ أمانته نيتُه ، فتغيرّت الأمانةُ بتغيرُّ النية [١] . وهاهنا سببُ الأمانة إثباتُ المالكِ يدَه ، فلا تتغير إلا بعد وَأْنٍ [٢] في عين المال .

وقال ابن سريج : يضمن كالملتقط .

ومن الأصحاب من قال : لو نوى أن لا يرد على المالك ضمن بمجرد النية ؛ لأنه صار به ممسكًا على نفسه .

فرعان :

أحدهما : لو ضمن الدرهمَ بالأخذ فردَّه [٣] إلى الكيس :

فإن لم يختلط فالضمان مقصودٌ عليه ، وإن اختلط [٤] فوجهان :

أحدهما : أنه يضمن [٥] ؛ لأنه خلط بالمضمون ، فهو كما لو خلط درهمًا لنفسه به ، فإنه يضمن الكل .

والثاني : لا يضمن ؛ لأنه خَلَط مِلْكَه بملكه [٦] ، بخلاف ما إذا خلط به ملكَ نفسه ، فإنه تَعَذَّر به تسليمُ ملك المالك .

الثاني : إذا أتلف بعضَ الوديعة : لم يضمن الباقي إذا كان المتلَفُ منفصلًا ، كما لو أتلف أحدَ الثوبين .

---

(١) في (أ) : « بيته » .

(٢) أي : ضَعْف . انظر المعجم الوسيط مادة (وَأَن) .

(٣) أي : فردَّ المأخوذَ ، وهو الدراهم .

(٤) أي : وإن اختلط المالُ المأخوذ بمالٍ آخر للمودِع .

(٥) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٣٦) .

(٦) الضميران في قوله : « ملكه بملكه » يرجعان على المودِع .

وإن كان متصلًا كما لو قطع ذراعًا من الثوب أو طَرَفًا من الدابة ، فإن كان عامدًا : ضمن ؛ لأنه خيانةٌ (١) على الكل .

وإن كان خطأ : ضمن المفوت ، وفي الباقي وجهان ، أظهرهما (٢) : أنه لا يضمن ؛ لأنه لا يُعَدُّ خائنًا في (٣) السهو .

السبب السادس : التقصير بكيفية الحفظ :

وفيه ثلاث صور :

الأولى : إذا سلَّم إليه صندوقًا وقال : لا تَرْقُدْ عليه فرَقَد :

قال الشافعي - رضي اللّه عنه - : فقد زاده (٤) خيرًا ، فلا يضمن .

وقال مالك - رحمه اللّه - : يضمن ؛ لأنه أغرى اللّصَ به .

وما ذكره متجه إذا أخذ السارقُ من جنب الصندوق في الصحراء ، فإن هذا من قبيل المخالفةِ الجائزة بشرطِ سلامةِ العاقبة (٥) .

الثانية : سلَّم إليه دراهمَ وقال : اربطه (٦) في كُمِّك ، فأمْسَكَها في يده :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « جناية » .

(٢) في الروضة : الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٣٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مع » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « زاد » .

(٥) قال في الروضة : « أودعه مالًا في صندوق وقال : لا ترقد ، فرقد عليه نُظِر : إن خالف بالرقود بأن انكسر رأس الصندوق بثقله ، أو تلف ما فيه ضمن ، وإلا فإن كان في بيت محرز ، أو في صحراء فأخذه لص ، فلا ضمان على الصحيح ؛ لأنه زاده خيرًا . وإن كان في صحراء وأخذه لص من جانب الصندوق ضمن على الأصح . وإنما يظهر هذا إذا سرق من جانب لو لم ترقد عليه لرقد هناك ، وقد تعرض بعضهم لهذا القيد » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٣٧) .

(٦) أي : المال المُتسلَّم ، وهو الدراهم . وفي (أ) ، (ب) : « اربطها » ، أي : الدراهم .

فإن أخذه غاصبٌ فلا ضمان ؛ لأن اليدَ [١] أحْرَزُ في هذه الحالة .

وإن [٢] استرخى بنومٍ أو نسيانٍ ضمن ؛ لأن الربطَ أحرزُ هاهنا .

ولو ربط في كُمِّه قال الشافعي – رضي اللّه عنه – : إن جعل الخيطَ الرابطَ خارج الكم [٣] : ضمن ؛ لأنه أغرى للطَّرَّار [٤] به ، وإن جعله داخلَ الكم : لم يضمن .

فقال المحققون : هذا إنما يستقيم إذا ضاع من جهة الطَّرَّارِ ، فإن ضاع بالاسترسال فينبغي أن يكون الحكمُ بالعكس من هذا [٥] .

الثالثة : أودعه خاتمًا :

قال أبو حنيفة – رحمه اللّه – : إن جَعَله في خِنْصَرِه : ضمن ؛ لأنه مستعملٌ ، وفي إصبعٍ آخرِ [٦] : لا يضمن ؛ لأنه إحرازٌ .

وما ذكره غيرُ بعيدٍ عن القياس ، إلا إذا كان تَضِيقُ / الحلقةُ عن غير الخنصر ، ١٤٣/ب
فالحفظ فيه [٧] محمولٌ على قصد الإحراز .

السببُ السابع : التضييع .

وله صور :

الأولى : أن يُلْقِيَه في مَضْيَعَة ، فيضمن .

---

(١) في (ب) : « يده » . (٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) في (أ) : « كمه » .

(٤) الطَّرَّار : النشال . انظر : المعجم الوسيط مادة (ط ر ر) .

(٥) قال في الروضة : « هكذا قاله الأصحاب ، وهو مشكل ؛ لأن المأمور به مطلقُ الربط ، فإذا أتى به وجب أن لا ينظر إلى جهات التلف ، بخلاف ما إذا عدل عن المأمور به إلى غيره فحصل به التلف » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٣٨) .

(٦) في (أ) : « أخرى » . (٧) في (أ) : « فيها » .

ويلتحق به ما لو دلَّ سارقًا عليه ، أو دلَّ مَنْ يصادر المالكَ عليه ، فإنه يضمن ؛ لأنه خالف [1] الحفظَ الملتزم . بخلاف من لا يَدَ له على المال ، فإنه إذا دَلَّ لم [2] يضمن ؛ لأنه لم يلتزم الحفظَ ولم يتصرف في المال .

الثانية : إذا ضيَّع بالنسيان :

فقد سئل الخضري عن زوجة سلَّمت خَلْخالًا إلى زوجها ليسلمه إلى صائغ ، فتسلم [3] ونسي الصائغُ .

فقال : إن لم يُشْهِدْ يضمن [4] بالتقصير في الإشهاد . وإن أشهد فلا يضمن وإن مات الشهودُ أو نَسُوه .

وهذا مصير إلى أن النسيانَ ليس بتقصيرٍ ، وهو غير بعيد . ومن أصحابنا من قال : يضمن بالنسيان [5] ؛ فإن حقَّ المودع التحفظُ ، والنسيانُ لا يؤثر في دفع الضمان .

الثالثة : إذا أكرهه ظالمٌ على التسليم ، فقرارُ الضمان على الظالم ، وفي توجُّهِ المطالبة على المكرَه وجهان [6] جاريان في المكره على إتلاف مال الغير . هذا إذا لم يَقْدِر على دفع الظالم .

فإن قَدَرَ على دفعه بإخفاء الوديعة فلم يفعل ضمن .

---

(١) في (أ) : « يخالف » .

(٢) في (أ) : « لا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « سلم » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فيضمن » .

(٥) هذا هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٢) .

(٦) الأصح : أن للمالك مطالبة المودع . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٢) .

فإن حلَّفه الظالمُ ، فليحلف وليُكَفِّرْ ، ولا بأسَ بأن يحلف كاذبًا إذا [١] كان مقصودُه حِفْظَ حقِّ [٢] الغير ، وقد جَوَّز الشرعُ كلمةَ الردة لحفظ النفس [٣] .

ولو حلف بالطلاق ، فإن حلف : طُلِّقت زوجتُه ؛ لأنه قَدِر على الخلاص بتسليم الوديعة ، وإن سلَّم الوديعةَ : ضمن ؛ لأنه قَدَر على أن لا يُسَلِّم بالحلف .

وهو كما لو خُيِّر بين أن يُطَلِّق إحدى زوجتيه لا على التعيين إكراهًا ، فعيَّن إحداهما للطلاق ، وقع الطلاقُ .

السبب الثامن للضمان : الجحود .

وجحودُ الوديعة مع غير المالك ليس بمضمِّنٍ ؛ إذ عادةُ الوديعة الإخفاءُ ، وأما مع المالك فبَعْدَ المطالبةِ بالرد مضِّمن .

وإن لم يُطالب ولكن قال : لي عندك شيءٌ ، فسكت : لم يضمن . وإن أنكر فوجهان :

أحدهما : لا [٤] ؛ لأن الجحودَ بعد الطلب .

والثاني : أنه يضمن ؛ لأنه جحودٌ ؛ إذ وقع بعد السؤال .

فرع :

إذا جحد فالقولُ قولهُ مع يمينه .

---

(١) في (أ) : « إن » .

(٢) في (أ) : « مال » .

(٣) قال تعالى : ﴿ مَنْ كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أُكْرِه وقلبُه مطمئنٌ بالإيمان ﴾ من الآية (١٠٦) من سورة النحل .

(٤) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٦ / ٣٤٣) .

فإن [1] أقام المودعُ بينةً على الإيداع ، فادَّعى الردَّ أو التلف قبل الجحود ، نظر إلى صيغة جحوده :

فإن قال : ليس لك عندي شيءٌ ، فقولُه مقبولٌ في الرد والتلف ؛ لأنه لا مناقضةَ بين كلاميه .

وإن أنكر أصلَ الوديعة ، فقوله في الرد والتلف لا يُقْبَل .

فلو أقام عليه بينةً ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يمكن ؛ لأن البينةَ تنبني على الدعوى ، ودعواه باطلةٌ بما سبق من قوله المناقض لها [2] .

والثاني : أنه يقبل [3] ؛ لأنه كاذبٌ في أحد قوليه لا محالةَ ، والبينةُ تُبيِّنُ أن الكذبَ في الأول لا في الثاني .

هذا ما أردنا أن نذكره من أسباب الضمان ، ومهما جرى سببُ الضمان فعاد أمينًا وترك الخيانةَ : لم يبرأ عن الضمان عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة .

فلو استأنف المالكُ إيداعَهُ ، فالظاهر : أنه يزول الضمانُ .

وفيه وجه : أنه لا يزول إلا بإزالة يده ، كضمان يد البائع .

* * *

---

(١) في (أ) : « وإن » .

(٢) في (أ) : « له » .

(٣) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٣) .

النظر الثاني

في رَدِّ العين إذا كانت باقية

وهو واجبٌ مهما طلب المالكُ ، فإن أخَّر بغير عذر : ضمن .

وإن كان في جُنْحِ الليل ، وتعذَّر عليه الوصولُ إليه : لم يضمن .

وإن [1] كان في جماع [2] ، أو على طعامٍ : لم يَعْصِ بالتأخير في هذا القدر ، ولكنه جائزٌ بشرطِ سلامةِ العاقبة ، فإن تلف بهذا التأخير : ضمن [3] .

وإن عينَّ [4] وكيلًا ليَرُدَّ عليه ، لَزِمه الردُّ مهما طالبه .

فإن تمكن ولم يطالبه الوكيل ، ففي الضمان كنظيره في الثوب إذا (٥ طيره الريحُ في داره ٥) .

وحقيقة الوجهين : أن الأمانةَ الشرعيةَ تتمادى إلى التمكن من الردِّ أو إلى المطالبة بالرد [6] ، وبعد أن أمره بالرد على الوكيل فقد عزله وصارت أمانة شرعية .

فرعان :

أحدهما : لو [7] طالبه بالردِّ فادَّعى التلف : فالقول قوله مع يمينه ، إلا أن يدعى التلفَ بحريقٍ أو نهب أو غارة : فإنه لا يُصَدَّق ما لم يَسْتَفِضْ أو لم تَقُمْ عليه البينةُ ؛ لأن

---

(١) في (أ) : « فإن » .　　(٢) في (أ) : « حمام » .

(٣) قال النووي في الروضة : « قلت : الراجح أنه لا يضمن مطلقًا ، وصرح به كثيرون ، والله أعلم » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٤) .

(٤) في (أ) : « فإن وكل » .　　(٥) في (أ) : « أطارته الريح إلى داره » .

(٦) الأصح : أنها تنتهي بالتمكن من الرد . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٥) .

(٧) في (ب) : « إن » .

إقامةَ البينة عليه سهلٌ .

ولو أطلق دعوى التلف وطالبه المالكُ بتفصيل السبب ، فلا يلزمه البيانُ وليس عليه إلا يمينٌ على التلف .

فأما إذا ادعى الردَّ ، نظر : فإن ادَّعى الردَّ على من ائتمنه ، فالقول قوله مع يمينه ، فإنه اعترف بأمانته ، فلزمه قبولُ يمينه .

وإن ادعى الردَّ على غير من ائتمنه ، كما إذا [١] ادعى الردَّ على وارثِ المالك بعد أن مات المالكُ ، أو ادَّعى وارثُ المودع الردَّ على المالك ، أو ادعى المتلقطُ أو مَنْ [٢] طيَّر الريحُ ثوبًا في داره [٢] ردًّا على المالك : فهؤلاء لا يصَدَّقون إلا ببينة .

وكذلك إذا ادَّعى الردَّ على وكيل المالك ، وأنكر الوكيلُ : فالقول قول الوكيل ، ولا يجب على المالك تصديقُ المودَع ؛ لأن الخصومةَ أولًا مع الوكيل .

وقال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : يلزمه تصديقُه ؛ لأن وكيلَه بمنزلته .

وإن اعترف بالتسليم ولكن نسب المودع إلى التقصير [٣] بترك الإشهاد ، أو [٤] أنكر وكيلُه [٥] ، فهل يضمن بهذا التقصير ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ، كما إذا وكَّله بقضاء دَيْنٍ فلم يُشْهِدْ .

والثاني : لا ؛ لأن الوديعةَ عادتُها الإخفاءُ ، ولا ينفع الإشهادُ مع الوكيل ؛ فإنه إن كان يستجيز الخيانةَ فيدعي التلفَ أو الردَّ ويكون [٦] مصدقًا بيمينه ، بخلاف مستحق

---

(١) في (أ) : « لو » .

(٢) في (أ) : « طيرت الريح ثوبًا إلى داره » .

(٣) في (أ) : « تقير » .

(٤) في (أ) : « إذا » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الوكيل » .

(٦) في (أ) : « فيكون » .

الدين فإنه لا حيلةَ له مع الإشهاد .

والخلاف في وجوب الإشهاد جارٍ في الوصيّ إذا ردَّ المالَ على اليتيم بعد بلوغه .

فإن قلنا / : يجب الإشهادُ فتنازعا في جريانه : فالأصلُ عدمُه ، والقولُ قول المالك في عدمه . ١٤٤/أ

فإن قيل : فلو أودع المودعُ عند إنسانٍ آخرَ لإذنِ [المالك] [١] عند سفره [٢] ، فهل يُصدَّق المودعُ [٣] الثاني في دعوى الرد ؟

قلنا : يُنْظَر [٤] : فإن عيَّنه المالكُ صُدِّق في دعوى الرد على المالك ؛ لأنه مودعٌ من جهته .

وإن لم يُعَيِّنه ولكن قال : أوْدِعْ أمينًا ، فعيَّنه المودعُ الأول ، فلا يُصدَّق إلا في دعوى الردِّ على المودع الأول ، فأما [٥] على المالك فلا .

الثاني : إذا ادَّعى رجلان وديعةً عند إنسانٍ ، فقال : هو لأحدِكما ، وقد نَسِيتُ عَيْنَه . فإن اعترفا له بعدم العلم ، فلا خصومةَ لهما معه ، وفي الوديعة قولان :

أحدهما : أنه تُنْقَلُ إلى يد أمين وتُوقَفُ إلى أن تفصل الخصومة بطريقها ؛ لأن هذا الأمينَ انعزل بمطالبتها بالرد [٦] .

والثاني : أنه يُتْرك في يده ؛ فإنه أمينٌ حاضرٌ ، فلا معنى لاستئناف أمين آخر [٧] .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « سفر » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) كلمة : « المودع » ليست في (أ) .

(٤) في (ب) : « نُظِر » .

(٥) في (أ) : « أما » .

(٦) قوله : « بالرد » ليس في (أ) .

(٧) هذا القول هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٥٠) .

ثم هذا المالُ يُجْعَل كأنه في يدهما وقد تنازعاه ، أو يُجْعَل كمالٍ في يد ثالثٍ تداعاه أجنبيان ؟ فيه وجهان : قال القاضي حسين : يجعل الشيءُ في يدهما ؛ لأن الحقَّ لا يَعْدُوهما باتفاق الجميع [١] .

وقال المحاملي : لا يجعل في يدهما ؛ فإنه لم يَثْبُتْ لأحدهما يَدٌ .

أما إذا ادَّعيا العلمَ على المودع ، فيكفيه [٢] أن يحلف لهما يمينًا واحدة على النفي .

وقال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : يحلف لكلِّ واحدٍ منهما يمينًا .

فإذا حلَّفناه ، [٣] فإن حلف [٣] عاد الأمرُ كما كان في الصورة الأولى .

فإن نَكَلَ حَلَفا يمينَ الردِّ ، فإذا حلفا : ضمن المودعُ القيمةَ ، وجُعِلَت القيمةُ أيضًا في يدهما فيحصل [٤] كلُّ واحدٍ منهما على نصف الوديعة ونصفِ القيمة [٥] .

فإن سلَّم العينَ لأحدهما دون الآخر ببينةٍ ، أو يمينٍ مردودةٍ : ردَّ مَنْ سلَّمَ العينَ له [٦] نصفَ القيمة التي في يده إلى المودع ؛ إذ وصل إليه المبدلُ .

---

(١) هذا الوجه هو الصحيح . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٩) .

(٢) في (أ) : « فتكفيه » .

(٣) قوله : « فإن حلف » ليس في (أ) .

(٤) في (ب) : « فتحصل » .

(٥) قال في الروضة : « وإن نكل رُدَّت اليمين عليهما . فإن نكلا فالمال مقسوم بينهما أو موقوف حتى يصطلحا على ما سبق . وإن حلف أحدهما فقط ، قضي له . وإن حلفا ، فقولان - ويقال : وجهان - : أحدهما : يُوقَفُ حتى يصطلحا . وأظهرهما : يقسم ؛ لأنه في أيديهما . وعلى هذا يغرم القيمة وتقسم بينهما أيضًا ؛ لأن كل واحد منهما أثبت بيمين الرد كل العين ، ولم يأخذ إلا نصفها . هذا هو الصحيح الأشهر فيما إذا نكل المودع » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٥٠) .

(٦) في (أ) : « إليه » .

وأما الآخر فلا يرد النصف [١] الذي في يده ؛ لأنه استحقها بيمينٍ مردودة [٢] من جهة المودع ، وما رجِع إليه مبدله .

هذا كله تفريعٌ من الأصحاب على أن المودَع لا يضمن بالنسيان ، وقد ذكرنا وجهًا في تضمينه ، فعلى هذا يضمن بمجرد النسيان ولا يحتاج إلى النكول واليمين . واللّه أعلم .

***

(١) في (أ) : « للنصف » .

(٢) كلمة : « مردودة » ليست في (أ) .

كتاب
⁽¹⁾ قسم الفيء والغنائم ⁽¹⁾

وفيه بابان

(١) في (أ) : « قسمة الفيء والغنيمة » .

الباب الأول

في الفيء

وهو كلُّ مالٍ لكافرٍ فاءَ إلى المسلمين من غير إيجاف خيلٍ و [لا] (١) رِكَاب . كما إذا انجَلَوا عنه خوفًا من المسلمين من غير قتالٍ ، أو بذلوه للكفِّ عن قتالهم . وهو مُخَمَّس كما سيأتي تفصيله .

وكذلك ما أُخِذَ بغير تخويفٍ كالجزية والخراج عن أراضيهم (٢) ، والعُشْرِ من (٣) تجارتهم .

ومالُ المرتد ومالُ مَنْ مات منهم ولا وارثَ له ، فالصحيحُ أن هذا أيضًا يُخَمَّسُ ؛ لعموم قوله - تبارك وتعالى - : ﴿ وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ ﴾ (٤) .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « أرضهم » .

(٣) في (أ) : « عن » .

(٤) من الآية (٦) من سورة الحشر .

الطرف [1] الأول

في الخُمُس

وهو مقسومٌ بعد رسول اللّه ﷺ بخمسة أسهم ؛ إذ كان الفيءُ كلُّه لرسول اللّه ﷺ .

السهم الأول : للّه ولرسوله :

فهو مصروفٌ إلى مصالح المسلمين ؛ لأنه ﷺ تناولَ من الأرض وَبَرَةً من بعيرٍ ، فقال : « والذي نفسي بيده ، ما لي مما أفاء اللّهُ إلا الخمسُ ، والخمسُ مردودٌ عليكم » [2] . وأراد به ما بعد الوفاة .

والردُّ على الجملة بالصرف [3] إلى المصالح العامة كسدِّ الثُّغُور وعمارة القناطر وأرزاق القضاة وغيرها .

ومن الأصحاب من قال : يُصْرَفُ سهمُ رسول اللّه ﷺ إلى الإمام ؛ فإنه خليفته [4] .

السهم الثاني : لذوي القربى :

وهم المُدْلُون بقرابةِ رسول اللّه ﷺ ، كبني هاشم وبني المطلب ، دون غيرهم من

---

(١) كلمة : « الطرف » ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود : (٣ / ٦٣) كتاب الجهاد - باب في فداء الأسير بالمال (٢٦٩٤ ، ٢٧٥٥) ، والنسائي : (٧ / ١٣١) (٣٨) كتاب قسم الفيء (٤١٣٨) ، وأحمد في مسنده : (٥ / ٣١٦) ، ومالك في الموطأ : (٢ / ٣٦٥) ، (٢١) كتاب الجهاد (١٣) باب ما جاء في الغلول (٢٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ٣٣٨ ، ٣٣٩) .

(٣) في (أ) : « بالتصرف » .

(٤) هذا النقل شاذ . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٥٥) .

بني عبد شمس وبني نوفل ؛ لأن رسول الله ﷺ قَسَم على هؤلاء ومنع أولئك [1] .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : الخمسُ يُقَسَّم بثلاثة أسهم ، فأما سهمُ رسول الله ﷺ وسهمُ ذوي القربى فقد سقطا بوفاته ﷺ .

وقال بعض العلماء : يُقَسَّم بستة [2] أسهم ، وسهم الله تعالى يتميز عن سهم رسول الله ﷺ ، فيُصْرَفُ إلى زِينَةِ الكعبة ومصالحها .

وهو باطل ؛ لقوله - عليه السلام - : « الخمسُ مردود عليكم [3] » .

ولو صحَّ ذلك لكان نصيبُه سدسًا .

وإذا [4] ثبت أنه لذوي القربى ، فيشترك في استحقاقه أغنياؤهم وفقراؤهم ؛ لأن العباسَ كان يأخذ منه - وكان من أغنيائهم - ويشترك [5] فيه [6] الصغيرُ والكبير [6] ، والنساء والرجال ، والحاضر في ذلك الإقليم والغائب ؛ تعلُّقًا بعموم القرابة ، ويفضل

---

(١) قسم رسول الله ﷺ لبني هاشم وبني عبد المطلب دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل ، وقال : « إنما بنو المطلب وبنو هاشم شيءٌ واحد » . ورُوي أنه شبَّك بين أصابعه في تمثيلهم ؛ تنبيهًا على التسوية .

أخرجه البخاري : (٦ / ٢٨١) (٥٧) كتاب فرض الخمس (١٧) باب ومن الدليل على أن الخمس للإمام ، وأنه يعطي بعض قرابته دون بعض (٣١٤٠) وأطرافه : (٣٥٠٢ ، ٤٢٢٩) ، وأبو داود (٣ / ١٤٥) كتاب الخراج والإمارة والفيء - باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربى (٢٩٧٨) ، والنسائي : (٧ / ١٣١) (٣٨) كتاب قسم الفيء (١) الباب الأول منه (٤١٣٧) ، وابن ماجه : (٢ / ٩٦١) (٢٤) كتاب الجهاد (٤٦) باب قسمة الخمس (٢٨٨١) . وراجع التلخيص الحبير : (٣/ ١٠١) حديث رقم : (١٣٨٧) .

(٢) في (ب) : « ستة » .

(٣) مرَّ تخريجه قريبًا .

(٤) في (أ) : « فإذا » .

(٥) في (أ) : « فيشترك » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « الكبير والصغير » .

الذكرُ على الأنثى ؛ لأنه مستحقٌّ بالقرابة فيشبه الميراثَ . هذا نصُّ الشافعي رضي الله عنه .

وقال المزني : يُسَوَّى كالوصية للأقارب . وهو القياس .

فرع :

قال العراقيون : أولادُ البنات لا يستحقون ؛ فإنه لا نَسَبَ من جهة الأمهات ، وهذا مستحق بالنسب .

وذكر القاضي حسين : أن مَنْ يُدْلي بجهتين يُفَضَّلُ على من يدلي بجهة واحدة ، كما يُقَدَّم الأخُ من الأب والأم على الأخ للأب .

وهذا يَدُلُّ على أن الإدلاءَ بالأم [1] له أثرٌ في الاستحقاق / عند الاجتماع، فلا ١٤٤/ب يبعد عن القياس أن يُؤَثِّر عند الانفراد مع شمول اسم القرابة .

السهم الثالث : لليتامى :

وهو كلُّ طفلٍ لم يَبْلُغ [الحُلُمَ [2]] ولا كافلَ له ، من أولاد المرتزقة وغيرهم .

وقال القفال : يختص بأولاد المرتزقة ، وهو بعيد .

نعم ، هل يُشْترط كونه فقيرًا ؟ فعلى وجهين :

أحدهما : لا ؛ كما لا يُشْترط في ذوي القربى ؛ لأنه زيادةُ شرطٍ على الوصف المذكور .

والثاني : نعم ؛ لأن لَفْظَ اليتيم يُنَبِّئ عن الحاجة إلى التعهُّد ، والغَنِيُّ الذي يَتَعَهَّدُ غيرَه من ماله بالزكاة والنفقةِ يَبْعُد فَهْمُه عن الآية [3] .

---

(١) في (أ) : « من الأم » .　　(٢) زيادة من (أ) .

(٣) قال في الروضة : « ويشترط فيه الفقر على المشهور . وقيل : على الصحيح » . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٥٦) .

السهم الرابع : سهم (1) المساكين :

ويجوز صَرْفُه إلى الفقير ؛ (2 فإنه أشدُّ حاجةً منه 2) (3) .

السهم الخامس : لأبناء السبيل . وسيأتي بيانُ الصنفين في تفريق الصدقات .

فإن قيل : فهل يجب التسوية بينهم ؟

قلنا (4) : أما الأسْهُمُ الخَمْسُ فلابد وأن تتساوى في الأصل .

وأما سهمُ ذوي القربى فيُقَسَّم على السَّوِيَّة ، إلا بسبب الذكورة والأنوثة .

وأما المستحقُّ باليُتْمِ والمسكنةِ والسفر فيتفاوت بتفاوت الحاجة .

* * *

(1) كلمة : « سهم » ليست في (أ) ، (ب) .

(2) في (أ) : « لأنه أشد حاجةً منهم » .

(3) قال في الروضة : « سبق في باب الوصية : أن عند الانفراد يدخل الفقراء في اسم المساكين ، وعكسه ، ولفظ المساكين هنا مفرد [أي : ليس مقرونًا به الفقراء] فيدخل فيه الفقراء ، وحينئذٍ مقتضى القول بوجوب تعميم مساكين الإقليم أو العالم تناولُ الفقراء أيضًا ، وهذا مقتضى كلام بعضهم . ومنهم من يقول : يجوز الصرف إلى الفقراء ؛ لأنهم أشد حاجة ، وهذا لا يقتضي تناولهم .

قلت [أي الإمام النووى] : الصحيح الأول ، وأنهما داخلان في الاسم ، وممن صرح به القاضي أبو الطيب في تعليقه ، والله أعلم » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٥٧) .

(4) في (أ) : « قلنا : نعم » .

الطرف الثاني
في الأخماس الأربعة

وقد كان ذلك لرسول اللّه ﷺ مع الخمس ، وبعده فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه مردودٌ إلى المصالح كالخُمُسِ من الخُمْسِ المضاف إلى رسول اللّه ﷺ .

والثاني : أنه يُقَسَّم على الجهات كما يقسم الخمسُ ، فعلى هذا يُقَسَّم جملةُ الفيء بخمسة أقسام ، وعليه يدل ظاهرُ قوله تبارك [وتعالى] [١] : ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ ﴾ [٢] .

والثالث - وهو الأظهر - : أنه للمرتزقة المقاتلين [٣] ، كأربعة أخماس الغنيمة فإنها للحاضرين في القتال ؛ إذ كان يأخذه رسولُ اللّه ﷺ ؛ لأن الكفار كانوا يحذرون منه ، والآن يحذرون من جند الإسلام .

وذهب بعضُ الشيعة إلى أنه موروثٌ منه لأقاربه ، وهو باطلٌ ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « نحن معاشرُ الأنبياءِ لا نُورَثُ ، ما تركناه صدقةٌ » [٤] .

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) من الآية (٧) من سورة الحشر .

(٣) في (أ) : « والمقاتلين » .

(٤) أخرجه البخاري عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « لا نُورث ما تركنا صدقة » .

انظر : صحيح البخاري : (١٢ / ٧) (٨٥) كتاب الفرائض (٣) باب قول النبي ﷺ : « لا نورث ما تركنا صدقة » (٦٧٢٧ ، ٦٧٢٨ ، ٦٧٣٠) ، ومسلم : (٣ / ١٣٧٩) (٣٢) كتاب الجهاد والسير (١٦) باب قول النبي ﷺ : « لا نورث ما تركنا فهو صدقة » (١٧٥٨) ، وأبو داود : (٣ / ١٤٢) كتاب الخراج والإمارة والفيء - باب في صفايا رسول اللّه ﷺ من الأموال (٢٩٦٩) ، والترمذي : (٤ / ١٣٤ - ١٣٦) (٢٢) كتاب السير (٤٤) باب ما جاء في تركة رسول اللّه ﷺ (١٦٠٨ ، ١٦١٠) ، والنسائي : (٧ / ١٣٦) (٣٨) كتاب قسم الفيء (٤١٤٨) عن عمر بن الخطاب . وانظر : السنن الكبرى للبيهقي : (٦ / ٣٠٢) .

وإذا ثبت أنه للمقاتلين فلْيُرَاعِ (١) الإمامُ في القسمة سبعة أمور :

الأول : أن يضع ديوانًا يُحْصِي فيه المرتزقةَ بأسمائهم ، وينصب لكل عشرةٍ منهم عَرِيفًا يَجْمَعُهم في وقت العطاءِ ؛ ليكون أسهلَ عليه .

الثاني : أن يُسَوِّي ولا (٢) يُفَضِّل أحدًا بسَبْق في الإسلام ولا سِنٍّ ولا نسب ، بل يُعْطِي كلَّ واحد (٣ على قدر ٣) حاجته ، فيزيد بزيادةِ الحاجة ولا (٤) يعطيه ما يَقْصُرُ عن كفايته وكفاية زوجته وأولاده ؛ لأنهم كَفُوا المسلمين أمْرَ الجهاد فلْيُكْفُوا أمرَ النفقة .

فلو كان لواحد أربعُ زوجاتٍ أنْفَقَ (٥) على الكل ، ويُنْفِقُ على عبده وفرسه ، فإن لم يكن له عبدٌ وفرس واحتاج إليه اشتراه له .

ولو كان له عبيدٌ للخدمة لا يُنْفِقُ على أكثرَ من واحد ؛ لأنه (٦) لا حَصْرَ لهم ، بخلاف الزوجات .

ويُعْطِي الولدَ الصغيرَ كما يُعْطِي الكبيرَ ، وكلما كَبُرَ فزادت (٧) حاجتُه زاد في جِرَايَتِه .

وكان عمر - رضي اللّه عنه - يفضل البعضَ على البعض ، وأبو بكر - رضي اللّه عنه - كان يُسوي بينهم (٨) ، فرأى الشافعي - رضي اللّه عنه - الاقتداءَ بالصديق - رضوان اللّه عليه - ؛ تشبيهًا بالغنيمة ، فيسوي (٩) فيها بين الشجاع والضعيف .

الثالث : أن يُقَدِّم - في الإعطاءِ - الأَوْلى بالتقديم .

---

(١) في الأصل ، (أ) : « فليراعي » ، وهو خطأ ، والمثبت من (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فلا » .

(٣) في (أ) : « بقدر » .

(٤) في (أ) : « فلا » .

(٥) أي : أنفق الإمام .

(٦) في (أ) : « لأنهم » .

(٧) في (أ) : « زادت » .

(٨) قوله : « بينهم » ليس في (ب) .

(٩) في (ب) : « يسوي » .

فيقدِّم قريشًا (١ ويُقدِّم من جملتهم بني هاشم وبني عبد المطلب ١) ، فيسوي بينهم ؛ لأنه - عليه الصلاة والسلام - شَبَّك بين أصابعه في تمثيلهم ؛ تنبيهًا على التسوية (٢) .

نعم ، إن كان فيهم مُسِنٌّ قَدَّم الأَسَنَّ ، ثم يُعْطي بعدهم بني (٣) عبد شمس وبني نوفل وبني عبد مناف (٤) ، ويقدم (٥) بني عبد شمس ؛ لأن عبد شمس أخوها هاشم من أبيه وأمّه ، (٦ ونوفلٌ أخوه ٦) من أبيه لا مِن أمِّه ، ثم يُعْطَى بنو عبد العزى و [بنو] (٧) عبد الدار ، ويُقَدَّم [بنو] (٨) عبد العزى على [بني] (٩) عبد الدار ؛ لأن فيهم أصهارَ رسول اللّه ﷺ .

وكذلك يُعْطَى الأقربُ حتى تنقضي قريشٌ ، ثم يُقدَّم الأنصارُ على سائر العرب ، ويُعطَى بعد ذلك العجمُ .

وإذا تساوت الرتبُ قُدِّمَ بالسنِّ أو بالسَّبْق إلى الإسلام ، ولم (١٠) يُقَدَّم بسببٍ سوى ما ذكرناه (١١) .

---

(١) في (أ) : « ويُقَدَّم من جملتهم بنو هاشم وبنو عبد المطلب » . وكلمة : « عبد » ليست في (ب) .

(٢) سبق تخريج هذا الحديث قريبًا .

(٣) كلمة : « بني » ساقطة من الأصل . وفي (أ) ، (ب) : « بنو » ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) ذِكْرُه « بني عبد مناف » زيادة . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٦١) .

(٥) في (أ) : « فيقدم » .

(٦) في (أ) : « فنوفل » .

(٧) ، (٨) زيادة من (أ) .

(٩) زيادة من (ب) .

(١٠) في (أ) : « ولا يُقَدَّم » . أي : الإمام .

(١١) قال في الروضة : « ومتى استوى اثنان في القرب قُدِّم أسنُّهما . فإن استويا في السن فأقدمهما إسلامًا وهجرة .

قلت [أي الإمام النووي] : قد عكس أقضى القضاة الماوردي هذا ، فقال في « الأحكام السلطانية » : يقدم بالسابقة في الإسلام . فإن تقاربا فيه قُدِّم بالدين . فإن تقاربا فيه قدم بالسن . فإن تقاربا فيه قدم بالشجاعة . فإن تقاربا فيه فولي الأمر بالخيار بين أن يرتبهم بالقرعة ، أو برأيه واجتهاده ، وهذا الذي قاله هو المختار ، واللّه أعلم » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٦٢) .

الرابع : لا يُثْبِتُ ابتداءً في الديوان اسمَ صبيٍّ ولا مجنونٍ ولا عبد ولا ضعيف ؛ إذ لا كفايةَ فيهم ؛ بل يُثْبِتُ اسمَ الأقوياء البالغين المستعدين للغزو إذا أُمِرُوا .

فإن طرأ الضعفُ والجنونُ ، فإن كان يُرْجَى زوالهُ فلا يُسْقِطُ الاسمَ. ، وإن كان لا يُرْجَى فيُسْقِط اسمَه .

وإذا مات فما كان يُعْطِي زوجتَه وأولادَه في حياته ، هل يبقى عليه بعد موته ؟ وجهان :

أحدهما : أنه يَسْقُط ؛ إذا كان ذلك بطريق التبعية ، والآن فقد [١] مات المتبوعُ ، وليس في أنفسهم قوة الجهاد .

والثاني : أنه يُسْتَصْحَب ؛ إذ المجاهدُ إذا علم أن ذريتَه مُضَيَّعُون بعد وفاته اشتغل بالكسب عن الجهاد [٢] .

فعلى هذا يُعطي [٣] للزوجة إلى أن تتزوج ، فإذا استغنت بزوجها سَقَط حقُّها ويبقى [٤] حقُّ الصبيان إلى البلوغ ، فإن بلغوا عاجزين - بجنونٍ أو ضعف أو أنوثة - استمرَّ ما كان وكأنهم لم يبلغوا .

وإن صلحوا للقتال خيِّرُوا فإن اختاروا الجهادَ استقلُّوا باثباتِ الاسم ، وإن أعرضوا [٥] التحقوا بالمكتسبين انقطع [٦] حقُّهم .

الخامس : ينبغي أن تُفرَّق أرزاقُهم في أولِ كلِّ سنةٍ ، ولا يُكَرَّرُ القسمةَ في كلِّ أسبوع وشهر / ؛ فإن الحاجةَ في المال تتكرَّرُ بتكرُّر السنة ، إلا أن تقتضي المصلحةُ ذلك فله اتِّبَاعُها . ١٤٥/أ

---

(١) في (أ) : « قد » .

(٢) هذا الوجه هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٦٣) .

(٣) في (ب) : « يُبْقى » . (٤) في (أ) : « وبَقِي » .

(٥) في (ب) : « أو » . (٦) في (أ) : « فيقطع » .

فلو مات واحدٌ بعد أن جَمَعَ المال ومضت السنةُ ، كان نصيبُه لورثته .

وإن مات قبل الجمع والحَوْلِ ، فلا حقَّ لورثته (١) .

وإن كان بعد الجمع وقبل انقضاء السنة فقولان :

يُنْظَر في أحدهما إلى حصول المال ، وفي الثاني إلى أن النصرةَ لم تَكْمُل (٢) بالسنة ، وهي لا تُجَزَّأ (٣) .

السادس : إن كان من (٤) جملة الفيء أراضٍ (٥) ، فخمسُها لأهل الخمس ، وأربعةُ أخماسها يكون وَقْفًا . هكذا قاله الشافعي رضي اللّه عنه .

فمن الأصحاب من قال : هو تفريع منه على أنه للمصالح ، والمصلحةُ في الوقف ؛ لتَبْقَى الغَلَّةُ على المسلمين في الدوام (٦) . وعلى القول الآخر : يُقَسَّم على المرتزقة كالمنقول .

---

(١) قال في الروضة : « وإن مات قبل جمع المال وبعد الحول ، فظاهر النص : أنه لا شيء للورثة ، وبه قال القاضي أبو الطيب وآخرون ، وبه قطع البغوي . وقال الشيخ أبو حامد : يُصْرَف نصيبُه مما سيحصل إلى ورثته . وإن مات قبل الجمع وقبل انقضاء الحول ، فإن قلنا : إذا مات بعد الحول لا يستحق ، فهاهنا أولى ، وإلا ففي قسط ما مضى الخلاف فيما إذا مات قبل الحول وبعد جمع المال » . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٦٤) .

(٢) في (ب) : « يكمل » ، وهو خطأ .

(٣) قال في الروضة : « وإن مات بعد جمع المال وقبل تمام الحول ، فقولان - ويقال : وجهان - :
أظهرهما : يصرف قسط ما مضى إلى ورثته كالأجرة .

والثاني : لا شيء لهم ، كالجعل في الجعالة ، لا يُسْتحق قبل تمام العمل » . الروضة : (٦ / ٣٦٤) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « في » .   (٥) في (أ) : « أراضي » ، وهو خطأ .

(٦) قال في الروضة : « والأصح جريان هذا الحكم ، سواء قلنا : للمصالح أو للمرتزقة ؛ لتبقى الرقبة مؤبدة ، وينتفع بغلتها المستحق كل عام ، بخلاف المنقولات ؛ فإنها معرضة للهلاك ، والغنيمة بعيدة عن نظر الإمام واجتهاده ؛ لتأكد حق الغانمين » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٦٥) .

ومنهم من قال : وإن قلنا : إنها للمرتزقة ، فنجعلها وقْفًا ؛ لتكون رزقًا مؤبَّدًا عليهم بخلاف الغنيمة ؛ إذ لا مدخلَ للاجتهاد فيها ، فلذلك لا يُفَضَّل أحدٌ على غيره لحاجة [1] ومصلحة .

فإن قلنا بالوقف ، فمنهم من قال : أراد الشافعيُّ [2] - رضي اللّه عنه - [2] الوقفَ الشرعيَّ الذي يَحْرُمُ به البيعُ والقسمة [3] .

ومنهم من قال : أرادَ التوقفَ عن قسمة الرقبة وقسمة الغلة دون الوقف الشرعي .

السابع : إذا فَضَلَ شيءٌ من الأخماس الأربعة عن قدر حاجتهم [4] ، فيُرَدُّ عليهم ويُوَزَّع وإن زاد على [5] كفايتهم .

إلا إذا فرعنا على [6] أنه للمصالح وأنه يُصْرَف إليهم ؛ لأنه أهمُّ المصالح ، فحينئذٍ [7] إن ظهرت مصلحةٌ أهمُّ منه [7] لم تُرَدَّ الزيادة عليهم . واللّه أعلم .

* * *

---

(١) في (أ) : « أو » .

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٣) قال في الروضة : « فإذا قلنا بالوقف ، فوجهان :

أحدهما : المراد به التوقف عن قسمة الرقبة دون الوقف الشرعي .

وأصحهما : أن المراد الوقف الشرعي للمصلحة . فعلى هذا وجهان : أحدهما : يصير وقفًا بنفس الحصول ، كما يرق النساء والصبيان بالأسر . وأصحهما : لا ، لكن الإمام يقفها . وإن رأى قسمتها أو بيعها وقسمة ثمنها فله ذلك » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٦٥) .

(٤) أي : المرتزقة .

(٥) في (أ) ، (ب) : « عن » .

(٦) كلمة : « على » ليست في (أ) ، (ب) .

(٧) في (ب) : « إن ظهر أهمُّ منها » .

الباب الثاني

في قسم الغنائم [١]

والغنيمة : كلُّ مالٍ تأخذه الفئة المقاتلة [٢] على سبيل القهر والغلبة من الكفار . فخمسها يُقَسَّم بخمسة أقسام كخمس الفيء ، وأربعة أخماسها للغانمين . فيتطرق إليها : النَّفَل ، والرَّضْخ ، والسَّلَب ، ثم القسمة بعده :

(١) في (أ) : « الغنيمة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « المجاهدة » .

النظر الأول

في النَّفل

وهو زيادةُ مالٍ يشترطه أميرُ الجيش لمن يتعاطى فعلًا مخاطرًا يفضي إلى الظَّفَر بالعدوِّ ، كتقدُّمِه طليعةً ، أو تهجُّمه على قلعةٍ ، أو دلالتِه على طريق بلد .

والنظر في قَدْرِه ومحله .

أما محله : فيجوز أن يكون من بيتِ مالِ المسلمين ؛ لأنه من المصالح ، فإن شرط منه فليكن قَدْرُ المال معلومًا ؛ لأنه جِعَالة .

ويجوز أن يكون مما يُتَوَّقع أخْذُه من مال المشركين من خمس الخمس [1] ، وعند ذلك لا يُشْترط كونُه معلومًا ؛ فقد « شرط رسولُ اللّه ﷺ الثلثَ في الرَّجْعَةِ والربعَ في البَدْأَة » [2] .

وحكى القاضي عن القديم قولًا : أنه لا يختص بخمس الخمس والمصالح ، بل يُعْطَوْن الثلث والربع مما أخذوا من أصل المال لا من خمس الخمس ، والباقي يكون غنيمةً مشتركة .

وعلى هذا ، فهل يُخَمَّس ما اخْتَصُّوا به ؟ فيه قولان كما سيأتي في الرَّضْخ .

---

(١) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٦٩) .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود عن حبيب بن سلمة الفهري قال : « شهدتُ النبي ﷺ نفَّل الربع في البدأة والثلث في الرجعة » (٣ / ٨٠) كتاب « الجهاد » - باب « فيمن قال : الخمس قبل النفل » (٢٧٥٠) ، وأخرجه الترمذي عن عبادة بن الصامت : (٤ / ١١٠) (٢٢) كتاب السير (١٢) باب في النفل (١٥٦١) ، وابن ماجه : (٢ / ٩٥١) (٢٤) كتاب الجهاد (٣٥) باب النفل (٢٨٥٢) ، وأحمد في مسنده : (٥ / ٣٢٠) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ١٠٣) حديث رقم : (١٣٩٥) .

فرع :

لو قال الأمير : من أخذ شيئًا فهو له ، وأراد أن يَجْعَل كلَّ ما أخذه نَفَلًا [1] .

فقد قال الشافعي – رضي اللّه عنه – [2] : لو قال قائل بذلك كان ذلك مذهبًا ، وقد قال به أبو حنيفة رضي اللّه عنه .

فقال الأصحاب : هو ترديدُ قولٍ .

فعلى قولٍ : يجوز ؛ لما روى أنه – عليه الصلاة والسلام – قال يوم بدر : « مَنْ أخذ شيئًا فهو له » [3] .

والأصح : أنه لا يجوز ، والحديث غير صحيح .

وقد قيل [4] : إن غنائمَ بدرٍ كانت (٥ له – عليه الصلاة والسلام – ٥) خاصةً يفعل فيها ما يشاء [6] .

---

(١) قال في الروضة : « إذا قال الأمير : مَنْ أخذ شيئًا فهو له ، لم يصح شرطه على الأظهر » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٠) .

(٢) ما بين القوسين ليس (أ) ، (ب) .

(٣) لم تذكر كتب السنة هذا الحديث بهذا اللفظ ، ولكن قال رسول اللّه ﷺ : « من قتل قتيلًا فله سلبه » وسيأتي قريبًا إن شاء اللّه . انظر : التلخيص الحبير : (٣ / ٣) حديث رقم : (١٣٩٦) .

(٤) في (ب) : « نُقِل » .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (أ) ، وفي (ب) : « لرسول اللّه » .

(٦) اختلف أهل العلم بالحديث في ذلك ، انظر : صحيح البخاري : (٦ / ٢٢٩ ، ٢٨٠) (٥٧) كتاب فرض الخمس أبواب (١ / ١٦) أحاديث رقم : (٣٠٩١ ، ٣١٣٩ ، ٤٠٢٤) . انظر أيضًا : (٧ / ٣٦٧) (٦٤) كتاب المغازي (١٢) باب من غزوة بدر (٤٠٠٣) ، وانظر تعليق ابن حجر على تلك المسألة (٦/ ٢٢٩) ، (٧ / ٣٦٨) في فتح الباري . وانظر صحيح مسلم : (٣ / ١٥٦٨) (٣٦) كتاب الأشربة (١) باب تحريم الخمر (١٩٧٩) ، وسنن أبي داود : (٣ / ١٤٨) كتاب الخراج والإمارة والفيء – في بيان مواضع قسم الخمر وسهم ذي القربى (٢٩٨٦) (٣ / ٦١) كتاب الجهاد – باب في المن على الأسير بغير =

أما قدره : فباجتهادِ الإمام ، وليكن [1] على قَدْرِ خَطَرِه في العمل ، ولذلك زاد رسولُ اللّه ﷺ في الرجعة ؛ لأن خطرَ التخلُّفِ عن العسكر في آخر القتال أعظمُ من خطر التقدم قبل القتال .

والأظهر : أن ذلك كان ثلثَ خمسِ الخمسِ ، وربعَ خمسِ الخمس .

وقيل : معناه : أن يُزَاد لكلٍّ واحدٍ مثلُ ثلثِ حصته أو مثلُ ربعه .

* * *

= فداء (٢٦٨٩) ، ومسند الإمام أحمد : (١ / ١٤٢ ، ٤ / ٨٠) . وانظر السنن الكبرى للبيهقي : (٦ / ٢٩١ - ٢٩٦) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ١٠٣ - ١٠٥) حديث رقم : (١٣٩٦ ، ١٤٠٣) .

(١) في (ب) : « ولكن » .

النظر الثاني
في الرَّضْخ

وهو قدرٌ من المال تقديرُه إلى رأي الإمام بشرط أن لا يزيد على سهم رجلٍ من الغانمين ، بل يَنْقُصُ كما ينقص التعزيرُ من الحدِّ .

ومصرفه : العبيد ، والصبيان المراهقون ، والنساء .

والكفار الذين حضروا الواقعةَ ، فليس [١] لهم رتبةُ الكمال حتى يدخلوا في القسمة .

وفي المحل الذي يخرج منه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه من أصل الغنيمة ؛ تقديمًا [٢] على الكل ، كأجرة النقل والحمل .

والثاني : أنه من خُمْسِ الخمس ، كالنَّفَل على الرأي الأصح .

والثالث - وهو الأقيس - : أنه من الأخماس الأربعة ؛ لأنه سهمٌ من الغنيمة استحقاقُه بشهود الوقعة ، لكنه دون سائر السهام .

فرع :

الكافر إذا حضر بغير إذن الإمام ، أو حضر بأجرة قدَّرها الإمام فلا شيء له من الرضخ [٣] .

وللإمام أن يستأجر أهل الذمة بشيء من المال .

فأما العبد إذا حضر استحقَّ الرضخَ ، مأذونًا كان من جهة السيد أو الإمام أو لم يكن ، قاتل أو لم يقاتل .

وكذا النساء والصبيان . واعتبار الإذن في حقِّ الكافر ؛ لأنه مُتَّهم .

---

(١) في (أ) : « وليس » .

(٢) كلمة : « تقديمًا » ليست في (أ) .

(٣) قال في الروضة : « وإن حضر الذمي بغير إذن الإمام لم يستحق شيئًا على الصحيح ، بل يعزره الإمام آن ذلك ، وإن حضر بإذنه ، فإن كان استأجره فله الأجرة فقط ، وإلا فله الرضخ على الصحيح .

النظر الثالث

في السَّلَب

وهو للقاتل نادى الإمام أو لم يُنَادِ ، خلافا لأبي حنيفة – رحمه الله – ؛ لعموم قوله – عليه الصلاة والسلام – : « مَنْ قتل قتيلًا فله سَلَبُه » [١] .

ثم النظر في أربعة أركان :

الركن [٢] الأول : في سبب الاستحقاق :

وهو ركوبُ الغَرَرِ في قهر كافرٍ / مُقْبِلٍ على القتال بما يكفي [٣] بالكُلِّيَّة شرَّه [٣] . ١٤٥/ب

فالحد مقيَّدٌ بثلاث شرائط [٤] :

الأول : ركوب الغَرَر ، فلو رَمَى من حصنٍ أو من وراء الصف وقَتَل : لم يستحق ؛ لأن السَّلَبَ حَثٌّ على الهجوم على الخطر .

والثاني : أنه إن [٥] قَهَر الكافرَ بالإثخان وإن لم يَقْتُلْه : ....

---

(١) الحديث أخرجه البخاري : (٦ / ٢٨٤) (٥٧) كتاب فرض الخمس (١٨) باب من لم يخمس الأسلاب ومن قتل قتيلًا فله سلبه (٣١٤٢) ولفظه : « من قتل قتيلًا له عليه بينة فله سلبه » ، ومسلم : (٣ / ١٣٧٠) (٣٢) كتاب الجهاد والسير (١٣) باب استحقاق القاتل سلبَ القتيل (١٧٥١) ، وأبو داود : (٣ / ٧٠) كتاب الجهاد – باب في السلب يعطى القاتل (٢٧١٧) ، والترمذي : (٤/ ١١١) (٢٢) كتاب السير (١٣) باب ما جاء في من قتل قتيلًا فله سلبه (١٥٦٢) ، وابن ماجه : (٢ / ٩٤٧) (٢٤) كتاب الجهاد (٢٩) باب المبارزة والسلب (٢٨٣٨) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ١٠٥) حديث رقم : (١٤٠١) .

(٢) كلمة : « الركن » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « شره بالكلية » .

(٤) في (أ) : « شروط » .

(٥) في (ب) : « إن كان » .

استحق ، (1 وإن قَتَله غيرُه لم يستحق 1) ؛ قتل ابنُ مسعود أبا جهل فلم يُعْطَ سَلَبَه ؛ إذ كان أثخنه غيرُه (2) .

ولو اشترك رجلان في القتل اشتركا في السلب .

وقطعُ اليدين والرجلين جميعًا إثخانٌ ، وقطع اليدين دون الرجلين ، أو الرجلين دون اليدين فيه قولان (3) ؛ لأنه يَعْدُو برِجْلِه عند فقدِ اليد فيجمع العسكرَ ، ويقاتل بيده راكبًا عند فقد الرِّجْل (4) .

أما إذا أَسَرَ كافرًا وسلَّمه إلى الإمام فقولان :

الأصح (5) : أنه يستحق سلبَه ؛ لأنه قهرٌ تام بما يكفي شرَّه .

والثاني : لا ؛ لأنه لم يَقْتُلْ ولا مَهَّدَ سبيلَ القتل بالجراحة .

---

(1) ما بين القوسين ليس في (أ) ، (ب) .

(2) انظر ذلك في : صحيح البخاري : (٦ / ٢٤٨) (٥٧) كتاب فرض الخمس (١٨) باب من لم يخمس الأسلاب (٣١٤١) ، (٨ / ٣٤٢) (٦٤) كتاب المغازي (٨) باب قتل أبي جهل (٣٩٦١ ، ٣٩٦٢ ، ٣٩٦٣) ، ومسلم : (٣ / ١٣٧٢) (٣٢) كتاب الجهاد والسير (١٣) باب استحقاق القاتل سلب القتيل (١٧٥٢) (٣ / ١٤٢٤) (٣٢) كتاب الجهاد والسير (٤١) باب قتل أبي جهل (١٨٠٠) ، وأبو داود : (٣ / ٦٧) . كتاب « الجهاد » - باب في الرخصة في السلاح يقاتل به في المعركة (٢٧٠٩) ، (٣ / ٧٢ ، ٧٣) كتاب الجهاد - باب من أجاز على جريح مثخن ينَفَّل من سلبه (٢٧٢٢) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ١٠٤) حديث رقم : (١٤٠٠) .

(3) قال في الروضة : « فلو قطع يديه أو رجليه ، أو يدًا ورجلًا ، فهو إثخان على الأظهر ، وهو رواية المزني ، وبه قطع جماعة » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٣) .

(4) في (أ) : « الرجلين » .

(5) في الروضة : الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٣) .

وعلى الصحيح : لو فاداه الإمام أو استرقه ، ففي (١ رقبته ومالِ ١) الفداء قولان في أنه هل يكون من جملة السلب (٢) ؟

الشرط الثالث : كونُ القتيل مقبلًا على القتال ، فلو قَتَلَ منهزمًا أو نائمًا أو مشغولًا بالأكل : لم يستحق .

الركن الثاني : (٣ في المستحق ٣) .

وهو كلُّ مَنْ يستحق السهمَ الكاملَ من الغانمين .

ومستحق الرضخ ، هل يستحق السلبَ إذا قَتَلَ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم (٤) ؛ لعموم قوله – عليه الصلاة والسلام – : « مَنْ قتل قتيلًا فله سَلَبُه » (٥) .

والثاني : لا ؛ لأنهم كما اسْتُثْنُوا عن عموم آية الغنيمة (٦) يُسْتَثْنَوْنَ عن عموم الحديث .

أما الذمي ، إذا قَتَلَ فلا يستحق السلبَ (٧) . قطع به القاضي ، وذكر وجهين فيمَنْ قتل امرأةً كافرةً أو مراهقًا كافرًا ، في أنه هل يستحق سلبه ؟

---

(١) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٢) قال في الروضة : « ويشبه أن يكون الأظهر هنا : المنع ؛ لأن اسم السلب لا يقع عليه » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٤) .

(٣) في (أ) : « مستحق السلب » .

(٤) وهو المذهب . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٤) .

(٥) سبق تخريجه قريبًا .

(٦) وهي قوله تعالى : ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن اللّه خُمُسَه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكينِ وابن السبيل إن كنتم آمنتم باللّه وما أنزلنا على عبدنا يوم الفرقان يوم التقى الجمعان واللّه على كل شيء قدير ﴾ الآية (٤١) من سورة الأنفال .

(٧) وهو المذهب . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٤) .

ومنشأ التردد : تعلُّقُ [١] التحريم بالقتل [٢] .

الركن الثالث : [٣] في حدِّ السَّلب [٣] .

[وهو [٤]] كلُّ ما تَثْبُتُ يدُ القتيل عليه ، مما هو عِدَّةُ القتال وزينةُ المقاتل ، كثيابه وسلاحه وفرسه .

وما خلَّفه في خيمته من كُرَاعٍ وسلاحٍ لا يستحقه القاتل .

والصحيح : [٥] أنه يستحق ما معه من الخاتم والسُّوَار والمِنْطَقَة [٥] .

وما معه من الدنانير [٦] التي استصحبها للنفقة [٦] ، فقولان [٧] مشهوران :

أقيسهما : أنه يستحق ؛ لأن جملةَ ما معه مَطْمَعُ المقاتِل [٨] .

والثاني : لا يستحق ، كالحقيبة المشدودة على فرسه وفيها أقمشةٌ ودنانير ، فإنه لا يَملك [٩] ، اتفق عليه الأصحاب .

---

(١) في (أ) : « تعليق » .

(٢) قال في الروضة : « ولو كان الكافرُ امرأة أو صبيًا ، إن كان لم يقاتل لم يستحق ؛ لأن قَتْلَه حرام . وإن كان يقاتل استحق سلبه على الأصح ، والعبد كالصبي . وقيل بالاستحقاق قطعًا » . روضة الطالبين: (٦ / ٣٧٤) .

(٣) في الأصل : « السلب وحده » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) قال في الروضة : « وفيما عليه من الزينة ، كالطوق ، والسوار ، والمنطقة ، والخاتم ، والهميان ، وما فيه من النفقة ، فقولان – ويقال : وجهان – : أحدهما : ليست سلبًا ، كثيابه وأمتعته المخلَّفة في خيمته . وأظهرهما : أنها سلب ؛ لأنها مسلوبة » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٥) .

(٦) في (أ) : « استصحبه برسم النفقة » .

(٧) في (أ) : « فيه وجهان » .

(٨) في (أ) : « للقاتل » .

(٩) في (ب) : « تملك » .

وقال القاضي : لابد من إجراء الخلافِ فيه ، والقياس ما قاله .

وأما (١ الدابة التي معه ، ففيه ١) قولان :

أحدهما : لا يستحق ؛ لأنه ليس مقاتلًا عليها (٢) .

والثاني : نعم ؛ لأنه قد يعجز الواحدُ فيقاتل على الثاني ، فهو كما لو كان يقاتل (٣) راجلًا وهو قابضٌ للِّجَامِ (٤) فرسه ، فإنه يستحق سهمَ الفرس (٥) .

الركن الرابع : في حكم السَّلب :

وحكمُه : أنه يفرز من رأس المال الغنيمة لصاحبه ، ثم تُقَسَّم الغنيمة بعده ، ولا ينحصر في خمس الخمس ، بخلاف الرَّضْخ والنَّفَل على رأي .

وهل يُخْرَج الخُمُسُ من السلب ؟

ذكر الفوراني قولين ، والقياس : أنه يُخْرَج ، ولكن نُقِلَ عن خالد بن الوليد أنه ﷺ « قضى بالسَّلَبِ للقاتل ، ولم يُخَمِّسْ » (٦) . فاتباع الحديث أولى .

* * *

---

(١) في (أ) : « الجنيبة التي للمقاتل معه ، فيها » .

(٢) في الأصل ، (ب) : « عليه » ، والمثبت من (أ) .

(٣) كلمة : « يقاتل » ليست في (أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بلجام » .

(٥) قال في الروضة : « والجنيبة التي بين يديه ، فيها هذا الخلاف [أنها سلب أم لا] . وقيل بالمنع . والأصح : أنها سلب ، صححه الروياني وغيره » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٥) .

(٦) الحديث أخرجه مسلم : (٣ / ١٣٧٣) (٣٢) كتاب الجهاد والسير (١٣) باب استحقاق القاتل سلب القتيل (١٧٥٣) ، وأبو داود : (٣ / ٧١ ، ٧٢) كتاب الجهاد - باب في الإمام يمنع القاتل السلب إذا رأى (٢٧١٩) ، (٢٧٢٠) ، باب في السلب لا يخمس (٢٧٢١) ، وأحمد في مسنده : (٦ / ٢٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ٣١٠) باب ما جاء في تخميس السلب . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ١٠٥) حديث رقم : (١٤٠٢) .

النظر الرابع

في قسمة الغنيمة

وفيه مسائل :

الأولى : إذا مَيَّز الإمامُ الخُمُس والسلب والرضخ والنفل على التفضيل الذي تقدَّم قَسَّمَ الباقيَ على الغانمين بالسَّوِيَّة ، وقَسَّم العقارَ كما يُقسم المنقولَ ، ويعطي الفارسَ ثلاثةَ أسهمٍ والراجلَ سهمًا واحدًا ، ولا يُؤَخِّر القسمةَ إلى دار السلام . هكذا فعله رسولُ اللّه ﷺ (١) .

وقال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : لا يجوز القسمةُ في دار الحرب ، ولا يُعْطَى الفارسُ إلا سهمَيْن ، ويتخيَّرُ الإمامُ في العقار بين الردِّ على الكفار ، أو الوقوف على المسلمين ، أو القسمة على الغانمين .

والكلُّ مردودٌ عليه بالأحاديث .

الثانية (٢) : مستحق (٣) الغنيمة : مَنْ شهد الوقعةَ مع تجريد القصد لنصرة المسلمين ، فلو لم يَحْضُرْ في الابتداء ولَحِقَ بعد حِيازة الغنيمة وانقضاءِ الحرب : لم

---

(١) أخرجه البخاري : (٦ / ٧٩) (٥٦) كتاب الجهاد والسير (١٥) باب سهام الفرس (٢٨٦٣) ، وطرفه : (٤٢٢٨) ، ومسلم : (٣ / ١٣٨٣) (٣٢) كتاب الجهاد والسير (١٧) باب كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين (١٧٦٢) . وأبو داود : (٣ / ٧٥ ، ٧٦) كتاب الجهاد - باب سهمان الخيل (٢٧٣٣ ، ٢٧٣٤ ، ٢٧٣٥ ، ٢٧٣٦) ، والترمذي : (٤ / ١٠٥) (٢٢) كتاب السير (٦) باب في سهم الخيل (١٥٥٤) ، والنسائي : (٦ / ٢٢٨) (٢٨) كتاب الخيل (١٧) باب سهمان الخيل (٣٥٩٣) ، وابن ماجه : (٢ / ٩٥٢) (٢٤) كتاب الجهاد (٣٦) باب قسمة الغنائم (٢٨٥٤) ، السنن الكبري : (٦ / ٣٢٤ ، ٣٢٥) . وراجع التخليص الحبير : (٣ / ١٠٥ ، ١٠٦) حديث رقم : (١٤٠٦) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (ب) : « دو مستحق » .

يشترك [1] في الاستحقاق .

وقال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : يشترك في الاستحقاق إذا لَحِقَ في دار الحرب .

وإن لَحِقَ قبل انقضاء الحرب شارك في الاستحقاق ؛ لشهود الوقعة وحصولِ الغَنَاء .

وإن كان بعد انقضاء الحرب وقبل حيازة الغنيمة فقولان ، يُنْظَر في أحدهما إلى سبب الحيازة - وهو القتال - وفي الثاني إلى نفس الحيازة [2] .

أما الثاني إذا حضر في الابتداء ثم مات : فإن كان بعد انقضاءِ [3] القتال انتقل سهمُه إلى ورثته ؛ لأنه مَلَكَ بتمام القتال .

وإن كان قبل الشروع في القتال فلا حقَّ لورثته .

وإن كان في أثناء القتال ، نصَّ الشافعي (رضي اللّه عنه) [4] على أنه [5] لاحقَّ لورثته ، ولكن نصَّ في موت الفرس في أثناء القتال أنه يستحق سهمَه .

فمن الأصحاب من قال قولان بالنقل والتخريج ؛ إذ لا فَرْقَ بين [6] الفرس والفارس [6] .

ففي قول : يستحق بشهوده بعضَ الوقعة .

---

(١) في (أ) : « يشارك » .

(٢) قال في الروضة : « وإن حضر بعد انقضائه [أي : القتال] وقبل حيازة المال ، فقولان - وقيل : وجهان - : أظهرهما : لا يستحق . والثاني : بلى . وقيل : إن خيف رجعةُ الكفار استحق . وإلا فلا » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٧) .

(٣) في (أ) : « انفصال » .

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « أن » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « الفارس والفرس » .

وفي قول : لا يستحق ؛ نظرًا إلى آخر الأمر ، فإنه محل الخطر .

ومنهم من قَرَّر النصين وقال : إذا مات الفرسُ فالمتبوعُ قائمٌ ، بخلاف ما إذا مات الفارسُ .

ومهما مرض مرضًا لا يُرْجَي زوالُه ، قال العراقيون : هو كالموت .

وذكر الفوراني قولين ، ووجه القول الآخر : المصلحةُ في حاجة المريض إلى المعالجة ونفقة الإياب [١] بخلاف الميت ، وإن كان المرضُ مما يُرْجَى زوالهُ فلا يُمْتنَع الاستحقاقُ لا في ابتداء القتال ولا في دوامه .

أما إذا هرب عن القتال سقط سهمُه إلا إذا هرب متحيِّزًا إلى فئة أخرى أو متحرفًا لقتال . ومهما ادَّعى ذلك / فالقول قوله مع يمينه [٢] . ١٤٦/أ

وأما [٣] المُخَذِّلُ للجيش والمضعف لقلوبهم ، ينبغي أن يُخْرَج من الصف ، فإن حضر : لم يستحق لا السلبَ ولا الغنيمةَ ولا الرضخ ؛ فإنه أسوأُ حالًا [٤] من المنهزم .

المسألة الثالثة : إذا وَجَّه الإمامُ سريةً من جملة الجيش فغنمت شيئًا ، شارك [٥] في استحقاقها [٦] جيشُ الإمام [٧] إذا كانوا بالقرب مترصِّدين لنصرتهم [٨] .

---

(١) هذا القول هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٨) .

(٢) قال في الروضة : « ومن هرب ثم ادعي أنه كان متحرِّفًا أو متحيزًا ، قال الغزالي : يُصَدَّق بيمينه . وقال البغوي : إن لم يَعُدْ إلا بعد انقضاء القتال لم يصدق ؛ لأن الظاهر خلافه . وإن عاد قبله صُدِّق بيمينه . فإن حلف استحق من الجميع . وإن نكل لم يستحق إلا من المحوز بعد عوده . قلت : الذي قاله البغوي أرجح ، واللّه أعلم » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٧ ، ٣٧٨) .

(٣) في (ب) : « أما » بدون الواو .

(٤) في (ب) : « أحوالًا » .

(٥) في (أ) : « شاركها » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « الاستحقاق » .

(٧) في (أ) : « الإسلام » .

(٨) قال في الروضة : « بعث الإمام أو أمير الجيش سرية إلى دار الحرب وهو مقيم ببلده ، فغنمت ، لم =

وحَدُّ القربِ : ما يُتَصوَّرُ فيه الإمدادُ عند الحاجة .

وقال القفال : القربُ بالاجتماع في دار الحرب وإن تباعدوا ، وهو بعيد (١) .

ولو بعث سريتين ، فما أخذ كلٌّ (٢ واحدٍ منها ٢) مقسوم على جميع الجيش وعلى السريتين عند التقارب .

وذكر القاضي وجهًا : أن إحدي السريتين لا تشارك (٣) الأخرى ، ولكن (٤ الجيش يشاركهما ٤) جميعا (٥) .

المسألة الرابعة (٦) : الذين حضروا لا لقصد الجهاد (٧) ، كالأجير والتاجر والأسير :

= يشاركها الإمام ومن معه من الجيش .

قلت : سواء كانت دار الحرب قريبة أم لا . حتى لو بعث سرية وقصد الخروج وراءها ، فغنمت السرية قبل خروجه ، لم يشاركها وإن قربت دار الحرب ؛ لأن الغنيمة للمجاهدين ، وقبل الخروج ليسوا مجاهدين ، والله أعلم » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٩) .

وقال في الروضة أيضًا : « ولو دخل الإمام أو الأمير دار الحرب ، وبعث سرية في ناحية فغنمت ، شاركهم جيش الإمام . ولو غنم الجيش شاركته السرية ؛ لاستظهار كلٍّ بالآخر » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٩) .

(١) قال في الروضة : « وحدُّ القرب : أن يبلغهم الغوث والمدد منهم إن احتاجوا ، ولم يتعرض أكثر الأصحاب لهذا ، واكتفَوْا باجتماعهم في دار الحرب . قلت : هذا المنقول عن الأكثرين ، وهو الأصح أو الصحيح ، والله أعلم » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٩ ، ٣٨٠) .

(٢) في (أ) : « واحد منهما » .

(٣) في (ب) : « يشارك » .

(٤) في (ب) : « الإمام يشاركها » .

(٥) قال في الروضة : « ولو بعث سريتين إلى جهة اشترك الجميع فيما يغنم كل منهما . ولو بعثهما إلى جهتين ، فكذلك على الصحيح . وقيل : لا شركة بين السريتين هنا » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٩) .

(٦) في الأصل : « الثالثة » ، والمثبت من (أ) و (ب) .

(٧) في (أ) : « القتال » .

ففي الأجير على سياسةِ الدواب وغيره ثلاثة أقوال :

أحدها : لا يستحق شيئًا ؛ لأنه لم يُخَرِّج القصدَ للنصرة .

والثاني : يستحق ؛ لأنه قاتل فجمع بين القصدين ، فإن لم يقاتل فلا يستحق قطعًا .

والثالث : أن قصدَه مردودٌ (١) فيُخَيَّر بين إسقاطِ الأجرة وبين طلبها ، فإن أعرض عن الأجرة استحق السهمَ وإلا فلا (٢) .

ومن أي وقت تسقط (٣) أجرتُه ‹٤ إذا أعرض ٤› ؟ فيه وجهان :

أحدهما : مِن وقت دخول دار الحرب .

والثاني : من وقت ابتداء القتال (٥) ؛ إذ هو السببُ الخاص في الملك .

هذا في أجير استؤجر لا ‹٦ لأجل الجهاد ٦› ، فإن استؤجر للجهاد وهو مسلمٌ : فالإجارة فاسدةٌ إذ يجب عليه الصبرُ عند الوقوف في الصف .

وإذا (٧) سقطت أجرتُه فهل يستحق السهم ؟ وجهان ، ووجه المنع : أنه أعرض

---

(١) في (أ) : « متردد » .

(٢) قال في الروضة : « إذا شهد الأجير مع المستأجر الوقعة ، نظِر ، إن كانت الإجارة لعمل في الذمة بغير تعيين مدة ، كخياطة ثوب وبناء حائط ، استحق السهم قطعًا . وإن تعلقت بمدة معينة ، بأن استأجره لسياسة الدواب وحفظ الأمتعة شهرًا ، فنقل الغزالي والبغوي : أنه إن لم يقاتل فلاسهم له ، وإن قاتل فثلاثة أقوال . وأطلق المسعودي وآخرون الأقوال من غير فرق بين أن يقال أولا ، وكذلك أطلقها الشافعي – رضي اللّه عنه – في « المختصر » . أظهرها : له السهم ؛ لحضور الواقعة . والثاني : لا . وعلى هذين يستحق الأجرة بمقتضى الإجارة . والثالث : يخير بين الأجرة والسهم ، فإن اختار الأجرة فلا سهم ، وإن اختار السهم فلا أجرة » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٨٠)

(٣) في (ب) : « يسقط » .

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٥) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٨١) .

(٦) في (أ) : « للجهاد » .

(٧) في (أ) : « فإذا » .

عنه ؛ طمعًا في الأجرة .

وإن كان كافرًا واستأجره الإمام : صحت الإجارةُ ، وإن استأجره أحادُ الرعايا : فلا .

وأما التاجر : إذا قاتل فقولان كما في الأجير ؛ إذ القولُ الثالث بإسقاط مال الإجارة [١] غيرُ ممكن [٢] .

أما الأسير : إذا كان من هذا الجيش وعاد [٣] : استحق ، قاتل أو لم يقاتل ؛ لأنه في مقاساة أمرِ الكفار .

وإن كان من جيشٍ آخرَ وأُسِرَ [٤] من قبل ، فإن التحق بالصف وقاتل : استحق ، وإلا فقولان .

وإن كان كافرًا وأسلم والتحق بجند الإسلام : استحق السهمَ ، قاتل أو لم يقاتل ؛ لأنه قَصَدَ إعزازَ الإسلام ، والأسيرُ دونه ؛ فإنَّ قَصْدَه الخلاصُ ، والأجيرُ دون الأسير ؛ لأن قصْدَه الإفلاتُ ، وقهرُ الكفار بخلاف قصد الأجير .

المسألة الخامسة [٥] : لا يُعْطَي سهمُ الفرس إلا لراكبِ الخيل ، دون راكبِ الفيل [٦] والناقة والبغْلَةِ ؛ لأن الكَرَّ والفَرَّ من خاصية الخيل .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « التجارة » .

(٢) قال في الروضة : « تجارة السكر وأهل الحرف ، كالخياطين ، والسرَّاجين ، والبزازين ، والبقالين ، وكل من خرج لغرض التجارة أو معاملة ، إذا شهدوا الوقعة ففي استحقاقهم السهم طرق : المذهب : أنهم إن قاتلوا استحقوا ، وإلا فلا ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » . وقيل بالاستحقاق مطلقًا ، وهو الأصح عند الروياني ، وبالمنع مطلقًا . وإذ لم نُسْهِمْ لهم فلهم الرضخ على الأصح » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٨٢) .

(٣) في (أ) : « فعاد » .

(٤) في (أ) : « أسر » بدون الواو قبلها .

(٥) في الأصل و (ب) : « الرابعة » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « الجمل » .

ثم يستوي فيه العتيقُ - وهو الذي أبواه عربيان - (١ والبِرْذَوْنُ - وهو ١) الذي أبواه أعجميان ، والمُقْرِفُ - (٢ وهو الذي أمُّه عربية وأبوه غيرَ عربي ٢) ، والهَجِينُ وهو عكس ذلك .

ثم لا يُدْخِلُ الإمامُ في الصف من الخيل إلا شديدًا ، أما الفرسُ الضعيف والأعْجَفُ (٣) قال الشافعي - رحمه اللّه - في الأم : قد قيل : يُسْهم له . وقيل : لا يسهم له .

فقال الأصحاب : قولان ، يُنْظَرُ في أحدهما إلى الجيش ويعرض عن الأحوال ، وينظر في الثانيِ إلى تعذُّر القتال عليه .

ولا شَكَّ أنه إذا أمكن القتالُ عليه اسْتُحق سهمُه .

فروع :

الأول : لو أحضر فرسَيْنْ : لم يستحق إلا لفرسٍ واحد .

قال الشافعي - رحمة اللّه - : لو أعطى للثاني أعطى للثالث ، أي (٤) لا ضَبْطَ بعده .

الثاني : أن القتالَ إذا كان على خندق أو على حصن ، (٥ واستغنى عن الفرس ٥) : فللفارس سهمُه ؛ لأنه ربما يَحْتاج إليه .

---

(١) في (أ) : « فالبرذون فهو » .

(٢) في (أ) : « وهو الذي أمة عربية » ، وفي (ب) : « هو الذي أبوه غير عربي » .

(٣) قال في الروضة : « ليتعهد الإمام الخيل إذا أراد دخول دار الحرب ، فلا يُدْخِل إلا فرسًا شديدًا ، ولا يدخل خطمًا - وهو الكسير - ، ولا قَحْمًا - وهو الهرم - ، ولا صرَعًا - وهو الصغير الضعيف - ، ولا أعجفَ رازحًا - والأعجف : المهزول ، والرازح : هو بيِّنُ الهزال » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٨٣) .

(٤) في (أ) : « إذا » .

(٥) في (أ) : « فاستغنى عن الفارس » .

الثالث : لو كان الفرسُ مستعارًا أو مستأجرًا : فسهُمه لراكبه .

وإن كان مغصوبًا : فقولان - على أن سهمه للمالك أو للغاصب - يَقْرُبان من القولين في أن ما ربحه التاجرُ على المال المغصوبِ بالتجارة للغاصب أم لا [1] ؟

* * *

(١) قال في الروضة : « وأما الفرس المغصوب ، فالمذهب : أنه يسهم له ، ويكون سهمه للغاصب . وقيل : للمغصوب منه . وقيل : لا يسهم له ؛ لأن إحضاره حرام ، فهو كالمعدوم » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٨٤) .

كتاب قسم الصدقات

وفيه بابان

الباب الأول في المستحقِّين

وفيه ثلاثه فصول :

الفصل الأول

في بيان الأصناف الثمانية المذكورة في كتاب اللّه تعالى (١)

الصنف الأول : الفقير :

وهو (٢) الذي لا يملك شيئًا أصْلًا ولا (٣) يَقْدِر على الكسب .

والظاهر : أنه لا يُشْترط الزمانةُ ولا التعفُّفُ عن السؤال ، وللشافعي - رضي اللّه عنه - قولان [قديم] (٤) في اشتراطهما .

فروع :

أحدها : أن الفقيرَ القادر على الكسب ؛ إذا لم يقدر إلا بآلة : جاز أن يُعْطَى الآلَةَ من سَهم الفقراء ، حتى لو لم يَعْرِف إلا التجارةَ وافتقر إلى ألف درهم يجعله (٥) رأس المال : يجوز أن يعطى .

فكذلك مَنْ يَقْدِرُ أن يكتسب كسبًا لا يليق بمروءته يجوز أن يعطى .

---

(١) وهو قوله تعالى : ﴿ إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملينَ عليها والمؤلفةِ قلوبُهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل اللّه وابن السبيل فريضةً من اللّه واللّه عليم حكيم ﴾ الآية (٦٠) من سورة التوبة .

(٢) في (أ) : « فهو » .

(٣) في (أ) : « فلا » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) : « يجعلها » .

وكذا المُتَفَقِّهُ ، إذا (١) كان يتشوَّش عليه التفقُّهُ إن اشتغل بالكسب ، يُعْطَى سهمَ الفقراء .

والمتصرِّفُ الذي يمنعه الكسبُ عن استغراق الوقت بالعبادات (٢) لا يُعطى سهم الفقراء ؛ لأن الكسبَ أولى منه ؛ قال - عليه الصلاة والسلام - : « الكسبُ فريضةٌ بعد الفريضة » .

وقال عمر - رضي اللّه عنه - : كسبٌ في شبهة خيرٌ من مسألة الناس .

الثاني : المكفِيُّ بنفقة أبيه ، فيه وجهان :

أحدها : لا يُعطى سهم الفقراء ؛ لاستغنائه به .

والثاني : يُعطى ؛ لأنه استحق النفقةَ لفقره ، فتُزَالُ بالصدقة حاجتُه إلى الأب (٣) .

وعلى هذا لا يجوز للأب أن يَصْرِفَ إليه زكاتَه ؛ لأنه يدفع به استحقاقَ النفقة عن نفسه ، وله أن يَصْرِفَ إليه سهمَ الغارمين ؛ لأن قضاءَ دَيْنه غيرُ واجبٍ عليه .

الثالث (٤) : الفقيرةُ التي لها زوجٌ غَنِيٌّ .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إن » .　　　　(٢) في (ب) : « العبادة » .

(٣) قال في الروضة : « المكفيُّ بنفقة أبيه وغيره ممن تلزمه نفقته ، والفقيرة التي ينفق عليها زوج غني ، هل يعطيان من سهم الفقراء ؟ يبنى على مسألة وهي : لو وقف على فقراء أقاربه ، أو أولهم ، وكان في أقاربه ، هل يستحقان سهمًا من الوقوف ولاوصية ؟ فيه أربعة أوجه : أصحها : لا ، قاله أبو زيد والخضري ، وصححه الشيخ أبو علي وغيره . والثاني : نعم . قاله ابن الحداد . والثالث : يستحق القريب دون الزوجة ؛ لأنها تستحق عوضًا ، وتستقر في ذمة الزوج ، قاله الأودني . والرابع : عكسه . والفرق : أن القريب تلزم كفايته من كل وجه ، حتى الدواء وأجرة الطبيب ، فاندفعت حاجاته ، والزوجة ليس لها إلا مقدر ، وربما لا يكفيها . وأما مسألة الزكاة ، فإن قلنا : لا حق لها في الوقف والوصية ، فالزكاة أولى ، وإلا فيعطيان على الأصح . وقيل : لا يعطيان ، وبه قال ابن الحداد » . روضة الطالبين : (٢ / ٣٠٩ ، ٣١٠) .

(٤) في (أ) : « الثالثة » ، وهو خطأ .

وفي صرف سهم الفقراء والمساكين إليها وجهان قريبان على المكفيِّ بالأب / ١٤٦،/ب وأولى بالمنع ؛ لأن استحقاقَها النفقةَ ليس بالحاجة ، [بل عوضًا عن الحبس] [(١)] ، فكان كما لو استغنت باستحقاق المَهْرِ .

فإن جوَّزنا ، فلا فَرْقَ بين الزوج والأجنبيِّ ؛ إذ لا تندفعُ النفقةُ عن الزوج بزوال فقرها .

الصنف الثاني : المساكين :

وهو [(٢)] كلُّ مَنْ مَلَكَ ما يقع من كفايته موقعًا ، ولكن لا يَفِي بكفايته ، ويَدْخُلُ فيه كلُّ مَنْ له كسبٌ ولكن لا يفي دَخْلُه بخَرْجِهِ .

والقادر على كسبٍ يفي بخَرْجه [(٣)] لم يُعْطَ [٣)] .

وقال مالك : مَنْ مَلَكَ نصابًا [(٤)] لم يعطَ [٤)] بحال ، وإن لم يملك : أُعْطِي وإن كان كَسُوبًا .

والفقير [(٥)] عندنا أشدُّ حالًا من المسكين [٥)] خلافًا لأبي حنيفة ؛ إذ قال : المسكين من لا شيء له .

وقد قال اللّه تبارك وتعالى : ﴿ أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَٰكِينَ يَعْمَلُونَ فِي ٱلْبَحْرِ [(٦)] ﴾ [(٧)] .

وكان [(٨)] رسول اللّه ﷺ يتعوَّذُ من الفقر ويقول : « [اللهم] [(٩)] أَحْيِني مسكينًا

(١) زيادة من (ب) .
(٢) في (أ) : « فهو » .
(٣) في (أ) : « لا يعطى » .
(٤) في (أ) : « لا يعطى » .
(٥) في (أ) : « أشد حالًا من المسكين عندنا » .
(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٧) من الآية (٧٩) من سورة الكهف .
(٨) في (أ) : « فكان » .
(٩) زيادة من (أ) .

وأمتْني مسكينًا » (١) .

فتدل (٢) الآيةُ على أن المسكينَ له شيءٌ ، والخَبَرُ دلَّ على أن الفقيرَ أشدُّ حالًا .

الصنف الثالث : العاملون على الزكاة .

وهم السُّعَاةُ والحُسَّاب (٣) ، والكُتَّاب ، والقسَّامون ، والحاشر ، والعَرِيف .

وأما (٤) القاضي والإمام فلا ، ورزقُهم في خمس الخمس المُرْصَدِ للمصالح العامة ؛ لأن عملهم عام .

ورُوِي أن عمر بن الخطاب - رضي اللّه عنه - أرصد (٥) لنفسه ناقةً من الفيء يُفْطِرُ على لَبَنِها ، فأبطأت ليلةً في المرعى فحُلِبَ [له] (٦) من نَعَمِ الصدقة فأعجبه ذلك فسأل عنه ، فقيل [له] (٧) : إنه من نَعَمِ الصدقة . فأدخل أصبعه في حَلْقِه واستقاءه (٨) ، وغرم قيمتَه من المصالح .

فرعان :

أحدهما : في أجرة الكيَّال وجهان :

أحدهما : أنه من سهم العاملين ؛ إذ به يَتمُّ العملُ ، وإيجابه [على المالك] (٩)

---

(١) رواه الترمذي : (٤ / ٤٩٩) (٣٧) كتاب الزهد (٣٦) باب ما جاء في فضل الفقر عن أنس ، رقم : (٢٣٥٢) ، عن أبي سعيد الخدري رقم : (٤١٢٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٧ / ١٢) كتاب قسم الصدقات - باب ما يُسْتدل به على أن الفقير أَمَسُّ حاجةً من المسكين . عن أنس ، وعبادة بن الصامت . وصححه الشيخ الألباني في الإرواء : (٣ / ٣٥٨) رقم : (٨٦١) .

(٢) في (أ) : « فدلت » .

(٣) في (أ) : « فالحساب » .

(٤) في (أ) : « أما » بدون الواو .

(٥) في (أ) : « أرصد » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « فاستقاءه » .

(٩) زيادة من (أ) .

إيجابُ زيادةٍ على العُشْر . وهو اختيار أبي إسحاق .

وقال ابن أبي هريرة : على المالك ؛ لأنه للإيفاء ، وهو واجب عليه [(١)] .

الثاني : إن فَضَلَ الثَّمَنُ عن أجرةِ مِثْلِ العامل صُرِفَ إلى بقية الأصناف ، ولا يزاد على أجرة المثل ؛ لأنه عِوضُ العمل .

وإن نقص عن أجرة عملهم ، فقد قال الشافعي - رضي اللّه عنه - : يُتَمَّمُ من بيت المال ، ولو قيل : يُتَّمم من بقية الأصناف فلا بأس .

فَمن الأصحاب من قال : قولان . ومنهم من قال : يتخير الإمامُ وينظر إلى سَعَةِ الصدقات وسَعَةِ بيت المال ويَتَّبِعُ فيه المصلحةَ [(٢)] .

الصنف الرابع : المُؤَلَّفَةُ قلوبُهم :

ومَنْ ينطلق عليهم هذا الاسمُ ثلاثةُ أقسام : .

الأول : كافرٌ يُتَأَلَّفُ قلبُه ؛ لارتقاب إسلامه ، وإما لاتِّقاءِ شرِّه ، وإما لأنه رجلٌ مطاع يُسْلِمُ بإسلامه جماعةٌ منهم [(٣)] .

فهذا لا يُعْطَى أصْلًا ، أما من الصدقات فلأنَّه لاصدقةَ لكافر . وأما من المصالح فلأنَّا لا نُعْطِي على الإسلام شيئًا ، فمن شاء فلْيُؤْمِنْ ، ومن شاء فليكفر . هكذا قال عمر

---

(١) قال في الروضة : « وفي أجرة الكيال والوزان وعادِّ الغنم وجهان : أحدهما : من سهم العاملين ، وأصحهما : أنها على المالك ؛ لأنها لتوفيق ما عليه ، فهي كأجرة الكيال في البيع ، فإنها على البائع .

قلت : هذا الخلاف في الكيال ونحوه ، ممن يميز نصيب الفقراء من نصيب المالك . فأما الذي يميز بين الأصناف فأجرته من سهم العاملين بلا خلاف » . روضة الطالبين : (٢ / ٣١٣) .

(٢) المذهب إن نقص سهم العاملين عن أجرة عملهم : أنه يكمل من مال الزكاة ثم يقسم . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣٢٨) .

(٣) كلمة : « منهم » ليست في (أ) ، (ب) .

رضي اللّه عنه .

وقد أعطى رسولُ اللّه ﷺ صفوانَ بن أمية لهذا التأليف [١] ، ولكن أعطى [٢] من خمس الخمس ، فكان خاصَّ ملكِه [٣] .

القسم الثاني : مسلمٌ له شرفٌ وله نظراءُ في الكفرِ يُتَوَقَّعُ بإعطائه رغبةُ نظرائه في الإسلام .

أعطى أبو بكر - رضي اللّه عنه - عدي [٤] بن حاتم الطائي ثلاثين بعيرًا .

ويلتحق به مَنْ غيرُ صادقٍ في الإسلام ، فيُخْشَى عليه التغيُّر ، فيعطى ؛ تقريرًا على الإسلام .

أعطى رسولُ اللّه ﷺ عيينة [بن حصن] [٥] والأقرع بن حابس كلَّ واحدٍ منهما مائةً من الإِبل [٦] .

وفي الإعطاء بهذين الشيئين لهذا القسم قولان :

أحدهما : لا ؛ لأن الإسلامَ غَنيٌّ عن التأليف [٧] بعد أن أعزَّه اللّهُ [تعالى] [٨] بالظهور .

والثاني : نعم ؛ تأسِّيًا برسول اللّه ﷺ ، وعلى هذا قولان :

(١) في (أ) ، (ب) : « التألُّف » . (٢) في (أ) : « أعطاه » .

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى : (٧ / ١٧) كتاب الصدقات ، باب من يعطى من المؤلفة قلوبهم عن رافع بن خديج . وصححه الألباني في إرواء الغليل : (٣ / ٣٦٧) برقم : (٨٦٣) .

(٤) في (أ) : « لعدي » . (٥) زيادة من (ب) .

(٦) الحديث رواه مسلم : (٢ / ٧٤١) (١٢) كتاب الزكاة (٤٧) باب ذكر الخوارج وصفاتهم برقم : (١٠٦٤) عن أبي سعيد الخدري .

وروا البخاري : (٧ / ٦٦٥) (٦٤) باب بعث علي بن أبي طالب عليه السلام وخالد بن الوليد إلى اليمن قبل حجة الوداع برقم : (٤٣٥١) عن أبي سعيد الخدري نحوه .

(٧) في (أ) ، (ب) : « التألف » . (٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

أحدهما : يُعْطَى من المصالح ؛ لأن هذه مصلحةُ الإسلام .

والثاني : من الزكوات إذا ثبت سهمُ المؤلفة ، وهؤلاء أقربُ قومٍ إلى موجب اللفظ ؛ إذ تنزيلُه على الكفار (١) غيرُ ممكن .

القسم (٢) الثالث : قوم لا يأخذون شيئًا من الفيء ، وهم (٣) بالقرب من الكفار ونيتُهم (٤) غيرُ صادقةٍ (٥ في الجهاد ٥) . وتألُّفُ قلبِهم (٦) بإعطاء شيء للجهاد أهونُ من بَعْثِ سريةٍ إلى تلك الجهة .

ويلتحق بهؤلاء قومٌ لا تصدق نيتُهم في أخذ الزكاة ممن يَقْرُبُون منهم ، وتألُّفهم لطلب الزكوات من الأغنياء بأنفسهم – حتى يستغنيَ سعاةُ الإمام عن التوجُّه إليهم – أيسرُ من بعث السعادة .

فهؤلاء يعطون بهذين الشيئين قولًا واحدًا ، ولكن في محل العطاء أربعة أوجه :

أحدها : أنه من المصالح ، إذ المصلحةُ عامةٌ .

والثاني : من الصدقات ، وهو سهمُ المؤلفة .

والثالث : من سهم سبيلِ اللّه ؛ فإنه تألُّفٌ على الجهاد والغزو .

والرابع : إن رأى الإمامُ أن يجمع بين سهم المؤلفة وسهم سبيل اللّه – تعالى – فعل لاجتماع المعنيين .

الصنف الخامس : الرقاب :

ويصرف (٧) من الصدقات إلى المكاتِبين الذين عجزوا عن أداء النجوم .

---

(١) في (أ) : « الكافر » .
(٢) في (أ) : « الفصل » .
(٣) كلمة : « هم » ليست في (أ) .
(٤) في (أ) : « فنيتهم »
(٥) في (أ) : « للجهاد » .
(٦) في (أ) : « قلوبهم » .
(٧) في (أ) : « تصرف » .

وقال مالك - رحمه اللّه - : يشتري به عبيدًا ويعتقون .

فروع أربعة :

الأول : ليس للسيد صَرْفُ زكاتِه إلى مكاتبِ نَفْسِه ؛ لأنه عبدهُ ما بقي عليه درهمٌ .

الثاني : يُعْطَى المكاتبُ قَدْرَ دَيْنِه بعد حلول النَّجْمِ ، وهل [1] يُعْطَى قبله ؟ [فيه][2] وجهان [3] : يُنْظَر في أحدهما إلى الوجوب ، وفي الآخر إلى عدم المطالبة .

الثالث : إذا سُلِّمَ [4] إليه فأعتقه السيدُ [5] متبرعًا ، أو [6] أبرأه عن النجوم ، أو تبرَّع غيرُه بإعطائه وبالجملة : استغنى عما أَخَذَه .

فإن كان ذلك قد تَلِفَ في يده قبل العتق - ولو بإتلافه - فلا غرْمَ عليه .

وإن كان باقيًا في يده ، فالظاهر : أنه يُسْتَرَدُّ منه لانتفاء الحاجة . وقيل : فيه قولان :

وإن كان قد سلم إلى السيد ، ثم عجّزه / السيدُ ببقية النجُوم والعينُ قائمةٌ في يد ١٤٧/أ
السيد فالظاهر : أنه يُسْتَرَدُّ . ومنهم من طرد القولين .

الرابع : الأَوْلَى أن يُدْفَعَ إلى السيد لإذن المكاتب فلو سُلِّم بغير إذنه : لم يَجُزْ ، ولو سُلِّمَ إلى المكاتب بغير إذن السيد : جاز ؛ لأنه الأصلُ في الاستحقاق .

الصنف [7] السادس : الغارمون :

والديون ثلاثة :

---

(١) في (أ) : « فهل » .
(٢) زيادة من (ب) .
(٣) الأصح : أنه يجوز الصرف قبل حلول النجم . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣١٥) .
(٤) في (أ) : « أسلم » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « سيده » .
(٦) في (أ) : « و » .
(٧) في (أ) : « الفصل » .

الأول : دَيْنٌ لزمه بسببِ نَفْسِه ، فيقضى [(١)] من الصدقات بثلاث شرائط :

أن يكون الدَّيْنُ حالًّا ، والسببُ الذي فيه الاستقراضُ مباحًا ، (٢ وأن يكون هو ٢) مُعْسِرًا .

فإن كان مُوسِرًا : فلا يُعطى .

وإن كان مؤجَّلًا وله صَنيْعَةٌ وَقَفٍ يَدْخُلُ منها قدْرُ الدين : فلا يعطى ، وإن لم يكن فوجهان كالمكاتب [(٣)] .

وإن كان السببُ معصيةً كثَمَنِ الخمرِ أو السَّرَفِ في الإنفاق ، فإن كان مُصِرًّا : لا [(٤)] يعطى ، وإن كان تائبًا فوجهان [(٥)] ، يُنْظَرُ في أحدهما إلى الحال ، وفي الثاني إلى أول [الدين] [(٦)] .

الثاني : ما لزمه بسبب حَمَالَة تبرع بها ؛ تَطْفِيَةً لثائرة فتنة بين شخصين في قتيل أو (٧ في أمر تَعْظُمُ ٧) الفتنةُ فيه .

فإن كان معسرًا : يُقْضَى (٨ دَيْنُه ، وكذا ٨) إن كان يسارُه بالضِّباعِ والعُرُوض .

وإن كان غنيًّا بالنقد فوجهان :

---

(١) في (أ) : (ب) : « يقضي » .

(٢) في (أ) : « ويكون » .

(٣) قال في الروضة : « فإن كان مؤجلًا ففي إعطائه أوجه . ثالثهما : إن كان الأجل تلك السنة أعطي ، وإلا فلا يعطى من صدقات تلك السنة . قلت : الأصح لا يعطى ، وبه قطع في البيان ، والله أعلم » . روضة الطالبين : (٢ / ٣١٨) .

(٤) في (أ) : « فلا » .

(٥) جزم الرافعي في المحرر بأنه لا يعطى . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣١٧) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) : « أمر عظيم » .

(٨) في (أ) : « ديونه » .

أحدهما : لُيقْضَى كالغني بالعقار ؛ لأن سببَ قضائه كونُه مصروفًا إلى مصلحة (١) .

والثاني : لا ؛ لأن في تكليفِ بيع العقار هتكًا لمروءته .

الدين الثالث : دينٌ لزمه بطريق الضمانِ عن شخص ، فإن كانا مُعْسِرَيْن - أغْني الضامنَ والمضمونَ عنه - قضي من سهم الغارمين .

وإن كانا موسرَيْن ، أو كان المضمونُ عنه موسرًا : فلا يقضى ؛ لأنه فائدتَه ترجع (٢) إلى الموسر .

وإن كان الضامنُ موسرًا والمضمونُ عنه معسرًا فوجهان :

أحدهما : يُقْضَى ، كما في الحَمَالَة ؛ لأن الضمانَ أيضًا من المروءات .

والثاني : لا (٣) ؛ إذ صَرْفُه إلى المضمون عنه المعسرِ ممكنٌ وفيه (٤ إسقاطٌ للضمان ٤) .

أما إذا كان المضمونُ عنه موسرًا ولكن امتنع الرجوعُ بسببٍ ، فمطالبتُه الموسر بقضاءِ الدين حتى يبرأ الضامنُ - ممكنٌ ، بخلاف مسألة الحَمَلة (٥) .

[و] (٦) قال ابو حنيفة - رضي اللّه عنه - : لا يُقْضَى دَيْنُ غَنِيٍّ قَطُّ .

وهو مخالف لقوله ﷺ (٧) : « لا تَحِلُّ الصدقةُ لغنيٍّ إلا لخمسة : غازٍ في سبيل اللّه ،

---

(١) هذا الوجه هو الصحيح . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣١٨) .

(٢) في (ب) : « يرجع » .

(٣) هذا هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣١٩) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إسقاطُ الضمان » .

(٥) قال في الروضة : « إذا كان المضمون عنه موسرًا والضامن معسرًا ، فإن ضمن بإذنه لم يعطَ ؛ لأنه يرجع ، وإلا أعطي في الأصح » . روضة الطالبين : (٢ / ٣١٩) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) : « عليه السلام » .

أو عاملٍ ، أو غارم ، أو رجلٍ اشتراها بماله ، او رجلٍ له جارٌ مسكينٌ فتصدَّق عليه فأهداها إليه » [١] .

الصنف السابع : المجاهدون في سبيل الله .

وهم المُطَّوِّعَةُ من الغُزَاة الذين لا يأخذون من الفيء ولا اسْمَ لهم في الديوان . يُعْطَونَ هذا السهمَ للصرف إلى السلاح والفرس والنفقة إعانةً على الغزو وإن كانوا أغنياء .

فأما من له اسمٌ في الديوان ، فلا يعطى من الصدقة ؛ لأن حقَّهم في الفيء ، إلا إذا قاتلوا مانعي الزكاة ، وكان قتالُهم كالعمل على تحصيل الزكاة ، فلا يَبْعُدُ أن يُعْطَوْا سهمَ العاملين .

الصنف الثامن : ابن السبيل :

وهو الذي شَخَصَ من بَلَدِه ، أو [٢] اجتاز به ، يُصْرَف إليه سهمٌ وإن كان معسرًا ، وإن كان له ببلدٍ آخرَ مالٌ أُعْطِيَ قَدْرَ بلغته إليه .

وهذا بشرط أن يكون السفرُ طاعةً ، فإن كان معصية فلا . وإن كان مباحًا فيعطى [٣] .

وفي طريقة العراق وجه : أنه يُشْترط كونُه طاعةً .

---

(١) رواه أبو داود في سننه : (٢ / ٢٨٦) (٣) كتاب الزكاة (٢٤) باب مَنْ يجوز له أخذ الصدقة وهو غني حديث (١٦٣٥) . ورواه البيهقي في سننه الكبرى : (٧ / ١٥) كلاهما من طريق ملاك عن زيد ابن أسلم عن عطاء بن يسار مرفوعًا . ورواه ابن ماجه في سننه : (١ / ٥٩٠) (٨) كتاب الزكاة (٢٧) باب من تحل له الصدقة حديث (١٨٤١) . ورواه أحمد في مسنده : (٣ / ٥٦) كلاهما من طرق عن أبي سعيد الخدري مرفوعًا .

(٢) في (أ) : « فكان » .

(٣) في الأصل ، (ب) : « و » ، والمثبت من (أ) ، وهو الأولى .

فرع :

إذا منعنا نقلَ الصدقة ، فالشاخصُ من بلد من أبناءِ سبيل ذلك البلد ، قولًا واحدًا .

وكذا المجتاز به على الأظهر (١) .

وفي المجتاز وجه : أنه ليس من أبناء سبيلِ ذلك البلد .

(٢ وقال أبو حنيفة : المجتازُ هو من أبناء سبيلِ ذلك البلد ٢) ، دون الشاخص .

* * *

(١) وهو المذهب . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣٢١)

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .

الفصل الثاني

في موانع الصرف مع الاتصاف بهذه الصفات

وهي [١] ستة :

الأول : الكفر :

فلا تُصْرَفُ [٢] زكاةٌ إلى كافر ، وإن وُجِدَ الفقرُ والمسكنةُ .

الثاني : أن يكون مستحقًّا للنفقة على مَنْ يُخْرِجُ الزكاةَ كالابن مع الأب .

الثالث : أن يكون المالُ غائبًا عن بلد الآخذ ، فيمتنع على رأيٍ من جهة نقل الصدقة .

الرابع : أن يكون الآخذُ من المرتزقة ثابتَ الاسم في الديوان ، فلا تصرف [٣] إليهم الصدقاتُ ، كما لا يصرف خمسُ الخمس إلى أهل الصدقات ؛ لأن لكلِّ حزبٍ مالًا مخصوصًا بهم بنصِّ الكتاب [٤] .

فإن لم يكن في بيت المال شيءٌ للمرتزقة ، واتَّسع مالُ الصدقات ، ذكر العراقيون قولين :

أحدهما : يُصْرَف إليهم ؛ لتحقُّق صفةِ الاستحقاق مع عجزهم عن مالهم .

---

(١) في (أ) : « فهي » .

(٢) في (ب) : « يصرف » .

(٣) في (ب) : « يصرف » .

(٤) يشير بذلك إلى أن اللّه تعالى خصَّ الصدقات لأصناف معينة ، وهي المذكورة في قوله تعالى : ﴿ إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل اللّه وابن السبيل ﴾ (التوبة : ٦٠) . وهي التي مر الحديث عنها سابقًا . كما أنه تعالى نصَّ على توزيع الغنيمة في قول تعالى : ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن للّه خُمُسه وللرسول ولذي القربي واليتامى والمساكين وابن السبيل ﴾ (الأنفال : ٤١) .

والثاني : لا [١] ؛ لأن مالَهم هو الفيء بنص الكتاب .

فعلى هذا إن خَفَّت الضرورةُ ولم يَسْتَغْنِ الإمامُ عن المرتزقة ، وجب على أغنياء المسلمين إعانتُهم من رءوس أموالهم .

فإن قلنا : يُعْطَوْن من الصدقات ، فإنما يعطون من سهم سبيل اللّه تعالى .

الخامس : أن يكون من بني هاشم وبني المطلب ، فقد حَرم عليهم أوساخُ أموال الناس بما أُعْطَوْا من خُمْسِ الخمس .

فأما [٢] سهمُ العاملين : هل [٣] يجوز أن يصرف إليهم إذا عملوا ؟ وجهان [٤] ، وكذا في المرتزقة (٥ إذا عملوا ٥) ؛ بناءً على أنه أجرةٌ أو [٦] صدقة ؟

وهو مركَّبٌ من الشيئين ؛ إذ لا تُصْرَف إلى كافرٍ قطعًا ، ولا يُسْتَعْمَلُ الكافرُ ، ولا يزاد على أجر المثل في حق المسلم [٧] . فهذا يدل على اجتماع المعنيَيْن .

وهل [٨] يصرف إلى مولى ذوي القربي ؟ فيه [٩] وجهان :

أحدهما : نعم ؛ إذ لا نَسَبَ له .

---

(١) هذا القول هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣٢١) .

(٢) في (أ) : « وأما » . (٣) في (أ) : « فهل » .

(٤) الأصح من هذين الوجهين : أنه لا يحل لهم سهم العاملين . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣٢٢) .

(٥) قوله : « إذا عملوا » ليس في (أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أم » .

(٧) في (أ) : « المسلمين » .

(٨) في (أ) : « فهل » .

(٩) قوله : « فيه » ليس في (ب) .

والثاني : لا [١] ؛ لأنه رُوي أنه سُئل ﷺ [٢] عن ذلك فقال : « إنَّا أهلُ بيتٍ لا تَحِلُّ لنا الصدقةُ ، وإنما مولى القوم منهم [٣] » .

السادس : أن يكون قد أخذ سهمَ الصدقاتِ بجهة واتَّصف بجهةٍ أخرى ، كالفقير الغارمِ إذا أخذ سهمَ الفقراء وطالب سهمَ الغارمين ، ففيه طرق ثلاثة :

أحدها : أنه لا يُجْمَع ، بل يقال له : اخْتَرْ أيَّهما شِئْتَ ؛ لأن عددَ الأصناف مقصود .

وعلى [٤] هذا سهمُ العاملين يجوز أن يُجْمَعَ إلى غيره إذا غلَّبنا مشابهَ الأجرة .

الثاني : أن فيه قولين [٥] ، يُنْظَرُ في أحدهما إلى اتحاد الشخص ، وفي الآخر إلى تعدُّد الصفة .

الثالث : أنه إن تجانس السببان ، مثل أن يستحق الكلَّ لحاجته ، كالفقر وغرمٍ [٦] لزمه لغرضِ نَفْسِه فلا يجمع .

وكذا الغازي الغارم لإصلاح ذات البَيْن ، فإنَّ كلَّ واحدٍ لحاجة المسلمين لا لحاجته .

وإن اختلف السببُ ، بأن استحق أحدَهما لحاجته ، والآخرَ لحاجة غيره : فيجمع .

* * *

---

(١) هذا الوجه هو الأصح . انظر روضة الطالبين : (٢ / ٣٢٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « عليه السلام » .

(٣) رواه أبو داود : (٢ / ٢٩٨) (٣) كتاب الزكاة (٢٩) باب الصدقة على بني هاشم برقم : (١٦٥٠) ، ورواه الترمذي : (٣ / ٤٦) (٥) كتاب الزكاة (٢٥) باب ما جاء في كراهية الصدقة للنبي ﷺ وأهل بيته ومواليه برقم : (٦٥٧) ، ورواه النسائي : (٥ / ١٠٧) (٩٧) باب مولى القوم منهم برقم : (٢٦١٢) عن أبي رافع . ورواه أحمد في مسنده : (٤ / ٣٤ ، ٣٥) بإسناده عن ميمون (أو مهران) مولى النبي ﷺ أن النبي ﷺ قرَّ عليه فقال له : « يا ميمون (أو يا مهران) إنا أهل بيت نهينا عن الصدقة ، وإن موالينا أنفسنا ، ولا نأكل الصدقة » . والحديث صححه الشيخ الألباني كما في السلسلة الصحيحة : (٤ / ١٤٩) برقم : (١٦١٣) .

(٤) في (أ) : « فعلى » .

(٥) هذا الطريق هو أصح الطرق ، وأظهر هذين القولين : أنه يأخذ بإحدى الصفتين ، فيأخذ بأيتهما شاء .

(٦) في (أ) : « فيغرم » .

الفصل الثالث

فيما يُعْرَف به وجودُ الصفات

وهي منقسمة إلى خَفِيَّةٍ وجَلِيَّة .

أما الخفية : كالفقر والمسكنة ، فلا يُطالب بالبينة ؛ لتعذرها ، إلا إذا ادَّعى المسكينُ عيالًا ، فيطالب لإظهاره ؛ لإمكانه .

وهل (١) يُحَلَّف الفقيرُ إذا اتُّهم ؟ فيه وجهان :

فإن قلنا : يُحَلَّف فاستحبابٌ أم (٢) إيجاب ؟ فوجهان (٣) .

أما ما يَظْهَر : فإن كان يأخذ لغرضٍ مُرْتَقَبٍ كالغازي وابن السبيل : فيعطى بغير يمين ، ثم إن لم يَغْزُ ولم يسافر : اسْتُرِدَّ .

ومن يأخذ لغرضٍ ناجزٍ ، كالمكاتب والغارم : فيطالب بالبينة ؛ لإمكانها ، وإقرارهُ مع حضور مستحِقِّ الدَّين كالبينة (٤) .

وفيه وجه : أنه لا يُقْبَل ؛ لتهمة المُوَاطَأَة .

وإن استفاض كونُه مديونًا أو مكاتبًا ، وحصل غلبةُ الظن : فلا بأسَ بتَرْكِ الاستقصاء في البينة .

أما المؤلَّفُ قلبُه إن قال : أنا شريفٌ مطاعٌ ، طُولِبَ بالبينة ؛ لإمكانها .

وإن قال : نيتي في الإسلام ضعيفة ، صُدِّق ؛ لأن كلامَه برهانُ كلامِه .

* * *

---

(١) في (أ) : « فهل » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو » .

(٣) قال في الروضة : « وإذا اتهمه الإمام ، فهل يحلف ؟ فيه وجهان ، أصحهما : لا . فإن حلفناه ، فهل هو واجب أم مستحب ؟ وجهان . فإن نكل – وقلنا : اليمين واجبة – لم يُعْطَ . وإن قلنا : مستحبة ، أعطي » . روضة الطالبين : (٢ / ٣٢٣) .

(٤) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣٢٣) .

الباب الثاني

في كيفية الصَّرْف إلى المستحقين

(وفيه ثلاثة [1] فصول)

الفصل الأول : في القدر المصروف إلى كلِّ واحدٍ [منهم] [2]

وفيه مسائل :

الأولى : استيعابُ الأصناف الثمانيةِ واجبٌ إن [3] كانوا موجودين .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : يجوز صَرْفُه إلى صَنْفٍ واحد .

أما آحادُ كلِّ صَنْفٍ فلا يجب استيعابُهم ؛ إذ لا حَصْرَ لهم . ثم يُقْتَصر على أقلِّ الدراجات ، وهو [4] ثلاثة ؛ لأنه أقلُّ الجمع ، فإن أمكن الاستيعابُ لانحصارهم فهو أولى .

ويحتمل أن يقال : يجب الاستيعابُ عند الإمكان .

الثانية : يجب التسويةُ بين سهام الأصناف الثمانية ، فلكلِّ صَنْفٍ ثُمْنُ الصدقة ، فإن عُدِمَ صنفٌ وُزِّعَ [5] الكلُّ على الباقي ، فلكلٍّ سُبعٌ ، وعلى هذا الحساب . وإنما هذا على المالك .

فأما الساعي فيجوز له أن يصرف صدقةَ واحدٍ إلى شخص واحد ؛ لأنه إذا وصل

---

(١) في (أ) : « أربعة » ، وهو خطأ .
(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٣) في (أ) ، (ب) : « إذا » .
(٤) في (أ) : « فهي » .
قال في الروضة : « لا ينقص الذين ذكرهم اللّه تعالى بلفظ الجمع من الفقراء وغيرهم عن ثلاثة إلا العامل ، فيجوز أن يكون واحدًا . وهل يكتفى في ابن السبيل بواحد ؟ فيه وجهان ، أصحهما : المنع ، كالفقراء . وقال بعضهم : ولا يبعد طرد الوجهين في الغزاة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وفي سبيل الله ﴾ [التوبة : ٦٠] بغير لفظ الجمع » . روضة الطالبين : (٢ / ٣٢٩) .
(٥) في (أ) : « يوزع » .

إليه فكأنَّه وصل إلى المستحقين .

فالنظر إلى الإمام في التعيين ، فجميعُ الزكوات في يده كزكاةِ رجلٍ واحدٍ في يد نَفْسِه .

أما آحادُ الصنف فلا يجب التسويةُ بينهم ، بل المتَّبَعُ مقاديرُ الحاجة . فإن تساوت أحوالُهم فالتسوية أولى . وقيل بالوجوب .

فإن صَرَفَ إلى اثنين : غَرِمَ للثالث أقلَّ ما يُتموَّلُ على أقيس الوجهين ؛ لأنه يكفيه ذلك القدرُ لوسلَّمه إليه [ابتداءً] (١) . وعلى الوجه الثاني : يغرم الثلث (٢) .

الثالثة : يُعْطَى الغارمُ والمكاتب قَدْرَ دَيْنِهما ، ولا يزاد ، و[يعطى] (٣) الفقير والمسكين ما بلَغَ به أدنى الغنى ، ولا يزيد ، وهو كفايةُ سنة .

ويُعْطى المسافرُ ما يُبَلِّغُه إلى المقصد أو إلى موضع ماله ويُعْطِي الغازيَ الفرسَ والسلاحَ ، وإن شاء أعاره ، أو استأجر له ، أو اشترى بهذا السهم أفراسًا وأرصدها لسبيل اللّه وفقًا عليهم .

ويُعطيهم من النفقة مازاد بسبب السفر (٤) ، وهل (٥) يُعْطِي أصلَ النفقة ؟ وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه لا ضرورةَ بينةٌ ، وإن لم يسافر [فلا يعطى ما يزيد بسفره] (٦) .

والثاني : أنه (٧) يُعْطِي الكلَّ ؛ فإنه (٨) متجردٌ للغزو .

* * *

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) كلمة : « الثلث » ليست في (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) الأصح : أنه يعطيهم جميع كفايتهم . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣٢٦) .

(٥) في (أ) : « فهل » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) قوله : « أنه » ليس في (أ) .

(٨) في (أ) : « لأنه » .

الفصل الثاني

في نقل الصدقات إلى بلدة أخرى

وفيه ثلاثة أقوال :

أحدها : الجواز ؛ لعموم الآية [(١)] .

والثاني : المنع ؛ لمذهب معاذ ، ولقوله – عليه الصلاة والسلام – : « أَنْبِئْهم أنَّ عليهم صدقةً تُؤْخَذُ من أغنيائهم ، وتُرَدُّ في [(٢)] فقرائهم [(٣)] » . فيدل على الحصر في البلد ، ولأن أعينَ المساكين ممدودةٌ إلى المال وفي النقل إضرارٌ .

والثالث : أنه لا يجوز النقلُ ، ولكن تَبْرَأُ [(٤)] ذمتُه ، كما لا يجوز التأخيرُ في الزكاة ولكن تبرأ ذمته .

ومن الأصحاب من طَرَدَ هذا الخلافَ في مال الوصية والكَفَّارات والنُّذُور ، وهو بعيد ، لأنه لا تمتدُّ إليه الأعَيُنُ فإنها غيرُ متكررة [(٥)] .

---

(١) وهي قوله تعالى : ﴿ إنما الصدقات للفقراء والمساكين ... ﴾ (التوبة : ٦٠) .

(٢) في (أ) : « على » .

(٣) الحديث رواه البخاري : (٢ / ١٣٣) (٢٤) كتاب الزكاة (١) باب وجوب الزكاة برقم : (١٣٩٥) ، رواه مسلم : (١ / ٥٠) (١) كتاب الإيمان (٧) باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام» برقم : (١٦) .

(٤) في (ب) : « يبرأ » .

(٥) قال في الروضة : « في جواز نقل الصدقة إلى بلد آخر – مع وجود المستحقين في بلده – خلاف ، وتفصيل المذهب فيه عند الأصحاب : أنه يحرم النقل ، ولا تسقط به الزكاة ، وسواء كان النقل إلى مسافة القصر أو دونها ، فهذا مختصر ما يفتى به .

وتفصيله : أن في النقل قولين أظهرهما : المنع . وفي المراد بهما طرق : أصحها : أن القولين في سقوط الغرض ، ولا خلاف في تحريمه . والثاني : هما في التحريم والسقوط معًا . والثالث : أنها في التحريم ، ولا خلاف أنه يسقط . ثم قيل : هما في النقل إلى مسافة القصر فما فوقها ، فإن نقل إلى دونها جاز ، والأصح : طرد القولين . قلت : وإذا منعنا النقل ، ولم نعتبر مسافة القصر ، فسواء نقل إلى قرية بقرب البلد أم بعيدة . صرح به صاحب « العدة » وهو ظاهر ، والله أعلم » . روضة الطالبين : (٢ / ٣٣٢) .

فأما صدقةُ الفطر : فحكمُها حكمُ الزكاة في منع النقل ووجوب الاستيعاب .

وقال الإصطخري : يجوز صَرْفُها [1] إلى صَنْفٍ واحدٍ ؛ لقلته .

فإن منعنا النقل ، ففيه مسائل :

الأولى : تُعْتبر [2] بلدةُ المالِ ويُفَرَّق [3] بها ، لا بلدةُ المالك .

وفي صدقة الفطر وجهان ، والأظهر : رعايةُ بلدة المالك ؛ لأنَّ ذلك صدقة الرءوس ، وهذه صدقةُ الأموال .

ثم لو كان المال في الحول في بلدتين ، فالنظر إلى وقت الوجوب . والبلدي هو الحاضر في البلد وقت أخذ الصدقة وإن كان غريبًا .

الثانية : لو امتدَّ طولُ البلدة / فَرْسَخًا ، فحكمُها واحدٌ . ١٤٨/أ

نعم ، الصرف إلى الجيرانِ أولى ، كما أنه إلى الأقارب أولى ، والقريب الذي ليس بجارٍ أولى من الجار الأجنبيِّ . أما القريةُ فلا تنقل [4] منها الصدقةُ إلى قرية أخرى ، بخلاف المحَلَّتَيْنْ .

فأما أهل الخيامُ ، فإن كانوا مجتازين لا مُقَامَ لهم ، فصدقتهم لمن يَدُور معهم من الأصناف ، فإن لم يكن معهم فلأقرب بلدةٍ إليهم وقت تمام الحول .

وإن كانوا ساكنين مجتمعين على التقارب ، فيَحِلُّ النقلُ إلى ما دونَ مسافةِ القصر وفوقها ؛ إذ لا فاصلَ سواه .

---

(١) في الأصل ، (أ) : « صرفه » ، والمثبت من (ب) وهو أولى .

(٢) في (ب) : « يعتبر » .

(٣) في (أ) : « فيفرق » .

(٤) في (أ) : « ينقل » .

وإن كان [كلٌّ] (١) حِلَّةٍ بعيدةً عن الأخري ، فوجهان :

أحدهما : أنها كالقرى (٢) .

الثاني : أنها كالخيام المتواصلة فيضبط بمسافة القصر .

الثالثة : إن عُدِمَ بعضُ الأصناف في (٣) بلد :

فإن عُدِمَ العاملُ فقد سقط سهمُه ؛ للاستغناء عنه .

وإن عُدِمَ غيرُه ووُجِدَ في مكان آخر ، فوجهان :

أحدهما : يُنْقَل ؛ لأن استيعابَ الأصناف أهمُّ (٤) من ترك النقل .

والثاني - هو اختيار القاضي - : أنه يُرَدُّ إلى الباقين ؛ لأن مَنْ عدا أهل البلدِ كالمعدوم في حقه (٥) .

فعلى هذا إن رَدَدْنا عليهم فَفَضَل عن حاجتهم ، فالفاضلُ لابد من نقله ؛ لأنه فَقَدَ مستحقَّه ، فهو كما إذا عَدِمَ كل (٦) الأصناف ؛ إذ يتعينُّ النقلُ .

الرابعة : للمالك إيصالُ الصدقة بنفسه ، سواء كان المالُ (٧) ظاهرًا كالنَّعَمِ والزروع ، أو باطنًا كالنقد .

وللشافعي - رضي اللّه عنه - قول قديم : أن زكاةَ الأموال الظاهرةِ يجبُ صرفُها إلى الإمام .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣٣٥) .

(٣) في (أ) : « من » .

(٤) في (أ) : « أولى » .

(٥) قال في الروضة : « وإن عدم غيره [العامل] ، فإن جوزنا نَقْلَ الزكاة نُقِل نصيب الباقي ، وإلا فوجهان : ينقل . وأصحهما : يرد على الباقين » . روضة الطالبين : (٢ / ٣٣١) .

(٦) في (أ) : « جميع » .

(٧) في (أ) : « المالك » ، وهو خطأ .

ففي الأفضل خلافٌ إن كان الإمامُ عادلًا ، فإن كان جائرًا ، فالأصح : أن مباشرتَه [١] بنفسه أولى .

ولا خلاف في أن يد الإمام لو طَلَبَ وجبت الطاعةُ ؛ لأنه في محل الاجتهاد .

وهل له المطالبةُ بمال النذور والكفارة ؟ فيه وجهان .

الخامسة : إنْ نَصَبَ الإمامُ ساعيًا ، فليكن : مسلمًا ، مكلَّفًا ، حُرًّا ، عدلًا ، فَقِيهًا بأبواب الزكاة ، غيرَ هاشميٍّ ، ولا من المرتزقة إلا على أحد الوجهين .

ولْيُعْلِم الساعي في السنة شهرًا يأخذ فيه صدقةَ الأموال ، فيَسِمُ الصدقات [٢] ، فيكتب على نَعَمِ الصدقة « للّه » ، وعلى نَعَم الفيء « صَغَار» .

وفائدته : تمييزُ أحد المالين عن الآخر .

ثم موضعُ وَسْم الغنم آذانُها ؛ لكثرة الشعر على غيره [٣] ، [٤] وللبقر والإبل [٤] أفخاذُها ، وليكن مَيْسم الغنم ألطف من مَيْسمِ البقر والإبل .

* * *

---

(١) في (أ) : « مباشرتها » .

(٢) قال في الروضة : « وَسْمُ النَّعَم جائز في الجملة ، ووسم نعم الزكاة والفيء ؛ لتتميز ويردها مَنْ وجدها ضالة ، وليعرف المتصدقُ ولا يتملكها ؛ لأنه يكره أن يتصدق بشيء ثم يشتريه ، هكذا قال الشافعي رحمه اللّه » . روضة الطالبين : (٢ / ٣٣٦) .

(٣) في (أ) : « غيرها » .

(٤) في (أ) : « وفي الإبل والبقر » .

الفصل الثالث

في صدقة التطوع

وفيه مسائل :

الأولى : لا تحرم صدقةُ التطوع على الهاشميِّ والمطلبيِّ .

وهل (١ كان يحرم ١) على رسول اللّه ﷺ ؟ فيه خلافٌ ، مأخذه : أن امتناعَه عن القبول كان ترفُّعًا أو تورُّعًا [٢] ؟

الثانية : صدقةُ السرِّ أفضل ؛ قال اللّه تعالى : ﴿ إِن تُبْدُواْ ٱلصَّدَقَـٰتِ فَنِعِمَّا هِىَ [٣] ﴾ الآية .

وقال - عليه الصلاة والسلام - : « صلةُ الرَّحِم تَزِيدُ في العمر ، وصدقةُ السِرِّ تُطْفئُ غضبَ الربِّ ، وصنائعُ المعروف تَقِي مصارعَ السُّوء » [٤] .

الثالثة : صَرْفُها [٥] إلى الأقارب أولى ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - لزينب

---

(١) في (أ) : « كانت تحرم » .

(٢) وكانت محرمة على رسول اللّه ﷺ على الأظهر ؛ تشريفًا له .

(٣) من الآية (٢٧١) من سورة البقرة .

(٤) أورده الهيثمي في مجمع الزوائد : (٣ / ١١٨) كتاب الزكاة باب صدقة السر عن أم سلمة - رضي اللّه عنها - مرفوعًا ، وقال : رواه الطبراني في الأوسط وفيه عبيد اللّه بن الوليد الوصافي وهو ضعيف وذكره الشيخ الألباني في السلسلة الصحيحة : (٤ / ٥٣٥ ، ٥٣٩) رقم (١٩٠٨) بعدة طرق ، وقال : وجملة القول : أن الحديث بمجموع طرقه وشواهده صحيح بلا ريب ، بل يلحق بالتواتر عند بعض المحدثين المتأخرين .

وانظر : الترغيب والترهيب : (١ / ٦٧٩) باب الترغيب في صدقة السر حديث رقم : (١٣٠٥) ، (١٣٠٦) عن أبي أمامة ، وأم سلمة رضي اللّه عنهما .

(٥) في (أ) : « صرفه » .

امرأة عبد اللّه بن مسعود : « زوجُك وولدُك أحقُّ مَنْ تصدَّقْتِ عليه » (١) .

الرابعة : الإكثار منها (٢) في شهر رمضان مستحبٌّ .

قال ابن عباس - رضي اللّه عنه - : « كان رسولُ اللّه ﷺ أجودَ الناس بالخير ، وكان أجودَ ما يكون في شهر رمضان (٣) » .

الخامسة : مَن احتاج إلى المال لعياله فلا يستحبُّ له الصدقةُ ؛ لأن نفقةَ العيال كالدَّيْن ؛ قال - عليه الصلاة والسلام - : « كفى بالمرءِ إثمًا أن يُضَيِّع مَنْ يقوته » (٤) .

فإن فَضَلَ عنهم ، فإن كان (٥ يثق بالصبر ٥) على الإضاقة ، فيستحب له التصدق بالجميع بعد فراغه من قُوتِ يومه ؛ لما رُوِيَ عن عمر - رضي اللّه عنه - أنه قال : أمرنا رسولُ اللّه ﷺ بالتصدُّق ، فوافق ذلك مالًا عندي ، فقلت : اليومَ أَسْبِقُ أبا بكر إن سَبَقْتهُ يومًا ، فجئت رسولَ اللّه ﷺ بنصف مالي ، فقال لي : « ماذا أبقيْتَ لأهلك ؟ »

---

(١) الحديث رواه البخاري : (٢ / ١٥٣) (٢٤) كتاب الزكاة (٤٤) باب الزكاة على الأقارب برقم : (١٤٦٣) .

(٢) قوله : « منها » ليس في (ب) .

(٣) رواه البخاري : (٤ / ١٣٩) (٣٠) كتاب الصوم (٧) باب أجود ما كان النبي ﷺ يكون في رمضان ، رقم : (١٩٠٢) باب كان النبي ﷺ أجود الناس بالخير من الريح المرسلة ، رقم : (٢٣٠٨) ، بإسنادهما من طريق الزّهري ، وعبيد اللّه بن عبد اللّه كلاهما عن ابن عباس رضي اللّه عنهما .

(٤) الحديث رواه أبو داود : (٢ / ٣٢١) (٣) كتاب الزكاة (٤٥) باب في صلة الرحم ، ورواه أحمد : (٢ / ١٦٠) برقم : (٦٤٩٥) كلاهما عن عبد اللّه بن عمرو بلفظ : « كفي بالمرء إثمًا أن يضيع من يقوت » .

ورواه مسلم : (١ / ٦٩٢) (١٢) كتاب الزكاة (١٢) باب فضل النفقة على العيال وإثم من ضيعهم أو حبس نفقتهم عنهم ، برقم : (٩٩٦) بلفظ : « كفى بالمرء إثمًا أن يَحْبِسَ عَمَّنْ يملك قوته » عن عبد اللّه بن عمرو أيضًا مرفوعًا .

(٥) في الأصل ، (ب) : « شق الصبر » ، والمثبت من (أ) .

قلت : مِثْلَه . فجاء أبو بكر - رضي اللّه عنه - بجميع مالِه ، فقال له (١) : « ماذا أبقيْتَ لأهلك » ؟ فقال : اللّه ورسوله . فقال - عليه الصلاة والسلام - : « بينكما ما بين كلمتيكما » . فقلت : لا أُسابقك إلى شيءٍ أبدًا (٢) .

فأما مَنْ لا يصبر على الإضاقة كُرِه له التصدُّقُ بجميع المال .

قال جابر : بينا نحن عند رسول اللّه ﷺ إذ جاءه رجل بمثل البَيْضَةِ من الذهب أصابها من بعضِ المعْدِن ، فقال : يا رسول اللّه ، خُذْها صدقةً ، فواللّهِ ما أصبحتُ أملك مالًا غيرها ، فأعرض عنه حتى جاء من جوانبه وأعاد عليه ، فقال - عليه الصلاة والسلام - : « هَاتِها - مُغْضَبًا - ورمى رَمْيَةً لو أصابته لأوجعته أو عَقَرَتْه » ثم قال : « يأتي أحدُكم بماله كلِّه ويتصدَّق به ، ثم يجلس بعد ذلك يتكفَّفُ وجوهَ الناسِ ، إنما الصدقةُ عن ظَهْرِ غِنًى » (٣) . واللّه أعلم بالصواب ..

وصلى اللّه على سيدنا محمدٍ وآله وصحبه أجمعين (٤) .

* * *

(١) قوله : « له » ليس في (ب) .

(٢) أخرجه أبو داود : (٢ / ٣١٣) (٣) كتاب الصلاة (٤٠) باب [من] الرخصة في ذلك رقم : (١٦٧٨) . والترمذي : (٥ / ٥٧٤) ٥٠ - كتاب المناقب (١٦) باب في مناقب أبي بكر وعمر (رضي اللّه عنهما كليهما) رقم : (٣٦٧٥) بإسنادهما من طريق الفضلُ بن دُكَين . حدثنا هضام بن سعد عن زيد بن أسلم عن أبيه قال : سمعت عمر بن الخطاب يقول ... الحديث ، رواه البيهقي : (٤ / ١٨٠) كتاب الزكاة ، باب ما يستدل به على أن قوله ﷺ : « خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى » . من نفس الطريق السابق .

(٣) أخرجه أبو داود : (٢ / ٣١٠) كتاب الزكاة (٣٩) باب الرجل يخرجُ من ماله . حديث رقم : (١٦٧٣) . رواه أيضًا البيهقي في السنن الكبرى : (٤ / ١٥٤) كتاب الزكاة - باب من قال لا شيء في المعدن حتى يبلغ نصابًا . كلاهما من طريق موسى بن إسماعيل ، حدثنا حماد ، عن محمد بن إسحاق عن عاصم بن عمر بن قتادة ، عن محمود بن لبيد ، عن جابر بن عبد اللّه الأنصاي بلفظ : « يأتي أحدكم بما يملك فيقول هذه صدقة ، ثم يقعدُ يستكف الناس . خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى » .

(٤) قال كاتب المخطوطة عند هذا الموضع : تم الجزء الثاني بحمد اللّه ومَنِّه وكرمه ، والحمد للّه وحده ، وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه . غفر اللّه لكاتبه وقارئه ولجميع المسلمين . يتلوه في الجزء الثالث كتاب النكاح إن شاء اللّه تعالى .

كتاب النكاح(١)

(١) النكاح لغة : الضَّمُّ و الجمعُ ، مأخوذ من « تناكحت الأشجارُ » إذا انضمَّ بعضُها إلى بعض ، أو من « نكح المطرُ الأرضَ » إذا اختلط بِثَراها . وسمّي النكاح نكاحًا ؛ لما فيه من ضمِّ أحد الزوجين إلى الآخر .

وأما تعريفُه شرعًا فهو « عقدٌ موضوع لِمِلْك المتعة » أي : لحلِّ استمتاع الرجل بالمرأة ، والمرأةِ بالرجل . وقيل أيضًا : «هو عقدٌ بين زوجين يحلُّ به الوطء » .

ثم اختلف العلماء فيه ، هل هو حقيقةٌ في « الوطء » مجازٌ في « العقد » ، أو هو حقيقة في « العقد » مجازٌ في « الوطء » ، أو هو مشترِك فيهما معًا ؟ فقال الحنفية : هو حقيقة في الوطء ، مجازٌ في العقد . وقال الشافعية : هو حقيقة في العقد ، مجازٌ في الوطء . وقال مالك وأحمد : هو حقيقة في الوطء والعقد جميعا .

وسببُ هذا الخلاف أن لفظ « النكاح» مشترك بين العقد والوطء ؛ فقد وردت هذه الكلمة في القرآن ولسان العرب بمعنى « العقد » تارةً ، وبمعنى « الوطء » أخرى . وتظهر ثمرةُ الخلاف فيما لو حلف رجل أنه لا يَنْكح ، ثم عقد فقط، فعند الشافعية : يحنث ، وعند الحنفية : لا يحنث إلا بالوطء . وكذلك لو زنى رجل بامرأة ، لم تَثْبُتْ بذلك حرمةُ المصاهرة بينهما عند الشافعية . وتثبت عند الحنفية والحنابلة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ... ﴾ الآية (النساء : ٢٢) .

انظر : المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني ص (٥٠٥) . طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية للشيخ نجم الدين النسفي المفسّر ص (٨٦) . الاختيار لتعليل المختار للشيخ عبد الله بن مودود الموصلي الحنفي (٨٨/٣) . حاشية البجيرمي على منهج الطلاب (٣/ ٣٢١) . نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للإمام الشوكاني (٧/ ١٩٣) . تفسير النصوص في الفقه الإسلامي د/ محمد أديب صالح (١٥٤/٢ وما بعدها) . معجم لغة الفقهاء للدكتور محمد روّاس ، والدكتور حامد صادق ص (٤٨٧) .

اعلمْ [١] أنّ النظر في أحكام النكاح ، تحصرُه خمسة أقسام :

الأول : في المقدِّمات .

والثاني : في مُصَحِّحات العقد من الأركان والشرائط .

والثالث : في موانع العقد : من النسب ، والمصاهرة [٢] ، والكفر ، والرقّ وغيره [٣] .

والرابع : في مُوجِبات الخيار فيه [٤] .

والخامس : [٥] في لواحق النكاح وتوابعه [٥] .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « واعلم » .

(٢) بياض في (ب) مكان قوله : « النسب والمصاهرة » .

(٣) في (ب) : « وغيرها » .

(٤) كلمة « فيه » ليست في (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « في لواحق الكتاب وتوابعه » .

القسم الأول
في المقدِّمات

وهي خمسةٌ (١) :

الأولى : في بيان خَصائص رسول الله ﷺ وله اختصاصٌ بواجبات ، ومحرمات ، ومُباحات ، [ومُخَفّفات] (٢) لم تُشارِكْه أُمته فيها .

أما الواجبات (٣) : فكالضحى ، والأَضْحى (٤) ، والوتر (٥) .

قال ﷺ : « كُتِبَ عليَّ ثلاثٌ لم تُكْتَبْ عليكم : الضُّحَى ، والأَضْحى ، والوَتْر» (٦) .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وهي خمس » .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) الواجب : هو ما يُثَاب على فِعْله ، ويُعَاقَب على تركه لغير عذر شرعي ، ولا يُنَافِي ذلك احتمالُ عفْو الله عن العاصي ؛ لِوقوعها على غيره ممن لم يشأ اللهُ أن يَعْفو عنهم . وقيل : هو ما تُوُعِّد بالعقاب على تركه

انظر : شرح الورقات مع حاشية النفحات ص (١٩) للإمام جلال الدين المحلِّيّ . مذكرة في أصول الفقه للشيخ محمد الأمين الشنقيطي ص (١٢) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قولُ المصنِّفِ (رحمه الله) : (والأَضْحى) يعني به : الضحايا ، يقال : « أَضْحَاة » في الواحد ، والجمعُ : أَضْحَى ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق٦٩/أ) .

(٥) في (ب) بياضٌ مكان قوله : « الوتر » .

(٦) حديث ضعيف : وهو مَرويّ من طريق ابن عباس وأنس (رضي الله عنهم) . أما حديث ابن عباس ، فرواه الإمام أحمد في مسنده (٢٣١/١) بلفظ « ثلاثٌ هُنَّ عليّ فرائض ، وهُنّ لكم تطوُّعٌ : الوتر ، والنحر ، وصلاة الضحى » . ورواه الدار قطني في سننه (٢١/٢) وفيه « وركعتا الفجر » بدلًا من « ركعة الوتر » ، ورواه الحاكم في المستدرك (٣٠٠/١) والبيهقي في السنن الكبرى (٤٦٨/٢) جميعا من طرق عن أبي جناب الكلْبي عن عِكْرمة عن ابن عباس مرفوعًا .

وأبو جَناب الكلبي اسمُه يحيى بن أبي حَيَّة ، وهو ضعيفٌ كما في الضعفاء الصغير للبخاري ص (٥٠) ، والضعفاء والمتروكين للنسائي ص (٢٣) ، والضعفاء الكبير للعُقَيْلي (٣٩٩/٤) ، و الكامل في الضعفاء لابن عديّ (٧/ ٢١٢) . =

= ورواه الإمام أحمد في مسنده (٢٣٤/٢) عن ابن عباس مرفوعًا بلفظ : « أُمرتُ بالأضحى والوتر ، ولم تُكْتَبْ » وفي إسناده جابر بن يزيد الجُعْفي ، وهو ضعيف ، واتُّهم بالكذب كما في التاريخ الكبير للبخاري (٢/ ١٠) ، والضعفاء والمتروكين للنسائي ص (٧١) . ورواه ابن شاهين في « ناسخ الحديث ومنسوخه » ص (١٩٢) وفي إسناده وضَّاح بن يحيي ، وهو ضعيف ليس بالمرضيّ كما في لسان الميزان (٦/ ٢٢١) .

وأما حديث أنس : فرواه عبد الرزاق في مصنفه (٥/٣) حديث (٤٥٧٢) والدارقطني في سننه (٢١/٢) وابن شاهين في « ناسخ الحديث ومنسوخه » ص (١٩٣) ، ثلاثتهم من طرقٍ عن عبد الله بن محرَّرٍ عن قتادة عن أنس مرفوعا بلفظ : « أُمِرْتُ بالوتر والأضحى ، ولم يُعْزَم عليَّ » . وعبد الله بن محرّر منكر الحديث ، وكان من خيار عباد الله ممن يَكذب ولا يعلم كما في ترجمته في التاريخ الكبير للبخاري (٥/ ١٢) والمجروحين لابن حبان (٢٢/٢) .

ويتبينَّ مما تقدم ضعفُ الحديث من جميع طرقه كما قاله ابن الصلاح والحافظ ابن حجر . انظر مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٦٩/أ) . والتلخيص الحبير (١٣٦/٣) .

وقد أُورد على الإمام الغزالي في هذا الموضع إشكال نقله الحموي ثم تعقبه بالرد فقال : « قوله [أي الغزالي] رحمه الله في أول كتاب النكاح : (أما الواجبات ، فكالضحى ، والأضحى ، والوتر ؛ قال ﷺ : « كُتِبَ عليَّ ثلاثٌ لم تكتب عليكم : الضحى ، والأضحى ، والوِتْرُ ») .

فإن قيل : كيف ذكر الشيخ (رحمه الله) أن الوتر من الواجبات في حق النبي ﷺ ؟ وقد استدل بعضُ أصحابنا على أن الوتر في حقّنا سُنَّةٌ في استقبال القبلة من حيث إن النبي ﷺ أوْتَرَ على الراحلة ، واستدل على أنه سنةٌ حيث صلاها من قعود . وكان ينبغي على هذا أن يكون الوتر في حقه سنةً ؛ لكونه أتى بها على الراحلة ، وهذا يقتضي مخالفة الحديث الذي استدلوا به على أن الوتر في حقه واجب . وذلك إشكالٌ ظاهر كما لا يخفى .

قلت : [أي : الإمام الحموي] : هذا الحديث الذي استدل به الشيخ على أنه واجبٌ في حقه ، فهو ضعيف الرواية عند المحدثين ، وإذا كان كذلك لم يَرِدْ إشكال على هذا التقدير كما لا يخفى .

ثم أقول : يمكن أن يقال : لا يَبْعد أن يكون الواجب في حقه يخالف الواجبَ في حقنا ؛ كما اختصّ بأشياء دوننا ، كذا يختص في هذا الواجب أنْ يُصْليها على الراحلة .

وأيضًا فلا يَبْعد أن يكون بعض الواجبات يوافق السننَ في شيء ويخالفه في شيء ؛ ألا ترى أن إنسانًا لو نذر صلاة أو إعتاقًا فإنه يلزمه ذلك ، ويجوز أن يقعد في الصلاة على أحد الوجهين ، ويعتق ما يقع عليه الاسم ؟! وكذلك لو صَرّح في نذره في القعود ، وهذا يقتضي جوازه في مسألتنا .

وعلى التحقيق فإنّ هذا الإشكال لا يرد على الشيخ ، فإنه لم يستدل بفعل النبي ﷺ ، وإنما استدل بفعلِ ابن عمر (رضي الله عنه) في باب استقبال القبلة . فاندفع الإشكال بكل حال » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٢ / ب - ١٣٣ ب) .

وكالتهجد[1] ؛ قال الله سبحانه وتعالى : ﴿ فَتَهَجَّدْ بِهِۦ نَافِلَةً لَّكَ ﴾ [2] أي : زيادة لك على درجاتك[3] . وقال تعالى : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِى ٱلْأَمْرِ ﴾ [4] فظاهره للإيجاب[5] .

---

(١) في (ب) : « والتهجد » . وقال ابن الصلاح : « قولُه : (وكالتهجد) يريد أنه وجب عليه ﷺ أن يتهجد خارجًا عن الوتر ، وهذا قولُ أكثرِ الأصحاب ؛ عَملًا بظاهر الأمر في قوله تعالى : ﴿ ومِنَ الليْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَكَ ﴾ [الإسراء : ٧٩] وهو محمولٌ على معنى أن ذلك يقع لا محالة ، زيادةً في حسناته بخلاف غيره ، فإن تهجُّد غيره وتطوعاتِهم ، يُجْبر منها النقصانُ المتطرِّق إلى مفروضاتهم ، وهو ﷺ معصومٌ عن الخلل في مفروضاته ، فتمحَّضَ تهجُده زيادةً على مفروضاته . وهذا المذهبُ – وإن قَوِيَ بعضَ القوة بما ذكرناه – فالأشبهُ خلافُه وقد حكى الشيخ أبو حامد (رحمه الله) – بعد حكايته ذلك عن الأصحاب – أن الشافعيّ (رضي الله عنه) نصّ على أنه نُسِخ وجوب ذلك في حقه ﷺ وحقِّ غيره . قلت – أي ابن الصلاح – : وهذا هو الصحيح الذى تشهد له الأحاديثُ ، ومنها حديث سعد بن هشام عن عائشة (رضي الله عنها) وهو فى الصحيح معروف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٦٩/أ وما بعدها) . قلت : والحديث الذي نوَّه به ابن الصلاح هو في صحيح مسلم(٥١٢/١) (٦) كتاب « صلاة المسافرين وقصرها » (١٨) باب « جامع صلاة الليل ، ومن نام عنه أو مرض » حديث (٧٤٦) وفيه عن السيدة عائشة قالت : إن الله (عز وجل) افترض قيام الليل في أول هذه السورة – تعني سورة المزمل – فقام نبيُّ الله ﷺ وأصحابُه حولًا ، وأمسك الله خاتمتها اثنيْ عشر شهرا في السماء ، حتى أنزل اللهُ في آخر هذه السورةِ التخفيفَ ؛ فصار قيامُ الليل تطوعًا بعد فريضة ... » الحديث . وانظر فتح الباري (٢٧/٣) حديث (١١٤١) .

ثم قال ابن الصلاح : « وجوب السواك عليه ﷺ يَقْوَى بما رواه أبو داود في سننه (٤١/١) أنه ﷺ أُمر بالسواك لكل صلاة . قلتُ : ومع هذا ترددوا في وجوب السواك عليه ، وقطعوا بوجوب الضحى والأضحى والوتر عليه ، مع أنّ مستندَه الحديثُ الذي ذكرنا ضعفَه . ولو عكسوا ، فقطعوا بوجوب السواك عليه ، وترددوا في الأمور الثلاثه لكان أقربَ ، ويكون مستند التردد فيها أنَّ ضعْفَه من جهة ضعْفِ راويه أبي جنابِ الكلبي ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٦٩/ب) .

(٢) من الآية (٧٩) من سورة (الإسراء) . (٣) في (أ) ، (ب) : « في درجاتك » .

(٤) من الآية (١٥٩) من سورة (آل عمران) .

(٥) فى (أ) ، (ب) : « وظاهرُه الإيجاب » وهو يعني أن الآية وردت بصيغة « الأمر » وعند الأصوليين : أن الأصل في الأمر الوجوبُ مالم يصرفْه عن الوجوب إلى غيره قرينةٌ أو دليلٌ ، فإن لم يوجد صارفٌ كان « الأمر » مُفيدًا إيجابَ المأمور به . انظر : أصول البزدوي (١٠٨/١) . أصول السرخسي (١٥/١) . فواتح الرحموت بشرح مُسَلَّم الثُّبوت للشيخ مُحِبّ الله بن عبد الشكور (٥٨/١) مطبوع مع المستصفى .

وقيل [1] : إنه استحباب ؛ لاستمالةِ القلوب . وتردَّدُوا في وجوب السواك عليه.

وإنما اختصَّ في أمر النكاح بوجوب التخيير لنسائه [2] بين التسريح والإمساك . ولعل سرَّه [فيه] [3] أن الجمع بين عدد منهن ، يُوغِر صُدورَهن بالغيرة التي هي أعظم الآلام ، وهو إيذاءٌ يكاد يُنَفر القلب ، ويُوهِن الاعتقادَ ، وكذلك إلزامُهنَّ الصبرَ على الضُّرِّ والفقر [4] يؤذيهنّ . ومهما أُلقي زمامُ الأمر إليهن خرج عن أن يكون بصَدد التأذّي والإيذاء ، فنُزِّه [5] عن ذلك منصبُه العليّ ، وقيل له : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ.. ﴾ [6] ونزل ذلك عليه [7] حين ضاق صدرُه [8] (عليه الصلاة والسلام) مِن كثرة خصامهنّ ، واقتراحِهنّ زينةَ الدنيا حتى آلى [9] عنهنّ ، [10] ومكث في غرفته شهرًا [10] ، فابتدأ ﷺ بتخيير عائشة (رضي الله عنها) وقال : « إني مُلْقٍ إليك أمرًا ، فلا تُبادريني بالجواب حتى تُؤامري أبويكِ » وتلا الآية [11] ، فقالت : « أَفِيكَ

(١) في (أ) ، (ب) : « ويقال » .

(٢) بياض في (ب) مكان قوله : « لنسائه » .

(٣) في (أ) : « ولعل السّرَّ فيه » . وفي (ب) بياض مكان قوله : « سره » . والزيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في الأصل : « على الذلّ والفقر » وما في (أ) ، (ب) أليقُ ، وهو المثبت .

(٥) في (ب) : « فتنزَّه » .

(٦) من الآية (٢٨) من سورة (الأحزاب) .

(٧) في (أ) : « ونزل عليه ذلك » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « ذرعه ». وقال ابن الصلاح : « وقوله : (حين ضاق ذرعه) : المعروفُ « حين ضَاقَ بالأمرِ ذرعًا » من غير إضافة ، أيْ : لم يُطِقْه ولم يَقْوَ عليه » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٦٩/ب) .

(٩) آلى : أي : حلف . والإيلاء هو اليمينُ مطلقا . مختار الصحاح ص (٢٣) أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ص (١٦١) .

(١٠) في (أ) : « ومكث شهرًا في غرفته » . وحديث اعتزاله ﷺ شهرًا رواه مسلم (١١٠٥/٢) (١٨) كتاب « الطلاق » (٥) باب في الإيلاء واعتزال النساء وتخييرهن ، وقوله تعالى : ﴿ إِنْ تَظَاهَرَا عَلَيْهِ ﴾ . حديث (١٤٧٩) .

(١١) أي قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ... ﴾ [الأحزاب : ٢٨] .

أؤامِرُ أبويَّ ؟! اخترتُ اللهَ ورسولَه والدارَ الآخرة » ثم قالت : لا تُخْبِرْ زوجاتك [١] باختياري إياك ، وأرادت أن يختار [٢] سائرُ أزواجه الفراقَ [٣] . فطاف على نسائه ، وكان يُخبرهنَّ باختيار عائشة إياه ، فاخترنَ الله ورسوله بأجمُعهنَّ [٤] .

والصحيحُ : أن واحدة لو اختارت الفراقَ لَمَا بَانَتْ [٥] بنفس الاختيار ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ ... ﴾ [٦] وأنَّ الجواب لم يجب عليهنّ على الفور ؛ بدليل قوله : « حتى تُؤَامري أبويكِ » [٧] .

---

(١) في (أ) : « أزواجك » . (٢) في (أ) ، (ب) : « يخترن » .

(٣) قال ابن الصلاح : « حديثُ عائشة المذكور ثابتٌ في الصحيح بلفظ آخر ، وليس فيه « وأرادتْ أن يختار أزواجُه الفراقَ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٦٩/ب) . وقال الحافظ ابن حجر : وقع في « النهاية » و « الوسيط » التصريحُ بأنّ عائشة أرادت أن يختار نساؤه الفراق ، فإن كانا ذكَرَاه فيما فَهِمَاه من السياق فذاك ، وإلا فلم أرَ في شيء من طرق الحديث التصريحَ بذلك » . فتح الباري (٣٨٢/٨) .

قلت : روى الإمام مسلم بإسناده عنها أنها قالت : وأسألك ألّا تُخبر امرأةً من نسائك بالذى قلتُ . فقال النبي ﷺ لها : « لا تَسْأَلُني امرأةٌ منهنّ إلا أخبرتُها ؛ إن الله لم يَبْعثني مُعنِّتًا ولا مُتعنِّتًا ، ولكنْ بَعثني مُعَلِّما مُيَسِّرًا » صحيح مسلم (١١٠٤/٢) (١٨) كتاب « الطلاق » (٤) باب « بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقًا إلا بالنيّة » حديث (١٤٧٨) .

(٤) الحديث رواه البخاري (٣٧٩/٨) (٦٥) كتاب « التفسير » (٤) باب ﴿ قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياه الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن و أسرحكنّ سراحًا جميلا ﴾ حديث (٤٧٨٥) . ورواه مسلم (٢/ ١١٠٣) (١٨) كتاب « الطلاق » (٤) باب « بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقًا إلا بنية » حديث (١٤٧٥) . ورواه الترمذي (٣٢٧/٥) حديث (٣٢٠٤) . والنسائي (١٦٠/٦) . وابن ماجه (٦٦٢/١) حديث (٢٠٥٣) جميعا من طرق عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة .

(٥) أي : لَمَا كان الطلاق بائنًا . والطلاق البائن هو الطلاق الذي لا يملك الزوج فيه رَجْعةَ امرأته إلا بعقد جديد ومهر جديد . انظر : أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للشيخ قاسم القونوي ص (١٠٨) .

(٦) من الآية (٢٨) من سورة (الأحزاب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « القول بوجوب جوابهنّ على الفور ، ينبني على القول بالبينونة بنفس اختيار الفراق ؛ أخْذًا من أحد القولين في أن الجواب على الفور فيما إذا قال لها : طلِّقي نفسَك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٠/أ) .

=

وهل كان يحرم طلاقُ من اختارتْه منهن ؟ فيه خلاف ، ودليلُ التحريم قولُه تعالى : ﴿ لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعۡدُ وَلَآ أَن تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنۡ أَزۡوَٰجٍ ﴾ (١) . ومذهبُ الشافعيّ (رضي الله عنه) أنّه حرم عليه الزيادةُ عليهن ، ثم (٢) نُسخ ذلك . وعند أبي حنيفة (رحمه الله) : دامَ التحريمُ ولم يُنْسخ (٣) .

وأما المحرمات (٤) : فقد حرم (٥) عليه الزكاة ، والصدقة ؛ صيانةً [له و] (٦) لمنصبه عن

= قلت : يعني لو قال الرجل لزوجته : « طلِّقي نفسَكِ » فَيُشترط الفورُ في جوابها ، فلو قامت من المجلس ، ثم طَلَّقَتْ ، فلا يقع هذا الطلاق .

(١) من الآية (٥٢) من سورة (الأحزاب) . وقال ابن الصلاح : « ودليلُ تحريم طلاقهنّ من الآية ، هو في قوله تعالى : ﴿ ولا أَنْ تبدَّل بهنّ ﴾ ؛ لأنّ معنى البدل بهنّ مفارقتُهن أولًا ، ثم التزوج بأبدالهنّ ، ففي تحريمه تحريمُ مفارقتهن على ما لا يخفى تقديره ، والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٠/أ) .

(٢) في (أ) : « حتى » .

قال ابن الصلاح : « ومن الدليل على النسخ قولُ عائشة (رضي الله عنها) » : « ما مات رسول الله ﷺ حتى أُحِلّ له النساء » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٠/أ) .

قلت : هذا الحديث رواه الترمذي في سننه (٣٣٢/٥) (٤٨) كتاب « تفسير القرآن » باب (٣٤) حديث (٣٢١٦) . وقال : هذا حديث حسن .

(٣) انظر في ذلك : أحكام القرآن للإمام الجصاص الحنفي (٥٤١/٣ ، ٥٤٢) . أحكام القرآن لابن العربي المالكي (١٥٧٠/٣ وما بعدها) . الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي (٢٠٦/١٤) . تفسير القرآن العظيم للحافظ ابن كثير (٤٨٢/٣) . دفع إيهام الاضطراب عن آي الكتاب للشيخ محمد الشنقيطي ص (٢٣٩ - ٢٤١) .

(٤) المحرم لغة : الممنوع . وفي اصطلاح الأصوليين هو « ما في فِعْله العقابُ ، وفي تركِهِ الثوابُ » ومن أسمائه أيضًا : المحظور ، والمعصية ، والذنب . انظر المسوّدة في أصول الفقه لآل تيمية ص (٥١٥) . روضة الناظر وجُنّة المناظر لابن قدامة مع شرحها نزهة الخاطر العاطر (١٢٦/١) . الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٦١/١) . مذكرة في أصول الفقه للشنقيطي ص (٢٧) .

(٥) في (أ) : « حرمت » . ودليلُ التحريم ما رواه البخاري في صحيحه (٤١٤/٣) حديث رقم (١٤٩١) بإسناده أن النبي ﷺ قال للحسن بن علي (وكان قد أخذ تمرةً من تمر الصدقة فجعلها في فِيهِ) فقال له : كخ كخ - لِيَطْرَحَها - ثم قال : أما شَعَرْتَ أنّا لا نأكل الصدقة ؟! .

(٦) زيادة من (ب) .

أوساخ الأموال التى تُعطى على سبيل الترحُّم ، وتُنبىءُ عن ذُلّ الآخذ ، وأُبدل بالفيء [1] المأخوذ على سبيل القهر والغلبة ، المنْبيء عن عِزّ الآخذ ، وذلّ المأخوذ عنه . [2] وشاركَه في هذا الفَيءِ ذوو القربى [3] . وقيل : إنهم لم يشاركوه في تحريم الصدقة ، بل في الزكاة فقط [4] .

(١) الفيء : هو ماصار إلى المسلمين من أموال الكفار من غير إيجاف خيلٍ ولا رِكَاب ، كالأموال التي يُصَالحون عليها ، أو يُتَوَفَّوْن عنها ولا وارثَ لها منهم ، وكذلك الجزية والخراج ونحو ذلك . أما الغنيمةُ فهي الأموال التي تُؤْخذ من الكفار على سبيل القهر بإيجاف الخيل والركاب ، وتؤخذ بعد ما تضعُ الحربُ أوزارَها . انظر : الأحكام السلطانية لأبي يَعْلى ص (١٣٦) . شرح السنة للبغوي (١٣٩/١١) . لسان العرب (٣٤٩٦/٥) . المصباح المنير (٦٩٨/٢) مادة (ف ى أ) . التعريفات للجرجاني ص (١٧٠) .

وقال ابن الصلاح : « قولُ المصنف : (بالفيء المأخوذ على سبيل القهر والغلبة) : عبارةٌ غير مَرْضيَّة في عُرْف الفقهاء ؛ لأن هذا صفة الغنيمة ، كما ذكره المصنف في بابها . وأما الفيءُ في عُرْفهم فغيرُ متقيد بهذه الصفة ؛ إذْ منه مالُ مَنْ لا وارث له من أهل الذمة » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٠/ب) .

(٢) في (أ) : « منه » .

(٣) في الأصل : « ذو القربى » والمثبت من (أ) ، (ب) . وذوو القربى الذين حرّمت عليهم الزكاة ، هم بنو عبد المطلب ، وبنو هاشم فقط ، على خلاف بين العلماء في بني عبد المطلب ، فَعَنْ أبي حنيفة ومالك : هم بنو هاشم فقط . وعن أحمد في بني المطلب روايتان .

ويدل على أن المراد بهم هم بنو عبد المطلب وبنو هاشم : ما رواه البخاري في صحيحه (٢٨١/٦) (٥٧) كتاب « فرض الخمس » باب (١٧) برقم (٣١٤٠) بإسناده عن جبير بن مطعم قال : مشيتُ أنا وعثمان بن عفان إلى رسول الله ﷺ فقلنا : يا رسول الله ، أعطيتَ بني المطلب وتركتَنا ، ونحن وهم مِنْك بمنزلة واحدة !! فقال رسول الله ﷺ : « إنما بنو المطلب وبنو هاشم شيءٌ واحد » . انظر : الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص (١٣٧) . المقنع في فقه الإمام أحمد ص (٦٢) . الاختيار لتعليل المختار (١٢٠/١) . فتح الباري (٦/ ٢٨٣) .

(٤) قال ابن الصلاح : « في صدقة التطوع قولٌ للشافعي خَفِيَ على المصنِّف وشيخه [يعني إمام الحرمين أبا المعالي الجويني] أنها لم تحرم عليه ، وإنما كان يترفَّع عنها ، حكاه الشيخان : أبو حامد إمامُ العراقيين ، والقفالُ إمامُ الخراسانيين . وقولُ المصنف : (وقيل : إنهم لم يُشاركوه في تحريم الصدقة) فأورد هذا إيرادَ وجهٍ ضعيف أو غريبٍ ، وليس كذلك ، فإنه هو المشهور الصحيح . والله أعلم » . المشكل (ق٧٠/ب) .

قال الحموي : « قوله [رحمه الله] : (وأما المحرمات ، فقد حرمت عليه الزكاة والصدقة ؛ صيانة له ولمنصبه عن أوساخ الناس . ويشاركه في هذا [الأمر] ذَوُو القربى ، وقيل : إنهم لم يشاركوه في تحريم الصدقة ، بل في الزكاة) .

قلت : المفهوم من عبارة الشيخ أن أقاربه يشاركونه في تحريم الصدقة على الصحيح ؟ وقد ذكر في =

وكان ﷺ لا يأكل الثوم (١) . وقال: « لا آكُلُ مُتكِئًا (٢) » ، ....
.... فقيل : (٣ إنه حرم عليه ذلك ٣) ، وقيل : (٤ كان ذلك منه تنزُّهًا وترفُّعًا ٤) .

ونكح [رسول الله] (٥) ﷺ امرأةً ، فعلمتها نساؤه (٦) أن تقول عند لقائه : « أعوذ بالله

= آخر « البيع » أنها لا تحرم على المُطَّلبي والهاشمي صدقةُ المتطوع وجهًا واحدًا ، وإذا كان كذلك كان مناقضًا لما ذكره في مسألتنا كما لا يخفى أيضًا ؛ فإنه جعل هذا من خواصه مع مشاركة أقاربه له في ذلك ، وهو على كلا التقديرين لا يَنْفكُّ عن الإشكال .

قلت : لعل اختيار الشيخ في « البيع » أن صدقة التطوع غير محرمة عليهم على الصحيح ، وعلى النبي ﷺ خلافٌ فيه ، والأصح التحريم ؛ لاختلافهما في المنصب والحرمة . وإذا كان كذلك اقتضى أن يذكر ما هو من خاصيتهم في « البيع » وما هو من خاصيته في « النكاح » ؛ تفرقةً بينهما ، وإنما اختصّ بذكره في « النكاح » ، لكون أكثرِ خواصِّه فيه بالنسبة إلى غيره . وإذا كان كذلك كان ما ذكره فيه أولى كما لا يخفى .

وأما الجواب عن الإشكال الآخر ، فأقول : مقتضى القياس ألا يُذكر في باب النكاح إلا ما هو من خواصِّه ، ولكن لما كان آلُ النبي ﷺ يُذْكَرون معه غالبًا ذَكَرَهم ضِمْنًا له وتبعًا . وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٣ ب ، ١٣٤/ أ) .

(١) انظر صحيح البخاري مع الفتح (٣٩٥/٢) .

(٢) رواه البخاري (٤٥١/٩) (٧٠) كتاب « الأطعمة » (١٣) باب « الأكل متكئًا » حديث (٥٣٩٨) وحديث (٥٣٩٩) . وأبو دواد (١٤٠/٤) حديث (٣٧٦٩) . والترمذي (٢٤٠/٤) حديث (١٨٣٠) وقال: هذا حديث حسن صحيح . ورواه ابن ماجه (١٠٨٦/٢) حديث (٣٢٦٢) جميعا من طرق عن علي بن الأقمر عن أبي جُحَيفة مرفوعًا .

(٣) في (أ) : « حرم ذلك عليه » .

(٤) في (أ) : « كان ذلك تنزهًا وترفعًا منه » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « فعلَّمَها نساؤه » . وفي (ب) : « فَغلبتْها قَساوةٌ » وهو تصحيف مليح .

وقال ابن الصلاح : « قولُه : (فعلمتها نساؤه) زيادةٌ ، لم أجد لها أصلًا ثابتًا . وحديث المستعيذة ثابتٌ في صحيح البخاري وغيره بدون هذه الزيادة البعيدة . وقد رواها محمد بن سعد في طبقاته ، ولكن بإسناد ضعيف . واسمُ المستعيذة أسماءُ بنت النعمان الجونية ، وقيل غير ذلك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ٧١/ب) .

منك » وقُلْنَ : « هذه كلمةٌ تُعْجبه » ، فقالت ذلك[1] لما دخل – عليه الصلاة والسلام – عليها[1] ، فقال : « لقد استعذتِ بمَعَاذ[2] ؛ فالْحقي بأهلك[3] » فَفُهِمَ منه أنه حرم عليه نكاحُ امرأةٍ تكره صُحْبتَه . وجديرٌ أن يكون ذلك محرمًا عليه ؛ لأنه نوعٌ من الإيذاء ؛ ويَشْهد لذلك إيجابُ التخيير .

واختلفوا في أنه ، هل كان يحرم عليه نكاحُ الكتابية الحرة ، ونكاحُ الأَمَة[4] ؟ وأنه لو جاز له نكاحُ الأَمة ، هل كان ينعقد ولدُه على الرقّ ؟ .

ونحن لا نرى الخوضَ في تصحيح أدلة ذلك وتزييفها ؛ لأنها أمورٌ تخمينية ؛ إذ لا قاطع

---

(١) في (أ) « لما دخلت عليه » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : « بمَعَاذ » : وهو بفتح الميم ، أي : ملجأ ومُسْتجار » . مشكل الوسيط (جـ٢ ٧١/ب) . وقال النووي : « والمعاذ في هذا الحديث ، الذي يُعاذ به . والله تعالى معاذُ مَنْ عاذ به ، أي لجأ إليه وامتنع به » انظر تهذيب الأسماء واللغات (٥١/٢/٣) .

(٣) الحديث رواه البخاري (٢٦٨/٩) (٦٨) كتاب « الطلاق » (٣) باب « من طلَّق ، وهل يُواجِه الرجلُ امرأتَه بالطلاق ؟ » حديث (٥٢٥٤) . ورواه النسائي (١٥٠/٦) . وابن ماجه (٦٦١/١) حديث (٢٠٥٠) ثلاثتهم من طرق عن الوليد بن مسلم عن الأوزاعي عن الزهري عن عروة عن عائشة مرفوعًا . ورواه مسلم في صحيحه (٣١٥٩١) (٣٦) كتاب « الأشربة » (٩) باب « إباحة النبيذ الذي لم يشتدَّ ولم يَصِرْ مسكرًا » حديث (٢٠٠٧) .

(٤) قال الحموي : « قوله : (هل كان يحرم عليه نكاحُ الحرة الكتابية والأمة) .

قلت : لا يخلو : إما أن يريد الشيخ من الخلاف المشهور في تحريم الأمة في حقه ، أم لا . فإن كان الأول فهي محرمةٌ عليه أيضًا ؛ إذ كان سبيله أن يذْكر ما هو من خواصه . وإن اختار الإباحة ، فهي مباحةٌ لنا في بعض الصور ، فكان سبيله أن يذكره في قسم المباحات ، وهو قد ذكره في قسم المحرمات ، وأيًّا ما كان لا ينفك عن الإشكال .

قلت : أمكن أنْ يُقَال : لعله اختار من الخلاف المشهور أن يكون ذلك في قسم المحرمات ، وإذا كان كذلك فهو من خواصه على الإطلاق ، بخلاف التحريم علينا ، فإنه إنما يكون عند عدم طَوْلِ الحُرَّةِ وعند خوفِ العنت ، على ما ذكره في موضعه . وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٤/ب ، ١٣٥/أ) .

فيها ، وتخمينُ الظنّ - فيما لا حاجة فيه إلى العمل في الحال - تضييعُ زمانٍ واقتحامُ خطرٍ[(١)] .

وأما المباحات [(٢)] والتخفيفات : فقد أُبيح له الوصالُ في الصوم [(٣)] ، وصَفِيّةُ

(١) قال ابن الصلاح : « قولُه : (ونحن لانرى الخوض في أدلة ذلك) ذكَرَ شيخُه أن المحققين كرهوا الخوض في المسائل التي اختلفت فيها الأصحابُ من خصائص رسول الله ﷺ . قلت : وحكى الصَّيْمَري عن أبي عليّ بن خيران أنه مَنَع من الكلام في خصائص رسول الله ﷺ في أحكام النكاح ، وكذا في الإمامة . ووجْهُه : أن ذلك قد انقضى ؛ فلا عملَ يتعلّق به ، وليس فيه من دقيق العلم ما يقع به التدريبُ ، فلا وجْه لتضييع الزمان برجم الظنون فيه ، وهذا غريب مليح . والله أعلم » . المشكل (جـ٢ق ٧٢/أ) .

قلت : قد أطال الإمام الشاطبي (رحمه الله) في بيان أن « كل مسألة لا ينبني عليها عملٌ ، فالخوضُ فيها خَوْضٌ فيما لم يدلَّ على استحسانه دليلٌ شرعي » . انظر ذلك في كتابه « الموافقات في أصول الشريعة » (١/٤٦-٥٦) .

(٢) المباح : مشتقّ من « الإباحة » وهي الإظهار والإعلان ، ومنه يُقال : « باح بِسِرّه » : إذا أظهره . وتعريفُه اصطلاحًا : هو ماورد الإذنُ من الله تعالى بفعله وتركه ، غيرَ مَقْرونٍ بذمّ فاعله ومَدْحه ، ولا بذمِّ تاركه ومدحه . وهذا من حيث هو مباح متساوي الطرفين . أما إذا كان ذريعةً إلى ممنوعٍ صار ممنوعًا ؛ من باب سد الذّرائع ، لا من جهة كونه مباحًا . انظر : المستصفى للإمام الغزالي (ص٨١) . الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١/١٧٥) . الموافقات في أصول الشريعة (١/١١٣) .

(٣) في وصاله ﷺ بالصوم أحاديث كثيرة منها : ما رواه البخاري (٤/٢٣٨) (٣٠) كتاب « الصوم » (٤٨) باب « الوصال » . حديث (١٩٦١) بإسناده عن أنس مرفوعًا : « لا تواصلوا ، قالوا : إنك تواصل ، قال : لستُ كأحدٍ منكم ، إني أُطعم وأُسْقى » أو « إني أَبيتُ أُطْعم وأُسْقى » . ورواه أيضًا عن ابن عمر حديث (١٩٦٢) وعن عائشة حديث (١٩٦٤) . وعن أبي سعيد الخدري حديث (١٩٦٣) .

قال الحموي : « قوله : (وأما المباحات والتخفيفات ، فقد أبيح له الوصال في الصوم) .

قلت : ذكر الشيخ أن الوصال مباحٌ ، ولا شك بأنه لا يطلق عليه ذلك في اصطلاح الفقهاء كما ذكر في باب التيمم . وإذا كان كذلك فأقول : النبيُّ ﷺ إنما كان يَفْعل ذلك ليريّضَ نفسه ؛ ليحصل له المثوبةُ بذلك من اللّه سبحانه ؛ فإنه مثابٌ عليه بالإجماع ، ولا كذلك المباح .

قلت : وإن كان الأمر كذلك إلا أنه يُطلق عليه ذلك بطريق المجاز ، من حيث إن المندوب يشتمل على المباح أيضًا ، فأقول : مقتضى الدليل أنه مكروه في حقّه وفي حقّنا ، وتخصيصُ النبي ﷺ بذلك إنما كان على خلافِ الدليل ، فصار هذا كما ذكر في باب التيمم » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٤/أ، ١٣٤/ب) .

المغْنم (١) ، والاستبدادُ بخُمُسِ الخمس (٢) ، ....

(١) قال ابن الصلاح : « صَفيّة المغنمِ و صَفيُّ المغنم : ما يَصْطفيه الرئيسُ من الغنيمة لنفسه ، أي : يختاره » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٢/أ) .

وفي عون المعبود شرح سنن أبي دواد (١٨٠/٨) « قال الطِّيبي : الصفيّ مخصوصٌ به ﷺ ، وليس لواحدٍ من الأئمة بعده . قال العيني : ولهذا لم يأخذْه الخلفاء الرشدون » .

(٢) في (أ) : « بالخمس » وهي كذلك في نسخة أخرى (ج) وكلاهما صحيح ، فإن الله تعالى قال : ﴿واعْلَمُوا أَنَّمَا غَنْمِتُمْ مِنْ شَيْء فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وللرسولِ ولذِي القُرْبَى واليتامَى والمَسَاكِينِ وابنِ السَّبِيلِ ...﴾ [الأنفال : ٤١] . فكان ما يغنمه المسلمون يُقَسّم على خمسة أخماس ، أربعةٌ منها تُقَسّم على من قَاتَلَ ، وخمسٌ للرسول ﷺ يقسمه على المذكورين في الآية السابقة ، فَصَحَّتْ إضافةُ الخمسِ إليه على اعتبار أنه هو الذي يتصرف فيها حسب المصلحة ، ويدل على ذلك ما رواه الإمام أحمد في مسنده (٣١٦/٥) أنّ رسول الله ﷺ صلَّى بهم في غزوة إلى بعير من المغنم ، فلما سلَّم قام ، فتناول وبرةً بين أنملتيه ، فقال : « إنّ هذه من غنائمكم ، وإنه ليس لي فيها إلا نصيبي معكم ، الخمس ، والخمسُ مردود عليكم .... » ورواه أبو دواد (١٨٨/٣) حديث (٢٧٥٥) وابن ماجه حديث (٢٨٥٠) .

قال ابن كثير : وكان الرسول ﷺ يتصرف في الخمس كيف يشاء ، فيردّه في أمته . وقال الشيخ الشنقيطي في أضواء البيان (٣٢٠/٢) : « والتحقيقُ أن نصيب الله (جل وعلا) ونصيبَ الرسول ﷺ : واحدٌ ، وذِكْرُ اسمِه (جل وعلا) استفتاحُ كلامٍ للتعظيم . وممن قال بهذا القولِ ابنُ عباس ... ثم قال : « والتحقيق : أن الخمس في حياة النبي ﷺ يُقَسم خمسةَ أسهمٍ ... واعلمْ أن النبي ﷺ كان يَصْرف نصيبه – الذي هو خمسُ الخمسِ – في مصالح المسلمين ، بدليل قوله في الأحاديث التى ذكرناها آنفًا : « والخمسُ مردودٌ عليكم » وهو الحقُّ ، ويدل له ما ثبت في الصحيح من أنه كان يأخذُ قوتَ سنتِه من فَيء بني النضير .

وأما بعد وفاته وانتقالِه إلى الرفيق الأعلى (صلوات الله وسلامه عليه) فإن بعض العلماء يقول بسقوط نصيبه بوفاته ، وممن قال بذلك أبو حنيفة (رحمه الله) واختاره ابن جرير ، وزاد أبو حنيفة سقوطَ سهمِ ذوي القربى أيضًا بوفاته ﷺ .

والصحيحُ أن نصيبه ﷺ باقٍ ، وأن إمام المسلمين يَصْرفه فيما كان يَصْرفه فيه رسول الله ﷺ لمن يلي الأمرَ بعده ، ورُوِيَ عن أبي بكر وعليّ وقتادة . والظاهرُ أن هذا القولَ راجعٌ فى المعنى إلى ما ذكرنا أنه الصحيح ، وأن معنى كونه لمن يلي الأمرَ بعده ، أنه يصرفه فيما كان يصرفه فيه ﷺ والنبيُّ قال : « والخمس مردود عليكم » وهو واضح كما ترى » ا . هـ من أضواء البيان (٣٢٢/٢) .

وقال ابن الصلاح : (الاستبدادُ بخمس الخمس) ينبغي أن يُضَاف إليه (وأربعةُ أخماس الفَيءِ) والاستبدادُ معناه : الانفراد ، أي يتفرد بذلك ، ويشارك الغانمين ، فيستحق سهمًا من الغنيمة كسَهْمِ أحدِهم ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق٧٢/أ) .

« [1] ودخولُ مكة بغير إحرام [1] . وحرم ميراثه ، فقال : « إنَّا - مَعاشِرَ الأنبياءِ [2] لا نُورث ، ما تركناه صَدَقةٌ » [3] .

وفي النكاح أُبيح له الزيادةُ على أربع . وفي الزيادة على التسع خلافٌ . وكذلك في انحصار الطلاق في الثلاث خلافٌ . وكان ينعقد نكاحُه بلفظ « الهبة » [4] . وقالوا : إذا وقع بصرُه [5] على امرأة فوقعتْ منه موقعا ، وَجَب على الزوج تطليقُها ؛ لقصةِ زيد [6] . ولعلَّ السّرَّ

(١) في (أ) : « ودخولُ مكة من غير إحرام » . ويدل عليه ما رواه مسلم (٩٨٩/٢) (٥) كتاب « الحج » (٨٤) باب « جواز دخول مكة بغير إحرام » حديث (١٣٥٨) بإسناده عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ « دخل مكة ، وعليه عمامةٌ سوداءِ بغير إحرام » ورواه النسائي (٢٠١/٥) عن جابر أيضًا .

(٢) قوله : « معاشر الأنبياء » ساقط من (أ) .

(٣) الحديث رواه البخاري (٣٩٠/٧) (٦٤) كتاب « المغازي » (١٤) باب « حديث بني النضير » برقم (٤٠٣٤) . ورواه مسلم (١٣٧٧/٣) . والترمذي (١٣٥/٤) حديث (١٦١٠) . ورواه الإمامُ أحمد في مسنده (٤٦٢/٢) عن أبي هريرة بلفظ : « إنا - معشر الأنبياء - لا نُورث . ما تركتُ - بعد مُؤْنة عاملي ونفقةِ نسائي - صدقةٌ » .

(٤) ويدل عليه قولُه تعالى : ﴿ ... وَامْرَأَةً مُؤمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَها لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ المؤمنين ﴾ [الأحزاب : ٥٠]

(٥) في نسخة أخرى : « نظره » كذا على هامش (ب) .

(٦) هو زيد بن حارثة (رضي الله عنه) . وتتلخص قصتُه في أنه كان عبدًا ، فأعتقه النبيُّ ﷺ وآثَرَ زيدٌ البقاءَ معه ﷺ لخدمته ، على الرجوع مع أبيه حارثة ، ثم إن النبي ﷺ تبنَّاه في مكة ، فكان يُدعى زيدَ ابن محمد . ثم زوَّجه النبيُّ ﷺ من ابنة عمته زينب بنت جحش (رضي الله عنها) وكان ذلك على غير رغبة منها ؛ إذ كانت نَسيبةً قرشية ، فعاشتْ مع زيد سنةً أو يزيد قليلا ، وكان زيدٌ يشكوها لرسول الله ﷺ ويُخبره بما يَنويه من طلاقها ، فكان النبي ﷺ يقول له : « أمْسِكْ عليك زوجَك واتَّق الله ، ولا تطلقْها » مع أنّ الله - عز وجل - قد أوحى إليه من قبل أن زيدًا سيُطلّق زينب ، وستكون زوجةً للنبي نفسِه ، وهذا هو الذي عاتبه اللهُ عليه بقوله : ﴿وَتُخْفِي فِي نَفْسِكَ مَا اللَّهُ مُبْدِيهِ ﴾ . ثم حرم اللهُ التبني بقوله تعالى : ﴿ ... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أبناءكم ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ، ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِم هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ... ﴾ الآيتان [الأحزاب : ٤، ٥] . فأصبح زيدٌ يُدْعى « زيد بن حارثة » . ولما استمرَّ سوءُ الحال بين زيد وزوجته ، طلقها . ثم أراد الله أنْ يهدم عقيدة العرب من أساسها في مسألة التبنّي وكذلك تحريم زوجة المُتبَنَّى على مَنْ تبنَّاه ، فأمر اللهُ نبيَّه ﷺ أن يتزوج زينب ابنة عمته =

....

= وزوجة مُتَبَنَّاه من قبل . وكان هذا شديدًا على نفس النبي ﷺ ؛ إذ يقول الناس : إن محمدا تزوج امرأة ابنه !!. ولكنه القائد الذي يجب أن يكون أول المسارعين إلى تنفيذ أوامر الله عز وجل ، وحتى يرتفع الحرج تمامًا من قلوب الصحابة ، إذا أراد أحدهم أن يتزوج مَنْ كانت زوجةَ مُتَبَنَّاه من قبل . وهذا ما صرحَ اللهُ عز وجل به في قوله تعالى : ﴿ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْها وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فى أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إذا قَضَوْا مِنْهنَّ وَطَرًا ، وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا ﴾ [الأحزاب /٣٧] .

هذا ملخص قصته (رضي الله عنه) . أما ما أورده الإمام الغزالي (رحمه الله) من قوله : (وقالوا : إذا وقع بصره على امرأة ، فوقعت منه موقعا ، وجب على الزوج تطليقُها ؛ لقصه زيد) .

أقول : ما كان للإمام إيرادُ هذا أصلًا إلا مصحوبًا ببيان بطلانه . ثم قولُه : (وَجَبَ على الزوج تطليقُها) لم يُورِدْ عليه دليلًا . ثم من الذي أَوْجَبَ هذا « التطليق » ؟ وأين الدليل على هذا الزعم ؟ ومتى بلّغ النبيُّ ﷺ زيدًا بوجوب الطلاق ؟ ومَنْ روى هذا من أئمة الحديث ؟ ثم كيف يكون حال الصحابي - والنبيُّ المعظَّم في قلبه - يُخْبره بأنه يجب عليه تطليقُ زوجته ؟ وليس هذا فقط ، وإنما يطلّقها ليتزوجها النبيُّ نفسُه !! أليس في هذا هلاكٌ لهذا الصحابي ؟! وأيّ هلاك !! وإذا كان النبي - وهو الذي قال فيه ربُّه : ﴿لقد جاءكم رسولٌ من أنفسكم عزيزٌ عليه ماعَنِتُّمْ حريصٌ عليكم بالمؤمنين رءوفٌ رحيم ﴾ [التوبة : ١٢٨] قال لاثنين من أصحابه عندما رَأَياه ليلًا ، ومعه امرأةٌ ، قال لهما - عندما أَسرَعا - : « على رِسْلكما ؛ إنها صفية زوجتى » فقالا : سبحان الله يا رسول الله ، قال: إن الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم ، وإني خشيتُ أن يَقْذف فى قلوبكما شيئًا » . انظر فتح الباري (٣٢٦/٤-٣٣١) .

فإذا كانت هذه هي شفقةَ النبيِّ ﷺ بأصحابه ، فكيف يأمر واحدًا منهم بطلاق زوجته لمجرد أنه رآها فأعجبتْه ؟! أليس في هذا هلاكٌ للصحابي ؟! أليس يَخْشى كلٌّ منهم - بعد ذلك - على زوجته أنْ يراها النبيُّ يومًا فتعجبه ، فيأمره بطلاقها ؟!!! .

هذا ، وقد ردّ الإمام ابن حزم هذه الافتراءات هو وغيرُه من أئمة المسلمين ، فانظر ذلك في كتابه « الملل والنحل » (٤/ ٥ - ٧ ، ٤٨ ، ٤٩) ، وانظر الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي (١٨٨/١٤ - ١٩١) . وتفسير القرآن العظيم لابن كثير (٤٧٢/٣) وفيه قال (رحمه الله) : « ذكر ابن أبي حاتم وابن جرير هاهنا آثارًا أحببنا أن نَضْرِب عنها صَفْحًا ؛ لعدم صحتها ، فلا نوردها » .

وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري (٣٨٤/٨) : « ووردتْ آثار أخرجها ابن أبي حاتم والطبري ونقلَها كثيرٌ من المفسرين ، لا ينبغي التشاغلُ بها ، والذي أوردتُه منها هو المعتبر . والحاصل : أن الذي كان يخفيه النبي ﷺ هو إخبار الله إياه أنها ستصير زوجتَه ، والذي كان يَحْمِله على إخفاء ذلك خشيةُ قولِ الناس : تزوَّجَ امرأةَ ابنِه » . =

فيه من جانب الزوج امتحانُ إيمانه بتكليفه النزولَ عن أهله ، ومِنْ جانبه ﷺ ابتلاؤه (١) بِبَليّة البشرية (١) ، ومَنْعُه من خائنة الأعين (٢) ، ومن إضمار ما يخالف الإظهار (٢) . ولذلك قال تعالى : ﴿ وَتُخْفِي فِي نَفْسِكَ مَا ٱللَّهُ مُبْدِيهِ وَتَخْشَى ٱلنَّاسَ وَٱللَّهُ أَحَقُّ أَن تَخْشَـٰهُ ﴾ (١) . ولا شيءَ أدعى إلـى غـضّ البصر وحفظِه عن (٢) لمحاته الاتفاقية من هذا التكليف .

= وقد أطال الإمام القاسمي أيضًا في رَدّ تلك البواطل ، انظر ذلك في محاسن التأويل (٤٨٦٤/١٣ - ٤٨٧٨) . وانظر أيضًا ما قاله الشيخ محمد الأمين الشنقيطي في « أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن » (٦/ ٥٨٢) فإن فيه ما يثلج الصدر إن شاء الله تعالى .

وانظر ترجمة زيد (رضي الله عنه) فى صفة الصفوة لابن الجوزي (١٦٠/١) . الروض الأنف (٢٨٦/١ ، ٢٨٧) وانظر التعليق بعد الآتي للإمام ابن الصلاح (رحمه الله) .

(١) في (ب) : « بالبَليّة البشرية » .

(٢) في (أ) : « ومن الإضمار الذي يخالف الإظهار » . وقال ابن الصلاح : « خائنة الأعين وإضمار ما يخالف الإظهارَ ، مذكورٌ في جملة المحرمات عليه ﷺ ومن الحجة في ذلك ما رويناه في السنن للبيهقي بإسناده في قصة ابن أبي السرح ، حين أُحصر يوم الفتح بين يدي رسول الله ﷺ أنه لما أنكر على أصحابه إمساكهم عن المبادرة بقتله ، قالوا : هلا غمزتَ إلينا بعينيك؟! قال : « إنه لا ينبغي أن يكون لنبيٍّ خائنةُ الأعين » فقيل في تفسيرها ها هنا : هي الإيماء بالعين ، وقيل : هي مسارقة النظر .

ولم يُوَفّق المصنف (رحمه الله) في شذوذه عن الأصحاب ، ومخالفتِه الأصحاب فيما ذكره في خصيصة إيجاب الطلاق على زوج مَنْ وقع عليها بصره من النساء ، ووقعتْ في نفسه ؛ لأن حاصل ماذكره أنه لم يكتفِ في حقه ﷺ بالنهي والتحريم زاجرًا عن مُشَارفة النظر ، وحاملًا له عن غضّ البصر عن نساء غيره ، حتى شدد عليه بتكليفٍ لو كُلّف به غيرُه لما فتحوا أعينهم فى الطرقات . ومن تأمل هذا ، لم يَخْفَ عليه أنه غيرُ لائقٍ بمنزلته الرفيعة ﷺ ، وزعم أن هذا الحكم في حقّه في غاية التشديد والله سبحانه وتعالى يقول :﴿ مَا كَانَ عَلَى النَّبِيِّ مِنْ حَرَجٍ فِيمَا فَرَضَ اللَّهُ لَهُ ... ﴾ [الأحزاب : ٣٨] . وأما ما حكاه عن عائشة (رضي الله عنها) فإنما ذلك لأمر خارج عن هذا الحكم ، وهو إظهارُ ما دار بينه وبين زيد مولاه وعتابه عليه ؛ إذ الواردُ في الرواية الصحيحة عن عائشة (رضي الله عنها) أنها قالت : لو كان النبيُّ ﷺ كاتمًا شيئًا من الوحي ، لكتم هذه الآية : ﴿ وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِى أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ ... ﴾ الآية [الأحزاب : ٣٧] والله أعلم » المشكل . (جـ٢ ق ٧٢/أ وما بعدها) .

(١) من الآية (٣٧) سورة (الأحزاب) .　　(٢) في (ب) : « من » .

وهذا مما يُورده الفقهاء في صنف التخفيف [(١)] . وعندي أن ذلك في حقه غاية التشديد ؛ إذ لو كُلّف بذلك آحادُ الناس ، لما فتحوا أعينهم في الشوارع والطرقات خوفًا من ذلك ، ولذلك/١٥٩/ب قالت عائشة (رضي الله عنها) : « لو كان [رسول الله] [(٢)] ﷺ يُخفي آيةً لأَخْفى هذه [الآية] » [(٣)] .

واختلفوا في انعقاد نكاحه [٤] بغير وليٍّ وشهودٍ [٤] ، وفي حالة الإحرام . وهل كان يجب عليه القَسْمُ [(٥)] ؟ أو كان يَقْسِم تبرعًا وتكرُّمًا ؟ فيه خلاف .

ولا خلافَ في تحريم نسائه بعد وفاته على غيره ؛ فإنهنّ أمهاتُ المؤمنين . ولا نقول : بناتُهن أخواتُ المؤمنين ، [٦] ولا إخوانُهن أخوالُ المؤمنين [٦] ، بل يُقْتصر على ما ورد من الأُمومة ، ويقتصر التحريمُ عليهنّ [(٧)] .

---

(١) في (ب) : « في ضعف التخفيف » وهو خطأ واضح .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) أيضًا . والحديث رواه مسلم في صحيحه (١٦٠/١) (١) كتاب « الإيمان » (٧) باب : معنى قول الله عز وجل : ﴿ ولقد رآه نزلة أخرى .. ﴾ حديث الباب (٢٨٨) .

(٤) في (أ) : « بغير وليّ وغير شهود » . وفي (ب) : « بغير وليّ ولا شهود » .

(٥) قِسْمةُ الزوج : بَيْتُوتَتُه بالتَّسْوية بين النساء . انظر التعريفات للجرجاني ص(١٧٥) . وقال في أنيس الفقهاء (١٥٢) : « هو بفتح القاف : مصدر « قَسَم » القاسمُ المالَ بين الشركاء ، ومنه « القَسْم » بين النساء ، وهو إعطاءُ حقّهنّ في البيتوتة عندها للصُحْبة والمؤانسة ، لا في المجامعة ؛ لأنها تُبْتَنى على النشاط ، فلا يَقْدر على التَّسْوية فيها كما في المحبة » .

(٦) فى (أ) : « ولا أخواتهن أخوات المؤمنين » وهو خطأ ، والصواب أن يقول : « خالات المؤمنين » .

(٧) قال ابن الصلاح : « أزواجُ النبي ﷺ : أمهاتُ المؤمنين فى التحريم والتكريم ، ولا يتعدّى ذلك إلى باقي أحكام الأُمومة وآثارِها ، في تجويز الخلوة والنظر ، ومن كَوْن إخوانِهنّ وأخواتِهنّ وبنيهِنّ وبناتِهنّ أخوالًا أو خالاتٍ وإخوةً وأخواتٍ للمؤمنين » وهذا أَوْلَى من عبارة المصنِّف عن ذلك . والله أعلم » مشكل الوسيط . (جـ٢ ق ٧٢/ب) .

وفي تحريم مطلقاته[(١)] على غيره ثلاثةُ أوجه :

أعدلُها أنها إن كانت مدخولا بها حرم [(٢)] ؛ لما رُوي أن الأشعث بن قيس [(٣)] نكح المستعيذة [(٤)] في زمان [(٥)] عمر (رضي الله عنه) فَهَمَّ عمرُ (رضي الله عنه) برجْم الأشعث ، فذُكِرَ له أنها لم تكن [(٦)] مدخولًا ، بها ، فكفّ عنه .

ولا شك في أن المخيَّرات [(٧)] لو اختارت واحدةٌ منهن الفراقَ لحَلّ لها [(٨)] النكاح ؛ إذ بذلك يتمُّ التمكُّنُ [(٩)] من زينة الدنيا .

وقد مات ﷺ عن تسعة [(١٠)] : عائشة ، وحفصة ، وأم حبيبة ، وأم سلمة ، وميمونه ، وصفية ، والجويرة [(١١)] ، وسَوْدة ، وزينب وهي امرأةُ زيد (رضي الله عنهنّ) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قولُه : (وفي تحريم مطلقاته) هو ظاهر نصّ الشافعي ، وهو أشْبَهُ بظاهر القرآن ؛ فإن قوله تعالى : ﴿ وأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ ﴾ : يَعُمُّهم . والله أعلم ، وقيل : إن وجه التفصيل أصحّ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٢ /ب) .

قلت : يعني بالتفصيل أنها إن كانت مدخولًا بها حرمت وإلّا فلا .

(٢) يعني حرم نكاحها .

(٣) هو أبو محمد الأشعث بن قيس بن معد يكرب ، وكان ممن وفد إلى النبي ﷺ سنة عشر من الهجرة في وفد « كندة » وأسلموا ورجعوا إلى اليمن ، وكان ممن ارتد – والعياذ بالله – بعد وفاة النبي ﷺ ، فأُسِرَ وأُحضر إلى أبي بكر ، فرجع إلى الإسلام ، وقال له : « استبقني لحربك وزوِّجني أختك » فأطلقه ، وزوجه أخته .

وشهد الأشعثُ « اليرموك » و« القادسية » و « المداين » و « جلولاء » و« نهاوند » وسكن الكوفة ، وشهد صفين مع علي (رضي الله عنه) . وتوفي (رضي الله عنه) بعد مقتل عليّ بأربعين ليلة سنة (٤٢) هـ . انظر : أسد الغابة في معرفه الصحابة (٩٧/١) . الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (١/ ٥١) .

(٤) وهي التي قالت للنبي ﷺ حين أدخلت عليه : « أعوذ بالله منك » . واسمها : أسماء بنت النعمان الجونية . انظر فتح الباري (٢٦٩/٩) .

(٥) في (أ) : « في زمن » .

(٦) في (أ) : « فذكر أنه لم تكن » .

(٧) في (ب) : « المختارات » .

(٨) في (ب) : « يحل لها » .

(٩) في (أ) : « التمكين » .

(١٠) في (ب) : « تسع » .

(١١) في (ب) : « جويرية » .

وأعتق ﷺ صفيةَ ، وجعل عِتْقَها صداقَها [1] ، وفيه خاصيةٌ [2] [له] [3] بالاتفاق . منهم [4] من قال : خاصيتُه أن قيمتها كانت مجهولة ، والصداقُ المجهولُ لا يجوز لغيره . وقيل : إنه وَجَبَ عليها الوفاءُ بالنكاح بعد الإعتاق ، ولا يجب على غيرها - إذا أُعْتِقَتْ بشرط النكاح - الإجابةُ [5] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « ثبت أنه ﷺ أعتق صفية ، وجعل عِتْقَها صداقَها » هذا لفظ الحديث ، وهو ثابتٌ في الصحيحين من رواية أنس (رضي الله عنه) . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٣/أ) .

قلت : الحديث الذي ذكره ابن الصلاح رواه البخاري (٣٢/٩) (٦٧) كتاب « النكاح » (١٣) باب « من جعل عِتْقَ الأمة صداقها » حديث (٥٠٨٦) . ورواه مسلم (١٠٤٥/٢) حديث (١٣٦٥) حديث الباب (٨٥) . ورواه أبو دواد (٥٤٤/٢) حديث (٢٠٥٤) والترمذي (٤٢٣/٣) حديث (١١٥) والنسائي (١١٤/٦) جميعا من طرق عن أنس (رضي الله عنه) .

(٢) في (أ) : « وفي ذلك خاصية » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (ب) : « ومنهم » .

(٥) كلمة « الإجابة » فاعلٌ للفعل « يجب » .

وقال ابن الصلاح : « وفي خاصيته ﷺ بذلك وجهٌ ثالث لم يَذكره المؤلفُ ، وهو أصحّ وأقرب إلى لفظ الحديث ، وهو ما حُكِي عن أبي إسحاق - وقطع به البيهقيُّ - أن خاصيته في ذلك أنه تزوّجها ، ولم يجعل لها مهرًا أصلًا ، وقال البيهقي : أعتقها مطلقا . قلت : فيكون معنى قوله : (وجعل عِتْقَها صَداقَها) أنه لم يجعل لها شيئًا غير العتق ، فَحَلَّ محلَّ الصداق وإن لم يكن صداقا ، وهو من قبيل قولهم : « الجوعُ زادُ منْ لا زاد له » وهو متجه . وأما الوجهان الآخران فبعيدان من لفظ الحديث جدًّا .

وقوله في الوجه الأول : (إن قيمتها كانت مجهولة) معناه أنه أعتقها بشرط أن يتزوجها ، فوَجَبَ له عليها قيمتُها ، ثم تزوَّج بها ، فهي غير معلومة . وتخرَّج من هذا ، أن ما ادّعاه أولًا من الاتفاق على أن فيه خاصية له ﷺ ليس على ما قاله ؛ لأن لنا وجهًا حكاه هو - فيما بعد - وغيرُه : أنه يجوز لغيره أن يتزوجها كذلك ، إلا أن يكون القائل بذلك هنالك غير القائل به هنا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ٧٣ / أ) .

المقدمة الثانية

في الترغيب في النكاح

وقد قال الله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ ﴾ (١) وقال ﷺ : « تناكحوا تكْثُروا ؛ فإني أُبَاهي بكم الأُمَمَ يوم القيامة ، حتى بالسِّقْط » (٢) وقال : « معاشرَ الشبان (٣) ، عليكم بالباءة ؛ فإنه أغضُّ للبصر وأَحْصَنُ للفرج ، فمن لم يستطع فعليه بالصوم ؛ فإن الصوم له وِجَاء » (٤) . وقال عليه

(١) من الآية (٣٢) سورة (النور) .

(٢) حديث ضعيف : قال الحافظ العراقي : « أخرجه أبو بكر بن مَرْدويه في تفسيره من حديث ابن عمر دون قوله : « حتى بالسقط » وإسناده ضعيف » انظر : المغني عن حمل الأسفار مطبوع مع إحياء علوم الدين (٢١/٢) . وقال الحافظ ابن حجر : « أخرجه صاحب مسند « الفردوس » من طريق محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر مرفوعًا : « حجوا تستغنوا ، وتناكحوا تكثروا ، فإني أُباهِي بكم الأمَمَ » . و المحمدان ضعيفان » . انظر التلخيص الحبير (١٣٣/٣) .

(٣) في (أ) : « الشباب » وهو اللفظ الوارد في الحديث .

(٤) قال ابن الصلاح : « حديث « يا معشر الشباب » ثابت في الصحيحين من رواية ابن مسعود ، ولفظُه الأشهرُ « من استطاع منكم الباءة فليتزوج » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٣/أ) .

قلت : الحديث رواه البخاري (١٤/٩) (٦٧) كتاب « النكاح » (٣) باب « من لم يستطع الباءة فَلْيَصُمْ » حديث (٥٠٦٦) . ومسلم (١٠١٨/٢) حديث (١٤٠٠) . وأبو دواد (٥٣٨/٢) حديث (٢٠٤٦) . والترمذي (٣/ ٣٩٢) حديث (١٠٨١) . ورواه النسائي (٥٧/٦) . وابن ماجه (٥٩٢/١) حديث (١٨٤٥) جميعًا من طرق عن عبد الله بن مسعود مرفوعًا .

وقال ابن الصلاح : « و « الباه » بالهاء غير ممدود ، و « الباءة » بالتاء ممدودًا ، وهو في اللغة : الجماع ، وجعله صاحبُ البيان وبعضُ مَنْ تقدمه من الفقهاء ها هنا عبارةً عن المهر والنفقة ، وحَمَلَها على ذلك . وقولُه : « ومن لم يستطع فعليه بالصوم » ليس معناه : من لم يستطع الجماعَ لعجزه عن نفس الجماع ، بل معناه : ومن لم يستطع الجماعَ لعجزه عن الطريق الموصِلِ إليه ، وهو المهر والنفقة ، والله أعلم . وشبَّه الصومَ بالوجاء الذي هو رَضُّ خُصى الفحل لِقَطْعِ غائلة فحولته ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٣/ب) .

قلت : « والوجاء » أصلُه « الغمز » ، ومنه « وَجَأَه في عنقه » : إذا غمزه دافعًا له ، ووجأه بالسيف : إذا طعنَه به . انظر فتح الباري (١٢/٩) وصحيح مسلم بشرح النووي (١٧٣/٩) . وفي القاموس المحيط ص (٧٠) : وَجَأَ التيسَ وَجْئًا ووجاءً : دقّ عروق خُصْيَيه بين حجرين ولم يُخْرِجهما ، أو هو رَضُّهما حتى تنفضخا . وفي نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار =

السلام : « من تزوجَ فقد أحرز ثُلُثَيْ دينِه ، [ألا] (١) فليتقِ الله في الثلث الباقي » (٢) . وقال عمر (رضي الله عنه) لرجلٍ : « أتزوجتَ ؟ فقال : لا ، فقال : لن يَمْنع (٣) من النكاح إلا عجزٌ أو فُجورٌ » (٤) .

= (١٩٤/٧) : وتسميةُ الصوم وجاءً ، استعارةٌ ، والعلاقةُ المشابهة ؛ لأن الصومَ لما كان مؤثرًا في ضعف شهوة النكاح شُبِّه بالوجاء » .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (من تزوج فقد أحرز ثُلثي دينه ، فلْيتقِ الله في الثلث الباقي) ذكره في الإحياء [٢/ ٢٢] « من تزوج فقد أحرز شطْرَ دينه ، فليتقِ الله في الشطر الباقي » وكلا الحديثين لم نجد له ثبوتًا ، وفسَّر الثاني في الإحياء [٢٢/٢] بأن المفسِد لدين المرء - في الأغلب - فرجُه وبطنُه ، فإذا تزوج فقد أحرز الشطرين بإحراز الفرج ، والآخر بإحراز اللسان ؛ نظرًا إلى ما ثبت من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « من حفظ ما بين لَحْيَيْه وما بين رجليه دخل الجنة » .

وأما قوله : « فقد أحرز ثلثي دينه » فيحمل على أنه جعل للفرج أكثر ما لِقَسيمه الذي يقابله ؛ لأن المعصية به أفحشُ ، وعقوبتُها أغلظ . وحكى إمام الحرمين أن الثلث الباقي هو أكل الحلال ، وهذا مثل ما ذكره تلميذُه الغزالي في الحديث الآخر ، وهو على ما اخترتُه وقررتُه ، وهو حفظ اللسان ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق٧٣/ب) .

قلت : الحديث المذكور مَرْويّ بألفاظ مقاربة لما ذكره المصنفُ ، فقد رواه الطبراني في « الأوسط » بإسنادين عن أنس مرفوعًا بلفظ « من تزوج فقد استكمل نصف الإيمان ، فليتقِ الله في النصف الباقي » . وفي أحد الإسنادين يزيد بن أبان الرقاشي كما في مجمع الزوائد (٤/ ٢٥٥) ويزيدُ بن أبان ضعيفٌ على قول كثير من أهل العلم ، وقال فيه ابن عدي : « أرجو أنه لا بأس به » . انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٣٢٠/٨) ، الجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٩/ ٢٥١) ، المجروحين لابن حبان (٩٨/٣) ، المغني في الضعفاء للذهبي (٧٤٧/٢) . وفي الإسناد الثاني جابر بن يزيد الجعفي ، وهو ضعيف أيضًا كما سبق . وللحديث طريق أخرى عن أنس رواه الحاكم في المستدرك (١٦١/٢) مرفوعًا بلفظ : « من رزقه اللهُ امرأةً صالحة ، فقد أعانه على شطر دينه ، فَلْيتقِ الله في الشطر الثاني » قال الحاكم : هذا حديث صحيحُ الإسناد ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي . والحديث أورده الحافظ المنذري في الترغيب والترهيب (٦٨/٣) وأقرَّ تصحيحَ الحاكم . وانظر العلل المتناهية لابن الجوزي (٦١٢/٢) . وتمييز الطيب من الخبيث فيما يدور على ألسنة الناس من الحديث لابن الدَّيْبع الشيباني ص (٢٥٧) . وقد حسَّن الشيخ الألباني هذا الحديث كما في صحيح الجامع الصغير وزياداته (٢٦٩/٥) وسلسلة الأحاديث الصحيحة (١٦٠/٢) حديث (٦٢٥) .

(٣) في (ب) : « لم يمنع » .

(٤) في(أ)،(ب): «إلا عجزًا أو فجورًا» وهو خطأ ظاهر . والقصة رواها ابن أبي شيبة في مصنفه(٤٥٣/٣) برقم(١٥٩١٠) من طريق سفيان بن عيينة عن إبراهيم بن ميسرة قال : قال لي طاوس : لتنكحنَّ أو لأقولَنَّ لك ما قال عمرُ لأبي الزوائد : «ما =

ولمَّا حضَرَتْ معاذًا [١] الوفاةُ قال : « زَوِّجوني ؛ كي [٢] لا أَلْقى الله عَزَبًا [٣] » .

وهذه الأحاديث ربما تُوهِمُ أن النكاح أفضلُ من التخلِّي لعبادة الله تعالى - كما ظنَّه أبو حنيفة (رحمه الله) [٤] - لكن الصحيح أنّ مَنْ لا تَتُوقُ نفسُه إلى الوقاع ، ° فالتخلّي للعبادة أولى به ° . ولذلك تفصيلٌ وغَوْرٌ استقصيناه في كتاب [آداب] [٦] النكاح من

= يمنعُك من النكاح إلا عجزٌ أو فجورٌ » ، إسناده صحيح .

وقال ابن الصلاح : « روى الشافعيُّ في القديم بإسناده أن عمر (رضي الله عنه) قال لأبي الزوائد : ما يَمْنعك من النكاح إلا عجزٌ أو فجورٌ » فقولُ المصنف : (لا يمنع من النكاح) بحذف كاف الخطاب : غيرُ معروفٍ ، وبينهما تفاوتٌ معلوم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٣/ب) .

(١) في الأصل ونسخة (أ) : « معاذ » وهو خطأ ظاهر . وفي (ب) : « ولما حضرت الوفاةُ معاذًا »

(٢) في (أ) : « حتى » .

(٣) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٥٣/٣) برقم (١٥٩٠٩) . وفيه أيضًا مثلُ ذلك عن شداد بن أوس برقم (١٥٩٠٨) . وانظر سنن سعيد بن منصور (١٣٩/١) .

قال ابن الصلاح : « ماذكره عن معاذ (رضي الله عنه) يُوضحه ما رُوِيَ عنه أنه تُوفيتْ زوجتاه بالطاعون ، فقال - وقد ابتدأ به الطاعون - : « زوِّجوني كي لا أَلْقى الله عزبًا » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٣/ب) .

(٤) في (أ) : « على ماهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله » .

قلت : ذهب عامة الفقهاء إلى أن النكاح واجبٌ على من يجد أُهبته ، ويخشى العنت إن لم يتزوج . أما القادر على مئونته ، ولا تتوق نفسُه إليه ، ولا يخشى على نفسه الوقوعَ في الحرام - إن لم يتزوج - فهذا قد اختُلِف في حكم نكاحه :

فمذهب الشافعية : أن النكاح في حق مثل هذا مباحٌ ، وأَن التخلِّي للعبادة أفضلُ له . انظر مغني المحتاج (١٢٥/٣) .

ومذهب الحنفية : أن النكاح مندوب في حقِّ مثل هذا ، وهو قول المالكية والحنابلة ، وهو ظاهرُ قول الصحابة وفِعْلهم . وعن الإمام أحمد رواية أن النكاح في حقِّ مثل هذا واجبٌ ، وهو مذهب الظاهرية .

انظر : المبسوط للإمام السرخسي (١٩٤/٤) . مقدمات ابن رشد مع المدونة (٢٣/٢) . الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر ص (٢٢٩) . المقنع في مذهب الإمام أحمد ص (٢٠٦) . المغني لابن قدامة (٦/ ٤٤٦) . المحلّى لابن حزم (٤٤٠/٩) .

(٥) في (أ) : « فالتخلي لعبادة الله تعالى أولى به » .

(٦) زيادة من (ب) .

ربع العادات (١) من كتب « إحياء علوم الدين » (٢) فَلْيُطْلَبْ منه .

وقد ندب رسولُ الله ﷺ في النكاح (٣ إلى أربعة أمور ٣) :

أحدها : طَلَبُ الحسيبة (٤) فقال عليه السلام : « تخيَّروا لِنُطَفِكُم ، فلا تضعوها في غير الأَكْفاء » (٥) . وقال : « إياكم وخضراءَ الدِّمَن ، وهي المرأة الحسناء في المنبت السُّوء (٦) » كذلك فسّره عليه السلام .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « العبادات » .

(٢) انظر إحياء علوم الدين (٢٣/٢ - ٣٤) فقد تكلم هنالك عن فوائد النكاح وآفاته .

وقال ابن الصلاح : « اختصارُ ما أحال عليه هنالك ، أن النكاح فيه فوائد وآفات . ففوائده محصورةٌ في خمس : وهو النُّسْك ، والتحصُّن لكسر الشهوة ، وتدبيرُ أمر المنزل مع الاعتضاد بعشيرتها ، وترويحُ القلب بالمعاشرة والمحادثة وأشباه ذلك ، ومجاهدة النفس ورياضتها برعاية الأهل والقيام بهنّ .

وآفاتُه ثلاثةٌ : التخليطُ في الاكتساب بسبب العجز عن كسب الحلال ، والقصور عن القيام بحقوقهنّ واحتمال اختلافهنّ ، والاشتغال عن الله تعالى بهنّ وبأولادهنّ . وعند هذا ، فَلينظر لمن وُجدت في حقِّه هذه الفوائد – كلّها أو بعضها – وانْتَفَتْ عنه الآفاتُ كلها ، فلا شك أن النكاح له أفضل . ومن انتفت في حقه الفوائدُ ، واجتمعت عليه الآفاتُ ؛ فالعزوبةُ له أفضل ، وإن تقابلت الفوائدُ والآفات في حقه – على ما هو الغالب وقوعًا – فلْيزنِ الأمرين بميزان القسط ، فإذا غلب على ظنه رجحانُ أحدهما ، حُكِمَ بموجب الراجح ، والله أعلم » . المشكل . (جـ٢ ق ٧٤/أ) .

(٣) في نسخة أخرى : « إلى خمسة أمور » . (٤) في (أ) : « النسيبة » .

(٥) حديث حسن : وهو مَرْوِيٌّ من طريق عائشة (رضي الله عنها) وغيرها . حديث عائشة : رواه ابن ماجه (١/ ٦٣٣) (٩) كتاب « النكاح » (٤٦) باب « الأكفاء » حديث (١٩٦٨) . ورواه الحاكم في المستدرك (١٦٣/٢) والدارقطني في سننه (٢٩٩/٣) والبيهقي في السنن الكبرى (١٣٣/٧) جميعا من طرق عن الحارث بن عمران عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة . وفي إسناده الحارث بن عمران ، وهو ضعيف كما في لسان الميزان (١٨١/٤) وقال الزيلعي في نصب الراية (١٩٧/٣) : « هذا الحديث رُوِيَ من حديث عائشة ومن حديث أنس ومن حديث عمر بن الخطاب من طرق عديدة ، وكلُّها ضعيفة » ا . هـ . ولكن الحافظ ابن حجر يذهب إلى أن الحديث يُعتبر حسنًا لغيره ؛ لكثرة طرقه ، قال في فتح الباري (٢٨/٩) : « وأخرجه أبو نعيم من حديث عمر ، وفي إسناده مقال ، ويَقْوَى أحدُ الإسنادين بالآخر » . وانظر علل الحديث لابن أبي حاتم (٤٠٤/١) .

(٦) حديث ضعيف : رواه الواقدي بإسناده عن أبي سعيد الخدري . ويُعَدُّ هذا الحديث من أفراد الواقدي ، وهو ضعيف . انظر مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٤/أ) .

الثاني : الندب إلى البكر ؛ فإنها أَحْرى بالمؤالفة ، وقال لجابر (١) : « هَلَّا تزوجتَ (٢) بكرًا تُلاعبها وتُلاعبك (٣) » وكان تزوَّج ثيبًا .

الثالث : الندب إلى الولود . قال ﷺ : « انكحوا الودود الولودَ ؛ فإني مكَاثِر بكم الأُمَمَ » (٤) وقال : « لحصيرٌ في ناحية البيت خيرٌ من امرأة لا تَلِدُ » (٥) .

الرابع : الندب إلى الأجنبية . قال ﷺ : « لا تنكحوا القرابةَ القريبةَ ؛ فإنّ الولد يُخْلَق ضاويًا » (٦) أي : نحيفا ، ولعلَّ ذلك لنقصان الشهوة بسبب القرابة .

[**الخامس : النَّدْبُ إلى الصالحةِ**. قال عليه السلام : عليك بذات الدين ، تَرِبَتْ يداك] (٧) .

---

(١) هو أبو عبد الله جابر بن عبد الله بن عمرو الأنصاري ، وهو أحد المُكْثرين من الرواية عن رسول الله ﷺ . ومناقبه (رضي الله عنه) كثيرةٌ ، واستشهد أبوه يوم أُحُد ، ولم يتخلَّف جابر عن رسول الله ﷺ غزوةً قَطُّ ، ولم يَشْهد بدرًا ولا أُحدًا ، منعَه أبوه (رضي الله عنهما) ، وتوفي جابر بالمدينة عام (٧٣) هـ ، وقيل غير ذلك . انظر ترجمته في : الاستيعاب لابن عبد البر (٢١٩/١) . أسد الغابة (٢٥٦/١) . الإصابة (٢١٣/١) .

(٢) كلمة : « تزوجت » ليست في (أ) .

(٣) الحديث رواه البخاري (٢٤/٩) (٦٧) كتاب « النكاح » (١٠) باب « تزويج الثيبات » برقم (٥٠٧٩) . ورواه مسلم (١٠٨٧/٢) (١٧) كتاب « الرضاع » (١٦) باب « استحباب نكاح البكر » حديث (٥٦) من أحاديث الباب . ورواه أبو داود في سننه (٥٤١/٢) حديث (٢٠٤٨) والترمذي (٤٠٦/٣) حديث (١٠٠) والنسائي (٦١/٦) وابن ماجه (٥٩٨/١) حديث (١٨٦٠) جميعًا من طرق عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) مرفوعًا .

(٤) حديث حسن : رواه أبو داود (٥٤٢/٢) (٦) كتاب « النكاح » (٤) باب « النهي عن تزويج من لم يَلِدْ من النساء » حديث (٢٠٥٠) والنسائي (٦٥/٦) والحاكم في المستدرك (١٦٢/٢) وقال : « هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذه السياقة » ووافقه الذهبي . ورواه البيهقي (٨٠/٧) من السنن الكبرى ، جميعا من طرق عن معقل بن يسار مرفوعًا .

ورواه ابن ماجه من حديث عائشة (٥٩٢/١) (٩) كتاب « النكاح » (١) باب « ما جاء في فضل النكاح » حديث (١٨٤٦) . ورواه سعيد بن منصور في سننه (١٣٩/١) برقم (٤٩٠) وأحمد في مسنده (١٥٨/٣) كلاهما من حديث أنس بن مالك . وقال البيهقي : حديث أنسٍ إسنادُه حسنٌ . وانظر الإفصاح عن أحاديث النكاح لابن حجر الهيتمي ص (٢٥) . مشكل الوسيط لابن الصلاح (جـ٢ ق ٧٤/ب) .

(٥) ، (٦) كلا الحديثين ليسَ له أصلٌ يُعْتمد عليه . كذا في مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٤/ب) .

(٧) مابين الحاصرتين زيادة من (أ) . ويبدو أن ابن الصلاح (رحمه الله) لم يَطَّلع على هذه النسخة ، فاستدرك على الإمام الغزالي قائلا : « تَرَكَ المؤلفُ (رحمه الله) أعلى المندوبات في ذلك ، وهو نكاح ذات الدين ، فقد ثبت عن =

المقدمة الثالثة

في النظر إليها بعد الرغبة في نكاحها

وذلك مستحبّ ؛ لقوله ﷺ : « مَنْ أَرَادَ نِكَاحَ امْرَأةٍ فَلْينظُرْ إليها ؛ فإنه أَحرى أنْ يُؤْدَم بينهما (١) » . وينبغي أن يَقْتصر على النظر إلى الوجه ، وذلك بعد العزم على النكاح إن ارتضاها (٢) . ولا يُشترط استئذانُها في هذا النظر ، بل يكفي فيه إذنُ رسول الله ﷺ خلافًا

= رسول الله ﷺ أنه قال : « تُنكح النساء لأربع : لمالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها ، فاظْفَرْ بذات الدين تربت يداك » وثبت أنه ﷺ قال : « الدنيا متاعٌ ، وخيرُ متاعِ الدنيا المرأةُ الصالحة » ا . هـ . المشكل (ق ٧٤/ب) .

قلت : حديث « تنكح المرأة لأربع ... » رواه مسلم (١٠٨٦/٢) (١٨) كتاب « الرضاع » (١٥) باب « استحباب نكاح ذات اليد » برقم (١٤٦٦) . وحديث « الدنيا متاع ... » رواه مسلم أيضا (١٠٩٠/٢) (١٧) كتاب « الرضاع » (١٦) « استحباب نكاح البكر » حديث (١٤٦٧) .

وقال ابن الصلاح : « ومن المندوبات ألا يتزوج إلا ذاتَ عَقْل ، وألا يتزوج المرأةَ إلا بعد بلوغها . نص عليه الشافعيّ (رضي الله عنه) . ويُستحبّ ألا يتزوج إلا مَنْ يَستحسنها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٤/ب)

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (يُؤْدَم بينهما) هو بضمّ الياء ، ثم بهمزة ساكنة ، ودالٍ مهملة مفتوحة أي : تُجْعَل بينهما المحبةُ والاتفاق . وهذا الحديث رويناه بأسانيد ثابتة ، لا بهذا اللفظ العام ، بل بخطاب خاص ، وأن المغيرة بن شعبة (رضي الله عنه) أراد أن يتزوج امرأة ، فقال له النبي ﷺ : انظر إليها ، فإنّه أَحرى أن يؤدم بينكما والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق٧٦/أ) .

قلت : الحديث رواه الترمذي (٣٩٧/٣) حديث (١٠٨٧) وقال : هذا حديث حسن ، ورواه النسائي (٦٩/٦) وابن ماجه (٥٩٩/١) حديث (١٨٦٥) والدارمي (١٨٠/٢) والحاكم في مستدركه (١٦٥/٢) وصححه على شرط البخاري ومسلم ، ووافقه الذهبي .

وروى ابن ماجه (٥٩٩/١) حديث (١٨٦٤) بإسناده عن محمد بن مسلمة مرفوعًا « إذا ألقى اللّهُ في قلبِ امرئٍ خِطْبَةَ امرأةٍ ، فلا بأسَ أن ينظر إليها » ورواه أحمد في مسنده (٤٩٣/٣) وابن حبان في صحيحه كما في الإحسان (٦/ ١٣٩) حديث (٤٠٣١) .

وقال ابن الصلاح : « وما ذكره من استحباب هذا النظر ، هو قولُ أكثر أئمتنا ، ومنهم مَنْ قصره على الإباحة ، وهو متجه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٦/أ) .

(٢) في (أ) : « إذا ارتضاها » .

قال ابن الصلاح : « ما ذكره المؤلف في « الوسيط » و « الوجيز » [٣/٢] من أنه يقتصر على النظر إلى الوجه ، غيرُ =

لمالكٍ (١) . وقد رُخّص في هذا النظر للحاجة ، وإلّا فالأصلُ تحريمُ النظر النظر إلى الأجنبيات (٢).

وقد جرت العادةُ ها هنا بذكر ما يَحِلُّ النظرُ إليه . (٣) والكلامُ فيه في أربعة مواضع (٣) :

الأول : نظرُ الرجلِ إلى الرجل . وهو مباحٌ إلا إلى العورة ، وذلك ما بين السّرة والركبة . ويَحْرم اللَّمْسُ (٤) كما يحرم النَّظَرُ (٥) . ولا يحرم نَظَرُ الإنسان إلى فَرْج نفسِه ، ولكن يُكْره من غير حاجة .

فرعان

أحدهما : أنه يَحْرم النظرُ إلى المرْد (٦) بالشهوة ، ويحلّ بغير شهوة (٧) عند الأَمْنِ من الفتنة .

= صحيح ، والصحيح نَقْلًا ومعنًى : أنه ينظر إلى الوجه والكفين ، نصّ عليه الشافعيّ والأصحابُ . وعلّله بعضهم بأنّ في الوجه ما يُستدل به على الجمال ، وفي الكفين ما يُستدل به على خصب البدن ونعومته ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٦/أ) .

(١) **مذهب الشافعية** : أن النظر إلى المرأة بقصد الخطبة جائزٌ بدون إذنها ، وهو مذهب الحنفية والحنابلة ، وذلك على تفصيلٍ فيما يجوز النظرُ إليه . انظر الفقه على المذاهب الأربعة (١٣/٤ - ١٥) .

ومذهبُ الإمام مالك : أنها تُستأذن في هذا النظر . انظر الكافي لابن عبد البر ص (٢٢٩) . والبيان والتحصيل لابن رشد (٣٠٤/٤ وما بعدها) . شرح الزرقاني على مختصر خليل (١٦٣/٣) .

وقد ذهب الإمامُ مالك إلى كراهة اغتفال المرأة لرؤيتها من أجل الخِطبة ؛ وذلك مخافة أن يَرى منها بعضَ عَوْرتها التي لا يجوز له النظرُ إليها ، ولئلا يكون ذلك ذريعةً للفسّاق في النظر إلى عورات المسلمات بحجة إرادة الخطبة . وأمّا من أجاز ذلك – واستدلّ بالأحاديث المرويّة – فإنما يُجيزُه إذا أُمِنَ النظر إلى العورات . انظر جواهر الإكليل شرح مختصر خليل (٢٧٥/١) .

(٢) في (أ) : « للأجنبيات » .

(٣) في الأصل : « والكلام فيه في أربع مواضع » وهو خطأ . وفي (ب) : « والكلام في أربعة مواضع » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « المسّ » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (ويحرم المسّ كالنظر) يُستفاد منه أنه لا يجوز للدلاك في الحمام أن يدلك من تحت الإزار ، بل يدلك من فوق الإزار . قلت : وقد يحرم المسّ مع حِلّ النظر كما في وجه المرأة وكفيها عند الخطبة ونحوها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٦/أ) .

(٦) المُرْد : جَمعٌ ، ومفرده « أمرد » وهو من لم تنبت لحيته ، يُقال : غلامٌ أمرد بَيّنُ المَرَد . انظر : مختار الصحاح للرازي ص (٦٢٠) . المصباح المنير (٧٧٦/٢) . القاموس المحيط للفيروز ابادي ص (٤٠٧) مادة (م ر د) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « الشهوة » .

وعند خوف الفتنة وجهان (١) : أحدهما : التحريمُ ؛ لأنهم (٢) في معنى المرأة .

والثاني : الحِلُّ ؛ لِمَا رُوِيَ أنّ قومًا وفدوا على رسول الله ﷺ وفيهم (٣) غلام حَسَنٌ ، فَأَجْلَسَه وراءه ، (٤ وقال : ألا أَخاف ٤) على نفسي ما أصاب أخي داودَ ؟! » . (٥) ولم يأمُرْه بالاحتجاب عن الناس بخلاف النساء .

ولم يزل الصبيانُ بين الناس مكشوفين ؛ فالوجهُ : الإباحةُ ، إلا في حقّ مَنْ (٦ أحسَّ في نفسه بالفتنة ٦) ، فعند ذلك يحرم [عليه] (٧) بينه وبين الله تعالى إعادةُ النظرِ .

الثاني : أنه يُكره للرجلين الاضطجاعُ في ثوب واحد ؛ قال ﷺ : « لا يُفْضي الرجلُ إلى الرجلِ في ثوبٍ واحد ، ولا تُفضي المرأةُ إلى المرأة في ثوبٍ واحد » (٨) .

١٦٠/أ **الموضع الثاني : نَظَرُ المرأةِ إلى المرأة** . وهو مباحٌ إلا فيما / بين السُّرة والركبة . وقيل : إنه كالنظر إلى المحارم ، وسيأتي . والصحيح أن الذِّمّية كالمسلمة. وقيل : إنه لا يحلُّ للمسلمة التكشُّفُ

---

(١) قال ابن الصلاح : « في الأمرد عند خوف الفتنة حرامٌ قطعًا كما يأتي بيانُه إن شاء الله تعالى ، والأمردُ بذلك أولى ؛ لأنه غير قابل للاستباحة أصلًا ، » ا . هـ . وهذا هو الصحيح كما في الروضة (٢٥/٧) .

قلت : وقولُه : « غير قابل للاستباحة » يعني أنه لا يُعْقد عليه للنكاح ، ولا يجوز أن يُوطَأ بخلاف النساء .

(٢) في (ب) : « لأنه » . (٣) في (ب) : « ومعهم » .

(٤) في (ب) : « وقال : إني لا أخاف » . وهو خطأ ، ولعل صوابه : « إني لَأَخَافُ ... »

(٥) قال ابن الصلاح : « الحديثُ الذي ذكره ضعيفٌ غير صحيح . ثم سبب كشف الصبيان أنهم لو مُنعوا ، وضُرب عليهم الحجاب إلى أن يلتحوا ، لفاتهم مِنْ تعلُّم الصنائع ، والتحرج من وجوه المصالح ، وأسباب المنافع وغير ذلك مما يتعذر عليهم تَلافيه ، فكان تمكينهم من ذلك ، وإيجابُ الغضّ على من يَخاف الافتتانَ بهم : متعيّنًا ؛ لِمَا في ذلك من رعاية الجانبين . وللمؤلفِ في هذا – في كتاب الإحياء – كلامٌ خيرٌ من كلامه ها هنا ، قال فيه : كلُّ من يتأثّر قلبُه بجمال صورة الأمرد ، بحيث يُدْرك في نفسه الفرقَ بينه وبين الملتحي – يعني من حيث الشهوة – فلا يحلُّ له النظر » . ومقتضى هذا الكلام تحريمُ النظر إلى الأمرد على كل من يخاف الفتنة ، وعلى بعض من لا يخاف الفتنه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٥/أ) .

قلت : وقد استنكر الإمام ابن تيمية أيضًا الحديثَ المذكور في تفسيره لسورة النور ص (٨٢ وما بعدها) .

(٦) في (أ) : « أحسّ بنفسه بالفتنة » . (٧) زيادة من (أ) .

(٨) الحديث رواه مسلم في صحيحه (٣) كتاب « الحيض » (١٧) باب « تحريم النظر إلى العورات » حديث (٣٣٨) .

ورواه أبو داود (٣٠٥/٤) حديث (٤٠١٨) والترمذي (١٠١/٥) حديث (٢٧٩٣) وابن ماجه مختصرًا (١/ ٢١٧)=

للذمية (١) .

الموضع الثالث : نظر الرجل إلى المرأة : فإن كانت منكوحةً أو مملوكة ، حَلَّ النظرُ إلى جميع بدنها ، وفي النظر إلى فرجها (٢ فيه ترددٌ ، وحمل الأصحابُ النَّهْيَ على أنه أراد به ٢) كراهيةً ، والكراهيةُ في باطن الفرج أشدُّ (٣) .

= حديث (٦٦١) جميعا من طرق عن الضحاك بن عثمان عن زيد بن أسلم عن عبد الرحمن بن أبي سعيد الخدري عن أبيه مرفوعًا .

وقال ابن الصلاح : « ذكر المؤلفُ اضطجاعَ الرجلين في ثوب واحد ، وهكذا يُكْره مثلُ ذلك للمرأتين ، وللمرأة وابنتها ، وللرجل وابنته المراهقتين .

وقولُه : (في ثوب واحد) يُفيد أنه يُكْره وإن نام أحدُهما في جانب الثوب ، والآخرُ في الجانب الآخر منه . أمّاما ذكره صاحب « التهذيب » من أنه تكره المعانقة دون المصافحة ، فقد ذكر ذلك شيخه القاضي حسين ونسب ذلك لأبي حنيفة ، وقال : لم يذكر الشافعي هذه المسألة . قلت : لكنْ مذهب الشافعي اتباعُ الأثبت من الحديث ، وما رُوِيَ من تجويز معانقة الرجلِ الرجلَ - إذا لم تكن مؤديةً إلى تحريك شهوة - أثبتُ مما رُوِيَ في النهي عنها ؛ رُوِّينا في السنن الكبير بإسناد جيد عن الشعبي قال : كان أصحاب محمد ﷺ إذا التقوا ، صافحوا ، وإذا قدموا من سفر عانق بعضُهم بعضًا ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق٧٦/ب) . وانظر سنن البيهقي (١٠٠/٧) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقيل : إنه لا يحلّ للمسلمة التكشُّفُ للذمية) معناه أنه لا تكشف لها إلا ما يجوز للأجنبي أن يراه منها ؛ فإنها أجنبية في الدين . وقيل : إن هذا هو الصحيح بخلاف ما صار إليه المؤلف ؛ قال الله تبارك وتعالى :﴿ .. أَوْ نسائهنَّ ..﴾[النور ٣١] فخصَّ المسلمات ، وكتب عمرُ إلى أبي عبيدة (رضي الله عنهما) بالشام ، يأمره أن يمنع المسلمات من أن يدخلن الحمامات مع المشركات . أخرجه البيهقي » المشكل (جـ٢ ق٧٦/ب) . انظر سنن البيهقي (٩٥/٧) . وقد رجح الإمام النووي أيضًا المنْعَ من ذلك كما في الروضة (٢٥/٧) .

(٢) ساقط من (أ) ، (ب) . (٣) في (أ) ، (ب) : « وفي النظر إلى فرجها كراهيةٌ ، والكراهةُ في باطن الفرج أشد » .

قال ابن الصلاح : « قال المؤلف : (وحمل الأصحاب النهي على الكراهة) قلت : حكايتُه لذلك عن الأصحاب عمومًا غيرُ مَرْضِيٍّ ؛ لأن الخلاف منهم في التحريم ، وهو القاضي حسين وغيره ، فإن الكراهة ثابتةٌ من غير خلاف . ثم في « النهاية » وغيرها أنّ نَفْيَ التحريم هو الصحيح ، وفي « التعليق » أنه نصُّ الشافعي (رضي الله عنه) . وضعَّف صاحبُ « الشامل » الحديثَ الوارد في النهي بما لا يصلح موجبًا لضعفه ، وليس بضعيفٍ ، فقد أَورد الحافظ أبو أحمد بن عدي وأبو بكر البيهقي بإسناد جيد عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « لا ينظر أحدكم إلى فرج زوجته ، ولا فرج جاريته إذا جامعها ؛ فإن ذلك يُورِث العمى » . قيل : إنه يُورثُ العمى في الشخص الناظر ، وقيل : في الولد ؛ فيُولَد أعمى ، والأولُ أصحّ ، والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٧/أ) .

وإن كانت مَحرمًا ، نَظَر (١) إلى ما يبدو في حالة المِهْنة (٢) ، كالوجه والأطراف (٣) ، ولا ينظر إلى العورة ، وفيما بين ذلك وجهان . وقيل : إن الثَّدْيَ [قد] (٤) يلتحق بالوجه ؛ لأنه قد يبدو [كثيرًا] (٥) فأمرُه أخفُّ (٦) .

وإن كانت أجنبيةً حرم النظرُ إليها مطلقا ، ومنهم من جوَّز النظر إلى الوجه (٧ حيث تُؤْمن الفتنة ، ٧) وهذا يُؤَدي إلى التسوية (٨ بين النساء والمرد ٨) . وهو بعيدٌ ؛ لأن الشهوة وخوفَ الفتنة أمرٌ باطن ، فالضبطُ بالأنوثة – التي هي من الأسباب (٩) الظاهرة – أقربُ إلى المصلحة (١٠) .

وكذلك لا يجوز للمخنَّث (١١)........................

(١) في (أ) : « ينظر إلى » .

(٢) في (أ) : « في حال المهنة » . وقال ابن الصلاح : « المَهْنة : الخدمة ، بفتح الميم وبكسرها ، وأَبَى الأصمعيُّ الكسرَ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٧/أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قولُ المؤلف : (كالوجه والأطراف) قصورٌ عما ذكره شيخه في « النهاية » ؛ فإنه قال : « كالساق ، والساعد ، والعنق ، والرأس ، والوجه » وفى بعض التصانيف : نصف الساق ونصف الساعد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٧/أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) أيضًا .

(٦) قال ابن الصلاح : « في الثدي طريقان :

إحداهما : إلحاقه بمحل الوجه .

والثانية : إلحاقه بما يبدو في المهنة . وأطلق المؤلفُ هذا الخلافَ ، وهو في « النهاية » و « البسيط » مقيّد بزمان الرضاع دون غيره » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٧/أ) . قلت : وهو كذلك في الروضة (٢٤/٧) .

(٧) في (أ) : « حيث يُؤْمَن من الفتنة » .

(٨) في (أ) : « بين المرد والنساء » .

(٩) في الأصل : « أسباب » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(١٠) قال ابن الصلاح : « قوله بتحريم النظر إلى الأجنبية مطلقا ، أي : سواءٌ فيه ما هو عورة ، وما ليس بعورة ، وسواءٌ أَمِن من الفتنة أو خافَها . والتحريمُ عند خوف الفتنة : مجمعٌ عليه . وأما عند الأمن من الفتنة ففيه خلاف فيما ليس بعورة خاصة – وهو الوجه والكفان جميعًا – وليس مقصورًا في الوجه كما ذكره المؤلف . والجوازُ حكاه شيخه عن جمهور الأصحاب ، والتحريمُ عن طوائف . قال : وإليه مَيْلُ العراقيين ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٧٧/أ) .

(١١) المخنَّثُ نوعان :

(الأول) : مَنْ خُلق له فَرْجُ المرأة وفرجُ الرجل معًا . والجمع : خِناث ، وخَناثَى ، مثل حُبْلى وحَبالى ، وهو المقصود هنا . =

والعِنِّين [1] والشيخِ الهِمّ [2] النَّظَرُ ؛ حَسْمًا للباب [3] ونَظَرًا إلى الفحولة الظاهرة دون الشهوة الباطنة . نعم ، يجوز للممسوح عند الأكثرين [4] ؛ لأن الجَبَّ [5] سببٌ ظاهر في قطع غائلة الفحولة ، وعليه يُحمل [6] ....

= (الثاني) : من يتكسّر في مِشْيته ، ويكون في كلامه وحركاته كالنساء . فيقال : فيه تخنيث وخَنَثٌ ، أو فيه انخناث . انظر : أساس البلاغة ص (١٢١) . المصباح المنير (٢٨٢/١) . والتعريفات ص (١٠١) والقاموس المحيط ص (٢١٦) مادة (خ ن ث) . أنيس الفقهاء (١٦٦) .

(١) العِنين : هو العاجز عن الوطء ، وربما اشتهاه ولا يمكنه . مُشتقّ من « عَنَّ الشيءُ » : إذا اعترض ، أي يعترض عن يمين الفرج وشماله . وربما يَصِلُ العنّينُ إلى الثيب دون البكر ، وربما يعنّ عن إحدى زوجتيه دون الأخرى . وقد تكون العُنّة بسبب سحرٍ ، أو لِضعفٍ في خلقته ، أو لكبر سنّه ، وربما لا يريد النساءَ أصلًا . ويقال للمرأةُ : عِنِّينة ، وهي التي لا تريد الرجال . والاسمُ منه التَّعْنين ، والعنانة .

وقال النووي : « ما يقع في كتب أصحابنا من قولهم : « العُنّة » يريدون التعنينَ ، فليس بمعروف في اللغة ، وإنما العنة : الحظيرة من الخشب تُجْعل للإبل والغنم ، تُحْبس فيها » . انظر : مختار الصحاح (٤٥٨) . تصحيح التنبيه للنووي مع التنبيه للشيرازي ص (١٠٥) ، التعريفات ص (١٥٨) . القاموس المحيط ص (١٥٧٠) . مادة (ع ن ن) . أنيس الفقهاء ص (١٦٥) .

(٢) قال ابن الصلاح : « الهِمّ : بكسر الهاء وتشديد الميم ، هو الشيخ الفاني » . وانظر : لسان العرب لابن منظور (٤٧٠٦/٦) ، والقاموس المحيط ص (١٥١٢) مادة (هـ م م) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (حسمًا للباب) الأجودُ أن يقال : سدًّا للباب ؛ فإن الحسم عبارة عن القطع ، فيصير كأنه قال : قطعًا للباب ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٧/ب) .

(٤) الممسوح : هو ذاهب الذكر والأنثيين ، يقال : خصيٌّ ممسوح : إذا سُلِتت مذاكيره . انظر : لسان العرب لابن منظور (٤١٩٦/٦) . مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني (١٣٠/٣) .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (ويجوز للممسوح) قلت : حكمه – على هذا – حكمُ الرجل المحْرَم ، وهذا في الممسوح خاصة ، فأما المجبوب الذي لم تقطع خصياه ، أو الخصيّ الذي ذكره باقٍ ، فهو كالفحل . وقد ذهب طوائف من أصحابنا إلى أن الممسوح أيضًا كالفحل ، وهذا أقوى ؛ لأنه رجل يَشتهي النساء . وقد يقال للممسوح : مجبوب ، ومخصي ، وخَصِيّ أيضًا . ويلتحق بالخصيّ المسلولُ ، وهو الذى سُلتت بيضتاه سَلًّا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٧/ب) .

(٥) الجَبُّ : القطع . والمجبوبُ : مقطوع الذكر ، يقال : مجبوب بَيِّنُ الجِباب وقد يكون مستأْصَل الذكر والخُصَى معًا . انظر : تصحيح التنبيه للنووي ص (١٠٥) . لسان العرب (٥٣١/١) المصباح المنير ص (١٤٠) مادة (ج ب ب) .

(٦) في (أ) : « حُمِلَ » .

قولهُ تعالى : ﴿ غَيْرِ أُوْلِي ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ ... ﴾ (١) وكذلك الطفولة (٢) سببٌ ظاهر ، فلا يجب الاحتجابُ عنهم (٣) . ⁽⁴ نعم ، تستر العورة ⁴⁾ عن الذي ظهر فيه داعيةُ الحكاية ، فإذا (٥) قارَبَ البلوغَ ، ⁽⁶ وظَهَر مباديءُ الشهوة ⁶⁾ وَجَبَ الاحتجابُ (٧) .

وقال القفال (٨) : ثبت الحلُّ ؛ فلا يرتفع (٩) إلا بسبب ظاهر ، وهو البلوغ .

ولا يُستثنى عن هذه القاعدة إلا نَظَرُ الغلام إلى سيدته ؛ فإنه مباحٌ (١٠) ؛ لقوله تعالى : ﴿ أَوْ

(١) قال ابن الصلاح : قوله : (غير أولى الإربة) الأصحُ في تفسيره أنه المُغَفَّل الذي في عقله شيءٌ ، الذي لا يكترث للنساء ، ولا يَشتهيهنّ . رُوِّينا ذلك عن ابن عباس وغيره (رضي الله عنهم) والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق٧٧/ب) .

(٢) في (أ) : « وكذا الطفولة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « منهم » .

(٤) في (ب) : « نعم ، يجب ستر العورة »

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « وظهرت منه مباديء الشهوة » .

(٧) قال ابن الصلاح : « شَرْحُ ما ذكره الغزالي – في الطفل – وبَسْطُه : أن للطفل أحوالًا :

أحدها : ألا يُميز ، ولا تظهر فيه داعيةُ الحكاية لما يراه ، فهذا الذي قال فيه أولًا : (لا يجب الاحتجاب عنه) يعني مطلقا ، لا في العورة ولا في غيرها .

الثاني : أن تظهر فيه داعية الحكاية ، وذلك عند ظهور تباشير الفِطْنة فيه قبل سِنّ التمييز ، وتحدث فيه أوائل الشهوة وتظهر فيه .

الثالث : أن يتجاوز سنّ التمييز ، وتحدث فيه أوائلُ الشهوة ويظهر فيه التشوُّف إلى النساء ، فهذا كالرجل في وجوب الاحتجاب ، قَطَع به في « النهاية » و « البسيط » من غير خلاف .

الرابع : أن يتجاوز سنَّ التمييز ، ويقارب البلوغ ، ولكن لم يظهر منه التشوف إلى النساء ، ففيه الخلاف المذكور .

وهذا الذي أوضحتُه مفهومٌ من المذكور في كتاب « البسيط » ، و « نهاية المطلب » وهذه الكتب اختصار له [يعني أن البسيط ، والوسيط ، والوجيز اختصارٌ لنهاية المطلب] نعم ، في غير هذه الطريقة ما يقتضي إجراء خلاف في القسم الثالث أيضًا حتى يكون على وجهٍ كالمحارم في جواز النظر ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٧/ ب ، ٧٨/أ) .

(٨) انظر ترجمته في القسم الدراسي .

(٩) في (أ) : « فلا يرفع » .

(١٠) قال ابن الصلاح : « يعني أن نظر المملوك البالغ إلى مالكته مباحٌ على التفصيل المذكور في المحارم من حيث كونُه كالمحْرَم في تحريم المناكحة بينهما ، وهذا هو المنصوص ، وهو ظاهر الكتاب والسنة ، وقال القاضي حسين : هو الصحيح من المذهب » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٨/أ) .

مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ ﴾ (١) . ولعل السبب فيه ، الحاجةُ . وقد قيل بتحريم ذلك ؛ لما فيه من الخطر . ولكنْ ذلك يُحْوِجُ إلى تَعَسُّفٍ في تأْويل الآية .

ومن المستثْنَيَاتِ النَّظَرُ إلى الإماء (٢) ، حتى رُوِيَ أن عمر (رضي الله عنه) قال لجارية مُتَقَنِّعة (٣) : « أتتشبَّهين بالحرائر يا لَكْعاءُ (٤) ؟! » ولعل السبب فيه أنّ الرقيقة تحتاج إلى التردد في المهمات . ومنهم من قال : إنها كالحرة ، لا يُنْظر إليها إلا لحاجة الشراء . وهو القياس (٥) .

فرعان :

أحدهما : ما أُبِينَ (٦) من المرأة ، يجوز النظرُ إليه إن لم يتميَّز بصورته عمَّا للرجال ، كالقُلامة وما يُنْتف من الشعر ، والجلدة المتكشطة . وإن تميَّز - كالعضو المُبَان (٧) ، والعَقيصة (٨) - فلا يحلُّ النظرُ إليه (٩) .

---

(١) من الآية (٣١) سورة (النور) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (ومن المستثنيات النظرُ إلى الإماء) يعني به أنه يجوز أن ينظر إلى إماء غيره - وإن لم يُرِدْ شراءهن - من غير شهوة ، إذا لم يَخَفِ الفتنة ، وحكمُه حكمُ النظر إلى النساء المحارم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ق ٧٨/ب) .

(٣) أي : لبست قناعها .

(٤) السنن الكبرى (٢/٢٢٦ ، ٢٢٧) وفيها القصة بدون قول عمر ، واللُّكَع : يُطلق على اللئيم ، والعبد ، والأحمق . وامرأة لكاع - مثل قطام - لئيمة . ويقال لها أيضًا : لكيعة ولكعاء . انظر لسان العرب (٥/٤٠٦٨) .

(٥) وهو ما رجحه النووي أيضًا في الروضة (٧/٢٣) والمنهاج ص (٩٥) .

وقال ابن الصلاح : « وحكمُ أمته التي لا تحلّ له ، حكمُ الأمة الأجنبية ، وذلك مثل أمته المجوسية والوثنية والمرتدة والمعتدة والمكاتبة والمزوَّجة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٨/ب) .

(٦) أي : ما انفصل . يقال : بَانَ الشيء : أي انفصل ، فهو بائنٌ . انظر المصباح المنير (١/١١٢) مادة (ب ي ن) .

(٧) العضو المبان : أي المنفصل . انظر التعليق السابق .

(٨) العقيصة : الضفيرة ، وعقْصُ الشعر : ضَفْرُه ولَيُّه على الرأس . انظر : أساس البلاغة ص (٣٠٩) . مختار الصحاح ص (٤٤٦) مادة (ع ق ص) .

(٩) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من الجزء المبان من المرأة من أنه لا يَنْظر إلى ما هو متميِّز متشكّل ، مثل العضو المبان ، والعقيصة ، وينظر إلى ما ليس يتميز كالشعر المتنتف والقلامة ، فهو مَرْضِيٌّ له ، ولا أصل له في نقل المذاهب » .

الثاني : الصبية لا يحلّ النظرُ إلى فرجها (١) ، وفي النظر إلى وجهها وجهان (٢) :

أحدهما : الجواز ؛ لأنها خرجت عن مَظِنَّة الشهوة بسبب ظاهر .

والثاني : التحريم ؛ نظرًا إلى جنس الأُنوثة . وعلى الجملة أمرُها أهونُ من أمر العجوز ؛ (٣ فإنها محلٌّ للوطء ٣) ، والشهواتُ لا تنضبط .

الموضع الرابع : نظر المرأة إلى الرجل . أما نظرها إلى زوجها (٤) ، فكنظره إليها . ونَظَرُها إلى الأجانب ، فيه ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أنه كنظر الرجل إليها (٥) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قال صاحب الكتاب (رضي الله عنه) : (الصبية لا يحل النظر إلى فرجها) يعني وإن كانت بحيث لا تُشْتهى . وفي كتاب « العدة » للقاضي حسين الطبري أن عدم الجواز فيه ثابتٌ بلا خلاف ، وليس كذلك ؛ فإن في تعليق القاضي حسين المَرْوَرُّوذي القطعَ بأنه يجوز النظر إلى فرج الصبيّ الصغير ، وذكر فيه تلميذُه صاحبُ « التتمة » وجهين :

أحدهما : المنع .

والثاني : الجواز ؛ لِتَسامحِ الناسِ بذلك قديما وحديثا ، وذكر أنه الصحيح ، وأن إباحة ذلك تبقى إلى أن يبلغ سِنَّ التمييز ، ويصير بحيث يُمْكنه أن يَسْتر عَوْرته عن الناس » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٩/أ وما بعدها) .

(٢) قال ابن الصلاح : « وأما قولُ الإمام الغزالي : (وفي النظرِ إلى وجهها وجهان) فَعَجَبٌ تخصيصُه الوجهَ بالوجهين ، وذِكْرُه وجهًا في تحريم النظر إلى وجه الصغيرة التي لا تُشتهى ، عجبٌ جدًا ، لم أجده في غير هذا الكتاب ، ويكاد يكون خارقًا للإجماع . وقولُه في تعليله : (نظرًا إلى جنس الأنوثة) : باطلٌ بذوات المحارم ؛ فإنه لا خلاف في جواز النظر إلى وجهها ، وهذه أولى بذلك ؛ لخروجها عن مَظِنَّة الشهوة في حقّ جميع الناس . وذواتُ المحارم إنما خرجت عن مظِنة الشهوة في حق مَحْرمها خاصة ، والوجهان الجاريان في الصغيرة التي لا تُشتهى مذكوران في حكمها ، وهل هو حكمُ ذواتِ المحارم ؟ وهكذا ذكر ذلك في « البسيط » ، وإن شاع إيرادُ وجهٍ في تحريم النظر إلى وجهها ، فَلْيجعل ذلك مَبْنيًا على الوجه المقول : إنها ليست كالمحارم ، ثم على قول من حرّم النظر إلى وجه الأجنبية الكبيرة عند الأمن من الفتنة والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٩/ب) .

(٣) في (أ) : « لأن العجوز محلّ الوطء » . (٤) في (أ) : « الزوج » .

(٥) قال ابن الصلاح : « نظر المرأة إلى الرجل ، الوجه الأول فيه : أنه لا يجوز مطلقًا ، إلى العورة وغيرها ، إلا أن الوجه والكفين في الموضع الخاص ومواطنِ الحاجة ، فكما سبق في نظر الرجل إلى المرأة ، وهذا هو الصحيح عند غيره ، ولم يَذكر الشيخ أبو إسحاق – في طائفةٍ – سواه ، وهو قويٌّ ؛ لحديث أم سلمة (رضي الله عنها) قالت : كنتُ عند النبي ﷺ عند ميمونة ، فأقبل ابنُ أُمِّ مكتوم فقال : « احْتَجِبَا منه » فقلنا : يا رسول الله ، أليس هو أعمى ، =

والثاني : (١ أنه كنظره إلى المحارم ١) .

والثالث : - وهو الأصح - أنها تنظر إلى ما وراء العورة ، وتحترز عند خوف الفتنة كما يحترز الرجل من النظر إلى الأمرد (٢)؛ إذْ لو استوى النظرانِ ؛ لأُمِرَ الرجالُ أيضا بالتنقُّب كما أُمِرَ النساءُ .

هذا كلُّه في النظر بغير حاجة . فإن مَسَّت الحاجة - لِتحمُّلِ شهادةٍ (٣) ، أو رغبةِ نكاح - جاز النظرُ إلى الوجه . ولا يحلُّ النظرُ إلى العورة إلا لحاجة مؤكّدة (٤) ، كمعالجة مرض شديد ، (٥ يُخَاف عليه فوتُ العضو ٥) ، أو طول الضَّنَى (٦) . ولْتكن الحاجةُ في السوأتين آكدَ ، وهو أن تكون بحيث لا يُعَدُّ التكشُّفُ (٧) لأجله هَتْكًا للمروءة ، وتُغْذر فيه في العادة ؛ فإن سَتْرَ العورة من المروءات الواجبة .

= لا يُبْصِرنا ولا يَعْرِفنا ؟! فقال رسول الله ﷺ : أَفَعَمْيَاوانِ أنتما ، أَلَسْتُمَا تُبْصِرَانِه ؟! أخرجه أبو داود وغيره [أبو دواد ٣٦١/٤] . وأما حديث عائشة (رضي الله عنها) في نظرها إلى الحبشة وهم يلعبون ، فقد ورد ما يدلّ على أن ذلك قبل بلوغها ، ويُحتمل أنه كان قبل أن يُضْرب عليهنّ الحجاب ، ووقائعُ الأعيانِ يَسْقط الاحتجاجُ بها بتطرُّقِ الاحتمال إليها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٩/ب) .

قلت: رجّح الإمام النووي الوجه الأول كابن الصلاح خلافًا لما رجحه الإمام الغزالي. انظر: مغني المحتاج(٣/ ٣٢) . روضة الطالبين (٢٥/٧) . وانظر فتح الباري (٢٤٨/٩) .

(١) في (أ) : « أنه كنظر المحارم إلى المحارم » . (٢) في (أ) : « المرد » .

(٣) في (أ) : «الشهادة » .

(٤) قال ابن الصلاح : « الحاجة المؤكدة لها ضابطان :

أحدهما : خَوْفُ الفوات في العضو ، أو خوف الضَّنى ، ولا يجيء فيه خلافُ التيمم ، فإن هذا البابَ أوسعُ .

الثاني : أن تكون بحيث لا يُعَدّ التكشف بسببه هاتكا للمروءة .

وعند هذا ، فاعلم أنّ قول المؤلف : (وهو أن تكون بحيث لا يُعَدُّ التكشُّف لأجله هَتْكا) راجعٌ إلى قوله : (كحالة مؤكدة) وشرحٌ لذلك ، والله أعلم . ثم اعلمْ أن ما جاز من النظر واللمس بحاجة المداواة ، إذا وقعت الحاجة لامرأة ، ووجدت امرأةٌ تقوم بذلك منها ، فلا يجوز لرجل . وإذا وجدتْ مسلمًا ، فلا يكون ذِميًّا ، قطع بذلك القاضي وصاحبه صاحبُ « التتِمَّة » ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٠/أ).

(٥) في (أ) : « يُخاف منه فَوَاتُ عضوٍ » . وفي (ب) : « يخاف منه فوت العضو » .

(٦) الضني : المرض . يقال : أضناه المرضُ ، أي : أثقله . انظر مختار الصحاح للرازي ص (٣٨٥) . المصباح المنير للفيومي (٥٥٦/٢) . القاموس المحيط للفيروز ابادي ص (١٦٨٣) . مادة (ض ن ي) .

(٧) في (أ) : « الكشف » .

ولم يُجوز الإِصْطَخْرِيُّ (١) النظرَ إلى الفرج لتحمُّلِ شهادة الزنا ، وخالف فيه الأصحابَ . وما ذكره غيرُ بعيدٍ ؛ لأن سَتْرَ العورة وسَتْرَ الفواحش ، كلاهما مقصودان ، فيختص تحمُّلُ الشهادة (٢) بما إذا وقع البصرُ عليه وِفاقًا .

* * *

(١) انظر ترجمته في القسم الدارسي .

(٢) كلمة « الشهادة » ساقطة من (ب) .

المقدمة الرابعة

في الخِطْبة وآدابها

وينبغي أن يُقَدَّم النظرَ عليها ؛ إِذْ في الردّ بعد الخِطْبة إيحاشٌ . والتصريحُ بخطبة المعتَدَّة حرامٌ ، والتعريضُ جائزٌ في عدة الوفاة (١)، وحرامٌ في عدة الرجعية (٢) . وفي عدة البائنة (٣) وجهان (٤) .

وسببُ التحريم أنها مُسْتوحِشةٌ بالطلاق ؛ فربما كَذَبتْ في انقضاء العدة ؛ مُسَارعةً إلى مكافأةِ الزوج .

والتعريضُ [هو] (٥) أن يقول : « رُبَّ راغبٍ فيكِ » و « إذا حَلَلْتِ فآذنيني (٦) » كما قاله (٧)رسول الله..

---

(١) يدل على ذلك قولُه تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيكم فيما عرضْتُمْ بِهِ من خِطبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فى أَنْفُسِكُمْ ... ﴾ الآية (البقرة : ٢٣٥) .

(٢) في (ب) : « الرجعة » . والطلاق الرجعيّ : هو الذي يملك فيه الزوج ردَّ مطلقته إليه ما دامت في عِدَّتها وإن كانت غَيْرَ راضية . انظر أنيس الفقهاء ص (١٥٩) .

(٣) الطلاق البائن : هو الذي لا يملك الزوجُ فيه رجعةَ امرأته وإن كانت في عدتها ، وهو نوعان :

أ – طلاق بائنٌ بينونةً صغرى : وهو الذي يحتاج فيه إلى تجديد العقد ، ومثاله الطلاق قبل الدخول ، أو الطلاق الأول أو الثاني بعد الدخول إذا لم يردّها حتى انقضت عدتُها ، فيكون بائنًا .

ب – طلاق بائن بينونة كبرى ، كالطلاق الثلاث ؛ فمن طلق زوجته ثلاثًا ، فلا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره ، ثم يطلقها أو يموت عنها ، وتقضي منه عدتها . انظر : الفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي (٤٣٢/٧ - ٤٣٥) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وفي عدة البائنة قولان) هكذا النقل في طريقتَيْ خراسان والعراق ، وفي طريقة القطع أن المطلقة بالثلاث كالمتوفّى عنها زوجُها ، وهذا هو الصحيح ؛ لأن فاطمة بنت قيس (رضي الله عنها) طلقها زوجُها ثلاثًا ، وعرّض النبي ﷺ بخطبتها في عدتها ، فقال : « فإذا حَلَلْتِ فآذنيني » رواه مسلم في صحيحه ، وكذلك البائنة باللعان و الرضاع . وإنما القولان في البائنة بخلع أو فسخٍ بعيب ونحوه . والفرقُ : أن الزوج يجوز له نكاحُ هذه في العدة ، ولا يجوز لغيره التعريضُ بخطبتها كالرجعية ، بخلاف المطلقة ثلاثًا ومن ألحقناها بها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٠/ب) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) أي إذا انقضت عدتك وحَلّ الزواج لكِ ، فأعلميني .

(٧) في (أ) : « قال » .

ﷺ (١) . ولا تجوز الخِطْبةُ على خِطْبة الغير بعد الإجابة (٢) ، وتجوز قبل الإجابة . وهل يكون السكوت كالإجابة ؟ فيه قولان . وقد رُوِي (٣) أنه ﷺ قال لفاطمة بنت قيس (٤) : « إذا حَلَلْتِ فآذنيني » فلما حَلَّت قال : « انكحي أُسامةَ » فقالت : خَطَبني أبو جَهْم ومعاويةُ ، قال : « أما معاوية فصُعْلوكٌ لا مال له ، وأما أبو جَهْم فلا يضع عصاه عن عاتقه » أي : يدوام الضرب (٥) ، وقيل : يدوام السَّفَر . وذلك يدل على جواز ذكر الغائب بما يكرهه إذا كان فيه مصلحةٌ لغيره (٦) ؛ ولذلك قال (عليه السلام) :

---

(١) قال ذلك لفاطمة بنت قيس (رضي الله عنها) . والحديث رواه مسلم في صحيحه (١١١٤/٢) (١٨) كتاب « الطلاق » (٦) باب « المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها » . حديث (١٤٨٠) . ورواه أبو دواد (٧١٢/٢) . حديث (٢٢٨٤) والترمذي (٤٤١/٣) . حديث (١١٣٥) . والنسائي (٢١٠/٦) . وابن ماجه (٦٠١/١) . حديث (١٨٦٩) جميعًا من طرق عن فاطمة بنت قيس (رضي الله عنها) مرفوعًا .

(٢) قال ابن الصلاح : « والاعتبار فى إجابة الخاطب ورَدِّه بالولي إذا كان مُجْبِرًا ، وبالمرأة إن كانت مُجْبَرة ؛ فإنّ وليَّها لو امتنع من تزويجها ممن رغبتْ فيه من الأكفاء ، لزوَّجها السلطانُ ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٨٠/ب) .

(٣) صيغة « رُوِيَ » تُسمَّى في اصطلاح علماء الحديث بصيغة التضعيف ، وهي لا تُستخدم في رواية الأحاديث الصحيحة ، وإنما تستخدم في رواية الأحاديث الضعيفة ، لا سيما إذا كانت بغير إسناد . أما ما ظهرتْ صحتُه من الأحاديث ، فيقال فيه بصيغه الجزم : « قال رسول الله كذا » . انظر : مقدمة ابن الصلاح مع شرحها التقييد والإيضاح ص (١٣٦) .

(٤) هي فاطمة بنت قيس بن خالد الفهرية القرشية ، وهي أخت الضحاك بن قيس ، وكانت من المهاجرات الأوائل ، وذات عقل وافر وكمال ، وفي بيتها اجتمع أصحاب الشورى . رُوِيَ لها عن النبي ﷺ أربعة وثلاثون حديثًا . انظر ترجمتها فى : الاستيعاب لابن عبد البر (١٩٠١/٤) . تهذيب التهذيب (٤٤٣/١٢) .

(٥) قال ابن الصلاح : « هذا مُصَرَّح به فيما رواه مسلم في صحيحه في بعض الروايات أن رسول الله ﷺ قال لها : وأما أبو جهم ، فرجلٌ ضَرَّاب للنساء ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٠/ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : قوله : (جواز ذكر الغائب بما يكرهه إذا كان فيه مصلحة لغيره) أجودُ منه قولُه في الإحياء : « المرخَّص في الغِيبة غرضٌ صحيح في الشرع ، لا يمكن التوصُّلُ إليه إلا بها ، كالتظلُّم ، والاستعانةِ على تغيير المنكر ، والاستفتاءِ - كما رُوي « إن أبا سفيان رجلٌ شحيح » - والتحذيرِ والنصيحةِ ، والتعريفِ في حقّ من يُعْرف بِلَقَبٍ . وكلُّ هذا بشرط أن يكون المقصودُ هذه الأمورَ ، لا الوقيعةَ فيه . وإذا كان مجاهرًا بفسق أو يَدَّعيه ، جاز أن يُذكر ما تَظَاهر به لا غيرُ . » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨١/أ)

=

« اذكروا الفاسقَ بما فيه كي يحذرَه الناسُ [1]» / . ١٥٥/ب

* * *

= قلت : لخص ابن الصلاح ما في « الإحياء » ولم ينقله بنصّه ، انظر الإحياء (١٤٣/٣،١٤٤) . وحديث « إن أبا سفيان رجل شحيح ... » رواه البخارى (٤١٨/٩) (٦٩) كتاب « النفقات » (٩) باب « إذا لم ينفق الرجل ... » حديث (٥٣٦٤) .

(١) حديث ضعيف : رواه ابنُ حبان في « المجروحين » (٢٢٠/١) والطبرانيُّ فى المعجم الكبير (٤١٨/١٩) وفي إسناده الجارود بن يزيد ، وهو « مُنْكَرُ الحديثِ » كما في الضعفاء الصغير للبخاري ص(٥٥).وقدرُمِيَ بالكذب كما في الكشف الحثيث عمن رُمِيَ بوضْع الحديث لبرهان الدين الحلبي ص (١٢١)

وهذا القول منسوبٌ للحسن البصري كما قاله ابن تيمية في تفسير سورة « النور » له ص (٩) ولكن بلفظ : « أَتَرِعُون عن ذكر الفاجر ؟! اذكروه بما فيه كي يَحْذَره الناس » وقد ضعَّفه أيضًا الإمامُ ابن الصلاح وقال : « وفي حديث فاطمة بنت قيس وغيره - مما صَحَّ في هذا المعنى - غُنْيَةٌ عنه » ا . هـ . وانظر : كشْف الخفاء ومُزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس للعجلوني (١١٤/١) . أسْنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب ص (٥٠) .

المقدمة الخامسة

في الخُطْبة [1]

ويُسْتحب ذلك عند الخِطبة وعند إنشاء العقد . وسواءٌ يخطب [2] العاقدان أو غيرهما ، فهو حسَن [3] . وإن قال الوليّ : « الحمد لله والصلاة على رسول الله [4] ، زوجتُك فلانةً » فقال الزوجُ : « الحمد لله والصلاة على رسول الله [4] قبلتُ : صَحَّ النكاح وكان أحسنَ . وتَخَلُّلُ هذه الكلمةِ اليسيرة – وهي متعلقةٌ بغرض العقد – لا يقطع الجوابَ عن الخطاب [5] . وفيه وجه

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « المقدمة الخامسة : الخطبة » والزيادة من (أ) .

وهذه الخطبةُ تُسَمّى بخطبة النكاح . وقد رواها أبو دواد (٥٩١/٢) (٦) كتاب « النكاح » باب « في خطبة النكاح » حديث (٢١١٨) بإسناده عن ابن مسعود قال : علَّمنا رسولُ الله ﷺ خطبة النكاح : إن الحمد لله نستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، من يهده الله فلا مُضِلَّ له ، ومن يُضْلِل فلا هاديَ له ، وأشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله « يا أيها الناسُ اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبَثَّ منهما رجالًا كثيرًا ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا » ، « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حَقَّ تُقَاتِه ولا تموتُنَّ إلا وأنتم مسلمون » ، « يا أيها الذين آمنو اتقوا الله وقولوا قولًا سديدًا يُصْلح لكم أعمالكم ويَغْفر لكم ذنوبَكم ومن يُطِع الله ورسولَه فقد فاز فوزًا عظيمًا » .

ورواها أيضًا الترمذي (٤١٣/٣) حديث (١١٠٥) وقال : حديث حسن ، ورواها النسائي (٨٩/٦) وابن ماجه (٦٠٩/١) حديث (١٨٩٢) . وأحمد في « مسنده » (٣٩٢/١) والدارميّ في « سننه » (١٩١/٢) ، والحاكم فى « المستدرك » (٢ / ١٨٢) والبيهقي في « السنن الكبري » (١٤٦/٧) جميعًا من طرق عن عبد الله بن مسعود (رضي الله عنه) مرفوعًا .

(٢) في (أ) : « خطب » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قولُه : (وسواءٌ خطب العاقدان أو غيرهما) هذا على البدل ؛ لأن العاقدَيْن لا يخطُبان جميعًا ؛ لأن المشروع – قبيل العقد – خطبةٌ واحدة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨١/أ) .

(٤) مابين القوسين ساقط من (أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (وتخلُّلُ هذه الكلمةِ – وهي متعلقةٌ بغرض العقد – لا يقطع) فهذان شرطان لهذا الوجه الصحيح . فإن كانت خطبة الخاطب طويلة لم ينعقد . وإن تخلَّل بينهما كلامٌ يسير – لا تَعَلُّق له بغرض العقد – مَنَع الانعقاد ؛ لأنه إعراضٌ عن الجواب . وفيه وجه : أنه لا يمنع أيضًا كالسكوت اليسير ، وللشافعيّ ما يدل عليه . ولاشك أن السكوت اليسير لا يمنع ، والسكوتُ الطويل يمنع ، وهو الذي يُشْعِر بإعراض القائل عن جواب الإيجاب ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨١/ب) .

بعيد : [أنه يقطع] (١) .

هذا هو الكلامُ في قسم المقدمات ، جَرَينا فيه على ترتيب الوجود ؛ إذ البدايةُ بالرغبة ، ثم بالنظر ، ثم بالخِطْبة ، [ثم بالخُطبة] (٢) ، فنشرع في شرح العقد (٣) .

* * *

(١) زيادة من (أ) . (٢) زيادة من (أ) أيضًا .

(٣) قال ابن الصلاح : « اعلم أن لعقد النكاح آدابًا تركَها صاحبُ الكتابِ ، تَمَسُّ الحاجة إليها ، ومنها :

* يستحب أن يكون العقد في مسجد ؛ لما روت عائشة (رضي الله عنها) قالت : قال رسول الله ﷺ : « أعلنوا هذا النكاح ، واجعلوه في المساجد ، واضربوا عليه بالدفوف » أخرجه الترمذي غير أنه قال : حديث غريب . [رواه الترمذي في سننه (٣٩٨/٣) (٩) كتاب « النكاح » (٦) باب « ما جاء في إعلان النكاح » حديث (١٠٨٩) وقال : هذا حديث غريب حسن فى هذا الباب] .

* ويستحب أن يكون في شوال . والعامةُ تنفر من ذلك وتتشاءم به ، وهي غالطة ؛ إذ صحّ عن عائشة (رضي الله عنها) قالت : « تزوجَني رسول الله ﷺ في شوال ، ودخل بي في شوال ، فأيُّ نسائه كان أحظى عنده منّي ؟ » . وكانت عائشة (رضي الله عنها) تَسْتحب أن تُدْخِلَ نساءَها فى شوال » أخرجه مسلم في صحيحه . [رواه مسلم (١٠٣٩/٢) (١٦) كتاب « النكاح » (١١) باب « استحباب التزوُّج والتزويج في شوال ... » حديث (١٤٢٣)] .

* ويُسْتحب إحضارُ جَمْعٍ من أهل الصلاح زيادةً على الشاهدين .

* ومن آدابه المهمة : أن ينوي بالنكاحِ المقاصدَ الشرعية ، كإقامة السنة ، وصِيانة الدين ، وسائر الفوائد الدينية التى سبق ذِكْرها عند ذِكْر الترغيب في النكاح ؛ حتى يكون عملًا من أعمال الدين غيرَ مُتَّبِعٍ فيه مجردَ الهوى وغرضَ النفس ، والله أعلم بالصواب » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨١/ب) .

القسم الثاني من الكتاب (١)

في الأركان والشرائط

وهي أربعة : الصِّيغةُ ، والمحَلُّ ، والشّاهد ، والوليّ .

الأول : الصيغة . وهي الإيجابُ والقبولُ الدَّالَّانِ على جَزْم الرضا دلالةً صريحة (٢) قاطعة . وفيه مسائلُ ستة (٣) :

الأولى : أن الصريح هو كلمةُ « الإنكاح » و « التزويج » ؛ فلا يقوم (٤) لفظٌ آخرُ مقامَهما ؛ لأن النكاحَ يشتمل على أحكامٍ غريبة ، لا يحيط بجميعها لفظٌ من حيث اللغة ؛ فيتعينُّ اللفظُ المحيطُ بها شرعاً ؛ (٥ ولذلك لا نزيد أيضاً ٥) في صرائح الطلاق على ما وَرَدَ في القرآن .

وقال أبو حنيفة (رحمه اللّه) : ينعقد النكاح بلفظ « الهبة » و « البيع » و « التَّمْليك » وكلُّ ما يُفِيد معنى التمليك (٦) .

---

(١) يعني من كتاب النكاح .

(٢) في (أ) : « صحيحة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ستّ » . وهو وجه جائز أيضاً .

(٤) في (أ) : « يُقام » . وقال ابن الصلاح : « قوله : (لأن النكاح يشتمل على أحكام غريبة ...) شرحهُ : أن المعقود عليه في النكاح هو منافع الاستمتاع ، والثابتُ فيها الحِلُّ اللازم ، الذي يجوز رفْعُه بالطلاق وغيرِه ، وليس المعقودُ عليه عَينَّ المرأة – كما قاله بعضُ العلماء – ولا منافعَ البضع كما قاله آخرون ، ولا تثبت فيه حقيقةُ الملك في عينٍ ولا منفعة . وغايةُ ذلك أنه لا يقبل النقلَ ، كما جرى ذلك في ملك الرقبة في ملك اليمين ، وفي ملك المنافع في الإجارة ، ولم يشترط فيه شروطها ، ولهذا جاز تزويجُ الأمة الآبقة ، ثم وَجَبَ العوض فيه مع فوات المقصود منه بالموت ، ولم يفسد الملك فيه بفساد العوض ، إلى غير ذلك من الأحكام . فلما كان ذلك كذلك ، تعينَّ في عَقْده اللفظُ الخاص المنصوص عليه ولم يَجُزْ بالألفاظ الموضوعة » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨١ / ب وما بعدها) .

(٥) في (أ) : « ولذلك أيضًا لا نزيد » .

(٦) في (أ) : « الملك » .

=

....

= مذاهب الأئمة الأربعة في الألفاظ التي ينعقد أو لا ينعقد بها النكاح :

هذه الألفاظ ثلاثةُ أنواع بحسب اتفاق العلماء واختلافهم :

(**الأول**) : ما اتفقوا على انعقاد النكاح به . وهو لفظ « التزويج » و« الإنكاح » أو ما اشتُقّ منهما ؛ وذلك لورود هاتين اللفظتين في القرآن وتكررِهما ، قال تعالى :﴿وأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ [النور : ٣٢] وقال : ﴿ فلما قَضَى زَيْدٌ منها وَطَرًا زوَّجْنَاكَهَا ﴾ [الأحزاب : ٣٧] انظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد (٢ / ٥) . المغني لابن قدامة (٦ / ٥٣٢) . الفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي (٧ / ٣٨)

(**الثاني**) : ما اتفقوا على عدم الانعقاد به . وهي الألفاظ التي لا تفيد التمليكَ في الحال ، ولا بقاءَ الملك مدة الحياة ، كلفظ « الإعارة » و « الإجارة » و « الوصية » و « الرهن » و « الوديعة » ونحو ذلك . انظر : بدائع الصنائع للكاساني (٢/٢٢٩) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢ / ٢٢) . منهاج الطالبين وعمدة المفتين للنووي ص (٩٥) . المقنع في مذهب الإمام أحمد لابن قدامة ص (٢٠٧)

(**الثالث**) : ما اختلفوا في الانعقاد به وإن كان يُفيد التمليكَ في الحال وبقاءَ الملك مدة الحياة ، مثل لفظ « البيع » و « التمليك » و « الهبة » ونحوها .

مذاهب الأئمة الأربعة في النوع الثالث :

مذهب الشافعية : بطلانُ النكاح بهذه الألفاظ ، وهو مذهب الحنابلة أيضاً . انظر : الأم (٥ /٣٧) . أحكام القرآن للشافعي جمع الإمام البيهقي (١ / ١٨١) . حاشية قليوبي وعميرة (٣ / ٢١٦) . المغني لابن قدامة (٦/ ٥٣٣) .

مذهب الحنفية : وحاصلُ الألفاظ عندهم أربعةُ أقسام :

(أ) قسم لا خلاف – بينهم – في الانعقاد به . وذلك مثل لفظ « الهبة » و « الصدقة » و « الجعل » و « التمليك » .

(ب) قسم اختلفوا – بينهم – في الانعقاد به ، والراجحُ عندهم فيه الصحة ، وهو : « بعتُ نفسي منك بكذا » أو « اشتريتكِ بكذا » فقالت : نعم ، وذلك بشرط وجود النية ، أو القرينة وفَهْمِ الشهودِ المقصودَ ، أو الإعلان به .

(جـ) ما اختلفوا فيه ، والراجحُ عندهم عدم الانعقاد به : كلفظ « الإجارة » خلافاً للكرخي ، ولفظ « الوصية » ؛ لأنها توجب الملك مضافاً إلى ما بعد الموت ، خلافاً للطحاوي .

(د) ما اتفقوا فيه مع الجمهور على عدم الانعقاد به ، كلفظ الإعارة والرهن . انظر المبسوط (٥ / ٥٩) . بدائع الصنائع (٢ / ٢٢٩) . الاختيار لتعليل المختار (٣ / ٨٣) . تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٢ / ٩٦ – ٩٨) فتح القدير للكمال بن الهمام (٣ / ١٩٣ – ١٩٧) . الدر المختار شرح تنوير الأبصار (٣ / ١٨) .

فرعٌ : الصحيحُ أن ترجمتها بالفارسية وسائرِ اللغات ، يقومُ مقامها [1] ؛ لأنها في معناها . وقيل : يقوم مقامها [2] عند العجز فقط . وقيل : لا يجوز ذلك أيضًا ، وعلى العاجز أن يَستنيب القادرَ .

الثانية : لا ينعقد النكاح بالكنايات مع النية ؛ لأنها تتعلق [3] بتفهيم الشاهد ولا مطْلعَ له على النية . ويَصحّ [بها] [4] الإبراءُ والفسخُ والطلاق ، وما يستقلُّ به الإنسان .

وأما البيع – وما يفتقر [5] إلى القبول – ففيه وجهان ، مأخذهما : أن القائل ، هل يكون كالشاهد ، حتى لا يكفي [6] تفهيمُه بقرينة الحال ؟ .

فرعٌ : إذا قال : « زوجتُكَهَا » ، فينبغي أن يقول الزوج : « قبلتُ نكاحَها » أو « قبلتُ هذا النكاح » [7] . فلو اقتصر على قوله : قبلتُ ، ففيه وجهان [8] ، مأخذُهما : أن قوله : « قبلتُ » ليس صريحًا بنفسه [9] ما لم ينضمّ [10] فيه الإيجابُ السابق .

= **مذهب المالكية** : ينعقد النكاح – عندهم – بلفظ « الهبة » إذا ذُكر معه الصداق ، أما ألفاظ « البيع » و « الصدقة » وما يماثلها ، فاختلفوا فيه ، فرجّح بعضُهم الانعقادَ به إنْ سمّى الصداق ، ورجح بعضُهم عدمَ الانعقاد به مطلقا . انظر : حاشية الدسوقي (٢ / ٢٢١) .

(١) ، (٢) في (ب) : « مقامهما » .

(٣) في الأصل : « لا تتعلق » وهو خطأ ، والتصحيح من (أ) . وفي (ب) : « لأنه يتعلق » .

(٤) ليست في الأصل ونسخة (أ) . وفي (ب) : « ويصح بهما » وهو خطأ . والمقصود أنه يصح الطلاق والفسخ والإبراء عن الحق بالكنايات مع النية .

(٥) في (ب) : « يقتصر » وهو خطأ.

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « لا يكتفي » والمثبت من (أ) .

(٧) قال الحموي : « قوله : (فرع : إذا قال : زوجكتها ، فينبغي أن يقول الزوج : قبلتُ نكاحَها ، أو : قبلت هذا النكاح) .

قال المؤلف : ما ذكره الشيخ غيرُ مُستحسنٍ ، فإنه كان الأولى أن يقول : قبلتُ تزويجَها أو هذا التزويجَ ؛ ليناسب اللفظ .

قلت : وإن كان كذلك إلا أنه جائزٌ ؛ نظرًا إلى المعنى ؛ فإنه لم يشترط أن يذكر الأَوْلى » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٥ / أ) .

(٨) والأصح أنه لا ينعقد كما في الروضة (٧ / ٣٧).

(٩) في (أ) : « في نفسه » .

(١٠) في (أ) : « يضمر ».

الثالثة : نصَّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) على أن النكاح ينعقد بالاستيجاب والإيجاب [1] ، وهو قوله [2] : « زوّجنيها » وقولُ الولي : « زَوَّجْتُكَها » ، ونصَّ في البيع على قولين [3] ، وقطع الأصحاب بأن ذلك يكفي في الخلع [4] والعِتْق على المال [5] ، والصلح عن دم العمد ؛ لأن العوض غير مقصود فيها ، وإنما [6] لا ينعقد البيع على قول ؛ لأنه قد يقول : « بِعْني » على سبيل استبانة الرغبة من غير بَتٍّ [7] الرضا في الحال [8] ؛ لأنه قد يقع « بعتُه » بخلاف النكاح . ومن الأصحاب مَنْ طرد القولين في النكاح . ومنهم مَنْ طرد [9] القولين في الخلعِ [9] والصلحِ وغيرِ هذا [10] . وهو غريبٌ ، لكنه مُنْقاسٌ جدًّا .

الرابعة : النكاحُ لا يقبل حقيقةَ التعليق ، مثل أن يقول : « إذا جاء رأسُ الشهر فقد زوجتُك » ، ولا يَحْتمل أيضًا لَفْظَه ، مثل أن يقول : « إن كان قد وُلِدَ لي بنتٌ فقد زوجتكها [11] »

---

(١) انظر الأم (٥ / ٢٣) .

(٢) في (ب) : « وهو قول الزوج » .

(٣) والصحيح انعقاد البيع في هذه الصورة . انظر الروضة (٧ / ٣٧) .

(٤) الخلع لغةً : القَلْع والإزالة ، قال تعالى : ﴿ ... فاخْلَعْ نَعْلَيْكَ ﴾ الآية [طه : ١٢] . ومنه « خلع القميص » : إذا أزاله عنه . وفي الشرع هو : « إزالةُ النكاحِ بما تُعطيه المرأةُ من المال لزوجها » أو هو « طلاقُ المرأةِ ببدلٍ منها » . وقيل له : خلع ؛ لأن كلا من الزوجين لباسٌ لصاحبه ، فإذا اختلعا ، فكأنهما نَزَعَا عنهما لباسَهما .

انظر : مختار الصحاح ص (١٨٥) . الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٥٦) . المصباح المنير (٣/ ٢٧٥) . القاموس المحيط ص (٩٢١) . أنيس الفقهاء ص (١٦٢) مادة (خ ل ع) .

(٥) في (أ) : « على مال » . وقال ابن الصلاح : « قوله : (والعتق على مال) صورتُه أن يقول : أعتقك على ألف مثلاً فتقول : قبلتُ ، وهو عينُ الكتابة » . مشكل الوسيط جـ٢ ق ٨٢ / أ) .

(٦) في (أ) : « وكذا » .

(٧) في (ب) بياض مكان كلمة « بَتٍّ » .

(٨) قوله « في الحال » ساقط من (ب) .

(٩) سقط من (أ) .

(١٠) في (أ) : « وغيره » .

(١١) قال ابن الصلاح : « ما ذكره في قوله فيما لو قال : (إن كان وُلِدَ لي بنت فقد زوجتكها) لأنه لا يصح بصيغة =

ثم بَانَ أنه كان قد وُلدتْ، فلا يصحُّ النكاحُ بصيغة التعليق. وكذلك لو قال[(١)]: «إن انقضتْ عدَّتُها فقد زوجتك»[(٢)] وكان قد انقضت. وفيه وجه: أنه يصحّ؛ مأخوذٌ من الوجهين فيما إذا قال: «إن كان أبي مات، فقد بعتُ منك مالَه».

الخامسة: نكاحُ الشِّغار باطلٌ؛ للنهي الوارد فيه[(٣)]، وصورتُه الكاملة أن يقول: «زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك - أو أختك - على أن يكون بُضْعُ كل واحدة منهما صَداقَ الأخرى»[(٤)] و«مهما انعقد لك نكاحُ ابنتي، انعقد لي نكاحُ ابنتك». وهذا يشتمل على ثلاثة أمور: تعليقٌ، وشرطُ عقدٍ، واشتراكٌ في البضع بجعِله صداقًا، وقد قال القفال: إنما يبطل العقد بالتعليق، وهو المراد بالشغار، مأخوذًا[(٥)] من قولهم: «[(٦)] شغرَ الكلبُ برجله»[(٦)] أي

= التعليق، وإن لم توجدْ حقيقةُ التعليق. قلت: ليس صيغة التعليق فيه مجردة عن معنى التعليق بالكلية؛ لأن ما فيه من معنى التعليق ما فيه من التردد حالةَ العقد، وعدمِ الجزم. وكونُه بَانَ بعد ذلك وجودُ الشرطِ الذي علّق عليه عند إنشاء العقد: لا يَنْفي وجودَ التردّد الذي ذكرته حينئذٍ، والله أعلم». مشكل الوسيط (جـ٢ ق / ٨٢ أ).

(١) في (ب) «إذا قال».

(٢) في (ب): «زوجتكها». وقال ابن الصلاح: «قولُه: (وكذلك لو قال: إن انقضت عدتها فقد زوجتكها) العبارةُ غير مَرْضيَّة؛ لأن قوله: «إن انقضت عدتها» ظاهرُه إن انقضت بعد هذا في المستقبل، وذلك نفس التعليق المفْسِد، وإنما المراد بما ذكر أنْ «لو كان قد انقضتْ عدتها» فَبَانَ انقضاءُ عدّتِها». المشكل (جـ٢ق ٨٢ /أ).

(٣) وهذا النهي رواه البخاري بإسناده إلى ابن عمر (رضي الله عنهما) أن رسول الله ﷺ نهى عن الشِّغار». والشغارُ: أن يُزوِّج الرجلُ ابنتَه على أن يزوجه الآخرُ ابنتَه، وليس بينهما صَداق. رواه البخاري في صحيحه مع الفتح (٩ / ٦٦) (٦٧) كتاب «النكاح» (٢٨) باب «الشغار» حديث (٥١١٢). وورواه مسلم في صحيحه (٢/ ١٠٣٤) (١٦) كتاب «النكاح» (٧) باب «تحريم نكاح الشغار وبطلانه» حديث (١٤١٥). وأبو داود (٢/ ٥٦٠) حديث (٢٠٧٤). والترمذي (٣/ ٤٣٢) حديث (١١٢٤). والنسائي (٦/ ١١٠). وابن ماجه (١/ ٦٠٦) حديث (١٨٨٣) جميعًا من طرق عن مالك عن نافع عن ابن عمر مرفوعًا.

(٤) في (ب) «صداقا للأخرى».

(٥) في (ب): «لأنه مأخوذ».

(٦) في الأصل: «شغر الكلب رجلها»، وفي (أ): «شغرت الكلبة برجلها»، والمثبت من (ب).

لا ترفعْ رِجْلَ ابنتي ما لم أرفع رِجْل ابنتك . وكان ذلك من عادة العرب ؛ لِأَنَفتها من التزويج ، فقال : لو اقتصر على شرط التزويج في العقد وعلى إصداق البضع : صَحَّ العقد ؛ لأن النكاح لا يَفْسد بالشرائط الفاسدة . وجماهيرُ الأصحاب عللوا بالاشتراك في البضع بجعْلِه صداقًا ، وقالوا : يُشبه ذلك ما لو نَكَحَتِ الحرةُ [1] عبدًا ، على أن تكون رقبتُه صداقًا [لها] [2] ، فإن ذلك يبطله [3] . ومنهم من قال : لو قال : « زوجتك ابنتي على أنْ تزوجني ابنتك » واقتصر عليه : بطل أيضًا ؛ لما فيه من الخلوّ عن المهر .

وأُخذ « الشّغار » من قولهم : « شغر البلدُ » : إذا خلا من الوالي [4]. وما ذكره القفال أقيسُ ، وماذكره الجماهيرُ إلى الخبر أقربُ ، وأما الإبطال بمجرد اشتراط العقد والخلوّ عن المهر – فبعيدٌ.

السادسة : تأقيتُ النكاح باطلٌ ، وهو أن يقول : « زوجتُكَ شهرًا » [وذلك] [5] هو نكاح

---

(١) في (أ) : « امرأة » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « يبطل » .

قال الحموي : « قوله : نكاحُ الشغار باطلٌ للنهي ... إلى أن قال : وجميع الأصحاب عللوا بالاشتراك في البضع ، وقالوا : يشبه ذلك ما لو نكحت امرأةٌ عبدًا على أن يكون رقبتُه صداقَها ، فإن ذلك يَبْطل) .

فإن قيل : ما ذكره من الشبه غير مُتّجه ، فإنه في مسألتنا أشرك بين بُضْعين ، وفي هذه المسألة لم يُشَرِّك بينهما ؛ فإن الرقبة واحدة مع أن في مسألتنا النكاح صحيح بخلاف الشغار .

قلت : ذكر صاحب « النهاية » أن صورة هذه المسألة مفروضة فيما إذا تزوجت الحرةُ عبدًا وشرطتْ أن تكون رقبة العبد صداقًا لها في النكاح ، فالنكاحُ يَفْسَد بفسادِ الصداق ، فعلى هذا يكون قد أشرك بينهما ، وفسد النكاح في المسألتين ، فيكون بضعها ورقبته لها ؛ بخلاف ما لو لم يذكر ذلك في ابتداء العقد ؛ فإن النكاح صحيحٌ ، ويُرْجع فيه إلى مهر المثل ، وليس المراد به يُشَبّه بمسألتنا » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٥ / أ ، ١٣٥ / ب) .

(٤) قوله : « من الوالي » ساقط من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

« المتعة » ، سُمّي بها ؛ لأن مقصوده مجرد التمتع [1] .

(١) ثبت النهي عن هذا النكاح بعد إباحته ، وذلك فيما رواه البخاري (٩ / ٧١) (٦٧) كتاب « النكاح » (٣١) باب « نهي رسول الله ﷺ عن نكاح المتعة أخيرًا » حديث (٥١١٥) بإسناده إلى علي بن أبي طالب أنه قال لابن عباس : « إن النبي ﷺ نهى عن المتعة ، وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر » . ورواه مسلم أيضًا (٢/ ١٠٢٨) (١٦) كتاب « النكاح » (٣) باب « نكاح المتعة ، وبيان أنه أُبيح ثم نُسخ ، ثم أُبيح ثم نُسخ ، واستقرّ تحريمُه إلى يوم القيامة » برقم (٣٢) من أحاديث الباب .

وقد روى مسلم حديثًا صَريحا في النسخ ، وهو ما رواه - بإسناده - إلى الرَّبيع بن سَبْرة الجُهَني أن أباه حدّثه أنه كان مع رسول الله ﷺ فقال : « يا أيها الناس ، إني قد كنتُ أذِنْتُ لكم في الاستمتاع من النساء ، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شيءٌ فَلْيُخَلِّ سبيلَه ، ولا تأخذوا مما آتيتموهنَّ شيئًا » انظر صحيح مسلم (٢/١٠٢٢) في الكتاب والباب السابقين حديث الباب (٢١) .

الركن الثاني

المحلّ

وهي المنكوحة ، وشرطُها أن تكون خَلِيَّةً من الموانع ، وهي قريب من عشرين : ألا تكون منكوحة الغير [(١)] ، أو في عدة الغير ، أو مرتدة ، أو مجوسية ، أو زنديقة لا تُنْسب / إلى ملَّة ، أو ١٦١/أ كتابية دانتْ بدينهم بعد التبديل [(٢)] ، أو بعد المبعث ، وليست مع ذلك من بني إسرائيل [(٣)] ، أو تكون رقيقة ، [(٤)] والناكحُ حرٌّ واجدٌ [(٤)] طَوْلَ حرةٍ [(٥)] ، أو غيرُ خائفٍ من العَنت [(٦)] ، أو مملوكة للناكح ، بعضُها أو كلُّها [(٧)] ، أو كانت من المحارم : إما من نسب [(٨)] أو رضاع أو مصاهرة ، أو تكون خامسة ، بأن يكون تحته أربع ، أو يكون تحت الزوج أُختُها ، أو عمتها ، أو خالتها ، فيكون بالنكاح [(٩)] جامعًا بينهما ، أو يكون الناكح قد طلقها ثلاثًا ، ولم يطأها بعده زوج أخر ، أو يكون الناكح قد لَاعَنَ عنها [(١٠)] ، أو تكون مُحْرِمَةً بحج أو عمرة ، أو تكون ثيبًا صغيرةً أو يتيمة ، أو

---

(١) قال ابن الصلاح : وقوله : (ألا تكون منكوحة الغير) قلت : لا يحتاج إلى ذكر الغير ، بل مجردُ كونها منكوحةً ؛ فإن منكوحته لا يصح العقد عليها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٢ /أ) .

(٢) أثبت الناسخ في الأصل كلمة « البديل » ثم كتب فوقها كلمة « التبديل » وكلاهما محتمل .

(٣) قال ابن الصلاح :« قوله : (أو كتابيةً دانتْ بدينهم بعد التبديل ، أو بعد المبعث وليست مع ذلك من بني إسرائيل) شَرْطُه ألا تكون من بني إسرائيل ، شرطٌ لا يُعْرف ولا يَصحّ ، وإذا نظرتَ في الفصل المعقود في « الوسيط » في ذلك فيما بعدُ : حكمتَ عليه بما ذكرتُه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٢ /أ) .

(٤) في (أ) : « والناكح حرًا واجدًا » .

(٥) في (أ) : « الحرة » .

(٦) أي : ليس يخشى على نفسه الوقوع في الزنا ، ولا يشقُّ عليه الصبرُ عن الجماع ». انظر : تفسير ابن كثير (١/٤٥٣) .

(٧) وهي الرقيقة كُلًّا أو بعضًا .

(٨) في (أ) : « بنسب » .

(٩) كلمة : « بالنكاح » ساقطة من (ب) .

(١٠) أي قذف زوجته بالزنا ولم تكن له بينةٌ ، فيحلف أربع مرات بالله : إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا . =

كانت من أزواج رسول الله ﷺ وذلك لا يُوجَد في هذا الزمان . فهذه مجامع الموانع ، وسيأتي شرحُها في القسم الثالث من الكتاب [1] .

* * *

= وفي الخامسة يقول : لعنةُ الله عليّ إن كنتُ من الكاذبين فيما رميتُها به . وهي كذلك تحلف – إن أنكرت – أربع مرات بالله : إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، وفي الخامسة تقول : غضبُ الله عليّ إن كان من الصادقين .

واللعانُ مأخوذ من الطرد والإبعاد ؛ لأن كلا من الزوجين يَبْعُد عن صاحبه ، ويحرم النكاح بينهما أبدًا – على خلافٍ فيما إذا كذَّب نفسه – وسمّي « لِعانًا » لأن الزوج يقول : لعنة الله عليّ إن كنت من الكاذبين .

انظر : تصحيح التنبيه للإمام النووي ص (١٢٠) . المصباح المنير (٢ / ٨٥٤) . القاموس المحيط ص (١٥٨٩) مادة (ل ع ن) . أنيس الفقهاء ص (١٦٢ ، ١٦٣) .

(١) يعني من كتاب النكاح .

الركن الثالث

الشهود

وهو شرط ، ولكن تساهلنا بتسميته ركنًا . ولا ينعقد النكاح إلا بحضور عدلين [١] . ولا ينعقد بحضور رجل وامرأتين ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [٢] . وقال داود[٣] : « لا حاجة إلى الشهادة » [٤]، وقال مالك : « يكفي الإعلان » [٥] . وقد قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا

(١) العدالة في اللغة : الاستقامة ، وفي الشرع : هي مَلَكةٌ تحمل صاحِبَها على مُلَازمة التقوى والمروءة . والمرادُ بالتقوى : اجتنابُ الأعمال السيئة ، من شركٍ أو فسقٍ أو بدعةٍ . والعدل : هو المسلم البالغ العاقل السَّالِمُ من الفسق بارتكاب كبيرة أو إصرار على صغيرة ، وتُشترط السلامة أيضًا من خوارم المروءة ، كالبول في الطريق ، وصُحْبَة الأرذال ، ونحو ذلك ومجمَلُها : الاحترازُ عما يُذَمّ به عرفًا .

ولا خلاف في اشتراط هذه الأمور في الشهادة والرواية عن النبي ﷺ ، وتختص الشهادة بشروط أخرى : كالحرية، والذكورة، والعدد، والبصر، وعدم القرابة، وعدم العداوة. انظر: المستصفى للإمام الغزالي ص(١٨٢، ١٨٣) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢/١٠٨-١١٠). التقييد والإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح ص(١٣٦). نزهة النظر شرح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر للحافظ ابن حجر العسقلاني ص (٢٥) .

(٢) وذلك لأن ذكورة الشاهدين ليست شرطًا عندهم . انظر بدائع الصنائع (٢ / ٢٥٥) . الهداية شرح بداية المبتدي (١/٢٠٦) . الاختيار لتعليل المختار (٣/٨٣) . رد المحتار على الدر المختار المشهور بحاشية ابن عابدين (٣/ ٢٢ ٩) .

(٣) هو داود بن علي بن خلف أبو سليمان الأصبهاني الأصل ، وُلِدَ في الكوفة وسكن بغداد ، وانتهت إليه رئاسة العلم فيها . قال ابن خلكان : قيل : كان يحضر مجلسه كلَّ يوم أربعُمَائةِ عالمٍ . أخذ العلمَ عن إسحاق بن راهويه وأبي ثور ، وكان من المحبين للشافعي ، وصنف كتابين في فضائله ، وكان زاهدًا ورعًا متبعًا للسنة ، وهو شيخُ المذهبِ الظاهريّ القائل بعدم حجية القياس . توفي (رحمه الله) سنة (٢٧٠) هـ . انظر ترجمته في تهذيب الأسماء واللغات (١ / ١٨٢) . تاريخ بغداد (٨/٣٦٩) . فتاوى ابن الصلاح ص (٦٧ - ٦٩) . طبقات الشافعية لابن السبكي (١ / ٢٠٠) . البداية والنهاية لابن كثير (١١ / ٥١) .

(٤) عند الظاهرية يكفي الإعلانُ عن النكاح ، أو إشهادُ عدلين فصاعدًا . انظر : المحلّى لابن حزم (٩ / ٤٥٦) .

(٥) اتفق أئمة المذاهب الأربعة على اشتراط الشهادة في النكاح ، لكن عند المالكية : يصح العقدُ بلا إشهادٍ إذا أعلنوا =

بوليٍّ وشاهِدَيْ عدلٍ [1] » . فنقول : لابُدَّ من حضور مَنْ هو أهل للشهادة ، فلا يكفي حضورُ الصبيِّ ، والذّمّيّ [2] ، والرقيق [3] ، والأَصَمّ ، والفاسق [4] . وفي حضور الأعمى خلاف [5] ؛

= عنه ، ويلزم أن يُشْهِدوا عند البناء ، حتى إنْ دَخَلَا بلا إشهاد انفسخَ النكاحُ . وعن الإمام أحمد روايتان في الإشهاد ، والمشهورُ عنه اشتراطُها . انظر : الهداية (١ / ٢٠٦) . المدونة (٢ / ١٥٨) . الشرح الكبير للدردير (٢ / ٢١٦) . مغني المحتاج (٣ / ١٤٤) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين للقاضي أبي يعلى (٢ / ٨٤) .

وأما ذكورةُ الشاهدين ، فهو مذهبُ الأئمة الثلاثة ، مالك والشافعي وابن حنبل ، وعند الحنفية : يجوز النكاحُ بشهادة رجلٍ وامرأتين . وعن أحمد روايةٌ في جواز انعقاده بشهادة نسوة ومعهنَّ رجل ، لكن المصحَّح من الروايتين ما يوافق قولَ مالكٍ والشافعيّ . انظر : بدائع الصنائع (٢ / ٢٥٥) . رد المحتار (٣ / ٢٢) . المسائل الفقهية لأبي يعلى (٢ / ٨٦) .

(١) رواه الشافعي بإسناده عن ابن عباس موقوفًا في الأم (٥ / ٢٢) ورواه ابن حبان في صحيحه كما في الإحسان (٦ / ١٥٢) . والدارقطني في سننه (٣ / ٢٢٢) في « نصب الراية تخريج أحاديث الهداية » للحافظ الزيلعي نقلاً عن الدارقطني : رجالُه ثقات إلا أنه محفوظ من قول ابن عباس ، ولم يرفعه إلا عبد الله بن الفضل . وقال ابن المنذر : لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبرٌ . انظر : المغني لابن قدامة (٦ / ٤٥١) . نصب الراية (٣ / ١٨٨) . ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٧ / ١١١) موقوفًا على علي بن أبي طالب بلفظ « لا نكاح إلا بولي ، ولا نكاح إلا بشهود » ورواه أيضًا عن ابن عباس موقوفًا بلفظ : « لا نكاح إلا بوليّ مرشد وشاهِدَيْ عدلٍ » .

(٢) الذمة في اللغة : الأمان والعهد . وأهلُ الذمةِ هم المعاهدَون من اليهود والنصارى وغيرهم ممن يُقيم في دار الإسلام . وعَقْدُ الذّمّةِ : إقرارُ بعض الكفار على كُفْرهم ، بشرط بذْل الجزيةِ والتزامِ أحكام الملّة . انظر : أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام د . عبد الكريم زيدان ص (٢٠) . معجم لغة الفقهاء ص (٢١٤) .

(٣) الرقّ : المِلك ، والرقيقُ : المملوك ، ويطلق على الواحد والجمع ، ويطلق على الذكر والأنثى ، وجمعه : أرِقّاء ، مثل : شحيح وأشحاء . انظر : مختار الصحاح (٢٥٣) . لسان العرب (٣ / ١٧٠٧) . المصباح المنير (١ / ٣٦١) مادة (ر ق ق) أنيس الفقهاء ص (١٥٢) .

(٤) الفسق : أصلهُ خروجُ الشيء من الشيء على وجه الفساد ، وفي الشرع : هو التركُ لأمرِ الله . والفاسقُ هو : مرتكبُ الكبيرة أو المصرّ على الصغائر بغير تأويل . انظر : روضة الطالبين للنووي (٧ / ٦٥) . المصباح المنير (٢ / ٧٢٥) . فتح المغيث بشرح ألفية الحديث للحافظ العراقي ص (١٤٠) . توضيح الأفكار (٢ / ١١٧) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٤٦) .

(٥) اشترط في الوجيز (٢ / ٤) أن يكون بصيرًا . وانظر الروضة (٧ / ٤٥) .

لأنه أَهْلٌ لبعض الشهادات .

ولو حضر ابنُ الزوجين أو أبو الزوجين ، ففيه [أربعة] (١) أوجه :

أحدها : الانعقاد ؛ لأنه أهل على الجملة .

والثاني : لا ؛ لأنه ليس أهلاً في هذا النكاح .

والثالث : أنه إنْ حضر ابنُ الزوج وابنُ الزوجة لم يُكْتَفَ (٢) ؛ لأنه لا يُتصور الإثبات ، وإن حضر ابنان لأحدهما : جاز ؛ لأنه يمكن الإثبات على والدهما .

والرابع : أنهما (٣) إن كانا ابنيها (٤) : صحّ ، وإن كانا ابْنَي الزوجِ لم يصحّ ؛ لأن الحاجة إلى الإثبات عليها عند الجحود ، لا على الزوج ، فيقبل عليها قولُ ابْنَيْها (٥) .

وتجري هذه الأَوْجُهُ في عَدُوَّي (٦) الزوجين .

ولو حضر مَنْ حالهُ في الفسق مستورٌ على الزوجين جميعًا : صح العقد على الأصح ، وذكر المحاملي (٧) فيه خلافًا ، ويَعْضُدُه : أن مستور الحرية لا يكفي حضورُه (٨) على الأظهر ،

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « لم يَكفِ » .

(٣) قوله : (أنها) ساقط في (أ)

(٤) في (ب) : « ابنيهما » . وهو خطأ واضح . وفي (أ) : « ابنا الزوجة » .

(٥) في الأصل : « ابنها » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في (ب) : « عدول) . وهو خطأ فحش . والأصحُّ : انعقادُ النكاح بابني الزوجين – سواء كانا ابْنَيْ كلٍّ منهما ، أو ابن أحدهما وابن الآخر – وكذلك انعقادُه بعدُوَّيِ الزوجين – سواء كانا عَدُوَّيْ كلٍّ منهما ، أو عدوّ أحدهما ، وعدُوّ الآخر ؛ لأنهما من أهل الشهادة .انظر روضة الطالبين (٧ / ٤٦) . مغني المحتاج (٣ / ١٤٤) .

(٧) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٨) في (أ) : « ظهوره » وهو خطأ .

لكن الحرية مكشوفة في الغالب ، والفسقُ خفيٌّ ، وفي المنع من المستور (١) حرجٌ وتضييق .

فإن صَحَّحْنا ، فَبَانَ ببينةٍ عادلةٍ فسقُهما (٢) حالةَ العقد؟ ففي تبيِّن (٣) بطلان العقد قولان كالقولين في نقض القضاء المبنيّ على قولهما (٤) .

ولا التفاتَ إلى قولهما : كنا فاسقين . ولو قال الزوج : كنتُ أعرف فسقَه حالة العقد ، وأنكرت المرأة ؟ قال الصيدلاني (٥) : يُنَزَّل منزلةَ الطلاق حتى يتشطَّر المهر قبل الدخول ، وبعده يجب جميعُ المهر ، وتعود إليه بطلقتين (٦) إن نكحها . ونصّ الشافعي (رضي الله عنه) على أن الحرَّ إذا نكح أمةً ، ثم قال : « كنتُ واجدًا طولَ الحرة » بانتْ منه بطلقة (٧) .

أما تشطيرُ المهر فمعقولٌ ؛ لأنه فِراقٌ حصَل بجهته ، لا بزعم المرأة . وأما جعلُه طلاقًا – ولم يَجْرِ عقدٌ – فليس يتبيَّنُ لي وجهُه إلا أن يُجْعل طلاقًا في حقّ المرأة المنْكِرَة خاصة ، أو يجعل في حقّ الزوج طلاقًا في الظاهر ؛ لجريان الشهادة على ظاهر النكاح ، لا بينه وبين الله تعالى (٨) .

---

(١) المستور : من يكون عدلًا في الظاهر ، ولا تُعْرف عدالته باطنًا . انظر : التقييد والإيضاح ص (١٤٥) الروضة (٤٦/٧) . توضيح الأفكار (٢ / ١٩٣) . معجم لغة الفقهاء ص (٤٢٧) .

(٢) في الأصل « ففسقها » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تبيين » .

(٤) والمذهب حينئذ بطلانُ النكاح ، كما لو بَانَ كافرًا . انظر الروضة (٤٧/٧) .

(٥) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٦) في (أ) : « بتطليقتين » .

(٧) انظر الأم (١٠/٥) .

(٨) قال الحموي : « قوله : (ولو قال الزوج : كنتُ أعرف فِسْقَ الشهود حالة العقد ، وأنكرت المرأة . قال الصيدلاني : يُنزل منزلة طلاق حتى ينشطر المهر قبل المسيس ، وتعود إليه بطلقتين إن نكحها ثانيًا . ونص الشافعي على أن الحر إذا نكح أمة ، ثم قال : كنتُ واجدًا لطول حرة ، بانتْ منه بطلقة ، أما تشطير الصداق ، فإنه طلاق حصل من جهته بزعم المرأة . وأما جعله طلاقًا فليس يتبين لي وجهه إلا أن يجعله طلاقًا في حق المرأة المنكرة خاصة ، أو يجعل طلاقًا في حق الزوج في الظاهر ، لجريان الشهادة على ظاهر النكاح لا بينه وبين اللّه تعالى) .

قلت : ما ذكره الشيخ في قوله : (لم يتبين لي وجهه) من حيث إنه لم يَجْرِ عقدٌ فظاهرُ الإشكال فيه على المذهب . وأما قوله : (إلا أن يجعل طلاقًا في حقه ... إلى آخره) ، فيتجه فيه إشكالٌ على الشيخ ؛ من حيث إنه =

فرع : تردد الشيخ أبو محمد [1] في أن المعلن بالفسق إذا تاب في مجلسِ العقد ، هل يلتحق بالمستور ؟ وكان عادتُه استتابةَ الحاضرين ، ووجهُه أنه يمكن أن يكون صادقًا في توبته .

ولا خلاف في أنه لا يُشترط الإشهادُ على رضاءِ المرأة .

***

= جعله طلاقًا وهي منكرةٌ فسقَ الشهود ، ومدعية بقاءَ النكاح . فعلى هذا كيف يُجْعل طلاقًا في حقها ؟ وكيف يصح أن يكون ذلك طلاقًا منها ، وإنه ليس كذلك فإنه يختص بالزوج ؟! .

قلت : ما ذكره الشيخُ صحيحٌ ؛ فإن المرأة وإن كانت مُدَّعيةً بقاءَ النكاح ، فإنه لا ينفي أن يكون سببُ وقوع الطلاق منها ؛ فإنها لما ادَّعت ذلك مع إنكار الزوج صار ذلك طلاقًا في حقها ؛ مؤاخذة لها . فعلى هذا صَح ما ذكره الشيخ ، وإذا كان كذلك كان طلاقًا في حقه ؛ لما ذكرناه من جريان الشهادة على ظاهر النكاح ، لا ما بينه وبين الله تعالى على ما ذكره » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٥ / ب ، ١٣٦ / أ) .

(١) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

الركن الرابع

العاقدان (1)

وهو الزوج والوليّ ؛ لأن المرأة مَسْلوبة العبارة عند الشافعي (رضي الله عنه) في عقد النكاح (2) ، فلا تصحّ عبارتُها بالنيابة ، ولا بالوكالة (3) ، ولا بالاستقلال ، [لا] (4) في التزويج ، ولا في القَبول . ويصحُّ إقرارُها بالنكاح على الجديد (5) ؛ لأن شرط الولي إنما ورد في الإنشاء ، قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بوليّ (6) » . إلا أنها لو (7) أقرتْ ، وكذَّبها الوليُّ ؟ قال القفال : لا تُقبل ؛ لأنها أقرتْ على الولي بالتزويج . ومنهم من قال : تُقبل ؛ لأنها مُقِرةٌ على نفسها بالرقّ (8) .

ثم إن اعتبرنا تصديق الولي فكان غائبًا – سلّمناها في الحال إلى الزوج بإقرارها ؛ للضرورة ؛

---

(1) في الأصل : « العاقد » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(2) أي : لا يصح قبولها النكاحَ لنفسها أو لغيرها . انظر : الروضة (٥٠/٧) .

(3) في (أ) : « ولا بالولاية » .

(4) زيادة من (أ) ، (ب) .

(5) انظر روضة الطالبين (٥١/٧) . شرح جلال الدين المحليّ على المنهاج (٢٢٢/٣) .

(6) حديث صحيح : رواه أبو دواد (٥٦٨/٢) (٦) كتاب « النكاح » (٢٠) باب في « الولي » حديث (٢٠٨٥) . ورواه الترمذي (٤٠٧/٣) حديث (١١٠١) وابن ماجه (٦٠٥/١) حديث (١٨٨١) . ورواه احمد فى مسنده (٣٩٤/٤) وابن حبان (١٥٢/٦) والدارقطني في سننه (٢١٨/٣) والحاكم في المستدرك (١٦٩/٣) جميعًا من طرق عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى الأشعريّ مرفوعًا . وقال الحاكم بعد أن رواه بأسانيد كثيرة : « هذه الأسانيد كلُّها صحيحة ، وقد علونا فيها عن إسرائيل ، وقد وصله الأئمة المتقدمون الذين ينزلون في رواياتهم عن إسرائيل مثل عبد الرحمن بن مهدي ووكيع ويحيى بن آدم ويحيى بن زكريا بن أبي زائدة وغيرهم ، وقد حكموا لهذا الحديث بالصحة » ا . هـ وقد صححه أيضًا علي بن المديني كما رواه الحاكم عنه في المستدرك(٣/ ١٧٠).

(7) في (أ) : « إذا » .

(8) والأصح أنه يقبل إقرارها . انظر الروضة (٥١/٧) .

إذْ يعسُر ملازمةُ الولي [حضرًا وسفرًا] [١] ، لكن لو رجع و كذَّب [٢] ، فالظاهرُ أنه يُحال بينهما ؛ لزوال الضرورة .

وصيغة الإقرار أن تقول : « زوَّجَني الوليُّ منه » . فلو أقرت بالزوجية ولم تُضِفْ إلى الوليّ ؟ ففيه خلاف مَبْنيّ على أن دعوى النكاح مطلقا من غير التقييد [٣] بالشرط ، هل تُسمع ؟ .

فأمَّا إقرار الوليّ المجبِر ، فنافذٌ إن أقرَّ في حالة القدرة على الإجبار [و] [٤] أما أبو حنيفة (رحمه اللّه) فقد قضى بأنها تزوِّج نفسَها [٥] ..

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « وكذبها » .

(٣) في (أ) : « تقييد » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) **مذهب الشافعية** : ذهب الشافعية إلى اشتراط الوليّ في النكاح ؛ فلا يجوز للمرأة أن تتولى العقدَ على نفسها ، ولا على غيرها . وهذا هو مذهبُ المالكية والحنابلة أيضًا ، وبه يقول محمد بن الحسن من الحنفية إلا أن عنده إذا عقدت لنفسها من كفء ، كان العقد موقوفًا على إجازة الولي . انظر : الأُم (٥ / ١٣) . معرفة السنن والآثار للبيهقي (١٠ / ٢٧) . المدونة (٢ / ١٥١ ، ١٥٢) . المنتقى شرح موطأ مالك للباجي (٣ / ٢٦٧) . دليل الطالب لنيل المطالب على مذهب أحمد للشيخ مرعي بن يوسف ص (٢٠٣) . موطأ مالك برواية الشيباني ص (١٨٢) .

ومذهب الإمام أبي حنيفة (رحمه الله) : أن للمرأة العاقلة البالغة مباشرةَ العقد على نفسها ، بكرًا كانت أو ثيبًا ، ولكنْ يُستحب لها أن تَكِلَ عقدَ زواجِها لوليها ؛ صوْنًا لها عن التبذُّل . وليس لوليها حقُّ الاعتراض عليها ، إلا إذا زوَّجت نفسها من غير كفء . وهذا مذهب أبي يوسف أيضًا (رحمه الله) . وقد قيَّد الحنفيةُ اعتراضَ الولي – إذا زوجتْ نفسَها من غير كفء – بإذا لم تَلِدْ منه ، فإذا ولدت منه سقط حقُّ الاعتراضِ عليها ؛ صيانةً للولد . انظر : المبسوط (٥ / ١٠ ، ١٠٧) . بدائع الصنائع (٢ / ٣١٨) . الهداية شرح بداية المبتدي (١ / ٢١٣) . الاختيار لتعليل المختار (٣ / ٩٠) . البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٣/ ١١٧) . فتح القدير (٣/ ٢٥٥) . رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين (٣ / ٥٥) .

عَرْضُ أدلةِ القولين ومناقشتها :

أدلة الشافعية ومن وافقهم : استدل الجمهور على مذهبهم بأدلة كثيرة ، منها :

....

= (أ) قوله تعالى : ﴿ وأنكحوا الأَيَامَى منكم والصالحين من عبادكم .. ﴾ الآية [النور : ٣٢] ووجهُ الدلالة من الآية ، أن الله تعالى جعل إلى الرجال إنكاحَ الأيامى – والأيِّمُ هو مَنْ لا زوج له ، ذكرًا كان أو أنثى – ولو كان النكاح إلى النساء لذكرهنَّ . انظر أحكام القرآن للقرطبي (٣ / ٧٣) .

(ب) قوله تعالى : ﴿ ولا تُنْكِحُوا المشركين حتى يُؤْمنوا ... ﴾ الآية [سورة البقرة : ٢٢٣] فقد نهى الله تعالى المؤمنين أن يُزَوِّجوا مُوَلِّيَاتهم للمشركين – فجعل التزويج إليهم .

(جـ) قوله تعالى : ﴿ وإذا طلقتم النساءَ فبلغنَ أجلَهُنَّ فلا تَعْضُلوهن أن ينكحن أزواجهن .. ﴾ الآية (البقرة : ٢٣٢) . وهذه الآية أَبْيَنُ آية – في كتاب الله (عز وجل) – دلالةً على أن ليس للمرأة الحرة أن تُنْكح نفسها كما يقول الإمامُ الشافعي (رحمه الله) . انظر أحكام القرآن له (١ / ١٧٤) ، وانظر المنتقى للباجي (٣ / ٢٦٨) فقد أحسن في الاستدلال وإن كان مسبوقا بكلام الشافعي .

(د) واستدلوا من السنة بقوله ﷺ : « لا نكاحَ إلا بوليّ » وهو حديث صحيح رواه أبو داود (٢ / ٥٦٨) وغيرهُ ، والنَّفْيُ في الحديث يتجه إلى الصحة ، والمرادُ : لا نكاحَ صحيح أو شرعي إلا بوليّ . انظر نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكاني (٧ / ٢١١) .

(هـ) وقوله ﷺ : « أَيُّمَا امرأةٍ نكَحتْ بغير إذن وليّها ، فنكاحُها باطلٌ .. » . وهو حديث صحيح كما في المحلى لابن حزم (٩ / ٤٦٥) والجامع لأحكام القرآن (٣ / ٧٣) وبلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للحافظ ابن حجر ص (٢٤٤) .

(و) وقوله ﷺ : « لا تُزَوِّجُ المرأةُ المرأةَ ، ولا تزوّج المرأةُ نفسَها » . رواه ابن ماجه (١ / ٦٠٥) ورجاله ثقات كما في بلوغ المرام ص (٢٤٥) . وانظر مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه للحافظ البوصيري (١ / ٣٣٢) .

أدلة الحنفية : وقد استدلوا ببعض الأدلة ، منها :

(أ) قوله تعالى : ﴿ فإنْ طلَّقها فلا تَحِلُّ له حتى تَنْكح زوجًا غيره ﴾ [البقرة : ٢٣٠] فَنَسَبَ الفعلَ إليها .

(ب) قوله تعالى ﴿ فلا تعضلوهن أنْ يَنكحن أزواجَهن .. ﴾ [البقرة : ٢٣٢] فنسَبَ النكاحَ إليها أيضًا ، والأصلُ في الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقي . وتُعُقِّب بأنَّ سبب نزول الآية يُبْطِلُ هذا الاستدلالَ ويؤيد ما ذهب إليه الجمهورُ . انظر : المنتقى للباجي (٣ / ٢٦٨) . الجامع لأحكام القرآن (٣ / ١٥٩) فتح الباري (٩ / ٨٨ – ٩٤) .

(جـ) قوله تعالى : ﴿ فلا جُنَاح عليكم فيما فَعَلْنَ في أَنْفُسِهن بالمعروف ﴾ الآية [البقرة : ٢٣٤] فأضاف الفعلَ إليها أيضًا ، وهو التزويج . وتُعُقِّب بأن الله قال : ﴿ بالمعروف ﴾ أي : بما أذن فيه الشرعُ من اختيار أعيان الأزواج وتقديرِ =

لكن الولي يفسخ العقد (١) إن وضعت نفسها تحت غير (٢) كفُؤ (٣) » . وقال مالكٌ : تُزَوِّج الدنيةُ نفسَها دون الشريفة (٤) .

= الصداق دون مباشرة العقد ؛ لأنه حقٌّ للأولياء. انظر الجامع لأحكام القرآن (٣ / ١٨٧) .

(د) حديث خنساء بنت خزام ، إذْ زوَّجها أبوها – وهي كارهةٌ – فردّ النبي ﷺ نكاحَها ، وقال : « انكحي مَنْ شِئْتِ » . والحديثُ أصلهُ في البخاري (٩ / ١٠١) دون هذه الزيادة وقد رواها أبو سلمة مرسلًا ، والمرسلُ ليس بحجة ، ولو صحَّ فالمرادُ تخييرُ الأَكْفَاء . انظر : إيثار الإنصاف في آثار الخلاف لسبط ابن الجوزي تحقيق ناصر العلي ص (١١٥) . نصب الراية لأحاديث الهداية للحافظ الزيلعي (٣ / ١٨٣) .

(هـ) واستدلوا كذلك بما رواه مالك في موطئه (٢ / ٥٥٥) من أن عائشة (رضي الله عنها) زوَّجَتْ حَفْصةَ بنت أخيها – وكان غائبا – من المنذر بن الزبير . وتُعُقِّبَ بأن قول الراوي : « زَوَّجَتْ » أي : مَهَّدَتْ أسباب التزويج ، وأُضيف التزويجُ إليها ؛ لاختيارِها ذلك وإذنِها فيه ، ثم أشارت على من وَلِيَ أمر حفصة – عند غيبة أبيها – حتى عقد النكاح . ويدل لصحة هذا التأويل ما رواه عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه – وهو راوي الحديث الأول أيضًا – قال : « كانت عائشة تُخْطب إليها المرأةُ من أهلها ، فتشهد ، فإذا بقيت عقدة النكاح ، قالت لبعض أهلها : زوِّجْ ؛ فإن المرأة لا تلي عقدةَ النكاح » . ويدل على صحته أيضًا ما قاله ابنُ المنذر من أنه لا يُعْرف عن الصحابة خلافًا في ذلك ، يعني في ألَّا نكاح إلا بولي . انظر : معرفة السنن والآثار للبيهقي (١٠ / ٣٣) . الجامع لأحكام القرآن (٣ / ٧٥) . نيل الأوطار (٧ / ٢١٢) .

(و) واستدلوا أيضًا بالقياس على استقلالها بعقد البيع وغيره من العقود ، فكما يحقُّ لها أن تتصرف في مالها ؛ فلها كذلك أن تتصرف في نفسها ما دامت رشيدةً بالغةً . وتُعُقِّب بأنه قياسٌ في مقابلة النصّ ، وهو فاسد الاعتبار . انظر : نيل الأوطار (٧ / ٢١٧) .

وبعد النظر في أدلة الفريقين ، يتضح أنّ قول الشافعية – ومن وافقهم – هو الأولى بالقبول والرجحان ، والله أعلم .

(١) في (أ) : « النكاح » . (٢)قوله : « غير » ساقط من (ب) .

(٣) في (أ) : « الكفؤ » وفي (ب) : « كفء » . وكلاهما صحيح . انظر مختار الصحاح ص (٥٧٢) .

(٤) إطلاق هذا القول على الإمام مالك فيه نظر ، فقد أنكره المالكية أنفسُهم ، ففي شرح زروق على الرسالة لأبي زيد القيرواني (٢ / ٢٧) ما نَصُّه « نقل بعضُ الأئمةِ الشافعية عن مالك مِثْلَ قول أبي حنيفة في الدنية – يعني في النكاح بلا ولي – قال ابن عبد السلام : « وهو غلطٌ لا شكَّ فيه » . و قال ابن عبد البر في « الكافي في فقه أهل المدينة » ص (٢٣٤) : « ولا تلي امرأةٌ عقدَ نكاحٍ لنفسها ، ولا لغيرها ، شريفةً كانت أو دنيّة ، أَذِن لها في ذلك وليُّها =

وعندنا أن الوطء في النكاح بغير وليّ يُوجب المهر ؛ للشبهة ، ولا يوجب الحدَّ . وقال الصَّيرفيّ [١] : يجب الحدُّ . وقال بعضُ الأصحاب : يُنْقَض قضاءُ الحنفيِّ بصحة نكاحٍ [٢] بلا وليٍّ ؛ لمخالفتِه الحديثَ الظاهرَ [٣] .

١٦١/ب وتفاصيلُ أحكام الولاية يستوفيه / بابان :

- باب في « الولي » .

- باب في « المَوْلِّ عليه » .

* * *

= أو لم يأذن ، فإن عقدتْ نكاحًا فُسِخَ أبدًا قبل الدخول وبعده » ا . هـ .

أما الذي قاله الإمام مالك (رحمه الله) فهو في المرأة الرقيقة الحال ، الضعيفة التي ليس لها ولي خاص مجبر – كالأب في ابنته البكر – فهذه إنْ خِيفَ عليها الضياعُ ، جاز أن يُزَوّجها رجلٌ من المسلمين – كالحاكم وغيره – بالولاية العامة – وهي الإسلام – فالمؤمنون بعضُهم أولياءُ بعض ، وبهذا أفتى مالك (رحمه الله) في رجال من الموالي يأخذون صبيانَ الأعراب الذين تصيبهم السَّنَةُ ، فيكفلونهم ، ويربونهم حتى يكبروا ، فتكون فيهم الجارية ، فيريد مَنْ كفَلَها أن يزوجها ، قال مالك : ذلك جائز ، ومن أَنْظَرُ لها منه ؟! » فهذه الجارية ليس لها وليّ ، ولو كُلِّفت رَفْعَ أمرها إلى الحاكم ، فلربما تعذَّر عليها ذلك ، وأضرَّ بها ، فتهلك ضياعًا .

انظر : المنتقى شرح موطأ مالك (٣ / ٢٦٨ – ٢٧٠) . المقدمات الممهِّدات لابن رشد الجد (٢ / ٤٧) . بداية المجتهد (٢ / ١٥) . شرح التنوخي على متن الرسالة لأبي زيد القيرواني (٢ / ٣١) . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٢ / ٢٢٦) .

(١) سبقت ترجمته في القسم الدراسي . وأما قوله : (يجب الحدّ على مَنْ وطىء في نكاح بلا وليٍّ) فقد ضعَّفه الغزالي في الوجيز (٢ / ٥) ، وكذلك في الروضة (٧ / ٥١) .

(٢) في (أ) : النكاح .

(٣) نصَّ الإمام الغزالي في الوجيز على أنه لا يُنقض قضاءُ الحنفي بصحة هذا النكاح . انظر الوجيز (٢/ ٥) . وقد رجح في الروضة أيضًا ما رجحه الغزالي . انظر الروضة (٧ / ٥١) .

الباب الأول

في الأولياء

(وفيه فصول)

الفصل الأول

في أسباب الولاية

وهي أربعة :

- الأُبوّة ، والجدودةُ في معناها .
- والعصوبة [١] بالنسب .
- والولاء .
- والسَّلطنة [٢] .أما الأب ، والجدّ – أبُ الأبِ – فلهما منصبُ الإجبار في حالة البكارة ولو بعد البلوغ ، وفي البنين في الصِّغر دون الكبر . وقال أبو حنيفة (رضي الله عنه) : البكرُ البالغة لا تُجبر على النكاح ، والثيبُ الصغيرة يجوز إجبارُها عنده [٣] .

---

(١) قال الحموي : « قوله : (الفصل الأول : في أسباب الولاية ، وهي : الأبوة ، وفي معناها الجدودة والعصوبة ... إلى آخره) .

قلت : جعل الشيخُ الأبوةَ والجدودةَ قسمًا آخر ، وخصص العصوبة بما سواهما ، ولا شك بأ نّ تزويجها إنما كان بجهة العصوبة كما لا يخفى .

قلت : إنما جَعل الشيخُ الأبوةَ والجدودة قسمًا آخر ، وخصص العصوبة بما سواهما ؛ لأنها ليس فيها زيادةُ وصْفٍ ، فخصَّصَها بذكر العصوبة ، وهي ولايةُ الإجبار في حق البكر ، وإنما كان كذلك لكمالِ شفقتها ، ولهذا خصّص إفرادهما بالذكر ، وأما سائر العصبات فإنهم ليس لهم إلا مجرد تعصيبٍ على ما أشرنا إليه . وبه خَرَجَ الجوابُ » .مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٦ / أ ، ١٣٦ / ب) .

(٢) في (ب) « السلطة » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن الأب له إجبار ابنته البكر البالغ على النكاح ، وهو مذهب المالكية أيضًا ، واستثنى الإمام مالك – في أظهر الروايتين عنه – المعنَّسَة ، وهي التي طال مُكثُها في بيت أبيها حتى بلغت أربعين سنة ، وكذلك التي تزوّجت وخلا بها الزوجُ وطُلّقت من غير دخولٍ بها ، فقال : لا يملك الأبُ إجبارها . ومذهب الحنابلة كمذهب الشافعية ، لكنْ في رواية عن أحمد أنها إذْ بَلَغَتْ تسع سنين لم تُزَوَّج إلا بإذنها في حق كل وليّ – الأب وغيره – .

وهذا القول عند الأئمة الثلاثة مقيّدٌ بما إذا كان النكاح حظًّا لها ، وبمهر مثلها ، ولا يجوز إذا كان نقصًا لها ، أو =

....

= إضرارًابها، ومقيد كذلك بألا يكون بينهاوبين أبيهاعداوةٌظاهرة. انظر: الأم(١٧/٥). منهاج الطالبين ص (٩). كفاية الأخيار (٣٣/٢) . المدونة (١٤٠/٢) . شرح زروق على الرسالة (٢٨/٢) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٣١) . العدة شرح العمدة على مذهب الإمام أحمد ص (٣٦٤ ، ٣٦٥) . مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله ص (٣١٢) . المغني لابن قدامة (٣٨٧/٦) . الإفصاح عن معاني الصحاح (١١٢/٢) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز إجبارُ البالغ البكر على النكاح . انظر : بدائع الصنائع (٢ / ٢٤١ ، ٢٤٢) . فتح القدير (٣ / ٢٦٠) . حاشية ابن عابدين (٣ / ٥٥ ، ٥٨ ، ٦٦) .

أدلة الشافعية ومن وافقهم :

(أ) استدلوا بقوله ﷺ : « الأيمُ أحقُّ بنفسها مِنْ وليّها ، والبكرُ تُستأذن في نفسها » . وهو حديث صحيح رواه مسلم (٢ / ١٠٣٧) برقم (١٤٢١) . ووجهُ الاستدلال به عندهم أنه فرّق بين البكر والثيب ، فجعل الأيمَ أحقَّ بنفسها من وليها ، فَأَفْهَمَ ذلك أن البكر ليست أحقَّ بنفسها من وليها ، أي أن الولي أحقُّ بنفسها منها ، وإلا لم يكن لتخصيصِ الأيم بذلك معنى .

(ب) استدلوا أيضًا بأنّ النبي ﷺ فَرّقَ بينهما في صفة الإذن ، فجعل إذنَ الثّيِّب النطقَ ، وإذنَ البكرِ الصمتَ . قالوا : وهذا يدل على عدم اعتبار رضاها !! .

أدلة الحنفية ومن وافقهم : استدلوا على قولهم بأدلة كثيرة ، منها :

(أ) قالوا : استدلالُ الشافعية وغيرِهم بحديث « الأيمُ أحقُّ بنفسِها ... » استدلالٌ بطريق المفهوم ، وهو ليس حجة مُتَّفَقًا عليها ، ثم إن ثبت كونُه حجةً ، فهو معارَضٌ بالمنطوق الصريح ، فيسقط الاستدلال به ، وذلك المنطوق هو قوله ﷺ : « لا تُنْكح الأيمُ حتى تُستأمر ، ولا تُنْكح البكر حتى تُستأذن » وهو حديث صحيح رواه البخاري (٩/ ١٩١) ومسلم (٢ / ١٠٣٦) وفيه التصريح بأن البكر لا تنكح حتى يُطلب إذنُها .

(ب) قوله ﷺ فيما رواه مسلم (٢ / ١٠٣٧) بإسناده عن عائشة قالت : سألتُ رسولَ الله ﷺ عن الجارية يُنْكِحُها أهلُها ، أتُستأمر أمْ لا ؟ فقال لها رسول الله ﷺ : « نَعَمْ تُستأمر » . وهذا صريح أيضًا في استئذانها .

(جـ) روى أبو داود في سننه (٢ / ٥٧٦) بإسناده عن ابن عباس أن جارية بكرًا أَتَتِ النبيَّ ﷺ ، فذكرتْ له أن أباها زوَّجها وهي كارهةٌ ، فخيَّرها النبيُّ ﷺ . وهذا الحديث وإن كان أعلّه بعضهم بالإرسال ، فهي علة غير مؤثرة ؛ فإنه رُوِيَ مسندًا ومرسلًا ، والذي أسنده ثقة ثبت ، وزيادةُ الثقة مقبولةٌ ، ولم ينفرد بالوصل جرير بن حازم ، وهو أحد رجال الإسناد - بل تابعه أيضا زيد بن حيان . انظر : تهذيب سنن أبي داود لابن قيم الجوزية (٤٠/٣) . وقال البوصيري في مصباح الزجاجة (٣٠٣/١) : إسناده صحيح .

(د) قالوا : وهذا الحكم من رسول الله ﷺ موافقٌ لقواعد شرعه ؛ فإن البكر البالغة العاقلة الرشيدة ، لا يتصرف =

ونظرَ الشافعيُّ (رضي الله عنه) إلى الثيابة [1] والبكارةِ ؛ لقوله (عليه السلام) : « الثيبُ أحقُّ بنفسها مِنْ وليها ، والبكرُ تُسْتأمر في نفسها ، وإذنُها صماتُها » [2] .

ومعنى إجبارها : أن الأب لو زوَّجَها من كفؤ [3] ، وهي ساخطةٌ - نفذ ، ولو التمست التزويجَ من الوليّ وجبت الإجابةُ وإن كانت مجبرة ؛ كالصَبيِّ الذي يلتمس الطعام .

ولو عَيَّنتْ كفؤًا ، وعينَّ الوليُّ كفؤًا ؟ فمنهم من قال : يجب رعايةُ حقِّها [4] في الأعيان ،

= أبوها في أقلِّ شيءٍ من مالها إلا برضاها فكيف يجوز أنْ يُرِقَّها ، ويُخْرِج بُضْعَها منها بغير رضاها إلى مَنْ يريده هو ، وهي مِنْ أكْرَهِ الناس فيه ، وهو مِنْ أبغضِ شيء إليها ، ومعلومٌ أن إخراج مالها كله - بغير رضاها - أهونُ عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها .

(هـ) قالوا : وهذا الحكم موافقٌ - كذلك - لمصالح الأمة ، فلا تخفى مصلحةُ البنتِ في تزويجها بمن تختاره وترضاه ، وحصولُ مقاصد النكاح لها به ، وحصولُ ضدٌ ذلك بمن تبغضُه وتَنْفِر منهُ . فلو لم تأتِ السنةُ الصريحةُ بهذا القول ، لكان القياسُ الصحيح وقواعدُ الشريعة لا تقتضي غيرَه .

(و) قالوا : والشارع لم يجعل البكارة سببًا للحجر في موضع من المواضع المتفق عليها ، فتعليلُ الحجر بذلك تعليلٌ بوصفٍ لا تأثير له في الشرع . انظر : إيثار الإنصاف ص (١١٠-١١٣) . مجموع فتاوع ابن تيمية (٣٢/٢٢- ٢٨) . زاد المعاد لابن قيم الجوزية (٥/٩٥-٩٩) . فتح الباري لابن حجر (٩/٩٨) . سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني (٣/٩٩٦) .

وبعد النظر في أدلة الفريقين واستدلالاتهم ، يتبين أن قول الحنفية - ومن وافقهم - هو الراجحُ والجديرُ بالقبول .

(١) في (أ) : « الثيوبة » .

(٢) رواه مالك في الموطأ (٢ / ٥٢٤) ومسلم في صحيحه (٢ / ١٠٣٧) (١٦) كتاب « النكاح » (٩) باب « استئذان الثيب في النكاح بالنطق ، والبكر بالسكوت » حديث (١٤٢١) ورواه برقم (٦٧) حديث الباب بلفظ المصنف . ورواه أبو داود في سننه (٢ / ٥٧٧) حديث (٢٠٩٨) والترمذي (٣ / ٤١٦) حديث (١١٠٨) وابن ماجه (١ / ٦٠١) حديث (١٨٧٠) جميعًا من طرق عن مالك عن عبد الله بن الفضل عن نافع عن ابن عباس مرفوعًا . ورواه البخاري (٩ / ٩٨) حديث (٥١٣٦) بلفظ « لا تُنْكح الأيِّم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن ... » ورواه مسلم (٢ / ١٠٣٦) حديث (١٤١٩) والنسائي (٦ / ٨٥) وابن ماجه (١ / ٦٠١) جميعًا من طرق عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعًا .

(٣) في (ب) : « كفء » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « حظها » .

وإنما حظُّ الوليّ في الكفاءة فقط . ومنهم من قال : تعيينُ الوليّ أولى (١) .

ومهما ثَابَتْ (٢) – ولو بالزنا – لم تُجْبر . ولو انفتق جلدُ العذرة بوثْبةٍ أو طَفْرةٍ (٣) ، فالأظهرُ أنها بكرٌ ؛ لأن واطِئَها مبتكر .

ولم يَرَ أبو حنيفة للزنا أثرًا (٤) في إزالة حكم البكارة (٥) .

(١) وهو الأصح عند الشافعية كما في الروضة (٧ / ٥٥) .

(٢) أي : صارت ثيبًا .

(٣) قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ١ / ١٨٧) : « قوله في أول النكاح من الوسيط : (وإن زالت البكارة بوثبة أو طفرة) الطفرة بفتح الطاء المهملة وإسكان الفاء . قال صاحب « العين » وصاحبُ « المجمل » يقال : طفر ، إذا وثب في ارتفاع . وقال الجوهري والزبيدي في « مختصر العين » : طفر ، معناه : وثب . فعلى هذا ، هما بمعنًى . وعلى الأول ، يكون الوثوب عامًا في الارتفاع والتقدم ، والطفر مختص بالارتفاع ، ويمكن حمل الثاني على موافقة الأول » .

(٤) في الأصل « أثر » وهو خطأ ظاهر .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنّ مَنْ ثَابَتْ بالزنا لم تُجْبر على النكاح ، ولا يُكتفى في إذنها بالصمت . وهو قولُ أبي يوسف ومحمد بن الحسن ، وهو مذهبُ الحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٥/ ١٨) . الروضة (٧ / ٥١) . منهاج الطالبين ص (٩٦) . الهداية (١ / ٢١٤) العدة في شرح العمدة ص (٣٦٦) . الإفصاح لابن هبيرة (٢ / ١١٣) . بداية المجتهد (٢ / ٧) .

ومذهب أبي حنيفة : أن من ثابت بالزنا يُكتفى بسكوتها إذا عرض لها الوليُّ الزواجَ من شخص ما ، بشرط ألا يتكرر منها ذلك وأن لا تُحَدَّ فيه . فإنْ تكرر منها ، أو حُدَّتْ : فلا يُكتفى بسكوتها . وهذا مذهبُ المالكيةِ أيضًا ، لكن عندهم خلافٌ فيمن حُدَّتْ ، أو تكرَّرَ منها الزنا . انظر : المبسوط (٥/ ٧) . العناية على الهداية (٣ / ٢٧١) . الدر المختار (٣/ ٦٣) . تبيين الحقائق (٢ / ١٢٠) . المدونة (٢ / ١٤٠) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٣١) . القوانين الفقهية لابن جُزَيّ ص (٢٠٣) .

وسببُ الخلاف في هذه المسألة أنه هل يتعلق الحكم بقوله ﷺ : « الثّيِّبُ أحقُّ بنفسها مِنْ وليها » . بالثيوبة الشرعية كالنكاح أو شبهة النكاح أو الملك – أو بالثيوبة اللغوية ؟ وتظهر ثمرةُ الخلاف في البالغ التي ثابت بالزنا أو الغصْب ، فعلى مذهب الشافعية والحنابلة : لا يجوز إجْبَارُها على النكاح ؛ لأنها ثيِّبٌ . وعند المالكية : يجوز إجبارُها ، ويكتفى بصمتها عند المشورة . أما الحنفية فعندهم لا يجوز أصلاً إجبارُ البالغة – بكرًا أو ثيبًا – وإنما تظهر فائدةُ هذه المسألةِ عندهم – وعند المالكية – في أنه يكتفى بصماتها إذا اسْتُشِيرت ، ولا يلزم نُطْقُها .

واتفق الأئمةُ الأربعةُ على أنها لو زالتْ بَكَارتُها بوثْبة ، أو حيضةٍ ، أو جراحة ، فَإنها تُزَوَّج كما تُزَوَّج الأبكارُ . =

فأما العصباتُ من جهة النسب - كالإخوة، والأعمام، وأولادهم - فليس [١] لهم الإجبارُ بحالٍ، وإنما لهم تزويجُ البكر والثيبِ - بعد البلوغ - برضاهما. وهل لهم الاكتفاءُ بصمْتِ البكر؟ وجهان:

أحدهما: نعم؛ لِظاهر الحديث [٢].

والثاني: لا؛ لأن السكوت مردِّد [٣]، ومعنى الحديث حَثُّ المجبِرِ على مراجعتها من غير تكليفِ نطقٍ.

وأما الوليُّ [٤] المعْتِقُ فولايته كولاية العصبات [٥]. وأما السلطان فَوَليٌّ في أربعة مواضع: عند عدم الولي، وغيبتِهِ، وعَضْلِهِ [٦]، وإذا أراد الولي أن يُزَوِّج من نفسه. وليس للسلطان ولاية الإجبار خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله).

وليس للوصيِّ ولايةُ التزويج وإن فوَّض إليه الموصِي؛ إذ ليس له قرابةٌ تدعوه إلى الشفقة والنَّظَر، ولا حظَّ له في الكفاءة.

* * *

= واتفقوا كذلك على أنه لو زالت بكارتُها بنكاحٍ فاسدٍ أو وطءِ شبهةٍ، فإنها تُزوج كما تزوج الثيب. انظر: طريقة الخلاف في الفقه (٧١ - ٧٣). إيثار الإنصاف ص (١٤٨). البحر الرائق (٣ / ١٢٤ وما بعدها).

(١) في (أ): «وليس».

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٧ / ٥٥).

(٣) في (أ): «متردد».

(٤) في (أ)، (ب): «المولى».

(٥) في (أ): «العصوبة».

(٦) أي: مَنَعَ وَليَّتَه من التزويج من كفء. انظر المصباح المنير (٢ / ٦٣٥). مادة (ع ض ل).

الفصل الثاني

في ترتيب الأولياء [من القرابة والولاء والسلطنة] [1]

وجهة [2] القرابة مُقدّمةٌ على الولاء ، والولاءُ مقدمٌ على السلطنة . والازدحامُ يُفرض في النسب والولاء .

أما النسب : فالأب ، ثم الجد – ولهما ولايةُ الإجبار – ثم ترتيبُ باقي العصبات كترتيبهم في الميراث ، إلا في ثلاث مسائل :

إحداها : أن الابن عصبةٌ في الميراث ، ولا يُزَوِّج بحكم البُنُوَّة ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [3] . نعم ، إن كان قاضيًا ، أو عصبةً ، [4] أو ابنَ عمٍّ [4] ، أو مُعْتِقًا – زوَّج بهذه الأسباب ، فالبنوةُ لا تمنع ولا تفيد [5] .

الثانية : الجد في الميراث يُقاسم الإخوة ، وهاهنا يُقدم الجد ؛ لأنه على عمود النسب ،

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٢) في (ب) : « فجهة » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز للابن أن يُزَوِّج أُمَّه بالبنوة ، فإذا كان عصبةً لها – كأنْ يكونَ ابنَ ابنِ عمٍّ لها – جاز له ذلك بالعصوبة . انظر : الأم (٥ / ١٤) . مختصر المزني ص (١٦٥) . مغني المحتاج (٣ / ١٥١) . حاشية القليوبي (/ ٢٢٤) .

مذهب الحنفية : أن للابن تزويج أُمِّه بالبنوة ، وهو مذهبُ المالكية والحنابلة . لكن عند الحنفية لا يكون لهذه المسألة مَحَلٌّ إلا في المجنونة والمعتوهة فقط ، إذ البالغةُ عندهم يجوز أن تعقد لنفسها – بكرًا كانت أو ثيبًا – . انظر : الهداية (١ / ٢١٨) . الاختيار (٣ / ٩٦) . الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة ص (١٤) . الكافي ص (٢٣٢) . القوانين الفقهية ص (٢٠٤) . المقنع ص (٢٠٨) . دليل الطالب لنيل المطالب على مذهب الإمام أحمد ص (٢٠٣) .

(٤) في (أ) : « بكونه ابن عم » . وهذا متصوَّر في وطء الشبهة ، فقد يَطأ رجلٌ ابنةَ أخيه – ظنًّا منه أنها امرأته – ثم تَلِدُ منه ، فيكون المولودُ ابنًا لها ، وابنَ عمها في آنٍ واحد . ويُتصور ذلك أيضًا في نكاح المجوس الذين لا يُحَرِّمُون ابنةَ الأخِ ، فتلِد منه ، ثم يُسْلِمَانِ . ومع هذا التقدير فلعلّ الصواب : « بكونه ابنَ عمٍّ » وانظر مغني المحتاج (٣ / ١٥١) .

(٥) أي أن البنوة لا تمنع التزويج مطلقًا ، ولا تفيده مطلقًا .

وشفقتُه [١] أكملُ .

الثالثة : أن الأخ من الأب والأم ، مُقدم على الأخ من الأب في الميراث ، وكذلك في الصلاة على الجنازة . وفي الولاية قولان ؛ لأن جهة الأمومة لا مَدْخل لها في الولاية ، فيجوز أن لا تُوجِب ترجيحًا . واختار المزنيُّ التقديم في التزويج أيضًا [٢] .

ويجري القولان في العمّ من الأب والأم ، والعم من الأب وابنيهما ، ولا يجري في ابْنَيْ عمٍّ ، أحدُهما : أخٌ لأُمّ ؛ لأن أُخوة الأم هاهنا ، لا تفيد عُصوبة في الميراث . وكذلك إذا كان لها ابنا ابنِ عمٍّ ، أحدُهما ابنُها ، أو ابنا معتقٍ ، أحدُهما منها ، فلا ترجيحَ . ونصّ ابن الحداد [٣] على أن ابنها من المعتِق ، مُقدمٌ على سائر البنين . وهو بعيد .

أما ترتيب الولاء ، فالمعتِقُ أولى ، فإن لم يكن فعصباتُه ، فإن لم يكونوا فمعتق المعتق ، ثم عصباته . وترتيبُ عصبات المعتق كترتيب عصبات النسب ، إلا في مسائل :

إحداها : إذا اجتمع جدُّ المعتق وأخوه من الأب ، ففيه قولان :

أحدهما : أن الأخ أولى ؛ لأنه يُدْلي [٤] ببنوة الأب ، وهي أقوى من الأُبوة في العصوبة .

والثاني : يتساويان ؛ لأن أحدهما أبُ الأبِ ، والآخر ابنُ الأب ، وليس الجد هاهنا أصل الزوجة [٥] حتى يُقدم .

الثانية : ابنُ المعتق مقدمٌ على أبيه ؛ لأنه العصبة دون الأب [هنا] [٦] ؛ لقوة البنوة [٧] .

الثالثة : الجد وابن الأخ ، إن قلنا : إن الجد مع الإخوة يتساويان [٨] ، فهاهنا الجدُّ يُقَدَّم . وإن

---

(١) في (أ) : « فشفقته » .

(٢) قال المزني في مختصر ص (١٦٥) : « وقياسُ قوله – يعني الشافعي – أنه أولى بإنكاح الأخت من الأخ للأب » .

(٣) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٤) في (أ) : « أدلى » .

(٥) في (أ) : « المزوجة » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) سقطت المسألة الثانية من (أ) .

(٨) في (أ) : « متساويان » .

قلنا : يُقدم الأخ على الجد ، فهاهنا يتساويان [١] . وقيل : الجدُّ مقدم [٢] ؛ لقُرْبه . وقيل : ابن الأخ ؛ لِقوة البنوة .

الرابعة : أخ المعتق من الأب والأمّ ، وأخوه من الأب . قيل : لا ترجيح ؛ إذ الولاءُ يجري بمحْض العصوبة ، وقيل بطرد القولين .

فرعان :

أحدهما : المرأة إذا أَعْتَقَتْ فلها الولاءُ ، ولكن يُزَوِّج العتيقةَ مَنْ يُزوج السيدة برضا العتيقة ، ولا يحتاج إلى رضا المعتِقة ؛ لأنها لا تلي العقدَ على نفسها ولا على غيرها ، وليس لها الإجبار . وفيه وجه : أنه [٣] لابُدّ من رضاها . فإن عَضَلت يُزَوِّجُها وليُّها برضا السلطان ، ويكون السلطان نائبًا عنها في الرضا الواجب عليها .

وإن كان للمعْتِقة أبٌ وابنٌ ، فيُزوِّجها [٤] - في حياتها - الأبُ . فإن ماتت [٥] ، يُزوِّج الابنُ ؛ لأنه العصبة الآن . وقيل باستصحاب ولاية الأب ، وهو بعيدٌ [وقيل : يُزَوجها ابنُها في حال حياتها ، كما يزوجها بعد مماتها ، وهو بعيد] [٦] .

الثاني : جاريةٌ أُعتق نصفُها ، يزوجها المالكُ وعصبتها إن قلنا : إن مثل هذه الجارية [٧] تُورَث . وإن قلنا : لا تورث ، فيزوجها المالكُ / والقاضي . وقد قيل [٨] : يزوجها المعتق والمالك . ١٦٢/أ
وقيل : لا تُزَوَّج ؛ لعُسْر الأمر . وهو بعيدٌ ، والأحوطُ التزويجُ باتفاق الجميع [٩] .

* * *

---

(١) قوله : « فهاهنا يتساويان » ساقط من (أ) .
(٢) في (ب) : « يقدم » .
(٣) في الأصل : « لأنه » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .
(٤) في الأصل : « فزوجها » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .
(٥) قولُه : « فإن ماتتْ » يعني : المعتِقة ، وعندئذ فيُزَوِّج العتيقةَ ابنُ التي أَعْتَقَت .
(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٧) كلمة « الجارية » ساقطة من (أ) .
(٨) في (أ) : « وقيل » .
(٩) في (أ) : « باتفاق المسلمين » .

الفصل الثالث
في سوالب الولاية

وهي سبعة :

الأول : الرّقُّ . فلا ولايةَ للرقيق [1] على نفسه ، فكيف على غيره ؟! نعم ، تصحُّ عبارته في شِقَّيْ عقدِ النكاح بالوكالة ، وإن لم يأذن [له] [2] سيدُه ؛ إذ لا ضررَ على سيّده فيه . ومنهم من منع عبارته في شقّ التزويج ، وزعم أن نائب الولي ينبغي أن يكون [3] بصفة الولاة بخلاف نائب الزوج .

الثاني : كلُّ ما يَقْدح في النَّظر . كالصِّبَى والجنون ، والإغماء ، والعَتَهِ [4] ، والسَّفَه الموجِب للحَجْر ، والمرضِ المؤْلم الملْهي عن النظر لشدّته ، فجميعُ ذلك يَسْلُب الولايةَ ، وينقلها إلى الأبعد ، إلا في الإغماء والجنون المتقطع ، ففيهما ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنها [5] تنتقل إلى السلطان ؛ لأن زوالهما مُنْتَظَرٌ كالغَيْبة .

والثاني : أنها تنتقل [6] إلى الأبعد ؛ لأن الغيبة لا تُخِلُّ بالنظر ، [والجنونُ والإغماء يُخِلّان بالنظر] [7] .

والثالث : (8 أن الإغماء ينتقل إلى القاضي ، والجنون إلى الأبعد 8) .

---

(١) في (أ) : « لرقيقٍ » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) قوله : « أن يكون » ساقط من (ب) .

(٤) العَتَهُ : عبارةٌ عن آفةٍ ناشِئةٍ عن الذات ، تُوجب خَلَلا في العقل ؛ فيصير صاحبُه مختلطَ العقل ؛ فيُشْبه بعضُ كلامِه كلامَ العقلاء ، وبعضُه كلامَ المجانين ، بخلاف السَّفهِ ، فإنه لا يشابه المجنون ، لكن تعتريه خِفّةٌ ، إما فرحًا أو غضبًا . انظر مختار الصحاح ص (٤١٢) . لسان العرب (٤/ ٢٨٠٤) . المصباح المنير (١/ ٥٩٩) . التعريفات ص (١٤٧) . القاموس المحيط (٢ / ١٦١) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٠٤) .

(٥) كلمة « أنها » ساقطة من (أ) .

(٦) في (ب) : « تُنْقَل » .

(٧) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) .

(٨) وقد رجح هذا الوجه الثالث في الوجيز (٢ / ٦) . وفى نسخة (ب) : « وأن بالإغماء تُنْقل إلى القاضي ، وبالجنون إلى الأبعد » .

ثم المغمى عليه ، يُنْتظر مقدارَ مدة سفر العَدْوَى [١] ، أو سفر القصْر كما في [مدة] [٢] الغائب وعندي أن [تقدير] [٣] الانتظار هاهنا بثلاثة أيام أولى .

الثالث : العمى . وفيه وجهان :

أحدهما : أنه [٤] لا يلي الأعمى ؛ لاختلالِ نظره .

والثاني : يلي ؛ لأن مقاصد النكاح لا ترتبط بالبصر [٥] .

الرابع : الفسْقُ . وظاهرُ نصوص الشافعي (رضي الله عنه) قديما وجديدًا : أنه يلي ، وقال : « لا يلي السَّفيه » [٦] . قال القفال : أراد به الذي لا ينظر لنفسه . ويَدلُّ على ولاية الفاسق الناظرِ لدنياه تَرْكُ الأولين النكيرَ [٧] على سلاطين [٨] الظلمة والفسّاق في التزويج ؛ ولأنه ناظرٌ لنفسه ، فكذلك لولده ، فإنه من أهمِّ أموره الخاصة [به] [٩] ؛ ولأن عَوْدَ الفسق بعد البلوغ لا يُعيد الحَجْرَ [١٠] وِفَاقًا ، وإن كان عودُ السَّفَهِ يُعيده على وجه ، مع أن اتصال الفسق بالبلوغ يمنع

---

(١) مسافة العدوى : هي التي يمكن قَطْعُها في اليوم الواحد ذهابًا وإيابًا ، ومعناه أن يتمكن المبَكِّر إليها من الرجوع إلى منزله قبل الليل . انظر تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ٢ / ١٢) .

(٢) زيادة من (ب) ، وفي (أ) : « حق الغائب » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) سقط من (أ) .

(٥) وهو الأصح كما في الروضة (٧/٦٤) . والمنهاج مع المغني (٣/١٥٥) ، والغاية القصوى للبيضاوي (٢/ ٧٢٩) .

(٦) انظر مختصر المزني ص (١٦٥) .

(٧) في الأصل : « التنكير » .

(٨) في (أ) : « السلاطين » .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٠) الحجْر لغةً: المنع ، وشرعًا : هو مَنعُ نفاذِ تَصَرُّفٍ قَوْليّ لا فِعْليّ . وذلك لِصغرٍ ، أو رِقّ ، أو جنون ، أو سَفهٍ . وهو نوعان :

الأول : حجرٌ لمصلحة المحجور عليه ، كالصبيّ والمجنون .

الثاني : حجرٌ لمصلحة الغير ، كالحجر على المفلس ؛ حِفْظًا لحقّ الدائنين . انظر : طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية لنجم الدين النسفي المفسَّر ص (٣٢٨) . مختار الصحاح ص (١٢٣) . القاموس المحيط ص (٤٧٥) . كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار للحِصْني (١ / ١٦٤) .

ارتفاع الحجْر ؛ لأنه ثبت بيقين ، فلا يرتفع بالشك في الرشد ، واتصالُ الفسق يوجب الشك ، فإذا ارتفع بيقين ، لم يَعُدْ أيضًا بالشك بسبب الفسق (١) . والمشهورُ تخريجُ ولاية الفاسق على قولين . وقيل : شاربُ الخمر لا يلي خاصة ، وقيل : [ولاية] (٢) الإجبار تسقط بالفسق دون غيره ، وقيل عكسُه . فهذه خمسة طرق (٣) .

---

(١) قال الحموي : « قوله : (الرابع : الفسق ، وظار نصوص الشافعي قديمًا وحديثًا أنه يلي ، وقال : لا يلي السفيه . قال القفال : أراد به الذي لا ينظر لنفسه . ويدل على ولاية الفاسق الناظر لدنياه تركُ الأولين النكيرَ على السلاطين الظلمة والفساق في التزويج ؛ ولأنه ناظِرٌ لنفسه وكذلك لولدِه ؛ فإنه في الأمور الخاصة ، ولأن عَوْدَ الفسق بعد البلوغ لا يُعيد الحجر وفاقًا ، وإن كان عودُ السَّفَه يُعيده على وجه ؛ مع أن اتصال الفسق بالبلوغ يمنع ارتفاعَ الحجر ؛ لأنه ثبت بيقينٍ ، فلا يرتفع بالشكّ في الرشد ، واتصال الفسق يوجب الشكَّ ؛ فإذا ارتفع بيقينٍ لم يعد أيضًا بالشكّ بسبب الفسق » .

قلت : ذكر الشيخ أنّ عَوْدَ الفسق بعد البلوغ لا يعيد الحجر وفاقًا ، ومعلومٌ أنّ فيه خلافًا مشهورًا . وقد ذكره الشيخ في باب « الحجر » وذكر الشيخ في السفيه هنا أنه يعيده على وجه ، وهذا لا خلافَ فيه عندنا إلا على وجهٍ ذكره صاحب « الحاوي » .

قلت : أمكن أن يريد الشيخ بالوفاق يعني بين الشافعي وأبي حنيفة « البيع » و « النكاح » ، وإن كان عندنا فيه خلاف ذكره العراقيون ، وقد صَرَّح صاحب « المهذب » به ، وإن كان في البيع وغيره عاد الحجر وفاقًا عندنا على المشهور . وبه خرج الجواب .

فإن قيل : كيف يقول : (ظاهرُ نصوص الشافعي قديمًا وحديثًا) ، وقد نقل العراقيون عن الشافعي (رضي اللّه عنه) أن الفاسق لا يلي ؟ وذلك يخالف ما ذكره الشيخ .

قلت : أمكن أن يحمل كلام العراقيين على السفيه المبذِّر ، فيكون ذلك جَمْعًا بينهما » مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٦ / ب - ١٣٧ / ب) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) رجح الغزالي هنا ، وفي الوجيز (٢ / ٦) أن الفسق لا يسلب الولاية ، ورجح الرافعي أن الفسق يسلب الولاية ، قال النووي : « واسْتُفْتِيَ الغزاليُّ فيه (يعني في ولاية الفاسق) فقال : « إن كان بحيث لو سلبناه الولايةَ لانتقلت إلى حاكم يرتكب ما يُفَسِّقُه - وُلِّيَ ، وإلا فلا » قال النووي : وهذا الذي قاله حسنٌ ، وينبغي أن يكون العملُ به » . روضة الطالبين (٧ / ٦٤) .

ولا خلاف في أن المستور يَلي ؛ لِتركِ الأولين النكيرَ (١) . وتوكيلُ الفاسق في العقد كتوكيل (٢) العبد ، وفيه خلاف على قولنا : لا يلي الفاسق .

فأما (٣) السكران المختلّ العقل ، فلا يصحُّ تزويجه قولًا واحدًا ، ولا وجه لبناء ذلك على أنه يُسلك به مَسْلكَ الصّاحي أم لا ؟ فإن هذا يتعلّق بالنظر للغير .

الخامس : اختلافُ الدينِ يسلب النظر . فيسلب الولاية الخاصة ، حتى لا يُزَوِّج المسلمُ ابنتَه الكافرة . (٤ وأما الكافرُ فيُزَوِّج ابنتَه الكافرةَ من مسلم ٤) ؛ قال الشافعي (رضي الله عنه) : « ووليُّ الكافرة كافر ؛ لأنه (٥) ينظر لولده ، بخلاف الفاسق المسلم على رأي » (٦) . وقال الحليمي (٧) : « لا يزوج الكافرُ إذا قلنا : لا يزوج الفاسق » . وهذا خلافُ النصّ (٨) .

ولا يقبل المسلمُ نكاحَ الكافرة من قاضي الكفار ؛ لأنه لا وَقْعَ لقضائهم . وفي كلام صاحب « التقريب » (٩) إشارةٌ إلى خلافه (١٠) .

السادس : غَيْبة الولي . وهي لا تسلب الولاية عندنا ؛ لأن النظر قائم ، ولكن (١١) ينوب السلطان عنه ؛ لتعذُّرِ الأمر لغَيْبته (١٢) ، ولذلك لا ينعزل الوكيل بطُرْآن الغيبة على الموكِّل ،

---

(١) في الأصل « التنكير » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « كتوكُّل » . (٣) في (أ) : « وأما » .

(٤) في (أ) : « والكافر يُزَوِّج ابنته الكافرة من المسلم » .

(٥) في الأصل : « لا ينظر » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) انظر مختصر المزني ص (١٦٥) .

(٧) في الأصل : « الحكيمي » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الصواب . وقد سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٨) أي : خلاف نصِّ الشافعي (رحمه الله) .

(٩) هو أبو الحسن القاسم بن القفال الشاشي الكبير ، وقد سبقت ترجمته في القسم الخاص بالدراسة .

(١٠) يعني : أنه يجوز للمسلم قبولُ نكاحِ الكافرة من قاضي الكفار . والمذهبُ المنعُ . انظر روضة الطالبين (٧/٦٦) .

(١١) قوله : « ولكن » ساقط من (أ) . (١٢) في (أ) : « بغَيْبته » .

وينعزل بِطُرْآن الجنون .

ثم السلطان يُزَوّج إن كان السفر فوق مسافة القصر ، ولا يزوج إن [(١)] كان دون مسافة العَدْوَى ، وهو الذي يَرْجع عنه [(٢)] المبَكِّرُ إليه قبل الليل . وفيما بينهما وجهان يجريان في قبول شهادة الفرع عند غيبة الأصل ، وفي الاستعداء عند القاضي .

ثم إذا طلبت من السلطان التزويجَ ؟ قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لا يُزوجها ما لم يَشهد عدلانِ أنه ليس لها وليٌّ حاضرٌ ، وليست في زوجية ولا عِدة » [(٣)] . فمنهم من قال : ذلك واجبٌ ؛ احتياطًا للنكاح خاصة . ومنهم من قال : هو استحباب ؛ لأن اعتماد العقود على قول أربابها ، وَكذلك يُحَلِّفها القاضي على أنّ وليها لم يزوجها في الغيبة إن رأى ذلك .

ومثلُ هذه اليمين التي لا تتعلق بدعوى ، استحبابٌ أو إيجابٌ ؟ فيه خلافٌ .

السابع : الإحرام . والمحرِمُ مسلوبُ العبارة في عقد النكاح بالوكالة والنيابة والاستقلال ، في شِقَّي [(٤)] القبول والإيجاب . وهل يُمْنَع الرجعة ؟ فيه وجهان [(٥)] . وهل ينعقد النكاحُ بشهادة المحرم ؟ فيه خلاف [(٦)] ؛ للتردد في الرواية ؛ إذ وَرَد في بعضها « لا ينكح المحرم ولا يَشهد » [(٧)] .

---

(١) في (أ) : « إذا » .　　　　(٢) في (أ) : « منه » .

(٣) انظر روضة الطالبين (٧/٦٩) . وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري (٩/١٢٣) : « وقد نص الشافعي على أنه ليس للحاكمِ أن يُزَوّج امرأةً حتى يَشْهد عدلان أنها ليس لها وليٌّ خاص ، ولا أنها في عصمة رجلٍ ، ولا في عدته . لكن اختلف أصحابه : هل هذا على سبيل الاشتراط أو الاحتياط ؟ والثاني : المصَحَّحُ عندهم » .

(٤) في الأصل ونسخة (أ) : « شق » .

(٥) وفي الروضة (٧ / ٦٧) : أنه تصح الرجعة في الإحرام على الأصح .

(٦) والصحيح : الانعقادُ بشهادة المحرم . انظر الروضة (٧ / ٦٧) .

(٧) هذه الزيادةُ « ولا يشهد » ليست ثابتة ، كما قاله النووي في شرح المهذب (٧ / ٢٩٨) نقلا عن الأصحاب .

وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/١٨٦) : والظاهر أن الذي زادها من الفقهاء أَخَذها استنباطًا مِنْ فعْلِ أبان بن عثمان لما امتنع عن حضور العقد ، فلْيَتَأَمَّل . ا . هـ .

وهل تنقطع هذه التحريماتُ بالتحلُّلِ الأول [1] ؟ فيه وجهان ، والأظهر أنه لا تنقطع ؛ لبقاء اسم الإحرام .

ثم اختلفوا في أن الولاية تنتقل إلى السلطان ، أو إلى الأبعد [2] ؟ ومأخذُه : أنه كالغيبة ، أو هو مُنافٍ للولايةِ ؟ فإن قلنا : إنه مُنافٍ ، فلو أحرم الموكِّل ، انعزل وكيلُه . وإن قلنا : لا ، فلا ينعزل . ولكن قال الصيدلاني : يصبر الوكيل إلى تحلُّلِ الموكِّل ؛ إذ يبعد أن /يتعاطى عنه [فعلا] [3] في ١٦٢/ب وقتٍ (٤ يَعجِزُ عنه هو في نفسه ٤) .

* * *

---

(١) التحلل من الإحرام المراد به : الخروج من الإحرام ، وحِلُّ ما كان محظورًا على المحْرِم ، وهو قسمان :

الأول : التحلل الأول – وهو أيضًا التحلل الأصغر – ويكون عند الشافعية بفعل أمرين من ثلاثة : وهي رَمْي جمرة العقبة ، والنحر ، والحلق أو التقصير . ويباح بهذا التحللِ لبسُ الثياب ، وكلُّ شيء ما عدا النساء إجماعًا .

الثاني : التحلل الأكبر ، وهو الذي يُباح به جميع محظورات الحج دون استثناء . انظر الموسوعة الفقهية (١٠/ ٢٤٨ ، ٢٤٩) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت .

(٢) وفي الروضة (٧/ ٦٧) : أن الولاية لا تنتقل للأبعد بسبب الإحرام ، وإنما هو مجرد الامتناع دون زوال الولاية ، وعليه فيزوِّجها السلطانُ كما إذا غاب وليُّها . وانظر : المنهاج مع المغني (٣ / ١٥٦) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) : « في وقت هو يعجز في نفسه عنه » .

الفصل الرابع
في تَوَلِّي طرفَيِ العقد

اعلم أن الأَبَ يتولَّى طَرَفَيِ البيع في مال ولده، وكذا الجدُّ؛ لقوةِ الولاية؛ ولكثرة الحاجة في البيع، وعُسْر مراجعة السلطان. وهل يتولى الجدُّ طَرَفَيِ النكاح في (١) حَفَدته؟ فيه وجهان (٢) مبنيان على أن العلة في البيع، قوةُ الولايةِ وحدَها، أم مع كثرة الحاجة إلى البيع، فإن النكاح نادر (٣)؟.

فإن قلنا: يتولّى، فهل يكفيه النطقُ بأحدِ الشِّقَّين؟ فيه - وفي البيع - ثلاثةُ أوجه:

أحدها: يكفي؛ لأن رضاه (٤) بأحد الطرفين رضًا (٥) بالآخر؛ فلا معنى لجوابِه نفسَه.

والثاني: لا؛ لأن معنى التحصيل غَيْرُ معنى الإزالة، فلا بُدَّ من لفظين (٦).

---

(١) في (أ)، (ب): «على».

(٢) قال الرافعي في «المحرر»: رجح المعتبرون الجوازَ. كذا في الروضة (٧ / ٧٠).

(٣) قال الحموي: «قوله في تولي طرفي العقد: (اعلم أن الأب يتولى طَرَفَيْ مالِ ولده؛ وكذا الجد بقوة الولاية وَحْدها أو كثرة الحاجة في البيع وعُسْرِ مراجعة السلطان. وهل يتولى الجدُّ طرفَيِ النكاحِ على حفدته؟ فيه وجهان ينبنيان على أن العلة في البيع، قوةُ الولاية وحدَها أو كثرة الحاجة إلى البيع، فإن النكاح نادر؟).

قلت: ما ذكره الشيخ من تولِّي طرفي العقد في البيع فهو مشترك بين الأبوة والجدودة، وأنه لا حاجة إليه. وأما ذكر الأب في باب النكاح حتى يتولى طرفي عقد النكاح، فلا يُتصور وقوعُه فيه؛ فإنه لا خلو: إما أن يزوج بنته بابنه أو بابن ابنه، وكلاهما ممتنعٌ كما لا يخفى. فعلى هذا لا حاجة له إلى ذكره، فإنّ المقصودَ في هذا الموضع أنْ يذكر تَوَلِّيَ طرفي عقدِ النكاح.

قلت: إنما ذَكَرَ الأبَ ليتبين بأنه يتولَّى طرفَيَ العقد في مال ولده، وذكر الجد بعده حتى ينبني على العلتين تولِّي طَرَفَيَ عقدِ النكاح، فإنه يتصور فيه على ما ذكره من الخلاف، وينبني على أن العلة في البيع قوةُ الولاية أو كثرة الحاجة إلى البيع. فإذا قلنا بالأول صَحَّ؛ لأنه في معنى الأب. وإن عللنا بالثاني لم يصح؛ لأنه نادرٌ، بخلاف البيع فإنه متكرر. فعلى هذا كان في ذكر الأبِ فائدةٌ، فإنه جَعَلَه توطئة لمسألة الجدِّ دون غيره» مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٧ / ب، ١٣٨ /أ).

(٤) في (ب): «رضاءه».
(٥) في (ب): «رضاءً».

(٦) يعني: شقَّيِ الإيجاب والقبول، وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٧ / ٧٠).

والثالث : أنه لا يكفي في النكاح ؛ للتعبُّدِ في صيغته بخلاف البيع .

وإن قلنا [١] : لا يتولى ، فيفوِّض إلى السلطان [٢] أحدَ الطرفين . وقيل : إنه يُوَكِّل ؛ لأن الجهة قوية ، وإنما يحتاج إلى الغير لِنَظْم التخاطُبِ وللتعبُّد .

فأما الجهة التي لا تُفيد الإجبارَ ، فلا تُفيد تَوَلِّيَ الطرفين للعقد [٣] ؛ فلا يُزوج ابنُ العم من نفسه ، [٤] بل يزوِّجه [٤] مَن في درجته أو السلطان ، ولا يكفيه التوكيلُ ؛ فإن وكيله بمثابته ، وكذا المعتق والقاضي . والحاكمُ المنصوب عن جهة القاضي يُزّوج منه ؛ لأن حكمه نافذ عليه ، وكأنه من جهة السلطان لا كالوكيل . ومنهم من استثنى الإمامَ الأعظمَ ، وقال : له تَوَلِّي الطرفين ؛ لقوة الإمامة .

والصحيح : أن الوكيل من الجانبين في النكاح لا يَتولى طَرَفَيِ العقد ، وكذا في البيع . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يجوز للولي والوكيل تَوَلِّي طَرَفَيِ النكاح دون البيع [٥].

* * *

---

(١) في (أ) : « فإنْ قلنا » .

(٢) في (أ) : « فيفوض للسلطان » والمقصود أن الجد – حينئذٍ – يفوض للسلطان أحد طرفي العقد ، الإيجابَ أو القبولَ .

(٣) قوله : « للعقد » ساقط من (أ) . (٤) في (أ) : « بل يزوج منه » ، وفي (ب) : « بل يزوجها منه » .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن الجهة التي لا تُفيد الإجبار لا تتولى طرفي العقد ، فلا يزوج ابن العم من نفسه ، بل يُوكِّل من في درجته ، ولا يوكّل أبعد منه ، وإلا زوجه السلطان . انظر المجموع شرح المهذب (١٧ / ٢٧٢) . مغني المحتاج (٣/ ١٦٣) .

مذهب الحنفية : أنه يجوز لابن العمّ أن يزوج من نفسه . وهو مذهب المالكية والحنابلة . وعن أحمد رواية كمذهب الشافعية .

وعند الحنفية أن الوكيل من الجانبين ، له أن يتولى طرفي العقد . وصورة « الوكالة » عند الحنفية أن توكل المرأةُ رجلاً في تزويجها من نفسه ؛ فيكون أصيلاً في حق نفسه ، وكيلًا في حقها . أو يوكله رجلٌ في تزويجه ، وتوكّله – أيضًا – امرأةٌ في تزويجها ؛ فيكون وكيلًا من الجانبين . انظر : إيثار الإنصاف ص (١٥٠) . الاختيار (٣ / ٩٧) . فتح القدير (٣/ ٣٠٥) . القوانين الفقهية ص (٢٠٥) . الشرح الكبير للدردير (٢ / ٢٣٣) . المقنع ص (٢٠٩) . المغني (٦ / ٤٧٠) .

الفصل الخامس

في توكيل الوليِّ وإذْنه

أما الوليُّ المجْبِرُ ، فله التوكيل قطعًا . وهل عليه تعيينُ الزوج ؟ قولان :

أحدهما : لا ، لكنْ على الوكيل طلبُ الكفُؤ ؛ فإنَّ الإذن يتقيَّد بالغِبْطة [١] .

والثاني : يَلِي ؛ لأنَّ النظر في أعيان الأكْفَاءِ دقيقٌ ، والنكاحُ مُخطر [٢] ؛ فينبغي أنْ يتولّاه الوليُّ .

أما المرأة إنْ أَذِنت للوليِّ [٣] الذي لا يُجْبِر ولم تُعَيِّنْ ؟ ففيه قولان مرتَّبان ، وأَوْلى بالجواز ؛ لأنّ الوليَّ ذو حظّ فينظر بخلاف الوكيل .

وإنْ صرَّحتْ بإسقاط الكفاءة تَخيَّر الوليّ . وهل يجبُ التعيينُ مع ذلك ؟ فيه طريقان . وإن قالت : زَوِّجْني ممنْ شِئْتَ [٤] . فالصحيحُ أنه لا يُزَوِّج إلا من كفؤ [٥] ؛ ومعناه : ممن شئتَ من الأكْفَاء . وليس لغير المجبر التوكيلُ إن مَنَعتْ من ذلك ، وإن رَضِيَتْ جاز ، وإن أطلقتِ الإذنَ [٦] ؟ فوجهان :

أحدهما : لا ، [٧] كالوكيل بالبيع [٧] .

والثاني : نعم ؛ لأنه على الجملة ذو ولاية وحظٌّ .

---

(١) أي يكون النكاح مُشْتملا على مصلحتها ، وليس فيه إضرارٌ بها .

(٢) في (أ) : « خطر » .

(٣) في الأصل : « إنْ أَذِنَتِ الوليَّ » والمثبت من (أ) ، (ب) . وهذا الفعل « أذن » لا يتعدى بنفسه ، وإنما يتعدى بحرف « اللام » ، ولكن على عادة الفقهاء فإنهم يتخففون من الصلة ، كما قالوا : « عَبْدٌ مأذونٌ » أي : مأذون له . انظر : المصباح المنير (١ / ١٨) مادة (أذن) .

(٤) في (ب) : « بمن شئت » .

(٥) في (أ) : « الكفؤ » .

(٦) في (أ) : « بالإذن » .

(٧) في (أ) : « كالتوكيل في البيع » .

فرع :

لو عَيَّنَتْ زوجًا ، ورضِيَتْ بالتوكيل ، فَعَيَّنَ الوليُّ في التوكيل ذلك : جاز . وإن أطلق، فاتفق [1] أن زَوَّجَ الوكيلُ من المعينِّ ؟ ففي الصحة وجهان . ووجهُ الفسادِ فسادُ صيغة التوكيل ، كما لو قال الوليُّ [2] : « بِعْ مالَ الطفل بالغبن » [3] فَبَاعَ بالغِبطة - فإنه لا يصحُّ ، [4] ويتصل هذا النظرُ في كيفية تعاطي الوكيل [4] . ولْيقل الوليُّ للوكيل في القبول : زوجتُ فلانَةَ من فلان ، ولا يقلْ [5] : منك . ويقول الوكيل : قبلْتُ لِفلانٍ . فلو اقتصر على قوله : قبلتُ ، ففيه وجهان ؛ لتردُّدِه بينَه وبينَ الموكل . ولو قال : قبلتُ لنفسي ، لم يصِحَّ له ولا للموكل ؛ لأنّه مخالفٌ للخطاب .

ولو قال : زوجتُ منك ، فقال : قبلتُ ، ونَوَى موكِّلَه : لم يقعْ للموكل ، وفي البيع يقع مثلُه للموكِّل ؛ لأنّ معقود البيع قابلٌ للنقلِ بخلاف معقود النكاح .

* * *

---

(١) في (أ) : « واتفق » .

(٢) كلمة « الولي » ساقطة من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (أ) : « بغبن » . المثبت من (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ويتصل بهذا النظر كيفيةُ تعاطي الوكيل » .

(٥) في (ب) : « ولا يقول » وكلاهما صحيح .

الفصل السادس
فيما يجِبُ على الوليِّ

فنقول : أَمَّا غيرُ المجبِرِ فتجبُ عليه الإجابةُ – إذا طَلَبَتْ – إن لم يكن في درجته غَيْرُه . فإن كان ، فهو كشاهدٍ لا يتعينّ ، وفيه خلافٌ . فإن تعينَّ وعَضَل وأحْوَجَها [1] إلى السلطان : عَصَى ؛ لما فيه من الإضرار [2] ، وخَرْقِ المروءة ، والنَّهيِ عن العضْل [3] .

وأمّا المجبِرُ ، فيجب عليه تزويجُ المجنونةِ [4] إذا تَاقَتْ [5] . ولا يجب التزويجُ من الابن الصغير ؛ لأنه لا يلزمه [6] المهرُ والنفقةُ . ولا يجب تزويجُ البنتِ [7] إلا إذا ظهرت الغبطة ، فيحْتمل الإيجاب كما إذا طُلِبَ مالُ الطفلِ بزيادةٍ ، فإنه يجب [عليه] [8] البيعُ ، ويُحْتمل تجويزُ التأخير إلى بلوغها [9] .

وأما مالُ الطفل فلا يجب على الولي أن يَكُدَّ نفسَه بالتجارة والاستنماء ، ولكن يجب

---

(١) في (ب) : « وأخرجها » .

(٢) في (ب) : « الاحتراز » وهو خطأ .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (والنهي عن العضل) من النهي عنه قولُه تعالى : ﴿ فلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ [البقرة : ٢٣٢] .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (أما غير المجبر ، فيجب عليه الإجابة إذا طلبت) إلى قوله : (وأما المجبر فيجب عليه تزويج المجنونة) لا يفْهَم من السياق أن المجبر يفارق غير المجبر في وجوب الإجَابة إذا طلبت ، فقد سبق في أول الباب أن المجبر تجب عليه الإجابةُ إذا التمست ، وإنما لم يَذْكر هذا هاهنا في حقِّ المجبر ، إما لأنه قد ذكره مرةً ، أو لأنه قصد ذِكْرَ ما يختصُّ به المجبرُ مِنْ تزويجِ المجنونة وغيرها ؛ تعويلًا على أن الوجوب عند الطلب في المجبر يُفْهَم من مجرد ذكره في غير هذا المجبر الذي هو وكيلٌ مِنْ وجه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٢ / ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « توقانُ المجنونةِ قد يُعْرف بتعرضها للرجال » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٣ / أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لأنه يلزمه » وهو خطأ .

(٧) في (ب) : « الثيب » .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) قال ابن الصلاح : « قولهُ : (ويحتمل تجويزُ التأخير إلى بلوغها) وجهُه : أن أمر النكاح جَلَلٌ ، وللحبِّ فيه تأثيرٌ عظيمٌ ، فربما رَأى الوليُّ المصلحة في ألا يزوجها إلا ممن تحبُّ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٢ / ب) .

صَوْنُه عن الضياع ، وقَدْرٌ من الاستنماء المعتاد الذي يصونه [عن] (١) أن تأكله النفقة . ولو طُلِبَ مالُه بزيادةٍ (٢وجَبَ ٢) البيع . ولو بِيعَ شيءٌ بأقلَّ ، فله أن يشتري لنفسِه ، فإنْ لم يُرِدْ فلْيَشْتَرِ لطفلِه (٣) . وإن قَبِلَ نكاحَ ابنِه ؟ لم يلزمْه الصّداقُ في الجديد ؛ لأنه لم يضمن . وفي القديم : يصير بالعقد ضامنًا . وهل يرجع به بعد البلوغ ؟ فيه احتمالٌ على القديم (٤) . وإن تَبَرَّم (٥) بحفظ مال الطفل ،فله أن يَستأجر من مال الطفل مَنْ يعمل له ، (٦ أو يطالب السلطانَ ٦) بأجرةٍ يُقدِّرُها له من مال الطفل إن لم يجد متبرّعًا (٧) . وإن وجد متبرعًا ، فالظاهرُ أنه لا يُعْطي الأجرةَ بخلاف الأُم ؛ فإن إرضاعَها بالأُجْرة / أَوْلى من إرضاع متبرعةٍ أجنبيةٍ ؛ لما فيه من التفاوت الظاهر. ١٦٣/أ

* * *

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « يجب عليه البيع » . وفي (ب) : « يجب البيع » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (فلْيشترِ لطفله) هذا أمرُ وجوبٍ ، فإن المصنف صَرَّحَ بالوجوب في موضع آخر ، والظاهرُ من أمره أنه يرى أنّ هذا البيع وأن هذا الشراء واجبٌ ، وإن كان قد حصل الاستنماءُ المذكور ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٣ /أ) . وقال في الروضة (٧ / ٧٩) : يتقيد ذلك – يعني وجوب الشراء – بشرط الغبطة ؛ فقد يُؤخذ الشيءُ رخيصًا ، ولكنه عُرْضَةٌ للتّلَف ، وقد لا يتيسّر بيعُه لقلّة الراغبين .

(٤) في (أ) : « في القديم » . قال ابن الصلاح : « قولُه : (على القديم) يحتمل ألا يرجع بعد البلوغ كالعاقلة ، ويحتمل أنْ يرجع ؛ لئلا يمتنع الوليُّ من تزويج ابنه عند ظهور الغبطة ، فيضيع مصلحته » . المشكل (جـ٢ ق ٨٣ /أ) .

(٥) بياضٌ في (ب) بمقدار كلمة . قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن تبرم ...) إلى آخره قلت : ليس هذا مخصوصًا بالزائد على ما ذكرنا وجوبه على الولي ، بل هذا في الجميع ، فله أن يستأجر ، أو يأخذ الأجرةَ في القدر الواجب والزائد عليه ، وقد أشعر هذا قولهُ : (بحفظ مال الطفل) فإن الحفظ من الواجب قطعًا ، ولا يقال : كيف يجوز له تَرْكُ ما هو واجبٌ عليه ؟ أو كيف يأخذ عليه أجرة ؟ لأني أقول : الواجبُ عليه إنما هو السَّعْيُ في تحصيل ما ذكرناه ، إما بنفسه أو بغيره » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٣ /أ) .

(٦) في (ب) : « وله أن يطالب السلطان » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (يطالب بأجرة يُقدِّرها السلطان له) إن لم يكن مخصوصًا بمن عدا الأب والجدّ ، فيحتاج إلى الفرق بينه وبين فِعْلِ ذلك بنفسه والله أعلم . وعلى كل حال ، ففي النفسِ من هذا الفصل شيءٌ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٣ /أ) .

الفصل السابع
في الكفاءة وخصالها

واعلم أن الكفاءة حَقُّ المرأةِ والأولياءِ، فلو رَضُوا بغير كُفُؤٍ - جاز، خلافًا للشيعة [1]، فإنهم حرّموا العَلويَّات على غيرهم. وكيف يَحْرُمْنَ [2]؟! ولم تَحْرُم بناتُ رسول الله ﷺ على عثمانَ وعليٍّ وأبي العاص [3]. وأين كفؤُ رسولِ الله ﷺ في العالم؟! قال الشافعي (رضي الله عنه):

---

(١) شِيعةُ الرجل: أتباعُه وأنصارُه. وجمعُها: شِيَع. وكلُّ قومٍ اجتمعوا على أَمْرٍ فَهُمْ «شيعة». وأصلُ «الشيعة»: الفِرْقةُ من الناس على حِدة. وكلُّ مَنْ عاون إنسانًا وتحزَّب له، فهو له «شيعة». وهو يقع على الواحدِ والاثنين والجمعِ، والمذكرِ والمؤنثِ بلفظ واحد. ثم غلب هذا الاسمُ على كل من يتولى عليًا (رضي الله عنه) وأهلَ بيته، حتى صار اسمًا خاصًا لهم. فإذا قيل: «فلانٌ من الشيعة» عُرف أنه منهم. ولم يكن أنصار عليّ (رضي الله عنه) يُسَمَّوْنَ في أول الأمر بالشيعة، وإنما تمحضَتْ هذه الكلمةُ للدلالة عليهم بعد مقتله (رضي الله عنه). انظر لسان العرب (٤ / ٢٣٧٧). تاج العروس للزّبيدى (٥/ ٤٠٥). أعيان الشيعة للسيد محمد الأمين الحسيني (١/ ٣٤).

أهم فرق الشيعة:

أ - الكيسانية: وزعيمها المختار بن أبي عبيد الثقفي الدجال.

ب - الزيدية: وهي منسوبة إلى زيد بن علي زين العابدين، ومذهبهم قريبٌ إلى أهل السنة.

جـ - الرافضة: وهم يتبرءون من أبي بكر وعمر (رضي الله عنهما) وهذه الفرقة من غالية الشيعة.

انظر: تاريخ الطبري (٦/ ١٢٣). مروج الذهب للمسعودي (٣/ ٩٨). مقالات الإسلاميين لأبي الحسن الأشعري (١ / ١٣٢). الفَرْق بين الفِرَق للبغدادي ص (٥١ - ٩٠).

وقال ابن الصلاح: «خلافُ الشيعة لا يُعْتَدُّ به عند الأئمة، ولذلك لا يُذكرون في كتب اختلاف العلماء في الأحكام إلا على ندور. وقد تقرر في الأصول أن الإجماع ينعقد وإنْ خالفوا، فلا ينبغي إذن التعرُّضُ لِذِكْرِ خلافهم فيما نحن فيه، لكنْ لذكرِه سببٌ نذكره إن شاء الله تعالى، وهو إما لأنه مذهبُ عبد الملك بن الماجشون - وقيل: إنه مذهب مالك (رحمه الله) - فَذُكِرُوا هم تبَعًا لذكر مذهبهم. وإما لأنه اشتهر بين الناس، فدعتِ الحاجةُ إلى بيان فساده، والله أعلم». مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٣/ب). وانظر السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للإمام الشوكاني، فقد نعى على الشيعة هذا القولَ وشَنَّع به. السيل الجرار (٢ / ٢٩١ - ٢٩٥).

(٢) في (أ)، (ب): «يحرم».

(٣) هو أبو العاص بن الربيع القرشي، وهو زوج زينب بنت رسول الله ﷺ. وقد أُسِر أبو العاص يوم بدر، فَمُنَّ عليه =

كيف كان عليٌّ كفؤَ فاطمةَ ، وأبوه كافرٌ (١) ، وأبوها سيِّد البشر ؟! ولو كان يكفي النسبُ في الكفاءة ، فالناسُ كلُّهم أولادُ آدم (عليه السلام) ، فَلِمَ تفاوتوا (٢) ؟! . وأَمَرَ رسولُ الله ﷺ فاطمةَ بنتَ قيسٍ - وهي قرشيةٌ - أن تَنْكِحَ أسامةَ ، وهو مَوْلًى (٣) .

والصحيحُ : أن التي لا وليَّ لها ، يزوِّجُها السلطانُ من غير كفؤٍ برضاها ؛ إذْ لا حظَّ للمسلمين في الكفاءة ، وذكَرَ الصيدلانيُّ خلافَه (٤) .

ثم الكفاءةُ ترجع إلى مناقبَ (٥) ،..................................

= بلا فداء ؛ كرامةً لرسول الله ﷺ بسبب زينب ، ثم أسلم قبيل فتح مكة ، وحسُن إسلامه ، وتوفي (رضي الله عنه) عام (١٢) من الهجرة . انظر ترجمته في : أسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير (٢٣٦/٥) . الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (١٢١/٤) . تهذيب الأسماء واللغات للنووي (٢ / ٢٤٩) .

(١) في (أ) : « وأبوه كان كافرًا » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولو كان يكفي النسب) أي التساوي في الانتساب إلى جَدّ أو قبيلةٍ ، وهذا جوابٌ عن سؤال مُقدَّر ، فإنه قيل : إنما كان عليٌّ كفؤًا لها (رضي الله عنها) لأن أباه - أبا طالب - كان كفؤًا لعبد الله أبي رسولِ الله ﷺ ؛ لأنهما ابنا عبد المطلب . والجوابُ عنه : أنه لا يكفي الاستواءُ في النسب إلى الأجداد ، فالناسُ كلُّهم متساوون في النسب إلى جدهم الأعلى آدم (صلى الله عليه وعلى نبينا والنبيين وسلّم) وهم مع ذلك متفاوتون لتفاوتِ آبائهم الأقربين ، ولافتراقهم في الفضائل ، وقد تفاوت أبوها ﷺ وأبوه [أي : أبو علي] فإنّ أباها سيدُ البشر ، وأباه كافرٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٣ / ب) .

(٣) سبق تخريجه ص (٤٠) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وذكر الصيدلاني خلافَه) أي : لا يجوز ؛ لأن الولاية للمسلمين ، والسلطانُ نائبهم ؛ فلا يكفي رضاه . وقد ذكر غير واحد من المصنفين أن هذا هو الصحيح » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٣ / ب) . قلت : ومن هؤلاء الإمامُ النوويُّ (رحمه الله) . انظر مغني المحتاج (١٦٥/٣) .

(٥) قال ابن الصلاح : « الكفاءةُ ترجع إلى المناقب ، ولا يُعتبر جميعُها لكثرتها ؛ لئلا تُفْضِي إلى العُسْر ، وإنما يُعْتبر منها خمسٌ . والحريةُ تعتبر في نفس الزوج وفي الآباء حتى لو كانا حرَّين ، ولكن كل واحد يرجع إلى أب رقيق ، فيعتبر التساوي في القرب من الرقيق ، حتى لو كان الرقيق من جانبها يقع عاشرًا ، ومن جانبه تاسعًا ، فليس كفؤًا . كذا في « تعليق » القاضي أبي محمد بن الحسين المرْوَرُّوذِي ، وأظنه ابنَ القاضي الحسين ، وذكره أيضًا صاحب =

والمعتبرُ منها (١) خمسٌ (٢) : التنقِّي من العيوب المثْبِتة للخيار ، والحريةُ ، والنسبُ ، والصلاحُ في الدين ، والتنقِّي من الحرف الدنيَّة (٣) . والجمالُ لا يعتبر ؛ لأنه يرجع إلى مَيْل النفس (٤) . واليسارُ يُعْتبر في أضعف الوجهين ، ولعلّ ذلك قدر البلاغ (٥) دون التساوي في المقادير . ولا مُبَالاةَ بالانتساب إلى الظَّلَمة (٦) ؛ بل إلى أرومة (٧) رسول الله ﷺ وإلى العلماء ؛ لأنهم ورثةُ الأنبياءِ (٨) ، وإلى الصُّلَحاء المشهورين (٩) ....

= « التهذيب » والله أعلم ، فالمصنِّف أراد الحرية في نفس الناكح ، وأما في الآباء فلم يتعرض لاعتبارها » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٤ / أ) .

(١) في (أ) ، (ب) : « فيها » . (٢) في (ب) : « خمسة » .

(٣) في (ب) : « الدنيئة » . (٤) في (أ) : « النفوس » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قولُه : (ولعل ذلك قدر البلاغ) أي هذا محلّ الخلاف . أما التساوي في مقادير المال ، فلم يَعْتبره أحدٌ . لكنْ حكى غيرُه وجهًا أن الناسَ طبقاتٌ ثلاثٌ : فقير ، ومتوسط ، وغنيّ ، فيعتبر التساوي في الطبقة وإن لم يتساوَيَا في مقدار المال» . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٤ / أ) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا مبالاة بالانتساب إلى الظلمة) أي : إلى عظماء الدنيا وكبار أربابها الظلمة ، وكذا لو لم يكونوا ظلمة ، لكن لما كان أكثرهم ظلمةً خَصّهم بالذكر » . المشكل (جـ٢ ق ٨٤ / أ) .

(٧) قال ابن الصلاح : « الأرومة - بضم الهمزة وفتحها - هي الأصل ، وكلُّ بطنٍ من العرب كانوا أقربَ إلى رسول الله ﷺ كانوا أعلى مما هو أبعد منه ، فإن قلتَ : قال : (إلى أرومة رسول الله ﷺ) ولم يَقُلْ : (إلى رسول الله ﷺ) ؟ قلتُ : لأن الانتساب إلى نفسه ﷺ لا يُتَصَوَّر إلا من جهة البيت ، ولا عبرة بذلك في الأحكام المتعلقة بالأنساب » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٤ / أ وما بعدها) .

(٨) هذا جزء من حديث رواه أبو داود (٤ / ٥٧) حديث (٣٦٤١) والترمذي (٤ / ٤٧) حديث (٢٦٨٢) وابن ماجه (١ / ٨١) حديث (٢٢٣) ، وذكره البخاري في الترجمة من كتاب « العلم » (١ / ١٩٢) (٣) كتاب « العلم » (١٠) باب « العلم قبل القول والعمل » ؛ لقوله تعالى : ﴿ فاعلم أنه لا إله إلا الله ﴾ فبدأ بالعلم ، وأن العلماء هم ورثة الأنبياء ... » .

قال الحافظ ابن حجر فى هذا الحديث : « حسّنه حمزة الكتاني ، وضَعّفُه عندهم باضطراب في سنده ، لكن له شواهد يتقوّى بها » . فتح الباري (١ / ١٩٢) .

(٩) قال ابن الصلاح : « اعتبر « الشهرة » هاهنا وفي « البسيط » و « النهاية » في الصلحاء لا في العلماء ، ولعل وجهه أن شرف العلماء عظيم من حيث إنهم ورثة الأنبياء ، ولا يتوقف شرف الانتساب إليهم على الاشتهار ، بخلاف =

الذين لا يُنْسَى أمرُهم [1] بعدَ الموت ، فإنه الموجِبُ للتفاوت .

وأمَّا صلاحُ الزوجِ فيكفي فيه التَنَقِّي من الفِسْق ، ولا تُعْتبر المساواة في درجة الصلاح والاشتهارِ [2] .

والحرفُ الدنيّة [3] هي التي تدل على سقوط النفس ، وأكثرُها يرجع إلى مُلابَسَة القاذورات . والرجوعُ في تفصيلِ جميعِ ذلك إلى العادات [4] .

* * *

= الصلاح ؛ فإنه في العرف لا يشرف المنتسب إلى الصالح الخامل غير المشهور ، وهو في نفسه لا يبلغ درجة العلم والله أعلم ، وفيه مزيدُ نظرٍ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٤ / ب) .

(١) في (أ) : « لا أمورهم » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : « ولا الاشتهار » وكذا لا يعتبر كونه عدلًا مزكًّى ، بل يكفي ألا يكون فاسقًا مردودَ الشهادة فحسبُ ، وإن كان مستورًا » مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ٨٤/ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قال : (والحرف الدَّنِيَّة) قد ذكر الإمام في كتابه (يعني إمام الحرمين في كتابه النهاية) وحكاه المصنفُ عنه في « بسيطه » أنه لا يبعد اعتبار التنقِّي منها في الآباء ؛ لأن ذلك يحطّ من الأحساب . قلت : وهذا يدل على اعتبار الحرية في الآباء على ما ذكرتُه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٤ / ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (الرجوعُ في تفصيل ذلك إلى العادات) أي : هي المرجع في بيان ما يدل من الحرف على سقوط النفس » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٤ / ب) .

وتمام هذا النظر بثلاث مسائل :

إحداها : أن هذه الخصال تُعتبر في تزويج البنت لا في الابن ؛ إذ لا عَارَ على الرجال في غِشْيان خسيسةٍ . نعم ، لا تُزَوَّج منه معيبةٌ بالعيوب المثبِتة للخيار (١) ، ولا يُتَصوَّر تزويجُ الرقيقة منه (٢) ؛ لأنه لا يخاف العنت (٣) ، وفي اعتبار الكفاءة بجانبه أيضًا وجهٌ بعيدٌ .

الثانية : هذه الخصال هل تُجْبَر بالفضائل ؟:

يُنْظَر : فإن كان الفائتُ نسبَ رسول الله ﷺ ، فلا يوازيها الانتساب إلى غيره من العلماء والصلحاء . وهل يوازيه الصلاحُ الظاهر المشهور في الخطّاب (٤) ؟ . الأصح أنه لا يوازيه (٥) ، وقيل : تُجْبر به ، واعْتُمِدَ فيه هَمُّ (٦) عمر (رضي الله عنه) بتزويج ابنتِه سلمانَ الفارسيَّ وبأمثالِ ذلك (٧) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (نعم لا تُزَوَّج منه مَعِيبةٌ) أي : يُسْتثنى من قولنا : (هذه الخصال لا تعتبر في تزويج الابن) فإنه يعتبر فيه أيضًا لعدم الضرار . وكذلك الحرية تعتبر ، فلا يُزَوَّج برقيقة إلا أن اعتبار هذا ليس لأجل الكفاءة ، بل لأنه لا يُتصوَّر تزويجُ الرقيقة منه ؛ لامتناع الشرط وهو خَوْفُ العنت ، وقد أشار المصنف إلى هذا ، والله أعلم ، ويُزاد على ما ذكر المجنون الكبير التائق ، فإنَّ خوْف العنت في حقه مُتَصَوّر ، فلْيُتصور تزويجُ الرقيقة منه » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٥ / أ) .

(٢) كلمة « منه » ليست في (ب) .

(٣) في (أ) : « العيب » ، وهو خطأ واضح .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الخاطب » .

(٥) قال ابن الصلاح : « الأصح أنه لا يوازيه ؛ لأن النسب من خصال الكفاءة ، بخلاف المشهور من صلاح الزوج » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٥ / أ) .

(٦) كلمة (همّ) ساقطة من (ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (وبأمثال ذلك) يعني كما حدث مع عبد الملك بن مروان ، أرسل رجلًا صالحًا من الموالي إلى ابن عمر (رضي الله عنه) ليخطب له ابنته ، فدخل المسجد ، وصلى ركعتين ، وأحسن أداءهما ، ثم افتتح الخطبة وأدّى الرسالة ، فقال ابن عمر : لا رغبة له في عبد الملك ، وإن أردْتَها لنفسك فَخُذْها ؛ فقد أحسنتَ أداء أمانته (أي أمانة عبد الملك) والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٥ / أ وما بعدها) .

وأمّا العيوب فلا يَجْبُرُها غيرُها . وأما اليسار فَيُجْبر بغيره [١] . والحرفةُ لا تُعَارِض النَّسبَ [٢] ، وربما يُعارضه الصلاحُ ، والمحكَّم في جميع ذلك العاداتُ [٣] ونَفْيُ العَار .

الثالثة : إذا زوَّجها مِنْ غير كفؤ [٤] ، بطل العقدُ على الصحيح ، وذكر العراقيون في تزويج السليمة من المعيب قولينْ ، (٥ وهو أَجْرى ٥) في سائر الخصال . ثم قالوا : إن قلنا : ينعقد العقد ، فهل يثبت للوليّ الفسخُ ؟ قولان . وأجرَوْا ذلك [٦] وإن كان عالما به ؛ لأن الحقّ للطفل ، فلا يَسْقط بعلمه . وإن بلغتْ ، فهل يثبت لها الخيارُ ؟ ففيه تردُّد . وكلُّ ذلك بعيدٌ ؛ ووجهُه أن في النكاح مصالح خَفيّة ، [والأبُ مؤتمنٌ غَيْرُ مُتَّهَمٍ ، فربما يتعاطى تحصيلَ مصلحةٍ خفية] [٧] قد تتقاضى تركَ الكفاءة ، إلا أنه إذا رُوعي ذلك ، فلا يتَّجِه إثبات الخيار .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « اليسار يُجْبر بغيره : أي بجميع ما عداه من الخصال » . المشكل (جـ٢ ق ٨٥/ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (والحرفة لا تُعارض النسب) أي : لا يكون ذو الحرفة النفيسة - الذي لا نسب له - كفؤًا لذي الحرفة الخسيسة الذي له نسبة شريفة ، بل يكون كفؤًا لمن له حرفة خسيسة مع صلاحٍ في نفسه ؛ وهذا لأن أَثَر الحرفة قريبٌ . والكلامُ في حِرَفٍ يحلُّ ملابستُها ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٨٥ / ب) .

(٣) في (أ) : « العادة » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا زوّجها من غير كفؤ) هذه المسألة إنما فرضها هو في المجبر ، فأما في غير المجبر إذا زوجها برضاها من غير كفؤ من غير رضا باقي الأولياء ، فسيذكره في الفصل الآتي إن شاء الله تعالى » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٥ / ب) .

(٥) في (أ) : « وهما جاريان » . قال ابن الصلاح : « قوله : (وهو أجرى في سائر الخصال) أي : لأن فوات السلامة أضَرُّ من فوات سائر الخصال . و « أجرى » بالجيم لا بالحاء » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٥ / ب) .

(٦) في (أ) : « فيه » .

(٧) زيادة من (ب) .

الفصل الثامن
في اجتماع الأولياء في درجة واحدة

وإذا اجتمعوا ، فكلٌّ واحد يستقل ، لكنِ الأحبُّ تقديمُ الأَسَنّ (١) والأفضلِ . فإن تزاحموا ، فالعقدُ إلى مَنْ تعينٌ المرأةُ . فإن أذِنت للكل ، أُقرع بينهم . فإن عقد مَنْ لم تخرج له القرعة مبادرًا – انعقد . وإن زوّج أحدهم من غير كفؤ برضاها ؟ قال الشافعي (رضي الله عنه) : « النكاح مفسوخ » (٢) فقيل : إنّ معناه أَنَّ للآخرين فسخَ العقد اعتراضًا . وقيل : معناه أنه لا ينعقد ؛ لأنه يؤدي إلى لحوق العار [بالولي] (٣) قبل أن يُتدارك . وقيل : المسألةُ على قولين .

فرع : إذا أذنت لِوَليَّيْنِ ولم تعينٌ الزوجَ – وجوَّزنا ذلك – فعقَد كل واحد منهما (٤) مع شخص ، فإن اتحد الوقتُ تدافعا . وإن (٥) لم يُعْلم السبقُ (٦) وأمكن التوافق تدافعا أيضًا ؛ إذ ليس نستيقن صحة نكاح أحدهما . (٧ فإن سبق أحدهما وتعينٌ ٧) ولكن نسيناه ، وتعذّر بيانُه ، فالنكاحُ بينهما موقوفٌ ، ولا نُبالي بتضرُّرِها طولَ العمر ، كما لو غاب زوجُها (٨ ولم تُعْرَفْ حياتُه ٨) ، وكما لو انقطع دم الشابة بمرضٍ (٩) ، فإنَّ عليها انتظارَ سِنِّ اليائس مع الضرار فيه . وإنْ عُلِمَ السَّبقُ ولكن (١٠) لم يتعينٌ السابقُ منهما أصلًا ، وحصلَ اليأسُ من البيان ، فقولان مبنيان (١١) على القولين في جُمُعتين عُقِدَتَا في بلدة واحدة على هذا الوجه ، وها هنا أَوْلى بالفسخ لأن الصلاة لا تحتمل الفسخَ ، ففي قول : يُتَوقف كما لو تعينٌ ثم نُسِيَ . (١٢ وفي قول : يُفْسخ ؛ لدوام الضرار وإطباقِ الإشكالِ من أول الأمر إلى آخره . ويَشْكل على هذا ، إذا تعينٌ ثم نُسِيَ ١٢) . وقد قيل بطرد القولين فيه ، لكنَّه غريبٌ .

---

(١) في (ب) : « الأمين » .

(٢) انظر الأم (٥ / ١٥) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) كلمة « منهما » ليست في (ب) .

(٥) في (أ) : « ولو » .

(٦) في (أ) : « السابق » .

(٧) في (أ) : « فإن تعين سبق أحدهما » .

(٨) في (أ) : « ولم يعرف خبره » .

(٩) في (ب) : « لمرض » .

(١٠) كلمة « ولكن » ساقطة من (ب) .

(١١) في (أ) ، (ب) : « مرتبان » .

(١٢) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

التفريع : حيث رأينا الفسخَ ، فقد حكى الصيدلانيُّ عن القَفَّال أنه ينفسخ ، ولا حاجة إلى إنشاء [الفسخ] [١] . والأصح : أنه يحتاج إلى إنشاء الفسخ [٢] . ثم فيه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يتعين [بتعيين] [٣] القاضي ؛ لأنه مَحَلُّ الْتِبَاسٍ .

والثاني : لها الإنشاء ؛ لِتَضَرُّرِها ، كما في / الجَبِّ والعُنَّة [٤] ؛ فإن الزوج يَقْدر على الطلاق . ١٦٣/ب

والثالث : أن للزوجين أيضًا الفسخ .

وإن تأخر الفسخُ ، فنفقتُها تُقسم على الزوجين ؛ لأنها محبوسة بسببهما ، ولا مَهْرَ عليهما ؛ إذ النفقةُ قد تجب بعلَّة الحبس دون المهر . وفي النفقة وجهٌ منقدح [٥] أنه [٦] لا تجب ؛ لأنه ليس الحبس بتقصير منهما ، ولا النكاحُ مستيقنٌ [٧] في حقٍّ [٨] واحد منهما .

هذا كلُّه عند الاعتراف بالإشكال . فإن ادّعى كلُّ واحدٍ منهما أنه السابق ؟ قال الصيدلاني : « ليس لأحد الزوجين أن يَدَّعي على الآخر ؛ إذ ليس في يده شيءٌ ، وليس أحدهما بأن [٩] يكون مُدَّعِيًا أولى من أن يكون مُدَّعًى عليه » .

[١٠] وإن ادعى على الولي [١٠] – وهو غير مُجْبِر – : لم يَجُزْ [١١] . وإن كان مجبرًا فوجهان ، لا اختصاصَ لهما بمحلِّ التنازع :

أحدهما : أنه لا يتوجه عليه أصلًا ؛ إذ لا حَظَّ له في الملك ، وإنما هو عاقدٌ كالوكيل .

والثاني : يتوجه ؛ لأن إقراره يُقْبَل بخلاف الوكيل والذي لا يجبر .

---

(١) زيادة من (ب) .
(٢) في (أ) : « فسخ » .
(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٤) في (ب) : « والعنت » وهو خطأ .
(٥) في (أ) : « ينقدح » .
(٦) في (ب) : « أنها » .
(٧) في (أ) : « مستيقنا » .
(٨) كلمة : « حق » ليست في (ب) .
(٩) في (ب) : « أن » .
(١٠) في (أ) : « وإن ادعى عليه » .
(١١) في (ب) : « لم تسمع » .

قال الإمامُ : إذا لم يُمْكن دعوى العلم [١] على المرأة ، فلا يَبْعُد أن يَدَّعي أحدُهما على صاحبه ، وتُجْعلُ المرأةُ كَمَالٍ في يد ثالثٍ تداعَاه رجلانِ . ثم [ذكر] [٢] القاضي في البداية بالتحليف [أنه] [٣] يُقْرع بينهما .

أمّا إن ادُّعِيَ [٤] عليها العلمُ بالسَّبْق ، فلها ثلاثةُ أحوالٍ :

إحداها : أن تُقِرَّ لواحدٍ - وفرّعْنا على الصحيح في صحة إقرارها - ثبتت [٥] زوجيّتُه في الحال . لكن هل للثاني أن يُحَلِّفَها ؟ فيه قولان مبنيان [٦] على أن مَنْ أقرَّ بشيءٍ لزيدٍ ، ثم أقرَّ به لعمرٍو ، هل يغرم للثاني بالحيلولة [٧] ؟ فإن قلنا : يغرم ، فها هنا أيضًا يتوقع إقرارُها ، فَيُحَلِّفها حتى تُقِرَّ ؛ فتغرم له ، أو تَنْكل ؛ فيستفيد الثاني باليمين المردودةِ تَغْريمَها .

وإن قلنا : لا تغرم ، فلا يُحَلِّفها ؛ إذ لا فائدة له في نُكُولها ، ولا في إقرارها . وفي القديم قولٌ أنه يُحَلِّفها حتى يَسْتفيد باليمين المردودة - إن نَكَلَتْ - ثُبوتَ الزوجية له ، وكأنَّ إقرارَها الأول لم يُثْبت زوجيةَ الأوّل إلا بشرط الحلِفِ للثاني ، فأما مع النكول فلا . وهذا بعيد ؛ إذ نكولُها كيف يَرُدُّ إقرارَها ويزاحمه ؟!.

الحالة الثانية : أن تُنكر العلمَ بالسَّبْق ، وتحلف على نَفْيِ العلم ، فيبقى التداعِي بين الزوجين ، وذلك جائز وإن منعناه في الابتداء قبل توجيه [٨] الدعوى عليها ؛ فإن الدعوى الآن وجد متعلَّقا ، ثم لم يفد قطع الخصومة . وقيل : إنه لا يُسمع تداعيهما [٩] كما في الابتداء ، ويكفيها يمينٌ واحدة [١٠] على نَفْيِ العلم إنْ حضر الزوجانِ معا . وإن بادر أحدهما ، فهل للثاني تحليفُها مرةً أخرى ؟ فيه وجهان يجريان [١١] في كل شريكين يدعيَان [١٢] شيئًا واحدًا .

(١) في (ب) : « العلة » وهو خطأ .
(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٣) زيادة من (ب) .
(٤) في (ب) : « تثبت » .
(٥) في (ب) : « ادعيا » .
(٦) في (أ) : « ينبنيان » .
(٧) في (ب) : « للحيلولة » .
(٨) في (ب) : « توجه » .
(٩) في (ب) : « تداعيها » .
(١٠) في (ب) : « واحد » .
(١١) في الأصل : « يجري » والمثبت من (أ) (ب).
(١٢) في (ب) : «تداعيا» .

الحالة الثالثة : أَنْ تُنْكر وتَنْكُل ، حلف المدعي على السبق ، ولا يتعرض لِعِلْمِهما [١] ، فإن ذلك شرط في الدعوى لترتبط بها [٢] الدعوى .

هذا كلُّه إذا ادُّعِيَ عليها العلمُ ، فإن أطلق دعوى الزوجية ، ففي سماع الدعوى المطلقة خلافٌ ، [والله تعالى أعلم] [٣] .

* * *

(١) في (أ) : « لعلمها » .

(٢) في (أ) : « به » .

(٣) زيادة من (ب) .

الباب الثاني

في المَوْلِيِّ عليه

(وفيه فصول ثلاثة)

الأول

في المَوْلِيّ عليه بالجنون

وفيه مسائل ثلاثة [(١)] :

الأولى : البِكْرُ المجنونة ، لا شك في أن الأبَ يزوِّجها ، لكن الثيِّب إن كانت كبيرةً ، يُزَوِّجها بمجرد المصلحة من غير حاجةٍ على الأصحّ . وقيل : لا يُزَوِّجُها ؛ لأن الأبَ في حقِّ الثيب كالأخ ، وهو لا يزوِّجها .

وأمّا الثيب الصغيرة المجنونة ، ففيه وجهان [(٢)] : أحدهما : لا يُزَوِّجها كالعاقلة وبخلاف البالغة ؛ فإنها [في] [(٣)] مَظِنَّة الشهوة على الجملة ، وإن لم يشترط ظهور حاجة الشهوة في حق الأب .

والصحيحُ : أنها إذا بلغت عاقلةً ، ثم عاد الجنونُ ، عاد [(٤)] ولايةُ البُضْع وإن كان في عَوْدِ ولاية المال خلافٌ ؛ لأن [(٥)] تَفْوِيضَ البُضْعِ إلى السلطان – مع حياة الأبِ – قبيحٌ .

الثانية : للأبِ التزويجُ من الابن الكبير المجنون ، وفي الصغير وجهان [(٦)] ، ووجْهُ المنع : أنه تكْثُر عليه المؤَنُ ، وخرج بالجنون عن مَظِنَّة الاستصلاح . وبالجملة تزويجُ [(٧)] البنتِ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وفيه مسائل » .

(٢) والصحيح من الوجهين أن له تزويجها . انظر الروضة (٧ / ٩٥) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « عادت » .

(٥) في (ب) : « لكن » .

(٦) والصحيح أنه لا يزوج . انظر الروضة (٧ / ٩٤) .

(٧) كلمة « تزويج » ليست في (أ) .

الصغيرة(١ أَوْلى من التزويج ١) من الابن .

ثُمَّ لا ينبغي أن يُزَاد في التزويج من المجنون على واحدة ، وظاهرُ المذهبِ : أنه يُزَوَّج من الصغير العاقل أربع (٢) ؛ لأنه في مَظِنَّة الاستصلاح ، وفيه وجه (٣) : أنه لا يزيد على واحدة أيضًا .

الثالثة : إذا لم يكن للمجنونة (٤ أبٌ ولا ٤) جَدٌّ ، يزوجها السلطانُ أو العصبات ؟ فيه وجهان :

أحدهما : العصبات ؛ لأنهم على الجملة ذو حَظٍّ ، وشفقتُهم أكملُ . نعم ، السلطان ينوب عنها في الرضا .

والثاني : أنَّ (٥) السلطانَ يزوِّجها ، كما أنه يَلي مالَها (٦) .نعم ، قال الشافعي (رضي الله عنه) : « يُرَاجِع أهلَ الرأْيِ من أقاربها ، ويشاورهم » . واختلفوا في أن ذلك إيجابٌ أو استحبابٌ (٧) ؟ فإن جعلناه إيجابًا ، رجع الأمرُ إلى أنه لابُدَّ من رضا الوليِّ والسلطانِ ، ورجع الخلافُ إلى تعيين مَنْ يتعاطى العقدَ .

ثم هل يُشْترط في تزويجهم حكمُ الأطباءِ بظهور حاجتها إلى الوطء ؟ وجهان :

أحدهما : لا يُشْترط ، بل يجوز بالاستصلاح كما يجوز للأب .

والثاني : نعم ؛ إذ ليس لهؤلاء رتبةُ الإجبارِ ، فلا يُقْدِمُون عليه إلا عن ضرورة (٨) / . ١٦٤/أ

* * *

(١) في (أ) : « أولى بالتزويج » .

(٢) في (أ) : « أربعًا » . وقوله : (ظاهر المذهب ...إلخ) يعني أنه يجوز أن يُزَوّج الصغير أربعًا . انظر الوجيز (٢/٩). الروضة (٧/٩٤) . المنهاج ص (٩٧) .

(٣) في (أ) : « وقيل » .

(٤) في (أ) : « أبٌ وجَدّ » .

(٥) كلمة : « أن » ليست في (أ) .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح كما في الوجيز (٢ / ٩) . الروضة (٧ / ٩٥) . المنهاج ص (٧٩) .

(٧) صحح البغويّ الوجوبَ ، وضعفه إمامُ الحرمين . انظر الروضة (٧ / ٩٥) .

(٨) اشترط الغزالي في الوجيز (٢/٩) ظهور حاجتها إلى الوطء .

الفَصْلُ الثَّاني

في المولَيِّ عليه بالسَّفَه

فإذا بلغ الصبيُّ سفيهًا ، لم يُجْبِره الوليُّ على النكاح ؛ لأنه بالغٌ . ولا يستقلُّ هو بالنكاح ؛ لأنه سفيهٌ ، لكن يَنكح بإذن الوليّ ، وعبارتُه صحيحةٌ . ويستقلّ بالطلاق ؛ لأنه لا يندرج تحت الحَجْر . ومهما التمسَ النكاحَ بعِلَّةِ الحاجة (١) وَجَبَ الإسعافُ ؛ لأنه أعرف بحاجته . فإن التمسَ بعلَّةِ المصلحة (٢) ففي وجوب إسعافِه تردُّدٌ (٣) ، ولأنه بَيْنَ الصَّبِيِّ والمجنونِ ، وهو أولى بالاستصلاح من المجنون . وإذا وجب الإجابةُ فامتنع الوليُّ فليراجع السلطان ، فإن لم يجدِ السلطان ، ففي صحة استقلاله تردّدٌ ، بخلاف ما إذا استقلَّ بشراء الطعام في مثل هذه الصورة ؛ لأن الطعام في محلّ الضرورة دون الوقاع ، ولذلك يجب على الأب الإنفاقُ على الابن دون الإعفاف .

ومهما استقلَّ دون مراجعة الوليّ ، لم ينعقد النكاحُ . فإن وطىء ، ففي المهر ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : لا يجب ؛ كما إذا اشترى وأتلف (٤) ، فإن البائع هو الذي قَصَّر وسَلَّط (٥) .

والثاني : يجبُ ؛ إذ تَعْرِيَةُ الوطءِ عن المهر غيرُ ممكنٍ تَعَبُّدًا .

---

(١) والحاجة هو أن تغلب شهوته فيحتاج إلى النكاح ، أو يحتاج إلى من يخدمه – ولم تقم مَحْرَمٌ بخدمته – وكانت مؤنة الزوجة أخفَّ من أجرة خادمة . ولم يكتفوا في « الحاجة » بقول السفيه ؛ لأنه قد يقصد إتلاف المال، بل اعتبروا « الحاجة » بظهور الأمارات الدالة على غلبة الشهوة . انظر : الروضة (٧/ ٩٩) .

(٢) من قوله : « الحاجة وجب الإسعاف ... إلى قوله : المصلحة » ساقط من (ب) .

(٣) في الروضة (٧ / ٩٩) : « قال الأكثرون : يشترط في نكاح السفيه حاجته إليه ، وإلا فهو إتلاف ماله بلا فائدة » .

(٤) في (أ) : « وتلف » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ، واستشكله في الروضة (٧/ ٩٩) بقوله : « وفيه إشكال ؛ من جهة أن المهر حق المرأة ، وقد تُزَوّج منه ولا علم لها بحال الزوج » . وانظر المنهاج ص (٩٧) .

والثالث : يُكتفى بأقلّ ما يُتَموَّل ؛ لِحَقِّ التعبُّدِ وحقِّ السفيه ، وأما السَّفَهُ في جانبها فلا يَظْهر له أثرٌ .

فرع : ينبغي للوليّ أن يُعَيِّنَ المهرَ والمرأةَ جميعًا إذا أذن . فإن عيَّنَ المرأةَ دون المهر : جاز ، وتعيَّنَ مهرُ المثل . فإن زاد سقطت الزيادةُ وصَحَّ العقدُ . وإن عيَّنَ المهرَ وزاد [١] : لم يثبت وصح العقدُ بخلاف الوكيل إذا زَاد ؛ لأنه عاقدٌ لنفسه ، ومقصودُ الإذنِ رفعُ الحجْرِ . ثم الغبطةُ تعيّنَ مقدارَ المهر .

أما إذا عيَّنَ امرأةً ، فنكح غيرها : لم يصحَّ ؛ لأنه حاد عن الأصل ، والمصلحةُ تتفاوت به ، كما أن الزيادة أيضًا لا تصح وإن صحَّ العقد دونها .

أَمَّا إذا أذن مطلقًا ولم يُعَيِّنِ المرأة ، ففي صحة هذا الإذن وجهان ؛ لمخالفته للمصلحة [٢] غالبًا [٣] . فإن قلنا : يصحُ ؛ فله أن ينكح مَنْ شاء بمهر المثل ، بشرط أن لا ينكح شريفةً يستغرِقُ مَهْرُها جميعَ مالهِ ؛ فإن ذلك يخالف الغبطة ، والإذنُ المطلقُ يُنَزَّل على الغبطة . أما المرأة فالسَّفَهُ في حقها لا يؤثر في تغيير أمْرِ الولاية .

* * *

---

(١) في (أ) : « فزاد » . (٢) في (أ) : « المصلحة » .

(٣) والأصح أن الإذن كافٍ . انظر الروضة (٧/ ٩٧) . المنهاج ص (٩٧) . الوجيز (٢ / ١٠) .

الفصل الثالث

في المولِّيّ عليه بالرقِّ

[و] [1] للسيد إجبارُ الأَمَةِ على النِّكاح . وهل له إجبارُ العبدِ ؟ فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : نعَمْ ، كالأَمَةِ .

والثاني : لا ؛ لأن مستمتعه غَيْرُ مملوك [له] [2] ، ولا هو أهلٌ للنظر له [3] .

والثالث : أنه يُجْبِر الصغيرَ ؛ نظرًا إليه [4] دون الكبير .

وهل للعبد إجبارُ السَّيِّدِ على التزويجِ [5] منه ؟ [فيه] [6] وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنَّ مَنْعَه يُورِّطه [في] [7] الفجور ، والرِّقُّ لا آخرَ له ، ولابُدَّ من التحصُّن .

والثاني : لا ؛ لأن ذلك يُشَوِّش مقاصدَ الرِّقّ [8] .

ولعلّ الأصحَّ أنّ كل واحد منهما لا يُجبر الآخرَ ، بل لابد من تَرَاضِيهما . وهذا الخلافُ جَارٍ في أنه ، هل يجبُ تزويجُ الأمةِ إذا طلبت ؟ وهو أبعد ؛ لأن لها مَطْمَعًا في الاستمتاع بالسَّيِّد .

ثم تزويجُ المالكِ رقيقه – حيث قلنا به – طريقةُ الولايةُ أو الملك ؟ فيه وجهان :

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٧ / ١٠٢) . المنهاج ص (٩٨) . ومال إليه الإمام الغزالي في الوجيز (٢/ ١٠) .

(٤) في (أ) : « له » .

(٥) في (أ) : « النكاح » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) زيادة من (ب) . وفي (أ) : « لأن مَنْعَه يُورطه في ورطة الفجور » .

(٨) والأصح أنه ليس للعبد إجبار سيده على النكاح . انظر الروضة (٧ / ١٠٢) . المنهاج (٩٨) .

أحدهما : أنَّه الملكُ [١] ؛ إذ لا قرابةَ له [٢] حتّى ينظرَ له . وإنْ نظر ، فينظر لمصالح ملكه ، وقد لا تكون مصلحةُ ملكِه مصلحةً للرقيق في نفسه .

والثاني : أنه بطريق الولاية ؛ لأنَّ مستمتع العبد لا يملكهُ ، ومستمتعُ الأَمَةِ – وإنْ مَلَكه – فليس المنقولُ إلى الزوج ملكَه ، ولذلك يملك الزوجُ ما لا يملكه ، من طلاقٍ وظِهارٍ . ولا يقدر الزوج على نقل البضع من نفسِه ، ولا هو واطئٌ بملكِ اليمين ، ولذلك لا يجوز له تزويجُها مِنْ معيبٍ بالعيوب الخمسة [٣] . فإن فعل فلها الخيارُ ، ولا خيارَ للسَّيِّد إذا جهل ذلك ؛ لأنه مأخوذٌ من دفع ضِرار الاستمتاع . ولو باعها مِنْ معيبٍ ، فليس لها الخيارُ .

فإنْ قلنا : إنه بالولاية ، فلا يُزَوِّجُ الفاسقُ أَمَتَه وعَبْدَه إن قلنا : لا يلي الفاسق .

ولا يزوج المسلمُ رقيقَه الكافرَ ، أَمَةً كانتْ أو عبْدًا . ولا الكافرُ يُجْبر رقيقه المسلمَ ، لكن يُرَضَّى ؛ فيسقط حقّه ، وينكح العبدُ بنفسِه .

فروع ثلاثة

الأول : الوليّ ، هل يزوِّجُ رقيقَ طفلِه ؟ فيه ثلاثة أوجه [٤] :

أحدها: نَعم ؛ لأنّه من مصالح المال .

والثاني : لا ؛ لأن مصلحةَ المالِ لا تقتضي النّكاحَ .

والثالث : أنه يزوج الأمةَ لحظ المؤنَةِ [٥] دونَ العبدِ [٦] .

الثاني : أمةُ المرأةِ يزوِّجها وليُّها برضاها ، وقال صاحبُ « التلخيص » : يزوجها السلطانُ برضاها ؛ إذ وليُّها ليس مالكها ، [٧]ولا ولاءَ لها[٧] . وهذا له وجهٌ على قولنا : إنَّ تزويجَ الرقيقِ

---

(١) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٧ / ١٠٥) .

(٢) كلمة : « له » ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « الخمس » . وهو جائز أيضًا .

(٤) والصحيح أنه لا يزوجه . انظر الروضة (٧ / ١٠٥) .

(٥) في (أ) : « الأمة » .

(٦) في الأصل : « دون الأمة » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) : « ولا ولاية لها » . وفي (ب) : « ولا وليّ لها » .

بالملك لا بالولاية . ثم لا يجبر الوليُّ أَمَةَ [1] البكرِ البالغة . وإنْ أجبرها ، فلا يُكتفى بسكوتها في أَمَتِها وإن اكتُفِيَ بذلك في نفسِها .

الثالث : قال ابن الحداد : « المعتقَة في المرضِ ، لا يزوجها قريبها ؛ لأنه رُبَّما ينقص المال [2] ، ويموت المريضُ ، وتعود رقيقةً » . فمنَ الأصحاب من خالفَه وقال : « ينبني التصَرُّفُ على الحال [3] ، كما لو وهبَ المريضُ ، جاز للمتهب وَطْؤُها مع هذا الاحتمال » . لكن قياسُ ابنِ الحداد يقتضي المنعَ في هذا أيضًا ، ويحسُنُ هذا الاحتياطُ للبضع ، إذا كان المرضُ مخطرًا ، أو لا مالَ له سواه [4] إذ يظهر هذا الاحتمال .

* * *

---

(١) في (ب) : « أمته » وهو خطأ ، والصواب ما في الأصل ونسخة (أ) .

(٢) يعني ينقص المال الموروث ، وذلك بأن تكون قيمة الجارية أكثر من الثلث المسموح له بالتبرع به ، أو الوصية به .

(٣) يعني يصح نكاحها ؛ لأنها عُتقت ، فالظاهر أنها حرة ، ولا يتوقف على انتظار موت السيد أو احتمال نقصان المال » .

وفي (ب) : « ينبني التصرف على المال » .

(٤) في (ب) : « سواها » .

القسم الثالث من الكتاب

في الموانع للنكاح ، في الناكح والمنكوحة

وهي أربعة أجناس :

الأول : ما يُوجب المحرميّة / . ١٦٤/ب

والثاني : ما يتعلّق بعدد ، ولا يُوجب حرمةً مؤبدة .

والثالث : الرِّقُّ والمِلْك .

والرابع : الكفر .

الجنس الأول

المحرمية [1]

وذلك يحصُل بنسب ، أو رضاع ، أو مُصَاهرة .

المانع الأول : النسب . ويحرم جميعُ الأقاربِ إلا أولادَ الأعمام والعماتِ ، والأخوالِ والخالاتِ . وأصنافُ المحرمات سبعةٌ [2] ذكَرهن الله تعالى في قوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ .... ﴾ الآية [3] .

أما الأمُّ : فهي كلُّ أنثى انتهيتَ إليها بالولادة ، بواسطة أو غير واسطة - كانت الواسطةُ ذكرًا أو أُنثى - واندرجت تحته الجدات .

وأما البنت : فهي كل أنثى تنتهي إليك بالولادة ؛ بواسطة وغير واسطة كما سبق [4] ، واندرج فيه الأحفاد .

---

(١) المقصودُ بالمحرمية : جوازُ الخلوةِ به ، والمسافرةُ معه ، والنظرُ إليه ، وذلك أنه قد يحرم على الرجل نكاحُ امرأة أبدًا ، ومع هذا لا تثبت له المحرميةُ ، وذلك كالملاعنة ، فإنها تَحْرم على الملاعِن أبدًا ، ولا يجوز له الخلوةُ بها ولا المسافرةُ معها . وأما أمُّ الموطوءة بشبهةٍ وابنتُها ، فتحرمان أبدًا على الواطىء ، وفي ثبوت المحرمية خلافٌ عند الشافعية ، قال ابن الصلاح : « والصحيح - وهو النصّ - أنه لا يُوجبها ، مع إجماعهم على أنه يوجب الحرمة المؤبدة » . قلت : والمقصودُ التنبيه عليه هنا ، هو أنه لا يَلزم من ثبوت الحرمةِ المحرميةُ . انظر شرح مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٦/ ب) . روضة الطالبين (٧/ ١١٣) . مغني المحتاج للخطيب الشربيني (٣/ ١٧٥) .

(٢) « يعني المحرمات بالنسب ، وإلا فالجميعُ أربع عشرة بواسطة الجدات . وذلك غير واسطة أمه التي ولدته » . من شرح مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٦ / ب) .

(٣) من الآية (٢٣) من سورة (النساء) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (كما سبق) أي : سواء كانت الواسطة ذكرًا - كبنت الابن - أو أنثى - كابن البنت - واعلم أنه ليس كل من ذُكر ، هي أمّ أو بنت حقيقةً ؛ فإن الصحيح : أن الأم والبنت حقيقةً ، عبارةٌ عمن يُدْلي بغير واسطة لا غير ، وإنما سُمّي من عداهما أُمًّا وبنتا ، مجازًا ، وإنما أراد المصنف ذِكْرَ كل من تُسمَّى أُمًّا وبنتًا ، حقيقةً كان أو مجازًا ؛ لشمول التحريم للجميع » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٦ / ب) .

وأما الأخت : (١فهي كل أنثى ١) ولدها أبوك وأمك (٢) ، أو أحدُهما (٣) . وبناتُ الأخ (٤) وبناتُ الأخت : كبناتِك منك (٥) .

والعمة : كل امرأة وَلَدها أجدادُك أو جداتك من قِبَلِ الأب ، ولا يحرم أولادها .

والخالة : كل امرأة ولدها أجدادك أو جداتك من قِبَلِ الأم (٦) .

واللفظ الجامع : أنه يحرم على الرجل أصولُه وفصولُه ، وفصولُ أولِ أصوله ، وأولُ فصلٍ من كل أصل (٧ بعده أصل ٧) .

---

(١) في (أ) : « فكل أنثى » .

(٢) في (ب) : « أو أمك » وهو خطأ .

(٣) في (أ) : « ولدها أبواك أو أحدُهما » .

(٤) سقط من (أ) قولُه : « وبنات الأخت » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (كبناتك منك) أي : سواء انتهى نسبهن إلى الأخ والأخت ، بواسطة أو غير واسطة ، ذكرًا أو أنثى » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٦ / ب) .

(٦) قال ابن الصلاح (رحمه الله) : « قوله : (والعمة كل أنثى ولدها أجدادك ... والخالة كل أنثى ... الخ) فإن قلت : يلزم على هذا ، أن تكون الجداتُ عماتٍ وخالاتٍ ؛ لأنهن إناثٌ ولدَها أجدادُك أو جداتك ؟ قلتُ : لا يلزم ؛ لأن المفهوم من ذلك أنها التي ولدها أجدادك أو جداتك ، مع أنها ليست في نفسها جدة » . المشكل (ق ٨٧/ب) .

(٧) في الأصل (بعده له أصل) . وانظر تعليق ابن الصلاح الآتي :

قال ابن الصلاح : « قوله : (واللفظ الجامع ...) إلخ هذا قاله الأستاذ أبو إسحاق الإسفرائيني (رحمه الله) . و (أصوله) : أمهاته وإن عَلَوْن . و (فصوله) : بناته وإن سفلن . (وفصول أول أصوله) الأخوات وبناتهن مع بنات الإخوة . (وأول فصل من كل أصل بعده أصل) : أي : العمات والخالات ، وإنما قال : « أول فصل » ؛ لئلا تندرج أولادهن .

قال : وقوله : (بعده أصل) وقع في « الوسيط » و « الخلاصة » ، ولم يقل ذلك في « البسيط » و « الوجيز » بل قال : (وأول فصل من كل أصل وإن علا) واقتصر بعضُ المصنفين على أن قال : « من كل أصل بعده » أي : بعد أول أصوله الذي سبق ذكره ، وهذا أوضح وأوجز . نعود إلى المذكور في الكتاب ، وهو أغمضها فنقول : « كل أصل بعده أصل » عبارةٌ عن الجد وإن علا ، والجدة وإن علتْ ؛ لأنهما أصلان ، ويقع بعدهما الأبوان وهما أصلان ، وكذا كل واحد من فوقهما من الأجداد والجدات يقع بعده أصل ، وإنما الأصل الذي لا يقع بعده أصل ، هو الأب =

فرع : إذا وَلَدتْ من الزنا ، لم يحلَّ لها [1] نكاحُ ولدها . والمخلوقةُ من ماء الزنا [2] لا يحرم نكاحُها على الزاني ؛ لأنها تنفصل عن الأم ، وهي إنسانٌ وبعضٌ منها ، وتنفصل عن الفحل وهو [3] نطفة ، فَعِلَّة تحريمه [4] النسبُ الشرعي وقد انتفى ، ولو كان بعضًا حقيقيًا منه ؛ لما انعقد [5] ولدُ الحرّ رقيقًا في منكوحة رقيقة ، كما لا تَلِدُ الحرةُ رقيقًا من زوج رقيق [6] .

أما المنفيَّة باللعان ، فهل تحرم على النَّافي ؟ فيه وجهان . وجهُ التحريم : أنها عرضةُ اللحوقِ بسبب الفراش إن كذَّب [7] نفسَه [8] .

= والأم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٧ / ب وما بعدها) .

(١) كلمة : « لها » ساقطة من (ب) .

(٢) في (أ) : « الزاني » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وهي » .

(٤) في (أ) : « تحريمها » .

(٥) كلمة : « انعقد » ساقطة من (ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « ما ذكره في المخلوقة من ماء الزاني ، تحريرُه : إن ثبتت البنتُ ولدًا له ، فلا تحرم ؛ لأنها ليست ولدًا له ، لا شرعًا ولا حقيقةً . أما شرعًا ، فلا يبقى النسبُ إجماعًا ، وأما حقيقةً فلوجهين :

(أحدهما): أن المنفصل منه ليس إلا النطفة ، وليست ولدًا ، فلا يكون والدًا لها ، ولا هي ولدًا له .

(الثاني) : أن الذكر لو كان والدًا حقيقةً ، لما انعقد ولدُ الحر رقيقًا أصلًا ، كما لا ينعقد ولدُ المرأة الحرة رقيقا ؛ فثبت أن الولد ليس ولدًا للذكر أصلًا ، وإنما جُعل له ولدًا - شرعًا ، إذا وُلِدَ على فراشه ، ولا فراشَ للزاني » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٨ / أ) .

(٧) في (أ) : « أكذب » .

(٨) قال ابن الصلاح : « في المنفية باللعان وجهان . وَجْهُ التحريم ما ذُكِرَ . ووجه الجواز : أنه انتفى نسبه ، وثبت بلعانه كونُه من الزنا » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٨ / ب) .

قلت : إن كانت الملاعنَة مدخولًا بها ، حَرُمت عليه المنفيةُ وجهًا واحدًا ؛ لكونها ربيبة . وإن لم تكن مدخولا بها ، فالأصحّ أنها تحرم عليه أيضًا .انظر : الروضة (٧ / ١٠٩) . الغاية القصوى (٢ / ٧٣٣) . تكملة المجموع للشيخ المطيعي (١٧ / ٣٢٨) .

المانع الثاني :الرضاع . قال رسول الله ﷺ : « يَحْرُمُ من الرَّضَاعِ ما يَحْرُمُ مِنَ النَّسَب [1] » ؛ فتحرم منه الأمُّ ، والبنت ، والأخ ، والأخت ، وبناتهما ، والعمة ، والخالة [2] .

وأمك [3] : كل امرأة أرضعتْك ، أو أرضعتْ مَنْ أرضعتك ، أو أرضعتْ مَنْ يرجع نسبُك إليه من جهة أبيك أو أمك ، وكذلك كل امرأة يرجع نسب المرضعة إليها .

وكلُّ امرأة يرجع نسبها إلى هذه المرضعة من قبل أبيها أو أمها : فهي أختك [4]. وكذلك كل

(١) الحديث رواه البخاري (٩/ ٤٣) (٦٧) كتاب « النكاح » (٢٠) باب (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » حديث (٥٠٩٩) . ورواه مسلم (٢/ ١٠٦٨) (١٧) كتاب « الرضاع » (١) باب « يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة » حديث (١٤٤٤) كلاهما بلفظ : « إن الرضاعة تُحرم ما تحرم الولادة » . ورواه النسائي (٦/ ٩٩) بلفظ المصنف . ورووه جميعًا من طرق عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عَمْرَة عن عائشة مرفوعًا . ورواه أبو داود (٢/ ٥٤٥) حديث (٢٠٥٥) والترمذي (٣/ ٤٥٣) حديث (١١٤٧) والنسائي (٦/ ٩٨) من طرق عن مالك عن عبد الله بن دينار عن سليمان بن يسار عن عروة عن عائشة مرفوعًا . ورواه ابن ماجه (١/ ٦٢٣) حديث (١٩٣٨) بإسناده عن ابن عباس مرفوعًا .

(٢) قال ابن الصلاح : « ليس يحرم من النسب إلا السبع اللاتي ذكرها عقيب الخبر ، وهن أيضًا محرماتٌ من الرضاع . وأما من استثنى منه الأربع اللاتي هنّ أخت ولدك ، وأم أخيك ، وأم نافلتك [أي ولد ولدك] ، وزعم أنهن يحرمن بالنسب ولا يحرمن بالرضاع : فقد أتى بما لا حاجة إليه ؛ لأنهن حَرُمْنَ بسبب المصاهرة أو النسب ، ولولاها لما حَرُمن » . ثم قال ابن الصلاح : « فإن قلتَ : أَدْرجَ الأخ بين السبع ، ولا وجْهَ له ؛ لأن الخطاب مع الذكر ؛ ألا تراه يقول : (وأمك) . ثم ذكرُ الإناثِ السبع يدل عليه ؛ لأنهن إنما يحرمن على الأنثى بالأنوثة لا بالرضاع . وإذا كان ذلك كذلك ، فالأخُ كسائر الذكور ، سببُ تحريمه الذكورة ، لا ما ذَكَر . وإن ذكر ، فلْيذكر سائر الذكورة !! قلت : هذا كلام واقع ، ولعله إنما ذكره لا مقصودًا ، بل لتحصيلِ غرض ، والله أعلم » . المشكل (ق ٨٩/أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قال : (وأمك ...) الخ ، يُعْوِزُه « أو أرضعت من أرضعتك ، وهو الفحل » . مشكل الوسيط (جـ ٢ق ٨٩/أ) . قلت : وهذا : ثابت في الأصل في النسخ الثلاث التي لدّي ، فلعل ابن الصلاح اطلع على نسخة أخرى ليس فيها ما أشار إليه ، والله أعلم .

(٤) قال ابن الصلاح : قوله : (وكل امرأة يرجع نسبها إلى هذه المرضعة من قبل أبيها أو أمها ، فهي أختك) اعلمْ أن هذه اللفظة في « البسيط » أيضًا ، وهو قبيح . والاحتيالُ لتصحيحه أن نقول : جمع بهذا بين الأخت وبناتها ، وبناتِ الأخت ، وسمى الجميع باسم الأخت كما سُمّيت بنتُ الابنِ والبنتِ بنتًا » . المشكل (ق ٨٩/ ب) .

قال الحموي : « قوله : (وأمك : كل امرأة أرضعتك أو أرضعتْ من أرضعتك ، أو أرضعت مَنْ يرجع نسبُك إليه من جهة أبيك أو أمك ، وكذلك كل مرضعة يرجع نسبُ المرضعة إليها ، وكل امرأة يرجع نسبها إلى هذه المرضعة =

امرأة أرضعتها أمك بلبان أبيك ، فهي أختك من الأبِ والأم (١) . (٢ وإن أرضعتْها أمُّك بلبان غير أبيك، فهي أختك من الأم. وإن أرضعتها أجنبيةٌ بلبان أبيك، فهي أختك من الأب ٢) . و كذلك قياس العمات ، وسيأتي في كتاب الرضاع شرحُه .

فرع : لو اختلطتْ أختُه من الرضاع بأهل بلد أو قرية ، لا ينحصرون في العادة ، فله أن يَنكح من شاء (٣) ؛ كما لو غُصِبَ شاةٌ في بلدة ، (٤ فلا يَحْرُم عليه ٤) اللحمُ (٥) .

= من قِبَل أبيها أو من قبل أمها ، فهي أختك) .

قلت : ما ذكره الشيخ يَرِدُ عليه إشكالٌ ؛ فإنه قال : فهي أختك ، ولو قال : فهي أمك ، لكان صحيحًا ، وإلا كيف يكون مَنْ يرجع نسبُ المرضعة إليه من قِبَلِ أبيها أختًا للمرتضع والنسخُ كلُّها متفقةٌ ؟!

قلت : الظاهر أنه غَلَطٌ من الناقل أو الكاتب ، ويحتمل عندي أن يقال : كل امرأة يرجع نسبُها إلى المرتضع فهي أخت المرتضع ؛ وذلك أن المرأة المرتضعة من المرضعة إذا أرضعت صغيرًا ، كانت المرتضعة أخته ، سواء كانت من جانب الأم أو الأب . ويجوز هنا أن يقول : فهي أمك ؛ نظرًا إلى كونها أمَّ المرضعة ، وهكذا فيما تقدم » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٨ / أ ، ١٣٨ / ب) .

(١) قال ابن الصلاح : قوله : (وكذلك كل امرأة أرضعتها أمك ... فهي أختك) أي : كما أن بنت النسب من أم الرضاع أختك من الرضاع ، فكذلك بنت الرضاع من أم النسب أختك من الرضاع . ثم تنقسم إلى أختٍ لأبوين ، وأختٍ لأب ، أو أم ، كما ذكر ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٩ / ب) .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (فله أن ينكح من شاء) لأنه لو لم يَجُزْ ، لانسدَّ عليه بابُ النكاح في هذا البلد ، وهو حرج ، ثم يبعد الوقوع في المُحرّمة مع أنها واحدة في هذا الجمع العظيم » . المشكل (جـ٢ ق ٩٠ / أ) .

(٤) في (أ) : « فلا يحرم عليهم اللحم » .

(٥) قال الحموي : « قوله : (ولو اختلطتْ أختُه من الرضاع بأهل بلد أو قرية لا ينحصرون في العادة ، فله أن يَنْكح ما شاء ، كما لو غُصِبت شاةٌ في بلد ، فإنه لا يحرم عليه اللحم) .

فإن قيل : لا فائدة في تخصيص الأخت من الرضاع ؛ فإن كل مَنْ يَحْرُم عليه نكاحُها كان في معنى الأخت من الرضاع ، وقياسُه على الشاة لا يصحُّ ؛ فإن مَنْ غَصَبَ شاةً وله شاةٌ مملوكةٌ ولم يَعْلم عَيْنَها ، فإنه يجوز [أكلُ] الغاصب من الشاة ، ولا يجوز في النكاح مثلُه بالاتفاق .

قال المؤلفُ : أما ذكر الأخت ضربُ مثالٍ ، وخصَّصَها بالرضاع ، لأنّ الالتباسَ يقع فيها كثيرًا وأكثر من النسب . وما ذكر من الفرق لا يَقْدح في القياس ؛ فإنه ما من قياسٍ إلا ويقع بينهما فرقٌ كما لا يَخْفَى » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٨ / ب ، ١٣٩ / أ) .

ولو اختلطت بعشر أو عشرين، أو عدد محصور على الجملة [١]، فيلزمه اجتنابُ الكلّ ؛ لأن يقين التحريم عَارَضَ يقينَ الحِلّ في عدد [٢] . وقيل : يجوز الهجوم ، وهو بعيد [٣] .

المانع الثالث : المصاهرة . والمحرماتُ بالمصاهرة أربع :

أمُّ الزوجة ، وجداتُها من الرضاع والنسب .

وبنتها ، وحفدتها من الرضاع والنسب .

وزوجة الابنِ والحفدةِ [٤] .

وزوجة الأب والجد .

ويحرم الجميع بمجرد النكاح إلا بنتَ الزوجة ، فلا تحرم إلا بالدخول [٥] ؛ قال الله تعالى : ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ [٦] .

والوطءُ الحلال [٧] بملك اليمين ، والوطءُ بالشبهة : يُحَرِّم الأربعَ كالوطء في النكاح

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (أو عدد محصور على الجملة) أي : لا يخلو من الحصر في حالة ما ، وإن كان قد يغفل عن حصره في بعض الأحوال ، فأصلُ الحصر فيه موجودٌ بخلاف القسم الأول ، فإنه لا وجود لحصره أصلًا وإن كان ممكنًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٠ / أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « وقوله : (في عدد) أي : محصور » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٠ / أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقيل : يجوز الهجوم) ؛ لأن الحل كان ثابتا قبل الاختلاط فيبقى ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٠ / أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وزوجة الابن والحفدة) أي : من الرضاع والنسب » . (جـ٢ ق ٩٠ / أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (فلا تحرم إلا بالدخول) أي : الحرمة المؤبدة ، وإلا فتحريم الجميع حاصلٌ بالعقد . وإنما حرمت أمُّ الزوجة وحليلةُ الأب والابنِ بالعقد دون الربيبة ؛ لأن الحاجة إلى الخلوة آكدُ ؛ لقيام الأم بمصالح زوجته ، ولقيامه هو بمصالح الحرمة ، فجعلت الحرمة بالعقد لذلك ، ولا كذلك في الربيبة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٠ / ب) .

(٦) من الآية (٢٣) من سورة (النساء) . وقال ابن الصلاح : « قوله تعالى : ﴿ في حُجُورِكُم ﴾ لا يُفْهم منه ، أنها تَحِلُّ إذا لم تكُنْ في حجره ؛ لأن التخصيص بذلك إنما كان ؛ لأنه الغالبُ في الربائب والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٩٠/ ب) . قلت : يقصد (رحمه الله) أنه لا يؤخذ هنا بمفهوم المخالفة ، وإن كان يُحْتجُ به في مواضع أخرى .

(٧) في (أ) : « وبالوطء » .

[بخلاف الزنا ، فإنه لا يُحرِّم ، خلافًا لأبي حنيفة] (١) ؛ إذ الشبهةُ كالحقيقة في جلب المحرمات ، كالعدة ، والمهر ، والنسب ، وسقوط الحدّ ، لكن يرجع في وجوب المهر إلى الاشتباه عليها فقط ، ويُنْظَر في ثبوت النَّسب والعدة إلى الاشتباه عليه . وقيل في المصاهرة : إنه تكفي الشبهةُ من أحد الجانبين . وقيل : لابُدَّ من الاشتباه على الرجل ؛ لأنه قرينة (٢) النسب في كتاب الله تعالى (٣) . وقيل : لابد فيه (٤) من الاشتباه عليهما (٥) جميعًا .

---

(١) ما بين الحاصرتين زيادة من (ب) .

أقوال الأئمة في تحريم المصاهرة بالزنا

مذهب الشافعية : أن الزنا لا تثبت به حرمة المصاهرة ؛ فمن زنى بامرأة لا يَحْرم عليه الزواجُ بأمها ، أو بابنتها . ولا تَحرم المزنيُّ بها على أصول الزاني وفروعه . وهو مذهب المالكية أيضًا ، وهو المشهور عن مالك . وفي « المدونة » عن مالك أنه يُحرم ، وهو مخالف لما في « الموطأ » وأصحابُه على ما في الموطأ ليس بينهم في ذلك خلافٌ . انظر : الروضة (١١٣/٧) . مغني المحتاج (١٧٨/٣) . تكملة المجموع (١٧ / ٣٢٦) . موطأ ، مالك (٢ / ٥٣٣ وما بعدها) . المدونة (٢ / ٢٠٢) . المنتقى للباجي (٣ / ٣٠٦) . الكافي في فقه أهل المدينة ص (٢٤٤) . القوانين الفقهية لابن جُزَيّ ص (٢١٢) . الشرح الكبير (٢ / ٢٥١) .

ومذهب الحنفية والحنابلة : أن الزنا تثبت به حرمة المصاهرة ، وكذلك المسّ بشهوة والنظر إلى باطن الفرج . وألحق الحنابلةُ اللواطَ بالزنا ؛ فمن تلوّط بغلام ، حرم على اللائط أمُّ الملوط به وابنتُه ، ويحرم على الغلام أمُّ اللائطِ وابنتُه . انظر : مختصر الطحاوي ص (١٧٧) . الهداية (٢٠٩/١) . المقنع ص (٢١٠) . الروض المربع ص (٣٨٥) . بداية المجتهد (٤٠/٢) . رحمة الأمة في اختلاف الأئمة لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الشافعي ص (٨٦) .

قلت : ومن أسباب الاختلاف في هذه المسألة ، الخلافُ في كلمة « النكاح » فمن قال : هي حقيقة في العقد ، مجازٌ في الوطء ، لم يقل بتحريم المصاهرة بسبب الزنا . ومن قال بأنها حقيقة في الوطء ، مجازٌ في العقد – أو مشتركة بين العقد والوطء – قال بتحريم المصاهرة ، والله تعالى أعلم .

(٢) في (أ) : « قرين » .

(٣) من قوله : « وقيل : لابد من ... إلى قوله : في كتاب الله تعالى » ساقط من (ب) .

(٤) كلمة : « فيه » ساقطة من (ب) .

(٥) في (ب) : « عليها » . وهو خطأ واضح .

=

والصحيح : أن مجرد الملامسة (١) لا يقوم مقامَ الوطء في تحريم المصاهرة – كانت بالشبهة أو في النكاح (٢) – وفيه قولٌ آخر (٣) : أنه يلتحق به . وقيل : يطّرد ذلك القولُ في النظر بالشبهة أيضًا .

* * *

= قال الحموي : « قوله : (المانع الثالث : المصاهرة : والمحرمات بالمصاهرة أربعة : بنت الزوجة وجداتها من الرضاع والنسب وحَفَدتها من الرضاع النسب ، وأم الزوجة ، وزوجة الابن ، والحفدة ، وزوجة الأب والجد . ويحرم الجميع بمجرد النكاح إلا بنت الزوجة ؛ فإنها لا تحرم إلا بالدخول على الأم ؛ قال اللّه تعالى : ﴿ وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ﴾ . والوطءُ الحلال بملك اليمين ، والوطءُ بالشبهة يُحَرِّم الأربع ، كالوطء في النكاح ، بخلاف الزنا فإنه لا يُحَرِّمُ ؛ خلافًا لأبي حنيفة ؛ إذ الشبهة كالحقيقة في جلب المحرمات ، كالعدة والمهر والنسب وسقوط الحد ، لكن يرجع في جوب المهر إلى الاشتباه عليها فقط ، وينظر في ثبوت النسب والعدة إلى الاشتباه على الرجل . وقيل : في المصاهرة يكفي الشبهةُ من أحد الجانبين وقيل : لا بد من الاشتباه على الرجل ؛ لأنه قرينة النسب في كتاب اللّه تبارك وتعالى وقيل : لابد من الاشتباه عليهما) .

قتل : وذكر الشيخ (رحمه اللّه) أن الشبهة كالحقيقة في جَلْب المحرمات ، كالعِدَّة والمهر والنسب وسقوط الحد . ومعلومٌ أن هذه جلبُ حُرْمَة لا تحريم في الجميع كما لا يخفى .

قلت : أمكن أن يقال : إنها تَحْرُم على الغير قَبْلَ نقضاء العدة ، ويحرم عليه أن يمنعها من المهر المسمى . وأما النسب : فيحرم عليها النكاح وسقوط الحد يحرم الأمهات ، ويلزم من هذا كله جلبُ المحرمات التي دل عليها المحرمات ، فعلى هذا التقدير لا فرق بينهما لكن الأولى « المحرمات » على ما ذكره في البسيط وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (ق ١٣٩ / أ ، ١٣٩ / ب) .

(١) أي الملامسة بالشهوة فأما المسّ بغير شهوة ، فلا أثر له على المذهب . انظر الروضة (١١٣/٧) .

(٢) وهو الأظهر عند إمام الحرمين والنووي والبيضاوي . انظر الروضة (١١٣/٧) . المنهاج (٩٨) . الغاية (٢/ ٣٤) .

(٣) كلمة : « آخر » ساقطة من (ب) .

الجنس الثاني
ما يتعلق بتعبّدٍ عددي ولا تتأبّد [1] به الحرمة

وهي ثلاث :

المانع الأول
[2]نكاحُ الأختِ في عدة الأخت [2]

قال الله تعالى : ﴿ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾[3] فقيل : أراد ما سلف قبل التحريم فلا يرد ، وقيل : ما سلف في الجاهلية .

ثم ألحق به رسول الله ﷺ جميعَ [4] المحارم ، فقال : « لا تُنْكَح المرأةُ على عمتها ، ولا على خالتها » [5] . والضابطُ : أن كل شخصين بينهما قرابةٌ ، أو رضاعٌ ، لو كان أحدهما ذكرًا ، والأخرى أُنثى حَرُمَ النكاحُ بينهما : فلا يجوز الجمعُ بينهما .

---

(١) في الأصل : « فلا تتأبد » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « نكاح الأخت على الأخت » .

(٣) من الآية (٢٣) من سورة (النساء) . وقال الإمام الشافعي (رحمه الله) في تفسير هذه الآية : « كان أكبرُ ولدِ الرجل يَخْلُف على امرأة أبيه ، وكان الرجل يجمع بين الأختين ، فنهى الله (عز وجل) عن أن يكون منهم أحدٌ يجمع في عمره بين أختين ، أو يَنْكح ما نكح أبوه ، إلا ما قد سلف في الجاهلية قَبْل علمهم بتحريمه ، ليس أنه أَقَرَّ في أيديهم ما كانوا قد جمعوا بينه قبل الإسلام ، كما أقرَّهم على نكاح الجاهلية » . أحكام القرآن للشافعي (١ / ١٨٢) .

(٤) كلمة : « جميع » غير واضحة في الأصل ، وواضحة في (أ) ، (ب) .

(٥) ورد هذا الحديث عن بعض الصحابة ، وبألفاظ عِدة ومنها : ما رواه البخاري (٩ / ٦٤) (٦٧) كتاب « النكاح » (٢٧) باب « لا تنكح المرأة على عمتها » حديث (٥١٠٨) بإسناده عن جابر مرفوعًا . ورواه برقم (٥١٠٩) عن أبي هريرة بلفظ « لا يجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها » . ورواه مسلم في صحيحه (٢ / ١٠٢٨) (١٦) كتاب « النكاح » (٤) باب « تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح » حديث (١٤٠٨) .

ورواه أبو داود في سننه (٣ / ٥٥٣) حديث (٢٠٦٥) ، (٢٠٦٦) ، والترمذي (٣ / ٤٣٢) حديث (١١٢٥) عن ابن عباس . ورواه النسائي (٦ / ٩٧) عن أبي هريرة وجابر ، ورواه ابن ماجه (١ / ٦٢١) حديث (٩٣٠) عن أبي سعيد الخدري . ورواه مالكٌ في موطئه (٢ / ٥٣٢) بإسناده عن ابن عمر مرفوعًا .

واحترزنا بالقرابة والرضاع، عن الجمع بين المرأة وأُمّ زوجها، أو ابنة زوجها؛ فإنّ ذلك جائزٌ، وإن كان النكاح يَحْرم بينهما لو كان أحدهما ذكرًا.

ثم ألحق [1] الفقهاءُ ملكَ اليمين بالنكاح حتى قالوا: لو اشترى أمةً ووطئها: حرمت عليه أختُها وخالتها وعمتها. فإنْ مَلَكَ الجميعَ - فما لم يُحَرّم الموطوءةَ على نفسه ببيع، أو عتق، أو تزويج، أو كتابةٍ [2] - : فلا يحِلّ [3] له وطءُ الباقيات، ولا تقوم العوارضُ المحرِّمة مقامَ البيع، كالحيض، والعدة / بالشبهة، والردة، والإحرام. وفي الرهن والبيع بشرط الخيار خلافٌ. ١٦٥/أ

وتحلُّ الأختُ بالطلاقِ البائن، ولا تحلُّ [بالطلاق] [4] الرجعي، وقال أبو حنيفة (رحمه الله): لا تحل أيضًا بالبائن، وكذا الخلافُ في نكاح الخامسة [5].

فرع: لو وطَىء أمةً، ثم نكح أختها الحرة: صحَّ النكاح وحرمت الأَمةُ. وليس كما لو

---

(١) كلمة: «ألحق» غير واضحة في الأصل. وواضحة في (أ)، (ب).

(٢) الكتابة لغة: الضم والجمع، وفي الشرع: جمع حرية العبد مآلًا، مع حرية اليد حالًا. ومنه «المكاتب» أي العبد الذي يكاتِب سيدَه على نفسه في مقابل مال معين، فإن أداه عتق. ويطلق عليه المكاتب، بفتح التاء وكسرها. انظر: طلبة الطلبة ص (١٣٥). المصباح المنير (٢/٨٠٧). القاموس المحيط ص (٨١٤) مادة (ك ت ب). أنيس الفقهاء ص (١٧٠). معجم الفقهاء ص (٣٧٧).

(٣) في الأصل: «لا يحل» وهو جواب شرط «إنْ» والصواب دخول الفاء هنا.

(٤) زيادة من (أ).

(٥) **مذهب الشافعية**: أنه يجوز للرجل أن يتزوج أخت مُطَلَّقته - إذا كان الطلاق بائنا - ولو لم تَنْتَهِ عدةُ أختها، وكذلك يجوز لمن طلّق واحدة من زوجاته الأربع طلاقًا بائنًا: أن يتزوج بأخرى ولو لم تَنْتَهِ عدة المطلقة، وهو مذهب المالكية. انظر: مختصر المزني ص (١٦٧). منهاج الطالبين ص (٩٨). الروضة (٧/١٢١) تكملة المجموع (١٧/٣٣٣). شرح منهج الطلاب (٣/٢٦٧). المدونة (٢/٢٠٤). القوانين الفقهية ص (٢١٤). الشرح الكبير (٢/٢٥٥). جواهر الإكليل شرح مختصر خليل (١/٢٩٠).

مذهب الحنفية: أنه لا يجوز نكاحُ الأخت - أي أخت المطلقة - في عدة أختها، لا في الطلاق الرجعيّ ولا البائن. وكذلك لا يجوز نكاح الخامسة في عدة الرابعة من طلاق رجعي أو بائن، وهو مذهب الحنابلة. انظر: مختصر الطحاوي ص (١٧٦). المبسوط (٤/٢٠٢). بدائع الصنائع (٢/٢٦٣، ٢٤٦). الهداية (١/١٩٣). الاختيار لتعليل المختار =

نكحها ، ثم نكح عليها أختها ؛ فإن الطاريء لا يصح ؛ لأن ملك اليمين ضعيفٌ في مقصود الوطء ، فلا يدفع النكاحَ المقصود ، بل يُدْفع [1] به حِلُّه [2] .

ولو اشترى الرجلُ منكوحته ، صَحَّ الشراءُ وانفسخ النكاحُ ؛ لأن ملك اليمين أقوى في نفسه [3] .

* * *

= (٣/٨٦) . تبيين الحقائق (٢/١٠٨) . المقنع لابن قدامة ص (٢١١) . العدة في شرح العمدة ص (٢٧٥) . المغني لابن قدامة (٦/٥٤٣ ، ٥٤٤) .

(١) في (أ) ، (ب) : « يندفع » .

(٢) في (ب) : « حكمه » .

(٣) قوله : « في نفسه » ساقط من (ب) .

المانع الثاني

الزيادةُ على الأربع ممتنعٌ على الحرّ . والثالثةُ في حقِّ العبد كالخامسة في حقّ الحرّ ؛ فلا يزيد العبدُ على اثنتين . وقال مالك : يَنكح العبدُ أربعةً [1] .

فرع : لو نكح خمسًا في عقد ، فالعقدُ باطل فيهنَّ . ولو كان فيهن أختان بطل فيهما ، وفي الباقيات قَوْلَا تفريقِ الصَّفقَة [2] ، وكذا لو جمع بين مُعْتَدَّة وخَلِيَّةٍ من العدَّة ، ففي الخليّة القولان .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز للعبد أن يجمع أكثر من اثنتين . وهو مذهب الحنفية والحنابلة .

انظر : الأم (٥/٤١) . معرفة السنن والآثار (١٠/٩٤) . مختصر المزني ص (١٦٨) . روضة الطالبين (٧/١٢١) . حلية العلماء (٦ / ٣٩٧) . رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص (٢٠٨) . مختصر الطحاوي ص (١٦٧) . المقنع ص (٢١١) . الإفصاح عن معاني الصحاح (٢ / ١٢٤) .

مذهب مالك : أنه يجوز للعبد أن يجمع أربعًا كالحرّ تمامًا . وعنه روايةٌ توافق الجمهورَ : أن العبد لا يزيد على اثنتين . رواها ابنُ وهب . انظر : المدونة (٢ / ١٦١) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٤٥) . المنتقى شرح الموطأ (٣ / ٣٢٦) . أسهل المدارك شرح إرشاد السالك (٢ / ٩٢) .

(٢) الصفقة : هي عقد البيع ؛ لأنه كان عادتهم أن يضرب كلُّ واحد من المتعاقدين يدَه على يد صاحبه عند تمام العقد .

وتفريقُ الصفقة معناه : تفريقُ البيع ، وذلك يكون إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعُه ، وبين ما لا يجوز بيعه ، كمن باع حرًا وعبدًا في صفقة واحدة ، أو باع خمرًا ولبنًا في صفقة واحدة . ففي هذا البيع - عند الشافعية - قولان :

القول الأول : تفريقُ الصفقة . أي : يبطل البيع فيما لا يجوز ، ويصح فيما يجوز ؛ لأنه ليس إبطالُه فيهما - لبطلانه في أحدهما - بأولى من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما ؛ فبطل حملُ أحدِهما على الآخر ، وبَقِيا على حكمهما ، فصحّ فيما يجوز ، وبطل فيما لا يجوز . وهذا القول هو ما صححه جمهور الشافعية كما حكاه النووي في شرحه على المهذب (٩ / ٤٧١ - ٤٧٣) .

القول الثاني : أن الصفقة لا تُفرّق ، فيبطل العقد فيهما . واختلف الشافعية في علة البطلان على قولين :

الأول : يبطل ؛ لأن العقد جمع حلالًا وحرامًا ، فغلب التحريم .

الثاني : يبطل ؛ لجهالة الثمن فيما جاز بيعُه .

قال الشيرازي : فإن قلنا : « إن العقد يبطل فيهما » ردّ المبيعَ واسترجع الثمن . وإن قلنا : « إنه يصح في أحدهما » فله الخيار بين فسخ البيع وإمضائه ؛ لأنه يلحقه ضررٌ بتفريق الصفقة ، فثبت له الخيار . انظر : المهذب مع المجموع (٩ / ٤٦٩) .

=

....

= قال الحموي : « قوله (رحمه اللّه) : (لو نكح خمسًا في عقد واحد فالعقد باطل ، ولو كان فيهما أختان بطل فيهما ، وفي الباقيات قولا تفريق الصفة) .

فإن قيل : لِمَ خص الشيخ (رحمه اللّه) الخمسة بالذكر ومعلومٌ أنه لو فرض ذلك في الثلاث والأربع لكان حكمها كحكم الخمس .

فإن قيل : أمكن أن يقال : في الخمس ثلاث فوائد :

إحداها : أنه لو لم يكن فيهن أختان وكنَّ خمسًا بطل النكاح وجهًا واحدًا وهي أولُ درجةِ البطلان دون السبب وما تحتها ، فعلى هذا اختصت الخمسة بهاتين الفائدتين ، وفائدة مشتركة في صورة لو كان في الخمس أختان بطل فيهما وفي الباقي قولا تفريق الصفقة وهو كذلك في الثلاث والأربع ، فإن قيل : فكيف يكون الأختان محسوبةً مع الخمس ولم يذكر الشيخ إلا خمسًا ولم يتعرض للسبع ، ولا في لفظه ما يدل عليها من حيث إن « في » : لا تستدعي المعية حقيقة بالاتفاق ؟ .

قلت : وإن كان كذلك إلا أن مرادنا الأختين إذا اجتمعتا مع الخمس كان فيهما ما ذكرنا من المعنى دون أن يكون في معنى .

ثم أقول : ولو فرضناها كذلك جاز أن تكون بمعنى المعية تجوُّزًا في اللغة ، والذي يدل على ذلك ورودُها في الكتاب العزيز بمعنى « مع » في قوله تبارك وتعالى : ﴿ وأَدْخِلْني برحمتك في عبادك الصالحين ﴾ وكذلك قوله تبارك وتعالى : ﴿ فادْخُلي في عبادي وادخلي جنتي ﴾ وكذلك قوله عز وجل ﴿ فخرج على قومه في زينته ﴾ أي مع زينته .

وإذا كان كذلك كان ما ذكرناه جائزَ الاحتمال دون ذلك مع الفقه أيضًا في قوله : أنت طالقٌ طلقةً في طلقتين ، أو قال في الإقرار : له عليَّ درهمٌ في درهمين ، فإنه إذا قال ذلك وأراد المعية لزمه الثلاثُ بالاتفاق ، وما كان كذلك إلا لكونه جائزَ الإرادة ، ولسنا نريد أن تجتمع الفوائدُ في الخمس دفعةٌ واحدة وإنما يقع ذلك على سبيل البدل كما لا يخفى » . مشكلات الوسيط (ق ١٣٩ / ب - ١٤٠ / ب) .

المانع الثالث
استيفاء عدد الطلاق

فلا تحلُّ المطلقة ثلاثًا حتى تَنكح زوجًا غيرَه ، ويَطأ [1] في نكاح صحيح ، ثم يُطلّقها ، وتَنْقَضِي [2] عِدَّتُها . ولا يحصل [3] بالوطء في ملك اليمين . والمذهبُ : أنه لا يحصل [4] بالوطء في نكاح فاسد . ويحصل بوطء الصَّبِيّ ، ونزولِها على الزوج وهو نائمٌ ، وبالاستدخال من غير انتشار [5] . وفيه وجه بعيد . ويحصل بمجرد تَغْييب الحشَفة ، أو مقدار الحشفة من مقطوع الحشفة [ومنهم من قال : لابُدَّ من تغييب الجميع إذا زالت الحشفة] [6] .

ومن لطائف الحيل للفرارِ من الغيظ ، أن يَشتري عبدًا صغيرًا ، ويُزَوِّجَها منه ، ثم يَسْتدخل زُبَيْبَةَ الصغير - ولو مع حائل من ثوب - ثم يَبيع العبدَ منها حتى ينفسخ النكاحُ ، فيحصلُ التحليلُ ، إلا إذا قلنا : لا يجوز إجبار الصغير [7] .

فإن قيل : فما معنى قولِه (عليه السلام) : « لَعَن الله المحلِّلَ والمحلَّلَ له » ؟ [8] .

---

(١) يعني ويطؤها الزوج . وفي (أ) ، (ب) : « ويطؤها » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وتقضي » .

(٣) في (ب) : « ولا تحلّ » .

(٤) في (ب) : « لا تحلّ » .

(٥) والصحيح أنها لا تحلّ بذلك ، وبه قطع الجمهور . انظر الروضة (٧ / ١٢٤) . المنهاج ص (٩٨) . الغاية (٢ / ٧٣٥) .

(٦) ما بين الحاصرتين زيادة من (ب) .

(٧) قال الحموي : « قوله (رحمه الله تعالى) : (ومن لطئف الحيَلِ الفرارُ من الغيظ ، وهو أن يشتري صغيرًا فيزوجها منه ثم تستدخل زبيبَه الصغيرَ ثم يبيع العبد منها ، حتى ينفسخ النكاحُ ويحصل التحليلُ ، إلا إذا قلنا : لا يجوز إجبار العبد الصغير على النكاح) .

فإن قيل : قال الشيخ (رحمه الله) : (ومن لطائف الحيل . . .) وقد قال النبي ﷺ : « لعن الله المحلِّلَ والمحلَّلَ له » وهذا التماسُ تحليلٍ لا بطريقه ؟ .

قلت : أراد الشيخ (رحمه الله) أنه لا يتوقف نكاحُ المحلل على تطليق الزوج وإلا فذاك مكروه . هذا ، مع أن الخبر محمولٌ على شرط ذلك في العقد . وما ذكره ليس بشرط هذا الباب ؛ لكونه لم يشترطه في العقد » . مشكلات الوسيط (١٤٠ / ب ، ١٤١ / أ) .

(٨) حديث صحيح : وهو مرويّ عن عدة من الصحابة (رضي الله عنهم) ومن ذلك ما رواه أبو داود في سننه (٢ / ٥٦٢) =

قلنا : قيل : أراد به طالبَ الحِلِّ من نكاح المتعة ، وهو المؤقت رسمًا [1] ، وسمِّي محلِّلا - وإن لم يُحَلل [2] [له] [3] - ؛ لأنه يعتقده ، ويطلب الحلَّ منه ، وأما طالبُ الحلّ من طريقه فلا يَسْتوجب اللعنَ . وقيل : إنما لُعِنَ مع حصول التحليل ؛ لأنَّ التماسَ ذلك هتْكٌ للمروءة . والملتمِسُ هو المحلَّل له ، وإعارةُ النفسِ في الوطءِ لِغرَض الغَيْر أيضًا رذيلةٌ ؛ فإنه إنما يطؤها لِيُعرضها لوطءِ الغير ، وهو [4] قلةُ حميَّةٍ ، ولذلك قال (عليه السلام) : « ذلك هو التَّيْسُ المستعار » [5]....

= (٦) كتاب « النكاح » (١٦) باب في « التحليل » حديث (٢٠٧٦) عن علي مرفوعًا ، ورواه الترمذي (٤٢٨/٣) حديث (١١٢٠) عن ابن مسعود مرفوعًا وقال : حديث حسن صحيح ، ورواه النسائي (١٤٩/٦) عن ابن عباس ، ورواه ابن ماجه (٦٢٢/١) حديث (١٩٣٦) عن عقبة بن عامر ، وراه أحمد في مسنده عن أبي هريرة ، ورواه الدارقطني (٢٥١/٣) والحاكم في مستدركه (١٩٩/٢) وقال : حديث صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه . ووافقه الذهبيُّ ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٠٨/٧) وعبد الرزاق في مصنفه (٢٦٩/٦) وابن أبي شيبة في المصنف (٥٥٣/٣) .

والحديث حسَّنه عبدُ الحق الإشبيلي في أحكامه ، وصححه الزيلعيُّ ، وصححه ابنُ القطان وابنُ دقيق العيد على شرط البخاري . انظر نصب الراية (٢٣٩/٣ وما بعدها) ، التلخيص الحبير (١٩٤/٣) .

(١) قوله : « رسما » ساقط من (ب) .
(٢) في (أ) : « يحل » .
(٣) زيادة من (ب) .
(٤) في (أ) : « وهي » .

(٥) حديث حسن : رواه ابن ماجه (٦٢٢/١) (٩) كتاب « النكاح » (٣٣) باب « المحلل والمحلل له » برقم (١٩٣٦) والدارقطني في سننه (٢٥١/٣) والبيهقي في السنن الكبرى (٢٠٨/٧) ، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٦٤٦/٢) جميعا من طرق عن الليث بن سعد قال : قال لي أبو مصعب مِشْرَح بن هاعان عن عقبة بن عامر قال : قال رسول الله ﷺ : « ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟» قالوا : بلى ، يا رسول الله ، قال : « هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له » . وقد أعلّ بعضُهم هذا الحديثَ بعلتين :

الأولى : عدم سماع الليث بن سعد من مشرح ، كما ذكر ذلك ابن أبي حاتم في علل الحديث (٤١١/١) . وهذه العلة مردودة ؛ بما ثبت في بعض طرق الحديث ، من تصريح الليث بالسماع من مشرح . انظر : نصب الراية (٢٣٩/٣) . التعليق المغني على الدارقطني (٢٥١/٣) .

الثانية : أن في إسناده مشرح بن هاعان ، وقد اختُلِفَ فيه ، فذكره ابن حبان في كتابه الثقات ، وذكره أيضًا في المجروحين (٢٨/٣) وقال : « يروي عن عقبة مناكير لا يُتابع عليها . والصوابُ في أمره تَرْكُ ما انفرد به من الروايات ، والاعتبارُ بما وافق الثقات » ا . هـ . وممن وثقه ابن معين والذهبي . انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٤٥/٨) ، ميزان =

وإنما يكون [ذلك] (١) مستعارًا ، إذا سَبق منه (٢) التماسّ من المطَّلق . ومن عرَّضَ - لوطء الغير - مَنْ هي منكوحتُه ، أو من كانت منكوحتَه ، أو ستكون (٣) منكوحته - فهو مذمومٌ جدا ، فلا يبعد أن يُلعَن . ولا يَقْتضي هذا اللعنُ بطلانَ العقد ؛ لأنه سماه مع ذلك محلِّلا ، إلا [أنه] (٤) إذا شُرِط الطلاق في نفس العقد ، فإنه يفسد على وجهٍ كالتأقيت (٥) ، ولا يفسد على وجه ؛ لأنه شرطٌ فاسد كما لو شرط أن لا يَتسرَّى عليها ، ولا يُسَافر بها ، وكسائر الشرائط المفسِدة للمهر .

وأما التأقيتُ ، فإنه وَضْعٌ للعقد قاصرًا (٦) على مدة ، ولا يمكن الاقتصار ولا التَّسْرِية (٧) .

أما إذا قال : بشرط أن لا تحلّ لك ، فينبغي أن يَفْسد ؛ لأنه يجعل اللفظ متناقِضًا . ولو قال : « بشرط أنْ لا تطأها » ففيه وجهان (٨) .

= الاعتدال للذهبي (١١٧/٤) . مصباح الزجاجة للبوصيري (٣٤٠/١) . وقد ذكر الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٢٣٩ وما بعدها) أن عبد الحق الإشبيلي قد حسَّن هذا الحديث في كتابه « الأحكام الكبرى » .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) كلمة « منه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « وستكون » .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) ورجحه الغزالي في الوجيز (١٢/٢) ، وضعَّفَ مقابله ، وكذا رجح النووي والرافعيّ البطلانَ على الأظهر كما في الروضة (١٢٦/٧) .

(٦) في (ب) : « قاصر » .

(٧) التسرية : اتخاذُ جاريةٍ للملك والجماع ، ومنه « السُّرِّيَّة » ووزنُها « فُعْلِيَّة » ، وأصل « التسَرِّي » : تسرَّر من « السرور » ، أبدلوا من إحدى الراءات ياءً ، كما قالوا : تقضَّى من « تقضَّض » و« تمطَّى » من « تمطَّط » . وقيل : أُخذت من « السِّرّ » وهو « الجماع » ، سُمّي « سرًا » لأنه يُفْعل سرًا ، أو أخذت من « السِّرّ » وهو « الإخفاء » ؛ لأن الرجل كان السُّرِّية عادةً من زوجته ، ويسترها أيضًا من الابتذال . انظر : مختار الصحاح ص (٢٩٧) . تصحيح التنبيه للنووي ص (١٠٢) لسان العرب لابن منظور (١٩٨٩/٣) . مادة (س ر ر) . معجم لغة الفقهاء ص (١٣٠) .

(٨) والمذهب البطلان إذا شَرطت المرأةُ أن لا يطأها . والصحةُ إذا شرط الزوج أنْ لا يطأها ؛ لأنه حقه فله تركُه ، والتمكينُ عليها . انظر الروضة (١٢٧/٧) .

وهذه الشروط إذا لم تُقارِن العقدَ لا تضُرُّ ، وفيه وجه بعيد : أن المقدَّم (١) كالمقارِن ؛ أَخْذًا من مَهر السِّرّ والعلانية (٢) كما سيأتي . وعلى هذا ، لا يصح التحليلُ بالالتماس ، إلا إذا زوَّج مطلقا ، ثم التمس الطلاقَ بعد العقد .

* * *

(١) من قوله : « ولو قال : بشرط ... إلى قوله : أن المقدم » ساقط من (ب) .

(٢) مهر السر والعلانية ، هو أن يتفق وليُّ المرأة مع الزوج على مهر معين فيما بينهما ، ثم أمام الناس - عند العقد - يزيدون في هذا المهر . انظر : حقوق الزوجة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد حسني (٥١ - ٥٧) .

الجنس الثالث من الموانع

الرّقّ والملْك

أما الرقّ : فمانعٌ على الجملة عند الشافعي (رضي الله عنه) في بعض الأحوال ؛ فلا يجوز للحرِّ المسلم أن يَنكح الأَمَة إلا بخمسة [١] شرائط :

ثلاثةٌ فيه : وهو [٢] فَقْدُ الحرة تحته ، وفَقْد طَوْلِ الحرة [٣] ، وخَوْفُ العنت .

واثنان في الأمة : وهي أن تكون مسلمةً ، ومملوكةً لمسلمٍ .

الشرط الأول : ألا يكون تحته حرة . فإن كانت [٤] تحته رَتْقَاءُ [٥] ، أو هَرِمة [٦] ، أو غائبة ، أو كتابية : لم يَجُزْ أيضًا نكاحُ الأَمَة [٧] ، بل يجب عليه طلاقها ، بخلاف ما إذا وَجَد مالًا ، ولكنه

---

(١) في (أ) : « بخمس » ، وهو خطأ . (٢) في (أ) : « وهي » .

(٣) طَوْل الحرة : هو المقدرة على صداقها وكُلْفتها . انظر : المصباح المنير (٢ / ٥٨٢) مادة (ط و ل) .

(٤) في (ب) : « فإن كان » .

(٥) الرَّتْق : ضدّ الفَتْق . يقال : امرأةٌ رتْقاء بيِّنةُ الرَّتَق ، أي : لا يُستطاع جِماعُها ، أو لا خَرْقَ لها إلا المبال خاصة ، وقد يكون الرحم مُنسدًا بعظم ونحوه ، أو مُلْتحما بحيث لا يمكن جماعها .

انظر : تصحيح التنبيه ص(١٠٥) . المصباح المنير (١/٣٣٥) . القاموس المحيط ص(١١٤٣) . مادة (رت ق) . أنيس الفقهاء ص (١٥١) .

(٦) الهَرَم : كِبَرُ السّنّ ، ويقال للرجل : هَرِمٌ . وللمرأة : هَرِمة ، أي : كبيرة ضعيفة لا تحتمل الوقاع ، أو لا رغبة لها أصلًا في ذلك . انظر : مختار الصحاح ص (٦٩٤) . المصباح المنير (٢ / ٩٨٦) مادة (هـ ر م) .

(٧) في (أ) : « الكتابية » وهو خطأ .

قال الحموي : « قوله (رحمه الله تعالى) : ألا يكون تحته حرة ، فإن كان تحته حرةٌ هَرِمَةٌ أو غائبة أو كتابية ، لم يجز أيضًا نكاح الأمة) .

فإن قيل : كيف قال : « حرة » ولو قال : « منكوحة » لكان يقع على الحرة والأمة وهو أولى كما لا يخفى ؟.

قلت : إنما ذكر « حرة » لكونها أعمّ وقوعًا وكانت الأمة في معناها » . مشكلات الوسيط (ق ١٤١ / أ) .

غائب ، فإنه كالفاقد للطَّول .

الشرط الثاني : فَقْدُ طَوْلِ الحرّة . فمن ليس تحته حرة ، ولكنه قادر عليها : لم يَجُزْ له نكاحُ الأمة ، لقوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ... ﴾ [(١)] الآية .

ويجوز للمفلس نكاحُ الأمة . وإن وَجَدَ حرةً تَرْضى بمهر مؤجل [جاز] [(٢)] لأنّ الأجل سيحلُّ وهو مُعْسِرٌ . وكذلك إذا كان له مال غائب ، وهو يخاف العنتَ في الحال قبل القدرة على المال . وكذلك إذا رضيت الحرةُ بدون مهر المثل ، ومَلَك ذلك القَدْرَ ؛ لأنه لا يَلزمه تحمُّلُ المِنَّة . وفيه وجه آخر - اختاره الصيدلاني - : أنه لا يجوز له نكاحُ الأمة ؛ لأن المِنّة بالمهر مُسْتحقرٌ [(٣)] في النكاح ، بخلاف المِنّة في بَيْع الماء ، والثوبِ الساتر للعورة في الصلاة .

ولو وجد مالًا ، ولم يجد حرة يَنْكحها : جاز له نكاحُ الأمة . ولو لم يجد إلّا حرةً تُغَاليه في المهر مُغَالاةً - يُعَدُّ احتمالُ ذلك سَرَفًا بالإضافة إلى مقاصد النكاح : فله نكاحُ الأمة . وإن كان ذلك قدرًا قريبًا لم يرخَّص / بسببه . ١٦٥/ب

وكذلك الوليّ إذا نقص من مهر المثل قدرًا يُحتمل ذلك لأغراض النكاح ، فلا ينبغي أن يثبت الإعراض [(٤)] للمرأة ، بل إذا أفرط في النقصان ؛ فإنّ مقاصد النكاح تُغطّي على هذه المحقرات . وكذلك لو لم يجد إلا حُرة [(٥)] غائبة غَيْبةً قريبة يُحتمل مثلُها في مقاصد النكاح : لم ينكح الأمة ، وإن كانت بعيدًا نكح الأمة .

ولو لم يَجِدْ إلّا [(٥)] حُرة كتابية ، جاز له [نكاحُ] [(٦)] الأمة على أحسن الوجهين [(٧)] ؛ لأنّ الحذر

---

(١) من الآية (٢٥) من سورة (النساء) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « تستحق » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الاعتراض » . وهو أليق .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (ب) . (٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (ب) : « أظهر الوجهين » . وفي الروضة : أن الأصح أنه يتزوج الحرة الكتابية ولا يتزوج الأمة ، وهو خلاف ما رجحه الشيخ الغزالي (رحمه الله) . انظر الروضة (١٢٩/٧) .

من مخالطة المشركات مُهِمّ ، ويَشْهد له ظاهرُ قوله : ﴿ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ (١) .

الشرط الثالث : خَوْفُ العَنَت . وإنما يتمُّ ذلك بغلبة الشهوة ، وضَعْف عِصام التقوى . ولا يُشْترط في الخوف غلبةُ وقوعِ الزنا ، بل توقُّعُ وقوعِه ، كما أن الطريق المخوف هو الذي يُتَوقع فيه الهلاكُ وإن لم يَغلب (٢ . والأَمْنُ هو أن لا يُتَوقع ٢) ، وإن كان ذلك ممكنًا على الندور .

ومَنْ ضعفتْ شهوتُه ، وقَوِيَ تقواه (٣) ، فهو آمن . ومَنْ غلب [عليه] (٤) شهوتُه ، ولكنه راسخ التقوى ؟ فإن كان يُفْضِي به الصبرُ إلى مرض فلينكح الأمةَ ، وإلا فالصبرُ أحسنُ من إرقاقِ الولد ، ولا يبعد أن يترخَّصَ ولا يُكَلَّف المشقةَ في مصابرة الشهوة .

ومَنْ قدر على التَّسَرِّي ، فالظاهرُ أنه لا ينكح الأمةَ ؛ لأنه لا يخاف العنت . وفيه وجهٌ : أنه ينكح ؛ لأن مِلك اليمين لا يُقصد به التحصُّنُ .

الشرط الرابع في الأمة : وهي أن تكون مسلمة . فلا يحلُّ عند الشافعي (رضي الله عنه) للمسلم نِكاحُ الأمةِ الكتابيةِ بحالٍ (٥) ؛ لقوله تعالى : ﴿ مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ... ﴾ (٦) وكأن الأصلَ في المشركات والإماءِ التحريمُ ، وهذا مُستثنًى مع التقييد .

الشرط الخامس : أن تكون مملوكةً لمسلمٍ ؛ حتى لا يُرَقَّ ولدُ المسلمِ لكافرٍ (٧) ، وفي هذا الشرط خلافٌ ، ولعل الظاهر أنه لا يشترط ؛ لأنه إنْ رَقَّ لكافرٍ فيُبَاع عليه في الحال .

---

(١) من الآية (٢٥) من سورة (النساء) .

(٢) في (ب) : « والآمِنُ هو الذي لا يتوقع » .

(٣) الشائع في الاستعمال هنا تأنيث الفعل - أي لحوق تاء التأنيث بآخر الفعل - فيقال : « قَوِيَتْ تَقْواه » . وخُلُوُّ الفعلِ هنا من تاء التأنيث استعمالٌ صحيح جائز ؛ إذ يجب تأنيث الفعل في مواضع ليس هذا منها .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) انظر : الأم (٥ / ٦) . التنبيه للشيرازي ص (١٠٤) .

(٦) من الآية (٢٥) من سورة (النساء) . وهو يحتج هنا بمفهوم المخالفة ، وهو حجة عند الشافعية ، غير حجة عند الحنفية . انظر : تفسير النصوص في الفقه الإسلامي (١ / ٦٦٥ - ٦٨٨) . أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء د - مصطفى سعيد الخِنّ . ص (١٧١ - ١٨٤) .

(٧) في (أ) ، (ب) : «للكافر» .

واختتامُ الشرائطِ بأمرين :

أحدهما : أن العبدَ لا تُعتبر فيه الشرائطُ كلُّها إلا الشرط الرابع والخامس ، بل الأمةُ في حقِّه كالحرة حتى يجوزَ [له] (١) الجمعُ بين الأَمَتَيْنِ (٢) . ولا يجوزُ للحرِّ الجمعُ بين أَمَتَيْنْ بحال . وهذا ؛ لأن المحذورَ من نكاح الإماءِ إرقاقُ الولد ، والعبدُ رقيقٌ ليس (٣) عليه النظرُ لولدِه الموجودِ ، فلا يُؤْمر بالنظّر لولدِه المفقود .

والمكاتبُ ، ومَنْ نصفُه رقيقٌ - في هذا - كالعبد ، كما أنَّ مَنْ نصفُها رقيقٌ (٤) كالأمة ، حتى تفتقرإلى الشرائط في نكاح الحرّ إياها . نعم ، يُحتمل ترددٌ في أن مَنْ قدر على مثلها ، هل يجوز له نكاحُ أمةٍ كاملةِ الرقِّ ؛ لأنّ إرقاق بعض الولد أهونُ من [إرقاق] (٥) جميعه ؟ .

وأما الحرُّ الكتابيّ ، فهو كالمسلم في شرائط النكاح إلا في نكاح الأمة الكتابية ، إذ نصّ الشافعيّ (رضي الله عنه) [على] (٦) أن الكافر يُزَوِّج أَمَتَه (٧) . وذلك يدلّ على أن تزويجها ممكن ، ويتجه (٨) ذلك من حيث إنّ الكفر ليس نقصًا في حق الكافر . ولكن هذا ينقضه نصُّ الشافعي (رضي الله عنه) : أن العبد المسلم لا ينكح الأمة الكتابية (٩) . والرقُّ ليس نقصًا بالإضافة إليه لما (١٠) اعْتَوَرَها نقصان (١١) في حقه . فمن الأصحاب مَنْ جعل المسألتين على قوليْن . ويرجعُ الخلافُ إلى أن الأمة الكتابية ، هل هي مُحَرَّمَةٌ في عينها كالوثنيّات ، أو هي محرمةٌ لاجتماع النقصَيْن ؟.

الأمر الثاني : أنّ شرطَ فَقْدِ الحرة وطَوْلِها وخوفِ العنت ، يُعتبر في ابتداء النكاح دون دوامه ، فلو نكح حرةً على أمة يجوز ، وقال المزني : « ينقطع نكاحُها بِوُجْدانِ طَوْلِ الحرة والقدرةِ عليها فضْلًا عن وجودها » (١٢) .ولم يَطّرد ذلك في زوال خوف العنت .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٢) في (أ) : « أمتين » .
(٣) في (ب) : « وليس » .
(٤) في (أ) : « رقيقة » .
(٥) زيادة من (ب) .
(٦) زيادة من (أ) .
(٧) انظر روضة الطالبين (٧ / ١٣٢) .
(٨) في (ب) : « ويتحيز » وهو خطأ .
(٩) انظر الأم (٥ / ٦) .
(١٠) في (أ) ، (ب) : « فما » .
(١١) في (ب) « نقصانان » .
(١٢) نصُّ المزنيّ في مختصره : « ولو تزوجها - يعني الأمة - ثم أيسر لم يُفْسِده ما بعده » ، انظر مختصر المزني ص (١٧٠) ، وهو موافقٌ بذلك لنصّ الشافعي نفسِه في هذه المسألة . انظر : الأم (٥ / ١٠) .

وأما إسلامُ المالك - إنْ شرطناه - فلا شكَّ في أنه لا يُعتبر في الدوام .

فَرْع : لو جمع بين حرةٍ وأمةٍ في عقد واحد : بطل نكاحُ الأمة ، وفي نكاح الحرة قولا تفريقِ الصفقةِ . الأصحُّ - وهو نصُّ القديم [1] - صحةُ نكاحِ الحرة [2] ؛ لأن النكاح لا يفسد بفساد المهر ، فكيف يفسد بفساد القرينة المبايِنة له [3] ؟! .

ولو جمع بينهما مَنْ يَحِلُّ له نكاحُ الأمة مع القدرة على الحرة - وهي أن تكونَ هذه الحرةُ رضِيَتْ بدون مهر المثل ، وقلنا : لا يلزمه تقلُّدُ المنّة - فلا يصحُّ هاهنا نكاحُ الأمةِ ؛ لأنّ الأَمَة لا تُضَامُّ الحرة [4] ؛ فلا يَصحُّ [5] إلا إذا سبق نكاحُها ، وها هنا لم يسبق . وأما نكاح الحرة فطريقان :

أحدهما : طرد القولين .

والآخر : القطعُ بالفساد ؛ كما لو جمع بين أختين ، فإنه الآن قادر عليهما جميعًا . وهذا بعيد ؛ لأنّ إحدى الأختين ليست أولى بالدَّفع ، وهاهنا الأمةُ أَوْلى بالدفع .

* * *

(١) في (أ) : « وهو النص القديم » .

(٢) حكى النصَّ القديمَ الإمامُ المزني في مختصره ص (١٧٠) .

(٣) المباينة : المنفصلة . انظر : المصباح المنير (١ / ١١٢) مادة (ب ي ن) .

(٤) يعني أن الأمة لا يجوز أن تُضَمّ (يعني : تُنكح) إلى الحرة ، بخلاف نكاح الحرة على الأمة ، فإنه جائز كما قاله قريبا في « الأمر الثاني » . وفي نسخة (ب) : « لا تُضَاهي الحرة » .

(٥) غير واضحة في الأصل وواضحة في (أ) ، (ب) .

المانع الثاني

الملك

وهو وراءَ الرقِّ ؛ فإنَّ مَنْ يحِلُّ له نكاحُ الأمة ، لا يحلُّ له أن ينكح [1] أمةَ نفسِه وإنْ قلنا : إنّ القدرةَ على التسرِّي لا تمنع نكاحَ الأمة . بل لو اشترى زوجتَه أو وَرِثَها انفسخ [2] النكاحُ . وكذلك لا تَنْكِح الحرةُ عَبْدَ نفسِها . ولو اشترتْ زوجَها العبدَ - أو ورثتْه - انفسخَ النكاحُ .

* * *

---

(١) في (أ) : « نكاح » .

(٢) قوله : « انفسخ » ساقط من (ب) .

الجنس الرابع من الموانع
الكفر

(وفيه ثلاثةُ فصول)

الفصل الأول
في أصناف الكفار

وهي ثلاثة / : ١٦٦/أ

الصنف الأول : أهل الكتاب . وهم اليهود والنصارى ، وكفرُهم أَخَفُّ ؛ فتحلُّ مناكحتُهم وذبائحهم . وحكمُهم في حقوق النكاح كالمسلمات إلا في الميراث ، إذ لا إِرْثَ مع اختلاف الدين [١] . ولا كراهيةَ في نكاحهنَّ ؛ فإن الاستفراش [٢] إهانةٌ ، والكافرةُ جديرةٌ بذلك . وقال مالك : « يُكره نكاحُهنّ » [٣] . نعم ، الحربية الكتابية [٤] يُكْره نكاحُها ؛ فإنَّ صُحبة الكفارِ فى ديارهم توجبُ الافتتانَ ، وربما تُسْبَى الحربيّةُ ، وهى حاملٌ بولد مسلم ، والكراهية تثبت بأقلَّ من هذا .

---

(١) وذلك لقوله ﷺ : « لا يرث المسلمُ الكافرَ ، ولا يرث الكافرُ المسلمَ » رواه مسلم في صحيحه (٣ / ١٢٣٣) (٢٣) كتاب « الفرائض » حديث (١٦١٤) . ورواه أبو داود (٢٩٠٩) والترمذي حديث (٢١٠٨) وابن ماجه حديث (٢٧٢٩) .

(٢) في (أ) : « الافتراش » .

(٣) كره الإمام مالك (رحمه الله) نكاح الكتابية بغير تحريم ، رواه عنه جماعة من أصحابه ، واحتج لذلك بأنه لا يرى أن يضع الرجلُ ولدَه عند من تشرب الخمر وتأكل الخنزير وتغذيه ، وغذاءُ الولد مما تأكله المرأة ، وتغلب الصبيَّ ، فتضربُه على ما لا يجوز ، ويضاجعها الرجل ولا تغتسل ، فتركُ ذلك أفضلُ من غير تحريم . وقد استحبَّ الإمامُ الشافعي تَرْكَ نكاحهن أيضًا ، فقال : « ويحل حرائر أهلِ الكتاب لكل مسلم ، لأنّ الله أحلهنَّ بغير استثناء ، وأَحَبُّ إليّ لو لم ينكحهنَّ مسلمٌ » ا . هـ . انظر: المدونة (٢ / ٢١٦) . المنتقى (٣ / ٣٢٩) . الأم (٥ / ٧) . معرفة السنن والآثار للبيهقي (١٠ / ١٢٠) .

(٤) فى (أ) : « الحرة الكتابية » وهو خطأ .

الصِّنْفُ الثاني : عَبَدَةُ الأوثانِ والمُعَطِّلةُ والدهريةُ [١] ، ومن لا يُقَرُّ بالجزية ، فلا يَحِلُّ نكاحُهم وذبائِحُهم ، وتدخل فيهم المرتدة [٢] .

الصنف الثالث : المجوس . ويُسْلَكُ بهم مسلكَ أهل الكتاب في التقرير بالجزية [٣] دون المناكحةِ والذبيحةِ . وحُكِي في مناكحتهم قولٌ بعيدٌ للشافعيّ (رضي الله عنه) . ولا وجهَ له ، وقيل : كان لهم كتابٌ فأُسْرِيَ به .

ثم حَقُّ [٤] الكتابية في القَسْم والنَّفقة وسائر الحقوق كالمسلمة . وللمسلم مَنْعُها من الخروجَ إلى الكنائس ، كما له مَنْعُ المسلمة من المساجد . وله أن يُلزمها الغسلَ من الحيض ؛ حتى تحِلَّ له . وهل يُلزمها الغسلَ من الجنابة لأجل العيافة؟ فيه قولان . وكذلك في إلزام الاستحداد [٥] الذي يَكسَر

---

(١) الدّهرية : منسوبة إلى « الدهر » وهي فرقة تنكر وجود الخالق - سبحانه وتعالى - ويقولون : لا إله ، ولا صانع للعالم ، وأن هذه الأشياء وُجِدت بلا خالق ، فهُمْ قومٌ عطلوا المخلوقات عن خالقها وقالوا - كما حكاه عنهم القرآن - : ﴿ ما هِيَ إِلَّا حَيَاتُنَا الدُّنْيَا نَمُوتُ وَنَحْيَا وَمَا يُهْلِكُنَا إِلَّا الدَّهْرُ ﴾ (الجاثية : ٢٤) ويقولون أيضًا ببقاء الدهر . انظر : تلبيس إبليس لابن الجوزي ص (٥٥) ، لسان العرب (١٤٣٩/٢) ، القاموس المحيط ص(٥٠٥) . كشاف اصطلاحات الفنون (٢٧٤/٢) مادة (دهر) . معجم لغة الفقهاء ص (٢١١) .

(٢) في (أ) : « المرتد » ، والارتداد هو الرجوع ، ومنه « الردة » - والعياذ بالله - وهي قطعُ الإسلام بنيّةٍ أو قولٍ أو فعلٍ ، كالسجود للصنم ، والاستخفاف بالمصحف ، أو الاستخفاف بشعائر الإسلام المشهورة التي لا يُعْذَر أحدٌ بجهلها ، أو الطعن في الشريعة ، أو ازدراء حكم شرعي معلوم ، أو الاستهزاء بأحد رسل الله الكرام أو غير ذلك مما نصَّ العلماءُ على أن مَنْ قاله أو فعله كَفَر ، والعياذُ بالله .

انظر : مختار الصحاح ص (٢٣٩) مادة (ر د د) ، تصحيح التنبيه ص (١٤١) ، الفقه الأكبر لأبي حنيفة وشَرْحه لِمُلّا على القاري ص (١٤٦ وما بعدها) ، كشاف اصطلاحات الفنون (٣/ ٣١) ، تيسير العزيز الحميد شرح كتاب التوحيد للشيخ سليمان بن عبد الله ص (٦١٧) معجم لغة الفقهاء ص (٢٢١) .

(٣) في (أ) : « في الجزية » .

(٤) كلمة : « حق » ليست في (ب) .

(٥) الاستحداد : إزالة شعر العانة ، سواء أُزيل بنتفٍ ، أو نَوْرة ، أو حَلْق . والاستحدادُ : مأخوذ من « الحديدة » وهي الموسي التي يُحلق بها .انظر : تصحيح التنبيه ص (١٠٤) . القاموس المحيط ص (٣٥٢) مادة (ح د د) .

الشهوةَ تركُه ، وكذلك في المنع مِن تناول الخنزير والمستقْذَرات وأكْلِ الثُّوْم ، وكلُّ ذلك[١] في المُسْلمة أيضًا .

* * *

(١) كلمة : « ذلك » ساقطة من (أ) .

الفصل الثاني
في أقسام أهل الكتاب

فنقول : مَنْ آمن أَوَّلُ آبائه قبل التحريف أو بعده ، ولكن عَلِمَ المحرَّفَ ولم يؤمنْ به – وكانت من نسب بني إسرائيل – فقد اجتمع لهما الشَّرَفَانِ ؛ فيصح نكاحُها قطعًا . وإن لم تكن من بني إسرائيل ففي جوازِ نكاحِها قولان . وإن كان أولُ آبائها [1] آمَنَ بعد التحريف ففي [1] جواز نكاحها أيضًا قولان . وإنْ شككنا في ذلك ، فقولان مرتبان وأولى بالجواز .

ولا خلافَ في أنّ مَن آمنَ أوّلُ [2] آبائِه بعد المبْعث [3] أو شككْنا في ذلك ، لم تَحِلَّ مناكحتُه .

وإذا آمنَ أولُ آباءِ اليهوديّة بعد نزول [4] عيسى (عليه السلام) فهل يكون كما بعد المبْعث ؟ فيه وجهان ، والأقيسُ : أن لا يُعْتبر نسب بني إسرائيل ، ولا يقدّم إيمانُ الآباء على التحريف [5] .

---

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٢) قوله : « آمن أول » ساقط من (ب) .

(٣) أي بعد بعثة نبينا ﷺ .

(٤) كلمة : « نزول » ليست في (ب) .

(٥) في الروضة تفصيل حسن في هذا الأمر ، قال « الكتابية التي ينكحها المسلم ضربان : إسرائيلية ، وغيرها .

الضرب الأول : التي ليست من بني إسرائيل ، ولها أحوال :

أحدها : أن تكون من قوم يُعْلم دخولُهم في ذلك الدين قبل تحريفه ونسخه ، فيحلّ نكاحها على الأظهر ، وقيل : قطعا ، وهؤلاء يُقَرُّون بالجزية قطعًا ، وفي حِلِّ ذبائحهم الخلافُ كالمناكحة .

الحال الثاني : أن تكون ممن يُعْلم دخولُهم بعد التحريف وقبل النسخ ، فإن تمسّكوا بالحق منه وتجنبوا المحرَّف منه ، فكالحال الأول . وإن دخلوا في المحرف : لم تحلَّ مناكحتهم على المذهب ، ويقرون بالجزية على الأصح كالمجوس وأَوْلى ؛ للشبهة .

الحال الثالث : أن تكون ممن يُعْلم دخولهم بعد التحريف والنسخ ، فلا تحل مناكحتهم قطعا ، فالذين تهودوا أو تنصروا بعد بعثة نبينا ﷺ لا يُناكحون . وفي المتهودين بين نبينا وبين عيسى – عليه السلام – وجهان ، أصحهما : المنع .

الحال الرابع : أن تكون من قوم لا يُعْلم متى دخلوا ، فلا تحلُّ مناكحتهم ويُقَرُّون بالجزية . وبذلك حكمت الصحابة (رضي الله عنهم) في نصارى العرب ، وفيه شيء لابد من معرفته وسنذكره في الفصل الذي بعد هذا . =

وأمَّا الصّابئون والسَّامرة [١] - وهم من طوائف اليهود والنّصارى ، وبينهم خلافٌ في الاعتقاد [٢] - نصَّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) في موضع على جواز مناكحتهم ، ونصَّ في موضعٍ على خلافه [٣] . واتفق جماهيرُ الأصحاب على أنّ المسألة ليستْ على قولين . ولكنْ ظنّ

= قلت : ذكر في هذا النوع أنهم « يقرون بالجزية » وكلامه في الفصل التالي ، يبين أنهم لا يقرون بالجزية ، وهذا واضح تمامًا فانظره في الروضة (١٤١/٧) . ثم الشيءِ الذي كان قد وَعَدَ به ، هو أن الصحابة فعلتْ في نصارى العرب ذلك ؛ لأنهم انتقلوا من الوثنية إلى التنصّر ، فلَمْ يُفِدْهم ذلك شيئًا .ثم قال :

الضرب الثاني : الكتابية الإسرائيلية . والذي ذكره الأصحاب في طرقهم ، جوازُ نكاحها على الإطلاق ، من غير نظرٍ إلى آبائها ، أَدَخَلُوا في ذلك الدين قبل التحريف أم بعده ؟ وليس كذلك ؛ لأنه ليس كل إسرائيلية يلزم دخول آبائها قبل التحريف ..... وأما الدخول فيه بعد بعثة نبينا ﷺ فلا تفارق فيه الإسرائيليةُ غيرَها »ا . هـ روضة الطالبين (١٣٧/٧ - ١٣٩ ، ١٤١) .

(١) في (أ) : « وأما السامرون والصائبة » .

(٢) الصابئون : يقال : صبأ : إذا خرج من دين إلى دين ، وبابه : « خضع » . وقد اختُلف في المراد بهم اختلافًا كثيرًا : فقيل : إن هذا اللقب عَلَمٌ على طائفة من الكفار يقال : إنها تعبد الكواكب في الباطن ، وتُنْسَب إلى النصرانية في الظاهر ، ويدَّعون أنهم على دين صابيء بن شيت بن آدم ، وقيل : إنهم يزعمون أنهم على دين نوح عليه السلام ، وقيل : هم فرقةٌ يعبدون الكواكب ، ويتلون الزبور ، ويتوجهون إلى القبلة ، وقيل : هم من عابدي الكواكب ، ولا كتابَ لهم . وعند أبي حنيفة (رحمه الله) هم ليسوا بعبدة للأوثان ، وإنما يُعَظمون النجومَ كتعظيم المسلمين للكعبة ، وفي الصحاح : هم جنسٌ من أهل الكتاب ، وفي التهذيب : هم قومٌ يُشْبه دينُهم دينَ النصارى .

انظر : أحكام القرآن للجصاص . مختار الصحاح ص (٣٥٤) . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٤٣٤/١) . لسان العرب لابن منظور (٢٣٨٥/٤) . المصباح المنير للفيومي (٥٠٩/١) . كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي (٤/ ١٩٧) . مادة (ص ب أ) .

والسامرة : فرقةٌ من اليهود ، وتخالف اليهود في أكثر الأحكام ، ومنهم السّامريّ الذي صنع العجل وعبده . وقيل : السامرة نسبة إلى قبيلة من بني إسرائيل يقال لها : سامر . انظر : روضة الطالبين (١٣٩/٧) . لسان العرب (٣/ ٢٠٩٢) . القاموس المحيط ص (٥٢٥) مادة (س م ر) .

(٣) هناك نصوص للإمام الشافعي في الصائبين والسامرة بحلّ نسائهم ، ولكن علّق ذلك بما إذا لم يكونوا مخالفين لليهود والنصارى في أصل الدين . فقال (رحمه الله) في الأم (٧/٥) وفي « معرفة السنن والآثار »للبيهقي(١٠/ ١٢١):«ومن دان دينَ اليهود والنصارى من الصابئين والسامرة،أُكِلت ذبيحتُه ، وحَلَّ نساؤه »ا . هـ . وقال البيهقي في =

الشافعي (رضي الله عنه) مرةً أنهم يُخالِفون القومَ فيما يُوجِب التكفيرَ[1]، فتلتحق[2] بالزّنادقة[3]، وظنّ مرةً أنهم يخالفون فيما يُوجب البدعة، ونكاحُ المبتدعةِ صحيحٌ. وأَطلق الشيخ أبو علي[4] طَرْدَ القولينْ.

* * *

= معرفة السنن والآثار (١٠ / ١٢١): «واشترط الشافعيُّ في كتاب «الجزية» أن يكونوا من بني إسرائيل ولا يخالفون اليهود والنصارى في أصل الدينونة، وإن خالفوهم في فرع من دينهم». وقال الشافعيّ (رحمه الله) في الأم (٥/٧): «والصابئون والسامرة، من اليهود والنصارى الذين تَحِلُّ نساؤهم وذبائحُهم، إلا أن يُعْلم أنهم يخالفونهم في أصل ما يُحِلُّون من الكتاب ويُحرِّمون: فيحرم نكاحُ نسائهم كما يحرم نكاح المجوسيات وإن كانوا يجامعونهم على أصل الكتاب ويتأولون فيختلفون: فلا يُحَرِّم ذلك نساءَهم، وهم منهم، يحل نساؤهم بما يحلُّ به نساء غيرهم» ا. هـ. وانظر أيضًا مختصر المزني ص (١٦٩).

(١) قال الحموي: «قوله (رحمه اللّه): (وأما السامرة والصابئون وهم طوئف اليهود والنصارى وبينهم اختلاف في الاعتقاد، نصَّ الشافعي (رضي اللّه عنه) على [جواز] مناكحتهن، ونص في موضع آخر على خلافه. واتفق جماهير الأصحاب على أن المسألة ليست على قولين، ولكنْ ظنَّ الشافعيُّ (رضي اللّه عنه) مرةً أنهم يخالفون القومَ فيما يُوجِبُ البدعةَ).

وإذا كان ما ذكر من الظنّ منشأ الخلاف فإنه كل خلاف هذا شأنه، فعلى هذا لا تكون المسألة ذات حالين لما قرناه.

قلت: أراد الشيخ (رحمه اللّه) بقوله: «ظن مرة» أي غلب على ظنّه - بدليل في زمان - أنهم كَفَرَةٌ فيما بينهم، ثم غلب على ظنه في زمانٍ آخرَ أنهم ليسوا بكفرة فيما يعتقدون؛ بناءً على إخبار عدلين كانا كافرين وأسلما، وإذا كان كذلك صح ما ذكره من حيث إن الظنَّ ما كان ناشئًا من دليل مجتهدٍ فيه بل لمجرد الإخبار، بخلاف ما إذا غلب على ظنه دليلان مستندُهما النظرُ والاجتهاد، وبه خرج الجواب»، مشكلات الوسيط (ق ١٤١ / ب، ١٤٣ / أ).

(٢) في (ب): «فيلحق».

(٣) الزنديق: فارسي مُعَرّب، والزنادقة: طائفة يقولون بإلهين للعالم: إله النور وإله الظُّلمة. ويُطلق عليهم أيضًا «الثنوية». وقيل: الزنديقُ مَنْ لا يؤمن بالربوبية ولا بالآخرة. وقيل: هو من يُبْطِن الكفر ويُظْهر الإيمان. والجمع: زنادقة. والاسم منه: الزندقة. انظر: مختار الصحاح ص (٢٧٦). لسان العرب (١٨٧١/٣). المصباح المنير (١/ ٣٩٢). القاموس المحيط ص (١١٥١). كشاف اصطلاحات الفنون (١١٧/٣). مادة (ز ن د ق).

(٤) سبقت ترجمته في القسم الدراسي.

الفصل الثالث

في تَبْديل الدين

وله صُوَرٌ :

إحداها : أن يتنصّر يهوديٌّ ، أو يتهوَّدَ نصرانيٌّ ، ففيه ثلاثةُ أقوال :

أحدها : أنه يُقَرَّر (١) عليه ؛ لأنهما دينان متساويان الآن .

والثاني : (٢ أنه لا يُقْنَع منه إلا بالإسلام ٢) ، ولو عاد إلى تَنَصُّرِه لم يكْفِه ؛ لأنه أبْطل تلك العصمةَ ، فلا يستحدثه بعد المبعث عصمة .

والثالث : أنه لا يُقنع منه إلا بالإسلام (٣) ، أو بالعود إلى التنصُّر . فإنْ أصرَّ وقلنا : لا يُقَرُّ عليه ، فيلتحق بِمَأْمَنِه (٤) ، أو يُقْتل قَتْلَ المرتد ؟ فيه قولان (٥) .

الصورة الثانية : أن يتنصَّر وثَنِيٌّ ، فلا يُقَرُّ عليه أصلًا ؛ لأنه لم يكن معصومًا ، ويريد استحداثَ عصمةٍ بدين باطل . وإن توثَّنَ النصرانيُّ (٦) فلا يُقَرّ أصلًا ولكن في قول : لا يُقْنع إلا بالإسلام . وفي قول : يُقْنع بالإسلام أو بالعَوْد إلى التنصُّر . وفي قول : يُقْنع وإن عاد إلى التهوُّد (٧) .

الصورة الثالثة : أن يرتدَّ مسلمٌ (والعياذ بالله) ، فالأديانُ في حقِّه سواءٌ ، ولا يُقْنَع منه (٨ إلا بالسيف ، أو الإسلامِ ٨) .

ويمتنع نكاحُ المرتدِّ والمرتدة . وإن طرأ على دوام النكاح تنجَّزت الفُرقةُ قبل المسيس . وإن جرى بعد المسيس توقف على انقضاء العدّة عند الشافعي (رضي الله عنه) . فإن عاد إلى

---

(١) في (أ) : « يُقَرّ » . (٢) وهذا القول هو الأصح كما في الروضة (٧ / ١٤٠) .

(٣) في (أ) : « أنه يقنع منه بالإسلام » . (٤) في (ب) : « فيلحق بمنأمنه » .

(٥) أشبهُ القولين أن يلحق بمَأْمَنه كمن نَبَذَ العهدَ ، ثم هو حربٌ لنا ، إنْ ظفرنا به قتلْناه . انظر الروضة (٧/ ١٤٠) .

(٦) في (ب) : « نصراني » . (٧) في (أ) : « اليهود » .

(٨) في (أ) : « إلا بالإسلام أو السيف » .

الإسلام ، استمرّ العقدُ ، وإلا تبينَّ بطلانُ النّكاح بنفس الرِّدة [١] . وكذلك لو ارتدَّا معًا ، فهو كما لو ارتدَّ أحدُهما . وكذلك لو أسلم أحدُ الزوجين المجوسِيَّيْن ، أو الوثنيَّيْن . أو أسلمت الكتابيةُ تحت كافر : تنجَّزت الفرقةُ قبل المسيس ، وتُوقِّف على العدة بعد المسيس . ولو أسلَما معا استمرَّ النكاحُ [٢] .

فرع : مُتَوَلِّدٌ من يهوديّ ومجوسيّ ، ففي حِلِّ مناكحتِه قولان :

أحدهما : التحريمُ ؛ تغليبًا لجانبِ الحرمة .

والثاني : النَّظَرُ إلى جانبِ الأَب ؛ اعتبارًا للنّسَب [٣] .

ثم قال القفال : هذا في الصغير ، فإن بلغَ وتمجَّس ، فله ذلك وهو مجوسِيٌّ . ويحتمل أن يُقَال : إذا كان أبوه يهوديًا ، لم يُمكَّن من التمجس بعد البلوغ [٤] ، وجُعل كاليهودي [٥] يُمَجَّس [٦] .

* * *

(١) انظر روضة الطالبين (١٤٢/٧) .

(٢) انظر : الأم (٤٤/٥ ، ٤٥) .

(٣) في (أ) : « بالنسب » .

(٤) قال الحموي : « قوله : (أما المتولدة بين كتابي ومجوسي ففي حل مناكحتها قولان : أحدهما : التحريم ؛ تغليبًا لجانب الحرمة ، والثاني : الحل ؛ نظرًا إلى جانب الأب ؛ اعتبارًا بالنسب . ثم قال القفال (رحمه الله) : هذا في الصغير فإن بلغ وتَّمجس فله ذلك وهو مجوسي ، ويحتمل أن يقال : [لو كان] أبوه يهوديًا أو نصرانيًا والأم مجوسية لم يُمكَّن التمجُّس) .

قلت : إن الأب إذا كان مجوسيًا أو وثنيًا والأم كتابية كان فيه خلاف ، وليس فيه كذلك ؛ فإن الخلاف يختص به إذا كانت الأمُّ مجوسيةً أو وثنية وكان الأب كتابيًا .

قلت : وإن كان كذلك إلا أن تعليل وجه الحل يدل على أن الخلاف مختصٌّ بما إذا كانت وثنيةً أو مجوسية فإنه قال : (الثاني : النظر إلى جانب الأب) وتخصيصه به يدل على أن الأم إذا كانت كتابيةً والأب وثنيًا أو مجوسيًا فإنه لا تَحِلُّ وجهًا واحدًا . وأراد بقوله : « بين يهودي ومجوسي » جنسَهما حتى يقع المتولد بين ذكر وأنثى ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (ق ١٤١ / أ ، ١٤١ / ب) .

(٥) في (أ) : « كيهودي تَمَجَّسَ » .

(٦) قال في الروضة : « مَنْ أحدُ أبويه كتابي ، والآخر وثني : يُقَرّ بالجزية على المذهب . وأما مناكحته ومناكحة مَنْ أحدُ أبويه مجوسيٌّ ، والآخرُ يهوديٌّ أو نصراني أو ذبيحتُه ؟ .

فإن كانت الأمّ هي الكتابية ، لم يحل قطعًا ، وكذا إن كان هو الأب على الأظهر . وهذا في صِغر المتولِّد منهما ، فأما إذا بلغ وتديَّن بدينِ الكتابيِّ منهما ، فقال الشافعي (رضي الله عنه) : تحلُّ مناكحتُه وذبيحتُه » . انظر روضة الطالبين (١٤٢/٧) .

هذا بابُ نكاحِ المشركاتِ (٢)

وهذا أوَانُ ذكرِه ؛ لانْشعاب (٣) مسائله عن الموانع السابقة ، وفيه فصولٌ :

الأول

في حكم أنكحة / الكفار في الصّحة والفساد : ١٦٦/ب

وكان مقتضى قياسِ الشَّرْع وعمومِ خطابه ، أن لا يُخالف نكاحُ الكافر نكاحَ المسلم ، ويُرعى فيه جميعُ الشرائط ، حتى لا يُحْتاج [٤] إلى إِفْراد نكاحهنّ بنظر [٣] ، لكن رُوِيَ أن فَيْروز الدَّيْلمِيّ (٤) أسلم على أُختين ، فقال رسول الله ﷺ : « اخْتَرْ إحْداهما ، وفَارِقِ الأُخْرى » (٥) وأسلم غَيْلانُ على عَشْر نسوةٍ فقال ﷺ : « أَمْسِكْ أربعًا ، وفارِقْ سائِرَهُنَّ » (٦) . فحمل أبو

---

(١) في (أ) : « باب نكاح المشركات » . (٢) في (ب) : « لاستيعاب » .

(٣) في (أ) : « إلى إفراد نكاحهن بالنظر » .

(٤) هو أبو عبد الله فيروز الديلمي ، ومن أهل الحديث من يقول : هو فيروز بن الديلمي ، وهو واحد ، وهو من أبناء الفرس . وَفَد فيروزُ على رسول الله ﷺ ، وأسلم . وهو الذي قتلَ الأسودَ العنْسي الذي كان ادّعى النبوة باليمن ، قتله في آخر حياة النبي ﷺ ، ووصل خبرُ قتلِه إياه في مرض رسول الله ﷺ الذي تُوفّي فيه ، فقال ﷺ : « قتله الرجل الصالح ، فيروز الديلمي » . توفي (رضي الله عنه) في خلافه عثمان (رضي الله عنه) .

انظر : الاستيعاب لابن عبد البر (١٢٦٤/٣) . أُسْد الغابة لابن الأثير (١٨٦/٤) . الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (٢١٠/٣) .

(٥) حديث حسن : رواه أبو داود (٦٧٨/٢) (٧) كتاب « الطلاق » (٥) باب في « من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان » حديث (٢٢٤٢) ولفظُه : « قلت : يا رسول الله ، إني أسلمت وتحتي أختان ، قال : « طَلِّقْ أيتهما شئتَ » . ورواه الترمذي (٤٣٦/٣) حديث (١١٣٠) وقال : حديث حسن ، ولفظه « اختر . . . » ورواه ابن ماجه (٦٢٧/١) حديث (١٩٥٠) (١٩٥١) ، (٢٣٢/٤) ، وابن حبان (١٨١/٦) حديث (٤١٤٣) ، والدارقطني في سننه (٢٧٣/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٨٤/٧) جميعًا من طرق عن ابن وهب عن الضحاك بن فيروز عن أبيه . وقد نقل الزيلعي عن البيهقي تصحيح إسناده كما في نصب الراية (١٦٩/٣) .

(٦) رواه الترمذي (٤٣٥/٣) (٩) كتاب « النكاح » (٣٢) باب « ما جاء في الرجل يُسْلم وعنده عشر نسوة » حديث (١١٢٨) . ورواه ابن ماجه (١ / ٦٢٨) حديث (١٩٥٣) ، والشافعي في الأم (٥ / ٧٠) ، =

حنيفة قولَه : « اخترْ » على الاستئناف ، ووَفَّى برعاية تمام الشروط ، وقضى بأنَّ مَنْ أسلم على أختين تعيَّنَتِ السابقةُ ، واندفعتِ الثانيةُ . وإن نكحهما في عقدة اندفعَتَا جميعًا [١] ، كما لو أرضعتِ امرأةٌ صغيرتَين نكَحهما واحدٌ ، فإنهما يندفعان [٢] . إلا أنَّ التأويل الذي ذكَرَه باطلٌ ؛ لقوله ﷺ : « أَمْسِكْ » ؛ ولأنّه لم يُعْلِمْهم شرائطَ النكاح ، ولم يُنْقَلْ إنشاءُ العقد ، وترَكَ رسولُ الله ﷺ استفصالَ نكاحِ الأختين ، [٣]مع أن الغالب أن تَسْبقَ إحداهما [٣] ؛ فَفُهِمَ منه أنهم إذا أسلموا ، لم يُؤَاخذوا بشرائط الإسلام [٤] . ولكن إن كان المفسِدُ مقارِنًا دفعْنَاه ؛ ولذلك أَمَرْناه [٥] باختيار إحداهما ؛ إذِ الجمعُ مفسِدٌ مقارِنٌ . فتحصَّل من هذا ، أنّه لو نكح بغير وليٍّ وشهود ، أو في عدة وأسلم بعد انقضاء العدة ، قررناه على النّكاح .

وأما إن كان المفسِدُ مقارِنًا لحال الإسلام [٦] : لم يُقَرَّرْ ، كما لو أسلم على مَحْرَمٍ

= وأحمد في مسنده (٢/٤٤) وابن حبان في صحيحه كما في الإحسان (٦/١٨٢) حديث (٤١٤٥) ، والحاكم في المستدرك (٢/ ١٩٢) وابن أبي شيبة في المصنف (٤/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/١٨١) جميعا من طرق عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه . هذا وقد حكى الأثرم عن الإمام أحمد أن هذا الحديث ليس بصحيح والعمل عليه . انظر نيل الأوطار للإمام الشوكاني (٧/٢٣٥) . قلت : وللحديث شاهد رواه أبو داود برقم (٢٢٤١) ، وابن ماجه برقم (١٩٥٢) بإسناديهما عن قيس بن الحارث قال : أسلمت وعندي ثمان نسوة ، فأتيت النبي ﷺ فقلت له ذلك ، فقال : « اختر منهن أربعًا » .

قال الشوكاني : والأحاديثُ – وإن كان في كل واحد منها مَقَال – لكنْ بالإجماع على ما دلّت عليه ، قد صارت من المجمع على العمل به ، وقد حَكى الإجماع صاحبُ فتح الباري والمهدي في « البحر » .

انظر : السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني (٢/٢٥٥) .

(١) انظر المبسوط للإمام السرخسي (٥/٥٣) .

(٢) في (أ) : « يتدافعان » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مع أن الغالب سَبْقُ إحداهما » .

(٤) في (أ) : « بشرط الإسلام » .

(٥) في الأصل و (ب) : « أمرنا » ، وفي (أ) : « أمرناه » وهو المثبت .

(٦) في (ب) : « حال الإسلام » .

نكَحَها (١) مِن أُمٍّ أو بنتٍ أو غيرِهما ، أو نكحها معتدةً وأسلما - أو أحَدُهما - قبل انقضاءِ العدَّة . وكذلك لو نكح مؤقتًا ، واعتقدوا صِحَّتَه مؤقتًا ، وأسلما قبل انقضاءِ الوقتِ : لا يُقَرَّر عليه ؛ لأن التأبيدَ على خلافِ اعتقادهم ، وتقريرُه - مُؤَقَّتًا - فاسدٌ في الإسلام . وإن اعتقدوه مؤبَّدًا قُرِّرُوا عليه .

ولو اغتصب كافرٌ امرأةً ، واعتقدوه نكاحًا ؟ قال القفال : لا نُقَرِّرهم عليه ؛ إذْ لا أقَلَّ من عقد . وقال الصيدلاني : يُقَرَّرُونَ ؛ إذْ إقامةُ الفعلِ مقامَ العقدِ ليس فيه إلا إخلالٌ بشروط (٢) . وهو مُتَّجِه (٣) .

ولو نكحوا نكاحًا واعتقدوه فاسدًا - وهو صحيحٌ عندنا - قَرَّرْناهم على الصحيح . وإن كان فاسدًا عندنا لم نُقَرِّرْهم ؛ لأنّ الرخصة بالتقرير إنما ورد فيما اعتقدوه نكاحًا . أمَّا المفسِدُ الطارىء بعد العقد (٤) - كالعدة بالشبهة - فلا يدفع النكاح وإن اقترنَ بالإسلام ؛ لأنَّ طارِئَها لا يَقْدحُ في نكاح المسلم ، فكيف يقدح في نكاح الكافر ؟! .

ولو نكح أَمَةً ، ثم حُرة ، وأسْلم عليهما : اندفع نكاحُ الأمة ؛ لأنا إذا لم ننظر إلى التقدُّم والتأخُّر في العقد على أختين ، فكذا (٥) لا ننظر في العقد على حرة وأَمَةٍ ، ويُجْعَل ذلك كمفسدٍ لنكاحِ الأَمة (٦ قارَن العقدَ والإسلامَ . واليسارُ الطارىءُ بعد نكاح الأمة - إذا دام إلى إسلامهما - يدفع نكاح الأمة ٦) . وهذا يخالف ما ذكرناه في العدة الطارئة ، والفرقُ غامِضٌ . ووجهُه(٧ : أنَّ فَقْدَ قدرة الطَّوْلِ ٧) أحدُ شَرْطَيْ نكاح الأَمة ، فكانَ بِطُرْآنِ الحرة أشْبَهَ ؛ ولأن إرقاقَ الولدِ مفسِدٌ (٨) نكاحَ القادر ، وهو مقارن للإسلام دائمًا ، فَيُشْبه المحرميّةَ

---

(١) في (ب) : « نكحه » والضمير يرجع على « المحرم » وذكَّره مراعاة للفظه .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بشرط » .

(٣) وهو الأصح كما في الروضة (٧ / ١٤٦) .

(٤) كلمة : « العقد » ساقطة من (أ) .

(٥) في (ب) : « فكذلك » .

(٦) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٧) في (أ) : « أنّ فقد الطول » وفي (ب) سقطت كلمة : « فَقْد » .

(٨) في (أ) : « يفسد » .

المقارِنة . وأما العدةُ الطارئةُ ، فينتظر زوالُها على قرب . وكذلك لو أسلم أحدُ الزوجين وأحرمَ ، فأسلم الثاني ، لم يندفع النكاحُ كما في العدة الطارئة ، وبخلاف وجود الحرة . وحُكِي عن القفال أنه ألحق العدةَ والإحرامَ بالحرةِ ، وقضى باندفاع النكاح . واستشهد على ذلك بنص الشافعيّ (رضي الله عنه) : « أنه لو أسلم أحدهما بعد المسيس وارتد ، ثم أسلم الثاني : اندفع نكاحها » [١] . وهذا فيه نظرٌ ؛ لأن الردة تُضَادُّ النكاحَ ، ولذلك نَتبين - بعدُ - انقضاءَ العدة من وقت الردة إذا أَصرّ . والعدة والإحرامُ لا يضادهما [٢] ؛ ولذلك لا تصحُّ رجعةُ المرتدة ، وتَصِحُّ رجعةُ المحْرِمة ، والمعتدةِ [٣] عن الشبهة ، على الصحيح . ثم قطع الصيدلانيُّ والجماهيرُ بأنّ المفسد ، إن قارنَ إسلامَ أحدِهما : كفى ، إلا في اليَسَار ، [٤] فإنه لم يلتفت [٤] إلى وجوده إلا حالةَ اجتماعهما في الإسلام .

ولو نكح معتدة ، فأسلم أحدُهما قبل تمام العدة ، والآخرُ بعدَ [تمام] [٥] العدة : لم يُقَرَّرْ . وكذلك لو أسلم على حرة وأَمة ، فأسلمت الحرةُ وماتتْ ، ثم أسلمت الأمة : اندفعت الأَمةُ بوجود الحرة عند إسلام الزوج .

ولو أسلم مُوسِرًا [٦] على أمة ، ثُم أعسر فأسلمت ، قُرِّرَ عليها . وغايةُ الفرق : أن تأثير اليسار في دفْع الأمة أضعفُ ؛ لأنه مأخوذٌ من ظاهر الخطاب الوارد مع المؤمنين [٧] ؛ فلا يظهرُ أثرُهُ [٨] في حقِّ الكافر ، إلا عند الاجتماع في الإسلام ، بخلاف العدة والحرة . ولِضَعْفِ هذا الفرقِ طَرد أبو يحيى البلخيُّ [٩] القياسَ ، وقضى بأنه إذا أسلم موسرًا ، وتخلَّفتْ ، ثم أسلمت بعد

---

(١) في (أ) ، (ب) : « اندفع نكاحهما » وانظر نصّ الشافعي (رحمه الله) في الأم (٥/٥٤ ، ٥٥) .

(٢) في (أ) : « لا يضادانه » ، وهو أَبْيَنُ .

(٣) في الأصل : « المعتدة » والواو زيادة من (أ) (ب) .

(٤) في (أ) : « فإنه لا يلتفت » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) قوله : « موسرًا » حالٌ ، وهو منصوب .

(٧) يعني في قوله تعالى : ﴿ ومَنْ لم يستطع مِنكم طَوْلًا أن يَنكح المحصناتِ المؤمناتِ فمما ملكت أيمانُكم مِنْ فتياتكم المؤمنات ... ﴾ الآية [النساء : ٢٥] .

(٨) في (ب) : « أثر » .

(٩) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

إعساره ، لم يُقَرَّر [عليها] [1] وزاد فقال : لو أسلم مُعْسِرا ، ثم أيْسر فأسلمت : قُرِّرَ ؛ لأنه إذا اعتبر تلك الحال [2] ، فما بعد ذلك طارئٌ لا يُؤثّر .

وقد ثارَ الخلافُ بين الأصحاب في أصلَيْنِ :

أحدهما : أن التقرير عند الإسلام في حكم ابتداءِ نكاح ، أو في حكم الإدامة ؟ فقالوا : فيه قولان مُستنبطان من كلام الشافعي (رضي الله عنه) / وهو غَيْرُ سديد ؛ إذ كيف يجعل في ١٦٧/أ حكم الابتداء ؟! والصحيحُ أنه لا تمنعه عدة الشبهة والإحرام . وكيف يُجْعل إدامةً ، واليسارُ المقارِنُ – وإن كان طارئًا بعد النكاح – يدفعه ؟! بل الصحيحُ أنه مردّد [3] بينهما لا يتمحَّضُ فيه أحدُ الحكمينْ ، وكأنّه بالرجعة أشبهُ ، فإنه أيضا كالمردد [4] .

الثاني : أن أنكحة الكفار ، يُحْكم بصِحَّتها ، أو فسادها ، أو يُتَوقَّف إلى الإسلام ؟ ذكروا فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها فاسدةٌ ؛ لأنها تخالفُ الشرعَ ، ولكنّا [5] نُصحِّحُها بعد الإسلام رخصةً .

والثاني : أنها صحيحةٌ ؛ بدليل التقرير ؛ فإن القول بالفساد – مع التقرير – محالٌ ، ولأنه يحصل التحليلُ بوطء الذِّمّي ، ويُرْجم الذِّمّيّ لكونه مُحْصَنًا ، وإذا ترافعوا إلينا قَضَيْنَا بالمهر والنفقة من غير بحث عن شروطهم [6] .

والثالث : أنا نتوقَّفُ ، فإن أسلموا بانَ الصحةُ فيما يُقرر عليه في الإسلام ، حتى لو نكح أختينْ ، فاختار في الإسلام إحداهما ، بَانَ صحةُ نكاحِها وفسادُ نكاحِ الأخرى . ومَيْلُ ابنِ

---

(١) زائدة من (ب) . (٢) في (ب) : « الحالة » .

(٣) في (أ) : « متردد » . (٤) في (أ) : « كالمتردد » .

(٥) في الأصل : « ولكنها » ، وفي (أ) : « ولكن » ، والمثبت من (ب) .

(٦) وهذا هو الصحيح كما في الروضة ، واستدلّ له بقوله تعالى : ﴿ وامرأتُه حَمَّالةُ الحطَب ﴾ [المسد : ٤] وقوله تعالى : ﴿ وقالت امرأةُ فرعونَ ... ﴾ الآية [القصص : ٩] . وقال أيضًا : « وقد أسلم خلائقُ ، فلم يَسْألهم النبيُّ ﷺ عن شروط أنكحتهم ، وأَقَرَّهم عليها » . انظر الروضة (١٤٦/٧) ، (١٥٠/٧) .

الحدّاد إلى التوقُّف . وهذا أقرب [١]. أمّا الإفسادُ - مع إيقاع طلاقهم ، ومع التحليل ، والإحصان ، والتقرير بعد الإسلام - فلا وجْهَ له .

التفريع : إنْ قَضَيْنا بالفساد من الأصل - أو التوقفِ - فلا مهرَ للتي [٢] اندفع نكاحُها بالإسلام ؛ إذ بان الفسادُ من الأصل . ولذلك إذا طلَّقَ الكافرُ زوجتَه ثلاثا ، ثم أسلم ، لم يفتقر إلى المحلِّل إنْ قضينا بفساد نكاحه . وإن صححنا افتقر إليه . وقال ابن الحداد : لو نكح أختين ، وطلَّق كلَّ واحدةٍ ثلاثًا ، ثم أسلموا خيرناه . فإن اختار واحدةً تعيَّنَتْ للنكاح ، ونَفَذَ الطلاقُ الثلاثُ فيها ، وافتقر [فيها] [٣] إلى محلّل ، وللأخرى نصفُ المهر [٤] إذا جرى الإسلامُ قبل المسيس [٤] . قال الشيخ أبو علي : إنْ حكمنا بصحة أنكحتهم ، فلا حاجةَ إلى الاختيار ، بل نَفَذَ الطلاقُ فيهما جميعًا ، ويفتقر إلى مُحَلِّل فيهما . وإن حكمنا بالفساد لم ينفذ الطلاقُ ، ويختار واحدةً ولا مهرَ للثانية . وإن توقفنا فهو كما قاله ابنُ الحداد إلا في المهر ؛ لأنّا - على قول التوقف - نتبينُّ فسادَ [٥] نكاح المندفعة بالإسلام ، فلا مهر لها ؛ لأنها [٦] اندفعت باختيار الثانيةِ . والثانيةُ - لما تعيّنت للنكاح - نفذ الطلاق [٧] الثلاث فيها ، [وافتقر إلى المحلل] [٨] .

فإن قيل : فما حكمُ صداقِهنّ الفاسد [٩] بعد الإسلام ؟ قلنا : إذا أصدقها خمرا أو خنزيرًا ، وقَبضتْ ، ثم أسلما : فلا مهر لها وإن كان الإسلام قبل المسيس .

وإن [١٠] أسلما قبل القبض وبعد المسيس ، فلها مهر المثل ، ولا سبيل إلى قبض الخمر .

---

(١) في (ب) : « وهو أقرب » .
(٢) في (ب) : « للذي » . وهو خطأ واضح .
(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٤) في نسخة أخرى : « إذا جرى الطلاق قبل المسيس » ثبت ذلك على هامش نسخة (ب) .
(٥) في (ب) : « تَبَيَّنَّ فسادُ » .
(٦) كلمة : « لأنها » ساقطة من (ب) .
(٧) في (أ) : « تبين نفوذ الطلاق » . وفي نسخة أخرى « تعين نفوذ الطلاق » ثبت ذلك على هامش نسخة (ب) .
(٨) زيادة من (ب) .
(٩) في الأصل و(ب) : « الفاسدة » ، والمثبت من (أ)
(١٠) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

وكذلك في تقابُضِهم ثمنَ الخمرِ وقيمتَها عند الإتلاف، لم نتعرض لما سبق استيفاؤه، (١ ولا نُنْشيء في الإسلام حكمًا لأجل اعتقادهم ١). فلو (٢) قبض البعضَ دون البعض، رجع إلى بعض مهر المثل. فلو أصْدقَها ثلاثة (٣) من الكلاب، وخنزيرين (٤)، وزِقَّ خمرٍ، فقبضت الكلاب، فالصحيح أنه يُقَوَّم الجميع. فإن كان ما قبضته قدْرَ الثلث، رجع إلى ثلثي المهر ومنهم من قال: لا قيمة لهذه الأشياء، فيوزع على العدد، وترجع إلى نصف المهر. ومنهم من قال: يوزَّع على الأجناس، [وصورتُه أن الكلاب كلها تُجْعل كلبًا واحدًا، وكذلك الزقاق، وكذلك الخنازير] (٥).

ولو نكحت بغير مهر، واعتقدوا أن لا مهر للمفوّضة (٦)، فلا مهر لها بعد الإسلام. وإن أسلم (٧) قبل المسيس [فلا مهر] (٨)؛ لأنا لا نتعرض لما سبق، وقد سبق استحقاق وطء بلا مهر.

هذا كلُّه إذا أسلموا. فإنْ ترافعوا إلينا في أنكحتهم - أو في غيرها - قبل الإسلام، فيجوز لحاكِمنا أن يحكمَ بينهم بالحقِّ ويستتبعهم.

وهل يجب عليه الحكمُ؟ إن كان أحد الخصمينْ مسلمًا: وَجَبَ. وإن لم يكن فقولان: أحدهما: لا يجب؛ لقوله تعالى: ﴿ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ (٩).

---

(١) في (أ): «ولا يُنشأ في الإسلام حكمٌ لأجل اعتقادهم».

(٢) في (أ): «ولو».

(٣) في الأصل: «ثلاث». والمثبت من (أ)، (ب).

(٤) في (ب): «وخنزيرًا».

قال الحموي: «قوله (رحمه الله): (ولو أصدقها ثلاثةً من الكلات وخنزيرًا وزقَّ خمرٍ، فإن كان ما قبضت قدر الثلث رجع إلى ثلثي المهر، ومنهم من قال: لا قيمة لهذه الأشياء فيوزع على العدد ويرجع إلى نصف المهر) ومعلوم أن الكلاب ثلاثةُ أخماس العدد ويبقى خنزيرٌ وزقُّ خمر، فعلى هذا لا يرجع إلى نصف المهر بل يرجع إلى خمسي المهر.

قلت: نسخ الكتاب نقلها مختلفٌ وفي بعضها خنزيران، فعلى هذا يكون العددُ ستةً فيرجع إلى نصف المهر، وبه خرج الجواب». مشكلات الوسيط (ق ١٤٢/أ، ١٤٢/ب).

(٥) ما بين المعقوفين زيادة من (ب).

(٦) التفويض لغة: التسليم وترك المنازعة. والمفوّضة: هي التي تزوجت بلا تحديد للمهر. ويقال لها «مفوِّضة» زنة اسم الفاعل، و«مفوَّضة» على على زنة اسم المفعول. انظر: تصحيح التنبيه ص(١٠٨). المصباح المنير (٢/٧٤٢) مادة (ف و ض). أنيس الفقهاء (١٥٨).

(٧) في (ب): «وإن أسلما».

(٨) زيادة من (ب).

(٩) من الآية (٤٢) من سورة (المائدة).

والثاني : – وهو الأصح – أنه يجب إذا (١) التزمنا الذَّبَّ عنهم ، ودفعُ الظلمِ من جملة الذّبّ . والآيةُ لم تنزل في أهل الذِّمّة (٢) .

وكذلك إذا كانا مُخْتَلِفَي المِلَّةِ وجب الحكمُ قطعًا . وقيل بطرْدِ القولين (٣) .

وأما المعاهدون (٤) فلا يلزمُنا الحكمُ بينهم ، وإن كانوا مختلفي الملة ؛ لأنا شرطنا الكفَّ عنهم ، ولم نلتَزِمْ(٥) لهم شيئًا ، إذ (٦) لم يلتزموا لنا شيئًا (٧) .

ثم إذا أوجبنا الإجابةَ ، فمهما استعدى أحدُ الخصمينْ ، فحضر الآخرُ ، ولم يَرْضَ بحكمنا : لم نحكم ؛ لأنا إنما نحكم عليهم إذا رَضُوا بحكمنا ، فإن أَبَوْا فلا نكلِّفهم موجَباتِ شرعنا(٨) .

---

(١) في (ب) : « إذ » .

(٢) أهل الذمة : هم المعاهدون من اليهود والنصارى وغيرِهم ممن يقيم في دار الإسلام ، بشرطِ الجزية ، والتزامِ أحكام المسلمين المشروطة عليهم . انظر : أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام د – عبد الكريم زيدان ص (١٩) .

(٣) قال في الروضة (١٥٤/٧) : « إذا ترافع إلينا ذميان في نكاح وغيره :

أ – فإن كانا مُتَّفِقَي الملة ، وجب الحكم بينهما على الأظهر عند الأكثرين .

ب – وإن كانا مختلِفَي الملة ، وجب الحكم على المذهب ؛ لأن كُلًّا لا يَرْضى بملّة صاحبه » .

(٤) وهم الذين يقيمون في ديارهم – خارج دار الإسلام – وشَرَطْنا الكفَّ عنهم . انظر معجم لغة الفقهاء ص (٤٣٨) .

(٥) في (أ) : « ولا نلتزم » . (٦) في (أ) : « إذا » .

(٧) قال في الروضة (١٥٤/٧) : ولو ترافع [إلينا] معاهدون لم يجب الحكم قطعا وإن اختلفت مِلَّتُهما ؛ لأنهم لم يلتزموا حكمنا ولم نلتزم دَفْعَ بعضهم عن بعض . ولو ترافع ذميٌّ ومعاهد ، فكالذميين . وإن ترافعَ مسلم وذمي – أو معاهد – وَجَب قطعًا .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم إذا أوجبنا ...) إلى قوله : (فإن أَبَوْا لم نكلفهم موجبات شرعنا) وذكر في « البسيط » مثلَ هذا ، قلت : هذه زيادة زادها لا تُعْرف ، وهي غير صحيحة . بل إذا أوجبنا الحكم ، فاستعدى أحد الخصمين ، فإنا نُحْضِر خصمَه من غير رضاه ؛ لأن المعتمَد في إيجاب الحكم بينهم : أنا التزمنا دفْعَ الظلم عنهم ، فنحكم بينهم لكفِّ الظالم عنهما عن الآخر . فلو كان الحكمُ على الظالم يتوقف على رضاه – حتى إذا لم يَرْضَ تركناه – لم نكن قد دفعنا عن المظلوم ظلمَ الظالم والله أعلم » . شرح مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٠/ب وما بعدها) .

ثم مهما طلبوا تقديرَ النفقةِ ، واستيفاءَ المهر في أنكحتهم : حكمْنا بها وإن عقدوها بغير وليٍّ ولا شهود . وهذا يُقَوِّي قَوْلَ التصحيح [1] لكن لو كان المفسد قائمًا : لم نحكم ، كما لو طلبتْ نفقةً في نكاح المحارم .

ولو طلبتِ المجوسية النفقةَ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ، كالمحرم ؛ فإنها مُحَرَّمَةٌ في عينها .

والثاني : نعم ؛ لأنه لابدَّ للمجوس من الأنكحة . وهذا يشير إلى أنها مُحَرَّمَةٌ على المسلم خاصة [2] .

ولو طلبتْ نفقةَ أختين في نكاح واحد ، فينبغي أن لا نحكم ؛ لأن المانع قائم مقارِنٌ ، [3] وهو مخالفةٌ ظاهرةٌ للشرع [3] ، بل القدْرُ المسَامَحُ به ، أن لا يُبحث عما سبق من شروط أنكحتهم .

وإذا لم نحكم في هذه المسألة ، فهل يُفَرَّق بينهم ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ، تَرْكًا للتعرض [4] .

والثاني : نعم ؛ لأنهم أظهروا ذلك عندنا ، فصار كما لو أظهروا خمورَهم أرقْناها .

* * *

---

(١) يعني : القول بصحة أنكحة الكفار ، وهو الصحيح كما سبق .

(٢) قال في الروضة (٧ / ١٥٥) : « ولو نكح مجوسيٌّ مَحْرَمًا ، وترافَعا في النفقة ، أبطلناه ولا نفقةَ . ولو طلبت مجوسيةٌ النفقةَ من الزوج المجوسيّ أو اليهوديّ ، فوجهان - وكذا في تَقْريرهما على النكاح - :

أصحهما : التقريرُ والحكمُ بالنفقة ، كما لو أسلما والتزما الأحكام .

ووجه المنع : أنه لا يجوز نكاحُها في الإسلام » .

(٣) في (أ) : « وهو مخالفةُ ظاهرِ الشرع » .

(٤) وهذا الوجه رجحه إمام الحرمين . انظر الروضة (٧ / ١٥٥) .

الفصل الثاني

في أن يُسْلم الكافرُ على عدد من النسوة لا يُمْكِن الجمعُ بينهنّ

كما لو أسلم / على أختين ، أو على خمس نسوة (١) ، أو على امرأة وابنتِها ، أو على حرة ١٦٧/ب
وأَمة ، أو على إماءٍ كثيرة . فهذه خمسُ صورٍ :

الأولى : أن يُسْلِم على أختين . فيختار إحداهما ، وتندفع الأخرى ، سواءٌ نكحهما في عقد واحدٍ أو في عقدين . فإن أسلمتْ معه واحدةٌ ، وتخلَّفتِ الأخرى : (٢اندفع نكاحُ المتخلِّفةِ ٢) ، إلا إذا كان بعد المسيس ، فإنه يُنْتظر إسلامُها قبل مُضِيِّ العدة (٣) . فإن أسلمت اختار إحداهما ، وإن أصرَّتْ اندفعت المصرّةُ . (٤ وهذا فيه إذا ٤) كانت المتخلفةُ وثنيةً أو مجوسيةً . فإن (٥) كانت كتابيةً فلا يندفع نكاحها بالإصْرار ، بل يجري الاختيارُ (٦ وإن أصررْنَ على الكفر ٦) .

الثانية : إذا أسلم على خمس نسوة فصاعِدًا : اختار أربعًا ، واندفعت الأخرى ، سواءٌ نكحهن في عقد واحد أو في عقود . وحكمُ انتظارِ إسلامِ المتخلفة منهنَّ كانتظارِ الأُخت .

الثالثة : أن يُسْلم على امرأة وابنتها : فإن كان قد (٧) دخل بهما ، فهما [مَحْرَمَان] (٨) ومُحَرَّمتان ، فلا تقريرَ عليهما ؛ (٩إذْ وَطْءُ كلِّ واحدةٍ ٩) بالشبهة يُحَرِّم الثانيةَ بالمصاهرة . فإن

---

(١) قوله : « أو على خمس نسوة » ساقط من (أ) .

(٢) في الأصل : « اندفعت نكاح المتخلفة » . وفي (أ) : « اندفعت المتخلفة » والمثبت من (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « عدتها » .

(٤) في (أ) : « وهذا فيما إذا » وهو أليق .

(٥) في الأصل : « وإن » .

(٦) في (أ) : « وإنْ أصرَّتْ على الكفر » .

(٧) كلمة : « قد » ساقطة من (أ) .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) . وتَعْني المحرميةُ جوازَ الخلوة به ، والنظرَ إليه ، والمسافرة معه كما سبق بيانُه .

(٩) في الأصل : « إذا وطىء كل واحدة » . وفي (أ) : « إذ تقرّر كل واحدة » .

لم يَدْخل بهما فقولان :

أحدهما : أنه يتخيَّرُ بينهما [١] كالأُختين .

والثاني : - وهو الأصحُّ ، واختيارُ المزني - أنَّ الأُمَّ تندفع ، ويبقى نكاحُ البنت ؛ لأن مجردَ نكاح البنت يدفع نكاحَ الأمِّ ، ومجردَ نكاح الأمِّ لا يدفعُها . وأمّا الأختان فلا ترجيحَ لإحداهما [على الأخرى] [٢] .

وينبني هذا الخلافُ على قولَيْن [٣] في صحة أنكحتهم وفسادِها . وقولُ التخيير يُسْتمدُّ من قولِ الإفسادِ ؛ فإنه إذا انتفت الصحةُ لم يُعْهد نكاحُ البنتِ صحيحًا قبل الإسلام حتى يَدفعَ نكاحَ الأمِّ . لكن الخلاف محتملٌ دون هذا البناء ، بل هو محتملٌ فيما لو نكح المسلمُ امرأةً وأمَّها في عقد واحد ، إذ يحتمل أن ينعقد على البنت بهذا الترجيح [٤] كما لو جمع بين حرة مُسامِحة بالمهر وأَمَة ، وقد ذكرنا خلافًا في أنه ، هل ينعقد نكاحُ الحرة لترجيح جانبها ، بأنَّ نكاحَها يدفعُ نكاحَ الأمة ، ونكاحُ الأمةِ لا يدفعُها ؟ .

ثم قال ابنُ الحداد : وإن [٥] قلنا بالتخيير ، فَلِلْمفارِقةِ نصفُ المهر ؛ لأنها بانتْ باختياره . قال القفال : هذا بالعكس [أوْلى] [٦] فإن التخييرَ بِنَاءٌ على القول بفساد أنكحتهم قبل الإسلام [٧] ، فتبينَّ باختيارها أنَّ نكاحَ الأخرى لم ينعقِدْ ، فلا مَهْرَ لها .

---

(١) كلمة : « بينهما » ساقطة من (أ) .

(٢) زيادة من (ب) . وهذا القول الثاني هو الأظهر عند الأكثرين من الشافعية كما قاله في الروضة (١٥٧/٧) . وانظر قول المزنيّ في مختصره ص (١٧١) .

(٣) في (أ) : « على القولين » .

(٤) في الأصل : « هذا الترجيح » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل ونسخة (أ) : « إن » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) قوله : « قبل الإسلام » ساقط من (أ) .

وإن عَيَّنَا البنتَ ، فالأمُّ قد اندفعتْ بالإسلام ، فلها المهرُ . ويمكن أن يقال : إنها اندفعت بالمحْرَمِيَّة ، ولا مهرَ للمحْرَم ، إنما المهرُ - على قول صحة أنكحتهم - للزائدات على العددِ الشرعيّ ومن لا يتَّصفُ بصفةٍ تُنَافِي النكاحَ ، كالأختِ (١) والخامسة .(٢)

---

(١) مراده بالأخت هنا : أختُ زوجته ، فإذا طلَّق الرجلُ زوجته طلاقًا بائنا حَلَّتْ له أختُها وإن لم تنته عدةُ المطلقة ، كما سبق بيانُه وتفصيلُه .

(٢) قال الحموي : « قوله (رحمه الله) في نكاح المشركات : (الثانية : إذا أسلم على خمس نسوة فصاعدًا ، اختار أربعًا واندفعت الأخرى سواء نكحهن في عقد واحد أو عقود وحكمُ انتظارِ إسلامِ المتخلِّفةِ منهنّ كانتظارِ الأخت . الثالثة : أن يُسْلِمَ على امرأة وابنتها ، فإن دخل بهما فهما محرمان ومحرمتان فلا يُقَرَّر عليهما ؛ إذْ وَطْءُ كلٍّ واحدٍ بشبهة تحرم الثانيةَ بالمصاهرة ، وإن لم يدخل بهما فقولان :

أحدهما : أنه يتخيرَّ بينهما .

والثاني - وهو الأصح ، وهو اختيار المزني - : أن الأم تندفع ويَبْقى نكاحُ البنت ، لأنّ مجرد نكاح البنت يَدْفع نكاحَ الأم ، ونكاحُ الأم لا يدفع نكاحَ البنت . وينبني هذا الخلاف على القولين في صحة أنكحتهم أو فسادِها ، وقولُ التخيير مُستمدٌّ من قول الإفساد ، فإنه إذا انتفت الصحةُ لم يعهد نكاحُ البنت صحيحًا حتى يدفع نكاح الأم ... إلى قوله : لأنها بانت باختياره قبل الإسلام . قال القفال : هذا بالعكس أولى فإنّ التخيير بناء على القول بفساد أنكحتهم قبل الإسلام فيتبين باختيارها أن نكاح الأخرى لم ينعقد فلا مَهْرَ لها ، فإنْ نفينا البنت فالأم قد اندفعت بالإسلام فلها المهر ، ويمكن أن يقال : إنما اندفعت بالمحرمية ولا مهر للمحرم ، وإنما القولُ بالمهر بناء على صحة أنكحتهم الزائدات على العدد ومَنْ لا يتصف بصفةٍ تنافي النكاحَ كالأخت . والخامسة) .

قلت : أما قوله : (الزائدات على العدد الشرعي) فهو كلامٌ حسن وقوله : (من لا يتصف بصفة تنافي النكاح) فَحَسَنٌ أيضًا . وقوله : (كالأخت والخامسة) إن أراد به أختَه متصفةً بصفة تنافي النكاحَ لكنه قد قال بعدها : (والخامسة من الزائدات على العدد الشرعي) وقد قدَّم ذِكْرَه . وإن أراد به نكاحَ الأخت على الأخت وهو الظاهر ، فلا معنى لقوله : (الخامسة) .

قلت : لا يمكن حَمْلُه على الأخت المحرمة عليه ؛ لأنه غيرُ مطابقٍ للكلام الذي قبله والذي بعده ؛ لأن الخامسة لا تنافي النكاحَ في صورة أخرى ، فعلى هذا يكون مرادُه الأختَ على الأخت ، فإنه إذا طلقَّ طلاقًا بائنًا عقد على الأخرى ، فعلى هذا تكون الخامسة في معناها لما تقدم قوله فيه في أول الفصل : (إن أسلم الزوجُ وتخلَّفت وأصرَّتْ فلا نفقة لها في مدة العدة ؛ لأنها بائنٌ فقد أساءت بالتخلف ، ولو أسلمت قبل العدة فالجديدُ : أنها لا تستحق النفقةَ لمدة التخلف ؛ لأنها ناشزة بالتخلف . وفي القديم : تستحق ؛ لأنها ما أحدثت شيئًا إنما الزوج أحدث تبديلَ الدين . وهذا ضعيف ؛ إذ لو ابتدأ الرجلُ سفرًا فتخلفت عنه سقطت نفقتُها ؛ إذ يجب عليها الموافقة وكذلك في =

أمّا إذا وطيءَ إحداهما ، نُظِرَ : فإنْ وطِيءَ البنتَ ، حَرُمَتِ الأمُّ ، فصارت (١) محرّمة ، وتعيَّنت البنتُ عند الإسلام . وإنْ وطيء الأمَّ ، صارت البنتُ محرمةً واندفعتْ . وهل يبقى نكاحُ الأمِّ إذا أسلمتا ؟ إن قلنا : يصح نكاح الكفار ، فهي أيضًا صارتْ مَحْرَمًا (٢) بنكاح البنت فلا يبقى ، وإلا دَامَ نكاحُها .

الرابعة : أن يُسْلِم الحرُّ على إماء : فإن كان عاجزا عند (٣) الالتقاء في الإسلام ، اختار واحدة . ولو أسلم على ثلاث إماء ، فأسلمت معه واحدةٌ وهو مُعْسِرٌ ، ثم أسلمت الثانيةُ وهو مُوسِر ، ثم أسلمت الثالثةُ وهو معسِر ، وكلُّ ذلك قبل انقضاء عدَّتهنّ : اختار واحدةً من الأولى والثالثة ، واندفعت الثانيةُ . وهذا بناء على المذهب الصحيح في أنَّ اقتران اليَسَار بإسلام إِحداهما لا يدفع ، بخلاف العدة المقارِنة للنكاح ، وهذا على مخالفة البلْخيّ .

الخامسة : أن يُسْلم على حرة وإماءٍ . فإن أسلمن معه ، اندفع نكاحُ الإماء وتعينت الحرةُ . وإن أسلمْنَ معه وتخلّفتِ الحرةُ وأصرَّتْ ، أوْ ماتتْ قبل العدة : اختار واحدةً من الإماء إن كان عاجزًا عند الإسلام ، ولا يُعْتبر عجزُه عند الاختيار ؛ لأنه كالبيان لما قرره الإسلام ، فالنَّظرُ إلى حالةِ الإسلام . وإن أسلمتْ قبل انقضاء عدَّتها ، اندفع نكاحُ الإماء ؛ لأنه أسلم وتحته حرةٌ

= الإسلام ، لكن هذه مؤاخذة بحكم الإسلام فيجوز أن لا يؤاخذ به) .

قلت : « ما ذكره الشيخ من قوله : « ولكن هذه مؤاخذة بحكم الإسلام فيجوز أن لا يؤاخذ به .. » فيه اضطراب كما لا يخفى .

قلت : الظاهر أن هذا تصحيفٌ من الكاتب والناقل ؛ فإنه لا يقال : إن هذه مؤاخذة بحكم الإسلام ؛ حيث تأخر إسلامُها عنه كما في امتناع السفر معه .

وقوله : (فيجوز أن لا يؤاخذ به) فيه إشارة إلى أن المرأة أحسنت حيث أسلمت وإن تأخَّرتْ عنه مدة بخلاف امتناعها في السفر ، فذَكَرَ هذا ليؤكد به إبطالَ القول القديم في وجوب النفقة » مشكلات الوسيط (ق ١٤٢ / ب ، ١٤٣ / ب) .

(١) في (ب) : « وصارت محرمة » .

(٢) في (أ) : « محرمة » .

(٣) في الأصل : « عن » وفي (أ) ، (ب) : « عند » وهو الصواب ، والمعنى أنه إن كان عاجزًا عن نكاح الحرة لِفَقْدِه الطَّوْلَ ، فَيُبَاح له حينئذ نكاحُ الأمة ؛ فيختار واحدةً ممن أسلمْنَ معه .

استقرَّ نكاحُها ، ولا تجتمع الأمةُ مع حُرة (١) في النكاح وإن كانت كافرةً .

ولو أسلم مع الحرة وبَقِيَتْ - أو ماتتْ - وتخلَّفت الإماءُ ، اندفعَ نكاحهن ولا يُنْتظرْن ؛ لأنّه استقرَّ نكاحُ الحرةِ بإسلامها ، فلا معنى للانتظار . وكلُّ مَنْ يُنتظر إسلامُه ، فماتَ ولم يُسْلمْ قبل انقضاء العدة ، فهو كما لو أَصَرَّ . وكذلك لو أسلم على واحدة ، ومات قبل إسلام الباقيات ، فالميراثُ للمسلمةِ ، ولا شيءَ للباقيات ؛ لأن التخلف إلى موته كالتخلف إلى انقضاءِ العدة ؛ إذ لا انتظارَ بعد الموت وانتهاءِ (٢) النكاح .

فَرْعٌ : ما ذكرناه من [أن] (٣) الحرة إذا تقدمت مع الزوج في الإسلام ، اندفع نكاحُ الإماءِ ولا يُنتظرن ، وذلك فيه إذا بَقِينَ على الرِّقِّ . فإن عَتَقْنَ ، ثم أسْلمنَ قبلَ العدةِ ، الْتَحقْنَ بالحرائرِ الأَصْليات ، حتى لو لم يكن تحته حرةٌ ، فأسلم على إماء وتخلفن ، ثم عَتَقْنَ وأسلمن : اختار أربعًا منهن . ولو أسلم على إماء ، وتخلفت واحدةٌ وعتقت ، وأسلمت قبل انقضاءِ العدة تعيَّنتْ للنِّكاح .

والمقصودُ أنَّ طُرْآنَ (٤) الحريةِ قبل الاجتماعِ في الإسلام : يُلْحِقُها بالحرائرِ الأصليَّات .

١٦٨/أ ولو أسلم على أَمَتَيْنِ وتخلَّفت أمتانِ ، فعَتَقَتْ واحدةٌ من المتقدمين / ثم أسلمت المتخلفتان رقيقتيْنِ : اندفع نكاحُهما ؛ إذ تحت زوجهما عتيقةٌ . أمّا المتقدمة الرقيقة فلا (٥) تندفع ؛ لأن عِتْق الأخرى كان بعد اجتماعهم (٦) في الإسلام ، فلا يؤثر في دفْعها ، بل يختارُ إحدى (٧) المتقدمين (٨) .

* * *

---

(١) في (أ) : « الحرة » .

(٢) كتبت في الأصل هكذا « انتهى » . وفي (أ) ، (ب) : « انتهاء » كما هو المثبت .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) طُرْآن : مصدر للفعل « طرأ » يقال : طرأ يطرأ طرآنًا : أي حصل بغتةً ، فهو طارئ . انظر في ذلك المصباح المنير (٢ / ٥٦٨) مادة (ط ر أ) .

(٥) في الأصل : « لا تندفع » والصواب دخول الفاء هنا كما سبق بيانه .

(٦) في (أ) : « اجتماعهما » .

(٧) في الأصل : « أحد » .

(٨) في (ب) : « المقدمتين » .

الفصل الثالث
في حكم العبيد والإماء، وطُرْآن العتق عليهم

وله طرفان :

الأول
في العبيد

ومهما أسلم العبدُ على إماء أو حرائرَ - أو إماءٍ وحرائرَ - اختار اثنتين ؛ لأنّ الحرة في حقّه كالأمة . نعم ، إذا أسلم مع حرة ، فهل لها الخيارُ ؛ لِرِقّه ؟ القياس أنه لا يثبت ؛ لأنها رَضِيَتْ بِرِقّه أوّلًا . واختار المزنيُّ ثبوتَ الخيار ، كما إذا عَتَقَتْ تحت عبد ، وكأنَّ حكمَ حريتها ، إنما يثبت بالإسلام ، فيكون كالحرية الطارئة [1] . والمقصودُ : بيان طرآن العتقِ عليه ، وذلك لا يؤُثر إن كان بعد الإسلام . وإن كان بين الإسلام مين يؤثر ، حتى لو أسلمنَ وتخلّف وعَتَقَ ، ثم أسلم فيختار من الحرائر أربعًا ، ويرجع في الإماء إلى واحدة . وإن أسلم ، وأسلمتْ معه حُرّتانِ ، ثم عَتَقَ ، فأسلمت الباقياتُ من الحرائر : فلا يزيد على اثنتين ؛ لأنه صادَفَ كمالَ عددِ العبد [2] قبل الحرية .

ولو أسلم مع واحدة ، وعتق [3] وأسلمت الباقيات : اختار أربعا ؛ لِطُرْآن العتق قبل كمال عدد العبيد . وشبّهوا هذا بمسألتين :

= قال ابن الصلاح : « قوله : (والمقصود أن طُرْآن الحرية ... إلى قوله : بل يختار إحدى المتقدمتين) قلت : استقر الرأيُ - بعد البحث والتنبيه على الشيخ الغزالي (رحمه الله) - بأنه سَاهٍ في هذه المسألة على المذهب ، هاهنا وفي « البسيط » و« الوجيز » . وصوابُه أنه لا يندفع نكاح المتخلفتين ؛ لأن عِتْقَ إحدى المتقدمتين كان بعد اجتماعهما مع الإسلام ، والقاعدةُ المقررةُ : أن مثل هذا العتق لا يجعلها كالحرائر ، بل يَبقى حكمُها حكمَ الإماءِ في حقها ، وفي غيرها » . شرح مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩١ / أ) .

(١) انظر اختيار المزني في « مختصره » ص (١٧١ وما بعدها) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « العبيد » . والمقصود أن العدد المباح له شرعًا قد تمَّ ، وهو ألا يتزوج أكثر من اثنتين ، خلافًا لمالك (رحمه الله) كما سبق بيانه .

(٣) قوله : « وعتق » ساقط من (أ) .

إحداهما : العبدُ لو استوفى طلقتين من زوجته ، ثم عتق : لم ينكحها . ولو استوفى طلقةً (١)ثم عتق ، نكحها وملَك عليها طلقتين (١) .

الثانية : الأمة لو عَتَقَتْ في يوم قَسْمها (٢) ، استوْفت مُدَّةَ الحرائر . ولو عَتقتْ متصلا بآخرِ مدتها : اقتصرتْ .

فرع : لو أسلم على أربع إماء ، فأسلمتْ معه ثِنْتان ، فعتق ، ثم أسلمت الأُخريان : جازَ له اختيارُ ثِنْتَيْنِ (٣) ؛ لأنه تَمَّ (٤) له عدد العبيد قبل العتق ، فلا يجب عليه الرجوع إلى واحدة . ولكنه هل تتعينّ الأُولَيَان أم لا ؟ قال الإمام (٥) : « لا تتعين ، بل هو كما أسلم حرٌّ على أربع إماء ، فأسلمن على التوالي ، وطُرْآنُ الحرية ، لا يزيد على الحرية الأصلية » . وقال الفوراني (٦) : لا يجوز له اختيار الأُخريين ؛ لأنه اجتمع بهنَّ في الإسلام (٧) وهو حُرٌّ ، فكيف يجمع بينهما ، ويختار الأُولين (٨) ؟! .

وهل يختار واحدة من الأولين وواحدةً من الأخريين ؟ فيه وجهان (٩) . وتوجيهُ الجوازِ أن الحريةَ تمنعُه من الجمع بين الأخريين ، ولا تمنعُه من أصل العدد ؛ فيختارُ واحدةً منهما ، وواحدةً

(١) في (أ) : « ثم عتق ونكحها ، ملك عليها طلقتين » .

(٢) مقصوده : أن الأمة يَقْسِم لها زوجُها نصفَ قَسْمه للحرة ، فلو بات عند الحرة ليلتين ، بات عند الأمة ليلةً ، فإذا أصبحت الأمةُ عتيقةً يوم نوبتها كان لها ليلتان .

(٣) في (ب) : « اثنتين » .

(٤) كلمة : « ثَمَّ » ساقطة من (ب) .

(٥) المقصودُ « بالإمام » عند الشافعية : إمامُ الحرمين ، أبو المعالى الجوينى ، وقد سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٦) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٧) من قوله : « وطُرْآن الحرية ... إلى قوله ... في الإسلام » ساقط من (أ) .

(٨) والصحيح ما قاله الفوراني . انظر الروضة (٧ / ١٦٤) .

(٩) صحح في الروضة وجه المنع بقوله : « ولا يجوز اختيار واحدة من الأولين ، وواحدة من الأخريين على الأصح » . الروضة (٧ / ١٦٤) .

من الأُولين . و[قد](١) قال القاضي حسين(٢) : لو أسلم على اثنتين ، فأسلمتْ معه واحدةٌ ، ثم عَتَقَ فأسلمت الثانيةُ لا يختار إلا واحدةً ؛ لأنه عتق قبل كمال العدد ، ولكن قال : « تتعين الأُولى »(٣) وهذا لا وَجْهَ له أصلًا .

الطرف الثاني(٤)

في عتقهنّ

وتأثيره في إلحاقها بالحرائر مهما تقدم على الاجتماع في الإسلام . ويظهر أثرُه في إثبات الخيار لها إذا كانت تحت عبْدٍ ، ويكون خيار العتق على الفَوْر . لكنها لو أسلمت وعتقت ، فلها ألا تُبَادِرَ الفسخ ؛ فإن الزوج ربما يُصِرُّ فتستغني عن هذا الفسخ ، وكذلك الرجعيّة إذا عتقت ، لها التأخير إلى انقضاء المدّة(٥) ؛ فإنّ هذا عُذْر في التأخير . ولو فسخت قبل إسلام الزوج : نفذ ، ولا فائدة له إن أَصَرَّ الزوج . وفائدتُه(٦) ، (٧ إنْ أسلم الزوج ٧) ، تظهر في قُصور مُدة العدة ؛ إذ لو أَخَّرَتْ وأسلم الزوج وفسخت ، طال عليها الانتظارُ . ولا نقول : فسخها موقوف على إصرار الزوج فلا يَنْفُذ ؛ فإن الفسخ(٨) جنس واحد ، فلا يمتنع بإمكان فسخ آخر ، بخلاف ما إذا كان(٩) تحته حرة وإماءٌ ، فأسلمن وتخلّفت الحرة ، واختار واحدةً من الإماء ، ثم ماتت

---

(١) زايادة من (أ) .

(٢) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٣) في الأصل : « لا تتعين الأولى » وهو خطأ ، والصواب « تتعين الأُولى » كما ثبت في نسختي (أ) ، (ب) .

ويدل على ذلك تعقيب الإمام الغزالي على هذا القول بقوله : « وهذا لا وجه له أصلًا » ويدل على ذلك أيضًا قول المتولي – كما في الروضة – : « إن الإمام حكى عن القاضي – يعني القاضي حسين – أن الأولى تتعين ، وعن سائر الأصحاب أنه يختار واحدة من الجملة . قال : وقول القاضي هفوةٌ منه » . انظر الروضة (٧ / ١٦٤) .

(٤) في الأصل : « الفصل الرابع » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « العدة » وهو أوضح .

(٦) في (أ) : « وفائدتها » .

(٧) في (أ) : « إن لم يُصِرّ الزوج » .

(٨) في (أ) : « الفسوخ » .

(٩) في (أ) : « بخلاف ما إذا أسلم » .

المتخلِّفة [١] أو أصرّتْ ، فإن صِحّةَ الاختيار تنبني على وقف العقود ؛ لأنها لو أسلمت لبطل اختيارُه ؛ لاندفاعِ نكاح الإماء ، وهو أولى بالصحة من العقود ؛ لأنه ليس ابتداءَ عقدٍ .

نعم ، [لو أسلمت امرأة] [٢] ، وتخلّف الزوجُ ، ونكح أختَها ، ثم أسلم وأسلمت يُخَيَّر بينهما ؛ لأنه جرى في حالة الشرك .

ولو أسلم أوّلًا ، ونكح أخت المتخلفة ، وأسلمت [٣] المتخلفة : بطل النكاح الذي جرى في الإسلام ؛ لأنها طارئة بعد الإسلام . فلو أصرّت المتخلفةُ ، انبنى صحةُ نكاح الأخرى على القولينْ فيما لو باع مالَ أبيه ، ولم يَدْرِ أنه ميّتٌ ، فإذا [٤] هو ميت .

فأمّا إذا أسلمت وعتقت ، وأجازت قبل إسلام الزوج ، بطلت الإجازةُ ، وبَقِيَ حقُّها في الفسخ ؛ إذ ليس لها [٥] المقام تحت كافر، فلا حكمَ لإجازتها في الحال .

ولو عتقت الرجعية وفَسخت ، نَفذ . وإن أجازت فوجهان . والفرقُ : أنّ إجازتها تفيد الزوجَ سلطانَ الرجعة ، وهو من مقاصد النكاح . ولا يمكن أن يقال : إجازتُها تحت الكافر تُفيدُه [٦] سلطانَ الإسلام ؛ فإن ذلك لا يُستفاد من الغير .

* * *

(١) في (ب) : « الحرّة » والمعنى واحد ؛ لأن المتخلفة – في هذا المثال – هي الحرة .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « ثم أسلمت » .

(٤) في (ب) : « فإذن » وهو خطأ واضح .

(٥) كلمة « لها » ساقطة من (أ) .

(٦) في (أ) : « تفيد » .

الفصل الرابع [1]

في الاختيار وحكمه

والكلام في طرفين :

أحدهما : في وجوب الاختيار . فإذا أسلم على ثمانية مثلا ، فعليه تعيينُ أربعة ، فإن امتنع ، فعليه الإنفاقُ على الجميع في مُدّة الحبْس ، وللقاضي أن يحبسه ليُعَيِّنَ ، فإن أصرَّ عزَّره [2] ، وكذا [3] كلُّ قادر على أداء حقٍّ إذا أصرَّ ولم ينجع فيه الحبْس / فينبغي أن يُعَزَّر . ١٦٨/ ب

ويُمْهَل [الزوج] [4] ثلاثةَ أيام للنّظر والتأمُّل ، ولا يختار القاضي عنه إذا أصرَّ ، وإن قلنا في قولٍ : إن القاضي يطلِّق زوجةَ المُؤْلي [5] ؛ لأن هذا أمرٌ مَنُوط بالرؤية ولا يَقْبل النِّيابة .

ولو [6] مات قبل التَّعَيُّن [7] ، فعلى كلٍّ واحدة الاعتدادُ بأقْصى الأجلَيْن ؛ للاحتياط [8] ،

---

(١) في الأصل « الفصل الخامس » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) التعزير : الردّ ، والردع وهو المنع . وفي الشرع : هو التأديب بما دون الحدّ ، أو هو : ما يقدره القاضي من العقوبة على جريمة لم يَرِدْ في الشرع عقوبةٌ مقدرة عليها . وسُمّي التأديب الذي دون الحدّ : تعزيرًا ، لأنه يمنع الجاني من معاودة الذنب . ثم قد يكون التعزير بالحبس أو الصفع ، أو الكلام العنيف أو النظر العبوس ، أو غير ذلك مما تقتضيه حالةُ المعزَّر . انظر : مختار الصحاح ص (٤٢٩) مادة (ع ز ر) . أنيس الفقهاء (١٧٤) . معجم لغة الفقهاء ص (١٣٦) .

(٣) في (أ) : « وكذلك » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) المؤلي : اسم فاعل من « آلى ، يُؤْلي ، إيلاءً » : أي : حلَف . وهو في الشرع أن يحلف الزوج على ترك قربان زوجته مطلقًا أو مدة تزيد على أربعة أشهر . انظر : المصباح المنير (١ / ٣٥) مادة (أ ل ى) . أنيس الفقهاء ص (١٦١) .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « التعيين » .

(٨) انظر الروضة (٧ / ١٦٩) . المنهاج ص (١٠٠) .

ويُوقَف لهنّ من الميراث الربع أو الثمن كاملًا (١) إلى أن يَصْطلِحْنَ ، وإن كان فيهن طفلةٌ (٢) : لم يرضَ وليُّها إلا بُربُع الموقوف (٣) .

ولو جاءت أربعٌ منهن ، لم نُسَلِّم إليهنّ شيئا ؛ فلعلَّهن المفارِقات . (٤ وإن جاءتْ خمسة ٤) ، سلّمنا إليهنّ ربع (٥) الموقوف ؛ لأنه المستيقن ، ولا نزيد في التسليم على المستيقن . وحُكِي عن ابن سريج (٦) أنه قال : يُوزّع على جميعهن بالسَّويَّة ؛ إذِ التوقفُ عند انتظار البيان ، أو عند اختصاص البعض بفُرقةٍ اشتبهت علينا ، كما إذا قال : إن كان هذا غرابًا فعمرة طالقٌ (٧) ، وإن لم يكن فزينبُ طالقٌ ، فإن المطلَّقة في علم الله واحدة ، واشتبهت علينا ، (٨ وهاهنا هُنّ متماثلاتٌ قطعًا ٨) . وهذا مُتَّجهٌ جدًّا .

فرع : لو أسلم على ثمان كتابيّات ، وأسلمت (٩) أربعٌ : فيختار مَنْ شاء من الكتابيات أو

---

(١) كلمة : « كاملًا » ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « صغيرة » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا أسلم على ثمان ، ومات قبل الاختيار والتعيين : (يُوقف لهن من الميراث الربعُ أو الثمن .. إلى قوله : إلا بربع الموقوف) وهذا ذكره في « البسيط » وعلَّل بأنه أكثر ما يُفرض لها . وهذا خلافُ مذهبِ الشافعيّ وأصحابه ، وخلافِ الدليل . وصوابُه أن يُقال : (لا يرضى بأقلّ من الموقوف اعتبارًا بعددهن ، وتساويهن في الاستحقاق) . والذي نقله شيخُه في « النهاية » قال : قال الشافعي : « لو كان فيهن طفلة ، فليس لوليها أن يرضى لها – إذا طَلَبْنَ الاصطلاحَ – بأقلَّ من ثمن الوقوف . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩١ / ب) وانظر روضة الطالبين (٧ / ١٧٠) .

(٤) في (أ) : « فإن جاء خمس » .

(٥) في (ب) : « الربع » .

(٦) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٧) في (ب) : « طالقة » .

(٨) في الأصل : « وهاهنا هُنَّ في المتماثلات قطعا » .

(٩) في (أ) : « وأسلم » .

المسْلِمات . فلو مات قبل البيان ، (١ لا نَقِفُ لهنَّ شيئا ١) من الميراث ؛ إذ كان يُحْتمل أن يختار الكتابيات [فلا يَرِثْنَ] (٢) ولا يرث الجميعُ ، فلم يحصل حقُّ الزوجية بتعيين (٣) .

ولو نكح مسلمةً وكتابيةً ، وقال : « إحداكما طالقٌ » ومات قبل البيان (٤ لا نقف أيضًا شيئًا ؛ للشّكّ ٤) في أصل الحق .

الطرف الثاني :في ألفاظ الاختيار . وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : « اخترتُ هذه الأربعَ للزوجيّة » تعيّنت الباقياتُ للفسخ . ولو قال : « اخترتُ هذه للفسخ » أو « هذه للفسخ » - دون لفظ الاختيار - نَفَذَ . ولو كُنَّ ثمانية ، فطلّق أربعًا منهن ، فهو تعيينٌ للنكاح ونفذ الطلاقُ ، واندفعت (٥) الأخرياتُ بالفسخ . وليس لفظُ « الإيلاءِ » و « الظِّهارِ » كلفظ الطلاق ؛ فإنَّ ذلك مما يخاطب به الأجنبيات والأزواج جميعًا .

(٦ ولو قال : « فسختُ نكاحَ هذه الأربعة ٦) » ، (٧ وفسّر التعيين بالفراق ٧): نفذ ، ولو فسَّر بالطلاق : قُبِلَ ، ومُطْلَقُه يُحْمل على التعيين للفراق .

الثانية : لو قال : « من دخل الدار فقد اخترتُها للنكاح » : لم يصحّ ؛ لأنّ الاختيار لا يَقْبل التعليق . ولو قال : « هي طالق » (٨) نفذَ الطلاقُ وحصل الاختيار ضمْنًا . ولو قال : « فهي مفسوخة النكاح » وأراد الفراقَ : لم ينفذ ، وإن فسّر بالطلاق نفذ الطلاق ، وحصل التعيين ضمنًا .

---

(١) في (أ) : « لا يوقف لهن شيء » .

(٢) قوله : « فلا يرثن » زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بتيقن » .

(٤) في (أ) : « لا يوقف أيضًا للشك » .

(٥) في (أ) : « واندفع » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولو قال : عَيَّنتُ هذه الأربعةَ » وهو صواب أيضًا ، ويدلّ على ذلك قوله : « وفسَّر التعيينَ بالفراق » . وانظر روضة الطالبين (٧ / ١٦٦) .

(٧) في الأصل : « وفسّر بالتعيين للفراق » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) : « فهي طالق » .

الثالثة : لو وطئ واحدةً ، هل يكون تعيينًا للنكاح ؟ فيه خلافٌ (١) ، كما لو قال : إحداكما طالقٌ ، ثم وطئ إحداهما .

الرابعة : إذا أسلمت أربعٌ ، وتخلَّفت (٢) أربع ، فاختار المسلمات : نفذ ، واندفعت المتخلِّفات . وإن فسخ نكاح المسلمات - والمتخلفاتُ وثنياتٌ - لم ينفذ ؛ لأنَّ من ضرورته تقريرَ نكاح الوثنيات ، وربما أصْرَرْنَ فيتعذَّرُ ذلك ، وفائدتُه أنهنّ إذا أسلمن ، استأنف اختيارَ مَنْ شاء منهن . وفيه وجهٌ : أنه يُبْنَى على الوقف ، فإن أصررن تبيَّنَ بطلانُ فسخه ، وإن أسلمن نفذ ، وليس هذا كما لو باع خمرًا ، فإنه لا يصير موقوفا على أن يصير خَلًّا ؛ لأن الخمر لا يقبل العقد ومهما أسلمت الوثنيَّات كان العقد . مستندا إلى ما سبق . وإن اختار المتخلفات للفسخ ، نفذ قطعًا ؛ لأن التقرير يلائم المسلمات . وإن اختار المتخلفات للنكاح ، لم ينفذ إلا على وجه الوقف . وهو بعيد .

نعم ، لو طلقهن ثم أسلمن ، فهل نتَبَيَّنُ نفوذ الطلاق ؟ فيه خلاف ظاهر ؛ لأن (٣) الطلاق يقبل التعليقَ ، فلا يبعد فيه الوقف أيضًا .

الخامسة : لو قال : « حصرتُ المختاراتِ في سِتٍّ » : صَحَّ ، وتعينّ الباقيات للفسخ إلى أن يُتمم (٤) الاختيار .

السادسة : لو أسلمت الثمانيةُ على ترادف ، وكان يخاطب كلَّ مسلمة بالفسخ : تعيَّنَ للفراق الأربعةُ الأخيرةُ ؛ فإن المسلمات السابقات يُمكن فيهن التقرير . وعلى الوجه البعيد : (٥ يتعين للفراق الأربعةُ الأولى بطريق الوقف ٥) .

* * *

---

(١) المذهب عند الشافعية أن الوطء لا يكون اختيارًا للموطوءة . انظر الروضة (٧ / ١٦٧) .

(٢) في (أ) : « وتخلف » .

(٣) في (ب) : « ولكن » . (٤) في (أ) : « يتمّ » .

(٥) في (أ) : « يتعين للفراق الأربع الأُوَل بطريق الفسخ » .

الفصل الخامس [١]

في النفقة والمهر [٢]

فنقول : إن أسلم الزوج أوّلا ، وتخلفت وأصرت ، فلا نفقة لها في مدة العدة ؛ لأنها بائنةٌ ، وقد أساءت بالتخلُّف . ولو أسلمت قبل [انقضاء] [٣] العدة ، فالجديدُ : أنها لا تستحق النفقة لمدة التخلف ؛ لأنها ناشزة بالتخلف [٤] . وفي القديم : تستحق ؛ لأنها ما أحدثتْ شيئًا ، إنما الزوجُ أحدثَ تَبْديلَ الدِّين . وهذا ضعيفٌ ؛ إذ لو ابتدأ الرَّجل [٥] سفَرًا ، فتخلّفت : تسقط [٦] نفقتُها ؛ إذ يجب عليها الموافقةُ ، فكذلك في الإسلام . لكن هذه مُؤَاخذة بحكم الإسلام ، فيجوز أن لا تُؤَاخَذَ به [هاهنا] [٧] .

فأما إذا سبقت المرأةُ ثم أسلم قبل [انقضاء] [٨] العدة ، فالمذهب أنها تستحق النفقة ؛ لأنها أحسنتْ بالإسلام [٩] . وفيه وجهٌ بعيدٌ : أنها لا تستحق ؛ لأنها أحدثت شيئًا مانعًا من الاستمتاع . ولو أصرَّ الزوج فوجهان [١٠] . والقياس أنها لا تستحق ؛ لأنها بائنة .

قال القاضي [١١] : مأخذُ الترددِ أنها ، هل هي كالرجعية ؛ إذ الزوج قادرٌ على تقرير النكاح

---

(١) في الأصل : « الفصل السادس » وهو خطأ .

(٢) في (أ) : « في المهر والنفقة » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) انظر القول الجديد في الأم (٥ / ٤٦) .

(٥) كلمة « الرجل » ساقطة من (أ) .

(٦) في (أ) : « سقطت » وفي (ب) : « سقط » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) انظر القول الجديد في الأم (٥ / ٤٦) . الروضة (٧ / ١٧٢) .

(١٠) قال في الروضة : « وإن أصر حتى انقضت العدة ، استحقت نفقة مدة العدة على الأصح عند الجمهور ، وهو المنصوص في المختصر » . روضة الطالبين (٧ / ١٧٢) . وانظر مختصر المزني ص (١٧٢) .

(١١) إذا أطلق لفظ « القاضي » عند الشافعية فالمراد به القاضي حسين (رحمه الله) المتوفى سنة (٤٦٢) هـ . وقد سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

عليها » ؟ وهذا / بعيد ؛ لأنا نتبينَّ بَيْنُونَتَها . وكذلك لو طلقها وأصرّ ، لم ينفذ بخلاف الرجعية . ١٦٩/ب

ثم إن صح هذا القياسُ ، فلو سبق الرجل ، وتخلفتْ [المرأة] (١) فلم يَبْقَ للزوج عليها قدرةٌ ، فينبغي أن تُلْحق بالبائنة قطعًا .

فرعان في الاختلاف :

أحدهما : إذا قضينا بأنها لا تستحق النفقة في مدة التخلف . فلو تنازعا ، فقال : تخلفتْ عنِّي عشرين يومًا ، وقالت : بل عشرة ، فالقولُ قولُه ؛ إذ ثبت النُّشوزُ فعليها إثباتُ الزوال .

ولو تنازعا في السبق فقال : سبقتُ ، وسقط (٢) حقُّكِ مدة التخلف ، وقالت : بل سبقتُ أنا ، فالقولُ قولُها ؛ لأن النفقة ثابتةٌ ، فعليه إثباتُ المسْقِط إلا إذا اتفقا على أن إسْلامه كان أولَ الاثنين ، فقال الرجل : « أسلمتْ بعدي » ، وقالت : بل قبلَك ، فالقولُ قولُه ؛ لأن الأصل استمرارها على الكفر .

الثاني : لو قالت : أسلمتَ أنتَ أولًا قبل المسيس ، ولي نصف المهر ، وقال : بل أسلمتِ أنتِ أوّلًا ولا مهرَ لك ، فالقول قولُها ؛ لأن الأصل ثبوتُ المهر .

ولو تنازعا في بقاء النكاح ، فقال : أسلمنا معًا ، والنكاحُ باقٍ . وقالت : بل على التعاقب ، فالأصلُ بقاء النكاح ، ولكن التوافق في الإسلام نادر ، فَيُبْتَنى على ، أنّ المدَّعَى (٣) ، مَنِ الظاهرُ معه - وهي المرأة هاهنا - ، أو مَنْ لا يُخَلَّى وسكوته (٤) ، وهو الرجل ؟ ....

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في الأصل : « سقطت » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « المدّعى عليه » وهو أوضح ؛ لإزالة الإشكال بسبب عدم الضبط . وقد تُعُقِّب الغزالي على هذا - أعني في قوله : « المدَّعَى » - وقد ردّ الحمويّ على هذا التعقب بقوله : « المدَّعَى : هو بفتح العين ، وتركَ كلمة « عليه » اكتفاءً بفتحة العين في نسخته ، لكنها لم تُنْقل . ثم إن هذا الاستعمال جائز عند الكوفيين » . ا . هـ انظر منتهى الغايات في مشكلات الوسيط للحموي . ق (١٤٤ / أو ما بعدها) .

(٤) في نسخة أخرى « أو من يخلى وسكوته » كذا على هامش نسخة (ب) ، وهو خطأ . ومعنى قوله : (لا يخلى وسكوته) أننا نطالبه بالبينة إذا أقيمت عليه دعوى صحيحة ؛ وذلك لأنه مطلوب لا طالب ، وهذا بخلاف المدّعي ، فإننا لا نطالبه بالبينة إذا ترك الخصومة ولا يجبر على إظهارها ؛ وذلك لأنه طالبٌ لا مطلوب . كما سيأتي تفصيله إن شاء الله في « الدعاوى والبينات » .

وفيه قولان (١) .

* * *

(١) وفي حدّ المدّعِي قولان :

أحدهما : أنه الذي يُخَلّى وسكوتَه .

والثاني : أنه الذي يدعي أمرًا خفيا على خلاف الأصل .

والقول الثاني هو الأظهر عند الجمهور ، فالمدعي : منْ يدعي أمرًا خفيًا يخالف الظاهر ، والمدعى عليه : هو مَنْ يوافق قولُه الظاهرَ . انظر : الروضة (١٢ / ٧) . المنهاج ص (١٥٥) . الغاية القصوى (٢ / ١٠٩٩) .

قال الحموي : « قوله : (المرأة إذا أسلمت قبل وجوب العدة فالمذهب : أنها تستحق النفقة ؛ لأنها أحسنت بالإسلام . وفيه وجه بعيد : أنها لا تستحق ؛ لأنها أحدثت شيئًا مانعًا من الاستمتاع ، ولو أصر الزوج فوجهان . والقياس : أنها لا تستحق ؛ لأنها بائنٌ . وقال القاضي : مأخذ التردد : أنها هل هي كالرجعية إذ الزوج قادرٌ على تقرير النكاح عليها . وهذا بعيد ، لأنا نتيقن بينونتها فكذلك لو طلقها ... إلى قوله : (الثاني : لو قالت : أسلمت أولًا قبل المسيس فلي نصف المهر : فقال : بل أسلمت أولًا فلا مهر لك . فالقول قولها ؛ لأن الأصل ثبوت المهر .

ولو تنازعا في بقاء النكاح فقال : أسلمنا معًا فالنكاح باقٍ . وقالت : بل على التعاقب . فالأصل بقاء النكاح ولكن التوافق في الإسلام نادر فينبني على أن المدعي مَنِ الظاهرُ معه - وهو المرأة هنا - أو من يُخَلّى وسكوتَه وهو الرجل ؟ وفيه وجهان) .

قلت : إذا قلنا : إن المدعي مَنْ يدعي أمرًا خفيًا ، فالمدعى هنا الزوج فتصدَّق المرأةُ بيمينها ؛ لأنه يدعي ما هو نادر . وإن قلنا : إن المدعي مَنْ يُخَلّى وسكوته ، فالمدعية هي المرأة ؛ لأنها إذا تركت الدعوة تخلى عليه ، والمصدق هو الزوج ؛ لأنه لو سكت لا يخلى بل يؤاخذ بمُؤَنِ النكاح . وإذا كان كذلك لم يصح أن يقول : (فيبنى على أن المدعي من الظاهر معه) فإن المدعى عليه من الظاهر معه ثم قال : (وهو المرأة هاهنا) وهذا غير مطابق لحد المدعي ، بل المرأة هنا المدعى عليها ، فإن الظاهر أن إسلامهما على التعاقب . وقوله : (أو من يخلى وسكوته وهو الرجل) فليس كما ذكر فإنه هنا لا يخلى وسكوته فيكون هو المدعى عليه ، والإشكال أقوى .

قلت : « أمكن أن يجاب عنه فيقال : ليس مرادُه بقول : (المدعي) وإنما مراده بقول : (المدَّعَى) بفتح العين دون كسرها وحَذَف « عليه » وبقيت لفظة « المدعَى » مفتوحة العين على ما كانت عليه وهو جائز في اللغة عند الكوفيين ، ولا يبعد جوازُه عند البصريين ، فإنه لما ذكر هذه المسألة في موضع آخر فقال : (المدعى عليه) ، حذف « عليه » هنا ؛ استغناءً بذلك لاسيما واللفظ يدل عليه بسبب فتح العين ، فصار هذا كحَذف فاعل بئس ونعم =

....

= لدلالة النكرة عليه، وكذلك هنا، فعلى هذا يكون المدعى عليه مَنْ الظاهر معه. إذا ثبت هذا فيكون «أو من يخلى وسكوته» المراد به «المدعى» في غير مسألتنا، ويكون على هذا التقدير المدعى عليه هو الزوج، وقد أتى بالفرق بين المدعي والمدعى عليه، وهو الأول وبيَّنَ المدعى في غير مسألتنا، ويلزم منه أن يكون الزوج هو المدعى عليه في مسألتنا، وبه خرج الجواب، وهو على حسب الإمكان.

والتحقيق أن هذا التصرف وقع من بعض الفقهاء ليقع التناسبُ بينها وبين مسألة الدعوى والبينات، فإن الظاهر عندي أنه كان في الأصل: (فقالت: أسلمنا معًا. وقال: بل على التعاقب)، فحذف بعض الفقهاء «الياءَ» من الأول وأثبتها في الثاني؛ كما في الدعوى والبينات؛ ليتساويا في المثال، يلزم منه ذلك المحذور، وهما مسألتان متغايرتان في الحكم لاختلاف الدعوى في الموضعين، فإن الحكم لدوران العلة، فإن كل من ادعى منهما الإسلامَ معًا، فهو مدعٍ، ومن ادعى التساوق فهو مدَّعًى عليه، وقد ذكر صاحب النهاية المسألتين في النكاح، وجعل تعليلهما واحدًا، وبه خرج الجواب.

وأما نقلُ الشيخ عن القاضي: أن المرأة تبقى كالرجعية [... إلى آخره، فإن ذلك مشكل، فإن القاضي لا يقول: إن المرأة تبقى كالرجعية عند سبق إسلام الرجل المرأة، والفرقُ عسيرٌ». مشكلات الوسيط (ق ١٤٣/ب- ١٤٥/أ).

القسم الرابع من الكتاب [١]

في موجبات الخيار

وأسبابُ الخيارِ أربعةٌ [٢]:

العيب .

والغرور [٣] .

والعتق .

والعنة [٤] .

---

(١) يعني من كتاب « النكاح » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأسباب الخيار أربعة) ذكَر العيبَ والعنة ، ولم يجعلْها ها هنا من العيوب ، ثم قال عقيبه في بيان الموجب للخيار : (العيوبُ المتفق عليها – يعني بين الأصحاب – خمسةٌ ، اثنان يختص بهما الزوج ، وهما الجَبُّ والعُنّة) فها هنا جَعَل العنةَ من العيوب . وذلك منه غيرُ جيدٍ ، والعذرُ في ذلك : أن التَّعْنين – وإن كان في الحقيقة من أقسام العيب – إلا أن الكلام فيه يطول ، فاقتضى غرضُ التصنيفِ إفرادَه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩١/ب وما بعدها) .

(٣) المقصودُ بالغرور هنا : الخديعةُ ، كأن يشترط الزوجُ – فيمن يريد الزواج منها – البكارةَ مثلًا ، أو أن تكون حافظة لكتاب الله تعالى ، أو غير ذلك من الشروط ، ثم لا يكون ذلك متوفرًا فيها ، فعند ذلك يثبت له الخيارُ . وكذلك إن اشترطت الزوجة فيه شرطًا ، فيكون غَيْرَ ذلك . انظر : المصباح المنير (٦٨٢/٢) مادة (غ ر ر) .

(٤) العُنَّة : هي العجز عن الوطء لعدم انتشار الذكر . وقد يكون ذلك بسبب مرضٍ ، أو كِبَرِ سِنٍّ ، أو حادثٍ ، أو سحرٍ ، أو نحو ذلك من الأسباب . وقد يكون العجزُ عن البكر لا الثيب ، وقد يكون عن امرأة – من نسائه – بعينها . والصوابُ أن يُقَال : التعنين ، لا العنة ؛ فإن « العنة » هي الحظيرة من الخشب تُجعل للإبل والغنم تُحْبَس فيها . انظر مادة (ع ن ن) في . تصحيح التنبيه ص (١٠٥) . التعريفات للجرجاني ص (١٥٨) . القاموس المحيط ص (١٥٧٠) . أنيس الفقهاء ص (١٦٥) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٢٣) .

السبب الأول

العيوب

والنظر في الموجِب والموجَب :

النظر الأول : في الموجب . والعيوبُ المتفق على ثبوت الخيار بها ، خمسة :

اثنان يختص بهما الزوج : وهو الجَبُّ [(١)] والعُنَّة . واثنان تختص بهما المرأة : وهو الرَّتَق [(٢)] والقَرَن [(٣)] . وثلاثةٌ مشتركة [بينهما] [(٤)] وهو البرص المستحكِم الذي لا يَقْبل الإصلاح [(٥)] – دون أوائل الوضح – والجذامُ [(٦)] المستحكم الذي سَوَّدَ [(٧)] العضوَ ، وأَخَذ في التقطيع . والجنونُ ، ولا يُعْتبر [(٨)] في الجنون أنْ لا يقبل العلاج .

---

(١) الجَبُّ : بفتح الجيم وتشديد الباء : هو القطع ، ومنه المجبوب الذي استؤصلت مذاكيره ، أو هو مَن قُطِع ذكره خاصة . انظر : تصحيح التنبيه ص (١٠٥) . لسان العرب (٥٣١/١) ، المصباح المنير (١٤٠/١) ، القاموس المحيط ص (٨٢) ، مادة (ج ب ب) . أنيس الفقهاء ص (١٦٦) .

(٢) الرَّتَق : بفتح التاء ، هو انسدادُ الرحم بلحم . والرتقُ : ضِدُّ الفتق ، ومنه الرتقاء ، وهي المرأةُ التي لا يُستطاع جماعُها ؛ لانسدادِ الفرج ، أو التي لا خَرْقَ لها إلا المبال خاصة . انظر : تصحيح التنبيه ص (١٠٥) . المصباح المنير (١/ ٣٣٥) . القاموس المحيط ص (١١٤٣) مادة (ر ت ق) . أنيس الفقهاء ص (١٥١) .

(٣) القرن : بفتح الراء وسكونها ، والفتح أرجح ، وهو التحامُ الفرج بعظمٍ بحيث يَسُدُّ مَدْخلَ المرأة ، وقد يكون مُنْسَدًّا بلحمٍ أيضًا . وتُسمى المرأة : قَرْناء . انظر : تهذيب الأسماء واللغات (٩١/٢/٣) . تصحيح التنبيه ص (١٠٥) . المصباح المنير (٢/ ٧٧٠) مادة (ق ر ن) . أنيس الفقهاء ص (١٥١)

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) ؛ (ب) : « العلاج » .

(٦) الجذام : داءٌ أو عِلَّة تحدث من انتشار السوداء في البدن كله ، فيفسد مزاجُ الأعضاءِ وهيأتُها ، وربما انتهى إلى تأكّل الأعضاء وسقوطِها عن تَقَرُّح – والعياذُ بالله – . ويقال : جُذِمَ الإنسانُ – بالبناء للمفعول – إذا أصابه الجذامُ . والجذْمُ أصلًا : القطْعُ ؛ لأنه يَقطع اللحم ويُسْقِطه . ومَنْ أصابه ذلك قيل له : مجذوم ، ولا يقال : أجذم ، إلا إذا قُطعت يدُه . والجذامُ في الوجه أغلبُ منه في بقيّة الأعضاء . عافانا الله الكريمُ بفضله . انظر : مختار الصحاح ص (٩٧) . تصحيح التنبيه ص (١٠٥) . المصباح المنير (١٤٨/١) . القاموس المحيط ص (١٤٠٥) مادة (ج ذ م) .

(٧) في (ب) : « يُسَوّد » .

(٨) في (أ) : « ولم يعتبر » .

(١ والجَبُّ المثبِت للخيار ، هو الاستئصال ١) ، بحيث يكون الباقي أقلَّ من الحشَفة ، فلا يثبت (٢) الخيارُ بقطع البعض .

واختلفوا فى ثلاثة أمور :

أحدها : أن البخر (٣) والصُّنان (٤) والعِذْيَوْط (٥) الذي لا يقبل العلاج ، هل يردّ بالعيب ؟ المشهور (٦) أنه لا يردّ . ولا يُزاد على الخمس (٧) . وعن زاهر السّرَخْسي (٨) أنه أثبت بهذه الثلاث (٩) ، وزاد القاضي حسين على هذا ، وقال : لا توقيفَ ولا حَصْرَ . والمتبعُ : كلُّ عيبٍ يكسِر شَهْوةَ التوَّاق (١٠) فيتعذر الاستمتاع به ، إذ لو اعْتُبِر امتناعُ الاستمتاع لاقتُصِر على الرَّتَق

---

(١) في (أ) : « والجبُّ الذي يُثْبِت الخيارَ هو اسئصالٌ ... » .

(٢) في (أ) : « ولا يثبت » .

(٣) البخر : هو نتنُ ريح الفم أو غيره . ويقال للذكر : أبخر ، وللأنثى بَخْراء . انظر : المصباح المنير (٦١/١) ، والقاموس المحيط ص (٤٤٣) مادة (ب خ ر) .

(٤) الصُّنان : الذّفر تحت الإبط وغيره ، يقال : أَصَنَّ الشيءُ ، أى صار له صنان . انظر : المصباح المنير (٥٣٤/١) ، القاموس المحيط ص (١٥٦٣) مادة (ص ن ن).

(٥) العِذْيَوْط : هو الرجل يُحدِث عند الجماع ، والاسمُ : العَذْيَطة . والمرأة : عِذْيَوْطَة . ويقال للرجل أيضًا : عُذْيُوط وعِظْيَوْط . انظر : لسان العرب (٢٨٦٠/٤ وما بعدها) ، المصباح المنير (٦١٠/٢) ، القاموس المحيط ص (٨٧٤) مادة (ع ذ ط) ، (ع ظ ط) ، روضة الطالبين (١٧٧/٧) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « فالمشهور » . وما حكاه الإمام الغزالي من أنه لا يرد بذلك ، هو المذهب على الصحيح الذي قطع به الجمهور من الشافعية . انظر : روضة الطالبين (١٧٧/٧) . مغني المحتاج (٢٠٣/٣) . نهاية المحتاج (٣١١/٦) . كفاية الأخيار للحصني (٣٧/٢) .

(٧) في (أ) : « الخمسة » .

(٨) سبقت ترجمته في القسم الدارسي .

(٩) في (أ) : « الثلاثة » .

(١٠) في (أ) : « يكسر سَوْرة التواق » . وفي (ب) : « يكسر سورة التوقان » .

قال ابن الصلاح : (قوله : يكسر سَوْرة التواق) هو بفتح التاء ، وتشديد الواو ، أي : حدّة الشهوة . والتواق : شديد التوق والشهوة . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٢/أ) .

والقَرن . وقال : قد تجتمع عيوبٌ ، آحادُها لا يُثبت ، ولكن مجموعها يُنَفِّر ؛ فيثْبُت الخيارُ به . ولعل ذلك يجري في كل ما يُؤثِّر في التَّنْفير تأثيرَ الجذام والبرص .

الثاني : لو كان أحد الزوجين خُنْثَى [1] ، ففي ثبوت الخيار أربعة أوجه [2] :

أحدهما : نعم ؛ لأنه عيبٌ مُنَفِّر فاحش .

والثاني : لا ؛ إذ ليس فيه إلا زيادة ثقبة في الرجل ، وزيادة سَلْعة في المرأة .

والثالث : أنه إن انكشف الحالُ بعلامة محسوسة تُورث اليقينَ [3] ، فلا يُرَدّ ، وإن كان بعلامة مظنونة ، يرد ؛ لما فيه من الخطر .

والرابع : أنه لا يرد ما يثبت [4] بعلامة أيضًا ، بل ما لم يثبت إلا بالإقرار .

الثالث : أن العيب المثْبِت للخيار ، إنما يثبت من الجانبين لو كان مقارِنا للعقد ، فلو طَرأ قبل المسيس ثبت الخيار لها [5] . فإن كان بعده فوجهان [6] إلا في العُنَّة ؛ فإنها إن طَرأَتْ بعد الوطء ، لم يثبت الخيارُ ؛ لأنّ اليأس لا يحصل [7] .

(١) الخنثى لغة : من « الخنث » وهو اللين ، والمقصودُ به هنا : شخصٌ له آلتا الرجالِ والنساءِ ، أو ليس له شيءٌ منهما أصلًا . انظر : أساس البلاغة للزمخشري ص (١٢١) ، المصباح المنير (٢٨٢/١) ، التعريفات للجرجاني ص (١٠١) ، القاموس المحيط ص (٢١٦) ، أنيس الفقهاء ص (١٦٦) . مادة (خ ن ث) .

(٢) هذه المسألة في الخنثى الذي زال إشكالُه قبل عقد النكاح ، أما الخنثى المشْكِل ، فنكاحه باطلٌ . انظر مغني المحتاج (٢٠٣/٣) ، وقال في الروضة : إذا وجد أحدُهما الآخرَ خنثى قد زال إشكالُه ، ففي ثبوت الخيار قولان : أظهرهما : المنع ؛ لأنه لا يفوت مقصود النكاح . وموضعُ القولين إذا اختار الذكورة أو الأنوثة بغير علامة ؛ لأنه قد يخرج بخلافه . فأما إذا اتضح بعلامة ، فلا خيارَ هذا هو الأصح . روضة الطالبين (١٨٧/٧) وانظر مغني المحتاج (٢٠٣/٣) .

(٣) قال ابن الصلاح : العلامة المحسوسة المورثة لليقين مثل : العلوق أو الحبل . المشكل (جـ٢ ق ٩٢/ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ماثبت » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « يثبت الخيار لها » .

(٦) قال في الروضة : « لها الخيار . كذا قاله الأصحابُ في جميع الطرق ، وحكى الغزالي فيه وجهًا لم أَرَهُ لغيره » . انظر : روضة الطالبين (١٧٩/٧) ، مغني المحتاج (٢٠٣/٣) . التنبيه للشيرازي ص (١٠٥) .

(٧) وهذا هو المذهب . انظر الوجيز (١٨/٢) ، مغني المحتاج (٢٠٣/٣) . الغاية القصوى في دراية الفتوى (٧٤١/٢) . وأما إن حدث الجبّ فلها الفسخ على الأصح . انظر الروضة (١٧٩/٧) . فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (٥٠/٢) .

وهل يثبت الخيارُ له إذا طرأ العيبُ عليها ؟ فيه قولان :

أحدهما : - وهو اختيار المزني - أنه يثبت ؛ إذ لا يُفارقها إلا في التمكن [١] من الطلاق ، وهو جارٍ في المقارن أيضًا ، ثم استويا [٢] .

والثاني : لا يثبت ؛ لأن العقد سَلِم أوَّلًا ، وهو قادر على الطلاق ، والمرأةُ مضطرةٌ لأجل التحصن [٣] .

وأما أولياءُ المرأة فلا يثبت [٤] لهم الخيارُ بالعيوب الطارئة . وهل يثبت بالمقارِن ؟ يُنظر [٥] : إن كان فيه عارٌ ثبت [٦] كالجنون ؛ فإن العار فيه لا يتقاصر [٧] عن عار الحرفة الدنيّة [٨] .

والفسقُ - وإن لم يكن عارٌ [٩] - فلا يُثْبت ، كالجَبّ والعُنّة [١٠] وهل يَثْبُتُ بالبرص والجُذَام ؟ فيه وجهان [١١] ، [١٢] ومنهم من أثبت في الجميع [١٢] وقال : في الجميع عارٌ عليهم .

---

(١) في (أ) : « التمكين » .

(٢) وهذا القول الأول هو المذهب . انظر الوجيز (١٨/٢) ، مغني المحتاج (٢٠٤/٣) . روضة الطالبين (١٧٩/٧) . الغاية القصوى (٧٤١/٢) . وانظر اختيار الإمام المزني في مختصره ص (١٧٦) .

(٣) في (أ) : « التحصين » . وهذا القول الثاني هو القديم من قولي الشافعي (رحمه الله) حكاه المزني عنه فى مختصره ص (١٧٦) . وقال ابن الصلاح : قوله : « والمرأةُ مضطرةٌ لأجل التحصُّن » يعني أنها مضطرة إلى الفسخ ؛ فتحصِّن دينَها بغيره ، بخلاف الزوج ، فإنه قادر على التحصين بغيرها والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٩٢/ب) .

(٤) في الأصل : « لا يثبت » بغير الفاء ، وكذا فى (ب) وهي ثابتة فى (أ) .

(٥) في (أ) : « نُظر » .

(٦) في (ب) : « يثبت » .

(٧) في (أ) : « لا ينقص » .

(٨) في (ب) : « الدنيئة » .

(٩) في (ب) : « عارًا » . فجعل كلمة « عار » خبرًا لكان ، أي : وإن لم يكن هذا العيبُ عارًا ... إلخ . وأمّا ما ثبت في الأصل و نسخة (أ) فعلى اعتبار أنّ « كان » هنا تامة .

(١٠) في (ب) : « والعنت » وهو خطأ ظاهر .

(١١) والمذهب في هذه المسألة أن الخيار يثبت لهم . انظر : روضة الطالبين (١٩٧/٧ وما بعدها) . مغني المحتاج (٣/ ٢٠٤) . الغاية القصوى (٢ / ٧٤١) .

(١٢) في (أ) : « ومنهم من أثبت بالجميع » أي : أثبت الخيار بجميع ما ذكر .

النَّظَرُ الثاني : في حكم الخيار . وهو على الفور . ثم إن فسخت قبل المسيس سقط المهرُ ، وكذلك إن فسخ الزوجُ بعيبها ، بخلاف ما إذا ارتدّ ، فإنه يتشطّر المهر ؛ لأن الفسخ – وإن كان من جهته – [1] فسببُه عيبٌ من جهتها [1] ، فيُحَال عليها . وإن فسخت بعد المسيس فعليها العدة .

والنظر في : المهر ، والرجوع به ، والنفقة في العدة :

أما المهرُ فساقطٌ ، والرجوعُ إلى مهر المثل ؛ لأنّ مقتضى الفسخ تَرَادُّ العوضين . لكن نصّ الشافعي (رضي الله عنه) – في الردة بعد المسيس – أنّ المسمى يتقرر [2] ؛ لأن الفسخ به لا يستند إلى أصل العقد ، فلا يدفع المهر المسمّى عند العقد . [3] ونصَّ فيما إذا كان العيب مُقارنًا : أنه يسقط المسمّى [3] ، فقيل : قولان في المسألتين / بالنقل والتخريج [4] : ١٦٩/ب

أحدهما : أنه يسقط المسمى فيهما [5] ؛ لأنه مُقْتضى الفسخ .

والثاني : يتقرر [6] ؛ لأنه إذا لم يكن بُدٌّ من مهر المثل [7] ، فالمسمى أولى .

فإنْ فرّعنا على النصّ ، وأسقطنا المسمّى وكان العيب طارئًا ، ففيه ثلاثةُ أَوجُه :

أحدها : السقوط ؛ كالمقارن [8] .

والثاني : التقرير ؛ لأن الخلل لم يَسْتند إلى أول العقد .

والثالث : أنه يسقط إلا إذ طرأ بعد المسيس ؛ لأن الوطءَ إذا جرى على السلامة فينبغي أن يقرر

---

(١) في (أ) : « بسببِ عَيْبٍ من جهتها » .

(٢) في (ب) : « بعد المسيس لهن يتقرر » وانظر نصّ الشافعي في مختصر المزني ص (١٧٣) .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٤) انظر تفصيل هذا المصطلح في القسم الخاص بالدارسة .

(٥) يعني في مسألة « الردة بعد المسيس » ومسألة « الفسخ بالعيب بعد المسيس » .

(٦) أي : يتقرر المسمى في المسألتين .

(٧) كلمة : « المثل » ساقطة من (ب) .

(٨) يعني سقوط المهر المسمى كما سقط في المقارن .

المهر [١] .

أما الرجوع بالمهر على الوليّ ، فغيرُ ثابتٍ قطعًا إن كان العيب طارئًا . وإن كان مقارنًا فقولان :

أقيسهما : أنه لا رجوع ؛ إذ هو [٢] كوكيلٍ عاقدٍ ، سكتَ [٢] عن ذِكْرِ العيب ؛ إذ ليس يقع العقدُ له [٣] .

والثاني : وهو مذهبُ عمر (رضي الله عنه) أنه يرجع ؛ لأنه كالغارّ [٤] .

ثم اختلفوا : هل يُشترط أن يكون الوليُّ مَحْرَمًا ، حتى يكون خبيرًا بالتواطؤ [٥] ؛ فلا يُعذر في الإخفاء ؟ .

وهل يُشترط علمُه حالةَ العقد لِثُبوتِ تَقْصيره ؟ فمنهم مَنْ شَرَطَ ذلك ؛ ومنهم مَنْ رآه مُقَصِّرا بكلِّ حال [٦] .

---

(١) تتلخص مسألة « المهر » هذه في النقاط الآتية :

الأولى : أن الفسخ قبل الدخول يُسقط المهر ، سواء كان الفسخ منه أو منها ، أو كان العيب فيه أو فيها ، وسواء كان مقارنًا للعقد أو حادثًا بعده ما دام قبل الدخول .

الثانية : تقريرُ المسمى إن حدث العيبُ بعد الدخول .

الثالثة : يجب مهرُ المثل في حالتين :

(إحداهما) : إن كان الفسخ بعيبٍ مقارِنٍ للعقد ودخل بها .

(الثانية) : إن كان العيب حادثا بين العقد والوطء ، وجَهِلَه الواطئُ . انظر : الروضة (٧/١٨٠ ، ١٨١) ، ومغني المحتاج (٣/٢٠٤ وما بعدها) .

(٢) في (ب) : « كوكيل عقد وسكت » .

(٣) وهذا القول هو الأظهر في المذهب . انظر الوجيز (٢/١٨) ، روضة الطالبين (٧/ ١٨١) . مغني المحتاج (٣/٢٠٥) .

(٤) رواه الشافعي في الأم (٥/٨٤) ، وانظر مختصر المزني ص (١٧٦) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بالبواطن » . وهو أليق .

(٦) قال في الروضة : « إن كان التغرير من الولي ، بأنْ خطب إليه ، فزوَّجه وهو مُجْبِر – أو غيرُه بإذنها – ولم يَذكر =

فإذا جعلناه مغرورًا (١) ، وكانت هي الغارّة (٢) ففائدتُه سقوط المهر ؛ إذ كيف يغرم لها ، ثم يرجع عليها ؟! ولكن قيل : لا بُدّ وأن يُسلّم إليها أقلّ ما يُتموّل تعبُّدًا (٣) . وقيل : إن ذلك القدر هي الغارّةُ به (٤) ، فيسقط ؛ إذ لا معني للتسليم إليها ، ثم الاسترداد منها .

أما النفقةُ والسكنَى : فلا تثبتُ لها إن كانت حائلا (٥) ، وسقوطُ السّكنى كسقوط المهر (٦ وإن كانت حاملًا ، فلها النفقةُ على قولنا : النفقةُ للحمل ؛ فإن لوازمَ النكاح ساقطةٌ عند الفسخ ٦) .

* * *

= للخاطب عَيْبَها : فإن كان عالما بالعيب رجع الزوجُ عليه بجميع ما غرم . وإن كان جاهلا فوجهان ؛ لأنه غير مقصر ، لكن ضمان المال لا يسقط بالجهل . فإن قلنا : لا رجوع [يعني على الولي] إذا جهل ، فذلك إذا لم يكن مَحْرَمًا ، وحينئذ يكون الرجوعُ على المرأة ، فأما المحرمُ فلا يخفى عليه الحالُ غالبا ، وإن خَفِيَ فَلِتَقْصيره ، فيرجع عليه مع الجهل على الصحيح » ثم قال : « وقد قطع الجمهورُ بأن الوليَّ المحرمَ لا يُعْذَر بجهله لتقصيره » . الروضة (٧/ ١٨٢) .

(١) في (أ) ، (ب) : « معذورًا » وهو صواب أيضًا . والضمير يرجع على الولي .

(٢) التغريرُ منها يكون بأنْ تكتم عَيْبَ نفسِها ، ثم تُوهِمُ وَليَّها أن الخاطب يَعْلم بهذا العيب ، فيسكت الوليُّ عن ذِكْرِه للخاطب .

(٣) قوله : « ما يُتَمَوَّل » يعني ما يُعَدُّ مالًا في العرف .

(٤) قال ابن الصلاح : « الصوابُ أن تكون العبارة « هي غارةٌ به » من غير ألف ولام ؛ حتى لا يكون حصرًا . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٣/أ) .

(٥) الحائل : هي كلُّ أنثى وُطِئَتْ ، فلم تحمل مدةً ما . يقال : حالت المراةُ حِيالًا ، وحالت الناقةُ تحولُ ، حُؤولًا وحيالًا : أي ضربها الفحلُ فلم تحمل . انظر : مختار الصحاح ص (١٦٣) . المصباح المنير (١/ ٢٤٤) . القاموس المحيط ص (١٢٧٨) . مادة (ح و ل) .

(٦) من قوله : « وإن كانت حاملًا ... إلى قوله : عند الفسخ » غير واضح بالأصل ، وواضح في (أ) ، (ب) .

السبب الثاني للخيار

الغرور

وفيه نظران :

الأول : فى حكم الغرور ، وصورته . فنقول : إذا قال العاقدُ : « زوجتُك هذه المسلمة » ، فإذا[(١)] هي كتابيةٌ ، أو « هذه القرشيةَ » ، فإذا هي نَبَطيّةٌ[(٢)] ، أو « هذه الحرةَ » ، فإذا هي أَمَةٌ[(٣] ، أَوْ ما يجري[٣)] مجراه مما يُقصد في النكاح : ففى انعقاد العقد قولان كقولين[(٤)] فيما إذا[(٥)] قال : « بعتُك هذه الرَّمَك[(٦)] » فإذا هي نعجةٌ . الأصح ها هنا الصحة ؛ لأنّ هذا تفاوتٌ في الصفة [(٧]بعد تعيين المقصود[٧)] ، وذلك تفاوتٌ في الجنس[(٨)] .

فإن قلنا : يصح ، فهل يثبت خيار الخُلْف[(٩)] كما في البيع ؟ فيه قولان :

أحدهما : القياس على البيع[(١٠)] .

---

(١) في (ب) : « فإذن » وهو خطأ واضح .

(٢) في (ب) : « قبطية » . والنَّبَط : جيلٌ من الناس كانوا ينزلون العراق ، ثم استعمل اللفظ في أخلاط الناس وعوامهم . انظر : المصباح المنير (٩١١/٢) . القاموس (٨٩٠) مادة (ن ب ط) .

(٣) في (أ) : « وما يجري » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « كالقولين » .

(٥) كلمة : « إذا » ساقطة من (ب) .

(٦) في (أ) و (ب) : « الرمكة » وهي الأنثى من البراذين ، والجمع : رِماك . انظر : المصباح المنير (٣٦٧/١) والقاموس المحيط ص (١٢١٥) مادة (ر م ك) .

(٧) في (أ) : « بعد تعيين المعقود عليه » وكلاهما صحيح .

(٨) وهذا هو المذهب . انظر : روضة الطالبين (١٨٣/٧) . مغني المحتاج (١٠٨/٣) . الغاية القصوى (٧٤٢/٢) .

(٩) خيار الخلف : هو أن يشترط المشتري في المبيع شيئًا ، فإذا اشتراه لم يجده فيه . ومعلومٌ أن خُلف الشرط يُثْبِت للمشتري الخيار في البيع ، فهل يُثبت أيضًا للناكح أو المنكوحة الخيارَ ؟ فيه القولان المذكوران . انظر : مجموعة سبع كتب مفيدة ص (٨٠) . روضة الطالبين (١٨٤/٧) .

(١٠) أي : يثبت له الخيار هنا كما يثبت له في البيع .

والثاني : الفرق ؛ لافتراقهما في خيار الرؤية [(١)] والشرط [(٢)] وغيره [(٣)] . وكذلك إذا غُرَّت المرأةُ بنسَبه أو حُرِّيته ، جرى الخلافُ في انعقاد العقد ، ثم [في] [(٤)] ثبوت خيار الخلف . لكن إن قلنا : لا يثبت خيار الخلف ، فلها الخيار ؛ (٥ بسبب فوات ٥) النسب إذا لم يكن الزوجُ كفؤَها ، وكذلك للأولياء الخيارُ إن رضيتْ بِمَنْ هو دونَها ، وكأن للشرط مدخلا [(٦)] أيضًا في التأثير ؛ لأنه لو زوَّجها الوليُّ برضاها من مجهولٍ ، فإذا هو غَيْرُ كفؤ ، فلا خيار ؛ لأن هذا ليس بعيبٍ ، وإنما هو فواتُ مَنْقبة ، ولم يَجْرِ شرطٌ ، والوليُّ هو المقصِّر ؛ إذ لم يُقدّم البحثَ . فكأنه إذا جرى شرط ، أثَّر في نفي [(٧)] التقصير من جهة الولي ، والتحق عدمُ الكفاءة بالعيب في إثبات الخيار لها وللوليّ .

ولو نكح مجهولة - ظنَّها مسلمةً - فإذا هي كتابية ؟ قال الشافعي (رضي الله عنه) : « له الخيار » [(٨)] . ولو ظنها حُرةً فإذا هي رقيقة ؟ قال : « لا خيار له » . فقيل : قولان بالنقل والتخريج ،

---

(١) خيار الرؤية : هو أنْ يتم البيع - والمبيعُ غيرُ موجود - لكنْ بشرط أن يتوقف نفاذ البيع على رؤية المشتري المبيعَ ، فإذا رآه - فلم يجد المشتري في نفسه قبولًا له - ردّ هذا البيع . انظر : الهداية (٣٦/٣ وما بعدها) . عقود المعاوضات المالية لأستاذنا الدكتور / أحمد يوسف ص (٨٤) .

(٢) خيار الشرط : أن يكون لكل من المتعاقدين حقُّ إمضاءِ العقدِ أو فسخه في مدة معينة ، إذا شرط ذلك فى العقد ، وذلك في البيوع التي لا ربا فيها .

وفى مدة الخيار خلافٌ بين الفقهاء : فعند أبي حنيفة والشافعي لا تزيد المدةُ على ثلاثة أيام . وعند المالكية : تُقدَّر المدةُ بحسب الحاجة ، وذلك يختلف باختلاف المبيع . ولكن عنده لا يجوز الأجلُ الطويلُ . وعند الحنابلة : تقدر المدة بحسبِ اتفاق المتعاقدين ، وإن زاد على ثلاثة أيام . انظر : الهداية (٣١/٣) . المهذب مع المجموع (٩/ ٢٢٣) . بداية المجتهد (٢٥٠/٢) .

(٣) المقصود بهذا القول الثاني ، أنّ النكاح يفترق عن البيع في خيار الرؤية والشرط ، فالنكاح يبطل بهما ، أَوْ لا ينعقد أصلًا إذا كان فيه خيارُ الرؤية أو خيار الشرط . أما البيعُ فيصحُّ بالخيارين .

(٤) زائدة من (ب) ، وفي (أ) : « .. في انعقاد العقد ، وفي ثبوت ... » .

(٥) في (أ) : « بسبب فوت » . وفي (ب) : « لسبب فوات » .

(٦) في الأصل : « مدخل » .

(٧) في الأصل : « نفس » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) انظر قول الشافعي (رحمه الله) في الأم (٩/٥) وفي مختصر المزني ص (١٧٦) .

مأخذهما : أن الكفر والرقّ ، هل يلتحق بالعيوب الخمس [١] ؟ ومنهم مَنْ فرَّق وقال : الكفر مُنَفِّر ، فهو عيب وإنْ لم يَجْرِ شرطٌ ، والرقُّ غير منفر . فهذا تقرير النصين . ومنهم من قرر النص [٢] ، ولكن قال : مأخذه [٣] : أن الكتابية تتميز عن المسلمة ؛ إذ وليُّها كافر ، فلا تَشتبه إلا بتلبيس ، فمأخذُه [٤] الغرور . وكأنه حصل الغرور بمجرد الفعل من غير قول [٥] .

وأنا أقول : إن أمكن أن يُجعل هذا تغريرًا مُثْبِتا للخيار ، فلو نكحها [٦] وظنَّ بكارتَها ، فإذا هي ثيِّبٌ ، لم يبعد إثباتُ الخيار ؛ لأن النُّفْرة ها هنا أعظمُ ، وكثيرا ما يقع هذا في الفتاوى [٦] .

أما إذا شرط بكارتها في العقد ، فيجري قولا الانعقاد وقولا خيار الخلف [٧] .

وكلُّ تغرير سابق على العقد ، فلا يؤثر في صحة العقد ، ويؤثر في إثبات الرجوع بالمهر ؛ لأن قول الرجوع بالمهر على الغارِّ قويٌّ ها هنا ، بخلاف مذهب عمر (رضي الله عنه) في الرجوع بسبب عدم ذكر العيوب .

النظر الثاني : في حكم الولد إذا جرى التغرير بالرق [٨] :

وله أحكام :

الأول : أنه إذا غُرَّ بِحُرِّيَّة أَمَةٍ ، فأَحْبَلَها ، انعقد الولد على الحرية ؛ لِظَنِّه الحريةَ ، سواءٌ كان الزوج حُرًّا أو عبدًا ؛ لأن العبد يُساوي الحرَّ في الظنّ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ينعقد ولدُ العبد رقيقًا دون الحرّ .

---

(١) في (أ) : « الخمسة » وهو صواب أيضًا .

(٢) أي : قرر نصّ الشافعي في المسألتين . وفي (ب) : « النصين » وهو أوضح .

(٣) في (ب) : « مأخذهما » .

(٤) في (ب) : « مَأْخَذُه » .

(٥) والأظهر – فى هذه المسألة – أنه لا خيار في الحالتين . انظر : مغني المحتاج (٢٠٨/٣) . روضة الطالبين (١٨٧/٧) .

(٦) ما بين الرقمين غير واضح في الأصل وواضح في (أ) ، (ب) .

(٧) يعني : ولم يجدها بكرًا ، فيجري قولا الانعقادِ ، وقولا خيارِ الخلف .

(٨) في (أ) : « بالحرية » . وكلمة « إذا » ساقطة منها .

الثاني : [أنه][(١)] [(٢)] يجب قيمةُ الولدِ على الزوج لسيد الأمة [(٢)] ؛ لأن الرقّ في الأُمِّ يُوجب رقَّ الولد – واندفاعُه بظنِّه [(٣)] – فهو المتسبِّب في عِتقه . وإنما تجب قيمتُه ، إذا انفصل حيًّا باعتبار يوم الانفصال . [(٤)] ولو انفصل ميّتًا ، لا بجِناية جَانٍ : فلا شيءَ عليه ؛ لأنه لا يمكن اعتبارُ قيمتِه قبل الانفصال [(٤)] ، وهو في الحال لا قيمة له .

الثالث : أنه إذا غرم ، رجع به على الغارّ قولًا واحدًا ؛ قضى بالرجوع بقيمة الولد عمرُ (رضي الله عنه) ووافقه العلماءُ .

وأما المهر ، ففي الرجوع به قولان ؛ لأن البُضْع فات بالمباشرة ، فلا يبعد أن يقدم على سبب الغرور . وأما رِقُّ الولد ، ففات [(٥)] بظنِّه ، وهو سببٌ مَنْشؤه قولُ [(٦)] الغارِّ ، فكان السبب الأول أوْلى بالاعتبار .

الرابع : أنه لا يرجع ما لم يَغْرم ، كالضّامن ، لا يرجع على المضمون عنه [ما لم يغرم] [(٧)] ، وكذلك الديَة [(٨)] المضروبة على العاقلة [(٩)] بشهادة الشهود – إذا رجعوا – يغرمونها ، ثم يرجعون على الشهود .

---

(١) زائدة من (أ) .

(٢) في (أ) : « يجب على الزوج قيمةُ الولد لسيد الأمة » .

(٣) يعني أن اندفاع رقّ الولدِ كان بسبب ظَنِّ أبيه الحريةَ في أمّ الولد .

(٤) في (أ) : « وإن انفصل » . وما بين الرقمين غير واضح في الأصل ، وواضح في (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « فات » .

(٦) كلمة : « قول » ساقطة من (ب) .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) الدية : هي المال المعْطَى لوليّ المقتول بدلًا عن إزهاق النفس . انظر أنيس الفقهاء (٢٩٣) .

(٩) العاقلة : العصَبة ، وهم قرابةُ الرجل من جهة الأب ، وهم الذين يؤدون دِيَةَ مَنْ قتله خطأ . والعقْل : الدية ، يقال : عَقَلَ القتيلَ : أي أعطى دِيَتَه . ويقال : عَقَلَ له دمَ فلانٍ : إذا ترك القَوَدَ ؛ ليأخذ الديةَ . ويقال : عقل عن فلان : غرم عنه جنايته ، وذلك إذا لزمت أحدًا ديةٌ فأدّاها عنه . وهذا هو الفرقُ بين عقله ، وعقل له ، وعقل عنه . وبابُ الكُلّ (ضرب) . انظر : مختار الصحاح ص (٤٤٧) ، المصباح المنير (٦٤٧/٢) ، القاموس المحيط ص (١٣٣٧) . مادة (ع ق ل) ، وانظر أنيس الفقهاء ص (٢٩٥ وما بعدها) .

الخامس : في محلّ الغُرْم ومُتَعَلَّقِه . وهو الذمةُ إن كان الزوج / حُرًّا ، وإن كان عبدًا ١٧٠/أ فثلاثةُ أقوال :

أحدها : أنه يتعلق بكسْبه ؛ لأنه من لوزام النكاح ، كالنفقة والمهر .

والثاني : برقبته ؛ لأن النكاح لا يقتضي قيمة الولد ، وهو نتيجةُ إتلافِه .

والثالث : يتعلّق بذمّته ؛ فإنه ليس جانيًا ، ولا وجوبُه مقتضي النكاح ، بل هو مقتضى ظنِّه ، فصار كما لو لزم بضمانه [(١)] .

وعلى هذا ، يرجع على الغارّ بعد العتق ؛ لأنه يغرم بعد العتق . وعلى القولين الآخرين : يرجع السيد مهما غرم من كسبه أو رقبته .

وأما المهرُ ، فيتعلق بكسبه مهما جرى الفسخُ بخيار الغرور إن أوجبنا المسمى . وإن رجعنا إلى مهر المثل ففيه الأقوال الثلاثة المذكورة فيما [إذا] [(٢)] أذن له في النكاح [(٣)] ، فنكح نكاحًا فاسدًا ووطيء ، فتعلُّقُ [(٤)] مهرِ المثل - ها هنا - بكسبه أظهرُ ؛ لأنه وَجَب بحكمِ نكاحٍ صحيح .

السادس : في المرجوع عليه . وهو وكيل السيد إذا زوَّجَ ؛ لأنه لا يُتصور الغرورُ من السّيّد ؛ لأنه لو قال : « زوجتُك هذه الحرة » : عَتَقتْ [(٥)] .

---

(١) والمذهب على هذا القول الثالث . انظر الروضة (١٨٨/٧) . الغاية القصوى (٧٤٢/٢) .

(٢) زائدة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « في نكاح » . وفي نسخة أخرى : « في نكاح صحيح » كذا على هامش الأصل .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « وتَعَلُّق » والمثبت فى (أ) .

(٥) العِتْقُ : الحرية ، وكذا العِتاق والعتاقة . تقول : عَتَقَ العبدُ يَعْتِق عِتْقًا ، فهو عتيق . أي خَرَج عن الرق إلى الحرية . وكان الأصل أن يقال : معتوق ، ولكنه مستثنى من القاعدة التي تنصُّ على أن اسم المفعول من الثلاثي يكون على زنَةِ « مفعول » قال ابن مالك :

وفي اسم مفعول الثلاثيّ اطّرد زِنَةُ مفعولٍ كآتٍ مِن « قصد »

وتقول : أَعْتَقَه مولاه ، فهو مُعْتَقٌ . واسمُ الفاعل من « عَتَق » : « عاتِق » ، وهو لا يَتعدى بنفسه ؛ فلا تقول : عَتَقْتُه ، وإنما تقول : أَعْتَقْتُه . ولا تقول : عُتِقَ ، وإنما تقول : « أُعْتِقَ » انظر : طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية =

أما إذا كانت الغارّةُ هي الأمةَ نَفْسَها ، تعلق [1] العهدة بذمتها ، لا بكسبها ورقبتها ؛ لأنها ليست مأذونة [2] ، ولا جَانِيَةً ، بل تلفَّظت بلفظٍ [3] فيلزمها العهدة [4] .

فإن كانت مكاتبةً ، فارقت الأَمةَ في شيئين :

(أحدهما) : أنه لا مهر لها ؛ لأنها مستحقة المهر ، فكيف يغرم لها ويرجع عليها ؟! نعم ، تُعطى قدرَ ما يُتَموَّل - على وجه - كما سبق .

(والثاني) : أنا إذا قلنا : وَلَدُ المكاتِبة قِنٌّ [5] ، فتجب قيمتُه كما في الأَمة . وإن قلنا : مكاتبٌ ، فهي مستحقة القيمة ؛ فلا يغرم لها ؛ إذ عليها الرجوعُ ؛ فإنها الغارّة .

وإن كان الغرور من الأمة ومن وكيل السيد جميعًا ، فوجهان :

أحدهما : أنه يرجع على أيهما شاء ؛ إذ كلٌّ واحدٍ باشَرَ سببًا كاملا من الغرور لو انفرد به .

= للنسفي ص (١٣٣) . ألفية ابن مالك بشرح ابن عقيل (١٣٧/٢/٣) ، مختار الصحاح ص (٤١١) ، المصباح المنير (٥٩٨/٢) ، القاموس المحيط ص (١١٧٠) مادة (ع ت ق) ، أنيس الفقهاء ص (١٦٩) .

(١) في (أ) : « تعلَّقت » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (مأذونة) حقه : مأذونًا لها » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٩٣/ب) . وقال النسفي : « المأذون لها : الصبية والأمة ، ولا بد من ذكر الصلة ، أما الاقتصار على لفظة « المأذون » بدون قولك : « له » أو « لها » فخطأ ؛ لأن هذا الفعل لا يتعدي بدون اللام » . انظر طلبة الطلبة ص (٣٢٩) .

(٣) في (أ) : « بلفظة » .

(٤) في الأصل : « يلزمها العهدة » وفي (أ) : « فلزمها عهدتها » .

(٥) القِنّ : هو المملوك كُلًّا ، وهو بخلاف المملوكِ بعضُه ، كالمكاتب ، الذى أدّى نصْفَ ما عليه مثلًا ، فنصْفُه مملوكٌ ، ونصفُه حرٌّ ، ولا يَنال حريتَه كاملةً إلا بأداء ما بَقِيَ عليه .

القِنُّ عند أهل اللغة : من مُلِك هو وأبواه . قال النووي : « القِنُّ - عند الفقهاء - : من لم يحصل فيه شيءٌ من أسبابِ العِتق ومُقَدماته ، بخلاف المكاتب ، والمدبَّر ، والمعلّق عتقُه على صِفَةٍ ، والمسْتوْلَدة . هذا معناه في اصطلاح الفقهاء ، وسواء كان أبواه مملوكين ، أو معتقين ، أو حرين أصليين ؛ بأنْ كانا كافرين ، واسْتُرِقَّ هو أو أحدُهما بصفةٍ ، والآخرُ بخلافها . وأما أهلُ اللغة فإنهم يقولون : القِنُّ : هو العبدُ إذا مُلِكَ هو وأبواه » . تهذيب الأسماء واللغات (١٠٦/٢/٣) . وانظر : مختار الصحاح ص (٦٣٣) . لسان العرب (٣٧٥٨/٥) المصباح المنير (٧٩٨/٢) . مادة (ق ن ن) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٧٠) .

والثاني : أنه يرجع على كل واحد بالنصف ؛ لاشتراكهما في السبب (١) .

فرع : إذا انفصل الولد ميتًا بجناية جانٍ ، فعلى الجانى غُرَّةٌ - عبدٌ أو أَمةٌ - تُصرف إلى أب الجنين وجدتِه بطريق الإرث ، ولا يمكن للجنين وارثٌ مع الأب سوى الجدة [أُمِّ الأمِّ] (٢) .

وما الذي يغرم للسيد ؟ فيه وجهان :

أحدهما : - وهو اختيار القاضي - أنه يغرم للسيد عشر قيمة الأم ، فإن هذا القدر هو الذى فات عليه بظنه .

والثاني : أنه يغرم أقلَّ الأمرين من قيمة الغُرة التي سُلمت له ، أو عشرِ قيمة الأم ؛ فإنه إن كان قيمة الغرة أقل ، فكيف يضمن زيادةً ، والولدُ الميتُ لا ضمانَ له ؟! . وإنما لزم الضمان بسبب حصول هذا القدر (٣ بسبب الجناية ٣) ، ولو زادت الغرة ، فالزيادة للمغرور ، (٤ فإنه زاد ٤) بسبب حرية الولد .

التفريع : إن أوجبنا العشر ، فهو واجب من غير تفصيل . وإن أوجبنا الأقلَّ ، فيُنظر إلى قَدْر ما سُلم له . فإن كان معه جدة لم يحسب (٥) عليه إلا خمسةُ أسداس الغرة ، ولا يغرم أيضًا ما لم يُسلم إليه .

وهذا إن كان الجاني أجنبيًا ، ووراءه أحوال : وهو أن يكون الجاني هو السيد ، أو المغرور ، أو عبد المغرور :

فإن كان هو السيد ، غرم عاقلته لورثة الجنين الغرةَ ، وغرم المغرور له العشرَ أو أقلَّ الأمرين على ما سبق . ويحتمل أن يقال : لا يغرم المغرورُ شيئًا ؛ إذ كان سبب غُرْمه أنه فات بظنِّه ، والآن قد فات بجناية السيد ، ولكن يُمكن أن يُقال : لما غرم العاقلة انمحى أَثَرُ جنايتِه ، وقد انفصل مضمونًا

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٨٩/٧) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (ب) : « لسبب الجناية » .

(٤) في (أ) : « فإنها زادت » .

(٥) في (أ) : « لم يحتسب » .

فلا يُهدر في حقه .

وإن كان الجاني هو المغرور ، وجب (١) الديةُ على عاقلته لبقية الورثة دونه ؛ فإنه حجب نفسَه عن الإرث بجنايته ، ووجب عليه الغرمُ للسيد إن أوجبنا العشر . وإن لاحظنا الغرة ، (٢ فكيف نُلْزمه شيئًا ٢) ولا نُسَلّم له الغرة ؟! قال الأصحاب : الوجه أن يقال : قدر (٣) العشر من الغرة للسيد ، والباقي للورثة (٤) ؛ فإن تغريمه من غير تسليم شيء إليه - على المذهب الذي يلاحظ الغرة - بعيدٌ .

وعندي أن ذلك غيرُ بعيدٍ ؛ لأن ما صُرف عن نفسه بجانيته كأنه استوفاها ، وهو كما لو أخذ الغرة وأَتْلفها .

وإن كان الجاني عَبْدَ المغرور ، تعلق (٥) حصةُ بقية الورثة برقبته . وأما حصتُه فلا يمكن أن تتعلق برقبة عبده ، فكأنه استوفاها ، ولا يجعل ذلك كالسّاقط بحرمانه عن الميراث ؛ لأن حقه كالثابت - ها هنا - تقديرًا .

* * *

---

(١) في (ب) : « وجبت » . (٢) في (أ) : « فكيف يلزمه شيء » .

(٣) في (أ) : « قيمة » .

(٤) قال الحموي : « قوله فيه : (فرع : إذا انفصل الولد ميتًا بجناية جانٍ ، فعلى الجاني غرة : عبدٌ أو أمة ... إلى قوله : وإن كان الجاني هو المغرور ، وجبت الدية على عاقلته لبقية الورثة دونه ، فإن حجب نفسه عن الإرث بجنايته ، ووجب عليه الغرم للسيد إن أوجبنا العشر ، وإن لاحظنا الغرة . قال الأصحاب : الوجه أن يقال : فيه العشر من الغرة للسيد والباقي للورثة) .

قلت : ظاهر كلامه في قوله : (وجبت الدية) أن الدية تجب على العاقلة ، وليس كذلك لما لا يخفى .

قلت : مراده بالدية الغرةُ ، وهو جائز استعماله ، وكذلك أراد بقوله : (قدر العشر) أي قدر عشر قيمة الأم ، لا كل عشر القيمة » . مشكلات الوسيط (ق ١٤٥ / أ ، ١٤٥ / ب) .

(٥) في (أ) : « تعلقت » .

السبب الثالث للخيار

العتق [1]

وفيه مسائل :

الأولى : أنها إن عَتقتْ تحت حُر فلا خيارَ لها . وإن عَتقت تحت عبد فلها الخيار ؛ لما رُوِيَ أن « بَريرة [2] » عَتقت تحت عبْدٍ ، فخيَّرها رسولُ الله ﷺ [3] . وإنما يَثبت لها الخيارُ إذا عَتقَ

---

(١) في الأصل ونسخة (أ) : « السبب الثالث : الخيار بالعتق » والمثبت من (ب) .

(٢) في (ب) : « يزيدة » وهو خطأ . والصواب بريرة ، بفتح الباء وكسر الراء ، وقيل بتشديد الراء . وهي صحابية مشهورة ، كانت مولاة للسيدة عائشة (رضي الله عنها) . انظر تهذيب الأسماء واللغات (٣٢٢/٢) ، تهذيب التهذيب للحافظ ابن حجر (١٢ / ٤٠٣) . المغني فى ضبط أسماء الرجال ص (٣٦) .

(٣) الحديث رواه البخاري (٤١/٩) (٦٧) كتاب « النكاح » (١٨) باب « الحرة تحت العبد » حديث (٥٠٩٧) بإسناده عن السيدة عائشة (رضي الله عنها) قالت : « كانت في بريرة ثلاثُ سُنن : عَتقت فَخُيِّرتْ ... » الحديث . ورواه مسلم (١١٤٣/٢) (٢) كتاب « العتق » (٢) باب « إنما الولاء لمن أعتق » حديث الباب (٩) وفيه عن السيدة عائشة أنها قالت : « كان زوجها عبدًا ، فَخَيَّرَها رسولُ الله ﷺ فاختارتْ نفسَها ، ولو كان حرًّا لم يخيرها » . ورواه أبو دواد حديث (٢٢٣٣) والترمذي حديث (١١٥٤) والنسائي (١٦٥/٦) جميعًا من طرق عن عروة عن عائشة . وقوله : « ولو كان حرا لم يخيرها » إنما هو مُدْرَج من قول عروة ، وقد صرح النسائي بذلك .

وهذه الروايات تدل على أن زوجها كان عبدًا ، وقد وردت روايات أخرى ، تدل على أنه كان حرًّا ، وهو ماروأه أبو دواد(٦٧٢/٢)حديث(٢٢٣٥)،والترمذي(٤٦١/٣)حديث(١١٥٥)،والنسائي(١٦٥/٦)،وابن ماجه (٧٦٠/١) حديث (٢٠٧٤) جميعًا من طرق عن الأسود عن عائشة .

قال البخاري في هذه الروايات : قولُ الأسودِ منقطعٌ ، وقولُ ابن عباس : « رأيتُه عبدًا » أصحُّ . انظر مختصر سنن أبي دواد (١٤٨/٣) . ثم إن عائشة (رضي الله عنها) عمة القاسم وخالةُ عروة ، وكانا يدخلان عليها بلا حجاب ، والأسودُ يسمع كلامها من وراء حجاب ، وقد قيل : إن قوله : « كان زوجها حرًّا » إنما هو من كلام الأسود ، لا من قول عائشة . ثم إن حديث ابن عباس لم يعارضه شيء . انظر معالم السنن مع مختصر أبي دواد (١٤٦/٣) . شرح السنة للبغوي (١١٠/٩) .

وقال الشوكاني : والحاصلُ أنه قد ثبت من طريق ابن عباس وابن عمر وصفية بنت أبي عبيد أنه كان عبدًا ، ولم يُرْوَ عنهم ما يخالف ذلك . وثبت عن عائشة (رضي الله عنها) من طريق القاسم وعروة أنه كان عبدًا ومن طريق =

جميعُها ، فلو عَتق بعضُها لم تتخير . ولو عتقت بكمالها تحت [مَنْ نصفُه حرٌّ] (١) ونصفُه رقيقٌ : تخيَّرت ؛ لحصول الضّرار .

ولا خيارَ بسبب طُرْآن الاستيلاد (٢) والكتابةِ قبل حصول العتق .

الثانية : لو عَتقت ، ثم عَتَقَ الزوجُ قبل علمها ، ففي ثبوت الخيار وجهان كالوجهين فيما إذا عَلم بالعيب بعد زواله .

الثالثة : إذا طلّقها الزوج قبل الفسخ طلاقا رجعيًا ، فلها الفسخُ . فإن فسخت ، فهل تَسْتأنف عدةً أخرى ؟ فيه خلاف . وإن أجازت ، لم تصحَّ إجازتُها ؛ لأنها لا تُفيد حِلًّا ، وهي صائرة إلى البينونة ، ولا يُخَرَّج على وقف العقود ؛ بل هو كما لو باع خمرًا فصار خَلًّا (٣) . وفيه وجه [بعيد] (٤) أنه يُخَرّج على الوقف .

وإن كان الطلاق بائنا ، فلا معنى لإجازتها ، ولا لفسخها . ونقل المزنيُّ أنه ينفذ فَسْخُها ، ونتبين (٥) بطلان الطلاق ، وكأن / حقها كانّ قويًّا في الفسخ ، فليس للزوج إبطالهُ بالطلاق . ١٧٠/ب

الرابعة : إذا عَتق الزوج [و] (٦) تحته أمةٌ ، فلا خيار له ؛ لأن الخبر ورد فيها ، (٧) وليست المرأة كالرجل في هذا المعني (٧) . وذكر العراقيون وجهًا : أنه يثبت الخيار له قياسًا (٨) ؛ لأنا ألحقنا رِقَّ

= الأسود أنه كان حرًا . وروايةُ اثنين أرجَحُ من روايةِ واحدٍ – على فرض صحة الجميع – فكيف إذا كانت روايةُ الواحد معلولةً بالانقطاع ؟ . انظر نيل الأوطار للإمام الشوكاني (٢٤٦/٧) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) الاستيلاد : هو جعل الأمة أم ولد ، أو هو طلب الولد من الأمة . انظر طلبة الطلبة ص (١٣٥) . التعريفات للجرجاني ص (٢٢) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا يخرج على وقف العقود ، بل هو كما لو باع خمرًا فصار خلًا) يعني بذلك أن الخلاف في وقف العقد ، يجري حيث يكون المحل قابلًا للعقد ، ولهذا لا يقال : إن بيع الخمر يكون موقوفًا على مصيره خلًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٣/ب)

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : «و تبين » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) : « وليس الرجل كالمرأة في هذا المعني » .

(٨) وضعفه الغزالي في الوجيز (٢٠/٢) ، وانظر الروضة (١٩٢/٧) ، والغاية القصوى (٧٤٣/٢) .

الزوج بالعيوب حتى يثبت لها الخيار ، وقد ثبت استواء الزوجين في العيوب .

الخامسة : أن هذا الخيار ، على الفور أم لا ؟ فيه ثلاثة أقوال :

أحدهما : أنه على الفور ، كخيار العيب في البيع (١) .

والثاني : على التراخي ، حتى لا يَسْقط إلا بإسقاط أو تمكين من الوطء مع جريان الوطء ؛ لأن البيع لا يقصد منه إلا المالية ، ويُدْرك على الفور فواتُه بالعيب ، ومقاصدُ النكاح كثيرةٌ ، تفتقر إلى التروِّي ، ثم لا يمكن إدامته مع جريان الوطء وعلى التأبيد ، فيسقط بالإسقاط أو الوطء .

والثالث : أنه يتمادى ثلاثة أيام ، ويكفي ذلك مهلةً للتروِّي .

والظاهر : أن خيار العيب في النكاح على الفَوْر ، وقد حُكِيَ وجهٌ في طَرْد الأقوال فيه ، وهو غريبٌ ومُنْقَاس ؛ إذ (٢) الفرق عَسيرٌ ، وغايتُه : أن الأمة لم تطَّلع من حال [أمر] (٣) الزوج على أمر جديد حتى تدرك على الفور مصلحته ، فيفتقر إلى الترويّ بخلاف ما إذا اطلع على عيب لم يعرفه .

التفريع : لو وطئها العبدُ ، فادّعت الجهل ؟ نقل المزني قولين (٤) [فمنهم من قال : يُقبل ، ومنهم من قال : لا يقبل] (٥) .

فمنهم من قال (٦) : أراد ما (٧) إذا ادعت الجهلَ بعتقها ، أما إذا ادعت الجهلَ بثبوت الخيار ، فَيُقْبل . ومنهم من قال : أراد إذا ادعت الجهل بثبوت الخيار شرعًا ؛ لأنها (٨) لا تُعْذرعلى قول ،

---

(١) وهذا القول هو المذهب . انظر الوجيز (٢/٢٠) ، الروضة (٧/١٩٤) ، مغني المحتاج (٣/١٢٠ ٥) . الغاية القصوى (٢/٧٤٣) .

(٢) في الأصل : « إذا » وهو خطأ .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) انظر مختصر المزني ص (١٧٧) .

(٥) ما بين المعقوفين زيادة من (ب)

(٦) قوله : « فمنهم » ساقط من (ب) .

(٧) في (أ) بياض مكان كلمة (ما) .

(٨) في الأصل : « لأنه » والمثبت من (أ) ، (ب) .

كما لو ادّعى المشتري الجهلَ بخيار العيب . وتُعذر على قول ؛ لأن ذلك شائعٌ ، وهذا قد يَخْفى (١) .

أما إذا ادعت الجهل بعتقها ، فيُقْبل ؛ لأنه لا تقصيرَ منها أصلًا .

وأما إذا ادّعت الجهل بأن الخيار على الفور ، فلا تُعْذر (٢) . ولو ادعت الجهلَ بخيار البرص والعيوبِ ، فينبغي أن يُخَرَّج على القولين ؛ لأنه في مَظِنَّة الالتباس .

السادسة : إذا عَتَقَتْ قبل المسيس وفَسَخت ، سقط كمالُ المهرِ ؛ لأن الفسخ حصل بسببها ، ولم يَسْتندْ إلى عيبٍ في الزوج (٣) .

وإن فسخت بعد المسيس ، قطعوا بأن المسمي لا يسقط ، (٤ ولم يطردوا القول ٤) المخرج [ها هنا] (٥) ، ووجْهُه : أن المهر ها هنا للسيد ، وقد استقر بالوطء ؛ فلا يظهر أثرُ فسخِها في استرداد المهر منه (٦) ، وقد أحْسَنَ إليها إذ أعتقها .

* * *

---

(١) والأظهر أنها تصدق . انظر الروضة (١٩٤/٧) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله - بعد فراغه من ذكر الخلاف في سقوط خيارها إذا وطئها ، وادعت الجهل بثبوت الخيار - : (أما إذا ادعت الجهل بأن الخيار على الفور ، فلا تعذر) قطْعُه بهذا - في كتابه هذا وغيره - مع إجرائه الخلافَ في الذى قبله : عجيبٌ ، وقد كنتُ اعتذرت له بأنه ها هنا ، قد علمتْ بثبوت الخيار من أصله ، ومعلومٌ أن الخيار متردّد بين الفَوْر والتراخي ، فإذا لم تَسْأل عن ذلك ، كانت مُقَصّرةً ، بخلاف أصل الخيار ؛ إذ قد لا يخطر لها أصلًا ، بل تَذْهل عنه ، لكن هذا [يعني الاعتذار له] لا يتم مع قَطْعه في كتاب « الشفعة » بأنه لو ادعى الجهل بأنه على الفور ، قُبِلَ منه ذلك مع يمينه وعُذر ، وهذا مقطوعٌ به كذلك في « النهاية » و « البسيط » مع وجود ما ذكرته فيه ، فإذن هذا الذي ذَكَره ها هنا باطلٌ قطعًا ، وكيف يتمشى أن يتردد فيه ، فيقول ذلك في أصلَ الخيار - مع أنه مقطوع بثبوته في المذهب - ويقطع بأنه لا يقبل ذلك في كون الخيار على الفور مع كونه مختلفًا فيه في المذهب . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٩٣/ب) . وقد تعقَّب في الروضة الإمامَ الغزاليَّ في هذه المسألة أيضًا . قال : « ولو ادعت الجهل بأن الخيار على الفور ؟ . قال الغزالي : لا تعذر ، قال : ولم أَرَ المسألة لغيره من الأصحاب ، ولكن ذكرها العبادي في « الرقم » وقال : إن كانت قديمة العهد بالإسلام وخالطتْ أهلَه : لم تعذر ، وإن كانت حديثة العهد به ، أو لم تخالط أهله ، فقولان » . انظر الروضة (١٩٤/٧ وما بعدها) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا عَتَقت قبل المسيس ، وفسخت ، سَقَطَ كمالُ المهر ؛ لأن الفسخ حصل بسببها ، ولم يستند إلى عيب في الزوج) هذا غَيْرُ صحيحٍ ؛ فإنه لو استند إلى عيب في الزوج لسقط على ما عُرِفَ ، والله أعلمُ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٩٤/أ) .

(٤) في (أ) : « ولا يطرد القول » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « إليها » .

السبب الرابع

العُنّة

والنظر في أربعة أمور :

الأول : السبب . وهو امتناعُ الوقاعِ وحصولُ اليأسِ منه ، بجَبٍّ أو عُنّة . ومعنى « العُنّـة » : سقوطُ القوة الناشرة للآلة . (١ ولو حصل ذلك بمرض مُزْمِنٍ يدوم : ثبت الخيار ١) أيضًا ؛ إذ (٢) العنةُ مرضٌ في عضو مخصوص (٣) ، وهذا في جميع البدن .

والخصِيُّ (٤) ، هل يلتحق بالمجبوب ؟ فيه قولان (٥) ؛ ولعل مأخذه ، أنه يَفوت به الولدُ دون المباشرة ، والعُنة الطارئة بعد الوطء لا تؤثر ، قولًا واحدًا .

ولو عُنَّ عن امرأة دون أخرى ثبت الخيار . (٦ ولو عُنَّ عن المأْتَى ، وقَدر على غير المأْتى : ثبت الخيار . ولو امتنع مع القدرة ، فلا يثبت الخيار ٦) . ولكن ، هل يثبت للمرأة المطالبةُ بوطأةٍ واحدة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يثبت ؛ لأن داعيته كافيةٌ في الاستحثاث (٧) .

---

(١) في (أ) : « وحصول ذلك بمرض مزمن يدوم ، يُثْبِت الخيار » .　　(٢) في الأصل : « إذا » .

(٣) قال الحموي : « قوله : (معنى العُنَّة : سقوطُ القوة الناشرة للآلة ، وحصول ذلك بمرض مزمن ، ويثبت به الخيار أيضًا ، إذ العنة مرض في عضو مخصوص) .

قلت : ذكر الشيخ أن العنة مرضٌ في عضو مخصوص ، وليس كذلك ، إذ كيف يكون مرضًا بالنسبة إلى شخص دون شخص ، فإنه قد يُعَنُّ عن امرأةٍ ولا يعن عن أخرى ، وقد أشار إليه وقد يطأ في الدبر . وقال أصحابنا : لا يخرج عن أن يكون عِنِّينًا مع أنه أبلغ في قوة الفحولة ، وإذا كان كذلك أمكن أن يقال : لعل ذلك حصل بسبب سِحْرٍ بالنسبة إلى تلك المرأة دون غيرها ، والتحقيق : أن هذا يرد على المذهب دون الشيخ (رحمه الله) » .مشكلات الوسيط (ق ١٤٥ / ب ، ١٤٦ / أ) .

(٤) الخصيّ : هو مقطوع الخصيتين فقط مع وجود الذكر . انظر مختار الصحاح ص (١٧٨) . لسان العرب (٢/ ١١٧٨) مادة (خ ص ي) . أنيس الفقهاء (١٦٦) .

(٥) والأظهر أنه لا خيار . انظر الروضة (٧/١٩٥) .

(٦) ما بين الرقمين غير واضح في الأصل ، وواضح في (أ) ، (ب) .

(٧) ورجحه الغزالي في الوجيز (٢/٢٠) وانظر الروضة (٧/١٩٦) .

والثاني : تثبت [المطالبة] [1] ؛ لعلتين :

(إحداهما) : حصول أصل التحصُّن .

(والثانية) : تقرير المهر .

وإنما لا تثبت المطالبة بكل حال ؛ لأنه قد يَفْتُر [2] عن الوفاء بمطالبتها لو سُلّطت عليه ؛ والمرأةُ لا تَعْجِز عن التمكين .

فإن عللنا بتقرير المهر ، لم تثبت المطالبةُ بعد الإبراء ، ويثبت لسيد الأمة المطالبةُ دون الأمة ؛ لأن المهر له .

ومهما غيَّبَ مقدارَ الحشفة ، سقطت المطالبة ؛ فإنه وطءٌ كاملٌ ، في التحليل [3] ، والإحصان ، والعدة ، والغسل ، والحدّ وغيرها .

النظر الثاني : في المدة . وإذا ثبت [4] عُنَّتُه ، إما بإقراره أو يمينها [5] بعد نكوله : ضُرِبت المدة سنةً ؛ حتى تتكرر عليه الفصولُ [الأربعة] [6] ؛ فربما يتغير الطبعُ . فلو قال : مارستُ نفسي ، وأنا عِنِّين ؛ فلا تضربوا [لي] [7] المدة ، فلا نُبَالي بقوله ، بل لا بُدّ من المدة .

ولا يُتَصَور أن تثبت العنّة بشهادة ؛ لأنه لا مطلع عليها . نعم القولُ قوْله إذا أنكر العنة ، فإن نَكَلَ حُلِّفَتْ ؛ لأنها – بقرائن الأحوال بعد طول الممارسة – تُعْلم . وقال أبو إسحاق [8] : لا تحلف ؛ لأنها لا تعلم ، كما لا يشهد الشاهد . وهو بعيد ، بل إذا تنازعا في نية الطلاق [فَنَكَلَ] [9] قضى الشافعي (رضي الله عنه) بردِّ اليمين عليها [10] ، مع أن النية غَيْبٌ ، فهذا أولى .

وإذا حلف الرجل [11] على أنه ليس بعِنّين ، تركناه ولم نُطالبه بإقامة البرهان بالإقدام على

---

(١) زيادة من (ب) . (٢) في (ب) : « يعجز » وكلاهما صحيح .

(٣) يعني أن تغييب الحشفة أو مقدارها يُحَلِّل المطلقةَ ثلاثًا لزوجها الأول .

(٤) في (ب) : « ثبتت » . (٥) في (أ) ، (ب) : « بيمنها » .

(٦) زيادة من (أ) . (٧) زيادة من (أ) أيضًا .

(٨) سبقت ترجمته في القسم الدارسي . (٩) زيادة من (ب) .

(١٠) انظر الأم (٥/٢٥٩) ، مغني المحتاج (٣/٢٠٥) . (١١) في (أ) : « الزوج » .

الوطء ، إلا إذا قلنا : لها المطالبة بوطأة واحدة ، فذلك يثبت أيضًا في حقّ غير العنين .

والعنةُ بعد الوطء لا تُوجب الخيارَ ؛ لأنه إذا قدر مرةً ، فربما تعود القدرة .

ثم إذا أقرّ أو حَلَفتْ ، لم تُضْرب المدةُ إلا بالتماسها ، فإن سكتت لم تُضرب . وتستوي مدةُ الحرّ والعبد ؛ لأن هذا أمر يتعلّق بالطبع .

فإنْ مضت المدةُ ، ولم يَجْرِ وطءٌ - بالاتفاق - رَفعت الأمرَ إلى القاضي ؛ فإن له نظرًا [١] في دعواه الإصابةَ [٢] ، فإذا قضى عليه بالعنة ، فسخت كما في الجبِّ وسائر العيوب [٣] . وفيه وجه : أن القاضي هو الذى يتعاطى الفسخ [٤] ؛ لأن ظهور ذلك في محلّ الاجتهاد .

ولا خلاف في أن القاضي لا يُطَلِّق عليه ، كما يَفْعل في المؤْلي على قول ؛ لأن الإيلاء كان طلاقًا في الجاهلية ، فجُعِل موجبًا للطلاق ، وأما هذا ، ففسخٌ كخيار العيوب [٥] .

فرع : إنما تُحسب المدةُ إذا لم تعتزل عنه / فإن اعتزلت ، لم تحسب [٦] . ولو انعزل الزوجُ قصدًا ، ١٧١/أ

(١) في الأصل : « نظر » وهو خطأ واضح .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأن له نظرًا في دعواه الإصابة) يعني أن الفسخ له تعلُّقٌ بعدم دعواه الإصابة ، ومَدَارُ هذا الأمر على الدعوى والإقرارِ أو الإنكار ، فلا بُدّ من الحاكم لفَصْلِ الأمر » . المشكل (جـ٢ ق٩٤/أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في العنة : (فإذا قضى عليه بالعُنّة فَسخَت كما في الجب وسائر العيوب) يعني أنه بعد حُكم الحاكم بثبوت العنة ، ثبت لها الاستقلالُ بالفسخ ، ولا يتوقف على أن يقول القاضي : حكمتُ بثبوت الفسخ ، ويلتحق ذلك - بعد ثبوت العنة - بالجبّ وسائر العيوب ، فإن الفسخ يثبت فيها عنده غير متوقّف على حكم الحاكم أصلًا ، وهذا ما قطع به شيخُه ، فإنه قال فيها : لا يتوقف نفوذُ الفسخ على قضاء القاضي وشهودِ مجلس الحكم قياسًا على العيوب في البيع ، وتختص العُنّةَ من بينها بالافتقار إلى مجلس الحكم . والمقطوعُ به في « المهذب » وغيره : أن العيوب يتوقف الفسخُ فيها على حكمِ الحاكم » . المشكل (جـ ٢ق ٩٤/أ ومابعده) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في « الوسيط » : (وفيه وجه أن القاضي هو الذى يتعاطى الفسخ) ليس معنى هذا أن المرأة لا يصحُّ مباشرتُها للفسخ ، بل الأمر فيه على ما ذكره شيخه في « نهايته » وهو أن للحاكم - على هذا الوجه - أن يفسخ بنفسه ، وله أن يفوّض إليها ، وتكون مأمورةً مُشتنابة في الفسخ المفوّض إلى الحاكم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٤/ب) .

(٥) في (أ) : « كسائر العيوب » .

(٦) في (أ) : « لم تحتسب » .

حُسب ؛ لأنه لا يعجز عن المدافعة بذلك . ولو سافر فوجهان ، (١ الظاهر : أنه يحسب ١) .

النظر الثالث : في استيفاء الخيار . وهذا الفسخُ - في الأحكام - كالفَسخ بالعيب في أنه على الفور ، وأنه إن رضيتْ ، فلا اعتراضَ للوليّ . ولو رضيتْ ، فلا عَوْدَ إلى الطلب ، بخلاف رضاها بالزوج المؤْلي ؛ فإن القدرة حاصلةٌ (٢) ، والتوقعُ ثَمَّ دائمٌ ، وأما ها هنا فحصل (٣) اليأسُ .

وإن فسخت في أثناء المدة : لم ينفذ . وإن رضيتْ ، فهل ينفذ حتى يسقط حقُّها ؟ قولان :

أحدهما : لا ؛ لأنه لم يثبت الفسخ ، والرضا في مقابلته ، فلا يثبت قبله .

والثاني : نعم ؛ لأنها تدّعي المعرفة بالعُنَّة .

ولو رضيت بعد المدة ، فطلقها زوجُها ، ثم راجعها - وكانت (٤) العدة وَجَبت باستدخال مائه - لم يثبت لها المطالبة ثانيًا . وإن أَبَانَها (٥) ، ثم جدد نكاحها ، فقولان (٦) :

أحدهما : لا يعود ؛ لأنها رضيت مرة .

الثاني : نعم ؛ (٧ لأنها ربما توقَّعتْ عَوْدَ قوته ٧) ؛ ولذلك لو وطئها في النكاح الأول ، وعُنَّ عنها في النكاح الثاني : ثبت لها المطالبةُ . ولو عُنَّ [عنها] (٨) في ذلك النكاح بعد الوطء : لم تُطالِب .

النظر الرابع : في النزاع في الإصابة . ومهما تنازعا ، فالقولُ قولُ مَنْ يُنكر الإصابة ، إلا في

---

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٢) في الأصل : « حاصل » . (٣) في الأصل : « حصل » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « إن كانت ... » . وهو صحيح أيضًا ، ولكن ما في (أ) أوضح.

(٥) أي طلقها ثلاثًا ، أو لم يراجعها في الطلاق الرجعي حتى انقضت عدتها .

(٦) يعني في حق الفسخ .

(٧) وهذا هو الأظهر ؛ لأنه نكاح جديد . انظر الروضة (٧/١٩٩) .

(٨) زيادة من (أ) .

ثلاثة مواضع :

(أحدها) : إذا تنازعا في مدة العُنّة والإيلاء ، فالقولُ قولُه ، وإن كان الأصلُ عدمَ الإصابة ؛ لأنه يَعْسُرُ عليه إقامةُ البينة . فإن أقامت البينة على بَكَارتها ، رجعْنا إلى تصديقها وحَلَّفناها ؛ لاحتمالِ رجوع البكارة .

(الثاني) : إذا قالت : « طَلَّقْتَني بعد المسيس ، ولي كمالُ المهرِ » فأنكر : فالقولُ قوله ، إلا إذا أتتْ بولد لزمان يحتمل أن يكون العلوق في النكاح ، فإنا نُثبت النسبَ بالاحتمال ، ونُقَوِّي به جانبَ المرأة ، فنجعلُ القولَ قولَها (١) .

فإن لَاعَنَ عن الولد استقرّ الظاهرُ في جانبه ، فنرجع إلى القياس ، (٢ وتَصْديقُه بيمينه ٢) .

(الثالث) : إذا تنازعا في الوطء ، مع التَّوافُقِ على جَرَيان الخَلْوةِ ، قال بعضُ الأصحاب : الخلوةُ تُصَدِّق مَنْ يدَّعي الوطءَ . والأصحُّ : أن ذلك لا يؤثر في تغيير قانون التصديق .

* * *

---

(١) قال الحموي : « قوله : (إذا قالت : طلقتني بعد المسيس فلي كمال المهر ، فأنكر فالقول قوله ، إلا إذا أتت بولد لزمان يُحتمل أن يكون فيه علوقةٌ في النكاح ، فإنا نُثْبِتُ النسبَ لاحتمال ونُقَوِّي به جانبَ المرأة فيجعل القول قولها) .

قلت : ذكر الشيخ الوجة الثاني ولم يذكر الأول ، وقد ذكر بعضُ المتأخرين من الفقهاء أن الثاني قوله : (إلا إذا أتت بولد يحتمل أن يكون العلوقُ في النكاح الأول . إذا قالت : طلقتني .. إلى آخره) والتحقيق عندي : أن الذي قبل الثاني هو الأول ولم يقل : الأول والثاني إذا قالت : طلقتني .. إلى قوله : (ويصدق بيمينه والثالث : وإذا تنازعا في الوطء) على القول الضعيف » . مشكلات الوسيط (ق ١٤٧ / أ) .

(٢) في (أ) : « ويُصَدَّق بيمينه » .

القسم الخامس من الكتاب (١)

في فصول متفرِّقة شَذَّت عن [هذه] (٢) الضوابط

(وهي ستةُ فصولٍ)

الفصل الأول

فيما يُستباح من الاستمتاع بالنكاح

فنقول : يحِلّ للرجل (٣) جميعُ فنون الاستمتاع ، ولا يُسْتثنى عنه (٤) إلا كراهةٌ في النظر إلى الفَرْج ، وتحريمٌ مؤكَّد في الإتيان في الدُّبُر ، ونَهْيٌ عن العَزْل على وجهٍ (٥) . والصحيحُ : أن العزلَ جائزٌ مطلقا ، ومنهم من مَنع مطلقا وقال : هو الوَأْدُ الأصغر ، ومنهم من أباح (٦) في المنكوحة الرقيقة دون الحرة ؛ خوفًا من إرقاق الولد . ومنهم من جوَّز برضا المرأة ، كأنه يُحذِّر من تضرُّرِها . وكلُّ ذلك ضعيفٌ ، بل القياسُ : أنّ الامتناعَ (٧ عن إرسالِ الماء في الرَّحِم ٧) كالامتناع عن أَصل الإنزال . وتحقيقُ هذه المسألة ذكرناها على الاستقصاء في كتاب « النكاح » من كتب « إحياء علوم الدين » في ربع العادات (٨) ، فلْيُطلبْ منه (٩) .

---

(١) يعني من كتاب « النكاح » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « للزوج » .

(٤) في (أ) : « ولا يستثنى إلا » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (ونهي عن العزل على وجه) أي : على جهة وحالة من الحالات ، أي : أن النهي عن العزل واردٌ ، إمّا على جهة الكراهة – وذلك على رأي مَنْ قال : لا يحرم مطلقا – وإما على جهة التحريم ، وذلك على رأي مَنْ حرّم . وقوله : (والصحيح أنه جائز مطلقا) عَنَى بالجواز ها هنا نَفْيَ الحرج لاستواء الطرفين ، وذلك اصطلاحٌ سائغ بين الفقهاء ، وهذا لأن هذا القائل يحمل النهيَ على الكراهية ، صرح به في « البسيط » وهو كذلك ولو لم يَقُلْه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٤/ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أباحه » .

(٧) في (أ) : « عن إرسال الماء الرحم » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « في ربع العبادات منه » .

(٩) قال هنالك بتصرفٍ : « والصحيحُ – عندنا – أن ذلك مباحٌ ، وأما الكراهة فإنها تطلق لنهي التحريم ولِنَهْي التنزيه ، ولتركِ الفضيلة ، فهو مكروه بالمعنى الثالث ، أي فيه تركُ فضيلةٍ . كما يقال : يُكره للقاعد في المسجد أن يقعد =

ولا خلافَ في جواز العزل من[1] السُّرِّيّة [والمملوكة][2] حِفظًا للملك . واختلفوا في أن المسْتَوْلَدة[3] كالسُّرِّيّة أو كالمنكوحة ؟[4] .

وأما الإتيانُ في الدُّبُر فمحرمٌ في المملوك ، والمملوكة ، والمنكوحة . وما يُحكى عن بعض الأئمة من تجويزه في المنكوحة ، فهو اختراع[5] ، بل النصُّ في النَّهْيِ عن إتيان النساء في المحيض ،

= فارغًا لا يشتغل بذكر أو صلاة ... وإنما قلنا : لا كراهة بمعني التحريم والتنزيه لأن إثبات النهي إنما يكون بنص أو قياس على منصوص ، ولا نصَّ ولا أصلَ يُقاس عليه ، بل ها هنا أصلٌ يقاس عليه ، وهو تركُ النكاح أصلًا ، أو تركُ الجماع بعد النكاح ، أو الإنزال بعد الإيلاج ، وكلُّ ذلك تركٌ للأفضل ، وليس بارتكاب نهي ، ولا فرق . وليس ذلك كالإجهاض والوأد ؛ لأن ذلك جنايةٌ على موجود حاصل ، وله أيضا مراتب ... » . انظر الإحياء(٢/٤٧،٤٨) .

(١) في (أ) : « عن » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) الاستيلاد لغةً : هو طلبُ الولد مطلقا ، وفي الشرع : طلب الولد من الأمة . وكلُّ مملوكةٍ ثبت نسبُ ولدِها من مالكٍ لها – أو لبعضها – فهي أمُّ ولدٍ له ؛ ومن ثَمَّ يحرم بيعُها وتعتق بموت سيدها . انظر : كتاب الاختيار (٤/٣٠) . المبدع في شرح المقنع (٦/٣٧٢) .

(٤) يعني في جواز العزل عنها . وفي الروضة (٧/٢٠٦) : « أن السُّرِّيّة أولى بجواز العزل عن المنكوحة ؛ لأنها غير راسخة في الفراش ؛ ولهذا لا يَقْسِم لها » .

(٥) يشير الإمام الغزالي (رحمه الله) إلى ما حُكي عن الإمام الشافعي (رحمة الله عليه) أنه أباح إتيان الزوجة في دبرها . ثم أشار الغزالي إلى تكذيب ذلك . قلت : وممن نقل ذلك عن الشافعيّ (رحمه الله) محمدُ بنُ عبد الحكم ، وكان من أصحاب الشافعي ، ولكن رجع إلى مذهب مالك بعد وفاة الشافعي ، وقد كذَّب محمدَ بن عبد الحكم أيضًا في هذه الرواية الربيعُ بقوله : « كَذَبَ – واللّهِ – الذي لا إله إلا هو ؛ قد نصَّ الشافعي على تحريمه في ستة كتب » وقد تعقَّب الحافظُ ابن حجر هذا التكذيب من الربيع بقوله : « وتكذيبُ الربيعِ لمحمد لا معنى له ؛ لأنه لم ينفرد بذلك ؛ فقد تابعه أخوه عبد الرحمن عن الشافعي . ثم قال : ولا خلاف في ثقته وأمانته ، وإنما اغتر محمدٌ بكون الشافعي قصَّ له القصة التي وقعت له بطريق المناظرة بينه وبين محمد بن الحسن . ولا شك أن العالم في المناظرة يَتَقَلَّد القولَ وهو لا يختاره ، فيذكر أدلته إلى أن ينقطع خصمه ، وذلك غيْرُ مستنكرٍ في المناظرة . وقال الحاكم : لعلّ الشافعي كان يقول بذلك في القديم ، فأمّا في الجديد ، فالمشهورُ أنه حرمه » . انظر التلخيص الحبير (٣/٢٠٤ – ٢١٢) .

قلت : وقد سبق الحافظَ ابن حجر الإمامُ البيهقيُّ بهذا الاعتذار ، فقال : « وهذه الحكاية ، مناظرةٌ جَرَتْ بين الشافعي وبين محمد بن الحسن . وفي سياقها دلالةٌ على أنه إنما قصَدَ – بما قال – الذّبَّ عن بعض أهل المدينة على طريق الجدل ، فأما هو فقد نَصَّ في كتاب « عشرة النساء » على تحريمه . انظر : معرفة السنن والآثار للبيهقي (١٠/ ١٦٥) والسنن الكبرى (٧/١٩٨ وما بعدها) .

=

وتعليلُه بأنه أذًى : مُنبِّهٌ على تحريمه بطريق الأَوْلَى [١] ؛ فإن الأذى في ذلك الموضع دائمٌ .

ثم اتفق الأصحابُ على أنه في مَعْنى الوطءِ في إفساد العبادات [٢] ، ووجوبِ الغُسْلِ من الجانبين ، ووجوب الكفَّارة ، ووجوبِ مهر المثل في النكاح الفاسد ، وبالشبهة ، ووجوب العِدّة ، وحُرمة المصاهرة .

واتفقوا على أنه لا يتعلّق به التحليلُ [٣] ، والإحصانُ ، احتياطًا للتحليل ولِسُقوط الحدّ [٤] .

وترددوا في أربعة أمور [٥] :

= قلت : والنصُّ من الشافعي على تحريم ذلك ثابتٌ في أكثر من موضع ، ومن ذلك ما قاله في « الأم » بعد استدلال : « فلستُ أُرخِّص فيه ، بل أَنْهَى عنه » انظر الأم (١٧٣/٥ وما بعدها) . معرفة السنن والآثار (١٦٢/١٠) . وروى عنه البيهقي في المعرفة (١٦٢/١٠) قولَه : « وإباحةُ الإتيان في موضع الحرث يُشْبِه أنْ يكونَ تحريمَ غيرِه » ثم ساق البيهقيُّ بإسناده عن الربيع بن سليمان قال : « كان الشافعيُّ يحرم إتيانَ النساءِ في أدبارهن » . بل نصّ الشافعيُّ على ما هو أشد من ذلك بقوله : « ولست أرخص فيه ، بل أَنهى عنه ، وإن أصابها في الدبر لم يُحَصِّنها ، وينهاه الإمامُ ، فإن عاد عزّره ، فإن كان في زنا حَدَّهُ ، وإن كان غاصبًا أَغْرمَه المهرَ ، وأفسد حِجَّه » . انظر مختصر المزني ص (١٧٤) .

(١) يقصد الإمامُ الغزالي بالنصّ قولَه تعالى : ﴿ ويَسْألونَكَ عَنِ المَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى ، فاعْتَزِلوا النِّسَاء فى المحِيضِ .... ﴾ (البقرة : ٢٢٢) .

وقوله : (بطريق الأولى) يُسَمى لَدَى الأصوليين بمفهوم الموافقة ، وهو دلالةُ اللفظِ على ثبوت حُكْمِ المنطوق به للمسكوت عنه ، وموافقته له نَفْيًا وإثباتًا ، وذلك لاشتراكهما فى مَعْنيً يُدْرك من اللفظ بمجرد معرفة اللغةِ ، دون الحاجة إلى بحثٍ واجتهاد . وسُمّي بمفهوم الموافقة ؛ لأن المسكوت عنه موافِقٌ للمنطوق في الحكم . انظر : البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين (٤٤٩/١) . شرح تنقيح الفصول للإمام القرافي ص (٥٤) . تيسير التحرير للأمير بادشاه الحنفي (٩٤/١) .

(٢) وذلك كالصيام والحج ، فمن وطيء امرأته في دبرها - في نهار رمضان - فسد صومه .

(٣) يعني أن المطلقة ثلاثًا ، إذا وطئها زوجها الثاني في دبرها فقط ، ثم طلقها - أو مات عنها - فإنها لا تحل بذلك لزوجها الأول ؛ إذ لا بد من الوطء في القبل .

(٤) في (أ) : « وسقوط الحدّ » .

(٥) قال الإمام النووي (رحمه الله) : « قال أصحابُنا : الوطءُ في الدبر كالوطء في القبل إلا في سبعة أحكام : التحليل ، والتحصين ، والخروج من الفَيْأَة ، والتَّعْنين ، وتغير إذْن البكر ، والسادسَ : أن الدبرَ لا يحلُّ بحال ، والقُبُلُ يحِلُّ في الزوجة والمملوكة ، والسابع : إذا جُومعت الكبيرةُ في دبرها فاغتسلتْ ، ثم خرج مَنْيُ الرجل من دبرها ، لم =

أحدها : النَّسَبُ . والظاهرُ أنه يثبت ؛ لأن الماء قد يسبق [1] ، ويتجِهُ هذا عند من يُثْبت النسبَ في السُّرِّيَّة بمجرد الوطء مع العَزْل [2] .

الثاني : تقريرُ المسَّمى في النكاح . والظاهرُ أنه يتعلَّق به [3] . وإنما ذكر العراقيون فيه ترددًا مع قَطْعِهِم بوجوب مهر المثل في النكاح الفاسد .

والثالث : الرجم والجلد [4] . ثم إذا أوجبْنا به الحَدَّ [5] ، لم نُوجِبْه في المملوكة والمنكوحة ، بل ذلك كإتيانهما [6] في الحيض . ونُوجِبُ في المملوك ؛ لأن الملك هاهنا لا ينتهض شبهةً ، بخلاف وَطْءِ الأُخت المملوكة [7] ، فإن الصحيحَ - ثَمَّ - سقوطُ الحدِّ ؛ لقيام المبيح .

الرابع : في الاستنطاق في النكاح [8] : والظاهرُ : أنها لا تُسْتَنْطَق ، وفيه وجهٌ : أنها كالثيب .

= يجب غسلٌ ثانٍ بخلاف القُبُل ، وقد يجيء في بعض المسائل وجهٌ ضعيف ، ولكنَّ المعتمدَ ما ذكرناه » . انظر الروضة (٧/٢٠٥) .

(١) في الأصل ونسخة (أ) : « قد سبق » ، وما في (ب) أولى سياقا ، وهو المثبت .

(٢) قال ابن الصلاح : « هذا مقصور في السيد في أمته ؛ لأن الوطء إنما يعتبر في إلحاق النسب في ملك اليمين ، أما النكاح فالنسبُ يثبت فيه بمجرد الإمكان » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٥/أ).

(٣) وهذا هو المذهب كما في الروضة (٧/٢٠٤) .

(٤) في (أ) : « الجلد والرجم » .

(٥) في (أ) : « الجلد » . وفي (ب) : « ثم إذا أوجبنا الجلد » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « كإتيانها » .

(٧) يعني أنّ مَنْ جمع بين أختين بملك اليمين ، إذا وطىء إحداهما ، حَرُم عليه وَطْءُ الأخرى حتى تحرم عليه التي وطئها : بِهِبةٍ ، أو بيع ، أو تزويج . فإذا لم يفعل ذلك ، ووطىء الاثنتين كان حرامًا ، ثم لا يُقَام عليه حدُّ الزنا ؛ لشبهةِ الملك الذي عبر عنه الإمام الغزالي بقيام المبيح .

(٨) يعني أن البكر لو أُتِيَتْ في دبرها - قبل زواجها - هل تصير كالثيب إذا عُرِض عليها الزواج من شخص ، لا يُكتفى بسكوتها في الموافقة ؟ أم لابد أن تأذن صراحةً بالنطق ، كالثيب ؟ والمذهبُ : أنها لا تُستنطق كما رجحه الغزاليُّ (رحمه الله) . وانظر : الروضة (٧/٢٠٥) ، الغاية القصوى (٢/٧٤٩) .

الفصل الثاني
في وَطْءِ الأبِ جاريةَ الابن

وهو حرامٌ ، ولكنْ له في مالِ ابنه شبهةُ الإعفاف ، وبمثلِ هذه الشبهة يَسْقط [١] عنه حدُّ السرقة ، فتؤثِّرُ هذه الشبهةُ أيضًا في دَرْءِ الحدِّ عنه [٢] ، ووجوبُ المهر عليه [٣] ، وفي تحريم الجارية على الابن أبدًا بحكم المصاهرة ، وفي ثبوت النسب ، وانعقاد الولد على الحرية . وهل تَصير مُسْتولدةً له إذا أَحْبَلَها [٤] ؟ فيه قولان :

المنصوصُ - [٥] وهو مذهبُ أبي حنيفة [٥] - أنها تصير مُسْتولدةً ؛ إذ لا وجه للحكم بحرية الولد إلا نقل [٦] الملك إليه [٧] رعاية لحرمة الأبوة [٧] : / ١٧١/ب

والثاني - وهو مذهب المزنيّ - أنه لا يثبت [٨] ؛ لأنه لا سببَ لِنَقْلِ الملك إليه ، وليس من ضرورة حريةِ الولدِ نَقْلُ الملك [إليه ؛ فإن الوطء بالشبهة ، يُوجب حريةَ الولد ، ولا يُوجب أُمِّيَّةَ الولد ، وكذلك المغرور بحُرِّيّة الجاريةِ ، يُخْلق الولد حُرًّا ، ولا تحصلُ أُمِّيَّةُ الولد للجارية ، ولا يُنْقل الملك إليه] [٩] . وحُكِيَ عن صاحب « التقريب » [١٠] قولٌ ثالث في الفرق بين المعْسِر والموسِر كما في

---

(١) في (أ) : « سقط » .

(٢) ولكن يعزَّر على الأصح ؛ لحقّ اللهِ تعالى . انظر الروضة (٧/٢٠٧) .

(٣) يعني أن شبهة الإعفاف تؤثر في درء الحد ، ولكن وجوبُ المهر لا يسقط عنه .

(٤) أي : هل تصير أمَّ ولد ؟ ومن أحكام « أم الولد » أنها تعتق بموت سيدها . انظر : الهداية (٢/٣٥٢) . مختصر المزني ص (٣٣٢) . التنبيه للشيرازي ص (٩٩) .

(٥) في (أ) : « وهو قول » . وانظر قوله في الهداية (١/٢٣٦) ، (٢/٣٥٣) . وانظر نص الشافعي في مختصر المزني ص (١٦٧) .

(٦) في (أ) : « إلا بنقل الملك إليه » .

(٧) في (أ) : « لِرعايةِ حرمةِ الأبوة » .

(٨) انظر قولَ المزني وبرهانَه في مختصره ص (١٦٧) .

(٩) ما بين الحاصرتين زيادة من (ب) .

(١٠) هو أبو الحسن القاسم بن القفال الشاشي الكبير ، وقد سبقت ترجمته في القسم الدارسي .

سِرَايَة العتق . فإن قلنا : لا تحصل ؛ فلا يجوز بيعُ الجارية وهي حاملٌ بولدٍ حُرّ . وهل تجبُ قيمةُ الجارية على الأب لهذه الحيلولة إلى وقت الولادة ؟ فيه وجهان ، والظاهر : أنه (١) لا يجب ؛ لأن يده مستمرةٌ وانتفاعَه دائمٌ ، وإنما هذا تأخير بيع . أما قيمةُ الولدِ ، فتجب – علي هذا القول – باعتبار يوم الانفصال إن انفصَلَ حيًّا .

وإن قلنا : يثبت الاستيلادُ ، ففي وجوبِ قيمة الولد وجهان (٢) يَنبنيانِ على أنَّ المِلْك يُقَدَّر انتقالُه (٣) بعد العَلوق أو مع العلوق ؟ منهم من قال (٤) : بعد العلوق ، فتجب القيمة ؛ لأن (٥) المعلول يترتب على العلة . والصحيح : أنْ لا قيمةَ (٦) ، والملكُ ينتقل مع العلوق . والمعلولُ مع العلة – وإن كان بينهما ترتيبٌ – فهو عقليّ لا زمانيّ ، وإذا (٧) قارنَه ، فقد صادَفَ العلوقُ مِلْكَ الأب ، فلا تجب القيمة (٨) . وقد قيل (٩) : يقع قبل العلوق (١٠) ، وهو ضعيفٌ ، يُضاهي قولَ أبي حنيفة : إنه يقع قبل الوطء حتى يسقط المهر أيضًا (١١) . وتقديمُ المعلول على العلة – من غير

---

(١) في (أ) : « أنها » .

(٢) من قوله : « والظاهر أنه ..إلى قوله : وجهان » ساقط من (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (يقدر انتقاله) أي : يحكم بانتقاله » مشكل الوسيط . (جـ٢ ق ٩٥/ب) . وفي نسخة (ب) : « يعذر انتقاله » وهو خطأ واضح .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ومنهم من قال » .

(٥) في (ب) : « لكن ... » .

(٦) وهو المذهب . انظر : الوجيز (٢/٢١) . الروضة (٧/٢٠٩) . منهاج الطالبين ص (١٠١) . الغاية القصوى (٢/ ٧٤٤) . فتح الوهاب (٢/٥٣) .

(٧) في (أ) : « فإذا » .

(٨) قال ابن الصلاح : « إن كان الانتقال مع العلوق ، فيلزم منه ألا تجب قيمة الولد على الأب ، فإنه لا يمكن إطلاق القول حينئذ بأنه فوّتَ الرقَّ على الابن ؛ لكونه – أي المولود من الأمة – كان مع ملك الأب ، وهذا معنى قوله : (صادف العلوق ملك الأب) » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٥/ب وما بعدها) .

(٩) في (أ) : « وقيل » .

(١٠) في (ب) : « .. قُبيْلَ العلوق » .

(١١) انظر الهداية (١/ ٢٣٦) . (٢/٣٥٣) .

ضرورة - ممتنعٌ في الأحكام ، ومستحيلٌ - على الإطلاق - في العقليات .

هذا كلُّه إذا لم تكن الجاريةُ موطوءةَ الابنِ ، فإن كانت موطوءةَ [الابنِ][1] فقد حَرُمتْ على الأَبِ على التأبيد . وإن أثبتنا الاستيلادَ لم يُبَحْ للأبِ غشيانُها ؛ لأن التحريم المؤبَّد لا يرتفع بالطوريء .

* * *

(١) زيادة من (أ) .

الفصل الثالث
في إعفاف الأب

وفي وجوبه قولان :

أحدهما : - وهو المذهبُ المشهورُ - أنه يجب [1] ؛ لأن تعريضَه للزنا مع القدرة على تَحْصِينه عن الحدّ في الدنيا والعذابِ في الآخرة - لا يَليق بِحُرْمة الأُبُوَّة .

والثاني : - وهو مذهبُ أبي حنيفة والمزني ، وهو القياسُ - أنه لا يجب [2] كما لا يجب إعفافُ الابن [2] ، وكما لا يجب إعفافُ المحتاجين من بيت المال .

فإن قلنا : يجبُ ، فإنما يجب إعفافُ الأبِ ، المحتاجِ إلى النكاح [3] ، الفاقدِ للمهر . فهذه ثلاثةُ قيودٍ [4] :

الأول : الأب . ويدخل تحته الجدُّ وإنْ عَلا ، من جهة الأب ومن جهة الأم ، [5] وهو كلُّ من يستحقُّ النفقةَ [5] .

ولو اجتمع اثنانِ منهم في درجة [6] ، واقتضى الحالُ توزيعَ النفقة - إذا لم يَقدرِ الابنُ إلا [7] على نفقةِ أحدِهما ، كما سنذكره في [كتاب] [8] « النفقات » - إن شاء الله تعالى - فهاهنا لا يمكن التوزيعُ ، ففيه وجهان :

---

(١) قوله : « أنه يجب » ساقط من (ب) . وانظر نهاية المحتاج (٣٢٢/٦) .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « المحتاج للنكاح » .

(٤) في (أ) : « ثلاث قيود » وهو خطأ .

(٥) في (ب) : « وهو من يستحق النفقة » .

(٦) يعني في درجة واحدة متساوية في القرابة ، وذلك مثل أبي أم الأب ، وأبي أبي الأم . انظر : مغني المحتاج (٣/ ٢١١) . ونهاية المحتاج (٣٢٢/٦) .

(٧) كلمة : « إلا » ساقطة من (ب) .

(٨) زيادة من (أ) .

أحدهما : أنه يُقْرِع بينهما [1] .

والثاني : أن القاضي يجتهد ، [2] ويُقدم مَنْ يرى في مخايله [2] أنه أحوجُ إلى النكاح .

وأما قولُنا : (محتاج إلى النكاح) فأردنا به [صِدْقَ] [3] الشهوة ، فإذا ادعي الشهوةَ ، وَجَب قبولُه من غير تحليفٍ ؛ فإن ذلك لا يليق بالاحترام . نعم ، هو بينه وبين الله تعالى لا يحلُّ له اقتراحُ [ذلك] [4] إلا إذا صَدقتْ شهوتُه ، بحيث يَعْسُر عليه مُصَابرتُها ، ويحتمل أن يُعْتبر مع ذلك خوفُ العنتِ كما في نكاح الأَمَة .

وأما قولنا : (الفاقد للمهر) فأردْنا به أنه لو وَجَد مالًا – هو بُلْغَةُ نفقتِهِ أيامًا [5] ، لكنه [6] لا يَفي بالمهر – فيجب إعفافُه ؛ لأنه مُشتغنٍ عن النفقة دون الإعفاف . وفيه وجه بعيد : أنه لا يستحق ؛ لأنه لا يستحق النفقة . وهو ضعيف .

وأما قولنا : (يجب الإعفاف) فنعني به [7] ما تحصل [به] [8] عفته عن الزنا . ويحصل ذلك بأن يُزَوِّج منه امرأةً مسلمة ، أو كتابيةً ، أو يُمَلِّكه جاريةً ، أو يُسلِّم إليه صداقَ امرأة ، أو ثمنَ جاريةٍ ، ثم يُلْزم [9] مؤنةَ الزوجة في دوام النكاح .

وليس للأب أن يُعينِّ امرأةً رفيعةَ المهر . ومهما تعينَّ مقدارُ المهر ، فتعيينُ الزوجةِ إلى الأب ، لا إلى الابن .

ولا يكفيه أن يُزَوِّجه عجوزًا شَوْهاء ، أو مَعِيبةً ببعض العيوب ؛ فإن ذلك لا يُعِفُّ ، ويكون

---

(١) وهذا الوجه هو الصحيح كما في الروضة (٢١٥/٧) . وفي (ب) : « أن يقرع بينهما » .

(٢) في (أ) : « ويقدم من بَدَا من مخايله » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (ب) : « إياها » وهو خطأ واضح .

(٦) في (ب) : « لكن » .

(٧) في (أ) : « أردنا به » .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « يلتزم » .

[ذلك] (١) كطعامٍ فاسد (٢) لا يَنْسَاغ ، فإنه لا يُقْبل في النفقة .

ولا يَلزمه تسليمُ الصداق إلى الأب ، (٣ بل له أن لا يسوق ٣) الصداق إلا بعد العقد .

فرعان

أحدهما : أنه تكفيه زوجة واحدة ، فلو ماتت لزمه الأخرى (٤) ، وفيه وجه بعيد : أنه لا يلزمه ؛ لأن النكاح وظيفة العمر (٥) فيكفي مرةً واحد .

ومهما فَسخ (٦) نكاحَها بيعض العيوب ، أو انفسخ - لا باختياره - فيجب التجديدُ كما في الموت . أما إذا طلَّقها ففي التجديد ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يجب ؛ لأن (٧) تكليفَه إمساكَ زوجةٍ واحدة ، فيه عُسْرٌ .

والثاني : لا يجب ؛ إذ هو الذي قَطَع النكاحَ بنفسه .

والثالث : أنه إن طلّق بعذر ظاهرٍ من رِيبَةٍ أو غيرها ، كان كالردّ بالعيب ؛ فيجب التجديدُ ، وإلا فلا (٨) . أما إذا كان مِطْلاقًا (٩) ، بحيث يُنْسب في العُرْف إليه ، فلا يجبُ التجديدُ .

الثاني : لو ملك الابنُ جاريةً ، (١٠ فإذا أراد ١٠) أن يُزَوِّجها [منه] (١١) فهذا يُبتنى على أصلين :

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « فأفسد » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « بل له أن يسوق » وهو خطأ .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لزمه أخرى » وهو أليق .

(٥) في (أ) : « طريحة العمر » .

(٦) في (أ) : « فسد » .

(٧) في (ب) : « لكن » .

(٨) وهذا الوجهُ هو الأصح كما في الروضة (٧/٢١٧) ، وانظر : المنهاج ص (١٠١) ، ونهاية المحتاج (٦/٣٢٤) .

(٩) في الأصل : « طلاّقًا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : .

(١١) زيادة من (ب) .

(أحدهما) : أن الأب ، هل يُعَدُّ مُوسِرًا بمالِ ولده ، حتى يمتنع عليه نكاحُ الأمة ؟ وفيه خلافٌ (1) .

فإن قلنا : لا يُعَدّ موسرًا ، فَيُبْتنى على أن وَطْءَ جاريةِ الابنِ ، هل يُوجِب الاستيلادَ ؟ (2) .

فإن قلنا : يُوجِب ، لم يصحَّ النكاحُ (3) ؛ لأنه يؤدي إلى انفساخ النكاح بحصول الولد ، الذي هو مقصودُ العقد .

أما إذا كان الأبُ عبدًا ، ونكح جاريةَ / ابنِه : جاز ؛ لأن (4) الاستيلاد في حقّه غَيْرُ ممكِنٍ ؛ إذ لا يُتصوَّر له الملكُ ، فكيف ينتقل الملكُ إليه (5) ؟! . ١٧٢/أ

ولو نكح الحرُّ أمةَ أجنبيٍّ ، فملكها ابنُه ، لم ينفسخِ النكاحُ ؛ لأن هذه الشروط والتوهمات (6) إنما تُعتبر في ابتداء العقد لا في دوامه . نعم ، إذا حَصَل ولدٌ في ملك الابن ،

---

(1) قال في الروضة (٢١٧/٧) : « إذا قلنا : لا يجب الإعفافُ ، فللأبِ المحتاجِ أن ينكح أَمَةً ، وإن أوجبناه ، فوجهان :

أحدهما : يجوز ؛ لأنه غيرُ مستطيعٍ حرةً ، وخائفُ العنتَ .

وأصحهما : المنع ؛ لأنه مستغنٍ بمال ولده » .

(2) وهو الأصل الثاني . قال ابن الصلاح : « ويعني بالأصل الثاني ثبوتَ الاستيلادِ بوطْئه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٧/أ) .

(3) قال في الوجيز (٢٢/٢) : « وليس للأب أن يتزوج جارية الابن » .

(4) كلمة : « لأن » ساقطة من (ب) .

(5) قال ابن الصلاح : « تعرض (رحمه الله) في العبد لانتقاء مانع الاستيلاد فحسبُ . ومانعُ اليسار أيضًا مُنْتَفٍ ؛ إذ لا يَسَارَ للعبد بمال ولده ؛ فإنه لا حَقَّ للرقيق في مال ولده الحرّ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٧/أ) .

(6) قال ابن الصلاح : « أشار بالشروط إلى مانع اليسار ، فلا أَثَرَ - في نكاح الأمة - لليسار الطارىء كما عُرِف . وأشار بالتوهّمات إلى مانع الاستيلاد ، فإن الاعتماد فيه على توقُّعِ الانفساخ بحصول الولد كما سبق . وفي المسألة وجهٌ - ليس عند المصنف - غريبٌ كما يأتي مثلُه في المكاتب ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٩٦/أ وما بعدها) .

انفسخ النكاحُ إذ ذاك ، وانعقد الولدُ على الحريةِ [(١)] . وقال الشيخ أبو علي : لا ينعقد على الحرية ؛ فإنّ الوطءَ في مِلْك النكاح لا يقتضي حريةَ الولد ، فلا يحصل الاستيلادُ . وهو بعيد [(٢)] ، ولو أمكن هذا ، لحكمنا بصحة النكاح ابتداءً كما قاله أبو حنيفة [(٣)] .

ولا خلافَ بين الأصحاب ، أنه لو نكح جاريةَ مكاتبِه لم يصح ؛ لِتَوَقُّعِ الاستيلادِ [و] [(٤)] انقلابِ المِلْك إليه كما في جارية الابن ، لكن لو طرأ ملكُ المكاتب على زوجة سيده ، ففي الانفساخ وجهان :

أحدهما : لا ، كطُرْآن ملك الابن .

والثاني : ينفسخ ؛ (٥ لأن المكاتبَ ومالَه كالملك للسيد ٥) فلا يفرق في ذلك بين الطارىء والمقارن كما في ملكِ الزوجِ زوجتَه [(٦)] .

* * *

---

(١) وهذا الوجه قال به الشيخ أبو محمد ، ومال إليه ابنه إمام الحرمين . انظر : الروضة (٢١٣/٧) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وهذا بعيد » .

(٣) انظر الهداية (٢٣٧/١) .

(٤) زيادة من (أ) ، وهي ضرورية .

(٥) في (أ) : « لأن المكاتب ومَالَه للسيد » .

(٦) ورجّح هذا الوجهَ في الوجيز (٢٢/٢) . وانظر الروضة (٢١٤/٧) .

الفصل الرابع

في تزويج الإماء وحكمه في الاستخدام ، والنفقة ، والمهر

أما الاستخدام ، فلا يبطل بالتزويج - وإنما يحرم الاستمتاعُ - ؛ لأن تعطيلَ منفعتِها [(١)] على السيد ينفره من الرغبة [(٢)] في التزويج بخلاف الحرة ؛ فإنها صاحبةُ الحظِّ ، فيرغب مع تعطيل المنافع .

ثم السيدُ يستخدمها نهارًا ، [(٣)] ويُسَلمها إلى الزوج ليلا [(٣)] ، فلو عكس لم يَجُزْ ؛ لأن الليل هو وقتُ الاستمتاع ، ولذلك يُعْتمد عليه في القَسْم . نعم ، هل للسيد أن يقول : أُبَوِّئُها بيتًا في داري لِيَلْقَاها [(٤)] زوجُها ولا أُسَلمها إليه ؟ فقولان [(٥)] :

أحدهما : لا ؛ لأنه يناقِضُ تمامَ التمكين [(٦)] .

والثاني : له ذلك ؛ لأن اليد حقه ، ولا ضرورة إلى إبطاله ، كيف ؟ ولا خلافَ أنَّ له أنْ يُسافر بها ، وعلى الزوج - إن أراد صُحْبتها - أن يَصحبها ، ولْينفرد [(٧)] بها ليلًا ، فإذا جاز ذلك فهذا أَوْلَى .

فإن قلنا : ليس له أن يُبَوِّئها بيتًا ، فلو كانت مُحْترفة [(٨)] ، فقال الزوج : سلِّموها نهارًا إليّ

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : لأن تعطيل منفعتها ...) هو تعليلٌ لقوله : (فلا يبطل الاستخدام في التزويج) لا لقوِله : (وإنما يحرم الاستمتاع) والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٧/ب) .

(٢) في (أ) : « عن الرغبة » .

(٣) في (أ) : « ويُسَلمها ليلًا إلى الزوج » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لِيَنْتَابَها » وهما بمعني متقارب . وعلى هامش الأصل إشارة إلى أنها في نسخة أخري « لينتابها » .

(٥) في (أ) : « فيه قولان » .

(٦) وهذا القولُ هو أظهر القولين كما في الروضة (٢١٨/٧) وعلله بأن الحياء والمروءة تمْنعان الزوج من دخول دار غيره . ولوأن الزوج فعل ذلك - فأتاها في بيتِ سيدها ليلا - لم تلزمْه نفقةٌ بلا خلافٍ . وانظر : مغني المحتاج (٣/ ٢١٨) ، نهاية المحتاج (٣٣١/٦) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لِيَنْفرد » بدون الواو .

(٨) أي : لها حرفة .

لِتحترفَ في بيتي ، وأَستأنس بمشاهدتها . قال أبو إسحاق المروزيُّ : يجب إسعافُه ؛ جَمْعًا بين الجانبين . وقال الأكثرون : لا يجب تسليمها في مُدة العمل ؛ فإن ذلك نقصٌ في حقّ السيد [1] .

أما النفقة : فتجب على الزوج بكمالها إنْ تُسَلَّم [2] إليه ليلا ونهارًا . وإن لم تُسلَّم إليه إلّا بالليل ، فثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أن [لها] [3] النفقةَ على السّيّد ؛ لأن النفقة إنما تجب - بكمال التمكين - على الزوج ، ولم يَجْرِ [4] .

والثاني : أنه يجب كمالُ النفقة [على الزوج] [5] ؛ لأنه [6] يُسَلّم له [6] كمال التمكين المستحقّ بالنكاح .

[والثالث : أنه يتشطّر ؛ لِتشَطُّر الزمان [7] .

أما إذا نَشَزت الحرةُ [8] نهارًا ، وسلّمت ليلا ؟ فعلى وجه : تسقط جميعُ النفقة ، وعلى وجه : يسقط الشّطْر ؛ لأنه لم تُسَلّم [9] كمال المستحق بالنكاح] [10] .

ولا خلافَ في أنه لو سافر السيد بها ، سقطت النفقةُ ، ولم يلزم الزوجَ مُصَاحبتُها والإنفاقُ عليها .

---

(١) وهو الأصح كما في الروضة (٧/٢١٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إن سُلّمت » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في المنهاج ص (١٠١) . والروضة (٧/٢١٩) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « سلم إليه » ، وفي (ب) : « سلم له » .

(٧) وهذا الوجه رجحه الغزالي في الوجيز (٢/٢٢) .

(٨) في نسخة (ب) : « المرأة » مع إشارة إلى أنها في نسخة أخرى « الحرة » .

(٩) في (ب) : « لم تُسَلمه » .

(١٠) ما بين الحاصرتين ساقط من (أ) . وقال النووي في الروضة (٧/٢١٩) : « الصحيحُ : الجزْمُ في الحرة بأنه لا يجب شيءٌ في هذه الحال » .

وأما المهرُ : فإنما يجب للسيد ، ولا يسقط بإسقاطها .

والنظرُ في السقوط بالقتل ، والبيع (١) :

أما القتل ، فقد نصَّ الشافعيّ (رضي الله عنه) أن السيد لو قتلها قبل المسيس ، فلا مهر له (٢) . مع أنه لا خلاف في (٣) أن الحرة لو ماتت ، أو قتلَها أجنبيٌّ قبل المسيس : استقر المهر ؛ لأن ذلك نهايةُ النكاح ، ولذلك يتعلّق به الإرثُ . فمنهم من خرَّج قولًا في الأمة من الحرة . ومنهم من قرر النصَّ ، وعلل بعلتين :

(إحداهما) : أن السيد زوَّج بحكم مِلْك اليمين ، فيسقط حقُّه بإتلافه قبل القبض كما في البيع .

(والثانية) : أن العاقد (٤) هو الذي فوَّت المعقود عليه (٥) فيمتنع منه المطالبة (٦) .

وينبني على العلتين [قَتْلُ الحرةِ نفسَها ؛ لأنها عاقدةٌ وليست مملوكة ، وفيه (٧) وجهان . وكذلك قَتْلُ الأجنبيِّ الأمةَ يُخَرَّج] (٨) على العلتين (٩) .

(١) يعني سقوط المهر بالقتل والبيع .

(٢) انظر نص الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (١٦٧) ، وهو المذهب كما في الروضة (٢١٩/٧) . والمنهاج ص (١٠١) . ونهاية المحتاج (٣٣٢/٦) .

(٣) كلمة : « في » ليست في (ب) .

(٤) وهو السيد .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (إن العاقد هو الذي فوت المعقود عليه) ذكر شيخه في « نهايته » أن هذه العلة يُعتبر فيها ما سبق في العلة الأولى من الفوات قبل التسليم المُشَبَّه بفوات المبيع قبل القبض ، مع خصلة أخرى ، وهي أن المُفَوِّت هو المستحِقّ للمهر ، وتمتنع منه المطالبة وكان الأَوْلى بصاحب « الوسيط » أن يقول : (المستحِقُّ للمهر ، هو الذي فوّت المعقود عليه قبل التسليم) ولا يقول : (العاقد ...) والله أعلم » - مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٧/ب) .

(٦) في (أ) : « فيمتنع به المطالبة » يعني بسبب تفويته .

(٧) في (أ) : « ففيه » .

(٨) مابين الحاصرتين ساقط من (ب) .

(٩) والمذهبُ : أن الحرة لو قتلتْ نفسها - قبل الدخول - أو قتل الأجنبيُّ أمةً ، أو ماتت : فلا يسقط مهرها ، كما إذا هلكت بعد الدخول . انظر : الروضة (٢١٩/٧) . المنهاج (١٠١) . الغاية القصوى (٧٤٨/٢) . نهاية المحتاج (٣٣٢/٦) .

فأمّا موتُ الأمة [فلا يُخرج على العِلَّتين] [1] ، ولا خلافَ أنه يُقرر المهرَ . أما إذا باع الأمة ، لم ينفسخ النكاحُ ، خلافًا لابن عباس (رضي اللّه عنه) ، ويُسلم المهر للبائع ؛ لأنه وَجَب بالعقد إلا في صورة التفويض على قولنا : يجبُ المهرُ بالمسيس غير مستند إلى العقد ، فعند ذلك إذا جرى المسيس في ملك المشتري ، كان له المهرُ . نعم ، لو باع قبل تسليم المسَمَّى ، لم يكن له مَنْعُ الأمة وحبسُها لِسَوْق الصداقِ إليه ؛ إذ [2] لم يَبْقَ له تَصرُّفٌ في الأمة ، ولم يكن أيضًا للمشتري الحبسُ ؛ لأنه لا يستحقّ المهر [3] فيستفيد الزوجُ بالبيع سقوطَ حقِّ المَنْع [3] . ومهما أعتق الجارية ، كان حكم المهر ما ذكرناه ، لكن المعتقة تقوم مقام المشتري .

فرعان

أحدهما : لو زوَّج أمتَه مِنْ عبده ، فلا يستحق [السيدُ] [4] المهرَ ؛ إذ لا يستحقُّ السيدُ على عبده دَيْنًا ، والرقُّ المقارِنُ للعقد دفع المهر بعد جريان مُوجبه ، ولم يكن هذا تَعْرِيةً للعقد عن المهر ، بل جرى الموجِبُ ، واقترن به الدافعُ فاندفع ، والاندفاعُ في معنى الانقطاع ، لا في معنى الامتناع .

الثاني : إذا قال لأَمَته : أعتقتُكِ على أن تنكحيني ، فلا ينفذ العتقُ إلا بقبولها ؛ [5] لأنه علّق بعوضٍ مقصود [5] . ثم إذا / قَبلتْ : عَتَقتْ ، وفسد العوضُ ، ولم يلزمها الوفاءُ بالنكاح، ١٧٢/ب والرجوعُ عليها بقيمتها للسيد ، كما لو أعتقها على خمر . ثم لو نكحها بعد ذلك بالقيمة التي عليها – وهي مجهولةٌ – ففي صِحة الصداق وجهان :

أحدهما : – وهو اختيارُ المزنيّ – أنه لا يصح [6] .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « إذا » .

(٣) في (أ) : « فيستفيد النكاح بالبيع سقوط حق البيع » . وفي (ب) : « حق الحبس » .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (أ) : « لأنه تعلق بغرض مقصود » .

(٦) والأصح فساد الصداق ، ومن ثَمَّ : فلها مهر المثل ، وعليها القيمة . انظر الروضة (٢٢٢/٧) . الغاية (٧٤٨/٢) .

والثاني : أنه يصحّ ؛ إذ الاستيفاءُ غيرُ مقصود ، بخلاف ما لو أتلفت الحرّةُ (١ على إنسان شيئًا ١) ، ولزمتها قيمةٌ مجهولة ، فنكحها بتلك القيمة ، فالصحيحُ فسادُ الصداق ها هنا . ويتجه طَرْدُ القولين (٢) ؛ لِعُسْرِ الفرق .

ولو قالت السيدةُ لعبدها : أعتقتُكَ على أنْ تنكحني ، فالصحيحُ : أنه ينفذ مِن غيرِ قَبُول ، وكأنها قالت : أعتقتُك على أن أُعطيك بعده شيئًا . ومنهم من قال : يفتقر إلى القبول ؛ لأنه مقصودٌ في العادة . وهو ضعيفٌ ؛ إذ لا خلافَ أنه لو قال : « طلقتُكِ على أن لا تحتجبي مِنّي » (٣) وقع الطلاقُ من غير قبول .

ثم قال صاحبُ « التقريب » : « مَنْ أعتق أمةً لِينكحها ، ولم يَأْمَنْ مُخالفتَها ، فسبيلُه أن يقول : « إنْ يَسَّر الله بيننا نكاحًا صحيحًا ، فأنتِ حرةٌ قبلَه » (٤ ثم يَنْكحها ، فَيَبِينُ ٤) وقوعُ العتقِ قبله ، ويصحُّ النكاحُ (٥ .ومنهم مَنْ خالفَ ٥) في هذا ، وبنى على ما لو باع مالَ أبيه على ظَنٍّ أنه حيٌّ ، فإذا هو ميت . وهذا البناءُ ضعيفٌ ؛ لأنه (٦) لا يَدْري أن (٧) موتَ الأبِ مع تقرير العقد ، وها هنا نَتيقن (٨) مصادفةَ صحةِ النكاح للعتق (٩) ، ويمكن أن يقال : جعل العتقَ معلولَ الصحة (١٠) ، إذ

---

(١) في (ب) : « شيئًا على إنسان » .

(٢) في (أ) : « الوجهين » .

(٣) في (ب) : « على أن تحتجبي منّي » .

(٤) في (أ) : « ثم ينكحها فتتبين » ، وفي (ب) : « ثم نكحها تبين » .

(٥) في (ب) : « ومنهم من خالفه » .

(٦) في (ب) : « فإنه » .

(٧) سقطت كلمة « أنّ » من (ب) .

(٨) في (ب) : « تيقن » .

(٩) في (ب) : « ... مصادفة صحةِ النكاحِ العتقَ » .

(١٠) قال ابن الصلاح : « قوله : (جعل العتق معلول الصحة .... إلى آخره) اعلم أنه : لا يعني بالعلة هنا العلةَ الحقيقيةَ ، وإنما يعني بالعلةِ العلةَ الوضعيةَ ، فكلُّ شرطٍ لَزِمَ المشروطَ ولا يتخلف عنه : فهو علةٌ بالوضع ، والمشروطُ معلولٌ له ، فإذا قال : « إن خرجت فأنت طالق » فالخروجُ علةٌ ، والطلاقُ معلولٌ على هذا التفسير ، وقد أدى إلى هذا فيما نذكره من دور الطلاق ، فإذا قال : إن وُجِدَ نكاح صحيح فأنت حرة ، فقد علَّقَ العتقَ على صحة النكاح ، فيكون قد جعل العتقَ معلولَ الصحة لما بيناه ، مع أن الصحة في نفسها معلولةٌ للعتق ، لأن العتق شرطُ الصحةِ من جهة الشرع ، فعلى هذا تكون الصحة والعتقُ ، كلٌّ واحدٍ منهما علةٌ للآخر ؛ لأن كل واحد منهما شرطٌ لصاحبه ، =

علق [(١)] بها والصحة معلول العتق [(٢)] ، فتكون الصحة علة نفسها بواسطة العتق فإنها علة العتق الذي هو علتها ، ولا يكون الشيء علةَ نفسه ، ولا معلولَ معلولِهِ ، وليس هذا كَدَوْرِ الطلاق [(٣)] ؛ فإن المعلق يكون معلول المنجز ، والمنجزُ لا يكون معلولَ المعلّق أصلًا [(٤)] ؛ لأن

= ويلزم أيضًا أن يكون كل واحد منهما معلولًا للآخر ، فالصحةُ معلولةٌ للعتق ؛ لأن العتق علة له ، والعتقُ معلولُ الصحة ، لأن الصحةَ علةٌ له . فإذا ظهر هذا ، فتكون الصحة علةَ نفسِها بواسطة ؛ لأن علة علة الشيء كذلك الشيء ، ولا تؤثر في وجود ذلك الشيء ، ولكن بواسطة اتحادها لما يوجد ذلك الشيء أيضًا كما بينا . فإذا ثبت هذا ، فلا يجوز أن يكون الشيءُ علةَ نفسِه ؛ لأنه يلزم أنه تكون نفسُه متأخرةً عنه بحكم كونها معلولة ، وأن تكون نفسُه متقدمةً عليه أيضًا بحكم كونها علةً متقدمة في الرتبة على معلولها ، وذلك محالٌ ، وكذلك لا يجوز أن يكون الشيء معلولَ [نفسِه] فإنه تكون نفسُه متأخرةً عن نفسه ، ومتقدمةً أيضا عليه . فإذ عرفتَ هذا ، فلا يخفى أنه قد كان الأجودُ أن يقول : (فتكون الصحة علة نفسها ، ومعلول نفسها بواسطة العتق ؛ فإنها علة العتق الذي هو علتها ، ومعلول العتق الذي هو معلولها ، فلا يكون الشيء علة نفسه ولا معلول نفسه) والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٧/ب وما بعدها) .

(١) في (ب) : « علقه » .

(٢) من قوله : « إذ علق بها ، والصحة معلول العتق » ساقط من (أ) .

(٣) الدور : « هو توقف كل واحد من الشيئين على الآخر » أو « هو توقف الشيء على ما يتوقف هو عليه » ويُسَمى « الدور المصرّح » كما يتوقف شيءٌ على آخر كمثل تَوَقُّفِ أ ، على ب ، وبالعكس .

وقال في الروضة : « المسائل التي يقع فيها الدور نوعان :

الأول : ينشأ الدور فيه من محضِ حكمِ الشرع ، وذلك فيما إذا اشترت زوجَها قبل الدخول بالصداق الذي ضمِنَه السيدُ ، فإنه لو صح البيعُ ثبت الملكُ ، وإذا ثبت الملكُ انفسخَ النكاحُ ، وإذا انفسخ النكاح سقط المهرُ المجعولُ ثَمَنًا ، وإذا سقط فسد البيعُ ، فهذه الأحكام المرتبة ولّدت الدور .

والثاني : ينشأ الدور فيه من لفظة يذكرها الشخصُ ، كما في مسألة دور الطلاق » ا . هـ .

ومن أمثلة دور الطلاق ما يُعْرف بالمسألة السُّرَيْجِيَّة (نسبة لابن سريج وهو من كبار علماء الشافعية ، وقد تقدمت ترجمته في القسم الدراسي) وهي أن يقول الرجل لزوجته : « إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثًا » ثم يقول : « أنت طالق » فلا يقع طلاق كما أفتى به ابن سريج . انظر : التعريفات للجرجاني ص (١٠٥) . كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي (٢/٢٥٨) . روضة الطالبين (٧/٢٣٣) .

(٤) في (ب) : « أيضًا » .

المنجز(١ لا يَسْتدعي وقوع طلاق قبله ١) ، (٢ وصحةُ النكاح تستدعي وقوعَ عتقٍ قبله ٢) ، وفي المسألة زيادةُ غَوْرٍ ، لا يحتمل هذا الموضعُ كشْفَه .

* * *

(١) في (أ) : « لا يستدعى وقوع عتق قبله » . وفي (ب) : « لا يستدعي وقوع الطلاق قبله » .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

الفصل الخامس

في تزويج العبيد

والنظرُ فيه في المهر والنفقة ، وهما لازمان مُتَعلّقان بأكساب العبد مهما نكح بالإذن . وإن كان في يده مال التجارة [١] تعلق بالأرباح . وهل يتعلَّق برأس المال ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه ليس من كسْبه ، فصار كرقبته وسائرِ أموال السيد .

والثاني : أنه يتعلّق ؛ لأن الأطماع تمتدُّ إلى ما في يده [٢] .

والقولُ الجديد : أن السيد لا يصير ضامنًا للمهر بمجرد الإذن في العقد [٣] ؛ إذ [٤] الإذنُ لا يقتضي إلا تمكينَه من أداء لوازم النكاح ، فيجب عليه تركُ الاستخدام وتمكينُ العبد حتى يكسب [٥] مقدارَ المهر أولا ، ثم يكسب للنفقة [٦] . والقولُ القديم في العبد الذي ليس بكَسُوب أَوْجَهُ ، وهو مُسْتمدٌّ من قولنا : إن عهدة عقود المأذون [٧] ترجع إلى السيد ، وإن لم يُصرح بالضمان . نعم ، اختلفوا – على الجديد – في أنه هل يمتنع على السيد المسافرةُ به واستخدامُه ؟ فقال المراوزة [٨] : له ذلك ، ثم عليه لوازمُ ....

(١) في (ب) : « مال تجارة » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٢٢٥/٧) ، والمنهاج ص (١٠١) .

(٣) انظر قول الشافعي (رحمه الله) في الأم (٤٢/٥) .

(٤) في (ب) : « لأن » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « يكتسب » .

(٦) في (أ) : « يكتسب للنفقة » . وفي (ب) : « يكتسب النفقة » .

(٧) أي : العبد الذي أذن له سيدُه . وكان الصواب أن يقول : المأذون له .

(٨) المراوزة : نسبة إلى « مَرْو » وهم الشافعية الذين قَطَنوا « مَرْوَ » . والعراقيون : نسبة إلى العراق ، قال الإمام تاج الدين السبكي : « اعلم أن أصحابنا فِرَقٌ تفرقوا بتفرق البلاد . فمنهم أصحابُنا بالعراق كبغداد وما والاها .

ومنهم الخراسانيون : والخراسانيون أعمُّ من النيسابوريين ؛ إذ كلُّ نيسابوريٍّ خراسانيٌّ ، ولا ينعكس ، ومن جملة خراسان « مرو » وهي المدينة الكبرى والدار العظمى ، ومَرْبَعُ العلماء .... =

.... النكاح [١] . وقال العراقيون [٢] : لا ، بل تعلقت اللوازمُ بكسْبه ، فليس له استيفاؤه .

ثم مهما اسْتَخْدَمَ يوما واحدًا - مثلا - مُحِقًّا أو مُبْطِلا ، ففيما يلزمه قولان :

أحدهما : أقلُّ الأمرين ، من أجرة المثل [٣] أو لوازم النكاح [٤] .

والثاني : أنه يلزمه جميعُ لوازم النكاح ؛ لأنه ربما كان يكتسب - بالاتفاق - في هذا اليوم ما يَفِي بالجميع .

ثم على هذا القول ترددوا في أنه ، هل يجب كمالُ النفقة إلى آخر العمر ؟ أم يقتصر على المهر ونفقةِ مدة الاستخدام ؛ لأن العمر مجهولُ الآخر ؟ .

ولا خلافَ في أنه لو استخدمه أجنبيٌّ [٥] لم يلزمْه إلا أجرةُ المثل ؛ لأنه ليس عاقِدًا حتى يُخاطب بلوازم العقد ، والسيدُ كالعاقد .

فرع : إذا نكح العبدُ حرةً فاشترتْه : انفسخ النكاحُ ، وكذلك إذا [٦] اتهبت ، ولكن يُضاف الفسخُ إلى قبولها ؟ أو إلى إيجاب السيد ، حتى يظهر أثرُه في التشطير قبل المسيس إن أُضيف إلى

= .... وخراسانُ عمدتُها مدائنُ أربعة ، وهي مدينة « مرو » و « نيسابور » و « بَلْخ » و « هَرَاة » . و « مرو » واسطةُ العِقد ، وخلاصةُ النَّقْد ، وكفاك قولُ أصحابِنا تارةً : « قال الخراسانيون » وتارةً : « قال المراوزة » وهما عبارتان عندهم عن مُعَبَّرٍ واحد ، والخراسانيون نصفُ المذهب ، فكأن « مرو » في الحقيقة نصفُ المذهبِ ، وإنما عبّروا بالمراوزة عن الخراسانيين جميعا ؛ لأن أكثرهم من « مرو » وما والاها » . انظر طبقات الشافعية الكبرى للإمام تاج الدين السبكي (٣٢٤/١ - ٣٢٧) . ومقدمة المجموع (١١٢/١) .

(١) انظر الروضة (٢٢٦/٧) ، والمنهاج ص (١٠١) .

(٢) انظر التعليق قبل السابق .

(٣) في (ب) : « من أجراء المثل » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٢٢٥/٧) والمنهاج ص (١٠١) ، وهناك وجه ثالث ذكره الغزالي في الوجيز (٢٣/٢) قال : « وفي وجه ثالثٍ - وهو الأصح - لا يلزمه إلا أجرة المثل كما في الأجنبي » .

(٥) في (ب) : « الأجنبي » .

(٦) في (أ) : « لو » .

السيد ، وإسقاطِ الجميع إنْ أُضيف إليها ؟ فيه قولان ، مأخذهما طلبُ الترجيح بين الإيجاب والقبول في السببية ، مع أن السببَ واحدٌ ، وهو مركّبٌ فيهما (١) جميعا .

ويمكن أن يقال : (٢ أصلُ الفسخِ ٢) إسقاطُ جميع المهر إلّا إذا كان السببُ من جانب من يُستحقّ عليه المهرُ خاصة ، وهذا ليس من جانبه خاصة ؛ فسقط (٣) الجميعُ ، وهذا هو الأَوْجَهُ (٤) .

فعلى هذا لو اشترتْه بالصداق الذي ملكتْه على السيد بصريح ضمانه ، فإن كان قبل المسيس ، قال الشافعي (رضي الله عنه) : لا يصح الشراء ؛ إذ لو صَحَّ لَسَقَط المهرُ ، ولَعَرِيَ (٥) الشراءُ عن العوض ، فَيُؤَدي إثباتُه إلى نَفْيه (٦) ، فيبطل من أصله ؛ إذ يعود المهر إلى السيد بحكم الفسخ لا بحكم البيع ، وهذا من قبيل الدور الحكمي .

وإن فَرَّعْنا على قول التشطير بطل الدَّوْرُ في النصف ، ويخرج في الباقي على [قَوْلَيْ] (٧) تفريقِ الصفقة .

فإن رأينا تفريقَ الصفقة – أو اشترتْه بعد المسيس حيث يتقرر المسمَّى كلُّه – فَيُبْتنى على أنّ من استحقَّ دَيْنًا على عبدٍ ، ثم اشتراه ، هل يسقط دَيْنُه بالمِلْك الطارىء كما يسقط بالمقارِن ؟ وفيه وجهان (٨) .

فإن قلنا : [إنه] (٩) يسقط ، فتؤدي براءتُه إلى براءةِ الكفيل ، وهو السّيّد ، فيؤدي إلى خُلُوِّ الشراءِ عن عوض (١٠) ، ويعود إلى الدور الحكمي .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « منهما » وهو أليق .

(٢) في (ب) : « الأصل في الفسخ » .

(٣) في (ب) : « فيسقط » .

(٤) وانظر الروضة (٢٢٩/٧) .

(٥) قوله : « ولَعَرِيَ » أي : خَلا . وفي (ب) : « وتَعَرّى » .

(٦) في (ب) : « إلى نفسه » وهو خطأ .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) وأصح هذين الوجهين أن الدين يَبْقى ولا يسقط . انظر الروضة (٢٢٩/٧) .

(٩) زيادة من (ب) .

(١٠) في (ب) : « العوض » .

وإن قلنا : لا يسقط بَقِيَ / السيدُ ضامِنًا ؛ فيصح الشراء وينفسخُ النّكاح . ١٦/أ

ولنذكر ها هنا مسائل خمسا في الدور الحكمي :

إحداها : (١) أنه لو أعتقَ أمتَه في مرضه ، وتزوَّجها ، وكانت ثلثَ ماله وماتَ (٢) ولم يزِدْ مالُه : لم يكنْ لها طَلَبُ المهرِ ؛ لأنّ ذلك يلحق دَيْنًا بالتركة ، ويُوجِبُ رَدَّ العتقِ والنكاحِ والمهرِ من أصله ، فطلبُ المهرِ يُؤَدِّي إلى إبطال أصل المهر .

الثانية : المريضُ إذا زوَّج أمتَه عبدًا ، ثم قبض صداقها وأتلفه ، ثم أعتقها : فلا خيارَ لها (٣) ؛ إذ لو فسخت لارتدَّ المهرُ ، ولما خرجت من الثلث ، فيبطل العتقُ (٤) ويبطل الخيار .

الثالثة : لو مات ، وخَلفَ أخًا وعبديْن ، فأعتقهما الأخ ، ثم شهدا على (٥) أن للميت ابنًا من زوجتِه فلانة (٦) : ثبتتِ الزوجيةُ والنَّسبُ ، ولا يثبت الميراثُ للولد (٧) [بقولهما] (٨) ؛ إذ لو ثبت لحجب الأخَ ، وبطل إعتاقُه وشهادتُهما .

وإن شهدا بأنَّ له بنتًا : لم يَثْبُتِ الإرثُ لها ؛ لأن في توريثها رَدَّ عِتْقِ الأخ في البعض ، وإرقاقَ بعضِ العبديْن ، وذلك يُبْطل الشهادةَ . هذا إذا كان مُعْسِرًا ، فإنْ كان موسرًا يثبت الإرثُ (٩) ؛ إذ ليس من ضرورة الإرث إرقاقُ العبدِ ، بل ينفذ في نصيب الأخ ويَسْري إلى الباقي .

الرابعة : لو أوصى له بابنه ، فمات ، وخلَّف أخًا : فله القَبولُ ، فإذا قِبلَ عَتَقَ الابنُ ، ولم يَرِثْ ؛ لأنه لو ورث لحجب الأخَ ، (١٠ وأبطل قبولَه ١٠) ؛ فإنه قَبِلَ لكونه وارثًا .

---

(١) في الأصل : « أحدها » .

(٢) قوله : « ومات » ساقط من (أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « المسألة الثانية ، لم يَسْتوفِ شَرْطَها ، وهو أن يكون ذلك قبل الدخول » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٨/أ) .

(٤) قوله : (ويبطل العتق) أي يبطل في بعضها . قاله ابن الصلاح في مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٨/أ) .

(٥) كلمة : « على » ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « فلانًا » وهو خطأ واضح .

(٧) في (أ) : « للابن » .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « ثبت الإرث » .

(١٠) في (ب) : « ولَبَطل قَبُولُه » .

الخامسة : لو اشترى المريضُ ابنَه أو أباه ، (١ عَتَقَ من ثلثه ١) ، ثم لا يرث ؛ لأنه لو ورث لصار التسببُ (٢) إلى عتقه بالشراء وصيةً له ، فيبطل العتقُ ولا يرث . وها هنا دقيقةٌ في طريق قطْع الدَّور ، فإنه تارة يُقْطع من أوله ، كما ذكرناه في إبطال شراءِ الزوجةِ زوْجَها ، وتارةً من وسطه كما ذكرنا (٣) في إثبات النَّسب ، ونَفْيِ الميراث ، وإنما ذكرنا (٤) ذلك لأجل تأكُّد بعض الأسباب وبُعْدِها عن قبول الدفع كالنّسب ، وضَعْف بعضها وقبولها للدفع كالبيع ، وسِرُّ ذلك قد حققناه في كتاب « غَاية الغَوْر في دِراية الدَّوْرِ » فَلْيُطْلَبْ منه (٥) .

* * *

(١) في (أ) : « عتق عليه من الثلث » .

(٢) في (أ) : « السبب » .

(٣) في (ب) : « كما ذكرناه » .

(٤) قوله : « ذكرنا » ساقط من (ب) .

(٥) وهو كتاب ألّفه في المسألة المشهورة بالسُّرَيْجِيّة ، نسبة لابن سُرَيج (رحمه الله) وهو من أكابر الشافعية ، قيل فيه : « إنه كان يفضل على جميع أصحاب الشافعي حتى على المزني » وخلاصةُ هذه المسألة أن يقول الرجل لزوجته : « إن طلقتك فأنت طالقٌ قبله ثلاثا » ثم يقول : أنت طالق ، فلا يقع شيء ؛ بناءً على فتوى ابن سريج ، وقد كثرت مناقشات الشافعية في هذه المسألة ، وقد كان الغزالي (رحمه الله) يُفْتي بعدم وقوع هذا الطلاق ، ثم رجع عن ذلك وأفتى بوقوعه . انظر « مؤلفات الغزالي » للدكتور /عبد الرحمن بدوي ص (٥٠ -٥٢) .

الفصل السادس

في التنازع في النكاح

والدعوى إما أن تكون (١ منه أو منها ١) . فأمَّا دعواه فصحيحةٌ ؛ لأنه مستحِقُّ الحق (٢) وعليها تتوجَّه الدّعوى ؛ بناءً على الصحيح في قبول إقرارها .

أمَّا المرأة إذا ادَّعت : فإن ادَّعتْ المهرَ صحت الدعوى (٣) ، وإن ادَّعت الزوجيةَ ولم تتعرض للوازم الدعوى (٤) : فالظاهرُ قَبُولُ دَعْواها ؛ فإنّ الزوجية - وإن كان حقًّا عليها - ولكنها مناطُ حقوقٍ لها . وفيه وجه : أنه لا يُقْبل ؛ لفساد صيغة الدعوى ؛ إذ تدعي أنها رقيقة لغيرِها . وهو ضعيف (٥) ؛ بدليل (٦ أنه تفيد ٦) دعواها إذا سكت الزوج (٧) ؛ (٨ إذ لو أَقَرَّ بعد ذلك ، أو ادعى الزوجية ، قُبِل ؛ لأنه ما ثبت التحريم ٨) . فلو أنكر ، وجعلنا إنكاره طلاقا - على أحد المذهبين -

---

(١) في (أ) : « منها أو منه » .

(٢) في (أ) : « يستحق الحقَّ » . وفي (ب) : « مستحق للحق » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن ادّعت المهر) يعني مضافًا إلى جهة النكاح ، صحت الدعوى ، وأقامت البينة على النكاح » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٩/ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « النكاح » .

(٥) قوله : « وهو ضعيف » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « أنه يقبل » وهو الثابت في مشكل الوسيط ، انظر التعليق الآتي .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (وفيه وجه : أنه لا يقبل دعواها الزوجية ؛ لفساد صيغة الدعوى ؛ إذ تدعي أنها رقيقةٌ لغيرها ، بدليل أنه يُقبل دعواها إذا سكت الزوجُ) هكذا وقع فيما عندنا من النسخ ، وهو فاسدٌ لا يخفى فسادُه على مَنْ تأمله . وإصلاحُه بأن يحذف قوله : (بدليل) ويقول : (ثم إنه يقبل دعواها إذا سكت الزوج) وهو بيانٌ لصورة المسألة ، وأنه على الوجه الأول يقبل دعواها إذا سكت الزوج . أما إذا أنكر ، فهو على الخلاف المذكور . ولم يقع هذا الخللُ في « البسيط » بل ذكره على الصواب كما ذكرتُه . وهذا الكلامُ لا جريان له فيما إذا ادعت المهرَ ، فإنه لا يسقط دعواها بإنكار الزوج وإن جعلناه طلاقا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٩/ب) .

(٨) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

سقط دعواها (١) . وإن لم نجعله طلاقًا (٢) ، كان إنكاره كسكوته .

فروع خمسة

الأول : إذا (٣) ادَّعى زيدٌ زوجيةَ امرأةٍ ، وادَّعت المرأةُ أنها زوجةُ عَمْرو ، وأقام كلُّ واحد بيِّنَةً . قال ابن الحداد : بيِّنةُ زيدٍ أَوْلى ؛ لأنّها استندتْ إلى صيغة صحيحة في الدّعوى بخلاف دعوى المرأة . فاستحسن (٤) منه بعضُ الأصحاب ، وخالفه بعضُهم وقال : كيف تُسَلّم لزيد ، وقد كذبتْه (٥) البينةُ الأخرى المقابلة لها (٦) ؟! . والمسألة المفروضة (٧) فيما إذا كان عمرو ساكتًا (٨) ؛ فإنه لو أنكر ، ربما جُعِل [إنكاره] (٩) طلاقًا .

الثاني : إذا زَوَّج إحدى ابنتيه ومات ، ووقع النزاعُ في عَيْنِ الزوجة ، فللمسألة حالتان :

(إحداهما) : أن يُعَيِّنَ الزوجُ إحداهما ، وكلُّ واحدةٍ تَدَّعي أن المزوَّجة صاحبتُها ، فالتي عيَّنها الزوج ، تُوَجَّه (١٠) الدعوى عليها ، فتجري (١١) على منهاج الخصومات ، والثانيةُ لا خصومةَ معها .

(الثانية) : أن تزعم كلُّ واحدة [منهما] (١٢) أنها المزوجة (١٣) . فالتي عَيَّنَها الزوجُ : منكوحةٌ باتفاق الزوجين ، وبَقيت الأخرى تدعي الزوجية (١٤) ، وقد سبق حكم دعواها .

وقال بعضُ الأصحاب : ليس من شرط المسألة تقديرُ موتِ الأب ، كما فرضه ابنُ الحدّاد ، فإن

---

(١) في (ب) : « سقطت دعواها » .

(٢) في (أ) : « ناكلًا » .

(٣) قوله : « إذا » ليس في (ب) .

(٤) في (أ) : « فاستحسنه » .

(٥) في (أ) : « كذبتها » وأَنَّثَ الضميرَ ؛ لأنه يَرْجع إلى « الدعوى » وهي مؤنثة مجازًا .

(٦) في (أ) : « المخالفة لها » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « مفروضة » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (والمسألةُ مفروضةٌ فيما إذا كان عمرو ساكتا) هذا إذا قُبِلَتْ دعواها الزوجيةَ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٠/أ) .

(٩) زيادة من (ب) .

(١٠) في (ب) : « توجهت » .

(١١) في (أ) : « فتخرج » .

(١٢) زيادة من (أ) .

(١٣) في (أ) : « الزوجة » .

(١٤) في (أ) ، (ب) : « زوجية » .

الأب [و] (١) إن كان حيًا ، فإقرارُ المرأة يُقْبل على الصحيح . وهذا مُتَّجهٌ إذا كانتا (٢) ثَيِّبين ، إذ لا يُقْبل إقرارُ الأب ، فهو كالميت .

وأمّا (٣) إذا كانتا بِكْرَيْنِ ، فإقرارُ الأب مقبولٌ عليها ، (٤ويَجُرُّ قبولُ إقرارِها مع قبول إقراره عُسْرًا ٤) ؛ لأنه ربما يختلف ، فكيف يُحْكم بها !! فيمكن أن يقال : يُرْعى (٥) السابقُ من الإقرارين ، أو يسقط إقرارُها ، إلا إذا لم يُكَذِّبْها الوليّ ، وهو الأوْجَهُ .

الثالث : إذا ادَّعت زَوْجيَّةً ومهرًا ، وشهد الشّهودُ ، وقضى بالمهرِ ، فرجعَ الشهودُ(٦) ، ففي تغريمِهم قولان مَبْنيان (٧) على شهود المال إذا رجعوا ، أنهم هل يغرمون بالحيلولة ؟ وها هنا أَوْلى بأن لا يغرم (٨) ؛ لأن الشهود أثبتوا البُضْعَ له في مقابلةِ المهرِ ، وهو الذي فوَّت (٩) بإنكاره .

التفريع : إن قلنا : يَغرمون ، فإنما يغرمون ما أُخِذَ من الزوج . وإن قلنا : لا [يغرمون] (١٠) فإنما لا يغرمون ما هو قدرُ مهرِ المثل ، فإن زاد المأخوذُ [على قَدْر مهر المثل] (١١) غرموا الزائد (١٢) ؛ لأنهم / لم يثبتوا في مقابلته حقًا . ١٧٣/ب

المسألة بحالها : ولو (١٣) شَهِدَ الشهودُ على النّكاح ، وآخرون على الإصابة ، وآخرون على

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « إذا كانا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أما » .

(٤) بياض في الأصل بمقدار كلمة « يَجُرّ » ، وفي (ب) : كلمة « يجر » واضحةٌ وهو ما أثبتُه ، وفي (أ) : « وفي قبول إقرارها مع قبول إقراره عُسْرٌ » .

(٥) في (أ) : « يراعى » .

(٦) في (أ) : « ورجع الشهود » .

(٧) في (أ) : « ينبنيان » .

(٨) في (أ) : « لا يغرموا » .

(٩) في (ب) : « فوته » .

(١٠) زيادة من (أ) .

(١١) زيادة من (ب) .

(١٢) كلمة « الزائد » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(١٣) في (ب) : « لو » .

الطلاق . قال ابن الحداد : « الغرم على شهود الطلاق ؛ لأنهم المفوِّتون ، وأمّا شهودُ النّكاح ، فإنهم [(١)] أثبتوا حقًّا ، والآخرون أثبتوا استمتاعًا » . واتفق الأصحابُ على تغليطه ؛ لأن شهود الطلاق وافقوه ؛ إذ [(٢)] نَفَوْا زوجيةً هو منكرٌ لها ، بل الغرمُ مُوَزَّع [(٣)] على شهودِ النكاح [وشهودِ] [(٤)] الإصابة إن شهد شهودُ الإصابةِ على الإصابة [(٥)] في نكاح . وإن شهدوا على إصابة مطلقة ، فذلك لا يؤثر ؛ لأنه يظهر كونه في نكاح حتى يتعلق بها الحكم .

الرابع : إذا ادّعت المرأةُ مَحْرَميَّةً ، أو رَضاعًا بعد العقد ، وكانت مجبرة : تُسْمع دعواها . وقال ابنُ الحداد : القولُ قولُها ؛ لأن هذا من الأمور الخفيّة ، فربما انفردتْ به . وقال ابن سُريج : « القولُ قولُهُ » . وهو الأصحُّ [(٦)] ؛ لأن النكاح معلوم ، والأصلُ عدمُ المحرمية ، وفَتْحُ هذا البابِ للنساء طريقٌ عظيمٌ في الخلاصِ للفاسقات من رِبْقَةِ النكاح .

أما إذا كانت تَزَوَّجت برضاها ، فظاهرُ المذهب : أنه لا يقبل دعواها ؛ لأنه يُنَاقض رضاها ، إلا إذا أظهرتْ عذرًا من نسيان أو غلط ، فيحتمل أن يُقْبل دعواها ، ويُحَلَّف الزوجُ كما إذا ادّعى الراهنُ بيعًا قبل الرهن ، وزعم أنه اعتمد على كتاب وكيله أنه لم يَبِعْ ، ثم بان أنه مُزَوَّر [فإنه] [(٧)] تُقْبل دعواه في وجه .

الخامس : إذا زَوَّج أَمَتَه ، ثم قال : « زَوَّجْتُها [(٨)] وكنتُ مجنونًا » أو « مَحجورًا عليّ » وأنكر الزوجُ . فإن لم يُعْهَدْ له جُنونٌ بيقينٍ ، فالقولُ قولُ الزوج .

وإن ادَّعى الصِّبَى - أو أمرًا معهودًا - فوجهان :

أحدهما : [أن] [(٩)] القول قولُه ؛ إذ الأصلُ بقاءُ تلك الحالة .

---

(١) كلمة « فإنهم » ساقطة من (ب) .

(٢) في (ب) : « إذا » وهو خطأ .

(٣) في (ب) : « يوزع » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (ب) : « إصابةِ » .

(٦) وخالفه في الروضة فرجَّح قولَ ابنِ الحداد . انظر الروضة (٢٤٤/٧) .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) في (ب) : « زَوَّجْتُكَهَا » .

(٩) زيادة من (ب) .

والثاني : أن القول قولُ الزوج ؛ فإنه [1] اعترف بالعقد ، فيحمل على الصحة ، فعليه بيّنةُ الإبطالِ .

وقد نصَّ الشافعيُّ (رضى الله عنه) أنه لو أحرم الوليُّ - بعد التوكيلِ بالنكاح - ثم ادَّعى أن الوكيلَ زَوَّجَ - بعد الانعزال بالإحرام - : أن القولَ قولُ الزوجِ ؛ لأن العقد مُعْترفٌ به ، فَيُحْمَل على الصحة . ولكن هذا يُفارق مسألة الوجهين ؛ لأنه أَقَرَّ بسَبْقِ التوكيل على الإحرام [والله تعالى أعلمُ بالصواب] [2] .

* * *

---

(١) في (ب) : « لأنه » .

(٢) زيادة من (ب) .

كتابُ الصَّداق (١)

وفيه خمسة أبواب

---

(١) الصداق – بفتح الصاد وكسرها – : ما وَجَبَ للمرأة بنكاح ، أو وطء . وهو مشتق من « الصَّدْق » بفتح الصاد : وهو الشديد الصُّلْب ، فكأنه أشدُّ الأعواض لُزوما من جهة عدم سقوطه بالتراضي . وقيل : هو بكسر الصاد مشتق من « الصِّدْق » ؛ لإشعاره بصدق رغبة باذِلِه في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر . وله تسعة أسماء مجموعة في قول الناظم .

مهر ، صَداق ، نحلة ، وفريضة طَوْلٌ ، حِبَاء ، عُقْر أجر علائق

انظر : مغني المحتاج (٣ / ٢٢٠) . الروضة (٧ / ٢٤٩) . تحفة الحبيب على شرح الخطيب (٣ / ٣٦٨) .

الباب الأول

في حكم الصداق الصحيح في الضمان ، والتسليم ، والتقرير [(١)]

الحكم الأول : في الضمان . فنقول : كل عين مملوكة ، يصحُّ بيعُها ، أو منفعة متقومة تصحُّ الإجارةُ عليها ، فيصح تَسْميتُها في الصداق ، حتى تعليم القرآن ؛ فلا يتعيَّنُ للصداق مقدارٌ ولا جنس [(٢)] .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « أقلُّ الصداقِ نِصَابُ السرقةِ » [(٣)] وقال : « لا يُصْدِقها مَنْفعةَ

---

(١) في الأصل : « في الضمان والتقريب والتسليم » . وقولُه : « التقريب » خطأ .

(٢) هذا تعريف للصداق عند الشافعية ، وليس من قبيل حكم الضمان المذكور . انظر : شرح مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٠/أ) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه ليس لأقل الصداقِ حدّ مقدرٌ ، بل كلُّ ما جاز أن يكون ثمنًا ، أو أُجرة : جاز جَعْلُه صداقا ، فإن انتهى في القِلة إلى حدّ لا يُتَمَوَّل ، فسدت التسمية ، وهو مذهب الحنابلة . وقال الشافعية : إنه يستحب أن لا ينقص المهر عن عشرة دراهم ؛ خروجًا من خلاف أبي حنيفة (رضي الله عنه) .

انظر : الأم (٥/ ٥٩) . التنبيه للشيرازي ص (١٠٧) . فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (٢ / ٥٥) . فتح المعين بشرح قرة العين ص (٩٩) . دليل الطالب لنيل المطالب ص (٢٠٩) . الإفصاح لابن هبيرة (٢ / ١٣٥) .

مذهب الحنفية : أن أقلّ الصداق مُقَدّر ، وهو ما يُقْطع به السارق ، وهو مذهب الإمام مالك أيضًا مع اختلافهما فيما يقطع فيه السارق :

فعند أبي حنيفة : عشرة دراهم ، أو دينار .

وعند مالك : ثلاثة دراهم ، أو ربع دينار .

وعند المالكية : يفسد الصداق إن نقص عن ربع دينار أو ثلاثة دراهم خالصة أو مقوّم بهما . فإن دخل بها أتمّه ، وإلا فسخ النكاح .

انظر : المبسوط (٥/ ٨١) . بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٥) . الهداية (١/ ٢٢) . الاختيار (٣/ ١٠١) . الدر المختار (٢/ ٢٢) . القوانين الفقهية ص (٢٠٦) . مختصر خليل ص (١١١) . الشرح الكبير (٢ / ٣٠٢) .

وأقوى ما استدل به الحنفيةُ على قولهم ، حديثُ « لا مَهْرَ أقلّ من عشرة دراهم » وهو حديثٌ رواه الدارقطني في سننه (٣/ ٢٤٥) والبيهقيُّ في سننه الكبرى (٧/ ٢٤٠) وغيرهما ، وفي إسناده مبشر بن عبيد ، =

حُرٌّ ، لكن يُصْدقها منفعةَ العبد » [1] .

ويُستحب تَرْكُ المغالاة [2] في الصداق ؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام) : « خَيْرُ النّساءِ ، أَرْخَصُهنّ مُهُورًا ، وأَحْسَنُهنّ وجُوهًا » [3] .

= وهو متروك الحديث ، وبسببه ضعَّف الحديثَ الإمامُ البيهقيُّ والحافظ الزيلعي في نصب الراية (٣/ ١٩٦ ، ١٩٩) . ولهم أدلة أخرى على ذلك كما في بداية المجتهد (٢/ ٢٢) . ويترجح لديّ مذهب الشافعية والحنابلة في هذه المسألة ؛ إذ قد وردت أحاديث صحيحة تفيد أنه ليس لأقل الصداق حدٌّ مُقَدّر .

(١) في (أ) : « منفعة عبد » .

مذهب الشافعية : أنه يجوز أن يكون الصداق منفعة معلومة – والمنفعة : الخدمة – من الزوج لزوجته ، وذلك كبناء دار معلوم ، ورَعْي غنم مدةً معلومة ، أو توصيل بضائع معينة إلى مكان معين وغير ذلك مما يكون في هذه الأيام ، وهو مذهب الحنابلة . ولكن عند الحنابلة : لا يصح أن يكون تعليمُ القرآن صداقًا .

انظر : روضة الطالبين (٧/ ٣٠٤) . الغاية القصوى (٢/ ٧٥١) . رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص (٢١١) . المقنع ص (٢١٨) . زاد المستقنع ص(٩٩) . منار السبيل في شرح الدليل (٢/ ١٨٧) . المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٢/ ١١٦) المغني لابن قدامة (٦/٦٨٢) .

مذهب الحنفية : أنه لا يجوز أن تكون خدمةُ الزوج الحرّ صداقًا للمرأة ، وهو مذهب المالكية أيضًا ، والمشهورُ عندهم أن النكاح إذا تمَّ على هذا ، لا يفسخ بعد البناء – ولا يُفسَخ قبله أيضًا – وإن كان يُمنع ابتداءً .

انظر : الهداية (١/ ٢٢٤) . الاختيار (٣/ ١٠٤ ، ١٠٥) . تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/ ١٤٦) . حاشية ابن عابدين (٣/ ١٠٦) . النافع الكبير للشيخ عبد الحي اللكنوي ص (١٨٣ ، ١٨٤) . حاشية الدسوقي (٢/ ٣٠٩) . جواهر الإكليل شرح مختصر خليل (٢/ ٣١٢) . بداية المجتهد (٢/ ٢٤) .

(٢) في (ب) : « المغالات » .

(٣) الحديثُ صحيح بغير هذا اللفظ : ومعناه مَرْوِيٌّ من طريق عقبة بن عامر ، وعائشة ، وابن عباس (رضي الله عنهم) :

حديث عقبة : رواه أبو داود (٣/ ٥٩٠)(٦) كتاب « النكاح » (٣٢) باب « فيمن تزوج ولم يُسَمِّ صداقا » برقم (٢١١٧) بإسناده عن عقبة بن عامر مرفوعًا « خَيْرُ النكاحِ أَيْسَره » .

حديث عائشة : وله ألفاظ ، الأول : رواه أحمد في مسنده (٦/ ٨٢) . بإسناده عنها مرفوعًا بلفظ : « إن أعظمَ

ثم مهما صَحَّ الإصداق [١] ، فالصداقُ في يدِ الزوج ، مضمون ضمانَ العقد ، أو ضمانَ اليد [٢] ؟ ففيه [٣] قولان مشهوران :

= النكاحِ بركةً أيسَرُه مئونةً » .

والثاني : رواه أحمد في مسنده (٦ / ١٤٥) . بإسناده عنها مرفوعًا بلفظ : « أعظمُ النساءِ بركةً أيْسَرُهُنَّ مئونةً » . ورواه أيضًا الحاكم في المستدرك (٢ / ١٧٨) وقال : صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي كما في تلخيص المستدرك في الموضع السابق .

والثالث : رواه ابن حبان في صحيحه كما في الإحسان بترتيب ابن حبان (٦ / ١٥٨) بإسناده عنها مرفوعًا بلفظ « مِنْ يُمْنِ المرأةِ تسهيلُ أمرِها ، وقلةُ صداقها » .

حديث ابن عباس : ولَفْظُه « خيرهن أيسرهُنَّ صداقًا » قال الهيثمي : « رواه الطبراني بإسنادين ، في أحدهما جابر الجعفي وهو ضعيف ، وقد وثقه شعبة والثوري ، وفي الآخر : رجاء بن الحارث وضعَّفه ابنُ معين وغيره ، وبقيةُ رجاله ثقات » . مجمع الزوائد (٤ / ٢٨٤) ويشهد له ما سبق من الروايات الصحيحة .

(١) في (ب) : « الصداق » .

(٢) وذلك إذا أصدقها عينًا ، كدارٍ معينة أو حديقة أو غيرهما . وقال ابن الصلاح (رحمه الله) : « المضمون ضمان العقد : هو الذي يُضمن عند التلف ، بأنْ ينفسخ العقد ، ويرجع إلى بدله الآخر إن أمكن ، أو إلى بدله إن تعذر ، كما في المبيع إن تلف قبل القبض ، فإنه يرجع إلى ما ذُكر من الثمن أو بدله إن كان تالفًا ، لا إلى قيمة المبيع .

والمضمون ضمان اليد : هو الذي يُضمن بقيمته عند التلف ، وليس ثَمَّ انفساخٌ .

فعلى الأول - يعني على قول ضمان العقد - إذا تلف الصداق ينفسخ العقد فيه كما ينفسخ في المبيع إذا تلف . لكن ينفسخ ثَمَّ أيضًا في الثمن الذي هو العوض الآخر ، وهاهنا - يعني على قول ضمان اليد - لا ينفسخ في العوض الآخر الذي هو البضع ؛ لأنه لم يوجد بالتلف إلا فوات الصداق ، والعقد يصح في البضع ، وإن لم يُذكر الصداقُ أصلًا كما في المفوّضة ، وهذا معنى قوله : (لكن الصداق ليس ركنا من النكاح) والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٠٠ / أوما بعدها) وقال الخطيب الشربيني : « والفرقُ بين ضمان العقد واليد - في الصداق - أنه على الأول يُضمن بمهر المثل . وعلى الثاني : يضمن بالبدل الشرعي - وهو المِثْل إن كان مِثْليا ، والقيمة إن كان مُتقَومًا . وعلى الأول : ليس لها بَيْعُه قبل قبْضه . وعلى الثاني : يجوز . وعلى الأول : تصح الإقالةُ . وعلى الثاني : لا تصح » ا . هـ بتصرف . مغني المحتاج (٣ / ٢٢١) وانظر الفقه الإسلامي وأدلته د / وهبة الزحيلي (٧ / ٣٠١) .

(٣) في (أ) : « وفيه » . وفي (ب) : « فيه » .

أحدهما : أنه مضمونٌ ضمانَ العقد ؛ لأنه عِوَضٌ في مُعَاوضة كالبيع [1] . فعلى هذا، لو تلف قبل القبض انفسخ الصداقُ ، وقدرْنا انتقالَ الملك إلى الزوج قبل التلف [2] ، حتى لو كان الصداقُ عبدًا ، ومات ، كان مَئونة [3] التجهيزِ على الزوج ، وترجعُ المرأة إلى مهر المثل ، وهو عوَضُ البُضْع ؛ إذ كان قياسُ الفسخ رجوعَ البضع إليها ، لكن الصداق ليس ركنًا في النّكاح ؛ فتعذَّر [4] رَدُّ البضع وفسخُ النكاح به ، يُضَاهي [5] ما لو تلف العوضُ في البيع – والمعوّضُ جاريةٌ – تعذَّر ردُّها باستيلاد مُتَمِلّكها ، فإنه يرجع إلى قيمة الجارية .

والقول الثاني : أنه مضمونٌ ضمان اليد ، كما في المستام [6] والمستعار ، حتى يُخَرَّج على وجهين في أنه يُضْمن بأقصى القيمة من يوم الإصداق إلى التلف ، أو يُضْمن بقيمة يوم الإصداق ؟ .

ومنشأُ القولين : الترددُ في أن الغالب على الصداق ، مشابهُ العِوَض ، أو مشابه النِّحْلة ؟ ويدلُّ على كونه نحلةً قولُه تعالى : ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗ .. ﴾ [7] وأنه [8] لا يفسدُ النكاحُ بفساده ، ولا ينفسخ بردّه اتفاقًا ، وكأنه [9] تحفة عُجّلت إليها ؛ لتهيئ بها أسبابها .

ويدل على كونه عوضًا أنه تُقَابَل به المرأةُ في العقد كما في البيع ، وأنّه يتقرَّر بتسليم المعوَّض ، ويرجع عند فساده إلى بدله، وهذا هو الأصح ، وكأنه عوض إذا ثبت ، ولكنْ إثباتُه ودوامه ليس ركنا / في النكاح . ١٧٤/أ

ويتفرع على القولين ، النظرُ في التصرف في الصداق قبل القبض [10] ، وحكمُ الزوائد ،

---

(١) وهذا القول هو الأظهر كما في الوجيز (٢ / ٢٥) . والروضة (٧ / ٢٥٠) وفي المنهاج مع المغني (٣ / ٢٢١) . والغاية (٢ / ٧٥٣) .

(٢) في (ب) : « قُبَيل » ، وفي (أ) سقط قولُه : « قبل التلف » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مُؤنة » .

(٤) في (ب) : « فيتعذّر » .

(٥) في (ب) : « فضَاهَى » .

(٦) بياض في (ب) بمقدار كلمة « المستام » .

(٧) من الآية (٤) من سورة (النساء) .

(٨) في (ب): « ولأنه » .

(٩) في (أ) : « فكأنه » .

(١٠) قوله : « قبل القبض » ساقط من (أ) .

وحكمُ التَّعَيُّبِ (١) والتلفِ . وبيانُه بخمس مسائل :

الأولى : بَيْعُ الصداقِ - قبل القبض - ممتنعٌ على قول ضمان العقد ، جائزٌ على قول ضمان اليد ، وكذلك الاستبدال عنه [إذا كان دَيْنًا] (٢) يجري مُجْرَى الاستبدال عن الثمن على قول ضمان العقد لا مُجْرى المُسْلَم فيه (٣) .

الثانية : منافعُ الصداق إذا فات (٤) : لم يضمنْه الزوجُ على القولينْ ، إلا إذا قلنا : إنه مضمونٌ ضمانَ المغصوب . نعم ، لو استخدم الزوجُ ، فاستوفى (٥) المنفعةَ ، ضمن على قول ضمان اليد ، وعلى قول ضمان العقد يُنزَّل منزلةَ البائع إذا انتفع ، وفي ضمانِهِ وجهان ينبنيان (٦) على أن جناية البائع كجناية الأجنبيّ (٧) ، أو كآفَةٍ سماويّة ؟ (٨) .

---

(١) في نسخة أخرى « التَّعْيِيب » كذا على هامش الأصل . والمقصود به حكم الصداق إذا لحقه عيبٌ يقلل من قيمته .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « بيع الصداق إذا كان عينا قبل القبض ، لا يصح على قول ضمان العقد كالمبيع ، ويصح على قول ضمان اليد كالمستام . فلو كان دَيْنًا في الذمة ، فاستبدلت عنه شيئًا آخر : صحَّ على قول ضمان اليد . وأما على قول ضمان العقد ، فهو كاستبدال البائع عن الثمن في النكاح ، وفيه قولان ، وليس كاستبدال عن المُسْلم فيه ، حتى لا يصح قولًا واحدًا ، لأن الصداق عوض كالثمن ، لا كالمسلم فيه ؛ فإنه معوض » . المشكل (جـ٢ ق ١٠١/أ) .

(٤) في (ب) : « إذا فاتت » .

(٥) في (ب) : « واستوفى » .

(٦) في (أ) : « مبنيان » .

(٧) في (ب) : « أجنبي » .

(٨) قال ابن الصلاح : « منافع الصداق إذا تلفت بمضي المدة من غير أن يستوفيها الزوج ، فلا شيء عليه على القولين ؛ لأن يده ليست يَدَ عدوانٍ ، إلا إذا قلنا : إن ضمانه - على قول ضمان اليد - كضمان المغصوب . أما إذا أتلفها الزوجُ فاستوفاها ، وَجَبت عليه أجرتُها على قول ضمان اليد ، كما لو انتفع بالمستام ؛ لأنه أتلف منفعة معصومٍ من غير إعارة . وعلى قول ضمان العقد : هو كالبائع إذا انتفع بالمبيع من غير إذْن المشتري ، وفيه وجهان :

أحدهما : عليه الأجرة ؛ بناءً على أن إتلافه كإتلاف الأجنبي . =

وأما الزوائد [١] - كالولد والثمار [٢] - فلا تدخل في ضمان الزوج على القولين إلا إذا ألحقناه بضمان المغصوب [٣] .

الثالثة : إذا تعيَّب الصداقُ قبل القبض ، فلها خيارُ فسخ الصداق على القولينْ ، إلا على وجهٍ حُكِيَ عن أبي حفص بن الوكيل [٤] : « أنه لا خيارَ لها على قول ضمان الغصب [٥] » . واتفاقُ الجمهور على إثبات الفسخ يُؤَيِّد قولَ ضمان العقد ، لكن القائل الآخر يقول : هو - وإن كان مضمونًا ضمانَ اليد - فقد التزم تسليمَه في عقد .

ثمَّ إن فسخت - فعلى قول ضمان العقد - رجعت إلى مهر المثل ، وإن أجازت لم تُطَالِبْ بالأَرْشَ [٦] . وعلى الثاني : ترجع إلى قيمة الصداق ، وإن أجازت طالبت بالأرش .

= والثاني : أنها لا تجب ؛ بناءً على أن إتلافه كالتلف بآفة سماوية .

قلت : وفي هذا نظر ؛ لأنا في الإتلاف - إذا جعلناه كالتلف - يُجْبر النقصُ بإثبات الخيار للمشتري ، وفي المنفعة يَبْعد إثبات الخيار في فسخ العقد ؛ لأنا على هذا القول جعلنا تفويتَ البائع كالفوات بمضي المدة ، فكيف يثبت الخيارُ فيه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠١ / أ) .

قلت والمذهبُ : أن جناية البائع كآفة سماوية . انظر الروضة (٧ / ٢٥١) . نهاية المحتاج (٦ / ٣٣٨) .

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « أما » .

(٢) يعني بالزوائد ، ما زاد على أصل المهر ، كأن يكون أَصْدَقَها بقرًا فولدتْ ، أو زرعًا فأثمر ، وذلك إذا كان الصداق ما يزال في يده .

(٣) في (ب) : « بضمان الغصوب » . وضمان الغصب : هو ما يكون مضمونًا بالقيمة . انظر التعريفات للجرجاني ص (١٣٨) .

(٤) في (ب) : « عن أبي حفص الوكيل » . وهو خطأ . وقد سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٥) في نسخة أخرى : « ضمان اليد » كذا على هامش (ب) .

(٦) أصل « الأرش » هو الفساد . يقال : أَرَّشَ بين القوم تأريشًا ، إذا أفسد بينهم . ثم استعمل في نقصان الأعيان ؛ لأنه فسادٌ فيها . وفي الاصطلاح هو : اسم لما وجب من المال في الجناية على ما دون النفس . وأما ما وجب من المال في الجناية على النفس ، فيسمى « الدية » . ويعني الإمام الغزالي بقوله : (لم تطالب بالأرش) أنه لا شيء لها غير المعيب ، كالمشتري يرضى بالعيب في المبيع . انظر : المصباح المنير (١ / ٢٢) مادة (أرش) . التعريفات للجرجاني ص (٧) . أنيس الفقهاء ص (٢٩٥) . مغني المحتاج (٣ / ٢٢٢) معجم لغة الفقهاء ص (٥٤).

أما إذا اطلعت على عيب قديم ، فلها الخيارُ ، ولكن على قول ضمان اليد ، هل تُطالِب بالأرش إن أجازت ؟ [1] فيه تردّدَ الأصحابُ [1] . وتَبْعُدُ المطالبةُ بأَرْشِ ما لم يدخلْ تحتَ يدهِ بحكم ضمان اليد ، ولكن [2] له وجهٌ من حيث إنَّ الأصحابَ اتفقوا على طرد القولين فيما إذا أصدقها عبدًا [فخرج] [3] مغصوبًا أو حرًّا ، وقالوا : على قول ضمان اليد ترجع إلى قيمة العبد ، وتقدَّر قيمةُ الحرِّ . وزادوا عليه فقالوا : لو أصدقها خمرًا أو خنزيرًا ، قَدرَّنا الخمرَ عصيرًا ، والخنزيرَ شاةً ، ورجعْنا إلى قيمتهما [4] على هذا القول . ثم قال الصيدلاني هذا إذا قال : « أصدقتك هذا العبدَ » فإذا هو حُرٌّ ، أو « هذا العصيرَ » [5] فإذا هو خمرٌ ، أو قال : « أصدقتُك هذا » ولم يُسَمِّ . فإن قال : « أصدقتُك هذا الحرَّ » [6] أو « هذا الخمرَ والخنزيرَ » [7] : فسدتِ التسميةُ قطْعًا ، وكان الرجوعُ إلى مهر المثل قولًا واحدًا . وهذا يُنبِّهُ على مأْخذ آخر سوى ضمان اليد ، وهو أن تعيينَ [8] الصداق له فائدتان :

(إحداهما) : التعيينُ [9] .

(والأخرى) : [10] التقدر بقدر ماليّته [10] .

وكأنّ التسمية إن فسدتْ في حقِّ التعيين ، فلا تَفْسد في حقِّ [11] تقدير تعيين المالية [11] ، فكأنهما رضِيَا بهذه العين وبهذا القدر ، والشرع قد منع من [12] عَيْنِ الحرِّ والغصبِ [13] والخمرِ ، فَبَقِيَ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فيه تردّدٌ للأصحاب » . وهو أليق . وفي الروضة (٧ / ٢٥٢) : لها الأَرْشُ على المذهب .

(٢) في (ب) : « لكن » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (ب) : « قيمتها » .

(٥) في (ب) : « وهذا العصير » .

(٦) في (ب) : « أصدقتك الحر » بدون كلمة « هذا » .

(٧) في (ب) : « هذا الخمر أو الخنزير » .

(٨) في (ب) : « تَعَيُّن » .

(٩) في (أ) : « التعيُّن » .

(١٠) في (ب) : « تقدير مقدار ماليته » .

(١١) في (ب) : « تقدير المالية » بدون كلمة « تعيين » .

(١٢) كلمة : « من » ساقطة من (ب) .

(١٣) في (أ) : « والمغصوب » .

المعينُّ معيارًا(١) للقدر فترجع إليه، فكذلك في العيب القديم يمكن أن يقال: معيارُ المقدار، ماظُنَّ حالةَ العقد وهو سليم، فيجبُ إكمالُه.

الرابعة: إذا تعيَّبَ الصداقُ بجنايتها، فذلك كقبضها. وإنْ تعيَّب بجناية أجنبيٍّ، فلها الخيارُ، لكنها(٢) - على قول ضمان العقد - إن فسخت طالبتِ الزوجَ بمهر المثل، ولم تُطالب الأجنبيَّ بالأَرْش، وإن أجازتْ طالبت الأجنبيَّ بالأَرْش؛ إِذْ جَنَى على ملكها. وعلى قول ضمان اليد: إنْ فسختْ، طالبت الزوجَ بقيمة الصداق سالمًا، وإن أجازت تخيَّرتْ بين: مطالبةِ الزوج، والأجنبيِّ، والقرارِ على الأجنبي.

الخامسة: إذا تلف بعضُ الصداق: ارتبط النظر - على قول ضمان العقد - بتفريق الصفقة. وإن تلف كلُّه: لم يَخْفَ تفريعُ ضمانِ العقدِ، لكن على قول ضمان اليد لا فسخَ لها، بخلاف ما إذا تعيَّب، فإنها تستفيد بالفسخ (٣ الخلاصَ من العيب ٣)، والرجوع إلى القيمة. وأما هاهنا إن أجازتْ أو فسختْ، فرجوعُها إلى القيمة يوم الإصداق، فأيُّ معنًى لفسخٍ لا فائدة له (٤، وقد تَضَّرَّر به ٤)؛ إذ تسقط مُطالبتُه(٥) عن الأجنبيِّ.

وإذا قلنا(٦): [إنه](٧) يُضمن(٨) ضمانَ المغصوب، وكان قيمتُه يوم التلفِ أكثرَ، فإن أجازت أخذت قيمتَه يوم التلف. وإن فسختْ رَجعتْ إلى قيمة(٩) يوم الإصداق، فينقص حقُّها، وتَتضرر بالفسخ. وهذا بخلاف(١٠) ما لو وجد بالمبيع عَيْبًا، وهو مع(١١) ذلك يُسَاوي أضعافَ الثمن، فإن له الردَّ؛ لأن له فائدةً في الخروج من العُهْدة(١٢).

---

(١) في (أ): «مقدارًا».
(٢) في (أ)، (ب): «ولكنها».
(٣) في (أ): «الخلاص من المعيب». وفي (ب): «الخلاص عن المعيب».
(٤) في (أ)، (ب): «وقد تتضرر به».
(٥) في (أ)، (ب): «مطالبتها».
(٦) في (ب): «وإن قلنا».
(٧) زيادة من (أ)، (ب).
(٨) في (أ): «مضمون».
(٩) في (أ)، (ب): «قيمته».
(١٠) في (ب): «يخالف».
(١١) في (ب): «على».
(١٢) قال ابن الصلاح: «قوله في آخر المسألة الخامسة: (لأن له فائدة في الخروج من العهدة) أي: من عهدة الثمن =

الحكم الثاني

في التسليم [١]

ومهما تنازعا في البداية بالتسليم [٢] ، ففيه ثلاثةُ أقوال ، كما في البيع :

أحداها : أنهما يُجْبرانِ معًا من غير تقديم أحدِهما . وطريقُه : أن يكلف الزوجُ تسليمَ الصداق إلى عَدْل ، وتكلّف المرأةُ التمكينَ ، فإذا وطئها أخذتِ الصداق [٣] .

والثاني : أنهما لا يُجْبران ، بل مَنْ أراد استيفاءَ ما لَه ، بادرَ إلى تسليم ما عليه ؛ حتى يُجْبِرَ صاحبَه على التسليم .

والثالث : أن البداية بالزوج ؛ لأن استرداد الصداق ممكنٌ دون البضع ، وهذا / بشرط أنْ ١٧٤/ب
تكون مُهَيَّأَةً للاستمتاع . فإن كانت صغيرة ، ففي المهر قولان كما في النفقة . وإن كانت محبوسة أو ممنوعة بعذرٍ آخر ، لم يجبْ تسليمُ الصداقِ إليها .

والقول الرابع : وهو [٤] أن البداية بالمرأة ، وإن كانت في رتبة البائع ؛ [فإن ذلك] [٥] لا يجري هاهنا أصلًا ؛ لأن البضع يفوت بالتسليم بخلاف المبيع .

(٦ ثم إن البداية ٦) لا تخلو (٧ إما أن تكون منها أو منه ٧) : فإن كان منها التمكينُ ، ثبت لها طَلَبُ الصداق على الأقوال كلها ، وُطِئَتْ أو لم تُوطَأْ ؛ إذ بَذَلَتْ ما في وُسْعها . فإن رجعت إلى

= بفسخ التخلص منه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٣ / أ) .

(١) في (ب) : « الحكم الثاني : التسليم » . (٢) في (ب) : « في التسليم » .

(٣) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (٧/ ٢٥٩) . المنهاج مع المغني (٣/ ٢٢٣) . الغاية القصوى (٢/ ٧٥٣) . نهاية المحتاج (٦ / ٣٣٨) .

(٤) في الأصل : « هو » بدون الواو . وهي ثابتة في (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) في الأصل : « ثم البداية » .

(٧) في (ب) : « إما أن كان منه أو منها » .

الامتناع ، لم يكن لها طلبُ الصداق ؛ لأن شرطَ استمرار الطلبِ – على قولنا [(1] : الابتداء بالزوج [1)] – استمرارُ التمكين . وإن وطئها استقرَّ الطلبُ [(2)] . [(3] فإن لم يُسَلّم لها الصداق [3)] ، لم يكن لها العَوْدُ إلى المنع [(4)] ؛ إذ سقط حقُّ حبسها بالوطء . ولا يَسْقط حقُّ حبسها بتمكينٍ عارٍ عن الوطء .

وهل يسقط بوطء أُكْرِهَتْ عليه ؟ فيه وجهان . ووجْهُ سقوطِه أن العوض قد تقرَّرَ [(5)] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لها الامتناعُ بعد الوطءِ مهما مَنَعَ الصداقَ [(6)] .

(١) في الأصل : لم نبدأ بالزوج » .

(٢) في (أ) : « المهر » وكذا على هامش (ب) .

(٣) في (أ) : « فإن لم تُسَلَّم الصداق » . وفي (ب) : « وإن لم يُسَلِّم الصداقَ » .

(٤) في (أ) : « الامتناع » .

(٥) الأصح أن لها الامتناع بعده . انظر الروضة (٧ / ٢٦٠) .

وقال ابن الصلاح : « قال في سقوط حق الحبس بوطء الإكراه : (ووجهُ سقوطِه أن العوض قد تقرر) قلت : هكذا ذكره غيرُه من غيرِ بيانٍ لتأثير هذا ، ولعل تأثيرَه أن العوض إذا تقرَّرَ عليه ، وجَبَ تقريرُ المعَوَّض في يده ، وليس ذلك إلا بالمنع من الاسترداد ، والله أعلم ؛ ولأن تقرُّرَ العوضِ من آثار القبض الصحيح للمعوَّض ، فوجَبَ إدامةُ القبضِ كما لو طاوعتْ ، والله أعلم بالصواب » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٣ / أ) .

قال ناسخ مخطوط شرح مشكل الوسيط لابن الصلاح : « هذا آخر ما وُجد بخط المصنف (رحمه الله) والحمد لله وحده وصلواته على سيدنا محمد وآله » ا . هـ . وهو يعني بهذا آخرَ ما وُجِدَ بخطِ ابن الصلاح من تعليقات على كتاب « النكاح » ثم بدأ الناسخ في نقل ما علّقه ابنُ الصلاح على كتاب « الجنايات » انظر القسم الدراسي .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن المرأة إذا مكَّنتْ زوجَها من نفسها طوعًا قبل تسلُّمِها الصداقَ ، فليس لها بعد ذلك الامتناعُ منه ، وهو مذهبُ المالكيةِ والحنابلةِ . وتوقَّفَ الإمامُ أحمد في هذا .

انظر : الوجيز (٢ / ٢٦) . مغني المحتاج (٣ / ٢٢٣) . القوانين الفقهية ص (٢٠٨) . الشرح الكبير (٢ / ٢٩٧) . المسائل الفقهية من كتاب الروايتين للقاضي أبي يعلى (٢ / ١٢٦) . المغني لابن قدامة (٦ / ٧٣٨) . زاد المستقنع ص (١٠٠) .

مذهب أبي حنيفة (رحمه اللّه) : أن لها الامتناع بعد الوطء مهما مَنَعَ الصداقَ ، وخالفَه صاحباه أبو يوسف ومحمدٌ . وحجةُ أبي حنيفة في ذلك أنها منعتْ ما قابلَ البدلَ ، كما لو سلم البائعُ بعضَ المبيعِ إلى المشتري ، فإنه لا يَسْقط حقُّه في منع ما بَقِيَ منه . انظر : مختصر الطحاوي ص(١٨٨) . الهداية(١ / ٢٣٠) . فتح القدير(٣ / ٣٧٢) . الدر المختار(٣ / ١٤٣) .

أما إذا بادر الزوجُ إلى تسليم الصداق فامتنعتْ ، فهل له الاسترداد ؟ إن قلنا : إنه يُجبر الزوج على البداية ، فيستردّ ؛ لأن ذلك بشرطِ تسليمِ المعوض . وإن قلنا : لا يجبر ، فقد تبرع وأبطل حقَّ الحبسِ ، فلا يستردّ (١) . وقال القاضي : « إن كانتْ معذورةً عند التسليم ، ثم زال العذرُ وامتنعتْ ، فله الاستردادُ ؛ لأنه سلَّم على رجاءِ (٢) التمكينِ عند زوال العذر » . والأظهرُ أنه لا يستردُّ كيفما كان .

ثم مهما سلَّم الصداقَ ، فليس له أن يُرْهقها ، بل يُمْهِلها رَيْثَما تستعدُّ بالتنظُّفِ (٣) والاستحداد . وقيل : إنه يُمْهِلُ (٤) ثلاثةَ أيام .

ولا خلافَ في أنَّ الإمهالَ - لأجْلِ تهيئة الجهازِ - لا يجبُ . نعم ، لو كانت صغيرةً لا تُطيقُ الوِقاع ، لم يجبْ تسليمُها ، وكذا إن كانت مريضةً . فلو كانت حائضًا ، وَجَبَ التسلِيمُ ؛ إذْ يستمتع بها فوقِ الإزارِ ، ويكفي الدِّينُ وازعًا عن الوطء .

فإن قال : أنا أمتنع عن (٥) وطْءِ الصّبيَّة والمريضةِ : لم يُوثَقْ بقوله فيه ، وذلك إضرارٌ بهما (٦) ولا ضررَ على الحائض . نعم لو عَلمت من عادته أنه يتغشَّاها (٧) في الحيض ، فلها الامتناعُ من المضاجعة .

* * *

(١) الراجح في المذهب أنه لا يجبر الزوج أولًا ، ومن ثم فلا يسترد ؛ لأنه تبرع أولًا . انظر مغني المحتاج (٣/٢٢٣) .

(٢) في (أ) : « وجه » . (٣) في (ب) : « بالتنظيف » .

(٤) في (أ) : « إنها تمهل » وهو أوضح ، والفاعل في قوله : « إنه يمهل » يعود على القاضي أو الزوج .

وقد تعقب في الروضة هذه المسألة فقال : « إذا استمهلت - بعد تسليم الصداق - أُمهلت لتتهيأ بالتنظيف وإزالة الأوساخ على ما يراه القاضي من يوم أو يومين ، وغايةُ المهلة ثلاثةٌ ، وظاهرُ كلامِ الغزالي في « الوسيط » إثباتُ خلافٍ في أن المهملة بقدر ما تتهيأ ، أم تُقَدَّر بثلاثة أيام ؟ والمذهبُ خلافُه » ا . هـ . وهذا هو ما نصّ عليه الشافعي كما في مختصر المزني ص (١٨٣) وانظر الروضة (٧/ ٢٦٠ ، ٢٦١) . والمنهاج مع المغني (٣/ ٢٢٤) .

(٥) في (أ) : « من » .

(٦) في (ب) : « بها » . (٧) في (أ) : « يغشاها » .

الحكم الثالث

التقرير

ولا يتقرَّرُ كمالُ المهرِ إلا بالوطء، أو موتِ أحدِ الزوجين. فأما الخلوةُ، فلا تُقرِّر على الجديد من القولين (١)، ومنهم مَنْ قطع بأن الخلوةَ لا تُقرر [وجهًا واحدًا] (٢) وحمل نصَّ القديم على أن الخلوةَ تُؤثِّر في جَعْلِ القولِ قَوْلَها إذا تنازعا في الوطء؛ لأجل التقرير.

ثم قال المُفَرِّعُون على القديم: يتعلَّق بالخلوة أيضًا العدةُ والرجعةُ. وقال أبو حنيفة (رحمه الله): لا تثبت الرجعة (٣). وقال أبو حنيفة: الخلوةُ بالنُّفَساء والحائضِ والصائمة صَوْمَ الفرضِ: لا تُقَرِّرُ المهر (٤). ووافقه المحققون على القديم. ....

---

(١) انظر الجديد من قولي الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (١٨٣).

ومذهب الشافعية: في تقرير الخلوة للمهر، أنها لا تقرره كما حكاه الإمام الغزالي على الجديد. وهو مذهب المالكية أيضًا، لكن قال مالك: لو بنى بها، وطالت خلوته بها استقر المهر وإن لم يطأ. وحدَّ ابنُ القاسم هذه الخلوة بعامٍ. انظر: الوجيز (٢ / ٢٦). الروضة (٧ / ٢٦٣). مغني المحتاج (٣ / ٢٢٥). بداية المجتهد (٢ / ٢٦).

ومذهب الحنفية: أنه يستقر المهر بالخلوة التي لا مانع فيها من الجماع وإن لم يحصل وطء. وهو مذهب الحنابلة. انظر الهداية (١ / ٢٢٣). منار السبيل (٢ / ١٩٧). الإفصاح لابن هبيرة (٢ / ١٣٩). رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص (٢١٣).

(٢) زيادة من (أ).

(٣) يعني أنه إن طلقها بعد الخلوة بها – وأقرَّ بعدم الوطء وصدقته – فلا رجعة له عليها؛ لأن الرجعة إنما تثبت عقيب الطلاق في ملك مُتأكِّد بالوطء، وقد أقرّ بعدم الوطء، مع أن هذه الخلوة تُثبت لها كمال المهر عند الحنفية. قال السرخسي «: وإذا كان الطلاق بعد الخلوة – وهو يقول: لم أَدخل بها –، فلا رجعة له عليها. وقال الكمالُ بن الهُمام: واعلمْ أن أصحابنا أقاموا الخلوةَ الصحيحة مقامَ الوطء في حقِّ بعض الأُحكام كتأكد المهر وثبوت النسب، والعدة، والنفقة، والسكنى في مدة العدة، ومراعاة وقت طلاقها، ولم يقيموها مقامه يعني مقامَ الوطء في الإحصان، وحلِّها للأول، والرجعة، والميراث، وحرمة البنات». انظر: المبسوط (٦ / ٢٥). الاختيار (٣ / ١٤٩ وما بعدها). فتح القدير (٣ / ٣٣٣). الدر المختار (٣ / ١١٨ وما بعدها).

(٤) انظر قول أبي حنيفة (رحمه الله) في بدائع الصنائع (٢ / ٢٩٣). الهداية (١ / ٢٢٣). الاختيار (٣ / ١٠٣). الدر المختار (٣ / ١١٤، ١١٧).

..................وقال : الخلوةُ بالرتْقاء والقَرْناء[1] : تُقَرِّرُ المهرَ [2] . وخالفه المحقّقون .

* * *

(١) كلمة « القرناء » ساقطة من (ب).

(٢) في نسبة هذا القول إلى أبي حنيفة (رحمه الله) نظر ؛ فإن الذي قاله أبو حنيفة إنما هو في خلوة العِنِّين والخصيّ والمجبوب ، وخالف أبو يوسف ومحمد في المجبوب ، وقالا : خلوتُه لا تصحّ ، ووجْهُ قولهما : أن الجَبَّ يمنع من الوطء ، فيمنع صحةَ الخلوة ، كالرتق والقرن . ووجهُ قوله : أن المجبوب يُتصوَّر منه السحقُ والإيلادُ بهذا الطريق ؛ فإنها لو جاءت بولد ، يثبت النسبُ منه بالإجماع ، فَيُتَصَوَّر في حقّه ارتفاعُ المانع ، فتصح خلوتُه ، وعليها العدةُ .

انظر : بدائع الصنائع (٢ / ٢٩٢) . الهداية (١ / ٢٢٤) . الاختيار (٣ / ١٠٣) . العناية مع فتح القدير (٣ / ٣٣٤) .

الباب الثاني

في أحكام الصداق الفاسد (١)

وقاعدةُ البابِ أنّ النكاح لا يَفْسَدُ بفسادِ الصَّداق ؛ لأنَّ المذهبَ الصحيحَ : أن النكاحَ الخالي عن ذكْر الصداق (٢) ينعقد مُوجِبًا للصداق تعبُّدًا ؛ فلا يؤثر ذكرُ الصداقِ إلا في التعيين والتقديرِ ، فيفسد التعيين والتقدير (٣) ويبقى وجوبُ مهرِ المثل ، أو يبقى التقديرُ ويسقط التعيين ، حتى يرجع إلى قيمة الصداق إذا كان حرًّا أو مغصوبًا . وقال مالك (رحمةُ الله عليه) : « يفسد النكاحُ بفساد الصداق » (٤) . وقيل : هو قولُ الشافعيِّ (رضي الله عنه) (٥) . ولا تفريعَ عليه .

ثم لفساد الصداق أسبابٌ ومدارك (٦) :

الأول : أن لا يكون قابلًا للتمليك . كالخمر ، والمغصوب ، والحرّ . وحكمُه الرجوعُ إلى

---

(١) كلمة : « الفاسد » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « العوض » .

(٣) قوله : « فيفسد التعيين والتقدير » ساقط من (ب) .

(٤) **مذهب الشافعية :** أنه لا يفسد النكاح بفساد الصداق ، ويكون لها مهر المثل . وهو مذهب الحنفية والحنابلة .

انظر : الوجيز (٢ / ٢٥) . المنهاج ص (١٠٢) . تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢ / ١٤٥) . منحة الخالق على البحر الرائق (٣ / ١٧٦) . المقنع ص (٢١٩) . دليل الطالب ص (٢٠٩) . المغني لابن قدامة (٦ / ٦٩٤) .

مذهب المالكية : أن فساد الصداق ينفسد به النكاح ، فيفسخ قبل الدخول . فإن دخل بها أُمْضِيَ ، وكان فيه صداق المثل .

انظر : المدونة (٢ / ١٧٠) . رسالة ابن زيدون مع الثمر الداني ص (٤٤٤) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٤٩) . الشرح الكبير (٢ / ٣٠٣) . أسهل المدارك شرح إرشاد السالك (٢ / ١٠٨) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « هو قولٌ للشافعيّ » وهو أليق .

(٦) في (أ) : « ثم لفساد الصداقَ مدارك » . وفي (ب) : « ثم لفساد الصداق أسباب » .

القيمة على قول . وإلى مهر المثل على قول [١] .

الثاني : الشروط . والأصلُ أنّ النّكاحَ لا يفسَدُ بكل شرطٍ يوافق مقصودَه ، كقوله : بشرط أن أُنْفِقَ عليكِ ، أو أُجامِعكِ [٢] ويفسَدُ بكل شرطٍ [٣] يُخِلُّ بمقصودِ البضع [٣] ، كقوله : « نكحتُ بشرطِ أنْ أُطَلِّق » أو « لا أُجامِع » [٤] . وفيه وجهٌ بعيدٌ : أنه لا يفسد به وأما الذي لا يُخِلُّ بالمقصود ، ولكنْ يَتَعَلَّق به غرضٌ مقصود [٥] ، ويُؤَثّر فيه - كشرطِ أن لا يَتَسَرَّى عليها ، وأن يُمَكِّنَهَا [٦] من الخروج متى شاءت ، أو لا يجمع [٧] بينها وبين ضَرَّاتها [٨] في مسكن ، أو لا يقْسِمُ لها / فهذه أغراض مقصودة . وكلُّ غرضٍ مقصود ، فهو عوضٌ مُضَاف إلى الصداق ، أو مُقَابِلٌ ١٧٥/أ له ، فيؤثر في إفساد الصداق ، لا في إفسادِ النّكاحِ . وكذلك الشروط الفاسدة الخاصّة بالصداق ، تُفْسِدُ الصداقَ [٩] دونَ النكاح .

ولو شَرَط الخيارَ ثلاثةَ أيامٍ في الصداق ، فحاصِلُ المنقولِ فيه ثلاثةُ أقوال :

أحدها : أنه يصح الشرط ويثبت الخيار ؛ لأن الصداق في حكم عقدٍ مُسْتقل ، ولذلك لا ينفسخ [١٠] النكاحُ بفسخه ، فيفرد بالخيار كالبيع .

---

(١) والرجوع إلى مهر المثل هو الأظهر كما في الوجيز (٢ / ٢٦) . والروضة (٧ / ٢٦٤) . والمنهاج مع المغني (٣ / ٢٢٥) . ونهاية المحتاج (٦ / ٣٤٢) .

(٢) في (ب) : « وأجامعك » .

(٣) في (ب) : «يُخِل مقصود البضع » ، والصواب تعدية الفعل بالباء .

(٤) في (ب) : « ولا أجامع » .

(٥) في (أ) : « ومقصود » . وقوله : « غرض مقصود » ساقط من (ب) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « ويمكنها » والزيادة من (أ) .

(٧) في الأصل ونسخة (أ) : « ويجمع » وهو خطأ ، والصواب ما في (ب) وهو المثبت .

(٨) في (ب) : « ضرتها » .

(٩) قوله : « تفسد الصداق » ساقط من (أ) .

(١٠) في (أ) : « لا يفسد » .

والثاني : أنه يفسد ويفسد النكاحُ ؛ لأن إثبات الخيار في أحد العِوَضَيْنِ يتداعى إلى الثاني . وهو ضعيفٌ يلزم في سائر شروطه [١] .

والثالث : أنه يفسد به الصداقُ دون النكاح [٢] ؛ لأن إثبات الخيار - في الصداق - بعيدٌ ، وإذا [٣] لم يَصِحَّ أفسدَ الصداقَ .

فرع : نقل المزنيُّ لفظيْنِ مُتقاربين وحُكْمَيْنِ مُخْتلفين . فقال : « لو عقد النكاحَ بألفٍ على أنَّ لأبيها ألفًا : فالمهرُ فاسدٌ ؛ لأنَّ الألفَ الثاني ليس بمهرٍ ، وقد اشترطه [٤] » .

ولو نكح امرأةً بألف [٥] على أنْ تُعْطي أباها ألفًا : كان جائزًا ، ولها [٦] مَنْعُه ، وأَخْذُها منه ؛ لأنها هِبَةٌ لم تُقبض أو وكالةٌ [٧] . وكأنَّ المزنيَّ جعل هذا ، كأنه ....

---

(١) في (ب) : « الشروط » .

(٢) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٧/٢٦٦) . والمنهاج مع المغني (٣/٢٢٦) . والغاية (٢/٧٥٢) . ونهاية المحتاج (٦/٣٤٣) .

(٣) في (أ) : « فإذا » .

(٤) في (ب) : « شرطه » .

(٥) من قوله : « على أن لأبيها ... » إلى قوله : « بألف » ساقط من (أ) .

(٦) في (ب) : « وله » .

(٧) نصُّ الشافعيِّ (رحمه الله) كما في مختصر المزني هو « إذا عقد النكاح بألف ، على أنَّ لأبيها ألفًا : فالمهر فاسد ؛ لأن الألف ليس بمهر لها ، ولا يحقُّ له باشتراطه إياه . ولو نكح امرأة على ألف ، وعلى أن يعطي أباها ألفًا : كان جائزا ، ولها منعُه وأَخْذُها منه ؛ لأنها هبة لم تُقْبض أو وكالة » ا . هـ مختصر المزني ص (١٨٢) .

ثم وجدتُ نصَّ الشافعي هذا في « الأم » فرأيتُ أن أُثبته بلفظه ؛ وذلك لما سأُبيِّنه بعد نَقْلِه إن شاء الله قال رحمه الله : « وإذا عقد الرجلُ النكاحَ على البكر أو الثيب - التي تَلي مالَ نفسِها أو لا تليه - فإذنُها في النكاح غيرُ إذنها في الصداق . فلو نكحها بألف على أنْ لأبيها ألفٌ : فالنكاحُ ثابتٌ ، ولها مهرُ مثلِها ، كان أقلَّ من ألف ، أو أكثرَ من ألفين ؛ من قِبَلِ أنه نكاح جائز ، عُقِدَ فيه صداق فاسد وَجَبَ في أصل العقد ليس من العقد ، ولا يجب بالعقد ما لم يجعله الزوجُ للمرأة ، فيكون صداقا لها ، فإذا أعطاه الأبَ ، فإنما أعطاه بحق غيره ، فلا يكون له أن يأخذ بحق غيره ، وليس بهبة ، ولو كان هبةً لم تجز إلا مقبوضةً ، وليس للمرأة إلا مَهْرُ مثلها .

ولو كانت البنتُ ثيبًا أو بكرًا بالغًا ، فرضيت قبل النكاح ، أن ينكحها بألفين على أن تعطي أباها ، أو أخاها ، =

...............عقد بألفين على أن توصل [١] إلى أبيها من مالها ألفًا ، فالتزم عملًا لا يلزمه ؛ فيلغوه لكن اللفظ يكاد يَنْبُو عنه ، فمن الأصحاب من قال : المهرُ فاسدٌ هاهنا أيضًا [٢] ؛ لأنه عقد بألف ، بلا فرقٍ [٣] بين الإضافة وبين الإعطاء . ومنهم من قال : في المسألتين قولان بالنقلِ والتخريج ؛ إذِ [٤] الإضافةُ إلى أبيها أيضًا ، مُشْعِرٌ بأنه يُسَلّم له من جهتها [ألفًا] [٥] فهو كالإعطاء . والصحيح الفرقُ ، وتقريرُ النَّصَّيْن .

المدرك الثالث : الفساد بتفريق الصفقة [٦] . وفيه مسألتان :

إحداهما : أن يُصْدِقَها عبدًا ، على أن تَرُدَّ ألفًا . فقد جعل العبدَ مبيعًا وصداقها [٧] ، فجمع

= منهما (أي : من الألفين) ألفًا ، كان النكاح جائزًا وكان هذا توكيلًا منها لأبيها بالألف التي أَمَرتْ بدفعها إليه ، وكانت الألْفان لها ، ولها الخيارُ في أن تُعْطيها أباها (يعني الألف) وأخاها - هبةً لهما - أو مَنْعِها لهما ؛ لأنها هبةٌ لم تُقْبض ، أو وكالةٌ بِقَبْضِ ألف ، فيكون لها الرجعةُ في الوكالة ..... » قال : « ولو انعقدت عقدة النكاح - بأمرِ التي تَلي أمرَها - بمهرِ رضيتْه ، ثم شرط لها - بعد عقدة النكاح شيئًا ، كان له الرجوع فيه وكان الوفاء به أحسن ...» إلخ كما في « الأم » (٥ / ٧٣) .

ومِن نصّ الشافعي في « الأم » يتبينّ لنا أن هذه الأحكام المختلفة ، إنما هو لاختلاف وقت الشرط ، فإذا شرط لها ذلك قبل العقد ، كان النكاح جائزًا والصداقُ صحيحًا أيضًا ، وكان الخيار بين إمضاءِ الشرط وعَدَمه .

وإذا شرط لها ذلك بعد العقد ، فله الخيار في إمضائه أو عدمه ، والوفاءُ به أحسن ، كما قال الشافعي (رحمه الله) . ومن ثَمَّ يتبينَّ لنا أن هذه المسائل مختلفة الصور ، ولكل منها حكمها ، وليست مسألةً واحدةً تناقَضَ فيها قولُ الشافعي أواختلف . وعليه فإن مارجحه الغزالي من تقرير النصين هو الصواب وليس مارجحه في الروضة(٢٦٦/٧)إذ قال : « والمذهب فساد الصداق في الصورتين ، ووجوب مهر المثل فيهما » .

(١) في الأصل : « توصلها » . والمثبت في (أ) ، (ب) .

(٢) كلمة « أيضًا » ساقطة من (ب) .

(٣) في (أ) : « ولا فرق » . وفي (ب) : « فلا فرق » .

(٤) في الأصل : « إذا » .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) في (ب) : « المدرك الثالث للفساد : تفريقُ الصفقة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وصداقًا » .

بين صفقتين مختلفتين ؛ فَيُخَرَّج على قَوْلَيْ تفريقِ الصفقة (١) . فإن أفسدنا كان تأثيرُه في إفساد الصداق . وذكر الفوراني القولينْ في صِحّة النِّكاحِ ، وربما يعتضد (٢) ذلك بطردِ الأصحابِ القولين ، فيما لو جمع بين أجنبية ومَحْرَمٍ في صفقة واحدة ، إذ أفسدوا نكاح الأجنبية على قول ، لكنه ضعيفٌ ؛ لأن الفساد (٣ تطرَّق هاهنا ٣) إلى بعض صيغة التزويج ، والصيغةُ لا تتبَعَّض ، وهناك تطرّق الفسادُ إلى لفظ الصداق .

وإن فرعنا على صحة الصداق ، فلو تلف العبدُ قبل القبض ، استردَّت الألفَ ، ورجعت إلى مهر المثل على قولٍ (٤) . وعلى قول : ترجع إلى قيمة الباقي باعتبار توزيع العبد على الألف ومهر المثل .

ولو قبضت العبدَ ، فوجدتْ به عيبًا ، وأرادت أن تُفْرِدَ القدرَ المبيعَ - أو الصداقَ - بالرد ، ففيه قولا تفريقِ الصفقة (٥) . ووجْهُ جوازِهِ : أن جهة الصداق تُبَايِنُ جهةَ البيعِ ، فلم يكن كما لو اشترى عبدًا (٦) ، وردّ بعضَه بالعيب ، فإن ذلك ممتنِّع ؛ لِمَا فيه من الإضرار بالتوزيع .

الثانية : لو جَمَعَ بين نسوة في عقد واحد (٧) ، على صداق واحد : فالنكاح صحيح (٨) ، وفي صحة الصداق قولان (٩) ، نَصَّ عليهما الشافعيُّ (رضي الله عنه) (١٠) ، وكذلك في الخلع .

---

(١) قال في الروضة : « يصح النكاح قطعًا ، وفي صحة الصداق قولان ، أظهرهما : الصحة » . الروضة (٧ / ٢٦٧) . وانظر الغاية القصوى (٢ / ٧٥٢) .

(٢) في (أ) : « يعضد » .

(٣) في (أ) : « وهاهنا تطرق » . وفي (ب) سقطت كلمة « تطرق » .

(٤) ورجوعها إلى مهر المثل هو الأظهر كما في الروضة (٧ / ٢٦٧) .

(٥) والأصحُّ جوازُه كما في الروضة (٧ / ٢٦٨) .

(٦) في (ب) : « عبد » وهو خطأ واضح.

(٧) كلمة : « واحد » ساقطة من (ب) .

(٨) قال في الروضة : « وهذا يُتَصَوَّر عند اتِّحاد الوليِّ ، بأن يكون له بناتُ بنين ، أو [بناتُ] إخوةٍ ، أو أعمامٍ . ويُتصور [أيضًا] مع تعدُّد الولي ، بأن وَكَّلَ أولياءُ نسوةٍ رجلًا واحدًا » . الروضة (٧ / ٢٦٨ وما بعدها) .

(٩) وأظهرهما فساد الصداق . انظر الروضة (٧ / ٢٦٩) . الغاية القصوى (٢ / ٧٥٢) .

(١٠) انظر الأم (٥ / ٦٨) . ومختصر المزني ص (١٨١) . وقال المزني : « وفسادُ المهر بقوله أولى » .

ونصّ على أنه لو اشترى عبدين من رجلين – لكل واحد عبدٌ – بثمن واحد : فالبيعُ باطلٌ ؛ [لجهالة الثمن] [(١)] . ونص على أنه لو كاتبَ عبيدَه على عوض واحد : فالكتابة صحيحة [(٢)]

فمن الأصحاب من قرَّرَ النصوصَ ، وقال : البيعُ باطلٌ ؛ لجهالةِ الثمن في حقِّ كلِّ واحد ، والكتابةُ صحيحةٌ ؛ تَشَوُّفًا إلى العتق ؛ إذ احْتُمِل فيه مقابلة الملك بالملك ، فهذا أوْلى . والصداقُ والخلعُ دائرٌ بين الرتبتين [(٣)] ، ففيه قولان . ومنهم مَنْ طردَ القولينْ في الجميع ، وهو القياس . ووجهُ قولِ الفساد : الجهلُ بحقِّ كلِّ واحد . ووجهُ الصحة : معرفةُ الجملة وتيسيرُ الوصول إلى التفصيل بالتوزيع . لكنه لا خلافَ أنه لو قال : بِعْتُكَ هذا العبدَ بما يقتضيه التوزيعُ من الألف – إذا قُسّمَ على قيمته وعلى قيمة ذلك العبد الآخر – لم يَجُزْ ذلك [(٤)] . فأيُّ فرقٍ بين أن يدخل العبدُ الآخرُ في العقد أَوْ لا يدخل ، والصفقةُ تعدَّدَتْ بتعدُّدِ البائع ؟ فالتصحيح [(٥)] بعيدٌ في الجميع .

التفريع : إنْ قَضَيْنا بالصحة ، وُزِّعَ الصداقُ على مهورِ أمثالهن [(٦)] . وفيه وجه بعيد : أنه يُوَزَّع على عدد الرءوس .

وإن فرعنا على الفساد ، [(٧)] يرجع كلُّ واحدٍ منهم إلى مهر المثل [(٧)] على قول [(٨)] ، وإلى قيمة الصداق [(٩)] كما يقتضيه التوزيعُ ، على قول ؛ لأن هذا مجهولٌ أمكن معرفتُه بخلاف ما لو أصدقَها / مجهولًا لا يمكن معرفته ، فإنه يرجع [(١٠)] إلى مهر المثل قولًا واحدًا . ١٧٥/أ

المدرك الرابع : أن يكونَ الصداقُ بحيثُ لو قُدِّرَ ثبوتُه لارتفعَ النِّكاحُ ، كما إذا قَبِلَ [(١١)] نكاحَ عبدِه [(١١)] وجعلَ.......................................

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) انظر مختصر المزني ص (٣٢٤) .

(٣) في (أ) : « بين رتبتين » .

(٤) قوله : « لم يجز ذلك » ساقط من (ب) .

(٥) في (أ) : « والتصحيح » .

(٦) بياض في (ب) بمقدار كلمة « أمثالهن » .

(٧) في (أ) : « ترجع كل واحدة منهن إلى مهر المثل » . وفي (ب) : « رجعت كلُّ واحدة إلى مهر المثل » .

(٨) وهذا القو ل هو الأظهر كما في الروضة (٧ / ٢٦٩) .

(٩) في نسخة أخرى « العبد » كذا على هامش الأصل .

(١٠) في (ب) : « فإنها ترجع » .

(١١) في (ب) : « النكاح لعبده » .

رقبتَه صَدَاقًا ، (١ فلو ملكتْ رقبته ١) لا نفسخَ النكاحُ ، فيفسد الصداق ، ويفسد (٢) النكاح أيضًا ؛ لأنه قرنَ النكاحَ بما يضادُّه لو ثَبَتَ ، بخلافِ ما لو أصْدَقَ خمرًا ، (٣ فضاهى هذا شرط الطلاقِ والفسخ ٣) ، وكان يحتمل تصحيح النكاحِ ، ولكنْ لا صائر إليه .

المدرك الخَامس : أن يتضمن إثباتُ الصداقِ رَفْعَ الصداقِ ، كما لو زوَّج من ابنه امرأةً ، وأصدقها أُمَّ ابنِه ، فإنّه لابُدَّ من تقديرِ دخولِ الأُمِّ في ملكِ الابنِ حتى ينتقل إلى الزوجة صداقًا . (٤ ولو دخل في ملكه ، لعتق عليه ٤) ولَمَّا صار صداقًا ، ففي إثباتِه نَفْيُه ، ففسَدَ بطريق الدَّوْر ، ولكنْ يَصِحُّ النكاحُ .

المدرك السادس : أن يُضَمَّنَ (٥) إضرارًا بالطفل (٦) ، كما لو قَبِلَ لابنه الصغيرِ نكاحًا بأكثر من مهر المثل ، أو زَوَّجَ ابنتَه بأقلّ من مهر المثل ، فيفسد الصداقُ ، وفي صحة النكاح قولان :

أحدهما : الصحة ؛ كسائر أسباب الفساد (٧) .

والثاني : الفساد ؛ لأنها إذا لم تَرْضَ إلا (٨) بأكثر من مهر المثل ، [فكيف تُرَدّ إلى مهر المثل] (٩) ؟ وكيف يصحُّ العقدُ دون رضاها ؟ وكذلك إذا لم يرضَ زوجُ ابنته إلا بأقل من مهر المثل ، فكيف يلزمه مهرُ المِثل ؟ هذا إذا زَوَّجَ [من] (١٠) ابنه بمال الابن . فإن زَوَّج ، وأصدقَ (١١) من ماله بزيادة على مهر المثل : صَحَّ ، ولا نقول : هذا يدخل في ملك الطفل ويصير (١٢) تبرعًا من

(١) في (ب) : « فلو ملكت رقبة العبد » . (٢) في (ب) : « ثم يفسد » .

(٣) في نسخة أخرى : « لأن هذا يضاهي شرط الطلاق والفسخ » .

(٤) في (أ) : « ولو دخلت في ملكه لعتقت عليه » . وفي (ب) : « تعتق عليه » .

(٥) في (ب) : « أنْ يتضمن » . (٦) في (أ) : « بالابن » .

(٧) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٧ / ٢٧٤) والمنهاج مع المغني (٣ / ٢٢٧) والغاية (٢ / ٧٥٢).

(٨) كلمة : « إلا » ساقطة من (ب) .

(٩) زيادة من (ب) ، وفي الأصل إشارة إلى ثبوتها في نسخة أخرى .

(١٠) زيادة من (أ) ، (ب) . (١١) في (ب) : « وأصدقها » .

(١٢) في (ب) : « ولا يصير » وهو خطأ . انظر الروضة (٧ / ٢٧٤) .

ماله ؛ لأنه لا مصلحةَ للطفل في إفساد هذا الصداق ؛ إذْ يفوت عليه الكُلُّ ، فإذا (١) كان يحصل ذلك ضِمْنًا ، فلا نُبَالي بالزيادة .

واختتام الباب بمسألة « السر والعلانية » : فإذا تواطأَ أولياءُ الزوجين على ذكر ألفين في العقد ظاهرًا ، وعلى الاكتفاء بألف باطنًا ، فقد نقل المزنيُّ قولين في أن الواجب مهر السّرّ أو مهر العلانية ؟ واختار المزنيُّ أن الواجب مهر العلانية ؛ لأنَّ ما جرى قبلَه ، وعَدٌ مَحْضٌ (٢) . وما ذَكَرَه صحيحٌ ؛ إذ لم يَجْرِ إلا الوعدُ (٣) . (٤ فأما إذا تواطئوا ٤) على إرادةِ الألف بعبارةِ الألفينِ ، فيحتمل قولينْ ، مأخذُهما : أن الاصطلاح الخاصَّ ، هل يُؤَثِّر في الاصطلاح العام ويُغَيِّره (٥) أم لا ؟ وفيه نظر .

المدرك السابع : مخالفة الآمر . وذلك أن يقولَ للوكيل : « زوِّجني بألف » فزوَّجَ بخمسمائةٍ ، لا يصحُّ النكاحُ ؛ لأنه لا يملك الوكيلُ إلا ما أُذِنَ له فيه ، (٦ ولم يُؤْذَنْ له في هذا العقدِ بخمسمائة ٦) .

فأما إذا قالتْ للوكيل : « زَوِّجْني » مطلقًا ، فزوَّجَ بأقلَّ من مهر المثلِ ، فالصحيحُ : فسادُ النكاحِ أيضًا (٧) لأنّ المطْلَق في العُرْفِ ، يقتضي مَهْرَ المثل .

[ولو زوَّجها من غيرِ المهرِ ، ففي الصحة قولان :

أحدهما : لا يصحُّ ؛ لأن المطلق ينزل على النّكاح بالمهر .

والثاني : الصحةُ ، لأنه طابَقَ فعلُه إِذْنَها] (٨) .

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) انظر مختصر المزني ص (١٨١) .

(٣) والمذهب وجوبُ ما تمَّ العقدُ عليه . انظر مغني المحتاج (٣ / ٢٢٨) . والروضة (٧ / ٢٧٤ ، ٢٧٥) .

(٤) في (أ) : « فإذا تواطئوا » .

(٥) في (ب) : « وتَغْيِيره » .

(٦) في (ب) : « ولم يؤذَن في العقد بخمسمائة » .

(٧) كلمة : « أيضًا » ساقطة من (ب) .

(٨) ما بين الحاصرتين زيادة من (ب) .

أما إذا زوَّجَ الوكيلُ [١] أيضًا مطلقًا، ولم يتعرَّضْ للمهرِ، فيحتمل [٢] التصحيح، والرجوعُ إلى مهر المثل؛ لأنَّه طابَقَ فعلُه إذْنَها. ويحتمل الإفساد؛ إذ كان مفهومُ قولِها في العرف ذِكْرَ المهرِ.

وأَمَّا [٣] إذا ذكر خمرا أو خنزيرًا، ظهرت المخالفةُ؛ فيظهر الإفسادُ. وأما [٤] إذا أَذِنتْ للوليِّ، فالصحيحُ: أنّ الوليَّ في هذا المعنى كالوكيل؛ لأنه غيرُ مُجْبِرٍ، وقيل: إن الإذن يُلْحِقُه بالمجْبِرِ. ثُمَّ في تزويج المجْبِرِ بأقلَّ من مهر المثل قولان. (٥ وإنما ذكروا القولينْ أيضًا في الوكيل ٥) حيث فَوَّضَتْ [٦] إليه مطلقًا.

(٧ أَمَّا إذا قدَّرَت المهرَ وخالفَ، فقطعوا بفسادِ النكاح. وقيل بطَرْدِ القولينْ أيضًا في الوكيل إذا فوّضَ إليه مطلقًا ٧).

فَرْع: لو قالت: زَوِّجْني بما شاء الخاطبُ، فقال: زوجتُكِ بما شئت، فالمهرُ مجهولٌ، والرجوعُ إلى مهر المثل، إلا إذا عَرَفَ المزوِّجُ ما شاء الخاطبُ. وقال القاضي: وإن عرَف، فالصداقُ فاسدٌ؛ فإنه [٨] لم يتلفَّظْ به.

* * *

---

(١) كلمة: «الوكيل» ليست في (أ).

(٢) قوله «فيحتمل» ساقط من (ب).

(٣) في (أ): «فأما».

(٤) في (ب): «أما».

(٥) في (ب): «وإنما ذكروا القولين في الوكيل أيضًا».

(٦) في (ب): «فُوِّضَ».

(٧) ما بين الرقمين غير واضح بالأصل، وواضح في (أ)، (ب).

(٨) في (أ)، (ب): «لأنه».

الباب الثالث

في إخلاء النكاح عن المهر

(وفيه ثلاثة فصول)

الفصل الأول

فيما تستحقه المفوّضة [١]

ونعني بالتفويض [٢] تخليةَ النّكاح عن المهر بأمرِ مَنْ إليه الأمر [٢] ، كما إذا قالت البالغةُ للوليِّ : « زوِّجْني بغير مهر » فزوَّجَها ، ونَفَى المهرَ ، أو سكتَ عن ذكره . وكما لو زوَّج السيدُ أَمَتَه ، ونَفَى المهر [٣] أو سكتَ عنه [٣] . ولا يُتَصوَّر ذلك في صبيَّة ، ولا مجنونة [٤] ، ولا سفيهة ؛ إذ ليس لأحدٍ إسقاطُ مهورهنَّ . نعم ، إذا قالت السفيهةُ للوليِّ : « زوِّجْني بغير مهر » ، تسلَّط الوليُّ على التزويج بإذنها ، لكنْ عليه تزويجُها بمهر المثل ، ولا يُعْتبر قَوْلُها في إسقاط المهر .

ثُمَّ فيما تستحقُّه المفوّضةُ طريقان [٥] :

قال العراقيون : لا تستحقُّ بالعقد شيئًا [٦] ، وتستحقُّ بالوطء مهرَ المثل . وهل تستحق

---

(١) وتسمى « المفوِّضة » و « المفوَّضة » ، فالأول – على اسم الفاعل – ؛ لتفويضها أمرَها إلى الزوج أو الولي ، بلا مهر ، أو لأنها أهملت المهر . والثاني – على اسم المفعول – ؛ لأن الوليّ فوّض أمرها إلى الزوج .

والتفويض نوعان :

أ – تفويضُ مهرٍ ، وهو أن تقول لوليها : زوجني على أن المهر ما شئتَ ، أو ما شاء الخاطبُ ، أو فلانٌ .

ب – وتفويضُ بُضْعٍ : والمراد به إخلاءُ النكاح عن المهر ، كأن تقول البالغة الرشيدة : زوجني بلا مهر ، أو على أن لا مهر ، فيزوجها الولي ويَنْفي المهرَ أو يسكت عنه . وهذا النوع هو المراد هنا . انظر روضة الطالبين (٧ / ٢٧٩) .

(٢) في (أ) : « خلاية النكاح عن المهر بأمر مَنْ إليه المهر » . وهو أوضح

(٣) في (أ) : « أو سكت » ، وفي (ب) : « أو سكت عن ذكره » .

(٤) في (ب) : « أو مجنونة » .

(٥) أي فيما تستحقه بنفس العقد .

(٦) وهذا هو الأظهر كما في الروضة (٧/ ٢٨١) . والمنهاج مع المغني (٣/ ٢٢٩) . والغاية القصوى (٢/ ٧٥٥) .

بالموت ؟ قولان : / . ١٧٦/أ

أحدهما : نعم ؛ لأن الموت مُقَرِّرٌ كالوطء ، ولأن ابن مسعود (رضي الله عنه) سُئل عن المفوضة وقد مات زوجُها ، فاجتهد شهرًا ، ثم قال : « إن أصبتُ فمن الله ، وإن أخطأتُ فمنيّ ومن الشيطان ، أرى ، لها مهرُ نسائها والميراثُ » فقام معقل بن سنان [١] ، وقال : « أشهد [٢] أن رسول الله ﷺ قضى في تزويج بَرْوَع بنت واشِق الأشجعية [٣] بمثل قضائك هذا » [٤] فسُرَّ به [٥] سرورًا عظيمًا [٦] .

---

(١) في النسخ الثلاثة « معقل بن يسار » وهو خطأ ، والصواب أنه معقل بن سنان وهو ما أثبته - كما يظهر من تخريج الحديث ، وهو أبو محمد معقل بن سنان الأشجعي ، وقد شهد فتح مكة ، ثم سكن الكوفة ، ثم تحول إلى المدينة ، وكان من الفضلاء الأتقياء ، روي له عن رسول الله ﷺ حديث بروع بنت واشق وهو صحيح كما قاله النووي في تهذيب الأسماء واللغات (٢ / ١٠٥) . وانظر طبقات ابن سعد (٦ / ٥٥) . أسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير (٤/ ٣٩٧) . الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (٣ / ٤٤٦) . تهذيب التهذيب (١٠ / ٢٣٣) .

(٢) كلمة : « أشهد » ليست في (أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « في تزويج بنت واشق الأشجعية » . وقيل : إنها كلابية ، وكانت امرأة هلال بن أمية . وأصحابُ الحديث يكسرون الباء من « بروع » والصوابُ فتحها كما قاله الجوهري في صحاح اللغة وابن سِيدَه في المحكم . وانظر جمهرة أنساب العرب لابن دريد ص (٢٨٧) . أسد الغابة (٧ / ٣٧) . الإصابة (٧ / ٥٣٤) .

(٤) كلمة « هذا » ساقطة من (أ) .

(٥) في (أ) : « فَسَرَّهُ » .

(٦) حديث صحيح : رواه أبو داود (٢ / ٥٨٨) (٦) كتاب « النكاح » (٣٢) باب « فيمن تزوج ولم يُسَمِّ صداقا حتى مات » حديث (٢١١٤) ، (٢١١٥) ، (٢١١٦) وفيه : « فقام ناس من أشجع ، فيهم الجراحُ وأبو سنان ، فقالوا : يا ابن مسعود ، نحن نشهد أن رسول الله ﷺ قضاها فينا في بروع بنت واشق - وإن زوجها هلالُ بن مرة الأشجعي - كما قضيتَ » . ورواه الترمذي (٣ / ٤٥٠) حديث (١١٤٥) وقال : حديث ابن مسعود حديث حسن صحيح ، وقد رُوي عنه من غير وجه . ورواه النسائي (٦ / ١٢١) . وابن ماجه (١ / ٦٠٩) حديث (١٨٩١) . وابن حبان (٦ / ١٥٩) حديث (٤٠٨٦) (٤٠٨٧) . والحاكم في المستدرك (٢ / ١٨٠) وصححه على شرط مسلم ، و (٢ / ١٨١) وصححه على شرط الشيخين ، ووافقه الذهبي في الموضعين . =

والثاني : [أنها] (١) لا تستحقّ ؛ لأنّ تَشْبيهَ الموت بالطلاق أَوْلَى .

ولا خلاف أنها لا تستحقُّ الشطرَ (٢) عند الطلاق قبل المسيس . وأما حديث معقل بن سنان (٣) فلم يقبلْه علي بنُ أبي طالب (كرم الله وجهه) (٤) وقال : كيف نَقْبل في ديننا قولَ أعرابيٍّ بوَّالٍ على عقبيه ؟! (٥) .

هذه طريقةُ العراقيين ، أما المراوزة فذكروا قولينْ في أنها ، هل (٦) تستحق بالعقد ؟ ووجه الاستحقاق أنها إذا استحقت عند الموت - والموتُ لا يُوجِب ، بل يُقَرِّر - [فقد] (٧) دلّ على أنه وجب (٨) بالعقد ، فكذلك (٩) الوطءُ - وإن كان موجبًا - فإنما يُوجِب إذا لم يكن مستحقًّا [أعني الوطء] (١٠) ، (١١ والوطءُ - هاهنا - مستحق بالعقد ، فلا يوجب شيئًا ، وهذا بخلاف الوطء بالشبهة ١١) ؛ ولذلك لا يجب على السيد بوطء أمته شيءٌ ، فوجوبُه بالوطءِ يدلّ على وجوبه بالعقد .

واتفق الأصحابُ على أنها لا تستحقُّ بالطلاقِ قبل المسيس ؛ لأن القياسَ سقوطُ الكُلِّ

= ورواه البيهقي في السنن الكبرى وصححه (٧ / ٢٤٤ وما بعدها) . والحديث صححه أيضًا عبد الرحمن بن مهدي ، وقال ابن حزم : « لا مغمز فيه لصحة إسناده » كذا في التلخيص الحبير (٣ / ٢١٦) . وقال الشوكاني : « ولم ينفرد بالحديث معقلٌ ، بل رُوي من طريق غيره ، بل معه الجراح وأبو سنان كما وقع عند أحمد [٤ / ٢٧٩] ، وناسٌ من أشجع كما في رواية أبي داود [٢ / ٥٩٠] ثم قال : والكتاب والسنة ، إنما نَفَيَا مهرَ المطلقة قبل المسّ والفرضِ ، لا مَهْرَ من مات عنها زوجُها ، وأحكامُ الموت غيرُ أحكام الطلاق » . انظر نيل الأوطار (٧ / ٢٦٦) .

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (ب) : « التشطير » .

(٣) في الأصل : « ابن يسار » وهو خطأ كما بينتُه قريبًا .

(٤) قوله : « كرم الله وجهه » ليس في (أ) ، وفي (ب) : « رضي الله عنه » .

(٥) قال الشوكاني : « قولُ عليّ في حديث بروع : (لا نقبل قول أعرابي بوال على عقبيه) لم يثبت عنه من وجه صحيح » . نيل الأوطار (٧ / ٢٦٦) .

(٦) كلمة « هل » ساقطة من (أ) .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) في (أ) : « يجب » .

(٩) في (ب) : « وكذلك » .

(١٠) زيادة من (أ) .

(١١) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

بالطلاق ، ولكن [١] قال الله تعالى : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ... ﴾ [٢] فخصص بالمفروض .

ولو أَصْدقها خمرًا ، ورجعْنا إلى مهر المثل ، تشطر [٣] ذلك بالطلاق ؛ لأنه مفروضٌ صحيح [٤] في إثبات الأَصل دون التعيين . وذكر الشيخ أبو محمد أن مهرَ المثل في صورة التفويضِ أيضًا يتشطّر كذكرِ الخمر .

[٥] واتفقوا على أنها تستحقُّ بالوطء أيضًا [٥] إلا القاضي حسين [فإنه] [٦] ذكر وجهًا : أنها لا تستحقُّ ؛ مُخَرَّجًا من قول الشافعي (رضي الله عنه) في المرتهن ، إذا وطيء الجارية المرهونة بإذن الراهن ، على ظَنٍّ أنه مُبَاح [٧] : إنّ المهرَ لا يجبُ مع ثبوت النسب والعدّة [٨] . وسقوطُ المهر لا [٩] مأخذ له إلّا إسقاط من له الحق [١٠] .

فرع : إذا قلنا : تستحق المهر بالوطء ، فيجب باعتبار حالها يوم الوطء ، أو يوم العقد ؟ فيه وجهان [١١] . ووجهُ اعتبارِ يوم العقد يُومِئُ إلى أنَّ الأمر كان موقوفًا ، فكأنا [١٢] نقول : العقدُ الخالي عن الوطء لا يُوجبُ المهر ، والمفضي إلى الوطء يُوجِب ، ولكن لا يتبين إلا

---

(١) في (ب) : « لكن » .

(٢) من الآية (٢٣٧) من سورة (البقرة) .

(٣) في نسخة أخرى « فينشطر » كذا على هامش الأصل .

(٤) في (ب) : « صحٌّ » .

(٥) في (ب) : « واتفقوا أيضًا أنها تستحق بالوطء » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) في (ب) : « يباح » .

(٨) كلمة : « العدة » ساقطة من (أ) .

(٩) قوله : « وسقوط المهر لا » ساقط من (ب) .

(١٠) انظر مختصر المزني ص (٩٤) فقد حكى قولين عن الشافعي في هذه المسألة ، هل يغرم أم لا ؟ .

(١١) والمعتمد أنها تستحق أكثرَ مهرٍ من يوم العقدِ إلى الوطء . انظر في هذه المسألة : روضة الطالبين (٧/ ٢٨١) . مغني المحتاج (٣/ ٢٣٠) .

(١٢) في (أ) : « فكأن » ، وفي (ب) : « وكأنا » .

بالآخرة [١] ، [٢] فتحصَّل بالعقد ثلاثة أقوال [٢] :

يجب .

لا يجب .

هو موقوفٌ إلى أن يَخْلو عن المسيس ، أو يُفْضي إليه .

* * *

(١) في (ب) : « بآخره » .

(٢) في (ب) : « فتحصل في العقد ثلاثة أقوال » .

الفصل الثاني
في الفَرْض ، ومعناه ، وحكمه

اعلمْ أنّ المفوّضةَ إذا قلنا : إنها تستحقُّ المهرَ - إما بالعقد أو بالمسيس - فمعناه أنها تستحقُّ : [إمَّا] [١] مهر المِثْل ، أو ما تراضى به الزوجان ، وما يتراضيان به [فهو] [٢] أولى . فإن عجزنا عن ذلك ، رجعْنا إلى مهر المثل ؛ لأن إيجابَ المهر - مع التصريح بنَفْيه - تعبُّدٌ ، والتعبدُ في أصل المهر ، لا في مبلغه [٣] ، لكنْ طَلَبُ ما لا يتعينُّ مبلغُه غيرُ ممكن ، فلذلك يجب على الرجل تعيينُ المبلغ بالفرض ، ويجوزُ للمرأة أن تمنع نفسَها في طلب الفرضِ على القولين [٤] جميعًا .

[٥] فأمَّا إنْ قلنا [٥] : إنها [٦] تستحقُّ بالعقد ، فلها غرضٌ في الفرض ، وهو تقريرُ الشَّطْر عند الطّلاق .

وإن قلنا : لا يجبُ ، فتستحقُّ عند المسيس ، [٧] فلها أن لا تُسَلِّمَ [٧] نفسَها إلا على ثبت . نعم ، ليس لها حَبْسُ نفسها لتسليم المفروض في صورة التفويض ؛ لأنها أبطلتْ حقَّها إذْ رضِيَتْ بغير مهر ، وإنما لها الفرضُ ؛ لِنَفْيِ الجهالة عمَّا أثبتَه الشرعُ أو تُثبته . ومن أصحابنا مَنْ ذكر وجهًا : أن لها حَبْسَ نفسِها لتسليم المفروض ، [٨] كما لها طلبُ الفرض [٨] وهو مُتَّجهٌ [٩] .

ثم لا خلافَ في أنّ لهما فرض غير جنس الصداق ، وما يزيد على مهر المثل وما ينقص ، إذا لم يكن من جنس مهر المثل . والصحيح : أنه يجوز فرض الزيادة على مهر المثل وإن كان من جنسه ، ويجوز فرض المؤجل ولا يشترط علمهما [١٠] بمهر المثل عند الفرض .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « المبلغ » .

(٤) في (ب) : « قولين » .

(٥) في (أ) : « إذا قلنا » .

(٦) كلمة : « إنها » ليست في (أ) ، (ب) .

(٧) في (ب) : « فلها أن تسلم » وهو خطأ .

(٨) في (أ) : « كما لو طُلِبَ الفرض » .

(٩) وهو ما رجحه النووي كما في المنهاج مع المغني (٣ / ٢٣٠) .

(١٠) في (أ) : « علمها » .

ومن أصحابنا مَنْ ذكر في هذه المسائل الثلاثِ وجهينْ ، فكأنه يجعلُ مهرَ المثل أصلًا ، والفرضَ بيانًا له وتقديرًا . فيقول : لا يمكن إثباتُ الأجل ابتداءً ، ولا التزامُ زيادة على مهر المثل ؛ فإنه لا أصل له ، كما أنه لا تجوزُ المصالحةُ في [1] دم العمد على ما يتبينَّ [2] من الإبل إذا قلنا : الواجبُ أحدُهما لا بعيْنه ، وكأنَّ مثلَ ذلك التردُّد جارٍ هاهنا ، وهو أنّ الواجبَ مهرُ المثل ؟ أو المفروضُ أحدُهما لا بعينه ؟ أو مهرُ المثل / هو الأصلُ ، والفرضُ بناءٌ ١٧٦/ب عليه وتابعٌ له ؟. والأصحُّ : أن الواجبَ أحدُهما لا بعيْنه ؛ ولذلك جاز تعيينُ ما تزيدُ قيمتُه من غير جنس المهر ، لا على منهاج الاستبدال ؛ إذ لا يفتقر إلى إيجاب وقبول .

فروع أربعة [3]

الأول : لو أبرأت قبلَ الفرضِ عن المهر : صَحَّ على قولنا : يجب بالعقدِ ، إن كان مهرُ المثلِ معلومًا . وإن كان مجهولًا : لم يصحَّ في الزيادة على المستيقن . وفي القدر المستيقن قولا تَفْريق الصَّفقة . وإن قلنا : لا يجب إلا بالوطء ، فهو كالإبراء عما لم يجبْ ، وجرى سببُ وجوبِه ، وفيه قولان ، ولا يكونُ إبراؤها مُضَادًّا [4] للتعبّد ؛ فإنه في حكم الاستيفاء .

أما إذا قالت : « أسقطتُ حقيَّ عن طلبِ الفرض » فهذا يلغو ؛ لأن أصل الحقِّ باقٍ ، والفرضُ تابعٌ له ، فصار ذلك كرضا التي آلى عنها زَوْجُها ، فإنّ ذلك لا يُسْقِطُ حقَّها .

الثاني : لو فرضَ لها خمرا أو خنزيرًا ، لغا [5] ، ولم يتشطَّرْ بسببه مَهْرُ المثلِ ؛ لأن المؤثر فرضٌ صحيحٌ أو مقرون [6] بحال العقد ، فما لا يفيد تَعْيينًا بعد العقدِ ، لم يُؤَثِّر في تَغَيُّر [7] العقدِ .

الثالث : لو امتنع من الفرض – مع طلبها – فللقاضي أن يَفْرِضَ ، ولكنْ عليه أنْ لا يزيدَ على مهر المثل ؛ كيلا يتضرَّرَ الزوجُ ، وكأنه نائب عنه نيابةً قَهْرِيةً .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « من » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « على ما تبين » .

(٣) كلمة : « أربعة » ليست في (ب) .

(٤) في (ب) : « مصادمًا » .

(٥) في (ب) : « ألغي » .

(٦) في (ب) : « أو مفروض » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « تغيير » .

الرابع : لو فرضَ الأجنبيُّ متبرعًا ، ففي صحته وجهان :

أحدهما : يجوزُ ، وعليه المفروضُ ؛ كما له التبرُّعُ بأداء الصَّداق عنه دون إذْنه [1] .

والثاني : لا يجوز [2] ؛ لأنّ هذا إظهارٌ لمراد [3] الطلب الذي يقتضيه العقدُ ، فلا يليق إلا بالعاقدين [4] .

* * *

---

(١) وهذا ما رجحه الغزالي في الوجيز (٢ / ٣٠) .

(٢) قوله : « يجوز » ليست في (ب) .

(٣) في (ب) بياض بمقدار كلمة « لمراد » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٧ / ٢٤٨) ، والمنهاج مع المغني (٣ / ٢٣١)

الفصل الثالث

في تَعَرُّف مهر المثل

والحاجة تمسُّ إلى معرفةِ ذلك في المفوّضة إذا لم يتفقْ فرضٌ ، (1)وفي الوطء بالشبهة (1) ، وفي أَخْذِ المهورِ (2) بالشفعة ، وفي التوزيع عند جَمْعِ نسوةٍ (3) في عقد واحد (3) ، وفي مواضع .

والأصلُ العظيم (4) في مهر المثلِ : النَّسَبُ . ويُنظر إلى مهر الأخوات للأبِ ، والعَماتِ للأب . ولا يُنظر إلى البنات والأمهات ؛ إذ يختلف ذلكَ بنسب الآباء . ويُعْتبر مع ذلك الكمالُ (5) والعفَّةُ ، وسلامة (6) الخلْقِ ، وسائرُ الخصال ، إذا كانت الرغبةُ تزيد بذلك وتَنْقص . فإن لم تكن نسيبةً ، (7) فمجرّد النظر (7) إلى هذه الخصال ، فإن هذا يجري مجرى معرفةِ القيم ، فينظر إلى الرغبات .

فروع

الأول : لو سمحتْ واحدةٌ من العشيرة ، لم يلزم الباقياتِ ذلك ، إلا إذا شاع التسامح فيهن ، فيدل ذلك على قلة الرغبات .

الثاني : لو كُنَّ ينكحنَ بألف مُؤَجَّلٍ ، فلا يمكن التأجيلُ في قيم المتلفات ، فالوجهُ : أن ينقص من الألف ما يقتضيه العدول إلى النقد .

الثالث : لو كُنَّ يُسامِحْنَ مَن يُواصلهنّ من العشيرة ، فيلزم ذلك في العشيرة لا في غيرهم . وقال الشيخ أبو محمد (رحمه الله) : لا يلزم ذلك ؛ لأن القيم (8) لا تختلف بالأشخاص .

الرابع : الوطءُ بالشبهة ، يُوجب المهرَ باعتبار يوم الوطء ، وكذلك في النكاح الفاسد ؛ لأنَّ

---

(1) في (أ) : « وفي الموطوءة بالشبهة » .

(2) في (ب) : « الممهور » .

(3) في (ب) : « في عقدة واحدة » .

(4) في (ب) : « الأعظم » .

(5) في (أ) ، (ب) : « الجمال » .

(6) في (ب) : « سلاسة » .

(7) في (ب) : « تجرّدَ النظرُ » .

(8) في (ب) : « القيمة » .

العقد باطلٌ ، فلا معنى لاعتباره . نعم ، إذا وطئها في العقد الواحد مرارًا ، لا يلزم [١] إلا مهرٌ واحدٌ ؛ لأن الشبهة شاملةٌ ، وكذلك لو ظنَّها منكوحةً [٢] ووطئها مرارًا .

ومهما تعددت الشبهةُ ، تعدَّد المهر .

ولو أَكْرهَ الغاصبُ الجاريةَ على الوطء ، ووطئها مرارًا ، لزمه بكل وطءٍ مهرٌ ؛ إذ لا شبهة حتى يُعْتبر شمولُها .

والأبُ [٣] ، إذا وطىء جاريةَ الابن مرارًا ، ولم تَحْبَل ، فهل يُقَال : شبهةُ الإعفافِ شاملةٌ ، فيُكتفى بمهر واحد ؟ ففيه وجهان [٤] .

ثُمَّ إذا اكتفينا بمهر واحد ، فلو كانت هزيلةً في حال ، وسمينةً في حال ، اعتبرنا حالَ زيادة المهر واكتفيْنَا به [والله أعلم] [٥] .

* * *

---

(١) في (أ) : « لم يلزم » .

(٢) يعني لو ظنَّها زوجته . ولو قال : (منكوحته) لكان أوضح.

(٣) كلمة : « الأب » ساقطة من (ب) .

(٤) والأصحُّ أنه يُكتفى بمهر واحد . انظر : الروضة (٧ / ٢٨٨) . المنهاج مع المغني (٣ / ٢٣٣) . الغاية القصوى (٢/ ٧٥٧) .

(٥) زيادة من (أ) .

الباب الرابع
في حكم تَشَطُّرِ الصداق بالطلاق قبل المسيس

(وفيه خمسة فصول [1])

الفصل الأول
في محلِّه وحُكْمه

فنقول : ارتفاعُ النكاحِ قبل المسيس - لا بسبب من جهتها - يُوجبُ تَشَطُّرَ الصّداق الثابت بتسمية مقرونة بالعقد ، صحيح أو فاسد [2] ، أو يُفرض بعد العقد في صورة التفويض . ويستوي فيه الطلاقُ والفسخُ والانفساخ ، إلا إذا كان الفسخُ منها ، أو بعَيْبٍ فيها ، أو بسببٍ من جهتها . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يتشطّر إلا مُسَمًّى صحيح في نفس العقد ، فأما المفروض بعد العقد - الواجبُ في العقد بتسمية فاسدة - فلا يتشطر [3] . ثم المذهبُ الصحيحُ أن معنى التشطير : رجوعُ النِّصْف إلى الزَّوج بمجرد الطلاقِ من غير اختيارٍ . وفيه وجهٌ مشهورٌ : أن معناه : ثبوتُ خيار الرجوع في الشطر [4] بالطلاق ، مُضَاهِيًا لخيار الرجوع في الهبة . ومن أصحابنا من قال : يفتقر إلى قضاء القاضي . وهو ضعيفٌ جدًّا .

ويتفرَّع - على وجْه الخيار - أنَّ الزيادة الحادثةَ [5] بعدَ الطلاقِ وقبلَ الاختيار ، تُسَلَّم للزوجة ، وأنه لو طلَّقها على أنَّ لها / كمالَ المهر ، يكون ذلك كإسقاطِ الخيارِ ، ويُسلّم لها كمال ١٧٧/أ المهر . وعلى الوجه الآخر : لا يؤثر الشرطُ في إسقاط الشطر [6] . ويَحْتمِل تردُّدًا [7] في تصرف

(١) في (أ) : « وفيه خمس فصول » وهو خطأ . وفي (ب) : « وفيه فصول » .

(٢) قوله : « صحيح أو فاسد » يعود على الصداق لا على العقد ، وفي نسختيْ (أ) ، (ب) « صحيحة أو فاسدة » وهي أوضح ؛ إذ تعود على التسمية . ويدل عليه أيضًا أن العقد الفاسد ، لا ينبني عليه شيء ما لم يكن دخولٌ ، أو خلوة كما قالت بذلك الحنابلة . انظر : الهداية (١ / ٢٢٨) وما بعدها . المقنع ص (٢٢٢) .

(٣) انظر بدائع الصنائع (٢ / ٢٩٦) .

(٤) في (ب) : « التشطر » .

(٥) في الأصل : « أن زيادة الحادثة » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في (ب) : « التشطر » .

(٧) في (ب) : « ويُحْتمل تردد » .

المرأة بين الطلاق والاختيارِ ، وفي أنه لو أسقط الزوجُ خياره ، هل يسقط ؛ لتردد هذا الخيار بين خيار الواهب ، وبين خيار البيع ؟ ، وتشبيهُه بخيارِ الواهبِ أولى .

فرع : لو تلف الصداقُ قبلَ الطلاق [1] ، يرجع الزوجُ بنصفِ القيمة . ولو تلف بعد الإقلاب [2] إلى الزوج بآفةٍ سماوية ؟ .

قال المراوزةُ : لا ضمانَ عليها ، وهو كما لو تلف الموهوبُ في يد المتَّهِب بعدَ رجوعِ الواهبِ .

وقال العراقيون : هو مضمونٌ عليها ؛ لأنه عوض [عن] [3] البضعِ الذي رجع [4] إليها بالطلاق ، فصار كالمبيع إذا تلف بعدَ الفسخ .

والمراوزةُ يقولون : [إن] [5] الطلاق كالإعتاقِ ، وهو تصرفٌ معناهُ : تقريرُ النكاح ، وقَطْعُ موجبِه ؛ فليس يعود الشطر [6] لِعَوْدِ البُضْع بخلاف البيع [7] . ومساقُ الطريقين يقتضي أن يكون الصداق مضمونًا في يدها لو تلف بعدَ الفسخ بالعيب . وكلُّ فسخٍ يستندُ إلى أصل العقد – والانفساخُ بردّته – بالطلاق أَشْبَهُ ؛ إذ لو كان رجوعُ المهر بطريق تَرَادِّ العِوَضَيْنِ ، لرجعَ جميعُ الصداق إليه لا شَطْرُه . ولو انفسخَ بردّتها – أو بسبب آخرَ – لا يسند [8] إلى العقد ولا يتشطّر [9] ، وهو في محل الاحتمال والتردّد ، [والله تعالى أعلمُ] [10] .

* * *

(1) في (أ) : « القبض » .
(2) في (أ) ، (ب) : « الانقلاب » .
(3) زيادة من (ب) .
(4) في (ب) : « يرجع » .
(5) زيادة من (أ) .
(6) في (ب) : « التشطر » .
(7) في (ب) : « المبيع » .
(8) في (أ) ، (ب) : « لا يستند » .
(9) في (أ) : « ولا يشطر » .
(10) زيادة من (ب) .

الفصل الثاني

في تغييرات [1] الصداق التي توجب ردَّ الحق إلى القيمة أو الخيار

والتغيرُ : إمَّا أن يكونَ بنقصان محضٍ ، أو بزيادة [2] محضةٍ ، أو نقصان من وجهٍ [و] [3] زيادةٍ من وجه :

أما النقصانُ المحضُ : فكالتعَيُّبِ الحاصل في يدها قبلَ الطلاق [4] ، فذلك يُوجِبُ الخيار بعد الطلاق ؛ فللزوجِ أن يطالِبَ بنصف قيمة السّليم . فإن رجع إلى عين الصَّداق ، فعليه أن يقنعَ بالمعيب ، بخلاف ما لو اشترى عبدًا بثوبٍ ، فردّ العبدَ بالعيب - والثوبُ معيبٌ - فإنه يطالب بالأَرْش ويأخذُ الثوبَ . وهذا الفرقُ يُمْكن على طريق المراوزة ؛ حيث لم يجعلوا الصداقَ مضمونًا في يدها . ولكن مع ذلك يُشْكِل ؛ فإنه لو تلف قبل الطلاق ضمنت القيمة ؛ فمن هذا خَرَّجَ بعضُ الأصحابِ وجهًا أنه يطالِب بأَرْش العيب ، ويأخذ العينَ إن شاء .

هذا إذا تعيَّبَ في يدها ، فإن تَعَيَّب في يد الزوج ، فعليه أن يقنع بالمعيب ؛ لأنه تلف من ضمانه ، إلا إذا كان بجنايةِ أجنبيٍّ وأخذت الأرش ، فإن له أن يستردَّ نصفَ الأرش ؛ لأنه خلف عن الفائت . وقال القاضي حسين : لا يرجع بالأرش ؛ لأنه كزيادةٍ منفصلةٍ في حقِّ المرأة ، والفواتُ كان من ضمان الزوج ، فلا يعتبر في حقّه ؛ لإقامةِ [5] الأرشِ مقامَه .

أما الزيادة المحضة : فالمنفصلةُ منها ، كالولد واللبن [6] والثمرِ ، فتُسَلَّم لها ، ولا حقَّ للزوجِ فيها .

والمتصلةُ ، تُبْطِلُ حقَّ الرجوع بالعين إلا برضاها . فإنْ منعت ، غرمت قيمة النصف قبل ظهورِ

---

(١) في (ب) : « تغيرات » .

(٢) في (ب) : « أو زيادة » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) أي العيب الحادث في الصداق ، كأن يكون أصدقها سيارة ، فتلف محركها مثلًا ، أو غير ذلك مما يُقَلِّل من قيمة الصداق .

(٥) في (أ) : « بإقامة » .

(٦) كلمة « اللبن » ساقطة من (ب) .

الزيادة . وإن سمحت ، أُجبر الزوجُ على القَبول ، ولم يكن له (١) الامتناعُ ، حذرًا من المِنَّة ؛ لأنه في حكم البائع . والمشْكِلُ : أنَّ الزيادةَ المتصلةَ لا تمنعُ الرجوعَ في الردِّ بالعيب ، وكذلك ينبغي أن يكون في فسخ النكاح بالعيب ، ولعل السببَ فيه : أنَّ الفسخَ يرفع العقدَ من أصله بالإضافة إلى حينه (٢) ، فلا يبقى حقٌّ في الزيادة . وأما هاهنا ، فالزيادةُ حصلتْ على ملكها ، والطلاقُ سببٌ مستأنف ، لا استناد له إلى العقد ، فإبطالُ حقِّها من الزيادة غيرُ ممكن . (٣ وعند هذا ٣) ، ينبغي أن تلحقَ ردّتُه بالطلاق ، وفي الانفساخ بردتها تردَّدَ العراقيون ؛ لأنه غيرُ مستند إلى سبب في العقد .

أما إذا (٤) زاد من وجه ، ونَقَصَ من وجه : فلكلٍّ واحدٍ منهما الخيارُ . فإن أبى الزوجُ قبولَ العينِ ، فله نصفُ القيمة . (٥ وإن أَبَت المرأةُ التسليمَ ، كان على الزوج قبولُ نصف القيمة ٥) . ومثالُه : أنْ يكونَ الصداقُ عبدًا صغيرًا ، فكبِرَ وترعرعَ ، فالزيادةُ (٦ لِقُوَّته وكبره ٦) والنقصانُ لزوال طراوته ، وكذا النخل إذا أرقلتْ وبسقتْ (٧) ، (٨ لكنْ قَلَّ ثمرُها ٨) ، فهي زيادةٌ في الجرم ونقصانٌ في الفائدة . ولسنا نشترطُ في هذه الزيادة ما يزيد في القيمة ، بل ما يرتبط به غرضٌ صحيحٌ ؛ فإن العبد الكبير – وإن لم تَزِدْ قيمتُه – فإنه يصلحُ لأغراض لا يصلح لها الصغير .

وَلْتَعْلَمْ أنَّ الثمارَ في الأشجار ، زيادةٌ محضة . والحملَ في الجارية ، زيادةٌ من وجه [و] (٩) نقصانٌ من وجه . وفي البهائم زيادةٌ من وجه ، وهل فيه نقصانٌ ؟ تردّدوا فيه ، والظاهر : أنه إن كان مأكولًا كان نقصانًا ؛ لأنه يظهر أثره في اللحم / لاسيما إذا تكرّر . والزرعُ في الأرض نقصانٌ محضٌ ؛ إذ يبقى الزرعُ لها ، وتكون الأرضُ ناقصةَ القوة . والحراثةُ في المزارع زيادةٌ ١٧٧/ب

(١) كلمة : « له » ساقطة من (ب) .

(٢) في الأصل : « حقه » وهو خطأ ، والصواب ما في (أ) ، (ب) . انظر الروضة (٧ / ٢٩٣) .

(٣) في (ب) : « وعلى هذا » .

(٤) كلمة : « إذا » ساقطة من (أ) .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٦) في (ب) : « لكبره وقوته » .

(٧) أرقلت وبسقت أي : طالت . انظر القاموس المحيط ص (١٣٠٢) و (١١٢١) .

(٨) في (أ) : « لكن قلت ثمرتها » .

(٩) زيادة من (ب) .

محضةٌ ، وفي مواضع البناء نقصانٌ محضٌ ، والغرسُ (١) في معنى الزرع .

هذه قاعدة الفصل ، ويتهذَّب مقصودُه برسم مسائل :

[المسألة] الأولى : لو أصدقها نخيلًا (٢) ، فأثمرتْ في يدها ، وطلَّقها قبل الجذاذ ، فَيَعْسُرُ في هذه الصورة التشطيرُ ؛ إذ تبقى الثمارُ خالصةً لها ، وتصير الأشجارُ مشترِكةً . وإن ترك السَّقْيَ ، (٣ تضرَّرَ الثمرُ ٣) والشجرُ ؛ لامتصاصِ (٤) الثمرةِ رطوبةَ الشجرة . وإن سقى ، انتفعَ الثمرُ والشجرُ - وليس الكلُّ مشترِكًا حتى يشتركا في السَّقْيِ - فلا يمكن فَصْلُ هذه الواقعة (٥ إلا بمسامحةِ أحد الجانبين ٥) أو موافقةٍ ؛ فإنه لو أراد أن يأخذَ نصفَ الأشجار ، ويكلِّفَها قطعَ الثمار في الحال ، لم يلزمها ؛ لأنها تستحقُّ إبقاءَ الثمرة إلى الجذاذ . وكذلك لو كلَّفها هبةَ شَطْر الثمار منه ليكون الكلُّ مشترِكا . وكذلك لا يمكنه أن يكلِّفها السَّقْيَ ؛ إذ ليسَ عليها أن تنفع نصيبَه من الشجر ، ولا تَرْكَ السَّقْيِ ؛ إذ يضرُّ (٦) ثمرتها ، وكذلك ليس لها أن تكلِّفه تأخيرَ الملك إلى أوان الجُذَاذ ، ولا أن يَسْقِيَ ، ولا أن يتركَ السَّقْيَ ؛ لما ذكرناه .

أما المسامحة فلها صورٌ :

إحداها : أن يقول الزوجُ : أَرْجِعُ إلى نصف الشجر (٧) ولا أسْقي ، وإليكِ الخِيَرَةُ : إن (٨) شئتِ فاسقي ، وإن شئتِ فاتْرُكي السَّقْيَ . فلا تلزمُها الإجابةُ ؛ لأنها تتضرَّر بترك السّقي ، وتنفعُ شجره بالسّقي ، وكذلك مسامحتُها على هذا الوجه (٩ لا تقتضي لزوم الإجابة ٩) .

الثانية : أن يقول الزوجُ : آخُذُ نصْفَ الشجر (١٠) وأسقي بنفسي ، أو قالت المرأةُ : أَرْجِعُ إلى النصف ، وأنا ألتزمُ (١١) السَّقْيَ ، ففي وجوب الإسعاف وجهان :

---

(١) في (أ) : « الغراس » .
(٢) في (ب) : « نخلًا » .
(٣) في (أ) : « تضررت الثمار » .
(٤) في (أ) : « بامتصاص » .
(٥) في (أ) : « إلابمسامحة من أحد الجانبين » ، وفي (ب) : « إلا بالمسامحة من أحد الجانبين » .
(٦) في (ب) : « تتضرر » .
(٧) في (أ) ، (ب) : « الشجرة » .
(٨) في (أ) : « فإن » .
(٩) في (ب) : « لا تقتضي للزوج الإجابة » .
(١٠) في (أ) ، (ب) : « الشجرة » .
(١١) في (ب) : «التزمتُ » .

أحدهما : نعم ؛ لأنه اندفع العُسْرُ بالمسامحة والالتزام .

والثاني : لا ؛ لأنّه وَعْدٌ لا يَلزمُ الوفاءُ به ؛ ولأن المرأةَ ربما خافتْ على ثمارها بدخولِهِ البستانَ ، أو خاف على الشجر بدخولها [١] .

فإن قلنا : يُجَاب ، فلو رجع ، وترك السَّقي ، نتبينّ [٢] أن الملك لم ينقلب إليه في النصف ؛ لأنه كان موقوفًا على الوفاء بالوعد . وإن قلنا : لا يُجَاب ، فَتُسَلِّم القيمة . ثم [إن] [٣] وَفَّى بالوعد ، ففي ردِّ القيمة والرجوعِ إلى العين تردُّدٌ . والظاهر أنه لا يردّ ؛ إذ يبعد مَنْعُ [٤] الحكم بعد إثباته .

الثَّالِثَة : أن تُبادر إلى قطع ثمارِها ، وذلك يقطع العسرَ . فإن وهبتْ نصفَ الثمار [٥] منه حتى يصير الكلُّ مشترِكًا ، ففي وجوب الإجابة وجْهان ، وجهُ المنع : ما فيه من المِنَّة . ووجْهُ الإيجابِ : الضرورةُ . وهذه الضرورةُ لا تجري في الأرض المزروعة ؛ إذ الأرض لا تنتفع بالسَّقْيِ ، فإذا [٦] رجع في نصف الأرض ، كان عليها السَّقْيُ لِخَاصِّ زرْعِها .

ويجري هذا العُسرُ فيما لو أصدقها جاريةً ، فولدتْ ، فطلَّقها ، والولدُ رضيعٌ ؛ لأنه لو رجع إلى نصف الجارية تضرَّر الولدُ بقطْع الرضاع . فإن قال : رضيتُ بأن تَبْقَى مرضعةً إلى الفطام ، فهذا وجه المسامحة [٧] ، ففي وجوب الإجابة وجهان [٨] .

وأما الموافقة فلها صورتان :

إحداهما : أن يلتزم [٩] أحدُهما السّقيَ برضا صاحبه ، فهذا تواعدٌ منهما . فإن وَفَّيَا فذاك ، وإلا تبينَّ أن الملك لم يحصل في الشطر .

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٧ / ٢٩٨) .

(٢) في (ب) : « تبين » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) كلمة «منع » غير واضحة في الأصل ، وواضحة في نسخة (ب) ، وفي (أ) : « إذ يبعد ردّ » .

(٥) في (أ) : « الصداق » .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) كلمة : « المسامحة » ساقطة من (أ) .

(٨) في (ب) : « الوجهان » .

(٩) في (ب) : « أن يلزم » .

الثانية : أن يتراضَيَا (١) على أن يأخذ الزوجُ نصف النخل (٢) ، ولا يلتزم (٣) واحدٌ منهما سقْيًا ، بل يُترك (٤) السّقْي ، أو يَسْقي من شاء متبرعًا . فلو ندم أحدُهما ، وقال : « أُريد السقيَ » لم يُمَكَّنْ منه ، بخلاف ما إذا التزم السقيَ ، ثم ندم ؛ لأن هذا إسقاطُ حقٍّ والتزامُ ضرارٍ (٥) ، فيلزم . وأما (٦) التزامُ السقيِ ، فوعدٌ لا يلزم قبل التسليم .

[**المسألة**] **الثانية** : إذا أصدقها جاريةً حاملًا ، فولدتْ ، ثم طلّقها ، فيرجع إلى نصفِ الولد إن قلنا : إنه يقابل بقسطٍ من الثمن . وقيل : لا يرجع ؛ لأن أكثر القيمة حصل بالانفصال في ملكها [وهذه الزيادة حصلت في يدها ، وهي لها] (٧) ولا يمكن تمييزُ قيمة الجنين عن المنفصل ؛ إذ لا قيمة للجنين . وإن قلنا : لا يقابله قسطٌ من الثمن فنسلم الولد لها .

[**المسألة**] **الثالثة** : لو أصدقها حُليًا (٨ وكسرتْه ، وأعادته ٨) صنعةً أخرى ، فهو زيادةٌ من وجه ، ونقصانٌ من وجه ؛ فلها الخيارُ . (٩ فإنْ أعادتْ تلك الصنعةَ بعينها فهل ٩) لها (١٠) الامتناعُ من تسليم النصف ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ، كما إذا كانت سمينةً فهُزِلَتْ ، ثم عادت سمينةً .

والثاني : لها المنعُ – وهو اختيارُ ابن الحداد – ؛ لأنها زيادةٌ حدثت باختيارها (١١) .

التفريع : إن قلنا : يرجع بنصف القيمة ، فالصحيح : أنه يرجع بنصف القيمة مع الصنعة .

---

(١) في الأصل : « أن تراضيا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « النخيل » .

(٣) في (أ) : « ولا يلزم » .

(٤) في (ب) : « بل يتركا » .

(٥) في (أ) : « ضرر » .

(٦) قوله : « والتزام ضرار ، فيلزم . وأما » ساقط من (ب) .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) في (ب) : « فكُسِرتْ وأُعِيدتْ » .

(٩) في (ب) : « فإن أعيدت بتلك الصنعة ، فهل » .

(١٠) في نسخة أخرى : « له » .

(١١) وهذا الوجه هو أصحهما كما في الروضة ؛ إذ يُعْتبر رضاها ، وحينئذ يرجع بنصف قيمة الحليّ بهيأته التي كانت . الروضة (٧ / ٣٠٢) .

وقيل : إنه يرجع إلى مثل نصف تِبْرٍ [1] من الحُليِّ ، وزنًا بوزن ، ثم / تغرم المرأةُ نصفَ أجرة الصنعة ١٧٨/أ من نَقْد البلد .

[المسألة] الرابعة : لو أَصْدق الذميُّ زوجتَه خمرًا ، فقبضتْ ، ثم أسلما ، فانقلب [2] خَلًّا ، فطلقها ، ففيه وجهان :

أحدهما : [وهو] [3] قول – ابن الحداد – أنه يرجع بنصف الخلّ [4] .

والثاني : أنه لا يرجع ؛ لأن هذا ماليةٌ جديدةٌ ، وماليةُ الخمرِ قبلَها لا تُعتبر في الإسلام ، فكيف يرجع فيها ، وهو لا يرجع في زيادة منفصلة [5] ؟! .

التفريع : إن قلنا : يرجع ، فلو أتلفت الخل ، ثم طلقها ؟ قال الخِضْرِي [6] : يرجع بمثل بنصفِ الخلِّ ؛ لأنه من ذوات الأمثال [7] .

وقال ابنُ الحداد : لا يرجع بشيء ؛ لأنه في التلف يُنْظر إلى [قيمة] [8] يوم الإصداقِ أو القبضِ ، ولم يكن خلًّا ذلك اليومَ حتى يجبَ مثْلُه ، ولا هو موجودٌ في الحال حتى يردَّ عَيْنه .

ولو أصدقها جلدَ ميتة ، فدبغتْه [9] ، فَمَنْعُ الرجوعِ هاهنا أَوْلى ؛ إذ حصلت الماليةُ باختيارِها . فإن قلنا : يرجع ، فقولُ ابنِ الحداد – في أنه لا يرجع عند التلف هاهنا – أظهرُ ؛ لأنه لا مثلَ له ، فتتعينُ قيمتُه يوم القبض ، ولا قيمة له إذ ذاك .

[المسألة] الخامسة : لو أصدقها دَيْنًا ، ثم سلَّم ، فطلّق ، فليس لها مَنْعُه منْ عَيْنْ ما سلم وإن لم

---

(١) التبر : ما كان من الذهب غير مضروب ، فإن ضُرب فهو دنانير ، وقال ابن فارس : التبر ، ما كان من الذهب والفضة غير مصوغ . انظر : المصباح المنير (١ / ١١٤) مادة (ت ب ر) .

(٢) في (أ) : « فانقلبتْ » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٧ / ٣٠٣) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « متصلة » .

(٦) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٧) وهو الأصح كما في الروضة (٧ / ٣٠٣) .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) في (أ) : « فدبغه » وهو خطأ .

يكن متعينًا في العقد ؛ لأنه أقربُ إلى حقّه لا محالة . وقيل : إن لها الإبدالَ ؛ فإن العقدَ لم يرد عليه بعينه .

[المسألة] السادسة : لو أصدقها (١) تعليمَ القرآنِ ، فلم يتفق (٢) حتى طلّقها ، فقد عَسُرَ التعليمُ ، وبَقِيَ في ذمته الشَّطْرُ ، وتعسَّر تعيينُ شطْر القرآن ؛ إذ سورُه تختلف في العُسْر واليُسْر - وكذلك خياطةُ نصفِ الثّوب تَعْسُر إذا أصدقها الخياطةَ - فلها نصفُ مهرِ المثل على قول ضمان العقد (٣) ، (٤ وعلى القول الثاني ٤) : نصفُ أُجرةِ الخياطةِ أو التعليم .

* * *

قاعدتان ينعطف حكمهما على المسائل

الأولى : أنا حيث أثبتنا الخيار من الجانبين، فلا نحكم بالملك قبل الاختيار - وإنْ فرعنا على الأصح في أنّ الصداق يتشطّر بنفس الطلاق - ولكن ننتظر ما يجري من اختيار أو توافق . ولا يكون هذا الخيار على الفور ، بل هو كخيار الرجوع في الهبة ، وإذا ثبت لها الخيارُ لم يسقط بالتأخير ، بل للزوجِ المطالبةُ بحقّه : إمّا القيمة ، وإمّا العين . فإن أَبَتْ حبس القاضي عينَ الصداق عنهما ، وامتنعَ تصرفُها كما في الرهن .

وإذا ثبت (٥ الخيارُ لها ٥) في صورة الزيادة المتصلة ، وأَصَرَّتْ على المنع ، باع القاضي من نصف (٦) الصداق ما بَقِيَ بنصفِ القيمة دون تقدير الزيادة . فإن كان لا يشتري النصف بأكثر من نصف القيمة ، فلا فائدةَ في البيع ، فالصحيح أنه يُسَلّم إليه ، ولكنْ لا يملكه ما لم يَقْضِ له القاضي به ؛ لأنه يُدْرَك بالاجتهاد . وفي نصِّ الشافعيِّ (رضي الله عنه) على هذا ، غلط مَنْ غلط ، حيث اعتبر القضاء في أصل التشطير .

---

(١) في (أ) : « إذا أصدقها » . (٢) في (ب) : « فلم تتقِنْه » والمعنى متقارب .

(٣) وهو ما رجحه المزني في مختصره ص (١٧٩) . والنووي في الروضة (٧/ ٣٠٦) . والبيضاوي في الغاية (٢/ ٧٦١) .

(٤) في (أ) : « وعلى الثاني » .

(٥) في (أ) : « لها الخيار » .

(٦) كلمة : « نصف » ساقطة من (ب) .

والثانية : ⁽¹ إذا مَسَّتِ الحاجةُ إلى القيمة ¹⁾ ، فأيُّ [2] قيمة تُعْتبر ؟ .

يُنْظر [3] : إن تلف في يدها بعد الطلاق و قلنا : إنه مضمون عليها ، فيعتبر يوم التلف . أما إذا تلف من قبل ، ⁽⁴ أو امتنع الردُّ إليه لِعَيْبٍ ⁴⁾ أو زيادةٍ : فالواجبُ عليها أقلُّ قيمة من يوم الإصداق إلى الإقباض ؛ لأنه إن نقص قبل الإقباض ، فهو من ضمان الزوج ، فلا يُحْسَب عليها [5] ، وإن [6] كان يحتمل أن يُقال : إن [7] كان المانعُ هو [8] الزيادة – والعينُ قائمةٌ – تُعْتبر [9] حالةُ التقويم ، لكن قُدرت الزيادةُ كالمفوِّت للرجوع .

* * *

---

(١) في (أ) : « إذا ثبتت الحاجة إلى القيمة » ، وفي (ب) : « إن الحاجة إذا مست إلى القيمة » .

(٢) في (ب) : « فأيةُ » .

(٣) (ب) : « نُظِر » .

(٤) في (ب) : « أو امتنع الرد بعيب » .

(٥) في (ب) : « فلا يجب عليها » .

(٦) ساقطة من (ب) .

(٧) في (أ) : « إذا » .

(٨) في (ب) : « هي » .

(٩) في الأصل : « بغير » .

الفصل الثالث

في التصرفات المانعة من الرجوع

وفيه مسائل :

إحداها[١]: إذا زال ملكها بجهة لازمة - من بيع، أو هبة، أو عتق - امتنع الرجوع وتقرر القيمة[٢].

وإن تعلَّق به حقٌّ لازمٌ من غير زوالِ ملكٍ ، كرهْنٍ أو إجارةٍ : فليس له الفسخُ ، وله طلبُ القيمة في الحال . فإن قال : أنتظر الفكاكَ للرجوع ، فلها إجبارُه على قبول القيمةِ خيفةً من غرر الضمان إن قلنا : إن الصداق بعدَ الطلاق مضمونٌ في يدها .

وإن قلنا : لا ضمانَ ، أو[٣] أبرأها من[٤] الضمان - حيث نُصحح الإبراءَ عن ضمانٍ ما لم يجبْ - فهل تلزمُها الإجابةُ ؟ فيه وجهان ، ومنشؤهما : أن هذا وَعْدٌ ، وربما يبدو له المطالبةُ بالقيمة ، وتخلو يَدُها في ذلك الوقت عن النقد . وإن قلنا : لا يلزمها الإجابةُ ، فلو لم تتفق المطالبةُ حتى انفكَّ ، فهل له [الآن][٥] التعلّقُ بالعين ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه لا مانع .

والثاني : لا ؛ إذ المانعُ نَقَل حقَّه إلى القيمة ، فلا يُنْقَض بعده .

الثانية : لو أصدقها عبدًا ، فَدَبَّرَتْه[٦] ، ثم طلقها ، نقل المزنيُّ أنه تتعين القيمةُ[٧] . فاختلف

---

(١) في (ب) : « الأولى » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وتعينت القيمة » .

(٣) في الأصل : « و » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « عن » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) الدُّبْر والدُّبُر : الظَّهر . وأما « التدبير » فهو يعني اصطلاحًا : « عتق العبد عن دبر سيده » أي : بعد موته . أو هو « تعليق عتق العبد بموت سيده » ويطلق على السيد « مُدَبِّر » ، وعلى العبد « مُدَبَّر » . انظر : مختار الصحاح ص (١٩٧) . تصحيح التنبيه ص (٩٧) . المصباح المنير (١ / ٢٨٩) . مادة (د ب ر) . أنيس الفقهاء ص (١٦٩) . كشاف اصطلاحات الفنون (٢ / ٢٥٤) .

(٧) انظر ما نقله في مختصره ص (١٨١) . وما نقله المزني هو المذهب كما في الروضة (٧ / ٣١١) .

الأصحابُ على ثلاث (١) طرق :

منهم من قطع بأنه غلط ؛ لأن التدبير لا يمنع إزالةَ الملك اختيارًا ، فكيف يمنع الرجوعَ قهرًا ؟! .(٢ ومنهم من قرَّرَ النصَّ ، وقال : التدبيرُ قربةٌ مقصودة ، فلا يتقاعد عن زيادة متصلة مقصودة لا تُؤَثر في زيادة القيمة ، فإنها تمنع الرجوعَ قَهْرًا ٢) . ومنهم من قال : المسألةُ على قولين يَنْبنيان على أن التدبيرَ وصيةٌ / أو تعليقٌ ؟. ١٧٨/ب

فإن قلنا : تعليقٌ ، فيمتنعُ الرجوعُ ؛ لأنّ إبطالَ التعليق بالتصريح به ممتنعٌ ، وهذا البناءُ ضعيفٌ ؛ فإنّ التعليقَ لا يمنعُ البيعَ ، فكيف يمنعُ التشطيرَ ؟! (٣) .

ثم اختلف المقرِّرون للنصّ في أن صريح تعليقِ العتِق ، هل يكون كالتدبير ؟ وأن الوصية بالعتق للعبد ، هل تكونُ كالتدبير ؟ وأن التدبير ، هل يمنع الرجوعَ في الهبة ورجوعَ البائع في العوض المُسْتَرَدّ عند رَدِّ المعَوَّض بالعيب ؟ والأظهر : أنه لا يمنع .

- **الثالثة** : إذا أصدقَها صَيْدًا - والزوجُ مُحْرِمٌ عند الطلاق - فإن قلنا : إنه يحتاج إلى الاختيار (٤) ، فهو كشراءِ المحرِمِ الصيدَ ، وفيه خلافٌ . وإن قلنا : يَنْقلبُ إليه (٥) ، فهاهنا وجهان (٦) :

أحدهما : أنه ينقلب إليه ؛ لأنه مِلْكٌ قهريٌّ [فهو] (٧) كالإرث (٨) .

---

(١) في (ب) : « ثلاثة » وهو أيضًا صحيح ؛ لأن لفظ « الطريق » يُذَكر على لغة « نجد » ، ويُؤَنَّث على لغة « الحجاز » ، وبالتذكير ورد القرآن الكريم . انظر المصباح المنير (٢ / ٥٦٧) مادة (ط ر ق) .

(٢) ما بين الرقمين غير واضح في الأصل ، وواضح في (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « التَشَطُّر » .

(٤) في الروضة : ليس له الاختيار ما دام محرمًا . الروضة (٧ / ٣١٣) .

(٥) يعني : ينقلب إليه بنفس الطلاق .

(٦) يعني في عود النصف إليه وهو في الإحرام .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) رجح الغزاليُّ هذا الوجه في الوجيز (٢ / ٣٣) ، وانظرأيضًا روضة الطالبين (٧ / ٣١٣) .

والثاني : أنه كالشراءِ ؛ لأنَّ الطلاق إلى اختياره .

فإن قلنا : لا ينقلب ، فيرجع إلى نصف القيمة وإن كان المانعُ من جهته . وإن قلنا : ينقلب ، فكيف يجب إرسالُ نصف الصّيد ، أو كيف (١) يُمْسك ونِصْفُهُ لمحرِم ؟ وفيه خلافٌ يُبنى (٢) على أن المقدَّم عند التزاحم : حقُّ الله تعالى ، أو حقُّ الآدميِّ ، أم (٣) يتساويان ؟ فإن قَدّمنا حقَّ الله وَجبَ على الزوج الإرسالُ ، وغرم قيمةَ نصيبِها . وإن قلنا : حقّ الآدمي ، بَقِيَ مِلْكًا للمحرم للضرورة . وإن قلنا : يتساويان ، (٤ فإليهما الخيرة ، ٤) فإن أرسله (٥) الرجلُ برضاها غرم لها ، وإلّا بَقِيَ مشتركا .

الرابعة : إذا زال ملكها بِعْيبِ - أو هِبَةٍ لازمة - ثم عاد ، فهل يمتنع الرجوعُ ؟ فيه قولان ، مأخذُهما : أن الزائل العائد ، كالذي لم يَزُلْ [أو كالذي لم يَعُدْ] (٦) ؟ . وإن كان الطارىءهو الرهن والإجارة (٧) ، فإذا زال لم يمتنع الرجوع .

وترددوا في الكتابة والتدبير ، والصحيح : أنهما بعد الانقطاع لا يمنعانِ الرجوعَ عند الطلاق .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « وكيف » .

(٢) في (أ) : « ينبني » ، وفي (ب) : « مبني » .

(٣) في (أ) : « أو » .

(٤) في (ب) : « فإليهم الخيرة » وفي (أ) : « فإليهم الخيار » .

(٥) في (ب) : « أرسلها » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (ب) : « أو الإجارة » .

الفَصْلُ الرّابعُ

فيما لو وهبتْ الصداقَ من زوجها ، ثُمَّ طلَّقها

ونُقدم عليه مُقدّمتين :

إحداهما : أن الله تعالى قال : ﴿ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ ﴾ (١) .

أمَّا عَفْوُهنَّ ، فمعلومٌ أنّه يُوجب سقوطَ حقِّهنّ عن النصف الباقي ، إذا كان الصداق في الذّمّة .

أَمَّا الذي بيده عقدةُ النكاح ، فقد اختلفوا فيه (٢) :

فمذهبُ ابن عباس – وهو القول القديم – أن المراد به الوليُّ دون الزوج (٣) ؛ لأنه ذَكر الأزواجَ

---

(١) من الآية (٢٣٧) من سورة (البقرة) .

(٢) وسبب الخلاف ، هو الإشكال في المراد بـ « من الذي بيده عقدة النكاح ؟ » . فذهب الشافعي في قوله الجديد ، وأبو حنيفة وأحمد – في ظاهر الرواية – إلى أن المراد به هو « الزوج » ، وذهب مالك (رحمه الله) إلى أن المراد بذلك هو « الولي » .

ومعنى الآية على القول الأول : أن المرأة إذا فَرَضَ لها مهرًا ، ثم طلق قبل الدخول ، وجب لها نصف المهر ، إلا أن تعفو عن حقها ، وتترك ذلك النصف للزوج ، فلا تأخذ منه شيئًا ، أو يعفو الزوجُ عن حقه – وهو النصف – فيكون المهر كلُّه للمرأة . ومعني الآية على القول الثاني : أن المرأة إذا فُرِض لها مهر ، وطلقت قبل الدخول ، وجب لها نصف المهر ، إلا إذا عفت عن ذلك النصف – إن كانت أهلًا للتصرف ، بأن لم تكن صغيرة أو محجورًا عليها – أو يسقطه وليها إن لم تكن أهلًا للتصرف . وقد احتج كل من الفريقين لما ذهب إليه وعوّل عليه . انظر ذلك في : أحكام القرآن للجصاص (١/ ٦٠٠) أحكام القرآن لابن العربي المالكي (١ / ٢٩٣ ، ٢٩٦) . بداية المجتهد لابن رشد (٢ / ٢٩) المغني لابن قدامة (٦ / ٧٢٩) . تفسير النصوص في الفقه الإسلامي (١ / ٢٦٣ - ٢٧٣) .

(٣) رُوِيَ عن ابن عباس (رضي الله عنهما) كلا القولين – الزوج والولي – فروى ابنُ أبي شيبة في مصنفه (٣ / ٥٤٥) . بإسناده عن ابن عباس قال : « الذي بيده عقدة النكاح : الزوجُ » . وكذلك روى عنه البيهقي في سننه الكبرى (٧/ ٢٥١) . وقد روى عنه عبد الرزاق في مصنفه (٦/ ٢٨٣) والبيهقي في سننه الكبرى (٧/ ٢٥٢) في قوله =

بصيغة المخاطبة ، فقال : ﴿ .... فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ ... ﴾ . وهذا بصيغة المغايبة [١] ؛ ولأنه عطف على عفوها ، [٢] فليحمل على من [٢] يوجب [عَفْوُه] [٣] سلامةَ الصداق له .

ومذهب عليٍّ [٤] وابن جريج [٥] وابن المسَيِّب [٦] (رضي الله عنهم) أن المراد به الزوج – وهو الجديد [٧] – ؛ لأنه ذكر عَفْوَها الموجِبَ [٨] لخلوصِ الجميع له . ثم ذكر عَفْوَه الموجِبَ لِخلوص الجميعِ لها . وهذا يؤيّد قولَ الحاجة إلى الاختيار ، ولأنه قال : ﴿ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰ ﴾ [٩] .

= تعالى : ﴿ أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ﴾ هو أبو الجارية البكر ، جعل الله العفو إليه ، ليس لها معه أمر إذا طلقت ، ما كانت في حجره » .

(١) في (أ) ، (ب) : « بصيغة الغائب » يعني قوله تعالى : ﴿ أو يعفو الذي ... ﴾ .

(٢) في (أ) : « فيحمل على ما » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) مذهب علي (رضي الله عنه) رواه عنه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣ / ٥٤٥) بإسناده إليه أنه الزوج . ورواه عنه أيضًا البيهقي في سننه الكبرى (٧ / ٢٥١) .

(٥) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جُرَيج ، من فقهاء أهل مكة وقُرّائهم ممن جمع وصنف وحفظ ، وهو أحد الأئمة الأعلام ، وأول من صنف في الإسلام ، وأصله « رومى » .

انظر ترجمته في : مشاهير علماء الأمصار لابن حبان ص (١٤٥) . تذكرة الحفاظ للحافظ الذهبي (١ / ١٦٩) . تهذيب التهذيب لابن حجر (٦/ ٤٠٨) . المغني في ضبط أسماء الرجال ص (٥٩) . وأما ما حكاه عنه الإمام الغزالي ، فلم أجده منسوبًا إليه ، بل هو ضمن رجال إسناد ابن عباس الذي فيه أن المراد به « الولي » . انظر المصنف لعبد الرزاق (٦/ ٢٨٣) . والمصنف لابن أبي شيبة (٣/ ٥٤٦) .

(٦) هو سعيد بن المسيب بن حزن ، كان مولده لسنتين مضتا من خلافة عمر الفاروق (رضي الله عنه) . وكان من سادات التابعين ، فقهًا وورعًا ، وعبادة وزهدًا ، وعلمًا وعملًا ، وهو أحد الفقهاء السبعة بالمدينة . توفى (رحمه الله) سنة (٩٣) هـ . انظر ترجمته في مشاهير علماء الأمصار ص (٦٣) . سير أعلام النبلاء (٤/ ٢١٧) . تذكرة الحفاظ (١/ ٥٤) .

أما مذهبه فقد رواه عنه عبد الرزاق في مصنفه (٦/ ٩٢٤٨) . وابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٥٤٤) . والبيهقي في سننه الكبرى (٧ / ٢٥١) .

(٧) انظر الأم (٥ / ٧٤) .

(٨) كلمة : « الموجب » ساقطة من (أ) .

(٩) من الآية (٢٣٧) من سورة (البقرة) .

وعفوُ الوليِّ ، لا يُوصَف بذلك .

التفريع : إن مَنَعْنا عَفْوَ الوليِّ – وهو القياس – فلا كلامَ . وإن أثبتنا عَفْوَه ، فهو مُقَيَّدٌ بخمسِ شرائط :

– أن يكون الوليُّ مجْبِرًا ، كالأب والجدِّ .

– وأن لا تكون مالكةً أَمْرَ نفسِها (١) .

– وأن يكون قبل المسيس ، (٢ فأمّا ما بعده تعطيلٌ لحقها ٢) .

– وأن يكون بعدَ الطلاقِ لا قبْلَه . فإن كان معه – بأن اختلعها بالمهر – ففيه تردّدٌ ، والأظهرُ : (٣ أنه كالمتأخِّر ٣) .

– وأن يكون الصداقُ دَيْنًا (٤) ؛ إذْ لفظُ العفو إنما يُسْتعمل فيه لا في العين (٥) . وقال الشيخ أبو محمد : العينُ في معنى الدَّين في حكم القياسِ والمصلحةِ ؛ لأنه جُوِّزَ رخصةً ؛ لِتخليصِها إذا مسَّت الحاجةُ [إليه] (٦) . ثم اختلف الأصحاب في [ثلاث] (٧) مسائل :

إحداها (٨) : أنه هل يعفو عن مهر الصغيرة المجنونة (٩) ؟ فقيل : نعم ؛ للعموم . وقيل : لا ؛ لأن الغرضَ تخليصُها لِتَنْكح غَيْرَه (١٠) ، وهذه (١١) لا يُرْغَب فيها (١٢) .

---

(١) أي أن تكون بكرًا عاقلا صغيرة .

(٢) في (أ) : « فإنّ ما بعده تعطيل لها » ، وفي (ب) : « فإن ما بعده تعطيل لحقها » .

(٣) في (أ) : « أنه يجوز » .

(٤) الدَّيْن : هو المستقر في الذمة كالأموال .

(٥) كالدار المعينة أو الجهاز المعين وغيره .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في (ب) : « الأولى » .

(٩) هذا تفريع على القول القديم ، والجديدُ المنعُ .

(١٠) في (ب) : « لِيَنْكحها غَيْرُه » .

(١١) في الأصل : « وهذا » .

(١٢) يعني أنها إذا طُلقت ، ولم تأخذ حقها كاملًا ، فاتت مصلحتُها ، ثم لا يرغب أحد في الزواج منها .

الثانية : البكرُ البالغُ [(١)] ، قيل : يعفو عن مهرها ؛ للعموم . وقيل : لا ؛ لأنها مالكةٌ أَمْرَ نفسِها ، وعلى هذا ينبني أن الوليَّ ، هل يَسْتقلُّ بقبض صَداقها ؟ وكأنّ منْ جوَّزَ ذلك ، سحبَ ولايتَه [(٢)] على عوض البضْع ؛ لِتعلُّقِه بالبضع .

الثالثة : البكرُ الصغيرة ، إذا زُوِّجتْ وثَابَتْ [(٣)] في صلب النكاح بوطءِ شبهةٍ ، فالظاهر : أنه ليس للوليِّ العفوُ ؛ لأن عقدة النكاح ليست بيده الآن .

المقدمة الثانية :في ألفاظ العفو . إذا كان الصداقُ دَيْنًا : يسقط بلفظ « العفو » و « الإبراء » ، ولا يحتاج إلى القبول على الصحيح . ولو قالت : « وهبتُ » فهل يفتقر إلى القبول ؟ فيه وجهان [(٤)] . وإن [(٥)] كان عينًا لم يَسْقط بلفظ « الإبراء » وإن قَبِل . وفي لفظ « العفو » ترددٌ ، والأشهرُ : أنه كلفظ « الإبراء » . وقال القاضي : يكفي ذلك في الصداق خاصّةً ؛ لعموم الآية .

رجعنا إلى المقصود ، فنقول : [(٦)] في رجوع الصداق [(٦)] إلى الزوج - قبل الطلاق - خمسُ صور : ١٧٩/أ

إحداها : أن يكون بمعاوضة / فإذا طلّق ، رجع إلى القيمة ، سواء كان محاباة أو بثمن المثل .

الثانية : أن يرجع بِهِبةٍ ، [(٧)] وهل يَمْنع الرجوع [(٧)] بالقيمة عليها ؟ فيه قولان [(٨)] .

الثالثة : أن يكون دَيْنًا ، ورجع [(٩)] بالإبراء فطريقان :

---

(١) في (ب) : « البالغة » . (٢) في (أ) : « ولايتها » .

(٣) أي صارت ثيبًا . (٤) أصح الوجهين أنه لا يفتقر إلى القبول ، وبه قطع البغوي . انظر الروضة (٧ / ٣١٥) .

(٥) في (ب) : « وإذا » . (٦) في (ب) : « لِرجوعِ الصداق » .

(٧) في (ب) : « وهل يمتنع رجوعه » .

(٨) أحدهما : - وهو القديم وأحد قولي الجديد - : أنه لا يرجع عليها بشيء .

والثاني : - وهو الأظهر عند الجمهور - : يرجع بنصف بدله ، المثل أو القيمة . انظر روضة الطالبين (٣١٦) .

(٩) في (ب) : « ويرجع » .

– منهم مَنْ قطع بأنه لا يرجع بالقيمة (١) .

– ومنهم من قال : قولان .

الرابعة : أن يكون بهبةِ الدَّيْنِ ، وفيه قولان مُرتَّبان ، وأولى بالرجوع .

الخامسة : أن يكون بهبةِ الدينِ المقبوضِ ، وفيه قولان مرتبان ، (٢وأولى بأن يرجع ٢) .

تَوْجِيهُ أَصْلِ الْقَوْلَيْنِ

مَنْ قال : « لا يرجع » ، جعل هبةَ الصداق كتعجيل رَدِّه (٣) إليه قبل الطلاق . ومَنْ قال : « يرجعُ » أنكر أن تكونَ الهبةُ تعجيلًا (٤) ؛ إذ لو صرّح بالتعجيل لم يَصحَّ ، بل الهبةُ سببٌ مستأْنَفٌ لا يغيِّر حكمَ الطلاقِ . وترتيبُ الإبراءِ على الهبةِ ، سَبَبُه : أن الإبراءَ يُضاهي الإسقاط [من وجه ، ولكن لا يشترط فيه القبول في ظاهِرِ المذهب] (٥) ويجري القولان في الفُسُوخِ ، وكلٌّ جهة (٦) تقتضي الرجوع إلى عوض ، حتى لو باع عبدًا بجارية (٧) ، فوهب منه العبد ، ثم أراد ردَّ الجارية بالعيب : لم يَجُزْ له طلبُ قيمةِ العبدِ على هذا القول ، ويمتنعُ (٨) بسببهِ رَدُّ الجارية عند بعضهم ؛ لِعُرُوِّه عن الفائدة .

فَرْعَانِ

أحدهما : لو وهبت (٩) من الزوج نصفَ الصداقِ ، ثم طلَّقها ؟ فإن قلنا : الهبةُ لا تمنعُ الرجوعَ ، فله الرجوعُ بالنصف . وفي كيفيّته ثلاثةُ أقوال :

---

(١) قال في الروضة : « لو كان الصداق دينًا ، فأبرأته منه ، لم يرجع على المذهب » . (٧ / ٣١٧) .

(٢) في (ب) : « وأولى بالرجوع » .

(٣) في الأصل : « كتعجيل ردٍّ » . وفي (أ) : « كتعجيل الردّ » ، والمثبت من (ب) .

(٤) في (أ) : « تُعَجّل » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « وكل هبة » .

(٧) في (ب) : « لجارية » وهو خطأ واضح .

(٨) في (أ) : « ويمنع » .

(٩) في (ب) : « لو وُهِبَ » .

أحدها : أنه يرجع إلى النصفِ الباقي [(١)] ليَتخْلُصَ له الكُلُّ ، وانحصر هِبَتُها في نصيبِها ، وهو المستيقن [(٢)] ، وهذا يُعرف بقول الحصر .

والثاني : أنه يرجع إلى نصف الباقي ، ورُبعِ قيمةِ الجملةِ ؛ إذ لابُدَّ من الإشاعة ؛ فإن الحصْرَ تحكمٌ .

والثالث : أن الإشاعةَ حَقٌّ ، ولكن تَؤَدّي إلى تبعيض حقِّ الزوجِ ، فله الخيارُ ، إن شاء طلبَ قيمةَ النصف ، وإن شاءَ رجعَ إلى نصف الباقي وربعِ قيمة الجملة .

وتجري الأقوالُ فيما لو أصدقَها أربعين من الغنم ، فأخرجتْ واحدةً للزكاة ، ثُمَّ طلَّقها ، ففي قول : يرجع إلى عشرين من الباقي ، وتنحصر زكاتها [(٣)] في نصيبها . وفي قول : يرجعُ إلى نصف الباقي وبقيّةِ القيمة .

وفي قول : يتخيَّرُ بين ذلك ، وبين قيمة العشرين . وكذلك تجري فيما لو وهبت النصفَ من الأجنبيِّ [(٤)] .

أَمَّا إذا فرعنا على أنّ الهبةَ تمنعُ الرجوعَ ، فإن قلنا بالحصر :

فمنهم مَنْ حصر الهبةَ في جانبها ، وأثبت للزوج الرجوعَ بالنصف الباقي [(٥)] ليخلُصَ له الكُلُّ .

ومنهم من حصر [الهبة] [(٦)] في جانبه ، وجَعل الموهوبَ كأنه المعجّل ، فلا يبقى له حقٌّ [(٧)] في التشطير ، فكأنه عجَّل ما يستحق من النصف بالطلاق قبل المسيس [(٧)] .

وإن قلنا بالإشاعة ، رجع إلى نصف الباقي ، وهو ربع الجملة . ولا يجري قولُ الخيار ؛ لأنَّا [(٨)]

---

(١) في (أ) : « الثاني » .

(٢) في (أ) ، (ب) وهامش الأصل : « المتيقن » .

(٣) في الأصل : « وتنحصر هبتها » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « أجنبي » .

(٥) في (أ) : « بالنصف الثاني » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٨) في الأصل : « لأنّ » .

على هذا القول - [نعني على قول مَنْع الرجوع] - [(1)] جعلناها معجّلة للربع ، فَيُضاف الربع الباقي إليه .

الفرع الثاني : إذا اختلعت المرأةُ قبل المسيس بعَيْنْ الصداق ، فينبغي أن تقول : « اختلعتُ بالنصف الذي يَبْقى لي » ، فإن قالت : « اختلعتُ بالنصف » مُطلقًا ، فعلى قول الحصر : ينحصر في نصفها ، ويصير كما لو صَرَّحَتْ بما يبقى لها ، وعلى قول الشيوع : يفسدُ نصفُ العوَض ، وفي الباقي قولا تَفْريقِ الصَّفقة . [(2)] فإن جوَّزْنا تفريقَ الصفقة [(2)] سَلِم للزوج من الصداق ثلاثةُ أرباعه : نصفٌ بحكم التشطير [(3)] ، وربعٌ بحكم الخلع ، ويرجع إلى قيمة الربع الباقي ، أو إلى نصف مهر المثل ؛ لأن ربع الصداق ، هو نصف عوض الخلع ، وفيه القولان المذكوران في فساد الصداق .

* * *

(1) زيادة من (أ) .

(2) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(3) في (أ) ، (ب) : « الشطر » .

الفصل الخامس

في المتعة [1]

وقد قال الله تعالى : ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ ﴾ [2] . فهي واجبة عندنا وعند أبي حنيفة (رحمه الله) . وقال مالك : إنها مستحبة [3] .

---

(١) المتاع لغةً : كلُّ ما يُنتفع به ، كالطعام وأثاث البيت . وأصلُ « المتاع » : ما يُتَبَلَّغ به من الزاد ، وهو اسمٌ من قولهم : « متعته بكذا » ، إذا أعطيته ذلك ، والجمعُ أَمْتِعة .

وتعريفُها شرعًا : « هي اسمٌ للمال الذي يدفعه الرجلُ إلى امرأته ؛ لمفارقته إياها » . ثم لفظ « المتعة » في الفقه يُطلق على أربعة معان :

(أحدها) : متعة الحج ، وهي أن يُحْرِم بالعمرة في أشهر الحج ، وبعد تمامها يُحْرِم بالحج ، وبالفراغ من أعمالها يحلّ له ما كان حرم عليه ، فمن ثَمَّ يُسَمَّى مُتَمتِّعًا .

(الثاني) : النكاح إلى أجل ، وهو نكاح المتعة ، وهو حرام .

(الثالث) : إمتاعُ المرأةِ زوجَها في مالها .

(الرابع) : متعة المطلقات ، وهو المراد بالبحث هنا . انظر : روضة الطالبين (٧ / ٣٢١) . االقوانين الفقهية ص (٢١٥) . المصباح المنير (٢ / ٨٥٧) مادة (م ت ع) . التعريفات ص (٦٦) . أنيس الفقهاء ص (١٤١) .

(٢) من الآية (٢٣٦) من سورة (البقرة) .

(٣) **مذهب الشافعي** : أن المتعة واجبة فيما إذا حصلت الفرقةُ لمفوّضة قبل الوطء ، وهو مذهبُ أبي حنيفة وأحمد . وزاد أبو حنيفة : وقبل الخلوة أيضًا . أما إنْ دخل بالمفوّضة - أو خلا بها عند أبي حنيفة - فلا تجب المتعةُ عنده ، وهو القديم من قولي الشافعي ، وإحدى الروايتين عن أحمد ، وإنما يجب - فقط - المسمّى أو مهر المثل . ولكنْ تُستحب المتعة .

ومذهب الشافعي - في الجديد - أن المتعة تجب لكلِّ مطلقة بعد الدخول ، وهو رواية عن أحمد .

ومذهب مالك : أن المتعة سنةٌ ، وليست واجبة مطلقا حتى للمفوضة ، فهي تستحق مَهْرَ المثل بالوطء فقط ، لا بموتٍ أو طلاقٍ ، حتى لو ماتت أو طلقت قبل الدخول أو الفرض ، فلا صداق لها . انظر : روضة للطالبين (٧ / ٣٢١) . مغني المحتاج (٣ / ٢٤١) . الغاية القصوى (٢ / ٧٦٢) . الهداية (١ / ٢٢٢) . العناية على الهداية (٣/ ٣٣٧). =

والنظر في : محل وجوبها ، وقدرها . أما المحلُّ ، فالنظر في المطلقات وأنواعِ الفراق . أما المطلقات فثلاثة أقسام (٠):

إحداها (١) : (٢ المطلقة المفوضة ، وهي تستحق المتعةَ مهما طُلقت قبل الفرض والمسيس ؛ إذ ليس لها نصفُ مهرٍ ٢) ، وفيها وردَ القرآنُ (٣) .

الثانية : مطلقةٌ استحقتْ شطْرَ المهر قبل المسيس ، فلا تستحقُّ المتعةَ ؛ لأنهما كالمتعاقبيْنِ في نصِّ القرآن .

الثالثة : وهي (٤) التي استقرَّ مهرُها بالمسيس ، ففيها قولان :

أحدهما : لا تستحقُّ ؛ إذ (٥) سَلِم (٦) لها جميعُ المهرِ .

والثاني : تستحقُّ ؛ لأن جميعَ المهر في مقابلة البضع (٧) ، فكأنَّها لم تستحقَّ للابتذال شيئًا .

وأما أنواع الفراق : ففي معنى الطلاق فراقُ اللعان ؛ لأنه يتعلق بمجردِ لعانه ، وكذا رِدَّتُه . وكلُّ فراقٍ (٨ مُشَطِّرٍ للمهر ٩) فيوجب المتعةَ إذا لم يُشَطِّرْ .

وأمّا ما يُسْند إليها (١٠) - كفسخها بعيبه ، أو فسخه بعيبها - فلا يُوجب المتعةَ .

= الدرالمختار(٣/١١٠). اللباب شرح الكتاب(٣/١٧). المدونة(٢/٢٢٩). الكافي(٢٩١). القوانين الفقهية ص (٢٤٤ وما بعدها) . المنتقى شرح الموطأ (٤ / ٨٨) . الروض المربع ص (٣٣٩) . المغني لابن قدامة (٦ / ٧١٤) .

(١) في (أ) : « فثلاثة أنواع » .

(٢) في (ب) : « أحدها » .

(٣) في (ب) : « المفوضة ، وهي تستحق مهما طلقت قبل الفرض والمسيس ؛ إذ ليس لها نصفٌ » .

(٤) يعني قولَه تعالى ﴿ لا جُناحَ عليكم إنْ طلقتم النساءَ ما لم تمسوهنَّ أو تفرضوا لهن فريضةً ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعًا بالمعروف حقًّا على المحسنين ﴾ [البقرة : ٢٣٦] .

(٥) في (ب) : « هي » .

(٦) في الأصل : « إذا » .

(٧) في (ب) : « يَسْلم » .

(٨) وهذا هو الأظهر . انظر الروضة (٧ / ٣٢١) . الغاية (٢ / ٧٦٢) .

(٩) في (ب) : « يشطر المهر » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « وأما ما يَسْتند إليها » .

ونقل / المزنيُّ في فسخها بِجَبِّه : أنه يُثبت المتعة ، واتفقوا على تغليطه (١) . ١٧٩/ب

وأما الخلع ، فقد ترددوا فيه من حيث إنه مشطّر ، ولكنه يتعلّق برضاها وجانبها (٢) .

وأمّا ما لا يتعلق بالجانبين - كالانفساخ برضاعٍ مُحَرِّمٍ - فيوجبُ المتعة ؛ لأنها تأذَّتْ بالفِراق وإن لم يُؤْذِها الزوجُ ، وكأنَّ المتعة جَبْرٌ لأذى الفِراقِ ، إذا (٣) لم يُجْبر بالمهر .

وأما المتوفَّى عنها زوجُها ، فلا خلافَ في أنها (٤) لا متعة لها ، لأنها مُتَفَجِّعة ، لا مُسْتوحِشة .

النظر الثاني : في قَدْرها (٥) . وفيه وجهان :

أحدهما : أنَّ أقلَّ ما يُتَمَوَّل به . يعني فلا تقدير فيه .

والثاني : أنه يجتهد فيه (٦) القاضي ، (٧ فما يراه لائقًا بالحال ، يُقَدِّرْه ٧) . وقيل : ينظر القاضي إلى حاله في اليسار والإعسار . وقيل : بل إلى حالها (٨) ومنصبها .

والصحيح : أنه ينظر إليهما جميعًا . وقال الشافعي (رضي الله عنه) : « يفْرض القاضي (٩) لها مِقْنَعةً (١٠) أو خاتمًا أو ثَوْبًا » .

والأصلُ : أنّه لا ضابطَ فيه إلا الاجتهادُ كما في التعزيرات ، فإنها على قدر الجنايات ، وعلى

(١) أي على تغليط المنقول .

(٢) والصحيح أن الخلع كالطلاق يُثْبت لها المتعة حيث يُثْبته الطلاق . انظر الروضة (٧ / ٣٢١) .

(٣) في (ب) : « وإن » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أنه » .

(٥) في الأصل : « في قدره » .

(٦) في (ب) : « فيها » .

(٧) في الأصل : « فيما يراه لائقًا بالحال يقدره » ، وفي (ب) : « فيما يراه لائقا بالحال ، فيقدره » .

(٨) في (ب) : « حالتها » .

(٩) كلمة : « القاضي » ساقطة من (أ) .

(١٠) المقنعة : ما تستتر به المرأةُ رأسها .

قدر أخلاق [1] الجناةِ في الغرامة والسَّلامة .

ثم لا يُزَاد [في] [2] المتعة على نصف المهر ؛ كما لا يُزَاد التعزيرُ على الحدّ . ثم إن لم يكن في النكاح مهرٌ ، فمردُّ المتعةِ إلى نصف مهر المثل ، فَلْتُنْقَصْ عنه .

* * *

(١) في (أ) : « اختلاف » .

(٢) زيادة من (أ) .

الباب الخامس

في النزاع في الصداق

وفيه مسائل خمس :

الأولى : إذا تنازعا في مقدار الصداق ، أو جِنْسِه ، أو صِفَته - كما وصفْناه في البيع - تحالفا . وإن كان بعد الموت ، جرى التحالف مع الوارث ، لكنِ الوارثُ النّافي يحلف على نَفْيِ العلم ، والمثْبِتُ يحلف على البَتِّ . وكذلك يجري التحالفُ بعد ارتفاع النكاح ؛ لأنَّ الصداق مُستقِلٌّ بنفسه . وفائدةُ التحالفِ فيه : انفساخُ الصداقِ ، والرجوعُ إلى مهر المثلِ على الأقوال كلِّها ؛ لأن مَنْشَأَ التحالفِ الجهلُ بمقدار الصداق ، فلا يمكن الرجوعُ إلى القيمة . وقال ابنُ خيران : « إذا كان ما تدَّعيه المرأة [١] أقلَّ من مهر المثلِ ، فلا ترجع إلى مهر المثل ، بل يكفيها ما تدعيه » . وهو بعيدٌ ؛ لأنَّ رجوعَها إلى المهر بجهة الفسخ يُخالف جهةَ الدعوى .

ولو ادَّعتِ المرأةُ التسميةَ ، وأنكرَ الزوجُ أصلَ التسمية : تَحَالَفَا . وإنما يُفيد ذلك إذا ادَّعتْ زيادة على مهر المثل . وفيه وجه : أنَّ القولَ قولُه ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ التسمية . وهو ضعيفٌ ؛ لأنَّ حاصلَ النزاعِ يرجعُ إلى أنَّ الثابتَ مهرُ المثلِ أو أكثرُ .

الثانية : لو اعترف الزوجُ بالنّكاحِ ، وأنكر أصلَ المهر ، أو سكت عنه ؟ قال القاضي : لها مهرُ المثلِ ، ولكن نُحَلِّفُها ؛ لأنّ الظاهرَ معها ، وزاد فقال : لو قال : هذا الصبيُّ ابني من فلانة ، فلها مهرُ المثل إنْ حلفت ؛ لأنّ الظاهرَ أن الولدَ يكونُ من وطءٍ محْتَرَمٍ ؛ فإن استدخالَ الماء بعيدٌ . وما ذكره فيه نظرٌ ؛ لأن هذا يدل على أصل المهر ، فأمَّا مقدارُه فلا يدلّ عليه ، فإن إنكاره أصلَ المهرِ أبلغُ من إنكارِه بعضَ المهرِ ، وذلك يوجب التحالف ، نعم ما ذكره يُستمدّ من مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) حيث قال : لو تنازعا ، وكان ما تدّعيه المرأةُ مقدارَ مهرِ المثلِ ، فالقولُ قولُها ، ولا تُحَالَف [٢] . ونحن لا ننظر إلى ذلك .

---

(١) كلمة : « المرأة » ليست في (ب) .

(٢) انظر الهداية (١ / ٢٣٠) . حلية العلماء (٦ / ٥٠٢) .

الثالثة : لو تنازع الزوجُ ووليُّ الصبيةِ في مقدار المهر ، هل يتحالفان ؟ فيه وجهان (١) ، ووجْهُ تحليفِ الوليِّ أنه مقبولُ الإقرار فيه ، فلا يَبْعُد أن يُحلّف ، وحيث لا يُقبل إقرارُه فلا يحلف .

ويجري هذا الخلاف في الوصيّ والقيِّم والوكيل فيما (٢) يتعلق بإنشائهم . أمَّا إذا ادَّعى الوليُّ على إنسانٍ أنه أتلفَ مالَ طفلٍ ، فَنَكَلَ المدَّعَى عليه : فالظاهر أنه لا تُرَدُّ اليمينُ على الوليِّ ؛ لأنه لا يتعلق بإنشائه ، ولكن لا يُقْضى بنكوله عليه ، ويتوقف إلى بلوغِ الصَّبي حتى يحلف . وعن هذا قال بعضُهم : لا تُعْرض اليمينُ عليه ، بل يُتَوَقَّف في أصلِ الخصومة ، لأنه لا يعجز عن النكول . ومن أصحابنا من قال : تُرَدُّ اليمينُ على الوليِّ هاهنا أيضًا (٣) . فلو نكل ، هل يُقضى على (٤) الطفل بنكوله ، أم له أن يحلف بعدَ البلوغ ؟ فيه وجهان .

الرابعة : لو ادَّعت ألفين في عقديْنِ ، أحدُهما يومَ الخميس ، والآخرُ [يوم] (٥) الجمعة وأقامت البينةَ : استحقَّتْ ، وحُمِلَ على تخلُّلِ الطلاق . فإن ادَّعى الرجلُ أنَّ الطلاقَ قبل المسيس - لِيسقط النصفُ - وما أقامتْ بينةً على المسيس ؟ قلنا له : النكاحُ مُثْبِتٌ للكُلِّ ، وعليك بيانُ المسْقِط (٦) .

---

(١) وأصحهما أنهما يتحالفان . انظر الروضة (٧ / ٣٢٦) . المنهاج مع المغني (٣ / ٢٤٣) . الغاية القصوى (٢ / ٧٦٣) .

(٢) في الأصل : « مما » .

(٣) ليست في (أ) .

(٤) في الأصل : « إلى » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) قال الحموي : « قوله في الباب الخامس في الصداق : (الرابعة : لو ادعت ألفين في عقدين أحدهما يوم الخميس والآخر يوم الجمعة فأقامت البينة ، استحقت الكل وحمل على تخلُّل الطلاق ، وإن ادعى الرجل أن الطلاق وقع قبل المسيس ليُسْقِطَ النصفَ قلنا له : النكاح يثبت الكلَّ وعليه بيانُ المسقط) .

قلت : ما ذكره هاهنا يخالف ما ذكره في النظر الرابع في النزاع في الإضافة إلى قوله الثاني : إذا قالت : طلقتني بعد المسيس فلي كمال المهر ، فالقول قوله .

قلت : ظاهر كلامه يدل على أنه لا يكتفي منه باليمين بل لابد من إقامة البينة ، وفي المسألة الأخرى تقتضي أن يكون القول قوله وليس كذلك ؛ فإن الإمام ذكر في نهاية المطلب : إذا ادعى رجلٌ أنه لم يصبها في النكاح الأول ، فالقول قوله مع يمينه ، فعلى هذا تكون المسألتان واحدة . والجواب : أن مراده بيان المسقط للنصف إما بيمينه وإما ببينةٍ تشهد على إقرارها أن الزوج لم يُصِبْها ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (ق ١٤٧ / ب ، ١٤٨ / أ) .

الخامسة : لو كان في ملكِ الرجلِ أبوها وأُمُّها ، فأصدَقَها أحدَهما على التعيين ، لكن تنازعا ، فقالت / المرأة : أصدقْتَني الأمَّ [(١)] . وقال الزوجُ : أصدقتُكِ الأبَ : تحالفا . وفيه ١٨٠/أ
وجهٌ : أنهما لا يتحالفان ؛ لأنَّ الصداقَ عقدٌ مستقِلٌ بنفسه ولم يَتَّفِقَا على صداق واحدٍ ، فهو كما لو قال : « بِعْتَني الجاريةَ بدينار » فقال : « بل [(٢)] بعتُكَ العبْدَ بدرهم » فإنهما لا يتحالفان . وهذا ضعيفٌ ؛ لأن الصداقَ له حكمُ الأعواضِ .

ثم لو تحالفا ، رجعت إلى مهر المثل ، وَرَقَّتِ الأمُّ ، وعَتَقَ الأبُ [على الزوج] [(٣)] بإقراره ، ولا يرجع إليها بقيمته ؛ لأنها مُنْكِرةٌ ، وولاؤه موقوفٌ ؛ إذ لا مُدَّعِيَ له .

ولو حلف الزوج [(٤)] ، ونكلتِ المرأةُ : رقَّتِ الأُمُّ ، وحُكم بأنّ الصداق هو الأبُ وعَتق ، ولا ولاء لها ؛ لإنكارها .

أما إذا قال الزوج : « أصدقتُكِ الأبَ ونصْفَ الأُمِّ » وقالتْ [(٥)] : « بل أصدقْتَهما جميعًا » ، فإذا تحالفا ، رجعتْ إلى مهر المثل وعتقَ الأبُ ؛ لأنه مُتَّفَقٌ عليه ، وعليها قيمتُه ، وعَتق نصفُ الأمِّ ، والباقي يُعْتق بالسِّراية إن كانت موسرة .

وقد تَمَّ كتابُ الصَّداقِ ، ونُرْدِفُه بباب [في] [(٦)] الوليمة والنَّثْر على ترتيب الشافعي (رضي الله عنه) وفيه فصول ثلاثة :

* * *

---

(١) في (أ) : « أمي » .
(٢) كلمة : « بل » ساقطة من (أ) .
(٣) زيادة من (ب) .
(٤) في (أ) : « الرجل » .
(٥) في الأصل : « وقال » .
(٦) زيادة من (ب) .

[الوليمة والنَّثْر] (١)

الفصل الأول

في وجوبها ، ووجوبِ الإجابة

فنقول : الوليمةُ عبارةٌ في اللغة عن مَأْدُبةٍ ، سببُها سرورٌ ، من ختانٍ (٢) ، أو قُدوم (٣) ، أو إملاك (٤) . لكنا نريد به مأدبةَ العرس ؛ فإن الأمر فيه مُؤَكَّد ؛ كان رسول الله ﷺ لا يترك الوليمة ، في حضر ولا سفر . وأَوْلَمَ على صفية بسَوِيق (٥) وتمر في السفر (٦) . وقال لعبد الرحمن

---

(١) الوليمة : طعام العرس . وقيل : كلُّ طعام صُنع لعرس وغيره . والفعلُ منه : أولم ، يُولم . انظر : مختار الصحاح ص (٦٣٦) . النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير (٥/٢٢٦) . لسان العرب (٦/ ٤٩١٩) . مادة (ول م) .

وأما « النثر » فهو رَمْيُك الشيءَ بيدك ، ترمي به مُتفرّقا . ويقال له أيضًا : النِّثار . انظر : تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ٢ / ٣٠) . اللسان (٦ / ٤٣٣٩) . مادة (ن ث ر) .

(٢) الختان : موضعُ القطعِ من الذكر ، وتُسَمى الدعوةُ للختان : ختانًا . وخَتَنْت الصبيَّ ، من باب « ضرب » و « نصر » . وقيل : الختنُ للرجال ، والخفْض للنساء . انظر : مختار الصحاح ص (١٦٩) . النهاية في غريب الحديث والأثر (٢ / ١٠) . المصباح المنير (١ / ٢٥٣) . اللسان (٢ / ١١٠٢) . مادة (خ ت ن) .

(٣) يعني قدوم غائب من سفر ونحوه .

(٤) الإملاك : التزويج . ويقال للرجل إذا تزوج : قد ملك فلانٌ . ويقال : شهدنا إملاكَ فلانٍ ، ومِلاكَه ، أي : عَقْدَه على امرأته . ويقال : أُملك فلانٌ : إذا زُوِّج . وأملكْنا فلانًا فلانة : إذا زوجناه إياها . انظر : مختار الصحاح ص (٦٣٣) . النهاية في غريب الحديث (٤ / ٣٥٩) . اللسان (٦ / ٤٢٦٨) مادة (م ل ك) .

(٥) السويق : ما يعمل من الحنطة والشعير .

(٦) حديث صحيح : رواه أبو داود (٤ / ١٢٦) (٢١) كتاب « الأطعمة » (٢) باب في « استحباب الوليمة عند النكاح » حديث (٣٧٤٤) . ورواه الترمذي (٣ / ٤٠٣) حديث (١٠٩٥) . وابن ماجه (١ / ٦١٥) حديث (١٩٠٩) ، ورواه أحمد في مسنده (٣ / ١١٠) . وابن حبان في صحيحه (٦ / ١٤٥) كما في الإحسان ، جميعًا من طرق عن الزهري عن أنس به .

وروى البخاري (٩ / ١٤٠) (٦٧) كتاب « النكاح » (٦٨) باب في « الوليمة ولو بشاة » حديث (٥١٦٩) =

ابن عَوف : « أَوْلِمْ ولو بشاة » [1] .

وقال الشافعي (رضي الله عنه) في سائر الدعوات [2] : « مَنْ تركها لم يَبِنْ لي أنه عاصٍ كما تبينَّ لي في وليمة العرس » [3] . فاختلف الأصحابُ [4] : فمنهم من قال : فيه قولان . ومنهم من قطع بأنه لا تجب [5] ، وحَمَلَ الأمرَ على الاستحباب [6] ، وحمل كلامَ الشافعيِّ (رضي الله عنه) على ترك الإجابة إلى الوليمة . ومنهم من قطع بأن الإجابة أيضًا لا تجب ، وحَمل قولَه(عليه

= بإسناده عن أنس « أن النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها ، وجَعَل عِتْقَها صَدَاقها ، وأَوْلَم عليها بِحَيْس » .

ورواه مسلم في صحيحه (٢ / ١٠٤٤) حديث (١٣٦٥) بإسناده عن أنس أيضًا .

والحيس : هو التمر يُنْزع نواه ، ويُخْلط بالأَقِط ، أو الدقيق ، أو السويق . ولو جعل فيه السمن لم يخرج عن كونه حيْسًا . والأَقِطُ هو : جُبن اللبن المستخرج زبْدُه . انظر فتح الباري (٩ / ٤٥٥) .

(١) الحديث رواه البخاري (٩/١٣٩) (٦٧) كتاب « النكاح » (٦٨) باب « الوليمة ولو بشاة » حديث (٥١٦٧) . ومسلم (٢ / ١٠٤٢) حديث (١٤٢٧) . وأبو داود (٢ / ٥٨٤) حديث(٢١٠٩) والترمذي (٣ / ٤٠٢) حديث (١٠٨٤) . والنسائي (٦/١١٩) وابن ماجه (١/٦١٥) حديث (١٩٠٧) رووه جميعًا من طرق عن أنس بن مالك به .

قال الحافظ ابن حجر في شرح هذا الحديث : واستدل به على توكيد أمر الوليمة ... وعلى أن الشاة أقلُّ ما تجزىء عن الموسر ، ولولا أنه ﷺ أَوْلَمَ على بعض نسائه بأقل من الشاة – لكان يمكن أن يُستدل به على أنَّ الشاة أقل ما تجزىء في الوليمة ، ومع ذلك فلابُدّ من تقييده بالقادر عليها ، وأيضًا فيعكر على الاستدلال أنه خطابُ واحدٍ ، وفيه اختلافٌ ، هل يَسْتلزم العمومَ أم لا ؟ وقد أشار إلى ذلك الشافعيُّ فيما نقله البيهقي عنه قال : « لا أعلمه أَمَرَ بذلك غَيْرَ عبد الرحمن بن عوف » . فتح الباري (٩ / ١٤٣) .

(٢) كدعوة وليمة الختان ، أو قدوم مُسَافر ، أو غير ذلك .

(٣) حكاه عنه المزنيُّ في المختصر ص (١٨٤) .

(٤) قال في الروضة : « وأما الإجابة إلى الدعوة ، ففي وليمة العرس تجب الإجابة إن أوجبنا الوليمة ، وكذا إن لم نوجبها على الأظهر ... وأما غير وليمة العرس ،فالمذهبُ : أن الإجابة فيها مستحبة » . روضة الطالبين (٧/٣٣٣) . وانظر مغني المحتاج (٣ / ٢٤٥) .

(٥) أي : الوليمة .

(٦) يعني بالأمر قولَه ﷺ : « أولمْ ... » .

الصلاة والسلام): «من لم يُجبِ الداعيَ، فقد عصى أبا القاسم»[1] على أنه عَصَى في سيرته والاقتداء بمحاسن أخلاقه؛ إذ قال ﷺ: «لو أُهْدِيَ إليّ ذراعٌ لَقَبِلْتُ، ولو دُعِيتُ إلى كُراعٍ[2] لأجبتُ»[3].

ثم إن قلنا: تجب الإجابة، فيسقط الوجوبُ بأعذار:

الأول: أن يكون في الدعوة[4] شيءٌ من المنكرات. فإن كان يُهَاب ويرتفع ذلك بحضوره، فَلْيحضر، وإلّا فَلْيمتنع. فإن حضر، ورأى ذلك ولم يَقْدر على التغيير، فَلْيخرج؛ إذ الإقامةُ في مشاهدة المنكرات[5] حرامٌ.

---

(١) هو جزء من حديث رواه البخاري (٩/١٥٢) (٦٧) كتاب «النكاح» (٧٢) باب «من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله» حديث (٥١٧٧) بإسناده عن أبي هريرة (رضي الله عنه) أنه كان يقول: «شرُّ الطعام طعامُ الوليمة، يُدعى لها الأغنياء، ويُترك الفقراء، ومن ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله».

قال الحافظ ابن حجر في شرح هذا الحديث: أوَّلُ هذا الحديثِ موقوفٌ، ولكن آخره يقتضي الرفع، ذَكر ذلك ابنُ بطال، قال: «... ومثل هذا لا يكون رأيا، ولهذا أدخله الأئمة في مسانيدهم». فتح الباري (٩/١٥٣). وقد روى الإمام مسلم هذا الحديث في صحيحه مُصَرَّحًا فيه بالرفع إلى النبي ﷺ، ورواه أيضًا موقوفًا على أبي هريرة (رضي الله عنه). انظر صحيح مسلم (٢/١٠٥٥) حديث الباب (١١٠). وانظر حديث (١٤٣٢).

قال الإمام النووي: «ذكره مسلمٌ موقوفًا على أبي هريرة، ومرفوعًا إلى رسول الله ﷺ، وقد سبق أن الحديث إذا رُوِيَ موقوفًا ومرفوعًا، حُكم برفعه على المذهب الصحيح؛ لأنها زيادة ثقة». انظر صحيح مسلم بشرح النووي (٩/٢٣٧). وقد روى هذا الحديث أيضًا أبو داود في سننه (٤/١٢٥) حديث (٣٧٤٢) وابن ماجه (١/٦١٦) حديث (١٩١٣) جميعًا من طرق عن الزهري عن الأعرج عن أبي هريرة به.

(٢) الكُراع - بضم الكاف -: هو مُسْتدقّ الساق العاري عن اللحم، ويكون في البقر والغنم. وجمعه: «أكرع». وفي المثل «أُعطي العبد كراعًا فطلب ذراعًا» لأن الذراع في اليد، وهو أفضل من الكراع في الرِّجل. انظر: مختار الصحاح (٥٦٧) النهاية (٤/١٦٥). لسان العرب (٥/٣٨٥٨) مادة (ك ر ع).

(٣) الحديث رواه البخاري (٩/١٥٤) (٦٧) كتاب «النكاح» (٧٣) باب «من أجاب إلى كراع» حديث (٥١٧٨) ولفظة «لو دُعِيتُ إلى كراع لأجبتُ، ولو أُهدي إليَّ ذراعٌ، لقبلتُ» ورواه الترمذي (٣/٦٢٣) حديث (١٣٣٨) بإسناده عن أنس (رضي الله عنه) مرفوعًا.

(٤) في (ب): «الدعوى» وهو خطأ؛ لأن «الدعوة» من: دعا، يدعو. أما «الدعوى» فهي من: ادّعى، يدعي، ادعاءً. والاسمُ منه «الدعوى».

(٥) في (ب): «المنكر».

الثاني : أن يكون في البيت المدعُوّ إليه صورةٌ مصوّرة للحيوانات ، أو على الستور والسقوف ؛ فإن ذلك حرام . ولا بأس بصور الأشجار . وأما صورةُ الحيوانات ، فلا يُعْفى عنها إلا على الفُرُش وما تحت الأقدام ؛ لا [1] المنصوبة على صورِ الأصنام . والوسادةُ الكبيرةُ في الصدر ، في حكم المنصوب . وقد رَوَتْ عائشةُ (رضي الله عنها) أنه ﷺ رأى في داره [2] سُتْرةً عليها صورٌ ، فكان [3] يَدْنُو منها وينصرف ، فَعَل ذلك مرارًا ، ثم قال : « حطِّيها ، واتخذِي منها نمارقَ » [4] . ولا يجوز لبسُ الثياب وعليها صورُ الحيوان ، لا للرجال ولا للنساء . وأما نسْجُ تلك الثياب ، فجوَّزه الشيخ أبو محمد ؛ لأنه ينتفع به في الفُرُشِ ، إلا أن الظاهرَ تحريمُ ذلك ؛ لعموم الحديث ، حيث قال : « يُحْشر المصوِّرون يوم القيامة ، ويقال لهم : انفخوا الروحَ فيما خَلَقتم ، وما هم بنافخين ، ولا يُخفّف عنهم العذاب » [5] . نعم ، لا يَبْعُد أن يقال : ما اتخذوه يجوز أن

---

(١) في الأصل : « لأنه » . وفي (ب) : « لأن » . والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « دارها » .

(٣) في (ب) : « وكان » .

(٤) الحديث صحيحٌ بغير هذا اللفظ : رواه البخاري (٩/١٥٧) (٦٧) كتاب « النكاح » (٧٦) باب « هل يرجع إذا رأى منكرا في الدعوة ؟ » ، حديث (٥١٨١) بإسناده عن عائشة (رضي الله عنها) أنها اشترت نمرقة فيها تصاوير ، فلما رآها ﷺ قام على الباب فلم يدخل ، فعرفتُ في وجهه الكراهية ، فقلت : يا رسول الله ، أتوب إلى الله وإلى رسوله ، ما أذنبتُ ؟ فقال رسول الله ﷺ : « ما بالُ هذه النمرقة ؟ قالت : فقلت : اشتريتُها لك ؛ لِتَقْعُدَ عليها وتوسَّدها . فقال رسول الله ﷺ : « إن أصحاب هذه الصور يُعذبون يوم القيامة ، ويقال لهم : أحيوا ما خلقتم ، » وقال : « إن البيت الذي فيه الصور لا تدخله الملائكة » . ورواه مسلم في صحيحه (٣/١٦٦٦) برقم (٢١٠٧) مع تغيير في اللفظ وزيادة .

(٥) ورد مضمون هذا الحديث بغير هذا اللفظ ، ومن ذلك ما رواه البخاري (٤/٤٨٦) (٣٤) كتاب « البيوع » (١٠٥) باب « بيع التصاوير التي فيها روح ، وما يُكْره من ذلك » حديث (٢٢٢٥) بإسناده عن ابن عباس مرفوعًا : « من صوّر صورةً ، فإن الله مُعَذِّبه حتى ينفخ فيها الروح ، وليس بنافخ فيها أبدًا » .

ومنه ما رواه مسلمٌ في صحيحه (٣/١٦٦٩) برقم (٩٦) حديث الباب بإسناده عن ابن عباس مرفوعًا بلفظ : « إن أصحاب هذه الصور يعذبون ، ويقال لهم : أحيوا ما خلقتم » .

يُوطأ بالأقدام ، وقد قال (عليه الصلاة والسلام) : « لا تدخل الملائكةُ بيتًا فيه صورة » [1] . والظاهر أن الدخولَ مكروهٌ ، ومنهم مَنْ حرَّم ذلك .

الثالث : لو أحضر أقوامًا من الأراذل والسفلة ، وكانت مجالستُهم تُزْري بمنصبه ومروءته ، فالظاهرُ أنه لا تجب الإجابة .

الرابع : أن الصوم ليس بعذر ، بل يحضر . فإن صام عن فرضٍ أَمْسَكَ . وإن كان عن نفلٍ أفطر ، إلّا إذا علم أنه لا يعِزُّ على الداعي إمساكُه ، فعند ذلك يُمْسك أيضًا .

وحيث تجب الإجابةُ ، فإنما تجب إذا قصدَه الداعي ، فإن قال لغلامه : « ادْعُ مَنْ شئتَ » فلا تجب - على مَنْ دعاه الغلامُ - الإجابةُ [2] .

ولو دعا جماعةً - ولم يَقْصد الآحادَ - سقط الوجوبُ [3] بحضور جماعةٍ [3] ، كَرَدِّ السلام .

* * *

---

(١) ورد هذا الحديثُ عن بعض الصحابة ، وبألفاظ عدة ، ومنها : ما رواه البخاري في صحيحه (١٠/ ٤٠٥) كما في الفتح (٧٧) كتاب « اللباس » (٩٤) باب « لا تدخل الملائكة بيتًا فيه صور » حديث (٥٩٦٠) بإسناده عن ابن عمر قال : وعد جبريلُ النبيَّ ﷺ فَرَاثَ عليه حتى اشتدّ على النبي ﷺ فلقيه ، فشكا إليه ما وَجَدَ ، فقال له : « إنا لا ندخل بيتًا فيه صورة ، ولا كلب » . وقوله (فراث عليه) أي : أبطأ .

ورواه مسلم (٣/ ١٦٦٤) (٣٧) كتاب « اللباس والزينة » (٢٦) باب « تحريم تصوير صورة الحيوان ، وتحريم اتخاذ ما فيه صورة غير محرمة ممتهنة ، بالفرش ونحوه ، وأن الملائكة (عليهم السلام) لا يدخلون بيتًا فيه صورة ولا كلب » حديث (٢١٠٤) بإسناده عن عائشة . وحديث (٢١٠٦) عن أبي طلحة . ورواه أبو داود (٤ / ٣٨٤) حديث (٤١٥٢) عن علي ، وفيه زيادة « ولا جُنُب » . ورواه النسائي (٨/ ٢١٢) عن أبي طلحة ، في (٨/ ٢١٣) عن عليّ . ورواه الترمذي (٥/ ١٠٦) حديث (٢٨٠٥) عن أبي سعيد الخدري . ورواه ابن ماجه (٢/ ١٢٠٣) .

(٢) كلمة : « الإجابة » فاعلٌ للفعل « تجب » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بحضور بعض الجماعة » .

الفصل الثاني

في الضيافة

وفيه مسائل :

الأولى : أنه لا يُعَيِّنُ طعامًا [1] في الضيافة ، بل الخيَرة إلى المضِيف ، لكن في الوليمة / يَنبغي أن ١٨٠/ب يَتَّخذ ما يَليق بمنصبه وحاله .

الثانية : أنه لا يفتقر [2] إلى تصريح بالإباحة بعد إحضار الطعام . وقيل : لابد مِن لفظٍ كقوله : كلوا [3] أو الصلاة [3] .

الثالثة : الضيفُ يأكل ملكَ الغير بطريق الإباحة ، وله الرجوعُ . وقيل : إنه يملك ، لكن اختلفوا في وقته . منهم من قال : عند رفع اللقمة ، وقيل : عند الوضع في الفَمِ ، وقيل : عند المضْغ ، وقيل : عند الازدراد [4] نتبين أنه يملك مع الازدراد ، وقيل : لا يملك أصلًا [5] . وإنما هذه التردداتُ في وقت امتناع الرجوع عن الإباحة ، والقياسُ أنه لا يملك ، ولا يمتنع الرجوعُ إلا بالفوات .

الرابعة : زَلَّةُ الصوفية حرامٌ ، إلا إذا عَلِمَ يقينًا - بقرينة الحال - رِضا المالك ، فإنْ تردّد فيه ، فالظاهرُ التحريمُ [6] .

---

(١) أي لا يطلب الضيفُ طعامًا بعينه . وفي (ب) : « أنه لا يتعين طعام » يعني أنه لا يتعينُّ طعامٌ بعينه على المضيف ، بل يفعل ما يليق بحاله ومنصبه .

(٢) أي المضيف .

(٣) وهذا القول شاذ ضعيف . انظر الروضة (٧ / ٣٣٨) .

(٤) الازدراد : الابتلاع . يقال : زَرِدَ اللقمة : أي بلعها . وبابه « فهم » . انظر : مختار الصحاح ص (٢٧٠) . المصباح المنير (١ / ٣٨٥) مادة (ز ر د) .

(٥) وينبني على الاختلاف في تملك الضيف ، أن ما وُضِعَ بين يديه من طعام ، هل يجوز له أن يأخذه لبيته ، أو غير ذلك ؟ وهل يجوز له التصرفُ فيه ببيعٍ ، أو هبة ، أو إطعامه لحيوان ؟ فإن قلنا : يملك بوضع الطعام بين يديه ، فيجوز له ذلك ، وإلَّا فلا .

(٦) يحتمل أن يقصد بزلّة الصوفية التطفلَ ، وهو دخول الرجل الذي لم يؤذن له بالضيافة . وهذا حرام . ويحتمل =

الفصل الثالث

في نثر السكر والجوز

وفيه مسائل :

إحداها : أن النثر والالتقاط ، كلاهما مباحان ؛ لما رَوَى جابرُ بن عبد الله أن رسول الله (صلى الله عليه وعلى آله وسلم) حضر إملاكًا [(١)] ، فقال : « أين أطباقكم ؟ فأُتِيَ بأطباق عليها جوزٌ ، ولوز ، وتمر ، فَنُثِرَتْ ، قال جابر : فقبضنا أيدينا ، فقال (عليه الصلاة والسلام) : « ما لكم ، لا تأخذون ؟! » فقالوا : لأنك نهيتَنَا عن النُّهْبَى [(٢)] . فقال : « إنما نهيتُكم عن نُهْبَى العساكر ، خُذوا على اسم الله تعالى ، فجاذبَنَا وجاذبْنَاه » [(٣)] . قال الشافعي (رضي الله عنه) :

= أيضًا أن يحمل الضيفُ معه – بعد ضيافته – شيئًا من الطعام ، وهذا لا يجوز إلا إذا أخذ ما يَعْلم رضا المالك به ، وهذا يختلف بقدر المأخوذ وجنسه ، وبحال المضيف والدعوة ، فإن شك في وقوعه في محلّ المسامحة ، فالصحيح التحريم . انظر الروضة (٧ / ٣٣٩) .

(١) أي : عُرْسًا أو نكاحًا .

(٢) النَّهْب : الغنيمة . والجمع : نِهاب . وأما الانتهاب ، فهو أن يأخذها مَنْ شاء . ويقال : أنهب الرجلُ مالَه ، فانتهَبُوه ، ونهبوه ، وناهبوه . كلُّه بمعنى : أي أباحه لمن شاء . والنُّهْبَى : بمعنى النَّهب . انظر : مختار الصحاح ص (٦٨١) . اللسان (٦ / ٤٥٥٣) مادة (ن هـ ب) .

(٣) حديث ضعيف : رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣ / ٥٠) . ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ١٨٨) بإسناديهما عن معاذ بن جبل مرفوعًا به ، وليس عن جابر (رضي الله عنه) بل الحديث لا يُعْرف عنه كما قاله ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/ ٤٠٧) طبعة قرطبة. وفي إسناد هذا الحديث مجاهيلُ وانقطاعٌ ، ولا يثبت في هذا الباب شيءٌ كما قاله البيهقي في سننه الكبرى . وأما النَّهْيُ عن النُّهْبى فقد صح عن النبي ﷺ فيما رواه البخاري في صحيحه (٥/ ١٤٢) حديث (٢٤٧٤) بإسناده عن عبد الله بن يزيد الأنصاري عن النبي ﷺ أنه « نهى عن النُّهْبَى والمُثْلَة » .

قال البغوي في التعليق على هذا الحديث : « وتُتأوّل « النهبى » في الحديث على الجماعة ينتهبون الغنيمة ، فلا يُدْخلونه في القسم ، والقومِ يُقَدم إليهم الطعام ، فينتهبونه ، فكلٌّ يأخذ بقدر قُوته ، ونحو ذلك ، وإلَّا فَنَهْبُ أموالِ المسلمين مُحَرَّمٌ لا يُشْكِل على أحد ، ومَنْ فعله يستحق العقوبة والزجر ، والله أعلم » شرح السنة للإمام البغوي (٨/ ٢٢٨).

« تَرْكُ ذلك أحبُّ إليّ » (١) . (٢وإنما فعل رسول الله ﷺ للرخصةِ وبيانِها ٢) ، فلا نقول : إنه مكروه ، ولكن ربما يُؤْثر النّاثِرُ بعضَ الناس دون بعض ، فتركُه أَوْلَى .

الثانية : ما وقع في الأرض ، فالحاضرون فيه سواءٌ ، ويملكه من يَبْتدره ، ومَنْ تثبت يَدُه على شيء منه ، فلا يُسْلب ، بل هو كالصيد .

الثالثة : لو وقع في حِجْر إنسانٍ - وقد بَسَطه لذلك - مَلكَه . فإن سقط منه ، فهل لغيره أخْذُه ؟ فيحتمل أن يقال : له ذلك ، وقرارُ أمره موقوفٌ على استقراره في يده (٣) .

أما إذا لم يَبْسُطْه لذلك ، فلِغيره أخْذُه ؛ كما إذا عشش الطائرُ في داره ، ثم طار . أمّا إذا وقع الصيدُ (٤) في الشبكة ، ثم أَفْلت ، فالظاهرُ : أن مِلكه لا يزول . وفيه وجه : أنه في العرف لا يُعَدّ مُسْتقِرًّا .

* * *

---

(١) انظر نصَّ الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (١٨٤٩) .

(٢) في (ب) : « وإنما قصد رسول الله ﷺ الرخصة وبيانها » .

(٣) قال في الروضة (٣٤٣/٧) : فإن سقط منه ، لم يَبْطل حقُّه على الأصح .

(٤) في (ب) : « الطائر » .

كتاب القَسْم (١) والنُّشوز (٢)

وفيه

مقدمة ، وستة فصول

(١) القَسْم – بفتح القاف وإسكان السين – : مصدر « قسم المالَ بين الشركاء » ومنه : القسم بين النساء ، وهو إعطاء حقّهن في البيتوتة عندها ؛ للصحبة والمؤانسة ، لا في المجامعة ؛ لأنها تُبتنى على النشاط ، فلا يقدر على البيتوتة فيها كما في المحبة . انظر : التعريفات ص (١٧٥) . أنيس الفقهاء (١٥٢) .

(٢) النشوز : الارتفاع . و النَّشْز : المكان المرتفع ، وجمعُه : نشوز . ونشزت المرأةُ : استعصت على زوجها ، وأبغضته وخرجت عن حسن المعاشرة ، وكذلك إذا نشز الرجل . انظر : مختار الصحاح ص (٦٦٠) . تصحيح التنبيه ص (١٠٩) .

أما المقدمة

فهي (١) أن الحقّ في النكاح مشترِكٌ بين الزوجين ، وإن كان بينهما تفاوُتٌ ؛ قال الله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (٢) إذْ لهنَّ النفقةُ ، والكسوةُ ، والمهرُ ، والقسْمُ ، كما لهم عليهنَّ الاستعدادُ للاستمتاع ، والتمكينُ ، والطاعةُ ، ولزومُ قَعْرِ البيتِ ، حتّى يمنعها عن زيارة الوالديْنِ ، وتشييعِ جنائزِهما وعيادتهما (٣) ، وإن كان الأَوْلى أنْ يُرَخِّصَ في ذلك ؛ كَيْلا يؤدِّي إلى الوحشة وقطيعةِ الرحم .

ولكن (٤) ليس للمنفردة في النكاح مطالبةُ الزوجِ بالمبيت عندها ، ولا بالوقاع ؛ اكتفاءً بدواعي الطَّبْع (٥) ، والأَوْلى بالزوج أنْ لا يُخليهنّ عن الإيناس والوقاعِ ؛ تحصينًا لهنّ عن الفجور . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « لابُدَّ وأن يَبيت عندها في كل أربع ليالٍ ليلةً

---

(١) في الأصل ونسخة (أ) : « فهو » والمثبت من (ب) .

(٢) من الآية (٢٢٨) من سورة (البقرة) .

(٣) انظر تكملة المجموع شرح المهذب (١٨ / ٩٧) فقد تعقب الشيخ المطيعي (رحمه الله) هذا الحكمَ من عدة أوجه .

(٤) في (ب) : « لكن » .

(٥) **مذهب الحنفية** – في مطالبة الزوجة زوجَها بالوقاع – : أنه يُجبر عليه قضاءً مرةً واحدة ، والزيادةُ على ذلك تجب فيما بينه وبين الله تعالى ؛ من باب حسن المعاشرة .

ومذهب الإمام مالك : أن الجماع واجبٌ على الرجل للمرأة إذا انتفى العذر ، ما لم يقصد إضرارًا بتركه .

ومذهب الإمام أحمد : وجوبُ الوطء في كل أربعة أشهر مرةً ما لم يكن عذرٌ . انظر : فتح القدير (٣ / ٤٣٥) . رد المحتار (٣ / ٢٠٢ وما بعدها) . المقنع ص (٢٢٤) .

وقد استدلَّ الشافعيةُ لمذهبهم باستدلال عجيب ، وهو القياسُ على سُكنى الدار المستأجرة ، وأن للمستأجر جواز الترك ، وقالوا أيضًا : إن الداعي إلى الاستمتاع الشهوةُ والمحبة ، ولا يمكن إيجابها . وهذا صحيح . وقد أعجبني ما قاله الإمام ابن تيمية حين سُئل عن رجل يصبر عن زوجته الشهر والشهرين ، لا يطؤها ، فهل عليه إثمٌ أم لا ؟ وهل يُطالب الزوجُ بذلك ؟ فأجاب (رحمه الله) بقوله :

« يجب على الرجل أن يطأ زوجته بالمعروف ، وهو من أوكد حقِّها عليه ، أعظم من إطعامها . والوطءُ الواجب ، =

[واحدةً] [١] ؛ لأنه أقصى ما يُمْكن في حقه أربع نساءٍ » [٢] . وذلك غيرُ سديدٍ ، بل لو كان له أربعُ نسوةٍ ، فأعرض عن جميعهنَّ ، لم يكنْ لهنَّ مطالبتُه [٣] . نعم ، إذا بات عند واحدة ، لزِمَه مثلُه في حقِّ الباقيات [٤] .

= قيل : إنه واجبٌ في كل أربعة أشهر مرةً . وقيل : بقدر حاجتها وقدرته ، كما يطعمها بقدر حاجتها وقدرته ، وهذا أصحُّ القولين » ا . هـ .

وما قاله الإمام ابن تيمية ، هو من أعدل الأقوال في هذه المسألة إن شاء اللّه . وانظر اختيارات الإمام ابن تيمية (٢ / ٦٤٣ - ٦٤٧) للدكتور أحمد موافي فقد أجاد في الاستدلال لهذه المسألة ، وأَوْفَى .

(١) زيادة من (ب) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجب على الزوج البيتوتة عند الزوجة الواحدة ، فإن كان له أكثر من زوجة ، فليس عليه البيات أيضًا ، فإن بات عند إحداهنّ ، لزمه مِثْلُ هذا للأخرى أو للأخريات . انظر : الوجيز (٢ / ٣٦) . روضة الطالبين (٧ / ٣٤٤ وما بعدها) .

ومذهب الحنفية : أنه يجب على الزوج أن يبيت – عند زوجته المنفردة – ليلةً كلَّ أربع ليال . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : مختصر الطحاوي ص (١٩٠) . المقنع ص (٢٢٤) . دليل الطالب ص (٢١٦) .

ومذهب المالكية : فيه خلاف في هذه المسألة ، فقيل بالندب ، وقيل بالوجوب ، والأظهرُ التفصيل بين أن تكون الزوجة لا تخشى البيات وحدها ، وبين أن تخشى ذلك ، ففي الأول الندبِ ، وفي الثاني الوجوب . والحاصل : أنه لا يجب عليه البَيَاتُ للمؤانسة والصحبة ، وإنما يجب عليه لأمرٍ آخر ، وهو الخوف عليها . انظر حاشية الدسوقي (٢/ ٣٤٠) .

(٣) في الأصل : « مطالبةٌ » ، وفي (ب) : « المطالبة » . والمثبت من (أ) وهو أليق .

(٤) قال الحموي : « قوله في القسم : (لو كان له أربع نسوة فأعرض عن جميعهن لم يكن لهن مطالبته ، نعم إذا بات عند واحدة لزمه مثلُه في حق الباقيات) ومعلوم أنه لا يلزمه المبيتُ عند الباقيات ؛ لأن المفهوم من المبيت الجماع ، والجماع لا يلزمه في القسم ؛ لما سيأتي ذكره في موضعه .

قلت : وإن كان كذلك إلا أنه قد يطلق [بات] على الإقامة ليلًا دون الجماع ، وأن يقال : إنما أطلق عليه ذلك ؛ لأنه في العادة لا يحول عن الجماع » . مشكلات الوسيط (ق ١٤٨ /أ) .

ولا قسْمَ بين المُسْتَوْلَدات (١) والإماء، ولا بينهنّ وبين المنكوحات، بل له أن يفعل فيهنَّ ما شاء، (٢ وإن كان الأَوْلى الإنصافَ بينهن ٢)، وتركَ الإيذاءِ، لكنْ وجوبُ القَسْم من خاصية النكاح. هذه هي المقدمة.

* * *

(١) المستولدات: هن الإماء، اللاتي يُطلب منهن الولدُ، ويُتَّخَذْنَ لذلك. انظر: الاختيار لتعليل المختار (٤ / ٣٠).

(٢) في (ب): «وإنْ كان الأَوْلى رعايةَ النَّصَفِ بينهنّ».

أما الفصل الأول

فيمن يَسْتحقّ القسمَ ويُسْتحقُّ عليه

فنقول : المريضة والرتقاء ، والحائضُ ، والنفساءُ والمحْرِمةُ ، والتي آلى عنها زوجُها ، أو ظاهرَ ، وجميعُ أصنافِ النساءِ ، ممن بهنَّ [١] عذرٌ شرعيٌّ أو طبعيٌّ : يثبت لهنّ استحقاقُ القسْم ؛ لأن هذه الأشياء [٢] تمنع الوطءَ ، ومقصودُ القسْمِ السَكنُ ، والأُنْسُ ، والحذرُ من التخصيصِ المؤْذِي .

أما الناشزة فلا تستحقُّ ، حتى لو كان يدعوهن إلى منزله ، فامتنعتْ واحدةٌ في نَوْبتها : سقط حقّها ؛ إذ يجب عليهنَّ الإجابةُ ، إلا إذا كان يُسَاكن واحدةً ، ويدعو الأخرى فامتنعتْ ، فيحتمل ألَّا تُجْعل ناشزةً حتى يجب عليه أن يأتيَهُنّ أو يدعوَ جميعَهن ؛ إذ مساكنةُ واحدةٍ ، تخصيصٌ مُوحِشٌ . ويُحْتمل أن يترخَّص في هذا القدر من التخصيص .

أَمَّا المُسَافِرةُ - بغير إذنه - فناشِزةٌ [٣] . وإن سافرت - في غرضه [٤] - بإذنه ، فَحَقُّها / قائمٌ [٥] ، وتستحقُّ القضاءَ . وإن كان في غرضها فقولان ، والجديد الصحيح : ١٨١/أ

أنها لا تستحقُّ القضاءَ ؛ لأنها مشغولةٌ بغرضِ نفسها .

أما مَنْ يُستحقّ عليه : فهو كلُّ زوجٍ حتى المجنون ، قال الشافعي (رضي الله عنه) : « على الوليّ أن يطوفَ به على نسائه » [٦] . ويُحتمل أن يُقال : لا يجب على الوليّ ذلك ؛ إذِ العاقلُ لو امتنع عن الكلِّ : جاز ذلك ، وكذا المجنونُ ، ولكنَّ العاقل يكتفي بداعيته الباعثة ، والمجنونُ

---

(١) في (أ) : « ممن به » . وفي (ب) : « ممن لهنّ » .

(٢) في (أ) : « لأن هذه الأسباب » .

(٣) في الأصل و (أ) ، (ب) : « ناشزة » بدون الفاء .

(٤) في (ب) : « في غرض » .

(٥) في (أ) : « باقٍ » .

(٦) انظر قول الشافعي (رحمه الله) في الأم (٥ / ١٩١) وفي مختصر المزني ص (١٨٥) .

بخلافه ، فلا يَبْعُد أن يجب على الوليِّ ذلك .

فإن قلنا : يجبُ ، فعليه مراعِاةُ البَيْتُوتة[1] . وإن قلنا : لا يجب على الوليِّ ذلك ، فلو حمله إلى واحدةٍ ليلةً ، يلزمُه مِثْلُ ذلك لغيرها . ويحتمل أن يقال : التخصيصُ إنما يَثْقُل من الزوج ، وهذا من الوليِّ ، فلا يَعْظُم ضَرَرُه .

وأما السَّفِيهُ فلا شكَّ في وجوب القسْم عليه ؛ لأنه مكلَّفٌ .

فرع : لو كان يُجَنُّ ويُفِيق ، وأمكن الضبطُ ، فلا يجوز تخصيصُ واحدةٍ بالإفاقة . وإن لم يمكن ، فأفاق في نَوْبة واحدة ، ففي كلام الشافعي (رضي الله عنه) ما يدل على أنه يَقضي للأخرى يوم الجنون ؛ لِنُقْصَان حقهّا .

* * *

(١) في (ب) : « التسوية » .

الفَصْلُ الثّاني

في مكان القَسْم ، وزمانِه ، وعددِه

أما المكانُ : فلا ينبغي أن يَجْمع بين الضّرَّتيْنِ في مسكن واحد ، إلا أن تنفصل المرافقُ ؛ فإنَّ ذلك ظاهرٌ في الإضرار . ولو كُنَّ في بيوتهن ، وكان يستدعي كلَّ واحدة إلى منزله : جازَ ، وعليهن الإجابةُ .

وأما الزمانُ : فعِمادُه الليلُ ؛ لأن الله تعالى جعلَ الليلَ سكنًا إلا في حقِّ الأَتُّوني [1] والحارسِ ، فالأصلُ في حقّهما النّهارُ ، وأما في حق العامة ، فالنهار تابعٌ ، وتظهر التبعية في أمرين :

أحدهما : أنه لا يجوزُ له أن يدخل في نوبةِ واحدةٍ على ضَرَّتها إلا لضرورةٍ ، كمرضٍ مخوف ، أو مرضٍ يُمْكن أن يكون مخوفًا ، فيستبين حقيقةَ الحال ؛ ليعودَ فارغَ القلب . وقيل : إذا لم يتحققْ أنه مخوفٌ لم يَجُزِ الخروجُ .

فإن خرج إليها بغير عذر : عَصَى ، ويَقْضي لها [2] من نوبةِ ضَرَّتها إنْ بلغَ مكثُه ثلث الليل ، هكذا قَدَّرَهُ القاضي حسين (رحمه الله) وهو قريبٌ من التحكُّم ، بل الوجه أن لا يُقَدَّر ، بل يجب عليه قضاءُ مثله كيفما كان ، لكنْ ظاهر المنقول أنه إذا لم يكن مكث ، فيقتصر على التَّعْصية ولا يجب القضاء .

وأما بالنهار : فليس عليه ملازمةُ النساءِ ؛ إذ يشتغل بالكسب ، بل إذا أراد أن يعود لوضوء أو طعامٍ ، فيرجع إلى بيتِ صاحبةِ النوبة . فإنْ دخل على ضَرَّتها بالنهار [3] ، ففيه ثلاثُ طرق [4] :

---

(١) الأتون – بالتشديد – : الموقد ، والعامةُ تُخفّفه ، ويكون للحمّام والجيّار ، والخباز . والأَتُّوني : هو من يتولّى إيقاده . انظر : مختار الصحاح ص (٤) . المصباح المنير (١ / ٨) . القاموس المحيط ص (١٥١٥) مادة (أت ن) .

(٢) في (أ) : « وقضى لها » .

(٣) يعني إذا دخل لغير حاجة ، أما إذا دخل لحاجة – كعيادتها أو تَعَرُّفِ خبرها – فجائزٌ ، ولا يُطيل المكْثَ .

(٤) في (أ) : « ففيه ثلاثة طرق » وهو صحيح أيضًا .

أحدها : أنه كالليل .

والثاني : أنَّ ذلك لا حَجْرَ فيه ؛ لأنَّ النهار تَبَعٌ ، وهو وقت الانتشار ، وليس فيه استحاقُ ملازمةٍ حتى يفوتَ بسبب الدخول على الضَرَّة .

والثالث : أن ذلك يجوزُ لغرضٍ مُهِمٍّ وإن لم يكن بمرضٍ [١] مخوف ، ولا يجوز بالليل إلا بمرض مخوف [٢] .

فإن تعود الانتشار في نوبةٍ واحدةٍ ، وملازمةِ الأخرى [٣] ، فيظهر المنعُ في ذلك .

الأمر الثاني : لو جامَعَها في نوبة ضرتها ، عَصَى بالإضرار . ولكن إن جرى بالليل ، ففيه ثلاثُة أوجه :

أحدها : أنه يَقْضي مثل تلك المدة إنْ طالتْ ، ولا يُكَلَّف الوِقَاع [٤] .

الثاني : أنه أفسد تلك الليلةَ ، فلو عاد إليها لا يُعْتَدُّ به [٥] ؛ لأنَّ المقصودَ قد فات ، فيقضي تمام الليل وإن عاد إليها .

والثالث : أنه يلزمه [٦] قضاءُ الوقاع في نوبة الموطوءةِ فقط .وإنْ جرى بالنهار ، احتمل الاقتصار على التَّعْصية ، ويُحْتمل أن يُجْعل ذلك كالليل .

فأما المقدار : فأقلُّه ليلةٌ . وإن [٧] أراد أن يُنَصِّف لم يَجُزْ : لأنه يتنغَّصُ العيش إذَا بَتَرَ الليلَ .

وأما الأكثر ، فقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : « وأكْرَهُ مجاوزةَ الثلاث » [٨] أي : يجوز

---

(١) في (ب) : « لمرض » .

(٢) رجحه في الوجيز (٢ / ٣٧) وعليه فلا قضاء على الزوج . وانظر الروضة (٧ / ٣٥٠) .

(٣) في (أ) : « وملازمة أخرى » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٧ / ٣٤٩) .

(٥) في (ب) : « لا يعتد بها » .

(٦) في (ب) : « يلزم » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(٨) انظر قول الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (١٨٥) .

أن يبيت ثلاث ليال عند واحدة ، وثلاثًا عند أخرى . ومنهم من قال : لا يجاوز الثلاث ؛ إذ لا مَرَدَّ بعده [1] . ومنهم من قال : يجوز إلى السبع ؛ فإنه مدةُ ملازمةِ البكر أوّلا . ومنهم من قال : لا تقدير ، والاختيارُ إلى الزوج ، وإنما عليه التسويةُ فقط .

فرع : إذا قَرّر القَسْمَ على مقدارٍ ، فالبدايةُ ينبغي أن تكون بالقرعة ، وقيل : هو إلى خِيرة الزوج ؛ لأنه ما لم يَبِتْ عند واحدة لا يلزمه [2] للأخرى حقٌّ .

* * *

(١) ورجحه في الوجيز (٢ / ٣٨) . وقال في الروضة : « ولا تجوز الزيادة على ثلاثة إلا برضاهن – على المذهب » . روضة الطالبين (٧ / ٣٥٢) .

(٢) في (ب) : « لا يلزم » .

الفصل الثالث

في التفاضل

وله سببان :

الأول : الحرية : وللحرة ليلتان ، وللأمةِ ليلةٌ ؛ لما رَوَى الحسنُ عن رسول الله ﷺ أنه قال : « للحرة ثُلُثَا القَسْم ، وللأمة الثلث » [1] وقال / مالك : « يُسَوِّي بينهما » [2] . وهو ضعيفٌ؛ ١٨١/ب للخبر ؛ ولأن حقَّ الأمة فيه نُقْصانٌ ، وقد يتضرَّر بِرِقِّ ولدها ، فله الحذرُ من ذلك .

فرع : لو طرأ العتق عليها ، نظر : فإن كان قد [3] بدأ بالحرة [3] ، فلها ليلتان ، وللأمةِ ليلةٌ . فإذا عَتَقَتْ في هذه الأيام الثلاثة – إمَّا في نوبةِ الحرةِ ، أو في نَوْبتها – التحقتْ بالحرة الأصلية حتى تستحق استكمالَ يومينْ . فإن عَتقت بعد تمام يومِها : اقتصرت على يومها ، ووجبَ التسويةُ بعدَ ذلك .

وإن بدأَ بها ، فعتقت قبل انقضاء يومها ، صارت كالحرة الأصلية . وإن عتقت بعد انقضاء يومها ، فقد تَمَّ استحقاقُ الحرة ليومين ، فوجب تَوْفِيَةُ اليومين ، ثم بعد ذلك [4] يُسَوِّي بينهما .

---

(١) حديث ضعيف . قال الحافظ ابن حجر : رواه أبو نعيم في « المعرفة » من حديث الأسود بن عويم ، سألت النبي ﷺ عن الجمع بين الحرة والأمة ، فقال : « للحرة يومان ، وللأمة يوم » قال الحافظ : وفي إسناده على بن قرين ، وهو كذاب . انظر التلخيص الحبير (٣ / ٢٢٧) . ورواه البيهقي – بغير هذا اللفظ – بإسناده عن علي (رضي الله عنه) موقوفًا بلفظ : « إذا تزوجت الحرة على الأمة ، قسم لها يومين وللأمة يومًا » .

وروى البيهقي أيضًا عن سليمان بن يسار قال : « من السنة ، أن الحرة إن أقامت على ضرار ، فلها يومان ، وللأمة يوم » . السنن الكبرى (٧ / ١٧٥) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن للحرة ليلتين ، وللأمة ليلة . وهو مذهب الحنفية والحنابلة . انظر : المنهاج ص (١٠٤) . الغاية (٢ / ٧٦٩) . مختصر الطحاوي ص (١٩٠) . المقنع ص (٢٢٥) .

مذهب المالكية : هو أن يُسَوّي بينهما في البيتوتة . ورُوي عن مالك روايةٌ توافق قول الجمهور . انظر : الكافي ص (٢٥٧) . الإفصاح (٢ / ١٤٢) .

(٣) في (ب) : « بدأ بها » .

(٤) قوله : « بعد ذلك » ليس في (أ) .

السبب الثاني : في تجدُّدِ النكاح . فإن نكح ثيبًا ، فله أن يبيت عندها ثلاثًا ، ولا يقضي للباقيات ، بل يُسَوِّي بعد ذلك ، (١ ويبيتُ عند البكر سبعًا ، ثم يُسَوّي بعد ذلك ١) . فإن طلبت الثيبُ زيادةً على الثلاث فأجابها : بطل حقُّها من الثلاث ، ووجب قضاءُ الجميعِ للباقيات ؛ لما رُوي أنه ﷺ تزوّج أمَّ سلمةَ ، وبات عندها ثلاثًا ، فلما انقضتْ ، تعلّقت به ، فقال : « إنه ليس بكِ على أهلكِ هوانٌ (٢) ، وإن شئتِ سبَّعْتُ عندكِ وسَبَّعْتُ عند هنَّ ، وإن شئتِ ثَلَّثْتُ عندك ، ودُرْتُ عليهِنَّ » (٣) . وشَبَّهَ الأصحابُ هذه المسألةَ بما لو استحقَّ القصاص في المرفق ، فقطع من الكوع ، سقط حقُّه من أَرْش السَّاعد .

ولا خلاف في أنه لو أقام باختياره دون التماسِها ، لم يبطل حقُّها . وبالغَ الأصحابُ في الاقتصار على الخبر ، وقالوا : لا يبطل حقُّها إلا في صورةِ ورودِ الخبرِ ، حتى لا يبطل حقُّ البكر من السبع أصلًا وإن استزادت ، ولا حقُّ الثيبِ إنْ أقام عندها خمسًا بالتماسها حتى يقيم السبعَ .

وليس يَبْعُد عندي أن يكون ذلك مُعَلَّلًا بحسْمِ بابِ التحكُّم والاقتراحِ عليها ، فيطرد ذلك في جميع الصور ، لكن هذا ما وجدتُه منقولًا في المذهب .

فرع : لو كانت الجديدة أَمَةً ، فلها مثلُ حقِّ الحرة (٤) في الثلاث أو السبع (٥) ؛ لأنّ هذا يُرَاد

---

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٢) في الأصل : « ليس على أهلك هوان » . وفي (ب) : « ليس على أهون » والمثبت من (أ) .

(٣) حديث صحيح : رواه مالكٌ بهذا الفظ في الموطأ (١/٥٢٩) (٢٨) كتاب « النكاح » (٥) باب « المقام عند البكر والأيم » بدون قوله : « عليهن » . ورواه مسلم في صحيحه (٢/١٠٨٣) (١٧) كتاب « الرضاع » (١٢) باب « قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزواج » حديث (١٤٦٠) . ورواه أبو داود (٢/٥٩٤) حديث (٢١٢٢) وابن ماجه (١/٦١٧) حديث (١٩١٧) جميعًا من طرق عن عبد الملك بن أبي بكر عن أبيه عن أم سلمة (رضي الله عنها) مرفوعًا .

(٤) في (أ) : « فلها مثل نصف الحرة » وهو خطأ .

(٥) قال الحموي : « قوله : (إذا كانت الجديدة أمَةً فلها مثل حُقِّ الحرة في الثلاث أو السبع) .

فإن قيل : كيف نتصور أن تكون الجديدةُ أمةً في حق الحر ؛ فإنه إذا عقد أولًا على الحرة امتنع نكاحُ الأمة كما لا يخفى ؟.

قلت : يُتَصَوَّر ذلك في حق العبد على الإطلاق ، وفي حق الحر فيما إذا كانت الزوجة رتقاء أو قرناء أو ضيقة =

لحصول الأُلْفةِ والأُنْس ، وذلك يتعلق بالطبع - كمدة العُنَّة - ليُسَوِّيَ بينهما (١) . وفيه وجهٌ : أنه يُنَصَّف .

ثم سبيلُ التَّنْصيفِ هاهنا ، تنصيفُ الليلة ، ولا نُبالي بذلك بخلاف الأَقْراء في العدّة ، فإنَّه لا يَقْبل التنصيفَ (٢) .

* * *

= الحلقة بحيث لا يمكن وطؤها ، فإنه يتزوج الأمة بعد الحرة . وفي حق العبد ظاهر فإنه له أن يتزوج أولًا حرة بعدها أمة لما لا يخفى وعلى العكس منه » . مشكلات الوسيط (ق ١٤٨ / أ ، ١٤٨ / ب) .

(١) في (أ) : « فَلْيُسَوِّ بينهما » وهو أليق .

(٢) في (أ) : « التنصُّف » .

الفصل الرابع

في الظلم ، ووجوب القضاء

وفيه ثلاث مسائل :

الأولى : لو كان تحته ثلاثُ نسوة ، فبات عند اثنتين : عشرين ليلةً بالسوية (١) ، فقد استحقت الثالثةُ عَشْرَ ليالٍ (٢) ، فيقضيها على الولاء ، وليس له أن يُفرِّق ، فيبيتَ عندها ليلتين ، وعند كلِّ واحدةٍ ليلةً ؛ لأن هذا حَقٌّ مجتمع (٣) في ذِمَّتِه ، فلْيقْضِه (٤) من غير تأخير ، ومن ضرورته الولاءُ .

فلو كانت المسألة بحالها ، فنكح جديدةً ، فلها الثلاثُ أو السبعُ (٥) ، ويشتغل بالقضاء بعد ذلك . لكن لو أقام عند المظلومة عشرَ ليال لصارت الجديدةُ مظلومةً (٦ فسبيلُه أن يبيت عند المظلومة ٦) ثلاثَ ليالٍ ، وعند الجديدة ليلةً ، وهكذا حتى تنقضي ثلاثُ نُوَبٍ ، وقد وفَّاها تسْعَ ليالٍ . واعترض إشكالٌ ، وهو أنه لو بات العاشرةَ للقضاء ، ثم استأنف القَسْمَ ، لم تعد النوبة إلى الجديدة إلا في خمس ليال ، وذلك ظُلْمٌ عليها ، قال الشيخ أبو محمد : هذا القدرُ من الظلمِ ينبغي أن يُحْتمل ؛ للضرورة . وقال غيره : سبيلُ العدلِ إذا بات عندها العاشرةَ أن يبيت عند الجديدة بعده ثلثَ ليلةٍ ، ثم يخرج إلى صديقٍ أو مسجدٍ بقيةَ الليل (٧) حتى يندفعَ الظلمُ ؛ إذ

---

(١) في (أ) : « بالتسوية » .

(٢) في الأصل : « ليالي » بإثبات الياء ، وهو خطأ ، والصوابُ حَذْفُها كما هو ثابت في (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « يجتمع » .

(٤) في (ب) : « فَلْيَقضها » .

(٥) يعني إن كانت بكرًا فلها سبعة أيام ، وإن كانت ثيبًا فلها ثلاثة .

(٦) ما بين الرقمين غير واضح في الأصل ، وواضح في (أ) ، (ب) .

(٧) قال الحموي : « قوله فيه : (ولو كان عندة ثلاث نسوةٍ فبات عند اثنتين عشرين ليلة بالسوية فقد استحقت الثالثةُ عشرَ لَيالٍ ، فيقضيه على الولاء وليس له أن يفرق فيبيت عندها ليلة وعند كل واحدة ليلة ؛ لأن هذا حق مجتمع في ذمته فليقضه من غير تأخير ومن ضرورته الولاء ، ولو كانت المسألة بحالها فنكح جديدة فلها الثلاث أو السبع ويشتغل بالقضاء بعد ذلك ، لكن لو أقام عند المنكوحة عشر ليال صارت الجديدةُ مظلومةً ، فسبيله : أن يبيت عند المظلومة ثلاثَ ليال وعند الجديدة ليلة وهكذا حتى تُقضي ثلاثُ نُوَبٍ وقد وفَّاها تسع ليال . واعترض إشكال =

....

= أنه لو بات عند العاشرة للقضاء ثم استأنف القَسْم لم تَعْدِ التوبةُ إلى الجديدة إلا في خمس ليال ، وذلك ظلمٌ عليها .

قال الشيخ أبو محمد : « هذا القدر من الظلم ينبغي أن يحتمل للضرورة ، وقال غيره : سبيلُ العدل إذا بات عند العاشرة ليلةً أن يبيت عند الجديدة بعده ثلثَ ليلة ثم يخرج إلى صديقٍ أو مسجد بقية الليلة) .

قلت : ما ذكره الشيخ في هذه الصورة مشكلٌ فإنه يُحْتمل هذا القدرُ للضرورة على تقدير صحة هذا النقل ، وقد رأيت المنقولَ خلافَ ما ذكره الشيخ من غير إلتزام إشكال .

قال صاحب الشامل فيه : « فلو كان له ثلاثُ نسوةٍ فقَسَمَ لاثنتين منهن ثلاثين يومًا وظلم الثالثة وتزوج عليها جديدةً وأراد أن يقضي للمظلومة ، فإن الجديدة إن كانت بكرًا خصَّها بسبع ، وإن كانت ثَيِّبًا خصها بثلاث ثم قسم ثلاثةً للمظلومة وواحدةً للجديدة حتى تمضي خمسةُ أدوار فتستوفي المظومةُ حقَّها ، فعلى هذا [يزول] الإشكال .

قلت : وإن كان هذا المثال كذلك لكن ما نقله ذكره الشيخ في النقل صحيح ؛ فإنه نقل أيضًا صاحب الشامل وذكر القاضي وقال : لو قسم لاثنتين ، على ما ذكره الشيخ وقال : ذلك وقع سهوًا منه ولو كان عشرين لكان يقسم للمظلومة ثلاثًا وللجديدة ليلةً ثلاثةَ أدوارٍ ، فيحصل للمظلومة تسعُ ليالٍ وتبقى لها ليلةٌ فيكون عندها ليلةً وعند الجديدة ثلثَ ليلة .

فإن قيل : فلم سمَّى الشيخُ الثالثة مظلومةً ولم يُسَمِّ الجديدة ؟ وما كان ذلك إلا لاحتمال أن يتقدم عليهما فتكون مظلومةً ، وعلى تقدير أن يفعل ذلك تصير الجديدةُ مظلومةً من حيث إن حقها على الولاء ، وعلى ذلك التقدير لا يحصل لها ذلك فتكون مظلومة أيضًا .

قلت : ما ذكره الشيخ صحيح وكأنه نقل عن القاضي ما ذكره صاحبُ الشامل ، فعلى هذا لو بات رجلٌ عند اثنتين عشرين ليلة مثلًا استحقت الثالثةُ عشر ليال ، وإذا تزوَّج جديدةً وهي ثيبٌ استحقت إما الثلاث في غير قضاء أو السبع مع القضاء ، فإن قدمنا المظلومة فات حقُّ الجديدة فسبيله : أن يفعل ما طريقه العدل على حسب الإمكان ، وإذا كان كذلك .

قلت : إنما سميت الثالثة مظلومةً ، لكون الزوج تزوج عليها فمنعها حقَّها متواليًا . ألا ترى أنه لو لم يتزوج لكانت تستحق العشرةَ الأخيرة ، وهذا المعنى لم يوجد في حق الجديدة من حيث إنها لم يتقدم لها حقٌّ وإنما وقع التفريق ضمنًا وتبعًا كما لا يخفى ، وما وقع من التعليل في حقها إنما كان بطريق تقليل الظلم دون انتفائه بالكلية فإنه يفرق فيه على المظلومة حقها ، وبه خرج الجواب .

فإن قيل : فقد ذكرتم أن القسم لا يكون بعض ليلة وهنا يبيت عند الجديدة ثلث ليلة .

قلت : القياس يقتضي عدم جوازه لكن لما وقع ضروريًّا جوزناه كما لو بات عند واحدة نصفَ ليلة ثم أخرجه السلطان ، ولأنه يُشترط في الابتداء ما لا يشترط في الدوام ، وإذا كان كذلك انتفى الإشكال بكل حال » .
مشكلات الوسيط (ق ١٤٩ / ب - ١٥١ / أ) .

يثبت بهذه الليلة للجديدة مثلُ ما يثبت للأُولَيَيْنِ ، وحِصَّةُ كلٍّ واحدة من الأُولَيَيْنِ من هذه الليلة : الثلثُ ، ولها أيضًا ثلثُ ليلة ، فيوفِّيها في ليلة أُخرى ، ويستقيم الحسابُ من ليلة وثُلُث .

الثانية : إذا بات عند واحدة نصفَ ليلة ، فأخرجه السلطانُ ، أو خرج قصدًا : يلزمُه أن يبيتَ عند ضَرَّتها نصفَ ليلةٍ ، ثم يخرج في مثل ذلك الوقت إلى صديق . ويُحتمل التنصيف في القضاء ، ثم بعد ذلك يستأنف الحساب .

الثالثة : إذا وهبت واحدةٌ نوبتها ، صحت الهبة ، ولها الرجوع متى شاءت [1] في المستقبل ، فلو بات ليلةً بعد الرجوع [2] وقَبْلَ بلوغ الخبر ، لم يلزْمه القضاءُ [3] ، كما لو أباح تناولَ ثمارِ بستان ثم رجع . فما تناولَ قبل بلوغِ الخبر فلا ضمانَ فيه . ومنهم من قال : مسألة القَسْمِ تُخَرَّج على القولين [4] في عَزْل الوكيل [5] .

ثم لِهِبَتِها ثلاثُ صِيَغ :

الأولى : أن تَهَبَ نوبتها من واحدة ، فليس للزوج أن يقول : أسقطتُ حقَّكِ ، فأنا أصرفُ الليل /أ إلى مَنْ شئت ، بل هو هبةٌ بشرطٍ ؛ فيجب الاتباع ، وكذلك فعلت سودةُ ، ووهبتْ ١٨٢/أ نَوْبتها [6] من عائشةَ (رضي الله عنها) [7] .

---

(١) في (ب) : « شاء » وهو خطأ واضح .

(٢) يعني بعد رجوع الواهبة في هبتها .

(٣) وهو المذهب كما في الوجيز (٢ / ٣٩) والروضة (٧ / ٣٦٠) .

(٤) في (ب) : « على قولنا » .

(٥) يعني في عزل الوكيل قبل علمه بالعزل ، فالذي تَصَرَّف فيه – بعد عزله وقبل علمه – هل ينفذ ؟ المذهب : أنه لا ينفذ ، بل ينعزل في الحال وإن لم يبلغه الخبر . انظر المنهاج ص (٦٦) .

(٦) في (أ) : « إذ وهبت نوبتها » .

(٧) رواه البخاري (٩/٢٢٣) (٦٧) كتاب « النكاح » (٩٨) باب « المرأة ، تهب يومها من زوجها لضرتها ، وكيف يقسم ذلك ؟ » حديث (٥٢١٢) بإسناده عن عائشة (رضي الله عنها) « أن سودة بنت زمعة ، وهبت يومها لعائشة فكان النبي ﷺ يقسم لعائشة بيَوْمِها ، ويومِ سودة » ورواه مسلم أيضًا (٢ / ١٠٨٥) حديث (١٤٦٣) وأبو داود (٢ / ٦٠١) حديث (٢١٣٥) وابن ماجه (٦٣٤/١) حديث (١٩٧٢) جميعا من طرق عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة .

فلو أَبَتِ الموهوبُ منها ، فللزوج أن يَقْهرها على ذلك ؛ إذ ليس هذه هبةً منها حتى تَفْتقِر إلى القَبول ، بل هي هبةٌ من الزوج ، ولذلك يجوز للزوج أن يمتنعَ ويبيت عند الواهبةِ قهرًا . ثم قال العراقيون : إن كانت (١) نوبةُ الموهوب منها (٢) متصلةً بنوبة الواهبةِ ، بات عندها ليلتينْ . (٣وإن لم يكن ، فهل له أن يُوصِلها عندها بين ليلتين ؟ ٣) فيه وجهان .

الصيغة الثانية : أن تقول : « وهبتُ منك » مطلقًا ، فقد صارت كالمعدومة ؛ فيسوِّي بين الباقيات .

الصيغة الثالثة : أن تقول : « وهبتُ منك ، فخصِّصْ مَنْ شئْتَ منهنّ » فالظاهرُ : أنه ليس له التخصيصُ (٤) ؛ فإن هذا يُورث الغيظَ ، بخلاف ما إذا وهبتْ من واحدة .

فرع : إذا ظلمها بعشر ليال مثلًا ، وجب القضاءُ . فإن طلّقها تعذَّر القضاءُ ، وبقيت المظلمةُ إلى القيمة . فإن راجعها وجبَ القضاءُ . فإن أَبَانَها ثم جدَّد النكاحَ ، وجب القضاءُ [أيضًا] (٥) . وقيل : يُبْنَى على عَوْدِ الحنث . وهو ضعيفٌ (٦) ؛ لأن المظلمةَ باقيةٌ ، فلابُدَّ من التقضِّي ، وإنما يمكن القضاءُ إذا عادتْ وعنده تلك النسوةُ التي ظلمها بِهِنَّ فإن نكح جديداتٍ ، فلا يمكنُ القضاءُ إلا بظلم الجديدات ، فقد تعذَّر القضاء .

* * *

---

(١) في (أ) : « لو كانت » .

(٢) في الأصل و نسخة (أ) : « الموهوبة » والمثبت من (ب) وهو الصواب لغة ، والفقهاء يتساهلون في مثل هذه الموصولات بالحذف أو عدم الذكر .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٤) في الأصل : « التخصص » .

قال الحموي : « قوله فيه : (الصيغة الثانية أن تقول : وهبت منك مطلقا ، فقد صارت كالمعدومة فيسوي بين الباقيات .

الثالثة : أن تقول : وهبت منك فخُصَّ من شئت منهن ، قال : ظاهر أن له التخصيص) .

قلت : « المذكور في النسخ كلها « وهبت منك » والصيغة الثالثة تدل عليه والصواب : « وهبت منكن » وأما إذا وهبت منه فقد ذكر العراقيون أن للزوج أن يخصص بها من شاء .

قلت : « ولا يبعد أن يكون مذهب الخراسانيين مخالفًا لمذهب العراقيين » . مشكلات الوسيط (ق ١٤٨ / ب) .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) في (أ) : « وهو بعيد » .

الفصل الخامس
في المسافرة بِهِنَّ

فنقول : مَنْ أنشأ سفرًا في حاجة على قصد الانصراف عند نَجَازِ حاجتِه [١] : فعليه أن يُقْرِعَ بينهنَّ . فإذا استصحبَ واحدةً بالقرعة ، لم يلزمْه قضاءُ أيامِ السفر للمخلَّفات ؛ لما روتْ عائشةُ (رضي الله تعالى عنها وعن أبيها) [٢] أنّ رسول الله ﷺ « كان إذا أراد سفرًا ، أقرعَ بين نسائه واستصحب واحدةً » [٣] . ثم ظهر أنه كان إذا عاد يدور على النوبة ؛ فصار سقوط القضاءِ من جملة رُخَصِ السَّفر على [٤] خلاف القياس . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يجب القضاء [٥] .

وهذه الرخصةُ وردتْ مقرونةً بأربعةِ أوصافٍ مُؤَثِّرة ؛ فلا يجوزُ حَذْفُها :

الأول : أنه (عليه السلام) أَقْرَعَ ؛ فمن استصحب واحدة بغير قرعةٍ ، لزمه القضاءُ وعصى بالتخصيص ، وهذا كما أنه لو أقام عند واحدة لتمريضها ، قَضَى للباقيات إن سَلِمَتْ . وإن ماتت ، فقد فات القضاء [لأنه لم يَبْقَ لها نوبةٌ حتى يقضي منها] [٦] نعم ، لا يعصى إن كان

---

(١) يعني عند قضاء حاجته . انظر المصباح المنير (٢ / ٩١٦) مادة (ن ج ز) .

(٢) قوله : « وعن أبيها » زيادة من (ب) .

(٣) الحديث رواه البخاري (٩ / ٢٢٠) (٦٧) كتاب « النكاح » (٩٧) باب « القرعة بين النساء إذا أراد سفرًا » حديث (٥٢١١) ورواه مسلم (٤ / ١٨٩٤) حديث (٢٤٤٥) وأبو داود (٢ / ٦٠٣) حديث (٢١٣٨) وابن ماجه (١ / ٦٣٤) حديث (١٩٦٠) جميعًا من طرق عن عائشة (رضي الله عنها) به .

(٤) كلمة « على » ساقطة من (أ) .

(٥) هذا النقل عن مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) فيه نظر ، بل ليس صحيحًا بالمرة . قال الكاساني (رحمه الله) في بدائع الصنائع (٢ / ٣٣٣) : « ولا قسْمَ على الزوج إذا سافر ، حتى لو سافر بإحداهما ، وقدم من السفر ، وطلبت الأخرى أن يسكن عندها مدة السفر ، فليس لها ذلك ؛ لأن مدة السفر ضائعة ؛ بدليل أن له أن يُسَافر وحده دونهن ، لكن الأفضل أن يُقْرع » ا . هـ . وقال المرغيناني في « الهداية » (١ / ٢٤٢) : « وله أن يُسَافر بواحدة منهن ، ولا يُحتسب عليه بتلك المدة » . وانظر الاختيار لتعليل المختار أيضًا (٣ / ١١٧) .

(٦) زيادة من (أ) .

المرض مخوفًا ولا مُمرِّضَ سواه .

فإن كان مخوفًا ، ولها ممرضٌ سواه - أو لا ممرضَ ، ولكن ليس بمخوف - ففي جواز الإقامة عندها - بهذا العذر - وجهان .

الثاني : أن لا يعزم على النُّقْلة [١] . فَيَحْرُم أن يعزم على النقلة ، ويخلِّف نساءه ؛ لأنه لا يطالب بالتحصين [٢] ؛ اكتفاءً بداعية الطبع ، وإذا انتقل انقطع ذلك [٣] . فإن استصحب واحدة - ولو بالقرعة - عَصَى ، ولزم [٤] القضاءُ للباقيات وعليه الرجوع . وهل يلزمُه القضاءُ لأيامِ الرجوعِ ، وهو مشتغلٌ بامتثال الأمر ؟ فيه وجهان . والظاهرُ وجوبُه .

الثالث : أن يكون السفرُ طويلًا ، لِيكونَ تَعَبُها ومشقةُ السَّفرِ في مقابلة ما فازتْ به من الصحبة . فأما السفر القصير ، فهو بالتَّفَرُّجِ أشبه ؛ فلا يسقط القضاءُ ، فلا يكون في معنى مَوْرِدِ الخبر . وقال الشيخ أبو محمد : يحتمل أن يُلحق هذا بالرخص الذي يفيده السّفر القصير .

الرابع : أن لا ينتظر في مقصده لإِنْجازِ حاجتِه . فإن عزم الإقامة بها مدةً ، لزمه قضاءُ تلك الأيام [٥] ؛ لأن تَعَبَ السفرِ قد انقطع فهي متودعة ، فكيف تفوز بالصحبة ؟ . وإن لم يعزم على الإقامة [٦] ، لكن أقام يومًا واحدًا مثلا ، فهذا القدرُ تابع للسفر ، فلا قضاءَ فيه ، وإن كنا نرى أنه لا يترخَّص بالفطر وغيره . وإن طالت إقامتُه من غيرِ عزمٍ ، ولكن في انتظار نجازِ الحاجة [٧] ، ففي

---

(١) النُّقْلة : اسم مصدر من « الانتقال » وتعني انتقال القوم من موضع إلى موضع . انظر : مختار الصحاح ص (٦٧٧) . تهذيب الأسماء واللغات للنووي (٣ / ٢ / ١٧٣) . المصباح المنير (٢ / ٩٦٣) مادة (ن ق ل) .

(٢) في (أ) : « بالتخصيص » وهو خطأ .

(٣) يعني أن الزوج إذا انتقل إلى مكان وخلف نساءه ، انقطع توقُّعُ وطئه لنسائه ، وذلك يُوقِعُهنّ في حرج ، مع أنه لا يُطَالَبُ بالوطء ؛ استنادًا إلى داعية الشهوة فيه ، فإذا تركهنّ ، لم يكن لهنّ فيه مطمع .

(٤) في (ب) : « ولزمه » .

(٥) في (ب) : « المدة » .

(٦) في (ب) : « وإن لم يعزم الإقامة » وهو صحيح أيضًا ؛ لأن الفعل « عزم » يتعدى بنفسه ، ويتعدّى بالحرف أيضًا . انظر المصباح المنير (٢/٦٢٤) مادة (ع زم) .

(٧) قال الحموي : « قوله فيه : (الثاني : أن لا يعزم على النقلة ، فيجوز أن يعزم على النقلة ويخلف نساءه ؛ لأنه لا =

ترخُّصه خلافٌ (1) . فإن قلنا : يترخص ، فلا قضاء . وإن قلنا : لا يترخص ، فيلزمه القضاء (2) .

فروع ثلاثة

الأول : لو (3) لزمه قضاء أيام الإقامة بالعزم ، فإذا توجه للرجوع ، ففي لزوم قضاءِ أيام الرجوع وجهان :

= يطالب بالتخصيص ، اكتفاءً بداعية الطبع ، وإذا انتقل انقطع ذلك ، فإن استصحب واحدة ولو بالقرعة عصى ولزمه القضاءُ للباقيات وعليه الرجوع ، وهل يلزمه القضاءُ لأيام الرجوع وهو مشتغل بامتثال الأمر ؟ فيه وجهان . أصحهما وجوبه .

الثالث : أن يكون السفر طويلًا ليكون تعبُها ومشقة السفر في مقابلة ما فات به في الصحبة ، وأما السفر القصير فهو بالتفرج أشبه فلا يسقط القضاء ولا يكون في معنى ورود الخبر وقال الشيخ أبو محمد : يحتمل أن يلحق هذا بالرخص التي تفيد السفر القصير .

الرابع : ألا تنتظر في مقصده إلا إيجاب حاجته ، فإن عزم على الإقامة بها مدة لزمه قضاءُ تلك الأيام ؛ لأن تعب السفر قد انقطع فهي متودعة ، وكيف تفور بالصحبة ؟ وإن لم يعزم على الإقامة ولكن أقام يومًا واحدًا مثلًا فهذا القدر تابع للسفر فلا قضاء فيه ، وإن كنا نرى أنه لا يترخص بالفطر وغيره . وإن طالت إقامتُه من غير غرض ولطن في انتظار نجاز حاجته ... إلى آخره) .

فإن قيل : كيف قال : (وإن كنا نرى أنه لا يترخص بالفطر وغيره) ومعلوم أنه يترخص لما لم نجعله مقيمًا .

قلت : أراد بذلك أن إقامة يومٍ في مقصدة من غير عزم إقامته غيرُ مقتضٍ مثلَه للزوجات ولا حكم له ، وإن كان في اليوم لا يترخص فيما دون مسافة القصر بالفطر والقصر قولًا واحدًا ، لكن في الجمع بين الصلاتين خلاف ، والقياس يقتضي تساويهما إلا أن قضاء اليوم غيرُ واجب في مسألتنا ضمنًا وتبعًا للسفر الطويل ، فإن زاد على اليوم والليلة قضى ولم يَعْصِ في الفطر ، والقصر فيما دون مسافة القصر تابعٌ لسفر طويل فلم تستبح به الرخصة وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (ق ١٤٨ / ب ، ١٤٩ / ب) .

(١) يعني بِتَرَخُّصِه ، قصْرَ الصلاة وجوازَ الجمع ، وغيرَ ذلك من رُخَص السَّفر . وقال في الروضة (٧ / ٣٦٣) : « والمذهبُ – من الخلاف في الترخص – : أنه إن كان يتوقع تنجيزَ شغلِه ، ساعةً ساعةً ، ترخّص ثمانية عشر يومًا ، وإن علم أنه لا يتنجز في أربعة أيام لا يترخص أصلًا » .

(٢) في (ب) : « فليلزم القضاء » .

(٣) ساقطة من (أ) .

أحدهما : أنّه لا يجبُ ؛ لأنَّ عزْمَ الإقامةِ يُؤَثِّر في أيام الإقامة [(١)] .

والثاني : أنه يجبُ ؛ لأنه إنما سقط قضاءُ أيامِ الرجوعِ رخصةً ، بشرطِ أن لا يكون له عزمُ إقامةٍ ، فإذا عزمَ فقد أفسد الرخصةَ ، فنرجع [(٢)] إلى القياس . وقد قيل : إنه كما نقض العزم سقط عنه القضاءُ وإن لم ينهض للرجوع ؛ وهو وجه ثالث ضعيف .

أما إذا [كان] [(٣)] عزم على الإقامة ، ثم أَنْشأ سفرًا آخرَ مُسْتدبِرًا وطنَه ، فإن لم يكن عزم عليه في أوّلِ السفرِ [(٤)] لزمه القضاءُ ؛ لأنه سفرٌ بغير قرعة . وإن كان عزم عليه ، ففيه وجهان مرتبان / على أيامِ الرجوع ، وهاهنا أولى بوجوبِ القضاء ؛ لأنه فيه غيرُ متوجِّه إلى الامتثال بالرجوع . ١٨٢/ب

الثاني : لو استصحب اثنتين بالقرعة ، فعليه التسوية بينهما في السفر ، فلو ظلم إحداهما بالأخرى ، قضى لها من نوبتها ، إمَّا في السفر ، وإما في الحضر . ولو أراد أن يُخَلّف إحداهما في بعض المنازل بالقرعة ، جاز له ذلك . ولو نكح في الطريق جديدةً ، خصصها بثلاث أو سبع ، ثم عدل بينها وبين المُسْتَصْحَبَات . ولو خرج وحده ، ثم نكح في الطريق ، لم يلزمه [(٥)] القضاءُ للباقيات ؛ لأنه تجدَّد حقُّها حيث لم يكن عليه التسويةُ ، ولا يَظْهر الميلُ بإيثارها .

الثالث : لو كان تحته امرأتان ، فنكح جديدتين ، فخرجت القرعة على إحداهما [(٦)] ، فسافر بها ، اندرج حقّ الجديدةِ المسافرة في صحبة السفر إذا انقضتْ أيامُها في السفر . فإذا عاد إلى الوطن ، فهل يبقى حقُّ الجديدة المخلّفة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن أيامها قد انقضت .

---

(١) وهذا هو الراجح كما في الغاية القصوى (٢ / ٧٧٢) .

(٢) في الأصل : « فرجع » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (ب) : « سفره » .

(٥) في (ب) : « لم يلزم » .

(٦) يعني على إحدى الجديدتين .

والثاني : نعم [١] ؛ لأن ذلك لإزالةِ التوحُشِ ، والتوحشُ قائمٌ ، والتي في السفر قد أَنِسَتْ بصحبةِ السفر .

وهذا فيه إذا زُفَّتْ إليه الجديدتان ثم سافر . أما إذا لم تُزَفَّ [إليه] [٢] ، فحقُّ المخلَّفةِ قائمٌ قطعًا .

* * *

(١) وهذا الوجه رجحه في الوجيز (٢ / ٤٠) ، وفي الروضة (٧ / ٣٦٥) قد استدل له بأنه حق ثبت قبل السفر ، فلا يسقط به ، كما لو قسم لبعضهن وسافر ، فإنه يقضي بعد الرجوع لمن لم يقسم لها .

(٢) زيادة من (ب) .

الفصل السادس

في الشقاق بين الزوجين

وله ثلاثة أحوال :

الأولى : أن يكون التعدّي منها بالنُّشوز ، ومعنى نشوزِها : أن لا تُمكِّنَ الزوجَ ، وتَعْصى عليه في الامتناع عصيانا خارجًا عن حَدّ الدَّلال ، [1] بأنْ كان بحيث لا يُمْكِن الزوجَ حملُها على الطاعة إلا بتعَب [1] . فإن كانت تُؤذيه بالشَّتْم ، وبذاءةِ اللسان ، وغيرِ ذلك ، فليست ناشزةً ، لكنها تستحقُ التأديبَ . وهل له أن يُؤَدِّبها ، أم يَرْفع الأمر إلى القاضي ؟ فيه تردُّد [2] .

ثم حكمُ النشوزِ : سقوطُ النفقة ، وتسلُّط الزوج على ضَرْبها . لكن قال الله تعالى : ﴿ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ... ﴾ [3] .[فمنهم من حمل على الجمع] [4] . ومنهم من حمل على الترتيب [5] ، والصحيح : أنه إن غلب على ظنّه أنها تنزجر بالوعظ ، ومُهَاجرة المضطجع : لم يَجُزِ الضربُ . وإن علم أن ذلك لا يزجرها ، جاز الضَّرب . والأَوْلى تَرْكُ الضربِ بخلاف الوليّ ، فإن الأَوْلى به أن لا يترك الضرب ؛ فإن مقصودَه إصلاحُ الصَّبيّ لأجْل الصَّبيّ ، وهذا يُصْلح زوجتَه لنفسِه ، ولذلك كان ضَرْبُ الزوجِ مُقَيَّدًا بشرطِ سلامة

---

(١) في (ب) : « وكان بحيث لا يقدر الزوج على حملها على الطاعة إلا بتعب » .

(٢) قال في الروضة (٧ / ٣٧٠) : « والأصح – من الوجهين في تأديبها – أنه يؤدبها بنفسه ؛ لأن في رفعها إلى القاضي مشقة وعارًا ، وتنكيدًا للاستمتاع فيما بَعْدُ وتوحيشًا للقلوب ، بخلاف ما لو شتمت أجنبيًّا » .

(٣) من الآية (٣٤) من سورة (النساء) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) يعني أن من العلماء من قال : الواو – في الآية – لمطلق الجمع ، فيجوز للزوج – إذا نشزت امرأته – أن يبدأ بِضَرْبها ، أو هَجْرها ، أو وَعْظها ، فالواو – عنده – لا تفيد إلا مُطلقَ الجمع . ومنهم من قال : تفيد الترتيب . ومن العلماء من قال : الواو – وإن كانت لا تفيد ترتيبًا – لكن لما بدأ الله (عز وجل) بالأمر بالموعظة ، ثم بالهجر ، ثم بالضرب ، أفاد ذلك أن يكون الأمر مرتبًا ، ويدل على هذا قول النبي ﷺ في « الحج » : « ابدءوا بما بدأ الله به » . انظر : أحكام القرآن لابن العربي (١ /٤١٧ – ٤٢١) . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٥ / ١٧١ – ١٧٣) . مغني اللبيب عن كتب الأعاريب لابن هشام (٢ / ٣٤٥) . بلوغ المرام لابن حجر ص (١٧) .

العاقبة ، فلو أفضى إلى فسادِ عضوٍ أو روح ، فعليه الضمان [١] . وله أن يضربها – وإن أمكنت من الجماع – إذا منعته غير ذلك من الاستمتاعات .

وهل تسقط نفقتُها مع الوقاع ؟ فيه تردُّدٌ [٢] ، وأقربُ مثالٍ فيه ، تسليمُ السيّدِ الأمةَ ليلًا واستخدامُها نهارًا ، وذكرْنَا فيه خلافًا .

الحالة الثانية : أن يكون التعدي منه بالضرب وسوء الخلق ، [٣] فلا سبيل إلا الحيلولة [٣] حتى يعودَ إلى حُسْنِ المعاشرة ، وإنما يُعَوَّل فيه [٤] على قولها ، أو على قرائن أحوال [٥] وشهاداتٍ تدل عليه [٦] ، كما يُستبرأ حالُ الفاسقِ إذا أظهر التوبةَ ، فأمّا مجردُ قولِه ، فلا يُعَوَّلُ عليه .

الحالة الثالثة : أن يُشْكِلَ الأمْرُ ، فلا يُدْرى « مَنِ المتعدي » فقد قال تعالى : ﴿ فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا

---

(١) قال الحموي : « قوله في الفصل السادس في الشقاق في باب النشوز : (فتسليط الزوج على ضربها قال الله تعالى : ﴿ فعِظُوهُنَّ واهجروهن في المضاجع واضربوهنّ ﴾ فمنهم من حمل ذلك على الجمع ، ومنهم من حمله على الترتيب ... إلى أن قال : (لأن مقصودَه الإصلاحُ للصبي ، وهذا يُصْلِحُ زوجتَه لنفسه ، وكذلك كان ضربُ الزوج مقيَّدًا بشرط سلامة العاقبة ، ولو أفضى إلى إفساد عضو أو روح فعليه الضمان) .

قلت : ذكر الشيخُ هنا أن شرط سلامة العاقبة يختصُّ بالزوج فقط ، وليس كذلك فإنه يختص أيضًا بالولي ومعلم الصبي ، فعلى هذا لا فرق .

جوابه أن يقال : أراد بشرط سلامة العاقبة في كونه يجب الضمانُ عليه في ضرب زوجته بخلاف الولي والمعلم ؛ فإن الدية تكون على عاقلتهما ، وقد ذكره الشيخ في الجنايات ولم يذكر ذلك في الزوج ، لكنه أشار هنا أن عليه الضمان بشرط سلامة العاقبة ؛ لكون إصلاح الزوجة يعود إليه بخلاف الولي والمعلم وقد أشار القاضي حسين إلى ما ذكره من النقل » . مشكلات الوسيط (ق ١٥١ / أ ، ١٥١ / ب) .

(٢) قال في الروضة (٧ / ٣٧٠) : « فيه وجهان ، أصحهما : نعم » وأحسنُ مِنْ ذلك ما قاله الإمام الغزالي في الوجيز (٢ / ٤٠) قال (رحمه الله) : « يحتمل أن يسقط من النفقة بعضُها ، كما ذكرنا في الأمة ، إذا سُلمت إلى الزوج ليلًا ، ومُنِعت نهارًا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فلا سبيل إلى الحيلولة ... » وهو خطأ واضح .

(٤) يعني في حسن المعاشرة .

(٥) في (أ) : « أحوالها » .

(٦) في (أ) : « عليها » . والضمير في « عليه » يعود على « حسن المعاشرة » .

مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾ (١) ومقصودُ الحكمينِ ، أنْ يُصْلحا بينهما إنْ أمكن ، أو يُفرِّقا .

وهل هما وكيلانِ من جهةِ الزوجينِ ، فيُوقَفُ تصَرفُهما على إذنهما (٢) ؟ أمْ هما مُتَوَلِّيان (٣) من جهة القاضي حتّى ينفذ تفريقُهما بالطلاق على الزوج ، وبإلزام المال على المرأة عند استصوابهما الخلعَ ؟ فيه قولان [الأول : وهو] (٤) القياسُ : أنهما وكيلان ؛ إذ يَبْعُد دخولُ الطلاقِ تحت الولاية (٥) .

والثاني : أنهما مُتولِّيان ؛ لما رُوِيَ (٦) أنَّ عليًّا (كرمَ اللّهُ وجهَه) بعث حكمين بين زوجين ، فقال : « أتدريانِ ما عليكما ؟ عليكما إنْ رأيتما أن تُفرِّقا : أن تُفرِّقا ، وإنْ رأيتما أن تُجمِّعا : أن تجمعا » فقال الزوجُ : أمَّا الطلاقُ فلا ، فقال علي (رضي الله عنه) : كذبْتَ (٧) .

ويدلّ عليه أيضًا تسميتهما حكمينْ ، فإنه إذا كان مسخرًا لا ينفذ حكمُه ، فكيف يُسَمَّى حكَمًا ؟ فعلى هذا القولِ : إن توافقا ، لم يَجُزْ لهما التفريقُ .

وإن غاب أحدهما ، أو سكت ، ففي جوازِ التفريق وجهان (٨) . منهم من شرطَ لنفوذِ حكمهما قيامَ الخصومة في الحال . ثم لا بُدَّ على هذا القول في الحَكَمينْ من العدالة والهداية إلى المصالح ، ولا يُشْترط

---

(١) من الآية (٣٥) من سورة (النساء) .

(٢) يعني : على إذن الزوجين .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مُوَلَّيان » .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) وهذا القول الأول هو ما رجحه في الوجيز (٢ / ٤٠) ، والروضة (٧ / ٣٧١) والغاية القصوى (٢ / ٧٧٣) . وقال في الروضة (٧ / ٣٧١) : « وعلى هذا ، يوكِّل الزوجُ حَكَمَه في التطليق عليه ، وقبول الخلع . [وتوكِّل] المرأةُ حَكَمَها ببذْل العوض ، وقبول الطلاق . ولا يجوز بعثُهما إلا برضاهما ، فإن لم يرضيا ، ولم يتفقا على شيء ، أدب القاضي الظالمَ ، واستوفى حقّ المظلوم . وإذا قلنا : هما حكمان ، لم يُشترط رضى الزوجين في بعْثهما » .

(٦) قوله : « لما روي » ساقط من (أ) .

(٧) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٦ / ٥١٢) والطبري في « جامع البيان » (٥ / ٤٣) وإسناده صحيح .

(٨) قال في الروضة : « ولو غاب أحدُ الزوجين – بعد بَعْث الحكمين – نفذ الأمر ، إن قلنا : وكيلان ، وإلا فلا على الصحيح » . الروضة (٧ / ٣٧٢) .

مَنْصِبُ الاجتهاد . وكذلك في كل أمر معين جرى يُفَوِّضه [1] القضاةُ إلى الآحاد .

ولا يُشْتَرط أن يكونا من أهلهما ، بل ذلك أولى إذا وُجِدَا ؛ فإنهما أعرف ببواطن أحوالهما [2] والله أعلم وأحكم [2] .

* * *

---

(١) في (ب) : « يُفَوِّض » .

(٢) في (أ) : « والله أعلم » .

١٨٣/أ

كِتَابُ الخُلْعِ (١)

وفيه أبواب

(١) الخلع لغة : القلع والإزالة ، قال تعالى : ﴿ فَاخْلَعْ نعليْكَ ... ﴾ (طه : ١٢) ، ومنه « خلعَ القميص » : إذا أزاله عنه ، وخالعتُ المرأة بعلها : أرادته على طلاقها ببدل منها ، والأسم الخُلْعة . وهو في الشرع : إزالة رباط الزوجية بما تبذل المرأة من المال لزوجها .

وقيل له : خلع ؛ لأن كلا من الزوجين لباس لصاحبه ، فإذا اختلعا ، فكأنهما نزعا عنهما لباسها .

وهو في إزالة ملك النكاح بضم الخاء ، وفي إزالة غيره بفتح الخاء ، كما اختص إزالة قيد النكاح « بالطلاق » وفي غيره بـ « الإطلاق » . انظر : مختار الصحاح ص (١٨٥) . تصحيح التنبيه ص (١١٠) . المصباح المنير (١/ ٢٧٥) . أنيس الفقهاء ص (١٦٢) . الاختيار لتعليل المختار (١٥٦/٣) .

ومن رحمته (سبحانه وتعالى) وحكمته ، أن شرع « الخلع » كما شرع « الطلاق » ، فإن الطلاق لما جعله الله بيد الرجل ، ويستخدمه عند الحاجه إليه ، كذلك جعل الخلع للمرأة تستخدمه عند الحاجة إليه ، مقابلةً لما بيد الرجل من الطلاق . انظر بداية المجتهد لابن رشد (٨١/٢) . مغني المحتاج (٢٦٢/٣) . دراسات في أحكام الأسرة لأستاذنا الدكتور محمد البلتاجي ص (٥٣٩) . الفرقة بين الزوجين وأحكامها ص (١٢٧) وما بعدها . للدكتور السيد أحمد فرج .

الباب الأول

في حقيقة الخلع ومعناه

(وفيه فصلان)

الأول

في أثره في النكاح ، وألفاظه

أما أثره ففيه قولان :

أحدهما : أنه طلاق محوج إلى التحليل إذا تكرر ثلاثًا ، وهو مذهب عمر وعثمان وعلي (رضي الله عنهم) ومذهب أبي حنيفة والمزني (رحمهما الله) [1]

والثاني : - وهو القديم والمنصور في الخلاف - أنه فسخ [2] .

---

(١) أما مذهب عمر (رضي الله عنه) فلم أجده - بعد البحث - ثم وجدت فى « التلخيص الحبير » لابن حجر قال : « أما مذهب عمر فلا يُعْرف » .

وأما مذهب عثمان (رضي الله عنه) فرواه ابن أبي شيبة في المصنف (١١٧/٤) . وقد ضعف إسناده الإمام أحمد والبيهقي .

وأما مذهب علي (رضي الله عنه) فرواه عبد الرزاق في مصنفه (٤٨٢/٦) . ورواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ١١٨) . وهذه الرواية ضعيفة كما قال ابن المنذر . وقد قال ابن خزيمة : إنه لا يثبت عن أحد من الصحابة أنه جعل « الخلع » طلاقا . وقال الإمام أحمد في رواية ابن عباس « أنّ الخلع تفريق ، وليس بطلاق » : ليس في الباب أصح منه . وانظر مذهب المزني في مختصره ص (١٨٧) .

وانظر : سنن البيهقي (٣١٦/٧) . زاد المعاد (١٩٧/٥) التلخيص الحبير (٢٣١/٣) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن الخلع طلاقٌ يُحْوِج إلى التحليل إذا تكرر ثلاثًا ، وهذا هو الجديد الأظهر عند جمهور الشافعية ، وهو مذهب الحنفية والمالكية أيضًا ، وإحدى الروايتين عن أحمد .ولكن أظهر الروايتين عنه : أنه فسخ وليس بطلاق .

انظر : روضة الطالبين(٣٧٥/٧). تحفة الفقهاء للسمرقندي(١٩٩/١). المبسوط(١٧١/٦). الكافي ص(٢٧٦). المنتقى للباجي (٦٧/٤) . المقنع ص (٢٢٧) . المسائل الفقهية لأبي يعلى (١٣٦/٢) .

وحقيقة الخلاف راجع [(١)] إلى أن النّكاح ، هل يَقْبل الفسخ تراضيًا ؟ فعلى قولٍ : يقْبل ؛ قياسًا على البيع .

ثُمَّ ألفاظُه ثلاثةٌ : الخلعُ ، والفسخُ ، والمفادَاةُ .

أما لفظ[(٢)] « الخلع » فصريحٌ في الفسخ على هذا القول ، ولا يحتاج إلى النية ؛ لأن شَاعَ في لسان حملة الشريعة [(٣)] لإرادة الفسخ ، وتكرَّر ؛ فصار كلفظِ الفِراق والسَّراح [(٤)] الذي تكرر في القرآن .

وأما الذي شاع في لسان العامة ، كقوله : « حلالُ اللهِ عليَّ حرامٌ » فهل يصير صريحا في الطلاق ؟ فيه خلافٌ ظاهرٌ .

وأما لفظ [(٥)] « الفسخ » فالظاهرُ أنه صريحٌ في مقصودِ الفسخ ، لا يحتاج إلى النية . وفيه وجهٌ بعيدٌ : أنه يحتاج إلى النيّة ، بخلاف لفظ « الخلع » ؛ فإن ذلك تداولتْه ألسنةُ حَمَلة الشريعة ، ولفظُ « الفسخ » في النكاح غيرُ مستعمل إلا إذا جرى عيبٌ أو سبب .

أما لفظ « المفاداة » ففيه وجهان ، مأخذُهما أنه وَرَدَ به القرآنُ في قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [(٦)] ولكن لم يتكرر [(٧)] . وكذا الخلافُ في لفظ « الإمساك » [(٨)] في الرجعةِ ، ولفظُ « الفَكِّ » في العتق . فإذًا الصريح [(٩)] قطْعًا : لفظٌ

---

(١) في (ب) : « الخلاف راجعة » .

(٢) في (ب) : « أما لفظة » .

(٣) في (ب) : « حملة الشرع » .

(٤) فى (أ) : « كلفظ السراح والفراق » .

(٥) في (ب) : « وأما لفظة » .

(٦) من الآية (٢٢٩) من سورة (البقرة) .

(٧) والأصح : أنه كلفظ الخلع . انظر الروضة (٣٧٦/٧) . المنهاج مع المغني (٢٦٨/٣) . الغاية القصوى (٢/ ٧٧٧)

(٨) يعني إذا قال الزوج – الذى طلّق زوجته – وهي في عدتها : « أمسكتك » فهل هذا صريحٌ في رجعتها ؟ أم كنايةٌ يحتاج إلى نية ؟ .

(٩) في (ب) : « فكأن الصريح » .

متكررٌ في القرآن ، أو متكررٌ على لسان حَمَلة الشريعة (١) . أمَّا ما تكرر على لسان العامة ، أو ورد به القرآن ولم يتكررْ ، ففيه خلافٌ .

ثُمَّ إذا جعلْنا الخلعَ صريحًا في الفسخ - على هذا القول - فلو نَوىَ به الطلاقَ ، لم ينقلبْ طلاقًا على الأظهر ؛ لأنّه وَجَدَ نفاذًا في موضعه (٢) صريحًا ، فلا تؤثر فيه النِّيّةُ ؛ كما لو نوى « الطلاقَ » بلفظ (٣) « الظِّهار » فإنه لا يصير طلاقًا . وهذا بخلاف ما لو قال : « إنها عليَّ حرام » (٤) ونَوَى به الطلاقَ ، فإنه يَقَعُ [به] (٥) الطلاقُ وإن كان مطلقُ هذا القول صريحًا في التزام الكفارة ، لكنّه لا اختصاصَ له بالنكاحِ ؛ إذ يجرى في الأَمة المملوكة ، ولفظُ الخلع يختصُّ بالنكاح .

أَمَّا إذا قدر الزوجُ على فسخ النكاح بعَيْبِها مثلًا ، فقال : « فسختْ » ونَوَى به الطلاقَ ، فيحتمل أن لا ينصرف إلى الطلاق ؛ لأنّه وجد نفاذًا فيما هو صريحٌ فيه . وقال القاضي : « يقع الطلاق » ؛ (٦) لأنه لا اختصاصَ للفظِ « الفسخ » بالنكاح ، فيحتمل أن

---

(١) قال الحموي : « قوله في كتاب الخلع : (أما المفاداة ففيها قولان : أحدهما أنه ورد بها القرآن في قوله تعالى : ﴿ فلا جناحَ عليهما فيما افتدَتْ به ﴾ ولكن لم يتكرر في القرآن ، وكذلك الخلاف في لفظ الإمساك في الرجعة ولفظ الفك في العتق ، ولأن الصريح قطعًا لفظ متكرر في القرآن ومتكرر على لسان حَمَلَةِ الشرع) .

قلت : حاصل ما ذكره الشيخ أن كل ما يكرر في القرآن فهو صريح وجهًا واحدًا ، وما لم يتكرر فيه خلاف . وإذا كان كذلك لم يكن ما ذكره الشيخ على إطلاقه فإنه لو قال رجلٌ : « واللّه لا باشرتك ولا لمستك » كان فيه القولان مع كونه متكررًا على ما ذكره ولا سيما على مذهب الشافعي ، فإن اللمس عنده حقيقةٌ باليد دون الجماع ، وقد ذكر في مسألتنا خلافًا في باب الإيلاء .

قلت : مراد الشيخ بالتكرُّر في القرآن إذا لم يكن العُرْفُ يخالف ، ولهذا كان فيه خلاف مشهور في باب الإيلاء وإذا كان كذلك فالقائل الذي جعله صريحًا غلَّب فيه العرفَ على التكرُّر الواقع في القرآن ، كما في الدابة فإنه حقيقة في اللغة لكل ما دَبَّ ودرج ، وهي الآن حقيقةٌ في الفرس والبغل والحمار دون غيرهم ، وأما القائل الذي جعله كناية فإنما كان كذلك لتردُّده بين العرف واللغة ، ولهذا قلنا : لا يكون قولُنا على قولٍ إلا بالنية ، هذا إذا كان مخالفًا لموضوع اللغة ، وإن كان موافقًا فالمسألة متفق عليها وجهًا واحدًا ، وعليه يحمل كلامه » . مشكلات الوسيط (ق ١٥١ / ب ، ١٥٢ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في موضوعه » .

(٣) في (ب) : « بلفظة » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أنت عليّ حرام » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) ورجحه النووي كما في الروضة (٧/٣٧٥) .

يصرفَ (١) إلى الطلاق .

أَمَّا إذا فرعنا على الصحيح وهو « أنّ النكاح لا يَقْبل الفسخ » - فلفظُ « الفسخ » كنايةٌ في الطلاق ، وفي لفظ « المفاداة » وجهان - كما سبق على قول الفسخ - وفي لفظ الخلع قولان :

أحدهما : أنه كنايةٌ أيضًا ؛ لأنّ صرائح الطلاق ثلاثةٌ ، وهي التي (٢) تكررت فى القرآن : الفِراقُ ، والسّراحُ ، والطلاقُ .

والثاني : وهو الذي نَصَّ عليه في « الإملاء » (٣) أنه صريحٌ ؛ لأنه تكرر في لسان حملة الشرع (٤) لإرادة الفراق ؛ فالتحق بالمتكرر في القرآن (٥) . ومنهم من قال : مأخذُه ، أنَّ ذِكْرَ المال ، هل ينتهض قرينةً في إلحاق الكنايةِ بالصريح حتّى لو خَلَا عن ذكر المال كان (٦) كناية قطعًا ؟ . وهذا المأخذ ضعيفٌ ؛ إذ قرينةُ الغَضَب والسّؤال وغيره ، لا تُغَيِّر الكنايات عند الشافعي (رضي الله عنه) ، فكذلك قرينة المال (٧) .

أَمَّا إذا جرى الخلعُ من غير ذكر المال ، فَمُطْلَقُه هل يُنَزَّل على اقتضاءِ المال ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لاقتضاءِ العُرف ذلك (٨) .

والثاني : لا ؛ لأنَّ لم يتلفظْ به .

ويجري الخلافُ فيما لو قارَضَ رجلًا على أنْ يَتْجَرَ ، ولم يشترط الربح أنه (٩) هل

---

(١) في (أ) : « ينصرف » .

(٢) في الأصل « وهو الذي » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) يعني نصّ عليه الإمام الشافعي (رحمه الله) في كتابه الموسوم بالإملاء ، وهو من كتبه الجديدة بلا خلاف ، وهوغير « الأمالي » فإنها من كتبه القديمة.

(٤) في (ب) : « حملة الشريعة » .

(٥) وهو ما رجحه إمام الحرمين والبغوي ، انظر الروضة (٣٧٦/٧) .

(٦) في (ب) : « كانت كناية » .

(٧) انظر ما قاله الشافعي في هذا في كتاب « الأم » (١٩٧/٥) .

(٨) ورجحه إمام الحرمين كما في الروضة (٣٧٦/٧) وكذلك الغزالي كما سيذكره بعد قليل .

(٩) كلمة « أنه » ساقطة من (ب) .

يستحقُّ أجر المثْل ؟ واختار القاضي : أنه يقتضي المال ؛ تشبيهًا للخلع بالنّكاح . وتعليلهُ بالعُرْف أَوْلى من التشبيه بالنكاح المخصوص بالتعبُّد .

فإن قلنا : يثبت المال – وهو الصحيح – فالثابتُ هو مهرُ المثْل ، إنْ جعلناه فسخًا أو صريحًا في الطلاق . وإن جعلناه كنايةً في الطلاق ونوى ، فهو كالصريح ، وإن لم يَنْوِ لغا ، ولم يُؤَثِّرْ .

أما إذا قلنا : لا يثبت المال ، فإنْ جعلَنَاه فسخًا ، لغا ؛ إذ لا فسخَ إلّا على عِوَضٍ ، وإن جعلْناه طلاقًا صريحًا – أو جَرَتِ النيةُ – فهو طلاقٌ رجعيٌّ ؛ إذْ لا مال . ولكن يتصدّي أمران :

(أحدهما) : أن الرجعيّ لا يَفْتقر إلى قبولها ؛ فهذا ، هل يفتقر [١] ؟ فيه وجهان : ١٨٣/ب

أحدهما : لا ؛ لأنه لا مالَ .

والثاني : نعم / لأن اللفظ يستدعي القبول ، ولا يبعد ذلك ، فإنه لو خالع السفيهة ، لا ينفذ إلا بقبولها ، ثم يكون الطلاق رجعيا [٢] ؛ إذ لا يصح التزامها المال [٢] .

وهذا إنما يظهر في قوله : خالعتُ ، فلو قال : خلعتُ ، فيبعد انتظارُ القبولِ [٣] ، وكذا لو قال : خالعت ، ولم يُضْمِر التماس جوابه [٤] ، فيكون كقوله : قاطعتُ ، وفارقتُ .

(الأمر الثاني) : أنه إن أضمرَ الرجلُ المالَ ، فيبعد إيقاعُ طلاقٍ من غير مال ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا أثَرَ لِنِيّةِ المالِ ، فهو كما إذا لم [٥] يَنْوِ .

---

(١) يعني أن الطلاق الرجعي يقع موجبه على المرأة ، ولا يفتقر إلى قبولها ذلك الطلاقَ . وقوله : « فهذا ، هل يفتقر ؟ » يعني به ما لو خالعها – ولم يذكر مالًا في مقابلته – وفرعنا على جَعْل « الخلع » طلاقا ، فهل يترتب على هذا الخلعِ موجَبُه بدون موافقتها ؟ – كالطلاق – أم لا بُدَّ فيه – حتى يَصِحَّ – مِنْ قبولها ؟ صحح النوويُّ أنه لا يفتقر إلى قبولها ، وكذا إمامُ الحرمين ، وبه قطع البغويُّ ؛ لاستقلال الزوج بالطلاق الرجعي .

ورجح الغزالي في الوجيز أنه يفتقر إلى قبولها ؛ لاقتضاء لفظ « المخالعة » القبولَ . انظر : الروضة (٧/ ٣٧٦) الوجيز (٢/ ٤١) .

(٢) في (أ) : « إذ لا ينفذ التزامها المال » .

(٣) أي : يبعد انتظار القبول منها .

(٤) لو قال : « ولم يضمر التماس جوابها » لكان أوضح ، والمعنى – على ما قال – : ولم يضمر التماسَ جوابِ قولِه : « خالعت » .

(٥) كلمة (لم) ساقطة من (ب) .

والثاني : أنه يُؤَثر ، حتى لا يقع من غير ثبوتِ المال ، وإنما يثبت [المال] [١] إذا نَوَيَا جميعًا [المال] [٢] . فإن لم تَنْوِ المرأةُ ،فلا يقعُ الطلاقُ أصْلًا .

وهذا بيانُ هذه الاختلافات ، والأَوْلى فى الفتاوى ، أن نجعل الخلعَ طلاقًا ، ونجعلَه صريحًا فيه ، ونجعل الخالي عن العِوض مقتضيًا للعوض بحكم العُرْف ، ونجعله صريحًا أيضًا ، ونَطْرح بقية الاحتمالات وإن كان لها بعضُ الاتجاه . أما جَعْلُ « الخلع » فسخًا ، فبعيدٌ في المذهب والقياس ؛ إذ لا خلافَ أنَّ الزوج لا يستقل بالفسخ [٣] ، ولو قبل النكاحُ الفسخ ، لكان لا يمنع [٤] بسببها كما لا يمنع الطلاقُ ، وفيه إبطالُ حَقِّها ، ولأنه لا خلاف أن الخلعَ قبل المسيس مُشَطِّرٌ ، و أنه يجوزُ إيرادُه على عِوَضٍ جديد ، وكل ذلك يُناقِضُ معنى « الفسخ » .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) قال الحموي : « قوله فيه أيضًا : (أما جعلُ الخلع فسخًا فبعيد في المذهب ؛ إذ لا خلاف أن الزوج لا يستقيل بالفسخ ... إلى آخره) .

قلت : ذكر الشيخ في أول الباب قولين : (أحدهما : أنه طلاق يحوج إلى التحليل ...) إلى قوله : والقول الثاني القديم المنصور في الخلاف) ..

قلت : المفهوم من كلامه فيه أنه طلاق على الصحيح ، ثم المفهوم من مسألتنا أنه فسخ على الصحيح ، من حيث إنه جعل منصورًا ، وفيه نوعُ مناقضةٍ كما لا يخفى .

قلت : الصحيح في المذهب : أنه طلاق ، وأبو حنيفة يوافقنا على ذلك إلا أنه لما كان عندنا قول : إنه فسخ ، احتجنا إلى نصرته لأجل وقوع المخالفة في هذا القول ، وأما تضعيفُه في المذهب فظاهر ، لما ذكره من النقد وكأنه جعله منصورًا لأجل الخصم ، وهو ضعيف بالنسبة إلى الصحيح عند الشافعي (رحمه اللّه) وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (ق ١٥٥ / أ) .

(٤) في (ب) : « لكان لا يمتنع » .

الفصل الثاني

في معنى نسبة الخلع إلى المعاملات

فنقول : إن جعلناه فسخًا ، فهو معاوضة محضةٌ شبيهةٌ بالنكاحِ . وإن جعلناه طلاقًا – أو جرى الطلاقُ على مالٍ – فهو من جانب الزوج تعليقٌ فيه مشابه [١] المعاوضات ، ومن جانبها معاوضةٌ محضةٌ فيها فيها مشابه الجعالة [٢] ولا نَعْني بذلك أنَّ الحكمَ الواحدَ يتركَّبُ من أصلين ؛ فإنّ ذلك متناقِضٌ ، بل تجري بعضُ الأحكامِ على قاعدةِ التعليق ، وبعضُه على قانونِ المعاوضة [٣] .وشَرْحُ ذلك من جانبه يَستدعي تفصيلَ الصِّيغ :

وله صيغ :

الأولى :صيغة المعاوضة . وهو أن يقول : « طلقتُكِ على ألفٍ » أو « أنتِ طالقٌ على ألفٍ » فتتمحضُ في هذه الصيغةِ قضيةُ المعاوضات ، ويظهر ذلك في أربعة أمور :

(أحدها) : أنه لو رجع قَبْلَ قبولِها ، لم يقع الطلاقُ كما في البيع .

(والثاني) : أنه لا بُدَّ من قَبولها باللفظ .

(والثالث) : أنه لا بُدّ من القبول في المجلس على الاتصال .

(والرابع) : أنه لو قال : « طلقتُكِ ثلاثًا على ألفٍ » فقالت : « قبلتُ واحدةً على ثُلث الألف » : لم يقع كما [٤] إذا قال : « بعتُكَ هذا العبدَ بألف [٥] » فقال : « قبلتُ ثُلثَه بثُلُث [٦] الألف » ، فإنه لم يصح . ولو قَبِلَتْ واحدة على كمال الألف ، فالأصحُّ

---

(١) في (ب) : « مشابهة » .

(٢) الجُعْل – بضم الجيم – : الأجر . والجعالة – بكسر الجيم وقيل : مُثَلَّثة – : شيء يجعل لإنسانٍ ما مقابلةً له على عمل معين . انظر : المصباح المنير (١٦١/١) . القاموس المحيط ص (١٢٦٣) مادة (ج ع ل) . أنيس الفقهاء ص (١٦٩) .

(٣) في (أ) : « على قاعدة المعاوضة » .

(٤) كلمة : « كما » ساقطة من (ب) .

(٥) كلمة : « بألف » ساقطة من (ب) .

(٦) كلمة :« بثلث » ساقطة من (ب) .

أنه يَقَعُ ؛ لأنّها وافقتْ في العوض ، وليس إليها عددُ الطلاقِ ، بخلاف ما لو باع عبدَيْن بألفِ ، فَقَبِلَ أحدَهما بالألف ، فإنَّ الأصحَّ فيه : أنه لا يصح ؛ لأنَّ الملك مقصودٌ للمشتري [١] ، والطلاقُ لا يدخل في مِلْكها . ثم قال ابنُ الحداد : لا يقع إلا واحدةً ؛ لأنها لم تقبلْ إلا واحدةً . وقال القفال : يقع الثلاث ؛ لأن قبولَها يُعْتبر للعوض فقط .

ثم الصحيح ، أنه يستحقُّ المسميُّ ، وعن ابن سُرَيج : أنه يستحقّ مهرَ المثل .

الصيغة الثانية : أن يُصَرح بالتعليق . فيقول : « متى ما أعطيْتني ألفًا ، فأنت طالق » ، فهذا تعليقٌ محض من جانبه [٢] فلا يحتاج إلى القبول لفظًا ، ولا إلى الإعطاء في المجلس ، ولا له الرجوعُ قبل الإعطاء .

الثالثة : أن يقول : « إن أَعْطَيْتِنى ألفًا ، فأنتِ طالقٌ » فلا يصحُّ رجوعُه ، ولا يفتقر إلي قَبولها لفظًا ، ولكن يختص الإعطاء بالمجلس ؛ لأن قوله : « متى ما » صريحٌ في تجويزِ التأخير ، وهذا متردِّدٌ ، وقرينة العوض تُشْعرِ باستعجالهِ [٣] في المجلس ، فيختصَّ به ، ولا تُطَلَّق بالإعطاءِ بعد ذلك .

أما جانبُ المرأةِ ، فاختلاعُها معاوضةٌ ، نازعة إلى الجعالة ؛ لأن الطلاقَ ليس إليها حتى يتطرَّقَ إلى جانبها مشابهُ التعليق [٤] ، وإنما إليها بَذْلُ المالِ في مقابلة ما يستقلُّ الزوجُ به إن شاء .

وفائدةُ هذا ، أنّ لها الرجوعَ في جميع الصور قبل الجواب ، حتى لو أَتَتْ أيضًا بصيغةِ التعليق ، وقالتْ : « إنْ طَلَّقْتني فلكَ ألفٌ » ، ثم رجعتْ قبل القَبول : جاز ، ويختص الجوابُ أيضًا بالمجلس ، فلو طلَّقها بعد ذلك ، لم يَلْزمْها العوضُ ، حتى لو قالتْ : « متى ما طلقتني فلكَ ألفٌ » ، فطلَّقها بعد مدة ، حُمِلَ ذلك على الاستقلال لا على الجواب ؛ لأنه قادر على الابتداء ، وإنما ينصرف إلى الجواب بقرينة التخاطب المعتاد في المجلس .

---

(١) في (أ) : « مقصود المشتري » .

(٢) قوله : « من جانبه » ساقط من (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تشعر بالاستعجال » .

(٤) في (أ) : « شائبة التعليق » .

وإنما نُزُوعُها إلى الجعالة يَظْهر من شيئين (١) :

(أحدهما) : أنه احتمل صيغةَ التعليقِ منها ، بأن تقول : « إنْ طلقتَني فلكَ ألفٌ » ، كما تقول : « إن رَدَدْتَ عبدي الآبِقَ » ؛ لأنها التمستْ ما يستقلُّ الزوجُ به / ويحتمل ١٨٤/أ التعليقَ بالأغرار .

(الثاني) : أنها لو قالت : « طَلِّقْني ثلاثًا على ألفٍ » ، فقال : « طلقتُكِ واحدةً » ، استحقَّ الثُّلُثَ ؛ كما إذا قال : « إنْ رَدَدْتَ عبيدىَ الثلاثَ فلك ألفٌ » ، فردَّ واحدًا ، استحقَّ الثلثَ .

وكذلك لو قالَتا : « طَلِّقْنَا على ألفٍ » فطلَّقَ واحدةً (٢ ، استحق نصفها عليها ٢) ، وهذا بخلافِ ما لو قال الرجل : « طلقتُكِ ثلاثًا بألفٍ » ، فقالتْ (٣) : « قَبِلْتُ واحدةً على ثلث الألف » ، لم يقع الطلاقُ ؛ لأن ما أتى به صيغةُ المعاوضة [فالتحقتْ بالمعاوضة] (٤) . وما أَتَتْ به ، صيغةٌ ضَاهَت الجعالة ، فالتحق بها .

ولو قال الزوجُ ابتداءً : « خالعتُكما على ألفٍ » ، وقَبِلَتْ واحدةٌ منهما ، لم يصحَّ بلا خلاف ؛ لأن الجواب ، لم يوافق الخطابَ ، بخلاف ما إذا قالَتَا : « طلِّقْنا » فأجابَ إحداهما ، نَفَذ ؛ لأن ذلك مأخوذٌ من الجعالة وكذلك إذا باع عبدا من رجليْن ، فأجاب أحدُهما ، وقَبِلَ النِّصْفَ ، لم يصحَّ على المذهب (٥) ، وإن شغب أصحاب الخلاف بِمَنْعٍ فيه .

---

(١) في (أ) : « وأما نزوعها إلى الجعالة فيظهر من شيئين » . وفي نسخة « في شيئين » كما على هامش الأصل .

(٢) في (أ) : « استحق شيئًا عليها » . وقوله : « استحق نصفها عليها » يعني يستحق نصف الألف على المطلقة .

(٣) في (أ) : « فقال » . وهو خطأ واضح . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) قال الحموي : قوله فيه : (ولو قال الزوج ابتداءً : خالعتكما على ألف ، وقَبِلَتْ واحدة لم يصح ؛ لأن الجواب لم يطابق الخطاب ، بخلاف ما إذا قالتا : طلقنا ، فأجاب إحداهما نفذ ؛ لأن ذلك مأخوذ من الجعالة ، وكذلك إذا باع عبدًا من رجلين فأجاب أحدهما وقَبِلَ النصفَ ، لم يصح على هذا المذهب) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه ذكر هنا أنه لو قال الزوج ابتداءً : خالعتكما على ألف ، فقبلت واحدةٌ لم يصح بلا خلاف ، وذكر في البيع وقال : (نصَّ الشافعيُّ على أنه لو خالع زوجتيه فقبلت إحداهما : صح مع أن فيه شائبةَ التعليف ، والمعلق بصفتين لا يحصل بأحدهما) وإن كان كذلك كان ما ذكره مخالفًا لما ذكره في البيع لما لا يخفى . =

ولو قال : « خالعتُكِ وضَرَّتَكِ » فقبلتْ : صَحَّ ؛ لأنها العاقدة وحدها ، وإنما المتعدد المعقود [عليه فقط] (١) . ولو تخلل بين إيجاب الخلع وقبولِه كلامٌ يَسِيرٌ ، لم يَضُرَّ . وقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لو قالتا : « طلقنا » ، وارتدتا (٢) ، فأجابها ، ثم عادتا إلى الإسلام : صَحَّ الخلعُ ، وإن تخلل (٣) كلمةُ الردّة » (٤) إلا أَنَّ هذا كلامٌ من المخاطب بعدَ تمام خطابه ، وإنما النظر في كلام القابل بعدَ الإيجاب وقَبْلَ القَبول [والله أعلم] (٥) .

* * *

= الثاني : أنه ذكر في البيع قبل قوله : (نص الشافعي) : (أنه لو قال لرجلين : بعت منكما ، فقَبِلَ أحدهما دون الآخر ، فيه وجهان) وإذا كان كذلك ، فأيُّ فرق بين هذا وبين ما لو خالع زوجته فقبلت إحداهما ، والأمر بالعكس ، فإن الخلع فيه شائبةُ التعليق بخلاف البيع ، فإنه لا يحتمل التعليق كما لا يخفى .

قلت : أمكن أن يحمل ما ذكره في البيع على ما إذا وقع استدعاء الطلاق منهما ، فأجاب إحداهما فقَبِلَتْ ، فإنه يصح وقد ذكره في الخلع أيضًا . وما ذكره في مسألتنا محمولٌ على ما إذا قال الزوج ابتداءً : خالعتمكا ، وقبلت واحدةٌ في وقت لا يُعَدُّ قبولُها جوابًا لكلامه ، ويحمل قوله في البيع : (صح الخلع) على ما إذا وقع قبولُها جوابًا لكلامه ، فعلى هذا لا منافاة بينهما لما لا يخفى .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر أيضًا ، فإنه إنما كان كذلك في البيع ، وصح في الخلع من غير خلاف ، من حيث إن فيه شائبةَ الجِعَالَة ، ألا ترى أنه لو قال في الجعالة : إن رددتما عبدي فلكما ألف ، فقبل أحدهما : صح ؟ فكذلك هنا ، وما ذكرناه من الجوابين على حسب الإمكان » .مشكلات الوسيط (ق ١٥٢ / أ - ١٥٣ / أ) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « وارتد » وهو خطأ ظاهر .

(٣) في (ب) : « وإن تخللت » .

(٤) اختصر الإمامُ الغزاليُّ نصَّ الشافعي (رحمه الله) ، ونصُّه كاملًا : « ولو قالتا : طَلِّقْنا بألف ، ثم ارتدتا ، فطلَّقَهما بعد الردة ، وقع الطلاقُ . فإن رَجَعَتا إلى الإسلام في العدة ، لَزِمَتْهُمَا [يعني الألف] و كانتا طالقتين بائنين ، لا يملك رجعتهما ، وعِدَّتُهما من يوم تكلَّم بالطلاق ، لا من يوم ارتدتا ، ولا من يوم رجعتا إلى الإسلام . وإن لم ترجعا إلى الإسلام - حتى تمضي العدةُ ، أو تُقْتلا ، أو تموتا - لم يقع الطلاق ، ولم يكن له من الألف شيء» . الأم (٥/٢٠٣) .

(٥) زيادة من (أ) .

الباب الثاني

في أركان الخلع

وهي خمسةٌ : الصيغة ، والعاقدان ، والعوضان . وإذا تطرَّقَ الخللُ إلى واحدةٍ منها فسدَ الخلعُ . ومعنى فسادِه : أن (١) يمتنع وقوع الطلاقِ ، ولفظُ البطلانِ بهذا أحقُّ . أو ينقلب الطلاقُ رجعيًّا ، أو تنفذ البينونة ويفسد العوض ، ولفظُ الفسادِ بهذا أحقُّ ، وتفصيلُه بشرْحِ الأركانِ .

الركن الأول : الموجب . وشرطُه أن يكونَ مستقِلًّا بالطلاق ، فخلعُ الصبيِّ باطلٌ ، وخلعُ العبدِ صحيحٌ ، والعوضُ يَدْخل في مِلْك سَيِّده قهرًا ؛ فهذا (٢) كالاكْتِسَاب . وخلعُ المحجورِ بالفلسِ والسَّفَة صحيحٌ ؛ لأنَّ طلاقَه (٣ ينفُذُ من غير مِالٍ ٣) ، فهو مع المال أَوْلى ، ولا حَجْرَ عليهم في مقدار العوض وإن نقص عن مهر المثل ؛ إذ ينفُذُ طلاقُهم مجانًا ، إلا أن (٤) المختلعة من السفيه ، لا تبرأ عن العوض إلا بالتسليم إلى الوليّ ، فإن سَلَّمت إلى السفيه ، لم تَبْرَأْ .

* * *

---

(١) في (ب) : « أنه » .

(٢) قوله : « فهذا » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « ينفذ بغير مال » .

(٤) كلمة : « أن » ساقطة من (ب) .

الركن الثاني

العاقد (١)

وشرطُه أن يكونَ أهْلًا لالتزامِ المال غَيْرَ محجورٍ عليه .

وأسبابُ الحجرِ خمسةٌ :

الأول : الرِّقُّ . فإذا اختلعتِ الأَمَةُ - بإذن سيدها - بعينِ مالِهِ : صحَّ ، واستحق الزوجُ عَيْنَ المالِ . وإن اختلعت بِدَيْن ، هل يكونُ السيدُ ضامِنًا بالإذن ؟ فيه خلافٌ كما في نكاح العبد . وإن استقلَّتْ بالاختلاع ، فسد الخلعُ (٢) ، ونفذت البينونةُ ، وتعلَّق مهرُ المثل بذمتها تُطالَب به إذا أُعتقت (٣) ، وفيه وجهٌ (٤) أنه تُطَالَب بالمسمّى إذا عَتقت ، ويصح المسمى ، وهو ملْتفِتٌ إلى الوجه (٥) المذكور في صحَّة شراء العبد وضمانه وتعلّقِه بذِمَّته .

السبب الثاني : حَجْرُ المكاتبة . والتزامُها المالَ في الخلع : تبرعٌ ، فإن استقلتْ فهي كالأمةِ . وإن اختلعتْ بإذن السيد ، يبنى على أن تبرعها ، هل ينفُذُ بإذن السيد ؟ وإنما جُعل تبرعًا ؛ لأنه لم يَحْصُل (٦) في مقابلته مال .

السبب الثالث : الحجْرُ بالسَّفَهِ . وإذا اختلعتِ السفيهةُ - ولو بإذن الوليّ - لم يثبت المال ؛ للحجر ، وامتنع الخلعُ ، ونفذ طلاقًا رجعيًا إذا قَبِلَتْ ؛ لأن لفظها صحيحٌ في القبول ، ولا بُدَّ من القبول ؛ لاقتضاءِ الصيغةِ ذلك .

السبب الرابع : الحجر بالصِّبَى . فلا يصحُّ اختلاعُ الصبيةِ ؛ لفسادِ لفظِها في

---

(١) في (أ) : « القابل » وكذا في نسخة أخرى كما ثبت بهامش الأصل .

(٢) في (أ) : « فسد العوض » .

(٣) في (أ) : « عَتَقَتْ » .

(٤) كلمة « وجه » ساقطة من الأصل .

(٥) في (أ) : « على الوجه » .

(٦) في (ب) : « لم يُجْعَل » .

القبول بخلاف السفيهة . ومنهم من قال : يقع الطلاقُ ها هنا أيضًا رجعيًا ، ويكون كما لو قال للصبية : « أنتِ طالقٌ إن شئْتِ » ، فقالتْ : « شئتُ » ؛ لأن قبول قول [١] السفيهة أيضًا ، ساقطٌ في الالتزام .

السبب الخامس : الحجر بالمرض . ويجوز اختلاعُ المريضةِ بمهرِ المثل ، ولا يحتسب [٢] من الثلث ؛ إذْ غايتُها أنها صرفت المال إلى أغراضها في حياتها ، ولها ذلك بخلاف السفيهة و المكاتبة ؛ وهو كما لو نكح المريضُ أبكارًا بمهور أمثالهنّ ، وهو مُسْتغْنٍ عنهن : جاز ذلك .

وأما الزيادة على مهر المثل ، فيُحْسب [٣] من الثلث . وقال أبو حنيفة (رحمة الله عليه) : أصلُ المهر يُحْسبُ من الثلث [٤] .

* * *

---

(١) كلمة : « قول » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « ولا يحسب » .

(٣) في (أ) : « فيحتسب » .

(٤) انظر : المبسوط (١٩٢/٦) . الهداية (١٧/٢) . الدر المختار (٤٦٠/٣) .

الركن الثالث

المعوَّض

وهو البضع ، وشرطه : أن يكون مملوكا / للزوج ؛ فلا يجوز [للزوج] [١] مخالعةُ ١٨٤/
المختلعة وإن كانت بعدُ في العدة ، إذ لا ملك . ووافقَ على هذا أبو حنيفة (رحمه الله) وإن خالفنا [٢] في لُحُوقِ الطلاقِ إياها [٣] .

وأما المرتدة - بعد المسيس - إذا خالعها ، صَحَّ إن عادت إلى الإسلام قبل [انقضاء] [٤] العدة ، وإن أصرت تبين الفساد ، وله التفات إلى [٥] وقف العقود .

وأمَّا الرجْعِيَّة ففي مُخَالَعَتِها قولان :

أحدهما : [أنه] [٦] يصح ؛ لأنَّ المِلْكِ قائم [٧] .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (ب) : « وإن خالف » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا يلحق المختلعةَ طلاقٌ بحال ، سواء طلقها متصلا بالخلع ، أم منفصلا . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الأم (١٩٨/٥) . تكملة المجموع (١٧٣/١٨) . حلية العلماء (٥٥٣/٦) . المقنع ص (٢٢٧) .

ومذهب الحنفية : أنّ المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة ، لكن - عندهم - يلحقها الطلاقُ بالصريح لا بالكناية ، ولا بمرسل الطلاق ، وهو قوله : « كل امرأة لى طالق » . انظر : المبسوط (١٧٥/٦) . حليه العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للقفال الشاشي (٥٥٤/٦) .

مذهب المالكية : الذي وجدته في الكافي لابن عبد البر أنه لا يلحق المختلعة طلاقٌ ، وفى المنتقى للباجي تفصيلٌ ، وقد فرّق بين أن يُطلقها عقيب خُلْعِه لها مُتّصلا بالخلع ، وبين أن ينفصل الطلاق عن الخلع ، ففي الصورة الأولى يلحقها الطلاق لا في الصورة الثانية . انظر : الكافي ص (٢٧٦) . المنتقى (٦٨/٤) . الإفصاح لابن هبيرة (١٤٤/٢ وما بعدها) .

(٤) زيادة من (أ).

(٥) في (أ) : « على » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) وهذا القول رجحه النووي في الروضة (٣٨٨/٧) .

والثاني : لا ؛ لأنه لِأَجَلٍ ، والطلقةُ الثانية لا تفيد في حقها أمرًا جديدًا ، فينفذ [1] طلاقًا رجعيًا كما في السفيهة .

وفيه وجه آخَر : أنه يصحُّ مخالعتُها بالثالثة دونَ الثانية ؛ إذ الثانية لا تُفيدها شيئًا جديدًا ، وهو بعيد .

* * *

---

(١) في (ب) : « فيفيد » .

الركن الرابع

العِوَض

وَشْرطُه : أنْ يكونَ مُتَمَوَّلًا معلوما . وبالجملةِ ، يُشترط فيه شرائطُ المبيع والثمن . فإن خَالع على مجهول ، فسدَ العوضُ ، ونفذت البينونَةُ ، والرجوعُ إلى مهر المثل .

وإن خالع على خمرٍ ، أو خنزيرٍ ، أو مغصوب ، أو حُرٍّ [أو شيءٍ] [١] مما يقصد وهو غير معلوم : فسد العوضُ . والرجوعُ إلى القيمة أو مهرِ المثل ؟ فيه قولان [٢] ، كما ذكرناه في الصداق . ولو خالع على دمٍ ، وقع الطلاقُ رجعيًّا ؛ لأن ذلك لا يُقْصد بحالٍ ، والميتةُ كالخمرِ لا كالدم ؛ فإنها قد تُقْصَد لطعمة الجوارح . والتفَصيلُ في هذا كالتفصيلِ في الصّداق .

فرع : إذا قال : خالعتُكِ على ما في كفِّكِ ،صَحَّ الخلعُ إنْ صححنا بَيْعَ الغائبِ ، ونُزّل على ما في كفِّها . وإنْ لم نُصَحِّحْ ، فسدَ العوضُ ، والرجوعُ إلى مهرِ المثل ، ولا يرجع إلى قيمتِه [٣] أصلًا ؛ لأنّ مأخذَ الرجوع إلى القيمة الرّضا بالمالية ، والرضا بالمجهولِ لا يُتَصَوَّر . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « إن لم يكن في كفّها شيء ، نُزِّل على ثلاثة دراهم » [٤] . ولعله يقول : معناه ما في كفّها المقبوض من عقود الحساب ، وليس

---

(١) زيادة هامة من (أ) .

(٢) رجح النووي أنه يرجع عليها بمهر المثل . انظر الروضة (٣٩٠/٧) .

(٣) في (أ) : « إلى القيمة » .

(٤) عند الحنفية في هذه المسألة صورتان :

(الأولى) : أنها إذا قالت : خالِعْني على ما في يدي - وليس في يدها شيء - فلا شيء عليها .

(الثانية) : أن تقول : خالعني على ما في يدي من الدراهم - وليس في يدها شيء - لزمها ثلاثة دراهم ؛ لأنها سمّت الدراهم ، وأقل الجمع ثلاثةٌ .

ومذهب الحنابلة كمذهب الحنفية في الصورة الثانية . انظر : بدائع الصنائع (١٤٨/٣ وما بعدها) الاختيار (١٥٨/٣) . فتح القدير (٢٢٤/٤) . الدر المختار مع رد المحتار (٤٤٦/٣ وما بعدها) . المقنع ص (٢٢٧) . =

فيه إلا ثلاثة ؛ إذ لا معنى لقبض الإبهام والسّبّابة في الحساب ، ثم يرى تنزيله من الأعداد على النقد أولى ، ومن النقود على الأدنى ، وهو الدراهم .

والوجه تنفيذُه رجعيًا (١) ؛ فإنّ ما ذكره - وإن تكلَّفْنا له خيالًا - فهو تعسُّف ظاهر .

وَمِمَّا يتعلَّق بالعوض موافقةُ الوكيلِ ، ومخالفتهُ ، والنظرُ في وكيله ، ووكيلها :

أما وكيلُه : فإن قال له : خالعْ بمائةٍ ، فخالعَ بها ، أو بما فوقها : صَحَّ . وإن نقص ، لم ينفذِ الطلاقُ ؛ لمخالفتِه . وإن قال : « خَالِعْ » مطلقًا نفذ خُلْعُه بمهر المثل فما فوقه (٢) .

فإن نقص (٣) ؟ فالنصُّ في « الإملاء » : أنه لا يبطل ؛ لأنه أذن مطلقًا ، فيتناول ذلك بعمومه وإنما ينزل في البيع على ثمن المثل ؛ للعُرْف الجاري في مقصود الأموال (٤) ؛ إذ لا مقصودَ فيها سوى الماليّة . وفيه قول مُخَرَّج : أنه يبطل ، كما لو عَيَّنَ المقدارَ ، وله اتجاهٌ . وفي مسألة تعيين المقدار قولٌ مخرّج من هذه المسألة : أنه لا يبطل وإن نقص .وهو ضعيف .

فإن فَرَّعْنا على النصّ - وهو أنه لا يبطل - فما الذي يحصل ؟ فيه طريقان :

(أحدهما) : ذكره الشيخ أبو علي ، أن للزوج الخيار ، ولكن في تَخَيُّرِه قولان :

أحدهما : أن معناه ، أنه إنْ رضي بذلك ، نفذ ، وقد قَنَعَ بالمسمّى ، وإلّا امتنع الطلاقُ . ولا ينبغي أن يُؤْخذ هذا من وقف العقود ، بل مأخذُه : أنَّ لَفْظَه عام ، وله أن يقول : اردتُ به مَهْرَ المثلِ ، وعلامة ذلك أن لا يَرْضى بالمسمَّى ، فإن رَضِيَ بالمسمَّى ،

= وأما ما ذكره الإمام الغزالي من تأويل للحنفية في هذا الحكم ، فليس هذا ما قالوه ، بل قالوا : إنها قالت : « على ما في يدي من دراهم » فَذَكَرَتْ جَمْعًا ، وأقلُّ الجمعِ ثلاثةٌ .

(١) قال النووي : « المعروف الذي أطلقه الجمهور ، وقوعُه بائنًا بمهر المثل ، وهو مقتضى كلام إمام الحرمين » . روضة الطالبين (٣٨٩/٧) . وانظر : كفاية الأخيار (٥٠/٢) .

(٢) في (ب) : « وما فوقه » .

(٣) يعني إن نقص الوكيل في الخلع عن مهر المثل .

(٤) في (أ) ، (ب) : « عقود الأموال » .

فكأنه أراد ذلك بالعموم .

والقول الثاني : أنه إن شاء ، قنع بالمسّمى ، وإلا صار الطلاق رجعيًا ، وامتنع العوضُ أصْلًا ؛ إذ رَدُّ الطلاق لخيرته ، بعيدٌ ، وتكليفُها مَهْرَ المثلِ وما رَضيتْ إلا بالمسمَّى : بعيدٌ .

(الطريقة الثانية) : نقْل القولين على وجهٍ آخر :

أحدهما : [أنَّه] [1] لا خيارَ له إلا بَيْنَ المسمَّى ومَهْرِ المثل ، فأمَّا الطلاقُ فلا خيارَ فيه .

والثاني : أنه لا خيارَ له أصلًا ، بل فسد العوضُ . والرجوعُ إلى مهرِ المثل . وهذه الطريقُة أقيسُ [2] . ويحصُل من هذه الاختلافات خمسةُ أقوالٍ إذا جمعت .

أَمَّا وَكِيلُها بالاختلاع بمائة - إن وافق أو نقص - صَحَّ . وإنْ زادَ ، فالنصُّ : وقوعُ البينونةِ [3] ، واختيارُ المزنيِّ أنّه لا ينفذ [4] . وهو القياس ؛ لانه خالفَ ، ولم يُجْعل اختياره تخريجا مع اتجاهه .

ثم فيما يلزمها - على النّصّ - قولان :

أحدهما : أنه يفسد المسمَّى ، واللازمُ مهرُ المثل [5] .

والثاني : أنه يلزمها ما سَمَّتْ ، وزيادةُ الوكيلِ أيضًا تلزمها [6] إلا ما جاوزَ من زيادةِ مهرِ المثل ، فإنَّها لا تلزم .

هذا إذا أضاف الوكيلُ الاختلاعَ إلى مالها . فإنْ أضاف إلى نفسه نَفَذَ ، ولزم

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) وهو الأظهر كما في الروضة (٣٩١/٧) .

(٣) انظر نصَّ الشافعي (رحمه الله) في هذه المسألة في الأم (٢٠٥/٥) .

(٤) انظر روضة الطالبين (٣٩٢/٧) .

(٥) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٣٩٢/٧) .

(٦) من قوله : « على النص قولان : .. إلى قوله : وزيادة الوكيل أيضًا تلزمها » ساقط من (ب) .

الوكِيلَ / تمامُ ما سمَّى ، وليس عليها شيءٌ ؛ لأن اختلاعَ الأجنبيِّ بنفسه صحيحٌ . ١٨٥/أ

وإن أطلق الوكيلُ ، ولم يُضِفْ إليها ولا إلى نفسِه ، فالبينونةُ حاصلةٌ على النصّ ، وفيما يلزمها قولان :

أحدهما : أنّ عليها ما سمّتْ ، والزيادةُ على الوكيل ، كأنه قد افتداها بما سمّتْ وزيادة من عند نفسه [١] .

والثاني : أن الزيادة عليها أيضًا ، ما لم يجاوزْ مَهْرَ المثل ، فما جاوزَ مَهْرَ المثل ، فهو على الوكيل

وقياسُ مذهبِ المزنيّ ، صحةُ الخلعِ مع الأجنبيّ ، وانصرافه عنها ، كالوكيل بالشراءِ بمائةٍ - إذا زاد - فإنّه يقع عنه ، إذا لم يصرحْ بالإضافة إلى الموكِّل .

فأما إذا أضاف الوكيلُ المال إليها ، وضمنَ ؟ قال الصيدلاني : « هو كما لو أطلق الوكيل » وهذا ضعيفٌ ، بل الإضافةُ - إذا فسدت - فالضمانُ المرتَّبُ عليه [٢] لا يصحُّ ، ولا يؤثِّر فيه .

هذا كله إذا عَيَّنَتْ مائةً ، فإن أَذِنَتْ مطلقًا ؟ قطع الأصحابُ بأن ذلك كالمقدَّربمهر المثل والمصرَّح به .

هذا كلُّه في المخالفة بالمقدار ، فلو خالف في الجنس - بأن قالت : « اخْتَلِعْني بالدراهم » فاختلعَ بالدنانير - قال القاضي : انصرف الخلع عنها [٣] ؛ لأنه مخالفٌ ، بخلاف ما إذا زاد فإنه أتى بما أَمَرَتْ وزيادة [٤] ، وهذا يؤكدُ اختيارِ المزنيّ ؛ لأنَّ الفساد هاهنا أيضًا في العوض .

* * *

---

(١) رجح النووي هذا القول . انظر الروضة (٣٩٣/٧) .

(٢) في (أ) : « عليها » .

(٣) في (أ) : « انصرف عنها » .

(٤) والأصح أنه تحصل البينونة ، وبه قطع البغوي ، ثم يُنْظر :

* إن أضاف الخلع إلى مالها ، ولم يقل : وأنا ضامن ، فالرجوعُ عليها بمهر المثل على الأظهر ، وبأكثر من مهر المثل وبدل ما سمّت في القول الثاني .

* وإن قال : « وأنا ضامن » أو لم يضف العقد إليها لم يرجع إلا ببدل ما سَمَّتْ . انظر الروضة (٣٩٣/٧) .

الركن الخامس

الصيغة

وفيه مسائل :

إحداها : أنه لو قال : « طلقتُكِ بدينارٍ على أنَّ لي الرجعةَ » ففي المسألة قولان :

أحدهما : - وهو الذي نقلَه المزنيُّ - أنّ العِوضَ يسقُطُ ، ويَنْفُذ الطلاقُ رجعيًّا ؛ إذ لا جمعَ بين العوضِ والرجعةِ ، والعوضُ هو المحتاج إلى إثباتِه دونَ الرجعةِ ، فيندفع بذكر الرجعة (١) .

والثاني : - وهو القياسُ ، وقد نقله الربيعُ (٢) واختارَه المزنيُّ - (٣) أنّ العوضَ يفسدُ ؛ لاقترانِ الشرط به ، وتنفذ بينونة (٤) على مهرِ المثلِ ؛ لأنَّ دَفْعَ الرجعةِ ، أهونُ من دفع البينونة .

الثانية : المرأة تتوكَّل في الاختلاع ، وهل تتوكل في الخلع ؟ فيه وجهان ، ووجهُ المنعِ : أنها لا تَقْدِر على الاستقلال بالخلع ، ويجري الخلافُ في توكُّلِها (٥) بالتطليق (٦) ، مع أنه لا خلافَ أنه لو قال لها زَوْجُها : طَلِّقِي نفسَكِ ، فقالت : طَلَّقْتُ ، يَنْفُذ . ولكن هو تمليكٌ أو توكيل ؟ فيه خلاف.

الثالثة : الوكيل بالخلع ، هل يتولَّى طَرَفَيِ الخلْعِ ؟ فيه وجهان (٧) . ومن جوَّزَ ذلك

---

(١) انظر ما نقله المزني في مختصره ص (١٨٧) .

(٢) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٣) انظر هذا الاختيار في مختصره ص (١٨٧) .

(٤) في (ب) : « البينونة » .

(٥) في (أ) : « توكيلها » .

(٦) رجح في الوجيز (٤٤/٢) صحة توكيلها في الخلع والطلاق ، وكذلك النووي في الروضة (٣٩٨/٧) .

(٧) والصحيح أن الوكيل لا يتولى طَرَفَيِ الخلع . انظر الوجيز (٤٤/٢) . روضة الطالبين (٣٩٩/٧) . الغاية القصوى (٧٨٠/٢) .

على خلاف البيع والنكاحِ : علَّل ذلك بأن الخلع يكفي فيه اللفظُ من أحدِ الجانبين ؛ فإنه لو قال : « إنْ أعطيْتِني ألفًا فأنتِ طالقٌ » - فأعطتْ - حصلت البينونةُ .

الرابعة : لو خالعها على أن تُرْضِعَ ولدَه حولينْ ، صحَّ الاستئجارُ والخلعُ . ولو أضاف إليه الحضانةَ جاز . ولو أضاف إليه نفقةَ عشرِ سنين مثلًا وقدَّرَها ووصفَها (١) - بحيث يجوز فيه السَّلَمُ (٢) - انبنى على تجويز الجمع بين صفقتيْنِ مختلفتيْنِ (٣) . فإن أفسدنا (٤) ، فالرجوعُ إلى مهر المثل ؟ أو إلى بَدَلِ هذه الأشياءِ ؟ فعلى قولين (٥) .

ومنهم مَنْ قطع هاهنا ، بأن الرجوعَ إلى مهر المثل ؛ إذ لو جوزْنَا الرجوعَ إلى أبدالٍ مختلفةٍ ، لصحَّحْنا العقدَ على أبدالٍ مختلفة .

ومنهم مَنْ قال : وإن لم نصحِّح الجمعَ بين صفقتيْنِ مختلفتيْنِ ، جوّزْنا هاهنا ؛ لأنّ النفقة هاهنا تابع للحضانةِ غيرُ مقصود (٦) .

التفريع : إن صحَّحنا ، وعاشَ الولدُ واستوفاه ، فإن كان زهيدًا فالزيادةُ للزوجِ ، وإن كان رغيبًا ، فالزيادةُ على الزوج .

ولو مات في وسط المدةِ ، فلا يَخْفى حكمُ تفريقِ الصفقةِ بسبب الانفساخِ في البعضِ ، ووجهُ التفريعِ عليه .

---

(١) في (أ) : « وقَدَّرَه ووَصَفَه » .

(٢) السَّلَم : نوع من البيع ، وهو السَّلَف وزنا ومعنًى ، وهذا النوع من البيع يُعجل فيه الثمن ، وعادةً ما يكون المبيع ليس موجودًا في الحال ، ولكن يشترط فيه ضبط « المبيع » بالوصف إلى أجل معلوم ، وهو مشروع بالكتاب والسنة . انظر : المصباح المنير (٤٣٧/١) . مادة (س ل م) . أنيس الفقهاء ص (٢١٨ وما بعدها) . بحوث في المعاملات في فقه الكتاب والسنة ص (٦٧ - ٧٢) لأستاذنا الدكتور / أحمد يوسف .

(٣) وفيه طريقان ، أصحهما : القطع بالصحة ؛ لأن المقصود الكفالة ، وهذه الأمور تابعة . انظر الروضة (٤٠١/٧) .

(٤) في (أ) : « فإن فسد » .

(٥) والأظهر الرجوع إلى مهر المثل . انظر الروضة (٤٠١/٧) .

(٦) في (أ) : « لأن النفقة - هاهنا - تابعةٌ للحضانة غير مقصودة » .

الباب الثالث

في موجب لفظ الزوج في إلزام [١] العوض وتسليمه

(وفيه فصول)

الفصل الأول

في الألفاظ الملزمة وحكمها

وفيه مسألتان [٢] :

الأولى : أن الملزم الصريح قوله : « أنت طالق على ألف » أو « طلقتُكِ على ألفٍ » [٣] .فلو قال : « أنت طالقٌ ولي عليكِ ألفٌ » ، وقع الطلاق رجعيًا [٤] ؛ لأنّه صيغةُ إخبارٍ ، لا صيغةُ إلزامٍ . وقولُه : « أنتِ طالقٌ » مستقلٌ ، فينفُذ ، ويلغو قولُه : « ولي عليكِ ألفٌ » . كما لو قال : وعليكِ حجّةٌ . ولو قال [٥] : « أردتُ ما يريده القائلُ بقولِهِ : « أنتِ طالقٌ على ألفٍ » لم يُقْبل ؛ لأنَّ اللفظ لا يصلح . فلو توافقا على أنه قصدَ ذلك : فمن الأصحاب من قال : يُنَزَّل عليه ، وتلزم الألفُ [٦] . ومنهم مَنْ قال : لا أَثَرَ للتوافق ؛ إذِ اللفظُ غيرُ صالحٍ له .

أما إذا قال : « أنتِ طالقٌ على أنّ لي عليكِ ألفًا » فظاهِرُ هذا أنه شرط ، والطلاق

---

(١) في (أ) : « التزام » .

(٢) في الأصل ونسخة (أ) : « وفيه مسائل » .

(٣) يعني إذا قال الزوج ذلك وقبلتْ زوجتُه ، فقد صح الخلع ولزم الزوجةَ إعطاؤه ألفًا .

(٤) وهذا إن لم يسبقه استيجاب من الزوجة ، بل ابتدأها الزوج . أما إذا قالت : « طلقني ولك عليّ ألف» فأجابها ، فإنه يقع بائنًا بالألف . انظر الروضة (٧/٤٠٤) .

(٥) في (ب) : « فلو قال » .

(٦) وهذا أصح القولين . انظر الروضة (٧/٤٠٤) .

لا يقبل الشرطِ ، فيلغو [1] . / ولكنه لو قال : « أردتُ الإلزامَ » فهذا أدَلُّ على الإلزام ١٨٥/ب
من الصيغة الأُولى . ولكنْ قال صاحبُ « التقريب » : « لا يُقْبل » [2] . وفي كلام

---

(١) وهذا إذا قبلت الزوجة ما قاله الزوج ، وقد اختلفوا فيما يقع بناءً على هذا ، فرجح الغزالي في الوجيز (٢/ ٤٥) أن الطلاق يقع رجعيا ، وفي « الروضة » أنه طلاق بائن ، ويلزمها المال ، وقال : « وهذا هو الصواب المعتمد ، وهو نصه في « الأم » وقطع به صاحب « المهذب » وسائر العراقيين ثم حكى ما رجحه الإمام الغزالي . انظر الروضة (٧/ ٤٠٥) .

(٢) قال الحموي : « قوله فيه : (ولو قال : أنت طالق على أن لي عليك ألفًا) الذي في نسخة الوسيط في لفظ هذه المسألة : (أما إذا قال : أنت طالق على أن لي عليك ألفًا ، فظاهر هذا أنه شرط . والطلاق لا يقبل الشرطَ ، فيلغو ، ولكنه لو قال : أردت الإلزام بهذا ، دلَّ على الإلزام للصيغة الأولى ، ووقع الطلاق رجعيًا ؛ لأنه صيغة شرط والطلاق لا يقبله) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه قال الطلاق لا يقبل الشرط ، والطلاق يقبله بالاتفاق .

الثاني : أنه جعل « على أن لي عليك ألفًا » شرطًا وإنه ليس كذلك بإجماع أهل العربية ، فإن صِيَغَ الشرط معدودة ، وهذا ليس منها بالاتفاق .

قلت : لا بد من ذكر قاعدة يبني عليها الجوابُ ، وهو أن العقود على إطلاقها ، منها ما يقبل الشرطَ وهو في غالب أحواله ، ومنها ما لا يقبله ، ومنها ما يقتضيه تارةً ولا يقتضيه أخرى .

فأما ما يقبل الشرط فمعظمُ الشروطِ أصلها العقود ، كالوقف في غالب أحواله ، إذا كان على الموقوف عليه ، مثل وقفت على زيد بشرط أن يتزوج ، فإذا طلَّق فلا حق له ، دون قوله : وقفت على زيد ، ثم على الفقراء إن جاء عمرو ، فإنه لا يجوز وإما لا يقبله أصلًا كالنكاح ، وإما يقتضيه تارة ولا يقتضيه أخرى كالبيع ، فإن خيار الشرط يجوز فيه الرهنُ والضمين ، وأما ما عدا ذلك فإنه لا يجوز فيه الشرطُ كما لا يخفى ، فإذا ثبت ذلك كان في مسألتنا كذلك فإنه تارة يقبل الشرطَ وتارة لا يقبله .

فأما الذي لا يقبله كقوله : أنت طالقٌ على أن الخيار فيه أو إلى ثلاثة أيام ، وكل ما كان في معناه ، وهذا غير مقبول منه بالإجماع ، وما عدا ذلك كالطلاق والعتاق ، فإنه مقبول بالإجماع ، والفرق بينهما أن ثبوت الخيار على الوجه الأول يقتضي رَفْعَ الطلاقِ بالكلية ، فأما لو صحَّحنا ذلك الشرطَ لكان له رفعه مهما شاء . ولا كذلك التعليق الثاني فإنه لا يؤدي إلى رفعه بالكلية وإنما يتأخر وقوعه ، كما لا يخفى عمن يتأمَّل ما أشرنا إليه ، فحاصل هذا أن الخُلْعَ يتضمن معاوضةً وطلاقًا ، والشرط إذا كان فيه معنى الوصف لا يقبله الطلاق ويلغو ، كما إذا قال : بعتك هذا العبدَ على أنه كاتب ، فإذا هو غير كاتب ، ووقع الطلاق رجعيًا ، أو يكون معناه : أنت طالق على أن لي الخيارَ فيه أو أن لي خيارَ ثلاثة أيام ، بخلاف سائر التعليقات ، وبه خرج الجواب .

=

غيره ما يدلُّ على القبول .

وإن قال [1] : « عَنَيْتُ « أنتِ طالقٌ » إنْ ضَمنتِ [لي] [2] ألفا » : قُبِل وذلك لو صرَّحَ به لاقتضى ضمانًا في المجلس كالتعليق بالإعطاء ، إلا أن يقول : « أنتِ طالقٌ متى ضمنتِ لي ألفًا » فإن ذلك لا يختص بالمجلس .

ولو قال : « أَمْرُكِ بيدكِ فطلِّقي نفسَكِ إنْ ضمنتِ لي ألفًا » فإن جعلنا التفويض تمليكا ، اختص الجواب بالمجلس . وإن جعلناه توكيلا ، لم يختص . ثم سبيلها أن تقول : « « ضمنت الألف وطلقت » أو « طلقت وضمنت [الألف] [3] » فيقع الطلاق والضمان معًا .

المسألة الثانية : ذكرنا أن الجواب يختص بالمجلس فيما يستدعي الجواب . ولو قال : « إن أعطيتني » أَوْ « أدَّيْتِ إليَّ [ألفًا] [4] أو « أقبضتِني » : لم يستدع الجواب باللفظِ واختص بالمجلس لقرينة العِوَض . وفيه وجهٌ بعيدٌ : أنه لا يختصُّ كالتعليقات كلِّها . وكذلك إذا قال : « أنتِ طالقٌ إن شئْتِ » اختصَّ الجوابُ بالمجلس ؛ لأنّ

= قلت : وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر ، وإنما وقع تسميتُه بذلك بطريق المجاز ، لا بطريق الحقيقة ، فإنه نلمح في الصيغة معنى الشرط ، ولهذا لو قال : عنيت أنّ لي عليه ألفًا بطريق الإلزام ، صح الخلع على وجه ، وإذا كان كذلك صح أركانه .

قال : لأنه في معنى صيغة الشرط ، والطلاق لا يقبله ، فحذف المضافَ وأقام المضافَ إليه مقامَه ، لِما عُلِمَ من دلالته على المعنى ، وعلى هذا يتجه للأول جوابٌ آخر من هذا ؛ لأنه لما كان معنى ذلك صيغة الشرط ، والطلاق لا يقبله ؛ لكونه لا يقع ذلك بطريق الإلزام ، بخلاف ما لو قال : « أنت طالق علي ألف » فإنه يقع به الإلزام في الحال فصح قولًا واحدًا فإن قيل : فقد ذكر العراقيون أنه لو قال : « علي أنّ لي عليكِ ألفًا » فقَبِلَتْ صحَّ الخلعُ ، ووجب المال ، وقالوا : لأن تقديره أنت طالق علي ألف ، وإذا قبلت صح ووقع الطلاقُ ووجب المال .

قلت : عندنا في المسألة خلاف ، واختيار الشيخ أنه ليس بخلع لما ذكرناه ، واختيار العراقيين أنه خلع ، فإنه في معنى : أنت طالق علي ألف ، كما لو قال : « أنت طالق إن أعطيتني ألفًا » وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (ق ١٥٣ / أ - ١٥٥ / أ) .

(١) في (أ) : « ولو قال » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) . (٤) زيادة من (ب)

التعليقَ بالمشيئة يُشبِه استدعاءَ جوابٍ وقَبولٍ . وكذلك لو قال : « أنتِ طالقٌ على ألف إن شِئْتِ » فقالت : « شِئْتُ وقَبِلْتُ » : اختصَّ بالمجلس وصَحَّ ، ويكفي قولُها : « شِئْتُ » أو « قَبِلْتُ » ؛ إذ أحدُهما يؤدِّي المعنيين جميعًا . وفيه وجه : أنه لا بُدَّ منهما جميعًا ، ويلزم عليه تجويزُ الرجوع قبل القبول ؛ لأنه يغلب فيه مشابِهُ المعاوضة .

ولو قالت المرأة : « طلِّقْني على ألف » فقال : « أنت طالق على ألف إن شئتِ » لم يكن جوابا ، بل كان كلامًا مستأنفًا ، يستدعي منها جوابًا مستأنفا (١) .

* * *

---

(١) قوله : « يستدعي منها جوابا مستأنفًا » ساقط من (ب) .

الفَصْلُ الثّاني

في حُكْمِ الإعطاء

فنقول : إذا قال : « إنْ أعطَيْتِني ألفًا فأنتِ طالقٌ » فالإعطاء هو أن تضع بين يديه ، وليس يُشْترط قَبْضُه باليدِ إلا إذا قال : « إن أَقْبَضْتِني » فلا بُدَّ من قبضِه عند ذلك .

ثم إذا وَضَعتْ بين يديه ، وقعَ الطلاقُ ودخل في مِلْك الزوج ، ولم يَجُزْ لها الرجوعُ . وفي دخولهِ في مِلْك الرجل - من غير لفظ منها - ، إشكالٌ يؤيدُ تجويزَ المعاطاةِ ؛ لأنها لم تملك ، ولا سَبَقَ منها التزامٌ لقَبولٍ [1] ، إذ لا يُشْترط القبول . لكن المذهب ما ذكرناه ، وسببُه أن التعليقَ يقتضي وقوعَ الطلاقِ عندَ الإعطاء . ثم لا يُمْكِنُ إيقاعُه مجّانًا مع قصد العِوَض ، فيدخل في ملكه لضرورةِ وقوعِ الطلاق ، وعن هذا الإشكال حكى الشيخُ أبو علي وجهًا : أنّ الطلاقَ يقعُ ويردُّ المعْطَى عليها ، ويلزمُها مَهْرُ المثل ، وهذا مُنْقاسٌ ولكنه غريبٌ . وهذا الوجْهُ [2] يجري في قوله : « إن ضمنتِ لي ألفًا ، فأنتِ طالقٌ » ؛ لأنه [3] إذا قالتْ : « ضمنتُ » وقع الطلاقُ بحكمِ التعليق ، ولذلك يُتصور تأخرُه [4] عن المجلس . ولزومُه [5] بمجرد قولها : « ضمنتُ » مُشْكِلٌ ؛ لِدخولِه في ملكه بمجرد الإعطاءِ .

أما إذا قال : « إنْ أقبضْتِني ألفًا ، فأنتِ طالقٌ » : طلّقت بالإقباضِ طلاقًا رجعيًّا ، ولم يملكه الزوجُ ؛ لأن بالإعطاءِ يُنْبيء عن الملك دون الإقباض . ومنهم من ألحق الإقباض في اقتضاء الملك .

ومِنْ حكم التعليق أيضًا أنّه لو قال : « إنْ أعطيْتِني ألفًا فأنتِ طالقٌ » فأعْطَتْ ألفينِ ، طُلِّقتْ ، ومَلَكَ الزوجُ ألفًا ؛ لأنّ « الألفين » مُشتمِلٌ على الألف [6] ، فقد وُجِدَتِ الصفة [7] بخلاف ما إذا قال : « خالعتُك بألف » . فقالت : « قَبِلْتُ بألفين » : لم يَصِحّ ، لأنه جوابٌ لم يُوافِقِ الخطابَ ، [والله أعلم] [8] .

---

(١) في (ب) : « بقبول » . (٢) في (أ) : « وهذا القول » . (٣) في (ب) : « لأنها » .

(٤) في (أ) : « تأخيره » . (٥) في (أ) : « ولزومها » . (٦) في (أ) : « تشتمل » .

(٧) في (ب) : « الصيغة » . (٨) زيادة من (ب) .

الفصل الثالث

في التعليق بالنقد

وفيه مسائل :

الأولى : إن قال [(١)] : إن أعطيتني ألف درهم فأنت طالق - وفي البلد نقودٌ مختلفةٌ كُلُّها نُقْرة خالصةٌ [(٢)] ، لكنِ الغالبُ في المعاملة واحدٌ - فَأَتَتْ بالغالب : طُلِّقتْ ، ومَلَكَ الزوجُ .

ولو أَتَتْ بغير الغالب ، طلقت ولم يملِكِ الزوجُ ، بل يجبُ إبدالُه بالغالب [(٣)] ، وإنما طلقتْ لعموم لفظِ التعليق ، والعُرْفُ إنما يُؤَثِّر في المعاملات .

أَمَّا التعليقُ فلا يَقَعُ غالبًا حتى يُؤَثِّرَ العرفُ في تعيين العموم ، وكذلك لا يؤثر في الإقرار حتى لو قال : « عليّ ألفٌ » فله أن يُسَلِّم كلَّ ما ينطلق عليه الاسمُ ؛ لأنّ الموجبَ [السبب] [(٤)] هو المخبَرُ عنه ، وذلك مجهولٌ ، فكيف يحكم العرف فيه ؟! نعم ، لو قال : « أنتِ طالقٌ على ألف » نُزِّل على الغالب ؛ لأنّ هذه معاملةٌ ، فتفارق التعليقَ والإقرارَ ، وبَقِيَ الإشكالُ في أنه وَجَبَ إبدالُه بالغالب ، وسببُه : أنّ مِلْكَ الزوجِ مِنْ حكم المعاملة [(٥)] فينزَّل على الغالب ، وعند هذا صار وَجْهُ الشيخ أبي على [(٦)] في الرجوع إلى مهر المثل أَوْجَهُ / ؛ لأنه إنْ لم يكن المعْطَى هو المرادَ ، فَلِمَ طلقتْ ؟ وإن ١٨٦/أ
كان هو المرادَ ، فَلِمَ يَجِبُ الإبْدالُ ؟ فإن جاز الإبدالُ فالرجوعُ إلى مهر المثل أَوْلى ، وقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لو كان الألفُ الغالبُ مَعِيبًا ، فإذا جاءتْ بهطلقتْ،

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إذا قال » .

(٢) النُّقْرة : هي الفضة المسبوكة بعد الذوبان ، وقد تُطلق على الذهب . انظر المصباح المنير (٩٦٠/٢) . القاموس المحيط (٦٢٦) مادة (ن ق ر) .

(٣) والصحيح - كما في الروضة وخلافًا لما رجحه الغزالي - أن الزوج يملكه ، وله ردُّه ، والمطالبة بالغالب . انظر الروضة (٤٠٩/٧) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « المعاملات » .

(٦) في (ب) : « أبو علي » وهو جائز على الحكاية .

ورَجَعَ الزوجُ عليها بالسَّليم » . [١] وهذا يَزِيدُ في الإشْكال الذي ذكرناه .

المسألة الثانية : إذا كان في البلد دارهمُ ناقصةٌ في الوزن - عليها التعاملُ بالعدد ، وهي نقرةٌ خالصةٌ - فلفظُ « الإقرار » و « التعليق » لا يُنَزَّل عليها ، بل على الوازنة الكاملة ؛ لأنَّ العُرْفَ لا يُؤَثِّر فيها . نعم ، مُطْلَقُ البيع ، هل يُنَزَّل عليه [٢] ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لِعُرْفِ المعاملةِ [٣] .

والثاني : لا ؛ لأنّ اللفظَ صريحٌ في الوازنة التَّامة ، والعُرْفُ لا يُغَيِّرُ الصريحَ ، وإنما يُخَصِّص العمومَ عند شمول اللفظ [٤] .

نعم ، لو فسّر الإقرار بالناقصة ، هل يُقْبل ؟ فيها وجهان [٥] . وكذا في تفسير المعلّق بالمعتاد [٦] . فيه وجهان [٧] . وإنما يَجْري الخلافُ في التعليق في العددية الزائدة. أَمَّا النّاقِصةُ ، فيقبل التفسير في [٨] المعلَّق بها ؛ لأنّه توسيعٌ لبابِ الطلاق .

المسألة الثالثة : إذا كان الغالبُ دارهمَ مغشوشةً ، فلا يُنَزَّل عليها إقرارٌ وتعليق ، لكنْ تَصِحُّ المعاملة عليها ، إن كان قَدْرُ النقرةِ معلومًا . وإن كان مجهولًا ، ففي صِحّة المعاملة على أعيانها وجهان . والصحيحُ : أنه يقبل تفسيرُ المقِرِّ بها إذا غَلبتْ في المعاملة .

---

(١) في الأصل : « بالتسليم » وهو خطأ . وانظر قول الشافعي في مختصر المزني ص (١٨٩) . ولفظُه « ولو أعطتْه إياها [يعني الدراهم] رديئةً . فإن كانت فضة ، يقع عليها اسمُ « دراهم » طُلِّقتْ ، وكان عليها بدلها » .

(٢) في (أ) : « عليها » .

(٣) وهذا الوجه هو أصحهما ، فينزل عليه ؛ لأنها التي تُقْصد في مثل هذه البلدة . انظر الروضة (٤١٠/٧) .

(٤) وذلك كلفظ « الدابة » مثلا ، فهو في اللغة يقع على الإنسان ، والحيوان ، وكل ما يدبُّ على الأرض ، ولكن العُرْف خصَّصه بالمركوب من ذوات الأربع انظر : المصباح المنير (٢٨٨/١ وما بعدها) . القاموس المحيط ص (١٠٥) مادة (د ب ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فيه وجهان » ، ورجح الغزالي في الوجيز (٤٦/٢) أنه يقبل .

(٦) أي بالمعتاد من الدراهم .

(٧) رجح في الوجيز (٤٦/٢) أنه يقبل ، وكذا في الروضة (٤١٠/٧) .

(٨) في (أ) : « من » .

الفصل الرابع

في التعليق (١ بإعطاء ثوبٍ أو عبْد ١)

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : إنْ أعطيتني عبدًا منْ صفته كَيْتَ وكَيْتَ (٢) - ووصَفَه إلى حَدٍّ يجوزُ السَّلَمُ فيه - فإذا أتت بمثله ، طُلّقَتْ ، ودَخَل في مِلكه (٣) .

أَمَّا إذا قال : « إنْ أعطيتني عبدًا » واقْتَصَرَ ، فمهما أَتَتْ بعبْد - سَليم أو معيب كيفما كان - طُلِّقَتْ ، والرجوعُ إلى مهرِ المثلِ ؛ لأنه مجهولٌ ، فلا يمكنُ الرجوعُ إلى قيمته . وإن أَتَتْ بعبدٍ مغصوبٍ ، ففي وقوع الطلاق وجهان :

أحدهما : يقع (٤) ؛ لحصولِ الاسم ؛ ولأنَّ الرجوع إلى مهر المثل ؛ فلا معنى لاشتراطِ الملك .

والثاني : لا يقعُ ؛ لأنَّ لفظَ الإعطاءِ ، يُنْبيءُ عمّا تَقْدِرُ المرأةُ على إعطائه (٥) .

التفريع : إنْ شرطنا الملك ، فلو قال : « إن أعطيتني خمرا » فهل تكون الخمر المغصوبة المحترمة (٦) كالتي لم تغصب ؟ فيه ترددٌ ، من حيث إن الملك غير مُتَصَوَّر فيها ، لكن الاختصاص المُمْكِن فيه لا يَبْعُد أن يُعْتبر .

المسألة الثانية : إذا عَيَّنَ عبدًا ، فقال : « إن أعطيتني هذا العبد » وقع الطلاقُ بإعطائه ، ومَلَكه . فإن كانَ مَعِيبًا طُلقتْ بحكم التعليقِ ، (٧ ولكن يرد عليها ٧) ،

---

(١) في (أ) : « بإعطاء عبد أو ثوب » .

(٢) جواب « إنْ » الشرطية محذوفٌ ؛ وذلك لأنه معلوم من السياق ، وتقديره « فأنت طالق » .

(٣) وإذا أتت به على غير الصفة المشروطة ، فلا تطلق . انظر الروضة (٤١٢/٧) .

(٤) في (ب) : « نعم » .

(٥) رجح النووي (رحمه الله) أن الطلاق لا يقع . انظر الروضة (٤١٢/٧) .

(٦) الخمر المحترمة ، وهي التي يُحترم ملْكُها ، كأنْ تكون مملوكة لِذِمّيٍّ مثلًا .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ولكن رُدّ عليها » .

ورَجَعَ إلى قيمةِ السَّليم أو إلى مهر المثل ؟ على اختلافِ القولين [١] . وإن خرج مستحقا ؟ قال ابنُ أبي هريرة [٢] : نتبينُّ أنّ الطلاقَ غَيْرُ واقعٍ ؛ لأنه غيرُ قابلٍ للإعطاء . وقال القاضي : طُلقت ، والرجوعُ إلى البدلِ ؛ لأنها أَعْطَتْ ما عَيَّنَه الزوجُ [٣] .

فلو صَرَّح وقال : إن أعطيتني هذا العبدَ المغصوبَ ؟ فوجهان مرتَّبان ، وأَوْلى بوقوع الطلاقِ ؛ لِتصريحِه [٤] .

ثم إذا صححْنَا رَجَعَ إلى مهر المثل . وفيه وجهٌ : أنه يقعُ الطلاقُ رجعيًا ؛ لأنه قَنَعَ بغيرِ شَيء . وقيل : يطرد هذا فيما لو قال : « إن أعطيتني خمرًا » وهو بعيد في المذهب .

أما إذا قال : « إنْ أعطيتني هذا الحرَّ » فالظاهِرُ : أنَّ الطلاقَ يقعُ بإعطائه رجعيًا [٥] ؛ لأنَّ الصيغةَ فاسدةٌ لا تَصْلح لطلبِ العِوَضِ . وقيل : إنَّ ذلك كالمغصوبِ والخمرِ .

المسألة الثالثة : لو قال : إن أعطيتني هذا الثوب ، وهو مَرْوِيّ [٦] فسَلَّمت [٧] ، فإذا هو هروي [٨] : لم تطلق ؛ لعدم الشرط .

أما إذا قال : « إن أعطيتني هذا الثوب المرويَّ » فإذا هو هرويٌّ ، ففيه تردُّدٌ ؛ لأنه

---

(١) وفي الروضة (٤١٣/٧) والغاية (٧٨٢/٢) أنه يرجع إلى مهر المثل .

(٢) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٣) انظر الروضة (٤١٣/٧) والغاية (٧٨٢/٢) .

(٤) والمذهب وقوع الطلاق بائنا بمهر المثل . الروضة (٤١٣/٧) .

(٥) رجح النووي وقوع الطلاق بائنا بمهر المثل . الروضة (٤١٣/٧) .

(٦) قال النووي : « قولهم : « ثوب مَرْوِيّ » هو بفتح الميم ، وإسكان الراء ، وتشديد الياء منسوب إلى « مرو » وهي مدينة معروفة بخراسان ، ويُنسب إليها أيضًا « مَرْوَزي » بزيادة زاي ، وهو من شواذ النسب » ا . هـ . تهذيب الأسماء واللغات (١٣٧/٢/٣) . وانظر المصباح المنير (٨٧٩/٢) والقاموس المحيط ص (١٧١٩) مادة (م ر و) .

(٧) أي فَسَلَّمَتْه هذا الثوب .

(٨) قال النووي : « قولهم : « ثوب هَرَوِيّ » و « دينار هروي » هو بفتح الهاء والراء ، وكسر الواو ، وتشديد الباء . منسوب إلى « هراة » وهي إحدى مدن خراسان المشهورة . تهذيب الأسماء واللغات (١٨١/٢/٣) .

متردد بين صيغة الشرط والإخبار على وجه خطأ [1] فإنْ لم نجعلْه شرطًا [2] وقع الطلاقُ بتسليمه [2] .

ولو قال : « خالعتُكِ على هذا الثوب على أنّه هَروي » فإذا هو مرْوي ، وقعتِ البينونةُ ، سواءٌ وُجِدَ الوصفُ [3] أو لم يُوجَدْ ، ولكن [4] إن أُخلف الوصفُ ثَبَتَ خيارُ الخلف في العوض ، وفائدتُه الرجوع إلى مهر المثل أو بدله .

* * *

(١) والأصح أنها تطلق كما في الروضة (٧/٤١٣) وما بعدها .

(٢) في (أ) : « وقع بتسليمه » .

(٣) كلمة « الوصف » ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « لكن » . وفي (ب) : « لكنه » .

الباب الرابع

في سؤال الطلاق

(وفيه فصول)

الفصل الأول

[١] في ألفاظها في الالتماس [١]

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قالتْ : « متى [٢] طلَّقْتَني فلَكَ ألفٌ » اختص / الجوابُ بالمجلس، ١٨٦/ب
بخلاف قول الزوج : « متى ما أعطيتني ألفًا فأنتِ طالقٌ » فإنها تُطَلَّق وإن أعطتْ في غير المجلس ، لأنَّ الغالب على جانبه التعليق ، وعلى جانبها المعاوضةُ ، فلذلك افْتَرَقَا .

الثانية : لو قالتْ : « إنْ طلَّقْتَني فأنتَ بريءٌ من الصّداق » فقال : « طلّقْتُ » نَفَذَ رجعيًّا ، ولم يَبْرَأْ عن الصداق ؛ لأن تعليقَ الإبراءِ لا يصحُّ ، وطلاقُ الزوجِ - طمعًا في البراءة من غيرِ لفظٍ صحيحٍ منها في الالتزام - [٣] لا يُوجِبُ شيئًا عليها [٣] .

الثالثة : إذا قالتْ : « طلِّقني ، ولكَ عليَّ ألفٌ » فطلَّقَها ، لَزِمَها الألفُ . وهذه الصيغة منها ، تصلح للالتزام [٤] ، بخلاف ما لو قال [٥] : « طلقتُكِ ، ولي عليكِ ألفٌ » ، فإنَّ ذلك لا يَصْلح لإلزامِها ، فيحمل على الإخبار . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « لا يَلْزمها المالُ بذلك » وسَوَّى فيه بين الزوجينْ [٦] .

---

(١) في (أ) : « في ألفاظها من الالتماس » .

(٢) في (ب) : « متى ما » .

(٣) في (أ) : « لا يوجب عليها شيئًا » .

(٤) في (أ) : « لا تصلح للالتزام » وهو خطأ .

(٥) كلمة : « قال » ساقطة من (أ) .

(٦) يرى أبو حنيفة (رحمه الله) أن هناك فرقا بين حرف « على » وبين حرف « الواو » فى الإلزام والشرط . فالواو لا =

ولأصحابنا وجه يوافق مذهبه (١) . ولا يطرد ذلك الوجه في الجعالة ، بل هذه الصيغة ملزمة في الجعالة (٢) .

ولو قال : (٣ بعني ولك عليَّ ألف ٣) . (٤ فقد قيل : إن ذلك كالخلع والجعالة ٤) . وقيل : إن ذلك لا يحتمل في البيع .

الرابعة : لو قالت : « طلِّقني على ألف » فقال : « طَلَّقْتكِ » ولم يَذْكرِ المال . فإن قال : « لم أَقصد الجواب » (٥) قُبِلَ ، وفائدتُه ثبوتُ الرجعة ، بخلاف ما إذا قيل له : « أَطَلَّقْتَ زوجتَك ؟ » (٦) فقال : نعم ، ثم قال : « لم أَقصد الجواب » لم يُقْبل ؛ لأنَّ قوله : « نعم » لا يستقل بنفسِه ، فيتعينَّ للجواب . وكذلك مجردُ قوله : « اشتريتُ »

= تفيد إلزامًا ولا شرطا ، بخلاف « على » ؛ فإذا قال الزوج لزوجته : « أنت طالق على ألف » فقبلت ، وقع الطلاق ، ولزمها الألف . وكذلك إذا قالت الزوجة : « طلقني على ألف » فقبل ، وقع الطلاق وعليها الألف .

أما إذا قالت الزوجة : « طلِّقني ولك عليّ ألف » فقبل ، وقع الطلاق ولا يلزمها الألف . وكذلك إذا قال لها الزوج : « أنت طالق ولي عليك ألف » يقع الطلاق وليس عليها شيء . وهذا معنى قول الغزالي (رحمة الله) : « وسوّى فيه بين الزوجين » .

وقد خالف أبا حنيفة في ذلك صاحباه أبو يوسف ومحمد (رحمهم الله تعالى) فقالا : يلزمها المال بذلك . وقد استدل أبو حنيفة لرأيه بأن قولها : « طلقني ولك عليّ ألف » (أو قوله : « أنت طالق ، ولي عليك ألف » جملتان تامتان منفصلتان ، لا ترتبط إحداهما بالأخرى إلا بدلالة من خارج هذا اللفظ ، ولأن الطلاق يَنْفكُّ عن المال بخلاف « البيع » و « الإجارة » ، فإنهما لا يُوجَدان إلا بمال .

ورأى أبو يوسف ومحمد أن هذه الأحرف الثلاثة ، وهي « الباء » و « الواو » و « على » كلها سواء في الشرط والمعاوضة ؛ بدليل أنه لا فرق بين قولهم : احمل هذا الطعام بدرهم أو « على درهم » أو « ولك عليّ درهم » . انظر : الهداية (٢٩٤/٢) ، فتح القدير للكمال بن الهمام (٢١٨/٤) حلية العلماء للقفال الشاشي (٥٦٣/٦) .

(١) وهذا ضعيف ، والصحيح الأول أنه يلزمها الألف . انظر الروضة (٤١٦/٧) .

(٢) في (ب) : « ملتزمة » . (٣) في (ب) : « بعني ولك ألف » .

(٤) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٥) في (أ) : « لم أقصد المال » . (٦) في (أ) : « أطلقت ؟ » بدون كلمة « زوجتك » .

دونَ ذِكْرِ المالِ : يتعين للجواب مهما قيل له : بِعْت منك .

الخامسة : إذا صدر منها كنايةٌ - كقولها : « أَبِنِّي » [1] وقوله : « أَبَنْتُكِ » - فإنْ نَوَيَا نفذ ، وإن لم يَنْوِيَا لغا . وإن نَوَتْ دونَه لم ينفُذْ ؛ لأن اعتمادَ البينونةِ على جانبه . وإن نَوَى دونها نُظِرَ [2] :

- فإن جرى ذكرُ المالِ من الجانبين ، لم ينفُذْ ؛ لأنَّه لا يصح التزامُها من غيرِ نِيَّة الفراق .

- وإن لم يَجْرِ من الجانبين ، نَفَذَ الطلاقُ رجعيًّا .

- وإن جرى ذِكرُ العِوَضِ في جوابه - لا في التماسها - لم يقعِ الطلاقُ .

- وإن جرى في التماسها - لا في جوابه - بأن قالتْ : « أَبِنِّي بألف » فقال : « أَبَنْتُكِ » لم يقع الطلاقُ ؛ لأنَّه إنما رَضِيَا بالبينونة بعوض ، ولم يوجد منها نِيَّةُ الفراق ، فلم يصحَّ التزامُها ، فصار كما إذا ذكر المال من الجانبين . وفيه وجه بعيدٌ : أن الطلاق ١٨٧/أ
يقع رجعيًّا ، ويُجْعَل قولُه : « أَبَنْتُكِ » كالمستقِلِّ دونَ الالتماس .

فأما إذا جرى من أحدِهما صريح [3] ، ومن الآخر كناية ، فالكنايةُ مع النيةِ كالصريح ، ودونَ النيةِ كالمعدومِ .

ولا خلاف في أنه لو قالت : « أَبِنِّي » فقال : « أَبَنْتُكِ » - ونَوَيَا الطلاقَ ولم يذكر العوض [4] - أن هذا لا يقتضي العوض ، بخلاف لفظ « الخلع » ؛ فإن لفظ « الخلع » يُنْبِيءُ عن العوض بخلاف [لفظ] [5] البينونة .

* * *

---

(١) هو فعلُ أمرٍ من البينونة.

(٢) كلمة : « نظر » ساقطة من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (أ) : « صريحٌ » وفي (ب) « صريحا » وكلاهما صحيح ، فعلى ما في الأصل ونسخة (أ) : هو نعتٌ لمحذوفٍ ، تقديرُه « إذا جرى من أحدهما لفظ صريح » .

(٤) في (أ) : « ولم يَذْكُرَا العوض » .

(٥) زيادة من (أ) .

الفَصْلُ الثّاني

في التماسِها طلاقًا مُقَيّدًا بعدد

وفيه أربع مسائل [١] :

إحداها : أن تقول : « طَلِّقني ثلاثًا بألفٍ » فطلَّقها [طلقةً] [٢] واحدةً : استحق ثُلُثَ الألفِ كما ذكرناه على قياس الجعالة بخلاف جانبه .

فإن لم يَبْقَ له عليها إلا طلقةٌ ، فقالتْ : « طَلِّقني ثلاثًا بألف » فطلَّقَ طلقةً واحدةً ؟ قال الشافعي (رضي الله عنه) : « استحق جميعَ الألفِ ؛ لأن مُرادَها البينونةُ الكبرى ، وقد حَصَلَتْ بكمالها » [٣] .

وقال المزني (رحمه الله) : يستحقُّ ثلثَ الألفِ [٤] اتباعًا للحساب . وقال أبو إسحاق المروزي : إن عَلِمَتْ أنه لم يَبْقَ إلا واحدةٌ ، استحقَّ الجميعَ . وإن لم تعلمْ استحقَّ الثلث [٤] . ولا تفريعَ بعد هذا على مذهبه .

أما إذا بَقِيَتْ له طلقتان ، فطلّق واحدةً ، استحقَّ الثلثَ [٥] عند الشافعي (رضي

---

(١) في الأصل و (أ) : « وفيه مسائل » . (٢) زيادة من (ب) .

(٣) نصُّ الشافعي (رحمه) الله كما هو في « الأم » (٢٠٤/٥) « ولو لم يبق له عليها من الطلاق إلا واحدة ، فقالت له : « طلقني ثلاثا ، ولك ألف درهم » فطلقها واحدة ، كانت له الألف ؛ لأن الواحدة تقوم مقام الثلاث ، في أن تُحَرِّمَها عليه حتى تنكح زوجًا غيره » .

(٤) ما بين الرقمين ساقط من (ب) . وانظر ما قاله المزني في مختصره ص (١٨٩) . وانظر تكملة المجموع شرح المهذب (١٨٥/١٨) .

(٥) هكذا هو في النسخ الثلاث « استحق الثلث » وهو كذلك في روضة الطالبين (٤١٨/٧) والذي وجدته في « الأم » أنه يستحق الثلثين . وهذا في الطبعات الثلاث للأم . طبعة دار الشعب (١٨٦/٥) ، طبعة دار المعرفة ببيروت (٢٠٤/٥) . وطبعة دار الغد العربي (٢٩٤/٥) . وهذا نص الشافعي (رحمه الله) : « ولو كانت بقيت له عليها اثنتان ، فقالت : « طلقني ثلاثًا ولك ألف درهم » فطلقها اثنتين ، كانت له الألف ؛ لأنها تحرم عليه بالاثنتين حتى تنكح زوجًا غيره . ولو طلقها واحدة ، كان له ثلثا الألف ؛ لأنها تبقى معه بواحدة ، ولا تحرم عليه حتى يطلقها إياها ، فلا تأخذ أكثر من حصتها من الألف » .

الله عنه) والمزنيّ جميعًا ؛ لأن الشافعيَّ (رضي الله عنه) أيضًا يتبعُ الحسابَ إلا إذا حَصَلتْ البينونةُ الكبرى . وإن طلّقها اثنتينِ استحقَّ الجميعَ عند الشافعيِّ (رضي الله عنه) [١] ، والثلثين عند المزنيِّ .

فلو قالت : « طَلِّقني عشرًا بألف » استحقَّ بالواحدةِ العُشْرَ ، وبالثِّنْتَيْنِ الخمسَ بالاتفاق . وأما بالثلاث استحقَّ الجميعَ عند الشافعي (رضي الله عنه) ، وقياسُ المزنيِّ : أنه يستحقُّ ثلاثةَ أعشارِ المالِ . وقيل - تخريجًا على قياسه - إنه إنما يُوَزَّع على العدد الشرعي ، ويوافقُ [٢] الشافعيّ (رضي الله عنه) في استحقاق الجميع بالثلاثِ في هذه الصورةِ .

الثانية : إذا قالتْ : « طلِّقني ثلاثًا بألف » فقال : « أنت طالقٌ واحدةً بألف ، وثِنْتَيْنِ مَجَّانًا » . قال جماعةٌ من أئمة المذهب : « تقعُ الواحدةُ [٣] بثلثِ الألفِ ، والزيادةُ لا تَلزمها ، والثِّنْتانِ بعدَها لا تقعانِ ؛ لأنها صارتْ بائنةً بالأُولى » . وهذا لا وَجْهَ له ، بل ينبغي أن لا تقعَ الأولى ؛ لأنه ما رَضِيَ بوقوعها إلا بألف ، وهي ما التزمت / على واحدة إلا لثلاث . نعم ، تقع الطلقتانِ مجّانًا ، وهما رجعِيَّتان .

أما إذا عكس فقال : « أنت طالق واحدةً مجانًا ، واثنتَين بثُلُثَي الألف » : وقعتْ واحدةٌ رجعيةٌ ، وتُخرَّج الثنتانِ على مخالعةِ الرجعيّةِ [٤] : إنْ جوَّزْنا ، نَفَّذْنا أيضًا بثُلثي الألفِ . وإن مَنَعْنا وقعت طلقتان أيضًا إذا قبلت [٥] ؛ لأن الرجعية يلْحقها الطلاقُ . وبالجملة إذا خالع الرجعية [٦] - على قولنا : لا تصحُّ مخالعتُها - كان كمخالعة السفيهة ، حتى يقع [٧] طلاقٌ بلا عوض .

---

(١) انظر نص الشافعي في التعليق السابق.

(٢) في (أ) : « ووافق » .

(٣) في (أ) : « واحدة » .

(٤) يعني المطلقة الرجعية ، هل يجوز مخالعتها ، وهي في العدة ؟ فيه قولان ، الجديد : أنه يجوز مخالعتها . انظر الروضة (٧/٤٢٠) .

(٥) قوله : « إذا قبلت » ساقط من (ب) .

(٦) في (أ) : « إذا خالعها الرجعية » .

(٧) كلمة : « يقع » ساقطة من (ب) .

الثالثة : إذا قالتْ : « طلِّقني واحدةً بألف » . فقال : « أنتِ طالقٌ ثلاثًا » . قال الشافعي (رضي الله عنه) : « طلقت ثلاثًا ، واستحقَّ الألفَ ؛ لأنّه أجابها وزَادَ » (١) وإليه صارَ أبو يوسف ومحمدٌ (٢) ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يستحقُّ شيئًا ؛ لأنها لم تلتمسِ البينونةَ الكبرى (٣) . وسَلَّم أنها لو قالتْ : « طلِّقني ثلاثًا بألفٍ » فطلّقَ واحدة ، أنه استحق ثُلُثَ الألف وإن خالف (٤) .

أما إذا أعاد الزوجُ ذِكْرَ المال ، فقال : « أنتِ طالقٌ ثلاثًا بألف » : فأكثرُ الأصحابِ على أنّه لا فرقَ بينَ أن يُعِيدَ ، أَوْ لا يُعيد (٥) .وحكى الفوراني وجهًا عن القفَّال : أنه إذا أعاد ، فقد قابل كلَّ طلقةٍ بثلثِ الألفِ ، فلا يلزمُها إلا ثلثُ الألف ، ووقع الثلاثُ .

أما إذا لم يُعِدْ ذكرَ المالِ أمكن أن يُقال : التمستْ واحدةً ، فأجابها إلى بينونةٍ أغلظَ منها ، فيرجع إلى زيادةِ صفةٍ ، أما هاهنا فيظهر التوزيعُ ، ولكن يلزم على قياس القفال أن لا يقع (٦) إلا واحدة ؛ لأنه قابَلَ طلقتين بثلثي الألف ، وهي ما قَبِلَتْ (٧) ، وقد قيل بهذا أيضًا ، ويلزم ألا تقعَ الأولى أيضًا ؛ لأنها التمستْ بألف ، فأجاب بثلث الألف ،

---

(١) انظر قول الشافعي (رحمه اللّه) في الأم (٥/ ٢٠٤)

(٢) هو الإمام أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ، صاحب أبي حنيفة (رحمه الله) سمع الحديث من سفيان الثوري ومالك والأوزاعي وغيرهم ، سكن بغداد وحدّث بها وروى عنه الشافعي ، وقال فيه ثناءً عليه : « ما رأيت سمينًا أخفَّ روحًا من محمد بن الحسن ، وما رأيتُ أفصح منه ، وما رأيت أعقل منه » وتوفي هو والكسائي في يوم واحد ، فقال الرشيد : « ذهب اليومَ الفقهُ واللغةُ » . وذلك في سنة (١٨٩) هـ .

(٣) البينونة الكبرى هي التي لا يستطيع الزوج أن يَرُدّ – بعدها – امرأته إلا بعد أن تنكح وزوجًا غيره ، فيطلقها الثاني أو يموت عنها ثم تقضي منه عدتها .

(٤) قوله : « وإن خالف » يعني وإن خالف جوابُ الزوج طَلَبَ المرأةِ ، فهي قد طلبت ثلاثًا ، فأجابها هو بواحدة .

وانظر قول أبي حنيفة (رحمه اللّه) في : المبسوط (١٧٣/٦) . الهداية (٢٩٤/٢) . الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٥٩) . فتح القدير (٢٢٥/٤) . الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي (٤٤٨/٧) .

(٥) وهو الأصح . انظر الوجيز (٤٨/٢) . الروضة (٤٢١/٧) .

(٦) في (أ) : « أنه لا يقع » .

(٧) في الأصل : « وهي ما قابلت » والمثبت من (أ) ، (ب) .

فهو كقوله : « بَعْني بألف » ، فقال : « بعتْ بخمسمائة » فإنه لا يكون جوابًا . وقد قيل بهذا أيضًا . وقد قيل في البيع أيضًا : إنه يصح ، وقيل أيضًا : إذا قالتْ : « طلقني واحدة بألف » فقال : « طلقت واحدةً بخمسمائة » : إنه يستحقُّ تمامَ الألفِ ؛ لأن تقدير العوض إليها ، لا إليه .

وعلى الجملة ، مذهبُ أبي حنيفة (رحمه الله) في صورة إعادة المال أَوْجَه [1] .

الرابعة : إذا قالتْ : « طلِّقني نصفَ طلقةٍ بألف » أو « طلِّقْ نِصْفي » أو « يدي بألفٍ » ، فأجابها : نَفَذَ الطلاقُ ، وفسَدَ العِوَضُ [2] ؛ لفسادِ صيغةِ المقابلةِ فيرجع إلى مهرِ المثل [3] . وفيه وجهٌ منقاسٌ : أنه يثبت المسمَّى ؛ لأنه خصصَ العوضَ بما لا يختصُّ به ، ولكنْ كَمَّلَه الشرعُ ، فلا يَبْعُد أن يُنَزل منزلَةَ المقابلةِ بالكامل .

* * *

---

(١) في نسخة : « يتجه » كذا على هامش الأصل .

(٢) في (أ) : « يفسد العوض » .

(٣) وهو الصحيح كما في الروضة (٤٢٧/٧) .

الفَصْلُ الثّالثُ

في استدعائها طلاقًا مُعَلّقا بزمان

وفيه صور :

الأولى : أن تقولَ : « طلِّقني غدًا ، ولكَ ألفٌ » فإن طلَّقَ بعد غدٍ ، نَفَذَ رجعيًّا ولا مالَ له [١] ؛ لأنه خالَفَ . وإن طلّق في الغد ، وقعتِ البينونةُ ، وفسَد العوضُ ؛ لأنه لا يحتمل التعليقَ ؛ فيرجع إلى مهر المثل .

ولو طلّق في الحال - أو قبْلَ الغد - فقد أجاب وزادَ ، إذْ عَجَّل : فيثبت مَهْرُ المثل . وفي كل حال لا يستحقُّ المالَ قبلَ الطلاق .

الثانية : أن تقول : « خُذْ مِنِّي ألفًا ، وأنت مُخَيَّرٌ في تطليقي من اليوم إلى شهرٍ ، فلكَ الألف متى لم تُؤَخِّرْ عن الشهر » فمهما طلَّقها في الشهر على قصد الإجابة ، استحقَّ مهرَ المثل كالصورة الأولى ، وهذا بخلاف قولها : « متى [ما] [٢] طلقتني فلكَ ألفٌ » ؛ فإن « متى ما » - وإن كان ظاهِرًا في التأخير - فلا يستحقُّ العوضَ إلا بطلاق في المجلس ؛ لأن قرينةَ العوض قابَلَ عمومَ اللفظ ، فخصصَه بالمجلس [٣] . أما هاهنا فرفعت [٤] الاحتمال بالتصريح والتخيير في الشهر . ومن الأصحاب من نقل الجواب من كل مسألة إلى أختها ، وسوَّى بينهما .

الثالثة : إذا قال : « أنتِ طالقٌ غدًا على ألف » فقالت : « قَبِلْتُ » فإذا جاء الغد وَقَعَ الطلاقُ بائنًا ، وفيما يلزمها وجهان :

أحدهما : مهرُ المثل ؛ لأن المعاوضةَ ، لا تَقْبل التعليقَ ، وهذا تعليقُ معاوضةٍ .

والثاني : أنه يصحُّ ويجبُ المسمَّى ؛ لأن مقابلةَ المعلقِ بالمال ، كمقابلة المُنَجَّز ، والمعاوضةُ إنما صحّتْ بوجودِ شِقَّي الإيجابِ والقبولِ في الحال من غير تعليق ، فإذا

---

(١) في (ب) : « ولا مال » بدون « له » .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (ب) : « فخصص بالمجلس » .

(٤) في الأصل : « رفعت » بدون الفاء

صحَّ قولُه : « إذا أعطيتِني [1] ألفًا فأنتِ طالقٌ » من غير قبولٍ منها ، فبِأَنْ يصحَّ هذا التعليقُ مع قبولها في الحال : أَوْلى . وفيه وجهٌ ضعيف : أن الطلاقَ لا يقع أصلًا ، لأنه علَّق بالعوض [2] ولا سبيل إلى إثبات العوضِ بالتعليق ، ولا إلى إيقاع الطلاقِ وقد علَّقَه بالعوض .

ثُمَّ إذا أوقعنا الطلاقَ عند مجيء الغد ، وَجَبَ العوضُ بعد نفوذِ الطلاق ، ولا يجبُ بمجرد قبولها في الحال ، وليس لها [3] الرجوعُ بعد القبول ؛ لأنه قد تَمَّ شِقا العقدِ بالقَبول .

* * *

(١) في (أ) : « إن أعطيتني » .

(٢) في (أ) : « لأنه علق العوض .

(٣) في (أ) : « وليس لهما » .

الفَصْلُ الرّابع
في سؤال الأجنبيّ واختلاعه

واعلم أن اختلاع الأجنبي ، كاختلاع المرأة / في جميع صيغ الالتزامِ (١) وأحكامِه ؛ ١٨٧/ب لأنَّ الطلاقَ مما يستقلُّ به الزوجُ ، وإنما يحتاج إلى قَبولها لالتزام المال .

وللأجنبيِّ أن يلتزمَ المالَ على سبيل الفِداء ، لكن الأجنبيّ ، إنْ كانَ وكيلًا من جهتِها (٢) فله أن يعقِدَ لها ولنفسِه ، ويُنْظر إلى لفظِه ونيتِهِ ، ومُطْلَقُه يقعُ من جهةِ الوكالة ، ولكنْ إنْ لم يُصَرِّحْ بالسِّفَارة تعلقت به العهدةُ ، وُطولِبَ بالعوضِ ، كالوكيل في الشراء (٣) .

وإن قال الأجنبي (٤) : « اختلعتُ بوكالتها » ثم بانَ أنه لم يكنْ وكيلًا ، تبيَّنَ (٥) أن الطلاقَ لم يَقَعْ ؛ لأن الخطابَ كأنه معها ، ولم يَجْرِ قبولُها ، ولا قبول نائبها .

فرع : أبوها - إذا كان هو المختلعَ - فهو كالأجنبيِّ . وإن كانت طفلة ، فاختلعها بمال نفسه ، فهو كالأجنبي . وإن اختلعها بمالها ، فله أحوال (٦) :

الأولى : أن يقول : اختلعت على سبيل الولاية بمالها » أو « بهذا العبد من مالها » : لم يقع الطلاق ، بل هو كالوكيل الكاذب .

الثانية (٧ : أن يقول : اختلعتْ على سبيل الاستقلالِ ، لكن بهذا العبدِ من مالها ٧) فهو كالاختلاعِ بالمال المغصوب (٨) وقد سبق .

الثالثة : أن يقول : « اختلعتُ بهذا العبدِ الذى هو من مالها » ولم يتعرَّضْ لما يزيد على هذا - مِن نيابةٍ أو استقلال - وقعَ الطلاقُ رجعيًّا كاختلاع السفيهة ، وكأنه أهلٌ للقبولِ

---

(١) في (أ) : « صور الالتزام » .
(٢) في (ب) : « عن جهتها » .
(٣) في (أ) : « كالأجنبي في الشراء » .
(٤) في (أ) : « الوكيل » .
(٥) في (أ) : « نتبين » .
(٦) في (أ) : « فلها أحوال » .
(٧) في (أ) : « أن يقول : اختلعت بهذا العبد الذي هو من مالها » .
(٨) في الأصل : « كالاختلاع بمال المغصوب » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

ومحجورٌ عليه (١) في مالها ، كالسّفيهة محجور عليها في مالِ نفسِها (٢) . وهذا فيه غموضٌ ؛ لأن المختلعَ بالمغصوب - لو أضافَ المالَ إلى المالكِ - وقعَ الطلاقُ بائنًا . وقيل : الفسادُ في العوض فقط ، فخرَّجَ القاضي وجهًا هاهنا : أنّه كالمغصوب ، (٣ وخرج في المغصوب هاهنا وجهًا ٣) أن الطلاقَ يقعَ رجعيًّا .

الرابعة : أن يقول : « اختلعتُ بهذا العبدِ » ولم يذكر أنه من مالها ، فإن الزوج (٤) جاهلًا به (٥) ، فهو كما لو خرج العوض مُسْتَحَقًّا ، وإن كان عالمًا فوجهان :

أحدهما : أنه يصير المعلومُ كالمذكور لفظًا ، فيقع الطلاقُ - على المشهور - رجعيًّا .

والثاني : أنه يكون كما لو كان جاهلًا ؛ نظرًا إلى مجرد اللفظ (٦) .

الخامسة : أن يختلعها بالبراءة عن الصداق . فإن جوزْنا له العفوَ عن صداقها في الاختلاع ، صحَّ الخلعُ كما لو اختلعتْ بنفسها ، وإن منعْنا ذلك - وهو الصحيح - ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : - وهو ظاهرُ النصِّ - أن الطلاق يقعُ رجعيًا كالسفيهة (٧) .

والثاني : أنه كالوكيل الكاذب حتى لا يقعَ الطلاقُ ؛ لأن إضافته إلى الصداق - وهو أبٌ - يُشْعر بأنه كالنائب ، أما ضافتة إلى العبد ، فهو بالمغصوب أشْبَهُ .

---

(١) في (ب) : « ومحجول عليه » وهو خطأ مضحك .

(٢) في (ب) : « كالسفيهة محجورة في .. » وهو خطأ لغويّ والصواب « محجور عليها » كما في الأصل ونسخة (أ) ؛ لأن الفعل « حجر » لا يتعدى بنفسه بل بالحرف « على » ، وهذا من تساهلات الفقهاء كما قالوا : « العبد المأذون » والصواب « المأذون له » . انظر أساس البلاغة ص (٧٤) مادة (ح ج ر) .

(٣) في (أ) : « وخرج هاهنا في المغصوب وجهًا » .

(٤) في (أ) : « الرجل » . والصواب « الزوج » ؛ لأن الحكم يتعلق بجهله أو علمه هو وليس بالوكيل كما يوهمه لفظ « الرجل » .

(٥) قوله « به » ليست في (ب) . ويعني بقوله : « جاهلًا به » أي جاهلًا بأن العبد من مالها .

(٦) وهذا هو الأصح من الوجهين ، فيقع الطلاق بمهر المثل . الروضة (٤٢٩/٧) .

(٧) وعليه فلا يبرأ من صداقها ، وليس على الأب شيء . الروضة (٤٢٩/٧) .

والثالث : أنْ يقع [الطلاق] [١] بائنا ، ويجب مهرُ المثل كالعبد المغصوب .

السادسة : أن يقول : « خالِعْها وأنا ضامنٌ براءتَك » ، فالقياسُ أنه يقعُ الطلاقُ رجعيًّا ، ولا يلزمه شيء [٢] ؛ لأن ضمان عَيْنَ البراءة محالٌ ، فيلغو المال ، ويصحّ القبولُ وإن قال : « طَلِّقْها [٣] وإن طُولِبْتَ بالصداقِ ، فأنا ضامنٌ براءتَك » فتحصل البينونةُ ، ويجب مهرُ المثل ؛ لفسادِ صيغة الالتزام .

وضابطُ النظرِفي هذه المسائل : أن الخلعَ إنما يختلّ ، إمَّا بسببٍ في نفس القبول ، فيوجب نَفْيَ أصل الطلاق ، أو لخَلَلٍ في نفسِ الالتزام ، فيوجِبُ نَفْيَ البينونة ، لا نَفْيَ الطلاق ، أو لخَلَلٍ في الملتزم لا في الالتزام ، كالخمر والمغصوب ، فيوجب نَفْيَ المسمّى ، لا نَفْيَ البينونة ، ويكون التردد في أصل الطلاق للتردد [٤] في صحة القبول ، والترددُ في البينونة للتردد [٤] في صحة أصل الالتزام ، والترددُ في المسمى للتردد [٤] في صحة الملتزم[٥] . [والله تعالى أعلم بالصواب] [٦] .

* * *

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في الأصل ، (أ) : « ولا يلزمها شيء » ، والمثبت من (ب) وهو الصحيح .

(٣) قوله : « وإن قال : طلقها » ساقط من الأصل ، ونسخة (أ) .

(٤) في (أ) : « لتردد » في المواضع الثلاثة .

(٥) في (أ) : « الملزم » .

(٦) زيادة من (ب) .

الباب الخامس

في النزاع في الخلع

وهو أنواع :

الأول : أن يقع في أصل العوضِ ، أو جنْسه [1] أو قَدْرِه .

فإن وقع في « **الأصل** » ، فالقولُ قولُها إذا أنكرت العوضَ . وإن حَلَفَتْ وقعتِ البينونةُ ؛ مؤاخذةً للرجل بقوله : [2] إني خالعت على عوض [2] .

وإن تنتزعا في الجنس ، فقال : « خالعتُكِ بدراهم » فقالتْ : بل بفلوسٍ ، تحالَفا ، والرجوعُ إلى مهر المثل كما في الصّداق ، وكذلك في المقدار . وإن توافقا على جريان الخلع بألف درهم ، ولكن قال الزوجُ : « أردْنَا به الدراهمَ » ، وقالت : [3] بل أردنا الفلوسَ [3] ، فهذا يَسْتدعي مقدمةً : وهى أنه لو كانت النقودُ مختلفة [4] - ولا غالبَ فيها - فقال : « بعتُ بألفِ درهم » ، وقال : « اشتريتُ بألفِ درهم » ولم يتعرّضا / ١٨٨ للجنس ، ولكن توافقا على إرادة نوع [5] واحد ، لم يصح البيع ، ولم يحتمل هذه الجهالة فيه ، والمشهور الظاهر في « الخلع » أنه يحتمل ذلك ، ويكفي فيه النية أو العلم [6] بالعوض - وإن كان شرطا لثبوت المسمى - لكن يحتمل [7] فيه مالا يحتمل في البيع ، ولذلك حصل الملك بمجرد الإعطاء من غير لفظ ، وهذا ليس يخلو عن إشكال .

ثُمَّ لا خلافَ ، أنه لو قال : « خالعتكِ على ألفٍ » [8] ، وقبلَتْ و توافقا على إرادة نوعٍ واحد : لم يحتملْ هذا ؛ لأنّ اللفظَ صريحٌ في الاحتمال [9] والترديدِ بين الأنواع ، وإنما المذكورُ مجردُ العددِ ، وهو عَرَضِيٌّ ، لا يُنْبِيءُ عن ماهيةِ جنسيةٍ ولانوعيةٍ ، بخلاف ما إذا ذكر الدراهم ، فإنه لم يَبْقَ إلا التفصيلُ بالصفات ، فلا يبعُد تخصيصُ عمومهِ

---

(١) في (أ) : « أو في جنسه » .

(٢) في (ب) : « إني خالعتك على عوض » .

(٣) في (أ) : « وقالت : أردنا به الفلوس » .

(٤) كلمة : « مختلفة » ساقطة من (أ) .

(٥) كلمة : « نوع » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « إذ العلم .... » .

(٧) من قوله : « هذه الجهالة فيه .. » إلى قوله « ... لكن يحتمل » ساقط من (ب) .

(٨) في (ب) : « خالعت على ألف » .

(٩) في (أ) : « صريح في الإجمال » .

بالنيةِ . وفي كلام القاضي دلالةٌ على أنّ عمومَ الألفِ ، كعمومِ الدراهم ، مع أنّه قطع بأنه لو قال [١] : « ألف شيء » ، لم تؤثرِ النيةُ ، لأن لفظَ « الشيء » آكدُ في [٢] حقيقةِ الاحتمالِ [٣] ، والنّيّة لا تُغيِّرُه . وقال الشيخ أبو محمد : « النيةُ في الدراهم أيضًا ، إنما تؤثّر إذا توافقا قبلَ العقدِ على ما يَقْصد ان به ، فإن لم يسبق التواطؤ ؛ فلا يؤثر توافق النية » . وكأنه يلتفت على معنى مسألة السر والعلانية [٤] . ولا يخفى أن يعتبر [٥] هذا بالنية أقرب من إرادة الألف بالألفين ؛ فإن ذلك تغيير صريح . فنعود إلى النزاع ، وله صور :

الأولى : أن يقولَ الزوجُ : « أردْنا الدراهمَ جميعًا » [٦] وقالت : « بل [٧] أردْنَا الفلوسَ جميعًا [٨] » ، فهذا نزاعٌ في الجنس فيتحالفان . وفيه وجهٌ بعيدٌ : أنَّ التحالفَ لا يجري ؛ لأنه نزاعٌ في النّيّة ، وإنما اختلاف الجنسِ يتولَّد منه تبعًا . وهو ضعيفٌ .

الثانية : أن يتوافقا على جانبِ الزوجِ ، وإرادتِه الدراهمَ ، ولكن قالتْ المرأةُ : « أردْتُ الفلوسَ » فالقولُ قولُها ، وإذا حلفتْ انتفى عنها العوضُ ووقعتِ البينونةُ ؛ مؤاخذةً له بقوله .

الثالثة : أن يتوافقا على جانبها ، وإرادتِها الفلوسَ ، ولكن قال الزوجُ : « أردتُ الدراهمَ » ، فلا فرقَ ؛ لاختلافِ الجوابِ ، فحكمُ هذا أن البينونةَ واقعةٌ ؛ لاننا [٩] نَنْظر إلى الملفوظِ ، وقد قال : « خالعتُكِ على ألفٍ » فقالتْ [١٠] : « قبلتُ » فلا مُطلعَ على النيةِ . ويلزمُ من هذا ، أنهما لو توافقا أيضًا على اختلافِ القصدِ ، وقعتِ البينونةُ ؛ لظاهرِ اللفظِ . ولو تُصُوِّرَ اطلاعُ كلٍّ واحدٍ منهما على باطنِ صاحبه حتى تتحققَ المخالفةُ في

---

(١) في (أ) : « لو قالا » .

(٢) في الأصل ونسخة (أ) : « من » ، والمثبت من (ب) .

(٣) في (أ) . (ب) : « الإجمال » .

(٤) يعني مسألة السر والعلانية في الصداق .

(٥) وفي نسخة أخرى : « أنّ تعيين » كذا على هامش الأصل . ولعله يصلح أيضًا أن يقال : « ولا يخفى أن تغيير .. » .

(٦) في الأصل : « بالدراهم » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) كلمة : « بل » ساقطة من (أ) .

(٨) في الأصل : « بل أردنا بالفلوس جميعا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « لأنّا » .

(١٠) في (أ) : « وقالت » .

النيةِ ، فينبغي أن لا يقعَ الطلاقُ باطنًا [١] . ثم قال القاضي : « للزوج مهرُ المثلِ ؛ لأنّ البينونةَ وقعتْ ظاهرًا ، ولغا [٢] أَثَرُ النيةِ ، فَبَقِيَ اللفظُ مجهولًا » . وكأن النيةَ عنده إنما تؤثر إذا توافقا فيه ، واتفقا عليه [٣] . فإذا لم يَتَّفِقا لغت [٤] النيةُ ، ونُظِرَ إلى مجردِ اللفظ ، وهو بعيدٌ ؛ لأنّ موجبَ قولِ الزوج ، أنْ لا بينونةَ ولا عوضَ ، فالحكمُ عليه بالبينونةِ له وجْهٌ ، أما الحكم له بالعوضِ - وهو لا يَدَّعيه - فبعيدٌ [٥] .

الرابعة : توافقا على أنه أراد الدراهمَ ، فقالت : « أردتُ الدراهمَ أيضًا ، وحصلت الفرقةُ » وقال : « بل أردتِ الفلوس [٦] ولا فرقةَ » : فالقولُ قولُها في نِيَّتِها ، فإذا حلفت حصلت الفرقة ، وعند القاضي : « له مهرُ المثلِ ، وإن كان هو مُنْكِرًا للفرقة » وهو بعيدٌ .

الخامسة : أن يقول : « أردتُ الدراهمَ » وما ادَّعى عليها شيئًا ، وقالت : « أردتُ الفلوسَ » ، وما ادَّعَتْ عليه شيئًا : فالفرقةُ أيضًا حاصلةٌ ، وقال القاضي : « يتحالفان » ، وهذا لا وجْهَ له ؛ لأنه ليس يَدَّعي عليها مالًا مُعَيَّنًا ، فكيف يحلف ؟! .

* * *

---

(١) في (أ) : « بائنًا » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « لغى » ، وكتبتها بالألف ؛ اتباعًا للرسم الإملائي الحديث .

(٣) في (أ) : « واتفقا عليها » .

(٤) في (أ) : « لغت » كما هو المثبت . وفى الأصل و (ب) : « لغيت » وهو خطأ ، والصواب « ألغيت » لأن الفعل « لغا » لايتعدى بنفسه وإنما يتعدى بالألف . انظر : المصباح المنير (٢/٨٥٥) . القاموس المحيط ص (١٧١٥ وما بعدها) مادة (ل غ ا) .

(٥) في الأصل « بعيد » بدون الفاء .

(٦) كلمة : « الفلوس » ساقطة من (ب) .

النوع الثاني

الاختلاف في العوض [١]

فإذا قالت : « سألتك ثلاثَ طلَقاتٍ بألف ، فأجبتَني » فقال : « بل طلقةً بألفٍ فأجبتُكِ » ، فقد اتَّفقا على الألفِ ، وتنازعا في مقدارِ المعوض [٢] : فيتحالفان ، والرجوعُ إلى مهر المثل . فأمّا عددُ الطلاقِ فلا يُعْتبر فيه إلا قولُه ؛ فلا نَزِيد على واحدة . فإن قيل : فإذا كان القولُ قولَه في عددِ الطلاقِ - والألفُ متفقٌ عليه - فأيُّ مَعْنًى للتحالف ، [٣] ولا فائدةَ له إلا إبدالُ الألف المتفقِ عليه بمهر المثل ؟ .

قلنا : مقتضى التحالف إبطالُ العِوَضَينْ ، لكن الطلاق لا يَقْبلُ الإبطالَ ، فجرَيْنَا على قياس التحالف في تطرُّق الفسخ إلى ما يتطرق إليه خاصّة.

* * *

(١) في (أ) : « المعوض » .

(٢) في (أ) : « العوض » .

(٣) قوله : « فأيّ معنى للتحالف » ساقط من (أ) .

النَّوْعُ الثالثُ
النّزاع في المستحقِّ عليه

فإذا ادّعى عليها الاختلاعَ ، فقالت : « إنما اختلعني الأجنبيُّ » فالقولُ قولُها في إنكار الاختلاع ، ولا رجوعَ له على الأجنبيِّ ؛ لاعترافِه بأنه لم يختلِعْ .

أَمَّا إذا قالت : (١ أضفتُ الاختلاعَ إلى أجنبيٍّ وكنت سفيرة له ١) ففيه وجهان :

أحدهما : أنهما يتحالفان ؛ لاتِّفاقِهما على أصل الالتزام ، واختلافهما في صفة/١٨٨/ب الإضافة (٢) .

والثاني : أنَّ القولَ قولُها ؛ لأنها أنكرتْ أصْلَ الالتزام .

* * *

---

(١) في (أ) : « أضفتُ الاختلاعَ إلى الأجنبي وكنت له سفيرة » .

(٢) وهذا أصح الوجهين كما في الروضة (٤٣٥/٧) .

كتاب الطلاق [1]

والنظر في شطرين

أحدهما : في عموم أحكامه .

والثاني : في التعليقات خاصّة .

أما الشطر الأول ، ففيه ستة أبواب :

---

(١) أصل الطلاق في اللغة : التخلية والإرسال ، أو حلّ القيد ، ومنه قولهم : « ناقة طالق » : أي مرسلة بلا قيد تسرح حيث شاءت . وشرعًا : هو حلّ عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه ، وهو راجع إلى معناه لغة ؛ لأن من حلّ قيد نكاحها ، فقد خليت . ويقال : طلَقت المرأة ، وطلُقت - بفتح اللام وضمها - تطلق بضم اللام وفتحها . وجمع الطلقة : طلقات بفتح اللام لا غير ، فهي طالق ، وطلَّقها زوجها فهي مطلقة . انظر : مغني المحتاج (٣/٢٧٩) . المطلع على أبواب المقنع (٣٣٣) .

الباب الأول

في معنى السُّنّة والبدعة

(وفيه فصلان)

الفصل الأول

في مواقع السنة والبدعة

وقد اتفق العلماء على انقسام الطلاق إلى سُنِّيّ وبِدْعِيّ . فالبدعيُّ هو الطلاق المحرَّم إيقاعُه وإن كان نافذًا . والسّنيُّ ما لا تحريم فيه [١] .

والبدعي : هو الطلاق الواقع بعد المسيس في الحيض دونَ سؤالها ، والواقعُ في طُهْرٍ جامَعَها فيه ، ولم يتبينّ [٢] حمْلها ، فهذان أصلان :

أما الأول : – وهو الحيض – فيحرم فيه الطلاقُ بعد المسيس ، ولا بدعةَ في طلاق غير المسوسة أصلًا وأما الممسوسة [٣] فيحرم طلاقُها في الحيض بغير سؤالها ؛ لما رُوي أنّ ابن عمر (رضي الله عنهما) طلَّق امرأتَه في الحيض ، فقال رسول الله ﷺ لعمر (رضي الله عنه) : « مُرْهُ فَلْيراجِعْها حتى تطهرَ ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء طلَّقَها ، وإن شاء أمسكَها ، فتلك العدةُ

---

(١) وما لا يحرم من الطلاق ينقسم إلى : واجب ، ومستحب ، ومكروه . فالطلاق الواجب يكون في حق المؤلي ، إذا مضت الأشهر الأربعة ، يؤمر أن يفيء – وفيئه بالجماع – أو يطلق . وكذلك عند الشقاق – إذا رأى الحكمان التفريق – كان واجبًا . وأما المستحب ، فهو إذا كان يقصر في حقها بسبب بغض أو غيره ، أو كانت غير عفيفة . وأما المكروه ، فهو الطلاق عند سلامة الحال بين الزوجين . انظر : الفرقة بين الزوجين وأحكامها في مذهب أهل السنة : السيد أحمد فرج ص(٣٨ ، ٤٢) . الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية د / محمود محمد الطنطاوي ص (٢٧٤ ، ٢٧٥) .

(٢) في (ب) : « ولم يتيقن » .

(٣) قوله : « أصلًا ، وأما الممسوسة » ساقط من (ب) .

التي أمر اللهُ تعالى أن تُطَلَّق لها النساءُ (١) » وأراد به قولَه تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ (٢) أي : لِقُبُلِ عدتِهنَّ ، حتى يَشْرَعْنَ عقيبَ الطلاقِ في العدة المحسوبة ؛ فإنّ بقيةَ الحيضِ لاتُحْسب ، فتطول العدةُ . ثم أمر ﷺ زوجةَ ثابتٍ بالافتداء ، ولم يستفصلْ « أهي حائضٌ أم لا ؟ » (٣) فدلَّ على أنّ الخلعَ مُستثْنًى ، ولا تحريمَ فيه .

فمنهم مَنْ فهم أن ذلك لكونِها راضيةً ، فكأنه جوَّز تطويلَ العدةِ برضاها ، وقال : لا حرمةَ في الطلاق بسؤالها ، وإن لم يكن بمالٍ ، ويحرم اختلاعُ الأجنبيِّ ؛ لعدم رضاها . ومنهم من جعل ذلك من خاصّية الافتداء ؛ لأنه لا يُبذل إلا لضرورة ، فجوّز اختلاعَ الأجنبيّ ، وحرَّمَ الطلاقَ وإنْ كان بسؤالها ، ويشهد لذلك جوازُ الطلاق للمؤْلي (٤ إذا طُولب به ٤) ؛ لأن ذلك

---

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٢٥٨/٩) (٦٨) كتاب « الطلاق » (١) باب « قول الله تعالى : ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ﴾ حديث (٥٢٥١) بإسناده عن عبد الله بن عمر (رضي الله عنهما) أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ ، فسأل عمرُ بن الخطاب رسولَ الله ﷺ عن ذلك ، فقال رسول الله ﷺ : « مُرْهُ فَلْيراجعها ، ثم لِيُمْسِكْها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعدُ ، وإن شاء طلَّق قبل أن يَمَسَّ ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء » .ورواه مسلم في صحيحه (١٩٣/٢) (١٨) كتاب « الطلاق » (١) باب « تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعتها » حديث (١٤٧١) . ورواه أبو داود في سننه (٦٣٢/٢) حديث (٢١٧٩) والترمذي (٤٧٩/٣) حديث (١١٧٦) والنسائي (١٣٧/٦) وابن ماجه (١/ ٦٥١) حديث (٢٠١٩) جميعًا من طرق عن عبد الله بن عمر مرفوعًا .

(٢) من الآية (١) من سورة (الطلاق) .

(٣) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٣٠٦/٩) (٦٨) كتاب « الطلاق » (١٢) باب « الخلع و كيف الطلاق فيه » حديث (٥٢٧٣) بإسناده عن ابن عباس « أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله ، ثابت بن قيس ما أَعْتِبُ عليه في خُلُق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام . فقال رسول الله ﷺ : أَتَرُدِّينَ عليه حديقتَه ؟ قالتْ : نعم ، قال رسول الله ﷺ : « اقْبَلِ الحديقةَ وطَلِّقْها تطليقةً » . ورواه أبو داود (٦٦٩/٢) حديث (٢٢٢٩) ، والترمذي (٤٩١/٣) حديث (١١٨٥) والنسائي (١٦٩/٦) ، وابن ماجه (٦٦٣/١) حديث (٢٠٥٦) جميعا من طرق عن عكرمة عن ابن عباس به .

وقوله : (ولم يستفصل أهي حائض أم لا ؟) أي لم يسألها النبيُّ ﷺ عن حالها ، فدلّ على أن من خالع امرأته وهي حائض ، فلا شيء فيه .

(٤) قوله : « طولب به » ساقط من (أ) .

واجبٌ بنوع ضرورة . فاتفقوا على جواز الخلع وطلاقِ المؤْلي (١) ، وتردّدوا في اختلاعِ الأجنبي ، والطلاقِ برضاها (٢) .

وأما قوله : إنْ دخلتِ الدارَ ، فأنتِ طالقٌ ، فلا بدعةَ فيه وإن جَرى في الحيض ، لَكنْ يُنْظر : إن اتفقَ الدخولُ في الحيض ، نَفَذ الطلاقُ بدعيًا ، وفائدتُه : أنه يُؤمر بالرجعة على سبيل الاستحبابِ . وإذا رجع ، فهل يجوز أنْ يطلقها في الطهر الأول بعدَه ؟ (٣) فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ إذ لا معنى للمنع في الطهر ، وقد ورد في بعض الروايات : « مُرْهُ فليراجعْها حتى تطهر » .

والثاني : أنه يصبر إلى الطهر الثاني ؛ لأن ذلك (٤) يُؤَدِّي إلى أنْ تكون الرجعةُ لأجل الطلاق ، وذلك لا يَليق بمحاسن الشرع (٥) ، ويشهد لذلك حديثُ ابنِ عمر (٦) .

وعلى هذا تردّدوا في أنه ، هل يُستحبّ أن يجامِعَها حتى يظهرَ مقصودُ الرجعة ؟ (٧) .

أمّا إذا طلّقها طلاقًا غيْرَ بدعي ، ثم راجعَها ، فله أن يُطلقها في الحال ؛ إذ لا بدعةَ حتى تستدرك .

وأما الجمعُ بين الثلاث ، فلا بدعةَ فيه ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (٨) نَعَمْ الأَوْلى أن

---

(١) يعني وإن كان طلاقه واقعًا في حال حيضتها .

(٢) وكلاهما حرام على الأصح . انظر الروضة (٤/٨) .

(٣) أي بعد الحيض .

(٤) في (ب) : « ذاك » .

(٥) وهذا أصح الوجهين كما في الروضة (٤/٨) .

(٦) أي يشهد لهذا الوجه الثاني حديثُ ابنِ عمر ؛ إذ فيه « حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ... » .

(٧) فيه وجهان : أحدهما ، نعم ، يجامعها استحبابًا ؛ ليظهر مقصود الرجعة . وأصحُّهما : الاكتفاءُ بإمكان الاستمتاع . انظر الروضة (٥/٨) .

(٨) **مذهب الشافعية** : أن الجمع بين الطلقات الثلاث لا بدعة فيه . انظر : الأم (١٨٠/٥) . مختصر المزني ص (١٩١) . تكملة المجموع (٢٢٩/١٨) . فتح الوهاب (٨١/٢) .شرح صحيح مسلم (٦٢/١٠) .

ومذهب الحنفية : أن الجمع بينها بدعة ، وهو مذهب المالكية أيضًا : انظر : الهداية (٢٤٧/١) . رءوس المسائل ص (٤٠٨) . البحر الرائق لابن نجيم (٢٥٧/٣) . الكافي (٢٦٣) . المنتقى للباجى(٢/٤). بداية المجتهد(٧٥/٢).

ومذهب الحنابلة : أن الجمع بينها مكروه ، وفي تحريمه وبدعيته روايتان :

=

يُفرِّق ؛ كَيْلا يَلْحقَه ندمٌ .

فَرعٌ : إذا قال : « أنتِ طالقٌ مع آخرِ جزءٍ من الحيض » فهذا طلاقٌ يصادِفُ الحيضَ ، ولكن يستعقب العدة . فمنهم مَنْ نظر إلى المعنى وقال : « هو سُنيّ » [1] ، ومنهم مِنْ نظر إلى المَظِنَّة – وهو الحيضُ – فقال : [هو] [2] بدعي . وكذا الخلاف فيما إذا قال : أنتِ طالقٌ مع آخر جزءٍ من الطهر . ولعل النَّظر إلى المظِنّة أَوْلى .

الأصل الثاني : في بدعة الطلاق في طهرٍ جامَعَها فيه . وهو بدعةٌ ، إلا أن يكون عالِمًا بكونها حاملًا ، فيحلّ الطلاقُ ؛ لأن المحذورَ [3]لحوق الندمِ [3] بسببِ الجهلِ بالولدِ .

واستدخالُها ماءَ الزوجِ ، في معنى الوطءِ ؛لأنه يُتوقَّع منه الولدُ [4] . والإتيانُ في غير المأْتَى ، فيه ترددٌ ؛ فإنه – وإن لم يُتوقَّع منه الولدُ – فالعدةُ تجِبُ به [5] . وترددوا فيما لو وطئها في الحيض ، ثم طهرت ، أنه هل يحرم طلاقها ؛ لأن بقية الحيض قد تدل على عدم الولد دلالةً دونَ دلالةِ ابتداءِ الحيض [6] ؟ .

والظاهرُ أنه لا بدعةَ في خُلعها أيضًا كما في حالة الحيض [7] ، ومنهم من قال : السببُ

= (الأولى) : ما يوافق فيها الشافعيَّ . واختارها الخِرقي .

(والثانية) : أنها بدعة ، واختارها أبو يعلى القاضي . انظر : المقنع ص (٢٣٠) . المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١٤٥/٢ وما بعدها) . زاد المستقنع ص (١٠٤) . دليل الطالب ص (٢٢٠) . الإفصاح لابن هبيرة (١٤٨/٢)

(١) وهذا هو الأصح ؛ لاستعقابه الشروع في العدة . انظر الروضة (٥/٨)

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في الأصل ونسخة (أ) : « تجدد الندم » والمثبت من (ب) وهو أليق .

(٤) ومن ثم ، فإذا أدخلت ماءه في الطهر ، وطلقها ، فهو بدعة . انظر الوجيز (٥١/٢) . الروضة (٧/٨) .

(٥) والأصح أنّ طلاقه حينئذ طلاقٌ بدعة . انظر الروضة (٧/٨) .

(٦) والأصح أنه يحرم طلاقها ؛ لاحتمال العلوق . انظر الروضة (٧/٨) .

(٧) أي لا بدعة في خلعها في طهر جامعها فيه ، كما في حالة الحيض .

هاهنا حَذَار الولدِ ، ورضاها لا يُؤَثر ، والمحذورُ ثَمَّ [١] طولُ العدةِ ، فلا يبعد أن يؤثرَ رضاها في حقّها .

وقد خرج من هذا ، أنّ خمسًا من النسوة [٢] / لا بدعةَ في طلاقهن ولا سُنةَ : ١٨٩/أ

غَيْرُ الممسوسة .

والحاملُ بيقينٍ .

والآيسةُ والصغيرةُ ؛ إذ لا حيض لهما ولا ولد .

والمختلعة .

* * *

(١) في (أ) : « ثَمَّةَ » .

(٢) يعني خمسة أنواع من النسوة .

الفصل الثاني

في إضافة الطلاق إلى السّنّة والبدعة ، تنجيزًا وتعليقًا

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال للحائض [1] : « أنتِ طالقٌ للبدعة » وقع في الحال . وإذا قال : للسّنّة ، لم يقعْ حتى تطهر . وكذا إن قال للتي طهرت قبل الجماع : « أنتِ طالقٌ للسّنّة » وقع الطلاق [2] في الحال . وإن قال : « للبدعة » ، لم تطلق حتى [3] تُجامع أو تحيضَ . والمقصودُ : أن « اللام » للتأقيت ، فيما يُشْبه الأوقات ، كالسّنّة والبدعةِ ، فهو كقوله : « أنت طالق لرمضان » فإنه تأقيتٌ برمضان . وأَمَّا ما لا يُشِبه الأوقات ، فـ « اللامُ » فيه للتعليل ، كقوله : « أنت طالق لِرِضَى فلانٍ » فإنه يقع في الحال - رَضِيَ فلانٌ أو سَخِطَ - ، وقوله : « أنتِ طالقٌ لدخولِ الدارِ » فهو تعليلٌ يقع في الحال ، بخلاف قولِهِ : « لقدومِ زيدٍ » فإنه تأقيتٌ بالقدوم ؛ لأنَّ القدومَ مما يُنْتظر ، كالحيض والطهر .

وإنما صريحُ لفظِ التعليق : « إنْ » و « إذا » . وأما « اللامُ » فهو للتعليلِ ظاهرًا ، إلا فيما يُشْبه الأوقات . وحيث حملنا على التعليل ، فلو قال : « أردتُ التأقيتَ » ، فَيُدَيَّنُ في الباطن [4] ، وهل يُقبل ظاهرًا ؟ فيه وجهان [5] . [6] وهذا فيما [6] إذا خاطب متعرِّضةً للسنة والبدعة ، فإن خاطب صغيرةً ، أو آيسةً ، أو غيرَ مدخولٍ بها ، فهو للتعليل حتى يقع الطلاق في الحال ، سواء قال : « أنتِ طالقٌ للسنة ، أو للبدعة » ، وفيه وجه : أنه لو قال : للسّنة ، وقعَ في الحال ؛ فإن معناه طلاقٌ لا تحريمَ فيه . ولو قال : « للبدعة » ،لم يقعْ حتى تحيض الصغيرة ، وحتى يدخل بغير المدخول بها .

---

(١) كلمة « للحائض » ساقطة من (أ) . (٢) كلمة : « الطلاق » ليست في (ب) .

(٣) في (ب) : « لم يقع حتى ... » .

(٤) أي يُوكَل إلى دينه وصدْقِه . يقال : دَيَّنْتُه : أي وَكَلْتُه إلى دينه . وقولُهم : تركتُه وما يَدِين . أي : لم أعترض عليه فيما يراه سائغًا في اعتقاده . انظر : المصباح المنير (١/٣١٥) مادة (د ي ن) . وتكملة المجموع (١٨ / ٢٤٠) .

(٥) والأصح أنه لا يقبل قوله ظاهرًا . انظر الروضة (١١/٨) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وهذا فيه » .

أما إذا قال لمتعرِّضةٍ للحالتين : « إذا قدِمَ زيدٌ ، فأنتِ طالق للسّنة » فإنْ قدمَ – وهي حائضٌ – لم يقعْ حتى تطهر ، وإن قال : « للبدعة » وقدم – وهي في طهر لم يجامِعْ فيه – ، لم تطلقْ حتى تحيضَ ، أو يُجامِع .

وإن علَّق بمجرد القدوم – فقدِمَ ، وهي حائضٌ – نفذ طلاقًا (١) بدعيًا ، وإن لم تكن – في حالة التعليق – من أهل السّنّة والبدعة : نُظِرَ إلى حالة الوقوع لا إلى التعليق .

فرع : لو (٢) قال – في طهر لم يجامعْها (٣) فيه – : « أنت طالق للبدعة » فإذا جامع ، وقع الطلاق كما غابت الحشفة ، وهل يلزمه بدوام الوطء – إن لم يَنْزِع في الحال – مهرٌ آخر ؛ من (٤) حيث يجب المهر بابتداء وطء الرجعية ؟ فيه قولان ، مأخذُهما أنّ دوامَ الوطءِ هل هو كابتدائه ؟ والأظهرُ : أنه لا يجب (٥) ؛ لأن مهرَ النكاحِ تناولَ أولَ هذا الوطءِ ، فلا يُبَعَّض حكمُه وإن تغيَّر الحلّ في أثنائه .

الثانية : إذا قال : « أنتِ طالق ثلاثًا ، بعضُهن للسّنةِ ، وبعضُهنّ للبدعة » فإن قال : أردتُ إيقاعَ طلقةٍ ونصفٍ في الحال ، قُبِلَ ، وكملت طلقتان (٦) . وإن قال : أردتُ وقوعَ ثِنْتين في الحال ، قُبِل . ولو قال : أردتُ إيقاعَ ثلاثةِ أنصافٍ في الحال ، وقع الثلاثُ في الحال . وإن قال : لم يكن لي نيةٌ ، حُمِل على التشطير ، (٧ ووقع في الحال طلقةٌ ونصفٌ ، ولكن تكمل طلقتان ، وهو كما لو قال : هذه الدارُ ، بعضُها لزيدٍ ، وبعضُها لعمرو ، حُمِل مُطْلقه على التشطير ٧) ؛ لأن الأكثر ، لا يُسَمى بعضًا في الظاهر . فلو قال : أردتُ واحدةً في الحال، وثِنْتين في المستقبل ، فالظاهرُ أنه يُقبل . (٨ وفيه وجهٌ ٨) : أنه لا يقبل ؛ (٩ لأن تسمية الثنتين ٩) من الثلاث بعضًا : بعيدٌ . وقال المزني : « قياسُ قولِ الشافعيِّ (رضي الله عنه) : أن لا يقع في الحال إلا طلقةٌ ، إذا لم يَنْوِ

(١) في (أ) : « الطلاق » .
(٢) في (ب) : « إذا » .
(٣) في (أ) : « في طهر لم يجامع » . وفي (ب) سقطت كلمة « فيه » .
(٤) كلمة « من » ليست في (ب) .
(٥) وهذا هو المذهب كما في الروضة (٨/١٠) .
(٦) في (أ) : « وكمل طلقتان » .
(٧) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .
(٨) في (ب) : « وقيل : فيه وجه » .
(٩) في (ب) : « لأن تسمية اثنتين » .

شيئًا ؛ لأن البعضَ مجمل ، فينبغي أن يُنَزَّل على الأقلّ ؛ إذ يحتمل الواحدَ ، ويحتمل واحدًا ونصفًا [١] » . ولْيُجْعَلْ هذا [٢] تخريجًا منه [٢] على مذهب الشافعي (رضي الله عنه) .

الثالثة : إذا قال : « أنت طالق أحسنَ الطلاقِ ، أو أفضلَه ، أو أجملَه ، أو غيرَ ذلك من صفات المدح » فهو كما لو قال : « أنتِ طالقٌ للسنة » . [٣] فلو كانت في حال البدعة [٣] ، لم يقعْ في الحال . وإن كانت في حال سُنّة ، وقعَ في الحال .

ولو كانت [٤] في حال بدعة فقال : « أردتُ بأحسنِ الطلاقِ أعجلَه » وقع في الحال ؛ لإنه إظهارُ احتمالٍ في جانب الوقوع .

ولو قال : « أنت طالقٌ أقبحَ الطلاق وأسمجَه » [٥] فهو كقوله [٥] : « أنت طالق للبدعة » ، ولو قال : « أنتِ طالق طلقةً حسنةً قبيحةً ، أو بدعيةً سنيةً » وقع في الحال ، سواء كانت مُتَعرِّضةً للحالتين ، أو لم تكن ؛ لأنه وصفٌ متناقض ، فيلغو ، ويبقى قولُه : « أنت طالق » ، [٦] وهو كقوله [٦] : [٧] أنت طالق طلاقًا لا يقع [٧] ، فإنه يقع في الحال ، ولا نُبالي بِهَذَيانه .

الرابعة : إذا قال : « أنتِ طالق ثلاثًا ، في كل / قُرْءٍ طلقةٌ » فلها أحوال خمس [٨] : ١٨٩/ب

(إحداها) : أن لا تكون مدخولًا بها ، فإن كانتْ في الحيض ، لم يقع شيء ؛ لأنّ القرءَ عند الشافعي (رضي الله عنه) : طُهْرٌ محتوش بحيضتينْ ، فإذا طهرتْ - أو كانت في الطهر - وقعتْ واحدةٌ وبانَتْ ، ولا تلحقها الأخرى . فإن طهرتْ طُهرين ، ثم جددَ نكاحَها ، فقد انحلَّ اليمينُ ؛ فلا يعود وقوعُ الطلاق وإن رأينا عَوْدَ الحنث ؛ لأنه معلق على الأقراء وقد انقضت . وإن جدد نكاحها قبل الانقضاء ابتنى على عود الحنث .

---

(١) انظر مختصر المزني ص (١٩١ وما بعدها) . (٢) في (ب) : « منه تخريجًا » .

(٣) في (أ) : « فلو كان حال بدعة » ، وفي (ب) : « فلو كانت في حالة البدعة » .

(٤) في (أ) : « ولو كان » أي ولو كان هذا القولُ في وقت بدعة .

(٥) في (أ) : « فهو كما لو قال » . (٦) في (ب) : « وهو كما لو قال » .

(٧) في (ب) : « أنت طالق لا يقع » . (٨) كلمة : « خمس » ليست في (أ) ، (ب) .

(الثانية) : أن تكون صغيرةً ، فهل تقع في الحال واحدة ؟ فيه وجهان ، مأخذهما : أن الانتقال من الطهر إلى الحيض ، هل هو قرء ؟ أو القرءُ : طهرٌ محتوش بحيضتين ؟ (١) .

(الثالثة) : أن تكون آيسة ، (٢ فهل تقع في الحال واحدة ٢) ؟ فيه أيضًا وجهان كما في الصغيرة .

(الرابعة) : أن تكون مدخولًا بها من ذوات الأقراء وهي حائل ، فيقع في طهرها طلقةٌ ، وتشرع في العدة ، وتلحقها الثانية والثالثة في الطهرين الآخرين (٣) ، (٤ وهل تستأنف العدة ٤) ، أو تَبْني على عدتها ؟ فيه خلاف (٥) .

(الخامسة) : أن تكون حاملًا ، فإن كانت لا تَرَى الدمَ أو قلنا : دمُ الحاملِ دمُ فسادٍ - وقع في الحال واحدةٌ ، وتَبِينُ بالولادة . وإن كانت (٦) ترى الدم - وقَضَيْنا بأنه حيضٌ - وقعت واحدةٌ وهل يتكرر الطهرُ في مدة الحمل ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه طهر بين حيضتين .

والثاني : لا ؛ لأنّ القرءَ ، ما يدل على البراءة ، وهذا لا دلالة له أصلًا .

المسألة الخامسة : إذا قال : أنت طالق ثلاثًا للسنة ، ثم قال : أردتُ التفريقَ على الأقراءِ ، لم يُقْبل ظاهرًا ؛ لأنه لا سنةَ في تفريق الطلاق عندنا ، واللفظ لا يُنْبِىءُ عنه . وكذلك لو قال : « أنت طالق ثلاثًا » ولم يقل : « للسنة [ثم فسرنا بالتفريق] (٧) فهل يُدَيَّن باطنًا ؟ فيه وجهان كما لو قال : « أنت طالق » ثم قال : « أردتُ به : إن دخلتِ الدارَ » ومأخَذُه : أن مجردَ النيةِ لا تؤثر ؛ فإنه لو طلّق بالنية ، لم يقعْ خلافًا لمالك (رحمه الله) (٨) . وإن ذكر لفظًا ، ونَوَى معه أمرًا ، لو صرَّح به لانتظم

---

(١) قال في الروضة (١٧/٨) : « الأصح عند الأصحاب الوقوع ، في الصغيرة والآيسة » .

(٢) في (أ) : « فهل تقع واحدة في الحال » . (٣) في (ب) : « الأخيرين » .

(٤) في (ب) : « وهل تستأنف عدة أخرى » .

(٥) والأظهر وجوب استئناف العدة للطلقة الثانية والثالثة . انظر الروضة (١٥/٨) .

(٦) في (أ) : « ولو كانت » . (٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) مذهب المالكية في هذا أن الطلاق بالنية لا يقع ، وروي عن مالك أنه يقع ، والأشهر عنه عدم الوقوع . قال ابن عبد =

مع المذكور ، فهل يؤثر في الباطن ؟ فيه وجهان ، كقوله : « أنت طالق » ثم قال : نويتُ « إن شاء الله تعالى » أو نويتُ « إن دخلتِ الدار » [1] . والأقيسُ : أنه لا يؤثر ؛ لأنه ليس يحتمله اللفظُ ؛ ولا ذَكَرَ ما يدلُّ عليه ، فهو مجردُ نيَّةٍ ، وليس هذا كما إذا قال : « أنت طالق » ونوى طلاقًا عن وَثَاقٍ ، فإنه يُدَيَّن ؛ فإنّ اللفظ [2] كالمجمل من حيث اللغة لولا تخصيص الشرع ، ولا [3] كقوله : « نسائي طوالق » ، وعَزَلَ بعضَهنّ بالنية ، فإن يُدَيَّن ؛ لأنه تخصيصُ عمومٍ ، وهل يقبل ظاهرًا ؟ فيه خلاف [4] ، ومَالَ القاضي إلى أنه يُقبل .

ولو عاتبتْ زوجَها بنكاحٍ جديدةٍ ، فقال في جوابها [5] : « كلُّ امرأةٍ لي فهي طالق » فإن لم يعزلها بنيته ، طلقت . وإن عزلها بنيته ؟ فقال الشافعي (رضي الله عنه) : « لا يقع ؛ لأن القرينة دلّتْ على نيته » [6] وهذا ينبغي أن يقبل ظاهرًا ، ومن الأصحاب من قال : لا يقبل ؛ لأن قوله : « كل امرأة ... » : صريحٌ في الاستغراق . ومَيْلُ القاضي إلى قَبولِ ذلك ظاهرًا ، وكذلك في

= البر : ومن اعتقد بقلبه الطلاق ، ولم ينطق به لسانُه ، فليس بشيء ، هذا هو الأشهر عند مالك . وقد رُوي عنه أنه يلزمه الطلاق إذا نواه بقلبه ؛ كما يكفر بقلبه وإن لم ينطق به لسانه . والأول أصح في النظر وطريق الأثر ؛ لقول رسول الله ﷺ : « تجاوزَ الله لأمتي عما وسوستْ به نفوسُها ، مالم ينطقْ به لسانه أو تعمله يدُه » . الكافي ص (٢٦٥) . وانظر بداية المجتهد (٨٩/٢) القوانين الفقهية ص (٢٣٥) . الشرح الصغير (٥٧٠/٢) .

(١) قال في الروضة (١٨/٨) : « الصحيح الموجود في كتب الأصحاب ، أنه لا يُدَين في قوله : أردت إن شاء الله تعالى . ويُدَين في قوله : أردت عن وثاق ، أو إن دخلت الدار ، أو إن شاء زيد . وفرقوا بين قوله : « أردت إن شاء الله تعالى » وبين سائر الصور بأن التعليق بمشيئة الله تعالى يرفع حكم الطلاق جملة ، فلا بد فيه من اللفظ . والتعليقُ بالدخول ومشيئةِ زيد ، لا يرفعه ، لكن يُخصصه بحال دون حال . وقوله : « من وثاق » تأويل وصرفٌ للفظ من معنى إلى معنى ، فكَفَتْ فيه النيةُ وإن كانت ضعيفة » .

(٢) في (ب) : « لأن اللفظ » .

(٣) قوله « ولا » ساقط من (ب) .

(٤) قال في الوجيز (٥٣/٢) : « إذا ظهرت قرينة ، فالظاهر أنه يقبل ؛ كما لو عنى بنيته نكاح جديدة » . ورجحه البيضاوي في الغاية القصوى (٧٩٢/٢) . ورجحه النووي أيضًا كما في المنهاج مع المغني (٣١٢/٣) . وانظر الروضة (١٩/٨) .

(٥) قوله : « في جوابها » ساقط من (أ) .

(٦) انظر قول الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (١٩٢) .

قوله : « نسائي طوالق » وإن لم تكن قرينةٌ ؛ لأنه تخصيصُ عمومٍ . وكذلك إذا قال - وهو يَحُلُّ عنها وَثَاقًا - : « أنت طالق » فقال : « أردت عن الوثاق » فيه خلافٌ ، ومَيْلُ القاضي إلى أنه يُقبل ظاهرًا (١) . وقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لو قال » : إن كلمتِ زيدًا ، فأنتِ طالقٌ ، ثم قال : « أردتُ به شهرًا » وكلّمَتْه بعده : لم يقع الطلاقُ باطنًا ؛ لأن اللفظ كالعام (٢) في الأزمان كلها.

ولا خلاف في أنه لو قال : « أنت طالق » ثم قال : « أردت عن الوثاق (٣) » لم يُقبل ظاهرًا ، ولكن يُدَيَّن ، وكأنّ الموجِبَ للقبول ظاهرًا : إما قصورٌ في دلالة اللفظ ، مثل أن تكون دلالتُه بالعموم ، أو قرينةٌ ظاهرةٌ ، كما لو كان يَحُلُّ عنها الوثاقَ ، أو كانت تُنازعه في نكاحٍ جديدةٍ كما ذكرناه . وأما الموجِبُ للقَبول باطِنًا ، فكلّ احتمالٍ ، قَرُبَ أو بَعُدَ (٤) .

---

(١) ورجحه الغزالي في الوجيز (٢/٥٣) . (٢) في (أ) : « عام » .

(٣) في (ب) : « أردت عن وثاق » .

(٤) قال في الروضة (٨/١٩ ، ٢٠) : « فرعٌ في ضَبْط ما يُدَيَّن فيه ، وما يُقْبل ظاهرًا . قال القاضي حسين : لِمَا يدعيه الشخصُ من النية مع ما أطلقه من اللفظ ، أربع مراتب :

إحداها : أن يرفع ما صرّح به ، بأن قال : أنت طالق ، ثم قال : أردتُ طلاقا لا يقع عليك ، أو لم أُرِدْ إيقاع الطلاق . فلا تؤثر دعواه ظاهرًا ، ولا يُدَيَّن باطنا .

الثانية : أن يكون ما يدعيه مُقَيِّدًا لما تلفَّظ به مُطْلَقًا ، بأن قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت عند دخول الدار ، فلا يقبل ظاهرًا ، وفي التَّدْيين خلافٌ .

الثالثة : أن يرجع ما يدعيه إلى تخصيص عموم ، فيدين ، وفي القبول ظاهرًا خلاف .

الرابعة : أن يكون اللفظ محتملا للطلاق من غير شيوع وظهور ، وفي هذه المرتبة تقع الكنايات ، ويُعْمل فيها بالنية » .

قال النووي (رحمه الله) : « وضَبَطَ الأصحابُ بضبطٍ آخر ، فقالوا : ينظر في التفسير بخلاف ظاهر اللفظ ، إن كان لو وُصِلَ باللفظ لا ينظم ، لم يقبل ولم يُدَيّن ، وإلا فلا يقبل ظاهرًا ويُدَين .

مثال الأول : قوله : أردت طلاقا لا يقع .

مثال الثاني : قوله : أردت طلاقا عن وثاق ، أو إن دخلت الدار . واستثنوا من هذا نية التعليق بمشيئة الله تعالى ، فقالوا : لا يُدَيّن فيه على المذهب » . ا . هـ . من الروضة (٨/١٩ ، ٢٠) .

قلت : معنى التديين مع عدم القبول ظاهرًا ؛ هو أن يقال للمرأة : أنت طالق منه في ظاهر الحكم ، وليس لكِ أن تُمكنيه إلا إذا غلب على ظَنّكِ صِدْقُه بقرينة . ويقال للزوج : لا نُمَكّنُك مِنْ تتبعها ، ولك أن تتبعها ، وهذا أمرٌ بينك وبين الله تعالى إن كنت صادقا .

الباب الثاني
في بيان أركان الطلاق

ولا بدّ للطلاق من : أَهْلٍ ، ومَحَلٍّ ، ولفظٍ ، وقَصْدٍ إلى اللفظ ، وولايةٍ على المحلّ ، فهذه خمسةُ أركانٍ .

الركن الاول [١] : الأهل ، وهو المطَلِّق ، وشَرْطُه أن يكون مكلفًا ؛ فلا يقع طلاقُ الصَّبيّ والمجنونِ .

الركن الثاني : اللفظ ، وما يَسُدّ مَسَدَّه [٢] ، وفيه ثلاثة فصول / . ١٩٠/أ

الفصل الأول
في بيان الصريح والكناية

وصرائحُ الألفاظ ثلاثةٌ : الطلاقُ ، والفِراقُ ، والسَّراحُ . أما الطلاق ؛ فلِشيوعِه وتكرُّرِه في القرآن العظيم . وأما الفِراقُ والسراحُ فَلِتكرُّرِهما في القرآن العظيم [٣] ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا صريحَ إلا الطلاقُ [٤] . وقيل : هو قول قديمٌ للشافعي (رضي الله عنه) ، ولا بأسَ به [٥]

---

(١) في (ب) : « الأول » بدون كلمة « الركن » . (٢) في (أ) ، (ب) : « اللفظ أو ما يسد مَسَدّه » .

(٣) كلمة : « العظيم » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن صرائح الطلاق ثلاثة ألفاظ ، وهي الطلاق ، والفراق ، والسراح . انظر : الأم (٢٥٩/٥) التنبيه للشيرازي ص (١١٢) . فتح الوهاب (٧٣/٢) . فتح المعين بشرح قرة العين ص (١١٧) .

ومذهب الحنفية : أن صريح الطلاق ، هو لفظ « الطلاق » فقط وما اشتق منه . وهو مذهب المالكية والحنابلة ، وعن الإمام أحمد رواية أن لفظ « الفراق » و « السراح » صريحان أيضًا كقول الشافعي ، واختارها الخرقي . انظر : اللباب (٤٠/٣) الهداية (٢٥١/١) . تبيين الحقائق (١٩٧/٢) . بداية المجتهد (٨٨/٢) . شرح زروق على الرسالة (٥٩/٢) . الشرح الكبير (٣٧٨/٢) . العدة شرح العمدة (٤١٣) . الروض المربع ص (٤١٤) . دليل الطالب ص (٢٢٠) . المسائل الفقهية (١٤٣/٢) .

(٥) والمشهور عن الشافعي (رحمه الله) هو الأول . انظر الروضة (٢٣/٨) . مغني المحتاج (٢٨٠/٣) .

فإنَّ قوله تعالى : ﴿ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ ﴾ (١) لم يردْ مَوْرِدَ بيانِ اللفظِ . وفي هذه القاعدة مسائل :

الأولى : أن كلَّ ما يُشتقُّ من لفظ الطلاق ، كقوله : أنت مُطَلَّقة ، وطلقتُك ، فكل ذلك (٢) صريح. (٣ وفي قوله: أنت الطلاق، وجهان، والأظهر أنه كناية؛ لأنه ليس بمستعمل على هذا الوجه ٣).

وأما قوله : « أطلقتُكِ » فهو كنايةٌ ؛ لأنه ظاهرٌ في رَفْع الحَبْس وحَلِّ الوثاق .

الثانية : (٤ الفعلُ من « السراح » و « الفراق » ٤) كقوله : « سَرَّحْتُكِ وفارقتُك » : صريحٌ . أما الاسم كقوله : « أنت مفارَقَةٌ ، ومُسَرَّحةٌ » ففيه خلافٌ (٥) ، ومأخذُه : أن الواردَ في القرآن العظيم منه ، صيغةُ الفعلِ فقط .

الثالثة : معنى هذه الألفاظ (٦) بسائر اللغات ، فيه ثلاثةُ أوجهٍ (٧) :

أحدها : أنها (٨) ليستْ صريحًا ، وإليه ذهب الإصْطخري ؛ تغليبًا لمعنى التعبُّد .

والثاني : – وهو الأصح – أنه صريحٌ ؛ لأنه في معناه .

ثم معنى قوله : « أنت طالق » : تُوهشْتَه اي (٩) .

---

(١) من الآية (٢٢٩) من سورة (البقرة) .

(٢) قوله : « فكل ذلك » ليس في (ب) .

(٣) في (ب) : « واختلفوا في قوله : أنت الطلاق . والظاهر : أنه ليس بصريح ، لأنه غير مستعمل على هذ الوجه » .

(٤) في (ب) : « الفعل من الفراق والسراح » .

(٥) والأصح أنهما صريحان .

(٦) يعني ألفاظ الطلاق ، والسراح ، والفراق .

(٧) ترجمة لفظ « الطلاق » بلغة أخرى ، صريح على المذهب . أما ترجمة « السراح ، والفراق » فهو كناية ؛ لأن ترجمتها بعيدة عن الاستعمال . انظر : الوجيز (٢/٥٤) . الغاية القصوى (٢/٧٨٦) . روضة الطالبين (٨/٢٥) .

(٨) في (أ) : « أنه » .

(٩) وهذه الكلمات باللغة الفارسية ، وتحليلها كالآتى :

تو : ضمير مخاطب بمعنى :أنت .

هِشْته : ومعناه : مطلق السراح ، أو مطلقة .

أي : بمعنى « يكون » . ومعنى الجملة حرفيًا : أنت تكونين طالقة .

ومعنى قوله : طلّقتكِ : دَشْت بازْدَاشْتَمْ تُرَا [١] .

ومعنى قوله : فارقتُكِ : اَزْ تو جُدَا كَرْدَمْ [٢] .

ومعنى قوله : سرحتُكِ : تُرَاكَسِيلْ كَرْدَمْ [٣] .

والثالث : [٤] قال القاضي : كلُّ ذلك غيرُ صريحٍ ، إلا قوله : « توهشته اي » ؛ لأنه لا يُستعمل في العادة إلا في الطلاق ، وأما سائر الألفاظ ، فشائعُ الاستعمال في غير الطلاق .

الرابعة : إذا شاع لفظٌ في العرف للطلاق ، كقوله : « حلالُ اللهِ عليَّ حرامٌ » فهل يصير صريحًا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن المقصودَ ، ° تَعَيُّنُ جهةِ التفاهمِ ° ، وقد حصَلَ .

والثاني : لا ؛ بل مأخذُه القرآن العظيم فقط [٦] .

---

(١) دشت : تعني الصحراء .

بازداشتم : حبستُ . من المصدر : بازدشتن ، ويعني الاعتقال أو الحبس . والميم هذه ، هي ضمير المتكلم .

ترا : تو + را ، تو :أنتِ ، وحُذفت الواو منها . را : علامة المفعولية . والمعنى الحرفي للجملة : جعلتك حبيسة الصحراء ، والفارسيون يستعملونها بمعنى : طلقتك ، أو سرَّحتك .

(٢) از : مِنْ ، حرف جر .

تو : أنت ، ومعناهما معًا : منك .

جُدَا كردم : فارقتُ . والمعني الكلي للجملة : مِنْكِ مُفارِق .

(٣) ترا : مكونة من تو + را . تو : أنت ، و « را » علامة المفعولية بمعنى أن ما قبلها يكون مفعولًا به .

كسيل كردم : مصدر مركب من كلمة عربية « كسيل » + كلمة فارسية .

كردم : صنعتُ أو جعلتُ . والمعنى الحرفي للجملة : جعلتك ضعيفة ، وهو كناية عن الطلاق . انظر : قاموس الفارسية د . عبد النعيم محمد حسنين . فرهنك عميد .

(٤) يعني الوجه الثالث .

(٥) في (ب) : « تعين التفاهم » .

(٦) قال النووي (رحمه الله) : « الأرجح الذي قطع به العراقيون والمتقدمون ، أنه كناية مطلقا » . ورجحه السيوطي أيضًا . انظر روضة الطالبين (٢٦/٨) . مغني المحتاج (٢٨١/٣) . الأشباه والنظائر ص (٣٠٢) .

وقال القفال : إن صدر ذلك من فقيه يعرفُ الكنايةَ ولم يَنْوِ ، لم يقع طلاقُه . وإن صدر من عامِّيّ ، يقال له : ما الذي يَسْبق إلى فَهْمك إذا سمعتَ هذه الكلمةَ مِنْ غيرك ؟ فإن كان يفهم الطلاقَ ، جُعِلَ منه طلاقًا .

وهذا – إن عَنَى به القفالُ الاستدلالَ على نيَّته ، وأنه إذا كان يفهم ذلك – فلا يخلو ضميرُه عن معناه وإن لم يَشْعرْ به : فله وجهٌ . وإن عَنَى وقوعَ الطلاقِ ، مع خُلُوِّ قلبِه عن النية بينه وبين الله تعالى : فلا وجْهَ له ، إذ لم يجعل صريحًا . هذا حكمُ الصرائح .

أما الكنايات : فهي كلُّ لفظةٍ محتمِلة . إما جَليّة كقوله : أنتِ خَلِيَّة [1] ، وبَرِيّة [2] ، وبَتّة [3] وبتلة [4] . وإما خَفِيّة : وهي التي لا تنتظمُ إلا بتقدير استعارةٍ وإضمارٍ ، كقوله : اعتدِّي ، واستبرئي رَحمَكِ ، فإن معناه : طلقتُكِ فاعتدِّي . وكذا قولُه : « الْحَقِي بأهلك ، وحبلُكِ على غارِبك [5] ولا أنده سَرْبك [6] ، ....

(١) يقال : خَلَت المرأة من مانع النكاح خلوا ، فهي خلية . ويقال : ناقة خلية ، أي مطلقة من عقالها ترعى حيث شاءت .ومنه يقال في كنايات الطلاق : هي خلية . والخالي : هو العزب الذي لا زوجة له ، وكذلك يطلق لفظ « العزب » على الأنثى بغير الهاء . وكان الرجل – في الجاهلية – إذا أراد تطليق زوجته ، قال لها : أنت خلية .انظر : طلبة الطلبة ص (١٢٠) . المصباح المنير (٢٧٩/٢) . مادة (خ ل و) .

(٢) بَرِيَّة : اسم مفعول ، على وزن فَعِيلة بمعنى مفعولة ، وبارأ المرأةَ : صالحها على الفراق . انظر : اللسان (٢٤١/١) . القاموس المحيط ص (٤٢) مادة (ب ر أ) . المطلع على أبواب المقنع ص (٣٣٥) .

(٣) البَتُّ : القَطْعُ ، يقال : بتَّ الرجلُ طلاقَ زوجته ، فهي مبتوتة ، والأصل : مبتوتٌ طلاقها . وطلقها بَتَّةً : إذا قطعها عن الرجعة . انظر : طلبة الطلبة ص (١٢٠) . اللسان (٢٠٢/١) . مادة (ب ت ت) .

(٤) بَتَلَه ، يَبْتُلُه بتلًا : قطعه وأبانه ، ومنه قولهم : طلقها طلقة بتة بتلة . انظر : أساس البلاغة ص (١٤) . المصباح المنير (٥٩/١) . اللسان (٢٠٦/١) .

(٥) الغارب : ما بين العنق والسنام ، وهو الذي يُلقى إليه خطام البعير إذا أُرسل ليرعى حيث شاء . ثم استعير للمرأة وجعل كناية عن طلاقها ، فيقال لها : حبلك على غاربك ، أي : اذهبي حيث شئت كما يذهب البعير . انظر : طلبة الطلبة ص (١٢٠) . المصباح المنير (٦٨١/٢) . المطلع على أبواب المقنع ص (٣٣٩) .

(٦) أنْده : فعل مضارع من « النَّدْه » وهو الزجر ، والسَّرْب : الإبل وما يرعى من المال ، وقد تكون بكسر السين ، ومعناها : الجماعة من الظباء والبقر . ومعنى « لا أنده سربك » أي : لا أزجر إبلك ، والمقصود : لا أهتم بشأنك . انظر : الروضة (٢٦/٨) . مغني المحتاج (٢٨٢/٣) .

واعزبي (١) ، واغربي (٢) ، واذهبي .

وأَخْفى منها كقوله : « تجَرَّعي » أيْ كأسَ الفِراق ، و « ذوقي » ، و« تزوَّدي » . وترددوا في قوله : « اشربي » أي كأسَ الفراق ، وأَلْحقَ بِه بعضُهم : كُلِي ، وهو أبعدُ . وترددوا في قوله : « أغناكِ اللهُ » أخذًا من قوله تعالى : ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ (٣) .

وحَدُّ الكناية : ما يحتمل الطلاقَ ولو على بُعْدٍ ، لا الذي لا يحتمل ، كقوله : « اقْعُدي » و « اغزلي » وغيره (٤) . وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال لزوجته : « أنتِ حرة » ونوى الطلاقَ : وقع ، وكناياتُ الطلاقِ والعتاقِ ، متداخلةٌ متناسبةٌ في الأكثر . نعم ، لو قال لعبده : « اعتدَّ واستبرِئْ رحمَكَ » ونوى العتقَ : لم يَنْفُذ ؛ لأن ذلك غيرُ مُتَصَوَّر في حقّه . ولو قال ذلك لأَمَتِه (٥) ، ففيه وجهان (٦) . ولو قال ذلك لزوجته قبل الدخول ، ففيه وجهان أيضًا (٧) ؛ لأنها ليست بصدد العدة كالأمة .

الثانية : (٨ لفظُ الظهارِ ، ليس كنايةً في الطلاق ٨) ، ولا الطلاقُ في الظهار مع الاحتمال ؛ لأن كل واحد منهما (٩) وَجَدَ نفاذًا في موضوعه الصريحِ ، فلا يعدل إلى غير موضوعه بالنية . ولا يمكن تنفيذهما جميعًا ؛ لأن اللفظ لم يُوضَعْ لهما وَضْعَ العمومِ ، فصُرِفَ إلى ما هو صريح فيه .

الثالثة : إذا قال لزوجته : « أنتِ عليَّ حرامٌ » فإن نوى الظهارَ كان ظهارًا . وإن نوى التحريمَ

---

(١) أي : تباعدي عني ، يقال :عزب الشيء عزوبًا أي : بَعُدَ . انظر المصباح المنير (٦٢٢/٢) .

(٢) أي : صيري غريبة بلا زوج . ومعنى غَرَبَ : بَعُد . ومنه ما جاء عن النبي ﷺ إذ قال له رجلٌ : إن امرأتي لا تردُّ يَدَ لامِسٍ ، فقال له النبي ﷺ : « غَرِّبْها » أي : أَبْعِدْها ، وهو كناية عن الطلاق .انظر : طلبة الطلبة ص (١٢٠) . اللسان (٣٢٢٥/٥) مادة (غ ر ب) .

(٣) من الآية (١٣٠) من سورة (النساء) .

(٤) في (ب) : « وغيرها » .

(٥) يعني قال ذلك لأمته ونوى العتق ، وإلا فيجوز أن يقول لها ذلك ، وينوي الطلاق ، فيكون واقعًا بلا خلاف .

(٦) والأصح أن العتق ينفذ . الروضة (٢٧/٨) .

(٧) إذا قال لها ذلك ونوى الطلاق ، نفذ على الأصح كما في الروضة (٢٧/٨) .

(٨) في (ب) : « لفظة الظهار ليست كناية فى الطلاق » .

(٩) كلمة : « منهما » ليست في (أ) ، (ب) .

كان يمينًا وتلزمُه كفارةٌ [1] . وإن نوى الطلاقَ نفذ . وإن أطلق ففيه ثلاثة أوجه :

أظهرها : أنه صريح في إيجاب الكفارة .

والثاني : أنه يلغو ؛ لأنه محتمِلٌ لوجوهٍ .

والثالث : أنه في الأَمة صريحٌ في الكفارة ؛ لأن الآية إنما وردت فيه [2] ، وفي المنكوحة كنايةٌ .

قاعدتان / ١٩٠/ب

إحداهما : أن القرينة عندنا لا تَجْعل الكنايةَ صريحًا ، وأبو حنيفة (رحمه الله) جعل الكنايةَ في الغضبِ ، وعند التخاصمِ ، وسؤالِ الفِراقِ ، صريحا [3] . وهو ضعيفٌ ؛ لأن اللفظَ محتمِلٌ ، وعدولُ الرجلِ عن لفظِ الطلاقِ ، مُشْعِرٌ بإضمارِ غيرِ الطلاقِ ، فكيف ينقلبُ صريحًا ؟ .

الثانية : أنّ النية ينبغي أن تقترنَ بلفظ الكناية ، فلو تقدَّمت أو تأخرَّتْ لم تؤثر . وإن نوى مع ابتداء اللفظ ، ولكن انقطعت قبل تمام اللفظ ، فالظاهرُ : أنه يقع وإن خلا عن النيّة أولُ اللفظ ، ونوَى في أثنائه ، ففيه وجهان مشهوران [4] .

---

(١) قال في الروضة : « قول الغزالي في « الوسيط » : « إن نوى التحريم كان يمينًا » هذا غلط ، بل الصواب ما اتفق عليه جميع الأصحاب أنه ليس بيمين ، لكن فيه كفارة يمين » . الروضة (٢٩/٨) .

(٢) يعني قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيّ لِمَ تُحَرِّمُ ما أَحَلَّ اللّه لَكَ تبتغي مَرْضَاة أَزوَاجِكَ واللّه غفورٌ رحِيم ﴾ [التحريم : ١] ويعني بقوله : (لأن الآية وردت فيه) أي في تحريم الأمة ، إذ سبب نزول هذه الآية على أحد القولين – أن النبي ﷺ حرّم مارية القبطية على نفسه ، وقال : هي عليّ حرام . قال ابن كثير : والصحيح أن ذلك كان في تحريمه العسل . انظر : أحكام القرآن لابن العربي (٢٩٣/٤) . انظر تفسير القرآن العظيم (٣٨٧/٤) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن كنايات الطلاق تحتاج إلى نية حتى يقع الطلاق ، ولا يقوم مقامَ النيةِ ، الغضبُ ، أو التخاصمُ ، أو سؤالُ الفراق . انظر : الأم (٢٥٩/٥) . مختصر المزني ص (١٩٢) . الوجيز (٥٤/٢) .

ومذهب أبي حنيفة: أن الغضب أو التخاصم أو سؤالها الطلاق، يقوم مقام النية، فإذا نطق بإحدى الكنايات في هذه الأحوال، تطلق زوجته ولا تُسمع دعواه أنه لم ينْوِ الطلاق. وهذا هو مذهب الحنابلة أيضًا. انظر: اللباب في شرح الكتاب (٤١/٣). الهداية (٢٦٣/١ وما بعدها). الاختيار (١٣٢/٣). الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ص (٦٦). الروض المربع ص (٤١٦). زاد المستقنع ص (١٠٥). دليل الطالب ص (٢٢١). منار السبيل (٢٤١/٢).

(٤) والأصح أنها تطلق . انظر الروضة (٣٢/٨) .

الفصل الثاني
في الأفعال

اعلم أن اللفظ إنما يُرَاد للتفهيم ، وقد يحصُل التفهيمُ بالإشارة والكتابة ، فلْنذكرْهما :

أما الإشارة : فهي مُعْتبَرةٌ من الأخرس ، وتنقسم إلى صريح وكناية .

فالصريح : ما يتفق الكفَّةُ على [١] فهمه . **والكناية** : ما يَفْطِنُ له بعضُ الناس . وإذا أتى بالصريح ، لم يُقْبل بعد ذلك تأويلُه ، كما في النطق . والصحيحُ : أنه إن أشار بالطلاق في الصلاة نفذ الطلاقُ ولم تبطل صلاته .

وأما كتابة الأخرس ، فهو طلاق [٢] ؛ لأنها أظهر من الإشارة ، ومع ذلك فلا نكلِّف الأخرسَ القادرَ على الكتابة بأن يكتب الطلاقَ ، بل نقنع بالإشارة .

وأما القادر [٣] فإشارتُه - وإن بالغ فيها - لا نجعلها صريحًا لأن عُدولهَ إليها - مع القدرة - مُوهِمٌ . نعم ، هل تُجعل كنايةً [٤] ؟ قال القفال : هو فعل مترتب على الكتابة ، والإشارةُ أولى بالاحتياط ؛ لأن الكتابة معتادة ، والإشارةُ من الناطق غير معتادة . أما الكتابة [٥] فليس بصريح [٥] . [٦] وإن كتب اللفظ الصريح [٦] ، فهل هو كناية ؟ اضطربت فيه النصوص ، وحاصلُه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه كناية ؛ لأن الكتابة معتادة ، والمقصودُ التفهيمُ [٧] .

---

(١) في (ب) : « في » .　　(٢) في (أ) : « فهي طلاق » .

(٣) يعني القادر على النطق .

(٤) الأصح أنها ليست كناية أيضًا ، كذا في الروضة (٨/ ٤٠) والمنهاج مع المغني (٣/ ٢٨٤) . والغاية القصوى (٢/ ٧٨٨) .

(٥) في (ب) : « فليست بصريحة » .

(٦) في (ب) : « وإن كتب الصريح » . والمقصود به القادر على النطق .

(٧) وهذا هو الأظهر ، أنها كناية ، فإذا كتبه ولم ينوه ، فلَغْوٌ ، فإن نواه فالأظهر وقوعه . انظر : المهذب مع تكملة المجموع (١٨/ ٢٦٢) . التنبيه ص (١١٢) . الروضة (٨/ ٤٠) . المنهاج مع المغني (٣/ ٢٨٤) . الغاية القصوى (٢/ ٧٨٧ وما بعدها) .

والثاني : أنه لَغْوٌ ؛ لأن الصيغ اللفظية هي الموضوعة للعقود في حق القادر .

والثالث : أنها تعتبر من الغائب دون الحاضر ؛ لأجل العادة .

وفي شرح « التلخيص » وجهٌ [١] : أنّ كَتْبَه صريحَ الطلاق، صريحٌ من غير نية . وهو بعيد [٢] .

أما إذا كتب قولَه : « كلُّ زوجة لي ، فهي طالق » وقرأ ، ونوى عند القراءة : وقع . وإن قرأ ولم يَنْوِ ، وقال : « قصدتُ القراءة » فهل يُقبل ظاهرًا ؟ فيه ترددٌ ، كما لو حَلَّ الوثاق عن زوجته وقال عند ذلك : « أنت طالق » [٣] .فإن فرعنا على اعتبار الكتابة ، فيتصدَّى النظرُ في أمور ثلاثة :

الأول : في التصرفات . فتعتبر في كل ما يستقلّ به المتصرف [٤] ، كالعتق ، والعفو ، والإبراء . أما ما يفتقر إلى القبول ، ففيه قولان ، وفي النكاح قولان مرتبان [٥] ، وأَوْلَى بألا ينعقد ؛ لما فيه من التعبُّد ، ولأنه كناية ، والشاهدُ لا يطلع على النية ، ولكن من جوّز ذلك ، ربما احتمله لأجل الحاجة . ثم إنْ كتب « زوجتُ بِنْتي من فلان » وأَشْهَدَ عليه عدلين وشَهِدَا – هما بأعيانهما – على قبول الزوج : صَحَّ . وإن شهد آخران ، فوجهان [٦] . ثم إذا كتب « بعتُ داري منك » فبلَغَه الكتابُ ، فينبغي أن يقول على الفور : « اشتريت » أو يكتب على الفور ؛ لأن الاتصال بين الجواب والخطاب [٧] ....

---

(١) صاحب « التلخيص » هو أحمد بن أبي أحمد الطبري المشهور بابن القاصّ ، وكتابه التلخيص من أنفس كتبه . انظر ترجمته في القسم الدراسي .

(٢) قوله : « وهو بعيد » ساقط من (ب) .

(٣) رجح في الوجيز (٢/٥٥) أنه يقبل .

(٤) أي : تعتبر الكتابة في كل ما يستقل به ولا يفتقر إلى قبول الطرف الآخر ، وذلك كالعتق ، والعفو عن القصاص ، والإبراء .

(٥) والمذهب منعه . كذا في الروضة (٨/٤١) .

(٦) وأصح هذين الوجهين المنعُ . انظر الروضة (٨/٤١) .

(٧) قوله : « والخطاب » ساقط من (أ) .

.... شرطٌ ، وهو الاتصال اللائق بالكتابة ، فإن ذلك مُتَّصِل [في الكتابة] (١) و إن تخلّل بينهما شهور .

الثاني : في ألفاظ الكاتب ، وهو ثلاث :

(إحداها) : أن يكتب « أما بعد ، فأنتِ طالق » (٢ ونوى : فَيُحْكم بوقوعه في الحال ٢) .

(الثانية) :أن يكتب « إذا بلغكِ كتابي هذا ، فأنت طالق » فلا يقع إلا بالبلوغ .

(الثالثة) : أن يقول : « إذا قرأتِ كتابي هذا (٣) ، فأنتِ طالق » فلا يقع مالم تقرأْ .

فإن كانت أُمِّيةً ، فإذا قُرِىء عليها طُلقتْ ، وقيل : لا تُطلق ؛ لأنها ما قَرَأت ، وكأنه علَّق على قراءتها ، وهو محال فلا يقع . وهذا بعيد ، نعم ، لو كانت قارئةً ، فقرأ عليها غيرُها ، فالظاهر أنها لا تطلق ، وقيل : إنها تطلق كما إذا قال : إذا رأيت الهلال فأنت طالق ، فإنها تطلق برؤية غيرها . وهو بعيد ؛ لأن « الرؤية » قد يُراد بها العلم دون « القراءة » .

الثالث : في المكتوب عليه . وكلُّ ما يثبت عليه الخطّ : من ثوب ، وحجر ، وعظْمٍ ، فهو كالبياض . أما لو كتب على الماء ، أو على الهواء : لم يكن ذلك كتابة ، (٤ بل هي إشارةٌ من قادر ٤) ، وقد ذكرناه .

ولو كتب على البياض ، ولكن علّق الطلاقَ على البلوغ ، فبلغ ، وقد امَّحت (٥) الكتابةُ : لم يقع ؛ لأنه بلغ الكاغَد (٦) دون الكتاب . وإن لم ينمحِ (٧) إلا السطرُ الذي فيه الطلاق – أو سقط

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٣) كلمة : « هذا » ساقطة من (أ) .

(٤) في (أ) : « بل هي إشارةُ قادرٍ » .

(٥) في (ب) : « وقد انمحت » .

(٦) الكاغَد : هو الورق ، فارسي معرب . انظر اللسان (٣٨٩٢/٥) . القاموس ص (٤٠٢) مادة (ك غ د) .

(٧) في (أ) : « ينمحي » .

ذلك القدْرُ – ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لا يقع ؛ لأن الكتاب عبارة عن جميع الأجزاء [1] .

والثاني : أنه يقع ؛ لأن الكتاب قد بلغ / . ١٩١/أ

والثالث : أنه إن قال : « إن بلغك كتابي هذا » لم يقع ؛ لأنه يتناول جميع الأجزاء ، وإن قال : « إن بلغكِ الكتابُ » وقع .

أما إذا امَّحَى الجميعُ إلا سطرَ الطلاق ، فالخلاف مرتب ، وأولى بالوقوع . وإن لم ينمحِ إلا التسميةُ والصدرُ ، وبقيت المقاصدُ كلُّها ، فمرتبٌ وأولى بالوقوع . وإن لم يسقط إلا الحواشي ، فأولى بالوقوع . ومنهم من قطع في هذه الصورة بالوقوع ؛ لأن الحاشية غير مقصودة . ومَنْ منع ، علّل بأن الحاشية من الكتاب ، ولذلك لا يجوز للمُحْدَث مَسُّهُ من المصحف .

فرع : إذا قال : « إن بلغكِ نصفُ كتابي ... » فبلغ الجميعُ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يقع ؛ لأن في الكلِّ نصفًا [2] .

والثاني : لا ؛ لأن مفهومه التخصيصُ بالنصف .

* * *

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح أنها لا تطلق . انظر الروضة (٤٣/٨) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٤٤/٨) .

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في التَّفْويضِ إلى الزَّوْجَة

والنظر في ثلاثة أطراف :

الأول : ألفاظه . فإذا قال : « طلِّقي نفسكِ » فقالت : « طلقتُ » نفذ ، ولو قال : « أَبِيني نفسَكِ » فقالت : « أَبنْتُ » ونَوَيَا : وقع . وإن لم يَنْوِ أحدُهما لم يقع . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا تُعتبر نيتُهما (١) ، بل تكفي نيةُ الرجل ، وقولُها يُبْنى على قوله (٢) .

ولو قال : « طلِّقي نفسك » فقالت : « أبنتُ » ونَوَتْ (٣) ، فالظاهر الوقوعُ ، وفيه وجهٌ : أنه لا يقع ؛ لمخالفة اللفظ ، وقيل : إن ذلك يجري أيضًا في توكيل الأجنبي .

ولو قال : « اختاري » فقالت : « اخترتُ نفسي » ، وقعت (٤) طلقةٌ رجعية . ولو قالت : « اخترتُ زوجي » لم يقع شيء ، وهو مذهبُ عمر ، وعائشة ، وابن عباس ، وابن مسعود (رضي الله عنهم) . وقال عليٌّ وزيدٌ (رضي الله عنهما) : « إن اختارت نفسها فطلقةٌ بائنة ، وإن اختارت زوجَها فرجعيةٌ » (٥) . واشتد إنكار عائشة (رضي الله عنها) (٦) فقالت : « خَيَّرني رسولُ الله ﷺ فاخترتُه ، أترى أن ذلك طلاقٌ رجعي (٧) » ؟! .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لا تعتبر نيتها » . وهو أليق .

(٢) انظر الهداية (٢٦٦/١) . (٣) قوله : « ونوت » ساقط من (أ) .

(٤) في (أ) : « وقع » .

(٥) انظر تلك الآثار في مصنف عبد الرزاق (٧/٩-١١) .

(٦) في (أ) : « واستدلت عائشة رضي الله عنها » .

(٧) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٢٨٠/٩ فتح) (٦٨) كتاب « الطلاق » (٥) باب « من خَيَّرَ أزواجه » برقم (٥٢٦٣) بإسناده عن مسروق قال : سألت عائشة عن الخيرة ، فقالت : خيرنا النبيُّ ﷺ ، أفكانَ طلاقًا ؟! . ورواه مسلم في صحيحه (١١٠٤/٢) (١٨) كتاب « الطلاق » (٤) باب « بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقًا إلا بالنية » برقم (٢٥) حديث الباب . ورواه الترمذي (٤٨٣/٣) حديث (١١٧٩) . والنسائي (١٦١/٦) جميعًا من طرق عن مسروق به .

فرع : إذا كان التفويض بالكناية ، وأنكر الزوج النيةَ (١) ، فالقول قولُه ، وكذلك إذا أنكرت نِيتَها ، فالقول قولُها ، (٢ ولو قالت : « نويتُ أنا » وأنكر الزوجُ ، فالقول قولها ٢) . وفيه وجه بعيد : أن القول قوله ؛ لأن الأصل بقاء النكاح ، وهو ضعيفٌ .

الطرف الثاني : في حقيقة التفويض . وفيه قولان :

أحدهما : أنه تمليكٌ ، وكأنه ملَّكها نفسَها (٣) .

والثاني : أنه توكيلٌ كتوكيلِ الأجنبيّ .

ويُبْتنى عليه أنها لو طَلَّقتْ نفسَها في مجلس آخر - لا على الاتصال - لم يجزْ إن جعلناه تمليكا ؛ لأن اتصال القبول لابُدَّ منه ، وقبولُها هو قولُها : طلقتُ .

وإن جعلناه توكيلًا ، جاز . وقال القاضي : وإن جعلناه توكيلًا يحتمل أن يُشْترط ذلك في المجلس ، لأن هذه الصيغة تتقاضى جوابًا ناجزًا ، كقوله : « أنتِ طالقٌ إن شئتِ » فإنه يختص بمشيئتها في المجلس . وأَجْرَى ذلك في قوله : « وكَّلْتُكِ » و « فَوَّضتُ إليكِ طلاقَك بالوكالة » وعبَّر المحققون عن هذا ، بأنا إنْ جعلنا مُطْلَقَ التفويضِ تمليكًا ، فهل للزوج سبيلٌ إلى توكيلها ، أم يُنَزّل توكيلها أيضًا على التمليك ؟ فيه تردُّد .

فرع : لو رجع عن التفويض قبلَ قَبولها : جاز على القولين جميعًا ، وقال ابن خيران : « لا يجوز على قول التمليك » وكأنه يضمن التعليق (٤) ، وهو بعيد ؛ لأنه ليس بأبلغ من قوله : « أنت طالق على ألف » وله الرجوع قبل قبولها .

الطرف الثالث : في حكم العدد . فإذا قال : « طَلِّقي نفسك » ونوى الثلاثَ ، فإن طلقتْ ونوتِ الثلاثَ : نفذ . وإن لم تَنْوِ لم يقع الثلاثُ ، بل وقعت واحدةٌ . وفيه وجه : أنه يقع ؛ لأن

---

(١) في (ب) : « وأنكر النية » . (٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٣) وهذا هو الجديد من قولي الشافعي (رضي الله عنه) . انظر : المنهاج ص (١٠٦) الروضة (٤٦/٨) . الغاية القصوى (٧٨٩/٢) . فتح المعين ص (١١٩) . المهذب مع تكملة المجموع (٢٣١/١٨) .

(٤) في (ب) : « مضمن بتعليق » .

البناء في العدد ، أقربُ من البناء في أصل النية ، وهذا يُقوّي مذهبَ أبي حنيفة (رحمه الله) . نعم لو قال : طلّقي نفسك ثلاثًا ، فقالت : « طلقتُ » ولم تذكر العددَ ، ولم تنوِ ، فيظهر البناء هاهنا لأنه صرح به ، لا سيما إن جعلناه تمليكا ، فإن مجرد قول القائل : « قَبِلْتُ » يكفي وإن لم يُعِدْ تمامَ الكلامِ ؛ لأنه كالبناء على الإيجاب .

وأما كلام الوكيل : فلا يُبْنى على كلام الموكِّل . نعم ، إن اشترطنا القبولَ فى المجلس – على قول التوكيل – فلا يَبْعُد أيضًا أن يحتمل البناء .

فرع : لو قال : « طلّقي نفسَكِ ثلاثا » فطلقتْ واحدةً ، طُلِّقت بالاتفاق واحدةً . ولو قال : « طلّقي واحدةً » فطلقت ثلاثًا ، وقعتْ عندنا واحدة ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يقع هاهنا [شيء] (١) أصلًا (٢) . والفرقُ مُشْكِلٌ عليه بين الصورتين .

* * *

(١) زيادة من (أ) .

(٢) انظر الهداية (١/٢٧٠) . الاختيار لتعليل المختار (٣/١٣٧) .

الرُّكْنُ الثَّالِثُ

القَصْدُ إلى لفْظِ الطلاق ، ومَعْنَاه

ويُتَوهَّم اختلالُ القصدِ بخمسةِ أسباب : سبقُ اللسانِ ، والهزلُ ، والجهلُ ، والإكراهُ ، واختلالُ العقلِ .

السَّبَبُ الأَوَّلُ [١]

سَبْقُ اللسان

فإذا بدرتْ منه كلمةُ الطلاق في محاورته / أو في النوم [٢] ، لم يقع طلاقه [٣] ، ولكن يَعْسُر قبولُ دعواه إذا لم تكن قرينةٌ . نعم ، يُدَيَّنُ باطنًا . وإن شهدتْ قرينةٌ ، قُبِلَ ظاهرًا ، مثل إنْ كان اسم امرأته « طارق » ، فقال : « يا طالق » وزعم أنه [٤] التفّ بلسانه الكلامُ [٤] من غير قصدٍ ، قُبل قطعًا ، لا كشهادة حلّ الوثاق ، فإن فيه خلافًا ؛ لأن كلمة « الطلاق » مُسْتَنكر في غير النكاح . ١٩١/ب

وإن [كان] [٥] اسمُ امرأتِه « طالق » ، واسمُ عبدِهِ « حرّ » فقال : يا طالقُ ، ويا حرُّ – وقصدَ النداءَ – لم يقع . وإن قصد الإيقاعَ وقع . وإن أطلق من غير قصد ، فعلى أيّهما يُحْمل ؟ فيه وجهان [٦] .

وقد ظهر أنّ قصدَ حروفِ الطلاقِ لا يكفي ، بل لابدَّ من قصْدِ لفظِ « الطلاق » لمعنى الطلاق [٧] .

---

(١) في الأصل ونسخة (أ) : « الأول » بدون كلمة « السبب » وهي ثابتة في (ب) .

(٢) في (ب) : « نومه » .

(٣) في (ب) : « الطلاق » .

(٤) في (ب) : « التفَّ بلسانه اللامُ » أي حرف « اللام » منْ قوله : يا طالق .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) وأصح الوجهين أنه يحمل على قصد النداء انظر الروضة (٥٣/٨) . مغني المحتاج (٢٨٨/٣) .

(٧) في (ب) : « بمعنى الطلاق .. » .

السبب الثاني : الهزْل .فإذا قالت المرأة في ملاعبتها : « طلقني ثلاثًا » فقال : « نعم ، أنت طالق ثلاثًا »[(١)] كاللاعب المستهزىء ، وقع الطلاقُ ؛ لوجودِ قصدِ لفظِ الطلاقِ ، ولم يُعْدم إلا القصدُ إلى الحُكْمِ ، ولا يُشترطُ ؛ بدليل أنه لو طلّق - بشرط الخيار لنفسه - نَفَذَ ، وإن كان ذلك يعدم الرضا بالحكم . وقد قال ﷺ : « ثلاثٌ ، جِدّهنَّ جِدٌّ ، وهَزْلُهُنَّ جِدٌّ : الطلاقُ ، والنِّكاحُ ، والعتاقُ »[(٢)] . ولم يَحْكم الشافعيُّ (رضي الله عنه) بانعقاد نكاح الهازل . وهو خلافُ ظاهرِ الخبر[(٣)] . أمَّا

(١) في (أ) : « نعم ، أنت طالق » .

(٢) حديث حسن : رواه أبو داود في سننه (٦٤٣/٢) (٧) كتاب « الطلاق » (٩) باب « في الطلاق على الهزل » حديث (٢١٩٤) . ورواه الترمذي (٤٩٠/٣) (١١) كتاب « الطلاق » (٩) باب « ما جاء في الجِدّ والهزل في الطلاق » حديث (١١٨٤) . وابن ماجه (٦٥٧/١) (١٠) كتاب « الطلاق » (١٣) باب « من طلق ، أو نكح ، أو راجع لاعبًا » حديث (٢٠٣٩) ورواه الدار قطني في سننه (١٨/٤) والحاكم في المستدرك (١٩٨/٢) رَوَوْه جميعا من طرق عن عبد الرحمن بن حبيب بن أزدك عن عطاء بن أبي رباح عن يوسف بن ماهك عن أبي هريرة مرفوعًا بلفظ : « ثلاث ، جدهن جد ، وهزلُهن جدّ : النكاح ، والطلاق ، والرجعة » . والحديث صحح الحاكمُ إسنادَه ، وتعقبه الذهبيُّ في توثيق ابن حبيب ، وقال : فيه لين . والحديث حسّنه الحافظُ ابنُ حجر كما في التلخيص الحبير (٢٣٦/٣) .

(٣) قال الحموي : « قوله في كتاب الطلاق : (السبب الثاني : الهزل إذا قالت المرأة : طلقني في ملاعبتها ... إلى قوله : (نعم طَلَّقْتُ ، وقال النبي ﷺ : « ثلاثٌ جِدُّهن جِدٌّ وهزلهن جد : الطلاق والعتاق والنكاح » . ولم يحكم الشافعي بانعقاد نكاح الهازل ، وهو خلاف الخبر) .

قلت : كما ذكره الشيخ من كون الشافعي لم يقل بانعقاد نكاح الهازل فغلطٌ في الوسيط ، فإن الشيخ حكى في البسيط عن صاحب النهاية أنه قال : كان شيخي يقول : الهازل في البيع فيه احتمالٌ يجوز أن يلحق بالطلاق والعتاق ، ويجوز أن يقال : لا ينعقد البيع من الهازل به ، فإن النبي ﷺ قال : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : الطلاق والعتاق والنكاح » وهذا يدل على أن النكاح ينعقد به قولًا واحدًا ، وقد أورد الشيخُ التردُّدَ في البيع ، حاكيًا ذلك عن الشيخ أبي محمد ، فإن النكاح ينعقد من الهازل للخبر .
وقال : أما الهزل في البيع وسائر التصرفات فقد تردَّد فيه الشيخ أبو محمد فقال : يحتمل أن ينعقد لو جرى العقدُ واللفظ ، ويحتمل أن يخصص بالنكاح للحديث المذكور ، ومقتضى الحديث إلحاقُ النكاح بهما وهو مشكل ؛ لأنه يضاهي المعارضات في كونه لا يحتمل تبعضه ولا يجوز تعليقه .
قلت : مستند ما ذكره الشيخ في الوسيط من أن الشافعي (رضي اللّه عنه) لم يحكم بانعقاد نكاح الهازل فإنه كان مبنيًا على عدم الفعل عنده في ذلك الوقت من حيث إن القياسَ لا يقتضي إلحاقَه بهما لما تقدم ذكره ، وأما ما نقله الشيخ أبو محمد وحكاه عنه الشيخ في البسيط فإنه لا يدل بطريق التصريح على أن الشافعي صرَّح بنكاح الهازل ، وما ذكره الشيخ كان بطريق الفُتْيَا على قياس مذهب الشافعي (رضي اللّه عنه) وذلك لا يناقض ما ذكره الشيخ كما لا يخفى » . مشكلات الوسيط (ق ١٥٥/أ - ١٥٦/أ) .

البيعُ وسائرُ التصرفاتِ ، فتردَّد بعضُ الأصحاب في انعقادها من الهازل (١) .

السبب الثالث : الجهل . وهو أن يخاطبَ امرأةً بالطلاق ، وهو يظنُّ أنها زوجةُ غيره ، فاذا هي زوجتُه ، وقد رآها في ظُلْمة ، (٢ أو في جلباب ٢) أو كان أبوه زوَّجَها منه في صغره ، وهو لا يَدْري ، فالمشهورُ : أنه يقع طلاقه ، وهذا فيه احتمال ظاهر ؛ لأنه إذا لم يعرف الزوجيةَ ، لم يَقْصد إلى قَطْعها ، وقد ذكرنا في كتاب « الغصب » وجهًا في نظيره من العتق أنه لا يقع ، وهو منقدح ، وبيانه أن الأعجميّ (٣) إذا لُقِّنَ كلمةَ « الطلاق » وهو لا يفهم : لم يقع طلاقه بالاتفاق . وأمَّا بيعُ الجاهل ، فالظاهرُ صحتُه ، وهو إذا ما باع مَالَ أبيه على ظنٍّ أنه حيٌّ . فعلى هذا قالوا : نفوذُ الطلاقِ أوْلى ، والأقيسُ في البيع : أنه أيضًا لا ينعقد ، ولأن القصد إلى المعنى المجهولِ ، محالٌ .

السبب الرابع : الإكراه . وطلاق المكره لا يقع عندنا ؛ (٤ لأن قصْدَه مختلٌّ ؛ إذ الإكراهُ بَعَثَ فيه القصدَ ، وكأنه فِعْلُ المُكْرِه ٤) . وقال أبو حنيفة : يقع (٥) .

ثم نحن أيضًا نُوقِعُه ، مهما زعم المكْرَهُ أنه كان راضيًا ، أو ظهرت منه مخايلُ الاختيار ، وذلك كمخالفته للمكرِه بزيادةٍ ، أو نقصانٍ ، أو تغييرِ لفظٍ .

مثالُ الزيادة : أن يُكرهه على طلاقٍ واحد ، فطلّق ثلاثًا ، أو على طلاق زوجة واحدة ، فطلَّق زوجتين .

---

(١) والأصح : انعقادُ البيع ، وسائر التصرفات مع الهزل . انظر : الروضة (٥٤/٨/٨) . مغني المحتاج (٢٨٨/٣) .

(٢) في (ب) : « أو جلباب » . (٣) في (ب) : « ويتأكد بالأعجمي » .

(٤) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن طلاق المكره لا يقع . وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : المهذب مع المجموع (٢٠٧/١٨) . التنبيه للشيرازي ص (١١٢) . فتح المعين مع ترشيح المستفيدين ص (٣٣٥) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٦٢) . القوانين الفقهية ص (٢٣٢) . الشرح الكبير (٣٦٧/٢) . زاد المستقنع ص (١٠٤) . دليل الطالب (٢١٩) .

ومذهب الحنفية : أن مَنْ أُكْرِهَ على طلاق امرأته ، ففعل ، جاز عليه ما فعله ، ووقع طلاقه ، وكان له على من أكرهه على طلاق زوجته – إن لم يكن دخل بها – ضمانُ ما يُقْضَى به لها عليه من نصف الصداق أو من متعة . وإن كان قد دخل بها – قبل ذلك – لم يرجع عليه بشيء ؛ لأن الصداق كله تقرر على الزوج بالدخول . انظر : مختصر الطحاوي ص (٤٠٧) . اللباب (٤٥/٣) . المبسوط (٦٣/٢٤) . رءوس المسائل ص (٤٥٢) . إيثار الإنصاف لسبط ابن الجوزي ص (٣٧٧) .

والنقصانُ : أن يكلِّفه طلاقَ زوجتين ، فطلّق واحدة ، أو على الثلاثِ فطلق طلقةً أو اثنتين ، أو قال : قُلْ : « طلَّقْتُها » ، فقال : « فارقتُها » ، أو قال : « طلِّق إحدى زوجتيك » فعينَّ واحدةً ، وطلقها ؛ فإن التعيينَ دليلُ تَبَرُّمه بالمطلَّقة . أما إذا ترك التورية – وهو فقيه قادر ، ومعترف بأن الإكراهَ لم يُدْهِشْه عن ذِكْر التورية – ففيه خلافٌ ، والظاهر أنه يقع ، ويُجْعل ذلك دليلَ الاختيار .

والنظرُ بعد هذا في طرفين :

أحدهما : التصرفاتُ المتأثِّرة بالإكراهِ . والإكراهُ يُسْقط أثَر التصرفاتِ عندنا [قطعًا] (١) إلا في خمسة مواضع :

(الأول) : الإسلام فإنه يجوز إكراهُ الحربيّ عليه ، فيصحُّ إسلامه ، وإلا فتبطل (٢) فائدةُ الإكراهِ . وفي إسلام الذّمي المكْرَهِ خلافٌ ، والأصحُّ : أنه لا يصحُّ .

(الثاني) : الإرضاع . ولا يخرجه الإكراه عن كونه مُحَرِّمًا ؛ لأنه منوط بوصول اللبن إلى الجوف ، لا بالقصد .

(الثالث) : القتل ، على أحد القولين ، فإنه يُوجب القصاصَ على قولٍ ؛ لأن الإكراهَ لم يرفع الإثمَ .

(الرابع) : المكرَهُ على الزنا – على أحد القولين – يُحدّ ، لأن حصول الانتشار دلالةُ الاختيارِ ؛ فإنه لا يحصل بالإكراه . ومأخذُ القولين ترددٌ في تصوُّر الإكراه .

(الخامس) : إذا علّق الطلاقَ على الدخول ، فأُكرِه على الدخول ، ففيه قولان ، مأخذهما : أن الصفة لا يُشترط فيها القصد ، بل يكفي الاسمُ .

وأَمَّا البيع فيبطل بالإكراه . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ينعقد ولا يلزم (٣) .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « لبطل » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن التراضي في البيع شرط في صحته ، فلو أُكْرِه البائعُ أو المشتري فلا يصح هذا البيع . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : المنهاج ص (٤٤ وما بعدها) . الشرح الكبير (٣٦٩/٢) . المقنع ص (٩٧) . زاد المستقنع ص (٥٨) .

ومذهب الحنفية : أن البيع بالإكراه صحيح في الأصل ، ولا ينفذ إلا بالتراضي . انظر : المبسوط (٩٣/٢٤) . الهداية (٣٠٨/٣) . إيثار الإنصاف ص (٣٧٧) .

واعلم أن الاستثناء – بالتحقيق – يرجع إلى الإسلام فقط ، وإلى القتل على قول . أمَّا ما عداه ، فسببُه عدمُ تصوُّرِ الإكراه ،أو عدمُ اشتراطِ القصد .

الطرف الثاني : في « حدِّ الإكراهِ » (١) .

وفيه مسلكان للأصحاب متباعدان :

أحدهما : أن يصير بحيث لا تبقى له طاقةٌ في المخالفة ، بل يكون مضطرًا إلى اختيار / ١٩٢/أ الموافقة ، شاء أم أَبَى ، كالذي يفرُّ من أسدٍ ضارٍ (٢) ، فيتخطى النارَ والشوكَ ، ولا يُبَالي . ومثلُ هذا لا يحصل إلا بسيفٍ مسلولٍ ، أو التخويفِ بالإلقاء في النار (٣) مثلًا ، والشرطُ أن يصير كالمدهوش الذي لا تبقى له رَوِيَّةٌ واستصوابٌ .

ثم الجبان قد يُدْهش ويَسقط اختيارُه بما لا يَسقط به اختيارُ الشجاعِ ، فالمعتبرُ سقوطُ خيرتِه في هذه الطريقة . أمّا من يُخوّف بالحبس المخلّد ، أو الجوع (٤) ، وما لا يأخذه في الحال منه أمرٌ لا يطيقه ، فالطلاقُ به واقعٌ ؛ بناء للأمر على الحزم والاستصواب ، وذلك عين الاختيار . وهذه الطريقة أضمّ للنَّشَر (٥) .

المسلك الثاني : أن ذلك لا يعتبر ، بل إذا خُيِّر بين الطلاق ، وبين أمرٍ لا يحتمله العاقلُ – لأجل الطلاق – فطلَّق : لم يقع الطلاق به (٦) ، كالحبس المخلّد ، والتهديد بالضرب ، والجوع ، ممن يَعْلم أنه يُحقِّق ذلك ، وكذلك صَفْعُ ذوي المروءة (٧) على مَلأٍ من الناس ، وكذلك التخويف بإتلاف المال ، وقَتْلِ الولد . وعند هذا ينشأ النظر في المكرَه به والمكرَه عليه :

---

(١) يشترط في الإكراه : أن يكون المُكْرِه غالبًا قادرًا على تحقيق ما هدَّد به ، بولاية ، أو تغلُّبٍ ، أوفَرْطِ هجوم . وأَنْ يكون المكْرَه مغلوبا عاجزًاعن الدفع بفرار ، أو مقاومة ، أو استعانةٍ بغيره . ويشترط أن يغلب على ظن المكرَه أنه إن امتنع مما أُكْرِهَ عليه ، أوقع به المكْرِهُ الضررَ . انظر الروضة (٥٨/٨) .

(٢) في (ب) : « الأسد الضاري » . (٣) في (ب) : « نار » .

(٤) في (أ) : « والجوع » .

(٥) هو بفتح النون والشين ، أي : الانتشار . انظر تهذيب الأسماء واللغات (١٦٧/٢/٣) .

(٦) في (ب) : « لم يقع » بدون قوله : « الطلاق به » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ذي المروءة » بالإفراد وهو أليق .

فإذا أُكره على القتل - بإتلاف المال ، أو الحبس - فليحتمِلْه . وإن أُكره على الطلاق بذلك ، فربما لا يحتمله ، وربما يقال : يُحْتمل إتلافُ المال في الطلاق . فإن أكره بإتلاف مالٍ ، على إتلاف مالٍ ، فيتصدّىَ النظرُ في القلّة والكثرة ، وضبطُ ذلك عسيرٌ ، ولا تخلو طريقُه عن غموض ، ويحصل منه : أن المتفق عليه الإكراهُ بالقتل ، أو الجرحِ [1] الذي يخاف الموت منه ، كالقطع ، وما عدا ذلك فيُخرَّج على الخلاف .

السبب الخامس : زوال العقل .وذلك إن كان بإغماء ، أو جنون ، أو شُرْبِ دواءٍ : فيمنع نفوذَ الطلاق والتصرفات . وإن كان بِمُسْكرٍ تعدَّى بِشُرْبه - ولم يُصَبَّ قَهْرًا في حلقه - فنصوصُ الشافعي (رضي الله عنه) قديمًا وحديثًا وقوعُ الطلاق [2] ، ونصَّ في « الظهار » قديمًا على قولين [3] ، فقال بعض الأصحاب : في المسألتين قولان . ومعظمُ العلماءِ على وقوع طلاق السّكران . ومذهبُ عثمان [4] وابنِ عباس [5] وأبي يوسف وزُفَر [6] والمزنيِّ [7] وابن سُريج [8] (رضوان الله عليهم أجمعين) : أنه لا يقع [الطلاق] [9] . وفي سائر تصرفاته طرقٌ [10] : منهم من

---

(١) في (أ) : « أو بالجرح » .

(٢) انظر الأم (٢٥٣/٥) . مختصر المزني ص (١٩٤) . معرفة السنن والآثار (٧٦/١١) .

(٣) انظر الأم (٢٧٦/٥ ، ٢٧٧) . مختصر المزني ص (٢٠٢) . والجديد : أنه يلزمه .

(٤) انظر سنن البيهقي (٣٥٩/٧) ، معرفة السنن والآثار (٧٧/١١) . وذكره البخاري تعليقا في صحيحه (٣٠٠/٩) .

(٥) رواه عنه عبد الرزاق في مصنفه (٤٠٧/٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٥٨/٧) ، وفي معرفة السنن والآثار (٧٢/١١) ، وذكره البخاري عنه تعليقا في صحيحه (٣٠٠/٩) كما في الفتح .

(٦) **مذهب الحنفية** : أن طلاق السكران واقع ، ولم يخالف في ذلك أبو يوسف ولا زفر ، والذى يُحْكى عنه خلافُ ذلك من الحنفية ، هو الكرخي والطحاوي ، انظر : الهداية (٢٥٠/١) . فتح القدير (٤٨٩/٣) . وانظر مختصر الطحاوي ، فقد حكى المذهبَ بوقوع طلاق السكران ، ولم يتعقب ذلك بشيء . انظر المختصر ص (١٩١) .

(٧) انظر قوله (رحمه الله) وبرهانَه في مختصره ص (٢٠٢) .

(٨) انظر الروضة (٦٢/٨) .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) قال الحموي : « قوله : (ومعظم العلماء على وقوع طلاق السكران ، وفي سائر تصرفات طرقه) .

قلت : فمفهوم ما ذكره الشيخ هنا أن الطلاق ليس فيه خلاف عندنا وأن الطرق في تصرفاته ، وليس =

طرد القولين حتى في أفعاله . ومنهم من قال : أفعالُه كأفعال الصَّاحي ، وإنما الخلاف في أقواله . ومنهم من قال : ما عليه ينفذ ، والقولان فيما له . وأشهرُ الطرقِ طردُ القولين في الكلّ [1] .

ومن شرب « البنج » [2] متعدِّيًا فزال عقلُه ، منهم من ألحقه بالسكران ؛ لعدوانه . ومنهم من ألحقه بالمجنون ؛ لأن ذلك لا يُشْتهى .

فإن قيل : ما حدُّ السُّكْر ؟ قلنا : قال الشافعي (رضي الله عنه) : « إذا اختلط كلامه المنظومُ ، وانكشف سِرُّه المكتوم » . والمقصود أن يصير مثل المجنون الذي لا تنتظم أمورُه ، أما ما دام في ابتداء نشاطه ، فهو كالعاقل . وإن سقط كالمغشيِّ عليه ، فهو كالنائم والمغمى عليه ، ويَبْعُد طردُ الخلاف فيه ، وقد قيل به . وهو ضعيف ؛ لأن ذلك يعدم من أصل القصد .

وطلاقُ المجنون والصبيِّ [3] ، كطلاق الهازل والجاهل ، وإنما لا يقع نظرًا لهما ، والسكرانُ لا يستوجب النظر ؛ ولذلك لا يسقط عنه قضاء العبادات بخلاف المجنون ، والأقيسُ : مذهبُ المزنيِّ ، وهو إلحاق السّكران بالمجنون في التصرفات [4] .

* * *

كذلك ؛ فإن الخلاف في الجميع كما لا يخفى ، وقد ذكر صاحب التتمة وغيرُه أن السكران إذا طلق في حال سُكْرِه ، فالمنصوصُ الجديد : أن طلاقه واقعٌ ، ونص الشافعيُّ (رضي اللّه عنه) في ظهار السكران على قولين ، وليس بين الطلاق والظهار فرقٌ قادح ، واختلف أصحابنا في أقوال السكران : فمنهم من أطلق قولين في تصرفاته وأفعاله ، حتى لو قَتَلَ في سكره أو قَذَفَ أو زنى ففي وجوب العقوبة عليه قولان ، ومنهم من قال : أفعاله صحيحة ويؤاخذ بموجبها حتى إذا قتل يلزم القصاصُ قولًا واحدًا ؛ لأن حكم النقل آكدُ من القول ، ولكنْ في أقواله مثل طلاقه وبيعه ونكاحه وإقراره وقذفه وردته – قولان ، ومنهم من قال : تُجْعَل أقوالُه وأفعاله كما في الصاحي فيما عليه خاصة وفيما له قولان . هذا نقل المذهب فيه وذلك يدل على الخلاف في طلاقه .

قلت : ما ذكره الشيخ في قوله : (وفي سائر تصرفاته طرق) لا ينفي الخلاف أيضًا في الطلاق ؛ لأنه قال : (ومعظم العلماء على وقوع طلاق السكرن) يدل على أن فيه خلافًا عندهم ، فإن ذلك يندرج تحت قوله : (معظم العلماء) وهو ظاهر كما لا يخفى » . مشكلات الوسيط (ق ١٥٦ / أ – ١٥٧ / أ) .

(١) قال في الروضة : « أفعالُه – كالقتل والقطع وغيرهما – كأفعال الصَّاحي قطعًا ؛ لقوة الأفعال .... ولا يصح بيعُه وشراؤه قطعًا ؛ لأن العلم شرط في المعاملات » . الروضة (٦٢/٨) .

(٢) البنج : نبات له حَبٌّ ، يخلط بالعقل ، ويورث الخبال ، وربما أسكر إذا شربه الإنسان بعد ذَوْبه . انظر : المصباح المنير (١٠٠/١) . القاموس المحيط ص (٢٣٢) .

(٣) قوله : « والصبي » ساقط من (أ) .

(٤) قوله : « في التصرفات » ساقط من (ب) .

الرُّكْنُ الرّابعُ لنفوذِ الطَّلاق

المحَلُّ ، وهي المرأة [١]

(وفيه فصلان)

أحدهما

أنه لو أضاف الطلاقَ إلى بعضها ، نفذ ، وكُمّل . ولو أضاف إلى عضو معين ، نفذ عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [٢] .

ثم له ثلاثُ درجات :

إحداها : أن يُضيف إلى جزء مُتصلٍ : كاليد ، والرأس ، والكبدِ ، والظهرِ [٣] ، وسائر الأعضاء الباطنة ، ولا خلاف في وقوعه . نعم ، الأُذُن المنفصلةُ إذا عادت ملتحمةً ، أو الشعرةُ الساقطةُ إذا انغرست في موضع آخر : ففي الإضافة إليه خلافٌ .

الثانية : أن يضيف إلى فَضَلات بدنها : كالبول ، واللبن ، والعرق ، والدَّمْع ، والمني ، فالصحيحُ : أنه لا يقع . وفيه وجه بعيد : أنه يقع ، ولم يَطَّرِدْ ذلك الوجْهُ في الجنين ؛ لأنه كالمستقلّ . نعم ، ترددوا في الدم والشحم ، أنه يُلحق بالفضلات أو بالأجزاء ؛ من حيث إن الدم

---

(١) في (أ) : « المحل ، وهو المرأة » .

(٢) **مذهب الشافعية :** أن الرجل لو أضاف الطلاق إلى عضو معين كاليد والرِّجْل ، فطلاقه نافذ . وهو مذهب المالكية والحنابلة . وهو قول الإمام زفر من الحنفية . انظر : الأم (١٨٦/٥) . الوجيز (٥٧/٢) . مغني المحتاج (٢٩١/٣) . الكافي ص (٢٦٨) . القوانين الفقهية ص (٢٣٣) . الشرح الكبير (٣٨٨/٢) المقنع ص (٢٣٤) . زاد المستقنع ص (١٠٥) . دليل الطالب ص (٢٢٢) . الهداية (٢٥٣/١) .

ومذهب الحنفية : أن إضافة الطلاق إلى اليد أو الرجل أو إلى جزء معين من البدن – لا يُعَبَّر به عن جميعه – لا يصح . أما إذا أضاف الطلاق إلى جملتها ، أو ما يعبر به عن الجملة ، كالوجه ، والرقبة ، والروح ، والجسد ، أو إلى جزء شائع منها – كالنصف والربع – صحّ ، ووقع الطلاق . انظر : اللباب شرح الكتاب (٤٥/٣) . المبسوط (٦/ ٨٩) . رءوس المسائل ص (٤١٦) . الاختيار (١٢٦/٣) . إيثار الإنصاف ص (١٥٢) .

(٣) في (ب) : « والطحال » .

كالقوام للروح ، والشحمُ يُشبه السِّمَن ؟ [1] . ولو قال « سَمْنُكِ طالق » : نفذ .

الثالثة : الإضافة إلى الصفة . كقوله : « حُسْنُكِ ، أو لونُك ، أو بياضُكِ :طالقٌ » ، وذلك لاغٍ ؛ لأن الصفة [2] تابع لا تَقْبل الإضافة دون الموصوف . نعم ، لو قال : « روحُك أو حَيَاتُكِ طالق » قالوا : إنه يقع ؛ لأن الروح جوهر وأصلٌ ، والحياةُ كذلك . ولا يحتمل نظرُ الفقهاء الخوضَ في الفَرْق بين الروح والحياة .

فرع : لو قال : « إن دخلتِ الدار ، فيمينُك طالق » فَقُطِع / يمينُها ، ثم دخلت ، ففي الطلاق [3] ١٩٢/ب

وجهان مبنيان على أن تنفيذ الطلاق المضاف [4] إلى الجزء بطريق التَّسْرِية منه ؟ أو بطريق جَعْل ذِكْرِ البعض عبارةً عن الكل ؟ وفيه خلاف [5] . فإن قيل بالتسرية ، فلم يُصادف اليمينَ حتى تنفذ فيه ، فلا يقع . وإن جُعِل عبارةً عن الكل ، نفذ .

أما إذا قال لمقطوعة اليمين : « يمينُك طالق » فالصحيح : أنه لا يقع على الوجهين ؛ لأنه – وإن جُعِلَ عبارةً عن الجميع – فحيث تُوجَد [6] .

ولا خلاف أنه لو قال لها : « ذَكرُكِ ، أو لحيتُكِ طالق » لم يقعْ ؛ لأن المذكور مفقودٌ .

(١) إذا أضاف إلى الشحم طلقت على الأصح . وإذا أضاف إلى الدم ، تطلق على المذهب . انظر : روضة الطالبين (٦٤/٨) . الغاية القصوى (٧٩٠/٢) . مغني المحتاج (٢٩١/٣) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الوصف » .

(٣) قوله : « ففي الطلاق » ساقط من (أ) .

(٤) في الأصل : « بالمضاف » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) قال في الروضة : إذا أضاف الطلاق إلى جزء أو عضو معين ، ففي كيفية وقوع الطلاق وجهان :

(أحدهما) : يقع على المضاف إليه ، ثم يَسْرِي إلى باقي البدن كما يَسْرِي العتق .

(والثاني) : يُجْعل المضافُ إليه عبارةً عن الجملة ؛ لأنه لا يتصور الطلاق في المضاف إليه وحده ، بخلاف العتق . قال : ويشبه أن يكون الأول هو الأصح . الروضة (٦٥/٨) . وتظهر فائدة الخلاف في هذه المسألة المذكورة ، والأرجح أنه لا يقع الطلاق . وكذلك إذا قال لمقطوعة اليمين : يمينك طالق ، فالصحيح أنه لا يقع كما سيذكر الغزالي بعد قليل .

(٦) أي وإن جُعِل الجزء – المضاف إليه الطلاق – عبارةً عن جميع البدن ، فذلك إذا وُجد هذا الجزء ، وفي مسألتنا هذه لا توجد يمينها أصلًا .

الفصل الثاني [١]

في إضافة الطلاق إلى الزوج

فإذا قال : « أنا منكِ طالق » ونوى الطلاقَ ، نفذ عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة(رحمه الله) [٢] ؛ لا من حيث إن الرجل محلُّ الطلاق ، لكن من حيث إنه قَيْدٌ عليها ، والحِلُّ تارةً يُضاف إلى القيد ، وتارةً إلى المقيّد ؛ لأنه في حَجْرٍ - بسببها - عن نكاح أختِها ، وأربعٍ سواها ، وفي قَيْدٍ من لوازم النكاح ، فيصلح ذلك للكناية . ومن الأصحاب مَنْ زعم أن الرجل محلٌّ للطلاق ، وأنه معقودٌ عليه [٣] كالزوجة . وهو ضعيف [٣] ؛ إذ لو كان كذلك لما افتقر إلى النية ، ولَحَرُمَ عليه أن ينكح غيرها . نعم ، إذا نوى الطلاق ، فهل يشترط مع ذلك أن ينوي الإضافة إليها ؟ اختلفوا فيه [٤] ، قال القاضي : لا يُشترط ذلك ؛ لأن الطلاق يرد على العقد ، فإذا نواه لم يفتقر إلى الإضافة إليها [٥].

فرع : إذا قال : « أعتدُّ منكِ ، وأَستبرىء رَحِمي منكِ » فهذا ليس بكناية ؛ لأنه ليس ينتظم

---

(١) قوله : « الفصل الثاني » ساقط من (أ) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه إذا قال الرجلُ لزوجته : أنا منك طالق ونوى ، وقع الطلاق . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : التنبيه للشيرازي ص (١١٢) . المهذب مع المجموع(٢٣٢/١٨) . المنهاج ص(١٠٧) . الإفصاح لابن هبيرة(٢/ ١٥٢) . الشرح الكبير (٣٧٨/٢) .

ومذهب الحنفية : أنه إذا أضاف الطلاق إليه دون المرأة ، فلا يقع ، نوى أو لم يَنْوِ ، وذلك لأن الطلاق لإزالة القيد ، وهو فيها دون الزوج ؛ بدليل أنها هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر ، وكذلك فإنها ممنوعة من الخروج . ولو كان لإزالة الملك ، فهو عليها ؛ لأنها مملوكة ، والزوج مالك ، ولهذا سميت منكوحة . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا .

انظر : المبسوط (٧٨/٦) . الهداية (٢٥٧/١) . إيثار الإنصاف ص (١٥٤) . الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٢٩) . المقنع ص (٢٣٢) .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من الأصل ، وثابت في (أ) ، (ب) .

(٤) انظر الوجيز (٥٨/٢) . الروضة (٦٧/٨) . الغاية القصوى (٧٩٠/٢) . مغني المحتاج (٢٩٢/٣) .

(٥) في (ب) : « إلى إضافة إليها » .

إضافته إلى الرجل، بخلاف سائر الكنايات، كقوله: «أبَنْتُ نفسي منكِ» و«أنا خَليٌّ، وبريٌّ عنكِ»، وكذلك لا ينتظم أن يقول السيد: أنا منكَ حُرٌ؛ إذْ ليس عليه (1) حَجْرُ قيدٍ بسبب الرق (1). وفيه وجه: أن ذلك أيضًا كناية.

* * *

(1) في (أ): «حجرٌ بسبب الرق» وفي (ب): «حجرُ قَيْد الرق».

الرُّكنُ الخَامِسُ

الولايةُ على المحلّ

فإذا قال لأجنبية : « أنتِ طالق » لم ينقص عددُ طلاقه لو نكحها بعد ذلك . ولو قال ذلك للرجعية ، نقص العدد ؛ لأن ولاية النكاح باقيةٌ عليها .

ولو قال للمختلعة ، لم يقع . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يقع وينتقص العدد ، واكتفى ببقاء العدة عليه وولايةِ على المحل [1] .

ولو قال لأجنبية : إن دخلتِ الدار فأنت طالق ، فنكحها ، فدخلت الدار [2] ، لم يقع اتفاقًا ؛ لعدم الولاية حالة التلفّظ [3] . ولو قال : إن نكحتكِ فأنت طالق ، فنكَحَها ، لم تطلق لعدم الولاية . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « تُطَلَّق [4] ؛ لأن الولاية تُرادُ عند النفوذ ، وقد وُجدت » [5] . نعم ، اختلف أصحابنا في أصلين :

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن المختلعة لا يلحقها الطلاق ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الأم (١٩٨/٥) . مختصر المزني ص (١٨٧) . تكملة المجموع (١٧٣/١٨) . حلية الفقهاء (٥٥٣/٦) . المقنع لابن قدامة ص (٢٢٧) .

ومذهب الحنفية : أنه يلحقها صريحُ الطلاق فقط لا كناياتُه . انظر : المبسوط (١٧٥/٦) . إيثار الإنصاف ص (١٦٤) .

ومذهب المالكية : أنه إن طلقها عقيب خلعه – متصلًا بالخلع – طلقت . وإن انفصل الطلاق عن الخلع لم تطلق . انظر : الكافي لابن عبد البر ص (٢٧٦) . الإفصاح لابن هبيرة (١٤٤/٢) .

(٢) كلمة : « الدار » ليست في (ب) .

(٣) في (أ) : « اللفظ » .

(٤) في (أ) : « ينفذ » .

(٥) **مذهب الشافعية** : إذا قال لأجنبية : « إن تزوجتك فأنت طالق » فنكحها ، لا تطلق ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الوجيز (٥٨/٢) . منهاج الطالبين ص (١٠٧) . المقنع ص (٢٣٧) .

ومذهب الحنفية : أنها تطلق ، سواءٌ خصَّصَ ذلك بامرأة أو عَمَّم ، كقوله : كلُّ امرأة أتزوجها فهي طالق . انظر : الهداية (٢٧٣/١) . إيثار الإنصاف ص (١٥٦) . الاختيار (١٤٠/٣) . اللباب في شرح الكتاب (٤٦/٣) . =

أحدهما : أنه لو قال العبدُ لزوجته : « إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثًا » فعتق ، ودخلت الدار ، هل تقع الثلاثُ ولم يكن يملك الثالثَ عند التعليق ؟ . فمنهم من قال : « لا يقع ؛ لعدم الملك » ، ومنهم من قال : « يقع ؛ لوجود النكاح المُنْتِج للطلاق الثلاث [1] عند العتق » [2] ، وكأن ملك الأصل ، يقوم [3] مقام ملك الفرع [4] . وكذلك الخلاف فيما لو قال [5] لجاريته : « إذا وَلَدْتِ ، فولدُكِ حرٌّ » ؛ لأنه ملك الأصل المنتج لملك الولد ، فأشْبهَ التصرفُ فيه ، التصرفَ في منافع الدار عند ملك الدار .

الأصل الثاني : أن دوام الولاية بين التعليق والصفة ، هل يُشْترط ؟ بيانُه : أنه لو قال لها : « إن دخلتِ الدار فأنت طالق » ثم أبانها ، ثم جدد نكاحها ودخلتْ ، ففيه قولان يُعَبَّر عنهما بِعَوْدِ الحنث [6] :

أحدهما : أنه يقع ؛ لوجود الولاية عند التعليق والصفة .

والثاني : لا ؛ لأن الواقع في هذا النكاح ، طلاقٌ يُفِيده هذا النكاحُ ، وذلك لم يملكه عند التعليق [7] .

= **ومذهب المالكية** : أنه إن خصّص ذلك بامرأة معينة ، أو بلدة معينة ونحو ذلك ، تطلق . وإن عمَّم فلا تطلق ؛ استحسانًا ؛ وذلك لأنه لو أوجب عليه الالتزام بالتعميم لم يجد سبيلًا إلى نكاح الحلال ، فكان ذلك عَنَتًا به وحرجًا ، وكأنه من باب نذر المعصية ، وفي حالة التخصيص ليس الأمر كذلك ؛ إذ يمكنه التزوج بغيرها . انظر : الكافي ص (٢٧٠) . بداية المجتهد (٩٨/٢) . القوانين ص (٢٤٧) . الشرح الكبير (٣٧٠/٢ ، ٣٧٣) .

(١) في (ب) : « الثالث » .

(٢) والأصح : أنه يقع الطلاق الثالث ، وبه قطع البغوي كما في الروضة (٦٨/٨) . وانظر : الغاية القصوى (٧٩٠/٢) . مغني المحتاج (٢٩٣/٣) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يقام » .

(٤) في (أ) : « مقام الفرع » .

(٥) في (أ) : « إذا قال » .

(٦) ويعبر عنهما أيضًا بعود اليمين .

(٧) وهناك قول ثالث حكاه في الروضة ، وهو : أنه إن كانت البينونة بما دون الثلاث وقع الطلاق ، وإلا فلا . وأظهر هذه الأقوال أنه لا يقع الطلاق . انظر : الروضة (٦٩/٨) . الغاية القصوى (٧٩٠/٢) . مغني المحتاج (٢٩٣/٣) .

ولو علق الثلاث على الدخول ، ثم نَجَّزَ الثلاثَ ، ثم جدد النكاح ، فالمنصوص : أنه لا يعود . وفي القديم قولٌ ضعيفٌ : أنه يعود ، وهو مجردُ نظرٍ إلى وجود الولاية في الطرفين .

أما إذا علق طلقة واحدة ، ثم قال : نجزتُ تلك الطلقة المعلقة ، ثم جدّد نكاحها ، ودخلت ، فمنهم من ألحق هذا بتنجيز الثلاث ، ومنهم من قال : الطلاق لا يتعين بتعينه ، فيلتحق [1] هذا بمحلِّ القولين .

هذا كلُّه إذا لم توجد الصّفة [2] حالة البينونة ، فلو وُجدت ، انحلت اليمين ؛ فلا يعود قولًا واحدًا [3] .

١٩٣/أ هذا تمام النظر في أركان الطلاق ، واختتام / الباب بذكر أصلين في ملك الطلاق [4] :

أحدهما : أن من طلق ثلاثًا ، حرمت عليه حتى تنكح زوجًا غيره . فلو طلق واحدةً ، أو اثنتين [5] ، فنكحت زوجًا آخر ، ثم عادت إليه ، لم تَعُدْ إلا ببقية الطلاق ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « وطءُ الزوج الثاني ، يهدم الطلقات الماضية ؛ فتعود إليه بثلاث [6] » .

ثم التحليلُ ، إنما يحصل بوطءٍ تامّ في نكاحٍ صحيح غير مُختلّ .

---

(١) في (ب) : « فليلحق » . (٢) كالدخول مثلًا .

(٣) وهو المذهب كما في الروضة (٦٩/٨) وعليه ، فإذا دخلت ثانيةً ، أو وجدت الصفة مرة أخرى لم تطلق .

(٤) قوله : « في ملك الطلاق » ساقط من (ب) .

(٥) في (أ) : « أو ثنتين » .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن الزوج الثاني لا يهدم ما مامضى من طلاق الأول إذا كان طلاقه رجعيًا ؛ فتعود إليه بما بقي من الطلاق . وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٢٥٠/٥) . مختصر المزني ص (١٩٥) . الوجيز (٢/ ٥٨) . المنهاج ص (١١٧) . بداية المجتهد (١٠٣/٢) . القوانين ص (٢٣١) . المقنع ص (٢٤٥) . زاد المستقنع ص (١١٠) . دليل الطالب ص (٢٢٥) .

ومذهب الحنفية : أنها تعود إليه بثلاث تطليقات ؛ لأن الزوج الثاني يهدم ما سبق من طلاق . وقال محمد بن الحسن بقول الشافعية ومن وافقهم . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٠٣) . الهداية (٢٩٠/٢) . إيثار الإنصاف ص (٦٢) الاختيار (١٥١/٣) . اللباب شرح الكتاب (٥٩/٣) .

أما (الوطء) ، فيدخل فيه تغييبُ الحشفةِ من الخصيّ ، وتغييبُ قَدْرِ الحشفة من المجبوبِ بعضُه ، ونزولُ المرأةِ على الزوج ، واستدخالُها بالأصبع [1] من غير انتشار إلّا في [1] استدخال ذَكَرِ العِنّين ، ففيه خلافٌ ، والظاهر أنه مُحَلِّل . والصحيح : أن وطءَ الصبيِّ محللٌ ، والإتيانُ في غير المأتى غيرُ محللٍ ، وكذا تغييبُ بعضِ الحشفة .

وأما (النكاح) ، فيخرج منه الوطءُ في ملك اليمين ، فإنه لا يُحَلِّل ، وكذا الوطء في النكاح الفاسد على القول الصحيح ، وفيه قول . وفي الوطء بالشبهة خلافٌ مرتَّب ، وأولى بأن لا يحصل ، ثم ذلك إذا ظنَّ أنها منكوحته [2] ، فإن ظن أنها مملوكته ، فلا يزيد ظَنُّ الملك على حقيقته .

وأما (غير المختلّ) فاحترزنا [3] به عن الوطء بعد [4] طلاق رجعيّ [4] ثبتت الرجعة فيه باستدخال الماء لا بالوطء ، فالنصُّ : أنه لا يحلل ؛ لأنه محرم [5] ، ويحتمل التحليل إذا لم نوجب المهر به . وإن فرعنا على أنه يحلل في النكاح الفاسد ، فهو أولى [6] . ولو وطئها بعد الارتداد ، فالنصُّ : أنه لا يحلِّل [7] ، وليس كالنكاح الفاسد ؛ فإنه عالمٌ بالتحريم . أما في حال الحيض والصوم فَمُحِلٌّ [8] ؛ لأنه لم يختلَّ النكاحُ ، وكذا في حال إحرامها خلافًا لمالك (رحمه الله) [9]

ثم مهما ادعت أن المحلِّل وطئها ، كان للزوج تصديقُها بغير بيّنة ؛ لأن بناء العقود على قول

---

(١) في (ب) : « من غير انتشار الآلة في ... » .

(٢) في (أ) : « منكوحة » .

(٣) في الأصل : « احترازًا » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « الطلاق الرجعي » .

(٥) كذا بالنسخ الثلاثة ولعلها « لا أنه محرَّم » .

(٦) في (ب) : « فهذا أولي » .

(٧) انظر نصَّ الشافعي (رحمه الله) في كتابه « الأم » (٢٤٩/٥) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « محلِّل » والمقصود : أنه لو وطئها حال حيضها أو صومها ، فهذا الوطء يُحَلِّلها .

(٩) **مذهب الشافعية** : أنه إذا وطئها الزوج الثاني في حال إحرامها ، حلت لزوجها الأول ، وكان مسيئًا . وهو مذهب أبي حنيفة ، ورجحه ابن قدامة من الحنابلة . انظر : الأم (٢٤٩/٥) . مختصر المزني ص (١٩٧) . تكملة المجموع (٤٢٦/١٨) . رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص (٢٢٣) . =

العاقد ، (١ ولكن إن كان غَلَب ١) على ظنِّهِ كذُبها (٢) ، لم يحِلَّ له وَطْؤها .

فرع : لو طلق زوجته الرقيقة ثلاثًا ، ثم اشتراها ، لم يحلَّ له وطؤها إلى أن يجري التحليل . وفيه وجه : أن التحريم يختصّ بالنكاح ، ولا يحرم الوطء بملك اليمين بالطلقات الثلاث .

الأصل الثاني : أن الرقّ (٣ يؤثر في نقصان عدد الطلاق ٣) ، فيملك الحرُّ ثلاثًا ، ويملك العبدُ طلقتين . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « يُنظر إلى جانب النساء ، فيملك الحرُّ والعبدُ ثلاثًا ولكن على الحرة ، ويملكان ثِنْتين (٤) ولكن على الأَمَة » (٥) . وهذا يخالف قولَه (عليه السلام) : « الطلاق بالرجال ، والعدةُ بالنساء » (٦) . يعني : العبرة فى الطلاق بالرجال . ثم يتولّد من الأصلين فروعٌ ثلاثة :

الأول : لو طلق الذمي زوجتَه الذّمّية طلقتين ، ثم التحق بدار الحرب ، فاسْتُرِقَّ . قال ابن الحداد : له أن ينكحها ؛ لأنها لم تحرم بالطلقتين ؛ فطرآنُ الرقِّ بعده لا يُؤَثِّر ، وفيه وجهٌ : أنه لا ينكحها ؛ لأنه في الحال رقيقٌ ، فكيف يطلقها طلقة ثالثة لو نكحها ؟ .

= **ومذهب المالكية** : أنها لا تحل للزوج الأول بهذا الوطء المحَرَّم ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : بداية المجتهد (١٠٢/٢) . المقنع ص (٢٤٦) . زاد المستقنع ص (١١١) . دليل الطالب ص (٢٢٥) .

(١) في (أ) : « ولكن إن غلب » .

(٢) في (أ) : « صدقها » وهو خطأ .

(٣) في (أ) : « يؤثر في عدد الطلاق » .

(٤) في (أ) : « اثنتين » .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن الحرّ يملك ثلاث تطليقات وإن كانت زوجته أمة . والعبدُ يملك طلقتين وإن كانت زوجته حرة . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : التنبيه للشيرازي ص (١١٢) . المهذب مع المجموع (١٨ / ٢١١) . الكافي ص (٢٦٣) . شرح قاسم التنوخي على متن رسالة ابن زيدون (٨٣/٢) . المقنع ص (٢٣٣) . زاد المستقنع ص (١٠٥) . دليل الطالب ص (٢٢١) .

ومذهب الحنفية : أن الطلاق مُعْتبر بالمرأة ، فإن كانت حرة ، فعليها ثلاث تطليقات وإن كان زوجها عبدًا . وإن كانت أمة ، فعليها طلقتان وإن كان زوجها حرًا . انظر : إيثار الإنصاف ص (١٥٩) . الاختيار (١٢٣/٣) . اللباب (٤٨/٣) .

(٦) صحيح موقوفًا ، رواه عبد الرزاق في مصنفه (٢٣٤/٧) بإسناده عن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت (رضي الله عنهما) قالا : « الطلاق للرجال ، والعدة للنساء » . وله شاهد عن ابن عباس موقوفًا أيضًا رواه البيهقي في سننه الكبرى (٣٧٠/٧) . وانظر موطأ مالك (٥٧٤/٢ ، ٥٧٥) ونصب الراية (٢٢٥/٣) .

ولا خلاف أنه لو طلقَ طلقةً ، ثم طرأَ الرقُّ ، فنكحها : فلا يملك إلا طلقةً واحدة [1] ويُحْسب ما مضى عليه .

الثاني : لو طلق في الرقِّ طلقة [ثم عتق] [2] فيملك طلقتين في الحرية ؛ لأنه لم يستوفِ عددَ الرقِّ . ولو طلق في الرقّ طلقتينْ [ثم عتق] [3] لم يكن له نكاحُها ؛ لأنها حرمت عليه في الرقّ .[4] وفيه وجه غريب [4] : أنه ينكحها .

الثالث : إذا طلق العبدُ طلقتين ، وعتق ، ولم يَدْر : السابقُ « هو الطلاقُ » أو « العتقُ » ؟ قال ابن الحداد : « يحرم نكاحُها ؛ لأن الرقَّ مستيقنٌ ، وكذا الطلاق ، والشّكُّ في تقديم العتق على الطلاق » ، وخالفه بعض الأصحاب ، وهو بعيدٌ .

* * *

---

(١) كلمة : « واحدة » ليست في (أ) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) : أيضًا .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وفيه وجه غريب مزيف » .

البَابُ الثَّالِثُ
حُكْم طَلَاقِ المريض

اعلمْ أنَّ طلاق المريض كطلاق الصحيح في النفوذ ، وإنما النظرُ في انقطاع الميراث [1] به ؛ لِمَا فيه من الفرار عن التوريث قَصْدًا ، وفيه قولان :

الجديد [2] – وهو القياس والمشهور – : أنه ينقطع الميراث بالطلاق البائن كما في حالة الصحة ، وعلى هذا ينقطع التفريع .

والثاني : – وهو القديم – أنه يُجعل فارًّا ، فيُعَارَض بنقيض قصْدِه ، ونُورِّث زوجتَه ؛ ويدلّ عليه قصةُ عبد الرحمن بن عوف (رضي الله عنه) [3] . فنقول : الفارُّ – على هذا القول – مَنْ أنشأ تنجيزَ طلاقِ زوجته الوارثةِ بغير رضاها . فقد أوردنا [4] في الضابط خمسة قيودٍ [5] :

الأول : الإنشاء . واحترزْنا به عن إقرار المريض بطلاقٍ أَسْنده إلى حال الصحة [6] ، فهو غيرُ فارٍّ ؛ لأن الإقرار حجةٌ . وكذلك إذا أسند إقرار العتق إلى الصحة ، لم يحسب من الثلث / ١٩٣/ب وكذلك يجوز الإقرار للوارث وإن لم يَجُز الإنشاءِ . وقال القاضي : « لا يَبْعُد أن يُجْعل فارًّا ؛ (٧لأنه محجور على إنشاء ٧) القطع ، وليس محجورًا في حق الوارث عن إنشاء استقراض

---

(١) في (أ) : « التوارث » .

(٢) انظر الأم (٢٥٤/٥) . مختصر المزني ص (١٩٤ ، ١٩٥) .

(٣) وهذه القصة رواها الشافعي في الأم (٢٥٤/٥) بإسناده عن ابن أبي مليكة أنه سأل ابن الزبير عن الرجل يطلق المرأة فَيَبِتُّها ، ثم يموت وهي في عدتها ، فقال عبد الله بن الزبير : طلَّق عبدُ الرحمن بن عوف تُمَاضِرَبنت الأصبغ الكَلْبية ، فبتها ، ثم مات عنها ، وهي في عدتها ، فَوَرَّثَها عثمانُ . قال ابن الزبير : وأما أنا فلا أرى أن ترث مبتوتةٌ .

(٤) في (أ) : « أدرجنا » .

(٥) في الأصل : « خمس قيود » وكذا (أ) ، (ب) وهو خطأ .

(٦) في (ب) : « إلى حالة الصحة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لأنه محجور عن إنشاء » وهو أليق .

والتزام ، فكان له الإقرار » .

القيدُ الثاني : التَّنْجيزُ : فلو علَّق طلاقَ زوجته على قدوم زيد ، فقدم وهو مريضٌ ، ففيه قولان ، يُعَبَّر عنهما بأن العبرة بحالة التعليق ، أو بحالة وجود الصفة ؟ والصحيحُ : أنه ليس فارًّا ؛ لأنه ليس يظهر منه قَصْدُ الفرار . أما إذا علَّقه بما لابد من وجوده في المرض ، كقوله : « أنت طالق إذا ترددت الروح في شراء سيفي » أو « قبل موتي بلحظة » فالصحيح : أنّ هذا فارٌّ ، ومنهم من طرد الخلاف ؛ نظرًا إلى حالة التعليق . وكذلك لو علق بفعلٍ من أفعال نفسه ، ثم أَتى به في المرض ، فالظاهرُ : أنه فارٌّ ، وقيل بطرد القولين . أما إذا قال : [أنت] (١) طالق قبل موتي بِيَوْم . ثم مات فجأةً (٢) ، فقد نفذ الطلاقُ في الصحة ، ويظهر في ذلك قصْدُ الفرار ، فقياسُ التهمة أنْ يُجْعل فارًّا ، ولكن يحتمل أن ينظر إلى الصحة ، ونقطع الميراث .

القيد الثالث : الطلاق . فلو فَسخ نكاحَها بعيبٍ في المرض ، فلا يكون فارًّا . ولو قذفها في الصحة ، ولَاعَنَ في المرض ، فليس بفارٍّ ؛ لأن اللعان ضرورةٌ لدفع الحدِّ والنَّسَب . وإن أنشأ القذف واللعان في المرض ، ففيه تردُّدٌ للأصحاب ، والظاهر : أنه غير فارٍّ .

ولو ارتدَّ الزوجُ ، ثم عاد ، فالصحيحُ : أنه ليس بفارّ ؛ لأنه ليس يقصد بالردة ذلك . وذكر العراقيون وجهين ، وطردوا ذلك في المرأة إذا ارتدت في المرض ، وجعلوها فارّةً عن ميراثه ، وهذا بعيدٌ .

القيد الرابع : الزوجة الوارثة . فلو طلّق زوجته الذّمّيةَ ، فأسلمت ، أو الرقيقةَ فعَتَقت ؛ فلا يكون فارًّا ؛ لأنها لم تكن وارثةً عند الطلاق ، ولا يبعد تخيلُ خلافٍ مِنْ تبرع الرجلِ على أخيه في مرضه ، وهو محجوب بولده ، ثم مات ولدُه ؛ لأن فيه قولين (٣) .

القيد الخامس : قولنا : « بغير رضاها » . فلو خالَعها ، أو طلّقها بسؤالها ، أو علَّق الطلاقَ بفعلها الذي لا ضرورةَ لها فيه ولا حاجةَ ، ففعلتْ ، فليس فارّا . ومنهم من طرد القولين ، ولم يجعل لرضاها أثرًا .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « فمات فجأة » .

(٣) في (ب) : « فإن فيه قولين » .

أما إذا علق الطلاق بأكْلها ، أو ما تحتاج إليه وتتضرَّر بتركه ، فهو فارٌّ قطعًا [1] . فإن قيل : فلو تمادى المرضُ بعد الطلاق ، فإلى متى يتمادى توريثُها ؟ قلنا : فيه ثلاثةُ أقوال :

أحدها : أنه يتمادى أبدًا .

والثاني : أنه إلى انقضاء العدة [2] .

والثالث : إلى أن تنكح زوجًا آخر [3] .

* * *

(١) كلمة : « قطعا » ساقطة من (ب) .

(٢) قال الشافعي (رحمه الله) مرجِّحًا هذا القول – في القديم – : « ذهب بعض أصحابنا إلى أن يُوَرِّث المرأة – وإن لم يكن للزوج عليها رجعة – إذا طلقها الزوج وهو مريض وإذا انقضت عدتها قبل موته . وقال بعضهم : وإن نكحت زوجًا غيره . وقال غيرهم : ما امتنعت من الأزواج . وقال بعضهم : ترثه ما كانت في العدة ، فإذا انقضت العدة لم ترثه . وهذا مما أستخير الله فيه . قال الرّبيعُ : وقد استخار الله تعالى فقال : لا ترث المبتوتة » . الأم (٥/٢٠٤) وانظر : معرفة السنن والآثار (٨٣/١١) .

(٣) في (أ) : « زوجًا غيره » .

الباب الرابع

في تعديد الطلاق

(وفيه ثلاثة فصول)

الفصل الأول

في نيّة العدد

فإذا قال : أنت طالق أو طلقتُكِ ونَوَى عددًا ، وقع ما نوى عندنا ؛ لأنّ المصدر مُضْمَرٌ فيه ، وهو محتمِل للجنس الشامل للعدد . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يقع إلا واحدة [1] . وسلَّم أنه لو قال : أنت بائنٌ ، ونوى ثلاثًا : نفذ ، وإن نوى اثنين لا ينفذ [2] .

فروع [3]

الأول : إذا قال : أنت طالق واحدةً ، ونوى الثلاث ، فيه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : لا ينفذ ؛ لأن الواحدة تُنافي العدد [4] .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه إذا قال : أنت طالق ، ونوى ثلاثًا أو اثنتين ، وقع ما نواه . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : الوجيز (٢/ ٥٩) . المنهاج ص (١٠٧) . روضة الطالبين (٨/ ٧٥) . الغاية القصوى (٢/ ٧٩٣) . الكافي ص (٢٦٤) . القوانين الفقهية ص (٢٣٤) . دليل الطالب ص (٢٢١) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يقع بقوله : أنت طالق ، إلا واحدة رجعية وإن نوى أكثر من واحدة . وهو رواية عن الإمام أحمد ، واختارها الخرقي . انظر : رءوس المسائل ص (٣/ ٤) . طريقة الخلاف ص (١٠٣) . إيثار الإنصاف ص (١٥٥) . الاختيار (٣/ ١٢٥) . المقنع ص (٢٣٣) . الإفصاح لابن هبيرة (٢/ ١٥٢) .

(٢) انظر الهداية (١/ ٢٦٣) . اللباب في شرح الكتاب (٣/ ٤٢) .

(٣) في (ب) : « فروع ثلاثة » .

(٤) ورجحه الغزالي في الوجيز (٢/ ٥٩) وفي المنهاج مع المغني (٣/ ٢٩٤) . وخالف في الروضة (٨/ ٧٦) فقال : « أصحهما : يقع ما نوى » . وكذا البيضاوي في الغاية (٢/ ٧٩٣) .

والثاني : [أنه] [(١)] يقع ؛ وكأنه يُصَيِّرُهَا واحدةً بالطلاق الثلاث .

والثالث : - وهو اختيار القفال - (٢ أنه إن بسط النيةَ على جميع اللفظ ٢) : لم يقع .

وإنْ نوى الثلاث بقوله : أنت طالق ، وذكر الواحدةَ بعده : وقع الثلاث ولم يُؤَثِّر ذِكْرُ الواحدة . وهذا بناء على المذهب الصحيح الذي ادعى الفارسيُّ [(٣)] الإجماعَ فيه ، وهو أنه إذا قال : أنت طالق - ولم يكن في عزمه أن يقول : إن شاء الله - ثم قال متصلًا به : أنه لا يؤثر . ومن الأصحاب مَنْ خالف وقال : إذا اتصل الاستثناء وقصَدَه لم يقع الطلاق . فعلى هذا لا يتجه قول القفال .

الثاني : إذا قال : أنت واحدة ، ونَوَى به تَوَحُّدَها بالطلاق الثلاث ، وقع الثلاثُ - وإن لم يخطُرْ بباله معنى التوحّد ، ولكن نوى الثلاث ، (٤ ففيه احتمال وتردُّد ٤) .

الثالث : إذا قال : أنت طالق ثلاثًا ، ولكن وقع قوله : « ثلاثًا » في حال موتها - بأن ماتت مقترنًا به - ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يقع الثلاث ، لأن الثلاث كالتفسير ، والمفسّر وُجِدَ في الحياة [(٥)] .

والثاني : أنه يقع واحدة بقوله : « أنت طالق » ويلغو العدد .

والثالث : أنه لا يقع شيءٌ ؛ لأنها ماتت قبل تمام الكلام .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « إن بسط النية على جميع أجزاء الطلقة » .

(٣) انظر ترجمته في القسم الدراسي .

(٤) في (أ) : « ففيه ترددٌ » .

(٥) ورجحه النووي كما في المنهاج مع المغني (٣ / ٢٩٥) والبغوي وهو اختيار المزني كما في الروضة (٨ / ٧٦) . والبيضاوي في الغاية (٢ / ٧٩٣) .

١٩٤/أ

الفصل الثاني /
في تكرير الطلاق

وفيه مسائل :

الأولى : (١ إذا قال لمدخول ١) : « أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق » فإنْ قصد التكرارَ نفذ الثلاثُ . وإن قصدَ التأكيدَ لم يقع إلاّ واحدةٌ . وإن نوى بالثانية الإيقاعَ ، وبالثالثة التأكيدَ للثانية ، وقع ثِنْتان . وإن نوى بالثالثةِ تأكيدَ الأولى لم يُقْبل ، ووقع الثلاثُ ؛ لأن تَخَلُّلَ الفصلِ يمنعُ قصْدَ التأكيد ، وإن أطلق فقولان :

أحدهما : أنه يُحْمل على التأكيد ؛ لأنه مُعْتاد في لسان العرب ، فلا تقع إلا واحدةٌ [٢] .

والثاني : أنه يقع الثلاث ، لأنه تَلَفَّظَ ثلاث مرات ، وإنما يُصْرف [٣] الطلاقُ بقصدٍ صحيح عن جهته ، ولم يَقْصد صرفه إلى التأكيد [٤] .

ولو قال : [أنت طالق طالق طالق ، فله أن يقصد التأكيد] [٥] . ولو قال : « أنت طالق وطالق » لم يمكن قصد التأكيد ؛ لِتَخَلُّلِ « الواو » الفاصلة ؛ إذِ المؤكِّدُ ينبغي أن يُسَاوي المؤكَّدَ .

ولو قال : « أنت طالق وطالق وطالق » وقصَد بالثالثة تأكيدَ الثانية : جاز ، ولو قصد تأكيدَ الأُولى ، لم يَجُزْ ؛ لِتخلُّلِ الفصْل .

ولو قال : « أنت طالق وطالق بل طالق » وقع الثلاثُ ، وامتنع قصْدُ التأكيد ؛ لِتغايُرِ الألفاظ ، وكذلك قوله : « أنت طالق وطالق فطالق » .

---

(١) يعني إذا قال لمدخولٍ بها ، ولكنه حذف الصلة : وفي (أ) ، (ب) : « إذا قال للمدخول بها » وهو أوضح .

(٢) وهو الأظهر عند البيضاوي أنه لا تقع إلا واحدة ، كما في الغاية (٢ / ٧٩٥) .

(٣) في (أ) : « ينصرف » .

(٤) وهذا هو الأظهر كما في الروضة (٨ / ٧٨) والمنهاج ص (١٠٧) . وانظر مغني المحتاج (٣ / ٢٩٥) .

(٥) زيادة من (أ) .

ولو قال : « أنت طالق طالق ، أنت طالق » فيجوز أن تجعل الثالثة تأكيدًا للثانية ، وإنْ تخلَّلَ قولُه : « أنت » ؛ لأنّ إعادة أدوات [1] الضمير تُحْتمل في التأكيد .

الثانية : إذا قال لها : أنت طالق طلقةً وطلقةً ، نَصَّ على وقوع ثِنْتين في المدخول بها . وجميعُ هذه المسائل في المدخول بها ؛ إذ لا يُتَصور تعاقبُ الطلاق قبل الدخول . ولو قال : لِفُلانٍ عليّ درهمٌ فدرهمٌ ، نصَّ على أنه يلزمه درهمٌ واحدٌ [2] . فقيل : قولان بالنقل والتخريج . وقيل : الفرقُ أن التكرار يتطرّق إلى الأخبار ، ولذلك لو كرر في المجلس لم يتكرر بخلاف الإنشاء . وكذلك لو قال : لِفُلانٍ عليّ درهمٌ بل درهمان ، لا يلزمه إلا درهمان .

ولو قال : أنت طالق طلقةً ، بل طلقتين ، وقع الثلاث ؛ لأنّ الاستدراك لا يتطرق إلى ما سبق إنشاؤه ، ويتطرق إلى الأخبار .

الثالثة : إذا قال : أنت طالق طلقةً مع طلقة ، أو معها طلقة ، أو تحت طلقة ، أو تحتها طلقة ، أو فوق طلقة ، أو فوقها طلقة ، فمقتضى الجميعِ الجمْعُ بين طلقتين ؛ فيقع في المدخول بها طلقتان ، وفي غير المدخول بها وجهان [3] .

أحدهما : أنه يقع ثنتان ؛ لأن الجمع ممكن ، كما لو قال : أنت طالق طلقتين .

والثاني : أنه تقع واحدة ؛ لأن قوله : « طلقة » كلامٌ تام ، والباقي [4] ليس تفسيرًا له ، بخلاف قوله : أنت طالق ثلاثًا ، فإنّ الثلاث ⁽٥ تفسيرٌ لطلاق ٥⁾ .

ولو قال لها : أنت طالق فطالق ، بانَتْ بالأولى ، ولَغَا قولُه : فطالق ، أعني قبل الدخول .

ولو قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق وطالق ، فهل تقع ثنتان عند الدخول ؟ فيه وجهان [6] ،

(١) في (ب) : « أداة » .

(٢) انظر الأم (٦ / ٢٢١) .

(٣) في الروضة (٨ / ٨١) أنه إذا قال : أنت طالق طلقة مع طلقة ، أو معها طلقة ، فإن كانت مدخولًا بها فطلقتان وكذا إن كانت غير مدخول بها على الأصح . أما إذا قال : فوقها طلقة أو تحتها طلقة ، فيقع في غير المدخول بها طلقة واحدة . وانظر المنهاج ص (١٠٨) . والغاية القصوى (٢ / ٧٩٥) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « والثاني » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تفسير لطالق » وهو أليق .

(٦) في ذلك تفصيل ، فالمدخول بها يقع في حقها اثنتان ، وفي غير المدخول بها ثلاثة أوجه ، أصحهما : تقع الثنتان =

وجهه : أن الدخول يجعل كالجامع للطلقتين المذكورتين .

الرابعة : إذا قال [لها] (١) : أنت طالق طلقةً قبلَ طلقةٍ ، أو قبلها طلقةٌ ، أو بعد طلقة ، أو بعدها طلقة : ينفذ طلقتان في المدخول بها ، ولكنْ الواقعُ أولًا مضمونُ قولِه : « طلقةً » أو مضمونُ قولِه : « قبلها طلقة » ؟ فيه وجهان ، يُنْظر في أحدهما إلى اللفظ ، واللفظُ الأول قولُه « طلقةً » وفي الثاني [ينظر] (٢) إلى المعنى . وقولُه : قبلها طلقة – وإنْ ذَكَره آخرًا – فقد قدّمه بالمعنى . والأصحُّ اتباعُ المعنى (٣) ؛ فيقع أولًا مضمونُ قوله : « قبلها طلقة » وكلاهما يقعان (٤) بعد فراغه من تمام لفظه .

فعلى هذا ، إذا خاطب بذلك غيرَ المدخول بها ، فإن قلنا : إن الواقع أولًا مضمونُ قوله : « طلقةً » ، وقعت واحدةٌ ، ولم تَعْقبها الثانيةُ . وإن قلنا : الواقعُ أولًا مضمونُ قوله : قبلها طلقة » ، لم يُتَصَوَّر ان تقع [تلك] (٥) وحدها ، ولا أن يقع بعدها طلقة ، فيؤدي إلى الدّور ، فقياسُ مذهب ابن الحداد أنه لا يقع شيء ، وقياسُ مذهب أبي زيد (٦) [أنه] (٧) يلغو قولُه : قبلها طلقة ؛ للبعد ، ويبقى مضمونُ قوله : أنت طالق طلقة ، فتنفذ واحدة

* * *

= أيضًا إذا دخلت . انظر الروضة (٨ / ٨٠) . الغاية القصوى (٢ / ٧٩٥) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) : « المعاني » .

(٤) في (أ) : « يقع » وهو صحيح أيضًا .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٧) زيادة من (أ) .

الفَصْلُ الثّالِثُ

في الطّلاقِ بالحِسَاب

وهو ثلاثة أقسام :

الأول : حساب الضرب . فإذا قال : أنت طالق واحدة في اثنتين ، أو اثنتين في اثنتين . وأراد الحساب بطريق الضَّرْب : حُمِل عليه . وإن أراد الجمعَ حُمل عليه ؛ لأنه قد يُرَاد بها [١] « مع » والاحتمالُ البعيد مقبولٌ في الإيقاع وإن لم يُقْبل في نَفْيِ الطلاق . وإن أراد الظرف قُبِلَ ولم يقع ما جعله ظرفًا . وإن أطلق فقولان :

أحدهما : أنه يحمل على الحساب ؛ لِظهور ذلك في اللسان .

والثاني : يحمل على الظرف ؛ لأنه / يحتملها ، والتنزيلُ على الأقل المستيقن أولى [٢] . ١٩٤/ب

وحُكِيَ قولٌ ثالث : أنه يقع الثلاث ؛ لِتَلَفُّظِه به . وهو بعيد .

ومهما كان جاهلًا لا يَفْهم معنى الحساب ، قطع المحققون بأنه (٣ لا يحمل سياقهُ على الحساب ٣) .

فرع : الجاهل بالحساب (٤ إذا قال : أردت بذلك ٤) ما يريد [٥] الحُسَّابُ ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يحتمل ؛ لإرادته .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « به » .

(٢) وهذا هو الأظهر ، أنه يحمل على الأقل المستيقن . انظر : الوجيز (٢/ ٦٠) . الروضة (٨/ ٨٥) . الغاية القصوى (٢/ ٧٩٦) . مغني المحتاج (٣/ ٢٩٨) .

(٣) في (ب) : « لا يحمل في حقه على الأظهر » .

(٤) في (ب) : « إذا أراد بذلك » .

(٥) في (ب) : « ما يريده الحسّاب » .

والثاني : لا ؛ لأن إرادة ما لا يُفْهم محالٌ (١) .

ويجري هذا الخلاف فيما لو قال : طلقت زوجتي مثلما طلق فلانٌ زوجتَه ، وهو لا يدري ذلك . ومهما احتمل في الإحرام أن يقول : أَهْللتُ بإهلالٍ كإهلال فلانٍ - وهو لا يدري - فلا يبعد أن يحتمل في الطلاق .

القسم الثاني : تَجْزِئَةُ الطلاق . وفيه مسائل :

إحداها : لو قال : أنت طالق نصفَ طلقةٍ ، أو ربعَ طلقة : نفذ ، وكمل ، لا بطريق السِّراية (٢) بل بأن يُجعل البعضُ عبارةً عن الكلِّ . ولو قال : أنت طالق ثلاثةَ أنصافِ طلقة ، وجهان :

أحدهما : أنه لا تقع إلا واحدةٌ ؛ لأن المضاف إليه واحدة .

والثاني : أنه تقع طلقتان ، فكأنه قال : طلقة ونصف (٣) .

وكذا الخلاف في قوله : خمسة أرباع ، أو أربعة أثلاث ، وما يزيد أجزاؤه على الواحدة .

الثانية : إذا قال : أنت طالق نِصْفَيْ طلقةٍ ، فالصحيح : أنه تقع واحدة . ولو قال : نصف طلقتين ، (٤ فالصحيح أنه تقع أيضًا واحدة ٤) ، لا كما لو كان في يده عبدانِ فقال : لِفُلانٍ نصفُ العبدين ، ثم فسَّر بأحدهما : لم يقبل ؛ إِذْ نصفُ الاثنين المتناسبين المطلقين واحدٌ . أما المعينُ فإنه لا يتجه فيه ذلك . وقد قيل : تقع طلقتان .

وإنْ فَسَّر بواحدة ، يُدَيَّن ، وهل يُقْبل ظاهرًا ؟ قالوا : فيه وجهان .

الثالثة : لو قال : أنت طالق ، سدسَ وربعَ وثلثَ طلقةٍ ، فهي طلقةٌ واحدة . ولو كرَّر الطلقة ،

---

(١) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٨ / ٨٤) . مغني المحتاج (٣ / ٢٩٨) . الغاية القصوى (٢ / ٧٩٦) .

(٢) في (ب) : « التسرية » .

(٣) وهذا هو الأصح ، أنه تقع طلقتان . انظر الروضة (٨ / ٨٦) . الغاية القصوى (٢ / ٧٩٦) . مغني المحتاج (٣ / ٢٩٩) .

(٤) في (أ) : « فالصحيح - أيضًا - أنه يقع واحدة » .

فقال : سدسَ طلقةٍ وربعَ طلقةٍ ، وثلثَ طلقةٍ ؟ فمنهم من أوقع الثلاث [١] ، ومنهم من رَدَّ جميعَ ذلك إلى طلقة واحدة ، وجَعَل تكْرَارَه للتأكيد [٢] .

القسم الثالث : في اشتراك نسوة في الطلاق :

وفيه مسائل :

الأولى : لو قال لأربع نسوة : أَوْقَعْتُ عليكن طلقة واحدة [٣] ، طُلِّقتْ كلُّ واحدةٍ طلقةً ؛ إذ يخصُّ كلَّ واحدةٍ ربعُ طلقةٍ . ولو قال : طلقتين ، أو ثلاثًا ، أو أربعًا . فلا تزيد كلُّ واحدةٍ على طلقة ، مالم يجاوز الأربع .

فإن قال : أَوْقَعْتُ عليكن خمسَ طلقات ، طلقت كل واحدة ثنتين ، ولا تزيد إلى [٤] ثمانية .

فإذا قال : تسع [طلقات] [٥] طُلّقت كلُّ واحدة ثلاثًا . أما إذا قال : أوقعتُ بينكنّ طلقةً [٦] ، فهو كقوله : أوقعت عليكنّ ، إن أطلق . وإنْ أظهر تفسيرًا يخالف ذلك ، فهل يُقبل ؟ فيه أربعة أوجه [٧] :

أحدهما : أنه يُقبل كلُّ ما يُبْديه من تخصيص وإضمار ؛ للاحتمال .

والثاني : أنه لا يقبل أصلًا ما يخالف الاشتراك ؛ لأنه يصير الكلام كالمستكره [٨] .

---

(١) والمذهب أنها تطلق ثلاثًا كما في الروضة (٨ / ٨٧) .

(٢) وهو ما رجحه الغزالي في الوجيز (٢ / ٦١) .

(٣) كلمة : « واحدة » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « على » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) كلمة : « طلقة » ساقطة من (أ) .

(٧) الأصح أنه يُدَين ولا يقبل ظاهرًا . انظر : الوجيز (٦١/٢) . روضة الطالبين (٨٩/٨) . الغاية القصوى (٢/ ٧٩٧) . مغني المحتاج (٢٩٩/٣) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « كالمستنكر » .

الثالث : يقبل بشرط أن لا تخرج واحدة منهنّ عن الطلاق ، حتى لو قال : أوقعت بينكن ثلاث طلقات ، ثم أراد تخصيصَ زينب بطلقتين ، ويُوَزِّع واحدةٍ على الباقيات : صَحَّ ولو أراد إخراجَ واحدةٍ لم يَجُزْ .

الرابع : أنه يُقبل التخصيصُ والإخراجُ ، بشرط أن لا يُعطل طلاقًا حتى لو قال : أوقعت بينكن أربع طلقات ثم خَصّص زينب – حتى تتعطل الرابعة – لم يَجُزْ . نعم ، يُقْبل في اختصاص ثلاث بها [١] ، وتبقى الرابعة ، فتتوزّع على البواقي ، وتطلق كل واحدة [طلقة] [٢] .

الثانية : إذا قال : أوقعت عليكن [٣] سدسَ طلقةٍ ،وربعَ طلقة وثلثَ طلقة ، فإن قلنا : إن هذا في الواحدة محمولٌ على ثلاث طلقات ، قال العراقيون : طلقت كلُّ واحدةٍ ثلاثا ؛ إذ يُوزع كلُّ جزءٍ على الجميع . ويحتمل أن يقال : إن ذلك كثلاث طلقات .

ولو أوقع بينهن ثلاثًا ، لم تطلق كل واحدة إلا طلقة واحدة .

الثالثة : إذا قال لثلاث نسوة : أوقعت بينكن طلقة ، ثم قال للرابعة [٤] : أشركتُكِ معهنَّ ، فإن لم يَنْوِ ، لم يقع شيء ؛ لأنه كنايةٌ . وإن نوى الطلاقَ ، ولكن لم يخطُرْ بباله كيفيةُ الاشتراك ، قال القفال : تقع عليها طلقتان ؛ لأن الشركة أن يكون لها نصفُ ما لهنّ ، ولهنَّ ثلاثٌ ، فنصفُه [٥] واحدةٌ ونصفٌ ، [٦] فتكمل طلقتين [٦] . وقال الشيخ أبو علي : تقع واحدةٌ ؛ لأن مطلق الاشتراك لا يُنبيء عن [٧] مساواة الشريكين .

* * *

---

(١) في (أ) : « منها » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) « بينكن » .

(٤) وهي زوجته أيضًا .

(٥) في (ب) : « فنصفها » .

(٦) في (ب) : « فَتَكْمُل طلقتان » وهو صحيح أيضًا .

(٧) في الأصل : « على » والمثبت من (أ) ، (ب) .

البَابُ الخَامِسُ

في الاستثناء

وله شروط ثلاثة :

أحدها : أن لا يَسْتغرق المستثنى عنه [1] .

والثاني : بأن يتصل بالمستثنى / عنه . فلو انفصل – ولو بزمان يسير – لم يصح . وقال ابن ١٩٥/أ عباس : يصح الاستثناء المنفصل ، وهو بعيد .

والثالث : أن يكون قَصْدُ الاستثناءِ مقرونًا بأول الكلام ، فإن قال : أنت طالق ، ثم بَدَا له – مُتَّصِلا بالفراغ – أن يقول : « إن شاء الله » ؟ قال أبو بكر الفارسي : هو باطلٌ بالإجماع . وخالفه بعض الأصحاب ، وعزا ذلك إلى الأستاذ أبي إسحاق وقال : شَرْطُه اتصالُ اللفظ ، [2] أما اقتران النية [2] فليس بشرط وكلامُ الفارسيّ أصحُّ . وشرحُ هذه المسائل في فصلين :

---

(١) مثل أن يقول لامرأته : أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا ، فالاستثناء باطل ، وتقع الثلاث ، كما سيقوله الإمام الغزالي (رحمه الله) بعد قليل .

(٢) في (أ) : « أما اتصال النية ...» .

الفَصْلُ الأولُ

في الاسْتِثْناء المُسْتَغْرِق

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا ، وقع الثلاث وبطل الاستثناء ؛ لاستغراقه وتناقُضِه . ولو قال : « أنت طالق ثلاثًا إلا ثنتين وواحدة » ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يُجْمع استثناؤه ويُجْعل مُسْتغرقا ، فيبطل [1] ووقع الثلاث [1] .

والثاني : أن الاستغراق وقع بقوله : واحدة ؛ فيلغى [2] هذا القدر ويعتبر الباقي [3] .

وكذا الخلاف في قوله : أنت طالق طلقتين ، وواحدة إلا واحدة . فإن جمع المستثنى عنه صحّ الاستثناء . وإن فرّق بطل . وكذلك لو قال : أنت طالق واحدة ، وواحدة ، وواحدة إلا واحدة . وكذلك لو قال : أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة ، وواحدة ، وواحدة . ولو قال : أنت طالق واحدة ، وواحدة ، وواحدة إلا واحدة ، وواحدة ، وواحدة : وقع الثلاث على الوجهين ؛ لأن من جمع ، جمع من الجانبين ، ومَنْ فرّق فكذلك ، وهو مستغرِق بكل حال .

الثانية : الاستثناءُ من الاستثناء صحيحٌ ، ومعناه نقيضُ المستثنى عنه ، فهو من النَّفْي إثباتٌ ، ومن الإثبات نَفْيٌ . فلو قال : أنت طالق ثلاثًا إلا اثنتين إلا واحدة ، معناه : إلا اثنتين لا تقع إلا واحدة من الاثنتين تقع ، فتقع اثنتان . ولو قال : أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثا إلا واحدة ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه تقع الثلاث ؛ لأن الأول مُسْتغرِق ؛ فلغا ، والأخيرُ استثناءٌ من لاغٍ .

والثاني : وهو الصحيح ، أنه يقع واحدة ؛ [4] لأن الكلام بآخره [4] ، وقد أخرجه عن

---

(١) في (أ) : « ويقع الثلاث » .

(٢) في (أ) : « فلغا » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح ؛ وعليه فتقع طلقة واحدة وهي الباقية من المستثنى . انظر : الروضة (٨ / ٩٢) . مغني المحتاج (٣ / ٣٠١) . الغاية (٢ / ٧٩٨) .

(٤) في (أ) : « لأن الكُلّ يتم بآخره » .

الاستغراق بالاستدراك [1] .

والثالث : أن الاستثناء الأول يلغو ، ويصير الأخير استثناء عن الأول . وهذا تحكُّمٌ فاسدٌ .

الثالثة : قال ابن الحداد : إذا قال : أنت طالق خمسًا إلا ثلاثًا ، وقعت ثنتان ، وكأنه زاد له وسع الاستثناء . ومنهم من قال : الخمس كالثلاث ، والاستثناء مستغرِقٌ فيبطل ، ولا نظر إلى الزيادة .

ولو قال : أنت طالق أربعًا إلا اثنتين ، فعلى مذهب ابن الحداد تقع اثنتان ، وعلى الوجه الآخر : تقع واحدة وكأنه قال : ثلاثًا إلا اثنتين .

الرابعة : إذا قال : أنت طالق ثلاثًا إلا نصف طلقة ، وقع الثلاث ؛ لأنه أبقى النصف ، فيكمل . وفيه وجه أن استثناء النصف ، كاستثناء الكلّ ، كما أنّ إيقاع النصف كإيقاع الكُلّ .

* * *

---

(١) صحح هذا الوجه هنا ، وفي الروضة (٨ / ٩٣) أنه الأصح أيضًا ، وكذلك في الغاية القصوى (٢ / ٧٩٨) . ورجح في الوجيز (٢ / ٦٢) أنه تقع ثنتان .

الفَصْلُ الثَّاني
في التَّعْليقِ بالمشِيئَة

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : أنتِ طالق إن شاء الله . (1 أو أنتَ حرٌّ إن شاء الله 1) : لم يقع الطلاقُ والعتق ؛ لأن مشيئة الله غيبٌ لا يُدْرى ، فصار الوصف المعلَّق به مجهولًا ، وقال مالك (رحمه الله) : لا يقع الطلاق ويقع العتق (2) .

ونصَّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) أنه لو قال : أنتِ عليَّ كظهر أُمّي إن شاء الله ، أنه يكون مظاهرًا (3) . فمن الأصحاب من طرد هذا في الطلاق وسائرِ العقود ، ومنهم من فَرَّق بأن الظهارَ إخبارٌ ، وتعليقُ الإخبار بالمشيئة لا يصح ، وكذلك لو قال : لفلانٍ عليَّ عشرةٌ إن شاء الله ، تلزمه العشرة ، والإنشاءُ يحتمل التعليق . ومنهم مَنْ سوّى بين العقود والإقرار ، وجوَّزَ الاستثناءَ بالمشيئة في الجميع ، وعليه التفريعُ .

الثانية : إذا قال : يا طالقُ إن شاء الله ، الظاهر أنه يقع ؛ لأن الاستثناء عن الاسم لا ينتظم ، إنما ينتظم الإنشاء ، وفيه نظر ؛ لأن هذا الاسم معناه الإنشاء ، فلذلك قال بعضهم : إنه لا يقع شيء .

---

(1) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(2) **مذهب الشافعية** : أنه إذا قال لزوجته : أنت طالق إن شاء الله لا يقع طلاقه . وهو مذهب الحنفية أيضًا . انظر : الأم (5/187) . مختصر المزني ص (194) . الوجيز (2/62) . مغني المحتاج (3/302) . الهداية (1/276) . الاختيار (3/142) . تبيين الحقائق (2/241) . اللباب شرح الكتاب (3/53) .

ومذهب المالكية : أن الطلاق يقع وإن استثنى ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الكافي ص (268) . بداية المجتهد (2/92) . القوانين الفقهية ص (236) . زاد المستقنع ص (109) . دليل الطالب ص (224) . الروض المربع ص (430) . منار السبيل (2/251) .

(3) هذا ما أثبته الإمام الغزالي عن نصّ الشافعي (رحمه الله) . والذي وجدته في « الأم » عكس ذلك ، إذ قال : « إذا قال لامرأة له : أنت عليّ كظهر أمي إن شاء الله ، فليس بظهار » . وقد يكون للشافعي قول آخر أنه ظهار ، والغيبُ عند الله تعالى . انظر الأم (5/276) ، (5/280) .

أما إذا قال : يا طالق ، أنت طالق ثلاثًا إن شاء الله ، انصرف الاستثناء إلى الثلاث ، ووقعت واحدة بقوله : يا طالق .

الثالثة : لو قال : أنت طالق ثلاثًا ، يا طالق إن شاء الله . قال الأصحاب : لا يقع شيء ؛ لأن قوله : يا طالق ، لا يعمل الاستثناءُ فيه ؛ تفريعًا على الظاهر ، ويرجع الاستثناء إلى الثلاث ، وتخلُّل قولِه : « يا طالق » لا يدفع الاستثناء ؛ لأنه من جنس الكلام ، وهو كقوله : أنت طالق ثلاثًا يا حفصة / إن شاء الله . ١٩٥/ب

الرابعة : إذا قال : أنت طالق إن لم يشأ الله ، أو إلا أن يشاء الله ، فموجبُ اللفظين واحدٌ ، ومعناه التعليق بعدم المشيئة . وكما لا تُعْرف المشيئةُ ، لا يعرف عَدَمُها ، فقياسُ ذلك أنْ لا يقع الطلاق [1] ، ونصّ عليه الشافعي (رضي الله عنه) ، بل هاهنا أولى ؛ لأنه علّق على محال ؛ إذ يستحيل أن يقع الطلاق بخلاف مشيئة الله ، فهو كما لو قال : أنت طالق إن صعدتِ السماء ، وقال صاحب « التلخيص » : يحتمل أن يقال : يقع ، بخلاف التعليق بالصّعود ؛ لأن الصعود ([2]ممكن في نفسه [2]) والطلاق بخلاف المشيئة محالٌ ، فكأنه قال : أنت طالق طلاقًا لايقع ، وحَكَى عن القاضي أنه اختار وقوع الطلاق هاهنا وهو بعيد ؛ لأنه إن قال :أنت طالق طلاقًا إن اجتمع السواد والبياض : لم يقع ؛ لأنه تعليق بمحال ، فكذلك قوله : إن خالف طلاقُكِ مشيئةَ الله ، فإنه أيضًا محال ، ونعم ، يحتمل [له] [3] مأخذ آخر ، وهو أنه لو قال : إنت طالق إن لم يدخل زيدٌ الدارَ ، فدخل ، لم يقع ، فإن مات زيد قبل الدخول ، تبينَّ وقوعُه وقت الطلاق [4] . فإن مات وأشكل الدخول ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يقع ؛ لأن الأصل عدم الوقوع .

والثاني : أنه يقع لأنه نَجَّزَ الطلاق ، واستثناه [5] ، ولم يثبت الاستثناء . وهذا الوجه أظهر في

---

(١) وهو الصحيح باتفاق جمهور الشافعية في قوله : أنت طالق إن لم يشأ الله ، وهو الأصح في قوله : أنت طالق إلا أن يشاء الله . انظر الروضة (٨ / ٩٨) .

(٢) في (أ) : « في نفسه ممكن » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (ب) : « التعليق » .

(٥) في (أ) : « واستثنى » .

قوله : أنت طالق إلا أن يدخل زيدٌ الدار ، فإن هذه صيغة الاستثناء . والصحيح أنه لا فرق بين الصيغتين ، فعلى هذا لا يبعد أن يُقال : مشيئةُ الله مستثنيةٌ [1] فيقع الطلاق لذلك . [2] فهذا وجهه المتكلف [2] . والصحيح أنه لا يقع ؛ إذ لو وقع ، لكان الله قد شاء وقوعَه ، وهو إنما علق الطلاق بعدم المشيئة إلا أنه إذا لم يقع ، تبين أن الله لم يشأ ، فقد تحقق الوصف الذي علق عليه ، فينبغي أن يقع ، ثم بالوقوع ينتفي الوصف ، فالشرط والجزاء هاهنا متضادان لا يجتمعان ، [3] ومنشأ بُدُوّ النظر [3] أن التعليق على هذا الوجه ، هل يصح ؟ وليس كما [إذا] [4] علق باجتماع السواد والبياض ؛ لأن التضاد بين السواد والبياض لا بين الاجتماع والطلاق ، فلا تضاد بين الجزاء والشرط . ويُسْتمد هذا من مسألة « الدَّوْر » فإن قوله لغير المدخول بها : إن طلقتك فأنت طالق قبله ، فيه تضادٌ بين الشرط والجزاء ، فألغاه أبو زيد [5] لذلك ، واعتبره ابن الحداد ، وهذه المسألة تلتفت إليه .

فإن قيل : إذا قال : أنت طالق إن شاء الله ، ما معنى التردد في مشيئته ، ومشيئتُه قديمةٌ ، لا يتردد فيها ، فإن أريد تعلقها ، فلا يخلو إما أن يراد تعلقها بلفظ الطلاق ، أو بحكمة ، فإن أُريد باللفظ ، فقد شاء اللفظَ ؛ لأنه قد جرى [6] . وإن أريد الحكم ، فالحكم قديمٌ ، والإرادةُ لا تتعلق بالقديم ؛ لأن الحكم كلام [الله تعالى] [7] ؟ .

فنقول : معناه مشيئةُ حكم الطلاق ، والمشيئة قديمة ، ولكن المراد أن يحدث لها – عند الحدوث – تعلقٌ بالإرادة القديمة ، وإن كان لها قبل الحدوث نوعُ تعلقٍ على وجه آخر ، وذلك التعلق المتجدد مشكوكٌ فيه . وأما قوله : الحكم قديم فلا يراد ، فهو كذلك ، ولكنْ مصيرُ المرأةِ محرمةً ، وصفٌ حادث يَسْتدعي تعلقا جديدًا للكلام القديم به ، فللخطاب القديم تعلقاتٌ متجددة كما للإرادة ، والأحكامُ تُبْنى على التعليقات المتجددة ، لا على الأصل القديم .

* * *

(1) في (أ) : « مستبهمة » .
(2) في (ب) : « فهذا وجه متكلَّف » .
(3) في (أ) : « ومنشأ النظر » .
(4) زيادة من (أ) ، (ب) .
(5) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .
(6) قوله : « لأنه قد جرى » ساقط من (أ) .
(7) زيادة من (أ) ، (ب) .

الباب السادس

في الشّكّ في الطلاق وفي محلّه

أما الشكُّ في الطلاق فصورتُه أن يتردد في أنه [هل] (١) طلَّقَ أم لا ؟ فالأصلُ أنْ لا طلاقَ ، فنأخذ بالاستصحاب ، كما إذا تيقَّن الطهارة وشَكَّ في الحدث ؛ لأنه لا مجال للاجتهاد في الطلاق والحَدَث ، والاستصحابُ (٢) يكفي ، وليس ذلك كطلاقٍ يختلف فيه الفقهاءُ ، فإنه لا يجعل مشكوكًا ، بل يجب الاعتماد على ما يقتضيه الاجتهاد ، وكذلك إذا طار طائرٌ فقال : إن كان هذا غرابًا ، فامرأتي طالق ، وشكَّ : لم يقع الطلاق ، إلا إذا تبيَّنَ أنه غراب ، فلو قال آخر : وإن لم يكن غرابًا ، فامرأتي طالق ، لم يقع طلاقُه أيضًا ؛ لأنه لو تفرّد (٣) به ، لم يقع ، فتقدُّمُ غيرِهِ (٤ لا يُفَسِّر حكمه ٤) .

أما إذا كان له زوجتان ، فقال : « إن كان [هذا] (٥) غرابًا ، فعمرةُ طالقٌ ، وإن لم يكن ، فزينبُ طالق : حرمت واحدة ، وعليه أن يجتنبهما ؛ لأنه اتحد الشخصُ ، فيحصل اليقينُ في حقِّه .

فرع : لو جرى ذلك في عبدين من رجلين ، فلكلٍّ واحدٍ أن يتصرّف في عبده . فلو اشترى / أحدُهما العبدَ الآخرَ حتى اجتمعا في ملكه ، حُجِرَ عليه فيهما إلى أن يتبيَّنَ . وفيه وجه : أنه يختص الحجْرُ بالمشتري ؛ لأن الأول كان يتصرف فيه فلا ينقلب حكمه بشراء الآخر ، والصحيح هو الأول . ١٩٦/أ

ولو باع الأول ، ثم اشترى الثاني ، فيحتمل أن يقال له : التصرفُ في الثاني ؛ لأن تيك واقعةٌ قد انقضتْ ، فهو كما لو صلّى (٦ صلاة إلى جهة ٦) ، ثم تغيَّرَ اجتهاده إلى جهة أخرى ، صلّى لجهة (٧) أخرى ولم يَقْضِ الأولى ، ويُحْتمل خلافَهُ ؛ لأن الاستصحاب ضعيف بالإضافة إلى

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « فالاستصحاب » .

(٣) في (أ) : « انفرد » .

(٤) في (أ) : « لا يُغَيِّر حكمَه » ، وهو أليق .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (ب) : « صلاة بجهة » .

(٧) في (ب) : « بجهة » .

الاجتهاد .

وأما إذا شكّ في مَحلّ الطلاق - كما إذا طلقّ واحدةً منهما ، ثم نَسِيَ - فعليه التوقفُ إلى التذكر .

ولو قال لزوجتِه وأجنبيةٍ : إحداكما طالقٌ ، ثم قال : أردت الأجنبيةَ ، فهل يُقبل ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنها ليست محلًّا لطلاقه .

والثاني : نعم وهو الأظهر ؛ لأن اللفظ مُبْهَمٌ ، فعلى هذا يراجع حتى يُعَيِّنَ .

ولو قال لزوجتين : إحداكما طالق ، طُولبَ بالتعيين ، فإن كان قد نوى واحدةً معينةً ، طُولِبَ بالكشف . والصحيحُ : أن عدتها من وقت الإبهام [1] . وإن لم يَنْوِ ، طُولب بتعيينِ واحدةٍ للوقوع . فإذا عيّن ، فيقع الطلاق بالتعيين ، أو يُتَبَيَّنُ وقوعُه بالإبهام ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه يقع بالإبهام ، والتعيينُ كالبيانِ له والتنصيصِ على محله ، فتحسب العدة من ذلك الوقت على الصحيح ، كما إذا نوى .

الثاني : أنه يقع بالتعيين ؛ لأنه لو وقع قبله ، لوقع على غير محلّ ، فإنه يَبِّنَ المحلَّ الآن ، ولكن لما أوقع [2] من غيرِ بيان مَحلّ ، ألزمناه ببيان المحل .

ثم في التعيين نظرٌ في حالة الحياة ، وبعد الموت .

النظر الأول في الحياة . وفيه مسائل :

الأولى : أنه يلزمه التعيين ويُطَالب به ، ويجب على الفور ، كما لو أسلم على عشر نسوة ، ويعصى بالتأخير . ولو أبهم طلقة رجعية ، ففي وجوب التعيين في الحال وجهان ؛ لأن التحريم قد حصل ، ولكن النكاح لم ينقطع .

---

(١) يعني من حين قال : إحداكما طالق .

(٢) في (أ) : « وقع » .

الثانية : أنه يلزمه نقتهما قبل التعيين وإن طالت المدة ، وكذلك إن نوى واحدة ولكن لم يُبَيِّنْ ، وكذلك في مسألة الغراب إلى أن يتبينّ ؛ لأن حَجْرَ النكاح مطرد ، فلابد من النفقة .

الثالثة : إذا وطئ إحداهما . فإن قلنا : إن الطلاق يقع بالتعيين ، لم يكن ذلك تعيينًا . وإن قلنا : إنه كالبيان ، فلا يبعد أن يُجْعل ذلك بيانًا للمنكوحة ، وكذلك الخلاف إذا وطئ إحدى أَمَتَيْه ، وقد أبهم العتقَ بينهما . وحيث جعلنا الوطءَ تعيينًا ، فلا مهر لها . وإن لم نجعله تعيينًا ، فعينٌ الأخرى للنكاح ، ففي وجوب المهر وجهان يَبْتنيان على وقت وقوع الطلاق .

الرابعة : إذا ماتتا - أو إحداهما - لم تسقط المطالبة بالتعيين ؛ لأجل الميراث ، وهذا يؤيد قولَنا : إن الطلاق يقع بالإبهام . وعلى الوجه الآخر اختلفوا ، منهم من قال : هاهنا - للضرورة - يُحمل التعيين على البيان ، لا على الإيقاع . ومنهم من قال : نتبينّ وقوعَ الطلاق على المعينة قبيل [1] موتها ؛ وهذا كما نقول في المبيع إذا تلف ، فإنا نتبينٌ الانفساخ قبيل التلفِ ؛ للضرورة .

الخامسة : في صيغ التعيين . وفيه صورتان :

إحداهما : أن يقول : نَوَيْتُهما جميعًا ، فلا يقع عليهما ؛ لأن اللفظ لا يحتمله ، ولكنه إقرار لهما بالطلاق ، فلكلٍّ واحدةٍ مؤاخذتُه بذلك . ولو قال : أردت هذه ثم هذه ، قال القاضي : تطلق الأولى دون الثانية ؛ لأن لفظه لا يحتمل الجمع ، وقال الإمام : الوجه أن يكون إقرارًا للثانية أيضًا ، ويُلْغى قولُه : « ثم » كما إذا قال : هذه الدارُ لزيدٍ ثم لعمرو ، فإنّ لعمرو مؤاخذتَه .

ولو قال : أردت هذه بعد هذه ، فعند القاضي : يقع على الثانية ؛ لأنها مقدَّمة في المعنى ، وإن تأخرت في الذِّكْر ، وعلى مذهب الإمام : يُؤاخذ بهما .

الصورة الثانية : أن يُبْهِم طلاقًا بين ثلاث نسوة ، ثم يُجْلِس اثنتين في جانب ، [2] والثالثة في جانب [2] ، ثم قال : أردت هذه - ووقف قليلًا - ثم قال : أو هذه ، فنقول : لم يرفع الإبهام . فلو عين الثالثة : تعينت الأخيرتان للنكاح [3] . ولو عين إحداهما شاركتها صاحبتها ؛ لأنه جمعها

---

(١) في (أ) : « قبل » .

(٢) ساقطة من (أ) .

(٣) في (أ) : « تعين الأخريان للنكاح » .

إليه في الإقرار بقوله : (١ هذه أو هذه ١) ، وإنما تعينّ للشركة صاحبتها لوقفته في الصيغة . فلو قال – على السَّرْد – : هذه أو هذه وهذه ، احتمل أن تكون الثالثةُ شريكةَ الأولى وشريكة الثانية ، فَيُرْجَع إليه ويُقْبل – في ذلك – قولُه (٢) .

هذا كله إذا كان قد نوى ، أما إذا أبهم الطلاق من غير نية ، فطالبناه فقال : عينتُ هذه أو هذه ، فيلغو قوله . فلو قال : عينت هذه وهذه ، تعينت الأولى ولغا قوله في الثانية ؛ لأنه ليس إقرارًا حتى يؤاخذ به ، بل هو إنشاء ، ولا يستقل بنفسه إنشاء إذا لم يسبق لفظ صالح للجميع

المسألة السادسة : في النزاع . ولها ثلاث صور :

إحداها : لو كان قد نوى ، فادّعتْ واحدةٌ أنه أرادها ، وأنكر ، فالقول قولُه ، فإن نكل حُلفت ، وتعينت للطلاق بيمينها ، وتعينت الأخرى بإقرار الزوج لها حيث أنكر الثانية (٣) .

الصورة الثانية : أن يكون قد طلّق واحدة معينة منهما ، لكنه نسي ، فقالت واحدة : طلقْتَنى (٤) ، فلا يُقْبل قول الزوج : نسيتُ ، بل عليه أن يحلف على البتّ أنه ما طلّقها ، فإن نكل حلفت على البتِّ ، وحُكِم لها ، ولو قبلنا يمينَ الرجل على نفي العلم ، والنسيان ، لَلَزِمَ في الاستقراض وسائر الدعاوى .

الصورة الثالثة : في مسألة الغراب . إذا قالت واحدة : إنه كان غرابا ، فأنا طالقٌ ، فأنكر الزوج ، فعليه أن يحلف على البتّ أنه لم يكن غرابًا ، أو ينكل حتى تحلف على البَتّ [أنه كان غرابا] (٥) .

---

(١) في (أ) : « وهذه وهذه »

(٢) في (ب) : « ويقبل قوله » بدون « في ذلك » .

(٣) كلمة « الثانية » ساقطة من (ب) .

(٤) في (أ) : « طَلَّقَني » والمثبت من (ب) .

(٥) ساقطة (ب) .

ولو علق دخولها أو دخول غيرها ، فتنازعا ، اكتفى منه بيمينٍ على نفي العلم بالدخول ، هكذا قاله إمامي [1] ، وليس يتبين لي فرقٌ بينهما أصلًا ، بل ينبغي أن يقال : عليه يمينٌ جازمة ، أو نكولٌ في المسألتين جميعًا .

* * *

(١) وهو إمام الحرمين أبو المعالي الجويني (رحمه الله تعالى) .

النظر الثاني :فيما بعد الموت

(١ وفيه ثلاث مسائل ١) :

إحداها : إذا ماتتا جميعًا ، فعليه التعيينُ ، فإن كان قد نوى بقلبه فبيّن ، فللوارثِ تحليفُه ؛ لأجل الميراث . وإن لم يكن قد نوى ، فعينَّ ، لم يكن لهم التحليف ؛ لأنه إنشاء مَنُوطٌ باختياره . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ينحسم التعيين بالموت ، وللزوج نصفُ حقِّه (٢) من ميراث كل واحدة .

الثانية : أن يموت الزوج أيضًا ، فهل للوارثِ التعيينُ ؟ نظر : فإن كانتا في الحياة ، فيوقف ميراثُ كل واحدة بينهما حتى يصطلحا ، وليس لوارث الزوجِ التعيينُ (٣) .

وإن ماتت إحداهما ، ثم مات الزوج ، ثم ماتت الأخرى ، فإن عين الوارثُ الأولى للطلاق ، فهو مُقِرٌّ على نفسه ؛ إذ حرم مورثه عن الميراث ، فيُقْبل . وإن عينّ الأخيرة – ليحرمها عن ميراث مورثه ، وليجوز ميراثَ الأولى – فهذا محلُّ غرضه ، ففي تعيينه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يقبل ؛ لأنه خليفة المورث في خيار الشفعةِ وغيره ، فكذلك في هذه .

والثاني : أنه لا أثر له ؛ لأن حقوق النكاح لا تورث .

والثالث : أنه إن قال : إن الزوج قد نوى هذه ، فله ذلك ، فلعلّه سمعه أو فهمه (٤) بقرينة . وإن قال : لم يَنْوِ ، ولكنه أراد إنشاء التعيين ، لم يجز ؛ لأن هذا إلى الزوج ، (٥ وكذا الخلاف في تعيين الوارث إذا أبهم العتق بين عبدين ومات ؛ لأن للوارث غرضا فيه ٥) . والعراقيون أرسلوا ذِكْرَ قولين في أن الوارث ، هل يُعَيِّنُ حيث يُعَين الزوجُ لو كان حيًّا ؟ ولم يفرقوا بين أن يكون له غرضٌ ، أو لا غرضَ له . وهذا التفصيلُ ذكَره القفالُ ، وهو أحسنُ .

---

(١) في (ب) : « وفيه مسائل » .

(٢) في (أ) : « حصته » .

(٣) في (أ) : « تعيين » والمثبت من (ب) .

(٤) في (ب) : « فهم » .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

الثالثة : إذا قال : « إن كان هذا غرابًا ، فزوجتي طالق . وإن لم يكن غرابا [1] ، فعبدي حُرّ » فَيُحْجَر عليه فيهما جميعًا ؛ لأن المالك [2] متَّحد ، وإن كان الجنس مختلفًا . فإن مات قبل التعيين ، فهل للوارثِ التعيينُ ؟ فيه طريقان :

أحدهما : طرد القولين .

والثاني : القطع بأنه لا يعينٌ [3] ؛ لأن للقرعة مدخلًا في العتق ، فهو أولى من التعيين وإن لم يكن لها مدخل في الطلاق .

وإذا وقع الإبهام في محض الإرقاق ، فلا خلاف في أن المحكم للقرعة [4] . فعلى هذا ، لو أقرعنا ، فخرج على الرقيق : عَتَقَ ، وتعيَّنَت المرأةُ للنكاح ، وورثت [5] . وإن خرج على المرأة ، لم تطلق ؛ لأن القرعة لا تؤثر في الطلاق . ولكنْ هل يتعينّ الرقيقُ للرقّ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن القرعة إن قَصرت عن حكم الطلاق ، فتستعمل في الرقّ والعتق .

والثاني : لا [6] ؛ لأن تعيينه للرقّ فرعُ تعيينِ المرأةِ للطلاق بالقرعة ، فإذا لم تعمل القرعة في محلّها ، كيف تعمل فيما يثبت ضمنًا له ؟ فعلى هذا يبقى الإبهام ؛ إذ كُنّا نتوقع بالقرعة بيانًا فلم يحصل .

* * *

---

(١) كلمة « غرابًا » ليست في (ب) . (٢) في (أ) : « الملك » .

(٣) والمذهب أن الوارث لا يقوم مقامه في التعيين . انظر الروضة (٨ / ١١٢) .

(٤) في (أ) : « القرعة » . (٥) في (أ) : « ورثته » .

(٦) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٨ / ١١٣) .

الشطْرُ الثّاني من الكِتَاب
في التعليقات

والنظر فيه في فصول مُطولة ، وفي فروع متعددة موجزة ، فلنقدم الفصول ، وهي ستةٌ :

الفَصْلُ الأول
في التعليق بالأوقات

وهي أربعة :

النوع الأول : في التعليق بمجيء وقتٍ مُنتظَر . وصيغة التعليق « إنْ » وفي معناه « إذا » ، فلا فرقَ بين أن يقول : إن طلعت الشمسُ ، أو إذا طلعت الشمس ، أو إن دخلتِ الدار ، أو إذا دخلت / الدار ، ١٩٧/أ فالكلُّ تعليق . وقال مالك (رحمه الله) : إذا علّق بما يُسْتيقن وقوعُه - كطلوع الشمس - وقع في الحال [1] . وهو ضعيف .

فنقول : لو قال : أنت طالق في أول شهر رمضان : طلقت ، كما أهلَّ الهلال مقرونًا بأول جزء منه . ولا نقول : إنّ « في » للظرف فيقضي وقتا محتوشًا بوقتين [2] من شهر رمضان [2] ، بل لا يشعر إلا بالانطباق عليه . ولو قال : أنت طالق [3] في شهر رمضان ، فكمثلٍ . ولو قال : أنت طالق في يوم السبت ، طلقت مع طلوع الفجر . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يقع في آخر النهار وآخر الشهر [4] ؛ التفاتًا إلى أن الوجوب المعلّق ....

---

(١) **مذهب الشافعية :** أنه إذا علق الطلاق بوقت مُستيقنٌ مجيئه ، أو بصفة يتيقن وجودها ، لم يقع الطلاق في الحال ، ويقع إذا جاء أول الوقت أو وقعت الصفة . وهو مذهب الحنفية والحنابلة أيضًا . انظر : الروضة (٨/١١٦) . المبسوط (٦/١١٤، ١١٦) . المقنع ص (٢٣٦) . دليل الطالب ص (٢٢٣) .

ومذهب المالكية : أنه يقع في الحال ولا ينتظر مجيء الوقت . انظر : الكافي ص (٢٢٦) . القوانين الفقهية لابن جزي ص (٢٣٦) . الشرح الصغير (٢ / ٥٧٦) وما بعدها .

(٢) في (أ) ، (ب) : « من رمضان » .

(٣) كلمة « طالق » ساقطة من (ب) .

(٤) في نسبة هذا إلى الإمام أبي حنيفة (رحمه الله) نظرٌ ، فقد صرحت كتب الحنفية بما يوافق مذهب الشافعية في هذه المسألة ، ففي الهداية مع فتح القدير (٤ / ٢٦) ما نصه : « ولو قال : أنت طالق غدا ، وقع عليها الطلاق بطلوع =

........(١ بوقت الموسع ١) يستقر في آخره (٢) .

ولو قال : أنت طالق في آخر شهر رمضان ، طلقت في آخر جزء منه . وفيه وجه آخر : أنها تطلق في أول جزء من ليلة السادس عشر ؛ لأن النصف الأخير كلّه آخر الشهر . ولو قال : أنت طالق في أول آخر الشهر ، طلقت في أول (٣ يوم الأخير على وجه ٣) ، وفي أول (٤ نصف الأخير ٤) على وجه . ولو قال : في آخر أول هذا الشهر ، ففيه ثلاثة (٥) أوجه :

أحدها : أنه آخر النصف الأول .

والثاني : أنه آخر الليلة الأولى .

والثالث : أنه آخر يوم (٦) الأول .

ولو قال : في سلخ الشهر فثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه آخر جزء من الشهر ؛ إذ به الانسلاخ (٧) .

والثاني : أنه أول اليوم الأخير .

والثالث : أنه أول جزء من الشهر ؛ لأنه منه يأخذ في الانسلاخ ، وهذا ركيك .

=الفجر ؛ لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد ، وذلك بوقوعه في أول جزء منه . ولو نوى به آخر النهار ، صُدِّق ديانةً لا قضاءً؛ لأنه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله ، لكنه مخالف للظاهر » ا . هـ . وانظر اللباب شرح الكتاب (٣ / ٥٠) .

(١) في (أ) : « بوقت موسّع » . وفي (ب) : « بالوقت الموسّع » .

(٢) في (ب) : « بآخره » .

(٣) في (ب) : « اليوم الأخير على وجه » . وهذا الوجه قولُ جمهور الشافعية كما في الروضة (٨ / ١١٧) .

(٤) في (ب) : « النصف الأخير » .

(٥) في (أ) : « فثلاثة » .

(٦) في (ب) : « اليوم » . وجمهور الشافعية على هذا الوجه أن الطلاق يقع عند غروب الشمس في اليوم الأول . انظر الروضة (٨ / ١١٧) .

(٧) وهذا الوجه رجحه الغزالي في الوجيز (٢ / ٦٤) . والبيضاوي في الغاية (٢ / ٨٠٤) . وانظر الروضة (٨ / ١١٨) .

ولو قال : عند انسلاخ الشهر ، لم يتَّجه إلّا في آخر جزء من الشهر .

النوع الثاني : التعليق بِمُضِيِّ الأوقات . فلو قال : إذا مَضَى يومٌ ، فأنت طالق - وهو بالليل - فيقع مع الغروب من الغد . وإن كان بالنهار [١] ، فإلى أن يعود النهار إلى مثل وقته . ولو قال : إذا مضت السنة ، فتطلق مع استهلال المحرّم ، وإن لم يكن قد بقي إلا يوم . ولو قال : إذا مضت سنةٌ ، فلابُدَّ من اثني عَشْرَ شهرًا من وقت اليمين ، ويكفي الأشهر العربية ، لكن الشهر الذي هو فيه إذا كان في وسطه ، يُكَمَّل ثلاثين من آخر السنة . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : إذا انكسر شهرٌ ، انكسر جميع الشهور ؛ لأنه لابُدَّ من التوالي .

النوع الثالث : التعليق بالزمان الماضي . فإذا قال : أنت طالق بالأمس ، وقال [٢] : قصدتُ الآن إيقاعَ الطلاق بالأمس . قلنا : هذا محالٌ ؛ لأن حكم اللفظِ [٣] لا يتقدَّم على اللفظ ، وهل يقع في الحال ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن حُكْمَ لفظِه لو تحقَّق شملَ الوقتَ الحاضرَ ، فينفذ في القدر الممكن [٤] .

والثاني : - وهو الأقيس - أن هذا لَغْوٌ من الكلام ، فلا يقع به شيءٌ .

ولو قال : أوقعت الآن طلقةً ينتشر حُكْمُها إلى الأمس ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يقع ويُلْغى قولُه : ينتشر إلى الأمس ؛ لأنه محال .

والثاني : - وهو اختيار الرّبيع - أنه لا يقع ؛ لأنه أوقع ما يتصف بهذه الصفة ، وما وصفه به فهو محال ، فلا يقع شيء .

وترجع حقيقة الخلاف إلى أنه إذا وُصف الطلاق بوصفٍ جُعِلَ محالًا ، يلغى أصل الطلاق ، أو الوصف ؟ واستدل الربيعُ بقوله : أنت طالق إن أَحْيَيْتِ ميتًا ، أو صعدتِ السماء ، فإنه لا يقع ، فاختلف الأصحاب فيه على ثلاثة أوجه :

---

(١) في (أ) : « وإن كان في أول النهار » .

(٢) في (أ) : « وقد قال » .

(٣) في (أ) : « الطلاق » .

(٤) وهذا الوجه هو الصحيح . انظر الروضة (٨ / ١٢٠) ومغني المحتاج (٣ / ٣١٤) .

منهم من وافقه .

ومنهم من قال : يقع أيضًا في مسألة الصعود والإحياء ، وهو كقوله : أنت طالق طلاقا لا يقع [عليك] (١) .

ومنهم من فرق بين (٢ الإحياء والصعود ٢) ، وقال : الإحياءُ مُحَالٌ من المخلوق ، فهو كقوله : طلاقا لا يقع [عليك] (٣) ، وأما الصعود فممكنٌ في نفسه .

والصحيح أن هذه التعليقات صحيحة ، والمقصودُ الإبعادُ ، كقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يَلِجَ ٱلْجَمَلُ فِى سَمِّ ٱلْخِيَاطِ ﴾ (٤) . (٥ وأما قولُه : طلاقا لا يقع ، فهو مُتناقض في ذاته . وقوله : طلاقا ينعكس حكمُه على ما مضى ، ليس بمتناقض ٥) ، لكنه مخالفٌ حكمَ الشرع ، فينقدح فيه التردد ، ولا بأس بما ذكره الربيعُ فيه .

ولو قال : « إذا مات فلانٌ ، فأنت طالق قبله بشهر » : صَحَّ ، فإن مات قبل مضي الشهر لم يقع الطلاق ؛ لأنه يؤدي إلى التقديم (٦) على اللفظ . ولو مات بعد شهرٍ ، تبيّنَّا وقوعَ الطلاق قبله بشهر . وكذلك لو قال : « قبل قدوم زيد » و « قبل دخول الدار بشهر » . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « يستند الطلاقُ في الموت ، دونَ القدوم والدخولِ » وهو تحكُّمٌ .

ولو قال : (٧ أنت طالق أمسِ غدًا ، أو غدًا أمسِ ٧) وقع في الحال / لأن اليوم هو أمس غدا (٨) ، (٩ وغدا أمس ٩) ، ولو قال : أنت طالق في السنة الماضية – ولم يبيِّنْ – فالظاهرُ الحكمُ بالطلاق ؛ لأن ظاهره الإقرار [بوقوع الطلاق] (١٠) . ولو قال : « أردتُ أن زوجًا آخر طَلَّقَكِ ، أو طلقتُكِ أنا في نكاح آخر ، ثم جدَّدت . فإن أقام بيِّنةً ، قُبل ، وإلا حُكِم بالطلاق في الوقت . ولو قال : « أردت طلقة رجعيةً » فيقبل ؛ لأنه تقرير للطلاق (١١) في هذا النكاح . ١٩٧/ب

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « الصعود والإحياء » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) من الآية (٤٠) من سورة (الأعراف) .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٦) في (ب) : « التقدم » .

(٧) في (أ) : « أنت طالق أمس غد ، أو غد أمس » .

(٨) في (أ) : « غد » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « وغد أمس » .

(١٠) زيادة من (أ) .

(١١) في (ب) : « طلاق » .

النوع الرابع : التعليق بتكرير [1] الأوقات . وفيه مسألتان :

إحداهما : إذا قال : أنت طالق ثلاثًا ، في كل سنة طلقة : طلقت [طلقة] [2] واحدة في الحال ، وواحدة في أول محرمِ السنةِ الثانية إن أراد السنين العربية ، والثالثة في أول محرم السنة الثالثة إن بقيت العدة . وإن لم يُرِدِ السنة العربية فلا تقع الثانية ما لم تنقضِ سنةٌ كاملة من الأولى . وإن أطلق ، فوجهان على حسب الاحتمالين .

فلو أبانها ، ثم جدد النكاح في وسط السنة الثانية وقلنا بعَوْد الحنث : طلقت كما نكحها وإن كان أول السنة قد فات ؛ لأن جميع السنة وقتٌ ، وإنما عجلنا في أول السنة عند دوام النكاح لمصادفة الوقت .

الثانية : لو قال : أنت طالق ثلاثًا ، في كل يوم طلقةٌ [3] طلقت طلقة في الحال [3] ، ووقعت الثانيةُ صبيحةَ اليوم الثاني . فلو قال : أردت أن يَتَخَلَّلَ بين كل طلاقين يومٌ كامل ، فَيُدَيَّن [باطنا] [4] وهل يُقْبل ظاهرًا ؟ فيه وجهان ، وهذا يخالف السَّنَةَ ؛ لأن اليوم ، مقدَّر محصورٌ ، لا يوجب الحساب تداخله كما يوجب تداخل السنين [5] .

* * *

(١) في (أ) : « بتكرر الأوقات» .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « طلقت في الحال طلقة » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) سقطت المسألة الثانية بكاملها من (ب) .

الفَصْلُ الثّاني
في التَّعْلِيقِ بالتطّليق ونَفْيِه

وفيه [1] ثلاثُ صيغ :

الأولى : أن يقول : إن طلقتك فأنت طالق ، فإذا قال ذلك بعد الدخول [2] ، فمهما طلقها واحدةً ، طَلُقَتْ طلقةً أخرى بالتعليق ، ولا يختص ذلك بالمجلس كقوله : « متى ما » و « مهما » و « إذا » فكل ذلك لا يقتضي فورًا إلا إذا علّق على مشيئتها ، أو بإعطائها مالًا ، فيختص بالمجلس ؛ لاقتضاء القرينة لا للفظ .

وأما قبل الدخول ، فلا تقع الطلقة المعلقة ؛ لأنها بانت بالأولى ، ولذلك نصّ الشافعي (رضي الله عنه) : أنه لو خالعها لم يقع الطلاق المعلق ؛ لأنها بانت بالخلع ، فلا يلحقها طلاقٌ . وقد ظنَّ أكثرُ الأصحاب أن هذا يدل على أن الجزاء يترتب على الشرط ، ويقع بعده ؛ لأنه لو وقع معه لوقع قبل الدخول ، ويكون كما لو قال : أنت طالق طلقتين . ويشهد لهذا أيضًا أنه لو قال لغانم : مهما أعتقتك ، فسالمٌ حُرٌّ ، ثم أعتق غانمًا في المرض - والثلثُ لا يَفي بهما - لم يعتق من سالم شيءٌ ، بخلاف ما لو أعتقَهما جميعًا ، فإنه يُقْرع بينهما . والصحيح ، أن الجزاء مع الشرط ؛ لأن الشرط [3] جُعل عِلَّةً بالوضْع ، فهو كالعلةِ الحقيقية ، والمعلول مع العلة ، وإن كان بينهما ترتيب عقلي في السببية ، بل هو كحركة الخاتم ، فإنه مع حركة اليد وإن كان معلولًا له . وإنما لم يقع قبل الدخول ؛ لأن مقتضاه وقوع الطلاق مع أول حال البينونة . وأولُ حال البينونة يُضَادّ الطلاقَ كما في حال البينونة . وكذلك لو قال لها : أنت طالق طلقة معها طلقة ، لم يقع إلا واحدة ، على أدَقّ الوجهين ، بخلاف ما لو قال : أنت طالق طلقتين ؛ لأن البينونة معلولُ مجموعِ الطلقتين . وقولُه : « طلقتين » كالتفسيرِ لقوله : « طالق » ، وكذا لا يعتق سالم ؛ لأن عِتْقَه معلولُ عِتْقِ غانمٍ ، وربما خرجت القرعة على سالم ؛ فيعتق دون عتق غانم ؛ فيكون المعلول قد ثبت دون العلة ، وذلك محال . وهذا كلامٌ دقيق عقلي ربما يَقْصُر نَظَرُ الفقيه عنه .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وله » .

(٢) قوله : « بعد الدخول » ساقط من (أ) .

(٣) قوله : « لأن الشرط » ساقط من (ب) .

النظر الثاني في هذه المسألة: أن التعليق هل يكون تطليقًا ؟ فإذا قال : إن طلَّقتكِ فأنت طالق ثم قال : « إن دخلتِ الدار فأنت طالق » فدخلَتْ ، وقعتْ طلقةٌ بيمينِ الدخول ، وأخرى بيمينِ التعليق ؛ لأن التعليق مع الصفة تطليقٌ ، نعم ، مجردُ التعليقِ ليس بتطليق ، وكذلك لو تقدم التعليقَ ولم يوجد بعد يمينه إلا مجرد الصفة ، لم يكن تطليقًا إلا إذا قال : إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق ، (١ وكأن التعليق بالدخول مقدم على هذا التعليق ١) فإنه إذا وقع بمجرد الصفة ، وقعت طلقة أخرى ؛ لأنه قوع وليس بإيقاع . وعن العراقيين وجهٌ : أن التعليق مع الصفة ليس أيضًا بتطليق . وهو بعيد ، لاسيما فيما إذا علَّق بِفِعْلِ نفسِه وأَتَى بالفعل .

فرعان (٢)

الأول : / إذا قال : إن طلقتُ عمرةَ ، فحفصة طالقٌ ، ثم قال : إن طلقتُ حفصةَ ، فعمرةُ طالق ، ثم بدأ بحفصة فطلَّقها ، طلقت حفصة بالتنجيز طلقة ، وطَلُقت عمرةُ بالتعليق طلقة ، وعادت طلقةٌ إلى حفصةَ من طلاقِ عمرة ؛ لأن تعليق طلاق عمرة تَرَاخَى عن تعليق طلاق حفصة ، فكان تطليقًا لها ، وقد علَّق طلاق حفصة على تعليقها (٣) . ١٩٨/أ

ولو بدأ بعمرة ، فطلقها ، فيرجع (٤) الطلاق على حفصة ، ولم يرجع طلاق إلى عمرة ؛ لأن تعليقَ طلاقِ حفصة ، سَبَقَ تعليقَ طلاق عمرة ، فكان بالنسبة إلى تعليق طلاق عمرة وقوعا محضًا ، لا إيقاعًا . نعم ، لو أبدل [لفظ] (٥) الإيقاع بالوقوع وقع على المطلقة طلقةٌ تنجيزًا ، وطلقةٌ أخرى تعليقًا ، ولم يقع على الأخرى إلا طلقةٌ واحدة ؛ لأنه انحلّ اليمين ؛ لأن حرف « إنْ » و « مهما » لا يقتضي التكرار بخلاف « كُلّما » فينحلّ بوجود الصفة مرة واحدة .

الفرع الثاني : إذا قال – وله نسوة وعبيد – : إذا طلقتُ واحدةً ، فعبدٌ من عبيدي حُرّ ، وإذا (٦ طلقت اثنتين ٦) ، فعبدان حُرَّانِ ، وإذا طلقت ثلاثًا (٧) ، فثلاثة ، وإذا طلقت أربعًا فأربعة ، ثم

---

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل و (أ) : « فروع » والمثبت من (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تطليقها » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وقع » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « اثنتان » .

(٧) في الأصل : « ثلاثة » والمثبت فى (أ) .

طلق أربعَ نسوة : عَتَقَ عشرةُ أَعْبُد ؛ لأنه حنث في الأيمان الأربعة ؛ لأن في الأربعة أربعةً ، وثلاثةً ، واثنتين ، وواحدةً ، وذلك عشرة [١] .

ولو أبدل « إذا » بـ « كلما » عَتَقَ خمسةَ عشرَ ، فيعتق بيمين الواحد أربعةٌ ؛ لأن فيها أربعة آحاد ، وبيمين الاثنين أربعةٌ ؛ لأن فيها اثنين مرتين ، وبيمين الثلاثةِ ثلاثةٌ ، وبيمين الأربع أربعةٌ ، وذلك خمسة عشر . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يعتق ستة عشر ، لأنه حَسَبَ « الثلاثة » مرةً ، فبقي الواحدُ ، فحسَبَه في يمين الواحد مرةً أخرى . وهو خطأ ؛ لأنه قد حُسِبَ مرةً في يمين الآحاد . ومن الأصحاب من قال : يعتق سبعة عشر ، وإنما زاد اثنين [٢] بيمين الاثنين ؛ لأنه زعم أن في الأربعة اثنين ، ثلاث مراتٍ ؛ لأنه حسب الثاني والثالثَ مرةً ، وهذا خطأ ؛ لأنه لو جاز هذا ، لجازَ أن يصير الثلاثة أيضًا مرتين ، فإن الثاني والثالث والرابع ، ثلاثةٌ أخرى سوى الأول والثاني والثالث ، ولا قائل بهذا [٣] .

الصيغة الثانية : التعليق بنفي التطليق . فإذا قال : إن لم أُطلقك فأنت طالق ، لم تطلق في الحال ، وكذلك إذا قال : « إن لم أَضْرِبْكِ ... » فإنه يُتَوَقَّع ذلك في الاستقبال ، ولا يقتضي الفورَ . ولو قال : « إذا لم أطلقك ... » [٤] ومضى زمانٌ يسير ، يَسَعُ التطليقَ ولم يطلق : وقع الطلاقُ ؛ لأن « إذا » ظرف زمان ، ومعناه : أيّ وقتٍ لا [٥] أطلقك فيه ، فأنت طالق .

وقولُه : « متى » و « متى ما » كقوله « إذا » في اقتضاء الفور . ومن الأصحاب [٦] من لم يتضح له الفرقُ ، فجعل المسألتين على قولين . وهذا ضعيف ؛ إذ الفرقُ ظاهرٌ . نعم ، لو قال : أردتُ بـــــ « إذا » ما يريده المريد [٧] بقوله : « إنْ » يُدَيَّن ، وهل يُقْبل ظاهرًا ؟ فيه وجهان .

التفريع : إذا قلنا : لا يقع في صيغة « إنْ » على الفور ، فإنما يقع عند حصول اليأس بخلُوِّ العمر عن الضَّرْب والتطليق . ولليأس [٨] ثلاثُ صورٍ :

(١) قوله : « وذلك عشرة » ساقط من (أ) .
(٢) في (أ) : الاثنين » .
(٣) في (أ) : « بهذه » .
(٤) يعني : « إذا لم أطلقك فأنت طالق » فحذف الجواب لكونه معلومًا من السياق .
(٥) في (أ) : « لم أطلقك » .
(٦) في (أ) : « وأصحابنا » .
(٧) في (أ) : « ما يريده القائل » .
(٨) في الأصل « واليأس . . . » والمثبت من (أ)،(ب) .

(إحداها) : موتُ أحدِ الزوجين . فإذا مات قبل الطلاق والضَّرْبِ ، تَبيّنّا وقوعَ الطلاق قبيل الموت . وكان يحتمل أن نتبين وقوعَه عند اللفظ ، ولكن اللفظ مطلقٌ يحتمل الأمرين [١] ، وتنزيلُه على إخلاء العمر محتملٌ ، والأصلُ نَفْيُ الطلاق من غير يقينِ ما يُوقِعُه ، وإنما يتحقق عدمُ الضرب بانقضاء العمر ففِيه يقع .

(الصورة الثانية) : طرآنُ الجنونِ على الزوج . وذلك لا يوجب اليأس لأنه ربما يُفيق . فإن اتصل بالموت ، تبيّنّا وقوعَ الطلاق قبيل الجنون ، وإن كان يمكن أن يوقع قبل الموت ؛ إذ به يتحقق اليأسُ ، ولكن قبل الجنون يثبت اليأس إلا بانتظار الإفاقة ، فإذا لم تقع الإفاقةُ ، فالجنونُ كالموتِ في اليأس . وهذا في الطلاق ، أما في الضرب فلا يأسَ ؛ لأن ضَرْبَ المجنون في تحقيق الصفة ونَفْيِها ، كضرب العاقل على الصحيح .

(الصورة الثالثة) : انفساخُ النكاح . وذلك لا يوجب اليأس ؛ لأنه ربما يَنْكحها فيطلقها ، ولا يشترط النكاح الأول لتحقيق الصفة . فإن نكحها وطلقها ، فقد تحققت الصفة . وإن لم يطلقها – وكانت [٢] في نكاحه عند الموت ، وقلنا بعود الحنث – وَقَعَ الطلاقُ قبيل الموت . وإن لم نَقُلْ بعود الحنث – أو لم تكن في نكاحه – تبينّا وقوعَ الطلاق قبيل الفسخ . ولْتَفرِضْ في الطلاق الرجعي حتى لا نقع في الدَّوْر ، ونتصور الجمع بينه وبين الفسخ .

الصيغة الثالثة : أن يقول : أنْ طلقتك فأنت طالق ، وأنْ لم أطلقك فأنت طالق ، وقع / في الحال ؛ لأنَّ « أنْ » للتعليل ، معناه : أنت طالق لأَنْ لم أُطلقك . ويجوز في اللغة الفصيحة حذف اللام واستعمال « أَنْ » فهو إذًا كقوله : أنت طالق لِرِضا فلان ، فإنه يقع في الحال ، ولو سخط . وهذا في حقّ من يَعْرف اللغة . ومن لا يعرف اللغة . فلا فرقَ في حقه بين « إنْ » و « أَنْ » [٣] . ١٩٨/ب

* * *

---

(١) في (أ) : « أمرين » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « وكان » . والمثبت من (أ) .

(٣) وبناءً على ذلك فتكون (إنْ) و (أنْ) في حقه للتعليق .

الفَصْلُ الثَّالِثُ
في التَّعْليقِ بالحَمْلِ والولادَة

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال لها : إن كنتِ حاملًا فأنت طالق . فلا يقع في الحال ؛ لأن الحمل لا يُعْلم يقين [1] . فلو أَتَتْ بولد لأقلّ من ستة أشهر ، [2] تبينا الوقوع [2] عند اليمين ، وإن كان [لأكثر] [3] من أربع سنين ، تبيَّنَّا أنه لم يقع . وإن كان بين المدتين : فإن كان يطؤها فلا يقع ، وإن امتنع عنها فقولان :

أحدهما : يقع ؛ لأن النسب قد ثبت [4] ، فيدل على وجود الحمل [5] .

والثاني : لا ؛ لأن لحوق النسب يكفي فيه الاحتمالُ ، ولا يقع الطلاقُ بالاحتمال .

واختلفوا في أنه هل يحرم الوطءُ قبل تحقق الحال ؟ فقيل : إنه لا يحرم بالشك ، كمسألة « الغراب » [6] . وقيل : إنه يحرم ؛ لأن استكشافه ممكن على قُرْب ، وعلى هذا يجب الاستبراء بالحيض . ويتفرع عنه [7] ثلاثةُ فروع :

أحدها : أنه هل يُكتفى في الحرة بقرء واحد ؟ فيه وجهان :

---

(١) وهذا في زمنه (رحمه الله) أما الآن ، فيعلم بيقين ، وعليه فإن كانت حاملًاوقع الطلاق في الحال .

(٢) في (أ) : « تبينا وقوع الطلاق » .

(٣) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) . وفي الأصل : « وإن كان لأربع سنين ... » .

(٤) في (ب) : « يثبت » .

(٥) وهذا أظهر القولين كما في الروضة (٨ / ١٣٨) ومغني المحتاج (٣ / ٣١٩) .

(٦) ومسألة « الغراب » هذه ، هو أن يقول - إذا رأى طائرًا - : « إن كان هذا غرابًا فامرأتي طالق » . والأظهر : أن الوطء لا يحرم في الحال ، وإن كان الامتناع مستحبًا ؛ لأن الأصل عدم الحمل وبقاء النكاح . انظر : الوجيز (٢ / ٦٦) . روضة الطالبين (٨ / ١٣٨) .

(٧) في (أ) : « عليه » .

أحدهما : لا ، كالعدة .

والثاني : نعم ؛ لأن الغرض مجردُ استدلالٍ ، وقد حصل [١] .

الثاني : إذا استبرأها ، ثم قال مرة أخرى قبل الوطء : إن كنت حاملًا فأنت طالق ، فالظاهرُ ، أنه لا يجب إعادة الاستبراء ، وقيل : إنه يجب ؛ لأن العدة الماضية ، لا تؤثر ، فكذلك هذا [٢] .

الثالث : إذا خاطب بذلك صغيرةً ، وهي في سِنِّ الحيض ، فيستبرئها بشهر أو أشهر ؟ وإن خاطب آيسةً ، فهل يكفي سِنُّ اليأسِ دلالةً ، أو لابُدّ من الاستبراء ؟ فيه وجهان [٣] .

المسألة الثانية : إذا قال : إن كنت حائلًا فأنت طالق ، فهذه كتلك المسألة ، ولكن حيث يحكم - ثَمَّ - بالوقوع ، فهاهنا يحكم بخلافه ؛ لأن الشرط هو عدمُ الحمل ، ويزيد هاهنا أن تحريم الوطء هاهنا أقربُ ؛ لأن الأصل الحِيَال [٤] . وأيضًا أَثَرُ الاستبراء - ثَمَّ - في نَفْيِ الطلاق ، وهاهنا [٥] في الوقوع ، وقد قطعوا بأنه إذا انقضى ثلاثةُ أقراء ، يقع الطلاق . وفيه نظر ؛ لأنه [لا] [٦] يفيد يقينَ البراءة ، والشرطُ لابد من استيفائه ؛ فإنه لو علق على الاستيقان ، لم يقع بالاستبراء ، والمطلقُ يقتضي الحملَ على اليقين . وقد مال إليه الشيخ أبو محمد . ثم قال الأصحاب : إذا أوقعنا بعد الأقراء ، فأتت بولد لدون ستة أشهر ، تبينا أنه لم يكن الطلاق واقعًا . ونقضنا ذلك الحكمَ قطعًا . وإن كان وطئها وطئًا يمكن الإحالة عليه ، ففي نقض ذلك الحكم وجهان .

المسألة الثالثة : في صيغ التعليق بالحمل . فإذا قال : إن كنتِ حاملًا بذَكَرٍ ، فأنت طالقٌ طلقةً ، وإن كنتِ حاملًا بأنثى فأنت طالقٌ طلقتين ، فأتت بذكرين : وقعت طلقة واحدة ولم نزد .

---

(١) وهذا هو الأصح أنه يستبرئها بحيضة . انظر الروضة (٨ / ١٣٩) .

(٢) في (أ) : « هاهنا » .

(٣) وأصح الوجهين أنه يكتفى بدلالة اليأس ، كذا في الروضة (٨ / ١٣٩) .

(٤) أي : عدم الحملَ .

(٥) في (أ) : « وهذا » .

(٦) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

وإن أتتْ بذكرٍ وأنثى ، وقع الثلاثُ ؛ لأنه حنث في اليمين . وإن قال : إن كان حَمْلُكِ ذكرًا فطلقة ، وإن كان أنثى فطلقتين ، لم يقع شيء أصلًا ، فإن لَفْظَه يقتضي حَصْرَ الجنس . ولو أتتْ بذكرين ؟ قال القاضي : تقع طلقةٌ ؛ لأن التنكير في لفظه لِتنكير الجنس . وقال الشيخ أبو محمد : لا يقع شيء ؛ لأنه لتنكير الواحد ، فلا يُسَمّى ذلك [1] ذكرًا .

المسألة الرابعة : إذا قال : إن ولدتِ ولدًا ، فأنت طالق ، فأتتْ بولدين ، طَلُقت بالأول ، وانقضتْ عِدتُها بالثاني . فإن قال : كلما ولدت ولدًا ، فأنت طالق ، فهل يقع الطلاق [2] بالولد الثاني ، وبه تنقضي العدة ؟ الجديد : أنه لا يقع ، لأنه يصادف أول وقت البينونة ، وللشافعي (رضي الله عنه) نَصٌّ في « الإملاء » [3] : أنه يلحق الثانية . وليس له وجهٌ ، وتكلَّفَ القفالُ توجيهَه . فقال : لو قال للرجعية : « أنت طالق مع انقضاء العدة » فيتجه قولان ، وزعم أنه يحتمل أن يقع مع الانقضاء ، لا في العدة ، ولا في البينونة ، وشَبَّه ذلك بما لو قال : أنت طالق بين الليل والنهار ، فلا يقع ، لا في الليل ، ولا في النهار ، بل يقع في الآنِ الفاصل بينهما ، والطلاقُ من جملة ما يقع دفعةً [في الآن] [4] ولا يقع في زمان . وهذا له وجه في التحقيق ؛ إذ فرق بين « الآن » وبين الزمان الذي ينقسم ، ولكن في مسألة الولادة غيرُ منقدح ؛ لأن مقتضى اللفظ أن يقع مع الولادة ، والولادةُ تقارنها البينونةُ ، والبينونةُ تضادّ الطلاقَ ، فالصحيح هو القول الجديد .

ولو قال إن ولدت ولدًا ، فأنت طالق واحدةً ، وإن ولدتِ / ذكرًا ، فاثنتين ، فولدت غلامًا ، ١٩٩/أ
طَلُقت ثلاثًا ؛ لوجود الصفتين . ولو قال : « إن ولدتِ أنثى فواحدة ، وإن ولدتِ ذكرًا فاثنتين » فولدت خنثى ، لم يقع في الحال إلا واحدة ؛ لأنه المستيقن .

فرع : إذا قال - وله أربع نسوة حوامل - : كلما ولدتْ واحدةٌ ، فَصُوَيْحِبَاتُها طوالقُ ، فَوَلَدْنَ [5] على التعاقب والتقارب ، طلقن جميعًا . أما الرابعة فثلاث [6] ؛ إذ ولدتْ قبلها ثلاث

---

(١) في (أ) : « هذا » .
(٢) في (أ) : « طلاق » .
(٣) وهو كتاب من كتب الشافعي (رحمه الله) .
(٤) زيادة من (أ) .
(٥) في (أ) : « فولدت » .
(٦) في (أ) : « فثلاثة » والمقصود أن الرابعة عليها ثلاث طلقات .

نسوة ، وأما الثالثةُ ، فَثِنْتَانِ (١) ؛ إذ وَلَدَ (٢) قبلها اثنتان ، وانقضت عدتها بولادتها قبل ولادة الرابعة . أما الثانية ، فواحدة ؛ إذ طلقت بولادة الأولى ، وانقضت عدتها (٣) بولادتها نفسها (٣) ، فلم يلحقها طلاقٌ بعده . وأما الأولى فثلاثُ طلقاتٍ ؛ لأنها بقيت في العدة حتى وَلَدْنَ جميعُ صواحباتِها بعدها .

* * *

---

(١) في الأصل : « فثنتين » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « إذ ولدتْ » .

(٣) في (أ) : « بولادة نفسها » .

الفَصْلُ الرّابع
فِي التَّعْلِيق بالحَيْض

وفيه صور :

[إحداها] (١) : فلو قال : إن حضتِ حيضةً فأنت طالق ، فلا تطلق حتى ينقضي حيض تام . ولو قال : إن حضت فأنت طالق ، فإذا انقضى يوم وليلة ، وقع الطلاق - تبيَّنًا (٢) - في أول الحيض ؛ إذ به نتحقق أنه ليس بدم فاسد (٣) ، وفيه وجه مشهور ظاهر : أنه يقع في أول الحيض ، ولذلك يحرم الوطء في أول الحيض بناء على الظاهر . ولكن القائل الأول قد يتوقف في التحريم . وهو بعيد . والفرقُ أظهر ؛ إذ الطلاقُ لا يقع إلا بيقين ، والتحريمُ يثبت بالظاهر . ولو قال للحائض : إنْ حضت فأنت طالق ، لم تطلق إلا بحيضة مستأنفة ؛ فإنه للابتداء ؛ إذ لا ابتداءَ في دوام الحيض .

ومهما قالت : حضتُ ، فالقولُ قولها مع يمينها ، بخلاف ما إذا علق على الدخول ، فقالت : دخلت ، فإنها تحتاج إلى البينة ؛ لأن الحيض يَعْسُرُ الاطلاعُ عليه من غيرها ؛ إذ غايةُ غيرها أن تشاهد الدمَ ، وذلك لا يُعْرف إذا (٤) لم تُعْرف عادتها ، وأدوارها ، فَعَلّهُ (٥) دمُ فسادٍ ، وهو كقوله : إن أَضْمرتِ بُغْضي فأنت طالق ، فقالت : أضمرتُ ، فالقولُ قولُها ؛ لِعُسْرِ الاطلاع [عليه] (٦) . (٧) والظاهر أنها تُصَدّق في الزِّنا (٧) ، وفيه وجه . وفي الولادة وجهان (٨) . ، أما

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) هذه الكلمة « تبينا » ليست منقوطة في النسخ ، ولعلها هكذا إن شاء الله .

(٣) في (أ) : « بدم فسادٍ » .

(٤) في الأصل « إذا » والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « فلعلّه » وكلاهما صحيح .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) كذا في الأصل وفي (أ) : « والظاهر أنها لا تصدق ... » وهو الأصح عند إمام الحرمين كما في روضة الطالبين (٨/١٥٣) . وقوله : (والظاهر أنها تصدق في الزنا) يعني أنه إذا علّق طلاقها على زناها فقالت : زنيتُ ، فالظاهر أنها تُصدق في قولها هذا ويقع عليها الطلاق المعلّق .

(٨) والأصح تصديقها في ادعاء الولادة . انظر الروضة (٨ / ١٥٣) .

المودَع ، فإذا ادَّعى هلاكًا ، فيُصَدَّق - كان السببُ خَفيًا أو جَليًّا - ولا يُطالب بالبيِّنة ؛ لأنه ائتمنه فلزمه تصديقُه بخلاف الزوج .

ولو قال : إن حضتِ فضَرّتُكِ طالق ، فلا تُصدق في حق الضّرّة ؛ إذ لا تصدق إلا بيمين ، ولا يتوجَّه عليها يمينٌ لضرتها . ولو قال : إن حضتما فأنتما طالقتان ، فقالتا : حِضْنَا ، فصدَّق إحداهما ، وكذَّب الأخرى : طَلُقت المكذَّبة دون المصدَّقة ؛ لأن المكذبة ثبت حيضها بقولها في حقها ، وثبت حيض صاحبتها بتصديق الزوج ، والمصدقة لم يثبت حيضُ صاحبتها في حقها - فإنّ صاحبتها مكذبة - وطلاقُ كلٍّ واحدةٍ معلقٌ على حيضهما جميعًا فلا يكفي حيضُ واحدةٍ .

ولو قال لأربع [نسوة] (١) : إن حضتن فأنتن طوالق ، ثم صدَّقهن ، طَلُقْنَ . وإن كذبهن فلا وإن صدّق ثلاثًا طلقت المكذَّبة دون المصَدَّقات . وإن كذب اثنتين ، لم تطلق واحدة ؛ (٢ لأن حيض الواحدة ٢) من المكذَّبتين ، لم يثبت في حق صاحبتها .

ولو قال : أيَّتُكُنَّ حاضتْ ، فصواحباتُها طوالق ، ثم قلن : حِضْنَا ، وصَدَّقَهن : طلقت كلُّ واحدة ثلاثًا ؛ لأن لكل واحدة ثلاثَ صواحب (٣) . وإن صدّق واحدة ، طلقت كلُّ واحدة من صواحباتها طلقةً واحدة . وإن صدق اثنتين ، طلقت كل واحدة من المصَدَّقَتَيْنِ طلقةً طلقةً ؛ لأنه ليس لهما إلا صاحبة (٤) واحدة مُصدّقة .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « لأن حيض كل واحدة » .

(٣) في (أ) : « صواحبات » .

(٤) كلمة : « صاحبة » ساقطة من (أ) .

الفَصْلُ الخَامِسُ

في التّعْلِيقِ بالمشِيئَة

فإذا قال : أنت طالق إن شئتِ ، فقالت : شئتُ - في الحال - وقع . وإن تأخر عن المجلس ، لم يقع ؛ لأن الخطاب يقتضي جوابا في الحال ؛ ولأنه كالتملك [1] للمرأة . ويَنْبني على العلتين ترددٌ في أنه لو قال لأجنبي : زوجتي طالق إن شئتَ ، أنه هل يقتضي الفور ؟ أو قال : إن شاءت زوجتي فهي طالق ؛ إذْ لا خطاب [2] . ولو قال : أنت طالق إن شئتِ وشاء أبوكِ ، اختصّ مشيئتها بالمجلس ، وهل تختصّ مشيئةُ أبيها ؛ للاقتران بمشيئتها ؟ فيه خلاف [3] .

ولو قال : أنت طالق إن شئتِ ، فقالت : شئتُ إن شئتَ ، فقال : « شئتُ » : لم يقع ؛ لأنها علقت بالمشيئة ، والمشيئة لا تقبل التعليق . ولو قال : أنت طالق ثلاثًا إلا أن يشاء أبوك واحدةً ، فشاءَ أبوها واحدةً ، ففيه وجهان / : ١٩٩/ب

أحدهما : أنه لا يقع شيء ، وكأنه استثناء عن أصل الطلاق [4] .

والثاني : أنه يقع واحدة . ومعناه : إلا أن يشاء أبوك واحدة ، فلا تطلق ثلاثًا ، بل واحدة .

وهذا في المطْلَق ، أما إذا أراد الاحتمال الذي فيه الإيقاع : يقع ، وإن قال : أردت الاحتمال الآخر ، يُدَيَّن . وهل يُقْبل ظاهرًا على [هذا] [5] الوجه ؟ فيه وجهان [6] .

ولو قال : أنت طالق إن شئتِ ، فقالت : شئتُ ، وهي كارهةٌ باطنًا ، نفذ الطلاقُ ظاهرًا . وهل

---

(١) في (أ) : « كالتمليك » .

(٢) الأصح في كلتا المسألتين أنه لا يشترط مشيئتهما على الفور . كذا في الروضة (٨ / ١٥٧) .

(٣) والأصح أيضًا في هذه المسألة أنه لا يشترط مشيئته على الفور . انظر : الروضة (٨/ ١٥٧) . الغاية القصوى (٢/ ٨٠٩) . مغني المحتاج (٣/ ٣٢٥) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الوجيز (٢م٧٨) . روضة الطالبين (٨ / ١٥٩) . الغاية القصوى (٢ / ٨٠٩) . مغني المحتاج (٣ / ٣٢٥) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « فيه خلاف » .

يقع باطنًا ؟ قال القفال : يقع ؛ لأن هذا تعليقٌ بلفظ المشيئة ، ولو كان باطنًا (١) ؛ لكان إذا علق بمشيئة زيد ، لم يُصدّق زيد في حقها (٢) . وقال أبو يعقوب الأبيوردي (٣) : لا يقع ، [كما لو علقت بالحيض و كذبت في الإخبار] (٤) وإليه مال القاضي . وهذا الخلاف يشير إلى تردُّدٍ فيما لو أرادت باطنًا ، ولم تنطق [ظاهرًا] (٥) .

ولو قال للصبية : إن شئتِ (٦) ، فقالت : شئت ، ففيه وجهان (٧) ، من حيث إنه يوجد منها اللفظُ ، ولكن لا اعتماد على إرادتها الباطنة .

ولو قال ذلك لمجنونة ، لم يقع [طلاقها] (٨) بقولها : شئتُ ، قولًا واحدًا ؛ فإنه - وإن علَّق باللفظ - فلابد من إعرابٍ عن ضمير صحيح . والسكرانُ يُخَرَّج على أنه كالصاحي أو المجنون ؟ .

ولو رجع الزوجُ قبل مشيئتها ، لم يَجُزْ ؛ لأن ظاهره تعليقٌ وإن تَوَهَّمْنَا في ضمنه تمليكًا .

* * *

---

(١) في (أ) : « بالباطن » .

(٢) وهذا القول هو الصحيح عند الرافعي كما في الروضة (٨ / ١٥٧) .

(٣) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٤) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) أيضًا .

(٦) يعني إذا قال لها زوجها : أنت طالق إن شئت . فخذف قوله : (أنت طالق) لكونه معلومًا من السياق .

(٧) والأصح أنها لا تطلق . انظر الوجيز (٢ / ٦٨) والروضة (٨ / ١٥٨) .

(٨) زيادة من (أ) .

الفَصْلُ السادِسُ

في التعليق في مَسَائل الدَّوْر

فإذا قال لزوجته : « إن طلقتكِ ، فأنت طالق قبله ثلاثًا » ثم طلقها : لم يقع عند ابن الحداد ؛ لأنه لو وقع ، لوقع الثلاثُ قبله ، (١ ولو وقع الثلاثُ قبله لما وقع هذا ، ولو لم يقع هذا لما وقع الثلاث قبله ١) ؛ لأنه مُعَلّق به ، فيؤدي إثباتُه إلى نَفْيِه . وقال أبو زيد : يقع المنَجّز ، ولا يقع المعلّق أصلًا ؛ لأنه علق تعليقا محالًا . ومن أصحابنا من قال : يقع في المدخول بها الثلاثُ مهما نَجَّزَ ، واحدةٌ بالتنجيز ، واثنتان بالتعليق ؛ لأن التعليق إنما صار محالًا بقوله : « قبله » فَيُلْغى قوله : « قبله » ويبقى الباقي ، فكأنه قال : إذا طلقتك فأنت طالق ثلاثًا . والمسألةُ ذات غَوْر ، وقد ذكرناه في كتاب « غاية الغور في دراية الدور » فَلْيطلب منها (٢) .

ومن صور الدَّوْر أن يقول : إن طلقتك طلقة أَمْلِكُ بها الرجعةَ ، فأنت طالق قبلها طلقتين . وكذلك إن قال : إن وطئتكِ وَطْئًا مباحًا ، فأنت طالق قبله ثلاثًا ، فإذا وطيء ، لم يقع . وأبو زيد لا يقدر على المخالفة في هذا ؛ إذ اليمين الدائرة هي الباطل عنده ، وهاهنا لم توجد اليمين الدائرة . وكذلك إن قال : إن أبَنْتُكِ أو فسختُ نكاحك ، أو ظاهرتُ [منك] (٣) أو راجعتك ، فأنت طالق قبله ثلاثًا (٤) ، فعلى تصحيح الدور ، تنحسم هذه التصرفات بالكليّة .

* * *

---

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٢) وهو كتاب ألفه الإمام الغزالي في المسألة المشهورة « بالمسألة السُّرَيْجية » على عدم وقوع الطلاق ، ثم رجع وأفتى بوقوعه ، وهي مسألة « الدور » المذكورة هنا . انظر مؤلفات الغزالي د . عبد الرحمن بدوي ص (٥٠ - ٥٢) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) كلمة : « ثلاثا » ساقطة من (أ) .

القِسْمُ الثّاني مِنَ التّعْلِيقَات

في فُروعٍ مُتَفرّقة نَذْكُرُها أَرْسَالًا

وهي ثلاثة وعشرون :

الأول : إذا قال : إن حلفتُ بطلاقك ، فأنت طالق ، ثم قال : إن دخلت فأنت طالق ، طلقت في الحال ؛ لأن التعليق بالدخول ، حلفٌ في الحال . ولو قال : إذا طلعت الشمس ، لم يكن هذا حلفًا ؛ لأن الحلف ما يتصور فيه مَنْعٌ واستحثاث . أما إذا قال : إن طلعت الشمس ، أو إذا دخلت الدار ، فهل يكون هذا حلفًا ؟ فيه وجهان ، يُنظر في أحدهما إلى صيغة التأقيت ، وفي الأخرى إلى المعنى ، واتباعُ المعنى أولى (١) .

الثاني : إذا قال : إن بدأتُكِ بالكلام فأنت طالق ، ثم قالت : إن بدأتُكَ بالكلام ، فعبدي حرّ ، ثم كلَّمها وكلَّمتْه ، لم تطلق ، ولم يُعْتق العبد ؛ لأن الزوج خرج عن كونه مبتدئًا بقولها : إن بدأتك فعبدي حر ، وهي خرجت عن البداية بكلامه .

الثالث : إذا قال : إن أكلتِ رمانةً فأنت طالق ، وإن أكلتِ نصفَ رمانةٍ فأنت طالق ، فأكلتْ رمانة تامة . طلقت طلقتين ؛ لأن النصف أيضًا موجود في الواحدة . ولو قال : كلما أكلتِ نصفًا ، فأنت طالق ، طلقت ثلاثًا ؛ لأن فيها نصفين .

الرابع : إذا قال : إن بَشَّرتِني بقدوم زيد فأنت طالق ، فأخبره أجنبيٌّ ، ثم أخبرته ، لم تطلق ؛ لأن البشارة هي الأولى . وإن قال (٢) : إن بَشّرْتُماني فأنتما طالقتان ، فَبَشَّرَتَاه على الترتيب ، طلقت الأولى (٣) . وإن بشرتاه معًا طَلُقَتَا ، وإن بشرت كاذبةً ، لم تطلق . وإن

---

(١) قال في الوجيز (٢/٦٨) : تعليق الطلاق بطلوع الشمس ليس حلفًا ، سواء كان بصيغة « إن » أو « إذا » . وانظر الروضة (٨/١٦٨) .

(٢) في (أ) : « ولو قال » .

(٣) قال الحموي : « قوله : (وإن بشرتماني فأنتما طالقتان ، فبشرتاه على الترتيب طَلُقَتِ الأولى) .

قلت : ما ذكره الشيخ هنا يقتضي أنه لا يقع طلاقُهما وذلك أن قوله : (إن بشرتماني) فيه ضميرُ تثنيةٍ وهو لا =

قال [١] : إنْ أخبرتِني بأن زيدًا قدم ..، فأخبرت [٢] كاذبةً ، طلقت ؛ لأن الكذبَ خبرٌ . ولو قال : إن أخبرتني بقدومه ، فهل تَطْلُق بالكذب ؟ فيه وجهان ، والأظهر التسويةُ .

الخامس : إذا قال : يا عمرة ، فقالت حفصة : لبيك ، فقال : أنت طالق [٣] ثم قال : حسبتُ بأن المجيبةَ عمرةُ [٣] . قال ابن الحداد : لا تطلق عمرة ؛ لأنه / لم يُوجد في حقها إلا النداءُ ، أما حفصةُ المخاطبةُ بالطلاق فهل تَطْلُق ؟ ذكروا وجهين : ٢٠٠/أ

أحدهما : نعم ؛ لأنه قال : أنت طالق [٤] .

والثاني : لا ؛ لأنه لم يَقْصد خطابَ حفصة .

قال الإمام : لو قال : حفصةُ تَطْلُق ظاهرًا ، وهل تطلق عمرة ؟ على وجهين : لكان أقربَ .

السادس : إذا قال العبد لزوجته : إن مات سيدي فأنتِ طالق طلقتين [٥] ، فقال السيد

= يقتضي الترتيب ، وذلك يقتضي أن لا يقع الطلاق إلا ببشارتهما دَفْعَةً واحدة ، وإذا كان المعلق على ثنتين لم يقع بوجود أحدهما كما لا يخفى وهذا إشكال ظاهر كما لا يخفى .

قلت : لا تخلو هذه المسألة من ثلاثة أحوال : إما أن يريد بشارتَهما في دفعة واحدة ، أو مرتبًا ، أو يطلق ذلك . فإن كان الأول لم يقع الطلاقُ إلا ببشارتهما ، وليس مراده هنا ، وإن كان الثاني وقع الطلاق على الأولى دون الثانية ، وأما الثالث فلم أرَ فيه نقلًا ولم أسمعه ، وإذا كان كذلك أمكن أن يقال : إن الطلاق لا يقع على الأولى ؛ لأن الطلاق متيقنٌ وهذا يحتمل ويحتمل ، فلا نَدْفَعُ نكاحًا متيقنًا بمشكوك فيه كما في نظائره من قوله : (إن كان هذا غرابًا فأنت طالق ، فطار ولم يعرف) فإن كان الطلاقُ لم يقع فيه بالشك فكذلك هاهنا .

إذا ثبت هذا كان مراد الشيخ بقوله : (إن بشرتماني) واحدةً بعد واحدة فإنه يقع طلاق الأولى دون الثانية كما وقع ، ولو بَشَّرَتاه معًا أيضًا طَلُقَتا كما في : « إن بشرتماني » فإن قيل : إنما كان كذلك في « إن بشرتماني » لكون اللفظ صريحًا فيها بخلاف « أيَّتكما » فإنها لا تدل بطريق التصريح عليهما كما لا يخفى .

قلت : وإن كان كذلك إلا أن النقل فيها أنه يقع عليهما أيضًا لقولهما كما في « متى » فإنها صريحة في جميع الأزمنة ، وإذا كان كذلك اندفع الإشكال » . مشكلات الوسيط (ق ١٥٧ / أ ، ١٥٧ / ب) .

(١) في (أ) أيضًا : « ولو قال » . (٢) في (أ) : « فأخبرته » .

(٣) ساقطة من (أ). (٤) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٨ / ١٧٢) .

(٥) كلمة « طلقتين » ساقطة من (أ) .

للعبد : إن متُ فأنت حرّ ، فمات ، قال ابن الحداد : تقع طلقتان ، وله الرجعة ؛ لأنه عتق قبل حصول التحريم بالطلقتين ، بل مع الطلقتين . ومنهم من خالف ؛ لأنه لم يتقدم العتق على الطلقتين بل جرى معه .

السابع : إذا قال مَنْ نكح جاريةَ أبيه : إذا مات أبي فأنت طالق ، فمات ، لم تطلق ؛ لأن الملك ينتقل إليه بالموت ، وينفسخ النكاح فيقارن الطلاقُ أولَ وقتِ الانفساخ فيندفع ، ومن الأصحاب من قال : يقع ؛ لأن الملك يترتب على الموت ، والانفساخ على الملك ، فيقارن الطلاق وقت الملك ؛ لأنه أيضًا مرتب على الموت . والأولُ أغوصُ ؛ لأن وقت الطلاق والملك والفسخِ واحدٌ ؛ إذ المختارُ أن من اشترى قريبه ، اندفع ملكه بالعتق ، لا أنه حصل ثم انقطع ، وهو اختيار أبي إسحاق المروزي .

الثامن : إذا قال : أنت طالق يومَ يقدمُ فلانٌ ، فقدم ضحوةً ، طَلُقت في الحال على وجه ، وقيل : إنه يتبين وقوعُ الطلاق أول اليوم [١] ، ويَنْبني عليه حكم الميراث لو قدم وَقْتَ الظهر ومات الزوجُ ضَحْوةً . ولو قدم ليلا لم تطلق [٢] . وقيل : تطلق ، واليومُ كنايةٌ عن الوقت .

التاسع : لو قال : أنت طالقٌ أكثَرَ الطلاق ، وقع الثلاث ، ولو قال : أعظم الطلاق ، لم يقع إلا واحدة ؛ لأنه لا يُنبىء عن العدد . ولو قال : مِلْءَ العالم ، ومِلْءَ الأرض ، لم تقع إلا واحدة . ولو قال : مثل البيوت الثلاثة [٣] ، أو ملء السموات ، وقع الثلاث .

العاشر : لو قال : أنت طالق هكذا ، وأشار بأصابعه الثلاث وقع الثلاث [٤] ، وصلح إشارةً [٥] لتعريف العدد فإنه كتفسيرٍ . ولو أشار بالأصبع [٦] ، ولم يقل : هكذا : لم تقع إلا واحدة .

الحادي عشر : إذا قال : أنت طالق إن دخلت الدار ، إن كلمت زيدًا ولم يُدْخِل [فيه] [٧]

(١) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٨ / ١٧٥) .

(٢) وهو المذهب ، وبه قطع جمهور الشافعية . انظر في الروضة (٨ / ١٧٥) .

(٣) في (أ) : « الثلاث » .

(٤) كلمة : « الثلاث » ساقطة من (أ) .

(٥) في (أ) : « الإشارة » .

(٦) في (أ) : « بالأصابع » .

(٧) زيادة من (أ) .

« واو العطف » فهذا هو تعليق ومعناه : إن كلمت زيدًا صار طلاقك مُعَلقًا بالدخول ، وهو كقوله لعبده : إن كلمتَ زيدًا فأنت مُدَبَّر [1] .

---

(١) يقال : دَبَّرَ السيدُ العبدَ والأمةَ تدبيرًا : إذا علّق عتقه بموته ؛ لأنه يعتق بعد ما يُدْبِر سيدُه ، أي : يموت . والمماتُ : دبر الحياة . يقال : أعتقه عن دبر ، أي : بعد الموت . ولا يستعمل في أي شيء بعد الموت ، من وصيةٍ ووقْفٍ وغيره ، وإنما هو لفظ خُصَّ به العتق بعد الموت . المطلع على أبواب المقنع ص (٣١٥ ، ٣١٦) .

قال الحموي : « قوله : (إذا قال : أنت طالق إن دخلت الدارَ إن كلمت زيدًا ، ولم يُدْخِلْ واو العطف ، فهذا هو تعليق التعليق ومعناه : إن كلمت زيدًا طار طلاقُك معلقًا بالدخول ، فهو كقوله : إن كلمتَ زيدًا فأنت مُدَبَّر) .

قلت : ما ذكره الشيخ هنا يرد عليه إشكالان : أحدهما : أن هذا يخالف ما ذكره في النظير فإنه قال : (إن دخلت الدار إن كلمت زيدًا فأنت طالق) فكان مقتضى هذا أنه إذا كلَّم زيدًا ثم دخل الدارَ فإنه لا يقع الطلاقُ فإنه قَدَّم الدخول . وأما قوله : (إن كلمت زيدًا فأنت مدبر) فليس هذا من قبيل ما نحن بصدده من حيث إنه لم يوجد فيه إلا تعليقٌ واحد ، كما لو قال : (إن كلمت زيدًا فأنت طالق) وهو نظيرُ مسألةِ التدبير كما لا يخفى .

الثاني : أنه ذكر في الوجيز ما يخالف هذا ، وهو قوله : (إن كلمت زيدًا إن دخلت الدارَ فأنت طالقٌ ، فمعناه تعليق التعليق ، فإذا كَلَّمَتْ زيدًا أولًا تعلَّق طلاقُها بالدخول) وإذا كان كذلك كان مخالفًا لما ذكره في الوسيط من حيث إنه في الوسيط جعل المؤخَّرَ مُقَدَّمًا والمقدم مؤخرًا ، وفي الوجيز أبقى الأولَ على حاله ثم أتى بالدخول بعده ، ثم جعل ابتداء الوقوع من الأول وجعل الثاني مرتبًا عليه .

قلت : ذكر الشيخ هذه المسألةَ بعينها في البسيط وقال : (لو قال : إن دخلت الدارَ إن كلمت زيدًا فأنت طالق ، فيكون الطلاق بالدخول معلقًا بوجود الكلام كقوله لعبده : إن دخلتَ الدارَ فأنت مدبرٌ ، فالتدبير تعليق معلق بالدخول . ثم قال الأصحاب : لا بد أن يتقدم الكلامُ على الدخول ، فلو دخلت أولًا ثم كلمت : لم تطلق . قال الإمام : وهذا فيه نظر ؛ لأنه جَمَع بين وصفين وإن لم يُدْخِلْ واوَ العطف ، فيحتمل أن يقال : الطلاق معلقٌ باجتماع الأوصاف كقوله : أنت طالق إن دخلت الدار إن أكلت رغيفًا إن كلمت زيدًا . وما ذكر الأصحاب محتملٌ) .

وإذا كان كذلك قلت : ما ذكره في الوسيط محمولٌ على ما ذكره الأصحاب ، وما ذكره في الوجيز محمولٌ على ما ذكره الإمام وهو وجه منقول ، والصحيح ما ذكره في الوسيط فإنه كذلك عند أهل العربية ، وما ذكره في الوجيز موافقٌ لعُرْفِ العامة ، فعلى هذا لم يكن ما ذكره الشيخ مخالفًا ، فكأنه اختار في الوسيط في زمان وما في الوجيز في زمان آخر ، وأما ما ذكره من النظير فيحتمل أن يقال : التعليق معلق على الآخر كما أن قوله : « إن كلمت زيدًا فأنت مدبر » معلقٌ على الكلام ، والكلامُ لما لم يكن بعده تعليق فهذا آخرُ كنظير مسألتنا .

إذا ثبت هذا فأقول : تعليق التعليق يختلف الحكم فيه باختلاف المشروط ، وإذا كان كذلك فأقول : إذا قال =

الثاني عشر : إذا قال : أربعكن [١] طوالق إلا فلانة . قال القاضي : لا يصح هذا الاستثناء ؛ لأنه صرّح بالأربع ، وأوقع عليهن . ولو قال : أربعكن إلا فلانةَ طوالقُ ، قال : يصح الاستثناء . والمسألةُ محتملة ؛ إذ ليس يلوح الفرقُ بين عدد المطلقات وبين عدد الطلقات ، ولا بين التقديم والتأخير ، ويلزمه [٢] أن يقول : لو قال : لفلانٍ أربعةُ أعْبُدٍ إلا واحدًا [٣] ، يلزمه الثلاثة [٤] . ولا شك في أنه لو قال : « لفلانٍ هؤلاء الأعبدُ الأربعُ [٥] إلا هذا » لم يصح الاستثناء [٦] ؛ لأن الاستثناء في المعين لا يُعتاد ، ويتأيّد بذلك كلامُ القاضي .

الثالث عشر : إذا قال مَنْ يلتمس من غيره أن يُطَلِّق زوجته : أطلقتَ زوجتَك ؟ فقال : نعم ، فإنْ نوى وقعَ الطلاق . وإن لم ينوِ فقولان :

= إنسان لزوجته : « إن ركبت إن لبست » لم تطلق إلا باللبس والركوب بعده ، ويُسَمَّى هذا عند أهل العربية اعتراضَ الشرط على الشرط ، فإن لَبِسَتْ ثم ركبت طَلُقَتْ ، وإن ركبت ثم لبست لم تطلق ؛ لأنه جعل اللُّبْسَ شرطًا في الركوب ، فوجب تقديمُه ، ولأن العادة أن يلبس الإنسانُ ثم يركب فاقتضاه ذلك عند التعليق .

وإن قال : أنت طالقٌ إذا قمت إذا قعدت ، لم تطلق حتى يوجد القيامُ والقعود ، ويتقدَّم القعودُ على القيام ؛ لأنه جعله شرطًا فيه . وإن قال : إن أعطيتكِ إن وعدتك إن سألتيني فأنت طالق ، لم تطلق حتى يوجد السؤالُ ثم الوعد ثم العطية ؛ لأنه شَرَطَ في العطية الوعدَ وشَرَطَ في الوعد السؤال ، فكأن معناه : إن سألتيني فَوَعْدتُكِ فأعطيتُك فأنت طالق .

قلت : المعنى يقتضيه فيحمل عليه فإن قال : إن سألتيني إن أعطيتك إن وعدتك فأنت طالق ، لم تطلق حتى تسأل ثم يوعدها ثم يعطيها ، لأن معناه : إن سألتيني فأُعْطِيكِ إن وعدتُك ، وإن وعدتك فأنت طالق ، وإذا كان كذلك فكل ما كان قرينةُ العرف تقتضيه ترتُّب عليه ذلك ، سواء كان مقدمًا أو مؤخرًا ، فعلى هذا يتجه الخلاف في مسألتنا المتقدمة إن نظرنا إلى كونه ليس في تقدُّم الدخول على الكلام مزيدُ اختصاصٍ ، ولا في تقديم الكلام على الدخول كذلك - كان ملحقًا الصورة الأولى ؛ لأنه الغالب ، وإن نظرنا إلى اللفظ كان ملحقًا بالصورة الثانية ؛ لأنها مرتبةٌ ، وعلى هذا يترتب هذا الفصل » . مشكلات الوسيط (ق ١٥٩ / أ - ١٦١ ب) .

(١) في (أ) : « أربعتكن .. » . (٢) في (أ) : « ويلزم » .

(٣) في الأصل : « إلا واحد » والصواب « واحدًا » وهو ما في (أ) .

(٤) في (أ) : « الثلاث » . (٥) في (أ) : « الأربعة » .

(٦) كلمة « الاستثناء » ساقطة من (أ) .

أحدهما : لا ؛ لأن قوله : نعم ، ليس فيه لفظُ الطلاق ، فكيف يصير صريحًا .

والثاني : أن الخطاب كالمعاد في الجواب [1] .

أما إذا كان في معرض الاستخبار ، فقولُه : نعم ، صريحٌ في الإقرار . ولو قالت المرأة : طلاق دَهْ مرا [2] فقال : دَادَمْ [3] ، قال الأصحاب : لا يقع شيء ؛ [4] لأن هذه اللفظة لا تصلح للإيقاع [4] . وقال القاضي : يقع ؛ لأن المبتدأ يصير مُعَادًا في الجواب ، وهو مذهب أبي يوسف .

ولو قال الدلالُ لمالك المتاع : أبعتَ ؟ فقال : نعم ، لم يصلح هذا أن يكون [5] إيجابًا . وقال : بعتُ ، لم يصلح أيضًا أن يكون خطابًا للمشتري ؛ فإنه خطاب مع الدلال . ولو قيل له : ألك زوجةٌ ؟ فقال : لا ؛ قال المحققون : هذا كناية في الإقرار . وقال القاضي : هو صريح في الإقرار . ثم إن كان كاذبًا لم تطلق زوجته في الباطن .

الرابع عشر : لو قال [6] : « إن لم تذكري عدد الجوزات التي في البيت ، فأنت طالق ، فطريقها أن تذكر كلَّ عدد يحتمل أن يكون ، فلا يزال يجري على لسانها الواحدُ بعد الآخر .

---

(١) وهذا هو الأظهر ، وعليه فيقع الطلاق . انظر الروضة (٨ / ١٧٩ ، ١٨٠) .

(٢) هذه جملة فارسية ، ومعناها : أعطني الطلاق أو طَلِّقْني . وتحليلها هكذا :

طلاق : كلمة عربية .

دَهْ : فعلُ أمرٍ من الفعل الفارسي (دَادَنْ) بمعنى : أَعْطِ . مرا : الميم : ضمير المتكلم : أنا ، وهذه « الراء » إذا جاءت معه تجعله مفعولًا به أو في حالة المفعولية .

(٣) وهذه باللغة بالفارسية أيضًا ومعناها : أعطيتُ . وتحليلُها هكذا :

داد : فعل ماضٍ من الفعل (دَادَن) الفارسي بمعنى : أَعْطى .

م : ضمير المتكلم : أنا ، أو تاء الفاعل المتكلم .

(٤) في (أ) : « لأن هذا اللفظ لا يصلح للإيقاع » .

(٥) في (أ) : « لِأَنْ يكون » .

(٦) في (أ) : « إذا قال » .

ولو قال : إن لم تُعَرِّفيني (١) عدد الجوزات ، لا يكفيها ذلك / فإن التعريف لا يحصل بذلك . ٢٠٠/ب
وقيل : إنه يكفيها . وهو بعيد . ولو قال : إن لم تُمَيِّزي نَوَى ما أكلتُ عن نوى ما أكلتِ - وقد اختلطت (٢) النوى - فأنت طالق ، فسبيلُها أن تُبَدِّد النوى بحيث لا يتماسُّ اثنتان ، فيكون قد حصل التمييز ، هكذا قاله الأصحاب ، وفيه نظر ؛ لأنه لا يظهر إطلاقُ التمييز المفرّق ، ولكن إذا لم يكن له نيةٌ ، اتبعوا مجرد وضع اللغة .

ولو كان في فيها (٣) تمرةٌ ، فقال : أنت طالق إن بلعتيها ، أو قذفتيها ، أو أمسكتيها (٤) ، فطريقُها أن تأكل النصفَ ، وتقذف النصف ، وهذا بيِّنٌ .

ولو قال - وهي على سُلّم - : أنت طالق إن مكثتِ ، أو صعدتِ ، أو نزلتِ ، فطريقُها أن تَطْفِر طَفْرَةً (٥) ، أو تُحْمل ، أو (٦) يُوضع بجنبها سُلّم ، فتنتقل إليه . ولو قال : إن أكلت هذه الرمانة فأنت طالق ، فَلْتأكُلها إلا حبةً . ولو حلف على رغيف ، فَلْتأكل إلا الفتات .

والضابط في هذا الجنس : أن ننظر إلى العرفِ واللغة جميعًا ، فإن تطابقا فذاك ، وإن اختلفا فميلُ الأصحابِ إلى اللفظ ، ومَيْلُ الإمامِ (رحمه الله) إلى أنّ اتِّباع العُرف أَوْلَى .

الخامس عشر : إذا شافهتْه بما يكره ، من شتيمة وسَبّ ، فقال : إن كنتُ كذلك فأنتِ طالق ، فإن قصد المكافأة ، أي : إن كنت (٧) كذلك فأنت طالق ، طلقت في الحال ، كانت تلك الصفةُ موجودةً أو لم تكن . فإن قصد التعليق ، فطلبُ وجودِ تلك الصفة وعدمُها : بالرجوع إلى العرف . فإن أطلق - وقد ظهر في العرف ذِكْرُ ذلك للمكافأة - احتمل وجهين ؛ لأن اللفظ بالوضع للتعليق ، (٨ وبالعرف للمكافأة . ولعل اتباع اللفظ أولى ٨) ؛ فإنه الأصل الموضوع ،

---

(١) في الأصل : « إن لم تَعْرِفين » وهو خطأ واضح ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « وقد اختلط » .

(٣) أي في فمها .

(٤) كذا بالنسخ ، والصواب لغةً : « إن بلعتِها ، أو قذفتِها ، أو أمسكتِها » .

(٥) أي تقفز قفزةً . انظر تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ١ / ١٨٧) . المصباح المنير (٢ / ٥٧١) .

(٦) في الأصل : « أن » والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « إذا كنت » .

(٨) ما بين ساقط من (أ) .

والعرفُ يختلف ويضطرب (١) . وقد وقع في الفتاوى أن امرأة قالت لزوجها : يا جهود روى (٢) . فقال : إن كنتُ كذلك فأنت طالق ، فطلب المفتون تحقيق هذه الصيغة (٣) . فقيل : [إنه] (٤) يحمل على صفار الوجه ، وقيل : هو ذِلةٌ وخساسة . وقال الإمام : هذه الصفة لا تتصور في المسلم ، فلا يقع الطلاق . وهذا فيه نظر ؛ لأن الخيال قد يتصور وصفًا لا محالة حتى يصف به المسلم ، فتارةً يصدق وتارة يكذب . ووقع أيضًا أنْ قال رجلٌ لزوج ابنته في مخاصمته : كم تُحرِّكُ لحيتُك ؟ فقد رأيتُ مثلَ هذه اللحية كثيرًا . فقال : إن رأيتَ مثلَ هذه اللحية كثيرًا فابنتُك طالق ، وقد قصَدَ التعليق ، فقلتُ : لا شك أن اللحية ليست من ذوات الأمثال إن نُظِرَ (٥) إلى شكلها ، ولونها ، وعدد شعورها ، وذلك هو المثل المحقق . ولكن ذكرُ اللحيةِ في مثل هذا الموضع ، كنايةٌ عن الرجولية والجاه ، وذلك مما يكثر أمثالُه ؛ فبالحريِّ أن نميل هاهنا إلى العُرْف ونُوقع الطلاقَ ، وليس يبعد أيضًا الميلُ إلى موجب اللفظ ونَفْيِ الطلاق .

السادس عشر : إذا قال : إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق اليوم ، ولم يطلقها حتى انقضى اليوم . قال ابن سريج : لا يقع ؛ لأنه عند تحقق الصفة فات وقت الطلاق . وهذا يَرِدُ عليه قولُه : إن لم أطلقك فأنت طالق ، فإنّا نتبين عند موته وقوعَ الطلاق في آخر العمر ، والعمرُ في هذا المعنى ، كاليوم ؛ إذ فيه يتحقق الطلاقُ والصفةُ جميعًا ، ولا فَرْقَ بين المسألتين .

السابع عشر : إذا قال : أنت طالق بمكة ، وأراد التعليق بدخولها : جاز . وإن أطلق ، حُمِل على التعليق على وجه . وحُكِم بالتنجيز على وجه ؛ إذ ليس فيه أداة التعليق .

الثامن عشر : لو قال : إن خالفتِ أمري فأنت طالق ، ثم قال : « لا تُكلمي زيدًا » فكلمت ،

---

(١) ورجح في الوجيز أيضًا أنّ الأولى في هذا أن تكون الصيغة للتعليق في هذا الموضع . انظر الوجيز (٢ / ٧٠) والروضة (٨ / ١٨٥) .

(٢) وهي كلمة تقال لمن اتصف بالذلة والخساسة ، أو لمن كان مصفرّ الوجه كما سيأتي ، وانظر مغني المحتاج (٣ / ٣٣٤) .

(٣) في (أ) : « الصفة » .

(٤) زيادة من (أ).

(٥) في (أ) : « إن نظرنا » .

قالوا : لا يقع ؛ لأنها خالفت النَّهْيَ دون الأمر . ولو قال : « إن خالفتِ نَهْيِي ... » ثم قال : قومي ، فَقَعَدتْ [قالوا] [(١)] : وقع ؛ لأن الأمر بالشيء نَهْيٌ عن أضداده ، فكأنه قال : لا تقعدي ، فقعدت . وهذا فاسد ؛ إذ ليس الأمرُ بالشيء نَهْيًا [(٢)] عن ضدّه فيما نختاره ، وإن كان ، فاليمين لا يُبْنى عليه ، بل على اللغة أو العرف . نعم ، في المسألة الأولى نَظَرٌ من حيث العرف .

التاسع عشر : إذا قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال : نَجَّزْتُ تلك الطلقة المعلقة ، ثم دخلتْ [الدار] [(٣)] ففي الوقوع وجهان ، حاصلُه يرجع إلى أن المعلّقة [(٤)] ، هل يمكن تعجيلُها بعينها ؟ .

العشرون : إذا قال : أنت طالق إلى حين أو زمان ، فإذا مضى لحظةٌ ، طلقت ؛ فإن اللحظة « حين » و « زمان » . ولو قال : « إذا مضى / حقْبٌ فأنت طالق » أو « عصرٌ » . قال الأصحاب : ٢٠١/أ
يقع بمضيٍّ لحظة ، وهذا بعيد . وتوقَّف أبو حنيفة (رحمه الله) في هذه المسألة ، وهو محل التوقّف ، ولكن إيقاعُه بلحظةٍ لا وجْهَ له .

ولو قال : أنت طالق اليوم إذا جاء الغد ، قال صاحب « التقريب » : لا يقع غدا ؛ لِتَصَرُّمِ اليوم ، ولا اليومَ ؛ لعدمِ مجيء الغد . قال الإمام : يحتمل أن يقال : إذا جاء الغد تَبَيَّنَ وقوع الطلاق كما إذا قال : إذا مات فلانٌ فأنت طالق قبله .

الحادي والعشرون : قال الشافعي (رضي الله عنه) : إذا قال : إن قدم فلان فأنت طالق ، فَقُدِم به ميتا : لم تطلق [(٥)] . وهذا يلتفت على أن الصفة إذا حصلت بالإكراه أو مع النسيان ، فهل يحصل الحنث ؟ فيه قولان ، واختار القفال أن اليمين بالله يؤثر فيه النسيانُ والإكراهُ دون الطلاق ؛ لأن ذلك تعليق [(٦)] بهتك حرمة ، وهذا يتعلق بوجود الصورة [(٧)] . ولا خلاف في أنه لو قصد مَنْعَها عن المخالفة ، وعلّق على فَعْلها ، فنسِيتْ : لا تطلق . وإن أُكرهت ، فيحتمل الخلاف ؛ لأنها مختارة . وأما مسألة القدوم على كل حال ، فهو كما قال الشافعي (رضي الله

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في الأصول : « نَهْي » وهو خطأ ظاهر .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) أي الطلقة المعلقة .

(٥) انظر الأم (٥ / ١٨٦) . مختصر المزني ص (١٩٣) .

(٦) في (أ) : « يتعلق » .

(٧) في (أ) : « الصفة » .

عنه) ؛ لأن الموت يُنَافي القدومَ .

ولو قال : إن رأيتِ فلانًا فأنت طالق ، فرأته ميتا ، وقع [الطلاق] (١) . ولو رأته في ماءٍ يَحْكي لونَه : وقع . وإن رأته في المرآة ففيه احتمال . ولو قال ذلك لامرأته العمياء ، فالظاهر أنها لا تطلق بمجالسته ، ولو قال : إن مَسَسْتِه ... (٢) ، طلقت بمسِّه حيًّا وميّتا ، ولا تطلق بالمسّ على حائل ، (٣ولا بِمَسِّ الشعر والظفر ٣) وإذا علق بالضرب لم يحنث بضربه مَيّتا ، ولا يحنث بضرب الحيّ بأنملته ؛ حيث لا إيلام فيه أصلًا . ولو قال : إن قذفتِ فلانًا ، حنث بقذفه ميتا ، ولو قال : إن قذفت في المسجد ، معناه : كون القاذف في المسجد ، ولو قال : إن قتلت [في المسجد] (٤) فمعناه كون المقتول في المسجد .

الثاني والعشرون : إذا قال : إن كلمتِ فلانًا فأنت طالق ، فكلمتْه ، ولكن لم يسمع لعارضِ لَغَطٍ وذُهولٍ ؟ قال الأصحاب : طلقت . ولو كان المُكَلَّم أصمَّ ، فلم يسمع ، ففيه وجهان . ولا خلاف أنه لو كلمتْه بِهَمْسٍ بحيث لا يسمع : لا يكون كلامًا ، نعم ، لو كان وجهها إلى المتكلم ، وعلم أنها تكلِّمه ، وكان بحيث لو فرضت الإصاحة لَسمِعَها ، فينبغي أن يقع الطلاق . ولو كلمته على مسافة بعيدة ، لا يحصل الاستماعُ بمثله : لم يحنث . فلو حمل الريحُ الصوتَ (٥) ، فالظاهرُ أنه لا يحنث . ولو كلَّمته في جنونها ، فذلك كالنسيان والإكراه .

الثالث والعشرون : إذا قال : إذا رأيت الهلال فأنت طالق ، طلقت برؤية غيرها ، ولو فسَّر بالعيان ، فهل يُقْبل ظاهرًا ؟ فيه وجهان . قال القفال : هذا في اللغة العربية ؛ إذ الرؤيةُ يُرَاد به العلم ، أما في الفارسية فلا . وفيه نظر ، إذ يقال بالفارسية : «رأينا الهلال ببلدة كذا » ولا يُرَاد به العيان .

ولْنقتصِرْ على هذه الفروع ، فإن هذا الجنس لا يتناهى ، وإنما ذكرنا هذا القدر ليحصل التنبيهُ بِحُسْن التصرف في تحقيق الصفات ، والله أعلم (٦) .

* * *

(١) زيادة من (أ) .
(٢) يعني : فأنت طالق .
(٣) في (أ) : « ولا بمس الظفر » بدون كلمة « الشعر » .
(٤) زيادة من (أ) .
(٥) في (أ) : « صوتا » .
(٦) قوله : « والله أعلم » ليس في (أ) .

كِتَابُ الرَّجْعَةِ (١)

وفيه بابان

(١) الرَّجعة : بفتح الراء أفصح من كسرها ، وهي لغةً : المرة من الرجوع . واصطلاحًا : ردّ المرأةِ إلى النكاح من طلاقٍ غير بائن في العدة على وجه مخصوص . انظر معجم لغة الفقهاء ص (٢٢٠) .

الباب الأول
في أركان الرجعة وأحكامها

(وفيه فصلان)

الفصل الأول في الأركان

وهي ثلاثة [1] :

المُرْتَجِع ، والمرأة ، والصّيغة .

الأول : المرتجع . ولا يُشترط فيه إلّا أهليةُ الاستحلال والعقد ، كما في أهلية النكاح ، وقد سبق .

الركن الثاني : الصيغة . فنقول : كل مَنْ طلق زوجته طلاقا مستعقِبًا للعدّة ، ولم يكن بعِوَض ، ولم يَسْتوفِ عددَ الطلاق : ثبتت له الرجعة ، بنصّ قوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [2] وبنصّ قول النبي ﷺ : « مُرْهُ فلْيراجِعْها » في حديث ابن عمر [3] ، وبإجماع الأمة [4] .

---

(١) ذكر الغزالي (رحمه الله) في الوجيز (٢ / ٧٠) أن أركانها أربعة ، وعد فيها « السبب الموجب للرجعة » فقال : وهو كل طلاق يستعقب عدةً ، ولا عوضَ فيه ، ولم يستوف عدد الطلاق . وتسميته ركنا تجوُّز ، وإلا فهو سببٌ ، لا ركنٌ من أركانها . قلت : وفي الروضة تفصيل حسن قال : والمطلقات قسمان :

(القسم الأول) : من لم يستوف زوجُها عدد طلاقها ، وهي نوعان ؛ بائن ، ورجعية . فالبائن : هي المطلقة قبل الدخول ، أو بعوض ، ولا تحل له إلا بنكاح جديد . والرجعية : هي المطلقة بعد الدخول بلا عوض .

(القسم الثاني) : مطلقةٌ استوفى عدد طلاقها ، فلا تحل له برجعة ولا بنكاح إلا بعد محلِّل .

ثم قال : « وإن شئتَ اختصرتَ ، فقلتَ : الرجعيةُ مطلَّقةٌ بعد الدخول بلا عوض ولا استيفاء عدد » . روضة الطالبين (٨ / ٢١٤) .

(٢) من الآية (٢٢٨) من سورة (البقرة) .

(٣) رواه البخاري في صحيحه (٩ / ٢٥٨) (٦٨) كتاب « الطلاق » (١) باب قوله تعالى : ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة ﴾ حديث (٥٢٥١) . مسلم (٢ / ١٠٩٣) (١٨) كتاب « الطلاق » (١) باب « تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعتها » حديث (١٤٧١) .

(٤) انظر الإجماع لابن المنذر ص (٤٣) . ومراتب الإجماع لابن حزم ص (٧٥) .

وصريحُ صيغة الرجعة - بالاتفاق - ثلاثةٌ : قولُه : « رجعتُ » و « راجعتُ » و « ارتجعتُ » (١) . وترددوا في ثلاثة ألفاظ :

أحدها : قولُه : « رَددتُ » أَخْذًا من قوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ﴾ فمنهم من قال : هو صريح ؛ لورودِ القرآنِ به (٢) . ومنهم من قال : لا ؛ (٣ لأنه لا يتكرر ٣) .

ثم إذا جعلناه صريحًا ، فالظاهرُ أنه لابُدّ من صلة ،وهو أن يقول : « رددتُها إليّ » أو « إلى النكاح » ؛ لأنه من غير صلة يُشعر بالردّ المضادّ للقبول . وأما قولُه : راجعت وارتجعت ، فلا يحتاج إلى الصلة / وكذلك قوله : رجعْتُ ؛ لأنه يستعمل لازمًا ومتعدّيًا . ٢٠١/ب

الثاني : لفظ « الإمساك » . وفيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) : أنه صريحٌ ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ ﴾ (٤) .

(والثاني) : أنه كناية ؛ لأنه لا يتكرر (٥) .

(والثالث) : أنه ليس بكناية أيضًا ؛ لأنه يُشْعر بالاستصحاب ، لا بالاستدراك (٦) .

---

(١) ويلحق بهذه الألفاظ ما اشتق منها كقوله : أنت مُرَاجَعة أو مرتجعة ونحو ذلك . مغني المحتاج (٣ / ٣٣٦) .

(٢) والأصح أنها صريحة . انظر : الروضة (٨ / ٢١٤) . الغاية القصوى (٢ / ٨١٥) . مغني المحتاج (٣ / ٣٣٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأنه لم يتكرر » وهو أليق .

(٤) من الآية (٢) سورة (الطلاق) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لم يتكرر » .

(٦) والأصح أنها صريحة. انظر الروضة (٨ / ٢١٥) والمنهاج مع المغني (٣ / ٣٣٦) . والغاية القصوى (٢ / ٨١٥)

قال الحموي : « قوله في الرجعة : (الثانية : بلفظ الإمساك ، وفيه ثلاثة أوجه : أحدها : أنه صريح لقوله تعالى : ﴿ فأمسكوهنّ بمعروف ﴾ والثاني : أنه كناية ؛ لأنه لم يتكرر . والثالث : أنه ليس بكناية ؛ لأنه يشعر بالاستصحاب لا بالاستدراك) .

قلت : ذكر الشيخ في تعليل الوجه الثاني : لأنه لا يتكرر لفظُ الإمساك ، وإنه ليس كذلك فإنه قد تكرر في =

الثالث : لفظ « التزويج » و « الإنكاح » . وفيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه صريح ؛ لأنه صلح [1] لأجل العقد والحِلّ [1] ، فبِأَنْ يَصْلح للدوام أَوْلى .

والثاني : لا ؛ لأنه لم يرد القرآنُ به في الرجعة ، وهو مأخذُ الصريح ؛ فهو كنايةٌ [2] .

والثالث : أنه ليس بكناية أيضًا [3] ؛ [لأنه] [4] لا يُشْعر به .

فإن قيل : وهل تنحصر صرائحُ الرجعة [5] بالتعبّد ، كالطلاق والنكاح ؟ أم لا تنحصر ، حتى تحصل بما يدلُّ على المقصود ، كقوله : رفعتُ التحريمَ العارض بالطلاق [6] ، وأعدتُّ الحِلّ الكامل ، وما يجري مُجْراه ؟ قلنا : حَكَمَ العراقيون بالانحصار ، وزعموا أن الخلافَ في لفظ « الإمساك » و « الردّ » . كالخلاف في لفظ « المفاداة » في الطلاق [7] والخلاف فى لفظ

= القرآن قوله تعالى : ﴿ فأمسكوهن بمعروف ﴾ وقوله تعالى : ﴿ فإمساك بمعروف ﴾ فدلَّ على أنه متكرر ، وذلك يخالف ما ذكره .

قلت : وإن كان كذلك لكن المعني في التكرُّر أنه إذا وقع في موضع لم يوجد في موضع آخر ما يخالفه ، وهنا قد وقع في القرآن ما يخالف هذا التكرار في قوله تعالى في قصة زيد بن حارثة : ﴿ أمسك عليك زوجك ﴾ أي اسْتَدِمْ نكاحها الثابت ، فعلى هذا لا يكون ما ذكره متكررًا مع ورود هذه المخالفة ويخالف التكرارَ الواقع في الطلاق والسراح ، فإنه لم يقع في موضع آخر ما يخالفه ، وإليه يشير الشيخ وبه خرج الجواب .

ومعنى قوله في الوجه الثالث : (إنه يشعر بالاستصحاب لا بالاستدراك) معناه مستصحِبُ الإمساك للآية التي ذكرناها في زيد بن حارثة ، دون الاستدراك بعود الرجعة عند وقوع الطلاق » . مشكلات الوسيط (ق ١٥٧ / ب ، ١٥٧ / أ) .

(١) في (أ) ، (ب) : « لأصل العقد والحِلّ » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٨ / ٢١٥) والمنهاج مع المغني (٣ / ٣٣٦) . ورجحه البيضاوي في الغاية (٢ / ٨١٥) .

(٣) في (أ) : « أصلًا » بدل كلمة « أيضًا » .

(٤) كلمة : « لأنه » ساقطة من الأصل ، وثابتة في (أ) ، (ب) .

(٥) كلمة : الرجعة » ساقطة من (ب) .

(٦) في (أ) : « العارض بالطلاق للنكاح » . وفي (ب) : « العارض بالنكاح » .

(٧) قوله : « في الطلاق » ساقطة من (أ) .

« التزويج » من حيث الأولى ، وإلاّ فإذا كان الطلاق لا يقع بقوله : قطعتُ النكاح ، ورفعتُه ، واستأصلته - من غير نية الطلاق - فلا تحصل الرجعة أيضًا بقوله : رفعتُ التحريم ، بل أولى ؛ لأن الرجعة اجتلابُ حِلٍّ ، فهو بالتعبُّدأَحْرى [(١)] . وميلُ الشيخ أبي علي إلى أنه لا تنحصر صرائحه ، بخلاف « الطلاق » ووجْهُه أن « الرجعة » حكمٌ يُنبىء عنه لفظٌ من حيث اللسان ، فيقوم مقامَه ما يؤدّي معناه . وأما « النكاح » و « الطلاق » فأحكامُهما غريبةٌ ليس في اللغة ما يدل عليهما [(٢)] ؛ لأن للشرع فيه موضوعاتٍ غريبةً فلا تُؤخذ صرائحهما إلا من الشرع .

فإن قيل : هل [(٣)] تتطرق الكناية إلى الرجعة ؟ قلنا : الصحيح الجديد أن الإشهاد لا يُشترط في الرجعة ، [٤] وأن الزوج يستقلّ به ، فتتطرق إليه الكنايةُ [٤] ، بخلاف « النكاح » [(٥)] . وإن قلنا : يُشترط الإِشهاد ، فالشاهدُ لا يَطّلع على النية ، فيحتمل أن يقال : لابُدّ من الصريح ، ويحتمل خلافُه أيضًا ؛ لأن القرينة قد تُفْهِم .

فرع : فإن [(٦)] قال : مهما طلقتك فقد راجعتك فطلقها : لم تحصل الرجعة .

ولو قال مهما راجعتكِ ، فقد طلقتكِ ، فراجَعَها : حصل الطلاقُ ؛ لأن الرجعة في حكم الخيار ، فلا تقبل التعليق ، وإن كان يستقلّ به [(٧)] .

واعْلَمْ أن الفعل ، لا يقوم مقامَ اللفظ في الرجعة عند الشافعي (رضي الله عنه) [(٨)] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : تحصل الرجعة بالوطء ، وباللمس ، وبالنظر إلى الفرج بالشهوة . وقال

---

(١) ووافقه في الروضة وعلل بأن الطلاق صرائحه محصورة ، فالرجعة التي هي تحصيل إباحة أولى . (٢١٦/٨) .

(٢) في (أ) : « عليها » . والضمير يعود على « الأحكام » .

(٣) في (أ) : « فهل » .

(٤) في (أ) : « فإن الزوج يستقل بها ، فتتطرق الكناية إليها » .

(٥) نصّ الشافعي (رحمه الله) على أن الإشهاد ليس شرطا في الرجعة وإن كان ذلك مندوبًا عنده . انظر الام (٢٤٥/٥) . مختصر المزني ص (١٩٦) . روضة الطالبين (٨ / ٢١٦) . الوجيز (٢ / ٧٢) .

(٦) في (أ) : « إذا » .

(٧) في (أ) : « بها » .

(٨) انظر الأم (٥ / ٢٤٤) . مختصر المزني ص (١٩٦) .

مالك (رحمه الله) : إنْ قَصَدَ بالوطء الرجعةَ حصل ، وإلّا فلا (١) .

الركن الثالث : المحلّ . وهي المرأة ، وشرطُها أمران : أن تكون معتدة . وأن تكون محلًّا للاستحلال .

الشرط الأول : أن لا تَحْرُم بردّتها (٢) ، فإذا ارتدت فراجعها ، ثم عادت إلى الإسلام ، فقد نص الشافعي (رضي الله عنه) أنه لابد من استئناف الرجعة ؛ لأن المقصود الحِلُّ ، والمحلُّ غيرُ قابلٍ (٣) . وقال المزني (رحمه الله) : « نتبينُّ بعودها صحةَ الرجعة ؛ إذ نَتَبين به بقاءَ النكاح » (٤) ويَشهد لمذهبه (٥) ، أن الظاهر أن إحرامها وإحرامَه ، لا يَمْنع الرجعةَ بخلاف ابتداء النكاح ، إلا أنا نقول : الإحرامُ عارضٌ منتظَرُ الزوال ، كالصوم والحيض ، بخلاف الردة .

الشرط الثاني : بقاء العدة . ومهما انقضت العدةُ قبل الرجعة ، انقطعت . وإذا رأينا الخلوةَ

---

(١) اتفق الأئمة على أن الرجعة تصح بالقول . أما الفعل - كالوطء وغيره - فاختلفوا في اعتباره ، هل تصح به الرجعة أم لا ؟ على التفصيل الآتي :

مذهب الشافعية : أن الفعل لا يقوم مقام اللفظ في الرجعة ، ولابد من اللفظ ، سواء كان صريحًا أو كناية مع النية . وهو رواية عن أحمد (رحمه الله) . انظر : الأم (٥/ ٢٤٤) . روضة الطالبين (٨/ ٢١٧) مغني المحتاج (٣/ ٣٣٧) .

ومذهب الحنفية : أن الرجعة تصح بالقول والفعل كوطءٍ ، وتقبيل بشهوة ، وغير ذلك مما يحرم به المصاهرة عندهم ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا ولكن عندهم - أعني الحنابلة - لا تحصل بمباشرتها ، أو النظر إلى فرجها ، أو الخلوة بها لشهوة ، نصّ عليه أحمد (رحمه الله) . انظر : الهداية (٢ / ٢٨٤) . رءوس المسائل للزمخشري ص (٤٢٢) . المقنع ص (٢٤٥) . المغني لابن قدامة (٧ / ٢٨٣) . زاد المستقنع ص (١١٠) .

ومذهب المالكية : أنه إذا وطئها يَنْوي بذلك رَجْعَتَها ، عُدَّت رَجْعةً . وقالت طائفة من أصحاب مالك بأن الوطء رجعةٌ سواء قصدها أو لم يقصدها . انظر : الكافي ص (٢٩١ وما بعدها) . القوانين الفقهية لابن جزي ص (٢٣٩) . بداية المجتهد لابن رشد (٢ / ١٠٠) .

(٢) هذا هو الشرط الثاني في ترتيبه .

(٣) انظر نصّ الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (١٩٦) .

(٤) حكى المزنيُّ (رحمه الله) قول الشافعي السابق ثم تعقبه بقوله : « وأشبهُ بقوله عندي : أن تكون رجعةً موقوفة - يعني رجعتها وهي مرتدة - فإنْ جَمَعَهما الإسلام قبل انقضاء العدة علمنا أنه رجعة ، وإن لم يجمعهما الإسلام قبل انقضاء العدة ، علمنا أنه لا رجعة » . انظر مختصره ص (١٩٦) .

(٥) في الأصل « بمذهبه » . وما في (أ) ، (ب) أولى ، وهو المثبت .

موجبةً للعدة على المذهب الضعيف ، ثبتت الرجعة في عدتها (1) ، وفيه وجه ضعيفٌ : أنه لا تثبت . نعم ، إذا أثبتْنا العدة بالإتيان في غير المأْتى ، ففي الرجعة وجهان (2) ؛ لأن إيجاب العدة [به] (3) نوعُ تغليظٍ .

ثم انقضاءُ العدةِ يختلفُ باختلاف أنواع العدة ، وهي ثلاثة :

الأول : الحمل ، وتنقضي العدة بوضْع الولد ، حَيًّا وميتًا ، وناقصًا وكاملًا ، ان كانت الصورة والتخطيطُ قد ظَهر عليه . فإن كان قطعة لحم ، ففي انقضاء العدة به قولان . والقولُ قولُ المرأة إذا ادّعت الوضعَ ، على أظهر الوجهين . وقال أبو إسحاق المروزي : يلزمها البينةُ ؛ لأن القوابل يَشْهدن (4) الولادة ، وربما صدقها (5) في إجهاض السّقْط الناقص ؛ إذ القوابل لا يَشْهدن (6) .

ثم نحن إذا صدقناها ، فإنما نُصدِّق في مَظِنّة الإمكان . وإمكان الولدِ الكامل ، بعد ستة أشهر من وقت إمكان الوطء . وإمكانُ الصورة بعد مائة وعشرين يومًا . وإمكانُ قطعة لحم بعد ثمانين يومًا / وذلك لما رُوِي عن النبي ﷺ أنه قال : « بَدْءُ (7) خلْقِ أحدكم في بطن أمه ، أربعون يومًا نطفةً ، وأربعون يومًا عَلقةً ، وأربعون يومًا مُضْغة ، ثم يُبْعث إليه ملكٌ (8) فينفخ فيه الروحَ ، ويكتب أَجَلَه ، ورِزْقَه ، ويَكتب « أَشَقِيٌّ هو أم سعيدٌ » (9) . ٢٠٢/أ

(1) يعني بذلك أن من عقد على امرأة ، ثم خلا بها خلوةً تامة يتمكن فيها من وطئها - ولم يطأ - ثم طلقها ، فعليها عدة على قول ضعيف عند الشافعية ، وإذا كان عليها عدةٌ ، فله الرجعة .

(2) الأصح أنه ثبتت له الرجعة عليها كما أقره الغزالي في الوجيز (٢ / ٧١) والنووي في الروضة (٨ / ٢١٧) .

(3) زيادة من (أ) .

(4) في (أ) : « يشهدون » .

(5) في (أ) : « صدقناها » .

(6) من قوله : « الولادة .. إلى قوله : لا يشهدن » ساقط من (ب) .

(7) في الأصل ونسخة (أ) : « بُدُوّ » .

(8) في (أ) ، (ب) : « ثم يبعث الله ملكًا » .

(9) رواه البخاري (١٣ / ٤٤٩) (٩٧) كتاب « التوحيد » (٢٨) باب قوله تعالى : ﴿ ولقد سبقت كلمتنا لعبادنا المرسلين ﴾ حديث (٧٤٥٤) بإسناده عن عبد الله بن مسعود (رضي الله عنه) قال : حدثنا رسول الله - وهو الصادق المصدوق - : أنَّ خَلْقَ أحدكم ، يُجمع في بطن أمه أربعين يومًا وأربعين ليلة ، ثم يكون علقة مثله ، ثم يكون مضغة مثله ، ثم يُبْعث إليه الملكُ ، فيؤذن بأربع كلمات ، فيكتب رزقه ، وأجله ، وعمله ، وشقيٌّ أم سعيدٌ ، ثم ينفخ فيه الروح ... » الحديث . ورواه مسلم في صحيحه (٤ / ٢٠٣٦) حديث (٢٦٤٣) . ورواه الترمذي (٤ / ٣٨٨) برقم (٢١٣٧) جميعا من طرق عن الأعمش عن زيد بن وهب عن ابن مسعود (رضي الله عنه) مرفوعًا .

النوع الثاني : العدة بالأشهر . وذلك لا يُتصوَّر فيه نزاع . فإنْ فُرِضَ نزاعٌ ، فَيُرْجع إلى وقت الطلاق ، ويكون القولُ فيه قولَ الرجل .

النوع الثالث : الحيض . فإنْ طلَّقها في الطهر ، فأقلُّ مدةٍ تُصدَّق فيها ، اثنان وثلاثون يومًا وساعتان ؛ لأنا نُقَدر كأنْ (1) لم يَبْقَ من الطهر إلا ساعةٌ ، فيحصل قرءٌ بتلك الساعة . وإن قلنا : مجردُ الانتقال قرءٌ ، فلا تُعتبر هذه الساعة . ونُقدر اقترانَ الطلاق بآخر جزء من الطهر ، وأما ثلاثون يومًا ، فَلِطُهرين آخرين ؛ لأنّ أقل مدة الطهر ، خمسةَ عشرَ يومًا ، ويومان وليلتان بحيضتين (2) ، والساعةُ الثانية للشروع في الحيض حتى نتبين تمامَ القرء لا من نفس العدة .

وإن طلقها في الحيض ، لم تحسب بقية الحيض ، فَلْنقدر أنه وقع في آخر جزء ، فأقلُّ ما تحتاج إليه ثلاثةُ أطهار ، وهي خمسة وأربعون يومًا (3) ، وحيضتان ، وهي في يومين وليلتين ، ولابد من ساعتين كما سبق ، وجملتُه سبعة وأربعون يومًا ولحظتان .

وإن طلقها ، وهي صَبِيّةٌ لم تَحِضْ بعدُ ، وادّعت الحيضَ ، فأقلُّ مدتِها اثنان وثلاثون يومًا ولحظتان إلا إذا قلنا : إن القرء هو طهر محتوش بِدَمَيْن ، فتكون أقلُّ مدتها ، ثمانيةً وأربعين يومًا ولحظتين ؛ إذ لابُدَّ من ثلاث حيض ، وثلاثة أطهار .

هذا كلُّه في المضطرِبة العادة (4) ، أو المستقيمة على الأقلّ . فإن كانت لها عادةٌ مستقيمة على

---

(1) في (ب) : « كأنه » . (2) في (أ) : « لحيضتين » .

(3) كلمة : « يومًا » ساقطة من (ب) .

(4) قال الحموي : قوله : (النوع الثالث : الحيض : فإن طلقها في الطهر أقلُّ مدةٍ تُصَدَّقُ فيها اثنان وثلاثون يومًا وساعتان ... إلى قوله : لا من نفس العدة . ثم قال : (فإن طلَّقها في الحيض لم يحتسب بقية الحيض ، فيُقَدَّر أنه وقع في آخر جزء ، وأقلُّ ما تحتاج إليه ثلاثة أطهار ، وهي خمسة وأربعون يومًا ولحظتان ، وهي في يومين وليلتين فلابد من ساعتين كما سبق وجملته : سبعة وأربعون يومًا ولحظتان . فإن طلقها وهي صبية لم تَحِضْ فادَّعَتْ الحيضَ فأقلُّ مدتها اثنان وثلاثون يومًا ولحظتان إلا إذا قلنا : إن القرء هو طهرٌ مُحتَوَشٌ بِدمَيْنِ ، فيكون أقلُّ مدتِها ثمانية وأربعون يومًا ولحظتان ؛ إذ لا بد من ثلاث حِيَضٍ وثلاثة أطهار ، هذا كله في المضطربة العادة) .

قلت : ما ذكره الشيخ أولًا من أنه إذا طلقها في الحيض فإن أقلَّ مدتها اثنان وثلاثون يومًا ولحظتان مخالفٌ لما ذُكِرَ في معظم الكتب ، وذُكِرَ في المهذب اثنان وثلاثون يومًا ولحظة . =

غير الأقل ، فهل تُصَدَّق فيما ينقص من عادتها ؟ فيه وجهان ، والظاهرُ أنه يقبل ؛ لأن تَغَيُّرَ العادة ممكنٌ ، وهي مُؤتمنةٌ على ما في رحمها .

فرع :

إذا وطئها قبل الرجعة ، لزمها استئنافُ عدةٍ [1] ، وتندرج بقية العدة تحته . فإن كان قد بَقِيَ قرءٌ واحدٌ ، فله الرجعة إلى تمام ذلك القرء . وإن أَحبلها بالوطء ، ففي اندراج بقية العدة تحت عدة [2] الحمل خلافٌ [3] . فإذا أدرجْنا ، امتدت الرجعة [4] إلى وضع الحمل . وإن لم تندرج شَرَعت في عدة الحمل ؛ إذ لم [5] يقبل ذلك تأخيرا . فإذا وضعت الحملَ ، شَرَعَتْ في عدة الرجعة ببقيّة الأقراء ، وتثبت فيه الرجعةُ . [6] وهل تثبت في مدة الحمل ؟ فيه وجهان [6] .

* * *

= قلت : وإن كان الأمر كذلك لكن لما كان بهذه اللحظة يتحقق بها انقضاءُ العدة عدَّها معها ، وإن لم تكن من جملتها . وقد أشار الشيخ في هذه المسألة بقوله : (حتى يتيقن تمام القروء لا من نفس العدة) . فإذا ثبت هذا فأقول : يَرِدُ على الشيخ إشكالٌ آخر في مسألة الصبية فإنه قال : (إذا قلنا : إن القرء هو الطهر المحتوش بدمين فتكون أقلُّ مدتها ثمانية وأربعين يومًا ؛ إذ لا بد من ثلاث حيض) فإذا كان كذلك لم تكن فائدة في اللحظة الأخرى ؛ لأن ثلاثة أيام بلياليها ثلاثُ حيض متفرقة ، وخمسة وأربعون يومًا بلياليها ثلاثة أطهار ولحظة للانتقال .

وأما مسألة غير الصبية فإنه إذا طلقها في الحيض فإن أقلَّه لحظةٌ من الحيص ويومان آخران بليلتيهما حيض وخمسة وأربعون يومًا بلياليها أطهار ولحظة ، صار مجموع ذلك سبعة وأربعين يومًا ولحظتين ، إلا أن اللحظة الأخيرة ليست من العدة ؛ لأن الإقراء عندنا عبارةٌ عن الأطهار وقد وجدت .

وطريق الجواب عن مسألة الصبية أن يقال : وإن كانت تلك اللحظةُ ليست من العِدَّة إلا أنه يتحقق بها انقضاءُ العدة ، وبه خرج الجواب وهو على حسب الإمكان » مشكلات الوسيط (ق ١٥٨ / أ - ١٥٩ / أ) .

(١) في (أ) : « استئناف العدة » . (٢) كلمة : « عدة » ساقطة من (ب) .

(٣) وفي الروضة : أن بقية العدة تندرج تحت عدة الحمل ، وعليه فله الرجعة في عدة الحمل . وهو ما ذكره أيضًا البيضاوي (رحمه الله) . انظر روضة الطالبين (٨ / ٢٢١) . الغاية القصوى (٢ / ٨١٧) .

(٤) كلمة « الرجعة » ساقطة من (أ) . (٥) في (أ) : « لا ... » .

(٦) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

الفَصْلُ الثَّاني
في أَحْكَام الرّجْعيّة

وهي مترددةٌ بين المنكوحة والبائنة ؛ لأن الطلاق أَوَجَبَ خللًا في المِلْك ، ولم يُوجِبْ زوالَه . فَلِاخْتلالِه قُلنا : إنه يَحْرُم وَطْؤُها ، وقال الشافعي (رضي الله عنه) : « يلزمه المهرُ بالوطء ، راجَعها أو لم يراجعها » (١) . ونَصَّ في المرتدة - إذا وطئها ، ثم عادت إلى الإسلام - أنه لا مَهْرَ . فقيل : قولان بالنقل والتخريج . والفَرْقُ مُشْكِل ، وغايتُه أن الرجعة في حكم ابتداء أو استدراكٍ ؟ (٢) ، وعَوْدُها إلى الإسلام ، يُعيد الحلَّ السابق وليس في حكم الابتداء .

والصحيحُ أنه لا يجب الحدُّ وإن وجب المهر ؛ لأن الملك بالكليّة لم يَزُل . وشَبَّبَ بعض الأصحاب بخلاف (٣) فيه ، وعلى الجملة يحرم الوطء . وقَطْعُ الشافعيِّ (رضي الله عنه) بوجوب المهر ، يدلّ على اختلال أصل الملك إن لم يدلَّ على زواله . ويدلُّ على بقاءِ أصلِ الملك صحةُ الطلاق ، وصحةُ الخلع ، والظهار ، والإيلاء ، واللعان ، وجريانُ الميراث (٤) ، ولزومُ النفقة ، وفي الخلع قول قديم : أنه لا يصح (٥) .

ولو قال : زوجاتي طوالق ، اندرجت الرجعيةُ تحته ، وطلقت على الأصح ؛ لأنها زَوْجه (٦) في خمس (٧) آيٍ من كتاب الله تعالى . هذا لفظ الشافعي (رضي الله عنه) (٨) ، وأراد به آيةَ الإيلاء ، والظهارِ ، وغيرهما (٩) .

---

(١) انظر نصَّ الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (١٩٦) .

(٢) في (أ) : « في حكم ابتداء استدراك » بدون الواو .

(٣) في (أ) : « الأصل : « خلاف » والمثبت من (أ) . (٤) في (ب) : « التوارث » .

(٥) قوله : « أنه لا يصح » ساقط من (ب) .

(٦) في (أ) : « زوجته » وهو أيضًا استعمال صحيح ، وما في الأصل و(ب) هي اللغة الفصيحة في هذه الكلمة ، وبها ورد القرآن الكريم ، وهي لغة أهل الحجاز . انظر تهذيب الأسماء واللغات للنووي (٣ / ١ / ١٣٧) .

(٧) في (ب) : « بخمس .. » وهو صحيح أيضًا ، وكأن « الباء » تضمنت الاستدلال . أي : بدلالة خمسِ آيٍ .. » .

(٨) انظر روضة الطالبين (٨ / ٢٢٢) .

(٩) كآية اللعان والإرث والخلع ، وهو يعني أن هذه الآيات تضمنت أحكامَ هذه المسائل .

ولا خلاف في أنه لو اشترى زوجته الرجعية ، لزمه الاستبراءُ ؛ لأنها كانت محرَّمة . وإن استبرأها في صُلْب النكاح ، فلا استبراء على الأظهر . وقيل : إنه يجب ؛ لِتبدُّل جهة الحلّ . وقد قال بعض الأصحاب : تردُّدُ قولِ الشافعي (رضي الله عنه) في الخلع (١) ، يدلُّ على اختلاف قول الشافعي (رضي الله عنه) في أن الملك زائلٌ أم لا ؟ وقولُ بعضِ الأصحاب : إنه إن رَاجَعَ بعد الوطء فلا مهر . وإن لم يراجع ، يجب المهر : يدل على أن الملك موقوفٌ . فتحصَّلَ في زوال الملك ثلاثةُ أقوال (٢) .

* * *

(١) يعني بتردد الشافعي في صحة خلع الرجعية أن له قولين في هذه المسألة ، القديم : أنه لا يصح مخالعة الرجعية ، والجديد أنه يصح . انظر الوجيز (٢ / ٧٢) . الروضة (٧ / ٤٢٠) ، (٨ / ٢٢٢) .

(٢) والأقوال الثلاثة هي :

(الأول) : أن ملك الزوجية زال بالطلاق ، واستدلوا عليه بتحريم الوطء وغيره . ورجح هذا القولَ الغزاليُّ .

(الثاني) : أن الملك غير زائل ؛ لوقوع الطلاق وعدم الحدِّ إن وطئها ، وصحة الإيلاء والظهار واللعان وثبوت الإرث وعدم الإشهاد على الرجعة . ورجحه إمام الحرمين .

(والثالث) : وهو ما رجحه النووي واختاره الرافعي أن التحقيق في هذه المسألة أنه لا يُطلق القولُ بترجيح واحد منها ، ويختلف الراجحُ بحسب المسائل وظهور الدليل في أحد الطرفين . انظر الروضة (٨ / ٢٢٢ وما بعدها) .

البَابُ الثَّاني

في النزاع

وله صور [خمس] [١] .

الأولى : أن يتفقا على انقضاء العدة يوم الجمعة ، لكن الزوج قال راجعتُ يوم الخميس ، وقالت : بل يوم السبت ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : / وهو الذي ذكره المراوزة من عند آخرهم – وهو القياس – أن القول قولها [٢] ؛ ٢٠٢/ب لأنهما إذا اتفقا على الطلاق وانقضاءِ العدة ، فالأصلُ انقطاعُ النكاح ، والزوجُ يريد دَفْعَه بدعوى الرجعة فعليه الإثباتُ [٣] .

والوجه الثاني : – ذكره العراقيون – أن القول قولُه ؛ لأن الأصل بقاءُ النكاحِ ، والرجعةُ إلى الزوج ، وليس لها قول إلا في انقضاء صورة الأقراء ، والزوجُ ينكر بقاء العدة بعد يوم الخميس ، إذ الرجعة تقطع العدة . ويُحَقِّقه : أن الزوج لو ادَّعى الوطءَ في مدة العُنّة يُصَدق ، مع أن الأصل عدمُه ؛ لتقرير النكاح ، فهذا أولى .

والثالث : ذكره صاحب « التقريب » أن المصدّق هو السابق إلى الدعوى ، فإذا سبقت بدعوى الانقضاء ، فقد حكم الشرعُ بقولها بالتحريم ، فلا يرتفع بدعواه من غير بيّنة ، وكذلك إذا سبق الزوج . فعلى هذا ، إن تَسَاوَقَا ، رجع الوجهان ؛ لأنه زال المرجّح له .

الصورة الثانية : ألا يقع التعرضُ لوقت العدة والرجعة ، ولكن اتفقا على جريان الأمرين ، واختلفا في التقدم ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه المصدق ؛ لأن الأصل بقاء النكاح .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في الأصل : « قولهما » ، وهو خطأ واضح والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) وهذا القول الأول هو الصحيح الذي عليه جمهور الشافعية : أن القول قولها بيمينها ، إنها لا تعلمه راجع يوم الخميس . انظر : الوجيز (٢/ ٧٢) . روضة الطالبين (٨/ ٢٢٣) . الغاية القصوى (٢/ ٨٢٠) . مغني المحتاج (٣/ ٣٤٠) .

والثاني : أنها المصدقة ؛ لأنها مؤتمنة على ما في رحمها ، عاجزةٌ عن الإشهاد ، والزوجُ قادرٌ على الإشهاد على الرجعة .

الصورة الثالثة : أن يقع الوفاق على أن الرجعة جَرَتْ يوم الجمعة ، ولكن قالت : كانت العدة قد انقضت يوم الخميس . وقال الزوج : بل يوم السبت . فهذا كصورة الأولى ، فترجع [1] الوجوهُ الثلاثة .

الصورة الرابعة : أن يقع الوفاق على وقت انقضاء العدة ، ويدّعي الزوج رجعةً قبلها ، وأنكرت أصل الرجعة . قال صاحب « التقريب » : هي المصدقة بلا خلاف . والأظهرُ جريانُ الأوجه ؛ إذْ لم تُفَارق هذه الصورةُ ما قبلها ، إلا أنها أنكرت لفظ الرجعة ، وهناك إنما أقرت بلفظ الرجعة ، لا بحقيقة الرجعة .

الصورة الخامسة : النزاع مع قيام العدة . فإذا قال : راجعتُكِ أمس . فأنكرت ، فالقولُ قولُه ؛ لأنه قادر على الإنشاء ، فيُقْبَل قولُه ؛ كقول الوكيل قبل العزل . وقيل : الأصل عدم الرجعة ، فالقول قولها ، فإن أراد الإنشاء [2] فَلْيُنْشِئْ . والصحيح : أن إخباره [3] لا يجعل إنشاءً [3] ، وحُكي عن القفال : أنه إنشاء ، وهو بعيد ؛ لأن الشافعي (رضي الله عنه) قال : إنّ مَنْ أقرَّ بالطلاق كاذبًا لم يكن إنشاء .

فرع : إذا أنكرت الرجعة ، ثم أقرت . قال الشافعي (رضي الله عنه) : لم تمنع عنه [4] ؛ فهو كمن أَقَرّ بحقّ بعد الجحود . وهذا فيه إشكالٌ ؛ لأنها أقرت بالتحريم على نفسها ، ثم رجعت . ولو أقرت بتحريم رضاعٍ ، أو نسبٍ ، لم تمكنّ من الرجوع . ولكن الفرق أن الرجعة تصحّ دونها ،

---

(١) في الأصل : « فرجع » والمثبت من (أ) ، (ب) . وفي الروضة (٨ / ٢٢٤) أن الزوج يُصَدق بيمينه في هذه الصورة .

(٢) في (أ) : « إنشاءً » .

(٣) في (ب) : « يجعل إنشاءً » . وهو خطأ واضح . ويعني الإمام الغزالي (رحمه الله) بأن قول الزوج : « راجعتك أمس » لا يُجْعل إنشاءً ، أي إذا صدقنا المرأة ، فإذا أراد الزوج أن يرتجعها ، فَلْيُنْشِئ لفظًا ، ولا يُعْتدّ بقوله « راجعتك أمس » إنشاءً .

(٤) في (أ) : « لم تمنع منه » .

فلعلها أنكرت إذ لم تَعْرف ، ولا تُقِرُّ بالرضاع والنسب – وهو إثبات – إلّا على بصيرة . نعم ، مَنْ قال [1] : ما أتلفَ فلانٌ مالي ، ثم رجع إلى الدعوى ، لم يمكَّن ؛ لأنه أَقَرَّ على نفسه . وهاهنا جحدت حقَّ الزوج . فإذا توافقا لم يبطل حقّ الزوج . ولو قالت : ما رضيتُ في النكاح ثم رجعتْ ، فهذا محتمل ؛ لأنها تحقّق رضا نفسها ، ولذلك تحلف على البتّ ، ولكنها جحدت حق الزوج ، فالأظهر أنه يُغلَّب جانبُ الزوج وتمكّن المرأةُ من الرجوع .

* * *

---

(١) في (أ) : « لو قال » .

كِتَابُ الْإِيلَاءِ

وفيه بابان

أحدهما : في أركانه .

والثاني : في أحكامه .

الباب الأول
في أركانه

وصُورته أنْ يقول لزوجتِه : واللّهِ ، لا أُجامِعُكِ . ولقد كان هذا طلاقًا في الجاهلية ، ثم غَيَّر الشرعُ حكمَه ، وقضى بأنَّ الزوجَ بعد مُضِيِّ أربعةِ أشهرٍ ، يُجْبَر على الوطْء أو الطلاق .

والإيلاءُ في اللغة مُشتقٌّ من « الأَلِيَّة » وهي الحَلِف ، ولكنْ عُرْفُ الشرعِ خصَّصَه باليمين المعقودة [(١)] على الامتناع من وطء المنكوحة .

وأركانه أربعةٌ : الحالف ، والمحلوف به ، والمحلوفُ عليه ، والمدة المحلوف فيها [(٢)] .

الرُّكْنُ الأولُ
الحَالِفُ

وهو كل زوج يُتَصَوَّر منه الجماع . فقولُنا : (زوج) يشمل أصنافَ الأزواج ، من المسلم ، والكافر ، والحرّ ، والعبْد . وأبو حنيفة (رحمه الله) وإن خالف في ظِهار الذّمّيّ ، فقد وافق في صحة إيلاء الذّمّيّ [(٣)] .

ثم إذا رُفع الذميُّ إلينا ، حَكَمْنا عليه بحكم الإسلام حتى في إيجاب الكفارة .

ويخرج عن الضابط قولُ الرجل / لأجنبيةٍ : والله لا أُجامعكِ أبدًا ، فإنه إذا نكحها لم يكن [(٤)] ٢٠٣/أ

---

(١) في الأصل : « باليمين المعقود » والصواب ما في (أ) ، (ب) ؛ إذ لفظ « اليمين » مؤنث ، فيجب تأنيثُ وَصْفِه .

(٢) في (ب) : « بها » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن الذميّ يصح منه الإيلاء . وهو مذهب أبي حنيفة والحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٥/٢١٧) . الوجيز (٢ / ٧٢) . الإفصاح لابن هبيرة (٢ / ١٦٢) . طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف ص (١٣٠) . مختصر الطحاوي ص (٢١١) . المقنع لابن قدامة ص (٢٤٨) . المغني لابن قدامة (٧ / ٣١٤) .

ومذهب المالكية : أنه لا يصح إيلاء الكافر . لكن لو رضي الذمي في الإيلاء بحكمنا ، حكمنا عليه بذلك . انظر : الكافي لابن عبد البر ص (٢٨١) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢ / ٤٢٦) ، (٢ / ٤٣٠) . أحكام القرآن لابن العربي (١ / ١٨١) وما بعدها .

(٤) في (أ) : « لم يَصِرْ » .

مُؤليًا وإن كان الضرار حاصلًا ، ولكن الإيلاء كان طلاقًا وتصرفًا في النكاح ، فَغُيِّر حكمُه دون أصله ؛ فلا يصحُّ من الأجنبي ، وليس كلُّ ضررٍ يُدْفع ، وإنما المدفوع إضرارٌ من الزوج في حالة (١) الزوجية . وقد ذكر صاحبُ « التقريب » (٢) وجهًا غريبًا أن هذا إيلاءٌ . ولا يتجه إلا على قول غريب حكاه أيضًا في تعليق الطلاق بالملك على موافقة أبي حنيفة (رحمه الله) (٣) ، وهو غيرُ صحيح .

وأما الإيلاء عن الرجعية فصحيحٌ ، وإنما يُفيد إذا راجعها ؛ لأن العائد هو حِلُّ النكاح الأول ، فهي في حكم الزوجات .

وأما قولنا : (يُتصوَّر منه الجماع) : فيدخل فيه المريضُ المدنف (٤) ، والخصيُّ ، والمجبوبُ بعضَ ذكرِه ، فيصحُّ إيلاءُ جميعهِم ؛ لإمكان الوطء منهم على حال . فأما الذي جُبَّ تمامُ ذكَرِه ، فقد اختلف فيه النصوصُ ، وللأصحاب [فيه] (٥) طرقٌ . ومنهم من قال : قولان ، ووجهُ صحتِه : أنه إضرارٌ باللسان ، فيمكنُه الفيئةُ باللسان ، والاعتذارُ بالعجز ، كما في المريض . ومنهم من قطع بالبطلان (٦) ، وقال : القولان فيه (٧) إذا حلف ، ثم جُبَّ (٨) .

---

(١) في (أ) : « حالية » .

(٢) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٣) والقول الغريب الذي حكاه هو أن هذا يُعَدُّ إيلاءً مع أنه مع أجنبية . وهذا تخريج منه على تصحيح تعليق الطلاق بالملك ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) أنه إذا قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق ، ثم تزوجها تكون طالقًا . وهذا غير صحيح وغير معتد به عند الشافعية . أما عند الحنفية فصحيح ، إذ صححوا تعليق الإيلاء . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٠٩) . الفقه الإسلامي (٧ / ٥٤٠) .

(٤) في (أ) : « المريض والضعيف المدنف » . والمريض المدنَف هو الذي لازمه المرض . ويقال أيضًا : « الدَّنِف » . انظر : المصباح المنير (١ / ٣٠٨) مادة (د ن ف) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) وهو المذهب كما في الروضة (٨ / ٢٢٩) .

(٧) في (أ) : « فيما » .

(٨) وهذا لا يبطل إيلاؤه على المذهب . انظر الروضة (٨ / ٢٢٩) .

ومنهم من قطع [القول] (١) بأنه - وإن جُبَّ بعد الحلف - أنه يبطل الإيلاءُ ؛ (٢ لأنه أيضًا حصل اليأسُ من الحنث ، فهو كما لو قال : إن وطئتكِ فعبدي حرٌّ ، فمات العبدُ ، فإنه يبطل الإيلاء ٢) ؛ لحصولِ اليأس .

ثم إيلاءُ الرتقاءِ والقرناءِ ، كإيلاء المجبوب فيُخَرّج على (٣) الخلاف .

* * *

(١) زيادة من (ب) .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٣) في الأصل : « عن » وما أثبته من (أ) ، (ب) ، وهو أليق .

الركن الثاني

المحلوف به

والنظر فيه في ستةِ أقسام :

القسم الأول : الحلفُ بالله أو بصفةٍ من صفاته - وهي الأصل [1] - وفيه مسألتان :

إحداهما : أنه لو وطىء ، هل يَلزمه كفارةُ اليمين ؟ الجديد - وهو القياس - أنه يلزمه ؛ لأنه حنث في يمين بالله تعالى [2] . وفي القديم قولان . ووجهُه أن الإيلاء كان طلاقَ الجاهليةِ ، فغيَّره الشرعُ وجعلَه موجبًا للطلاق بعد مُدة ، [3] فكان حكمه بضرب المدة [3] . وإيجابُ الطلاقِ بدلٌ عن الكفارة ، ويشهد له [4] قولُه تعالى : ﴿ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [5] فإن هذا لا يُشعر بلزوم الكفارة ، بل يُشْعر بأنه يوجبُ المغفرةَ والرحمةَ . نعم ، لو حلف على أن لا يطأها ثلاثةَ أشهرٍ ، [6] تلزمه كفارةُ اليمين إذا حنث [6] ؛ لأن هذا ليس بإيلاءٍ ، وقيل بطَرْد القول القديم فيه أيضًا ، وهو بعيدٌ .

المسألة الثانية : أن صحة الإيلاء ، هل تختصُّ باليمين بالله تعالى أم يصحّ بالتزام العبادات ، وتعليق الطلاق ، وغيره ؟ الجديدُ : أنه لا يختص [7] ؛ لأنه منوطٌ بالإضرار ، والإضرارُ لانقطاعِ رجاءِ المرأةِ ، ورجاؤها ينقطع إذا ظهر مانعٌ للزوج ، وكما أن خوف الكفارة يمنع ، فكذلك خوف هذه اللوازم . وتوجيه القديم : أن الإيلاء ، مأخوذٌ من عادة

---

(١) في (ب) : « وهو الأصل » .

(٢) انظر : الأم (٥ / ٢١٧) .

(٣) في (أ) : « فكان حكمه - بَعْدُ - ضرب المدة » . والمدة هي أربعة أشهر ، كما في قوله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نسائهم تَرَبُّصُ أربعةِ أشهرٍ ، فإنْ فاءوا فإن اللّهَ غَفُورٌ رحيمٌ ﴾ [البقرة : ٢٢٦] .

(٤) في (أ) : « لذلك .. » .

(٥) من الآية (٢٢٦) من سورة (البقرة) .

(٦) في (أ) : « تلزمه الكفارة إذا حنث » . وفي (ب) : « تلزمه الكفارة إذا وطىء » .

(٧) انظر الأم (٥ / ٢٦٦) .

العرب - وهي اليمين بالله تعالى عندهم - فلا ينبغي أن يتصرف فيه بالمعنى . ولا تفريع بعدَهذا على هذا القول أصلًا .

فرع : لو كرّر الإيلاءَ بعد تخلُّلِ فَصْلٍ ، وقال : أردت التأكيدَ ، قُبِلَ على أحد الوجهين ؛ لأنه إخبارٌ ، فأشْبَهَ الإقرارَ دونَ الإنشاء ، وكذا في تعليق الطلاق خلافٌ مُرَتَّب ، وأولى بأن لا يُقبل ؛ لأنه بالإنشاءِ أشبَهُ .

القسم الثاني : في الحلف بالتزام العبادات . فإذا قال : إذا جامعتك فللّه عليّ صومٌ ، أو صلاةٌ ، أو عتقُ رقبة ، أو تصدُّقٌ بمالٍ : فهو مُؤْلٍ ، فإذا حنث ، ففيما يلزمه ، الأقوالُ المعروفةُ في يمين الغضب واللجاج [1] . نعم ، لو قال : إنْ وطئتكِ ، فللّهِ عليَّ صومُ هذا الشهرِ ، لم يصحَّ الإيلاءُ ؛ لأن المطالبة تتوجَّه بعد انقضاءِ الشهر وانحلالِ اليمين .

القسم الثالث : الحلف بالعتق . وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : إن جامعتك ، فعبدي حرٌّ ، فمات العبدُ - أو باعه ، أو أعتقه - انحلَّ الإيلاءُ بعد انعقاده ؛ لأنه خرج عن التعرض لالتزام شيء بالوطء . ولو قال : إن جامعتك فعبدي حرٌّ قبله بشهر ، صار مُؤليا ، ولكن تحسب مدة الإيلاء بعد مُضِيِّ شهرٍ ، فتكون المطالبة في الشهر السادس ؛ إذ لو وطيءَ في الشهر الأول ، لم يلزْمه شيءٌ ، فإن العتق لا يمكن تقديمُه على اللفظ ، فبعدَ تمامِ الشهر يتعرض للالتزام ، فلو باع العبدَ في منتصف الخامس ، طُولب في

---

(١) لجّ في الأمر « لججًا » و « لَجاجا » . واللجاج هو تماحك الخصمين وتماديهما . ويمينُ الغضب واللجاج ، هو أن يقول أحد الخصمين للآخر : إن فعلتَ كذا فعليَّ كذا ، وهو يمينٌ ، لا يَقْصد به البرَّ والتقرب إلى اللّه تعالى ، بل يقصد بذلك مَنْعَ نفسه مما حلف على فعله أو تركه . وفيما يلزمه ثلاثة أقوال في المذهب الشافعي :

(الأول) : وجوب ما التزمه والوفاءُ به .

(الثاني) : تجب كفارة يمين ؛ لأنه قصد بهذا القول المنع النفس من الفعل أو الترك فهو كاليمين .

(الثالث) : التخيير بين الوفاء بما التزمه أو أداء الكفارة ؛ لاحتمال اللفظ للنذر والكفارة .

والقول الأول هو الأقوى في المذهب ، والثاني أشهرُ . انظر : الغاية القصوى في دراية الفتوى (٢ / ١٠٠٢) . المصباح المنير ص (٢ / ٨٤٦) . القاموس المحيط ص (٢٦٠) مادة (ل ج ج) .

السادس ؛ لأنه لو وطيء ؛ لَتبينَّ بطلانُ البيعِ وتقدّم العتق عليه . ولو تركت المطالبة حتى انقضى من وقت البيعِ شهرٌ كاملٌ : سقطت المطالبة ؛ إذ سقط التعرضُ التزام .

الثانية : إذا قال : إن وطئتكِ فعبدٌ حُرّ عن ظهاري - وكان قد ظاهر - صار مؤليا ، وعند الوطء يُعتق العبدُ عن الظهار ، ويكون الالتزامُ الجديدُ في الإيلاء ، تعيينَ العبد ، وتعجيلَ العتق ؛ فإن ذلك لم يُوجِبْه الظهار . وفيه وجهٌ : أنه يعتق ولا ينصرف إلى الظهار ؛ لأنه يتأدّى [1] به حقُّ الحنث ، فلا يتأدّى به حقُّ الظهار. وطردوا هذا فيما لو قال : « إن دخلتَ الدارَ فأنتَ حرٌّ عن ظهاري ، وهو بعيدٌ ؛ فإن التعليق ليس فيه إلا إضافة العتق إلى زمان ، فهو كالتنجيز .

أما إذا لم يكن قد ظاهر فلا يكونُ مُؤْليا بينه وبين الله تعالى . ولو وطيء لم يعتق عبده ؛ لأنه قال : أنتَ حرٌّ عن ظهاري ، ولا ظهارَ ، ولكن [2] في الظاهر يجعل مُقِرًّا / بالظهار ، ويُعتق عبده عند الوطء ، ويُجعل مُؤْليا لذلك . ٢٠٣/ب

الثالثة : إذا قال : إن جامعتكِ فعبدي حرٌّ عن ظهاري إن تظهَّرتُ [3] . فهذا تعليقٌ لعتق العبد بصفتين : بالوطء والظهار [4] ، وحكمُه أنه لو وطيء أوّلا لم يعتق ، ولكن يتعرض للزوم لو ظاهَرَ ، فيعتق العبد لا على [5] جهة الظهار ؛ [6] لأنه قدَّم [6] تعليقَه على الظهار ، فلا ينصرف إليه . ثم قالوا : لا يصير مُؤْليا في الحال ، ولكن لو ظاهر أولا صار مُؤليا ؛ لأنه صار العتق متعلّقا بالوطء . ثم قالوا : « إنه يعتق لا من [7] جهة الظهار » ؛ وهذا فيه نظر ؛ لأنه إذا لم ينصرف إلى الظهار ، فينبغي أن لا يعتق ، كما إذا قال : أنت حر عن ظهاري ، ولم يكن قد ظاهَرَ ، فإنه لا يعتق باطنًا كما ذكرناه . ثم إذا لم يعتق لا يصير [8] مؤليا ؛ لأنه لا التزامَ ، إلا أن يقال : يُلغى قولُه : عن ظهاري ؛ لأنه جعل العتق محالًا ، وبَقِي قولُه : أنت حر ، فهذا له احتمالٌ ، ولكن في

---

(١) في (ب) : « تأدّى .. » .

(٢) في (أ) : « لكنه » .

(٣) في (ب) : « إن ظاهرتُ » .

(٤) قوله : « بالوطء والظهار » ساقط من (أ) .

(٥) في (أ) : « .. عَنْ .. » .

(٦) في (أ) : « لأنه قد تقدم » .

(٧) في (ب) : « .. عَنْ .. » .

(٨) في (أ) : « فلا يصير » .

المسألتين جميعًا ، أعني في التعليق (١) ، وفي قوله : أنت حر عن ظهاري ، إذا لم يكن قد ظاهر .

الرابعة : إذا قال : إن جامعتك فللّهِ عليّ أن أعتق هذا العبدَ عن ظهاري ، فكونُه مُؤليا ينبنى على أن العبد هل يتعين بالنذر ويُعْتق بعتقٍ سَبَقَ لزومُه ؟ فيه خلافٌ سيأتي في النذور .

القسم الرابع : في الحلف بالطلاق . وفيه مسائل :

إحداها : أنه لو قال : إن وطئتك فأنت طالقٌ ثلاثًا ، فهو مُؤلٍ على الجديد ، ثم يُطَالب بالفيئة أو تنجيزِ الطلاق . ويقال له في الفيئة : عليك تغييب الحشفة ، والنزع في الحال متصلًا بالتغييب من غير مكْثٍ ، فإنه يقع به الثلاثُ وتحرْمُ . ويقع النزعُ في حال التحريم ، ولكنه كالخروج من المعصية ، فلا بأسَ به . وقال ابن خيران : يحرم الوطءُ ؛ إذ وصْلُ النزعِ (٢) غيرُ ممكنٍ . ويتجِهُ مذهبُه أيضًا ؛ فإن النزع أيضًا نوعُ مماسَّةٍ ، والخروجُ عن الملك المغصوب جائزٌ للضرورة ، ولكنْ تعريضُ النفس لمثلِ ذلك - بالاختيار - غيرُ جائز .

فرع : لو قال لغير المدخول بها : إن وطئتك ، فأنت طالق ، فهو مؤلٍ (٣) ، فإن (٤) وطئها وقع الطلاقُ رجعيا وإن كان الطلاق مقارنًا للوطء غَيْرَ متأخرٍ عنه ؛ لأن الوطءَ مقرّرٌ (٥) ، والطلاقُ مُبِينٌ - فقد اجتمعا - فغلب جانبُ تقرير النكاح .

الثانية : إذا قال : إن وطئتك فضَرَّتُكِ طالقٌ ، فهو مُؤلٍ ، فإن أبان الضَرَّةَ انقطعَ الإيلاءُ ؛ لزوالِ الالتزام . فإن جدَّد نكاحها وقلنا بعود الحنث : عاد الإيلاءُ ، فتُبْنى المدة على ما مضى من المدة قبل الطلاق ، وما تخلَّلَ في مدة الإبانة لا يُحسب ، ولا تستأنف المدة بخلاف الردة والرجعة إذا طرءَا ، كما سيأتي .

الثالثة : إذا قال : إن وطئتُ إحداكما فالأخرى طالقٌ ، فهو مؤْلٍ ، قال ابنُ الحداد : إذا مضت المدةُ ، وجاءتا إلى القاضي طالبتينِ ، طلّق القاضي إحداهما على الإبهام ، ثم إن كان

(١) في (ب) : « العتق »

(٢) في (ب) : « التزويج » .

(٣) في النسخ الثلاثة : « مؤلي » .

(٤) في (أ) : « فلو » .

(٥) في (ب) : « تقرر » .

الزوج قد نوى إحداهما ، نُزِّل على المنويّة ، وعلى الزوج البيانُ . وإن كان قد أبهم بقي مُبهما ، ووجب على الزوجِ التعيينُ . فلو قال قبل التعيين : راجعت التي صادفها الطلاقُ ، ففي صحة الرجعة مع الإبهام وجهان ، والأصح : أنها إذا لم تقبل التعليق ، فلا تقبل الإبهام . قال القفال : غلطَ ابنُ الحداد ؛ لأن الدعوى لا تصح مُبْهَمًا [١] ، وهما معترفتان بالإشكال ، وهما كرجلين قالا عند القاضي : لِأحدِنا على فلانٍ ألفٌ ، فإنه لا يُسْمع . لكن يتجه لابن الحداد أن الضرار [٢] قد تحقق بهما [٣] ، ولابُدّ من الرفع عنهما .

القسم الخامس : في اليمين التي تقرب الوطءَ من الالتزام . وفيه صيغ :

الأولى : إذا آلى عن نسوة فقال : واللهِ لا أُجامعكنّ ، فإنما تلزمه الكفارة إذا جامع جميعَهن ، فلا تتعلق كفارةٌ [٤] بوطءٍ واحدةٍ ، ولكن يتعلق به القربُ من الحنث بوطء الباقيات ، فالجديدُ : أنه لا يصير مؤليا حتى يطأ ثلاثًا منهنَّ فيصير مؤليا في حقّ الرابعة ؛ إذ تتوقف الكفارة على وطئها [٥] . والقولُ القديم : أنه مؤلٍ ؛ لأن القرب من اللزوم محذورٌ كأصل اللزوم [٦] . فعلى هذا ، لو وطيء واحدةً سقط إيلاؤها دون البواقي ، وكذلك لو طلق واحدة . أما إذا ماتت [٧] واحدة سقط إيلاءُ الكلِّ ؛ إذْ حصل اليأسُ عن جماع جميعهن ، وبه يقع الحنث .

الصيغة الثانية : أن يقول : والله ، لا أجامع كلَّ واحدةٍ منكنّ ، فهذا إيلاءٌ ؛ إذ يتعلق الحنث بكل واحدة . ولو قال : لا أُجامع واحدةً منكنَّ ، فله ثلاثة أحوال :

(إحداها) : أن يُريد به لزومَ الكفارة بواحدةٍ - أي واحدةٍ كانت على العموم - فهو مؤلٍ ؛ إذ ما من واحدةٍ يطؤها إلا وتلزمه الكفارةُ . ولكن إذا وطيء واحدةً انقطع إيلاءُ الباقياتِ ؛ إذ

---

(١) في (ب) : « منهما » .

(٢) في (ب) : « الضرر » .

(٣) في نسخة أخرى (ج) : « قد لحق بهما » كذا على هامش الأصل .

(٤) في (أ) : « الكفارة » .

(٥) انظر الأم (٥ / ٢٦٩) .

(٦) انظر القول القديم في مختصر المزني ص (١٩٩) .

(٧) في الأصل « مات » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

اليمينُ لا يتناول إلا / واحدة . ٢٠٤/أ

(الثانية) : أن يقول : أردتُ واحدةً معينةً مبهمةً وعليَّ تعيينُها ، أو قال : نويتُ واحدةً بعينها ، وعليَّ بيانُها : انعقدَ الإيلاءُ كذلك ، ويُطالب بالبيان أو التعيينِ . وقال الشيخ أبو علي : لا إيلاءَ ؛ لأن كلَّ واحدة ترجو أن لا تكون هي المرادةَ أو المعينةَ بالإيلاء ، فكيف يساوي هذا اليأس المحقق في معينة . وهذا متجِهٌ [١] إن اعترفت بالإشكال ، فإن ادّعتْ أنه عناها – وَجَبَ عليه الجوابُ لا محالة .

ثم إذا لم يكن قد عيَّنَ – فعيَّنَ – فتحسبُ المدةُ من وقت التعيين ، أو من وقت اليمين ؟ فيه خلافٌ ينبني على أن الطلاق المبهم ، متى قع ؟ كما ذكرناه في الطلاق .

(الحالة الثالثة) : أن يُطْلِقَ هذه الصيغةَ ، فعلى أيِّ المعنيين يُحمل [٢] ؟ فيه وجهان ؛ لتعارُضِ الاحتمالين .

الصيغة الثالثة : إذا قال : والله ، لا أُجامعكِ في السنة إلا مرةً واحدةً ، فالوطءُ يُقَرِّبُه من الحنث ، فيكون مؤليًا على القديم دون الجديد . وعلى الجديد : إذا وطئها صار مؤليا ، [٣] فينظر إلى بقية المدة من السنة ، فإن كانت دون أربعة أشهر فليس بمؤلٍ ، وإن زاد صار مؤليا [٣] من وقت الوطء . ولو قال : والله ، لا أُجامعك في السنة إلا مائة مرة – أو ألف مرة – فحكمُه حكمُ المرة الواحدة ، لا تختلف بالكثرة والقلّة .

الصيغة الرابعة : إذا قال : إن جامعتك مرةً ، فواللهِ ، لا أُجامعكِ بعدها [٤] ، فهذا تعليقُ يمينٍ بالوطء : فمنهم من قطع بأنه ليس مؤليا ؛ لأنه ليس بحالفٍ في الحال حتى يطأها [٥] مرة . ومنهم من خرّج على القولين ؛ لأن الوطء يُعرّضه لِأَنْ يصير حالفًا .

(١) في (ب) : « يتجه .. » .

(٢) يعني يُحْمل على التعميم أو التخصيص بواحدة . والأصح هو الحملُ على التعميم ، وبه قطع الإمام البغوي (رحمه الله) كما في روضة الطالبين (٨ / ٢٤١) .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٤) في (ب) : « بعده » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « حتى يطأ .. » .

ولو قال : إن وطئتك فأنت طالقٌ إن دخلتِ الدار ، قال القاضي : هو مُؤْلٍ قطعًا ؛ لأن الوطء يَصير مانعًا لها عن الدخول [1] ، ومنهم من خرج على القولين ؛ إذ لا فرقَ بين المسألتين .

فرع : إذا قال : إن وطئتك ، فوالله لا أطؤك ، فغيَّبَ الحشفةَ ، ثم عاد إلى الإيلاج ثانيًا ، ففي لزومِ الكفارة خلافٌ . والأوْجَهُ : أنّ الوطء يتناول جميعَ الإيلاجات . فلا يحنث بالوطأة الأولى ، ويلتفت إلى خلاف في وجوب المهر ، إذا كان المعلّق به ثلاث طلقات .

القسم السادس : في شروط لفظ الإيلاء . وفيه مسائل :

الأولى : أن الكناية لا تتطرّق إلى لفظ اليمين من الإيلاء ، فلو آلى عن امرأة ، ثم قال لأخرى : أَشركتُكِ معها ، لم يَصِرْ مؤليًا ؛ لأن عماد الإيلاء ذِكْرُ اسمِ الله تعالى ، وفي مثله من الظهار خلافٌ مبني على أن المغلَّب فيه [2] اليمينُ أو الطلاقُ ؟ ولا خلافَ في جواز الإشراك [3] في نفس الطلاق . وأما إذا قال : إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ ، ثم قال لغيرها : أشركتُكِ معها ، وأراد تعليقَ طلاقِ الثانية بدخولها في نفسها لا بدخولِ الأولى ، ففي ذلك خلافٌ .

ولو قال : أنت عليَّ حرامٌ - ونَوى الإيلاءَ - فالظاهرُ أنه لا ينعقد كلفظ الإشراك ، والثانية [4] : أنه ينعقد ؛ لأن هذا اللفظ ورد في القرآن لإيجاب الكفارة [5] .

الثانية : في تعليق الإيلاء . وهو صحيحٌ ، كقوله : إن دخلت الدار فوالله لا أطؤك ، ولو

---

(١) في (أ) : « عند الدخول » .

(٢) في (ب) : « الغالب » . (٣) في (ب) : « .. الاشتراك » .

(٤) في (أ) : « والثاني » .

(٥) يعني قوله تعالى : ﴿ يا أيها النبي لم تُحرم ما أَحلَّ الله لك تبتغي مَرْضاةَ أزواجِك والله غفورٌ رحيمٌ . قد فرض الله لكم تَحِلَّةَ أيمانكم ... ﴾ الآيتان [١ ، ٢] من سورة (التحريم) .

وقد اختلف المفسرون في سبب نزول هذه الآيات على ثلاثة أقوال . فقيل : نَزَلت في شأن الواهبةِ نَفْسَها . وقيل : نزلت في شأن مارية القبطية حين حرمها النبيُّ ﷺ على نفسه ، وقال : « أنت عليّ حرام ، واللهِ ، لا آتيتُك » . والثالث : أنها نزلت عندما حرم النبي ﷺ العسل على نفسه . انظر : تفصيل ذلك في أحكام القرآن لابن العربي (٤ / ١٨٤٤ وما بعدها) .

قال : واللّه لا أُجامعك إن شئتِ ، فقالت : شئتُ ، صار مُؤْليًا . وهل تختصُّ المشيئةُ بالمجلس ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ، كما في الطلاق [(١)] .

والثاني : [(٢)] لا ، كما في التعليق بالدخول [٢)]

وقال مالك (رحمه الله) : إذا علّقَ بمشيئتها لم يكنْ مؤليًا ؛ لأنها التي أضرَّتْ بنفسها [(٣)] ، إلا أن الشافعيَّ (رضي الله عنه) ليس [(٤)] يعتبر ذلك ، فإنها لو تركت المطالبة بعد انقضاء المدة ، فلها العَوْد إلى المطالبة ؛ لأنها تترك على توقُّعٍ ، فلذلك تشاء [(٥)] على توقُّعِ أن الزوج يخالفُ مَشيئتَها ويطؤها .

الثالثة : أنه لا يُشترط اقترانُ الغضبِ بالإيلاء عندنا ، وقال مالك (رحمه الله) : لا يكون مؤليًا إلا في حالة [(٦)] الغضب [(٧)] . وهو بعيدٌ ؛ إذ الضرارُ حاصلٌ بكل حال .

---

(١) والأصح أنه تُعتبر مشيئتُها على الفور . انظر الروضة (٨ / ٢٤٤) .

(٢) في (ب) : « لا ، كالتعليق بالدخول » .

(٣) انظر : الأم (٥ / ٢٦٧) . مختصر المزني (١٩٨) . الوجيز (٢ / ٧٤) . المقنع ص (٢٤٨) . المغني لابن قدامة (٧ / ٣٠٥) .

(٤) في (أ) : « لا » . (٥) في (ب) : « شاءت ... » .

(٦) في (أ) : « في حال » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه لا يشترط اقتران الغضب في الإيلاء ، ومن آلى في حال الرضا فهو مؤلٍ أيضًا . وهذا قول أبي حنيفة (رحمه الله) ومذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٥ / ٢٦٨) . مختصر المزني ص (١٩٨) . الوجيز (٢ / ٧٥) . روضة الطالبين (٨ / ٢٤٥) . المغني لابن قدامة (٧ / ٣١٤) .

ومذهب المالكية : أنه لا يكون مؤليا إلا في حالة الغضب ، إذ فيه يظهر قصدُ المضارة ، ولذلك إذا حلف لا يطؤها ما دامت ترضع ولدها ، فليس هذا - عندهم - بإيلاء ؛ لأنه قصد المصلحة لا إيقاعَ الضرر بها . ولذلك عندهم إذا امتنع من الوطء - ولو لم يحلف - قاصدًا الإضرارَ ، كان حكمه حكمَ المؤْلي ، وترفعُه إلى الحاكم إن شاءت ويَضْرب له الأجل من يوم ترفعُه لوجود معنى الإيلاء في ذلك ، فإن الإيلاء لم يرد لِعَيْنه ، وإنما ورد لمعناه ، وهو =

الركن الثالث

في المدة المحلوف عليها

والمطْلَقُ منه قولُه : لا أُجامعكِ . والمقيّدُ قولُه [١] : لا أُجامعك سنةً . فإنْ حلف على أربعة أشهر فما دونَه ، لا يكونُ مؤليًا ؛ لأنه قاصرٌ عن المدة الشرعية . ولو حلف على خمسةِ أشهرٍ فهو مُؤلٍ ويُطَالب في الشهر الخامس . ولو حلف على أربعة أشهر ولحظةٍ ، فهو مؤلٍ على معنى أنه يأْثم ، ولكن لا تظهر فائدتُه [٢] في المطالبة . ولو حلف على أربعة أشهر ، فلمَّا كان في الشهرِ الرابع حلفَ على أربعةٍ أخرى ، [٣] ولم يزل كذلك يفعل أبدًا [٣] ، فليس مؤليا ، وإن كان الضرارُ حاصلًا .

ولو قال دَفْعَةً : لا أُجامعك أربعةَ أشهرٍ ، فإذا انقضتْ ، فواللهِ لا أجامعك أربعةَ أشهرٍ . وهكذا حتى استوفى مدةً طويلة ، فالصحيحُ : أنه ليس بمؤلٍ [٤] ؛ لأنه إذا انقضى أربعة أشهر ، فكيف يطالب بحكم اليمين الأولى ، وقد انحلَّت ، أو بحكمِ اليمين الثانية ولم ينقضي منها إلا لحظةٌ ؟ ، وفيه وجهٌ : أنه إذا فعل ذلك مرة واحدة ، فهو مؤلٍ ؛ لأنه يصير ذريعةً إلى الإضرار ، ويلزم عليه ما لو فعل ذلك آخرَ كلِّ أربعةِ أشهر / وهو بعيدٌ . ٢٠٤/ب

ولو قال : إذا مضتْ خمسةُ أشهرٍ ، فواللهِ لا أطؤك ، لا يصير مؤليا حتى تنقضي خمسةُ أشهر ، فبعده تُسْتفتح المدة . ولو قال : واللهِ لا أطؤك خمسةَ أشهر ، وإذا انقضتْ ، فواللهِ لا أطؤك سنةً . فإذا انقضى أربعة أشهر ، طُولب بالفيئة في الشهر الخامس ، فإن فاءَ انقطعت الطَّلِبة في الشهر الخامس ، فإذا انقضى الشهر الخامس استفتحنا مدة أربعة أشهر لليمين الثانية

= المضَارّة وتركُ الوطء . انظر : أحكام القرآن لابن العربي (١ / ١٧٨) . الإفصاح لابن هبيرة (٢ / ١٦١) . المغني لابن قدامة (٧ / ٣١٥) .

(١) في (ب) : « كقوله .. » .

(٢) في (أ) : « فائدةٌ » .

(٣) في (أ) : « ولم يزل يفعل كذلك أبدًا » .

(٤) وليس معنى هذا أنه غيرُ آثمٍ بفعله ذلك ، بل يأثم لقَصْدِه الإضرارَ ، وإن كان لا يتعلق به حكمُ الإيلاء ، مِنْ ضَرْبِ المدة له ، والتطليقِ عليه إذا أَبَى الفيئةَ . ولذلك قال النووي (رحمه الله) في الروضة (٨ / ٢٤٦) : « قلت : الراجحُ تأثيمُه » .

ولو قال : لا أطؤك حتى تصعدي [1] السماء ؛ أو يَنْزل عيسى (عليه السلام) ، أو يخرج الدجّالُ ، أو يقدُمَ فلانٌ ، وهو على مسافةٍ - يَعْلم أنه لا يَقْدم في أربعة أشهر - فهو مؤلٍ قطْعًا .

[2] ولو أَقَّتَ بدخول دارٍ ، أو قدوم زيدٍ [2] : لم يكن مؤليا في الحال ، فإذا انقضى أربعةُ أشهر فهل نُطَالِبه [3] بالفيئة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن الوطء في هذه الحال موجبٌ للكفارة .

والثاني : أنه لا يُطالب [4] ؛ لأنَّ القدومَ والدخولَ مُنْتَظَرٌ في كل حال [5] .

ولو أَقَّتَ بموتِ زيدٍ ، فمنهم من قال : هو كقدوم زيدٍ . ومنهم من قطع بأنه مُطَالب [6] ؛ لأنه كالمستبعد في الاعتقادات . ولو أقّت بموت الزوجين ، فهو إيلاءٌ لا محالةَ ؛ لأنه حصل اليأسُ في العمر ، وصيغتُه أن يقول : لا أطؤك ما عشْتُ أو عشْتِ .

* * *

(١) في الأصل : « حتى تصعد » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « ولو أقت بقدوم زيد أو بدخول دار » .

(٣) في (ب) : « يُطَالَب » .

(٤) في (ب) : « لا نطالبه » .

(٥) وهذا الوجه هو أصح الوجهين ، وعلله النووي (رحمه الله) بقوله : « لأنه لم يتحقق قَصْدُ المضارة أوّلا ، وأحكامُ الإيلاء منوطةٌ به لا بمجرد الضرر بالامتناع من الوطء ، ولهذا لو امتنع [من الوطء] بلا يمين ، لم يكن مؤليا » . انظر الروضة (٨ / ٢٤٨) .

(٦) في (ب) : « يطالب » .

الرُّكْنُ الرّابعُ
في ألفَاظِ المحلوفِ عَليْه

وهي ثلاثة أقسام : **الأول** : ما هو صريحٌ لا يَقْبل التأويلَ ، ولا يُدَيَّن . كلفظ « النيك » وإيلاجِ الذَّكرِ في الفرْج ، وتَغْييبِ الحشَفَة في الفرج [1] . وكذلك قولُه للبكر : لا افتضتكِ . فلو فسَّر بالضمِّ والأعناق [2] لم يُدَيَّنْ على الأصحّ [3] .

القسم الثاني : ما هو صريحٌ في الظاهر ، ويتطرّق إليه التَّدْيينُ ، وهو « الوطء » ، وكذلك « الجماع » لكثرة الاستعمال . وأما « الإصابة » فألحقَه الشيخُ أبو عليّ بالجماع ، وهو بعيدٌ . أما المباشرةُ والملامسةُ والمباضعةُ - وما يجري مجراه - ففيه قولان :

أحدهما : أنها صريحةٌ كالجماع ؛ لأن العادة في الجماع التحاشي عن الصريح [4] .

والثاني : أنها كناياتٌ ؛ لأنها بالوضع غير صريح ، وعادةُ الاستعمال (٥ ليس يتضح ٥) فيه كما في الجماع [6] .

القسم الثالث : الكنايات قولًا واحدًا ، وهو كقوله : لأَبْعِدَنَّ عنكِ ، ولا يجمع رأسي ورأسَك وسادةٌ ، ولا شئونَكِ . وفي لفظ « القربان » و « الغشيان » وجهان :

أحدهما : أنهما كنايتان . والثاني : أنهما في معنى المباشرة والمباضعة .

فأما إذا قال : واللهِ ، لا أُجامعك في دُبُركِ - أو في الحيض والنُّفاس - فهو مُحْسِنٌ وليس بمؤلٍ [7] .

* * *

---

(١) قوله : « في الفرج » ساقط من (ب) . (٢) في (ب) : « والاعتناق » .

(٣) تعني يُحْكم عليه قضاءً بالإيلاء ، ولا تُسمع دعواه أنه أراد غير ذلك من المعاني ، فَيُتْرَك لِدِينه ؛ وذلك لأن هذه الألفاظ لا تحتمل إلا معنىً واحدًا . (٤) وهو القديم من قَوْلي الشافعي (رحمه الله) .

(٥) في (أ) : « ليست تتضح » . (٦) وهذا هو الجديد من قولي الشافعي (رحمه الله) . انظر الروضة (٨ / ٢٥٠) .

(٧) في الأصل « فهو فحش » والمثبت من (ب) وهو الصواب ، ويعني أنه مُحْسِنٌ في تركه الوطءَ في هذه الأحوال ، وليس هذا منه بإيلاء . ويدل عليه ما قاله الشافعي (رحمه الله) في الأم : « وإن قال : واللّه لا أجامعك في دبرك ، فهو مُحْسِنٌ غير مُؤلٍ ؛ لأن الجماع في الدبر لا يجوز » . الأم (٥ / ٢٦٦) . وانظر : . روضة الطالبين (٨ / ٢٥١) .

البَابُ الثّاني
فِي حُكْمِ الإيلَاء الصَّحيح

ومجموعُ ما يترتَّب عليه أحكامٌ :

أولها : ضَرْبُ المدّةِ .

والثاني : المطالبةُ بالفيئةِ .

والثالث : دَفْعُ المطالبةِ بفيأةٍ أو طلاق .

والرابع : ما تقع به الفيئةُ . فنَشْرحها في فصول :

* * *

الفَصْلُ الأوَّلُ

في المدة

وفيه مسائل :

الأولى : أن المدة تحسب من وقت الإيلاء من غير حاجة إلى القاضي ، بخلاف مُدة العُنَّة ، فإنها تُحْسب من وقت ضَرْبِ القاضي المدةَ ؛ لأنها متعلِّقةٌ (١) بالاجتهاد وهذا منصوصٌ في الكتاب (٢) وسببُه أن النسوة - في غالب الأمر - لا يَصْبِرْنَ عن الرجال مع اليأس عن الوقاع في أكثر من أربعة أشهر ، وإنما يُشترط زيادةٌ على الأربعة ؛ لوقوع المطالبة (٣) بعد المدة ، وأن المدة مُهْلة للخِيَرة . وأبو حنيفة (رحمه الله) رأى الطلاقَ واقعًا بمُضِيِّ المدةِ ، فلم يشترط زيادةً على أربعة أشهر (٤) .

الثانية : لا تختلف هذه المدة عندنا بالرِّقِّ والحريةِ ؛ فإنه أمرٌ يتعلَّق بالشهوة والطبْعِ ، فهو كمدة العُنَّة . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : الحرة تتربص أربعة أشهرٍ ، والأمةُ شهريْنِ . وقال

---

(١) في (ب) : « معلقة ... » والضمير يعود على « العُنَّة » .

(٢) قوله : (وهذا منصوص في الكتاب) يعني أن « مدة الإيلاء » منصوصٌ عليها في القرآن ، وهي أربعة أشهر من وقت إيلائه ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ للذِينَ يُؤْلونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أربعة أَشْهُرٍ ...﴾ [الآية : ٢٢٦] من سورة (البقرة) .

(٣) في (ب) : « لتقع المطالبة .. » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن مدة « الإيلاء » أكثر من أربعة أشهر ، حتى يمكن مطالبتُه بالفيئة أو الطلاق . وهو مذهب المالكية والحنابلة . فإنْ أَبَى الفيئةَ والطلاقَ ، طلَّق عليه القاضي طلقةً واحدة رجعية . وعن الإمام أحمد رواية أنه يُحْبس حتى يُطلق . انظر : الأم (٥ / ٢٧١) . مختصر المزني ص (٢٠٠) . مغني المحتاج (٣ / ٣١٥) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٨٠) . بداية المجتهد (٢ / ١١٨ وما بعدها) . القوانين الفقهية ص (٢٤٦) . الثمر الداني في تقريب المعاني ص (٤٧٥) . المقنع لابن قدامة ص (٢٤٩) . المغني (٧ / ٣٣١) .

ومذهب الحنفية : أن مدة الإيلاء أربعةُ أشهر ، يفيء فيها إن شاء ، فإن مضت الأربعةُ الأشْهُرُ ولم يَفِيءْ ، طلقت المرأة طلقةً بائنةً . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٠٧) . الهداية (٢ / ٢٩٠) .

مالكٌ (رحمه الله) : تختلف برِقِّ الزوجِ وحُرِّيته [١] .

الثالثة : في قواطع المدة . فإنْ طلقها طلاقًا رجعيًا قبل مُضِيّ المدة : انقطعت ، فإنْ راجعها استأنفنا المدة ؛ لأنها قد حرمت بالطلاق ، ولابد من إِضْرارٍ على التوالي في المدة .

والردةُ بعد الدخول كالطلاق الرجعيّ . والطلاقُ الرجعيُّ بعد المدة يقطع المدة . فإن جرت رجعةٌ ، فاستئنافُ المدة أولى ؛ فإنّ الطلاق إجابة إلى المطالبة ، فقد أجاب مرة ، فلا يُطالب حتى يمتنعَ أربعةَ أشهرٍ أُخَر . وألحقوا الردة أيضًا بالطلاق ، وهو أبعدُ ؛ لأنه ليس إجابة لمطالبته [٢] .

أما الذي لا يقطع المدةَ - كالصوم والإحرام من جهته - فلا يُؤَثِّر ، لا طارئة ولا مقارنة [٣] ، وكذلك الأعذار الطبيعية ، كمرضه ، وكونه محبوسًا ، وكما لو طرأ الجنونُ عليه ، فلا تمنع تِيكَ الأعذارُ انعقادَ المدة ولا دَوَامُها . أما الموانع فيما [٤] يمنع احتسابَ المدة ، فكإحرامها ، وصغرِها ، ونُشوزِها ، أو كونها محبوسةً ، أو مجنونةً ، أو مريضةً / لا تحتمل الجماعَ . ٢٠٥/أ

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن المدة - وهي أربعة أشهر - لا تختلف ، والرقيقُ والحرُّ فيها سواء . وهو مذهب الحنابلة . وفي رواية عن أحمد (رحمه الله) أن إيلاء العبد شهران . انظر : الأم (٥ / ٢٧١) . مختصر المزني ص (١٩٩) . المقنع لابن قدامة ص (٢٤٩) .

ومذهب الحنفية : أن إيلاء العبد كالحر ، وإنما ينظر في ذلك إلى الزوجة ، لا إلى الزوج ، فإن كانت الزوجة أمةً ، فالإيلاء منها شهران ، وإن كانت حرة ، فالإيلاء منها أربعة أشهر . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٠٧) . الهداية (٢ / ٢٩٢) .

ومذهب مالك : أن المدة بحسب رِقّ الزوج وحُريته ، فالعبد إيلاؤه شهران في الحرة والأمة . انظر : الكافي ص (٢٧٩) . بداية المجتهد (٢ / ١٢٢) . الثمر الداني ص (٤٧٥) . اللباب في شرح الكتاب (٣ / ٦٢) .

(٢) قوله : « لمطالبته » ساقطة من (ب) .

(٣) قوله : « لا طارئة ولا مقارنة » يعني سواء كان الصوم والإحرام مقارنين للإيلاء ، أو طارئين عليه .

(٤) في الأصل : « فيها » والمثبت من نسخة أخرى كما على هامش الأصل . وكلمة (كإحرامها) في الأصل بدون الفاء ، وهذا أمر معتاد في هذا المخطوط .

ثم هذه الأحوال إذا طرأتْ ، قطعت المدة ، فإن زالت ، تستأنف المدة ؟ أو تبْنى على ما مضى ؟ فيه وجهان :

أحدهما : الاستئنافُ ، كالطلاق والردة من الزوج [1] .

والثاني : أنه تُبْنَى ؛ لأنّ هذا لم يقطع النكاحَ حتى تنقطع المدة المبنيّة عليه ، وإنما هذه أعذارٌ تمنع المطالبةَ ، فإذا زالت عادت المطالبةُ . والمذهبُ القطعُ بأنها إذا طرأت بعد المدة ، لم تُوجب الاستئناف ، وقيل بطرد الوجهين . وهو ضعيف .

وأما صومُها فلا يمنع الاحتسابَ ؛ لأن التمكين [2] حاصلٌ بالليل ، وفي التطوعِ بالنهار ، فليس ذلك عُذْرًا مانعًا .

الرابعة : إذا تنازعا في انقضاء المدة ، فيرجع حاصلُه إلى النِّزاع في وقت الإيلاء ، والقولُ فيه قولُه مع يمينه .

* * *

---

(١) وهذا الوجه هو الصحيح الذي قطع به جمهور الشافعية كما في الروضة (٨ / ٢٥٣) .

(٢) في (ب) : « التمكُّن » .

الفَصْلُ الثّانِي

فِي المطَالَبَة

وفيه مسائل :

إحداها : أنَّ لها رَفْعَ الأمر إلى القاضي ، فإن تركت المطالبةَ – أو رَضيت – فلها العودُ مهما تشاء[١] ، بخلاف ما إذا رضيت بعيب الزوج ، أو رضيت بعد مُدّة العُنَّة ؛ لأن ذلك عجزٌ وعيبٌ في حكم خصلة واحدة ، فرضاؤها به يُسقط حقَّها ، وأما هذا[٢] ، فيحمل الرضا فيه على توقُّع الحنث ، كما يُحمل رضاها – عند الإعسارِ بالنفقة – على توقُّعِ اليسار .

الثانية : لا مطالبةَ لغير الزوجة ، فإذا رضيت ، لم يكن للوليّ ولا لسيِّد الأمةِ المطالبةُ ، ولا لوليِّ المجنونةِ والصغيرةِ ؛ لأن هذا لا يَقْبل النِّيابةَ .

الثالثة : لا مطالبةَ لها إذا كان فيها مانعٌ طبْعًا ، كالمرض العظيم ، والرتقِ ، والقرن . أو شرعًا ، كالحيض . والعجبُ : أن الحيض يمنع المطالبةَ ولا يقطع المدةَ ؛ لأن ذلك يتكرَّر في الأشهر مرارًا . نعم ، إذا فرّعْنا – على قول بعيد – في صحة الإيلاء عن الرتْقاء ، كان لها المطالبة بالفيئة باللسان .

الرابعة : إذا كان المانع فيه :

إن كان طبْعًا ، فلها مطالبتُه[٣] ليفيءَ باللسان ، ويعتذر ويَعِدُ الوطءَ[٤] ، وذلك يدفع الضرار .

فإن كان شرعًا – كالظّهار ، والصوم ، والإحرام – قطعَ المراوزةُ بأنه لا يكفيه الفيئةُ باللسان ، وللمرأةِ المطالبةُ ، وعليه أن يُطَلِّق . فإن وطيء ، اندفعت المطالبةُ مع كونهِ حَرَامًا . ونقول : أنت مُخَيَّرٌ بين أن تَعْصي بالوطء ، أو تُطلِّق ، وأنت قد ورّطتَ نفسَك فيه . وقال

---

(١) في (ب) : « شاءت » .

(٢) يعني « الإيلاء » .

(٣) في (ب) : « المطالبة » .

(٤) يعني يعدها بالوطء إن زال عذره .

مالك (رحمه الله) : الوطءُ في الإحرام لا يُسْقط المطالبة [1] .

أما العراقيون ، فبنوا على جواز التمكين وقالوا : « إذا كانت مُحْرِمَةً ، أو حائضًا ، فطالبَها بالتمكين لم يَحِلَّ لها » .

وإن كان الزوج مُحْرِمًا ، أو صائمًا عن فرضٍ فطالبَها ، فهل يحلُّ التمكينُ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن هذا الوطءَ معصيةٌ ، فكيف يُمَكَّن منه [2] .

والثاني : نعم ؛ لأن المعصية تختصّ بالزوج ، والوطءُ حقُّه ، فعليها التَّوْفِيةُ وإن كان المستوفِي عاصيًا .

ولا خلافَ في أن للرجعية الامتناعَ ؛ لأنَّ الطلاقَ متعلِّق بها ، واختلفوا في أن الظهار كالإحرام ، أو كالطلاق ؟ . ثم قالوا : إن قلنا : عليها التمكينُ ، فلها المطالبةُ . فإن قصدَ الزوجُ الوطءَ وامتنعتْ ، سقط طلبُها . وإن حرَّمْنا التمكينَ فعليها الامتناعُ . وهل لها الإرهاق إلى الطلاق ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لها ذلك ، والزوجُ هو الذي ورَّط نفسَه فيه .

والثاني : لا ، بل يُكتفى بوعْدٍ كالمانع الطبْعي .

* * *

(١) **مذهب الشافعية** : - على ما قطع به المراوزة - أنه لو فاء إليها بجماع - وكانت محرمة أو حائضًا ، أو كان هو محرمًا أو صائما - خرج من حكم الإيلاء . وهو مذهب الحنابلة أيضًا .

واختلف - في مذهب مالكٍ - القولُ في ذلك ، قال ابن عبد البر : ولو أصابها في وقت أو حال ، لا يجوز له أن يصيبها فيه : أثِمَ ، وخرج من الإيلاء ، وقد قيل : لا يخرج منه إلا بوطء غير محظور » ا . هـ من « الكافي » .

مذهب الحنفية : من أحرم بالحج قبل وقته بأكثر من أربعة أشهر ، ثم آلى من امرأته ساعتئذ ، لم يكن فَيْئُه الرضا بلسانه ، وكان فيئُه الجماع وإن كان لا يصل إليها إلا حرامًا - يعني مُحْرِمًا . وفي الفقه الإسلامي وأدلته : «أنّ شرط الوطء أنْ يكون حلالًا ، فلا يكفي الحرام ، كما في الحيض والإحرام» وهو مذهب المالكية والحنفية . (٧ / ٥٥١) . وانظر : الأم (٥/ ٢٧٢) . مختصر المزني ص (٢٠١) . مختصر الطحاوي ص (٢٠٨) . الكافي ص (٢٨٢) . المقنع ص (٢٤٩) . المغني (٧/ ٣٢١) .

(٢) في (ب) : « منها » . وهذا الوجه هو أصحهما ؛ إذْ هو موافقةٌ على الحرام وإعانةٌ عليه . انظر الروضة (٨/ ٢٤٥) .

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في دَفْعِ المُطَالَبَة

ولا يندفع إلا بالطلاقِ ، أو الوطءِ من القادر ، والفيئةِ باللسان من العاجز كما سبق . فإن رُفع إلى القاضي ، فامتنع من الأمرين ، طلَّق القاضي عليه في أصحِّ القولين . وفي القول الثاني : يُلْجِئه بالحبس والتعزير إلى الطلاق [١] . وهو بعيدٌ ؛ لأنه إكراهٌ على الطلاق . وأنكر المزنيُّ هذا وقال : لم يَصِرْ إليه أحدٌ من العلماء [٢] . نعم ، لو استمهل الزوجُ من القاضي ثلاثةَ أيامٍ في الفيئة باللسان لم يُمْهل ، وفي الوطء وجهان : أحدهما : لا ؛ لأنّ مدة المهلة أربعةُ أشهرٍ ، وقد تَمَّ [٣] .

والثاني : نعم ؛ لأنه ربما لا يجد قوةً ، ونِشْطةً في الحال . فعلى هذا ، لو بادر القاضي قبل مُضِيِّ المدة ، لم تطلّق ، لا كقتل المرتد قبل تمام المهلة ؛ فإنه مُهْدَرٌ ؛ لأن الطلاق يَقْبل الردَّ . وفيه وجه بعيد : أنه ينفذ .

والمهلةُ - ثلاثةَ أيامٍ - تجري في سبعة مواضع : المرتدّ ، وتارك الصلاة ، والفسخ بالإعسار ، وبالعُنَّة ، وخيار العتق ، والشُّفْعة ، والإيلاء . أما الردُّ بالعيب / فهو على الفور . ٢٠٥/ب

ثم إذا اسْتَمْهَل - فأمهلناه - فادَّعى العُنَّةَ ، فيستأنف مدةَ العُنَّة ولا يُطَلِّق ؛ لأن الطلاق كان تغليظًا عليه ؛ لِظَنِّنا به القدرةَ . وذكر العراقيون وجهًا أنه يُطَلِّق .

فرع : إذا غاب الزوج إلى مسافة أربعة أشهر ، فَلِوَكيلها في الخصومة أن يُطالبه بالطلاق ، أو الانصراف إلى وطئها . وخروجُه إلى السفر - في الرجوع - ابتداءُ الفيئة ، فلو صبر حتى انقضتْ مدةُ الإمكانِ ، ثم قال : الآنَ أَبْتدئ السَّفرَ ، فلحاكمِ تلك البلدة أن يُطَلِّق .

* * *

---

(١) ذهب إلى هذا الإمام أحمد (رحمه الله) في إحدى الروايتين عنه ، وإن كان الأصح في المذهب أن القاضي يُطَلِّق عليه . وممن ذهب إلى هذا أيضًا الظاهريةُ حتى قال الإمام ابن حزم (رحمه الله) : « ... فإذا تَمَّتْ - يعني الأربعةَ الأشهر - أجبره الحاكم بالسوط على أن يفيء أو يطلق ، حتى يفعل أحدَهما كما أمره الله عز وجل ، أو يموت قَتيلَ الحقِّ إلى مَقْت الله تعالى ... ولا يجوز أن يُطلق عليه الحاكمُ ، فإن فعل لم يلزمْه طلاقُ غيره » . المحلي (١٠ / ٤٢ وما بعدها) وانظر المغني لابن قدامة (٧ / ٣٣١) .

(٢) انظر قوله في مختصره ص (٢٠٠) .

(٣) وهذا القول هو أظهرهما كما في الروضة (٨ / ٢٥٦) .

الفَصْلُ الرّابعُ

فِيمَا به الفيئةُ ، وهو الوطء

ويكفي تغييبُ الحشفةِ . ولو نَزَلَتْ على زوجها لم تحصل الفيئة ؛ إذ لا تنحلُّ به اليمين ، وليس هذا فيئةً منه . أما إذا أُكْرِهَ – وقلنا : يُتَصَوَّر على الوطءِ إكراهٌ يَدْرَأ الحدَّ – ففي لزوم الكفارة به خلافٌ . فإن قلنا : يلزم ، فقد انحلَّ الإيلاء . وإن قلنا : لا ، فهل تنحلّ اليمين ؟ فيه خلافٌ .

فإن قلنا : تنحلّ ، فلا طَلِبَةَ . وإن قلنا : لا ينحلّ ، فالصحيحُ : أن الطَّلِبَةَ تبقى لبقاءِ الإيلاء[1] . وفيه وجه : أنه لا طلبةَ ؛ لاندفاع الضِّرار بحصول الوطء .

أما إذا آلى ، ثم جُنَّ فَوَطىءَ ، فالمنصوصُ فيه أنه تنحلُّ اليمينُ بفعلِه ولا كفارةَ[2] . وخُرِّج من الناسي قولٌ في وجوب الكفارة ، فيلتحق تفصيلُه بالمكره .

فرع : لو تنازعا في الوطء في المدّة ، فالأصلُ عدمُ الوطء ، ولكنِ القولُ قولُه على خلافِ قياسِ الخصومات ، وقد ذكرنا نظيرَ ذلك في العُنَّة[3] . ثم قال ابن الحداد : لو طلقها ، ⁴ وأراد أن يراجعها ⁴ وقال : صَدَّقْتموني في الوطء ، فلِيَ الرجعةُ . قلنا : لا ، بل نرجع إلى القياس . والأصلُ عدمُ الوطءِ والعدة ، والقولُ قولُها في ذلك ، وإنما كان كذلك لِنوعِ ضرورةٍ ، والله أعلم[5] .

* * *

---

(١) قال في الروضة : في انحلال اليمين وجهان يجريان في كل يمين وُجد المحلوف عليه بإكراه أو نسيان ، أصحُّهما : عدمُ الانحلال ، وهو الأوفقُ لكلام الأئمة . روضة الطالبين (٨ / ٢٥٧) .

(٢) ولا كفارة عليه ؛ لأن القلم مرفوعٌ عنه في تلك الحال ، كما قال الشافعي (رحمه الله) . انظر قوله في الأم (٥/٢٧٢) . مختصر المزني ص (٢٠١) .

(٣) أي أن القول قولُه إذا كان عِنّينًا وادّعى الوطءَ في المدة المضروبة له أو بعدها . وكذلك هنا في « الفيئة » يكون القولُ قولَه إذا ادّعى الوطء .

(٤) في (ب) : « وأراد ارتجاعها » .

(٥) قوله : « والله أعلم » ليس في (ب) .

كتابُ الظِّهارِ [1]

وفيه بابان

البَابُ الأوَّلُ

في أركانِه وموجبِ ألفاظِه

وفيه فصلان

(١) الظهار : لغة : مأخوذ من « الظهر » ؛ لأن صورته الأصلية أن يقول الرجلُ لزوجته : « أنت عليّ كظهر أُمي » . وخصوا الظهر دون البطن والفخذ وغيرهما ، لأنه موضع الركوب ؛ قال اللّه تعالى : ﴿ فما اسطاعوا أن يَظْهروه ... ﴾ الآية [الكهف : ٩٧] وقال تعالى : ﴿ ... وجعل لكم من الفلك والأنعام ما تركبون . لِتَسْتَوُوا على ظهوره ثم تذكروا نعمة ربكم ... ﴾ الآيتان [الزخرف : ١٢ ، ١٣] .

وحقيقته الشرعية : تشبيهُ الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حلًّا للزوج في وقت ما على ماسيأتي بيانه إن شاء الله . وهو محرم شرعًا ؛ قال تعالى : ﴿ وإنهم ليقولون منكرًا من القول وزورًا ﴾ الآية [المجادلة : ٢] .

الفصل الأول

في أركانه

وهو المظاهِرُ ، والمظاهَرُ عنها ، واللَّفظُ ، والمشَبَّهُ به .

الركن الأول : المظاهر . وكلُّ مَنْ يصحُّ طلاقُه يصحُّ ظهارُه ، وقد ذكرناه [١] ؛ وذلك لأن الظهار كان طلاقًا في الجاهلية [٢] ، فجعله الشرعُ مُحَرِّمًا للزوجة ، وموجِبًا للكفارة عند العَوْدِ إليها ؛ فيصح ظهارُ المجبوبِ ، والخصيّ ، والذّمّي . ثم على الذمّيّ الكفارةُ ويصح منه الإعتاقُ مهما أسلم في ملكه عبدٌ كافر ، وكذلك لو قال لمسلم : أعتقْ عبدك المسلمَ عن كفّارتي ، جاز على وجهٍ . فإن عجز فالصومُ غيرُ ممكنٍ في حقّه ؛ فيعْدِل إلى الإطعام . وقال القاضي : لا يعدلُ ؛ فإنه قادرٌ ، فلْيُسْلِمْ ولْيَصُمْ . وهو بعيدٌ ، لأنه مُقَرَّر [٣] على دينه ، فلا يُكَلَّف تركَه . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يصح ظهارُ الذميّ ؛ لأنه ليس من أهل الكفارة [٤] .

---

(١) وعليه فيصحُّ الظهار من كل زوج مكلف ، حرًا كان أو عبدًا ، مسلما أو ذميًا ، خصيا أو مجبوبًا ، أو سليما . ولا بد أن يكون مختارًا ، فلا يصح ظهار المكره ، وظهارُ الصبيّ والمجنون باطلٌ ، وظهار السكران كطلاقه . انظر : الأم (٢٧٦/٥) . مغني المحتاج (٣٥٢/٣) .

(٢) روى عبد الرزاق في مصنفه (٤٢٢/٦) عن طاوس قال : « كان طلاق أهل الجاهلية ، الظهار » . وروى ابن جرير بإسناده عن ابن عباس (رضي الله عنهما) قال : « كان الرجل إذا قال لامرأته في الجاهلية : أنت عليّ كظهر أمي : حرمت ... » . جامع البيان للطبري (٣/٢٨) . وانظر الأم (٢٧٧/٥) . أحكام القرآن لابن العربي (١٧٥٢/٤) . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢٨٧/١٧) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأنه مُقَرٌّ ... » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن الذمي يصح ظهاره كما يصح طلاقه . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٢٧٦/٥) . مختصر المزني (٢٠٢) . الوجيز (٧٨/٢) . الروضة (٢٦١/٨) . المنهاج ص (١١٢) . المحرر في الفقه لأبي البركات ابن تيمية الجد (٨٩/٢) . الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة (٥٦٥/٨) مطبوع مع المغني . الفروع لأبي عبد الله بن مفلح المتوفى سنة (٧٦٣) هـ (٤٩١/٥ وما بعدها) . المبدع في شرح المقنع لبرهان الدين بن مفلح الحنبلي (٣٥/٨) . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١٩٨/٩) .

=

الركن الثاني : المظاهَر عنها . وهي كلُّ منْ يَلْحقها الطلاقُ [1] فإن ظَاهَر عن الرجعية وتركَها لم يكن عائدًا . فإن راجعها تعرّضَ للزومِ الكفارةِ ، كما سيأتي . وإن ارتدتْ وظاهَر عنها ، فإن رجعتْ إلى الإسلامِ انعقدَ الظهارُ ، فالإيلاءُ والظِّهارُ والطلاقُ متساويةٌ ، إلا في المجبوب والرتْقاءِ ، فإن الصحيح أنّ الإيلاءَ فيهما لا يصحّ .

الركن الثالث : اللفظ . وصريحُه أن يقول : أنتِ عليَّ كظهرِ أُمّي [أو مثلُ ظهرِ أُمِّي] [2] ولا مناقشة في الصِّلات [3] . فلو قال : أنتِ مِنِّي ، أو معي ، أو عندي مثلُ ظهر أمي ، فكلٌّ ذلك صريحٌ . وكذا لو ترك الصِّلةَ ، وقال : أنتِ كظهر أُمِّي . فلو قال : أردتُ الإضافةَ إلى غيري ، لم يُقْبل ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ وقال : أردتُ من غيري ؛ لأنّ الشيوع يمنع هذا التأويل .

ثم يتصدّى النظرُ في أجزاء الأُمِّ . وأجزاءُ الأمِّ قسمان :

أحدهما : ما لا يُذْكر في معرض الكرامة ، كقوله : كبطْن أُمي وشعرها ، ورِجْلها ويدها ، وفيه قولان :

القديم : أنه ليس بظهارٍ ؛ اتباعًا لعادة الجاهلية .

والثاني : أنه ظِهارٌ ؛ اتباعًا للمعني ، لأنه كلمةُ زُورٍ تُشْعر بالتحريم كالظهر [4] .

وكذا لو أضاف إلى بعض الزوجة ، فقال : يَدُكِ أو رِجْلُكِ عليّ كظهرِ أُمي ، يُخَرَّج

= **ومذهب الحنفية** : أنه لا يصح ظهار الذمي ، وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : تحفة الفقهاء للسمرقندي (٢/ ٢١٢) فتح القدير (٤/٢٤٥) . الدر المختار (٣/٤٦٦) . الفتاوى الهندية (١/٥٠٨) . القوانين الفقهية (٢٤٧) .

(١) ويدخل في ذلك الصغيرة ، والمجنونة ، والذمية ، والرتقاء ، والحائض ، والنفساء ، والمطلقة الرجعية وغيرهنّ . ولا يصح الظهار من الأجنبية ؛ فلو قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمي . ثم تزوجها ، فلا يكون مظاهرًا عند الشافعية . انظر الروضة (٨/٢٦١) . مغني المحتاج (٣/٣٥٢) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) يعني في قول المظاهر « مني » أو « عندي » أو « لديّ » أو معي » . وشبه ذلك .

(٤) انظر الوجيز (٢/٧٨) . الروضة (٨/٢٦٣) . مغني المحتاج (٣/٣٥٣) .

على القولين (١) ، ومأخذه الاتباعُ ، أو النظر (٢) إلى المعنى . فقد ظهر أن التصرفات القابلة للتعليق ، كالطلاق ، والظهار ، والعتاق/ تصحّ إضافتُها إلى البعض . أما النكاح ٢٠٦/أ
والرجعة فلا (٣) . وأما الإيلاءُ فإذا قال : لا أجامع فَرْجَكِ ، أو نِصْفَكِ الأسفلَ ، فهو صريحٌ . ولو أضاف إلى النصف الشائع (٤) ؟ فيه احتمالٌ ، لأن تَرْكَ الجماع في النصف مِنْ ضرورتِه تَرْكُه في الكُلِّ .

القسم الثاني : ما يُذْكر في معرض الكرامة . كقوله : أنتِ مثلُ أُمِّي ، أو كأُمِّي ، أو كروح أُمِّي ، فإن أرادَ الكرامةَ فليس بظهار (٥ وإن قصد الظهار فهو ظهارٌ ٥) وإن أَطْلَق فوجهان ؛ لتعارضِ الاحتماليْن (٦) . ولو قال : كعَيْنِ أُمِّي ، (٧ التفت إلى الجديد والقديم ٧) ؛ لأنه إضافةٌ إلى البعض . واختلفوا أن الرأس كالبطنِ والعينِ والروحِ ؛ لأنه قد يُذْكر للكرامة (٨) .

الركن الرابع : في المشبَّه به . فلو شبهها بمحلَّلة ، أو مُحرّمة تحريمًا مؤقتًا كالأجنبيةِ ،

---

(١) يعني أنه ظهار على الجديد من قولي الشافعي (رضي الله عنه) . وعلى القديم ليس ظهارًا . انظر الوجيز (٧٨/٢) . روضة الطالبين (٢٦٣/٨) . مغني المحتاج (٣٥٣/٣) .

(٢) في (أ) : « والنظر » .

(٣) يعني إذا قال : تزوجتُ يدك . فقالت : قبِلْتُ ، فإنه لا يصح ذلك . وكذلك إن قال لمطلقته الرجعية : رجّعتُ يَدَكِ أو رجلك ، أو رددت شعرك أو رجلك . فلا يصح أيضًا . أما لو قال لعبده : أعتقت يدك أو رجلك ، فيصح ، ثم يسري إلى باقي الأعضاء ، وكذلك من قال لزوجته : طلَّقتُ رجْلَك ، فيقع طلاقه .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الأعلى » . (٥) في (أ) : « إن قصد الظهار فظهار » .

(٦) والأصح أنه ليس بظهار ، وبه قطع كثيرون من الشافعية . انظر : روضة الطالبين (٢٦٣/٨) . المنهاج مع مغني المحتاج (٣٥٣/٣) . الغاية القصوى (٨٢٧/٢) .

(٧) في (أ) : « التفت على القديم والجديد » .

(٨) والأظهر أنه ظهار أيضًا . انظر الروضة (٢٦٣/٨) . مغني المحتاج (٣٥٣/٣) . وهو نص الشافعي (رحمه الله) كما في مختصر المزني ص (٢٠٣) .

أو تحريمًا لا مَحْرميةَ فيها – كالملاعَن عنها – لم يكن ظهارًا (١) . أما المحرمة على التأبيد بقرابةٍ ، أو مصاهرةٍ ، أو رَضاعٍ ،ففيه أقوال :

أحدها : الاقتصار على الأمِّ ؛ اتباعًا لعادة الجاهلية ، وهو مأخذ القديم .

والثاني : أن كلَّ ذلك ظهارٌ ؛ اتباعًا للمعنى ؛ لأن التحريم شامل .

والثالث : الاقتصار على الأمِّ ، وإلحاقُ الجدّة بها ؛ لأنها في معناها (٢ غير دونها ٢) .

والرابع : إلحاقُ كلِّ محرَّمةٍ بالنسب بالأُمِّ ، وكذا كلُّ محرمةٍ بالرضاع لم نعهد تحليلَها من أولِ وجودها (٣ دون من طرأ ٣) التحريمُ عليها ، ودون المحرَّمة بالمصاهرة [فإنها كانت محللةً ؛ ولأن الرضاع يُشْبه النسبَ دونَ المصاهرة] (٤) .

أما إذا قال : أنتِ عليَّ كظهرِ أبي (٥) ، لم يكن ظهارًا ؛ لأنه ليس في مَحَلِّ الاستحلال (٦) .

(١) يعني بالتحريم الذي لامحرمية فيه ، أنه لا يجوز الخلوة بها ، ولا المسافرة معها ، ولا النظر إليها – بغير حاجة – وغير ذلك كالملاعَنِ عنها ، فإنها محرمة تأبيدًا ، ومع هذا لا تجوز الخلوة بها وغيرُ ذلك مما سبق . انظر معجم لغة الفقهاء ص (٤١١) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « دون غيرها » . وهذا القول – وهو إلحاق الجدة بالأم – ظهارٌ قطعًا ، هكذا قطع به جمهور الشافعية . انظر : روضة الطالبين (٢٦٤/٨) . مغني المحتاج (٣٥٤/٣) .

(٣) فى الأصل « دون ما طرأ » .

(٤) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) . وهذا القول هو المذهب عند الشافعية : أن التشبيه بمن لم تَزَلْ منهنّ محرمةً عليه ، ظهارٌ ، وبمن كانت حلالًا له ، ثم حرمت : ليس ظهارًا ؛ لأنه يحتمل أنه أراد التشبيه بها حين لم تكن محرمة عليه ؛ ويوضح ذلك ما قاله الربيع (رحمه الله) أنه إذا قال : « أنت عليّ كظهر أختي من الرضاعة » فإن كانت قد وُلدت قبل أن تُرْضعه أمها ، فقد كانت – قبل أن يتمّ الرضاعُ – حلالًا له ، فلا يكون مظاهرًا بها ، وليست مثل الأخت من النسب التي لم تكن حلالًا له قطُّ وهذه كانت حلالًا له قبل أن ترضعه أمها . فإن كانت أمها قد أرضعته قبل أن تلدها ، فهذه لم تكن قَطُّ حلالًا له في حين ؛ لأنها ولدتْها بعد أن صار ابنًا لها من الرضاعة ، وكذلك امرأة أبيه » . الأم (٢٧٨/٥) وانظر مختصر المزني ص (٢٠٣) . الروضة (٢٦٤/٨ وما بعدها) . الغاية القصوى (٨٢٧/٢) . مغني المحتاج (٣٥٤/٣) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « كظهر أمي » وهو خطأ واضح .

(٦) يعني أنه لا يُسْتباح وطؤه بحال .

الفصل الثاني
في موجب الألفاظ

وفيه مسائلُ :

الأولى : أنه لوقال : مهما ظاهرتُ عن ضَرَّتِكِ فأنتِ عليَّ كظهر أمي ، كان كما قال (١) ؛ لأن الظهارَ يَقْبل التعليقَ . ولو أشار إلى أجنبيةٍ وقال : مهما ظاهرتُ عنها فأنتِ عليّ كظهر أمي : صحَّ ، وتناول ظهارًا عنها بعدَ نكاحِها تنزيلًا لموجب اللفظ على الصحيح شرعًا (٢) . فلو أجرى (٣) مع الأجنبية لفظَ ظهارٍ لم يحنث . لو صرح وقال : « إنْ ظاهرتُ عن فلانةٍ وهي أجنبيةٌ » فهذا لغوٌ عند الشافعي (رضي الله عنه) (٤) ، وتعليقٌ بمحال (٥) ، وقال المزني (رحمه الله) : يُنَزَّل ذلك على اللفظ (٦) . وكذا الخلاف فيما لو قال : إن بعتُ الخمر فأنتِ [عليّ] (٧) كظهر أمي . ثم باع ، لم يحنثْ عند الشافعي (رضي الله عنه) ؛ لأنه ليس ببيعٍ (٨) ، وعند المزني يُحْمل على المسمّى بيعًا بالعادة . أما إذا قال : إن ظاهرتُ عن فلانةٍ الأجنبية ، فيحتمل التعريف ، ويحتمل اشتراط كوْنِها أجنبيةً ، فعلى أيِّهما يُحْمل ؟ فيه وجهان (٩) .

---

(١) يعني إن ظاهر من ضرتها صار مظاهرًا من الثانية .

(٢) يعني إذا نكحها ، ثم ظاهر منها صار مظاهرًا منها ومن الثانية أيضًا . انظر الروضة (٢٦٥/٨) .

(٣) في الأصل « جرى » والمثبت من (أ) ،(ب) وهو أليق .

(٤) انظر الأم (٢٧٧/٥ ، ٢٧٩) ، مختصر المزني ص (٢٠٣) .

(٥) في (أ)،(ب) : « و تعليقُ محالٍ » . ويعني بقوله : (وتعليقٌ بمحال) أنه كيف يظاهر عنها وهي أجنبية . وهذه الجملة كلها من مقول الزوج أعني قولَه : « إن ظاهرت عن فلانة وهي أجنبية » .

(٦) يعني المزنيُّ (رحمه الله) أن الزوج لو قال لزوجته ذلك ، ثم نطق بلفظ « الظهار » مع الأجنبية ، أنه يصير مظاهرًا أيضًا ؛ لأنه تلفظ بلفظ الظهار .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) يعني أنه ليس ببيع شرعًا ؛ لحرمة المبيع .

(٩) وأصح الوجهين أنه ظهار ، ويكون لفظ « الأجنبية » للتعريف لا للشرط ، كما لو قال : « لا أدخل دارَ زيدٍ هذه =

الثانية : أن يُظَاهِر عن امرأةٍ ، ويقول للأخرى : أَشْرَكْتُكِ معها . ونَوَى ، ففيه خلافٌ مبنيٌّ على أن الظهارَ ، يُغَلَّب فيه مشابِهُ الأَيمان أو الطلاق ؟ [(١)] .

الثالثة : إذا قال : أنتِ طالقٌ كظهر أُمّي . وقع الطلاقُ بقوله : أنتِ طالقٌ . ثم نُرَاجِعُه ، فإن أراد بالبقية التأكيدَ ، قُبِلَ . وإن أراد الظهارَ لغا إن كان بائنًا ، ونَفَذَ إن كان رجعيًّا .

الرابعة : أن يقول : أنتِ علي حرامٌ كظهر أُمي ، فله أحوال :

(إحداها) : أن ينوي الطلاقَ دون الظهار ، وقصدَ التأكيدَ ، (٢ فهو كما نوى ٢) ، وكقوله : أنتِ طالقٌ كظهر أمي . وفيه وجهٌ : أن الظهارَ هو الحاصل ؛ لأنه أَتَى بصريحه دونَ صريحِ الطلاق ، فهو أَوْلى من الكناية . ولا يخفى أنه (٣ لو عَنَى الظهارَ ٣) دونَ غَيرهِ فلا يحصُل إلا الظِّهار .

(الحالة الثانية) : أن يقول : (٤ نويتُ الطلاق والظهار ٤) جميعًا مقرونًا بقولي : أنتِ عليّ حرامٌ ، ففيه ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أن الجمع غيرُ ممكنٍ في لفظٍ واحد ، والطلاقُ أقوى فهو الواقع [(٥)] .

والثاني : أن الظهارَ أَوْلى ؛ إذْ أَتَى بصريحه .

= ويشهد لهذا قولُ النحاة – كما قال الزركشي – : إنّ الصفة في المعرفة تكون للتوضيح ، نحو « زيدٌ العالمُ » وفي النكرة تكون للتخصيص ، نحو « مررتُ برجل فاضل » . وهو ظهار إذا تزوجها ثم ظاهر منها ، كما هو معلوم . انظر: الوجيز (٧٩/٢) . روضة الطالبين (٢٦٦/٨) . الغاية القصوى (٨٢٧/٢) . مغني المحتاج (٣٥٥/٣) .

(١) وتشبيهه بالطلاق أظهرُ ، كما قال البيضاوي (رحمه الله) في الغاية القصوى (٨٢٧/٢) . وقد نص الشافعي (رحمه الله) على أنه يكون مظاهرًا في هذه الصورة . انظر الأم (٢٧٦/٥) .

(٢) في (أ) : « فهو كما لو نوى » . وكلمة : « نوى » من (ب) .

(٣) في (أ) : « لو عيَّن الظهار » .

(٤) في (أ) : « نويت الظهار والطلاق » .

(٥) وهو ما رجحه البيضاوي كما في الغاية (٨٢٨/٢) .

والثالث : وهو اختيارُ ابنِ الحداد (١ أنّ الرجلَ يُخَيّرُ حتى يَخْتار أحدهما ١)؛ إذْ ليس أحدُهما أولى من الآخر (٢) .

(الحالة الثالثة) : أن يقول : أردتُ بقولي : « عليَّ حرام » طلاقًا ، وبقولي : « ظهر أُمي » (٣) ظهارًا : وقع الطلاقُ ونفذَ الظهارُ إن كان رجعيًا . وفيه وجهٌ : أن الظهار لا يصحّ ؛ لأن قولَه : كظهر أُمي ، غيرُ مستقلٍ وقد انصرفَ أولُ الكلامِ إلى الطلاق .

أمّا لو عكس وقال : أردتُ الظهارَ بالأول ، والطلاقَ بالآخر (٤) ، نفذ الظهارُ دونَ الطلاق ؛ لأنه نواه بلفظِ الظهار . وقال الشيخ أبو محمد : ينفذُ الطلاقُ ؛ لأن قوله : كظهر أُمي ، ليس مُستقِلًا ، ولم يحصل به ظهارٌ ، فيحصل به طلاق .

(الحالة الرابعة) : أن يقول : لم أقصدْ بالمجموعِ إلا تحريمَ عَيْنِها ، فتحرمُ عليه وتلزمُه الكفارةُ .

المسألة الخامسة : لو قال : أنت عليَّ حرامٌ ، وقال : (٥ نويتُ الطلاقَ والظهارَ ٥) .
جميعًا / مع اللفظة . قال ابنُ الحداد : إن نوى الظهارَ أولًا يصح ، ويقع الطلاقُ (٦) ولم يكن ٢٠٦/ب
عائدًا . وإن نوى الطلاقَ أوّلا - وكان رجعيًا - صح الظِّهارُ .

قال الشيخُ أبو علي : هذا غلطٌ ؛ لأنَّ اللفظَ واحدٌ ، فينبغي أن يجعل كما لو نَوَاهُمَا معًا ، فيخرّج على الخلاف في أنَّ الأولى أيُّهما ؟ وهذا يلتفت على أن نية الكناية ، إذا اقترنت ببعض اللفظ ، ما حكمُه ؟ وقد ذكرناه في الطلاق .

* * *

---

(١) في (أ) : « أن الرجل يختار أحدهما » .

(٢) وهذا الوجه هو ما عليه جمهور الشافعية . انظر : الروضة (٢٦٧/٨) وما بعدها .

(٣) في (أ) : « كظهر أمي » .

(٤) في (ب) : « بالأخير » .

(٥) في (أ) : « نويت الظهار والطلاق » .

(٦) في (أ) : « ووقع الطلاق » .

البابُ الثّاني

في حُكْم الظِّهَارِ الصّحِيح (١)

وله حكمان :

أحدهما : تحريمُ الجماعِ على (٢) الاقترانِ به إلى أن يُكَفِّر ، (٣ إما بالعتق ٣) ، أو الصيامِ ، أو الإطعامِ . وجوَّز أبو حنيفة (رحمه الله) الوطءَ للمكفِّر بالإطعام ؛ لأن الآيةَ مطلقةٌ في حقِّه (٤) ، ....

---

(١) كلمة : « الصحيح » ساقطة من (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « عند » وهو أولى سياقا . والضمير في قوله « به » يعود على الظهار .

(٣) في (أ) : « بالعتق » .

(٤) اتفق الأئمة الأربعة على أن المظاهر لا يجوز له الوطءُ قبل أن يُكفِّر بإحدى الكفارات الثلاثة – وهي : العتق ، أو الصيام ، أو الإطعام . ولكنهم اختلفوا في المكفِّر بالإطعام خاصة ، هل يجوز له الوطء في أثناء تكفيره بالإطعام ، كأن يكون مثلًا أطعم ثلاثين مسكينًا ، وبقي عليه إطعام ثلاثين آخرين ؟ .

فمذهب الشافعية : أن المظاهِر لو وطيء المظاهر منها في خلال الإطعام ، حرم ، ولكن لا يجب الاستئناف . وهذا مذهب الحنفية أيضًا . انظر : الأم (٥/٢٨٥) . مختصر المزني ص (٢٠٧) . روضة الطالبين (٨/٣٠٦) . تحفة الفقهاء (٢/٢١٥) . المبسوط للسرخسي (٦/٢٢٥) . فتح القدير لابن الهمام (٤/٢٧٢) . ملتقى الأبحر لإبراهيم الحلبي (١/٢٨٥) . رد المحتار لابن عابدين (٣/٤٧٧) .

ومذهب المالكية : أنه إن جامع فسد تتابعُه ، صيامًا كان أو إطعامًا ، حتى لو بقي مُدٌّ واحد لمسكين ، فعليه إعادة الإطعام كاملةً . ومذهب المالكية في هذا ، هو أشد المذاهب . انظر : الكافي لابن عبد البر ص (٢٨٥) . الشرح الكبير (٢/٤٥١) .

ومذهب الحنابلة : كمذهب الشافعية والحنفية ، وعن الإمام أحمد رواية أنه لا يحرم وطؤها إذا كان التكفير بالإطعام ، لكن المذهب تحريمه . انظر : المحرر في الفقه (٢/١٩٠) . المسائل الفقهية (٢/١٩٠) . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٩/٢٠٣) . الفروع لأبي عبد الله بن مفلح (٥/٤٩٤) . منتهى الإرادات لابن النجار (٢/٣٢٦) . الفقه الإسلامي وأدلته (٧/٦١٧) ، (٧/٦١٩) .

وبهذا الذي سبق ، يظهر أن ما نسبه الإمام الغزالي (رحمه الله) لأبي حنيفة ، غير صحيح ، وأنّ ماعزاه لأبي =

.... لكن الشافعي (رضي الله عنه) يُنَزِّل المطلقَ [1] على المقيَّدِ في مثل ذلك [2] .

ثم اختلف قولُ الشافعيِّ (رضي الله عنه) في أن التحريم هل يقتصر على الجماع ؟ فقال في « المختصر » [3] : أحببتُ أن يَمْنع القُبلةَ . وقال في موضعٍ آخر : رأيتُ أنْ تُمْنع القبلةُ . فقِيل : قولان [4] :

أحدهما : التحريم ؛ لقوله تعالى : ﴿ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ﴾ [5] . والقائلُ الثاني يَحْملُه على الوقاعِ ، لقوله : ﴿ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾ [6] » نعم ، ....

= حنيفة هو رواية عن أحمد (رحمه الله) ، وهو مذهب ابن حزم الأندلسي أيضًا .

وقد استدل ابن حزم لما ذهب إليه بقوله : وشرط الله (عزوجل) في العتق والصيام قبل التماسِّ ، ولم يشترط ذلك في الكفارة بالإطعام : ﴿ لا يَضِلّ ربّي ولا يَنْسى ﴾ ، ﴿ تبيانًا لكل شيء ﴾ ، انظر المحلى (١٠ / ٥٠) . بداية المجتهد (٢ / ١٣٦) .

والآية التي نَوَّه بها الغزاليُّ – واستدل بها ابنُ حزم – هي قوله تعالى : ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسَّا ، ذلكم توعظون به والله بما تعلمون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسَّا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ... ﴾ الآيتان [المجادلة : ٣، ٤] .

(١) في (أ) : « نزَّلَ المطلق » .

(٢) الإمام الشافعي (رحمه الله) يحمل المطلق هنا وهو قوله تعالي : ﴿ فإطعام ستين مسكينًا ﴾ على المقيَّد بقَبْلِ التماس ، كما في العتق والصيام ؛ لأن القرآن كالكلمة الواحدة في وجوب بناء بعضه على بعض ، وأيضًا فالمطلق ساكت عن ذكر القَيْد ، فلا يدل عليه ولا ينفيه ، والمسكوتُ عدمٌ ، أما المقيد فهو ناطق بالقيد ، الذي يوجبه ، فكان كالمفسَّر ، فكان أولى أن يجعل أصلًا يُبْنى عليه المطلق ، وبذلك يكون المقيَّدُ صارفًا للمطلق عن إطلاقه ، ومُبيِّنًا المراد منه . وقد احتج الشافعي (رحمه الله) على هذا بأسلوب رائع في الأم (٥ / ٢٨٠) وإن كان ذلك في اشتراط الإيمان في الرقبة المعتقة في الظهار .

هذا ، وقد اتضح بما سبق أن مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) فى هذه المسألة كمذهب الشافعية ، وإن اختلفا في حمل المطلق على المقيد في بعض المواضع . وانظر في ذلك أثر الاختلاف في القواعد الأصولية د . مصطفى الخن ص (٢٥٢) . الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٣ / ٦) .

(٣) انظره في مختصر المزني ص (٢٠٤) .

(٤) في (ب) : « وجهان » .

(٥) من الآية (٣) من سورة (المجادلة) .

(٦) من الآية (٢٣٧) من سورة (البقرة) .

.........مسالكُ الأشباهِ [1] متعارضةٌ ، فنقول : كلُّ ما يُحَرِّم الوطءَ لِخَلَلٍ في المِلْك - كالطلاق ، والردة ، والاستبراء عن الغير ، كعدَّة الوطء بالشبهةِ أو لإباحة الغيرِ [2] - كتزويج السَّيِّدِ أَمَتَه - فكلُّ ذلك يُحَرِّمُ اللمس [3] ، وأما الصومُ والحيضُ فلا . وقياسُ الإحرام أن يكون كالصوم ، ولكنه يُحَرِّم اللمسَ [4] تعبُّدًا . وأما الاستبراءُ في المسْبِيَّةِ فيحرِّمُ الوطء ، وفيما دونه خلاف . وإن كان من جهة شراء ، أو تملك فيحرم الاستمتاعَ مطلقًا ؛ لأنه لو ظهر الحملُ لحرم على الإطلاق بخلاف جهة السَّبْيِ ، والظِّهارُ مردد [5] بين هذه الأصولِ . فإن لم نُحَرِّمْ إلا الوطءَ ، ففي الاستمتاعِ بما دون السُّرّة والركبةِ خلافٌ مبنيٌّ على أنَّا إنْ حَرَّمْنا ذلك في الحائضِ عَلَّلْنا بانتشار الأَذَى ، أو تخوُّفِ الوقوع في الوقاع [6] . ويظهر تشبيهُ الظهارِ بالحيضِ ؛ لأنه يحرم مع دوام النكاح ، لكن من حيثُ إنه كان طلاقًا فَأُقِّتَ تحريمُه [7] بالكفارة فيحمتل أن يُشَبَّهَ بتحريم الرجعية [8] .

الحكم الثاني : وجوب الكفارة ، وهو مَنُوطٌ بالعَوْد ؛ قال الله تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ ﴾ [9] فاختلف العلماء فيه على خمسة مذاهب :

قال الثوري [10] : « هو بنفس الظهار عائدٌ » . وهو فاسدٌ ؛ لقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ ﴾ . وقال دواد : « أراد تكرار [11] لفظ الظهار ، والعود إليه » . وقال الزهري [12] ....

---

(1) في (أ) ، (ب) : « مسالك الاشتباه » .

(2) في (أ) : « أو لإباحة للغير » .

(3) في (أ) ، (ب) : « يحرِّم المسّ » .

(4) في (أ) (ب) : « المسّ »

(5) في (أ) : « متردد » .

(6) أي خوف الوقوع في الجماع .

(7) في (أ) : « تأقت تحريمه » .

(8) في (أ) : « بتحريم الرجعة » .

(9) من الآية (٣) من سورة « المجادلة » .

(١٠) في (ب) : « قال النووي » وهو خطأ واضح .

(١١) في (أ) : « أراد تكرير ... » وانظر في ذلك المحلى لابن حزم الظاهري (٩/١٠٤) . وأحكام القرآن لابن العربي (٤/١٧٥٣) .

(١٢) في (ب) : « وقال الزبيري » .

.....ومالكٌ في إحدي الروايتين [١] : إنه الوقاع ؛ إذ به يعود لنقض كلامه . وقال أبو حنيفة ومالك (رحمهما الله) في رواية : إنه العزم على الإمساك [٢] . وقال الشافعي (رضي الله عنه) : هو نفس الإمساك [٣] .

ومهما لم يُطَلِّق عقيب الظهار - على الاتصال - فهو مُمْسِكٌ ولا يَكْفيه العزمُ على الطلاق دون تحقيقه ؛ لأن إمساكَه عَوْدٌ لنقضِ كلامِهِ ، فسبيلُه أن يقول : « أنتِ عليَّ كظهر أُمّي ، أنتِ طالقٌ [٤] » مُتَّصِلًا حتى لا يَلْزمه كفارةٌ [٥] .

ويتفرّع على هذا الأصلِ مسائلُ :

الأولى : إذا مات عُقَيْبَ الظّهارِ ، فلا كفارةَ ؛ إذ لم يتحقق الإمساكُ ؛ فإنه يَفْتقر إلى زمان القدرة على الطلاق . ولو طلَّقَها طلاقًا رجعيًا فلا عَوْدَ [٦] . فإن راجع ، فنصَّ الشافعيّ (رضي الله عنه) أنّ نَفْسَ الرجعةِ عَوْدٌ [٧] ونصَّ : أنه لو ارتدَّ وعاد [٨] ، لم يكن نَفْسُ الإسلام عَوْدًا [٩] . وكذا لو أبانَها ، وجدَّدَ النكاحَ وقُلْنا بعَوْدِ الظِّهار والحنث ، لم يكن بمجرده عائدًا ؛ لأنَّ الإسلام يُقْصد به تبديلُ الدِّين ، والنكاحُ يُقْصَد به تجديدُ الملكِ ، والرجعةُ لا مَعْنَى لها إلا إمساكُ الزوجةِ . ومن أصحابنا مَنْ خرَّجَ وجهًا إلى

---

(١) انظر قول مالك (رحمه الله) في أحكام القرآن لابن العربي (١٧٥٢/٤) . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٦٠٥/١٧) . القوانين الفقهية ص (٢٤٨) .

(٢) الذي وجدته عن أبي حنيفة - في كتب الحنفية أنفسهم - أن المقصود بالعود هو العزم على الوطء .انظر : مختصر الطحاوي ص (٢١٣) . تحفة الفقهاء للسمرقندي (٢١٤/٢) . المبسوط (٢٢٤/٦) . بدائع الصنائع (٢٣٦/٣) . الدر المختار (٣٦٩/٣) .

(٣) انظر قول الشافعي (رحمه الله) في الأم (٢٧٩/٥) . مختصر المزني ص (٢٠٤) .

(٤) في (ب) : « أنت طالق أنت طالق » .

(٥) في (ب) : « الكفارة » .

(٦) أي : لم يحصل منه عودٌ لما قال ، فلا تلزمه الكفارة .

(٧) انظر قوله في « الأم » (٢٧٩/٥) .

(٨) في (أ) : « ثم عاد » .

(٩) انظر « الأم » (٢٧٩/٥ وما بعدها) .

الرجعة من النكاح وإلى النكاح ، والردةِ من الرجعة ، وطَرَدَ القولين ، لكن الفرقُ وتقريرُ النّصّ أَظْهَرُ . فإن قيل : إذا آلى ، ثُم أَبَانَ وجدَّد النكاح ، لزمتْه الكفارةُ بالوطء وإن لم نقل بعود الحنث ، فلم لا تعود كفترة الظهار ؟ قلنا : لأن اليمينَ يستقلٌّ بنفسه دون النكاح ، والظهارُ لا يُتصوَّر إلا في النكاح ، والكفارةُ هاهنا كالمطالبة بالفيئة عن الإيلاء ، فإنها من الخواص ، فلا تعود في نكاح ثانٍ (١) .

نعم ، لو ظاهر وعاد حتى حرمتْ عليه ، استقرت الكفارة . فلو طلَّق وجدد ، استمر التحريم إلى الكفارة . وأما لو كانت رقيقةً فاشتراها ، ففيه خلافٌ مبنيٌّ على أن تحريم (٢) الطلاق واللعان ، هل يتعدَّى إلى / مِلْك اليمين كما ذكرناه؟ ٢٠٧أ

المسألة الثانية : إذا ظاهَرَ عن زوجته الرقيقة ، ثم اشتراها على الفورِ ، ففيه وجهان :

أحدهما : أن الشراءَ يَنْفِي العَوْدَ كالطلاقِ ؛ لأنه قاطع (٣) .

والثاني : لا ؛ لأنه نَقَلَه من حِلّ إلى حِلّ ، فهو عائد . وهذا يتّجه إذا قلنا (٤) : إنه يتعدّى تحريمُ الظهار إلى ملك اليمين .

ثم قال ابنُ الحداد : لا بُدَّ وأن يتصل قولُه : « اشتريتُ » بالظهار ، فلو تشاغَلَ بأسبابه حصل العَوْد . وقال الأصحاب : إن كانت أسبابُه متعذرةً ، فهو كما قال . وإن كانتْ مُتَيَسِّرة على القرب لم يكن عائدًا . أما إذا علَّق طلاقَها بعد الظهار على الدخول ، فهو عائدٌ وإن كان الدخول مُتيسِّرًا ؛ إذ لا فائدة فى التعليق وهو قادر على التنجيز . ولو كان قد علق من قبل ، فدخل على الاتصال فلا عود (٥ إن كان الدخول متيسرا ٥) .

(١) في الأصل ، (أ) : « في نكاح ثاني » والصواب « ثان » كما في (ب) .

(٢) كلمة « تحريم » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح ؛ لأن الشراء قطع النكاح . انظر الروضة (٢٧٠/٨) ومغني المحتاج (٣٥٦/٣) مع أن نص الشافعي نفسه يخالف ذلك ، إذ قال (رحمه الله) : « ولو تظاهر من امرأته وهي أمة ، ثم اشتراها فسد النكاحُ والظهارُ بحاله ، لا يَقْرَبُها حتى يُكَفِّر ؛ من قِبَلِ أن الظهار لَزِمَه وهي زوجةٌ .. » . انظر الأم (٢٧٦/٥) .

(٤) في الأصل : « إذ قلنا » والمثبت في (أ) ، (ب) .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

ولو لَاعَنَ عقيب الظهار ، فظاهرُ النصِّ أنه يمنع العود (١) . ثم اختلف في تصويره ، فمنهم من قال : لو قذف بعد الظهار ولم يُقَصِّر في البدار إلى الرفع إلى القاضي على العادة ، فلا عود . ومنهم من قال : ينبغي أن تتصل كلماتُ اللعانِ بالظهار ، ويكون القذفُ والرفعُ سابقًا . وقال ابن الحداد : ينبغي أن تتصلَ الكلمةُ الأخيرةُ بالظهار ، فإنه القاطع وألزم عليه ، كما لو قال عقيبَ الظهار : يا زينب ، أنت طالق . وقيل : قوله : « يا زينب » لا يُوجب العوْدَ ؛ لأنه من جملة الكلام ، فكذا كلمات اللعان .

المسألة الثالثة : لو علق الظهار بفعلِ غيرِهِ ، فوُجِد ولم يَعْرف ، فليس بعائد ، فكما يعرف فينبغي أن يُبادر الطلاق ، ولو علّق بفعلِ نفسِه ففعل ، ونَسِيَ الظهار ، فهو عائدٌ ؛ لأنه - في نسيان فعلِ (٢) نفسِه - غيرُ معذورٍ .

المسألة الرابعة : إذا قال : أنت عليّ كظهر أُمّي خمسةَ أشهرٍ ، لم يصحَّ على القديمِ لخروجِه عن المعتاد . وعلى الجديدِ : يصحُّ إنْ غَلَّبْنَا مشابهَ الأَيْمَانِ ، وإن غلَّبْنا مشابهَ الطلاقِ فلا ؛ لأن الطلاقَ المؤقَّت أُبِّد لغلبةِ الطلاق ، ولم يظهر ذلك للظهار ، وقد قيل : يصحُّ مؤبَّدًا تشبيهًا بالطلاق .

التفريع : إن شبهناه بالأَيْمَان صحَّ مؤقتًا ، ويكون العودُ بالجماع ، نصَّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) عليه ؛ لأنه ينتظر تحليلًا بعد الأشهر ، وإنما يمسك لذلك ، فلا يكون مجردُ إمساكِه مناقضًا (٣) . واعترض المزنيُّ (رحمه الله) على هذا ، وقال : لا فرقَ بينه وبين المطلق . فمن الأصحاب من قال : للشافعي (رضي الله عنه) قولٌ قديمٌ : أنّ العودَ هو الجماعُ ، فيطرد في المطْلَقِ والمقيّد (٤) . وهو فاسدٌ ؛ لأنه نصَّ عليه في الجديد ، والفَرْقُ ما ذكرناه .

---

(١) انظر نص الشافعي (رحمه الله) في الأم (٥/٢٧٩) ، ومختصر المزني ص (٢٠٤) .

(٢) في (أ) : « فعله » .

(٣) في (ب) : « متناقضا » .

(٤) في (أ) : « في المطلق والمؤقت » .

فعلى النصِّ ، إذا جامعَ حرمَ الجماعُ ، فعليه النزع متصِلًا بتغييبِ الحشفةِ . وعلى مذهب ابن خيران : يحرمُ الجماعُ الأوّلُ أيضًا كذلك . قال الصيدلاني : « إذا جامع ، نتبين [١] أنه كان عائدًا عقيبَ اللفظِ ، وعليه يحمل إمساكه » . وفيه فِقْهٌ يوافقُ النصَّ ، ويَدْفع اعتراض المزني (رحمه الله) . فعلي هذا لا نُبيح الوطءَ الأولَ ؛ إذ هو [٢] مُبَيِّنٌ للتحريم قبله ، فهو كما لو قال : « أنتِ طالقٌ قبلَ الوطءِ » فإنه يُحرم الوطءَ .

المسألة الخامسة : إذا قال لأربع نسوة : أنتنَّ عليَّ كظهر أمي ، صار مظاهرًا عن جميعهنّ ، ولكنْ في تعدُّد الكفارة واتحادها خلافٌ ؛ لاتحاد اللفظ ، وهو كالخلاف فيما لو قذفَ جماعةً بكلمة واحدة ، أن الحدَّ هل هو متعدِّدٌ ؟ ومشابهُ الأيمان تقتضي الاتحادَ ؛ لأنَّ الكلمة واحدةٌ . ومشابهُ الطلاقِ : التعددُ ؛ لتعدُّدِ المحَلِّ [٣] فإن قلنا : يتعدّد ، فلا يخفى . وإن قلنا : يَتَّحِد ، فلو أمسكهنَّ فعليه كفارةٌ . ولو طلَّق ثلاثًا وأمسك واحدة ، لزمه كفارةٌ ؛ لأنَّ مناقضةَ الظهارِ بالعوْدِ ، تتحقّق بإمساك واحدة ، وليس كما لو قال : واللّه لا أُجامِعُكنَّ ؛ فإنه لا كفارةَ بجماعِ واحدةٍ ؛ لأن مخالفته تتحقق بجماع الجميع . وتحقيقُه : أن الظهارَ هاهنا يتعلّق بطلاق الجميع .

فأما إذا ظاهر عنهنَّ بأربع كلمات على التوالي ، فتجبُ أربعُ كفاراتٍ ، ويكون بالظهار الثاني عائدًا إلى الأول ، وبالثالث عائدًا إلى الثاني ، وبالرابعِ عائدًا إلى الثالث . فإن قال عقيبَ الرابع : أنتِ طالقٌ ، فعليه ثلاثُ كفارات . فإن لم يَقُلْ فأربعُ كفارات .

المسألة السادسة : إذا كرّر لفظَ الظهارِ على الاتّصال ، وقال قصدتُ بالثاني تأكيدَ الأوّل ، قُبِلَ . ولكن هل يكونُ عائدًا ؟ فيه وجهان [٤] / : ٢٠٧ب

أحدهما : نعم ؛ لأن اشتغالَه بالتأكيدِ تَرْكٌ للطلاق .

---

(١) في (أ) : « تبين » . (٢) في (ب): « وهو » .

(٣) الجديد : وجوب أربع كفارات . والقديم كفارة واحدة . انظر مختصر المزني ص(٢٠٣) .روضة (٨/٢٧٥) .

(٤) إن أمسكها بعد التكرار فعليه كفارة . وإن فارقها فوجهان :

أحدهما : تلزمه الكفارة لتمكُّنه من الفراق بدلًا من التأكيد . وأصحهما : لا كفارة ؛ لأن الكلمات المؤكد بها كالكلمة الواحدة . انظر الروضة (٨/٢٧٥) .

والثاني : لا ؛ لأنه لا يكونُ به مُمْسِكًا ؛ لأن التاكيدَ في حكمِ تمامِ الكلام .

وإن قصد ظهارًا آخرَ ، ففي تعدُّد الظهار مع اتحاد المرأة طريقان (١) :

أحدهما : طردُ القولينِ في تعدّد الكفارة .

والثاني : القَطْعُ بالتعددِ ؛ تغليبًا لجانب اللفظ .

ولا خلاف أنه لو قذف شخصًا واحدًا مَرّتين فالحدُّ واحدٌ . ثم إن طلَّق عقيب الثاني ، لم يكن عائدًا في الثاني . وهل يكونُ عائدًا في الأول لاشتغالِهِ بالثاني ؟ فيه وجهان مرتبان على صورة إرادة التأكيد ، وها هنا أَوْلى بأن يكون عائدًا ؛ لأنه كلام مستقل بنفسه . أما إذا تخلَّل زمانٌ ، فهو عائدٌ في الأول ، والظهارُ الثاني منعقدٌ إن قلْنا بتعدد الكفارةِ ، وإلا فلا فائدةَ فيه .

أما إذا قلنا :تتعدد ، فقال : أردتُ التأكيدَ - مع تخللِ الفصل - هل يُقبل [ها هنا] (٢) ؟ تردَّد فيه جوابُ القَفَّال كما ذكرناه في الإيلاء ؛ لأنَّ فيه مشابهةَ الإخبار (٣) .

المسألة السابعة : إذا جُنَّ عقيبَ الظهارِ فليس بعائدٍ . فلو أفاق ، لم تكنْ مجردُ الإفاقةِ عَوْدًا ، ولكن إن لم يُطَلِّقْ عقيبَ الإفاقةِ ، صار عائدًا . ولو قال : إن لم أتزوجْ عليك فأنتِ عليّ كظهرِ أُمي . فلا ظهارَ في الحال . فإن مات قبل التزويج حصل اليأسُ ، وصار مظاهِرًا عائدًا قبيلَ الموتِ (٤) ، هكذا قاله ابنُ الحداد . وقال بعضُ الأصحاب : الظهارُ حاصلٌ ولاعَوْدَ ؛ لأنه ماتَ عقيبَ انعقادِ الظهار ، وإنما كان يستقيم ما قاله لو استندَ انعقادُ الظهارِ إلى الأول . وما ذكره ابن الحداد أَغْوَصُ فَلْيُتَأَمَّلْ .

---

(١) في الروضة أن الكفارة تَتَعذَّر على القول الجديد . (٢٧٦/٨) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) الذى صححه في الروضة وقطع به العراقيون ، أنه لا يُقبل . وهذا الخلاف فيما إذا لم يُكفر عن الأول ، فإن كفّر ، فالثاني ظهارٌ جديد قطعًا ؛ لانقضاء حكم الأول بالتكفير عنه . انظر : الروضة (٢٧٦/٨) . مغني المحتاج (٣٥٨/٣)

(٤) في (أ) : « قبل الموت » .

فإن قيل : الوطءُ يَحْرُم بنفسِ الظهار أو بالعود ؟ قلنا : بالعود ؛ إذا لو كانَ بمجرد الظهار لكان تستقرُّ الكفارةُ وإن طلَّق عقيبه ، حتى لو أراد وَطْأَها بنكاحٍ جديد أو ملكِ يمينٍ لم يَجُزْ إلا بكفارة ، وليس كذلك ، لكنّه إذا عادَ حرم ، ووجبت الكفارة ، واستقرَّتْ ؛ لا لأجل استحلال الوطءِ ، فإنه [(١)] [(٢)] لو أبانَها [(٢)] بعد العودِ لم تسقط الكفارةُ ؛ لأنها استقرّت بالعود المناقِض للظّهار ، كما يستقرُّ بالحنث في اليمين ، فالكفارةُ تجبُ بالظهارِ والعوْدِ جميعًا ، والظهارُ أحدُ سَبَبَيْها كاليمين ، ولذلك قال ابنُ الحداد : لو قال : إن دَخَلتْ الدارَ فأنت علي كظهرِ أُمِّي . ثم أعتق عن الظهار ، ثم دَخَلَتْ : وقعَ العتقُ لتأخُّرِه عن أحدِ السببين . وخالفَه بعضُ الأصحاب وقالوا : وِزَانُه ما لو قال : إن دَخَلْتِ الدار ، فوالله لا أكَلِّمُكِ ، ثم أعتق قبل الدخول : لايجزيء ؛ لأنّه إنما يصير حالفًا عند الدخول . ولكن يحتمل أن يقال : السببُ صَيرورتُه حالِفًا ومظاهِرًا - وقد وُجِدَ - فيكفي ذلك [(٣)] [والله أعلم] [(٤)] .

* * *

---

(١) في (أ) : « فإنها » .

(٢) في الأصل : « لو أتى بها » وهو خطأ . والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٣) في (أ) : « سبب صيرورته حالفا ومظاهرًا قد وجد ، فيكفي ذلك » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

كتاب الكفّارات

وخصالُها ثلاثةٌ : العتقُ ، والصومُ ، والإطعامُ . والعتقُ لا يدخل في فِدْيةِ الحجّ . والإطعامُ لا يدخل في كفارة القَتْل على أحدِ القولين . وكفّارةُ الجماعِ [1] والظِّهارِ متساويتان في الترتيب : العتقُ ، ثم الصيامُ ، ثم الإطعامُ ، وكذا كفارةُ القتل إن قلنا : يدخلها الإطعامُ . وكفارةُ الأَيمان [2] على الخَيَرة بين العِتْق والكُسْوة والإطعامِ . فإن عجز فالصيامُ ثلاثةُ أيامٍ ، وسيأتي في موضعه . والمقصودُ كفارةُ الظهار ، ثم يندرج فيه جُمَلٌ من أحكام الكفارات :

الخصلة الأولى : العتق . ولا يُجزىء في الكفارات إلا رقبةٌ مسلمةٌ ، سليمةٌ ، كاملةُ الرقِّ ، تُعْتق بنيّةٍ جازمةٍ ، عِتْقا خاليا عن شَوْبِ العِوَض [3] ،فهذه خمسةُ شروطٍ [4] فلْنُفَصِّلْها :

الشرط الأول [5] : الإسلام . والمسلم كلُّ من وَلَدَه مسلمٌ ، أو مسلمةٌ [6] ، أو أسْلم أحدُ أبويه في صِغَره ، أو الْتقِطَ في دار الإسلام ، أو سَبَاهُ مسلمٌ في صغره ، ^{(٧} وليس معه أبواه ^{٧)} ، أو نطق بكلمَتَي الشهادةِ بعد البلوغ . فلو نطق [8] – وهو صَبِيٌّ مميِّزٌ – ففيه قولان [9] . ولو نطق مكرهًا فهو مسلمٌ إلا أن يكون ذِمِّيًا فلا يُحْكم بإسلامه على أحد القولين . وفيه مسألتان :

---

(١) يعني كفارة الجماع في نهار رمضان.

(٢) في (أ) ، (ب) : « اليمين » .

(٣) في (أ) : « ثبوت » . وهو خطأ .

(٤) في (أ) : « شرائط » .

(٥) في (أ) : « الأول » وليس فيها كلمة « الشرط » .

(٦) قوله : « أو مسلمة » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وليس معه أحد أبويه » .

(٨) في (أ) : « فإن نطق .. » .

(٩) قال في الروضة (٢٨١/٨) : « ولو أسلم الصبيُّ بنفسه ، ففيه ثلاثة أوجه :

أصحهما : لا يصح .

وقال الإصطخري : يصحُّ إسلامُ المميِّز .

وقال غيره : موقوفٌ ، فإن بلغ وثبت عليه ، تَبيَّنَّا صحة إسلامه ، وإلّا فلا » .

إحداهما : أنه لو نطق بكلمتَي الشهادة ، فالصحيحُ أنه إسلام [١] ، وإن لم يُصَرِّحْ بالبراءة عن سائرِ الملل . ومنهم مَنْ شرط ذلك . نعم ، لو اقتصر على قوله : « لا إله إلا الله » وكان ذلك على وَفْقِ ملَّتِه : لا يُحكم بإسلامه ، وإن كان على خلافه – كالثَّنَوِيِّ [٢] والنّصْرانيِّ القائل بِالتثليث – فمنهم من حكم بإسلامه ، ثم قال : يُطَالَب بالشهادة الثانية ، فإنْ أبَى جُعِلَ مُرْتَدًّا . ومنهم من لم يحكم بإسلامه ما لم يأْتِ بكلمتَي الشّهادة [٣] .

٢٠٨/أ **المسألة الثانية** [٤] : لو أَقَرَّ بصلاةٍ ، أو ركنٍ من أركان الاسلام يخالف مِلَّتَه هل / يُجْعَل به مسلمًا ؟ فيه وجهان [٥] . وضابطُه – عند مَنْ يجعله مسلمًا – أنَّ كلَّ ما يَكْفُر المسلمُ بإنكارِه ، فيصير الكافرُ – بالإقرارِ به – مسلمًا ؛ لأنّ التصديقَ والتكذيبَ لا يتجزأ . ولعلنا قد استقصينا هذه الأحكام في كتاب « اللقيط » فلا نُعِيدُه .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُشْترط الإيمانُ في رقبةِ كفارةِ الظهارِ ؛ فإن الوارد في القرآن رقبةٌ مُطْلقة [٦] . ولكن عندنا يُحْمل المطلقُ على المقيَّد .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « مسلم » .

(٢) الثنوي : هو القائل بإلهين للعالم ، إله النور وإله الظلمة ، وقد سبق بيانه .

(٣) قال في الروضة (٤٥٤/٨) : « والمذهب الذي قطع به الجمهور ، أن كلمتي الشهادة لا بدّ منهما ، ولا يحصل الإسلام إلا بهما » .

(٤) كلمة « المسألة » ليست في الأصل ، وثابتة في (أ) ، (ب) .

(٥) مال معظم المحققين من الشافعية على كونه إسلامًا ، ومنهم القاضي حسين . انظر الروضة (٢٨٣/٨) .

(٦) **مذهب الشافعية** : أنه يُشْترط الإيمان في رقبة كفارة الظهار ؛ حملًا للمطلق في آية « الظهار » على المقيد في آية « القتل » خطأ . وهو قول المالكية والحنابلة أيضًا ، وقد استدل الشافعي (رحمه الله) لذلك باستدلال جميل في الأم (٢٨٠/٥) وانظر : مختصر المزني (٢٠٤) . روضة الطالبين (٢٨١/٨) . القوانين الفقهية (٢٤٨) . الفروع لأبي عبد الله بن مفلح (٥٩٧/٥) . المبدع (٥٢/٨) . الإنصاف للمرداوي (٩/ ٢١٤) . منتهى الإرادات (٣٢٩/٢) . كشاف القناع (٣٧٩/٥) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يشترط الإيمان في رقبة كفارة الظهار ، بل تجزىء المسلمة والكافرة . انظر : المبسوط (٧/ ٢) . فتح القدير (٢٥٨/٤) . ملتقى الأبحر (٢٨٤/١) . الدر المختار (٤٧٣/٣) . الفتاوى الهندية (٥٠٩/١) .

الشرط الثاني : السَّلامةُ من العُيُوب . وعليه تُنَزَّل الرقبةُ المطلقةُ في القرآن . ثم قال أبو حنيفة (رحمه الله) : الأقطع يجزىء ، والأصمُّ والأبكم لا يجزىء [١] . وجَعَل الضابطَ [٢] فيه زوالَ جنسٍ من المنفعة ؛ لأن العيب المعتبر في البياعات لا يُعْتبر ، فاعتبر كمال أجناس [٣] الأعضاء والمنافعِ . والشافعيُّ (رضي الله عنه) : اعْتَبر ما يُؤَثّر في العمل أثرًا بيِّنًا [٤] ؛ إذ غَرَضُ الإعتاق أن يستقلَّ [٥] ويَسْعى لنفسه [٦] .

والزَّمِنُ لا يُجْزىء في العتق . ويُجْزىء الأَصَمُّ والأعورُ ؛ إذ يقدر على العمل والكسبِ ، وكذلك الأقرعُ والأعرجُ والعِنِّينُ والخَصِيُّ [٧] . والأقطعُ لا يُجزىء [٨] . وقطعُ الإبهام أو المسَبحّة أو الوسْطى مانعٌ . وقطعُ الخِنْصر أو البنصر لا يَمْنع . وقطْعُهما جميعًا مانعٌ . إن كان من يدٍ واحدة، ومِنْ يَدَيْن لا يؤثر [٩] .وقَطعُ أُنْملةٍ لا يُؤثر إلا من الإبهام . وفَقْدُ أصابعِ الرِّجْل لا يؤثر .

والمجنونُ [١٠] لا يجزىء إذا كان جنونُه مُطْبَقًا . والمريضُ الذي لا يُرْجَى زوالُه لا

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجزئ مقطوع إحدى اليدين وكذلك لا يجزئ مقطوع إحدى الرجلين . وهومذهب المالكية والحنابلة. انظر: الأم(٥/٢٨٢). مختصر المزني ص(٢٠٥). روضة الطالبين(٨/٢٨١،٢٨٤) . مغني المحتاج (٣/٣٦٠) . القوانين الفقهية ص (٢٤٨) . المبدع (٨/٥٢) . الإنصاف (٩/٢١٥) . منتهى الإرادات (٥/٣٢٩) . كشاف القناع (٥/٣٧٩) .

ومذهب الحنفية : أن مقطوع إحدى اليدين أو إحدى الرجلين يجزىء عتقه ، أما مقطوع اليدين أو الرجلين فلا يجزىء . انظر : الاختيار لتعليل المختار (٣/١٦٤) . ملتقى الأبحر (١/٢٨٤) العناية على الهداية (٤/٢٦٠) . الفتاوى الهندية (١/٥١٠) .

(٢) في الأصل : « الضبط » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « جنس ... » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أثرًا ظاهرًا » .

(٥) في (ب) : « يشتغل » .

(٦) انظر ما قاله الشافعي (رحمه الله) في الأم (٥/٢٨٢) . مختصر المزني ص (٢٠٥) .

(٧) أي وهذه الأربعة تجزىء .

(٨) قوله : « لا يجزئ » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٩) في (ب) : « لا يمنع » .

(١٠) في (ب) : « والمجنونة » .

يجزىء ، فإنْ زالَ على النّدور فهل يُتَبَين إجزاؤه ؟ فيه خلافٌ . والذي يُرْجى زوالُه يجزىء . فإن مات فهل نتيقن [1] أنه لم يقعْ موقعَه ؟ فيه خلافٌ . وإن كان يُجَنُّ ويُفيق فيجزىء إن كان أيامُ الإفاقةِ أكثَر ، وإلّا ففيه تردد . والهَرِمُ العاجزُ لا يُجزىء . والصغيرُ وهو ابنُ يومٍ يُجزىء ؛ لأنّ مصيرَه إلى الكِبَرِ . والظاهر : أن الجنين لا يُجزىء ، وفيه وجْهٌ .

وأما الأخرس، فالقياسُ أنه يجزىء. وقد اختلف فيه نَصُّ الشافعيِّ (رضي الله عنه)[2]. ومنهم من قال: قولان، وأجراهما في الأصمّ الأصلخ[3]. ومنهم مَنْ قطع بالجواز، وحَمَلَ النَّصَّ على الذي لا يَفْهَم[4] الإشارةَ[5].

الشرطُ الثالثُ : كمالُ الرِّقِّ . فلا يُجزىء عِتْقُ المستولدة ؛ لأنه يمتنع بَيْعُها ، ولا عِتْقُ المكاتب كتابةً صحيحةً ؛ لِنُقْصانِ الرِّقِّ ولوقوعِ العتق عن جهةِ الكتابةِ ، بدليلِ استتباع الإكْسَاب والأولاد . والمكاتب كتابةً فاسدةً يُبْتنى على العلّتين [6] : إن عللنا : بنقصانِ الرقّ نَفَذَ ، وإن عللنا بالاستتباع - وقلنا : إنه يستتبع - لم ينفذ .

ولو اشترى عبدًا بشرطِ العتقِ وأعتقَه عن الكفارة ، ففيه تفصيل ذكرناه في البيع . أما عتقُ العبدِ المرهون والجاني - إن نفذناه - فهو يُجزىء عن الكفارة ؛ لأنه يَفُكُّ الرهنَ بخلاف الكتابة .

فروع

الأول : العبد الغائب [7] الذي تَتَوَاصَلُ أخبارُه ، يُجزىء إعتاقُه . والمنقِطعُ الخبرِ . نَصَّ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فهل يُتَبَيَّنُ » .

(٢) القديم : أن الأخرس لا يجزى ، والجديد : أنه يجزىء . انظر الأم (٢٨٢/٥) .

(٣) الأصم الأصلخ : هو بالخاء المعجمة ، والمراد به الأصمّ الذي لا يسمع شيئًا أصلا . يقال :أصلخ بين الصلخ . انظر تهذيب الأسماء واللغات (١٧٩/١/٣) .

(٤) في (أ) : « لم يفهم » .

(٥) وهو المصحح في الروضة (٢٨٥/٨) .

(٦) في (أ) : « يبنى على العلتين » .

(٧) كلمة : « الغائب » ساقطة من (أ) ، (ب) .

على أنّه لا يُجزىء ، ونَصّ أنه يُخرج عنه زكاة الفطرِ [١] . فقيل : هو مَيْلٌ إلى الاحتياط في المسألتين . وقيل : فيهما قولان ؛ لأن الأصلَ بقاؤه ، والأصلُ اشتغالُ الذِّمَّةِ .

الثاني : العبد المغصوبُ في يَدِ متغلِّبٍ يُجْزىء إعتاقُه ، وفيه وجه : أنه لا يجزيء ؛ لأنه لا يَسْتفيد استقلالًا [كاملا] [٢] كالأقطع ، وهو أَمْيَل [٣] .

الثالث : إذا اشترى قريبَه بنيةِ الكفارةِ ، لم يُجْزِئْه [٤] ؛ لأن عِتْقَه يستَحقٌّ [٥] من جهة القرابة . وقال الأودني [٦] : إذا اشتراه بشرطِ الخيارِ وأعتقه عن كفارته [٧] ، جَاز .

الرابع : إذا أعتق نصفين من عبدٍ في دَفْعتين أجزأه ، ولو أعتق نِصْفَيْ عبدينِ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يُجزىء ؛ لأن الأشْقَاصَ تجمع أشخاصًا في الزكاةِ [٨] ، كذلك هذا [٩] .

والثاني : لا ؛ لأن المقصود إفادةُ الاستقلالِ ، فلا تحصل بالتجزِئة [١٠] . نعم ، لو مَلَك عبدين ، وعليه كفارتان ، فقال : أُعِتُقُهمَا [١١] عن كفارَتَيَّ ، نصفُ كلٍّ واحدٍ

---

(١) قال (رحمه الله) : « ويؤدي عن عبيده ، الحُضُورِ والغُيَّبِ ، وإن لم يَرْجُ رجعتَهم إذا علم حياتهم » انظر مختصر المزني ص (٥٤)

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وهو بعيد » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لم يجز » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « مستحق » .

(٦) سبقت ترجمته في القسم الدارسي .

(٧) في (أ) : « الكفارة » .

(٨) الشقْص : هو الجزء من الشيء ، والمقصود به هنا جزءٌ من العَبْد يشترك اثنانِ أو أكثرُ في مِلْكه . وقوله : « تجمع أشخاصًا في الزكاة » يعني لو ملك رجلٌ شقْصًا من عبد ، وشقصًا من عبد آخر ، أخرج عنه زكاة الفطر ؛ إذ كمل عبدًا .

(٩) في (أ) ، (ب) : « كذلك ها هنا » .

(١٠) وهناك وجه ثالث حكاه النووي – وهو الأصح – أنه يجزئه إن كان باقيهما حرًا ، وإلا فلا . انظر : روضة الطالبين (٢٨٨/٨) . المنهاج مع المغني (٣٦٢/٣) . الغاية القصوى (٨٣٢/٢) .

(١١) في (أ) ، (ب) : « أَعْتَقْتُهما » .

منهما عن كفارة ، فقد حُكي عن نَصِّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه يجزىء [1] .
فمنهم من قال : [2] عَتَقَ العبدان [2] عن الكفارتين ، ولا معنى لِتَجْزِئَتِه وإضافتِه .

الخامس : إذا ملك المعسِرُ نصفَ عبدٍ ، فأعتق نصفةَ عن كفارته ، ثم اشترى النصفَ الثاني ، وأعتق : جاز ؛ لأنه كمل الخلاص . وإن كان مُوسرًا ، ففي كيفيّة نُفوذ العِتْق ثلاثة أقوال .

فإنْ فرعْنا على تَنَجُّز [3] العتق نُظرَ : فإن وَجَّه العِتْقَ على جملة العبد ، وقال : أُعْتِقُكَ [4] عن الكفارة : نفَذَ وأجزأ . وقال القفّال : لا ينصرف النصف [الثاني] [5] إليها ؛ لأنه عتقٌ بتسرية الشرع ، لا بإعتاقِه . إلا أنا نقول : حصل بتسبُّبه [6] ، فصار كما لو قال : إن دخلتَ الدارَ ، فأنتَ حُرٌّ عن كفارتي ، [7] فدخل العبد / عتق وأجزأه [7] وإن ٢٠٨/ب وجّه على النصف ، لم ينصرف النصفُ الباقي [إلى الكفارة] [8] ، وهل يُجزئُ ذلك النصف ؟ يبتنى على عتق الأشقاص .

وإن فرعنا على أن العتق يتوقف على أداء القيمة ، فنوَىَ - عند اللفظ - صَرْفَ النّصفِ ، وعند الأداء صَرْفَ النّصفِ الثّاني : جاز . وإن نوى الكُلَّ عند اللفظ ، ففيه وجهان :

أحدهما : الجواز ؛ لأنه السبب المعتق [9] عند الأداء .

والثاني : أنه لا بُدَّ عندَ العتق من النيّة .

وقال الشيخ أبو حامد [10] : يجب أن ينوِيَ الكُلَّ عند اللفظ ، ولا يعتدُّ بالنية عند

---

(١) انظر نص الشافعي (رحمه الله) في الأم (٥/٢٨٢) .
(٢) في (ب) : « عِتْقُ العبدين » .
(٣) في (أ) : « تنجيز » .
(٤) في (أ) : « أعتقتك » .
(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٦) في (ب) : « بسببه » .
(٧) في الأصل : « فدخل العبد ، أجزأ » . وكلمة : (عتق) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٨) زيادة من (أ) ، (ب)
(٩) في (أ) ، (ب) : « للعتق » .
(١٠) سبقت ترجمته في القسم الدارسي .

الأداء .

الشرط الرابع : أن يكونَ خاليًا عن العِوَض . فلو أعتق على أَنْ يَرُدَّ العبدُ إليه دينارًا لم يقعْ عن الكفارة . ولو قال لغيره : أَعْتِقْ عبدَك عن كفارتك ، ولك ألفٌ عليَّ ، فأعتق : نَفَذَ ، لا عن الكفارة . وهل يستحقّ الألفَ ؟ فيه وجهان جاريان في الالتماس من غير ذكر الكفارة :

أحدهما : لا ؛ لأن العتق وقع منه ، فكيف يَستحقُّ العوضَ ؟! .

والثاني : يستحقّ ، كما لو قال : أَعتقْ مستولدتَك ، ولك عليَّ ألفٌ . وكأن الخلاف يرجع إلى أن الفداء ، هل يجوز مع إمكان [هذا] [1] الشراء ؟ .

وعند هذا جرت العادةُ بذكر النّظر في التماس العِتْق . وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : أعتق مستولدتك ولك عليّ ألفٌ : نفذ ، ولزم الألف ، وهو افتداءٌ ومقابلة للمال بإسقاط المِلْك كما في اختلاع الأجنبيِّ .

ولو قال : أعتقْ مستولدتك عنِّي عَلَى ألفٍ ، فقال : أعتقتُ عنك [2] : عَتَقت ولغا قولُه : « عنك » . والظاهر أنه لا يستحقّ العوضَ ؛ لأنه رَضِيَ به بشرط الوقوع عنه ولم يقع . وفيه وجه : أنه يستحق ، ويُلْغى قوله : « عنِّي » كما لو قال : طلِّقْ زوجتَك عنِّي ، فإنّه يُحمل على (٣ أنه أراد : طَلِّقْها لأجلي ٣) فيستحقُّ الزوجُ العوضَ .

واعلمْ أنَّ حكمَ الشافعيِّ (رضي الله عنه) بنفوذ العتقِ في المستولدة مع قوله : أَعْتقتُ عنْكَ . يدلُّ على أنه إذا وُصِفَ العتقُ ، أو الطلاقُ بوصفِ مُحَالٍ ، يُلغى الوصفُ دونَ الأصل .

الثانية : إذا قال : أَعْتِقْ عبدَك عنِّي . فقال : أَعتقتُ ، وقع عن المستدِعي . ثم إن ذكر

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في الأصل : « عَتَقَتْ عنك » وهو صحيح أيضًا . ولكن الأولى سياقا ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٣) في (أ) : « أنه أراد طلاقها لأجله » .

عوضًا استحقَّه ، وإن لم يذكر فهل يستحق ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يستحق ، بل يُحمل على الهبة .

والثاني : أنه يستحقّ كما لو قال : اقْضِ دَيْني فإنه يرجع على رأي . ولكن هذا التوجيه إنما يستقيم إذا قال : « أَعتِقْ عن كفّارتي » فإنه أداءُ حقٍّ مستحقٍّ .

ولو صرَّح وقال : أعْتِقْه عنّي مجانًا ، فقال : أَعتقتُ ، نفذ ولا عِوَضَ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا ينفذ ؛ لأن المِلك لا يحصل في الهبة دونَ القبض [١] . ولكن قال بعض الأصحاب : إعتاقُه تسليطٌ تام أقوى من الإقباض ، وبنَوْا عليه أنه لو وهب ، ثم قال للمتهب : أَعْتقه عن نفسك ، فأعتق [٢] ، نفذ عتقُه من غير قَبْض [٣] .

أما إذا أطلق ، وقال : أَعْتقْ عبدك ، ولم يقل : « عَنِّي » أو « عنكَ » فأعتق [٤] فعلى ماذا يُنَزَّل ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه عن المستدعي بقرينة الاستدعاء :

والثاني : أنه كقوله : أَعْتق عن نفسك ، حتى يخرّج النظر في العوض على ما ذكرناه .

الثالثة : إذا قال : إذا جاء الغدُ ، (٥ فعبدي حرٌّ عنك بألفٍ ٥) ، فقال : قَبلتُ ، فهذا كتعليقِ الخُلْع ، وقد ذكرناه . ولو قال : أَعتق عبدك عني غدًا بألف ، فصبر حتى جاء الغدُ ، وقال : أعتقتُ . قال صاحب « التقريب » : ها هنا يستحقّ المسمى ؛ لأنه ليس تعليقًا . وفيه نظرٌ أيضًا ذكرناه في الخلع . ولو قال : أَعْتقه عنِّي على خمر ، أو مغصوب . فهو كالخلع على المغصوب . ويَحتمل ها هنا الفسادَ في العوض ، وإن كان الملك

---

(١) انظر قوله (رحمه الله) في المبسوط (٩،٧/٧) . الدر المختار (٤٧٥/٣) .

(٢) في (ب) : « فأعتقه » .

(٣) في (أ) : « إقباض » .

(٤) من قوله : « من غير قبض ... » إلى قوله : « فأعتق » ساقط من (ب) .

(٥) في (أ) : « فعبدي عنك حرٌّ بألف » .

يحصل للمستدعي ؛ لأنه مِلْك ضِمْني فلا تعتبر شروطُه ، وينظر إلى صورة الإعتاق ، ولذلك لم يُشْترط القبضُ في الإعتاق مجانًا .

فإن قيل : العتقُ يحصل متصلا بآخرِ قوله : « أعتقتُ » فالملكُ كيف يحصل قَبْله ؟ فيكون قد حصل قبل اللفظ ، أو كيف يحصل بعده ؟ فيكون متأخرا عن العتق ، أو معه ؟ فيكون مع العتق . والكلُّ محال ؟ قلنا : ذُكِر فيه خمسةُ أوجهٍ :

أحدها : أنا نتبينَّ حصولَه بعد الالتماس ، وقبل الإجابة .

والثاني : (١ أنه يتبين ١) حصوله عند الشروع في اللفظ . وهما بعيدان ؛ لأنه تقديم المسبَّب على السبب .

والثالث : أنه يحصل الملك مع آخرِ [أجزاء] (٢) اللفظ ، (٣ والعتق مرتبًا عليه ٣) .

والرابع : أنه يحصل مرتبًا على اللفظ ، والعتقُ يتأخَّر لحظةً .

والخامس : - وهو اختيارُ أبي إسحاق (رحمه الله) - أن الملك والعتق يترتب (٤) على اللفظ معًا (٥) . واستُبْعِد ذلك منه ، ونُسِب إلى الجمع بين المتضادين . ولعله يعني أنه جرى سببُ الملكِ والعتقِ في حالة واحدة ، فيندفع الملك في وقتِ جريانِ سببِه ، ويكون ذلك في معنى الانقطاع . ولهذا غَوْرٌ ذكرناه من قَبْل .

وبالجملة فقد ختلفوا في أن كل (٦) حكم يترتب على لفظ ، فيكون مع آخر جزء من اللفظ ، أو متأخرًا مترتبا عليه ترتُّبَ الضدِّ على زوال الضّدّ ؟ والأصح أنه مع آخرِ جزء من اللفظ ؛ لأن المعلولَ ينبغي أن يكونَ مع العلة / كما ذكرناه . ٢٠٩/أ

الشرط الخامس : النية . ولا بُدّ منها ؛ لأن الكفارةَ فيها مشابهُ العباداتِ . نعم ،

---

(١) في (أ) : « أنا نتبين » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) ، (ب) : « والعتق مرتب عليه » .
(٤) في الأصل : « يترتبا » فحذف النون تخفيفًا . وفي (أ) ، (ب) « يترتبان » بإثبات النون على الأصل .
(٥) كلمة « معًا » ساقطة من (أ) .
(٦) في الأصل « الكل » والمثبت من (أ) ، (ب) .

تصح من الذّمّيّ والمرتد إذا قلنا (١) : لا يزول ملكُه ، أو يُستثنى قدر الكفارة عن ملكه الزائل كما نستثني قدْرَ الدَّيْن . ولا تصحُّ النيةُ منهما (٢) ، ولكن يستقل بمشابه الغرامات ، فإن فيها شبه الغرامات (٣) . أما صوم الكفارة فلا يصحّ منهما ؛ لأنه عبادةٌ محضة كالزكاة ،(٤ فلذلك لا يُتَصور من كافر ٤) .

فرع : لا يُشترط تعيين النيةِ في الكفّارات عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (٥) .

فلو كان عليه الكفّارات ، فيكفيه أن ينوي الإعتاقَ عن الكفارة ؛ لأن تعيين النية عندنا يجب قصدًا إلى التقرب بالصفات المقصودة . في العبادات المختلفةِ المراتبِ ، ومرتبةُ الظهر تُغايِر مرتبةَ الصبح . وكذلك صومُ رمضانَ يُغَاير صومَ النُّذر . ولا تفاوُتَ في الكفارات كما لا تفاوتَ في زكاة أعيان الأموال ؛ فالأموالُ أسبابُ الزكاةِ ، والجناياتُ أسبابُ الكفاراتِ (٦) ، وهي متفاوتة (٧) . وقد طردوا هذا في العتق الملتَزَمِ (٨) بالنذر مع

---

(١) في (أ) : « إن قلنا » .

(٢) كلمة « منهما » ساقطة من (أ) .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٤) في (أ) : « ولذلك لا يتصّور من الكافر »

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجب في النية تعيين الكفارة ، فلو كان عليه كفارتا ظهار وقتْل ، فأعتق عبدين بنية الكفارة ، أجزأه عنهما . ولو اجتمع عليه كفاراتٌ ، فأعتق رقبة بنية الكفارة ، وقعت عن واحدة منها ، سواءٌ اتفق جنسها أو اختلف ، وكذا الصوم والإطعام . ولو كان عليه كفارة ونسي سببها فأعتق ، ونوى عليه : أجزأه ؛ لأنه قصد بها قَصْدَ الواجب . انظر : الأم (٥/٢٨٢) . الوجيز (٢/٨٤) . روضة الطالبين (٨/٢٨٠) . الغاية القصوى (٢/٨٣٣) .

مذهب الحنفية : أن من وجبت عليه كفارتا ظهارٍ ، فأعتق رقبتين ، لا ينوي عن إحداهما بعينها ، جاز عنهما . وكذا إذا صام أربعة أشهر ، أو أطعم مائة وعشرين مسكينًا ، جاز ؛ وذلك لأن الجنس متحد ، فلا حاجة إلى نية معينة .

وأما إن وجب عليه كفارتا ظهارٍ وقتْل ، فأعتق رقبتين ، لا ينوي بكل منهما جهة محددة ، لم يجز عن واحدة منهما . انظر الهداية (٢/٣٠٢) .

(٦) في (أ) : « الكفارات » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « متقاربة »

(٨) في (ب) : « الملزم » .

الكفارة ، وإن كان النذرُ قربةً ، (١ والكفارةُ سببُها جريمةٌ ١) ، ولكنْ لم يُلتفت إلى هذا . نعم ، إذا أَعتقَ (٢) في الكفارة وأخطأ ، لم يجزئه ، فإذا كان عليه كفارةُ قَتْلٍ ، فنوى الظّهار ، لم يقع عن القتل وقد صَرَفه عنه ، وعليه الإعادةُ ، وهو كتعيينِ الإمامةِ (٣) في القدوة ، ولا تشترط ، ولكن لو أخطأ فسدت القدوة .

* * *

(١) في (أ) : « والكفارةُ بسبب جريمة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إذا عينَّ » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كتعيين الإمام » .

الخَصْلةُ الثَّانِيةُ

الصِّيامُ

وفيه نظران :

الأول : فيما يجوز العدول إليه . ولا يُعتبر عندنا عجزٌ محقَّق عن الإعتاق ، بل يكفي أن يعسُر ذلك عليه لغَرض مُعتَبر معتدٌّ به . والذي لا يملك شيئًا لا يخفى أمرُه . أمَّا إنْ [1] ملك عبدًا ، أو مسكنًا ، أو مالًا ، ففيه نظرٌ ، فنقول : إن كان زَمِنًا وهو محتاج إلى العبد لخدمتِه ، أوكان منصبه يقتضي أن يُخْدم ولا يباشِر الأعمالَ بنفسه ، فيجوز له الصومُ عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله)[2] .

وإن [3] كان عبْدُه نفيسًا يمكن إبدالُه بعبدين يلزمه ذلك ، إلا إذا كان قد أَلِفَ العبدَ [4] وارتضاه من زمان ، فإنه يعسُر عليه الإبدال فلا يلزمه ، وفيه وجهٌ : أنه يلزمه ذلك ولا يُعتبر الإلْفُ .

أما المسكن فلا يُباع إلا إذا كان فضْلًا عن مقدار حاجتِه لاتساع خِطَّته [5] ، وأمكنه

---

(١) في (أ) ، (ب) : « مَنْ » .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن مَنْ كان ذا منصب ومكانة تقتضي أن يُخْدم ولا يباشر الأعمال بنفسه ، جاز له العدول إلى الصوم . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٢٨٣/٥) . الوجيز (٨٣/٢) المهذب مع تكملة المجموع (١٩/ ٨٢) . المحرر في الفقه (٩١/٢) . الشرح الكبير مع المغني (٥٨٧/٨) . الفروع (٤٩٧/٥) . الإنصاف (٢١٢/٩) . منتهى الإرادات (٣٢٩/٢) . كشاف القناع (٣٧٨/٥) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز لمثل هذا العدولُ إلى الصيام ؛ لأنه واجدٌ لما يتأدَّى به الأصلُ ، فلا يتأدى الواجب بالبدل . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : أحكام القرآن للجصاص ص (٣١٢/٥) . المبسوط (١٣/٧) حاشية ابن عابدين (٤٧٥/٣) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٨٥) .

(٣) في (أ) : « ولو كان » .

(٤) كلمة : « العبد » ساقطة من (ب) .

(٥) الخِطَّة بالكسر : هي الأرض التي يختطها الرجل لنفسه ، وهو أن يُعَلّم عليها علامة بالخط ، ليُعْرف أنه قد احتازها ليبنيها دارًا أو غيرها ، ومنه كان يقال : خِطط الكوفة وخطط البصرة . انظر مختار الصحاح ص (١٨١) مادة (خ ط ط) .

يَبْعُ بعضِه . فإن كان [بيتا] (١) نفيسا ، وأمكن إبداله [بمثليه] (٢) فهو كالعبد النفيس المألوف ؛ لأن الجلاء (٣) عن المسكن أيضًا شديد ، ففيه وجهان .

أما المال إذا ملكه زائدًا عن (٤) المسكن واللباس والأثاث المحتاج إليه ، فيُصرف إلى العتق إلا إذا كان رأسَ ماله ، أو ضيعةً لو باعها لصار مسكينًا يحِلُّ له سهمُ المساكين ، فالانتقالُ إلى حال المسكنة أشدُّ من الانتقال من دارٍ أو عبدٍ ، فقياسُ قولِ الأصحابِ أنه لا يُكلَّف ذلك . ويكادُ يخالفُ هذا قولَه تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ... ﴾ (٥) ولكن توسّع الأصحابُ في هذا ؛ لأن صومَ شهرينِ يكاد يكونُ أشقَّ من إعتاقِ عبدٍ ، وليس بينهما كبيرُ تفاوتٍ ، وليس كذلك زكاةُ الفطر ، (٦ فإنه يُصرف إليه كل ما فضلَ ٦) عن قوتِ اليوم ؛ لأنه أصلٌ ، وتركُه إبطالٌ لا إبدالٌ .

أما إذا كان له مال (٧) غائب ، فلا يجوز له الصومُ ؛ لأن الكفارة على التَّراخي ، ويمكن أداؤها عنه بعد موتِه ، بخلاف قضاءِ الصلاةِ ، فإنه تجوزُ بالتيمم مع توقُّع الماء في ثاني الحال ؛ لأن الموت مُتوقَّع في كل حال . فإن قيل : فيعتبر إعساره عند الوجوب أو الأداء ؟ قلنا : فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يعتبر حالة الوجوب تغليبًا لمشابه العقوبات ، فعلى هذا لو كان معسِرًا ثم أيْسَر ، وأعتق : جاز بطريق الأَوْلى . وذكر صاحبُ « التقريبِ » وجهًا : أنه لا يجوز ؛ لأن هذا الترتيب بعيدٌ ، وإلا فالصومُ أشقُّ . وهو بعيدٌ ؛ إذ المعسرُ لو تكلَّف الإعتاقَ فلا ينبغي أن يُمْنع . نعم ، ذُكِرَ وجهان في العبد إذا أُعتق (٨) قبل الصوم وأيسر ، أنه هل يُعْتِق ؛ لأنه لم يكن أهلًا لوجوب العتق في الابتداء وهذا منقدح .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الانجلاء » .

(٤) في (أ) : على » .

(٥) من الآية (٤) من سورة (المجادلة) .

(٦) في (أ) : « فإنه يصرف كل ما فضل ... » .

(٧) كلمة : « مال ساقطة من (ب) .

(٨) في (ب) : « إذا عَتَقَ » وهو صحيح أيضًا .

القول الثاني : أنه يعتبر حالةُ الأداءِ تشبيهًا بالعبادات ، [1] إذ يعتبر – في القعود في الصلاة ، وفي التيمم – حالةُ الأداءِ [1] ، وهذا [2] مذهبُ أبي حنيفة (رحمه الله) .

وعلى هذا [3] ، لو شَرع في الصوم ثم أيْسَر ، لا يقطع عليه ؛ لأنه إذا شرع في البدل فقد استقرَّ الأمرُ كالمتيمم ، إذا وَجَد الماء بعد الشروع في الصلاة . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) والمزنيُّ : لا مبالاةَ بالشروع ، بل يستقرُّ الأمرُ بالفراغ [4] ؛ لأنّ وِزَانَ الشروع [5] في الصوم ، الشروعُ في التيمم دون الصلاة ، وعندهما تنتقضُ الصلاةُ برؤيةِ الماء [6] .

ومن أصحابنا مَنْ وافق المزنيَّ هاهنا . فعلى هذا القولِ نقول : الواجبُ الصومُ ، بشرطِ أن يستمرَّ الإعسارُ إلى الفراغ .

---

(١) في (أ) : « إذ يعتبر القعود والتيمم في صلاة حالة الأداء » . ويعني أن من وجبت عليه الصلاة وهو قادر على القيام ، فلا يجوز له القعود فيها ، فإذا أَخَّرَها قليلا ، فعجز عن القيام ، فيجوز له القعودُ . وكذلك من وجبت عليه الصلاةُ وهو واجدٌ للماء ، لا يجوز له التيممُ ، فإذا أخّرها ، فتعذَّر الماءُ – أو لم يستطع استعمالَه لعذر شرعي – جاز له التيممُ . وقد نص الشافعي (رحمه الله) على هذا كما في الأم (٢٨٣/٥) . مختصر المزني ص (٢٠٦) .

وهذا القول – أعني اعتبار حالة الأداء – هو الأظهر . انظر روضة الطالبين (٢٩٨/٨) . مغني المحتاج (٣/ ٦٥) . الغاية القصوى (٨٣٣/٢) .

وهذا مذهب أبي حنيفة أيضًا والمزني (رحمهما الله) لكن عندهما يستقر الأمر بالفراغ من الأداء . انظر : الهداية (٢٨/١) ومختصر المزني ص (٦) .

(٢) في (أ) : « وهو » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وعليه ... » .

(٤) انظر مختصر الطحاوي ص (٢١٣) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لأن مثال الشروع » .

(٦) انظر الهداية (٢٨/١) . مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح ص (٢٦) للشيخ حسن الشرنبلالي الحنفي . وعندهم أن هذا مقيّد برؤية الماء مع القدرة على استعماله .

القول الثالث : أنه يُعتبر أغلظُ الحالتَين (١) ، فإذا أيسر عند الأداء أو عند الوجوب ، لزم / العتقُ احتياطًا . وعلى هذا لو كان معسرًا في الطرفين ، وتخلَّل اليسارُ لم يؤثر ، ٢٠٩/ب فكأن ما اقتضاه حالةُ الوجوبِ لا يغيرِّه إلا حالةُ الأداءِ .

وأما العبد فمعسِرٌ (٢ وكفارتُه بالصوم . وأما الإطعامُ والعتقُ ٢) ، فيبنى على أنه هل يملك بالتمليك ، والعتقُ أولى بأن يَمْتنع (٣) عليه . والصحيحُ : أنه لا يملك بالتمليك .

ثم إن العبدَ لا يصومُ إلا بإذنِ السّيّد ، إلا إذا حلف وحنث بإذنه . فإنْ حلف بإذنه وحنث بغير إذنه لم يَصُمْ ، وإن حلف بغير إذنه وحنث بإذنه فوجهان ، وإنما يعتبر إذنُه ؛ لأن حقّ السّيّد على الفَوْر ، والصومُ على التّراخي (٤ بخلاف شهر رمضان ٤) .

وأما من نصفُه حرٌ ونصفُه عبدٌ ، فهو كالأحرارِ في الكفَّارة ، وكالعبيد (٥) في الجمعةِ والشهادةِ والولايةِ . وصدقةُ فطره تتوزَّع على الرقّ والحرية .

النظر الثاني : في حكم الصوم .

وفيه مسائل :

إحداها : أنه يجب عليه تبييتُ النيةِ ، ولا يجبُ تعيينُ جهةِ الكفارة . نعم ، ينوي صومَ الكفارة . وهل ينوي التتابعَ ؟ فيه وجهان (٦) . فإن قلنا : ينوي ، يكفيه ذلك في الليلة [الأولى] (٧) أو يجدّدها كلَّ ليلةٍ ؟ فيه وجهان . وإذا مات لم يَصُم

---

(١) في (أ) : « الحالين » .

(٢) في الأصل : « وكفارته بالصوم أو بالإطعام ، وأما العتق .. » وهذا خطأ ظاهر ؛ إذ كفارته بالصوم فقط ؛ لأنه لا يملك بالتمليك . وانظر روضة الطالبين (٣٠٠/٨) .

(٣) في (أ) : « يمنع » .

(٤) في (أ) : « بخلاف رمضان » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وكالعبد » .

(٦) والأصح أنه لا يجب التتابع . انظر الروضة (٣٠١/٨) . مغني المحتاج (٣٦٥/٣) .

(٧) ساقطة من (أ) .

عنه وليُّه على الصحيح [١] .

الثانية : يصوم شهرين بالأهلّة ، فإن ابتدأ في أثناء شهر صامَ الشهرَ الثاني بالهلال ، وكمّل الشهرَ الأولَ ثلاثين من الشهر الثالث خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [٢] .

الثالثة : لا بدَّ من التتابع في كفارة الظهارِ ، والوقاعِ ، والقتْلِ ، فلو أفسدَ اليومَ الأخيرَ أونسي النيةَ فيه ، وَجَب استئنافُ الكلِّ . وهل يفسد ما مضى أو ينقلب نفْلًا ؟ فيه وفي نظائِره قولان .

أما إذا وطىء المظاهرُ ليلًا لم يفسد تتابعُه ، ولكنه يَعصي ؛ إذ التتابعُ قائمٌ ، والتقديمُ على الوطء قد فات . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يستأنف [٣] .

---

(١) كيف يكون صحيحًا ، وقد قال النبي ﷺ : « من مات وعليه صيام ، صام عنه وليّه » . وهو حديث صحيح رواه مسلم في صحيحه (٨٠٣/٢) برقم (١١٤٧) . وقد ثبتت عدة أحاديث في قضاء الصوم عن الميت ، وأن دَيْنَ الله أحق بالقضاء ، ولذلك قال النووي (رحمه الله) : « يُستحب لوليّه أن يصوم عنه ، ويصح صومُه عنه ، ويَبْرأ به الميتُ ، ولا يحتاج إلى إطعام عنه ، وهذا القول هو الصحيح المختار الذي نعتقده ، وهو الذي صححه محققو أصحابنا الجامعون بين الفقه والحديث ؛ لهذه الأحاديث الصحيحة الصريحة . وأما الحديث الوارد « من مات وعليه صيام أُطعم عنه » فليس بثابت ... » ا . هـ من شرح النووي على صحيح مسلم (٢٥/٨) .

(٢) اتفق الأئمة على أن من بدأ الصيام من أول شهر ، فصام شهرين بالأهلة ، أجزأه ذلك ، وسواء كانا تامين أو ناقصين . وإن بدأ في أثناء شهر ، فصام ستين يومًا أجزأه ، بلا خلاف .

وأما الصورة المختلف فيها ، فهي إن بدأ صيامه في أثناء شهر وصام الشهر الثاني بالهلال ، ثم أتمَّ الشهر الأول ثلاثين من الشهر الثالث ، فهذه الصورة لها حالتان :

(الأولى) : إن تمَّ الجميع ستين يومًا ، أجزأه بلا خلاف .

(الثانية) : إن لم يكمل المجموع ستين يومًا ، ففيه خلاف . فعند الشافعية والمالكية والحنابلة أن ذلك يجزئه ، وأما أبو حنيفة (رحمه الله) فعنده لا يجزئه ذلك إلا أن يتمه ستين يومًا . انظر : الأم (٢٨٣/٥) . المهذب مع المجموع (٨٦/١٩) المغني لابن قدامة (٣٧٨/٧) . الفتاوى الهندية (٥١٢/١) . الفقه الإسلامي وأدلته (٦١٢/٧) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن من كانت كفارته بالصيام ، فوطيء المظاهَرَ منها ليلًا متعمدا ، لم يفسد تتابعه ، وإن كان عاصيا بذلك . انظر : الأم (٢٧٩/٥) . مختصر المزني ص (٢٠٤) . المهذب مع تكملة المجموع (٨٦/١٩) . روضة =

الرابعة : الحيض لا يقطع التتابع . والمرضُ الذي يُبيح مثلُه الإفطارَ ، فيه قولان مشهوران :

أحدهما : أنه لا يقطع [التتابع] (١) ؛ لأنه لا يزيد وصف التتابع (٢ على وصف شهر رمضان ٢) .

والثاني : أنه يقطع ؛ لأن تدارك التتابع ها هنا ممكن بخلاف وصف رمضان (٣) .

وفي السفر قولان مرتبان وأولى بأن يقطع ؛ لأنه منوط بالاختيار . ولو قيل : إنه لا يقطع - على بُعْدٍ - فلا يبعُد أن يُجْزِىءَ فيما إذا نَسِيَ النيةَ ، ولا قائلَ به ، لأنه مقصِّرٌ بالنسيان ، ولذلك يلزمه الإمساكُ دونَ الحائضِ والمسافر إذا زال عذرهما .

فرع : (٤ لو أرادت الحائض أن تفطر ، ثم بعد الطهر تستأنف شهرين ٤) ، ففيه إحباط لوصف الفرضيّة من الصوم السابق ، فهذا فيه احتمال ، والأظهرُ جوازه ؛ لأنه على التراخي ، وما مضى لا يفسد ، وكانت الفرضية موقوفة على الفراغ .

* * *

= الطالبين (٣٠٢/٨ ، ٣٠٦) .

ومذهب أبي حنيفة : أن تتابع الكفارة يَفْسد بالوطء . وهو مذهب المالكية ، والحنابلة . وقد اشتد نكير ابن العربي المالكي على قول الشافعي (رحمه الله) هذا حتى قال : هذا كلام من لم يَذُقْ طعم الفقه !! . انظر : المبسوط (٢٢٥/٦) . العناية على الهداية (٢٦٦/٤) ملتقى الأبحر (٢٨٤/١) . الفتاوى الهندية (٥١٢/١) . أحكام القرآن لابن العربي (١٧٥٧/٤) . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢٨٤/١٧) . المحرر في الفقه (٩٣/٢) . الفروع (٥٠٥/٥) . المبدع (٦٣/٨) . الإنصاف (٢٢٧/٩) . منتهى الإرادات (٣٢٩/٢) . كشاف القناع (٣٧٩/٥) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) : « على وصف رمضان » .

(٣) والجديد من قولي الشافعي (رحمه الله) أنه يقطع التتابع . انظر الروضة (٣٠٢/٨) . مغني المحتاج (٣٦٥/٣) .

(٤) في (أ) : « لو أرادت الحائض أن تفطر بعد الطهر وتستأنف شهرين » .

الخصلة الثالثة

الإطعام

ويعدل إليه العاجزُ عن الصوم بالهَرَمِ ، والمرضِ الذي يدوم شهرين ، وليس توقعُ الصحة بعده كتوقُّع رجوعِ المال الغائب بعد شهرين ؛ لأن مَنْ له مالٌ غائب يُسَمَّى واجِدًا ، وهذا يُسمى عاجزًا في الحال . وفي انتقال المسافر إلى الإطعام تردّدٌ .

وأما الشَّبَقُ (١) المفرِطُ ، فالظاهرُ : أنه لا يُرَخَّص في العدول إلى الإطعام . وهو القياسُ ، وفيه وجهٌ يستند إلى حديث الأعرابي (٢) ، وقد ذكرنا إشكالَه في الصوم .

والنظر بعد هذا في : قَدْر المخْرَجِ ، وجنْسِه ، والمخرَجِ إليه ، والإخراجِ :

أما جنسُ المخرج ، فهو كزكاة الفطر . وأما قدره فستون مدًّا (٣) .

وأما المخْرَجُ إليه ، فالمسكينُ الذي يجوز صرفُ الزكاة إليه . ولا يجوز عندنا أن يَصْرِف إلى مسكين واحد ستين مدًّا في ستين يومًا ، خلافًا لأبي حنيفة

---

(١) الشبق : هو شدة ميل النفس إلى الوطء ، فلا يكاد يصبر على تركه . انظر المصباح المنير (٤٦٢/١) مادة (ش ب ق) .

(٢) وهو حديث حسن : رواه أبو دواد (٦٦٠/٢) (٧) كتاب « الطلاق » (١٧) باب في « الظهار » حديث (٢٢١٣) وفيه « .. فقال له النبي ﷺ : « حَرِّرْ رقبة » قلت : والذي بعثك ما أملك رقبة غيرها – وضربتُ صفحة عنقي – قال : « فَصُمْ شهرين متتابعين » قال : وهل أصبتُ الذي أصبتُ إلا من الصيام ؟! قال : « فأطعِمْ وسقًا من تمر بين ستين مسكينًا » قلت : والذي بَعَثَك بالحق ، لقد بِتْنَا وَحْشين ، ما لَنا طعامٌ . قال : « فانطلِقْ إلى صاحب صدقة بني زريق ، فَلْيدفعها إليك ، فَأَطعم ستين مسكينًا وسقًا من تمر ، وكُلْ أنت وعيالُك بقيَّتَها ... » قال : فرجعتُ ... » الحديث . ورواه الترمذي (٣٧٧/٥) حديث (٣٢٩٩) وحسَّنه . ورواه ابن ماجه (٦٦٥/١) حديث (٢٠٦٢) . ورواه أحمد في مسنده (٤٣٦/٥) والحاكم في مستدركه (٢٠٣/٢) وقال : صحيحٌ على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي . ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٣٨٥/٧) رووه جميعًا من طرق عن محمد بن إسحاق عن محمد بن عمرو بن عطاء عن سليمان بن يسار عن سلمهة ابن صخر البياضي ، وهو الأعرابي المذكور ، صحابي أنصاري خزرجي ويقال له : البياضي ، وكان (رضي الله عنه) أحد البكائين . انظر تهذيب الأسماء واللغات (٢٣٠/١) .

(٣) والمدُّ يساوي بالجرامات خمسمائة وأربعة وأربعين جرامًا . انظر : معجم ألفاظ والفقهاء ص (٤١٧) .

(رحمه الله) [١] ، فلابُدّ من رعاية عدد المساكين ؛ لِظاهر الآية [٢] .

وأما الإخراج ، فهو التمليك والتسليط التامُّ ؛ فلا يكفي التغديةُ والتعشيةُ بتقديم التمر [٣] إلى المساكين .

* * *

(١) **مذهب الشافعية** : لا يجوز صرف كفارة الإطعام إلى شخص واحد ، بل لا بد من العدد ، وهو ستون ، لأن الله نص على ذلك . وهذا مذهب المالكية أيضًا . انظر : الأم (٥/ ٢٨٤) . مختصر المزني ص (٢٠٦) الروضة (٨/ ٣٠٥) . تكملة المجموع شرح المهذب (٩١/١٩) . الكافي ص (٢٨٥) . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢٨٧/١٧) .

ومذهب أبي حنيفة : أنه يجوز إطعام مسكين واحد ستين يومًا ، ولو دفع الكل إليه مرة واحدة ، لا يجوز ؛ لأن التفريق واجب بالنص . فأما التمليك منه في يوم واحد في دفعات ، فقيل : لا يجزئه ، وقيل : يجزئه . انظر : الاختيار (١٦٦/٣) . فتح القدير (٢٧١/٤) . ملتقى الأبحر (٢٨٥/١) . الفتاوى الهندية (٥١٣/١) . الدر المختار (٤٧٩/٣) .

ومذهب الحنابلة : أنه لا يجوز صرف ستين مدًّا لمسكين واحد ، إلا أن لا يجد مسكينًا غيره ، فيجوز دَفْعُها إليه حينئذٍ . انظر : الفروع (٥٠٧/٥) . المبدع (٦٥/٨) . الإنصاف (٢٣٠/٩) . كشاف القناع (٣٨٦/٥) .

(٢) يعني بالآية قوله تعالي : ﴿ فإطعام ستين مسكينًا ... ﴾ [المجادلة : ٤] .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الطعام » .

كتاب اللعان (١)

(١) هو لغة : المباعدة . ومنه قولهم « لعنه الله » أي : أبعده وطرده ، وسُمّي بذلك لِبُعْد أحد الزوجين من الرحمة ، أو لِبُعْدِ كل منهما عن الآخر فلا يجتمعان أبدًا .

وهو شرعًا : كلماتٌ معلومة ، جُعِلت حجةً للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه ، وألحق العار به ، أو إلى نَفْي ولدٍ ، كما سيأتي إن شاء الله . وسُميت هذه الكلمات لعانًا ؛ لقول الزوج : عليّ لعنةُ الله إن كنت من الكاذبين . وإطلاقُه في جانب المرأة من مجاز التغليب . انظر : المصباح المنير (٢ / ٨٥٤) مادة (ل ع ن) . مغني المحتاج (٣ / ٣٦) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٩١ ، ٣٩٢) .

واللعانُ عبارةٌ عن أَيْمانٍ يَذْكر اللعنَ فيها مَنْ نسب زوجتَه إلى الزنا ، فيدرأُ الحدَّ والنسبَ عن نفسه بمجرد يمينه ؛ وذلك رخصة لمسيس الحاجة إلى صيانة الأنساب ، وعُسْرِ إقامة البيِّنة على زنا المرأة .

وردت أوّلًا في عويمر بن مالك العجلاني (١) ، قذف زوجتَه بشريك بن السّحماء ،

---

(١) في (أ) ، (ب) : « هلال بن أمية » . وهو صحيح أيضًا ، وهذه السياقة – التي أوردها الغزالي – إنما صحت من حديث هلال . وقد ورد الحديث في كل منهما . مما يدل على تعدُّد القصة قطعًا كما يقول الحافظ ابن حجر (رحمه الله) ، ومن العجيب أن كلا من عويمر بن مالك وهلال بن أمية قذف زوجته بشريك بن سحماء ، ويبدو أن الأخير كان يهوديا ثم أسلم . انظر : تهذيب الأسماء (٢ / ٤١) . فتح الباري (٩ / ٣٥٧) .

أولا : قصة هلال بن أمية : روى البخاري في صحيحه (٨ / ٣٠٣) كما في الفتح (٦٥) كتاب « التفسير » (١) باب ﴿ ويَدْرأُ عَنْهَا العذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بالله إنه لمَنَ الكَاذِبِينَ ﴾ حديث (٤٧٤٧) . بإسناده إلى ابن عباس أن هلال بن أمية ، قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سحماء ، فقال النبي ﷺ : « البينة ، وإلا حَدٌّ في ظهرك » . فقال : يا رسول الله ، إذا رأى أحدُنا على امرأته رجلًا ، ينطلق يلتمس البينة ؟! فجعل النبيُّ ﷺ يقول : « البينة وإلا حَدٌّ في ظهرك » . فقال هلال : « والذي بعثك بالحق ، إني لصادق ، فَلَيُنَزِّلَنّ الله ما يُبَرِّىء ظهري من الحدّ » فنزل جبريلُ ، وأنزل عليه ﴿ والذين يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُم ﴾ فقرأ حتى بلغ ﴿ إنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقين ﴾ . ورواه مسلم بإسناده عن أنس قال : « إن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء ، وكان أول رجل لاعن في الإسلام ... » الحديث . انظر صحيح مسلم (٢ / ١١٣٤) (١٩) كتاب « اللعان » حديث (١٤٩٦) .

ثانيا : قصة عويمر العجلاني : روى البخاري في صحيحه (٨/٣٠٣) كما في الفتح (٦٥) كتاب « التفسير » (١) باب ﴿ والذين يَرْمُوَن أَزْوَاجَهُم ... ﴾ الآية . حديث (٤٧٤٥) بإسناده عن سهل بن سعد أن عويمرًا أتى عاصِمَ بنَ عدي – وكان سيد بني عجلان – فقال : كيف تقولون في رجل وجد مع امرأته رجلًا ، أيقتله فتقتلونه ، أم كيف يصنع ؟! سَلْ لي رسولَ الله عن ذلك . فأتى عاصمٌ النبيَّ ﷺ فقال : يا رسول الله ، فَكَرِهَ رسولُ الله ﷺ المسائلَ ، فسأله عويمر ، فقال : إن رسول الله ﷺ كره المسائل وعابها . قال عويمر : والله ، لا أنتهي حتى أسال رسول الله ﷺ . فجاء عويمر فقال : يا رسول الله ، رجل وجد مع امرأته رجلًا ، أيقتله فتقتلونه ؟ أم كيف يصنع ؟ فقال رسول الله ﷺ : « قد أنزل الله القرآنَ فيك وفي صاحبتك » فأمرهما رسول الله ﷺ بالملاعنة ... » الحديث .

قال الحافظ ابن حجر : « وقد اختلف الأئمة في هذا الموضع : فمنهم من رجح أنها نزلت في شأن عويمر . ومنهم من رجح أنها نزلت في شأن هلال ، ومنهم من جمع بينهما بأن أول من وقع له ذلك هلالٌ ، وصادف مجيء عويمر = أيضًا ، فنزلت في شأنهما في وقت واحد ، وقد جنح النووي إلى هذا » . فتح الباري (٨ / ٣٠٤ وما بعدها) .

فقال ﷺ : « لتأتينَّ بأربعةِ شهداء ، أو لأجلدَنَّ ظهرك » فاغتمَّ ، وقال : أرجو أن يُنزل الله قرآنًا يُبَرِّىء ظهري » . فنزل قولُه تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ... ﴾ الآية (١) .

ونظَرُ الكتابِ في قسمين : القذف ، واللعان .

* * *

= وقال أيضًا في موضع آخر : « وظهر لي احتمال ، وهو أن يكون عاصم سأل قبل النزول ، ثم جاء هلال بعده ، فنزلت عند سؤاله ، فجاء عويمر في المرة الثانية – التي قال فيها : « إن الذي سألتُك عنه قد ابتُلِيتُ به » – فوجد الآية نزلت في شأن هلال ، فأعلمه ﷺ أنها نزلت فيه ، يعني أنها نزلت في كل من وقع له ذلك ؛ لأنَّ ذلك لا يختصّ بهلال » . فتح الباري (٩ / ٣٥٩ وما بعدها) .

(١) ونصُّها : ﴿ والذين يَرْمُون أزواجَهم ولم يكنْ لهم شهداءُ إلا أنفسُهم فشهادةُ أحدِهم أربَعُ شهاداتٍ باللّه إنّه لمن الصَّادقين ﴾ [النور : ٦] .

القسم الأول

في القذف

(وفيه بابان)

الباب الأول

فيما يكون قذفًا من كافة الخلق ، وفي موجبه

(وفيه فصلان)

الفصل الأول

في ألفاظ القذف

وفيه (١) ثلاثة أقسام : صريحٌ ، وكنايةٌ ، وتعريضٌ (٢) / . ٢١٠/أ

أما الصَّريح : فهو كقوله : « يا زاني » أو « زنيتَ » أو « زنى فرجُك » ، وكذلك ذِكْرُ « النيك » و « إيلاجُ الفرْجِ » مع الوصف بالتحريم . فهذا لا يُقْبل فيها تأويلٌ .

أما الكناية : فكقوله للنَّبطي : « يا عربيّ » ، أو للعربي : « يا نَبطي » فإن أراد الزنا فهو قذفٌ ، وإلّا فلا . ثم إذا أنكر إرادةَ الزنا توجّهت اليمينُ عليه ، وإنما يتمُّ القذفُ باعترافه بالنّية ؛ إذْ به يحصل الإيذاءُ التّام ، ويجب الحدُّ بينه وبين الله تعالى إذا نوى .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وهي » .

(٢) الكناية عند أهل الأصول : « ما استتر المرادُ منه ، وهو أن يتكلم بالشيء ويريد غيره » ومن ثم فلابُدَّ من النية ، أو ما يقوم مقامها – من دلالة الحال أو القرائن المحتفَّة بالكلام – وذلك حتى يُعْرف ماذا قصدَ القائلُ .

وأما التعريضُ ، فهو : « تَضْمين الكلام دلالةً ليس لها فيه ذِكْرٌ » . كقولك : « ما أقبحَ البخلَ » تعريضًا بشخص ما . والفرقُ بين الكناية والتعريض ، أن الكناية ذكر الرَّدِيف وإرادة المردوف ، كقولك : فلانٌ طويلُ النجادِ ، كثيرُ الرمادِ ، تعني أنه طويل مِضْيَاف . انظر : أنيس الفقهاء ص (١٥٦) وما بعدها .

وإن أنكر النيةَ كاذبًا ، فهل يلزمه إظهارُ النية ؟ فيه نظرٌ ، من حيث إن فيه إيذاءً ، فيبعد إيجابُه ، وسَتْرُ ذلك - لكفِّ الأذى - أَوْلى إلا أن يرهق إليه باليمين ، فلا يُباح له اليمينُ الغموس ؛ فيلزمُه الاعترافُ . وقد قال الأصحابُ : يجب عليه الإظهارُ بكل حالٍ ، كما لو قال [١] في خُفْية ، فيلزمه الإظهارُ [٢] . وقد ذهب بعضُ العلماء إلى أنه لا قذفَ بالكناية ؛ لأن الإيذاء لا يتمُّ [به] [٣] .

وأما التعريضُ : فكقوله : « يا ابنَ الحلالِ » وكقوله : « أما أنا فلستُ بزانٍ » فهذا ليس بقذف وإنْ نوى ؛ لأن اللفظَ ليس يُشْعر به ، ولقد جاء رجلٌ من فَزَارة إلى رسول الله ﷺ وقال : إن امرأتي ولدتْ غلامًا أسودَ - مُعَرِّضًا بزناها - فلم يجعلْه رسول الله ﷺ قاذفًا ، ولكن قال : هل لك إبلٌ ؟ فقال : نعم ، قال : ما ألوانها ؟ قال : حُمْرٌ ، قال : فهل فيها أسودُ ؟ قال : نعم ، قال : فَلِمَ ذلك ؟ قال : لعلَّ عرقًا نَزَعَ ، فقال النبي ﷺ : « لعل عرقًا نزع » [٤] . وقال مالك (رحمه الله) : « التعريض قذفٌ [٥] » . والحديثُ حجةٌ عليه .

---

(١) كذا بالنسخ الثلاثة ، ولعلها « قَتَل » انظر روضة الطالبين (٨ / ٣١٢) .

(٢) من قوله : « وقد قال الأصحاب ... إلى قوله : فيلزمه الإظهار » ساقط من (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) الحديث رواه البخاري (٩ / ٣٥١) (٦٨) كتاب « الطلاق » (٢٦) باب « إذا عرّض بنفي الولد » حديث (٥٣٠٥) بإسناده عن أبي هريرة أن رجلًا أتى النبيَّ ﷺ فقال : يا رسول الله ، وُلِدَ لي غلامٌ أسود !! فقال : هل لك من إبل ؟ قال : نعم ، قال : ما ألوانُها ؟ قال : حُمْرٌ ، قال : هل فيها من أَوْرق ؟ قال : نعم ، قال : فأنَّى ذلك ؟ قال : لعله نَزَعه عرقٌ ، قال : فلعلّ ابنك هذا نزعَه » . ورواه مسلم (٢ / ١١٣٧) (١٩) كتاب « اللعان » حديث (١٥٠٠) ورواه أبو داود (٢ / ٦٩٤) حديث (٢٢٦٠) والترمذي (٤ / ٣٨٢) حديث (٢١٢٨) والنسائي (٦ / ١٧٨) وابن ماجه (١ / ٦٤٥) حديث (٢٠٠٢) جميعًا من طرق عن ابن شهاب الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة به . وقوله : « أورق » هو الذي فيه سواد غير حالك ، بل يميل إلى الغبرة ، ومنه قيل للحمامة : وَرْقَاء .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن التعريض ليس قذفًا إلا إذا نوى به القذف . وهذا مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) وعن الإمام أحمد روايتان : أظهرهما وجوب الحدّ فيه على الإطلاق - نوى أو لم يَنْوِ - والرواية الأخرى كمذهب الشافعي . انظر : الأم (٥ / ٢٩٣) . مختصر المزني ص (٢١٤) . المبسوط (٩ / ١٢٠) . رد المحتار (٣ / ٤٨٣) ، (٤ / ٨٠) . الإفصاح لابن هبيرة الوزير (٢ / ١٧١) .

=

ويتمُّ النظرُ في الألفاظ برسْمِ مسائل :

إحداها : إذا قال لامرأة : « زنيتُ بكِ » فهذا إقرارٌ بالزنا ، وقذفٌ للمرأة ، فعليه حدَّان ، وكان يُحتمل أن لا يُجعل قاذفًا ؛ لاحتمالِ أن يفسّر بأنها كانتْ مُسْتكرهةً ، ولم تكن مختارةً ، ولكن جُعِل قاذفًا اعتمادًا على ما يقتضيه الظاهرُ .

ولو قال لامرأته : « أنت زانيةٌ » فقالت : « زنيت بكَ » فراجعناها ، فإن أرادت [1] الزنا قبل النكاح سقط حدُّ القذف عن الزوج ، ووجب عليها حدّان : حدُّ الزنا ، [2] وحدُّ القذفِ للزوج [2] . فإن رجعتْ سقط عنها حدُّ الزنا ، ولا يسقط حَدُّ القذف ؛ إذ الرجوعُ لا يُسقط حقَّ الآدميِّ ، إنما يُسْقط حدودَ الله تعالى . ولو قالت : أردتُ نفْيَ الزنا كما يقول القائل : سرقتَ ، فيقول المخاطَبُ : سرقتُ ، سرقتُ معك ، فيُقبل قولُها مع اليمين ، ويكون لها طلبُ حدِّ القذف من الزوج ؛ لأن ذلك معتادٌ في الجواب . وقد اختلف أصحابنا فيما لو قال : لي عليك دينارٌ ، فقال : زِنْهُ ، أنه هل يكونُ إقرارًا ؟ .

الثانية : لو قال : يا زانيةُ ، فقالتْ : أنت أَزْنَى مِنِّي ، فهو قاذفٌ ، وليست هي مُقِرَّةً ، ولا قاذفةً للزوج ؛ لأنها لم تنسُبْ [3] لنفسها زنًا حتى يكونَ هو زانيًا بكونه أزنى منها .ولا نقول : إن الترجيحَ [4] يوجبُ المشاركةَ في الأصل ؛ فإن عادة المشاتمة لا تُنزَّل على وضْع اللسان . نعم ، لو قال : فلانٌ زانٍ ، وأنت أَزْنى منه ، فهو قذفٌ للشخصين جميعًا . ولو قال : أنتَ أزنى من فلان ، فليس بقذْف .

= **ومذهب المالكية** : أن التعريض قذفٌ . انظر القوانين الفقهية ص (٣٦٢) .

(١) في الأصل : « أراد » وهو خطأ . والصواب ما في نسختي (أ) (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وحدّ قذف الزوج » .

(٣) في (أ) : « لم تثبت » .

(٤) يعني بالترجيح صيغة الفعل ، فإنها على وزن « أفعل » وهو يقتضي اشتمال الطرفين على الصفة المشتركة بينهما إلا أنها في أحدهما أشدّ ظهورًا .

وكذا[١] لو قال: أنت أزنى من الناس، أو أزنى الناس[٢]. ولو قال: في الناس زُناةٌ، وأنت أزنى منهم، كان قذفًا. ولا نقول: إنه يعلم أن في الناس زناةً وإن لم يَذْكر، بل يُنْظر إلى لَفْظه. ولو قال: أنت أزنى من فلان - وكان قد ثبت زِنا فلانٍ بالبيِّنة، وكان القائلُ جاهلًا - لم يكن قذفًا. وإن كان عالمًا، كان قذفًا.

ولو قالتْ: أردتُ أنك زانٍ، ولستُ أنا زانيةً، فهي قاذفةٌ، فلكلٍّ واحدٍ على صاحبه حَدٌّ، ولا يتقاصَّانِ؛ لأن المقاصَّة في العقوبات - مع تفاوت موقعها في النفوس - لا وجْهَ له[٣]. وقال أبو حنيفة (رحمه الله): يتقاصَّان[٤].

الثالثة: إذا قال للرجل: يا زانيةُ، أو للمرأة: يا زاني، فهو قاذفٌ عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) في الصورة الأُولى[٥]؛ والسببُ: فيه أن الإشارة تُقَدَّم على النَّحو والتذكيرِ والتأنيث.

ولا خلافَ أنه لو قال للرجل: زنيتِ، وللمرأة: زنيتَ، أنه قاذفٌ. ولو قال: زنأت في

---

(١) في (أ): «وكذلك».

(٢) وهذا ليس قذفًا؛ لأننا نعلم باليقين كذبَ القاذف في هذا؛ إذ مقتضاه أن الناس كلهم زناة، وأن هذا المقذوف أشد زنًا منهم.

(٣) يعني أن وَقْع القذْف على إنسانٍ ما لا يتساوى مع وقْعه على نفس إنسان آخر، فلكل فرد مرتبتُه الاجتماعية وحالته النفسية والخلقية، فربما يكون إنسان لو قذف، لكان هذا القذف سببًا في دمار حياته، ورُبَّ إنسان آخر لا يُؤثر فيه القذف شيئًا.

(٤) **مذهب أبي حنيفة** (رحمه الله): أنه لا تقاصَّ في الحدود. أما ما يستلزم تعزيرًا، فهذا يمكن فيه التقاصُّ. قال في الدر المختار: «إذا قال لآخر: يا زاني، فقال الآخر: لا، بل أنت، حُدَّا؛ لغلبةِ حق الله تعالى فيه، بخلاف ما لو قال: يا خبيث، فقال: بل أنت، لم يُعَذَّرا؛ لأنه حقهما، وقد تساويا، فتكافئا». الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٤ / ٥٣).

(٥) **مذهب الشافعية**: إذا قال للرجل: يا زانية، فهو قاذف. وهو مذهب المالكية والحنابلة. انظر: الأم (٥/ ٢٩٥). الوجيز (٢ / ٨٥). الغاية القصوى (٢ / ٨٣٨). الإفصاح (٢ / ١٧٠).

ومذهب أبي حنيفة: أنه إذا قالت المرأة - أو الرجلُ - لرجلٍ: «يا زانية» مع تاء التأنيث، فلا حدّ على القائل؛ استحسانًا وهو قول أبي يوسف أيضًا. وقال محمد: عليه الحدّ. ولو قال لامرأة: يا زاني، فعليه الحدُّ اتفاقًا؛ لأن تاء التأنيث تحذف للترخيم. انظر المبسوط (٩ / ١١٤).

الجبل ، وقال : أردت الترقِّيَ [١] [٢] فيه ، فليس بقاذف . ولو قال : زنيتَ في الجبل ، وقال : أردت الترقي [٢] فهل يُقبل ؟ وجهان [٣] . ووجهُ القَبولِ : أنَّ حذفَ الهمزةِ قد يَغْلب على اللسان ، وقرينةُ ذِكْر الجبل تشهد له . ونصَّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) أنه لو قال : يا زانية في الجبل ، أنه قذفٌ [٤] . وقيل : يُفرَّق بين [٥] البصير في العربية [٥] ، والجاهل ؛ فلا يُقْبل حذف الهمزة من البصير .

الرابعة : إذا قال : زنى فرجُك ، فهو قذفٌ ، ولو قال : زنى عينُك ، أو يدُك ، أو رِجْلُك . ففيه وجهان . وظاهرُ ما نقلَه المزني (رحمه الله) أنه قذفٌ [٦] . وهو فاسد ؛ إذ قال ﷺ : « العينان تزنيان ، واليدان تزنيان » [٧] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الرقيّ » . وقوله « زنأت في الجبل » أي : صعدت فيه . انظر المصباح المنير (١/ ٣٩٤) مادة (زنأ) .

(٢) سقط ما بين الرقمين من (ب) .

(٣) والأصح أنه قذف . انظر الروضة (٨ / ٣١٦) . المنهاج ص (١١٣) . مغني المحتاج (٣ / ٣٦٨) . نهاية المحتاج (٧ / ١٠٦) .

(٤) نصُّ الشافعي في الأم (٥/ ٢٩٦) : « لو قال رجل لامرأته : « يا زانية » ثم قال : عنيتُ « زنأت في الجبل » حُدَّ ، أو لاعن ؛ لأن هذا ظاهر التَّزْنية . ولو وصل الكلام فقال : « يا زانية في الجبل » أُحلف ما أراد إلا الرقيَّ في الجبل . فإن لم يحلف ، حُدَّ لها إذا حلفت : لقد أراد القذف » . أما ما نقله الغزالي (رحمه الله) فهو – كما قال النووي – « نَقْلُ الفوراني عن الشافعي وتابعه عليه الغزالي في « الوسيط » وصاحبُ « العدة » ، ولم أرَ هذا النقل لغير الفوراني ومتابعيه ، ولم ينقله إمام الحرمين ؛ فَلْيُعتمد ما رأيتُه في الأم ، فإن ثبت هذا كان قولًا آخر » الروضة (٨ / ٣١٦) .

قلت : والفرق بين ما قاله الشافعي في الأم ، وبين ما نقله الغزالي ، أن ما في الأم نصٌّ بأن هذا القول – يا زانية في الجبل – كناية ، وما نقله الغزالي عنه حكمٌ بأن هذا القول صريح لا يحتمل التأويل .

(٥) في (أ) : « البصير بالعربية » .

(٦) والمذهبُ أن هذا كناية . انظر روضة الطالبين (٨/ ٣١٧) . المنهاج ص (١١٤) . الغاية القصوى (٢/ ٨٣٧) ومغني المحتاج (٣ / ٣٧٠) .

(٧) الحديث رواه البخاري (١١/ ٢٨) (٧٩) كتاب « الاستئذان » (١٢) باب « زنا الجوارح دون الفرج » حديث (٦٢٤٣) بإسناده عن ابن عباس قال : ما رأيتُ شيئًا أشْبَهَ باللمَم مما قال أبو هريرة عن النبي ﷺ : « إن الله كتب على ابن آدم حظَّه من الزنا ، أدركَ ذلك لا محالةَ : فزنا العينِ النظرُ ، وزنا اللسانِ المنطقُ ، والنفسُ تتمنى وتشتهي ، والفرجُ يصدِّق ذلك كلَّه ويُكَذِّبه » . =

ومَنْ جعله قاذفًا قال : ذَكَرَ صريح الزنا وأضافه إلى البعض ، (١ ومن ضرورةِ الإضافة إلى البعض الإضافةُ إلى الكل ١) ، ولو خرج ذلك عن كونه صريحًا / لكان قولُه : « يا زاني » غَيْرَ ٢١٠/ب
صريحٍ ؛ إذ له أن يُفَسّر فيقول : (٢ أردتُ بالزاني العينَ ٢) .

الخامسة : إذا قال لولدِه : لستَ منِّي ، أو لستَ ولدي ، ثم قال : أردتُ أنكَ لست تُشْبِهُني خَلْقًا وخُلُقًا ، لم يكن قاذفًا . نصّ عليه (٣) . ونصَّ أن (٤) الأجنبي إذا قال : لستَ ولدَ فلانٍ : أن ذلك لا يُقبل منه ، ويكونُ قاذفًا . فمنهم من قال : قولان بالنقل والتخريج ، وإليه مَيْلُ المزنيِّ (رحمه الله) :

أحدهما : أنه يُقْبل منه ؛ لِعُرُوِّ اللفظِ عن ذكرِ الزنا ، واحتمالِ ما قاله .

والثاني : أن ذلك لا يُفْهم منه في العادة .

ومنهم مَنْ فرّق ، بأنّ الأبَ يُحتمل منه ذلك في مَعْرِض التّأديب دونَ الأجنبيّ . والأقيسُ : أنه كنايةٌ في الموضعين جميعًا ؛ إذ ربما ينسبه إلى الوطء بالشبهة ، أو يُنكر ولادتَه على فراشه . ثم إذا فسّر بشيء من ذلك ، فلا يخفى كيفيةُ فَصْلِ الخصومة في نَفْيِ الولدِ ولُحوقِه (٥) .

السادسة : إذا قال للولدِ المنفيِّ باللعان : لستَ من المُلاعِن . فإن أراد به النفيَ الشرعيَّ ،

= ورواه مسلم في صحيحه (٤/٢٠٤٦) (٤٦) كتاب « القدر » (٥) باب « قُدّر على ابن آدم حظه من الزنا وغيره » حديث (٢٦٥٧) . ورواه أبو داود (٢/٦١١) حديث (٢١٥٢) ثلاثتهم من طرق عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس به مرفوعًا .

(١) في (أ) ، (ب) : « ومن ضرورته إضافتُه إلى الكلّ » .

(٢) في (أ) : « أردت الزاني بالعين » .

(٣) انظر نصَّ الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (٢١٣) . وقوله : « نص عليه » ساقط من (أ) .

(٤) في (أ) : « على » .

(٥) وفَصْلُ الخصومة – نفيًا ولحوقًا – أنه إن قال : أردت أنه من وطء شبهة ، فلا قذف . فإن ادعت إرادتَه القذفَ ، حلف على ما سبق ، والولدُ لاحق به إن لم يُعَيّن الوطءَ بالشبهة ، أو عيّنه ولم تصدقْه ولم يقبل الولد . وإن صدق وادعى الولد ، عُرِضَ على القائف ، فإن ألحقه به لحقه ، وإلا لحق بالزوج . انظر : روضة الطالبين (٨/٣١٨) .

فليس بقاذفٍ .(١ وإن كانَ أرادَ تصديقَ الملاعن١) في نسبة الولد إلى الزنا ، فهو قاذفٌ .

ولو قال لِقُرشيٍّ : لستَ من قريشٍ ، فإن قال : أردت أن واحدةً من أمهاته في الجاهلية زنَتْ ، فليس بقاذفٍ ؛ لأنها غيرُ معيَّنة (٢) . ومن قال (٣) : واحدٌ من أهل البلد زنى – أو الناسُ زناةٌ – فلا يكون قاذفًا (٤) ما لم يعيِّنْ .

* * *

(١) في (أ) : « فإن أراد به تصديق الملاعن » .

(٢) لكنه يُعَزَّر ؛ للأذى . انظر : الوجيز (٢ / ٨٦) . روضة الطالبين (٨ / ٣٢٠) .

(٣) في (أ) : « ولو قال » .

(٤) في (أ) : « قذفًا » .

الفَصْلُ الثّاني

في مُوجَب القَذْف

والقذف يُوجب التعزيرَ ، إلا إذا صادف محصنًا فيوجبُ الحدَّ ثمانين جلدةً (١) .

وخصال الإحصان : التكليفُ ، والإسلامُ ، والحريةُ ، والعفةُ عن الزنا الموجِب للحدِّ ؛ فإنّ مَنْ ثبت منه الزنا ، فكيف يُصَان عرضُه ، مع أن القاذف صادقٌ ؟! نعم ، يُعَزَّر . وأما الوطءُ الحرامُ الذي لا يوجب الحدَّ لقيامِ ملْكٍ ، أو شُبهةِ ملكٍ ، فهل يُبْطل الإحصانَ ؟ فيه خلافٌ ، وله درجاتٌ . فإذا وطيء مملوكتَه المحرَّمة برضاعٍ أو نسبٍ ، ففيه وجهان (٢) (٣ وفي الجارية المشتركة ، أو جارية الابن ، وجهان مرتبان ، وأَوْلى بأن لا يُبطل الإحصانَ ٣) . وفي مذهب (٤) الشافعيِّ (رضي الله عنه) - إذا وطيء في النكاح بلا وليٍّ - وجهان مرتبان ، وأولى بأن لا يبطل . وفي الوطء بالشبهة وظَنِّ الزوجيةِ وجهان مرتبان ، وأولى بأن لا يبطل . ووجهُ إبطالِه : أن ذلك يدل على قِلَّة التحفُّظ . ولو كان قد جرى صورة الفاحشة في الصّبي ، فوجهان مرتّبان على الوطء بالشبهة ، وأولى بأن لا يبطل .

أما الوطءُ في الحيضِ والصومِ والإحرامِ ، فلا يُبْطل . وفيه وجهٌ بعيدٌ : أنه يُبْطل . أَمَّا مقدِّماتُ الوقاعِ - من اللمس ، والقُبْلة - فلا تُسقط الإحصانَ .

فروع

الأول : لو زنى المقذوفُ [بعد القذف] (٥) وقبلَ الحدِّ ، نصَّ أن الحدَّ يسقط . ونصّ في

---

(١) وذلك لقوله تعالى : ﴿ والذينَ يَرْمُونَ المحصَنَاتِ ثُمّ لَمْ يأتوا بأربَعَةِ شهداءَ فاجْلِدُوهُمْ ثَمانِين جَلْدَةً ﴾ الآية [النور : ٤] .

(٢) قال في الروضة : إذا وطيء مملوكتَه المحرمة - كأخته أو عمته - برضاع أو نسب ، عالما بالتحريم ، فإن قلنا : يُوجب الحدَّ ، بطلت حصانتُه . وإن لم نوجب الحدَّ ، تبطل أيضًا على الأصحّ ؛ لدلالته على عدم عفّته ، بل هذا أفحشُ من الزنا بأجنبية . روضة الطالبين (٨ / ٣٢١ وما بعدها) .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٤) في الأصل : « وفي نص » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

الردة : أنه لا يسقط [١] . وعُلِّل ذلك بأن الزنا لا يقع هجومًا ، بل يتقدَّمه في الغالب مُرَاوداتٌ تقدح في المروءة . وهذا ضعيفٌ ؛ لأن المراودات السابقة لا تُبطل الإحصانَ ، ولا يُمكن أن يقال : الزنا لا يقع هجومًا ؛ فإنه لابُدَّ وأن يكون له أَوَّل ، والردةُ أيضًا لا تخلو عن تَقَدُّمِ تردُّداتٍ ، بل السببُ : أن مَنْ ثبت زناه في الحال ، يبعد أن يُجْلد ظهرُ غيرِهِ لصيانةِ عرضه – وهو قد هتَك عرضَه – بخلاف المرتدّ إذا عاد ، فإنّ العرض قائمٌ ، وقد كان الإسلام موجودًا عند القذف . وقال المزني (رحمه الله) : « لا يسقط بطرآنِ الزنا كما لا يسقط بطرآنِ الرّدة » [٢] . وقيل : هو قولٌ قديمٌ للشافعي (رضي الله عنه) .

الثاني : من زنى مرةً [٣] في عمره ، ثم عاد وحسُنتْ حالُه [٤] . قال القاضي : لا حَدَّ على قاذفِه ؛ لبطلانِ إحصانِه ؛ فإن اسم الزاني لا يسقط عنه . وهذا بعيدٌ فيما إذا صرح بقذفه بزنا جديدٍ ، ولكن كأنَّ العِرضَ إذا انخرمَ بالزنا ، فلا يزايلُه الخللُ بالعفّة بعدَه .

الثالث : لو أقام القاذفُ بينةً على زنا المقذوف سقط عنه الحدُّ ، ويكفيه لذلك شاهدانِ . ولو عجز فطلبَ يمينَ المقذوفِ على أنه ما زنى ، ففيه قولان :

أحدهما : لا يجب ؛ لأن ظاهرَه الإحصانُ ، ولا عهدَ باليمين على نفْيِ الكبائر .

والثاني : نعم ؛ لأنه لو أَقرَّ به لسقط عنه الحدُّ ، فَلْيَحْلِفْ أو لِيَنكُلْ حتى يحلفَ القاذفُ [٥] .

الرابع : لو مات المقذوف قبل استيفاء حدِّ القذف ، ثبت الحدُّ والتعزيرُ لوارثه ؛ لأن الغالبَ عندنا في حدّ القذف حقُّ الآدميين . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُورَث [٦] .

---

(١) انظر الأم (٥ / ٢٩٥) .

(٢) انظر الروضة (٨ / ٣٢٤) .

(٣) في (أ) : « من زنى بامرأة » وهو خطأ ؛ إذ السياق يأباه .

(٤) في (أ) : « حالتُه » .

(٥) الموافق لكلام الأكثرين من الشافعية أن له تَحْلِيفَه . انظر الروضة (٨ / ٣٢٥) .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن حد القذف وتعزيره حقٌّ آدمي ، يُورث عنه إذا مات المقذوف قبل استيفاء حد القذف أو التعزير ، ويسقط بعفو المقذوف . انظر : الأم (٥ / ٢٩٢) . المنهاج ص (١١٤) . روضة الطالبين (٨ / ٣٢٥) . =

واعترف بأنه لو قذف ميتًا ، فلِوارثهِ طَلَبُ الحدِّ ابتداءً [1] .

ولو قذف مُوَرِّثَه ، فمات المورِّث سقط الحدّ ؛ لأنه صار شريكًا في استحقاق الحدِّ على نفسه . ثم فيمن يَرِثُ ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أنه يُوزَّع على فرائض الله تعالى [2] .

والثاني : أنه يختصُّ بالنسب ؛ إذ لا مَدْخلَ للزوجِ في حماية العرض ودَفْعِ العار .

٢١١/أ والثالث : أنه يختصّ بالعصَبات من النسب / الذين لهم ولايةُ التزويجِ لدفعِ العار . وعلى هذا لا يستحقّ الابن . ومنهم من قال : يستحق ؛ لأنه أقوى العصبات في الميراث .

ولو عفا أحدُ الورثة سقط الكلُّ على وجهٍ ؛ لأنه لا يتجزَّأ . ولم يسقط على وجهٍ ؛ لأنه يستحيل أن يبطل حقّ الباقين من غير بدلٍ بخلاف القصاصِ الذي له بدل . والثالث : أنه يُوزع ،

= **ومذهب الحنفية** : أن حد القذف حق من حقوق الله تعالى ، وعليه تتخرج الفروع – المختلف فيها بينهم وبين الشافعية – مثل الصلح ، والعفو عن المقذوف ، وتوريث دعوى القذف ، فلا يصح شيء من هذا عند الحنفية . وروي عن أبي يوسف أنه يجوز للمقذوف العفو عن القاذف وإن رفع إلى السلطان . انظر : المبسوط (٩ / ١٠٩) . رءوس المسائل ص(٤٣٦). طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف ص(٢١٩). الهداية مع فتح القدير (٥ / ٣٢٦ وما بعدها) . حاشية ابن عابدين (٤ / ٥٢) .

واختلف قول مالك في جواز عفو المقذوف عن قاذفه عند السلطان ، فمرة قال : لا يجوز إلا أن يريد سترًا على نفسه . ومرة قال : يجوز على كل حال . ولم يختلف قوله أنه يجوز عفوه عن القاذف قبل رفعه إلى السلطان . انظر : الكافي ص (٥٧٧) .

ومذهب الحنابلة : أنه إن طالب المقذوفُ بالحد ثم مات ، ثبت لوارثه . أما إذا مات قبل الطلب فلا يثبت لوارثه

(١) انظر المبسوط (٩ / ١١٢) . العناية على الهداية (٥ / ٣٢٢) .

(٢) هذا الوجه هو أصحها . انظر الروضة (٨/ ٣٢٦) . المنهاج ص (١١٤) . مغني المحتاج (٣/ ٣٧٢) . نهاية المحتاج (٧ / ١١٠) .

فيسقط نصيبه [١] .

الخامس : إذا قُذِفَ المجنونُ [٢] بزنًا قبلَ الجنون [٢] ، فالحدُّ يجبُ ، ونصبر إلى إفاقتِه ، وليس للوليّ الاستيفاءُ ؛ لأنه متعلّق بتشفّي الغيظِ ، فلو مات ثبت لوارثه .

ولو قُذِفَ مملوكٌ ، فحقُّ طلبِ التعزيرِ له ، لا لسيده ؛ لأنه من خواصِّ حقوقه . بل لو قذفه سيدهُ استحقَّ العبدُ تعزيرَه على المذهب الظاهر . ومنهم من قال : يُقال له : لا تَعُدْ ، فإن عاد يُعزّر كما يُعزر لو زاد في استخدامه على الحدِّ الواجب .

ولو مات العبدُ بعد استحقاقِ التعزيرِ على أجنبيٍّ ، فهل يَسْتوفيه السيدُ ؟ فيه وجهان [٣] ، ووجهُه : أنه أولى الناسِ به إلّا أنه لا قرابةَ .

* * *

---

(١) أصح هذه الأوجه ، أنه يجوز – لمن لم يَعْفُ – استيفاءُ جميع الحد . انظر الروضة (٨ / ٣٢٦) . المنهاج ص (١١٤) .

(٢) في (أ) : « بزنا حال الجنون » وهو أليق .

(٣) قال في الروضة (٨/٣٢٨) : « يستوفيه سيده ؛ لأنها عقوبة وجبت بالقذف ، فلم تسقط بالموت ، كالحدّ . قال الأصحاب : وليس ذلك على سبيل الإرث ، ولكنه أخصُّ الناس به ، فما ثبت له في حياته ، يكون لسيده بعد موته بحقّ الملك كمالِ المكاتبِ » .

الباب الثاني

في قذفِ الأزواجِ خاصةً

وفيه فصولٌ :

الفصل الأول

(١ فيما يُبيح القذفَ واللعانَ ، أو يُوجبه ١)

واعلمْ أن قذفَ الزوجِ في إيجاب الحدّ والتعزير ،كقذفِ الأجانب ، ولكن يُفارقُ الأجانبَ في ثلاثةِ أمور :

أحدها : في أنه قد يُباح له القذفُ ، ويجب عليه لضرورةِ نَفْيِ النسب .

والثاني : أن العقوبة التي تتوجَّه عليه - مِنْ حدٍّ وتعزيرٍ - تندفع باللعان .

والثالث : أن المرأة تتعرض لحدِّ الزنا بلعانه إلا إذا دفعتْ عن نفسِها باللعان ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ ...﴾ الآية (٢) .

وإنما يُباح له القذفُ إذا استيقنَ (٣) أنها زنتْ ، أو غلَب على ظنِّه ذلك . ولكن إذا لم يكنْ ولدٌ ، فالأَوْلى أن يُطلّقها ولا يقذف ، ولا يُلاعِن ، ولكن لو فعل لم يأثمْ . وهذا فيه غموضٌ ، ولكن كأن القذفَ واللعانَ ، كالانتقامِ منها حيثُ لطختْ فراشَه .

(٤ ثم تحصل الغلبةُ على الظنِّ ٤) بقولِ عدلٍ حَكَى مشاهدته (٥) الزّنا . وتحصل مهما

---

(١) في (أ) : « فيما يبيح اللعان أو يوجبه » .

(٢) ونصُّها ﴿ ويَدْرَأُ عنها العذابَ أن تشهدَ أربعَ شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، والخامسةَ أنّ غَضَبَ اللهِ عَلَيْهَا إنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِين ﴾ الآيتان [النور : ٨ ، ٩] .

(٣) في (ب) : « تيقن » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ثم تحصل غلبة الظن » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « مشاهدة » .

استفاضَ بين الناس أنّ فلانًا يَزْني بها إذا رأى مع ذلك مخيلة ، بأنْ رآها معه في خُلوة . فإن تجردَ أحدُ المعنيين لم يحلَّ له ذلك ؛ لأن الخلوة مرةً ، لا تدل على الزنا . نعم ، لو رآها معه تحت شِعارٍ (١) ، على نعتٍ مكروهٍ : حلَّ له القذفُ ، وإن كان لا تحلُّ الشهادةُ بهذا القدْر . وإن رآها في الخلوة مرارًا متكررةً ، فهذا قريبٌ من المرّة الواحدة إذا انضمت (٢) إليه الشيوعُ ؛ فإن مستند أهل الاستفاضة ، هو مشاهدةُ ذلك مِرارًا .

أما نَفْيُ الولدِ باللعان ، فإنما يجوز بينه وبين الله تعالى إذا تيقَّن أن الولدَ ليس منه ، بأن لم يكن وطئها ، أو كان يعزل قطعًا ، أو أتتْ بولدٍ قبل ستَّةِ أشهرٍ من وقتِ الوطء . وقال مالك (رحمه الله) : لا مبالاةَ بالعزل ، وليس له اللعانُ إذا اعترف بالوطء ، وأمكن إحالةُ الولدِ عليه (٣) .

أما إذا استبرأَها بحيضةٍ بعد الوطء ، ثم أتتْ بولدٍ ، فهذا هل يُبيح النَّفْيَ ؟ فيه ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : نعم ؛ لأن ذلك أمارةٌ شرعيةٌ على النَّفْي ، ولذلك يندفع النسب عن التابع .

والثاني : أنه إنْ ظهر مع ذلك أمارةُ الزنا : جاز ، وإلا فلا يجوز ؛ لأن الحيض ليس بقاطعٍ ، والحاملُ قد تحيض (٤) .

والثالث : أنه يجوز ، ولكنْ حيث يجوز النفيُ يجب ؛ لأن السكوت عن إلحاقِ الباطلِ حرامٌ ، إذِ النسبُ يتعلّق (٥) بأحكامٍ كثيرة ، ولكن هاهنا وإن جاز ، فلا يجب .

---

(١) الشِّعار : الثياب ، ويطلق أصلًا على الثياب التي تلي جسد الإنسان مباشرة . وما فوقه يسمى « الدِّثار » . ولعل المقصود هنا ما يشبه الملاءة أو نحوها والله أعلم . انظر اللسان (٤ / ٢٢٧٥ وما بعدها) . القاموس (٥٣٤) مادة (ش ع ر) .

(٢) في (أ) : « إذا انضم » .

(٣) **مذهب المالكية** : أنه إذا كان يعزل عن امرأته وأتت بولد : لَحِقَهُ ، ولا مبالاة بعزله ؛ لأن الماء قد يسبق . انظر : القوانين الفقهية ص (٢١٧) . الشرح الصغير (٢ / ٦٦١) .

(٤) وهذا الوجه الثاني هو ما ذكره الغزالي في الوجيز (٢ / ٨٧) ولم يذكر غيره . وانظر الروضة (٨ / ٣٢٩) . والغاية (٢ / ٨٤٠) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « متعلّق » .

وقال الإمام : لا يبعد أن لا يُوجَب اللعان ؛ لأنه إفضاحٌ وقدْحٌ في المروءة ، فنقول : إنما يحرم الاستلحاقُ كاذبًا ، أما إذا أُلحق الفراشُ به وهو ساكتٌ ، فلا يبعد أن لا يحرُمَ السكوتُ . وهذا غيرُ منقدح في صورةِ اليقين ؛ لأن أمر النسبِ عظيمٌ ، فلا يقضى عليه بالرسوم والمروءات .

ولا خلاف في أنه لا يحلُّ النفْيُ بمجردِ مشابهةِ الولدِ لغيرِه في الخلُق والخلْق ، (١ ولمخالفته للولد ١) في الحسْنِ والقُبحِ . نعم ، لو كان الأبُ في غاية البياض ، والولدُ في غاية السواد ، أو العكس : ذكر العراقيون وجهين . وهذا ينقدح إن كان مع ذلك تَظْهر مخيلةُ الزنا ، فأما مجردُ ذلك فلا ؛ فلعلّ عِرْقًا قد نزع . وأبو حنيفة (رحمه الله) حيث يُلْحِق وَلَدَ المشرقيِّ بالمغربي ، فلا شك في أنه يبيح القذفَ ، ويُحرمه عند إمكان العلوق بالوطء ، ونحن لا نُلْحق النسبَ إلا بعد ستةِ أشهرٍ من وقت إمكان الوطء (٢) .

فرع : إذا أتتْ بولدٍ لمدة الإمكان ، ولكن الزوج رآها تزني ، واحتمل أن يكون من الزنا . فلو قذفَ ولَاعَنَ : انتفى في الظاهر ؛ بدليل قصة العجلاني ، ولكن لا يُباح له ذلك مع تعارض/ الاحتمالِ . ثم قال الأصحاب : ليس له القذفُ واللعانُ إن ترك نَفْيَ النسبَ . وقد صرحوا بجواز ٢١١/ب

---

(١) في (ب) : « ولمخالفته الوالد » .

(٢)**مذهب الشافعية** : أنه لا يلحق الولد بالزوج إذا لم يُمْكن إمكان الوطء . فإذا نكحها وطلقها في المجلس ، أو غاب عنها غيبة بعيدة لا تحتملُ وصولَ أحدهما إلى الآخر ، وأتتْ بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الغيبة ، أو جرى العقدُ والزوجان متباعدان ، كأن يكون أحدهما بالمشرق والآخرُ بالمغرب ، وأتت بولد لستة أشهر من حين العقد ، ففي كل هذه الصور ينتفي الولدُ بغير لعان .

ومذهب المالكية والحنابلة : أنه لا يلحق النسب إلا بعد ستة أشهر من إمكان الوطء ، لا من حين العقد كمذهب الشافعية . انظر : الروضة (٨ / ٣٣٠) . الكافي ص (٢٨٩) . المقنع ص (٢٥٦) وما بعدها . المغني (٧ / ٤٢٨ وما بعدها) .

ومذهب الحنفية : أنه يلحق به الولد إذا جاءت به لستة أشهر من وقت العقد ، وهو ما يَثبت به الفراش ، ولو لم يحصل التقاءٌ بينهما ظاهرًا ، ومثالُ ذلك تزوُّج المشرقيةِ بالمغربيّ ، يثبت نسبُ ولدها من الزوج . وقد استدلوا لهذا باستدلال عجيب وغريب جدا ، وهو أنه يحتمل أن يكون الزوج من أهل الكرامات ومن أهل الخطوة !!! فيحصل التقاءٌ بينهما ولا يراه الناسُ . انظر رد المحتار (٣ / ٥٥١) . الهداية (٢ / ٣١٤) .

القذف إذا لم يكن ولدٌ ، لمجردِ الانتقامِ من الزنا ، فهذا محتملٌ ، وغايةُ تعليلِه : أنه إذا كان ثَمَّ ولدٌ - لم يَجُزْ نفيُه - فنسبتُها إلى الزنا بغير الولد وتُطْلق الألسنةُ في نَسَبِه ، فلا يقاوم هذا الغرضُ غرضَ التشفِّي ، فلْيَقْتصر على طلاقها إن أراد ؛ (١ نظرًا لولده والذي لحقه ١) .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « نظرًا لولده الذي لحقه » . وما قاله الغزالي في الوجيز في هذه المسألة أوضح مما هنا ، إذ قال (رحمه الله) : « ولو أتت بالولد لزمان الإمكان ، ولكن رآها تزني ، وأراد اللعان دون نفي الولد لمجرد الانتقام : لم يجز على المشهور ؛ نظرًا للولد حتى لا تطول فيه الألسنة » . الوجيز (٢ / ٨٧) .

الفصل الثاني

في أركان اللعان ومَجاريه

وللعانِ سببٌ وهو القذف ، وثمرةٌ ، وأهلٌ - أعني الملاعِنَ - فهذه ثلاثةُ أركانٍ سوى ألفاظِه .

الركن الأول : الثمرة . وثمرتُه أربعةٌ (١) : (٢ نفيُ النسبِ ، أو قطعُ النكاحِ ، أو دفْعُ عقوبةِ القذفِ ، أو دفعُ عارِ الكذبِ في القذف ٢) .

أما نفيُ النسَبِ في النكاح - إن تجرّد - جاز اللعانُ لأجله ، وإن لم تكنْ عقوبةٌ بعفوها مثلا (٣) . وكذلك إن لم يكن قَطْعُ نكاحٍ ، بأن كان قد أبانها . ولو تجرّدَ غرضُ الدفعِ للعقوبة - ولم يكن ولدٌ ولا قطعُ نكاحٍ - جاز اللعانُ ، كما لو قذفها وأبانها ، ولم يكن ولدٌ . ولا فرق بين أن تكون العقوبةُ حدًّا أو تعزيرًا ، بأن تكون الزوجةُ أَمَةً ، أو ذِمّيّةً ، أو غيرَ محصنةٍ على الجملة . وفيه وجه بعيدٌ : أن اللعان لدفعِ التعزيرِ غيرُ جائز . وهو ضعيفٌ ؛ فإنه عقوبةٌ محذورة ، وقد تنتهي إلى قريبٍ من الحدّ . وهذا إذا كان التعزيرُ لتكذيبه ، فيكون له غرضٌ في تصديق نفسه ، وفي دفْع العقوبةِ ، فيجتمع الغرضان .

فإن كان تعزيرَ تأديبٍ لا تعزيرَ تكذيبٍ ، مثل أن ينسبها (٤ إلى زِنًا قد قامت ٤) البينةُ عليه من قبل ، أو اعترفتْ به (٥) : فيؤدَّب ؛ لإيذائِه بتجديد ذكرِ الفاحشةِ عليها . وقد نقل المزنُّي (رحمه الله) هاهنا أنها إنْ طلبتْ ذلك ، عُزِّر ولم يلتعن (٦) .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وثمراته أربعة » وهو أليق .

(٢) في (أ) ، (ب) : « نفي النسب ، وقطع النكاح ، ودفع عقوبة القذف ودفع عار الكذب في القذف » .

(٣) يعني بسبب عفوها عنه .

(٤) في الأصل : « إلى الزنا فقد قامت » . وفي (أ) : « إلى زنا قامت » . والمثبت من (ب) .

(٥) في الأصل : « أو اعترف به » وهو خطأ واضح .

(٦) انظر ما نقله عن الشافعي (رحمه الله) في مختصره ص (٢٠٨) .

ونقل الرّبيع (رحمه الله) : « (١ عُزِّر إنْ لم يلتعن ١) ، فمنهم مَنْ قطع بأنه يُلاعن ، وغلَّط المزنيَّ (رحمه الله) . ومنهم من قطع بأنه لا يُلاعن ، وغلَّط الربيعَ ، (٢ ومنهم من قال : قولان ٢) . والأصحُّ : أنه لا يلتعن ؛ لأن اللعان حجةُ تصديقٍ ، فكيف يُقام على ما ثبت صدقُه ، وإنما اندفاع العقوبةِ تابعٌ لظهور صِدْقه باللعان ، وهذا مُعْتَرَفٌ به ، فلا يَزيده اللعانُ وضوحًا .

فرعان

أحدهما : أنّ طَلَبَ العقوبةِ إليها لا إلى السّلطان ، فإن عَفَتْ ، فهل يُلاعِنُ إذا لم يكنْ غرضٌ آخرُ مِن نسبٍ يُدْفع ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنّ دَفْع عارِ الكذب مقصودٌ أيضًا ، وإفضاحُها أيضًا - للانتقامِ منها - مقصودٌ باللعان المؤبِّد للحُرْمة ، فله إقامة الحجة ، وإنما يندفع (٣) هذا باعترافها لا بعفوها .

والثاني : أنه لا يُلاعن ؛ لأن هذا غرضٌ ضعيفٌ ، واللعانُ حجةُ ضرورةٍ (٤) ، فلابد مِنْ غرضٍ مُهِمٍّ ، كدفعِ النسبِ أو العقوبةِ ، أمَّا قطعُ النكاحِ فممكنٌ بالطلاق (٥) .

أما إذا سكتتْ عن الطلب ، فوجهان مُرتَّبان ، وأولى بجواز اللعان ؛ لأن غرضه الطلب . وهذا الخلافُ يرجع إلى أن طلب العقوبة ، هل هو شرطُ اللعانِ ، إذا لم يكن ثَمَّةَ (٦) غرضٌ مِنْ : دفعِ (٧) نسبٍ ، وقطعِ نكاحٍ ؟ . وإن كانت مجنونةً ، فوجهان مرتبان على العفو ، وأولى بالجواز .

---

(١) في (أ) : « أنه يُعَزّر ولم يلتعن » . وانظر الأم (٥ / ٢٨٧) .

(٢) في الأصل : « ومنهم من قال قولين » والأولى ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٣) في (ب) : « يدفع » .

(٤) كلمة : « ضرورة » ساقطة من (أ) .

(٥) وهذا هو الصحيح أنه ليس له اللعان ؛ إذ لا ضرورة . انظر الروضة (٨ / ٣٣٣) .

(٦) كلمة : « ثمة » ساقطة من (أ) .

(٧) قوله : « من دفع » ساقط من الأصل ، وثابت في (أ) ، (ب) .

الثاني : لو قال : زنى بِكِ ممسوحٌ ، أو قال للرّتْقاء : زنيتِ ، فهو كلامٌ محال ، وليس فيه إلا التعزيرُ ؛ للإيذاء ، ولا سبيلَ إلى اللعان ؛ إذ كيف يُمَكَّنُ مِنْ أنْ يحلف على ما يُعْلم أنه كاذبٌ [فيه] ؟ . وذكر العراقيون [فيه] (١) وجهين كما في تعزير التأديب . وهو بعيدٌ .

الركن الثاني : الملاعن . وشَرْطُه أهليةُ اليمين مع الزوجية .

أما أهلية اليمين ، (٢ فنَعْني به أنه لا ٢) يُشترط أهليةُ الشهادةِ (٣) فيصحُّ لِعانُ العبدِ ، والذميِّ ، والمحدودِ في القذْف ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (٤) .

ثم الذميُّ لا يُجْبر على اللعان إلا إذا رَضِيَ بحكمنا . فإن طلبت المرأةُ اللعانَ ، وامتنع الزوجُ (٥) ، فهل يُجْبر ؟ فيه قولان يجريان (٦) في كل خصومة تجري بين أهل الذّمة [إن] (٧) رضي بحكمنا أحدُ الخصمين . أما إذا لاَعَنَ ، وامتنعتْ ولم تَرْضَ بحكمنا : لم نُجبرها على اللعان ولا على الحدّ ؛ فإن الحدَّ حقُّ الله تعالى ، لا حقُّ الزوجِ فلا غرضَ للزوجِ في لعانها . وهكذا

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) وأهلية الشهادة هي : الإسلام ، والتكليف ، والحرية ، والعدالة ، والمروءة ، والبعد عن التهمة . انظر : روضة الطالبين (١١ / ٢٢٢) . والغاية القصوى (٢ / ١٠١٧) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه يصح لعان العبد والذمي والمحدود في القذف . ومذهب المالكية : أنه يصح لعان العبد ولا يصح لعان الذمي والفاسق . وعن الإمام أحمد روايتان ، والمذهب : أنه يجوز لعان العبد والذمي . انظر : الأم (٥ / ٢٨٦) . مختصر المزني ص (٢٠٨ ، ٢٠٩) . الروضة (٨/ ٣٣٤) . الكافي ص (٢٨٧) . القوانين الفقهية ص (٢٤٨) . الشرح الصغير (٢/ ٦٥٨) . بداية المجتهد (٢ / ١٤١) . المقنع ص (٢٥٥) . المغني (٧ / ٣٩٢) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يصح لعانُ العبد ، ولا المحدود في القذف ، ولا الذمي ؛ لأنهم ليسوا من أهل الشهادة ، واللعانُ شهاداتٌ مؤكدة بالأيمان . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢١٥) . المبسوط (٧/ ٤٠) . رءوس المسائل (٤٣٢) . الهداية (٢ / ٣٠٣) .

(٥) كلمة : « الزوج » ليست في الأصل ، وثابتة في (أ) ، (ب) .

(٦) في الأصل ونسخة (أ) : « يجري » . وفي (ب) : « يجريان » وهو المثبت .

(٧) زيادة من (ب) وهي زيادة مهمة .

لو قذف المسلمُ زوجتَه الذمية فامتنعت ، فلا نُجبرها (١ وإنما عليها حَدُّ الزنا ، وهو حقُّ الله تعالى لا حَقُّ الزوجِ ١) . نعم ، المسْلِمةُ إذا امتنعت من اللعان ، ولم يطلب الزوجُ لعانَها ، عَرَّضناها لحدِّ الزنا حتى تلاعنَ إن شاءت الدفعَ . ومن أصحابنا مَنْ أجرى القولين في إجبار المرأة الذّمّيّة . وهو بعيدٌ .

الشرط الثاني : الزوجيّة . فلو قذف الأجنبيُّ ، فلا يُلَاعِنُ . والنظر في نكاحٍ ضعيفٍ (٢) بالطلاق ، أو الرّدة [و] (٣) في النكاح الفاسدِ .

أما الرجعية ، فيلاعن / عنها ، ولا يتوقف على الرجعة ، بخلاف الإيلاءِ والظهارِ ؛ لأنّ مقصودَ اللعان نفيُ (٤) النّسب والتحريمُ المؤبّد ودفعُ الحدّ ، وكلُّ ذلك (٥ لا يُنَافيه حالُ الرَّجعة ٥) ٢١٢/أ

أما إذا ارتدَّ بعد المسيس فَقَذَفَ (٦) ، أو كان قذفُه [بزنا] (٧) قبل الردة ، فإن لَاعَنَ في الردة ، ثم عادَ إلى الإسلام : صحَّ لعانُه كما صَحَّ (٨) لعان الذميّ ، فإنْ أصَرَّ تبينَّ فسادُ لعانِه ، وعند ذلك هل يقضى بوجوب الحدِّ مع جريان لعانٍ فاسدٍ ؟ فيه وجهان (٩) ، سنذكر مَأْخذَهما .

أما إذا نكح نكاحًا فاسدًا - أو وطيء بالشبهة ، ثم قذفَ - فإن كان ثَمَّ نسبٌ تعرَّض للحوق ، وأراد نَفْيَه ، فَيُلاعِنُ ويندفع الحدُّ (١٠) ؛ لأن اللعان عندنا يستقلُّ بمقصودِ نَفْي النسبِ خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (١١) ....

---

(١) في (أ) . « وإنما عليها حد الله تعالى ، لا حق الزوج » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ضَعُفَ » . (٣) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٤) كلمة : « نفي » ساقطة من (ب) .

(٥) في (أ) : «الرجعية » . وفي (ب) : « لا ينافي حال الرجعة » .

(٦) في (أ) : « وقذف » . (٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « كما يصح » .

(٩) والأصح : أنه لا يندفع حدُّ القذف عنه . انظر الروضة (٨ / ٣٣٥) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « ويَدْفع الحدَّ » .

(١١) **مذهب الشافعية** : أنه لا يُشْترط لجواز اللعان تعلُّقُ جميع ثمراته به ، فنفيُ النسب هو المقصود الأُصلي ؛ فيجوز اللعان له وحده وإن كان لا ينقطع به نكاح ، أو لا يسقط به عقوبة ، كأن يكون أبانها ، أو عَفَتْ عن العقوبة =

.... وإن لم يكن [ثَمَّ] (١) نسبٌ ، فهو كالأجنبي ، لا يلاعن وعليه الحدُّ .

فإن ظنَّ صحةَ النكاحِ ، فَلَاعَنَ عند القاضي ، ثم بان فسادُه ، فهل تندفع العقوبة ؟ فيه وجهان كما في المرتدّ المصِرّ :

أحدهما : لا ؛ لأن اللعان فاسد (٢) .

والثاني : نعم ؛ لأن الحدّ يندفع بالشبهة ، وهذه حجةٌ قامت على ظَنِّ الصحةِ في مجلس القاضي .

ثم مهما جرى اللعانُ في النكاح الفاسد ، ففي تعلُّق الحرمةِ المؤبّدة به خلافٌ ، مأخذُه : أنه لم يُفِدْ تحريمًا ، (٣ فكأنَّ التأبيدَ تابع للحرمة ٣) ، وقد كانت هي محرمةً (٤) . وكذلك في لعانها

= أو أقام بينة بزناها . وعندهم : يجوز نفي الحمل في أثناء الحمل ، وبعد وضعه مباشرة بعد علمه به .

ومذهب المالكية : أنه يجوز اللعان لنفي الحمل ، ولكنْ بشرط أن يدّعي أنه لم يطأها لأمد يلحق به ، أو يدعي الاستبراء بحيضة بعد الوطء . ويشترط أن يَنْفيه قبل وضعه ، فإن سكت حتى وضعته حُدَّ ولم يلاعن . ويُشترط أيضًا ألا يطأها بعد رؤيته زناها ، فإن وطئها لم يلاعن . انظر : الروضة (٨ / ٣٣٢) . الكافي ص (٢٨٧) . القوانين الفقهية ص (٢٤٩) .

ومذهب الحنفية : أنه إذا نفى الرجلُ حبلَ امراته ، فقال : هو من الزنا ، فلا لعان بينهما ، ولا يُحَدّ قبل الوضع . ثم عند أبي حنيفة (رحمه الله) أنه إذا جاءت بالولد ، ثبت نسبُه من الزوج ولا يجري اللعانُ بينهما بذلك النفي السابق . وعند أبي يوسف ومحمد رحِمهما الله : إذا جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر منذ نَفَى ، فكذلك - أي لا يلاعن - وإن جاءت به لأقل من من ستة أشهر ، لاعن ولزم الولد أمّه ؛ إذ تيقنا أن الحبل كان موجودًا حين نفاه عن نفسه ، فكان هذا ونفيُه بعد الولادة سواءً . انظر : المبسوط (٧/٤٤ وما بعدها) . الهداية (٢/٣٠٥) . فتح القدير (٤/ ٢٩٣) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) الأصح أنه لا يندفع عنه الحدّ ، وعليه فلا يثبت شيء من أحكام اللعان . وهذا في حالة إذا لم يكن ولدٌ . الروضة (٨ / ٣٣٦) .

(٣) في الأصل : « فكان التأبيد تابعًا للحرمة » .

(٤) وفي الروضة (٨ / ٣٣٦) أن الحرمة تتأبد بهذا اللعان على الأصح .

خلافٌ ، يرجع حاصلُه إلى أنها ، هل تتعرّضُ للحدِّ بسبب لعانِه ؟ [1] فمنهم من قال : نعم ؛ لقيام حجةٍ صحيحة على زناها . ومنهم من قال : لا ؛ لأن إيجاب الحدّ عليها بعيدٌ عن القياس ، فيختصّ بمقصود الانتقام من تلطيخِ الفراشِ ، فلا يجري إلا في نكاح صحيح .

أما إذا قذف [2] في نكاحٍ صحيح [2] ، ثم أبانها ، فله أن يلاعن لدرء النسب إن كان ، أو لدفع العقوبة ؛ لأنه جرى القذف حيث كان معذورًا ، فكان يجوز له اللعان ، فلا يتغير بما يطرأ بعد ذلك .

أما إذا قذفها – في النكاح – بزنًا قبل النكاح : فإن لم يكن نسبٌ ينفيه باللعان ، لم يُلاعِنْ . وإن كان ، فوجهان . ووجهُ المنع : أنه قَصَّرَ ؛ إذْ ذَكَرَ التاريخَ ، فكان ينبغي أن يقتصر على القذف واللعان [3] .

أما إذا قذف بعد البينونة . فإن كان ثَمَّ ولدٌ ، فله اللعان ، وإلا فلا ؛ لأنه قذفَ أجنبيةً . وفيه وجه : أنه إن أضاف الزنا إلى حالة النكاح ، لَاعَنَ . وهذا لا وجه له .

فروع

الأول : إذا قذفها ، فلاعن ، ثم أبانها ، ثم قذفها : فلا لعان ؛ لأنه قذف بعد البينونة . وأما الحدُّ فيُنْظر : فإن قذفها بذلك الزنا الذي لَاعَنَ عنه ، فلا حَدَّ ، ولكنْ يلزمه التعزيرُ للإيذاء . ولو قذفها بزنْيَةٍ أخرى ، فقولان [4] :

---

(١) والأصح : أنه لا يلزمها حدّ الزنا ، ولا تلاعن معارضةً للعانه . انظر الروضة (٨ / ٣٣٦) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في نكاح فاسد » .

(٣) والصحيح : أنه لا يلاعن ؛ لأنه مقصر بذكر التاريخ ، وكان حقه أن يطلق القذف . فعلى هذا ، له أن ينشيء قذفًا ويلاعن لنفي النسب ، فإن لم يفعل لزمه الحدُّ . انظر الروضة (٨ / ٣٣٧) . مغني المحتاج (٣ / ٣٨٣) . نهاية المحتاج (٧ / ١٢٤) .

(٤) قال الحموي : « قوله : (إذا قذفها ، ثم أبانها ثم قذفها ، فلا لعان ؛ لأنه قذف بَعْدَ البينونة ، وأما الحد فينظر : إن قذفها بذلك الزنا الذي لاعن عنه ، فلا حد ولكن يلزمه التعزير للإيذاء ، ولو قذفها بزِنْيَةٍ أخرى فقولان ... إلى آخره) .

قلت : إذا قذفها فلاعن لدَفْعِ النسب إن كان ولدٌ ، وإلا فيلاعن لدفع الحد ، فإن عفت فلا يلاعن ، وإن قذف =

أحدهما : وجوبُ الحدِّ كما إذا لم يتقدَّمْ لعانٌ .

والثاني : لا ؛ لأنه سقطت حصانتُها (١) في حقّه بحجة اللعان .

= بعد البينونة لاعن إن كان ثَمَّ ولدٌ ، وإلا فلا ، وإن قذفها في النكاح بزنا قبل النكاح يلاعن إن لم يكن ولدٌ ، وإن كان فوجهان ؛ لأنه قصَّر بذكر التاريخ إذا ثبت هذا .

قلت : ذكرُ الشيخ البينونةَ بعد اللعان لا معنى له ؛ فإن البينونة حاصلةٌ باللعان لما لا يخفى لا سيما إذا وقع ذلك بعد لفظة « ثُمَّ » ؛ لكونها موضوعةً للترتيب والتراخي ، وهذا إشكال ظاهر .

قلت عنه جوابان : أحدهما : أن يقال : ذَكَرَ الشيخ قبل هذه المسألة مسألةً أخرى وهي : أنه لو ظنَّ صحةَ النكاح فلاعَنَ عند القاضي ثم بان فسادُه ، فهل تندفع العقوبة به ؟ فيه وجهان كما في المرتدِّ المُصِرّ : أحدهما : لا ؛ لأن اللعان فاسدٌ . والثاني : نعم ؛ لأن الحدَّ يندفع بالشبهة . وهذه حُجَّةٌ قامت على ظن الصحة في مجلس القاضي ، ثم مهما جرى اللعانُ في النكاح الفاسد ففي تعلُّق الحرمة المؤبدة به خلافٌ ، مأخذه : أنه [لو] لم يعد محرمًا لكان التأبيد مانعًا للحرمة وقد كانت هي محرمة ، وكذلك في لعانها خلافٌ يرجع حاصلُه إلى أنها تتعرض للحدِّ بسبب لعانِه ، فمنهم من قال : نعم ؛ لقيام حجة صحيحة على زناها ، ومنهم من قال : لا ؛ لأن إيجاب الحد عليها بعيدٌ عن القياس ، فيختص بالزوج فمقصوده الانتقامُ من تلطيخ الفراش ، فلا يجري إلا في نكاح صحيح ، وإذا كان كذلك أمكن أن يقال : إن الذي ذكره الشيخ ينبني على أن النكاح الفاسدَ لا يقتضي عند وجود اللعانِ التحريمَ على التأبيد على أحد القولين ، وإذا كان كذلك أمكن أن يتزوجها بعد ذلك ثم يطلقها طلاقًا ثانيًا ثم يقذفها وذلك لا يتنافى كما لا يخفى .

الجواب الثاني : أمكن أن يقال : إن أكثر الشيء يُطْلَقُ عليه ما يطلق على جميعه بطريق المجاز من حيث اللغة ، والدليل على ذلك قوله تعالى : ﴿ الحج أشْهُرٌ معلومات ﴾ ومعلوم أن أشهر الحج شهران وعشرُ ليالٍ ، وذلك لا يطلق عليه « أشهر » من حيث إن أقلَّ الجمع ثلاثةٌ ، لكن لما كان كذلك هو المُعْظَم أُطْلِق عليه ما يطلق على الكل تجوّزًا ، وإذا كان كذلك [أمكن أن يطلق عى اللعان لعانًا بطريق التجوُّز ، وإذا كان كذلك] كان ذكرُ البينونة بعده نافيًا للمجاز ، وجرى ذلك مجرى التوكيد فصار حقيقةً فيه ، ولما كان اللعان عند أبي حنيفة (رحمه اللّه) يتمُّ بدون الكلمة الخامسة ، وعندنا لا يتم إلا بها – أرْدَفَ البينونةَ بعد اللعان ، فلو اقتصر على ذلك لاعْتقد معتقدٌ أن مذهبنا كمذهب أبي حنيفة ، فلما تعرَّض له عُلِمَ أن البينونة لا تحصل عندنا إلا بالكلمة الخامسة ، فكان ذلك قطعًا لاحتمال مذهب أبي حنيفة بكل حال » . مشكلات الوسيط (ق ١٦٢ / أ – ١٦٣ / ب) .

(١) في (أ) : « سقط حصانتُها » وهو صواب أيضًا .

ومن أصحابنا مَنْ قطع بالوجوب ، وقال : اللعان حجةُ ضرورةٍ [1] ، وهو حجة قاصرة ، كيف ، وقد عارضه لعانُها فتساقطا ، فلا وجه لإسقاط الحصانة . نعم . إذا حُدَّت ولم تلاعنْ ، ففيه وجهان مشهوران [2] .

أما إذا قذفها بزنًا منسوبٍ إلى ما قبل اللعان - سوى الزنا الذي لاَعَنَ عنه - فقد صادف حالةَ الحصانة فالظاهر أنه يُحَدُّ وفيه وجهٌ : أن انخرامَ الحصانة ينعطِفُ حكمُه على ما سبق ، فلا يُحَدُّ في الحال وهي غيرُ محصنةٍ في حقه .

أما إذا كان القذفُ من أجنبيٍّ ، فهو أولى بالتزام الحدّ [3] ؛ لأن تَسْرِيَةَ حكمِ اللعانِ إلى غير الزوجين - أبعدُ - .

الثاني : إذا قذف أجنبيةً ، ثم نكحها ، ثم قذفها ، ففي تعدُّد الحدِّ مع اتحاد المقذوف قولان : فإنْ قلنا : يتعدّد ، فإن لم يلاعن اسْتُوفِيَ الحدَّانِ ، وإن لاعن اسْتوفي أحدُهما . وإن قلنا : الحدُّ متحدٌ ، فيُسْتوفى حدٌّ واحدٌ ، وإن لاعن ؛ فإن الحدَّ الأولَ لا يُؤَثر فيه اللعانُ ، وإنما يندرج تحت الحدّ الثاني إذا استوفي .

الثالث : المذهبُ الصحيحُ أن النسبَ في ملك اليمين لا يُنْفى باللعان ؛ لأن اللعان ورد في النكاح . فلو اشترى زوجتَه الرقيقة ، فأتتْ بولدٍ لزمانٍ لا يَحْتمل أن يكون من ملك اليمين ، فله النفيُ باللعان كما بعدَ البينونة بالطلاق . وإن احتمل [أن يكون] [4] من النكاحِ وملكِ اليمين جميعًا لم يُلاعن ؛ لأن الفراش الأخيرَ يقطعُ الفراشَ الأولَ ، وينسخُه . ولذلك إذا نكحتْ زوجًا آخرَ [5] ، وأتتْ بولدٍ لزمانٍ يحتمل العلوقَ من الأول والثاني أُلحق بالثاني قطعًا ، حتى فرَّع ابنُ

(1) في (أ) : « حجة ضرورية » .

(2) وأصح هذين الوجهين أنه يُعَزَّر فقط ، كما في الروضة (8 / 338) .

(3) في (أ) ، (ب) : « بإلزام الحدّ » .

(4) زيادة من (أ) ، (ب) .

(5) كلمة : « آخر » ساقطة من (ب) .

الحداد على هذا وقال : لو ادّعى المشتري الاستبراءَ بعد الوطء لم يلحقْه الولدُ بملكِ اليمين ؛ للاستبراء ، ولا بملكِ النكاح ، لانقطاع ذلك الفراش بفراش ملكِ يمين [1] . وطابَقه عليه جماهيرُ الأصحاب / وفيه وجهٌ : أنه يلحقه ، وأن ملك اليمين لا يقطع حكمَ فراشِ النكاحِ من كل وجه . ٢١٢/ب

الركن الثالث : القذف . والقذفُ المسلّط على اللعان : نسبتُها إلى الوطء الحرام كالزنا ، ولو نسبَها إلى زنًا هي مستكرهةٌ فيه ، والواطىء زانٍ ، فوجهان :

أحدهما : أنه يجري [اللعان] [2] لِنَفْي النسب [3] .

والثاني : لا ؛ لأن القذفَ مخصوصٌ في كتاب الله تعالى بالرَّمْي الذي يُحْتاج فيه إلى الشهادة وهو الزنا ؛ لأن اللعان انتقامٌ منها وإفضاحٌ ، والمستكرهةُ لا تستحقُّ ذلك [4] .

ولو نسبها إلى وطءِ شبهةٍ تشتمل [5] الشبهةُ الجانبينْ ، فوجهان مرتَّبان ، وأولى بأن لا يجري . وقطعَ العراقيون بأنه لا يجري ؛ لأن الولدَ يُمْكن أن يَلتحق [6] بالواطىء بالشبهة ، فيدور بينهما ، ويُعْرض على القائف [7] ، فلعله يُلْحقه به ، وإنما اللعانُ لنفيِ ولدٍ لا يكون له نسبٌ ، وهذا [إنما] [8] يتَّجِهُ إذا اعترفَ الواطىءُ بالشبهة بالوطء، فإن لم يَعْترف فلابد من تجويز اللعان لأجلِ النسب .

---

(١) في (أ) : « بفراش ملك اليمين » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) إنْ كان ولدٌ لَاعَنَ لِنَفْيِه ، وإلا فيلاعن أيضًا على المذهب ، ولا حدّ عليها . الروضة (٨ / ٣٤٣) .

(٤) قال في الروضة (٨ / ٣٤٢) : ويجب لها التعزير على الأصح ؛ لأن فيه عارًا وإيذاءً .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تشمل » .

(٦) في (أ) : « يلحق » .

(٧) القائف : هو الذي يتتبع الآثار ويعرفها ، ويَعْرف شَبَهَ الرجل بأخيه وأبيه . يقال : فلانٌ يَقْفُو الأثر ، ويقتافه قِيافة . وجمع « قائف » : قافة . والمقصود به هنا أنه الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود والوالد . انظر : اللسان (٥ / ٣٧٧٦) . المصباح المنير (٢ / ٨٠١) . القاموس المحيط ص (١٠٩٥) مادة (ق و ف) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٥٣) .

(٨) زيادة من (أ) .

أما إذا قال : ليس الولدُ مِنِّي – ولم يُضِفْ إلى جهةٍ – ففيه ترددٌ ؛ لأنه دائرٌ بين المستكرهة ، وبين الشُّبْهة ، وبين الزنا [1] .

ولا يُشْترط في القذف أن يقول : رأيتُها تزني ، ولا أن يَدَّعي الاستبراءَ خلافًا لمالكٍ (رحمة الله عليه) [2] .

* * *

(١) قطع العراقيون بأنه لا يلتفت إلى ذلك ، ويلحق الولد بالفراش ، إلا أن يُسْنِد النَّفْيَ إلى سبب معين ويلاعن . انظر روضة الطالبين (٨ / ٣٤٤) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه لا يشترط في القذف أن يقول : رأيتها تزني ، بل تكفي نسبتها إلى الزنا بقوله : زنيتِ ، أو يازانية ، أو رأيتك تزنين ، وسواء قذف بذلك زوجته أو أجنبية . وهذا مذهب الحنفية والحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٥/٢٨٦). مختصر المزني ص(٢٠٨). الوجيز (٢/٩٠). الروضة (٨/٣٤٤). مختصر الطحاوي ص(٢١٥). فتح القدير (٤/٢٧٦). المقنع ص(٢٥٥)، (٢٩٩). المغني (٧/٤٠٣).

ومذهب المالكية : أن اللعان لا يكون إلا إذا قذف زوجته قذفًا صريحًا برؤية زناها . أما إذا قذفها بالزنا – بغير رؤية – فلا يتم اللعان ، وإنما يقام عليه حدّ القذف فقط . وكذلك إذا عرّض بالزنا أُقيم عليه الحدّ ولا يلاعن . انظر : الشرح الصغير (٢ / ٦٨٥ ، ٦٦١) .

الفصل الثالث

في فروع متفرِّقة

وهي خمسةٌ :

الأول : إذا قذفَها بأجنبيٍّ ، تعرَّض لحدّ الأجنبيِّ . فإن لَاعَنَ سقط عنه [الحدّ] [1] عند الشافعي (رضي الله عنه) ؛ لأنه أقام حجةً على عَيْنِ تلك الزنية ، فصُدقَ من وجهٍ ، والحدُّ يَسْقط بالشبهة . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : [2] أثرُ اللعانِ مقصورٌ على الزوجين [2] ، فلا يتعدّى إلى الأجنبي .

وهذا إذا ذَكَرَه [3] في اللعان ، فإنْ لم يذكرْه في اللعان ، فقولان :

أحدهما : السقوطُ ؛ للشبهة ، ولقصّةِ العجلاني ، فإنه لم يذكر شريكَ بنَ السحماء في اللعان ، وذكرَه في القذف .

والثاني : يجبُ – وهو القياسُ – ؛ لأنه لم يُقِمْ عليه حجةً [4] .

وأما ابنُ السحماء فلعلَّه لم يَطْلب . ونشأ من هذا نظرٌ ، وهو أنه (عليه السلام) لم يُنَبِّه ابنَ السحماءِ على ثبوت حدّ القذف له [5] . فذكر صاحبُ « التقريب » وجهينْ في أن مَنْ قَذف عند القاضي ، فهل على القاضي أن يُنَبِّه المقذوفَ [6] ؟ .

أحدهما : لا ؛ لقصةِ شريكِ بنِ السحماء .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) وهي زيادة هامة .

(٢) في (ب) : « إن اللعان مقصور على الزوجين » وهو صحيح أيضًا .

(٣) يعني إذا ذكر اسمَ الأجنبيِّ في اللعان .

(٤) وهذا القول الثاني هو الأظهر كما في الروضة (٨ / ٣٤٤) .

(٥) في (أ) : « لم يُنَبِّهْ ابنَ السحماء على ثبوت الحدّ » .

(٦) والمذهب وجوب إخبار المقذوف . انظر الروضة (٨ / ٣٤٥) .

والثاني : نعم ؛ لقصة العَسِيف [(١)] ؛ إذ قال ﷺ : « واغْدُ يا أُنَيْسُ [(٢)] على امرأةِ هذا ، فإن اعترفتْ فارجُمْها » [(٣)] ؛ إذ لم يكن الغرضُ إقرارَها للرجم ، بل إنكارَها ؛ ليثْبتَ حدّ القذف .

الثاني : إذا قذف نسوةً بكلمة واحدة ، ففي تعدُّد الحدّ قولان . فإن قذف امرأتَه وأجنبيةً بكلمةٍ واحدة ، فقولان مرتبان وأولى بالتعدد ؛ لانقسامِ حكمهما في اللعان . ولو قال لزوجته : يا زانيةُ بنتَ الزانيةِ ، فقد قذفها وأُمَّها بكلمتين ، فعليه حدّان . وهل يُقدّم حدُّ المقذوف أوَّلًا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ، كما لو قَتَل شخصين .

والثاني : لا ؛ كما لو أتلفَ مالَ شخصين .

فإن قلنا : يُقدم ، ففي مسألتنا ، المقدَّمُ البنتُ ، فيُقدم الحدّ أو اللعان ؟. وقيل : إن الأمَّ هاهنا تُقدّم ؛ لأن حقَّ البنت يعرَّض للسقوطِ باللعان دونَ الأُمّ [(٤)] . ثم مهما حَدَدْناه بواحدٍ [(٥)] ،

---

(١) العسيف : الأجير . يقال : بات يعسف الليل عسفًا : إذا خبطه يطلب شيئًا . ومنه سمي « العسيف » ؛ لأنه يعسف الطرقات مترددًا في الأشغال . والجمع « عُسَفَاء » . انظر اللسان (٤/٢٩٤٣) . المصباح المنير (٢/٦٢٦) . وانظر قصة هذا « العسيف » في التعليق بعد الآتي .

(٢) هو أنيس بن الضحاك الأسلمي ، صحابي جليل . انظر : أسد الغابة (١/١٣٣) . الإصابة (١/٧٦) .

(٣) الحديث رواه البخاري (١٣/١٩٧) كما في الفتح (٩٣) كتاب « الأحكام » (٣٩) باب « هل يجوز للحاكم أن يبعث رجلًا وحده للنظر في الأمور ؟ » حديث (٧١٩٣) بإسناده عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني قالا : جاء أعرابي ، فقال : يا رسول الله ، اقْضِ بيننا بكتاب الله ، فقام خصمه فقال : صدق ، فَاقْضِ بكتاب الله ، فقال الأعرابي : إن ابني كان عَسِيفًا على هذا ، فزنى بامرأته ، فقالوا لي : على ابنك الرجم ، ففديتُ ابني منه بمائة من الغنم ووليدة ، ثم سألتُ أهل العلم فقالوا : إنما على ابنك جلدُ مائةٍ وتغريبُ عامٍ . فقال النبي ﷺ : « لأقضينَّ بينكم بكتاب الله ، أما الوليدة والغنم فَرَدٌّ عليك ، وعلى ابنك جلدُ مائةٍ وتغريبُ عامٍ ، وأما أنت يا أُنَيْس - لِرجلٍ - فَاغْدُ على امرأة هذا فارْجُمْها ، فغَدَا عليها أنيسٌ فرجمها » . ورواه مسلم (٣/١٣٢٤) (٢٩) كتاب « الحدود » (٥) باب « من اعترف على نفسه بالزنا » حديث (١٦٩٧ ، ١٦٩٨) . ورواه أبو داود (٤ / ٥٩٣) حديث (٤٤٤٥) ، والترمذي (٤ / ٣٠) حديث (١٤٣٣) والنسائي (٨/ ٢٤٠) وابن ماجه (٢/٨٥٢) حديث (٢٥٤٩) جميعًا من طرق عن ابن شهاب الزهري عن عبيد بن عبد الله عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني به .

(٤) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٨/ ٣٤٧) .

(٥) في (أ) : « بواحدة » .

أمهلناه حتى يَبْرأ جلدُه ، ولا نُوَالي بين الحدود . ولو قذف أربعَ نسوةٍ بكلمةٍ واحدة – وقلنا : يتحدُ الحدُّ (١) – ففي تعددِ اللعانِ وجهان ، يُنْظر في أحدهما إلى اتِّحاد الصيغة والملاعن . وفي الثاني إلى تعدد النسوة ، مع أن هذه حجة تبعد عن التداخل .

فإن قلنا : يتحد اللعان ، فذلك ينفع إذا توافقْنَ في الطلب ، أو قلنا : لا يُشْترط طلبُهنَّ اللعانَ . فإن طلبتْ واحدةٌ – وقلنا : يُشترط طلبها – فلابدّ من اللعان عنه ، ثم يستأنف لعانًا للباقيات . وحيث قلنا : يتعدّد ، فلو رَضِينَ بلعانٍ واحدٍ ، فلا أثرَ لرضَاهنَّ . وكذلك لو رَضِيَ جماعةٌ من المدَّعِين بيمينٍ واحدة ، لم يؤثرْ ذلك في تغييرِ وصفِ (٢) الحجج .

أما إذا قذفَ امرأةً واحدةً مرتين بزنيتينِ ، ففي تعدد الحد واللعانِ أيضًا خلافٌ ؛ لاتحاد المقذوف وتعدد الصيغة .

الثالث : إذا ادَّعتْ عليه القذفَ ، فأنكرَ ، فأقامت البينةَ ، فأرادَ اللعانَ : فإن كان قد أنكر بالسكوت – أو قال : أردت بالإنكار أنه لم يكن قذفًا ، بل كان حقًّا – فله اللعان ، وإن لم يُؤَوِّلْ إنكارَه ، فوجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه أنكرَ القذفَ ، ولا لعانَ إلا بقذفٍ ، فلْيُنْشِيءْ قذفًا إنْ أراد ، ويستفيدُ به دَرْءَ حدِّ القذفِ الذي ثبت بالبينة أيضًا .

والثاني : أنه يلاعن (٣) ، وإنكارُه يُحمل على المعتاد في الخصومات ، كما لو ادُّعي عليه مِلْك ، فقال : اشتريته من زيد وكان يملكه فانتزع من يده بالبينة ، فرجع (٤) على زيدٍ / بالثمن . ٢١٣/أ ولا يُؤخذ بإقرارِه له بالمِلْك .

أما إذا قال : « ما قذفتُكِ ، وما زنيتِ » فلا يُلاعن ، إلا إذا أنشأ قذفًا بالزنا يحتمل أن يكون قد

---

(١) في (أ) ، (ب) : « القذف » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وضع » .

(٣) وهذا هو الصحيح كما في الروضة (٨ / ٣٤٨) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ويرجع ... » .

طرأَ بعد شهادته لها بالبراءة ، فإن لم يحتمل فلا يُلاعن ، وأطلق القاضي القولَ بجواز اللعان .

الرابع : إذا امتنعَ الزوجُ عن اللعانِ - أو الزوجةُ - فعرَّضْناهما للحد ، فرجعا إلى اللعان ، مَكَّنَّاهُما من ذلك ، وليس هذا كاليمين لا يجوز الرجوعُ إليها بعدَ النكول ، بل يلحق اللعان بالبينة في هذا المعنى . ولو قال - بعد أن يُحدَّ - أُلَاعِنُ . قال الأصحاب : لم يمكَّنْ ؛ لأنه لا فائدةَ . قال القفَّال : إن كان ثَمَّ ولدٌ ، يُمكَّنْ [1]منه ، وإلّا فلا [2] .

الخامس : إذا قال : «زنيتِ وأنتِ مجنونةٌ ، أو أَمَةٌ ، أو مشركةٌ» - وعُهِدَ لها تلك الحال [3] - فلا يجبُ إلا التعزيرُ ، وكان كما لو أضاف إلى الصِّغَر . وإن لم يُعْهد ، ولم يُقِم الزوجُ عليه بينةً ، سقطت الإضافة ، وعليه الحدّ . وفيه وجه : أنه لا حَدَّ ؛ لأنه إذا انتفى تلك الحالُ ، انتفى المضاف إليه .

ولو قال : زنيتِ مستكرهةً ، ففي وجوبِ التعزير خلافٌ ؛ لأن ذلك يُعَيِّرها وإن لم ينسبْها إلى معصيةٍ . ثم الصحيح أنه يُلاعن لدفعِ التعزير كما يُلاعن لدفْعِ الحدِّ .

* * *

(١) في (أ) : « مُكِّن منه » .

(٢) وهو المذهب كما في الروضة (٨ / ٣٤٩) .

(٣) يعني ثبتت عليها هذه الفاحشة في وقت أن كانت مجنونة أو أمة أو مشركة .

الرُّكْنُ الرّابعُ

في صِيغَة اللّعَان

والنظر في أصله ، وتغليظاته ، وسننه .

النظر الأول : في أصل كلماته . وهو أن يقول الزوجُ أربعَ مراتٍ : أشهدُ بالله ، إني لمن الصادقين فيما رميتُها به من الزنا ، وإن الولدَ من الزنا ، وليس مِنّي - إن كان ثَمَّ ولدٌ - ويقول في الخامسة : لعنةُ اللهِ عليَّ إن كنتُ من الكاذبين فيما رميتُها به . وتقابلُه المرأةُ ، فتشهدُ أربعَ مراتٍ بالله ، إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، وتقول في الخامسة : غَضَبُ اللهِ عليَّ إن كان من الصادقين فيما رماني به . ويجب على الزوج إعادةُ نَفْيِ الولد في كل شهادة ، فإن تركها مرةً لم تُحْسَبْ .

ولا يجب على المرأة إعادةُ أمر الولد ؛ إذ لا يتعلَّق إثباتُه بلعانها . ولا تقوم عندنا معظمُ الكلمات مقامَ الكلِّ ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [1] .

والصحيح : أنه يتعينَّ لفظُ « الشهادةِ » ؛ فلا يجوزُ إبدالُها بالحلف . وأنه يتعينّ لفظ « اللعن » و « الغضبِ » من الجانبينْ [2] . ويجبُ رعايةُ الترتيبِ بتأخيرِ اللعن والغضبِ . وتجبُ الموالاةُ بين

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه إذا اقتصر الملاعنُ على ثلاث مرات ، فلا يتمُّ لعانُه ؛ لأنه لا تقوم معظمُ الكلماتِ مقامَ الكلّ . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٥ / ٢٩١) . مختصر المزني ص (٢١٠) . روضة الطالبين (٨ / ٣٥١) . المقنع ص (٢٥٤) . المغني (٧ / ٤٣٨) .

ومذهب الحنفية : أنه إذا التعن الرجل ثلاث مرات ، والتعنت المرأة ثلاث مرات ، ثم فرق القاضي بينهما ، فقد أخطأ السنة والفرقةُ جائزةٌ ، وقال زفر : لا تقع الفرقة حتى يكمل الخمس ؛ لأنه حَكَم بخلاف النص ، فإن اللعان بالكتاب والسنة خمس مرات ، والحكمُ بخلاف النص باطلٌ كما لو حكم بشهادة ثلاثة نفر في حد الزنا .

واتفقوا - أعني الحنفية - أنه إن فرّق بينهما بأقل من ثلاث ، فالفرقة باطلة ؛ أما من أتى بالثلاث ، فقد أتى بالأكثر فيتعلق به الحكم . انظر المبسوط (٧ / ٤٧) . الدر المختار (٣ / ٤٨٩) .

(٢) يعني أن الرجل يقول في الخامسة : « لعنة اللّه عليّ إن كنتُ من الكاذبين » وتقول الزوجة في الخامسة : « غضبُ الله عليّ إن كان من الصادقين » .

الكلمات . وكلُّ ذلك مَيْلٌ إلى التعبُّد لخروجِ الأمرِ عن القياس . وفيه وجهٌ : أنه يجوزُ إبدالُ الشهادةِ بالقسَمِ ، وإبدالُ اللعن بالغضَبِ ، وكذا عكسُه ، وأن الترتيبَ والموالاةَ لا تُشترط ، وكلُّ ذلك تَشَوُّفٌ إلى اتباعِ المعنى .

فروع ثلاثة

الأول : يصحُّ عند الشافعيِّ (رضي الله عنه) لعانُ الأخرسِ وقذفُه ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (١) . مع أن الأصحَّ أنه لا تُقبل شهادتُه ، ولكن يُغلَّب مشابهُ اليمينِ في اللعان . ولكن لا يُمْكِن فَهْمُ اللعن والغضبِ منه ، وهو تعبُّدٌ لفظيٌّ ؛ فالطريقُ أن يكلَّفَ الكِتْبَةَ مع الإشارة إنْ قدرَ ، أو يقول له ناطقٌ : لعنةُ الله عليكَ إن كانَ كذا ، فيقول : نعم .

أما إذا اعْتُقِل لسانُه (٢) بعدَ القذف - وقال أهل الصناعة : إنه سينطلق [لسانه] (٣) على قُرْبٍ - أمهلْناه ، كذلك قال الشافعيُّ (رضي الله عنه) . ومن الأصحاب مَنْ قال : لا مزيدَ في مُهلتِه على ثلاثة أيام ؛ إذ تأخيرُ حدِّ القذف إضرارٌ بالمقذوف (٤) .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه يصح لعان الأخرس وقذفُه متى فهمت إشارته أو كتابتُه ، ويدل عى ذلك أن اللعان حكمه حكم الطلاق ، والأخرس من أهل الطلاق ، أي يصح طلاقه ؛ فوجب أن يصح لعانه . وهذا مذهب المالكية والحنابلة . انظر : الأم (٥ / ٢٨٦) . مختصر المزني ص (٢١١) . بداية المجتهد (٢ / ١٤٢) . المقنع ص (٢٥٤) . المغني (٧ / ٣٦٩) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يصح لعان الأخرس ، ولا قذفه ؛ وذلك لأن اللعان شهادات مؤكدة بالأيمان ، والأخرس ليس من أهل الشهادة ، فلا يصح لعانه . وأيضا لابُدّ من التصريح بلفظ « الزنا » ليكون قذفًا موجبًا للحد أو اللعان . ولا يتأتى هذا من الأخرس . انظر : المبسوط (٧ / ٤٢) . رءوس المسائل ص (٤٣٣) . الهداية (٢ / ٣٠٥) . فتح القدير (٤ / ٢٩٣) . الدر المختار (٣ / ٤٩٠) .

(٢) اعتقل لسانُه : أي مُنع وحُبِس عن الكلام ، وهو يصح بالبناء للفاعل ، وبالبناء للمفعول . انظر المصباح المنير (٢/٦٤٨) مادة (ع ق ل) . المطلع على أبواب المقنع ص (٢٩٤) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) قال في الروضة : « الوجه أن يقال : إن كان يُرْجى زواله إلى ثلاثة أيام ، ينتظر ، وإلا فلا ينتظر أصلًا » . روضة الطالبين (٨ / ٣٥٣) .

ومهما لَاعَنَ بالإشارةِ ، ثم انطلقَ لسانُه فقال : « لم أُرِدْ قذفًا ولا لعانًا » لم يُقبل .

الثاني : الأعجميُّ العاجزُ عن العربية ، يُلَقَّنُ معنى « اللعن » و « الغضبِ » بلسانه ، كما في كلمة « التكبير » و « النكاح » .

ثم القاضي يَنْصِبُ تَرْجُمَانًا [(١)] ، ولابُدَّ من العدد ؛ لأنه في حكم شهادة . وهل يُكتفى باثنين ، أم لابُدّ من أربعٍ لِمَا فيه من إثبات زناها ؟ فيه خلافٌ [(٢)] .

الثالث : لو مات الزوج في أثناءِ كلمات اللعان لم ينقطع النكاحُ ولحقَ النسبُ ، ولم تَقُمِ الورثةُ مقامَه في اللعان أصلًا .

وإن ماتت المرأةُ في خلال لعانِه ، استكمل الزوجُ إن كان ثَمَّ ولدٌ ، فإن لم يكن ، فلا حاجةَ إلى لعانه إن قلنا : إن [(٣)] الزوج يَرِثُ حدّ القذف ، ويتضمن سقوطُ بعضه سقوطَ الكل .

* * *

---

(١) يجوز فيها فَتْحُ التاءِ وضمُّها ، والأول أفصح ، والترجمان : مَنْ ينقل معنًى من لغة إلى لغة أخرى . انظر : تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ١ / ٤١) . المصباح المنير (١ / ١١٧) مادة (ت ر ج م) .

(٢) قال في الروضة (٨ / ٣٥٣) : « إذا لاعن بغير العربية ، فإن كان القاضي يُحْسِن تلك اللغةَ ، فلا حاجة إلى مترجم ، ويُستحب أن يحضر أربعة ممن يُحْسِنها . وإن لم يحسنها فلابد من مترجمَيْنِ ويكفيان في جانب المرأة ؛ فإنها تلاعن لِنَفْيِ الزنا لا لإثباته . وفي جانب الرجل طريقان : أصحهما ، القطع بالاكتفاء باثنين » .

(٣) كلمة : « إن » ليست في (أ) .

النَّظَرُ الثّانِي

في التّغْلِيظَات

وهي بالزمان ، والمكان ، والجمْع .

أما الزمان [١] : فبِأَنْ يؤخَّر إلى بعد العصر ، فإنه وقتٌ شريف . وإن لم يكنْ طلبٌ حثيثٌ ، فإلى العصر من يوم الجمعة .

أما المكان : فبأنْ يلاعنَ في أشرفِ المواضع . فإن لَاعَنَ وهو بمكة ، فبينْ الركنِ والمقامِ . وبالمدينة ، فبين المنبرِ والقبرِ . [٢] وبالقدس عند الصخرة [٢] . وفي سائرِ البلاد في مقصورة الجامع . ويلاعن الذّمّيّ في أفضلِ موضعٍ عندهم ، من بيْعةٍ وكنيسة ، سوى بيوت الأصنامِ ، فلا يأتيها أصلًا . وفي بيوت النيرانِ للمجوس / خلافٌ . والظاهرُ أن الزنديقَ يُغَلَّظ عليه بهذه الجهات لِينالَه ٢١٣/ب شُؤْمُه ، وإن لم يعتقدْه . والحائضُ تُلَاعِنُ على باب المسجد [٣] . واعترض المزني (رحمه الله) وقال : جُوِّزَ للمشركةِ اللعانُ في المسجدِ ، وربما تكونُ حائضًا [٤] .

واختلفوا في المشركِ الجنُبِ . فمنهم من قال : لا يؤاخذون بتفصيل شرعنا في الأحكام وإن كانوا يؤاخذون عند الله تعالى .

أما الجَمْعُ : فلابُدَّ من حضور جماعةٍ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [٥] ولا ينبغي أن ينقصوا عن عدد شهادة الزنا [٦] .

---

(١) في (أ) : « أما بالزمان » .

(٢) في (أ) ، (ب) « وفي القدس عند الصخرة » .

(٣) وهو نصّ الشافعي (رضي الله عنه) كما في الأم (٥ / ٢٨٨) .

(٤) اعترض المزني (رحمه الله) على عدم دخول الحائضِ المسجدَ للملاعنة فقال : « وإذا جعل للمشركة أن تحضره – أي اللعان – في المسجد ، وعسى بها – مع شِرْكها – أن تكون حائضًا ، كانت المسلمةُ أولى بذلك » . انظر مختصر المزني ص (٢٠٩) .

(٥) من الآية (٢) سورة (النور) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « شهود الزنا » .

والتغليظُ بالمكانِ مستحبٌّ أو مستحقٌّ ؟ فيه قولان . وفي التغليظ بالزمانِ والجمْعِ طريقان : منهم من قطع بالاستحباب . ومنهم من قال : قولان .

أما جريان ذلك في مجلس الحكم فشرطٌ قطعًا ، فلو تَلَاعَنَا في البيتِ ، لم يصحَّ إلا عند المحكّم على قولِ جوازِ التحكيمِ في العقوبات .

* * *

النَّظَرُ الثّالِثُ
في السُّنَنِ

وهي ثلاثة :

الأول : أن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلاني وزوجتِه على المنبر ، فقيل : كان العجلاني على المنبر ، ولعلَّه الأليقُ ؛ للشهرة [1] .

وقيل : كان الرسول ﷺ على المنبر [2] . فعلى هذا : [3] يُسَنُّ للقاضي صعودُ المنبرِ [3] .

الثاني : أن يُهدِّدَ كُلَّ واحدٍ من الزوجين ، ويخوفَهما بالله ، فلعلَّهما يتصادقان [4] ، فيقول للرجل ما [5] قال رسولُ الله ﷺ : « أيّما رجل جحد ولدَه وهو ينظر إليه ، احتجب اللّهُ عنه ، وفضحه على رءوس الأولين والآخرين » ويَرْوي للمرأة قولَه (عليه السلام) : « أيّما امرأةٍ ، أَدْخَلَتْ على قومٍ مَنْ ليس منهم ، فليستْ من الله في شيء ، ولن يُدْخلها اللّهُ جنتَه » [6] وحديثَ

---

(١) يعني أن صعود الملاعن على المنبر أليق ، وذلك لِيُشْتَهر أمرُه .

(٢) من قوله : « وقيل : كان العجلاني ... إلى قوله : على المنبر » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل : « ليس للقاضي صعود المنبر » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الصواب .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ينصرفان » .

(٥) « ما » هنا اسمُ موصولٍ بمعنى « الذي » وهي مبنية في محل نصب مقول القول . والمعنى : أنه يقول للرجل ما قاله رسولُ الله ، يعني قوله : « أيما رجل ... » . الحديث .

(٦) حديث ضعيف : رواه أبو داود في سننه (٢ / ٦٩٥) (٧) كتاب « الطلاق » (٢٩) باب « التغليظ في الانتفاء » حديث (٢٢٦٣) ولفظه « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم ، فليست من الله في شيء ، ولن يدخلها الله جنته . وأيما رجل جحد ولده ، وهو ينظر إليه ، احتجب الله منه ، وفضحه على رءوس الأولين والآخرين » . ورواه النسائي (٦ / ١٧٩) والحاكم في المستدرك (٢ / ٢٠٣) وقال : صحيح على شرط مسلم ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٧ / ٤٠٣) من طرق عن يزيد بن الهاد عن عبد الله بن يونس عن سعيد المقبري عن أبي هريرة به . والحديث ضعفه الشيخ الألباني في السلسلة الضعيفة برقم (١٤٢٧) .

المعراجِ « أنه ﷺ مرَّ بنسوة معلَّقاتٍ بثديهن ، فقال لجبريل (عليه السلام) : من هؤلاء ؟ [(١)] فقال جَبريل (عليه السلام) : « هُنَّ اللاتي ألحقن بأزواجهن مَنْ ليس منهم ، يأكل حَرَائبَهم [(٢)] ، ويَنْظر إلى عوراتهم » .

الثالث : أن يأتي الرجلَ عند الخامسة رجلٌ من ورائه ، فيضع يَدَه على فِيه ، ويقول صاحبُ المجلسِ للملاعِن : اتَّقِ اللّهَ ؛ فإنها مُوجِبةٌ . والمرأةُ تأتيها امرأةٌ مِنْ ورائها [ويقال لها كذلك ، والله أعلم] [(٣)] .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ما هؤلاء ... » .

(٢) أي : أموالهم . والمقصود أنه إذا ألحقت المرأةُ بأهل زوجها مَنْ ليس منهم فإنه يأكل من أموالهم ، ويرثهم إذا ماتوا قبله ، ثم هو ينظر إلى عوراتهم مع أنه أجنبي عنهم . انظر النهاية في غريب الحديث والأثر (١ / ٣٥٩) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

الباب الثالث

في جوامعِ أحكام اللعان ، وحكم الولد خاصةً

أما أحكام اللعان فخمسةٌ : وقوعُ التفرقةِ (١) ، وتأبُّدُ الحرمةِ ، (٢ وسقوطُ حدِّ القذفِ ٢) ، وانتفاءُ النّسبِ ، ووجوبُ حدِّ الزنا عليها . وجملةُ ذلك تتعلّق بلعانِ الزوجِ ، ولا يتعلّق بلعانها إلا سقوطُ الحدّ عنها . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « الفرقة تتعلق بلعانهما (٣) وقضاء القاضي » . وقال مالكٌ (رحمه الله) : « تتعلق بلعانهما » (٤) .

ولا يجب الحدُّ عليها بلعانه عند أبي حنيفة (رحمه الله) (٥) . ولا تتأبّد الحرمةُ عنده ، بل يحلُّ له نكاحُها مهما كذَّب نفسَه ، أو خرج عن أهلية الشهادة - بأن يخرس ، أو يُحدّ في

---

(١) في (ب) : « الفرقة » . (٢) في (ب) : « وسقوط القذف » .

(٣) في الأصل : « بلعانها » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الصواب .

(٤) **مذهب الشافعية :** أنه إذا أكمل الزوج اللعان ، فقد وقعت الفرقة بينهما ، ولا حاجة إلى لعانها في ذلك ولا إلى تفريق القاضي . انظر : الأم (٥ / ٢٩١) . مختصر المزني ص (٢١١) . الروضة (٨ / ٣٥٦) .

ومذهب المالكية : أن الفرقة تتعلق بلعانهما معًا ، ولا حاجة إلى تفريق القاضي . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . وفي رواية عن الإمام أحمد أن الفرقة لا تحصل إلا بتفريق الحاكم بعد لعانهما . انظر : الكافي ص (٢٨٩) . القوانين الفقهية ص (٢٥٩) . المجتهد (٢ / ١٤٥) . المقنع ص (٢٥٦) . المغني (٧ / ٤١٠ ، ٤٢٧) .

ومذهب الحنفية : أن الفرقة تتعلق بلعانهما وتفريق القاضي . وقال زفر : تقع بلعانهما فقط .

وينبني على هذا الخلاف أنه إذا أراد قَذْفها ، ثم لاعن ، فمات قبل أن تلاعن المرأة ، فعلى قول الشافعي : تبين منه ، ويسقط التوارث بينهما ، وينتفي الولدُ عنه ، ويلزمها الحدُّ إلا أن تلاعن . وعند المالكية والحنابلة : لاتقع هذه الأحكام حتى يَتِمَّ لعانُ المرأة ، وعند أبي حنيفة حتى يُفرِّق القاضي . انظر : مختصر الطحاوي (٢١٥) . المبسوط (٧ / ٤٣) . الهداية (٢ / ٣٠٤) . الاختيار لتعليل المختار (٣ / ١٦٩) . فتح القدير (٤ / ٢٨٦) .

(٥) **مذهب الشافعية :** أنه إذا لاعن الزوج ولم تلاعن المرأة ، أقيم عليها الحد إن كانت بكرًا - وذلك إن لم تكن مدخولًا بها - ورجمت إن كانت ثيبًا . وهذا مذهب المالكية أيضًا . انظر : المنهاج ص (١١٤) . القوانين الفقهية ص (٢٤٩)

ومذهب الحنابلة : أن الزوج إذا قذفها - فلم يلاعن - أُقيم عليه حدُّ القذف . أما المرأة - إذا لم تلاعن - فإنها تحبس حتى تلاعن ، ولا حدّ عليها .

=

القذف [1] .نعم، اختلف أصحابنا في أن هذه الحرمة، هل تشتمل [2] ملك اليمين؟ وهل تتعلق باللعان في النكاح الفاسد [3]، وبعد البينونة .

أما حكمُ الولدِ وانتفائه ولحوقه : ففيه ثلاثةُ فصولٍ :

= **ومذهب الحنفية** : أنه إذا قذفها الرجل ولم يلاعن، حُبس حتى يلاعن ولا يقام عليه حد القذف، وكذلك المرأة إذا لم تلاعن، تحبس حتى تلجأ إلى اللعان ولا يقام عليها الحدّ . انظر : المبسوط (٧ / ٣٩) . فتح القدير (٤ / ٢٨١ وما بعدها) . الدر المختار (٣ / ٤٨٥) . المغني لابن قدامة (٧ / ٤١٦، ٤٤٥) .

(١) **مذهب الشافعية** : أن التحريم الحاصل باللعان تحريم مؤبّد، فلا يجتمعان أبدًا وإن أكذب نفسه . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . وعن الإمام أحمد رواية : أنه إذا كذّب نفسه حلّت له . انظر : الأم (٥/ ٢٩١) . مختصر المزني ص (٢١١) . المنهاج ص (١١٤) . المقنع ص (٢٥٦) . المغني (٧ / ٤١٣) .

ومذهب المالكية : أن التحريم الحاصل بلعانهما تحريم مؤبد أيضًا إلا أنه إذا أكذب نفسه قبل أن تلعن المرأة، جُلِدَ الحدَّ، ولحق به الولدُ، وبقيت زوجتُه بحالها . أما إذا كذّب نفسَه بعد التعانها، فيجلد الحدّ ويلحق به الولد، ولا سبيل له إليها، ولا ميراث بينهما . انظر : الكافي ص (٢٨٩ وما بعدها) . القوانين الفقهية ص (٢٤٩) .

ومذهب الحنفية : أنه لا تتأبد الحرمةُ بينهما بتفريقِ القاضي، بل يَحِلُّ نكاحُها إذا كذّب نفسَه . وقال أبو يوسف : لا يرجع إليها وإن كذب نفسه . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢١٥) . الهداية (٢/ ٣٠٤) . فتح القدير (٤/ ٢٨٨) . الدر المختار (٣ / ٤٩٠) .

(٢) في (أ)، (ب) : « تشمل .. » .

(٣) والأصح أنه تتأبد الحرمة بهذا اللعان وإن كان في نكاح فاسد انظر الروضة (٨/٣٣٦) .

الفَصْلُ الأوّل
فِيمَنْ يَلْحَقُه النَّسَبُ

وهو كل مَنْ يمكن أن يُولَدَ له . والنظرُ في الصَّبيِّ ، والمجبوبِ ، والخصيِّ .

أما الصبيُّ : فإمكانُ العلوقِ منه بعد كمال السنة العاشرة ، فيلحقه ولدٌ أتتْ به زوجتُه لستةِ أشهرٍ بعد السنة العاشرة . وقيل : يُمْكِن العلوقُ في أثناء العاشرة ، ويَلحقه الولد بعد العاشرة .

ومهما أتتْ به قبل الإمكان لم يَفْتقر إلى اللعان ؛ إذ لا يلحقه (١) . ومهما لحقَه فقال : أُلَاعِنُ وأنا بالغٌ ، يُمَكَّن منه . فلو قال : أنا صبيٌّ وأُلاعن ، لم يمكَّنْ . ولو قال : كذبتُ - وأنا بالغٌ - فألاعن ، قُبِلَ منه ؛ لأن الصَّبيَّ لا يُعرف [بلوغه] (٢) إلا بقولِه .

أما المجبوب الذكر ، الباقي الأنثيين ، فالولدُ يَلْحقه ؛ لبقاءِ أوعيةِ المنيِّ ، فَيُحمل انزلاق المنيِّ ، ويُحتمل استدخالُ مائه .

أما المنزوعُ الأنثيين ، الباقي ذكرُه ، فقطع المحققونَ بلحوقِ الولدِ ؛ لبقاءِ الآلة . وقال الفُوراني : يُرْجع فيه إلى الأطباء .

وأما الممسوح ذكرُه وأُنثياه . ففيه وجهان ، أظهرهما : أنه لا يلحقه الولدُ ؛ إذ التجربةُ تدلّ على استحالة الإعلاق (٣) منه .

وحيث قضينا بأنه لا إمكانَ (٤) ، فلا حاجة إلى اللعان .

* * *

---

(١) وذلك مثلًا إذا عقد عليها - بالوكالة - وهو غائب عنها ، أو عقد عليها ولم يَخْلُ بها قَطّ ، أو لم يَمْسَسْها أصلًا ، أو دخل بها وأتتْ به لأقل من ستة أشهر .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) وهي زيادة هامة .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الانعلاق » .

(٤) يعني لا إمكان للعلوق .

الفَصْلُ الثّاني
في أَحْوَالِ الولَدِ

وله ثلاثة أحوال :

الحالة الأولى : أن يكون حملًا . وهل يجوز نفيُه باللعان قبل الانفصال ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا ؛ لأن الحمل / لا يُتيَقَّن ، فلعلَّه ريحٌ ينفَشُّ [١] . ٢١٤/أ

والثاني : نعم ؛ لأنه يُظَنُّ ظنًّا غالبًا ، وفي التأخير خطرُ موتِ الزوجِ ولحوق النسبِ . وهذا بعد البينونة ، أما في صُلْب النكاح فالصحيحُ أنه يلاعن ؛ لأن العجلاني لَاعَنَ عن الحمل ؛ ولأن اللعانَ - دون الولدِ لمجردِ قطع النكاح - جائزٌ . وقيل بطرد القولين ، ولا وجه له . وقد بنى الأصحابُ القولين على أن الحمل ، هل يُعْرف يقينًا ؟ وهو ضعيفٌ ، بل الصحيح أنه لا يُعرف يقينًا [٢] ، ولكن الأحكام منها ما يَثْبت بالنظر [٣] ، ومنها ما لا يَثْبت ، ومنها ما يُتَرَدَّد فيه ، فلأَجْلِ ذلك اختلف قولُ الشافعيِّ (رضي الله عنه) في بعض المسائلِ ، لا لترددِه في أن الحمل لا يُتيقن .

الحالة الثانية : أن يكونا تَوْأَمينِ من بطنٍ واحدٍ ، فلا يتبعَّضُ نَفْيُهما . فإن اقتصر على نَفْيِ أحدِهما لم ينتفِ [٤] مع لحوق الثاني [٤] . ولو نفاهما ، واستلحق أحدَهما لحقَه الثاني . ولو نفى الحملَ ، فأتتْ بتوأمين انْتَفَيا . ولو أتتْ بواحدٍ في النكاح فَلَاعَن ، فأتتْ بثانٍ - لأكثر من ستةِ أشهرٍ - لحقَه الثاني دونَ الأول ؛ لأنه من بطنٍ أخرى ، ويحتمل العلوق بعد انفصال الأول وقبل اللعان . ولو نفى الحمل فأتتْ بولدٍ ، ثم أتتْ بآخرَ لأكثرَ من ستةِ أشهرٍ انتفى من غير لعان ؛ لأنه لا يحتمل العلوق به في صُلب النكاح .

---

(١) أي يذهب . انظر مختار الصحاح ص (٥٠٤) مادة (ف ش ش) .

(٢) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٨ / ٣٥٧) والمنهاج ص (١١٤) . ولكن هذا في زمنه (رحمه الله تعالى) أما الآن فالحمل يُعْرف يقينًا بواسطة الأجهزة المصوِّرة ، وهذا معروف .

(٣) في (ب) : « منها ما يثبت بالظنِّ » .

(٤) في (ب) : « للحوق الثاني » .

فرعان

أحدهما : أنه مهما أراد أن يَنْفي أولادًا عدة ، يكفيه لعانٌ واحدٌ ولا يحتاج كلُّ واحدٍ إلى لعان .

الثاني : أن التوأمين المنفيين باللعان [1] أَخَوانِ من الأمّ . وهل يتوارثان بأُخوةِ الأبِ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن اللعان أَبْطل الأُبوةَ [2] .

والثاني : نعم ؛ لأن اللعانَ أثرُه قاصرٌ عن الملاعن .

الحالة الثالثة : أن يموتَ الولدُ ، فله أن يلاعن ؛ لأنّ الموت لا يقطع النسبَ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ليس له ذلك ، إلا إذا كان للولد ولدٌ حيٌّ .

ثم عندنا ، مهما استلحقه بعد اللعان لحقه . فلو نفاه ، فلمَّا مات استلحقه لِيَحُوزَ ميراثَه : لحقه ، وورِثَ مع التهمة ؛ لأن الأصل هو النسبُ ، ويلحق بمجرد قولِه ، والميراثُ تابعٌ . وكذلك لو نفاه بعد الموت . فلما قُسِّمَ ميراثُه عادَ واستلحقه ، فالظاهرُ أنه يَلْحقه ، ويَسْتردُّ نصيبَه من الميراث ؛ نظرًا إلى ثبوت النسب . وفيه وجهٌ : أنه إذا سقط الميراثُ لم يرجع إليه .

* * *

---

(١) قوله : « باللعان » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٢) قال في الوجيز (٢ / ٩٢) : « ولا تثبت أخوةُ الأب على الصحيح » .

الفَصْلُ الثّالثُ

فيما يُسْقط حَقَّ النّفْي

والصحيحُ أنه على الفور (١) ؛ لأنه في حكم ضرار يُدْفع بعد معرفته ، فلا وَجْهَ للتأخير . وفيه قولٌ آخر - لا بأس به - أنه يُمْهل ريثما يتروَّى ؛ فإن الأمرَ فيه خطرٌ ، ولعله يتقدَّر بثلاثة أيام . وحُكي قولٌ ثالث : أنه لا يَسْقط إلا بالاستلحاق (٢) . وهذا بعيدٌ .

والتفريعُ على أنَّه على الفور . فعلى هذا لا يُعذر إلا إذا لم تحصل له حقيقةُ المعرفة . فلو صبر حتى ينفصل الحملُ : جاز ؛ لأنه لا يُتيقَّن ، فربما يكون ريحًا فينفَشّ . فلو قال : عرفتُ الحملَ ، ولكن قلتُ : ربما تجهض فهل يَبْطل حقُّه ؟ فيه وجهان (٣) .

ولو أخبره فاجرٌ بالولادة فقال : « لم أُصدقه » جاز . وإن أخبره عدلان فلا (٤) . وإن أخبره عدلٌ واحد ، فوجهان ؛ لقبول روايتِه وردِّ شهادته (٥) . ولو قال : كنتُ لا أدري أنَّ لي حقَّ النَّفْي ، فيعذر إن لم يكن من جملة الفقهاء .

فرع : لو هنَّاه مُهَنٍّ بالولد . وقال : مَتَّعك الله به ، فقال : آمين ، فهو إقرارٌ بالنسب ؛ فلا لعانَ بعده . ولو قال : جزاكِ اللّهُ خيرًا ، أو أسْمعكَ اللّهُ ما يُسُرك ، لم يكنْ إقرارًا .

* * *

---

(١) يعني أن حقَّ نَفْي الولد على الفور من علم الرجل ، فإذا علم أنَّ امرأته ولدت ، وهو يعتقد أن هذا الولد ليس منه ، فعليه أن يُبادر - فَوْرَ معرفته - بالنَّفْي .

(٢) يعني بهذا الوجه أنه لا يسقط حقُّه في نَفْيه إلا عندما يُقِرُّ بنسبه ، وهذا بعيد كما قال الإمام الغزالي ؛ إذ ربما لا يُقِرّ بنسبه إلا بعد وقت طويل .

(٣) قال في الروضة (٨ / ٣٦٠) : « يبطل حقّه على الأصح المنصوص في « المختصر » ؛ لتفريطه مع علمه » .

(٤) يعني فلا يُصَدَّق ، ويلحقه الولدُ .

(٥) والأصح أنه لا يصدق في هذا أيضًا كما في الروضة (٨ / ٣٦١) .

كتاب العِدَد(١)

وفيه ثلاثة أقسام (٢)

عدة الطلاق ، وعدة الوفاة ، وعدة الاستبراء في ملك اليمين .

أما عدة الطلاق ففيها بابان :

---

(١) العدد : جمع عدة ، مأخوذ من « العَدَد » لاشتمالها على العدد من الأقراء أو الأشهر غالبًا . وهي في الشرع : اسم لمدة تتربص (تنتظر) فيها المرأة الحرة ؛ لمعرفة براءة رحمها ، أو للتعبُّد ، أو لِتَفَجُّعِها على زوجها . والحكمةُ من تشريعها صيانةُ الأنساب ، وتحصينُها من الاختلاط ؛ رعايةً لحق الزوجين ، والولدِ ، والناكحِ الثاني . والمغلّبُ فيها التعبّدُ ؛ بدليل أنها لا تنقضي بقرء واحد مع حصول البراءة به . انظر مغني المحتاج (٣٨٤/٣) . الفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي (٦٢٧/٧) .

(٢) في (أ) : « وهي ثلاثة أقسام » .

الباب الأول

في عدة الحرائر والإماء ، وأصناف المعتدات ، وأنواع عدتهن

وهي ثلاثة أنواع : الأَقْراء ، والأَشْهُر ، والحمل .

فالحرة تَعْتَدُّ بثلاثة أقراء إذا طُلقتْ بعد المسيس (١) . ومقصودُ هذه العدة براءةُ الرحم ، ولكن يكتفي بسبب الشغل (٢) ولا يُشترط عينه ؛ لأن ذلك خَفيٌّ لا يُطلع عليه ؛ ولذلك تجب العدةُ بوطءِ الصبيّ ، وبمجرد تغييبه الحشفةَ ، وحيث علّق طلاقَها بيقين براءة الرحم .

ومن دأبِ الشرع - في مَظَانِّ التباس المعاني المقصودةِ - رَبْطُ الأحكامِ بالأسباب الظاهرة ، كما علق البلوغَ بالاحتلامِ (٣) والسِّنِّ ؛ لخفاء العقل . وعلّق الإسلامَ بكلمتي الشهادة مع الإكراه ؛ لخفاء العقيدة .

واعلم أن الحرة تعتد بثلاثة أقراء . والأمة تعتد / بقرأين ؛ لأن القرء الواحد لا ٢١٤/ب

---

(١) ولو طلقت قبل المسيس فلا عدة عليها أصلًا ؛ لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنو إذا نَكَحْتُمُ المؤمناتِ ثُمّ طلقتموهُنّ من قبْلِ أن تمسُّوهنّ فما لكُمْ عليهنّ مِنْ عِدَّةٍ تعتدُّونَهَا ... ﴾ الآية [الأحزاب : ٤٩] .

(٢) يعني اشتغال الرحم بالولد ، وسَبَبُه الوطءُ أو استدخالُ ماء الزوج .

(٣) في الأصل : « بالأحلام » والمثبت من (أ) ، (ب) .

قال الحموي : « قوله : في العدة : (ومقصود هذه العدة برادةُ الرحم ولكن يُكتفى بسبب الشغل ، ولا يشترط عينُه ؛ فإن ذلك خفيٌّ لا يمكن الاطلاعُ عليه ... إلى قوله : (ومِنْ دأْبِ الشرع في مظانِّ التباس المعاني المقصوده ربطُ الأحكام بالأسباب الظاهرة) .

قلت : الشارع إنما يبني الأحكامَ على المظانّ في صورة يُتَصَوَّر وقوعُ ذلك كالسفر وما كان في معناه ، وهاهنا لا يُتَصَوَّر وقوعُ العلوق من الصغير كما لا يخفى .

قلت : أمكن أن يجاب عنه بأن يقال : إنما ذكر الشيخ ذلك اعتبارًا بغالب العدة ، وكان ماعداه في معناه بطريق التَبَعِ الغالب » . مشكلات الوسيط (ق ١٦٣ / ب) .

يَنتصف ، فَيُكمل [١] . ولو عَتَقت قبيل الطلاق [٢] فهي كالحرة . وإن عَتقت [٣] في القرأين ، ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها تَسْتكمل ؛ إذ عَتقت [٤] قبل الفراغ .

والثاني : لا ؛ بل يُنظر إلى حالة الوجوب ؛ فيَكفيها قُرْءانِ .

والثالث : أنها إن كانت رجعيةً ، عَدلت إلى عدة الحرائر ، وإن كانت بائنة قنعت [٥] بقرأين [٦]

فرع : إذا وطيء أمةً - على ظَنِّ أنها حَليلتُه الحرةُ - اعتدت بثلاثة أقراء ، على وجه [٧] ؛ لأن للظن أثرا [٨] في العدة . وعلى وجه : يكفيها قرءان ؛ نظرا إلى حقيقة الحال .

ولو وطيء حرة على ظَنِّ أنها أمةٌ [٩] ، فلا خلافَ أنها تعتد بثلاثة أقراء ؛ [١٠] لأن الظنّ يؤثر في الاحتياط [١٠] .

واعلم أن النسوة أصناف : المعتادة ، والمستحاضة ، والتي [١١] تباعدت حيضتها في أوان الحيض ، والصغيرة ، والآيسة .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فكمل » .

(٢) في (ب) : « قبل الطلاق » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ولو عتقت » .

(٤) في (ب) : « إذ أُعتقتْ » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فتعتدُّ » .

(٦) وهذا القول هو أظهر الأقوال الثلاثة كما في الروضة (٣٦٨/٨) والغاية (٨٤٩/٢) .

(٧) ورجح هذا الوجه في الروضة (٣٦٨/٨) .

(٨) في الأصل « أثر » وهو خطأ واضح ؛ إذ هي منصوبة لأنها اسم « أن » مؤخر .

(٩) يعني على ظِنِّ أنها أمتُه .

(١٠) في الأصل : « لأن الظن لا يؤثر في الاحتياط » وهو خطأ واضح ؛ لأن الظن يؤثر في الاحتياط دون المساهلة . والمثبت من (أ) ، (ب) . وانظر الروضة (٣٦٨/٨) .

(١١) في (أ) ، (ب) : « والمستحاضة التي تباعد حيضها » بدون « الواو » وهو خطأ ؛ إذ إنهما قسمان : المستحاضة ، والتي تباعد حيضها ، وهي التي انقطع عنها الدم . ولكل منهما حكم كما سيأتي بعدُ إن شاء الله تعالى .

الصنف الأول : المعتادة . وعدتُها ثلاثةُ أقراء على العادة . والأقراءُ هي الأطهار عند الشافعي (رضي الله عنه) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : هي الحيض »[١] .

واختلف العلماء فيه ، واستشهد كلٌّ فريق بدلالة ، والذي صحّ عند المحققين أن الشواهد متعارضة ، وأن القرء في اللغة مشتركٌ بين الطهر والحيض كالجَوْن مشترك بين الضوء والظلمة[٢] . وقد قال الشاعر[٣] :

.... لما ضاع فيها من قروء نسائكا[٤]

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن المقصود بالقرء : الطهر . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : الأم (٢١٠/٥) . مغني المحتاج (٣٨٥/٣) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٩٣) . القوانين الفقهية ص (٢٤٠) . الشرح الصغير (٦٧٣/٢) . الخرشي على مختصر خليل (١٣٧/٤) .

ومذهب أبي حنيفة : أن المقصود به الحيض لا الطهر . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢١٧) . المبسوط (١٣/٦) .

(٢) الجون : يُطلق على الأبيض ، وعلى الأسود المُشْرَب حمرةً ، وعلى الأحمر ، ويُطلق أيضًا على النهار ، وقال بعض الفقهاء : إنه يطلق أيضًا على الضوء والظلمة بطريق الاستعارة . انظر : لسان العرب (٧٣٢/١) . المصباح المنير (١٨١/١) . القاموس المحيط ص (١٥٣٣) .

(٣) هو الأعشى ، وهذا البيت من قصيدة له يمدح بها رجلًا غزا غزوة ، غنم فيها وظفر ، فقال :

أفي كلِّ عام أنت جاشمُ غزوةٍ تَشُد لأقصاها غَريمَ عزائكا ! !

مُوَرِّثَةٍ مالًا ، وفي الحيِّ رِفْعَةً لِمَا ضَاعَ فيها مِنْ قروءِ نِسَائكا

فمعنى « القرء » ها هنا الأطهار لا الحيض ؛ لأن النساء إنما يُؤْتَيْنَ في أطهارهن لا في حيضهن ، وإنما ضاع – بغيبته عنهن – أطهارُهن ؛ إذ آثر الغزو على البقاء مع النساء ، وشُغِلَ به عنهن . يقول :تعزيتَ عن كل متاع ، فهجرتَ نساءك في وقت طهرهن ، فلم تَقْربهن ، وآثرت عليهن الغزو ، فكانت غزواتك غِنًى في المال ، ورِفْعَةً في الذكر ، وبُعْدًا في الصيت .

وقوله : « مورِّثة » صفة لقوله : « غزوة » . انظر البيت في ديوان الأعشى . تفسير الطبري (٥١٢/٤) . لسان العرب (٣٥٦٥/٥) مادة (ق ر أ) . معرفة السنن والآثار (١٨٠/١١ وما بعدها) .

(٤) البيت من بحر « الطويل » .

وإنما يضيع الطهر . وقد قال ﷺ : « دَعِي الصلاةَ أيامَ أَقْرائِكِ » [1] وهي أيام الحيض. لوكن تعلّق الشافعيُّ (رضي الله عنه) بقوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [2] فقال : الأمْر يتناول الطلاقَ السُّنّيّ ، وهو الذي فى الطهر ، فينبغي أن يستعقب الاحتساب بالعدة [3] . وعند أبي حنيفة (رحمه الله) : إذا طُلّقت فى الطهر ، لم تحتسب بقيةُ الطهر ، كما أنها لو طلقت فى الحيض ، لم تحتسب عندنا مدةُ الحيض .ويشهد له أن مقصود العدةِ العزلةُ عن الزوج ، ولقد كانت في مدة الحيض معتزله في صلب النكاح ، فجدير أن يكون الطهرُ هو ركنَ العدة .

فنقول : لو قال : « أنت طالق قبيل آخر جزء [من] [4] الطهر » فالجزء الأخير يحسب قُرْءًا [5] . وللشافعي (رضي الله عنه) قول آخر : أن القرء هو الانتقال من الطهر إلى الحيض ، فكأنه أراد أن يجمع ، لكون الاسم مُطْلَقًا عليهما جميعا ؛ ولأنه يقال : قَرَأَ

---

(١) إسناده ضعيف : رواه أبو داود في سننه (٢٠٨/١) (١) كتاب « الطهارة » (١١٣) باب « من قال – يعني المستحاضة – : تغتسل من طهر إلى طهر » حديث (٢٩٧) . والترمذي في سننه (٢٢٠/١) أبواب الطهارة (٩٤) باب « ما جاء أن المستحاضة تتوضأ لكل صلاة » حديث (١٢٦) . وابن ماجه (٢٠٤/١) (١) كتاب « الطهارة وسننها » (١١٥) باب « ما جاء في المستحاضة .. » حديث (٦٢٥) . ثلاثتهم من طرق عن عدي بن ثابت عن أبيه عن جده مرفوعًا . والحديث ضعفه أبو دواد والترمذي .

وقد صَحَّ في المستحاضة – وأنها تَدَعُ الصلاة أيامَ أقرائها – أحاديثُ كثيرةٌ ، ومن ذلك حديث عائشة (رضي الله عنها) رواه البخاري فى صحيحه (٤٨٧/١) (٦) كتاب « الحيض » (٨) باب « المستحاضة » (٣٠٦) . بإسناده عن عائشة قالت : قالت فاطمة بنت أبي حبيش لرسول الله ﷺ : إني لا أطهرُ أفادع الصلاة ؟ فقال رسول الله ﷺ : « إنما ذلك عرق وليس بالحيضة ، فإذا أقبلت الحيضة فاتركى الصلاة ، فإذا ذهب قدرُها ، فاغسلي عنك الدم وصلّي » . ورواه مسلم في صحيحه (٢٦٢/١) (٣) كتاب « الحيض » (١٤) باب « المستحاضة وغسلها وصلاتها » حديث (٣٣٣) . ورواه أبو داود (١٩٤/١) حديث (٢٨٢) . والترمذي (٢٢٩/١) حديث (١٢٩) . وابن ماجه (٢٠٣/١) حديث (٦٢١) . جميعا من طرق عن عروة عن عائشة (رضي الله عنها) مرفوعًا .

(٢) من الآية (١) من سورة (الطلاق) .

(٣) انظر مختصر المزني ص (٢١٧) . معرفة السنن والآثار (١٨٠/١١) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « يحتسب قرءًا » .

النجمُ ؛ إذا طلع . و « قرأ » : إذا عزب [(١)] ، وهو مُشْعِرٌ بالانتقال . والجديدُ هو الأول . وتظهر فائدةُ القولين فيما لو قال : « أنت طالق فى آخر جزء من الطهر » حصل بالانتقال قُرْءٌ [(٢)] على هذا القول ، ولم يحصل على الجديد [(٣)] ، بل لا بُدَّ من ثلاثة أطهار بعد الطلاق . وهذا فى طُهر مُحْتَوَش بِدَمَيْنْ ، أما طهرُ الصغيرة هل هو قرء ؟ فيه خلاف ، من حيث إنه طهر ، ولكن لم يتقدَّمه حيضٌ ، فعلى هذا لو طلق الصغيرة فحاضت قبل الأشهر [(٤)] ، فعليها ثلاثةُ أطهار بعد الحيض . ولو قال للصغيرة : « أنت طالق ثلاثًا ، في كل قرءٍ طلقةٌ » وقعت فى الحال واحدة إن قلنا : إنه قرء ، وإلا فلا يقع حتى تطهر بعد الحيض . وكذلك يظهر أَثَرُ الخلاف فى دعواها انقضاءَ العدة ، ومدة الإمكان فيه .

ومما لا بُدَّ من التَنَبُّهِ له ، أن الطهر الأخير إنما يتبين كمالُه بالشروع فى الحيض الذي بعده ، والظاهر أنه يكتفى بلحظة واحدة . ونقل البويطي (رحمه الله) عن الشافعي (رضي الله عنه) أنه لا بُدَّ من يوم وليلة ؛ حتى يتبين أنه ليس بدم فساد . ومن الأصحاب من حمل ذلك على الاحتياط ، وقطع النظر باللحظة [(٥)] . ومنهم من قال : في المسألة قولان . ومنهم من قال : إن رأت على العادة ، فاللحظةُ تكفي . وإن رأت قبل ذلك ؛ فلابُدَّ من يوم وليلة.

ثم لا خلاف أنه ليس من العدة وإنما هو للتبيين .

الصنف الثاني : المستحاضات [(٦)] .

(١) يعني إذا أَفَلَ وغاب . انظر : تهذيب الأسماء واللغات (٨٦/٢/٣) .

(٢) في (ب) : « طهر » .

(٣) يعني : ولم يحصل على القول الجديد ؛ وذلك لأنه لم يَبْقَ جزءٌ من الطهر حتى يُحسب قَرْءًا ؛ إذ طلَّقها في آخر جزء منه .

(٤) يعني قبل الأشهر الثلاثة التي هي عدتها ؛ لقوله تعالى : ﴿ واللائي يئسنَ مِنَ المحيضِ مِنْ نسَائكم إنِ ارْتبتُمْ فعدتُهنّ ثلاثةُ أشهرٍ ، واللائي لم يَحِضْن ﴾ الآية [الطلاق : ٤] .

(٥) فى (أ) « وقطع باللحظة » . وفي (ب) سقط من قوله : « ومن الأصحاب ... » إلى قوله : « باللحظة » .

(٦) في (أ)،(ب) : « المستحاضة » . والاستحاضة هي : سيلان الدم في غير أوقاته المعتادة – غير الحيض والنفاس – بزيادة على العادة أو نقص ، أو على أكثر النفاس .

ولها ثلاثة أحوال :

الحالة الأولي : أن تكون مميزة ، أو حافظة (١) للعادة والوقت ؛ فَتُرَدّ إلى التمييز أو العادة ، ولا يخفى أمرُها . فإن كانت مبتدأة أو ناسية للعادة والوقت – فيكتفي منها بثلاثة أشهر ؛ إذ الشهر الواحد يدور فيه الحيضُ والطهرُ غالبًا . ثم إن طلقت في آخر (٢) الشهر يكفيها ثلاثةُ أشهر بالأهِلَّة . وإن كان فى وسط الشهر ، فكان الباقي أكثرَ من خمسة عشر يومًا ، يكفيها بقيةُ الشهر وشهران بالأهلّة . وإن كان أقلَّ ، ففيه خلافٌ ، لأجل اضطراب النص (٣) . ومن لا يحتسب به يقول : / يحتمل أن يكون جميعُ بقية ٢١٥/أ الشهر حيضًا . ومن يحتسب يقول أن الطهر يقع آخر الشهر ، والحيضُ مع أول الشهر ، حتى قالوا : يُحْسب (٤) بقية الشهر قرءًا ، وإن لم يَبْقَ إلا يوم وليلة (٥) . وهذا تحكُّمٌ يخالف الوجود . فإن قيل : على قول الاحتياط فى المستحاضة ، لم يكتف بثلاثة أشهر ، ويحتمل أن يزيد الطهر على ثلاثة أشهر ، فَلِمَ لا يُحْتاط في العدة ؟ قلنا : ذكر صاحب « التقريب » وجهًا أنها (٦) تُؤمر بالاحتياط والتربُّصِ إلى سنِّ اليأس ، أو أربع سنين ، أو تسعة أشهر ، كما ذكرناه فى الحيض ، وهو مُتَّجِهٌ ؛ إذ الاحتياطُ للنكاح أهمُّ ، ولكن ربما يفرّق بأنَّ حكم العبادات مقصورٌ عليها ، والعدةُ تقتضي السُّكنى والرجعةَ ؛ فيبعد أن تتمادى . (٧ويمكن أن يقال ٧) : لا رجعة ولا سكنى إلا [في] (٨) ثلاثة أشهر ، ويبقى تحريمُ النكاح تَعَبُّدًا عليها ، ولكن الضرار يعظم فيه ، فلذلك يبعد قولُ الاحتياط هاهنا من وجه

الصنف الثالث : الصغيرة (٩) . وعدّتُها بالأشهر إلى أن تحيض . ولا مبالاة برؤيتها

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وحافظة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مع آخر » .

(٣) ورجح النووي أنه لا يحسب قرءًا كما في الروضة (٣٦٩/٨) . والمقصود باضطراب « النص » أي : نصّ الشافعي (رحمه الله) .

(٤) فى (أ) ، (ب) : « يحتسب » .

(٥) فى الأصل : « إلا يومًا وليلة » وهو خطأ ، والصواب رفعه على أنه فاعل للفعل « يبق » ، كما هو مثبت في (أ) ، (ب) .

(٦) قوله : « أنها » ساقط من (ب) .

(٧) في (أ) : « لكن يمكن أن يقال » .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) وتدخل في الصنف الثالث الآيسة أيضًا .

الدمَ قبل تمام تسع سنين (١) ؛ فإن ذلك ليس بحيض . ولو طُلقت ، فرَأَت الدمَ بعد مُضيّ ثلاثة أشهر ، فليس عليها الاستئنافُ . وإن كان قبل تمام الشهر (٢) استأنفت العدة بالأقراء، فإنها الأصل . وما مَضَى من الطهر ، هل يُحْسب قرءًا ؟ فعلى الخلاف المذكور (٣) .

فأما الآيسة إذا حاضت ، فيحسب لها بقيةُ الطهرِ قرءًا ؛ لأن طهرها محتوَشٌ بدمين (٤) وإن طال بها العهد (٥) . ومهما انكسر الشهر الأول يُتمم بثلاثين من الشهر الأخير (٦) ، ويكفي شهران [آخران] (٧) بالأهلة . وفيه وجهٌ مثلُ مذهبِ أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه إذا انكسر شهرٌ فقد انكسر الجميعُ ؛ فلا بد من تسعين يومًا (٨) .

والعدةُ بالأشهر لا تكون إلا في الصغيرة والأيسة ، وهو أحدُ نَوْعَيِ العدة . وهذا كلُّه في الحرة .

فأما الأمة المنكوحة ، فإنها تعتدُّ بقرأين عند الشافعي (رضي الله عنه) (٩) ؛ لأن القرء لا ينتصف . كما يملك (١٠) العبدُ طلقتين ، والعدةُ بالنساء . فإن كانت من ذوات الأشهر ، فقولان (١١) :

أحدهما : أنه (١٢) تعتد بشهر ونصف ؛ لأنه يقبل التجزئة .

والثاني : أنها تعتدّ بشهرين بدلًا عن القرأين ؛ فإنهما قد تأصلا فلا ينظر (١٣) إلى السبب .

---

(١) في (ب) : « تسعة سنين » وهو خطأ واضح . (٢) في (ب) : « قبل تمام الأشهر » وهو أوضح .

(٣) أقرب الوجهين إلى ظاهر النص أنه لا يحسب قرءًا . انظر الروضة (٣٧١/٨) .

(٤) أي مُكْتَنَف بدمين . (٥) في (أ) ، (ب) : « ولو طال بها العهد » .

(٦) يعني إن طلقها بعد طلوع هلال الشهر بمدة – قلّت أم كثرت – فيتمم بثلاثين من الشهر الرابع . أما إذا وافق طلاقُها ظهورَ الهلال ، فعدتُها ثلاثة أشهر بالأهلّة . (٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) وهذا الوجه ضعيف ، والصحيح الأول . انظر الروضة (٣٧٠/٨) ومغني المحتاج (٣٨٦/٣) .

(٩) انظر الأم (٢١٦/٥ ، ٢١٧) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « كما لا يملك » وهو خطأ ؛ إذ العبدُ يملك طلقتين كما سبق .

(١١) كلا القولين في الأم (٢١٧/٥) . (١٢) في (أ) ، (ب) : « أنها » .

(١٣) في (أ) و (ب) : « فلا نظر » .

وقد نصَّ في أُم الولد إذا أُعتقت على قولين :

أحدهما : أنه يكفيها (١) شهر واحد بدلًا عن قرء واحد فى الاستبراء .

والثاني : أنها تعتد بثلاثة أشهر ؛ لأن ما يتعلق بالطبع من علامة البراءة لا يختلف بالرقّ ؛ فَيُخَرَّج من هذا قولٌ ثالث فى المنكوحة : أنها تَعتدّ بثلاثة أشهر .

الصنف الرابع : التى تباعدت حيضتها (٢) . نُظِر :

فإن تأخرت حيضتها من الصغر - فلم تَحِضْ أصلًا - فعدتُها بالأشهر ، لعموم قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ ﴾ (٣) . وإن حاضت ، ثم تأخر - إن كان بمرض ظاهر أو رضاع - فليس لها إلا تربصُّ الحيض أوسنّ اليأس ، فعند سنِّ اليأس تعتد بالأشهر .

أما إذا لم يكن الانقطاع لعلّة ، ففيه ثلاثةُ أقوال :

الجديد : أنها تصبر إلى سنّ اليأس كما إذا كان لعلة ؛ لأن الأشهر ورد في القرآن في اللائي لم يحضن واللائي يئسن [من المحيض] (٤) وليست من القسمين ؛ ولأن الحيض لا ينقطع إلا لعلة وإن خَفِيَتْ ، وفي العلة تربصٌّ (٥) قطعا ، (٦ فإن فيه مذهب عثمان ٦) وزيد وعلي (رضي الله عنهم) في زوجة حِبَّان بن منقذ في مثل هذه الحالة (٧) . وفيه

---

(١) في (أ) : « أنه يكفي » .

(٢) أي التي انقطع عنها الحيض بعد ما أتاها ، أو التي لم تحض أصلًا .

(٣) من الآية (٤) من سورة (الطلاق) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تتربص » .

(٦) في (ب) : « وقد ورد فيه مذهب عثمان .. » .

(٧) رواه الشافعي في الأم (٢١٢/٥) والبيهقي في معرفة السنن والآثار (١٩٠/١١) وفي السنن الكبرى (٤١٩/٧) . وهذه القصة تحكي « أن رجلًا من الأنصار ، يقال له : حبان بن منقذ ، طلق امرأته وهو صحيح (ليس مريضًا) وهي ترضع ابنته . فمكثت سبعة عشر شهرًا لا تحيض ؛ يمنعها الرضاعُ أن تحيض . ثم مرض حِبّانُ بعد أن طلقها بسبعة أشهر أو ثمانية ، فقيل له : إن امرأتك تريد أن ترث ، فقال لأهله : احملونى إلى عثمان ، فحملوه إليه ، فذَكر له شأنَ امرأته - وعنده عليُّ بن أبي طالب وزيد بن ثابت - فقال لهما عثمان : ما تريان ؟ فقالا : نرى أنها ترثه إن مات ويرثها إن ماتت ؛ فإنها ليست من القواعد اللاتي قد يئسن من المحيض ، وليست من الأبكار اللاتي لم يبلغن المحيض =

أيضًا مذهب ابن مسعود (رضي الله عنه) [(١)] .

والقول الثاني [(٢)] : أنها تَسْتَظهِرُ بالصبر إلى سنّ اليأس ، فتتربص تسعةَ أشهر ؛ لِتتبينَّ عدم الحمل ، ثم تعتد بعده بثلاثة أشهر ؛ للتعبد .وهو قول قديم قلَّد الشافعيُّ (رضى الله عنه) فيه مذهبَ عمر (رضوان الله عليه) [(٣)] .

والقول الثالث : أنها تتربص - لِنَفْيِ الحمل - أربعَ سنين ، ثم تعتد بثلاثة أشهر والقولان الأخيران قديمان ويلتقيان على المصلحة [(٤)] .

التفريع : إن قلنا : تتربص تسعة أشهر ثم ثلاثةً ، فلو فعلت ونكحت ، ثم حاضت ، فالنكاحُ مستمرٌ لاتصاله بالمقصود . ولو حاضت قبل تمام التسعة ، بطل التربص وانتقلت إلى الأقراء . وإن لم يعاودها وجب عليها استئنافُ التسعة ؛ لأن ما سبق كان للانتظار وقد بطل فلا يقنع حصول البراءة ، فإن التعبد أغلبُ على العدة . أما إذا حاضت بعد الشروع في الأشهر الثلاثة - وراء التسعة - ثم لم يُعَاودها [الدم] [(٥)] ، فعليها استئناف التربص بالتسعة [(٦)] ، ولكن ما سبق من مدة العدة فى الأشهر الثلاثة ، هل تحسب حتى

= ثم هي على عدة حيضها ما كان من قليل أو كثيرٍ » فرجع حِبّانُ إلى أهله ، فأخذ ابنته ، فلما فقدت الرضاعَ حاضت حيضة ، ثم حاضت حيضة أخرى ، ثم تُوُفّى حبانُ قبل أن تحيض الثالثة ، فاعتدتْ عدةَ المتوفَّى عنها زَوْجُها ، وورثته » .

(١) انظر معرفة السنن والآثار (١١/١٩١) والسنن الكبرى للبيهقي (٧/٤٢٠) .

(٢) في الأصل ونسخة (أ) : « والثاني » والزيادة من (ب) .

(٣) ونصه كما في معرفة السنن (١١/١٩٠) : قال عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) : « أيما امرأة طلقت ، فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتُها ، فإنها تنتظر - بعد التسعة - ثلاثة أشهر ثم حلَّت » .

ورواه عنه مالك في الموطأ (٢/٥٨٢) وعبد الرزاق في مصنفه (٦/٣١٩) ورواه ابن حزم في المحلّى (١٠/٢٧٠) وإسناده صحيح .

(٤) انظر الأم (٥/٢١٢) .

(٥) زيادة من (أ) و (ب) .

(٦) في (ب) : « التربص بالثقة » وهو خطأ مضحك .

تبني [عليه] [١] الباقي ، أو تستأنف كما تستأنف التسعة ؟ فيه وجهان [٢] ، ووجه /٢١٥/ب البناء ، أن الانتظار هو الذي يبطل بطرآن الحيض ، أما ما وقع الاعتدادُ به من صلب العدة ، فلا .

التفريع : إن أمرنا باستئناف الكل فلا كلام ، وإن قضينا بالبناء ، ففي كيفيته وجهان :

أحدهما : أنه يتم بثلاثة أشهر بالحساب [٣] .

والثاني : أن ما مضى يُحسب قرءًا ؛ لأنه طرأَ الحيض عليه ويكفيه شهران وإن لم يمض من الأشهر قبل الحيض إلا يوم [واحد] [٤] وهذا بعيد ؛ لأنه جَمْعٌ بين البدل والمُبْدَل فى عدة واحدة ، وهذا لا نظيرَ له في الأبدال .

أما إذا رأت الدم بعد مُضِيّ المدتين [٥] وقبل النكاح ، فالمنصوصُ أنها مردوردة إلى الأقراء [٦] ؛ لأن البدل لم يتصل بالمقصود . وكذا تتربص في انتظار الدم وقد وُجِدَ . ومن أصحابنا من قال : الحيض بعد الفراغ ؛ كالحيض بعد النكاح ؛ فلا أثر له .

[٧] وكلُّ هذه التفريعات جاريةٌ أيضا على قولنا [٧] : إنه [٨] تتربص أربع سنين ، وإنما يختلف المقدار .

أما إذا فرعنا على الجديد – وهو التربُّصُ إلى سنّ اليأس – ففي سِنّ اليأس قولان :

(١) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٢) أصح هذين الوجهين أنها تبني على ما مضى من المدة . انظر الروضة (٨/ ٣٧١) .

(٣) وهذا أصح الوجهين كما في الروضة (٣٧٢/٨ .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) يعني مدة التربص وهي تسعة أشهر ، والثلاثة الأشهر بعدها .

(٦) انظر الأم (٢١٤/٥ وما بعدها) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) . وفي الأصل : « وكل هذه التفريعات جارٍ على قولنا » .

(٨) في (أ) و (ب) : « إنها » .

أحدهما : أنه أقصى مدةِ يأسِ امرأةٍ في دهرها مما يُعرف فى الصُرود والجروم [1] الذي يُبْلغ حَدّه [2] ؛ فإن سائر العالم لا يمكن طَوْفه [3] .

والثاني : تعتبر نساء [4] عشيرتها من جانب الأُم والأَب . ومن أصحابنا من ذكر وجهين ضعيفين:

أحدهما : النظر إلى نساء العصبات دون جانب الأم [5] كما في مهر المثل .

والثاني : النظر إلى نساء البلدة [6] ؛ لأن للهواء تأثيرًا [7] فيه .

فرع : على هذا القول ، لو رأت الدمَ بعد الوصول إلى سنّ اليأس لا يخلو .

إما أن ترى قبل مُضِيّ الأشهر [8] أو بعدها [9] . فإن كان [10] قبله انتقلت إلى الأقراء [11] ؛ لأن ذلك حيضٌ بالاتفاق . فإن لم يُعَاوِدْها فترجع إلى الأشهر ، وفيه وجهان :

أحدهما : أنها تعتد بتسعة أشهر [12] ، ثم بثلاثة أشهر ؛ لأن اليأس قد بطل بطُرْآن الحيض .

والثاني : - وهو الأصح - أنه يكفيها ثلاثةُ أشهر ؛ فإنها الآن آيسةٌ ؛ إذْ لم يعاودها الدمُ ، لكن نَقْطع على هذا القولِ بوجوب استئناف تمام الأشهر الثلاث دون البناء [13] ؛

---

(١) الصرود والجروم : البلاد الباردة والحارة . والجرْمُ : هو الحرّ ، فارسي معرب . وأرضٌ جَرْمٌ : حارّة . والجَرْم : نقيض الصَّرْد . والجروم خلاف الصرود . انظر : اللسان (٦٠٦/١ وما بعدها) .

(٢) وفي (ب) : « الطرود والخروج » وهو خطأ مضحك .

(٣) والأشهر عند الشافعية أن سنَّ اليأس اثنتان وستون سنة .

(٤) في (أ) : « تعتبر بنساء » .

(٥) (أ) : « من جانب الأم » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « البلد » .

(٧) في الأصل : « تأثير » وهو خطأ واضح .

(٨) يعني أنها إذا وصلت إلى سن اليأس ، وهو (اثنان وستون) عامًا - كما هو الأشهر عند الشافعية - فتعتد بعد ذلك بثلاثة أشهر ثم قد يأتيها الدم قبل انتهاء هذه الأشهر الثلاثة أو بعدها ، ولكلٍّ حكمٌ كما سيذكره .

(٩) في (أ) ، (ب) : « أو بعده » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « فإن كانت » .

(١١) في (ب) : « نقلت إلى الأقراء » .

(١٢) كلمة : « أشهر » ليست في (أ).

(١٣) يعني دون البناء على ما مضى من زمن قبل رؤية الدم .

لأنا (١) – في هذا القول – نتشوَّف إلى اليقين ، ولا يبقى ذلك مع طرآن الحيض بخلاف التفريع على القول القديم .

أما إذا رأت بعد الأشهر ، ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أن العدة بطلت ، سواءٌ رأتْ بعد النكاح أو قبله ؛ لأن مطلق بناء اليقين على هذا القول ، وقد فات بالحيض .

والثاني : أنه ، إن كان قبل النكاح استأنفت الأشهر . وإن كان بعد النكاح فلا ينقص الحكم (٢) .

والثالث : أنه لا يجب الاستئناف في الحالتين ؛ لأن الأشهر قد تَمَّتْ وحصل الحلُّ ؛ فلا ينظر إلى ما بعده . ويلتفت هذا على الخلاف في المعْضُوب (٣) إذا حجَّ عنه ، ثم زال العَضْبُ نادرا أنه هل يجب الاستئناف ؟

* * *

(١) في (ب) : « لأن » .

(٢) وهذا القول أظهر الأقوال الثلاثة كما في الروضة (٣٧٣/٨) . وفي (ب) سقطت كلمة « الحكم » .

(٣) المعضوب : هو الزَّمِنُ الذي لا حَرَاك به ، كأن الزّمَانة عَضَبتْه ومنعتْه من الحركة . المصباح المنير (٦٣٤/٢) مادة (عضب) .

النوع الثاني

المعتدة بالأشهر

وذلك في الصبية والآيسة ، وقد ذكرناه .

النوع الثالث
عدة الحامل

وفيه فصلان :

الأول
في شروطه

ولا تنقضي العدة إلا بوضعِ حملٍ تام من الزوج ، فهما شرطان :

الأول : أن يكون من الزوج أو ممن منه العدة ؛ فلو مات الصبي – أو فسخ نكاحه – فولدت زوجتُه من الزنا : لم تنقض به العدةُ عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (١) . وكذلك زوجة الممسوح (٢) ، وكلّ ولدٍ مَنْفِيّ (٣) عن الزوج قطعًا (٤) .

---

(١) **مذهب الشافعية** : إذا تزوّج الصبي ومات أو فُسخ نكاحه ، فولدت زوجته من الزنا لم تَنْقَضِ به العدة ، وكذلك كل ولد مَنْفِيّ عن الزوج قطعًا . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : روضة الطالبين (٣٧٤) . القوانين الفقهية (٢٤١) . المبدع شرح المقنع (١١٠/٨) .

ومذهب الحنفية : أن الصبي لو مات أو فسخ نكاحه ، ثم ولدت زوجته ، فلها حالتان :

(الأولى) : أن يظهر الحبل بعد موته ، فعدتُها حينئذ أربعة أشهر وعشر ولا ينظر إلى الحبل ؛ لأنه من زنا حادث بعد موته ، أو بعد الفسخ .

(الثانية): أن تكون حاملًا عند موت الصبي ، فعدتها أن تضع حملها ؛ استحسانًا في قول أبي حنيفة ومحمد . وعن أبي يوسف أن عدتها بالشهور ، وهو قول زفر أيضًا . انظر : المبسوط (٥٢/٦) . الهداية (٣٠٩/٢) . فتح القدير (٣٢٣/٤) .

(٢) الممسوح : هو فاقد الذكر والأنثيين .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مُنْتَفٍ » .

(٤) وذلك مثل أن تلد لأقل من ستة أشهر من حين العقد عليها ، أو تلد لأكثر من ستة أشهر ولكن لم يدخل بها زوجُها ولا رآها قطُّ ، ونحو هذا ، فلا تنقضي عدتُها – إذا طلقت – بوضع هذا الحمل وإنما تعتدّ بالأقراء بعد وضعه .

أما الحمل المنفيُّ باللعان ، فتنقضي العدةُ بوضعه ؛ لأن القولَ في العدة قولها ، وهي تقول : إنه من الزوج .

فرعان

أحدهما : لو قال [١] : « إذا ولدت فأنت طالق » فولدتْ وشرعت في العدة ، فأتتْ بولد آخر بعد ستة أشهر من الولادة الأُولَى ، ففي انقضاء العدة [به] [٢] ثلاثةُ أوجه :

أحدها : لا تنقضي ؛ لأنه مَنْفِيّ عن الزوج .

والثاني : تنقضي ؛ لأنه يحتمل أن يكون من وطء شبهة من الزوج بعد الولادة الأولى ، فهو كالمنتفي باللعان [٣] .

والثالث : أنها إن ادعت وطئا محترمًا [٤] على الزوج بعد الولادة ، انقضت العدة – وإن كان القولُ قوله في نفي الولد – ولكن الاحتمال لا ينقطع به . وإن لم تَدَّعِ لم تَنْقَضِ .

الثاني : إذا نكح حاملًا من الزنا ، ثم طلقها ، وهي ترى الأدوار [٥] – وقلنا : إن دمَ الحاملِ دمُ فسادٍ – فلا أثر له[٦] . وإن قلنا : إنه حيضٌ ، فهل تنقضي العدةُ به [٧] ؟ فيه وجهان :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إذا قال لها » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) . (ب) : « فهو كالمنفي باللعان » .

(٤) الوطء المحترم هو غير المحرّم ، بأن يكون وَطْءَ شبهةٍ مثلاً .

(٥) أي الحيض والطهر .

(٦) أي : لا تنقضي عدتها من الطلاق إلا بعد وضع هذا الحمل – الذي هو من الزنا – ثم تعتد بالأقراء ؛ وذلك لأن الحمل من الزنا لا أثر له – في انقضاء العدة – إذا وضعته ، فإنه كالمعدوم .

(٧) يعني بالأطهار كما هو المذهب ، فالضمير في قوله : (به) لا يعود على الحيض .

أحدهما : نعم ؛ لأنّ حمْلَ الزنا لا يؤثر في العدة ، فَيُنْظَر إلى الأقراء [١] .

والثاني : لا ؛ لأن الأقراء تُؤثر حيث تدلُّ على البراءة ، وهذا لا يدل عليه ، فعليها استئنافُ الأقراء بعد وضع الحمل .

الشرط الثاني : وضع الحمل التام . ويُخَرَّج عليه ثلاثُ مسائل :

إحداها : أنها لو كانت حاملًا بتوأمين ، لا تنقضي العدةُ بوضع الأول حتى تضع الثاني [٢] . وأَقصى مدةٍ / بين التوْأَمين ستةُ أشهرٍ ، فما جاوزَ ذلك ، فهو حملٌ آخر ٢١٦٠/أ

الثانية : لو انفصل بعضُ الولد ، لم تنقضِ العدةُ حتى ينفصل بكماله . وحكمُ المنفصِلِ بعضُه حكمُ « الجنين » في الغُرّة [٣] ، ونَفْي الإرث [٤] ، وتَسْرِية العتق إليه من الأم [٥] ، وبقاء الرجعة ، والعدة [٦] ، والتبعية في الهبة والبيع وغيرهما . وعُزِيَ إلى القفال أنه إذا صرخ واستهل ، فقد تيقَّنَّا وجودَه ؛ فله حكمُ المنفصل إلا في العدة ؛ فإن براءة الرحم تحصل بانفصاله .

الثالثة : لو أجهضت جنينًا ، ظَهَرَ عليه التخطيطُ والصورةُ : فهو تامّ ، وتنقضي به العدةُ . وإن كانت الصورة بحيث لايُدركها إلا القوابل : فإن كانت علقة [٧] ، فلا حكمَ لها ؛ إذ لانتيقَّن أنه أصلُ الولد .

---

(١) وهذا الوجه هوأصح الوجهين كما في الروضة (٣٧٥/٨) . والغاية (٨٥١/٢) .

(٢) وعليه ، فإذا كانت رجعية صحت رجعتها . ولو طلقها ثانيا وقع الطلاق . ولو مات أحدهما ورثه الآخر .

(٣) يعني أن « المنفصل بعضه » يأخذ حكم « الجنين » ، فلو جنى أحدٌ على الأم وأسقطت هذا « المنفصل بعضه » ميتًا ، فإنه يُقْضى فيه بغرة ، والغُرَّة هي العبد أو الأمة .

(٤) أي يمتنع توريثه . وفي الأصل : « ونفي الأرش » وهو خطأ . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) يعني إذا كانت أمُّه أَمَةً وعَتَقَتْ – وهو ما زال لم ينفصل كلّه – سَرَى العتقُ إليه أيضًا .

(٦) أي : لو راجعها الزوج – والحالةُ هذه – صَحَّتْ رجعتُها .

(٧) العلقة : هي المني ينتقل بعد طوره في رحم الأم ، فيصير دمًا غليظا متجمدًا . ثم ينتقل طورًا آخر ، فيصير لحمًا ، وهو المضغة ، وسُميت بذلك لأنها مقدارُ ما يُمْضغ . انظر المصباح المنير (٦٥٢/٢) مادة (ع ل ق) .

وإن كان لحما ولم يظهر عليه تخطيطٌ للقوابل ، فقد نص الشافعي (رضي الله عنه) على انقضاء العدة [1] . ونص على أن الاستيلاد لا يحصل به [2] ، ولا غُرَّةَ فيه [3] . فمنهم من قال : قولان بالنقل والتخريج . ومنهم من فَرَّق بينهما ، بأن العدة في الكتاب تتعلق [4] بوضع الحمل ، وهذا حملٌ [5] . والاستيلادُ يتعلّق بالولد ، وهذا ليس بولد . والغرةُ بدلُ مولودٍ ، وهذا ليس بمولود [6] .

* * *

(١) الذي وجدته من نص الشافعي فى الأم ، هو قوله : « وإذا ألقت شيئا مجتمعا ، شك فيه أهل العدل من النساء ، أَخَلْقٌ هو أم لا ؟ لم تحل به ولا تخلو إلا بما لا يشككن فيه » . انظر : الأم (٥/٢٢١) . ولعل هناك نصًّا آخر للشافعي يخالف هذا ، ولكني لم أعثر عليه .

(٢) أي إذا كانت الأمُّ أمةً يطؤها سيدها رجاءَ ولدِها ، فأسقطت قطعةَ لحمٍ لا يظهر عليها تخطيطُ صورةِ آدمي ؛ فإنها بذلك لا يحصل لها أحكامُ « أم الولد » ، ومن أحكامها أنها تعتق بموت سيدها .

(٣) في الأصل : « ولا غيره فيه » ، وفي (أ) ، (ب) : « ولا عبرة به » وكلاهما ليس مقصود الغزالي (رحمه الله) وإن كان ما في (أ) ، (ب) يصح ، وتأويله حينئذ : ولا عبرة به في حصول الاستيلاد . والصواب : « ولا غُرَّةَ فيه » فإذا جَنَى على الأمّ أحدٌ وأسقطته لحمًا ، فلا يُقضى فيه بغرة . ويؤيد صحةَ هذا ما سيقوله الإمام الغزالي بعد قليل .

(٤) في (أ) ، (ب) : « تعلق » .

(٥) أي تنقضي العدة بوضعه وإن كان قطعةَ لحمٍ ؛ إذ قال الله تعالى : ﴿ وَأُوْلَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهنّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلهن ﴾ وهذا حمل .

(٦) ومع هذا ، فالمذهبُ انقضاءُ العدة به . انظر الروضة (٨/٣٧٧) .

الفصل الثاني

في ظهور أثر الحمل وحقيقته بعد الاعتداد بالأقراء [(١)]

وفيه مسائل :

الأولى : المعتدةُ بالأقراء إذا ارتابتْ وتوهَّمتْ حملًا بعد تمام الأقراء ، فإن كانت بحيث يُحْكم في الظاهر بأنها حاملٌ : فيحرم عليها النكاحُ . ولو استشعرتْ ثقلا ، وتوهَّمت ، فهي المرتابة ؛ فلو نكحت قبل زوال الريبة نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) في « المختصر » أن النكاح موقوف [(٢)] . ونصَّ في موضع آخر : أنه باطل . فمن أصحابنا من قطع بالصحة ؛ إذ بَانَ الحيالُ [(٣)] ؛ لأنه بُني على سبب ظاهر - وهو العدة - فلا أثر للتحريم بريبةٍ لا أصلَ لها . ومنهم من قال : قولان . واختلفوا في أصله ، فقيل : إن أصله قَوْلَا وَقْفِ العقود ، كما لو باع مالَ أبيه على ظَنٍّ أنه حَيٌّ ، فإذا هو ميتٌ . وقيل : هذا فاسد ؛ لأنه غيرُ مبنيٍّ على أصل ، بل مأخذُه القولان في أنّ من شك في عدد الركعات بعد الفراغ ، هل يلزمه التدارك ؟ [(٤)] وهذا القائل يُفَرِّق بين : إنْ شكَّ [(٥)] قبل تمام الأقراء أو بعده . والقائلُ الأول لا يُفَرِّق [(٦)] .

---

(١) يعني إذا ظهر بالمعتدة حملٌ في أثناء اعتدادها بالأقراء أو بعد انقضائها .

(٢) ونصه كما في مختصر المزني ص (٢١٨) : « ولا تنكح المرتابة وإن أَوْفَتْ عدتَها ؛ لأنها لا تدري ما عدتُها ؟ فإنْ نكحت لم يفسخ ، ووقفناه ، فإن برئت من الحمل فهو ثابت [يعني النكاح] وقد أساءت . وإن وضعتْ بطل النكاح » .

(٣) أي بَانَ أنها غير حامل مدة اعتدادها بالأقراء .

(٤) والمذهب أنه لا شئ عليه ، ولا أثر لهذا الشك .

(٥) في (ب) : « أن تَشُكَّ » وهو أوضح .

(٦) المرتابة لها أربع حالات :

(الأولى): أن يظهر بها حملٌ أثناءَ عدتها ، فعدتُها بوضعه ولا اعتبارَ بما مضى من الأقراء أو الأشهر .

(الثانية): أن ترتاب قبل تمام الأشهر - لِثِقَلٍ تجدُه لا تَيَقُّنًا بالحمل - فليس لها أنْ تتزوج ولو بعد تمام العدة ، حتى تزول هذه الريبة ، فإن تزوجت فالنكاحُ باطلٌ .

=

الثانية : إذا اعتدتْ بالأقراء ، ولم تنكح [١] ، فأتتْ بولدٍ لزمانٍ يحتمل أن يكون من الزوج ، أُلحق به . وأقصى مدة الحمل عند الشافعي (رضي الله عنه) أربعُ سنين . وعند أبي حنيفة (رحمه الله) سنتان [٢] .

والأربعُ تحسب من وقت الطلاق إن كان بائنا [٣] ، وإن كان رجعيا فقولان :

أحدهما : من [وقت] [٤] الطلاق [٥] .

والثاني : من وقت انقضاء العدة ؛ لأن الرجعية في حُكْم زوجة . فعلى هذا ، لو أتتْ بولدٍ لعشرِ سنين مثلا من وقت الطلاق لحق [به] [٦] ؛ لأن العدة يتصور أن تطول بتباعد المدة [٧] ، ونحن نكتفي بالاحتمال . ومنهم من استعظم هذا فقال : لا نزيد في العدة على ثلاثة أشهر نُضِيفها إلى أربع سنين ؛ فإنه الغالب . إلا أنَّ ما قاله لا يَنْفي

= (الثالثة): إن ارتابت – بعد أن انقضت الأقراء أو الأشهر – وتزوجت ، لم يُحكم ببطلان النكاح إلا إذا وضعت لدون ستة أشهر من وقت النكاح . فإن وضعت بعد ستة أشهر ، فالولدُ للثاني والنكاحُ مستمرٌ على صحته .

(الرابعة): إن ارتابت – بعد الأشهر أو الأقراء – ولم تتزوج ، فالأولى أن تصبر إلى زوال الريبة ، فإن لم تصبر وتزوجت ، فالمذهب أن النكاح لا يبطل في الحال ، بل يكون حكمه كما في الحالة الثالثة . انظر روضة الطالبين (٣٧٧/٨) .

(١) في الأصل : « أو لم تنكح » والمثبت في (أ) ، (ب) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن أقصى مدة الحمل أربع سنوات ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا ، وعن أحمد رواية أنها سنتان . انظر : الروضة (٣٧٧/٨) . المبدع (١١١/٨) . الإفصاح (١٧٧/٢) .

ومذهب الحنفية : أن أقصى مدته سنتان . انظر الهداية (٣١٦/٢) . الاختيار (١٧٩/٣) .

ومذهب المالكية : المشهور عندهم أنها خمس سنين ، وقيل : أربع سنين . انظر : القوانين الفقهية ص (٢٤١) . الشرح الصغير (٦٨١/٢) .

(٣) وسواء كان بائنا بخلع ، أو بفسخ ، أو بلعان – ولم يَنْفِ الحملَ – وعليه ، فيلحقه الولد إن ولدته لأربع سنين فأقل ، فإن ولدته لأكثر من أربع سنوات ، فلا يثبت نسب الولد ، وهو منفي عن الزوج بلا لعان .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) وهذا القول أظهرهما ؛ لأنها كالبائن في تحريم الوطء . انظر الروضة (٣٧٨/٨) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في الأصل : « بتباعد العدة » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

الاحتمالَ ؛ فلا وجْه له .

الثالثة : إذا نكحت ، ثم أتت بولدٍ لزمانٍ يحتمل أن يكون من الأول ومن الثاني جميعًا : أُلحق بالثاني (١) لأن فراش الثاني ناسخٌ للأول (٢) ؛ فلا سبيل إلى إبطال نكاحٍ جَرَى على الصحة . أما إذا كان النكاح فاسدًا ، بأن جري في أثناء العدة - بأن ظَنَّ انقضاءها - فَيُعْرض الولدُ على القائف ؛ فإن ذلك كوطء شبهةٍ ، ولا يؤدي إلى إبطال نكاحٍ صحيح .

ثم الفراش الذي يُبْنى عليه احتمالُ الولد في النكاح الفاسد ، هو الوطءُ أو مجردُ العقد؟ فيه خلاف ، والظاهرُ : أنه بالوطء [ولا يلحقه بمجرد العقد] (٣) وكذلك الخلاف في انقطاع هذا الفراش ، بالتفريق أو بآخر وطأة ؟ . ويلتفت [هذا] (٤) على أن العدة ، هل تنقضي مع مجالسة الزوج زوجتَه ؟ وعليه يُخَرَّج أن لحوق الولد في النكاح الفاسد ، هل يقف على الإقرار بالوطء ؟ فإن أَحْوَجْناه إلى الإقرار بالوطء ، فالظاهر أنه لا ينتفي بدعوى الاستبراء (٥) ، بل باللعان (٦) ، وفيه وجه : أنه كملك اليمن (٧).

الرابعة : **في النزاع** . فلو قال : « طلقتُ بعد الولادة فَلِيَ الرجعةُ ؛ فإنكِ مُعْتدةٌ » . فقالت : « بل طَلَّقتَ قبل الولادة » : فالقولُ قولُه في وقت الطلاق ، سواءٌ كان وقتُ الولادة مُعَيَّنًا بالاتفاق أو مُبْهَمًا .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لَحِقَ الثاني » . (٢) في (ب) : « ناسخ الأول » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) أيضًا .

(٥) الاستبراء لغة : هو طلب البراءة . وشرعا : تربص الأمة مدةً بسبب ملك اليمين حدوثًا أو زوالًا . أو تربص المزنيّ بها أو الموطوءة بشبهة ؛ لمعرفة براءة رحمها أو للتعبُّد . وقوله : (فالظاهر أنه لا ينتفي بدعوى الاستبراء) يعنى أن الولد يلتحق نسبه بالزوج في النكاح الفاسد وإن ادّعى الزوجُ أنه قد استبرأها بحيضة أو أكثر . انظر : القوانين الفقهية ص (٢٤٥) . الشرح الصغير (٧٠١/٢) مغني المحتاج (٤٠٨/٣) .

(٦) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٣٨٢/٨) .

(٧) أي ينتفي الولد بلا لعان إذا ادّعى الاستبراء ، وذلك قياسًا على الأمة ؛ إذ لو وطئها واستبرأها بحيضة ، فالمذهب أنه ينتفي عنه الولد بغير لعان ؛ لأن فراش الأمة ضعيف . وفي (ب) : « وفيه وجه كملك اليمين » .

ولو اتفقا على وقت الطلاق ، واختلفا في وقت الولادة ، فالقولُ قولُها ؛ لأنها مُؤْتمنة على ما في رحمها .

لو اتفقا على الإشكال ، فالأصل / بقاء سلطان الرجعة ، واستمرارُ النكاح . ٢١٦/ب

وإن جَزَمت الدعوى ، فقال : لا أدري . فعليه أن يحلف جزمًا ، أو تنكل ؛ حتى تردّ اليمينُ عليها . ولو جَزَم الدعوى ، وقالت : لا أدري ، فالزوجُ على الارتجاع ، وهي مُدَّعِيةٌ ؛ فلا تُسْمع الدعوى مع الشّكّ .

* * *

الباب الثاني

في تداخل العدتين عند تعدُّدِ سببه (١)

والسبب : إما الوطءُ ، وإما الطلاق .

أما الوطء ، فتعدُّده : إما من شخصين ، وإما من شخص واحد . أما من شخص واحد ، فهو أن يُطلقها ، ثم يطؤها بالشبهة ؛ فتتداخل العدتان إذا اتفقتا – بأن لم (٢) يكن إحبالٌ (٣ وكانت من ذوات الأشهر أو الأقراء ٣) – فتعتد بثلاثة أشهر ، (٤ أو ثلاثة أقراء ؛ فتنقضي العدتان ٤) . ولو كان قد انقضى قرءان فوطئها ، استأنفت ثلاثةَ أقراء ، واندرج القرءُ الثالث (٥) في [القرء] (٦) الأول حتى تتمادى الرجعةُ إلى انقضاء هذا القرء . ثم لا رجعةَ في القرأين الباقيين ؛ لأنهما من الوطء بالشبهة . ومعنى التداخل : أن القرء الأولَ المشترك تأدَّت به عدتان .

أما إذا اختلفت العدتان ، بأن كان إحداهما بالحمل (٧) ، ففي تداخُلِهما وجهان مشهوران :

أحدهما : أن التداخل كالمتفقتين (٨) .

والثاني : لا ؛ لأن الاندراج والتداخلَ يليق بالمتجانسات .

فإن قلنا بالتداخل ، فسواءٌ طرأَ الحملُ على الوطء، أوطرأ الوطءُ على الحمل ؛ فتتمادى

---

(١) في (أ) ، (ب) : « عند تعدد سببهما » .

(٢) في الأصل : « فإن لم .. » . وما في (أ) ، (ب) أوضح .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وكانت من ذوات الشهور والأقراء » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أو بثلاثة أقراء ، وتنقضي العدتان » .

(٥) في الأصل : « واندرج القرء الثاني » وهو خطأ ، والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) يعني والعدة الأخرى : بالأقراء أو الشهور

(٨) وهذا الوجه هو أصحهما كما في الروضة (٣٨٤/٨) . وفي (أ) ، (ب) : « أحدهما التداخل كالمتفقتين » وهو يعني كالمتفقتين في الجنس الواحد .

الرجعةُ والعدةُ إلى وضع الحمل وتنقضي [العدة] [1] به .

وإن قلنا : لا تتداخل ، نُظِر : فإن طرأ الوطءُ على الحمل ، انقضت عدةُ الطلاقِ بالوضع ، وانقطعت الرجعة ، واستأنفت الأقراءَ بعده للوطء . وعلى هذا ، لو كانت ترى الدم أيام الحمل ، قال القاضي والشيخ أبو حامد [2] : تنقضي بها عدة الوطء [3] ، إذا قلنا : إنه حيض ، ويؤدي إلى انقضاء عدتين مختلفتين في زمان واحد لجريان الصورتين ، وعللوا بأن سبب لزوم الأقراء [مجرد التعبد ، ولا تشترط البراءة . وقال الشيخ أبو محمد : كونها في مظنة الدلالة على البراءة ، لا بد منه ؛ إذ به يحصل التعبد ، فلا بد من استئناف الأقراء] [4] بعد الوضع .

أما إذا كانت حائلا في عدة الطلاق ، فأحبلَها بالوطء ، انقطع عدةُ الطلاق ؛ (٥ لأنّ الحبلَ أقوى ٥)فإذا وضعتْ (٦ رجعتْ إلى بقية عدة الطلاق ٦) وثبتت الرجعةُ وسائرُ أحكامها من الميراث وغيرِه في تلك البقية . وهل تثبت قبل الوضع ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنها ليست في عدة الطلاق .

والثاني : نعم ؛ لأنها تعرض للرجعة ، و ملتزمةٌ لها في المستقبل ؛ فَيَبْعُد الإبانةُ في الحال ثم العودُ إلى الرجعة [7] .

فعلى هذا ، لم يتغير بما طرأ إلا طُولُ المدة ، وإلا فهي رجعية على الدوام إلى انقضاء العدتين .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « والشيخ أبو محمد » وهو خطأ ، ويدل عليه ما بعده مِنْ ذكْرِه للشيخ أبي محمد والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) وقول الشيخ أبي حامد هو الأصح كما في الروضة (٣٨٥/٨) .

(٤) ما بين الحاصرتين ساقط من الأصل ، وثابت في (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لأن الحمل أقوى » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « رجعت إلى عدة بقية الطلاق » .

(٧) وهذا الوجه هو أصح الوجهين كما في الروضة (٣٨٥/٨) .

ثم مهما راجَعَها - أو جددَ النكاحَ عليها - انقطعت العدتان جميعًا .

أما إذا كان من شخصين بِأَنْ طلَّقها ، فوطئها بالشبهة غيرُه : لم تتداخل العدتان عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأن التعبد في حقّ الزوج بالعدة يتعدد عند تعددهما [1] .

ثم يُنْظر : فإن كانتا متفقتين ، يُنْظر [2] : فإن سَبَق الطلاقُ الوطءَ [3] ، استمرتْ عدةُ الزوج ، والرجعةُ إلى تمام ثلاثة أقراء ، ثم بانت ، واستفتحت عدةَ الوطء ، ولم يكن له تجديدُ النكاح بعد شروعها في عدة الشبهة ، وهل له قبل ذلك إن[4] كانت بائنة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنها ليست إلا في عدته [5] .

والثاني : لا ؛ لأن لزوم العدة عن الشبهة كوجودها ؛ لأنه [6]لو نكحها لم يَحِلَّ له

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن العدتين من شخصين لا تتداخلان ، فإذا طلقها زوجها ، ثم وُطِئَتْ بشبهة أو بنكاح فاسد ، فيجب عليها إكمال عدة الأول ، ثم استئناف العدة من الوطء بالشبهة أو النكاح الفاسد . وهذا هو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : الغاية القصوى (٨٥٣/٢) . القوانين الفقهية ص (٢٤٢) المقنع ص (٢٦٠) . المبدع (١٣٤/٨) .

مذهب الحنفية : أن العدتين من شخصين يتداخلان ؛ لأن المقصود من العدة التعرف على فراغ الرحم ، وقد حصل التعرف على ذلك بالعدة الواحدة ، فيتداخلان .

والشافعية ومن وافقهم يقولون : المقصود من العدة العبادةُ - أي عبادة الكفّ عن الزواج والكف عن الخروج - والعبادات لا تداخل فيها ، كالصومين في اليوم الواحد ، فكما لا تَدَاخُلَ في الصوم فكذا في العدة .

انظر : الهداية (٣١٠/٢) . الاختيار (١٧٥/٣) . العناية على الهداية (٣٢٧/٤) . رد المحتار (٥١٩/٣) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « نُظِرَ » .

(٣) في الأصل : « فإن سبق الطلاق بالوطء » . والمثبت من (أ) ، (ب) . والمقصود إذا سبق الطلاقُ الوطءَ بالشبهة .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٥) وهذا الوجه هو أصحهما عند أكثر من الشافعية. انظر الروضة (٣٨٦/٨) .

(٦) في (أ) ، (ب) : «ولأنه » .

وطؤها ، والرجعةُ تحتمل ذلك ، ولا يحتمله النكاحُ كما في المحْرِمَة (١) .

وأما إذا وطئت ، فشرعت في العدة ، وطلقها (٢) ، ففي الانتقال إلى عدة الطلاق وجهان :

أحدهما : [أنها] (٣) تنتقل ؛ لأن عدة الطلاق أقوى (٤) .

والثاني : تستمر ؛ لأن السابق أولى (٥) .

فإن قلنا بالانتقال ، رجعت إلى بقية عدة الشبهة (٦ عند تمام عدة النكاح . وإن قلنا : تستمر ، استأنفت عدة النكاح بعد عدة الشبهة ٦) ، وثبتت الرجعةُ [فيها] (٧) . وفي ثبوتها قبل ذلك الخلافُ السابقُ .

أما إذا كانتا مختلفتين ، بأن كان إحداهما بالحمل - فعند هذا يبطل النَّظرُ إلى السَّبْق ، وتُقَدَّم عدةُ الحمل .

ثم النظرُ في كيفية الرجعة ، وانقطاعِ العدة ، والانتقالِ منهما (٨) ذكرناه في العدتين المختلفتين من شخص واحد ، حيث قلنا : إنهما لا يتداخلان . نعم ، هذا يُفارقه في ثلاثة أمور :

الأول : أنه لو راجعها - وكانت حاملًا من الأجنبي - لم يحلَّ الوطءُ . فإن كانت

---

(١) وذلك أن الرجعة تصح إذا كانت الزوجة محرمةً بالحج ، مع أنه لا يجوز ابتداءً عَقْدُ النكاح عليها إذا كانت في الإحرام .

(٢) يعني إذا وُطِئتْ منكوحةٌ بشبهة ، فَشَرعَت في عدة هذا الوطء ، فطلقها زوجها في أثنائها .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا الوجه هو أصح الوجهين عند الأكثرين من الشافعية . انظر الروضة (٣٨٦/٨) .

(٥) يعني تستمر في عدة الشبهة ، لأن سببها - وهو الوطء - سابق على الطلاق ، فيراعى .

(٦) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) : « منها » .

حاملًا منه ، وقد بقيتْ عليها عدةُ الوطء بالشبهة ، ففي جواز الوطء وجهان جاريان في وطء الحامل من النكاح بعد أَنْ وُطِئت بالشبهة :

أحدهما : الجواز ؛ إذ ليست في عدة الشبهة ما لم تضع حَمْلَ الزوج [١] .

والثاني : لا ؛ لوجوب العدة .

الأمر الثاني : أنها لو كانت ترى صورة الأقراء مع الحمل ، فالمصيرُ إلى انقضاء العدة بها - مع تعدد الشخص - بعيدٌ ، وقيل : يَطّرد ذلك ها هنا كما في شخص واحد [٢] .

الأمر الثالث : / أَنه لو أراد أحدُهما نكاحها - وهي ملابسةٌ عدةَ غيره - لم يَجُزْ . ٢١٧/أ
وإن كانت حاملًا من الزوج فنكحها ، وهي متعرضة لعدة الشبهة - لكن [٣] بعد الوضع - فصحةُ النكاح تُبْنى [٤] على حِلّ الوطء في مثل هذه الحالة . ومنهم من قال : وإن قلنا بالحِلّ ، فذلك في دوام النكاح ، أما ابتداء النكاح فلا يحلُّ مع لزوم عدة الشبهة .

هذا كلُّه في عدة المسلمين [٥] ، أما الحربيون فقد نص الشافعي (رضي الله عنه) أن الحربيَّ إذا طلق زوجته ، فوطئها حربيٌّ في نكاح وطلقها ، فلا يُجْمع عليها بين العدتين . فمن أصحابنا من قال : قولان . ووجهُ الفرق : أن التعبُّدَ في حقِّ الحربيِّ لا يتأكَّد ، فكأن أهل الحرب كلهم شخصٌ واحدٌ [٦] ، فتتداخل . ومنهم مَنْ قطع بالفرق ، وفَرّقَ بأنَّ حقَّ الحربي يتعرض للانقطاع بالاستيلاد ، فاستيلادُ الثاني يقطع حقَّ الحربي الأول .

فإن قيل [٧] : ما ذكرتموه في عدة الحمل ، إنما يستقيم إذا عُلِمَ أن الحمل من أحدهما [٨] ، فإن احتمل أن يكون منهما ، فكيف السبيلُ ؟ قلنا : إذا وُضِعَ ، عُرِضَ

(١) وهذا الوجه هو الراجح . انظر الروضة (٨/٣٨٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « من شخص واحد » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ولكن » .

(٤) في (ب) : « تنبني » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « المسلم » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « كشخص واحد » .

(٧) هذا عَوْدٌ من الإمام الغزالي (رحمه الله) إلى إتمام الكلام في الأحكام الخاصة بالمسلمين في تداخل العدتين .

(٨) أي من الزوج أو الواطىء بالشبهة .

على القائف ، فإذا أُلْحق (١) بأحدهما حُكِمَ بانقطاع عدتِه دون الثاني . وإن لم يكن قائفٌ ، (٢أو أَشْكل عليه ٢) ، يُقْضى بأن إحدى العدتين انقضت على الإبهام .

ويتصدَّى النظرُ في ثلاثة أمور :

الأول : أن الرجعة ، إنْ جوَّزْناها في حال ملابسة عدة الغير ، فله الرجعة . وإن لم نجوزها ، فعليه أن يُرَاجع مرتين ، مرةً قبل وضع الحمل ، ومرةً بعده (٣) . فلو اقتصر على إحداهما (٤) لم يَسْتَفِدْ به شيئًا ؛ لتعارض الاحتمالين (٥) ، إلا أن يقتصر على رجعة ، فيوافقها إلحاقُ القائف فنتبين صحته . وذكر العراقيون وجهًا : أن الرجعة لا تحتمل هذا الوقف كالنكاح .

الثاني : تجديد النكاح (٦) . ولا فائدةَ في نكاحٍ واحد ؛ فإنه لا يُفِيد حِلًّا مع الاحتمال ، ولكن لو عقد قبل الوضع وبعده ، ففيه وجهان . ووجه المنع : أن النكاح لا يحتمل مثل هذا الوقف وإن احتملتْه الرجعةُ .

الثالث : النفقة إذا كانت بائنة ، فإنها تُستحق على الزوج : إما للحمل وإما للحامل (٧) .فإن كان من الواطىء بالشبهة (٨) فَتُستحق عليه إن قلنا : إنها للحمل ، وإن قلنا : للحامل ، فلا (٩) ، ولكن لا يطلب واحد (١٠) منهما في الحال ؛ للإشكال (١١) . فإن وضعت وأَلحق القائفُ بالزوج ، فلها طَلَبُ النفقة الماضية . وإن أَلْحق بالواطىء لم

(١) في (أ) ، (ب) : « فإذا لَحِقَ » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو كان وأشكل » .

(٣) وذلك حتى تكون إحدى الرجعتين واقعة في عدته هو يقينا .

(٤) في الأصل ونسخة (أ) : « أحدهما » والواجب التأنيث ؛ إذ المقصود هو الرجعة .

(٥) إذ قد تقع الرجعة في عدة الواطىء بالشبهة .

(٦) في (أ) ، (ب) : « تجدد النكاح » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أو للحامل » .

(٨) من (أ) ، (ب) : « من الوطء بالشبهة » .

(٩) والأظهر أن النفقة للحامل كما في الروضة (٣٩١/٨) .

(١٠) في (أ) : « لا نطلب واحدًا » .

(١١) والإشكال يتمثل في أن الحمل غير معروف نسبته ، فقد يكون من الزوج ، أو الواطىء بالشبهة .

يُطالب ؛ لأن نفقة القريب تسقط بِمُضِيّ الزمان ، فليس عليه إلا نفقةُ الحمل [١] .

فروع سِتة [٢]

الأول : قال الأصحاب : لا تنقضي عدةُ الزوج إذا كان يعاشرها معاشرة الأزواج . وقال المحققون : هذا خارجٌ عن القياس ؛ فإن العدة لا تستدعي إلا انقضاء المدة مع عدم الوطء ، ولذلك تَنْقضي عِدتُها وإن لم تَعْرف الطلاقَ والموتَ ولم تأتِ بالحداد وملازمةِ المسكن . وقال القاضي : لا نَصَّ للشافعي (رضي الله عنه) على هذا . وأنا أقول : مخالطةُ البائن لا تمنع [٣] ؛ فإنه في حكم الزاني [٤] . ومخالطةُ الرجعية تمنع ؛ لأن اعتدادها في صلْب النكاح ، فلا أقلَّ من أن تعتضد بالاعتزالِ وتَرْكِ المخالطة فِعْلًا . وهذا - وإن كان فيه فقهٌ - فلا يخلو عن إشكال . ثم على هذا لا يُشْترط الوطءُ ولا دوامُ المجالسة ، ولكن المعتاد بين الأزواج .

فإن طالت المفارقة ، ثم جرت مجالساتٌ في أوقات مختلفة ، فيحتمل أن تُحْسَب أوقاتُ المفارَقة دون أوقات المخالطة ، ويحتمل أن يقال : يَنْقطع ما مضى ، (٥وهو خَبْطٌ وحَيْرة ولا تفريع على مُشْكل ٥) .

الثاني : عدة نكاح الشبهة تحسب من وقت التفريق ، أو الوطء ؟ فيه قولان . فإن قلنا : من الوطء ، فلو اتُّفِقَ أنه لم يطأْها بعد ذلك مدة العدة ، (٦ تبين انقضاءُ العدة ٦) ، وإذا وطئها انقطعت . وإن قلنا بالتفريق [٧] ، فلا مبالاة بمخالطته بعد ذلك ؛ لأنه في حكم الزاني ولا أَثَرَ لمخالطة الزناة في العدة . وهذا يدل على أن مخالطة الزوجِ البائنةَ - مع

---

(١) أي عليه نفقة حضانة الحمل بعد الوضع .

(٢) كلمة : « ستة » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) أي لا تمنع انقضاء العدة .

(٤) في (أ) : « لأنه في حكم الزاني » يعني أن الزاني لا حرمة لمائه .

(٥) في (ب) : « وهو ضبط جره التفريع على شكل » وهو كلام لا معنى له وصوابه : « وهو خبط جَرَّه التفريعُ على مشكل » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فتنبين انقضاء العدة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « بالتفرق » .

العلم - لا يؤثر [١] ، ومع الجهل يُؤَثر عند الأصحاب . ثم يحتمل أن يقال : المرادُ بالتفريق انجلاءُ الشبهة . ويحتمل أن يقال : إنه المفارقة بالجسد ، والظاهر أنه انجلاء الشبهة ؛ فالمخالطةُ بعده في حُكْمِ الزنا .

الثالث : إذا نكح معتدةً على ظَنّ الصحة ووطئها ، انقطع عدةُ النكاح بما طرأ ، وفي وقت انقطاعه قولان [٢] :

أحدهما : أنه من وقت العقد .

والآخر : من وقت الوطء ؛ لأن العقد فاسد [٣] .

فإن قلنا : تنقطع بالعقد ، فلو لم تُزَفَّ إلى الثاني ، فالصحيح : أنا نتبين أن العدة لم تنقطع ؛ لأنه مجردُ لفظٍ [٤] ، وإنما ينقدح ذلك على قولٍ إذا أفضى إلى الزفاف ، أما إذا أفضى إلى مخالطة وزفاف ، ولكن انجلت الشبهة قبل الوطء ، فهذا محتمل .

الرابع : / من نكح معتدةً بالشبهة ، لم تَحْرُمْ عليه على التأبيد . وفيه قول قديم ؛ تقليدًا لمذهب عمر (رضي الله عنه) : أنها تحرم ؛ للزجر عن استعجال الحِلّ وخلط النسب [٥] . ثم لا يجري هذا القولُ في الزاني ؛ لأنه لا يبغي الحلَّ [٦] . ٢١٧/ب

الخامس : إذا طلّق الرجعيةَ طلقةً أخرى بعد المراجعة ، فتستأنف العدة أو تَبْنى ؟ فيه قولان مشهوران :

(١) يعني أنّ وَطْأَه لها - مع علمه بالتحريم - لا يؤثر في انقضاء العدة .

(٢) يعني في وقت انقضاء العدة .

(٣) وهذا أصح القولين ؛ لأن النكاح الفاسد لا حرمة له . انظر الروضة (٣٩٦/٨) .

(٤) أي العقد الفاسد مجرد لفظ لاحقيقة له ؛ إذ لم يَجْرِ وطءٌ .

(٥) مذهب عمر (رضي الله عنه) رواه مالك في الموطأ (٥٣٦/٢) ، (٥٧٥/٢) وإسناده صحيح .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لأنه يبغي الحل » وهو خطأ ؛ إذ الزاني يعلم حرمة ما يفعل .

أحدهما : البناء ، كما إذا طلقها طلقةً بائنةً [١] ، ثم جدَّد نكاحَها بعد قرء ، ثم طلقها قبل المسيس ، فإنه يكفيها قَرْءانِ ، ولا تستحق إلا نصفَ المهر خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) .

والثاني : الاستئناف ؛ فإنها مردودةٌ [٢] إلى نكاحٍ جرى فيه وطءٌ بخلاف تجديد النكاح .

أما إذا طلقها قبل الرجعة [٣] ، فقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : من [قال] [٤] تستأنف في تلك الصورة يلزمه أن تستأنف هاهنا » . فمنهم من قال : هو تفريعٌ ؛ فَيُخَرَّج هذا أيضًا على قولين . ومنهم من قطع بأنه لا تستأنف ؛ لأن الطلاق الثاني تأكيدٌ للأول [٥] ؛ فلا يقطع العدة [٦] .

فإن قلنا بالاستئناف ، فإن كانت حاملًا فيكفيها وَضْعُ الحمل ؛ لأن هذه بقية تصلح لِأَنْ تكون عدة مستقبلة [٧] .

ولو راجعها ، فوضعت ، ثم طلقها : استأنفت ثلاثة أقراء على قول الاستئناف [٨] . وعلى قول البناء وجهان :

أحدهما : أنه لا عدة عليها ؛ إذ لا وجه [بعد الطلاق للاستئناف ولا] [٩] للبناء .

(١) في الأصل : « طلقة ثانية » وهو خطأ ، ويدل على ذلك بقيةُ السياق .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لأنها مردودة » .

(٣) يعني وكانت لا تزال في عدة الطلاق الأول .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « تأكيد الأول » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) والمذهب على هذا القول ، أنها لا تستأنف ؛ بل تبني على العدة الأولى ؛ لأنهما طلاقان لم يتخللهما وطءٌ ، فصار كما لو طلقها طلاقين معًا . انظر الروضة (٣٩٧/٨) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « مستقلة » .

(٨) والمذهب أنها تستأنف . انظر الروضة (٣٩٦/٨) .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

والثاني : أنا نرجع إلى قول الاستئناف [إذ لا سبيل إلى إسقاط حقهم] [1] عند تعذر البناء .

أما إذا راجع الحائل في الطهر الثالث ، ثم طلقها ، قال القفال : هذا كالمراجعة بعد تمام العدة ؛ لأن بعضَ الطهر الثالث قرءٌ كامل .وقال الشيخ أبو محمد : القرء هو البعض الأخير المتصل بالحيض ، وهذا جرى في النكاح ، والنصفُ الأولُ لا يُعْتَدُّ به .

السادس : لو[2] خالع زوجته بعد المسيس ، ثم جدد نكاحها ، وطلق[3] بعد المسيس : لم يكن عليها إلا عدةٌ واحدة ، وتندرج بقيةُ الأولى تحت هذه .

ولو مات ، فهل تندرج تلك البقيةُ تحت عدة الوفاة مع اختلاف نوع العدة ؟ فيه وجهان [4] .

* * *

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) ليست في (أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وطلقها » .

(٤) والمذهب – وبه قطع البغوي وغيره – أنه يكفيها عدة الوفاة ، وتسقط بقية العدة السابقة ، كما لو مات عن رجعية . الروضة (٣٩٧/٨ وما بعدها) .

القسم الثاني من الكتاب

في عدة الوفاة وحكم السُّكْنَى

(وفيه بابان)

الباب الأول

في مُوجِب العدة ، وقَدْرِها ، و كيفيتها

(وفيه فصول)

الفصل الأول

في الموجب والقدر

فنقول : المتوفّى عنها زوجُها ، عليها عدةُ الوفاة ، مَمْسُوسةً كانت أو لم تكن . وإن كانت حاملًا ، فمهما وَضَعت حَلَّتْ ولو في الساعة . ويحل لها غسلُ الزوج عندنا بعد العدة ، وبعد نكاح زوج آخر . وإن كانت حائلا [١] ، فتعتدّ أربعة أشهر وعَشْرًا . والأمةُ تعتدُ بشهرين وخمسة أيام ، وتنقضي العدة وإن لم تَحِضْ في هذه المدة ، خلافًا لمالك (رحمه الله) ؛ لأن الله تعالى لم يتعرَّضْ للحيض مع تعرُّضِ النساء له [٢] . ومالكٌ (رحمه الله) يقول : لا أقل من حيضة واحدة ، أو وقوع الحيض المعتاد مرة أو مرات [٣] .

---

(١) في الأصل : « حاملًا » وهو خطأ واضح .

(٢) هذا برهان منه على صحة مذهب الشافعي (رحمه الله) ، وذلك أن الله تعالى جعل عدة المتوفى عنها زوجها أن تتربص أربعة أشهر وعشرًا ، كما في قوله تعالى : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرًا ... ﴾ الآية [البقرة : ٢٣٤] . ولم يجعل الله تعالى هذه العدة بالحيض مع أنه من شأن النساء . ولما كان الرق مُنَصِّفًا ، كانت عدة الإماء نصف عدة النساء الحرائر ، وذلك شهران وخمسة أيام بلياليهن .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن الأمة المتوفى عنها زوجها – ولم تكن حاملًا – عدتُها على النصف من عدة الحرة ، وذلك شهران وخمسة أيام . وهذا مذهب الحنفية والحنابلة أيضًا . انظر : روضة الطالبين (٣٩٩/٨) . الهداية (٣٠٨/٢) . =

فرع : لو طلق إحدى امرأتيه على الإبهام ، ومات قبل البيان ، فعلى كلٍّ واحدةٍ أربعةُ أشهرٍ وعَشْرٌ للاحتياط إن كانتا حائلتين غَيْرَ مدخولٍ بهما . وإن كانتا حاملتين فعليهما التربصُ إلى حين الوضع . وإن [كانتا حائلتين من ذوات الأشهر ، فعليهما أربعة أشهر وعشر ؛ إذ تنقضي الأشهرُ الثلاثُ أيضًا . وإن] (١) كانتا من ذوات الأقراء ، فعلى كل واحدة التربصُ بأقصى الأجلين ، ويكفي غَيْرَ المدخولِ بها تربُّصُ أربعةِ أشهرٍ وعشر .

* * *

= الاختيار (١٧٢/٣) . شرح العناية على الهداية (٣١٢/٤) . الدر المختار (٥١١/٣) . المقنع ص (٢٥٨) وشرحه المبدع (١١٣/٨) .

ومذهب المالكية : لم تتفق أقوال المالكية في هذه المسألة ، فبعضٌ ينص على أن المذهب في هذه المسألة كما هو الحال عند الجمهور ، وبعضٌ آخرُ يُفَصّل ، فيكتفي بالشهرين والخمسة الأيام في الأمة غير المدخول بها ، أو إذا كانت صغيرة ، أو يائسة ، أو من ذوات الحيض وحاضت فيها ، فأما التي لا تحيض - وهي مدخول بها - فثلاثة أشهر ، وهو أحسنها . ولابن القاسم في « العتبية » : تحل بمضيّ الشهر وخمس ليال مطلقا . ويروى عن مالك (رحمه الله) أنها إن كانت غير مدخول بها : اكتفت ، وإلا فثلاثة أشهر ، ولا تحل بدون الحيض مطلقا . وهذا عندهم ضعيف . انظر : الموطأ (٦٠٠/٢) . الخرشي على مختصر خليل (١٤٥/٤) . الكافي ص (٢٩٤) القوانين ص (٢٤٣) . الشرح الصغير (٦٨٣/٢) . حاشية الدسوقي (٤٧٨/٢) .

(١) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) وساقط من الأصل .

الفصل الثاني

في المفقود زوجُها

فإن وصل خَبَرُ موتهِ ببينةٍ ، فعدتُها من وقت الموت عندنا [١] . وقال عليّ (رضى الله عنه) : من وقت بلوغ الخبر . وإن اندرس خَبَرُه وأَثَرُه ، وغَلب على الظنونِ مَوْتُه ، فقولان :

أحدهما [٢] : أنها زوجته إلى أن تقوم البينةُ بموته . وهو القياس ؛ لأن النكاح ثابتٌ بيقينٍ ، فكيف يُقْطع بالشّكّ [٣] ؟ .

والثاني : أنها تتربص أربع سنين ، ثم تعتدُّ بعد ذلك عدةَ الوفاة . وقد قلَّد الشافعيُّ فيه [٤] عمرَ (رضي الله عنهما) في القديم [٥] ، ورجع عنه في الجديد . وقال : لو قضى به قاضٍ [٦] نقضتُ قضاءه [٦] ؛ إذْ بَانَ له أَنَّ تقليدَ الصحابة لا يجوز للمجتهد .

وقد طوّل الأصحاب في التفريع عليه ، وقد ذكرناه في المذهب البسيط ؛ فلا معنى له مع صحة الرجوع عنه .

ثم على الجديد ، فلها طلب النفقة من مال الزوج أبدًا ؛ فإن تعذر كان لها طلب الفسخ بعذر النفقة على أصح القولين .

* * *

---

(١) و هو مذهب الأئمة الأربعة جميعًا . انظر : المبسوط (٣١/٦) . الكافي ص (٢٩٤) . الروضة (٤٢٤/٨) . المقنع ص (٢٥٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الجديد » .

(٣) انظر الأم (٢٣٩/٥) . الروضة (٤٠٠/٨)

(٤) كلمة : « فيه » ساقطة من (ب) .

(٥) روى مالك في الموطأ (٥٧٥/٢) بإسناده أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) قال : « أيما امرأة فقدتْ زوجَها ، فلم تدر أين هو ؟ فإنها تنتظر أربع سنين ، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرًا ، ثم تَحِلُّ » . وهذا مذهب الإمام مالك أيضًا .

(٦) في (أ) ، (ب) : « نُقِضَ قَضَاؤه » . انظر الأم (٢٤٠/٥) . الروضة (٤٠١/٨) .

الفصل الثالث

في الإحداد

وذلك واجب في عدة الوفاة [و] (١) غير واجب في عدة الرجعية . وفي عدة البائنة قولان (٢) وفي المفسوخ نكاحُها طريقان . منهم من قطع بأنها لا تجب (٣) ، كالمعتدة من شبهة (٤) ، وكأمِّ الولدِ إذا مات عنها سيدُها . ووجهُ حداد(٥) المطلقة البائنة : القياسُ / ٢١٨/أ على عدة الوفاة . ووجهُ الفرق : أنها مَجْفُوَّة بالطلاق ، وإنما يليق الإحداد بالمتفجعة بالموت .

والأصلُ - في وجه الإحداد - قول رسول الله ﷺ : « لا يَحِلُّ لامْرأةٍ تُؤْمِنُ باللَّه واليومِ الآخرِ أن تُحِدَّ على مَيتٍ فوقَ ثلاثٍ ، إلا على زَوْجٍ أربعةَ أشهرٍ وعَشْرًا » (٦) فأفاد هذا جوازَ الحدادِ ثلاثةَ أيام على الجملة ، وتحريمَه بعد الثلاث (٧) وبعد العدة .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) القديم وجوبه ، والجديد أنه يستحب . انظر الروضة (٤٠٥/٨) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بأنها لا تُحِدُّ » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « كالمعتدة عن شبهة » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ووجه إحداد المطلقة » .

(٦) صح هذا الحديث عن جماعة من الصحابة ، منهم عائشة وأم عطية ، وأم حبيبة ، وحفصة ، وزينب بنت جحش وغيرهن (رضي الله عنهم جميعا) . انظر : فتح البارى (١٧٤/٣) (٢٣) كتاب « الجنائز » (٣٠) باب « إحداد المرأة على غير زوجها » . حديث (١٢٧٩ - ١٢٨٢) . صحيح مسلم (١١٢٣/٢ - ١١٢٨) (١٨) كتاب « الطلاق » (٩) باب « وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام » حديث (١٤٨٦ ، ١٤٨٧ ، ١٤٩٠ ، ١٤٩١) .

ورواه أبو دواد (٧٢١/٢ - ٧٢٣) (٧) كتاب « الطلاق » (٤٣) باب « إحداد المتوفى عنها زوجها » . حديث (٢٢٩٩) سنن الترمذي (٥٠٠/٣ وما بعدها) (١١) كتاب « الطلاق » (١٨) باب « ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها » . حديث (١١٩٥) ، (١١٩٦) ، (١١٩٧) . النسائي (٢٠١/٦ وما بعدها) باب « ترك الزينة للحادة المسلمة دون اليهودية والنصرانية » . سنن ابن ماجه (٦٧٤/١) (١٠) كتاب « الطلاق » (٣٥) باب « هل تُحِدّ المرأة على غير زوجها ؟ » . حديث (٢٠٨٥ ، ٢٠٨٦ ، ٢٠٨٧) .

(٧) في (ب) : « بعد الثلاثة » .

ومعناه [١] : تركُ الزينةِ ، والطيبِ [٢] - على قصد الحداد - وإلا فلا مَنْعَ عن ترك الزينة [٣] . فإن قيل : وما كيفية الحداد ؟ قلنا : معناه ترك التزين والتطيُّبِ . والحدادُ من : « الحدّ » وهو المنعُ . والتزيُّنُ إنما يكون بالتنظفِ والثيابِ والحُليّ .

أما التنظُّفُ بالقَلْم [٤] ، والاستحداد ، والغُسْل ، وإزالة الوسخ : فلا يَحْرُم . وأمّا الثيابُ ، فالنَّظَرُ في جنسها ولونها . أما الجنس ، (٥ فَتَحِلُّ كلُّها سوى ٥) الإِبْرَيْسَم [٦] ، فيحلّ الخَزُّ والدَّبِيقي [٧] والكتانُ وغيرُه مما يَحِلُّ للرجال . (٨ وإنما الإبريسم ، فإنما أُحِلَّ لها ٨) لأَجْل التزيُّنِ للرجال . وقال العراقيون : الإبريسم - في حقها - كالقطن في حقّ الرجال ، وإنما عليها تركُ المصبوغات من الثياب . والأولُ أصحُّ .

وأما الحليُّ ، فيحرم ما هو من الذهب ؛ لأنها خاصيةُ النساء [٩] . والظاهرُ أنه [أيضًا] [١٠] يحرم التحلي باللآلىء المجردة ؛ لأنها للزينة . وأما [١١] التختمُ بخاتم - يَحِلُّ مثلُه للرجال - فلا يحرم .

وأما المصبوغُ للتزين ، كالأحمر والأصفر والأخضر ، فهو حرامٌ من القطن والكتان وغيره .

---

(١) أي معنى الحداد .

(٢) في (ب) : « والتَّطَيُّب » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من ترك الزينة » .

(٤) أي تقليم الأظافر . انظر المصباح المنير (٧٩٣/٢) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فَيَحِلُّ لها كُلُّ ما سوى ... » .

(٦) الإبريسم : هو الحرير . القاموس المحيط (١٣٩٥) .

(٧) الدَّبيقي : نسبة إلى « دَبِيق » وهي بلدة بمصر ، والثياب الدبيقية هي ثياب رقيقة كانت تُتخذ بها . انظر لسان العرب (١٣٢٤/٢) . القاموس المحيط ص (١١٣٨) مادة (د ب ق) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « وإنما الإبريسم هو الذي أُحلّ لها » .

(٩) في (ب) : « لأنها خاصة النساء » .

(١٠) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١١) في (أ) ، (ب) : « وإنما » .

وإنما [١] الأسودُ والأَكْهَب الكَدِرُ [٢] ، وما لا يُتَزَيَّن به ، فهو جائز . ولا فرقَ بين أن يُصْبغ [٣]بعد النسج أو قبله [٣] ، وخصص أبو إسحاق المروزي (رحمه الله) التحريم بالمصبوغ بعد النسج[٤] . أما الثوبُ الخشن - إذا صُبغَ على خلاف العادة صبغ الزينة - حكى صاحب « التقريب » فيه قولين ، ووجهُ المنع : أنه من البُعْدِ تظهر به الزينة .

وأما الزينةُ في أثاث البيت والفرش ، فلا تحرم ؛ وإنما الحداد في بدنها . وأمّا الطيب [٥] ، فيحرم عليها ما يحرم على المحْرِم . ويَحْرُمُ عليها أن تدهن رأسها ولحيتها - إن كانت لها لحية - كالمحْرِم . ولا يَحْرُمْ عليها أن تدهن بدنها إن لم يكن فيه طيب ، وإنما يمنع في الشعر .

وأما تصفيفُ الشعرِ وتجعيدُه بغير دهن [٦] ، ففيه ترددٌ . وأما الاكتحال ، فقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لا بأس بالإثمد [٧] » فاتفقوا على أنه أراد به العربيات ؛ فإنهن إلى السَّواد أميلُ ؛ فلا يزينهن الإثمد . أما البيضاء[٨] فلا يجوز ذلك لها [٨] إلا لعلة الرمد ، وعليها أن تكتحل ليلًا وتمسح نهارًا ، هكذا أمر رسولُ الله ﷺ أمَّ سلمة (رضي الله عنها) [٩] إلا أن تحتاج إلى ذلك نهارًا أيضًا فيجوز ، وعليها ملازمةُ المسكن إلا لحاجة .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وأما » .

(٢) الأكهب الكدر : هو المائل إلى الغبرة ، المُشْرَب سوادًا . انظر : القاموس المحيط ص (١٧٠) . روضة الطالبين (٤٠٦/٨) .

(٣) في (ب) : « بعد النسيج أو قبله » .

(٤) في (ب) : « بعد النسيج » .

(٥) في (ب) : « وأما التَّطَيُّب » .

(٦) في (ب) : « بغير الدهن » .

(٧) الإثمد : هو الكحل نفسُه ، أو حَجَرٌ يتخذ منه الكحل . انظر اللسان (٥٠٣/١) مادة (ث م د) . وقول الشافعي (رحمه الله) : « لا بأس بالإثمد » لم أجده هكذا مطلقا ، بل فيه تفصيل . قال (رحمه الله) : « وكل كحل - كان زينة - فلا خير فيه لها ، مثل الإثمد وغيره مما يحسن موقعه في عينها . فأما الكحل الفارسي - وما أشبهه - فلا بأس ؛ لأنه ليس فيه زينة ، بل هو يزيد العين مرها وقبحا » . انظر الأم (٣٢١/٥) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « فلا يجوز لها ذلك » .

(٩) الحديث رواه أبو داود (٧٢٧/٢) (٧) كتاب « الطلاق » (٤٦) باب « فيما تجتنبه المعتدة في عدتها » حديث (٢٣٠٥) وفيه عن أم سلمة (رضي الله عنها قالت : دخل عليَّ رسولُ الله ﷺ حين تُوفيَّ أبو سلمة ، وقد جعلتُ =

ولو تركت جميعَ ذلك ، عَصَتْ رَبَّها وانقضتْ عدتُها .

* * *

= على عينيَّ صَبِرًا ، فقال : ما هذا يا أم سلمة ؟ فقلت : إنما هو صَبِرٌ يا رسول الله فيه طيب ، قال : إنه يَشُبُّ الوجه فلا تجعليه إلا بالليل ، وتَنْزِعِينَه بالنهار ... » الحديث . والصبر : عصارةُ شجرٍ مُرٌّ كما في القاموس ص (٥٤١) .

ورواه النسائي (٦/٢٠٤) . ورواه مالك في موطئه بلاغًا (٢/٦٠٠) . وفي إسناد الحديث أم حكيم بنت أسيد لا يُعرف حالها كما قال الحافظ ابن حجر في تقريب التهذيب (٢/٦٢١) . وقال ابن قيم الجوزية (رحمه الله) في هذا الحديث : « ذكر أبو عمر في « التمهيد » له طرقا يشد بعضها بعضًا ، ويكفي احتجاجُ مالكٍ به ، و أدخله أهلُ السنن في كتبهم ، واحتج به الأئمة ، وأقل درجاته أن يكون حسنًا » . زاد المعاد (٥/٧٠٣) .

الباب الثاني

في السُّكْنى

(وفيه أربعة فصول)

الفصل الأول

فِيمَنْ تَسْتَحِقُّ السُّكْنَىٰ

وتستحقّ المطلقة المعتدة ، بائنةً كانت أو رجعيةً ؛ لقوله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ ﴾ [١] . ولا تستحق المعتدةُ عن وطء الشبهة ، ونكاحٍ فاسدٍ ، ولا المستولدةُ إذا عَتقت ؛ لأن الآية وردت في النكاح . نعم هل تجب في عدة الوفاة ؟ قولان [٢] . وفى عدةٍ بعد انفساخ [٣] النكاح طريقان . منهم من قال : قولان ، ومنهم من قطع بأنها لا تستحق إن كان الفسخ منها بِعَيْبِه ، أو عِتْقها ، أو كان منه ولكن بعَيْبها ، أو ما يكون بسببٍ منها . أما ما ينفرد به الزوجُ – كرِدَّته وإسلامه – ففيه قولان [٤] . ومأخذُ التردد : أن الآية وردت في فراق الطلاق ، وهذا تردد في أن فراق الموت والفسخ ، هل هو في معناه [٥] ؛ لأن إيجاب السُّكْنى بعد البينونة كالخارج عن القياس .

وأما الصغيرة التي لا تحتمل الجماع ، ففي سُكْناها من الخلاف ما في نفقتها فى صلب النكاح [٦] ، وكذلك الأمة إذا طلقت ، فإن قلنا : الزوجُ يستحق تعيينَ المسكن في صلب النكاح [٧] ، فعليها ملازمةُ المسكن بعد النكاح . وإن قلنا : إن السيد يبوئها [٨]

(١) الآية (١) من سورة (الطلاق) .

(٢) وفي الروضة (٤٠٨/٨) أنها تجب على الأظهر .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وفي عدة انفساخ » .

(٤) في (ب) : « فيه قولان » .

(٥) في (ب) : « هل في معناه » .

(٦) لا نفقة لها على الأظهر . الروضة (٦١/٩) .

(٧) في (ب) : « في النكاح » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « يبوئهما » .

بيتًا - وطُلِّقت في ذلك البيت - (١ فالظاهر : أنها لا يلزمها ١) ملازمةُ المسكن ؛ لأن العدة تلتفت على النكاح . وقيل : إنه يجب ذلك .

ثم إذا أوجبنا ملازمة المسكن ، ففي ووجوبِ لزوم السكنى على الزوج [خلاف] (٢) يلتفت على النفقة في صلب النكاح ، فحيث كان يجب النفقة ، تجبُ السُّكنى بعد الطلاق .

أما الناشزة إذا طُلقت فى دوام النشوز ، قال القاضى : لا سكنى لها ؛ إذ (٣) لم يكن لها نفقة » وهذا فيه نظر / لأنها إن طلقها (٤) في مسكن النكاح ، فيجب عليها شرعًا (٥) لزومُ المسكن ، فإن أطاعت في ذلك فَبِالْحَرِيِّ أنْ تستحق السكنى . ٢١٨/ب

* * *

(١) في (أ) : « فالظاهر أنه لا يلزمها » . وفي (ب) : « فالظاهر لا يلزمها » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) : .

(٣) في الأصل : « إذا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لأنها إن طلقت » .

(٥) كلمة « شرعًا » ليست في (أ) ، (ب) .

الفصل الثاني

فى أحوال المعتدة وهل يُبَاح لها مفارقةُ المسكن ؟ [١]

فنقول : يجب عليها لزومُ المسكن حقًّا لله تعالى ؛ فلا يسقط برضا الزوج[٢]، وإنما يُبَاح الخروجُ بعذرٍ ظاهر . والأعذارُ على ثلاث مراتب :

الأولى : ما يرجع إلى طلب الزيادة، كزيارةٍ وعمارةٍ واستنماءِ مالٍ، وتعجيلِ حجِّ الإسلام، ولا يجوز الخروجُ لمثلِ ذلك .

الثانية : ما ينتهي إلى حدّ الضرورة، كوجوب الهجرة[٣]، والتمكين من إقامة الحدّ، أو خافت على زوجها أو مالها ؛ لأن الموضع غير حصين، أو كانت تتأذّى بأحمائها ، أو تُؤْذيهن، وكلٌّ ذلك تسليطٌ[٤] على الانتقال ؛ لأن هذه المهمات أقوى فى الشرع من لزوم المسكن في العدة .

الثالثة : ما ينتهي إلى حدّ الحاجة ، كالخروج للطعام والشراب ، أو تداركِ مالٍ أُخبرتْ بأنه أشْرف على الضياع ، فذلك أيضًا رخصةٌ في الخروج في حق من لا كافل لها ونحو ذلك[٥] وإن كان [هذا][٦] العذرُ نادرًا ، وكذلك حكم ملازمة المنزل في السفر إذا كانوا[٧] ينتجعون ويسافرون اعتيادًا ، فلها المسافرةُ معهم . ومهما خرجتْ لحاجةٍ ، فينبغي أن تخرج بالنهار ؛ لأن الليل مَظِنَّةُ الآفات .

(١) في (أ) : « الفصل الثاني : في أحوال المعتدة التي يُباح لها مفارقة المسكن » .

(٢) في (ب) : « برضاء الزوج » .

(٣) وذلك إذا لزمتها العدة ، وهي فى دار حرب ، فيلزمها أن تهاجر إلى دار الإسلام ، إلا أن تكون في موضع لا تخاف على نفسها ولا على دينها ، فلا تخرج حتى تعتد . الروضة (٨/٤١٦) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يسلط » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ويجوز ذلك » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) في الأصل : « إذا كان » وهو صحيح أيضًا ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

الفصل الثالث

فيما يجب على الزوج

وفيه مسائل :

الأولى : إذا كانت الدار مملوكة [للزوج] (١) لم يَجُزْ له إزعاجُها (٢) ، ولا يجوز له مُدَاخلتُها ؛ لتحريم الخلْوَة إلا في موضعين :

(أحدهما) : أن تكون هي في حجرة مفردة بالمرافق وعليها بابٌ . فإن لم يكن عليها باب ، أو كان (٣) مرافقها واحدًا ، كالمطبخ والمُسْتَرَاح في الدار ، لم تَجُزِ المداخلةُ ؛ لأن التَّوارُدَ على المرافق يُفضي إلى الخلوة ، وكذلك تحرم المداخلةُ وإن كانت الدار فَيْحَاء مهما لم تنفصل المرافقُ ولم يحجب الباب (٤) .

(الثاني) : أن يكون معها في الدار مَحْرَمٌ لها فلا خلوةَ ، وكذلك إن كان مع الرجل زوجةٌ أخرى ، أو جارية (٥) ، أو مَحْرَم له . ولوكان معها أجنبيةٌ ، أو معتدة أخرى ، فهل يَمْنع ذلك الخلوةَ ؟ فيه تردد ، مأخذه : أن النسوة المنفردات هل لهنَّ السفرُ عند الأمن بغير مَحْرَم (٦) ؟ . ولو استخلى رجلان بامرأةٍ فهو مُحَرَّمٌ ، وليس ذلك كاستخلاء رجلٍ بامرأتين (٧) ، والوجه أن يقال : إن كان ممن يحتشم ، أو يَخاف من جانبه حكايةُ ما يجري من فجور - إن كان - فهو مانعٌ للخلوة وإلا فلا .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) وهي زيادة مهمة .

(٢) أي لم يَجُزْ له إخراجُها وطردُها . يقال : أزعجه عن موضعه ، أي : أزاله عنه . انظر المصباح المنير (٣٨٦/١) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو كانت » .

(٤) كلمة : « الباب » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (ب) : « وجارية » .

(٦) انظر روضة الطالبين (٩/٣) . الأم (٢٢٩/٥) .

(٧) لأنه يقال : إن استحياء المرأة من المرأة أكثر من استحياء الرجل من الرجل .

فرع : لو أراد الزوجُ بَيْعَ الدار - وعدتُها بالحمل أو الأقراء - لم ينعقد ؛ لأن المنفعة مُسْتحقة لها ، وآخرُ المدة غيرُ معلوم ولو كانت من ذوات الأشهر فهو كبيع الدار المستأجرة ، إلا إذا كان يتوقع طرآن الحيض في الأشهر ، ففيه طريقان : منهم من لم (١) يلتفت إلى ذلك ؛ بناءً على الحال ، ومنهم مَنْ مَنَعَ البيعَ ؛ لتوقُّعِ ذلك .

فإن صححنا ، وطرأ الحيض ، كان كما لو اختلطت الثمارُ بالمبيع ، وقد ذكرناه في « البيع » .

المسألة الثانية : إذ كانت الدار مُسْتعارةً ، فعليها الملازمةُ إلى أن يرجع المُعِير . فإن رجع ، فَعَلَى الزوجِ أن يُسِلّم إليها دارًا يليق بها ، ويبذل الأجرةَ إن لم يجد بعارية ، وكذلك إذا انتهت مدةُ الإجارة . فإن مست الحاجةُ إلى الأجرة - وأفلس الزوج - ضاربت الغرماء بأجرة (٢) ثلاثة أشهر إن كانت من ذوات الأشهر ، وإن كانت من ذوات الأقراء - وعادتُها مختلفةٌ - ضاربت بالأقلِّ . وإن كانت مستقيمةً فمقدارُ العادة على الأصح . وفيه وجه (٣) : أنها بالأقل . وهو ضعيف ؛ لأن حِصَّتها لا تُسَلّم إليها (٤) ، وما يخصُّ الغرماءَ يُسَلَّم إليهم ؛ فالاحتياطُ لجانبها أَوْلَى ، وكذلك الحاملُ تُضارب لتمامِ تسعةِ أشهرٍ ؛ فإن الزيادة على ذلك نادر ، لا يعتبر هذا إذا كان الزوج حاضرًا ، فإن كان غائبًا استقرض القاضي عليه . فإن استأجرت من مالها - بغير إذن القاضي - ففى رجوعها على الزوج خلافٌ . ولا خلاف في أنها لو كانت في دار مملوكة ، فلا تُبَاع لحقّ الغرماء ؛ لأنها كالمرهونة فلا تُخْرَج منها بحالٍ .

المسألة الثالثة : إذا أسكنها في النكاح مسكنا ضيقا لا يليق بها ورضيت ، وطلقها ، فلها أَنْ لا ترضى في العدة ، وتطلب مسكنًا لائقا بها ، وكذلك لو أسكنها دارًا فيحاء ، فله أن يَنْقُلَها

---

(١) كلمة « لم » ساقطة من (ب) .

(٢) في (ب) : « بالأجرة » .

(٣) كلمة (وجه) ساقطة من (ب) .

(٤) في الأصل : « لا نسلمها إليها » والمثبت من (أ) ، (ب) .

بعد الطلاق إلى موضعٍ لائق بها ، لكن قال القاضي : ينبغي أن يَطلب لها أقربَ مسكنٍ يمكن إلى مسكن النكاح حتى لا يطول / ترددها في الخروج . وما ذكره لا يَبْعُد أن يُستحب . ولا شك في ٢١٩/أ
أنه (١) لا يُخْرِجها عن البلدة .

المسألة الرابعة : إن ألزمنا السكنى في عدة الوفاة ، فهي من التركة ، فإن لم يكن وتبرع به الوارثُ وأراد إسكانَها ، كان لها ذلك . وإن قلنا : لا تستحق ، فلو رضي الوارثُ بملازمةِ مسكن النكاح ، فالظاهرُ : أنه يجب عليها ذلك مطلقًا ، وقيل : إن كانت مشغولةَ الرحمِ ، أو متوهّمة الشغل ، فله ذلك مطلقا (٢) ؛ لأجل صِيانة الماء . وإن لم تكن ممسوسةً فلا يلزمها ذلك ، بل يجب عليها (٣) ملازمةُ أيِّ مسكنٍ شاءت . ثم هذا التعيينُ للوارث ، وليس للسلطان ذلك .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ولا شك أنه » .

(٢) كلمة (مطلقًا) ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بل عليها » .

الفصل الرابع
في بيان مسكن النكاح

وفيه مسائل :

الأولى : إذا أَذن لها في الانتقال إلى دار أخرى ، ثم طلقها قبل الانتقال ، لازمت المسكنَ الأول . وإن طلق بعد الانتقال لازمت المسكنَ الثاني . والعبرةُ في الانتقال بدنُها (١) ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : العبرةُ بنقل الأمتعة .

وإن صادفها الطلاقُ في الطريق ، فثلاثةُ أوجه :

أحدها : ترجيح الأول ؛ استصحابًا (٢) .

والثاني : ترجيح الثاني ؛ لأنها انتقلت عن الأول (٣) .

والثالث : أنها تتخيَّر بينهما ؛ للتعارض ، وكذا الكلام فيما إذا أذن لها في الانتقال إلى بلدة أخرى ، ففي جواز الانصراف خلافٌ .

الثانية : لو خرجت إلى سفر بإذنه ، فطلقها بعد مفارقة عمارة البلد ، فليس عليها الانصراف (٤) ؛ لأن إبطال أُهْبة سفرها إضرارٌ . فإن فارقت المنزل دون البلد فوجهان :

أحدهما : يجب الانصراف ؛ لأنها بعد لم تنقطع عن الوطن (٥) .

والثاني : لا ؛ (٦ لأن ذلك إضرار بإبطال الأُهْبة ٦) .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ببدنها » .

(٢) أي ترجيح العودة إلى المسكن الأول .

(٣) في الأصل : « لأنها انتقلت إلى المسكن الأول » وهو خطأ ، والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٤) يعني ليس عليها الانصراف إلى المسكن الأول .

(٥) وهذا الوجه هو الراجح عند جمهور الشافعية ، أنه يلزمها العود إلى المسكن ؛ لأنها لم تشرع في السفر . انظر الروضة (٤١١/٨) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لأن ذلك إبطال الأهبة » .

ولا خلاف في أن لها الانصرافَ .

ثم إذا مَضَتْ لوجهها ، فلها التوقفُ إلى إنجاز حاجتها (١) ، وعليها الرجوعُ لملازمة المسكن بقيةَ مدة العدة إن كان يتوقع البلوغ . وإن (٢) لم تتوقع - ولكن بقي من العدة مدةٌ تنقضي في الطريق - ففي وجوب الانصراف خلافٌ ، والظاهر : أنه لا يجب ولا فائدة فيه (٣) ، ولا يكلِّفها التقدمَ على الرِّفْقة ؛ لأجل ذلك . وإن انقضت حاجتُها قبل ثلاثة أيام ، جاز لها استكمالُ الثلاثِ ؛ لأنها مدة مُكْثِ المسافر شرعًا (٤) .

الثالثة : ما ذكرناه في سفرِ تجارةٍ أو مُهِمّ . فإن كان سفرَ نزهةٍ ، أو مالا مُهِمَّ فيه - وقد أذن لها عشرةَ أيامٍ مثلا - فطلقها في أثناء المدة ، (٥ففي جواز استيفاء المدة قولان ٥) ويجري القولان (٦) في وجوب الانصراف إن طلقها في الطريق ، وهكذا (٧) في المدة الزائدة على حاجة التجارة في سفر التجارة ؛ لأنه ليس فيه مُهِمّ ، ولكن انضم الإذن في أهبة (٨) السفر فاحتمل أن يقال : في المنع إضرار .

ولو أذن لها في الاعتكاف عشرةَ أيام - فطلقها قبل المدة - فإن قلنا : لو خرجت بمثل هذا العذر جاز البناءُ على الاعتكاف المنذور (٩) ، فعليها الخروجُ وإن كان الاعتكافُ منذورًا ؛ لأنه لا ضررَ ، وإنما هو مجردُ إذنٍ ، فهو كما لو أذن لها في المقام في دار أخرى عشرة أيام ، فطلاقُها يُبْطِل ذلك الإذنَ . وإن قلنا : إن الاعتكاف يَبْطل ، فيكون فيه

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إلى نجَاز حاجتها » . (٢) في (ب) : « فإن لم تتوقع » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إذ لا فائدة فيه » .

(٤) وخالفه في الروضة فرجح أنها لا تمكث بعد انقضاء حاجتها على الأصح . الروضة (٨/٤١١) .

(٥) في (ب) : « ففى جواز الاستيفاء قولان » . وأظهر هذين القولين أن لها استيفاء المدة . الروضة (٨/٤١١) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وكذا القولان » . (٧) في (أ) ، (ب) : « وكذا » .

(٨) في (أ) . (ب) : « إلى أُهبة » .

(٩) يعني إذا نذرت اعتكافًا مدةً ما ، فطلقها زوجها في أثناء وَفَائها بهذا النذر ، فعليها الخروج إن قلنا : تكمل الأيام المنذورة بعد ذلك وتبني على ما مضى .

ضرارٌ كما في أُهبة السفر (١) .

ولا خلاف في أنها لو خرجت مع الزوج ، فطلقها في الطريق ، لزمها الانصراف ؛ لأنها خرجتْ بِأُهبة الزوج ، فلا تَبْطل عليها أهبتها . والخروجُ لغرض التجارة غيرُ جائزٍ ؛ لأنه طلبُ زيادةٍ ، وإنما جاز [ذلك] (٢) في الدوام للضرار في فوات الأُهبة .

الرابعة : إذا أذن لها في الإحرام ، وطلَّقها قبل الإحرام ، لم تُحْرِمْ . وإن كان بعد الإحرام - وكان بعمرة يمكن تأخيرها - ففي وجوب التأخير وجهان ، ولعل الأصحَّ جوازُ الخروج ؛ لأن في مُصَابرة الإحرام ضرارًا (٣) .

الخامسة : منزل البدوية كمسكن البلدية (٤) ، لكن إن رحلوا (٥) بجملتهم فلها الرحيلُ . وإن رحل غَيْرُ أهلها ، فعليها المقام . فإن رحل أهلُها - وهي آمنةٌ في المقام - ففيه وجهان (٦) ، وهو راجع إلى أن ضرر مفارقة الأهل ، هل يُعْتبر ؟ .

ولو كانوا يرجعون على قُرْبٍ فعليها المقامُ ؛ إذ لا ضرر . ولو ارتحلت معهم ، فأرادت المقام بقرية في الطريق : جاز ؛ فإن ذلك أحسنُ من السفر ، بخلاف المأذونة في السفر ؛ فإن رجوعَها إلى الوطن أولى من الإقامة في قرية .

السادسة : إذا صادفها الطلاقُ في دار أخرى / أوبلدة أخرى ، فقال : ارجعي، ٢١٩/ب
فقالت : طُلِّقْتُ بعد الإذن في النُّقْلة (٧) ، فأنكر الزوجُ الإذنَ ، نُقِلَ عن الشافعي (رضي الله عنه) أن القولَ قولُه . وهو القياس ، ولكن نُقِلَ أنه إن كان النزاع مع الورثة ،

---

(١) أي فلا تخرج - إن قلنا : يبطل الاعتكاف بالخروج - إلا بعد إكمال مدة الاعتكاف المنذورة .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) وقطع بذلك الأكثرون من الشافعية كما في الروضة (٤١٣/٨) .

(٤) يعني أن منزل « البدوية » - وبيتُها من الصوف والوبر والشعر - مثلُ منزل الحضرية (البلدية) - وبيتُها من الطين والأحجار وغيرها - .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ارتحلوا » .

(٦) وأصح هذين الوجهين أنها تتخير بين المقام والرحيل . انظر الروضة (٤١٣/٨) .

(٧) أي : الانتقال .

فالقولُ قولُها ، وإلى الفرق ذهب أبو حنيفة (رحمه الله) وابنُ سريج ، وكأن كونها في غير مسكن النكاح [١] يشهد لها على الورثة لا على الزوج . ومن أصحابنا من جعل المسألتين على قول [٢] ، ومنهم من جعلها على حالين ، فنقول [٣] : إنما جُعِل القولُ قولَه إذا كان النزاع في أصل اللفظ ، وإن كان في معنى اللفظ - بأن قالت : أردتَ بالإذن النُّقْلة ، وقال : بل النزهةَ - فالظاهر : تصديقهُا ؛ فيقبل قولُها [٤] .

* * *

(١) في (ب) : « الزوج » .

(٢) في (ب) : « على قولين » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فقال » .

(٤) والمذهب تصديق الزوج إذا اختلف الزوجان ، وتصديقُها إذا اختلفت هي ووارثُ الزوج . انظر الروضة (٨/ ٤١٤) .

القسم الثالث من الكتاب

في الاستبراء بسبب ملك اليمين (١)

(وفيه ثلاثةُ فصول)

الفصل الأول

في قدر الاستبراء ، وشرطه ، وحُكْمه

أما قدرُه : فهو قَرءٌ واحد ؛ لأنه نادى منادي رسولِ الله ﷺ بعد سَبْيِ أوطاس (٢) « ألا لا تُوطَأ حاملٌ حتى تَضَعَ ، ولا حَائلٌ حَتَّى تَحِيضَ » (٣) .

وللمستبرأة ثلاثة أحوال :

أحدها : أن تكون من ذوات الأقراء ، واستبراؤها بقرء واحد وهو الحيض ؛ لقوله (عليه السلام) : « حَتَّى تَحِيضَ » ؛ ولأنه إذا لم يُعْتبر إلا قَرءٌ واحد ، فَلْيُعتبر الحيضُ ؛ فإنه دليلٌ على البراءة ، هذا هو الجديد (٤) ..

---

(١) الاستبراء : عبارة عن التربص الواجب بسبب ملك اليمين ، حدوثًا أو زوالًا . وقد خُصَّ بهذا الاسم ؛ لأن هذا التربص مُقَدّر بأقل ما يدلّ على البراءة من غير تكرُّر . وخُصّ التربص الواجب بسبب النكاح باسم « العدة » اشتقاقا من « العَدَد » ؛ لِمَا فيه من التعدد . انظر تهذيب الأسماء واللغات (٢٣/١/٣ وما بعدها) .

(٢) أوطاس : وادٍ في بلاد « هوازن » وبه كانت غزوة النبي ﷺ هوازن ، يوم حنين . انظر تهذيب الأسماء واللغات (١٩/١/٣) .

(٣) حديث حسن : رواه أبو داود (٦١٥/٢) (١٢) كتاب « النكاح » (٤٤) باب « في وطء السبايا » حديث (٢١٤٨) . ورواه أحمد في مسنده (٦٢/٣) والحاكم في المستدرك (١٩٥/٢) ثلاثتهم من طرق عن أبي سعيد الخدري (رضي الله عنه) مرفوعًا ، وله شاهد من حديث رويفع بن ثابت الأنصارى مرفوعًا بلفظ : « لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يُسْقي ماءه زَرْعَ غيرِه ، ولا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها ... » ورواه أيضًا الترمذي مختصرًا (٤٣٧/٣) حديث (١١٣١) وحسنه . والحديث حَسّنه أيضًا الحافظ ابن حجر كما في التلخيص الحبير (١٨٢/١) .

(٤) انظر القول الجديد في مختصر المزنى ص (٢٢٦) ، وانظر الروضة (٤٢٥/٨) .

وفيه وجه آخر [١] : أنه الطهر ؛ قياسا على العدة ؛ لأن التعبُّدَ غالبٌ عليه ، ولذلك يجب مع يقين البراءة إذا استبرأها من امرأةٍ أو صَبِيّ [٢] .

التفريع : إذا قضينا بأنه حيض ، فلا بُدَّ من حيض كامل ؛ فلا يكفي بقية حيض . وإن قلنا : إنه طهر ، فهل يكفي بقيةُ الطهر ؟ فيه خلاف ؛ لأن العدة تشتمل على عَدَد ، فجاز أن يُعَبَّر عن شيئين وبعضِ الثالث بثلاثة ، ولأنه يجري [٣] فيه الحيضُ مراتٍ ، ولو صادف الملكُ آخرَ الحيض ، فانقضى طهرٌ كامل بعده ، كَفَى على هذا القول . وقيل : إنه لا بد من حيض كامل بعده ؛ لتحصل دلالةٌ على البراءة في ملكه [٤] ، وهذا رجوع [٥] إلى القول الأول ، وشهادةُ تضعيفِ هذا القول [٦] .

الحالة الثانية : أن تكون من ذوات الأشهر ، وفيه قولان :

أحدهما : أنه يَكفي شهرٌ واحد [٧] .

والثاني : أنه لا أقلَّ من ثلاثة أشهر ؛ لأنه أقلُّ مدةٍ ضُرِبت شرعًا للدلالة على البراءة ، والأمورُ الطبيعيةُ لا تختلف بالرقّ .

وأبو حنيفة (رحمه الله) يُوجب على المستولدة - إذا عَتَقت - ثلاثةَ أقراء ، أو ثلاثة أشهر ؛ نظرًا إلى حريتها في الحال ، ونحن نكتفي بقرء واحد ؛ نظرًا إلى جهة الملك [٨] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وفيه قول آخر » .

(٢) أي يجب الاستبراء مع التَّيقُّن بأن الرحم غيرُ مشغولٍ بحمل ، وذلك إذا كانت الأمة مملوكة لامرأة ، أو لصبي لا يتأتى منه الوطءُ أصلًا .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأنه يجري » بدون الواو .

(٤) في (أ) ، (ب) : « في الملك » .

(٥) في الأصل : « وهذا الرجوع » و المثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وشهادةٌ تضعفُ هذا القولَ » .

(٧) وهذا أظهر القولين عند جمهور الشافعية كما في الروضة (٤٢٦/٨) .

(٨) **مذهب الشافعية** : أن أم الولد إذا عتقت ، تتربص شهرًا واحدًا إن كانت من ذوات الأشهر . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٢١٨/٥) . المنهاج ص (١١٧) . المقنع ص (٢٦٣) . المبدع شرح المقنع (١٥٧/٨) . =

الحالة الثالثة : أن تكون حاملًا ، فعدتُها بوضْع الحمل وإن كان من الزنا ؛ لإطلاقِ رسولِ الله ﷺ قولَه : « حتى تضع » . ومنهم من قال : لا تنقضي بالزنا كما في العدة [١] وقيل : هذا يلتفت على أن المعتبر حيضٌ ، أم طهر ؟ فإن اعتبرنا الحيضَ - من حيث إنه دليلُ البراءة - فكذلك حملُ الزنا دليلُ البراءة وإلا فلا .

أما حكمه : فهو تحريمٌ لوجوه الاستمتاع قبل تمامه [٢] إلا في المَسْبِيَّة ، ولأنه [٣] لا يحرم فيها إلا الوطء ؛ لأن المانع في الشراء تَوَقُّعُ ولدٍ من البائع يمنع صحة الشراء ، وولدُ الحربيِّ لا يَمْنع جريانَ الرقّ ، وإنما استبراؤها ؛ لصيانة ماء المالك عن الامتزاج بالحمل ، فيقتصر التحريم على الوطء . ومنهم من سَوَّى ، وحرم استمتاعَ المسبية - أيضًا - تَبَعًا .

أما شَرْطُه : فإنه يقع بعد القَبْض [٤] ، ولزومُ الملكِ في مَظِنّة الاستحلال ، فلو جرت حيضةٌ قبل قَبْضِ الجارية المشتراة ، ففيه خلافٌ ؛ لِضَعْف الملك . والظاهرُ : أنه يُجْزىء ؛ للزوم الملك . نعم ، لم يُعْتَدَّ [٥] بها في الموهوبة قبل القبض ، وفي المُوصَى بها قبل القبول ، فلا أثر للقبض في الوصية . وفي مدة الخيار لا يجزىء إذا قلنا : الملكُ للبائع . وإن قلنا : للمشتري ، فهو كما قبل القبض ؛ لضعفه [٦] .

ولو كانت مجوسيةً أو مرتدة [٧] فأسلمت بعد انقضاء الحيض [٧] ، فقد انقضى في الملك [٨] ولكن لا في مَظِنَّة الاستحلال ، ففيه وجهان [٩] .

= ومذهب الحنفية : أنها تتربص ثلاثة أشهر . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : المبسوط (٥٤/٦) . الهداية (٣٠٩/٢) فتح القدير (٣٢١/٤) . القوانين (٢٤٥) . الشرح الصغير (٧٠٦/٢) .

(١) يعني أن الحرة إذا حملت من الزنا وطلقت ، فلا تنتهي عدتها بالوضع ، بل بالأقراء أو الأشهر حسب حالتها .

(٢) أي قبل تمام انقضاء الحيض .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فإنها » .

(٤) أي شرط الاستبراء أن يكون واقعا بعد قبض الجارية .

(٥) في (أ) : « نعم ، لا يعتد » .

(٦) والأصح أنه لا يحصل الاستبراء . انظر الروضة (٤٣٢/٨) .

(٧) في (ب) : « فأسلمت بعد الحيض » .

(٨) أي انقضى الاستبراء .

(٩) وأصح الوجهين أنه يجب الاستبراء بعد الإسلام ، ولا يعتد بما جرى قبله . انظر الروضة (٤٢٣/٨) .

ومن خاصّية الاستبراء ، أنه ليس من شرطه الامتناعُ عن الوطء ، بل لو وطئها انقضى الاستبراءُ وعَصَى بالوطء . فإن أحبلها [1] وهي حائض ، حلّت في الحال ؛ إذ ما مَضَى كان حيضًا كاملًا وانقطع بالحيض [2] ، فإن كانت طاهرًا [3] لم ينقضِ الاستبراءُ إلى وضع الحمل [4] .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فلو أحبلها » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وانقطع بالحمل » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « طاهرة » .

(٤) قال الحموي : « قوله في الاستبراء : (إنه ليس من شرطه الامتناع عن الوطء ، بل لو وطيء انقضى الاستبراءُ وعصى بالوطء ، فلو أحبلها وهي حائضٌ حلَّت في الحال ؛ إذ ما مضى كان حيضًا كاملًا فانقطع بالحمل ، وإن كانت طاهرًا لم ينقضِ الاستبراءُ إلى وضع الحمل) .

قلت : حاصل ما ذكره أنه إذا وطيء انقضى الاستبراءُ مع العصيان ، ثم إنه جعل وطءَ الحائض مُوجِبًا للحِلِّ فينقضي به الاستبرء ، ثم إنه قال : (وإن كانت طاهرًا لم ينقضِ الاستبراءُ إلى وضع الحمل) وإذا كان كذلك كان مخالفًا لما ذكره أولًا ؛ فإنه لا فَرْقَ فيه بين الحيض والطهر كما لا يخفى . فإنه قال : (بل لو وطئها انقضى الاستبراء) فجعل مجردَ الوطء موجبًا لانقضاء الاستبراء ، ففُهِمَ من هذه أنه لا ينقضي الاستبراءُ في حق الطاهر إلا بوضع الحمل ، وهذا كلام غير منتظم لما قررناه .

فإن قيل : فقد ذكر الشيخ في الوجيز ما يناقض هذا ، فإنه قال فيه : (لو وطئها لم ينقض الاستبراءُ وعصى إلا إذا وطيء الحائضَ فأحبلها ، فإنه ينقضي الاستبراءُ بمجرد الوطء بدون وضع الحمل ، بخلاف ما إذا كانت طاهرًا ... إلى آخره) وهذا يخالف ما ذكره في الوسيط ، فإنه قال فيه أولًا : (انقضى الاستبراء) وفي الوجيز قال : (لا ينقضي الاستبراء) ، وهذا كلامٌ ظاهرُ التناقض كما لا يخفى !!

قلت : ذكر الشيخ في البسيط أن العدة تنقضي ، وقال : ليس من شرطه صحةُ امتناعه عن الوطء ، ولو وطيء الحرُّ عصى ولكن تنقضي للاستبراء ، فعلى هذا يحمل قوله : (بل لو وطئها انقضى الاستبراء وعصى) أي ينقضي الاستبراءُ على وجهه كما ذكره في البسيط ، وبه اندفع الإشكال ، ثم قال في البسيط : (لو أحبلها وكانت في حال الحيض حلَّت ؛ إذ ما مضى حيضٌ كامل ، وإن انقطع بالحمل وكانت طاهرا انقضى بوضع الحمل) فعلى هذا لا تناقض بين الكتب الثلاث » . مشكلات الوسيط (ق ١٦٣ / ب - ١٦٤ / ب) .

الفصل الثاني
في سبب الاستبراء

وهوجَلْبُ ملكٍ ، أو زوالُه .

الأول : الجلب . فمن تجدَّد له ملكٌ على الجارية - هي محلُّ استحلالِه - توقَّف حِلُّها على الاستبراء بعد لزوم ملكه [١] بقرء ، سواء كان الملك عن / هبةٍ أو بَيْع [٢] ، أو٢٢٠/أ وصيةٍ أو إرث ، أو فسخٍ أو إقالة . وسواءٌ كانت صغيرةً أو كبيرةً ، أو حاملًا أو حائلا . وسواء كان المالك [مِمَّنْ] [٣] يُتَصَوَّرُ منه شُغْل [٤] أو لا يُتَصَوَّر ، كامرأةٍ أو مجبوبٍ أو صَبِي [٥] . وسواء كانت قد استبرأتْ قبل البيع أو لم تكن [٦] . وقال داود : لا يجب استبراءُ البكر [٧] . وقال مالك (رحمه الله) : الصغيرةُ التي لا تُوطأ ، لا تستبرأ [٨] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجب إذا عادت بخيار رؤية ، أو رَدٍّ بعيبٍ ، أو رجوعٍ في هبة ، أو إقالة قبل القبض . وأوجب في الإقالة بعد القبض .

وأَلحق أصحابُنا - بزوال الملك - المكاتبةَ إذا عجزت وعادت إلى الحِلّ ؛ لأنها صائرة [٩] إلى حالة تستحق المهر على السيد ، ولذلك تحلّ أختُ المكاتبة .

ولاخلاف في أن التحريم بالصوم والرهن لا يؤثر [١٠] . أما زوالُ إحرامها [١١]

---

(١) في الأصل : « بعد لزوم ملكٍ » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « عن بيع أو هبة » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) أي اشتغال الرحم بالحمل بسبب الوطء .

(٥) من قوله : « كان المالك ... » إلى قوله « ... أو صبي » ساقط من (ب) .

(٦) انظر الوجيز (١٠٣/٢) . الروضة (٤٢٧/٨) .

(٧) انظر المحلى لابن حزم (٣١٥/١٠) .

(٨) انظر الكافي لابن عبد البر ص (٣٠٠) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « صارت » .

(١٠) أي تحل بانتهاء الصوم والرهن بغير استبراء .

(١١) المذهب - وبه قطع الجمهور - أنه لا استبراء عليه بانتهاء الإحرام ؛ إذ هو كما لو صَامَتْ ثم أفطرت . انظر الروضة (٤٢٨/٨) .

وإسلامُها بعد الردة [١] ، وطلاقُ زوجِها [٢] إياها : ففيه خلافٌ ؛ لتأكيد هذه الأسباب [٣] . وإيجابُ ذلك في المزوَّجة أولى ؛ لأن الزوجَ قد استحقّ منافعَها ، ثم يرجع الاستحقاق إليه . أما إذا اشترى منكوحتَه الرقيقة ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يجب ؛ لأن الحلَّ دائمٌ من شخص واحد [٤] .

والثاني : يَجِب ؛ لِتَبَدُّلِ جهةِ الحِلّ .

ولو باع جاريته بشرط الخيار ، ثم رجعت إليه في مدة الخيار ، فإن قلنا : لم يَزُلْ مِلكُه ، فلا استبراءَ . وإن قلنا : زالَ الملكُ وحَرُمَ الوطءُ ، لزمَ الاستبراءُ . وإن قلنا : زال الملكُ ولكن الوطء جائز ؛ لأنه فسخٌ ، فها هنا يحتمل أن يقال : الحلُّ مطرد ، والجهةُ متحدةٌ - بخلاف شراء الزوجة - فلا استبراءَ . ويحتمل أن يُنْظر إلى تجدد الملك ، وبه يُعَلَّلُ استبراءُ المنكوحة المشتراة .

فرع : لو اشترى مُحْرِمَةً ، أو معتدةً ، أو مُزَوَّجةً ، ففي وجوب استبرائها بعد انقضاء العدة ، أو بعد طلاق الزوج [من غير دخول] [٥] نصوصٌ مضطربةٌ للشافعي (رضي الله عنه) فقيل : فيه قولان :

أحدهما : أنه يجب [٦] ، وهو القياس . ولايبعد أن يتأخر الاستبراءُ عن الملك إلى وقت الطلاق وزوالِ العدة .

---

(١) إذا أسلمت بعد الردة ، لزمه استبراؤها على الأصح ؛ لأنه زال ملك الاستمتاع بالردة ، ثم عاد بإسلامها . انظر : الروضة (٤٢٧/٨) .

(٢) يعني قبل الدخول . (٣) في (أ) ، (ب) : « لِتأكُّدِ هذه الأسباب » .

(٤) إذا اشترى زوجته الأمة فوجهان ، الأصح المنصوص : أنه يدوم حل وطئها ، ولا يجب الاستبراء ، لكن يستحب . أما عدم وجوبه ؛ فلأنه لم يتجدد حِلٌّ ، ولأنه لا يؤدي إلى اختلاطِ ماءٍ.

وأما استحبابه ، فلتمييزِ ولدِ النكاح عن ولد ملك اليمين ، فإنه في النكاح ينعقد مملوكًا ، ثم يعتق ولا تصير به أم ولد . وفي ملك اليمين ينعقد حرا ، وتصير بسببه أم ولد . روضة الطالبين (٤٢٨/٨) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) وهذا أظهر القولين أنه يجب . انظر الروضة (٤٢٩/٨) والغاية (٨٥٧/٢) .

والثاني : أنه لا يجب ؛ لأن الموجِبَ جَلبُ الملكِ ولم تكن [إذ] (١) ذاك في مَظِنَّة الاستحلال (٢) ، فهو كشراء الأخت من الرضاع لا يوجب الاستبراء ، ولما حصل الحِلّ (٣) لم يتجدَّدْ ملكٌ حتى يجب به (٤) .

السبب الثاني . زوال الملك : فنقول : الجاريةُ الموطوءة - مستولدةً كانت ، أو لم تكن - فهي في حكم مُسْتفرشةٍ . فإذا أعتقت بعد موت السيد أو بالإعتاق ، فعليها التربُّص بقرء واحد . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : أما المستولدة فتتربص عند العتق ، ولكن بثلاثة أقراء ؛ نظرًا إلى كمالها في الحال (٥) . (٦وأما الأمة ، فلا تربُّصَ عليها ٦) ، وزاد فقال : « لو وطئها السيد ، وأراد في الحال تزويجَها ، جاز من غير استبراء » (٧) . وهذا هجومٌ عظيم على خَلْطِ المياه . وعندنا : أن كل جارية موطوءةٍ ، لا يحلُّ تزويجُها إلا بعد الاستبراء (٨) . وكأن هذا الاستبراء من نتيجة حصول ملك الزوج ، فإن ملك السيد لم يَزُلْ ، إلا أنه يجب تقديمُه على الملك ؛ لأن النكاح يقصد لِحِلِّ الوطء ، فلا يمكن عقده إلا بحيث يستعقب الحِلَّ . وأما المشتري فَيَسْتَبْرِئُ بعد الملك ؛ (٩ لأن الشراء بقصد الأغراض المالية ٩) فلا يقبل الحجر بسبب الوطء . نعم ، إن عزم على الشراء (١٠) قدّم الاستبراء عليه .

---

(١) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) . (٢) أي لم تكن يحل وطؤها .

(٣) في الأصل : « ولما حصل الملك » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا الخلاف يرجع إلى أن الموجب للاستبراء ، هل هو حدوث ملك الرقبة مع فراغ محل الاستمتاع ؟ أم الموجب حدوث حل الاستمتاع في المملوكة بملك اليمين ؟ . انظر الروضة (٣٢٩/٨) .

(٥) سبق تفصيلُ هذه المسألة .

(٦) في (أ) ، (ب) : « والأمة لا تربص عليها » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وأراد في الحال تزويجها من غير استبراء : جاز » .

(٨) **مذهب الشافعية** : أن كل جارية موطوءة ، لا يحل تزويجها إلا بعد الاستبراء . وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : الروضة (٤٣٣/٨) . القوانين الفقهية ص (٢٤٥) . المقنع ص (٢٦٢) .

ومذهب الحنفية : أن من أعتق أمته - وقد كان يمسها - لم يكن عليها عدة منه ، ولها أن تتزوج ساعتئذ . انظر : مختصر الطحاوى ص (٢١٨) .

(٩) في (ب) : « لأن الشراء يقصد لأغراض مالية » . (١٠) في (أ) ، (ب) : « التسري » .

فروع

الأول : لو اشترى المستفرشة المستبرأة ، تسلط على التزويج ، وأعتق قبل التزويج [أو باع وأراد المشتري التزويجَ] [١] أو أعتق المشتري قبل الوطء - فأراد التزويج - ففي جواز ذلك ثلاثة أوجه :

أحدها : وهو الظاهر [٢] أنه يجوز ؛ إذ كان يجوز قبل زوال الملك ، فطرآنُ العتقِ أو الشراءِ لم يحرّم تزويجًا [٣] كان ذلك جائزًا [٣] .

والثاني : أنه لا يجوز ؛ لأن زوال ملك الفراش سببٌ يوجب عدة الاستبراء ، وقد طرأ ؛ فامتنع بهذا الطارىء حتى يزول .

والثالث : أن ذلك يُمْنع في المستولدة دون الرقيقة ؛ لأنها بالمستفرشة أَشْبَهُ .

والثاني : المستولدة المزوجة إذا طلقها زوجُها ، واعتدت فأعتقها السيد وأراد تزويجها قبل الوطء [٤] ، فهل له ذلك ؟ فيه قولان :

أحدهما : نعم ؛ إذ كان يجوز قبل العتق .

والثاني : لا ؛ لأن عِتْقَها هو زوال مِلْكِ الفراش ، وقد صارت مستفرشةً له بانقضاء عدتها وإن لم يطأها ؛ إذ عادت إلى فراشه .

أما إذا قال : أنت حرة مع آخر العدة ، فها هنا لم ترجع إلى فراشه ، فمنهم من قطع بجواز التزويج . ومنهم من طرد القولين ، وجعلَ مجردَ زوال الملك عن المستولدة سببًا للعدة .

الثالث : إذا أعتق المستولدة المزوجة - وهي في صُلْب النكاح أو عدته - فالظاهرُ :

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في الأصل : « وهو ظاهر » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كان جائزًا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « قبل الاستبراء » .

أن الاستبراء لا يجب ؛ لأنه ليس الزائل فراشا [له] (١) ، بل هي فراش للزوج ، وفيه قول آخر : أنه يجب ؛ لزوال ملك السيد ، وقد كانت مستفرشة / من قبل . فإن أوجبنا في العدة ، فلا ٢٢٠/ب يخفى أنهما لا يتداخلان . ويبقى النظر في التقديم والتأخير كما سبق (٢) .

الرابع : إذا أعتق مستولدته ، وأراد أن ينكحها في مدة الاستبراء ، ففي جوازه خلاف ، والأظهرُ جوازه ؛ كما لو وطئها بالشبهة وأراد أن ينكحها (٣) . والثاني : المنع ؛ لأن زوال الملك أوجب تعبُّدًا بالاستبراء ، ولذلك مُنِعَ من التزويج من الغير على وجه ، مع أنه كان جائزًا قبل العتق .

الخامس : المستولدة المزوجة إذا مات زوجُها وسيدُها جميعًا ، فإن مات السيد أولًا فعليها عدةُ الوفاة ، أربعةُ أشهر وعشرٌ . فإن مات الزوجُ أولًا ، فعليها نصفُ ذلك . وإن اشتُبِهَ فعليها الأخذُ بالأحوط ، وذلك ظاهر إذا فرعنا على الصحيح في أنه ليس عليها استبراءٌ للسيد . وإن أوجبنا - فَبَعْدَ مُضِيٍّ عدة الوفاة - لا بد من شهر آخر إلا إذا كانت من ذوات الأقراء (٤ فتكفيها حيضة وإن جرت ٤) في مدة العدة ؛ [لأن المقصود وجود صورة الحيض بعد موت السيد ، وقد حصل] (٥) . وإن لم تَجْرِ ، فلا بد منها بعد العدة .

وإن ماتا معًا فلا استبراء ؛ لأنها ما عادت إلى فراشه . والظاهر : أن عدتَها شهران وشيءٌ ، بخلاف ما لو تقدم موت السيد بلحظة على موت الزوج . وفيه وجه : أنها لو عتقت في أثناء العدة استكملت عدة الحرائر ، فإذا أعتقت (٦) مع موته ، فهو أولى بذلك .

* * *

(١) زيادة من (ب) .

(٢) قوله : « كما سبق » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) وهو الأصح كما في الروضة (٨/٤٣٥) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فعليها حيضة واحدة إن جرت » .

(٥) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في الأصل : « فإذا أعتق » وهو خطأ .

قاعدة

يجوز اعتماد قولها : « إني حضتُ » ؛ (١ فلا سبيل ١) إلى تحليفها ؛ إذ لا يرتبط بنكولها حكمٌ ؛ فإن السيد لا يقرر على الحلف ، ولا اطلاعَ له على حيضها .

ولو امتنعت عن غشيانه ، ورفعت إلى القاضي ، فقال : قد أخبرتني بالحيض ، فالأوجَهُ تصديقُ السيد وتسليطه (٢) ؛ إذ لولا ذلك لوجبت الحيلولة بينهما كما في وطء الشبهة ، فالاستبراءُ باب من التقوى فيُفَوَّض إلى السيد . وذكر القاضي أنه لا يبعد أن يكون لها (٣) المخاصمة والدعوى ، حتى إن الجارية الموروثة ، لو ادعت أن المورِّثَ وطئها وطئا مُحَرِّما على الوارث (٤) ، فللوارثِ أن لا يُصَدِّقها ، وهل لها تحليفُه ؟ فيه خلاف (٥) ، فكذلك هذا ، ويتأيد بوجْهٍ ذُكِرَ : أن لها الامتناعَ عن وقاع السيد الأبرص ، فيُشْعِر بأنها صاحبةُ حقٍّ على الجملة .

* * *

---

(١) في (أ) : « إذ لا سبيل » .

(٢) أي لا يُحَال بينه وبينها .

(٣) في (ب) : « له » وهو خطأ .

(٤) أي حرمت عليه بوطء المورِّث .

(٥) والراجح أن لها التحليف . انظر الروضة (٤٣٧/٨) .

الفصل الثالث

فيما تصير به الأمة فراشًا

فنقول : قال رسول الله ﷺ : « الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ » (١) . فإذا استبرأ جارية ، فأتتْ بولد قبل أن يَطأها ، فلا يُلحق [به] (٢) ؛ إذ لا فراشَ . وتصير فراشًا بالوطء . وإنما يَلحقه الولدُ إذا استلحقه ، أو أتتْ به لزمانٍ(٣ يحتمل أن يكون منه ٣) بعد الوطء . ويَثبت الفراشُ بأن يُقِرَّ بوطء عَرِيَ عن دعوى الاستبراء والعزل .

والصحيحُ : أن دعوى العزل لا تَنْفِي الولد ؛ لأن الماء سَبَّاق لا يدخل تحت الاختيار . والصحيحُ أن اعترافه بالوطء في غير المأتى لا يُلْحق الولدَ به . أما إذا قال : وطئتُ واستبرأتُها بعده بحيض (٤) ، فالمذهبُ : أنه ينتفي عنه الولدُ بغير لعان ؛ لأن فراشَ الأمة

(١) صح هذا الحديث من طريق عائشة وأبي هريرة وعمرو بن خارجة وأبي أمامة الباهليّ (رضي الله عنهم) :

حديث عائشة : رواه البخاري في صحيحه (١٣٠/١٢) كما في الفتح (٨٦) كتاب « الحدود » (٢٣) باب « للعاهرِ الحَجَرُ » حديث (٦٨١٧) . ورواه مسلم في صحيحه (١٠٨٠/٢) (١٧) كتاب « الرضاع » (١٠) باب « الولد للفراش وتوقي الشبهات » حديث (١٤٥٧) . ورواه أبو داود (٧٠٣/٢) حديث (٢٢٧٣) . والنسائي (٦/ ١٨١) . وابن ماجه (٦٤٦/١) حديث (٢٠٠٤) جميعهم من طرق عن ابن شهاب الزهري عن عروة بن الزبير عن عائشة مرفوعًا .

حديث أبي هريرة : رواه البخاري (٣٣/١٢) (٨٥) كتاب « الفرائض » (١٨) باب « الولد للفراش ، حرة كانت أو أمة » حديث (٦٧٥٠) . ورواه الترمذي في سننه (٤٦٢/٣) حديث (١١٥٧) . وابن ماجه (٦٤٦/١) حديث (٢٠٠٦) من طرق عن أبي هريرة مرفوعًا .

حديث عمرو بن خارجة : رواه الترمذي (٣٧٧/٤) (٣١) كتاب « الوصايا » (٥) باب « ما جاء في لا وصية لوارث » حديث (٢١٢١) .

حديث أبي أمامة : رواه ابن ماجه (٦٤٧/١) (٩) كتاب « النكاح » (٥٩) باب « الولد للفراش » حديث (٢٠٠٧)

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يمكن أن يكون منه » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وطئتها واستبرأتها بعده بحيضة » .

ضعيف . ومنهم من قال : لا ينتفي إلا باللعان .

فإن فرعنا على المذهب ، فأنكرتْ ، فالقولُ قولُه ، فكأنا نقول : لم يُقِرَّ إقرارًا مُلْحِقًا ، وإن كانت هي المؤتمنةَ في رحمها .

ولو ادَّعَتْ أُمِّيَّةَ الولد ، فلها تحليفُه ، ثم فيه وجهان (١) .

أحدهما : يحلف أنها حاضتْ بعد الوطء ، وما وطئها بعد الحيض .

والثاني : أنه يُضيف إلى ذلك : أن الولد ليس مِنِّي حتى ينتفي .

ولو أتتْ بعد الوطء - لأكثر من أربع سنين - فمقتضى قولنا (٢) : إنها صارت فراشا ، أنه يَلحقه . فإن قلنا : إنه ينتفي بدعوى الاستبراء ، فهذا أظهر . وإن قلنا : لا ينتفي ، فهذا فيه ترددٌ .وعلى الجملة ، هذا بالنفي أَوْلى من الاستبراء . ويَقْرُب من هذا ، أنها لو أتت بولد (٣) ، ثم أتت بولد آخر لأكثر من ستة أشهر من الولد الأول ، فإنه وُلِدَ بعد الاستبراء بالولد الأول (٤) . فمنهم من قال : يلحق ؛ إذ صارت فراشًا . ومنهم من قال : لا (٥) ؛ إذ ليس يثبت لها عند الشافعي (رضى الله عنه) حُكْمُ المستفرشة . وعلى هذا يلتفت أن المستفرشة إذا طلقها زوجُها ، هل تعود فراشًا بمجرد الطلاق حتى يجب الاستبراء بعتقها قبل الوطء ؟ فإن قلنا : تعود فراشا ، لحقه الولد من غير إقرار جديد بالوطء ، لكن الأصح أنها لا تعود فراشًا .

فرع : إذا اشترى زوجته ، وأتت بولدٍ لزمانٍ يحتمل أن يكون في النكاح وفي ملك

---

(١) ذكر في الروضة وجهًا ثالثًا : أنه يكفيه أن يحلف أن الولد ليس منه من غير تعرض للاستبراء . الروضة (٨/ ٤٤٠) .

(٢) في الأصل : « فمقتضى قولها » والصواب ما فى (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٣) أي أتت بولد ولحق السيد .

(٤) ولو ولدته لأقل من ستة أشهر ، فَهُمَا حملٌ واحدٌ ، فإذا لحقه الأولُ لحقه الثاني . كذا في الروضة (٨/١ ٤٤) .

(٥) والأصح : أنه لا يلحقه الولد الثاني إلا أن يقر بوطء جديد ؛ لأن الفراش إذا كان يبطل بالاستبراء ، فبأن يبطل بالولادة أولى . انظر الروضة (٨/١ ٤٤) .

اليمين ، فيلحقه الولد ؛ إذ الأمةُ لا تنحط عن البائنة ، ولكن لا تصير أُمَّ ولدٍ له إذا لم يعترف بوطء في الملك . وفيه وجه : أنها تصير أُمَّ ولدٍ له ؛ لأنها وَلَدَتْ منه في ملكه ، وهو بعيد . نعم ، لو أقر بالوطء / واحتمل أن يكون من النكاح وملك اليمين ، فيحتمل ٢٢١/أ ترددا [١] في أمية الولد [٢] . ووجهُ إثباته أن يقال : ملك اليمين مع الإقرار [بالوطء] [٣] يثبت فراشًا ناسخا لفراش النكاح ، فيحال الولد على الناسخ . ويمكن أن يقال : ملك اليمين لا يقوى على نَسْخِ فراش النكاح ، ويُبتنى عليه ترددٌ في أنّ زوج الأمة ، إذا طلقها قبل المسيس ، وأقر السيدُ بوطئها ، وأتت بولد لزمانٍ يحتمل أن يكون منهما ، فيحتمل أن يُلْحق بالسيد ؛ لأن فراشه ناسخ ، ويُحْتمل أن يُعْرض على القائف .

* * *

---

(١) في الأصل « يحتمل ترددًا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) والأصح أنه تثبت أُمِّيَّةُ الولد . انظر الروضة (٤٤١/٨) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

كتابُ الرَّضَاعِ (١)

والأصلُ فيه قولُه تعالى : ﴿ ... وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ (٢) وقال النَّبيُّ ﷺ : « يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ من النَّسَب » (٣) .

وفي الكتاب أربعة أبواب (٤) :

---

(١) الرضاع : بفتح الراء ، ويجوز كَسْرُها وإثباتُ التاءِ معهما . وهو لغةً : اسمٌ لِمَصِّ الثدي وشُرْب لبنه . وشرعًا : اسمٌ لحصولِ لبن امرأةٍ - أو ما حصل منه - في معدة طفل أو دماغه .

والرضاع يؤثر في تحريم النكاح وثبوتِ المحرمية - المفيدة لجواز النظر والخلوة - دون سائر أحكام النسب ، كالميراث ، ووجوب النفقة ، وسقوط القصاص وغيرها .

وإنما جُعل الرضاع سببًا للتحريم ؛ لأن جزءَ المرضعة - وهو اللبن - صار جزءًا للرضيع باغتذائه به ، فأشْبَهَ مَنِيَّهَا في النسب . انظر : المصباح المنير (١ / ٣١٥) . القاموس المحيط ص (٩٣٢) مادة (ر ض ع) ، روضة الطالبين (٩ / ٣) مغني المحتاج (٣ / ٤١٤) .

(٢) من الآية (٢٣) من « سورة النساء » .

(٣) رواه البخاري (٩ / ٤٣) (٦٧) كتاب « النكاح » (٢٠) باب ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ﴾ و « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » حديث (٥٠٩٩) . ورواه مسلم (٢ / ١٠٦٨) (١٧) كتاب « الرضاع » (١) باب « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » حديث (١٤٤٤) كلاهما بلفظ « إن الرضاعة تُحَرم ما تُحرم الولادةُ » . ورواه النسائي في سننه بلفظ الذي أورده الإمام الغزالي (٦ / ٩٩) كتاب « النكاح » باب « ما يُحَرِّم من الرضاع » .

(٤) في (أ) : « وفي الكتاب أبواب » .

البابُ الأوّلُ

في « أركانِ الرّضَاعِ وشرائِطه »

أما الأركان فثلاثةٌ : المُرْضِعُ ، واللبنُ ، والمرْتَضِعُ .

أما المرضع : فهو كلُّ امرأة حيَّةٍ تحتملُ الولادةَ . فاحترزْنا « بالمرأة » عن البهيمة والرّجل ؛ فلو ارتضع صغيران من بهيمة فلا أُخُوَّةَ بينهما ؛ لأنَّ الأخوة تتبع الأُمومة ، وقال عطاءٌ : تَثْبُتُ الأُخوةُ (١) » . ولو دَرَّ لبنٌ من ثَدْي الرَّجُل فلا أَثَر له ، وفيه وجه : أنّه كَلَبن المرأة . والصبيّةُ بنتُ ثمان - إنْ دَرَّ لبنُها - فلا حكمَ له ، بل هو كلبنِ الرجل . وفي لبن البِكْر وجهان (٢) :

أحدهما : يُحَرِّم ؛ لأَنّها في محلِّ الولادة وإن لم تَلِدْ قطعًا (٣) .

والثاني : أنها كاالرّجُل ؛ إذِ اللبنُ فرعٌ للولد ، ولا ولدَ .

أمَّا لو أجهضتْ جنينًا فَلَبنُها مُؤَثِّر . وإذا دَرّ لبنٌ لصبيةٍ (٤) بنتِ سنين ، وقلنا : « يُعْتبر لبن البكر » : اعْتُبِر ذلك ؛ لاحتمال البلوغ . ثُمَّ لا يُحكمُ ببلوغها بمجرد اللبنِ ولكن (٥) كما يُلْحق الولدُ بابنِ تسعِ سنين ، ولا يحكم ببلوغه (٦) .

---

(١) لم أعثر عليه .

(٢) في (ب) : « وفي لبن الذكر » وهو خطأ عجيب .

(٣) وهذا الوجه هو الصحيح كما في الروضة (٩ / ٤) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لبن الصبية » .

(٥) كلمة : « لكن » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) قوله : « كما يلحق الولد بابن تسع سنين ولا يحكم ببلوغه » يعني إذا تزوج صغيرٌ ابنُ تسعِ سنين ، ثم ولدت امرأته لحقه الولدُ ما لم يَنْفِهِ بلعان - عند بلوغه ؛ وذلك لاحتمال نزول المنيّ منه ، ومع هذا فلا يحكم ظاهرًا ببلوغه ، أما النسبُ فيثبت بالاحتمال . انظر الروضة (٨ / ٣٥٧) .

وقال الحموي : « قوله في الرضاع : (أما لو أجهضت جنينًا ، فلبنها مؤثر ، وإذا درَّ لبن الصبية بنت تسع سنين وقلنا : يعتبر لبن البكر ، اعْتُبِر ذلك ؛ لاحتمال البلوع ، ثم لا يُحْكَم ببلوغها بمجرد اللبن ولكن كما يلحق الولد بابن تسع ، ولا يحكم ببلوغه) .

قلت : ما ذكره الشيخ هنا يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه قال : (ولكن يلحق بابن تسع سنين) وذلك يناقض =

وأما المرأة الميتةُ إذا بَقِي في ضرْعِها لبنٌ ، فلا يُؤَثّر لبنُها (١) ؛ لأنها جثّةٌ منفكةٌ عن الحِلِّ والحرْمةِ كالبهيمة ، نعم لو حُلِبَ (٢) في حياتها ، وارتضع بعد الموتِ ، كان مُحَرِّمًا على المذاهب ، وفيه وجه : أنه لا يُحَرِّم ؛ لأنّ الميتَ لا يحتمل ابتداء الأمومة .

الركن الثاني : اللبن . والمعتبرُ عندنا وصولُ عَيْنه إلى الجوف ، وإن لم يَبْقَ اسمُه ، حتى لو اتُّخِذ منه جبنٌ أو أَقِط أو مُخِضَ منه زبدٌ (٣) ، فأكلَه الصبيُّ : حرَّم ، فلم يَتَّبع الشافعيُّ (رضي الله عنه) اسمَ اللبن ، وإن اتبع اسمَ الإرضاعِ وعَوَّل على الخبر فيه .

ولو اختلط بمائعٍ - وهو غالبٌ - حرَّم . وإن كان مغلوبًا بحيث لا يظهر له لونٌ وطعمٌ ، فإن

= ما ذكره الشيخ في الثالث من جوامع اللعان في الفصل الأول فيمن يلحقه النسبُ وهو كلُّ من يمكن أن يُولَدَ له ولدٌ ، والنظر في الصبي والمجنون والخَصِيِّ ، أما الصبيُّ : فإمكانُ العلوق عنه فبعد إكمال السنة العاشرة فيلحقه كما لو أتت به زوجتُه لستةِ أشهرٍ بعد السنة العاشرة ، وقيل : يمكن العلوقُ في أثناء العاشرة ويلحقه الولدُ بعد العاشرة ، ومهما أتَتْ قبل الإمكان لم تفتقر إلى اللعان . فإذا ثبت هذا كان ما ذكر مخالفًا له ؛ فإنه لا يتأتّى حصولُ ذلك الخلاف المذكور في تسع سنين مثل ما ذكره أولا ، وهو إشكال ظاهر .

الثاني : أنه قال : (ولا يحكم ببلوغه) ولا خلاف أنّا نحكم ببلوغه ويلحقه الولدُ بشرط استكمال عشر سنين على الخلاف المذكور ، لأنّا نتبين بحصول العلوق وجودَ الإنزال .

قلت : المنقول في هذا أن قوله : (تسع سنين) غلطٌ من الناقل أو الكاتب ؛ فإنه لا يتصور فيه ذلك لما ذكرناه ، وإنما الصحيح « في عشر سنين » ويكون على قول العلوق في أثناء العاشرة ، هذا الذي قيل فيه .

قلت : ولا يبعد اتجاهُ ذلك على قول من قال في الحيض : إنه يُتَصَوَّر وقوعُه في السنة التاسعة ، يعني أواخرها . وإذا كان كذلك أمكن وقوعُه فيها وإن كان على بُعْد .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر ، ومراد الشيخ بذلك أن لا يُحْكَم ببلوغه بالحمل ، وإنما يستدل به على البلوغ قبيل العلوق ؛ فإنه لا يتصور علوقٌ من غير إنزال ، فعلى هذا يكون البلوغُ حاصًلا بالإنزال لا بالحمل . وقيل : إنما كان كذلك ؛ احتياطًا للنسب بخلاف اللبن في الرضاع ، وهو بعيد » مشكلات الوسيط (ق ١٦٤ / ب - ١٦٥ / ب) .

(١) في (أ) : « فلا يؤثر » بدون كلمة « لبنها » ؟ (٢) في (أ) : « لو حَلَبَتْ » .

(٣) أي اسْتُخْرِجَ منه زبدٌ . انظر المصباح المنير (٢ / ٨٧٢) مادة (م خ ض) .

اختلط بما دون القُلتينِ ، وشرِبَ الصبيُّ جميعَه (1) ، ففيه قولان :

أحدهما : [أنه] (2) لا يُحَرِّم ؛ لأنه قد انمحقَ .

والثاني : نعم ؛ لأن العينَ باقٍ فيه ، وقد وصل إلى الجوف . فعلى هذا لو شرب بعضَه فوجهان :

أحدهما : يحرم ؛ لأنه مُثْبَتٌ في الجميع .

والثاني : لا ، فلعلَّه في الباقي . والوجه القطعُ بأنه يُعتبر يقينُ الإثبات . فإن شكَّ ، فالأصلُ عدمُ التحريم .

أما إذا اختلط بقلتينِ ، فالترتيبُ على العكس ، وهو أنه إنْ شربَ بعضَه لم يُحرِّم ، وإن شربَ كلَّه فقولان مُرَتَّبان على ما دونَ القلتين ، وأَوْلَى بأن لا يُؤَثر .

ثم لم نَعْتبر القلتين في سائرِ المائعات ، بل في الماء خاصَّةً ، واعتبارُه بعيدٌ .

وقال الشيخ أبو حامد : المغلوبُ ، يُعْنَى به الذي لا يؤثر في التَّغْذية ، لا الذي لا يؤثر في اللون (3) .

الركن الثالث : المحل . وهو جوفُ الصبيِّ الحيِّ ؛ فلا يؤثر الإيصالُ إلى جوف الميت ، ولا إلى جوف الكبير . ونَعْني بالجوف : المعدةَ ، ومحلَّ التغذيةِ ؛ لأن الرضاع ما أنبتَ اللحمَ وأَنْشَرَ(4) العظمَ (5) . فلو وصل إلى جوفٍ لا يُغذِّي ، كالمثانة والإحليل ، فحيثُ لا يفطر لا يُؤَثر ، وحيث

(1) في (أ) ، (ب) : « وشرب جميعه » بدون كلمة « الصبي » .

(2) زيادة من (أ) .

(3) قال في الروضة (٩ ٥) : « والصحيح - الذي قطع به الأكثرون - أن الاعتبار بصفات اللبن : الطعم ، واللون ، والرائحة ، فإن ظهر منها شيء في المخلوط ، فاللبن غالب ، وإلا فمغلوب » .

(4) أنشر العظم : أي زاد في حجمه وارتفاعه . ويروى : أنشز العظم ، ومعناه : شَدَّ العظم وقوَّاه . والإنشارُ بمعنى الإحياء كما في قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ إذا شاء أنشَرَه ﴾ [عبس : ٢٢] . انظر حاشية أبي داود (٢ / ٥٤٩) طلبة الطلبة (١٠٥) .

(5) وهو حديث رواه أبو داود في سننه (٢ / ٥٤٩) (٦) كتاب « النكاح » (٩) باب « في رضاع الكبير » حديث (٢٠٥٩) ، (٢٠٦٠) عن ابن مسعود (رضي الله عنه) مرفوعًا بلفظ « لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم » ورواه الإمام أحمد في مسنده (١ / ٤٣٢) برقم (٤١١٤) ولفظه « لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشر العظم » ورواه البيهقي في سننه (٧ / ٤٦١) .

يحصل الإفطار ، ففي تحريمِ الرّضاع قولان . وفي السَّعوط طريقان [١] ، منهم مَنْ طرد القولين ، ومنهم من قطع بالحصول ؛ لأن الدماغ له مَجْرًى إلى المعدة ، فينتهي إليها بخلاف الحقنة .

أما الشرط فهو اثنان :

الأول : الوقت ، فلا أَثَر للرضاعِ بعد الحولين عند الشافعي (رضي الله عنه) لقوله ﷺ : « لا رضاع إلا في الحولين » [٢] ولقوله تعالى : ﴿ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ [٣] ولا حكمَ لما بعد التَّمام [٤] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « ثلاثون شهرًا » [٥] ، وقال ابن أبي ليلى :

---

(١) السعوط : ما صُبَّ في الأنف حتى يصل إلى الدماغ . ويقال : أسعطه الدواء : أدخله في أنفه ، فاسْتَعَطَ . انظر : طلبة الطلبة (١٠٥) . المصباح المنير (١ / ٤٢٣) . القاموس المحيط ص (٨٦٥) . المطلع على أبواب المقنع ص (١٤٧)

والمذهب أنه يثبت التحريم إذا صُبَّ في أنفه اللبنُ فوصل دماغَه . الروضة (٩ / ٦) .

(٢) صحيح موقوفًا : رواه الدارقطني في سننه (٤ / ١٧٤) عن ابن عباس ، والبيهقي في سننه الكبرى (٧ / ٤٦٢) ورجَّح الموقوف . ورواه مالك في موطئه موقوفًا أيضًا (٢ / ٤٦٢) بلفظ « ما كان في الحولين - وإن كان مَصَّة - فهو يُحَرِّم » .

ويشهد لمعناه ما رواه البخاري في صحيحه (٩ / ٥٠) (٦٧) كتاب « النكاح » (٢١) باب من قال : « لا رضاع بعد حولين » حديث (٥١٠٢) بإسناده عن عائشة مرفوعًا بلفظ « إنما الرضاعة من المجاعة » . ومعناه كما قال الحافظ ابن حجر : أن الرضاعة التي تثْبت بها الحرمة وتَحِلُّ بها الخلوة ، هي حيث يكون الرضيع طفلا يَسُدّ اللبنُ جوعته ؛ لأن معدته ضعيفة يكفيها اللبن ، ويَنْبت بذلك لحمُه ، فيصير كجزء من المرضعة ... فكأنه قال : « لا رضاعة معتبرة إلا المُغْنِية عن المجاعة أو المطْعِمة من المجاعة » قال الحافظ : ومن شواهده حديثُ ابن مسعود : « لا رضاع إلا ما شد العظم وأنبت اللحم » وحديثُ أم سلمة : « لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام » . فتح الباري (٩ / ٥٢) . وانظر نصب الراية (٣ / ٢١٨ وما بعدها) . قلت : وحديث أم سلمة الذي أورده الحافظ ابن حجر رواه الترمذي في سننه (٣ / ٤٥٨) (١٠) كتاب « الرضاع » (٥) باب « ما ذُكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر دون الحولين » . حديث (١١٥٢) . وقال : هذا حديث حسن صحيح .

(٣) من الآية (٢٣٣) من سورة « البقرة » .

(٤) أي لا حكم للرضاع بعد تمام الحولين .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه لا أثر للرضاع بعد الحولين . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : الوجيز (٢ / ١٠٥) . الروضة (٩ / ٧) . المنهاج (١١٧) . الكافي ص (٢٤٢) . الشرح الكبير (٢ / ٥٠٣) . الشرح الصغير (٢ / ٧٢٠) . الخرشي على مختصر خليل (٤ / ١٧٨) . المبدع (٨ / ١٦٥ . منار السبيل (٢ / ٢٩٢) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أن أثر الرضاع يكون إلى ثلاثين شهرًا . وخالفه صاحباه أبو يوسف =

« ثلاثُ سنين » [١] ، وقال داود : « أبدًا » [٢] وبه قالتْ عائشةُ (رضي الله عنها) [٣] واستدلت / ٢٢١/ب بأن سهلةَ بنتَ سُهَيْلٍ قالتْ : كُنَّا نرى سالمًا ولدًا ، وكان يدخل علينا ، فقال النبيُّ ﷺ : « أَرْضعيه خَمْسَ رَضَعَاتٍ » ففعلتْ ، وكان كبيرًا ، وأبى سائرُ الصحابة ذلك ، وقالوا : « كان ذلك رخصةً لسالم » [٤] .

فرع : لو شككنا في وقوع الرضاع في الحولين ، فيقرب من تقابل الأصلين ؛ إذ الأصلُ بقاءُ الحوليْنِ ، والأصلُ عدمُ التحريم ، والأظهر أنه لا يحرم ؛ فإنه الأصلُ ، كالماسح إذا شَكَّ في انقضاء مدةِ المسحِ [٥] ، قلنا : الأصلُ وجوبُ الغسل لا بقاءُ المدة .

الشرط الثاني : العَدَد . فلا يُحَرِّم إلا خمسُ رضعاتٍ ؛ لقولِ عائشة (رضي الله عنها) : « أُنْزِلَتْ (عَشْرُ رَضَعَاتٍ مُحَرِّماتٌ) فَنُسِخْنَ بخمس رضعات » [٦] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « يحرم برضعة » [٧] ، وقال أبو ثَوْر وابنُ أبي ليلى : « يحصل بثلاثِ رضعات » .

= ومحمد ، فقالا : سنتان . وقال زفر : ثلاث سنين . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٢٠) . المبسوط (٥ / ١٣٦) . الاختيار (٣ / ١١٨) . فتح القدير (٣ / ٤٤١) .

(١) لم أعثر عليه .

(٢) انظر المحلى (١٠ / ٩ ، ١٧) .

(٣) رواه عبد الرزاق بإسناده في مصنفه (٧ / ٤٥٩) برقم (١٣٨٨٥) .

(٤) الحديث رواه البخاري في صحيحه مختصرًا كما في الفتح (٩ / ٣٤) (٦٧) كتاب « النكاح » (١٥) (٢ / ١٠٧٦) (٧) كتاب « الرضاع » (٧) باب « رضاعة الكبير » حديث (١٤٥٣) . وأبو داود (٢ / ٥٤٩) حديث (٢٠٦١) . والنسائي (٦ / ١٠٤) . وابن ماجه (١ / ٦٢٥) حديث (١٩٤٣) .

(٥) يعني في المسح على الخفين .

(٦) الحديث رواه مسلم في صحيحه (٢ / ١٠٧٥) (١٧) كتاب « الرضاع » (٦) باب « التحريم بخمس رضعات » حديث (١٤٥٢) بإسناده عن عائشة قالت : كان فيما أنزل من القرآن : عشرُ رضعاتٍ معلوماتٍ يُحَرِّمْنَ . ثم نُسخن بخمس معلومات ... » ورواه أبو داود (٢ / ٥٥١) حديث (٢٠٦٢) والترمذي (٣ / ٤٥٦) . والنسائي (٦ / ١١٠) . وابن ماجه (١ / ٦٢٥) حديث (١٩٤٢) .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه لا يُحَرِّم إلا خمسُ رضعات . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الوجيز (٢ / ١٠٥) . الروضة (٩ / ٧) . المنهاج ص (١١٧) . المغني لابن قدامة (٧ / ٥٣٦) . زاد المستقنع ص (١١٧) . المبدع (٨ / ١٦٦) منار السبيل (٢ / ٢٩٣) . =

ثم النظر في أمرين :

أحدهما : في التعدُّد . وإنما يتعدّدُ بتخَلُّلِ فَصْلٍ بين الرضعتين ، ويُتَّبع فيه العُرْفُ كموجب اليمين . ولا ينقطع التواصل بأن يلفظَ الصبيُّ الثديَ ، ويَلْهُوَ لحظةً ، ولا بأنْ يتحولَ من ثدي إلى ثدي ؛ لأنَّ ذلك إتمامُ رضعة واحدة ، وإنما ينقطع بالإضراب ساعةً ، والعرفُ هو المحكَّمُ ، وعند الشّكّ الأصلُ نَفْيُ التحريم .

أما إذا حَلَبت [١] اللبنَ دفعةً واحدةً ، وشربَه الصبيُّ في خمسِ رضعاتٍ - فقولان [٢] . الأصح حصولُ العدد ؛ نَظَرًا إلى تَقَطُّع الوصول .

والثاني : أنه ينظر إلى اتحاد الحصول والانفصال .

وإن حُلِبَ [٣] خمس دفعاتٍ ، وتناوله الصبيُّ من إناء واحد دفعةً واحدة [٤] ، فهو رضعةٌ ، فإن تناولَه بدفعات فطريقان :

منهم من قطع بالعدد ؛ لتعدُّد الطرفين [٥] .

ومنهم من قال : اللبنُ في حكم المتَّحد لمّا اختلط .

الأمر الثاني [٦] : أن يتعددَ المرضعُ ويَتَّحِدَ الفحل . كالرجل له خمسُ مستولداتٍ ، أو أربعُ نسوةٍ ومستولدةٌ ، أرضعنَ بلبانِه صغيرةً ، كلُّ واحدةٍ مرةً ، لا تحصل الأُمومةُ . وهل تحصُلُ الأبوةُ للفحل ؟ فيه وجهان مشهوران :

= **ومذهب أبي حنيفة** : أن حكم الرضاع يثبت بقليله وكثيره ولو رضعةً واحدة . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٢٠) . المبسوط (٥ / ١٣٤) . الاختيار (٣ / ١١٧) . الكافي ص (٢٤٢) . الخرشي على مختصر خليل (٤ / ١٧٧) . الشرح الصغير (٢ / ٧٢٠) .

(١) في (أ) ، (ب) : « حُلبَ » . .

(٢) وأظهر القولين أنها رضعةٌ واحدة كما في الروضة (٩ / ٩) خلافًا لما قاله الغزالي (رحمه الله) .

(٣) في (ب) : « وإن حلبت » .

(٤) كلمة : « واحدة » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) والمذهب أنه يعد خمس رضعات ، وبه قطع الجمهور . كذا في الروضة (٩ / ٩) .

(٦) في (أ) : « النظر الثاني » .

أحدهما : أنه لا تحصل ؛ لأنَّ الأمومةَ أصلٌ ، والأبوة تَبَعٌ .

والثاني : تحصل ؛ لأنَّ الأبوةَ أيضًا أصْلٌ ، وقد حصل العددُ في حقِّه [١] .

ولو كان بدلهن خمسُ بناتٍ ، فوجهان مُرَتَّبان ، وأولى بأن لا تحصل [٢] ؛ لأنَّ اللبنَ ليس منه حتى نقول : كأنه المرْضِع وهنَّ كالظّروف لِلَبَنِه [٣] ؛ لأن البنات كبنْتٍ واحدة من وجه ، والأخواتُ كالبناتِ ، وإذا ثبتت الحرمة مع ابنتيه انجرت إليه .

ولو كنَّ مختلِفاتٍ - كأمٍّ ، وأخت وبنت وجدة وزوجة - فالظاهر أنه لا يُحَرِّم ؛ لأن هذا المجموعَ لا يحصل منه قرابةٌ واحدةٌ يُعَبَّر عنها بعبارة . وقيل : يحرم ؛ إذ لو اسْتَتَمَّتْ كلُّ واحدةٍ خمسًا لحرمت .

فرع : يُعْتبر تَخَلُّلُ فَصْلٍ بين رضعاتِ الزوجات ، فلو أرضعْنَ دفعةً واحدة [٤] على التواصُل فوجهان :

أحدهما : أنه يتعدَّدُ ؛ لتعدُّدِ المرْضِع [٥] .

والثاني : أنه يَتَّحد ، كتعدد الثدي من واحدة ؛ لأنَّ الصبيَّ [٦] ارتضع دفعة [واحدة] [٧] . فعلى هذا ، لو عادتْ واحدةٌ وأرضعتْ أربعًا حُرِّم عليها ؛ لأنها كمَّلتِ الخمسَ . وفيه وجهٌ : أنه لا يحرم ؛ لأن الرضعةَ الأُولى لم تُحسَبْ [٨] رضعةً تامةً ، ولو حُسِبَتْ لحصلَ التحريمُ بالمجموع . وهذا ضعيفٌ .

* * *

---

(١) وهذا أصح الوجهين كما ذكره الغزالي في الوجيز (٢ / ١٠٦) . والنووي في المنهاج ص (١١٨) . والروضة (٩ / ١٠) .

(٢) أي لا تحصل الأبوة .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كالظرف للبنه » .

(٤) كلمة : « واحدة » ليست في (ب) .

(٥) وهذا أصح الوجهين كما ذكره في الروضة (٩ / ١٢) . وفي (ب) : « أنه يتعدد بتعدد المرضع » .

(٦) كلمة : « الصبي » ساقطة من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « لم تحتسب » .

الباب الثاني

فيمنْ يَحرم بالرضاع

ويحرم بالرضاع [١] أصولٌ وفروعٌ ، والأصول ثلاثة :

المرضعة [٢] : وهي الأمُّ وزوجُها وهو الأَبُ .

والمرتضعُ : وهو الولدُ ، ومنهم تنتشر الحرمةُ إلى الأطرافِ ، حتى يحرمَ من الرضاعِ ما يحرُمُ من النَّسب .

بيانُه : أنه إذا حَرُمَ على المرتَضِعِ المرضعةُ ، حَرُمَ عليه أُمهاتُها نَسَبًا ورضاعًا ؛ فإنهنَّ جدَّات . وحَرُمَ عليه أَخواتُها نسبًا ورضاعًا ؛ فإنهن خالاتٌ . [٣ ولم تحرم عليه بناتُ أخواتِها ٣] وإخوتِها ؛ فإنهنّ بنات الخالاتِ والأخوالِ [٤] . وحرمت بناتُها عليه نسبًا ورضاعًا ؛ فإنهن أخواتُ المرتضِع [٥ وحرمت أولادُ بناتِ المرضعة ٥] ، قَرُبْنَ أو بَعُدْنَ من النّسب والرضاعِ ؛ فإنه خالُهُنَّ . وكما حرمت المرضعةُ على المرتضِعِ ، حرمت على أولاده من النسب والرضاع ؛ فإنهم حوافدها ، ولم تحرم على أبِ المرتضع ، فلو تزوج بها أبوه فكأنه تزوَّج بأُمِّ الابنِ ، ولا مَنْعَ منه . ولو تزوج أخوه بها فلا مَنْعَ ، وكأنه تزوج بأُمّ الأخِ وهو جائزٌ ، وإنما لا يجوز في النسب ؛ لأنها زوجةُ الأبِ [٦] ، وذلك حرامٌ بحكم المصاهرة .

وهذا القياسُ بعينِه جَارٍ بين المرتضِع والفحل ، فإذا كان هو للمرتضِع أَبًا : فأبوه جَدٌّ ، وأخوه عمٌّ ، وابنُه أَخٌ ، وعلى هذا / القياسُ . ٢٢٢/أ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ويحرم من الرضاع » .

(٢) ساقطة من (ب) .

(٣) في (أ) : « ولم تحرم بناتُ أخواتها » .

(٤) في (أ) : « فإنهن بنات الأخوال والخالات » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وحرمتْ بناتُ بناتِ المرضعة » .

(٦) أي لأنها زوجة أبيه .

والأصلُ في الفحل أن عائشة (رضي الله عنها) احتجبت من « أفلح »(١) فقال ﷺ : « لِيَلجْ عليكِ فإنّه عَمُّكِ »(٢) وكانت قد ارتضعت من زوجة أخيه .

ولا يخالف الرضاعُ النَّسبَ إلا في أُمِّ الأخِ من الرضاع ، وأُمِّ الابنِ من الرضاع ؛ فإنهما لا يَحْرُمَانِ من الرضاع ، وإنما يحرمان من النّسب ؛ للمصاهرةِ والزوجيّةِ(٣) .

* * *

(١) هو أفلح أخو أبي القعيس ، صحابي جليل وهو عم عائشة (رضي الله عنها) من الرضاع ، وكنيته أبو الجعد . انظر تهذيب الأسماء واللغات (١ / ١٢٤) .

(٢) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٩ / ٢٤٩) كما في الفتح (٦٧) كتاب « النكاح » (١١٧) باب « ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء في الرضاع » حديث (٥٢٣٩) بإسناده عن عائشة (رضي الله عنها) قالت : جاء عمي من الرضاعة ، فاستأذن عليّ ، فأَبَيْتُ أن آذن له حتى أسأل رسول اللّه فجاء رسول الله ﷺ فسألتُه عن ذلك ، فقال : إنه عمك ؛ فَأْذَني له ، فقالت : يا رسول، إنما أرضعتني المرأةُ ولم يُرْضِعْني الرجلُ ، فقال رسول الله ﷺ : إنه عمك فَلْيَلِجْ عليكِ » قالت عائشة : وذلك بعد أن ضُرِبَ علينا الحجاب » . ورواه مسلم (٢ / ١٠٦٩) (١٧) كتاب « الرضاع » (٢) باب « تحريم الرضاعة من ماء الفحل » حديث (١٤٤٥) . ورواه أبو داود (٢ / ٥٤٧) حديث (٦ / ٩٩) . وابن ماجه (١ / ٦٢٧) حديث (١٩٤٨) جميعًا من طرق عن عروة بن الزبير عن عائشة مرفوعًا .

(٣) في (أ) : « بالمصاهرة والزوجية » .

فصل
في مسائل تتعلَّق بالفحل خاصةً

فنقول : إنما تثبت الحرمةُ من الفحل إذا أرضعتْ بلبانه [1] ونُسِب اللبن : يُنْسَب الولد إليه [1] ، وكلُّ ولدٍ مَنْفِيٍّ عنه فاللبنُ الحاصلُ بسببهِ مَنْفِيٌّ [2] عنه كولد الزّنا [3] ، والولدِ المنفيِّ باللِّعان [4] .

وأما لبنُ المولود من وطء الشبهة ، فالصحيحُ أنه منسوبٌ [إليه] [5] كالولد ، وقد نُقِلَ فيه قولٌ ، ووجهُه أن النسبَ يثبت للضرورة ، ولا ضرورةَ في الرضاع ، وكذا طردوا هذا القولَ في الصِّهْر .

فرعان

أحدهما : أنه لو وُطِئَتِ المنكوحةُ بالشبهةِ ،وأتتْ بولدٍ بحيث يُعْرض على القائف ، وفَرَّعْنَا على الصحيح في ثبوت الرضاع بوطء الشبهة : فالرضاعُ تَبَعٌ للنسبِ ، فإذا أرضعتْ صغيرًا ، فهو ولدُ مَنْ أَلْحق القائفُ به المولودَ [6] . فإن لم يكن قائفٌ ، وبلغ المولودُ ، وانتسب إلى أحدِهما : تَبِعَه المرتضِعُ في الرضاع . فإن مات قبل الانتساب ففي الرضيع ثلاثةُ أقوال :

أحدها : أنه ينتسب بنفسه كالولدِ [لأنه تابع ، والآن مات المتبوعُ فقام مقامه] [7] ولكن هو ينتسب عند عدم الولد .

---

(١) في (أ) : « ونُسِبَ اللبنُ إليه – نسب الولد » وهو أوضح .

(٢) في (أ) ، (ب) : « منتفٍ » .

(٣) يعني إذا زنا بامرأة ، ووضعت ، فنزل اللبن ، ورضعت طفلة من هذا اللبن ، فلا تحرم على الزاني ؛ لأنها ليست ابنة له من الرضاع ، ولا تحرم على ابنه ؛ لأنها ليست أخته رضاعًا ، فلا حرمة لماء الزاني ولا للبنٍ نزل بسبب الزنا .

(٤) في (أ) : « والولد المنتفي باللعان » .

(٥) زيادة من (أ) ، والضمير في قوله : « إليه » يرجع إلى الواطيء .

(٦) وهو إما زوجُ الموطوءةِ بالشبهة ، وإما الواطيء نفسه .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

والثاني : أنه لا ينتسب ؛ لأن الولد يَبْني [١] على مَيْلٍ في الطبع تقتضيه الخلقةُ ، وذلك لا يتحقق في الرضاع ، فعلى هذا ، نَسَبُه في الرضاع مُبْهَمٌ بينهما ، فيحرم عليه مواصلتُهما جميعًا [٢] ، وهذا هو الأصحّ .

والثالث : أنّ الأمر موقوفٌ ، والحرمة قائمة ، وعليه أن لا يُوَاصِلَهما جميعًا ، ولكنْ له مواصلةُ أحدِهما ، وإذا فعل ، تعينَّ ، ولم يَجُزْ له بعد ذلك مواصلةُ الثّاني وإن طلثق الأول . وفيه وجهٌ : أن له مواصلةَ الثّاني مهما طلق الأول ، وإنما يحرم عليه الجمعُ ؛ لأنه يُتيقَّنُ التحريم [٣] عند الجمع ، لا عند الإفراد . وفي المسألة قول خر : أنه يثبت نَسَبُه في الرضاع [٤] منهما ؛ لأنه يُحمل أبوانِ من الرضاع ، ولا يُحْمل من النسب . وهذا ضعيفٌ ، إلا أن يُرَاد به شمول التحريم ، وذلك صحيحٌ .

الفرع الثاني : إذا طلَّق زوجتَه ، ولبنُها دَارٌّ ، فهو منسوبٌ إليه أبدًا . وكذلك لو انقطعَ وعادَ ، ما لم تضعْ حملًا من واطيءِ آخرَ . وقيل : إنه يتقدَّر بأربع سنين ، وهو أَقْصى مُدة الحمل . وهو فاسد ؛ لأن اللبنَ لا تتقدّر مُدّتُه . ومهما وضعتْ حملًا من واطيءٍ لخر شبهةٍ ، أو نكاحٍ : انقطعَ نِسْبةُ اللبن عنه ، أما في مدة الحمل في النكاح الثاني ، فهو منسوبٌ إلى الأول إن قال أهلُ البَصَر [٥] : لم يدخل وقتُ دُرورِ اللبنِ من الثاني . فإن قالوا : دَخَلَ ، ففيه نَظَرٌ .

فإن كان اللبنُ لا ينقطع ففيه ثلاثةُ أقوالٍ :

أحدهما : أنه للأول استصحابًا [٦] .

والثاني : أنه لهما .

والثالث : أنه إنْ زاد اللبن فلهما ، وإلا فهو للأوّل .

---

(١) أي يبني انتسابه .

(٢) وعليه ، فإن كان هذا الرضيع ذكرًا ، لم يَجُزْ له نكاحُ ابنة أحدهما ؛ لأنا نقطع أنه أخٌ لإحداهما ، وذلك عند تحقُّقِ الانحصار فيهما .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأنه يتحقق التحريم ... » .

(٤) في (ب) : « من الرضاع » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أهل البصيرة » .

(٦) وهذا القول هو المشهور في المذهب كما في الروضة (٩ / ١٩) .

وأما إذا كان قد انقطعَ وعادَ بالحمل ، فثلاثةُ أقوالٍ :

أحدهما : أنه للأول ؛ إذ لم يَطْرأْ قاطعٌ معلومٌ ؛ فلا نُبالي بقولِ أهل البصر : إنَّ ذلك جائزٌ ، ولا بانقطاع اللبن [١] .

والثاني : أنه للثاني ؛ لأن الحمل ناسخٌ .

والثالث : أنه لهما جميعًا . [والله أعلم] [٢] .

* * *

---

(١) أي ولا نبالي أيضًا بانقطاع اللبن .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

الباب الثالث

في بيان الرضاعِ القاطعِ للنكاحِ وحكمِ الغُرْم فيه

ويشتمل هذا البابُ على غوامضِ الكتابِ ، ولابُدَّ من تقديمِ أصلين :

أحدهما : في الغُرْم .

والثاني : في التفاف المصاهرةِ بالرضاع .

الأول : في الغرم :

فإذا كان تحتَه صغيرةٌ ، فأرضعتْها أُمُّه [1] ، أو امرأتُه بلبانهِ ، حرمت زوجتُه الصغيرةُ ، وانقطعَ النكاحُ ، وعلى الزوج نِصْفُ المسمّى قبل المسيس وجميعه - حيث ينقطع النكاح بمثله [2] - بعد المسيس . وأما المرضعة فقد فَوَّتتْ ملكَ النكاح عليه فلابُدَّ وأن تغرم . وقد نَصَّ الشافعي (رضي الله عنه) « أن عليها قبل المسيس نصف مهر المثل » [3] . ونَصَّ في شهود الطلاق - إذا رجعوا - « أنهم يغرمون جميع مهر المثل » ، فقيل : قولان في المسألتين بالنقل والتخريج ، ينظر في أحدهما إلى أنّ المستقِرَّ هو النصفُ ، وفي الثاني - وهو الأصح - أنّ المِلْكَ بكمالِه مُسْتقرٌ ، وإنما يسقط الشَّطْرُ بالطلاق فيجبُ جميعُ المهرِ . ومنهم مَنْ فَرَّق بأن الشهودَ لم يَقْطعوا - باطنًا - مِلْكَه [4] وإنما أوقعوا حيلولةً ، والإرضاعُ قطعَ النكاحَ ، والقطعُ قبل المسيس لا يُوجِبُ إلا النِّصفَ . ومنهم من أقَرَّ النّصّ [5] في الشهودِ ، وخرَّجَ منه قولًا إلى الرضاع أنه يجب التمامُ ، وهو مُتَّجهٌ في القياس . وذكر بعض أصحابنا قولينْ آخريْن :

أحدهما : أنه يغرم نِصفَ المسمَّى ؛ لأنه الذي فات على الزوج مُتَقَوَّمًا ، أما البضعُ فلا

---

(١) في الأصل : « أمته » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) قوله : « حيث ينقطع النكاح بمثله » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) انظر الأم (٥ / ٣٢) . مختصر المزني ص (٢٢٨) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لم يقطعوا باطنَ ملكِه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « النصين » .

يُتَقَوَّم [١] ، وهو مذهبُ أبي حنيفة (رحمه الله) [٢] .

والثاني : كمال المسمى ؛ لأنه الذي بذل الزوج ؛ إذ التشطير / خاصية الزوج . ٢٢٢/ب

وفي الشهود قول خامس : أنّ الزوجَ إن كان بذل كمالَ المسمى ، وَجَبَ كمالُ المسمّى ؛ لأن الزوجَ مُنْكِرٌ للطلاق [٣] ، فلا يُمْكِنُه استردادُ شَطْرِ المسمى .

أما إذا جرى بعد المسيس بأن كان تحته كبيرةٌ وصغيرةٌ ، فأرضعتْ أمُّ الكبيرةِ الصغيرةَ ، [٤] حتى صارَتَا أُختين فحرم جميعهما ، اندفعا على الصحيح [٤] ، وفيما تغرم لأجلِ الكبيرةِ المسوسة قولان :

الصحيح المقطوعُ به : أنها تغرم كمالَ مهرِ المثل .

والثاني : أنها لا تغرم شيئًا ؛ لأنّ الزوجَ بالوطءِ استوفى ما يقابلُ المهرَ ، وكذلك [٥] إذا ارْتدَّتْ بعد المسيس ، لم تغرم شيئًا .

وهذا كلُّه إذا كان الرضاعُ منها قَصْدًا ، فلو كانتِ المرضعةُ نائمةً ، فدبَّتْ [٦] الصغيرة إليها ، وامتصَّتْ ، فالفسخُ محالٌ على الصغيرة حتى يسقط كمال المسمى ، ولا تغرم المرضعةُ لعدمِ القصدِ .

ولا خلافَ في أنَّ فِعْلَها في الارتضاع [٧] لا يُعتبر مهما كانت المرضعةُ قاصدةً ، بل يُحَال على جانب المرضعة . وذكر الشيخ أبو عليّ في النائمة وجهين آخرين :

أحدهما : أنه يُحَال على المرضعة ؛ لأنها صاحبةُ اللبنِ فتنسب إليه [٨] . وهذا ضعيفٌ .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فلا يُقوّم » .

(٢) انظر : المبسوط (٥ / ١٤١ وما بعدها) . الهداية (١ / ٢٤٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « منكر الطلاق » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « حتى صارتا أختين ، حرمتا جميعا ، واندفعتا على الصحيح » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ولذلك » .

(٦) في (أ) : « فَدَنَتْ » .

(٧) في (أ) : « الإرضاع » .

(٨) في (أ) : « فينسب إليها » .

والثاني : أنها لا تغرم ؛ لأنها لم تَقْصِد ، وتستحقُّ الصغيرةُ نِصْفَ المسمى ؛ إذ لا عِبْرَة بفعلها .

أما إذا قطرت قطرة من اللبن ، فَطَيَّرها الريحُ إلى فمِ الصغيرة [١] ، فلا غُرْمَ على صاحبةِ اللبن ، والصغيرةُ تستحقُّ شَطْرَ المهر ؛ إذْ لا فعلَ لها ، ويرجع وجهٌ في النظر إلى صاحبة اللبن .

الأصل الثاني [٢] : في التفاف المصاهرة بِالرّضاع .

فنقول : إذا أرضعت [امرأة] [٣] صبيةً ، فنكحَ الصبيةَ رجلٌ : حَرُمَ عليه المرضِعةُ ؛ لأنها أمُّ زوجتِه ، والأمومةُ سابقةٌ على الزوجيّة . فلو نكح صبية وأبانها ، فأرضعتْها كبيرةٌ : حرمتِ الكبيرةُ على المطلِّق ؛ لأنها صارتْ أُمَّ صغيرة كانتْ زوجتَه ، ⁽⁴ إذ لا يُنْظر إلى التاريخ والتقديم والتأخير ⁴⁾ ، وهذا متفق عليه . ⁽⁵ والمطلقة أو المستولدة إذا نكحتْ صغيرًا ، ثم أرضعته بلبان الزوج أو السيد : حرما على المطلِّق والسيد ؛ لأن الرضيع صار ابنًا ، وهي كانت زوجته قبل أن صار ابنًا ⁵⁾ [فصارتا أم الزوجة] [٦] .

وكذلك لو نكح زيدٌ كبيرةً ، وعمرو صغيرةً ، ثم طلَّقاهما [٧] ، ونكح كلٌّ واحدٍ زوجةَ صاحبهِ ، فأرضعتِ الكبيرةُ الصغيرةَ : حَرُمَت الكبيرةُ عليهما ، لأنها صارتْ أُمَّ صغيرةٍ هي زوجتهما . وأَمَّا الصغيرةُ ، فإن لم يكن زيدٌ قد دخل بالكبيرة لمَّا كانتْ تحتَه - فنكاحُ الصغيرةِ باقٍ ؛ لأنها صارتْ ربيبةَ امرأة لم يدخلْ بها . فإن كان قد دخل بالكبيرة حرمتِ الصغيرةُ ، وانفسخ النّكاحُ ؛ لأنها ربيبةُ مَدْخُولٍ بها .

فإن تمهَّد [٨] هذان الأصلانِ انْشَعَبَ منهما [٩] صُوَرٌ :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الصبية » .

(٢) في الأصل : «الفصل الثاني » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « إذ لا ينظر في التقديم والتأخير » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « والمطلقة والمستولدة إذا أرضعتا بلبان الزوج - أو السيد - صغيرة ، كان قد نكحها الزوج - أو السيد - حرمتا على المطلّق والسيد ؛ لأن الرضيع صارت بنتا ، وكانت زوجته قبل أن صارت بنتا » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ثم طَلَّقَا » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « فإذا تمهَّد » .

(٩) في (أ) : « منها » .

الصورة الأولى [(١)] : إذا كان تحته صغيرةٌ وكبيرةٌ ، فأرضعت الكبيرةُ الصغيرةَ بلبان الزوج : حَرُمَتَا عليه على التَّأبيد ؛ لأنّ الكبيرة صارتْ أُمَّ الزوجةِ ، والصغيرة صارتْ وَلَدَ الزوجِ . فإن أرضعتْها بلبان غيره ، وكان بعد الدخول بالكبيرة [(٢)] : حَرُمَتَا على التأبيد ؛ لأن الكبيرةَ صارتْ أمَّ الزوجةِ ، والصغيرةَ ربيبة مدخولٍ بها . وإن كان قبل الدخول حرمت الكبيرةُ مؤبدةً ؛ لما سبق ، وانفسخ نكاحُ الصغيرة ؛ لأنها اجتمعت مع الأمِّ في النكاحِ . ولا يَحْرم تجديدُ نكاحِها ؛ لأنّها ربيبةُ غيرِ مدخولٍ بها . أما الغرم فإنْ ظهر فعلُها [(٣)] ، يسقط مهرها قبل الدخول ، وغُرْمُ مهرِ الصغيرةِ كما سبق .

الصورة الثانية : لو كان تحته كبيرةٌ [(٤)] ، وثلاثُ صِغار ، فأرضعتْهنَّ [(٥)] دفعةً ، بأنْ حلبت اللبن فأوجرتهنَّ دفعةً : حرمت هي على التَّأْبيد ؛ لأنّها أُمُّ زوجاتِه ، وانفسخَ نكاحُ الصِّغار لمعْنَيَيْن :

أحدهما : ثُبوتُ الأُخوّة بينهنَّ .

والثاني : اجتماعُهن مع الأُمِّ في النكاح .

ولم يَحْرُمْنَ مؤبّدًا ؛ لأن تحريمهنَّ بسبب الاجتماع ، ولكنْ بشرط أن لا يكون الارتضاع بلبان الزوجِ [(٦)] وأن يكون قبل دخوله بالكبيرة حتى لا يَصْرِنَ ربائبَ مدخولٍ بها .

وإن أرضعت الأُولَيَيْنِ ، ثم الثالثةَ : انفسخَ نكاحُها مع الأُولِيين ، ولم ينفسخْ نكاحُ الثالثة ؛ إذْ لم يَبْقَ في نكاحه امرأةٌ حتى يمتنع الاجتماعُ . فلو أرضعتْ واحدةً فواحدةً على الترتيب ، انفسخ نكاحُ الكبرى مع الأولى ، ولم ينفسخْ نكاحُ الثانية في الحال . وهل ينفسخ مع نكاح الثالثة وقد أرضعتْها وتحته الصغيرةُ الثانية ؟ فيه قولان :

---

(١) في الأصل « الأولى » بدون كلمة « الصورة » ، وهي ثابتة في (أ) ، (ب) .

(٢) قوله : « بالكبيرة » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فإن ظهر بفعلها » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لو كان تحته صغيرة » وهو خطأ .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فأرضعت » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولكن بشرط أن يكون الإرضاع لا بلبان الزوج » .

أحدهما : نعم ، وهو القياس ؛ لأنهما أُختان ، فليستْ إحداهما بالاندفاع أولى من الأخرى .

والثاني : أنه تختصُّ الثالثةُ باندفاع نكاحها ؛ لأنَّ سبب الجمع وُجِدَ بإرضاعها .

وكذلك لو أرضعتْ أجنبيةٌ صغيرتَيْنِ تحتَ زوج واحد على التَّوالي : اندفع نكاحُ الثانيةِ ، وفي الأُولى قولان (١) .

وكذلك لو أرضعتْ أمٌّ إحدى الصغيرتين الأخرى ، انفسخ نكاح / المرتضعةِ ، وفي الأخرى القولان ، والأصحُّ في الكلِّ التدافعُ ، وهو اختيارُ المزني (رحمه الله) (٢) . ٢١٧/أ

ولو كان تحته أربعٌ صغار ، فجاء ثلاثُ خالاتٍ للزوج من جهة الأَبِ والأُمِّ ، وأرضعتْ كلُّ واحدةٍ واحدةً : لم ينفسخ نكاحهن ؛ لأنهنّ صِرْنَ بناتِ الخالات . فلو جاءت بعد ذلك أُمُّ أُمِّ الزوج ، أو امرأةُ أَبِ لأُمِّ الزوج (٣) ، وارتضعت الرابعة (٤) : حرمت هي مؤبَّدًا ؛ لأنها صارتْ خالةً للزوج ، وصارتْ خالةً للصغائرِ الثّلاث ؛ إذ صارتْ أختًا للخالةِ التي أرضعتْهُنَّ – وأُخْتُ الخالةِ خالةٌ – فينفسخ نكاحُها ، وفي انفساخ نكاح الثلاث – وهي بناتُ أختها (٥) ، وقد اجتمعنَ في النكاح معها – قولان ؛ لأن سببَ الجمعِ محقَّقٌ منها .

المسألة بحالها : لو كانتِ (٦) الخالاتُ متفرِّقاتٍ ، إحداهن للأَبِ والأُخرى للأُمِّ (٧) ، والأُخرى للأَبِ والأمِّ ، وجاءتْ أُمُّ أُمِّ الزوجِ ، وارتضعت الرابعة (٨) : انفسخَ نكاحها ، وأَمَّا الصغائرُ الثلاثُ ، فالتي أَرْضعتها الخالةُ للأَبِ لا ينفسخُ نكاحُها ؛ لأنَّ الخؤولةَ للرابعةِ حَصَلَتْ من جهةِ أُمِّ أُمِّ الزوجِ ، والخالةُ للأَبِ لا تَتَّصل بها .

المسألة بحالها : لو جاءت امرأةُ أَبِ أُمِّ الزوجِ ، وأرضعتْ الرابعةَ بلبانِ أَبِ أُمِّ الزوج : ينفسخُ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وفي الأولى القولان .. » .

(٢) انظر مختصر المزني ص (٢٢٨) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو امرأة أبِ أمّ الزوج » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وأرضعت الرابعة » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وهن بنات أختها » .

(٦) في (أ) : « لو كان » .

(٧) قوله : « والأخرى للأم » ساقط من (ب) .

(٨) في (ب) : « وأرضعت الرابعة » .

نكاحُها ؛ لأنها صارتْ خالةَ الزوجِ للأَبِ . وهل ينفسخ نكاحُ الثلاث ؟ أَمَّا التي أرضعتْها الخالةُ للأَبِ ، أو للأَبِ والأُمِّ ، ففي انفساخ نكاحها قولان ، ولا ينفسخُ نكاحُ التي أرضعتْها الخالةُ للأُمِّ ؛ لأنها أجنبيَّةٌ منها ؛ لأن الخؤولةَ ثبتت لها من جهةِ أَبِ أُمِّ الزوجِ ، وهي خالةٌ من جهةِ أُمِّ أُمِّ الزوجِ ، ويخرج على هذه القاعدة ثلاثُ عَمّاتٍ مجتمِعاتٍ أو متفرِّقات ، وفُرِضَ إرضاعُ الرابعةِ من أُمِّ أَبِ الزوجِ ، أو امرأةِ أبِ أَبِ الزوجِ .

الصورة الثالثة : تحته كبيرةٌ وثلاثٌ صغائر ، وللكبيرةِ ثلاثُ بناتٍ كبارٍ ، فأرضعتْ كلُّ بنتٍ كبيرةٍ [للكبيرة] [1] صغيرةً ؟ فإن كان بعد الدخول ، حَرُمت الكبيرةُ مؤبَّدًا ؛ لأنها صارتْ جَدَّةً للصغائر [2] ، وحَرُمَت الصغائرُ مؤبَّدًا ؛ لأنهنّ ربائبُ مَدْخولٍ بها . وإن كان قبل الدخول ، انفسخَ نكاحُهُنَّ ، ولم يَحْرُمْ على التَّأبيد إلا الكبيرةُ ؛ فإنها أُمُّ الزوجات ، وإنما ينفسخُ إذا جرى الإرضاع دفعةً من غير توالٍ [3] ، وإنْ جَرَى على التَّوالي انفسخ نكاح الأُولى مع الأُمِّ ، ولا ينفسخُ نكاحُ الثانيةِ والثالثةِ .

فإن حلبن اللبن في ظَرْف واحد وأرْضَعْنَ دفعةً : اندفع نكاح الكلِّ ، والمرضِعَاتُ يشتركْنَ في غرامة مهور الصغائر في هذه الصورة ؛ لامتزاج اللبن .وإن انفردَتْ كلُّ واحدة بالإرضاع معًا : انفردتْ كلُّ واحدةٍ بغرامة مهرها ، واشتركنَ في غرامة مهر الكبيرة ؛ إذْ كُلُّ واحدة أَتَتْ بعِلَّة كاملة في دفع نكاحها .

الصورة الرابعة : نَكحَ كبيرتَيْنِ وصَغيرتَيْنِ ، فأرضعت كبيرةٌ بلبانه الصغيرتيْنِ على الترتيب ، وكذلك فعلت الكبيرة الثانية – حرمت الكبيرتان والصغيرتان على الأبَد ، غيْرَ أَنَّ الكبيرةَ لما أرضعت الصغيرة الأُولى ، أفسدتْ نكاحَ نَفْسِها ونكاحَ تلك الصغيرة ؛ لأنها صارتْ أُمَّ الزوجة ، وصارت الصغيرةُ بِنْتًا ، ولما أرضعتِ الثانيةَفَسَدَ نكاحُ الثانيةِ ؛ لأَنّها أيضًا صارتْ [4] بِنْتًا ، فسقطَ مَهْرُ الكبيرةِ إنْ كان قبل الدخول ، وتغرم مَهْرَ الصغيرتين كما سبق . وأما الكبيرةُ

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (ب) : « جدة الصغائر » .

(٣) في الأصل : « من غير توالي » والصواب « توالٍ » .

(٤) في (أ) : « لأنها صارت أيضًا » .

الثانيةُ فلم تُفْسِدْ إلا نكاحَ نفسِها ، فلا مَهْرَ لها ، ولا شيءَ عليها .

أما إذا لم يكن بلبانِ الزوجِ ، فلا تصير الصغيرةُ بنتًا ، بل ربيبةً ، فلا يخفى حكمها قبل الدخول وبعده . (1) وحكم الآية قائمٌ بالإجماع قبل الدخول (1) .

* * *

(١) في (أ) : « وحكم الاندفاع بالإجماع قبل الدخول » .

الباب الرابع
في النِّزاع

والنَّظَر في الدَّعْوى ، والحلفِ ، والشهادةِ :

أما الدعوى : فإن توافقا على الرضاع ، حُكِمَ باندفاعِ النّكاحِ ، ولا يَجِبُ إلا مهرُ المثل إنْ جرى مَسيسٌ . وإن ادَّعى أحدُهما قُضِيَ بموجبِ قولِه فيما عليه ، وطُولِبَ بالبيّنةِ فيما لَهُ . فإن [ادَّعى][1] الزوجُ ، اندفعَ النّكاحُ ولم يَسْقط مَهْرُها بقوله . وإن ادَّعَتِ المرأةُ سقَطَ مهرُها إن لم تكنْ قَبضَتْ ، وإن جرى القبضُ ، فلا يَقْدِرُ الزوجُ على الاسترداد ؛ لأنه مُنْكِرٌ للرضاع .

أما التحليفُ : فالمنْكِر يحلف على نَفْيِ العلم بجريان الرّضاع ؛ لأن الرضاع فِعْلُ الغير ، ولا نَظَرَ إلى فعلها في الإرضاع[2] ؛ لأنها كانتْ صغيرةً . فإن نَكَلَتْ حلفَ الزوجُ على البَتِّ بجريانِ الرضاع . وقال القَفال : « يحلف على العلمِ بجريانِ الرضاع لِتُطَابِقَ اليمينُ المردودةُ يمينَها على الضِّدِّ » والصحيحُ أنّ ذلك ذَكَرَه على سبيل الاستحباب ، وإلّا فإذا حلف على الرضاع جزمًا ، كَفَى .

أما الشهادة : فلها طرفان[3] :

الأول : عددُ الشهود وصِفَتُهم ، فلابد / من أربعِ نسوةٍ . وقال مالك (رحمه الله) : « يكفي اثنتان » . ٢٢٣/ب وتُقْبَلُ شهادةُ النّسوةِ وَحْدَهُن ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « لابُدَّ من رجلين أو رجل وامرأتين[4] » .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) : « الارتضاع » .

(٣) في الأصل : « فلها أطراف » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) **مذهب الشافعية :** أنه لابد من شهادة أربع نسوة في إثبات الرضاع . انظر : الوجيز (٢ / ١٠٩) . الروضة (٩ / ٦) . الغاية (٢ / ٨٦٥) .

ومذهب الحنفية : أنه لا تقبل شهادة النساء منفردات في الرضاع ، ويثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

ومذهب المالكية : أنه يكفي لإثبات الرضاع شهادة امرأتين ، ويثبت عندهم أيضًا بشهادة رجل مع امرأة .

انظر : تفصيل المذهب في : الكافي ص (٤٧٠) . القوانين الفقهية (٢١٢) . حاشية الدسوقي (٢ / ٥٠٧) . الخرشي على مختصر خليل (٤ / ١٨٢) .

=

ولو شهدت أُمُّ المرأة وابنتُها ، لم تُقْبَلْ إن كانتْ هي المدَّعيةَ ، وإن كانت منكرةً قُبِلَ عليها .

ولو ابتدأ الشهادةَ (١) مِن غير دعوى على سبيل الحِسْبة ، قُبِلَ ؛ إذْ ربما تكونُ عليها ، وربما تكونُ لها ، وشهادةُ الحسبة تُقْبل في الرضاع كما في الطلاق . وتُقبل شهادةُ المرضعة وإن شهدتْ على فعلها ؛ إذ ليس تَقْصِدُ إثباتَ الفعل ، بل وصولَ اللبن ، إلا إذا كان غَرَضُها الأُجْرةَ ، فلا تُقْبل ، وقال الفُوراني : لو شهدتْ على أنها ارتضعت مِنِّي ، قُبِلَ (٢) . ولو قالتْ : « أشهد أنِّي أرضعتُها » فلا تُقبل ؛ لفسادِ الصيغة .

الطرف الثاني : في التحمّل . ويحصل ذلك بأنْ يُشَاهِدَ الصغير قد التقم الثدي وهو يتجرع ، (٣ وتتحركُ حنجرته مستَجِرًّا ٣) حركة يحصل له [بها] (٤) علمٌ بوصول اللبن إلى جوفه مِنْ قرينة الحال . والظَّنُّ الغالبُ كالعلم [كما] (٥) في الشهادة على الملك ، ولكن عند أداء الشهادة ينبغي أن يجزم القولَ بأنَّ بينهما رضاعًا مُحَرِّمًا . فإن شهدَ على الإرضاع فليذكرْ شرائطَه من الوقتِ والعدد وهل يجبُ ذِكْرُ وصول اللبن إلى الجوف ؟ فيه خلافٌ (٦) .

ولا شكَّ في أن القاضي لو استفصل فعليه ذلك ، ولكن لو مات الشاهدُ قَبْلَ التفصيلِ ، فهل للقاضي التوقُّفُ ؟ فيه وجهان . ومَنِ اكتفى بدونِ ذلك ، عَلَّل بأنَّ الوصولَ إلى الجوفِ لا يُرَى ، بخلافِ وُلُوجِ الآلةِ في الزنا ، فإنه يُرَى . ولا خلافَ في أنّه لو حَكَى القرائنَ التي شاهدها في الرضاع ، لم يُقْبَلْ إن كان ذلك مُسْتند علْمِه .

= ومذهب الحنابلة : أنه يكفي لإثبات الرضاع شهادة امرأة واحدة ، وذلك إذا كانت مَرْضِيَّةً في دينها ، وسواء كانت متبرعة بالرضاع أم بأجرة . وظاهر المذهب أنه سواء شهدت على فِعْل نفسِها أو على فِعْلِ غيرها . وعن أحمد رواية : أنه لا يقبل إلا شهادة امرأتين ، وعنه رواية ثالثة : أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة ، وتُسْتحلف مع شهادتها .

انظر : المغني لابن قدامة (٧ / ٥٥٨) . المبدع (٨ / ١٨٠) . منار السبيل (٢ / ٢٩٥) .

(١) في (أ) ، (ب) : « ولو ابتدأت الشهادة » .
(٢) في (أ) : « قُبلت » .
(٣) في (أ) : « ويتحرك حركتَه مُسْتَجِرًّا » .
(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) فيه وجهان ، أصحهما : نعم ، وبه قطع المتولي وغيره ، كما يشترط ذكر الإيلاج .

كِتَابُ النَّفَقَاتِ

والأسبابُ الموجبة للنفقات [1] ثلاثةٌ :

الزوجية .

والقرابة .

ومِلْكُ اليمينِ .

---

(١) في (أ) : « للنفقة » .

السبب الأول

الزوجية

ويجب على الزوج النفقةُ بالاتفاق ، وهي خمسةُ أشياء : الطعامُ ، والإدامُ [1] ، والكسوةُ والسُّكْنى ، وآلةُ التنظيف ، كالمشْط والدّهن ، والخادم إن كانت ممن تُخْدم .

ثم الخادم [2] تستحق الطعام والأُدْم والسُّكنى والكسوة ، وتستحق الخفَّ ؛ لتردُّدِها في الخروج . والمرأةُ لا تستحقُّ الخفَّ بل المِكْعَب [3] للتردد في المسكن .

ولا تستحقُّ الخادمةُ آلةَ التنظيف . ولا تستحق الزوجةُ المعالجةَ بالداء [4] ، والفَصْد ، والحجامة .

وشرحُ هذه الأمور - مع مُسْقِطات النفقة - في ثلاثةِ أبواب :

---

(١) الإدام : ما يُؤتدم به ، مائعًا كان أو جامدًا . وجمعُه : أُدْم ، بضم الدال وقد تسكن تخفيفًا . انظر : أساس البلاغة ص (٤) . المصباح المنير (١ / ١٧) . القاموس المحيط ص (١٣٨٨ وما بعدها) مادة (أ د م) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ثم الخادمة » وكلاهما صحيح . انظر القاموس ص (١٤٢١) .

(٣) المِكْعب بوزن مِقْوَد : هو المداس لا يبلغ الكعبين ، وهو كلمة غير عربية . انظر المصباح المنير (٢ / ٨٢٤) .

(٤) في (أ) : « بالدواء » .

البَابُ الأوَّل

في قَدْرِ النَّفَقة ، وكَيْفِيّة الإنْفَاق

وشَرْحُه في فصلين :

الفَصْلُ الأوَّل

في المقدار

والكلام في هذه الأشياء المذكورة ، وهي ستة [أشياء] [١]:

الواجب الأول : هو الطعام . وهو مُدٌّ [٢] على المعْسِر ، ومُدَّانِ على الموسِر ، ومُدٌّ ونصف على المتوسط . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : إنه لا يُقَدَّر ، بل الواجب قَدْرُ الكفاية ، كنفقة القريب [٣] . ونقل الشيخُ أبو محمد قولًا غريبًا على موافقته . ونقل صاحبُ « التقريب » [قولًا] [٤] أن الزيادة على المدّ لامردَّ له ، فهو إلى فرض القاضي . والمذهبُ : هو الأول ، ومستندُه : أن اعتبار الكفاية لا يصح ، مع أنها تستحقّ في يوم مرضها وشبعها . فإذا بطلت

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) المدّ : وهو يساوي خمسمائة وثلاثة وأربعين جرامًا . انظر معجم لغة الفقهاء ص (٤٥٠) . .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن الواجب من قوت المرأة على زوجها مقدرٌ ، وذلك بحسب حال الزوج وحده ، وهو مُدَّان على الموسر ، ومُدّ ونصف على المتوسط ، ومُدّ على المعسر . انظر : الأم (٥ / ٨٨) . مختصر المزني ص (٣٠) . روضة الطالبين (٩ / ٤٠) . الغاية القصوى (٢ / ٨٦٧) .

ومذهب الحنفية : أن الواجب من النفقة معتبرٌ بحال الزوجين ، ولا تقدير فيها ، وإنما هي بحسب كفايتها . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : الهداية (٢ / ٣٢٠) . الاختيار (٤ / ٤) . اللباب في شرح الكتاب (٣/ ٩٢) . الكافي ص (٢٩٨) . القوانين الفقهية ص (٢٦٦) . الشرح الصغير (٢ / ٧٣٨) . المقنع ص (٢٢٦) . المغني لابن قدامة (٧ / ٥٦٤) . زاد المستقنع ص (١١٨) . دليل الطالب ص (٢٣٩) . الإفصاح عن معاني الصحاح (٢ / ٨١) .

(٤) زيادة من (أ) .

الكفايةُ ، فأقلُّ طعامٍ أوجبه الشَّرْعُ المدُّ في الكفارات ، وهو القدر الذي يجتزىء به الزهيد ، ويتبلَّغ به الرغيب . وأقصاه مُدّان ؛ إذ أوجبهما [١] الشرعُ في الفِدْية [٢] ، والوسطُ ما بينهما ، وقد ثبت أن ذلك يختلف ؛ لقوله تعالى : ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ [٣] ؛ فتقديرُ الله تعالى أَوْلى من تقدير القاضي ، وأحسنُ مستندٍ لتقدير القاضي تقديرُ الشرع . وإنما ينظر [٤] إلى حال الزوج عندنا في العجز والقدرة ، لا إلى حالها .

والمُعْسِرُ : هو الذي لا يملك شيئًا أصلًا ، فعليه مُدٌّ ، ولا يزيد . فإن كان قادرًا على كسب الزيادة : فإن خرج عن حدّ استحقاق سهم المساكين بملك مالٍ ، نُظر [٥] : فإن كثُرَ فهو موسِر ، وإن كان بحيث لو ألزمناه المدَّيْنِ ، أوشك [أن يرجع] [٦] إلى حَدِّ المساكين : فهو متوسطٌ ؛ فعليه مُدٌّ ونصفٌ .

وليس على المكاتب والعبد إلا نفقةُ المعْسِرين ، وكذلك مَنْ نِصْفُه عبدٌ ونصفُه حرٌّ . وقال المزني (رحمه الله) : عليه نصفُ نفقةِ المعسرين ، ونصفُ نفقةِ الموسرين [٧] . هذا حكم المقدار .

أما جِنْسُ الطعام : فغالبُ قوت البلدِ . فإن اختلف ، فما يَليق بالزوج . وإن كان حال

---

(١) في (أ) : « إذ أوجبه » .

(٢) يعني فدية إزالة الأذى في الحج ، ويدل عليه الحديث الذي رواه البخاري في صحيحه (٤ / ١٦) (٢٧) كتاب « المحصر » (٥) باب قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ كَانَ مِنْكُم مريضًا أَوْ به أَذًى مِنْ رأسِه ، ففديةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صدقةٍ أو نُسُكٍ ﴾ حديث (١٨١٤) . ورواه مسلم في صحيحه (٢ / ٨٦١) (١٥) كتاب « الحج » (١٠) باب « جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى ، ووجوب الفدية لحلقه ، وبيان قدرها » . حديث (١٢٠١) بإسناده عن كعب بن عُجْرة قال : إن النبي ﷺ مَرَّ به ، وهو بالحديبية قبل أن يدخل مكة ، وهو محرم ، وهو يوقد تحت قدر ، والقملُ يتهافت على وجهه ، فقال : أيؤذيك هوامك هذه ؟! قال : نعم ، قال : فاحلق رأسك ، وأطعم فَرَقًا بين ستة مساكين (والفرق : ثلاثة آصُع) أو صُمْ ثلاثة أيام أو انْسك نسيكة » . ورواه الترمذي في سننه (٣ / ٢٨٨) حديث (٩٥٣) جميعًا من طرق عن مجاهد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن كعب بن عُجْرة به .

(٣) من الآية (٢٣٦) من سورة (البقرة) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإنما النظر » .

(٥) في (أ) : « يُنْظَر » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب).

(٧) انظر مختصر المزني ص (٢٣٢) .

الزوجِ يُخالف الغالبَ ، فهو في محلّ التردُّد .

الواجب الثاني : الأُدْم . وقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : مكيلة زيت أو سمن [١] . وهذا تقريبٌ ؛ إذْ لا تقديرَ في الشرع فيه ، وإنما الواجب ما يكفي مع المدّ أو المدّيْن ، والرجوعُ في الجنس إلى الغالب / في البلد أو [إلى] [٢] اللائق بحال الزوج . ٢٢٤/ب

وأما اللحم ، فقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : رطلٌ من اللحم في الأسبوع ، إن كان الواجب مدًّا [٣] ، ورطلان للمدين[٤] . قال العراقيون : بنى الشافعي رضي الله عنه [هذا] [٥] على عادةِ بلدةٍ أَلِفَها ، فإن اقتضت عادةُ بلدةٍ أُخرى زيادةً على ذلك ، فينبغي أن يُزَاد . وقال القفال (رحمه الله) : لا زيادةَ عليه ؛ لأنا نقتصر على الأقلِّ [كما] [٦] في الطعام .

فرعان

أحدهما : لو كانت تزجي الوقتَ بالخبز القَفار [٧] ، فلا يَسْقط حقُّها من الأدم ، كما إذا لم تأكل [أصل] [٨] الطعام ، فإنها تستحق الطعام .

الثاني : لو تبرَّمَتْ بِجنْسٍ واحد من الأدم ، فيجب على الزوج إبدالُه على وجه . ولا يجب في وجهٍ ، بل عليها الإبدالُ إن شاءت [٩] .

الواجبَ الثالث : الخادمة . وتجب نفقةُ خادمتِها إذا كان منصبُها يقتضي أنْ تُخْدم . وإن كان لا يليق بمنصبها – وإنما تُخْدم لمرضٍ – فلا يجب ؛ إذ لا تجب أسبابُ المعالجة . وإن كان بها

---

(١) انظر الأم (٥ / ٨٨) . مختصر المزني ص (٢٣١) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في الأصل : « مدّ » وهو خطأ واضح .

(٤) انظر الأم (٥ / ٨٨) . مختصر المزني ص (٢٣١) .

(٥ ، ٦) زيادة من (أ) .

(٧) أي الخبز بلا إدام . انظر أساس البلاغة ص (٣٧٣) . القاموس المحيط ص (٥٩٧ ، ٥٩٨) . المعجم الوجيز ص (٥١٠) مادة (ق ف ر) .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٩ / ٤٣) .

زَمَانةٌ ومرضٌ دائم ، فهي كذلك تحتاج إلى الخادمة ، فهذا يحتمل ؛ لأن هذا العذر الدائم لا ينقص عن مراعاة الحشمة .

ثم على المعسِر للخادمة مُدٌّ ، وعلى الموسر مُدٌّ وثلثٌ ، كذلك قاله الشافعي (رضي الله عنه)[1] . وهو تقريبٌ لا تقديرٌ ، إذ لا تقديرَ للشرع فيه. نعم ، هو رطلان ، وهو لائق بالعادة في حقِّ الخادمة .

والصحيح : أنه يُنْظر إلى كفايتها ، إلا أن هذا القدرَ قدرُ الكفايةِ في الغالب . وفي استحقاق الأدم وجهان :

أحدهما :[2] نعم كالمخدومة [2] ، ولكن يجوز أن يكون أُدْمُها في الجنس أخسر [3] ، وفي المقدار ما يَليق بقدر طعامها [4] .

والثاني : أنه [5] لا تستحق ، بل تكتفي بما تفضله المخدومة في بعض الأحوال .

* * *

---

(١) انظر الأم (٥ / ٨٩) ، مختصر المزني ص (٢٣١) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « نعم لها الأدم كالمخدومة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أخس » .

(٤) وهذا هو الصحيح كما في الروضة (٩ / ٤٤) .

(٥) في (أ): « أنها » .

فروع

الأول : إذا لم تَمْلك الخادمةَ ؛ فعلى الزوج أن يُخْدِمَها جاريةً ، أو حرةً بأجرة تُقَدَّر عليه [1] ، وعند ذلك لم يكن لها دخلٌ في مقدار نفقة الخادمة ، وإنما يكون ذلك إذا كانت الخادمة لها . وليس عليه أن يشتري لها جاريةً ، بل لو قال : أنا أخدم بنفسي في الطبخ والكنس ، فله ذلك ، لكنها تستحيي في الحمام وفي بيت الماء وفي بعض المواضع [فلها الامتناع ؛ صيانةً للمروءة][2] فيفيد ذلك جوازَ نقصانِ نفقة الخادمِ لنقصانِ الخدمةِ ، وعند ذلك يحتمل التشطير أو النظر إلى مقادير الأفعال .

أما إذا قالتْ : أنا أخدم بنفسي ، فأَعطِني نفقة الخادمة ، فالظاهر : أنه لا يُلزم ؛ لأنها أسقطتْ مرتبتَها ، وإنما تجب النفقةُ لضرورة بقاءِ المرتبة .

الثاني : لو كانت [3] لها خادمةٌ ، وأراد الزوجُ إبدالَها بسببِ ريبةٍ ، فله ذلك ، ولا يجوز بغير عُذْر ؛ لأنّ قطعَ الإلف إضرارٌ . ولو كان معها خُدّام ، فله إخراجُ الجميعِ إلا واحدةً ، ولا نُبالي بقطع الإِلف ؛ لأن الدار مِلكُه ، وليس عليه سُكْنَاهُنَّ ، بل له أن يمنع أباها وأمَّها عن الدخول عليها ، ويمنعَها عن الخروج لزيارتهما [4] ، ولكنَّ الأَوْلى أن لا يَفْعل ذلك .

الثالث : لو نكح رقيقةً ، وهي تُخْدم لجمالها ؟ ذكر العراقيون وجهين :

أحدهما : أنه لا تجب نفقة الخادمة ؛ لأن الرقَّ يُنَافي هذا المنصبَ [5] .

والثاني : [أنه][6] تجب ؛ لأن العادة قد تَقْتضيه .

---

(١) في (أ) : « يَقْدِرُ عليها » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) . وقوله : تستحيي في الحمام ، يعني أنها تستحيي إذا حمل زوجها الماءَ من أجلها إلى الحمام ، فإنها تُعَيَّرُ بذلك بخلاف ما لو حملته لها الجارية ، أو صَبَّتْه عليها .

(٣) في (أ) : « لو كان » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لزيارتهم » .

(٥) والمذهب : أنه لا يجب إخدامها ، وبه قطع الأكثرون . انظر الروضة (٩ / ٤٦) .

(٦) زيادة من (أ) .

الواجب الرابع : الكسوة والأثاث . ولا تقديرَ للشرعِ فيه ، فإن العادة تختلف فيه اختلافًا بيّنًا ، فلابُدَّ من الكفاية ، وهو خمارٌ وقميص وسراويل ومِكْعَب في الصيف ، ومثل ذلك في الشتاء مع زيادة جبّة .

أما جنسه ، فقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : « على الموسر لينُ البصرةِ ، وعلى المعسر غليظ البصرة ، وعلى المتوسط ما بينهما » [(١)] وأراد الكِرْباس [(٢)] . قال العراقيون : إن كان من عادتها الكتانُ والحريرُ ، لزم ذلك عليه ، وتتبع العادة . قال الشيخ أبو محمد : هي لُبْسَةُ أهلِ الدين ، والزيادةُ عليه رعونةٌ ، فلا مزيدَ عليه .

ولابُدَّ مع ذلك من ملحفة وشعار ، ومضربة وثيرة ، ومخدة ، ولبد تحت المضربة أو حصير . وهل لها طلبُ زِلِّية [(٣)] تفرشها بالنهار ؟ فيه وجهان . واقتصروا في الفراش على هذا القدر ، ولم يردوه إلى العادة . وهذا يدلُّ على أن الكسوة لا تزاد على ما ذكره الشافعي (رضي الله عنه) .

ولابُدّ من ماعون الدار : كجرة ، وكوز ، وقِدْر ، ومغرفة ، ويُكْتفى في جميع ذلك بالخزف والخشب والحجر . وأما النحاسيةُ فطِلْبَتُها ترفُّهٌ ، وقد يليق بالشريفة ، فهو كالزيادة على لين الكرباس .

أما الخادمة : فتستحق الكسوة أيضًا ، [(٤)]ولكن تخالف جنسيةَ المخدومة [(٤)] وطعامُها لا يخالف في الجنس وفي إدامها ترددٌ .

الواجب الخامس : آلة التنظيف . وهو المشط والدهن ، وإن طلبت مزيدًا – كالكحل

---

(١) انظر الأم (٥ / ٨٩) . مختصر المزني ص (٢٣١) .

(٢) وهو القطن ، وهي كلمة فارسية أصلًا . انظر القاموس ص (٧٣٥) . وفي « المصباح المنير » أنه الثوب الخشن . (٢ / ٨١٥) .

(٣) الزِّلِّية : بساط من صوف ، وجمعه « زلالي » وهي كلمة معربة . انظر : المصباح المنير (١ / ٣٩) . القاموس المحيط ص (١٦٦٧) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولكن تخالف جنس كسوة المخدومة » .

والطِّيب – لم يجب . ويجب المِرْتَك [1] لقطع الصُّنان إن كان بحيث لا يَنْقطع بالماء والتراب . وإن قال الزوج : « الدهنُ للتجمل / وإزالةِ الوسخ ، ولا أُريد التجملَ ، وإزالةُ الوسخِ بغيره ممكنٌ » ٢٢٤/ب فهذا فيه احتمال [2] .

ولا شك في أن للزوج مَنْعَها مِنْ تعاطي [أكل] [3] الثوم وما يتأذى برائحته الكريهة .وله مَنْعُها من تناول السموم المهلكة . وهل له مَنْعُها من الأطعمة الممرضة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن المرض يُفْضي إلى الموت ؛ كالسُّمِّ [4] .

والثاني : لا ؛ لأن ذلك غيبٌ لا يُعْلم ، وتَتبُّعُ ذلك يطول .

وأما الخادمة : فلا تستحقّ آلة التنظيف ، ولكن إن تلبَّدَ شعرُها بحيث تتأَذّى به ، فلابُدَّ من السَّعْي في الإزالة .

وأما الدواء في المعالجات ، فلا تستحقه الخادمةُ والمخدومةُ جميعًا .

الواجب السادس : السُّكْنَى . ويجب عليه أن يُسْكِنَها دارًا تليق بها : عاريةً ، أو إجارة ، أو شراءً ، ولم يُعْتبر في القوت والكسوة ما يليق بها ، بل ما يليق به بخلاف المسكن ، و كأنَّ ما لابُدَّ فيه من التمليك فَيُعْتبر جانِبُه ، وما يُرَاد به الانتفاعُ ، فيُعْتبر ما يَليق بها ، والله أعلمُ [5] .

* * *

---

(١) شيء يُعَالج به الصنان والروائح الكريهة .

(٢) والذي عليه الشافعية هو القطع بوجوب الإجابة إليها . انظر الروضة (٩ / ٥٠) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) وهذا أصح الوجهين . انظر الروضة (٩ / ٥٠) . الغاية القصوى (٢ / ٨٦٩) .

(٥) قوله : « والله أعلم » ليس في (أ) .

الفَصْلُ الثّاني

فِي كَيْفِيّة الإنْفَاق

أما الطعام فلابُدَّ فيه من تمليك الحبِّ مع مَئُونة الطحن ، والخَبْزِ ، وإصلاح اللحم : من الحطب ، والملح ، وأُجرة الطباخ . ولها الامتناعُ من قبول الخبز . وليس له أن يُكلِّفها الأكلَ معه ؛ فإنها لا تتسلط على التصرف ، ونفقتُها عوضٌ كالمهر .

فروع

الأول : لو أخذت الحبَّ واستعملتْه بذرًا ، فالظاهرُ : وجوبُ مئونةِ الإصلاح ، ويحتمل أن يُقال : الإصلاحُ تابعٌ ، وليس بركن مقصود ، فلا يستقِلُّ .

الثاني : لو كانت تأكل مع الزوج على العادة ، ففي سقوط نفقتها وجهان ، القياسُ : أنه لا تسقط ؛ لأنه لم يَجْرِ إسقاطٌ ولا اعتياضٌ صحيح ، لكن الأحسن الإسقاط [١] إذ لو جرى من امرأة في عصر الصحابة (رضي الله عنهم) طلبُ النفقة للزمان الماضي لَاسْتُنْكِر .

الثالث : لو اعتاضت عن النفقة دراهم ، ففيه وجهان :

أحدهما : المنع ؛ كالاعتياض عن المُسْلَم فيه ؛ فإنه عوضٌ .

والثاني : أنه يجوز كقيم المتْلَفات ؛ لأنه لا يتحقق عوضًا [٢] .

ولو أخذت الخبز بدلًا عن الحبّ ، فوجهان مُرَتَّبان وأَوْلَى بالمنع ؛ لأنه ربًا [٣] . ووجهُ التجويز : أنها كالقابضة لحقِّها ؛ لأنها تركت مئونةَ الإصلاح .

الرابع : لها طلب النفقة صبيحةَ كلِّ يومٍ ، وليس عليها الصبرُ إلى آخر اليوم . ثم لو ماتت في

---

(١) وهو الصحيح من الوجهين . انظر الوجيز (٢ / ١١١) . روضة الطالبين (٩ / ٥٣) . الغاية القصوى (٢ / ٨٦٩) .

(٢) وهذا أصح الوجهين . انظر الروضة (٩ / ٥٤) . الغاية القصوى (٢ / ٨٦٨) .

(٣) وهذا هو المذهب ، ولكن قطع البغوي بجواز ذلك ؛ لأنها تستحق الحبَّ وإصلاحه ، وقد فعله الزوج . انظر الروضة (٩ / ٥٤) .

أثناء النهار لا تُسْتَرد ، بل هي تركةٌ لورثتها . ولو نَشَزَتْ في أثناء اليوم اسْتُرِدَّتْ . فلو قدَّم إليها نفقةَ أيامٍ ، فهل تملكها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ كتعجيل الدَّيْن المؤجل [1] .

والثاني : لا ؛ لأن السبب غيرُ مستيقن فربما تموت .

ثم إذا ماتت ، وقلنا : إنها ملكت ، ففي الاسترداد وجهان ، أظهرهما : أنه يُسْترد . ولا خلاف أنه يُسْترد بالنشوز .

أما الكسوة ، فهل يجب التمليكُ فيها ؟ فيه وجهان [2] ؛ لِتردُّدِها [3] بين النفقة والمسكن [4] .

فروع

الأول : لو سَلَّم [5] إليها كسوةَ الصيفِ ، فتلفت [6] في يدها : يجب الإبدال إن قلنا : إنه إمتاعٌ . وإن قلنا : إنه تمليك ، فوجهان ، الظاهر : أنه لا يجب .

الثاني : لو أتلفتْ بنفسها ، وقلنا : إنه تمليكٌ ، فلا تجب الإعادة عليه . وإن قلنا : إنه إمتاع ، فالظاهر : أنه يجب ، ولكن يجب عليها قيمةُ المتلَف .

الثالث : لو ماتت في أثناء المدة ، فيسترد ثيابَها إن قلنا : إنه إمتاعٌ . وإن قلنا : إنه تمليكٌ فالصنْفُ بالنسبة إلى الثوب ، كاليوم بالنسبة إلى الطعام ، فهو تركةٌ . ولا شك في أنه يسترد بالنشوز .

---

(١) وهذا أصح الوجهين قياسًا على تعجيل الزكاة قبل وجوبها ، وعلى الأجرة . انظر الروضة (٩/ ٥٤) .

(٢) والأصح أنه يجب فيها التمليك . انظر الروضة (٩ / ٥٥) .

(٣) في الأصل : « لترددهما » .

(٤) قوله : « لترددها بين النفقة والمسكن » أي : لتردد الكسوة بين النفقة التي يجب فيها التمليك ، وبين المسكن الذي هو إمتاع لا تمليك ، إذ يقصد به الانتفاع دون تملك العين ، وذلك بخلاف الطعام الذي لا يُقْصد منه إلا الاستهلاك .

(٥) في (أ) : « لو أسلم » .

(٦) في الأصل : « فتلف » والمثبت من (أ) .

أما الخادمة : فلا يجب شراؤها والتمليك في رقبتها . أما التمليك في نفقتها ، فكالتمليك في نفقة المخدومة ، ولا يُتَصَور هذا في [الرقيقة] [1] فإنها لا تملك ، ولا في المُسْتأْجَرة بأجرة ؛ فإنها لا تستحق سوى الأجرة ، بل في التي وعدت الخدمة بالنفقة ، فتستحق التمليك ، وإن لم يكن عقد لازم ، ويُحْتمل هذا لِأَجْل الحاجة في هذا الموضع .

* * *

(١) زيادة من (أ) .

البَابُ الثّاني

في مُسْقِطات النَّفَقَة

ومسقطُ النفقةِ ما يمنع عليه الاستحقاقَ . وفيما تجب به النفقةُ قولان مُستنبطان من معاني[1] كلام الشافعي (رضي الله عنه) :

أحدهما : أنه تجب بمجرد العقد بشرط عدم النشوز ، ولا تجب بالتمكين ؛ بدليل وجوبها للرَّتقاء والمريضةِ ، فكأن العقدَ مُوجِبٌ ، والنشوزَ مُسْقِطٌ .

والثاني : أنها تجب بالتمكين ، على حسب الإمكان ؛ لأن العقد قد أوجبَ المهرَ ، فتكون النفقةُ عوضًا عن التمكين والاحتباسِ في حبالته[2] .

وفائدةُ القولين تظهر في النزاع ، فإذا تنازعا في النشوز : فإن قلنا : تجب بالعقد ، فالقولُ قولُها ؛ لأن الأصلَ عدمُ النشوز . وإن قلنا : تجب بالتمكين ، فالقولُ قولُه ،[3] وعليها إثباتُ التمكين ، وكذلك إذا لم يُطالب بالزفاف ، والمرأةُ ساكتةٌ ، إن قلنا : تجب[3] بالتمكين فلا نفقة لها . وإن قلنا / : تجب بالعقد ، فتجب ؛ إذ لا نشوزَ منها . ٢٢٥/أ

ولا خلافَ أنه تَسْقط النفقةُ بامتناع الاستمتاع بسببٍ من جهَتها – لا تكون معذورةً فيه – بخلاف المرضِ والرَّتَق .

والموانع أربعة :

الأول : النشوز . فإذا نَشَزت يومًا ، لم تستحقَّ نفقةَ ذلك اليوم . والنشوزُ في بعض اليوم ، هل يُسْقِط جملةَ النفقة ؟ فيه وجهان :

---

(١) ساقطة من (أ) .

(٢) وهذا القول هو الجديد من قولي الشافعي (رحمه الله) أن النفقة تجب بالتمكين وليس بمجرد العقد . انظر : الروضة (٩ / ٥٧) . الغاية القصوى (٢ / ٨٧١) . مغني المحتاج (٣ / ٤٣٥) .

(٣) غير واضحة بالأصل وواضحة في (أ) ، (ب) .

أحدهما : نعم ؛ لأن حكم اليوم الواحد لا يتبعّض .

والثاني : أنه يُوزَّع على مقدار الزمان ، إلا إذا [كانت] (١) تنشز بالنهار دون الليل أو على العكس ، فإنه يتشطر ، ولا ينظر (٢) إلى مقدار الأزمنة .

فروع

الأول : لو خرجت - بغير إذنه - فهي ناشزةٌ . ولو خرجت في حاجته بإذنه فلا . ولو خرجت في حاجة نفسها - بإذنه - ففي نفقتها قولان ، إن قلنا : تستحقّ بالعقد وتَسْقط بالنشوز ، فلها النفقةُ . وإن قلنا بالتمكين ، فلا .

الثاني : مهما طلب الزِّفاف - فامتنعتْ بغير عذر - فهي ناشزةٌ . وإن كانت مريضةً يضرُّ بها الوطءُ ، فهي معذورةٌ ولها النفقةُ . ولا تسقط بالمرض ؛ لأنه دائمٌ ، ولا تقصيرَ من جهتها . فإن قال الزوج : « سَلِّموها إليَّ ولا أطؤها » فلا يُؤْمَن (٣) في ذلك . وإن أنكر الزوجُ كونَ الوطءِ مُضِرًّا ، فشَهد أربعٌ من النسوة ، ثَبَتَ . وإن شهدت واحدةٌ فوجهان ، مأخذه : أنه يُجْعل إخبارًا أم شهادة ؟ (٤) . فإن لم تكن بينةٌ ، فلها أن تُحَلِّف الزوجَ على نَفْيِ العلم بذلك .

الثالث : إذا نشزت ، فغاب الزوجُ ، فعادت إلى المسكن ، فهل تعود النفقة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه (٥) تعود بمجرد رجوعها ؛ لزوال المُسْقِط .

والثاني : أنها لا تعود إلى أن ترفع إلى القاضي ، فيحكم بطاعتها ، ويُخْبِر الزوجَ حتى يَرْجع ، أو تنقضي مدةُ الرجوع ، فإن لم يرجع بعد ذلك وجبتْ نفقتُها (٦) .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « ولا نظر » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فلا يؤتمن » .

(٤) والأصح من الوجهين أنه لا يثبت بشهادة واحدة . انظر الروضة (٩ / ٥٩) .

(٥) في (أ) : « أنها » .

(٦) وهذا الوجه أصحهما . انظر الروضة (٩ / ٦٠) ومغني المحتاج (٣ / ٤٣٨) .

أما إذا ارتدت فلا نفقة لها . فإن عادت ؟ قال العراقيون : تعود النفقة ؛ لأن السبب خفِيٌّ لا يجب فيه الرفع . وقال المراوزة : هو كالنشوز الجليِّ .

والمجنونة إذا نشزت ، سقطت نفقتُها وإن لم تأثم ؛ لِتعذُّرِ الاستمتاع بسببها .

المانع الثاني : الصِّغَرُ . وفيه ثلاثُ صورٍ :

أحدها : أن تُزَوَّج صغيرةٌ من بالغ ، ففي وجوب النفقة قولان :

أحدهما : أنه تجب ، كالمريضة والرتقاء والمستحاضة . وهذا ينطبق على قولنا : (١ النفقةُ بالعقد ١) .

والثاني : أنها (٢) لا تستحق (٣) ؛ لأن الصغر نَوْبَةٌ معلومة من العمر تنقضي ، وليس هذا كالرَّتَق الذي لا آخرَ له ، ولا كالمرضِ الذي هو تارات تضطرب .

الثانية : أن تُزوَّج بالغةٌ من صغير ، فقولان مرتبان وأولى بالوجوب ؛ لأن المنع من جانبه . وفيه قول : أنها إن كانت جاهلةً بصغره استحقّت وإلّا فلا .

الثالثة : إذا زوج صغيرة من صغير (٤) ، فقولان مرتبان وأولى بأن لا تجب . ونعني بالصغير أن (٥) لا يتأتَّى منه الجماعُ دون المراهق الذي ليس ببالغ .

ثم إذا أوجبنا للصغيرة ، لم تختلف بالإجابة إلى الزّفاف أو السكوت ؛ إذ لا فائدة في الوعد . نعم ، إذا انتهت إلى التهيؤ للاستمتاع يخرَّج من النفقة عند السكوت على القولين .

المانع الثالث :التلَبُّس بالعبادات . كالإحرام والصوم .

أما الإحرام : فإذا أحرمت بإذنه ، فقد سافرت في غرض نفسها بإذنه ، وقد ذكرنا فيه خلافًا .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « تجب بالعقد » .

(٢) ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) وهذا الوجه هو الأظهر كما في الروضة (٩ / ٦١) . الغاية القصوى (٢ / ٨٧٢) . مغني المحتاج (٣/) .

(٤) في (أ) : « كبير » وهو خطأ كما سيتضح بعد قليل .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الذي » .

فإن قلنا : إنها لا تستحق ، ففي استحقاقها قبل الخروج وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن الاستمتاع قد امتنع .

والثاني : نعم ؛ لأنها تحت يده ، وقد أَحْرَمت بإذنه [١] .

والصحيح : أنه لا فرق بين أن ينهاها الزوجُ عن الخروج أو يرضى به . وحُكي عن القفال (رحمه الله) : أنه إذا نهاها عن الخروج فخرجت ، سقطت النفقةُ قطعًا .

أما إذا أحرمت بغير إذنه ، ففي جواز تحليلها خلافٌ [٢] . فإن قلنا : لا يُحَلِّلها ، فهي ناشزةٌ من وقت الإحرام . وفيه وجه : أنه لا تسقط نفقتها قبل الخروج [٣] . وهو بعيدٌ . وإن قلنا : يُحَلِّلها ، فما دامت مقيمةً فلها النفقة ؛ لأنه قادر عليها . وفيه وجه : أنها لا تستحق ؛ لأن الزوج – وإن قدر على قهر الناشزة – فلا يلزمه ، وربما ترتاع نفسُه من قطع الإحرام .

أما الصيام ، فلا تَسْقُط نفقتُها بصومِ رمضان ؛ لأن الليالي عتيدة ، وهذه العبادات [٤] تشتمل [٥] الزوجين ، لا كالإحرام بحِجَّة الإسلام ، فإنه على التراخي .

أما صوم النوافل ، فللزوج المنعُ والتحليلُ . فإن لم يُحَلِّل ، ففي النفقة وجهان مرتبان على الإحرام وأولى بالوجوب ؛ لأن الاستمتاع مباحٌ سوى الوطء .

وله / تحليلُ صومٍ نذرتْه بعد النكاح . وليس له مَنْعُها من الصلوات المفروضة . ٢٢٥/ب

أما منعُها من رواتب السنن والبِدَار إلى الفرض في أول الوقت ، ففيه خلافٌ . والصحيحُ : أنه لا تُمْنَع . ثم صومُ عاشوراء وعرفة يجري مُجْرى الرواتب . أما صوم الاثنين والخميس ، فله مَنْعُها وجهًا واحدًا .

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٩ / ٦١) . الغاية القصوى (٢ / ٨٧٢) .

(٢) والأظهر من هذا الخلاف أن للزوج تحليلها . انظر الروضة (٩ / ٦١) . الغاية (٢ / ٨٧٢) .

(٣) قوله : « قبل الخروج » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « العبادة » .

(٥) في (أ) : « تشمل » .

المانع الرابع : العدة . والمعتدات خمس [1] :

الأولى : المنكوحة إذا وُطِئَتْ بالشبهة . فلو حَبَلَتْ ، وقلنا : تستحق نفقةً على الواطىء ، فلا تستحقُّ على الزوج . وحيث لا تستحق على الواطىء ، ففي سقوط نفقة الزوجية خلافٌ ؛ من حيث إنَّ تعذُّرَ الاستمتاع بسببها ، ولكنها معذورةٌ . والوجه أن يقال : إن كانت نائمةً أو مكرهة – فلها النفقةُ . وإن مَكَّنَتْ على ظَنٍّ [أنه زوجها] [2] فلا نفقةَ ؛ لأن الظن لا يُؤَثر في الغرامات .

الثانية : المعتدة عن طلاق رجعي ، فتستحق النفقة ، حاملةً [3] كانت أو حائلًا ؛ لأن سَلطنةَ [4] الزوجِ (٥ في الرجعية دائمة ٥) . فلو أحبلها الواطىءُ بالشبهة وتأخرت عدة الزوج ، فإن قلنا : له الرجعة في الحال ، فعليه النفقة . وإن قلنا : لا رجعة ، فوجهان . ومنهم من قال : إن قلنا : لا رجعة فلا نفقة ، وإن قلنا : ترتجع ، فوجهان ، وهذا أفقه ؛ لأنها صارت محبوسةً لغيره .

فرع : لو قال : « طلقتُك قبل وَضْعِ الحمل ، فأنت الآن بائنة فلا نفقةَ لكِ » فقالت : « بل بعد الوضع ولي النفقة » ، فالقول قولها ؛ لأن الأصل بقاء النفقة – وهو يَدَّعي السقوطَ – فعليه الإثباتُ ، ولا رجعة ؛ لأنها بائنةٌ بزعمه .

الثالثة : المطلقة البائنة . لها السُّكْنى في العدة ، ولا نفقةَ لها إلا إذا كانت حاملا ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [6] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « والمعتدات خمسة » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « حاملًا » .

(٤) في (ب) : « سلطة » .

(٥) في (أ) : « في الرجعة قائمة » .

(٦) اتفق العلماء على أن المطلقة الرجعية ، لها السكنى والنفقةُ ما دامت في عدتها . واتفقوا كذلك على أنه إذا طلق الرجل امرأته طلاقًا بائنًا : بثلاث ، أو بخلع ، أو بانت بفسخ – وكانت حاملًا – فلها النفقة والسكنى . انظر : بداية المجتهد لابن رشد (٢ / ١١١) ، والمغني لابن قدامة (٧ / ٦٠٦) .

واختلفوا في المطلقة البائن إذا لم تكن حاملًا :

=

فمذهب الشافعية : أن لها السكنى في العدة ، ولا نفقة لها . وهو مذهب المالكية أيضًا .انظر : المنهاج ص

والنفقةُ للحمل أو للحامل ؟ فيه قولان :

أحدهما : للحمل ؛ لأنه المتجدد فهي كالحاضنة .

والثاني : للحامل ؛ بدليل أنه تجب مقدَّرًا ، ولا تسقط على الصحيح [1] بمُضِيِّ الزمان ، ولا تختلف بزَهَادتها ورغبتها [2] .

فرع : الحرُّ إذا طلق زوجته الحامل المملوكة ، فيه قولان ينبنيان على أن النفقة للحمل أو للحامل ؟ لأن الحمل المملوك لو انفصل ، فنفقتُه على السيد ، لا على الأَبِ ، وكذا الخلاف فيما لو طلق الرقيقُ زوجتَه الحامل .

الرابعة : المعتدة عن فراق الفسخ الذي لا يستند إليها - كردَّته مثلًا - فهي كالمطلقة . أما إذا كان الفسخ باختيارها أو بسبب عَيْبِها ، فهذا الفسخُ لا يُشَطِّر المهرَ ، بل يُسْقِط جميعَه ، ففي نفقتها قولان ؛ بناء على أنها للحمل أو للحامل ؟.

أما الفراق عن جهة اللعان : فهل يُضَاف إليها ؟ فيه تردُّد ؛ لأنها منكِرةٌ بسبب اللعان ، ولكن لها مَدْخلٌ في البَيْنْ ، وإنما تستحق النفقة إذا لم ينفِ الحملَ . وكذلك الخلاف جارٍ في أن المهر هل يتشطر به ؟ .

فرع : لو أنفقتْ على الولد المنفيِّ باللعان ، ثم أكذب نفسَه : رجعت عليه ؛ لأنها بذلت على

= (١٢٠). الروضة (٩ / ٦٦) . الغاية القصوى (٢ / ٨٧٠) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٩٧ ، ٢٩٨) . القوانين ص (٢٢٧) . الشرح الصغير (٢ / ٧٤٠ ، ٧٤١) .

ومذهب الحنفية : أن لها السكنى والنفقة ، كالمطلقة الرجعية تمامًا . انظر : الهداية (٢ / ٣٢٥) . الاختيار (٤ / ٨) . اللباب (٣ / ٩٣) .

ومذهب الحنابلة : ليس لها نفقةٌ ولا سكنى ، وعن أحمد رواية : أن لها السكنى فقط . انظر : المقنع ص (٢٦٧) زاد المستقنع ص (١١٨) . دليل الطالب ص (٢٣٩) . المغني (٧ / ٦٠٦) . الإفصاح (٢ / ١٧٤) .

(١) قوله : « على الصحيح » ساقط من (أ) .

(٢) وهذا القول أظهرهما ، أن النفقة للحامل بسبب الحمل . انظر الروضة (٩ / ٦٦) .

ظنِّ الوجوب ، ولها ولاية الاستدانة على الزوج ؛ لقصة هند [١] . وفيه وجه : أنها لا ترجع ، وليس لها ولاية الاستدانة [على الزوج] [٢] وقصةُ هند محمولةٌ على قضائه ﷺ وإذنِه لها .

الخامسة : المعتدة الحامل عن وطء الشبهة إذا كانت خَلِيّةً عن النكاح ، فهل تستحقُّ نفقةً على الواطىء ؟ إن قلنا : للحمل ، فتستحق . وإن قلنا : للحامل ، فلا تستحق ؛ لأنا إذا قلنا : إنه للحامل ، جعلنا بقاءَ علْقة الحمل كبقاء علقة الرجعة في إيجاب نفقة النكاح واستمرارها وكذلك لا تُوجَب بحمل [٣] اللعان قطعًا ؛ لأن الزوج يُنكر احتباسَها بحَمْله .

التفريع

يتفرع على القولين مسائل :

إحداها : أنها لو كانت لاتكتفي بالقدر [٤] في مدة الحمل - أعني المطلقة - فهل تُزَاد ؟ منهم من قال : إن قلنا : للحمل فتُزَاد ؛ لأنه على الكفاية كالحاضنة . وإن قلنا : للحامل ، فوجهان . ووجهُ الزيادةِ الحذرُ من الإضرار ، وأن الحمل لابدّ وأن يلتفت إليه . ومنهم من عكس وقال : إن قلنا : للحامل ، فلا تزاد . وإن قلنا : للحمل ، فوجهان ؛ لأنا لابد وأن نلتفت - في كل قولٍ - على المعنى الآخر ؛ إذ [٥] الحق أنه كالمرتبط بهما جميعًا .

---

(١) يعني « هندًا » زوجة أبي سفيان أم معاوية (رضي الله عنهم) . وهو يشير إلى قصة أَخْذِها من مال زوجها - بغير علمه - للنفقة على نفسها وأولادها . والحديث رواه البخاري في صحيحه (٩/٤١٨) كما في الفتح (٦٩) كتاب « النفقات » (٩) باب « إذا لم ينفق الرجلُ ، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدَها بالمعروف » حديث (٥٣٦٤) بإسناده عن عائشة (رضي الله عنها) قالت : إن هندًا بنت عتبة ، قالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيحٌ ، وليس يُعْطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذتُ منه وهو لا يعلم . فقال : « خُذِي ما يكفيكِ وولدَكِ بالمعروف » . ورواه مسلم (٣/١٣٣٨) (٣٠) كتاب « الأقْضِيَة » (٤) باب « قضية هند » حديث (١٧١٤) . ورواه أبو داود (٣/٨٠٢) حديث (٣٥٣٢) والنسائي (٨/٢٤٦) . وابن ماجه (٢/٧٦٩) حديث (٢٢٩٣) جميعًا من طرق عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة (رضي الله تعالى عنها) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « لحمل » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بالمقدر » .

(٥) في الأصل « إذا » والمثبت من (أ) ،(ب) .

الثانية : أنه إن أنفق عليهما ، ثم بَانَ أنه لا حَمْلَ ، فهذا ينبني على أن التعجيل ، هل كان واجبًا عليه ؟ وفيه قولان مبنيان على أن الحمل هل يُعْرف ؟ والمصير إلى أنه لا يجب التعجيل لا أعرف له وجهًا مع قوله تعالى : ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ / حَمۡلَهُنَّۚ﴾ (١) . بل ٢٢٦/أ
الصحيح : أن الحمل يُعرف بالظنِّ الغالب ، وينبني عليه تسليم الحلفات لورود الخبر ، وكذلك تُسَليم النفقة للآية ؛ فعلى هذا الاسترداد ؛ فإنه ظنّ أنه واجبٌ . ومن قال : لا يجب التعجيل ، فيقول : إن عجل بشرط الرجوع رجع ، وإلا فوجهان كنظيره في تعجيل الزكاة .

أما إذا أنفق ، ثم بانَ فسادُ النكاحِ : فلا يسترد النفقة وإن كانت حائلًا ، لأنها كانت محبوسةً على ظنِّ النكاحِ ، (٢والنفقةُ في مقابلة حَبْسٍ عن نكاح ٢) ، والظنُّ في هذا كالحقيقة .

الثالثة : إذا طلّقها وهي حاملٌ ، ثم مات : لم تنتقل إلى عدة الوفاة وإن كان بائنا ، بل عدتُها بالحمل ، ولا يخرج نفقة بعد ذلك من التركة . فإن قلنا : النفقة للحمل ، فلا تجب النفقة للقريب بعد الموت . وإن قلنا : للحامل ، فهي كالحاضنة ؛ فلا نفقة لها . قال الشيخ أبو علي : إذا قلنا للحامل تجب ، فكأن الطلاق أوجب ذلك دفعةً ؛ ولذلك تستحق هذه المرأة السكنى مع أن عدة الوفاة لا تُوجِب السكنى على أحد القولين . ويعتضد هذا بأن علقة الحمل جعلناها كعلقة النكاح ، وهي باقية بعد الموت .

* * *

---

(١) من الآية (٦) من سورة (الطلاق) .

(٢) في (ب) : « والنفقة في مقابلة حبسٍ على ظَنِّ نكاحٍ » .

الباب الثَّالث

في الإعسار بالنفقة

وفي ثبوت حق الفسخ به قولان [1] :

أحدهما : نعم ؛ كما يثبت بفوات الاستمتاع بالجبّ والعُنَّة ، بل أَوْلى ؛ لأنّ لها طلبَ النفقة دونَ الوقاع ؛ ولأن الحياة لا تبقى بغير القوت وتبقى دون الوقاع [2] .

والثاني : لا ؛ لأنّ النفقة تابعةٌ ، ومقصودُ النكاحِ الاستمتاعُ ، ولا يتعيَّنُ الزوجُ للنفقة ؛ إذ يحلُّ لها مالُها ، ولا وجه للاستمتاع إلّا من جهته .

فإن قضينا بثبوت الفسخ ، وَجَبَ النّظرُ في أطراف :

الطرف الأول : في العجز . وهو أن لا يملك مالًا ، ولا يقدر على الكسْب . فإن ملك ولكن مَنَع ، وعجزت المرأةُ والقاضي عن [3] أَخْذ ماله فطريقان : منهم من طرد القولين ؛ لأن الضرارَ حاصلٌ . ومنهم من قال : لا ؛ لأن هذا ظلمٌ ، وليس بعَيْب [4] . فكأنَّ منشأَ الخلاف ، أنّ هذا الفسخ ، لِنَقْصِ الزوجِ وعيبِهِ ، أو لتضرُّرِها بالنفقة ؟ .

وإن لم يملك شيئًا ، ولكن قدر على الكسْب ، وقلنا : يجبُ عليه الكسبُ لأجل الزوجة

---

(١) قال الحموي : « قوله في الباب الثالث في الإعسار بالنفقة : (وفي ثبوت حق الفسخ به قولان) .

قلت : المنقول في المذهب أن حقَّ الفسخ ثابتٌ لها قولًا واحدًا في النفقة ، وقيل : فيها قولان وعند أبي حنيفة أن حقَّ الفسخ لا يثبت لها ، فعلى هذا القول يكون الذي نَقَلَه موافقًا مذهبَ أبي حنيفة ولم أرَ أحدًا نقل هذا القول في معظم الكتب .

قلت : فإن كان كذلك إلا أن صاحب الحاوي نقل فيه الخلاف دون غيره » . مشكلات الوسيط (ق ١٦٥ / ب) .

(٢) والمذهبُ ثبوتُ الفسخ بالإعسار بالنفقة . انظر : الوجيز (٢ / ١١٤) . المنهاج ص (١٢٠) . الروضة (٩ / ٧٢) . الغاية (٢ / ٨٧٣) .

(٣) في الأصل « عند » وهو خطأ واضح ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) وهو الأصح عند الشافعية ، أنه لا يثبت لها الفسخ ؛ لِتَمَكُّنِها من تحصيل حقها بالسلطان . انظر الروضة (٩ / ٧٢) . المنهاج ص (١٢٠) .

على رأي - فهو كالغني الممتنع .

الطرف الثاني : في المعجوز عنه . وهو القوتُ بجملته . فأمّا الأُدْمُ ، فالعجز عنه لا يُسلط على الفسخ في الظاهر . وفي الكسوة والمسكن وجهان (١) ؛ لأن النفس تبقى دونهما ، ولكنهما مقصودان ، لا كالأدم فإنه تابع . وكذلك في الإعسار بنفقة الخادم (٢) الوجهان (٣) . والإعسارُ بالمهر لا يُوجب الفسخَ ، لكنْ لها مَنْعُ نفسِها إن لم تمكّن مرةً ، فإن مكنت سقط حقُّ حَبْسِها ، وقيل بطرد القولين في المهر . وهو بعيدٌ (٤) . أما الإعسار بنفقة ما مضى ، فلا يُوجِب الفسخَ ، بل هو دَيْنٌ مستقِرٌ (٥) في ذِمَّته ، فرضَه القاضي أو لم يَفْرِض - أعني به ما يجب فيه التمليك (٦) - ؛ فإن الإمتاع لا يمكن تداركُ فائتِه (٧) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : النفقة لا تستقِرُّ في الذّمّة إلا بفَرْض القاضي كنفقةِ الأقارب (٨) .

فرع : لو قَدَر كلَّ يوم على مُدٍّ فلا فسخَ ؛ لأنه قِوَامٌ . ولو قدر على ثُلث مُدٍّ ثبت الفسخ . ولو قدر على نصف مُدٍّ فوجهان . ووجهُ المنعِ قولُ رسولِ الله ﷺ : « طعامُ الواحدِ يكفي

---

(١) المذهب : أنه يثبت خيار الفسخ بالإعسار بالكسوة ، ويثبت بالإعسار بالمسكن على الأصح . انظر : الروضة (٩ / ٧٥) . الغاية (٢ / ٨٧٣) . المنهاج ص (١٢٠) .

(٢) في (ب) : « الخادمة » .

(٣) لا يثبت الخيار بالإعسار بنفقة الخادم على الصحيح المنصوص ؛ لأنه ليس ضروريًا . انظر : الروضة (٩ / ٧٥) . الغاية (٢ / ٨٧٣) .

(٤) والأظهر - في الفسخ بالإعسار بالمهر - أنه يثبت قبل الدخول لا بعده . انظر الغاية(٢ / ٨٧٣) . المنهاج ص (١٢٠) .

(٥) في (ب) : « يستقر » .

(٦) وذلك كالنفقة .

(٧) وذلك كالمسكن ، فإنه يُقْصد به الإمتاع لا التمليك .

(٨) **مذهب الشافعية** : أنه لو ترك الزوجُ الإنفاقَ على زوجته مدةً ما ، فلا تسقط بمضيِّ الزمان ، ولكن تصير دينا في ذمته ، سواء فرضها القاضي أم لا . وهو مذهب المالكية والحنابلة . وعن أحمد رواية : أن النفقة لا تثبت إلا بفرض القاضي . انظر: الوجيز(٢/١١٤) . الروضة(٩/٧٥،٧٦) . القوانين الفقهية ص(٢٢٨) . الشرح الصغير (٢ / ٧٤٣) . المقنع ص (٢٦٩) . زاد المستقنع ص (١١٨) . شرح السنة للبغوي (٩ / ٣٢٦) . الإفصاح (٢ / ١٨٢) . المغني لابن قدامة (٧ / ٥٧٨) .

ومذهب الحنفية : أنه لا تستقر نفقة المدة الماضية إلا إذا فرضها لها القاضي ، أو صالحته على مقدارها . انظر : الهداية (٢ / ٣٢٢) . الاختيار (٤ / ٦) . اللباب في شرح الكتاب (٣ / ٩٧) .

الاثنين » [1] وكأنَّ الاجتزاء بنصفِ المدِّ ممكنٌ ، وبثلثه لا .

الطرف الثالث : في حقيقة هذا الدفع . ولا شك في أن الدفع بالجبّ والعُنَّة فسخٌ ، والدفع في الإيلاء طلاق ، وهذا [2] دائرٌ بينهما ؛ فاختلفوا فيه . فإن قلنا : إنه طلاقٌ ، فلابُدَّ من الرفع إلى القاضي حتى يَحْبِسَه ليُطَلِّق أو يُنْفِق . فإن لم يطلق : طلَّق القاضي طلقةً رجعية ، ولابُدَّ من العدة وإن لم تكن النفقة حَقًّا لله تعالى . فإن راجعها ، طلق القاضي ثانيا إلى أن تتمَّ الثلاثُ .

فإن قلنا : إنه فسخٌ [3] ، فلابد من الرفع لإثبات الإعسار ؛ فإنه متعلِّق بالاجتهاد . ثم إذا ثبت [4] فلها تعاطي الفسخ .

فإن فسخت دون الرفع – لعلمها بإعساره – لم ينفذْ ظاهرًا ، وهل ينفذ باطنًا حتى لو [5] اعترف الزوجُ أو قامت البينةُ [6] تبين نفوذه واحتساب العدة [7] من ذلك الوقت ؟ هذا فيه ترددٌ . ولا خلاف أنه ينفذ ظاهرًا إذا لم يكن في الناحية حاكمٌ أو عجزت عن الدفع .

---

(١) الحديث رواه مسلم في صحيحه (٣ / ١٦٣٠) (٣٦) كتاب « الأشربة » (٣٣) باب « فضيلة المواساة في الطعام ... » حديث (٢٠٥٩) بإسناده عن جابر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « طعام الواحد يكفي الاثنين ، وطعام الاثنين يكفي الأربعة ، وطعام الأربعة يكفي الثمانية » . ورواه ابن ماجه في سننه (٢ / ١٠٨٤) حديث (٣٢٥٤) عن جابر أيضًا ، ورواه برقم (٣٢٥٥) عن عمر بلفظ آخر .

ورواه البخاري (٩ / ٤٤٥) (٧٠) كتاب « الأطعمة » (١١) باب « طعام الواحد يكفي الاثنين » حديث (٥٣٩٢) بلفظ . « طعام الاثنين كافي الثلاثة ، وطعام الثلاثة كافي الأربعة » . ورواه مسلم أيضًا (٣ / ١٦٣٠) (٣٦) كتاب « الأشربة » (٣٣) باب « فضيلة المواساة في الطعام ... » حديث (٢٠٥٨) . والترمذي في سننه (٤ / ٢٣٥) حديث (١٨٢٠) ثلاثتهم من طرق عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة به مرفوعًا .

(٢) يعني فرقة الإعسار بالنفقة .

(٣) وهذا هو الصحيح ، أن فرقة الإعسار بالنفقة فسخ وليس طلاقًا .

(٤) أي الإعسار بالنفقة .

(٥) في (أ) : « إن » .

(٦) في (أ) : « بينة » .

(٧) في (أ) : « المدة » وهو صحيح أيضًا ؛ لأن المقصود مدة العدة .

الطرف الرابع : في وقت الفسخ . والطلبة بالنفقة تتوجَّه صبيحةَ اليوم ، ولكن لو استمهل المعسرُ ، ففيه قولان :

أحدهما : أنه يُمْهَل ثلاثةَ أيامٍ حتى يتحقق عجزُه [1] .

والثاني : أنه / لا يُمْهَل . ٢٢٦/ب

وعلى هذا ، فلا خلافَ أنها لا تُبادر الفسخَ صبيحة اليوم ؛ فإنّ أكثر الناس يكسبون قوت اليوم في اليوم . ولكن إلى متى التأخير ؟ يحتمل أن يقال : إلى وسط النهار ، فإنّ تأخير الطعام عنه غيرُ معتاد ، ويحتمل أن يقال : إلى الليل ، وبياضُ النهار فيتسع للكسب [2] . ويحتمل أن يقال : حتى ينقضي يومٌ وليلةٌ ؛ إذ به يستقر الحقُّ ، فإن النفقة لليوم والليلة . فيرجع هذا إلى أنه يمهل يومًا واحدًا . نعم ، لو أقرَّ صبيحة اليوم بأني عاجزٌ ولستُ أتوقَّع اليوم شيئًا ، فيحتمل أن يقال : لها المبادرةُ بالفسخ ، ويحتمل أن يقال : يُمْهَل إلى تحقُّقِ العجزِ بانقضاء اليوم [3] .

فرع : لو كان [4] يعتاد الإتيانَ بالطعام ليلًا ، فلها الفسخُ ؛ لأن هذا صيامُ الدهرِ . نعم ، لا يثبت بوقوع ذلك مرةً أو مرتين ، وليس ما يُحْتمل نادرًا يُحْتَمل دائمًا .

ويتفرَّعُ عَلَى قَوْلِ الإِمْهَال مَسَائِلُ :

إحداها : أنه لو جاء بالنفقة صبيحة اليوم (٥ الرابع لليوم الرابع ٥) فلا فسخَ ، وما مضى دَيْنٌ في الذمة . وليس لها أن تقول : أَقْبِض هذا عن الماضي ، وأفسخ في الحال ؛ لأنّ التعويل على قصْد المؤدِّي . فلو عجز في اليومِ الخامسِ فلها الفسخُ ، ولا تستأنف المدة على الظاهر إلا أن يكون قد استغنى بمال يدوم في الغالب ، ولكن تلف بعارض ، فَيُجْعَل كأنّ الإعسارَ الماضي لم يكن . ولو

---

(١)وهذا القول هو الأظهر . انظر : الوجيز (٢ / ١١٥) المنهاج ص (١٢٠) الروضة (٩ / ٧٧) . الغاية (٢ / ٨٧٣) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « متسع الكسب » وهو أليق وأوضح .

(٣) وهذا هو الأرجح كما في الروضة (٩ / ٧٧) .

(٤) في الأصل « لو كانت » والأولى ما في (أ) ، (ب) وهو ما أثبته .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

قَدرَ في اليوم الثالث وعجز في الرابع ، فيكمل الثالث باليوم الرابع ، ولا تُستأنف ، وقيل : إنه تستأنف ؛ لأن القدرة الطارئة قطعت المهلة . وهو ضعيف ؛ لأن الزوج يتَّخِذ ذلك عادةً ، فيُنْفق يومًا ويترك يومين (١) .

الثانية : المبادرة صبيحة الرابعِ جائزٌ ، ولا يمهل إلى بياض النهار . نعم ، اليوم الخامس يُجعل كاليوم الأول على قول مَنْ تركَ الإمهالَ حتى يُمهل إلى بياض النهار ، ثم يفسخ حيث يقول : لا تستأنف المدة .

الثالثة : إذا رضيت بعد انقضاء المدة ، فلها العودُ إلى الطَّلب . قال الصيدلاني : تُستأنف المدة بخلاف امرأة المؤْلي ؛ لأن مدة الإيلاء مضروبٌ شرعًا ، وهذه تُضْرب بطلبها ، فتسقط برضاها . وإنما جاز لها الرجوعُ بخلاف زوجة العِنّين ؛ فإن هذا صَبْرٌ على ضِرار يُتَوقَّع زوالُه ، والعُنَّة عيبٌ ، وهي في حكم خصلة واحدة ، والإعسارُ في كل يوم متجددٌ . ولو قالت : رضيتُ به أبدًا ، فلها الرجوعُ إلى الطلب ، كما لو نكحتْه وهي عالمةٌ بإعساره ، فلها ذلك ؛ لأن هذا وعدٌ بالصبر على ضِرار (٢) ، والضرارُ متجدّدٌ ، فالحقُّ متجدِّدٌ .

الطرف الخامس : فيمن له حقُّ الفسخ . وهي الزوجةُ خاصّةً ؛ فلا يثبت لوليّ المجنونةِ والصغيرةِ الفسخُ بالإعْسَار وإن كانت صانعة ؛ لأن الفسخ رَفْعٌ للنكاح ، وهو متعلّق بالطبع كالطلاق ، فلا تَجْري فيه النّيابةُ .

أما الأمةُ : فإن كانتْ صغيرةً أو مجنونةً ، فهل للسيد فَسْخُ نكاحِها بالإعسار ؟ فيه وجهان (٣) ، ووجهُ الجواز : أن السيدَ ذو حقٍّ في النفقة ، فإنه الذي يدخل في ملكه وله إبداله بغيره . وإن كانت مستقلة فهي صاحبة الحق ، ولها الفسخ دون رضَا السّيد . فإن ضمن السيدُ النفقةَ لم يسقط حقُّها ؛ كما لو تبرّع أجنبيٌّ بالنفقة ، وفي ضمان السيد احتمالٌ .

أما إذا رضيت بإعساره ، فليس للسّيِدِ الفسخُ ، لكن يقول للجارية : افْسَخِي أو اصبِري على الجوع ، وليس عليه النفقةُ . وذكرَ الشيخُ أبو علي وجهين مرتبين على الصغيرة ، وأولى بأن لا

---

(١) في الأصل « يومان » وهو خطأ واضح .

(٢) وهو لا يجب الوفاء به .

(٣) والأصح أنه ليس له الفسخ بالإعسار . انظر الروضة (٩ / ٧٩) .

يفسخ هاهنا ؛ لاستقلالها .

ثم اعلم أن الملك في النفقة للسيد ، ولكن لها حقُّ التوثيقِ بها ، حتى لا يجوز للسيد النفقة إلا بعد تسليم البدل ، ولا يجوز له الإبراءُ عن النفقة وكأنه مرهونٌ بحقها ككسْب عبد التجارة ، فإنه كالمرهون بنفقته لاقتضاء العرف ذلك . وللأَمة طلبها من الزوج ، فإذا أخذتْ دخل في ملك السيد ؛ لأنها كالمأذونة عرفًا وشرعًا بالتزويج .

هذا كله تفريع على قولنا : إن الإعسار يُثْبت الفسخَ . فإن قلنا : لا يُثْبِت ، فهل يرتفع عنها حَبْسُ المسكن ؟ فيه خلاف للأصحاب [1] . والقياس : أن لا يرتفع إلا إذا عجزت عن نفقة نفسها إلا بالخروج ، ولكن الخبر يدل على الجواز ؛ إذ نُقِلَ في الخبر أنه فرّق بين المرأة وزوجها المعسر [2] ، فإن لم يحمل على التفريق في العقد ، فلابد مِنْ حمْلِه على التفريق في المنزل .

ولها المنع من الوطء إن لم تكن قد مكّنَتْه من قَبْل [3] ، وعلى قول ثبوتِ الفسخ : يبطل حقُّ الفسخ [4] في مدة الإمهال . وفيه وجهٌ .

* * *

---

(١) قال في الروضة : « إذا قلنا : لا يُثْبت ، فلها الخروج من المسكن لطلب النفقة إن احتاجت إليه لتحصيلها ، وكذا لو أمكنها أن تنفق من مالها في المسكن ، أو أن تكسب بغزل ونحوه في المسكن على الأصح ، ولها مَنْعُه من الوطء على الأصح » . (٩ / ٨١) . وانظر المنهاج ص (١٢٠) . والوجيز (٢ / ١١٥) .

(٢) هذا الخبر مروي عن سعيد بن المسيب ، رواه الشافعي في الأم (٥ / ١٠٧) بإسناده عن سفيان عن أبي الزناد قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ، قال : يُفَرَّق بينهما . قال أبو الزناد: قلتُ: سُنّةٌ؟ قال سعيد: سنةٌ. ورواه البيهقي في معرفة السنن والآثار من طريق الشافعي (٢٨٣/١١). والدارقطني في سننه (٢٩٧/٣). وهذا الخبر مرسل قوي كما قال الحافظ ابن حجر . انظر سبل السلام (١١٦٩/٣) .

وقد ذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد (رحمهم الله) إلى موجب هذا ، فأثبتوا للمرأة جواز الفسخ بالإعسار بالنفقة . وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه لا يثبت لها الفسخ ، ولكنَ يرْفع يَده ؛ عنها لتكتسب . انظر : رحمة الأمة ص (٢٤٥) . المغني لابن قدامة (٧ / ٥٧٣) .

(٣) قال في الروضة (٩ / ٨١) : « شرط الغزالي فيه كونها لم تُمكِّن من قبل ، ولم يشترطه الأكثرون » .

(٤) في الأصل « الحبس » والمثبت من (أ) ، (ب) .

السَّبَبُ الثَّاني

النَّفَقةُ للقَرَابة [١]

(وفيه ثلاثة أبواب /) ٢٢٧/أ

البَابُ الأوَّلُ

في شرائط الاستحقاق ، وكيفية الإنفاق

(وفيه فصلان)

الفصل الأول

في شرائط الاستحقاق

والأصل فيه قولُه تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ الآية [٢] . وقصةُ هنْدٍ معروفةٌ [٣] . ولا تُسْتحقّ عندنا إلا بقرابة البعضية [٤] ؛ فتجبُ للفروع والأصولِ مع اختلاف الدِّين واتفاقِه . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : تجب بالمحرمية ، وأثبت للإخوة [٥] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « السبب الثاني للنفقة : القرابة » .

(٢) من الآية (٢٣٣) من سورة (البقرة) .

(٣) أي قصة هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان وهي أم معاوية (رضي الله عنهم) ، وقد سبق حديثها قريبا .

(٤) في (ب) : « العصبية » وهو خطأ .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن النفقة تجب بقرابة البعضية ؛ فتجب على الوالد للولد ، والعكس . وسواءٌ فيه الأب والأم ، والأجداد والجدات وإن عَلَوْا ، والبنون والبنات والأحفاد وإن نزلوا ، الذكر والأنثى ، والوارث وغيره ، والمسلم والكافر من الطرفين . ولا يلحق بالأصول والفروع سائرُ الأقارب ، كالأخ والأخت ، والعم والخال ، والعمة والخالة وغيرهم . انظر : الوجيز (٢ / ١١٦) . المنهاج ص (١٢٠) . الروضة (٩ / ٨٣) .

ومذهب الحنفية : أن على الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته – إذا كانوا فقراء – وإن خالفوه في دينه . =

ثم يُشترط في الاستحقاق إعسارُ المنْفَق عليه ويَسَارُ المنفِق .

أما المنْفَقُ عليه ، فهل يُشْترط مع الإعسار عجزُه عن الكسْب ؟ إن كان طفلا لم يُشْترط ، وإن كان بالغًا – وكان فَرْعًا – ففيه وجهان (١) . وإن كان أبًا أو جَدًّا ففيه طريقان : منهم من قطع بأنه (٢) لا يُشترط ؛ لأن تكليفَ الابنِ أباه – الكسبَ مع الثروة – غَضٌّ من منصب الأُبوّة (٣) ، ومنهم من طرد القولين :

أحدهما : أنه يُشترط ؛ إذ يَخْرج بالقدرة ، عن المسْكنة واستحقاقِ سَهْم المساكين ، فكذلك النفقة .

= ولا تجب النفقة – مع اختلاف الدين – إلا للزوجة والأبوين ، والأجداد والجدات ، والولد ، وولد الولد . ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ، وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني . والنفقة واجبة لكل ذي رحم محرم إذا كان صغيرًا فقيرًا ، أو كانت امرأة بالغة فقيرة ، أو كان ذكرًا بالغا فقيرًا ، زَمِنًا أو أعمى ، وذو الرحم المحرم كالإخوة والأخوات ، والأعمام والعمات ، والأخوال والخالات ، ولا تجب النفقة لرحم ليس بمحرم . انظر : الهداية (٢ / ٣٢٧ ، ٣٢٨) . الاختيار (٤ / ١١) . فتح القدير (٤ / ٤١٩) .

ومذهب المالكية : أنه لا يجب على الإنسان نفقةٌ على أحد من جهة القرابة إلا الأبناء الصغار الفقراء ، والأبوين ، إذا كانا فقيرين لا يقدران على الاكتساب ، مسلميْن كانا أو كافِرَيْنِ . ولا يلزم الإنفاق على جد ولا على جدة ، من قبل الأب ولا من قبل الأم ، ولا على أحد من الإخوة وسائر ذوي المحارم ، ولا على بني البنين ولا على بني البنات . انظر : الكافي ص (٢٩٨ ، ٢٩٩) . القوانين الفقهية ص (٢٢٧ ، ٢٢٨) . حاشية الدسوقي (٢ / ٥٢٢) .

ومذهب الحنابلة : أنه يجب على الإنسان نفقة والديه وولده بالمعروف ، إذا كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم ، فاضلًا عن نفقة نفسه وامرأته . وكذلك يلزمه نفقةُ سائر آبائه وإن عَلَوْا ، وأولاده وإن سفلوا .

وكذلك يلزمه نفقة كل من يرثه بفَرْضٍ أو تعصيب ممن سواهم ، وسواءٌ ورثه الآخرُ أم لا ، كعمّتِه .

وأما ذوو الأرحام ، فلا نفقة عليهم . ولا نفقة بقرابة مع اختلاف الدين ولو من عمودي النسب ؛ لعدم التوارث إلا بالولاء ، فتلزم النفقةُ المسلمَ لعتيقه الكافر ، وعكسه ؛ لإرثه منه . انظر : المقنع ص (٢٦٩ ، ٢٧٠) . زاد المستقنع ص (١١٩) الدليل ص (٢٤٠) . الروض المربع ص (٤١٦) . المغني (٧ / ٥٨٣ ، ٥٨٦) .

(١) ولا تجب نفقته على المذهب ، سواءٌ فيه الابن والبنت . الروضة (٩ / ٨٤) . وفي (أ) : « ففيه قولان » .

(٢) في الأصل : « بأن » والمثبت من (أ) .

(٣) وهذا هو الأظهر ؛ فتجب نفقته . الروضة (٩ / ٨٤) .

والثاني : أنه لا يشترط ، كما في الطفل والمراهق ؛ ولأن هذا مبني على المجاملة بخلاف الزكاة ، ويَقْبح تكليفُ الكسْب مع اتِّساع مال الأبِ أو الابن .

فإن قلنا : يُشْترط ، فهل يُشْترط أن يكون زَمِنًا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن القادر لا يَعْجِزُ عن أن يَصير أَجيرًا وإن لم يَعْرف حِرْفةً ، فيكتسب بوجهٍ .

والثاني : لا يُشترط ذلك ، بل يكفي أن لا يقدر على حِرْفة تَليق بمنصبه . أما ما لا يليق به فلا يُعْتبر . وهذا أَعْدَلُ [١] . وعلى هذا ، إذا قدر على اكتساب بعضِ النفقة ، فلا يَستحق إلا القدرَ المعجوزَ عنه .

وأما حِلُّ السؤال للكَسُوب ، ففيه خلافٌ للأصحاب . وظاهرُ الأخبار تدلُّ على تحريمه ؛ فقد ورد فيه تشديداتٌ [٢] . وبالجملة : أَخْذُ المالِ من القريب أهونُ من السؤال . [٣] فعلى الجملة إذا سأل فلا يُذِلّ نفسَه ، ولا يُؤْذي المسئول ، ولا يُلِحّ في السؤال [٣] .

وأما يَسارُ المنفِق ، فنعني به أنْ يَفْضُل عن قوت يومه شيءٌ ، حتى يُبَاع في نفقة القريب [٤] كلُّ

---

(١) قال في الروضة (٩/٨٥) ما نصه : « ورأوا الأعدلَ الأقربَ : الاكتفاءَ بعجزه عما يليق به من الأكساب . وأوجبوا النفقة مع القدرة على الكنس وحمل القاذورات وسائر ما لا يليق به . وهذا حسن » .

(٢) ورد في ذلك عدة أحاديث ، منها : ما رواه أبو داود في سننه (٢ / ٢٨٥) (٣) كتاب « الزكاة » (٢٣) باب « مَنْ يُعْطى من الصدقة ، وحدّ الغنيّ » حديث (١٦٣٤) قال رسول الله ﷺ : « لا تحلُّ الصدقة لِغَنِيٍّ ، ولا لذي مِرَّةٍ سَوِيّ » ورواه الترمذي (٣ / ٤٢) (٥) كتاب « الزكاة » (٢٣) باب « ما جاء فيمن لا تحل له الصدقة » حديث (٦٥٢) . ورواه أحمد في مسنده (٢/ ١٦٤) حديث (٦٥٣٠) جميعًا من طرق عن ريحان بن يزيد عن عبد الله بن عمرو به .

ومنها ما رواه مسلم في صحيحه (٢ / ٧٢٠) (١٢) كتاب « الزكاة » (٣٥) باب « كراهة المسألة للناس » حديث (١٠٤١) قال رسول الله ﷺ : « من سأل الناس أموالهم تَكَثُّرًا ، فإنما يسأل جمرًا ، فَلْيَسْتقِلَّ أو لِيَسْتكْثِرْ » . ورواه ابن ماجه (١ / ٥٨٨) حديث (٨٣٨) . ورواه أحمد في مسنده (٢ / ٢٣١) حديث (٧١٦٣) جميعا من طرق عن محمد بن فضيل عن عمارة عن أبي زرعة عن أبي هريرة مرفوعا به .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٤) أي يباع من أجل النفقة على القريب .

ما يُبَاع في الدَّيْن – من عقار وعَبْدٍ – وإن كان بَيْعُ العبدِ يَرُدُّه إلى أن يتعاطى أعمالا لا تليق بمنصبه ، ولكن يجب عليه أن ينفق على أبعاضه كما ينفق على نفسه . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُبَاع عقارُه فيه (١) .

أما المُفْلِسُ الكسوب ، فهل يجبُ عليه الكسْبُ والإنفاقُ على قريبه العاجز الزَّمِن ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يجب كما لا يجب لأَجْل الدَّيْن .

والثاني : أنه يجب (٢) ؛ لأن الدَّيْن من العوارض ، وحاجاتُ الأبناءِ(٣) منوطةٌ بالآباء ، فكيف يجوز تَضْييعُهم مع القدرة ؟! وقد قال ﷺ : « كَفَى بالمرْءِ إثمًا أنْ يُضَيِّعَ مَنْ يَعُول » (٤) .

وهذا خلافٌ جارٍ (٥) في الكسْب لأجل الزوجة ، وأنه هل يجب [ذلك] (٦) .

* * *

---

(١) انظر قوله (رحمه الله) في الهداية (٢ / ٣٢٩) والاختيار (٤ / ١٣) .

(٢) وهذا هو الصحيح ، وبه قطع الأكثرون ؛ لأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب ، فكذا أصلُه وفرعُه . انظر الروضة (٩ / ٨٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الأولاد » .

(٤) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٢ / ٣٢١) (٣) كتاب « الزكاة » (٤٥) باب « صلة الرحم » حديث (١٦٩٢) بإسناده عن عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله ﷺ : « كفى بالمرء إثمًا أن يضيع من يقوت » . وقوله : « من يقوت » يعني مَنْ يَلزمه قوتُه . ورواه مسلم في صحيحه عن عبد الله بن عمرو أيضًا مرفوعًا بلفظ « كفى بالمرء إثمًا أن يَحْبِسَ عمن يملك قوته » .

(٥) في (أ) : « وهذا الخلاف جارٍ » .

(٦) زيادة من (أ) . ثم المذهب أنه يجب الاكتساب من أجل نفقة الزوجة . انظر الروضة (٩ / ٨٤) .

الفَصْلُ الثّاني

في كَيْفِيّة الإنْفَاق

ولا تقدير في نفقة القريب ، بل هو على الكفاية . وإنما يجب ما يَدْرَأُ أُلَمَ الجوعِ ، وثقلَ البدن ، لا ما يُزيل تمامَ الشهوة [والنّهمة] (١) وكذلك يجب في الكسوة الوسطُ مما يَليق به ، وهو إمتاعٌ ؛ إذ تسقط بمرور الزمان إذا لم يفرضْه القاضي بخلاف نفقة الزوجة . وفي نفقة الصغير وجهٌ بعيد: أنه (٢) لا تسقط بمرور الزمان تبعًا للزوجة ، فإنّ عنايتها بولدها كعنايتها بنفسها .

فروع

الأول : يستحقّ الأَبُ مع النفقة الإعفافَ ، وكذلك لو كان كسوبًا وكسْبُه لا يَفي إلا بنفسه ، فيستحقُّ ذلك على أظهر الوجهين (٣) ، ولكن لا يجب إلا نفقةُ زوجةٍ واحدَةٍ ، فإن كان له زوجتان سَلَّم إليه (٤ نفقةَ زوجةٍ واحدةٍ ٤) ، ثم يَقْسِمُ هو عليهما .

الثاني : (٥ إذا منع الأَبُ النفقة ٥) ، فهل للأُمّ أَخْذُ النفقةِ من ماله دونَ إذنه ؟ فيه وجهان (٦) ، مأخذُهما : الترددُ في أن إذنَ الرسول ﷺ لهندٍ ، كان شَرْعًا أو قضاءً ؟ . ولو استقرضت عليه فوجهان مرتبان وأولى بالمنع . ولو أنفقتْ من مالِ نفسها فوجهان مُرتَّبان وأَوْلى بالمنع ؛ إذ تكون مُقْرِضةً ومُسْتقرضةً . ولو كان للطفلِ مالٌ فأرادت الإنفاقَ عليه من ماله - من غير مراجعة القاضي - فوجهان مرتبان ، وأولى بالجواز .

الثالث : القريبُ يَرفع أمرَه إلى القاضي ولا يستبدُّ بالاستقراض ، فإن عجز عن القاضي فاستقرض ؟ فيه وجهان (٧) .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « أنها » .

(٣) في (أ) : « القولين » .

(٤) في (أ) : « نفقةَ واحدةٍ » .

(٥) في (أ) : « إذا امتنع الأب » .

(٦) وأصح هذين الوجهين أن لها أن تأخذ من ماله بغير إذنه . انظر الروضة (٩ / ٨٧) .

(٧) انظر الروضة (٩ / ٨٧) .

فإن كان الأب الموسر غائبًا والجدّ حاضرًا ، فعلى القاضي أن يأمر الجدَّ بالإنفاق بشرط الرجوع ، إلا أن يتبرع . وإن استقلّ ، فالظاهرُ : أنه لا يرجع إلا إذا عجز عن القاضي ، ففي رجوعه وجهان .

الرابع : يجب على الأُمِّ أن تُرْضع ولدَه اللِّبأ [1] إذ يقال : إنه لا يعيش دونه . ثم الأجرةُ على الأَبِ[2] إن كان له أجرة ، وكذلك في الإرضاع ؛ لأن النفقة على الأب[2] وليس عليها الإرضاعُ إن وَجَدَ غيرها . وإن لم توجد إلا واحدةٌ – ولو أجنبية – وجب / عليها ؛ لأنه من فروض ٢٢٧/ب الكفايات . ومهما رغبت فهي أولى ، فلا يُقَدَّم عليها الأجنبيةَ ؛ رعايةً لجانبها وجانبِ الطفل ؛ لزيادةِ شفقتها .

فإن تبرعت الأجنبيةُ – وطلبت الأمُّ الأجرةَ – فقولان [3] ، حاصلُهما ترددٌ في أنه هل يجب على الأب تحصيلُ زيادةِ هذه الشفقة للطفل ، ودفْعُ الضررِ [4] عنها بمال ؟

هذا إذا لم تكن في نكاحه ، فإن كانت في نكاحه فللزوج مَنْعُها من الإرضاع لأجل الاستمتاع . وفيه وجه : أنَّ مَنْعَها من الإرضاع إضرارٌ بها وبالطفل ، فيُقَدَّم حقُّها . ولا يتجه هذا إلا إذا كان الولد من الزوج ، فإن كان لغيره فَيُقَدَّم استمتاعُ الزوجِ .

* * *

(١) اللبأ – بوزن « العنب » – هو أول ما يحلب بعد الولادة من اللبن . انظر المصباح المنير (٢ / ٨٤٥) . المطلع على أبواب المقنع ص (٣٦٠) .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) وأظهر هذين القولين : أن له انتزاع الولد من الأم وإعطاءه للأجنبية المتبرعة . انظر الروضة (٩ / ٨٩) . والمنهاج ص (١٢٠) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ضرر » .

البَابُ الثّاني

في تَرْتيبِ الأقَارِبِ عنْدَ الاجْتِمَاع

والنظرُ في أطرافٍ أربعة :

الأول : في اجتماع الأولاد . وفيه طريقان :

أحدهما : أن التقديمَ للقرْب ، حتى يقدَّم القريبُ المحرومُ من الميراث – كبنت البنت – على البعيد الوارث كبنت ابن الابن . فإن تَساوَيَا في القرب وأحدُهما وارثٌ – كبنتِ بنتٍ ، وابنةِ ابنٍ (١) – ففي تقديم الوارثِ وجهان . فإن اعتبرنا الإرثَ وتفاوتا في القدر ، فهل تُوزَّع على المقادير أو يُسَوّى ؟ فيه وجهان . ومثاله : الابن والبنت .

الطريقة الثانية : أن الإرثَ مُقَدَّمٌ (٢) . فلو تَساوَيَا (٣ في الميراث ، وقُضِيَ بالتساوي ؛ لتساويهما في أصْل الميراث ، لا في قدْره في كلِّ موضع ذكرنا التَّساويَ فيه ، كبنتٍ وابن ابن ٣) : فعند ذلك يُقَدّم الأقربُ [فالأقرب] (٤) . وإن تساويا [فيهما] (٥) يوزع عليهما . وفيه وجه : أنه يقدَّم بالذكورة ، فيقدم الابنُ على البنتِ ؛ لأنه مكتسِبٌ ، والنظرُ إلى الإرث ضعيفٌ مع وجوبها على مَنْ لا يرث ، وعند اختلاف الدِّين .

الطرف الثاني : في اجتماع الأصول . والأبُ مقدّمٌ على الأمّ في الصغر . وبعد البلوغ وجهان :

أحدهما : الأبُ ؛ استصحابًا (٦) .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وبنت ابن » .

(٢) في (ب) : « يقدم » .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) أيضًا .

(٦) وهذا هو الصحيح أنها على الأب . انظر الروضة (٩ / ٩٢) .

والثاني : أنهما أصلان ، وكأَنَّ ذلك كان من أَثَر الولاية في الصغر . وعلى هذا ، هل يتفاوتان كتفاوُتِ الإرْث أم لا ؟ فيه وجهان .

أما الأجداد والجدات ، فالقريبُ مقدّمٌ على البعيد المدلي به . فإن اختلفت الجهة ، فخمسةُ طرق [1] :

طريقتان ذَكرْناهما في الأولاد .

الثالثة : أنْ يقدم بولاية المال ، ويدلُّ عليه تقديمُ الأبِ على الأمّ . فإن استويا ، فمن يدلي بوليٍّ فهو أولى ، فإن استويا فالأقرب أولى ، وهو اختيار المسعودي [2] .

الرابعة : تُعتبر الذكورة [3] ، فالذكرُ أولى ، فإن استويا فالمدلي بالذكر أولى ، فإن استويا فالأقرب [أولى] [4] ، وعلى هذا ، الأبُ اليهوديُّ - وإن لم يكن وليًّا - فهو أولى ؛ إذ تُرْعَى الجهةُ المفيدةُ للولاية لا نفسُ الولاية .

الخامسة : النظرُ إلى الإرثِ والاكتسابِ - أعني الذكورةَ - فإن وُجِدَ فيهما أو عُدِم ، أو وُجِد في أحدهما الذكورةُ ، وفي الآخرِ الوراثةُ : استويا . وبعد ذلك يقدّم بالقرب ، وخاصيةُ هذه الطريقة جَبْرُ الذكورة والإرث كلٌّ واحدٍ لصاحبه . وجميعُ هذه الطرق تجري بين الأولاد إلا اعتبار الولاية ؛ لأن المرجِّحات أربعةٌ : الولايةُ ، والقربُ ، والإرثُ ، والذكورةُ . ولْنذكر ثلاثَ صور لشرحِ هذه الطرق :

صورة الأول : أَبُ أبٍ وأمٌّ . مَن اعتبر القربَ قدَّم الأمَّ ، ومن اعتبر الإرثَ نصَّ عليهما ، (٥ إما متساويًا أو متفاوتًا ٥) . ومن اعتبر الولايةَ - أو الذكورةَ - قدّم الجدَّ . وقيل : للشافعي (رضي الله عنه) نَصٌّ على أنّ أبَ الأبِ أولى من الأُمِّ ، ولم يُصَحِّحْه الأئمةُ .

صورة الثانية : أَبُ أبٍ ، وأبُ أُمٍّ . مَنْ راعى القربَ سوَّى . ومن راعى الإرثَ أو الولايةَ أو

---

(١) والأرجح اعتبار القرب كما في الروضة (٩ / ٩٢) .

(٢)سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٣)في (أ) ، (ب) : « الذكورية » .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إما متساويان أو متفاوتان » .

الذكورةَ ، والإدلاءَ بها : قدَّم أبَ الأبِ .

صورة الثالثة : أمُّ أبِ أبٍ ، وأبُ أمٍّ . من راعى القربَ أو الذكورة ، قدم أب الأم . ومن راعى الإرث قدم أم أب الأب .

الطرف الثالث : في اجتماع الأصول والفروع . وفيه مسائل :

إحداها : للفقير أبٌ وابنٌ موسران ، ففيه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : الأبُ أولى ؛ لأنه وليٌّ ، فهو أولى بالتربية ، إذ يُسْتصحب حالُ الصِّغر .

والثاني : الابنُ أولى ؛ لأنه أَوْلَى بالخدمة [١] .

والثالث : أنهما يشتركان .

ثم هل يتفاوتان لأجل الإرث ؟ فيه الوجهان .

الثانية : ابنٌ وجَدٌّ . قيل : الجدُّ أولى ؛ لأنه كالأب ، وقيل : الابنُ أولى للخدمةِ والقربِ [٢] .

الثالثة : ابنٌ وأُمٌّ . قيل : هي كالأبِ ؛ لأنها أصلٌ . وقيل : الابنُ أولى قطعًا .

وعلى الجملة تعود الطرقُ ، وإنما يزيد هاهنا أنَّ الفرعَ بالخدمة أولى ، والأصلَ بالتربية أولى .

الطرف الرابع : في ازدحام الآخذين للنفقة . فإذا لم يَفْضُلْ إلا قوتُ واحدٍ ؟ اتفقوا على أن الزوجة مقدَّمة ؛ لأنها عيالٌ كالأولاد وحقُّها آكدُ ؛ إذ لا يسقط بمرور الزمان ولا بغناها . وفيه احتمالٌ ؛ إذ فيه / مشابه الديون ، ونفقةُ القريبِ في مال المفلس مقدم عليه في يوم الأداء لا ٢٢٨/أ
[في] [٣] المستقبل ، إلا أن الزوجة عيال . فأما المُدْلون ببعضيةٍ [٤] فتعود الطرقُ كلّها في الترجيح بالقرب أو الوراثة ، ويزيد هاهنا شيئان :

---

(١) وهذا هو الأصح ؛ لأن عصوبته أقوى ، ولأنه أولى بالقيام بشأن والده . انظر الروضة (٩ / ٩٣) .

(٢) قال البغوي : الأصح أنه لا نفقة على الأصول ما دام يوجد واحد من الفروع ، قريبًا كان أو بعيدًا ، ذكرًا أو أنثى . كذا في الروضة (٩ / ٩٣) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) : « بالبعضية » .

أحدهما : أن [هناك] (١) الذكورةُ جهةٌ في التقديم ، وهاهنا الأُنوثةُ هي المرعِيَّة ؛ إذ تُشْعِر بضَعْفٍ (٢) .

والآخر : أنا - في الالتزام - ننظر إلى مقادير الإرث على رأي . وقال الأكثرون : في الأخذ لا ينظر إليه ، فإن استوَوْا وَزَّعَ عليهم . وإن كان لا يَسُدُّ التوزيعُ من كلٍّ واحدٍ مَسَدًّا : أَقْرَعَ بينهم .

* * *

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بالضعف » .

البَابُ الثّالِثُ

في أَحْكَام الحَضَانَة

وفيه فصولٌ :

الأول

في الصفات المشروطة

والحضانة : عبارة عن حفْظ الولد وتربيته . وتجب مئونةُ الحضانة على مَنْ عليه النفقةُ . وعند الازدحام يُسْلك بها مَسْلكَ الولاية ؛ لأنها سَلطنة (١) على الحفظ والتربية . لكن تُفارق الولايةَ في أن الإناث أَولى بالحضانة ؛ لأن الأُنوثة تُناسب هذه الولايةَ ؛ لزيادةِ الرِّقَّة والشَّفَقة .

ولو عضل الأقرب – أو غاب – انتقل إلى الأبعد ، لا إلى السلطان ؛ لأن هذا يعتمد الشفقة المجردة بخلاف ولاية النكاح (٢) . ولو امتنعت الأُمُّ ، فأمُّها أولى من أب الطفل ؛ لأن شفقتها كشفقة الأُمِّ . وقيل : ينتقل الحقُّ بعَضْلها إلى الأبِ ؛ وكأنَّه في درجة السلطنة في الولاية . وهو بعيد .

ومهما اجتمع الأبُ والأمُّ ، فالأمُّ أحقُّ بالحضانة (٣ بشرط اتصاف الأمِّ بخمس صفات ٣) :

الإسلام ، والعقل ، والحرّيّة ، والأمانة ، والفراغ .

أما الإسلام : فإنما يُشترط في ولد المسلم ؛ (٤ لأن تسليمه إلى الكافر ٤) يُعرِّضُ دينَه للفتنة .

وأما العقل : فهو الأصل ، فلا ثقةَ بحفْظ المعتوهة (٥) .

---

(١) في (ب) : « سلطة » .

(٢) إذ في النكاح ، إذا عضل الوليّ وامتنع من التزويج ، أو غاب : يزوج السلطانُ لا الأبعد .

(٣) في (أ) : « بشرط الاتصاف بخمس صفات » .

(٤) في (أ) : « لأن تسليمه للكافر » .

(٥) في (ب) : « المعتوه » .

وأما الحرية : فلابُدّ منها ؛ لأن هذه ولايةٌ ، ولا ولايةَ مع الرّقّ ، ولا يُؤَثر رضا السيد . وكذلك مَنْ نِصْفُها حرٌّ ، ونصفُها رقيقٌ ؛ إذ لا ولاية لمثلها ، ولكن عليها نفقةُ القريب ؛ لأن ذلك من قبيل الغرامات .

وأما الأمانة : فلابُدّ منها ؛ إذ الفاسقة [(١] لا يُؤْمَنُ من جانبها [١)] .

وأما الفراغ : فنَعْني به أن لا تكون في نكاحِ غيره ، فإذا نكحت سقط حقُّها من الحضانة ؛ لأنه نوعُ رِقٍّ ، ولا يُؤثّر رضا الناكح إلا إذا نكحت مَنْ له حقُّ الحضانة كعمِّ الولد ، فالمشهور أنه لا يُسْقِطُ حقَّها من الحضانة . وفيه وجه : أن الأبَ أولى من الأمّ وإن نكحت العمَّ .

ومهما طلقت قبل المسيس عاد حقُّها ، كما إذا أفاقت من جنون ، أو عتقت من رِقّ ، أو تابت من فِسْقٍ ، أو أسلمت بعد كُفْر . فإن كانت رجعيةً ، فالمنصوصُ : رجوعُ حقِّها ؛ لأنها الآن فارغةٌ معتزلة ، وفيه قولٌ مُخَرَّج - وهو اختيارُ المزني - : أنه لا حَقَّ لها ؛ لاستمرار [(٢] سَلْطنة الزوج [٢)] .

أما المعتدة البائنة : فيعود حقُّها ، لكن إن كانت في مسكن الزوج ، فللزوج أن لا يرضى بإدْخالِ الولدِ ملكَه . فإن رَضِيَ ، رجع حقُّها لا كرضاه في صُلْب النّكاح ، فإنه لا يؤثِّر ؛ لأن هذا كرضا المُعِيرِ للدَّارِ .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لا تؤمن جنايتها » .

(٢) في (ب) : « سلطة الزوج » .

الفَصْلُ الثَّاني

فِيمَنْ يسْتَحِقُّ الحضانة

وهو كل مَنْ لا يَسْتقلُّ [(١)] إمّا لِصغرٍ أو جنونٍ ، لكن الأم أولى بالصَّبِيّ قبل التمييز ، فإذا مَيَّزَ خُيِّرَ بينها وبين الأَب ، وسُلِّم إلى من يختارُه ، غلامًا كانَ أو جاريةً . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « الأب بالغلام أولى ، والأمُّ بالجارية أولى » [(٢)] . وقد روى أبو هريرة (رضي الله عنه) « أنه ﷺ خَيَّرَ غلامًا » [(٣)] .

---

(١) أي لا يستقل بشئون نفسه ، كَلِبْسِه وحدَه ، وشُرْبه وحده ، واستنجائه وغير ذلك .

(٢) اتفق الأئمة على أن الأم أحق بالحضانة من الأب في حق من لا تمييز له أصلًا ، وهو الصغيرُ في أول أمره والمجنونُ .

ثم قال الشافعية : إذا صار الصغير مُمَيِّزا ، خُيِّر بين الأبوين إذا افترقا ، ويكون عند من اختاره منهما . وسواءٌ في التخيير الابنُ والبنتُ . وسِنُّ التمييز – غالبًا – سبع سنين أو ثمان تقريبًا . ثم مدارُ الحكم على نفس التمييز لا على سِنّه . انظر : الوجيز (٢ / ١١٨) . المنهاج ص (١٢١) . روضة الطالبين (٩ / ١٠٣) . الغاية القصوى (٢ / ٨٧٩) .

ومذهب الحنفية : أن الأم أحق بحضانة الطفل حتى يَسْتغني بنفسه عن الخدمة . وتكون الجارية عند أمها حتى تحيض ، فإذا استغنى الولد عن الخدمة وحاضت البنت ، فالأبُ أحقُّ بهما ، ولا يُخَيَّران . انظر : الهداية (٢/٣١٨) . الاختيار (٤ / ١٤ ، ١٥) . فتح القدير (٤ / ٣٧١) .

ومذهب المالكية : أن الأم أحق بالغلام حتى يبلغ ، فإذا بلغ سقطت حضانةُ الأم ، وهي أحقُّ بالأنثى حتى يدخل بها زوجها . انظر : الكافي ص (٢٩٦) . القوانين ص (٢٢٩ ، ٢٣٠) . الشرح الصغير (٢/٧٥٥) . الشرح الكبير (٢ / ٥٢٦) .

ومذهب الحنابلة : أن الأم أحق بالغلام حتى يبلغ سبع سنين ، ثم يُخَير بين أبويه – كمذهب الشافعية – وأما الجاريةُ ، فالأم أحقُّ بها حتى تبلغ سبعَ سنين ، فإذا بلغتها كانت عند أبيها ، ولا تُخَيَّر . انظر : المقنع ص (٢٧٢) . دليل الطالب ص (٢٤٢) . الروض المربع (٤٦٥) . المغني (٧ / ٦١٤ ، ٦١٥) . الإفصاح (٢ / ١٨٦) .

(٣) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٢ / ٧٠٨) (٧) كتاب « الطلاق » (٣٥) باب « من أحق بالولد » حديث (٢٢٧٧) بإسناده عن أبي ميمونة قال : بينما أنا جالس مع أبي هريرة ، جاءته امرأة فارسية معها ابن لها ، فادَّعَيَاه وقد طلقها زوجها ، فقالت : يا أبا هريرة – ورَطَنَتْ له بالفارسية – زوجي يريد أن يذهب بابني . فقال أبو هريرة : اسْتَهِمَا عليه – ورطن لها بذلك – فجاء زوجها فقال : مَنْ يحاقني في ولدي ؟ فقال أبو هريرة : اللهم إني لا أقول هذا ، إلا أني سمعتُ امرأةً جاءت إلى رسول الله ﷺ ، وأنا قاعد عنده فقالت : يا رسول الله ، إن زوجي يريد =

ولا ننظر إلى سبع سنين ، بل نتبع التمييز . فإن استمرت الغباوة إلى ما بعد البلوغ فالأمُّ أولى ، وكذلك إن اتصل به جنونٌ ، وكأنَّ حقَّها لا ينقطع إلا باختيارِ الصَّبِيّ عن تمييزٍ .

ولو اختار أحدهما ، ثم رجع ، رُدَّ إلى الآخر ؛ لأن الحال قد يتغير في الرفق به [١] ، إلا إذا كثر تردُّدُه حتى دَلَّ على قلة التمييز ، فيردّ إلى الأمّ ، وكذلك إذا سكت عن الاختيار .[٢] هذا في حق الصبي [٢] .

أما البالغ : - إذا كان غير رشيد - فهو كالصّبيّ . وإن كان رشيدًا - وهو ذَكرٌ - استقلّ . وإن كانت جاريةً وهي بكرٌ ، فالظاهر : أن للأب أن يُسْكِنَها مَوْضعًا ، وليس لها الاستقلال وإن كانت رشيدةً ، كما يُجْبرها على حَبْس النكاح ، وهو أعظم من حَبْسِ المسْكن . ثم هذا يختصّ بالأبِ والجدِّ ومَنْ له ولايةُ الإجبار . وفيه وجه : أنها تستقلُّ ، وإنما التزويج بالجبر .

أما البنت فإنها تستقلُّ إذا تَمَّ رشدُها بالممارسة ، لكنها إن كانت تُتَّهَم بريبةٍ ، فَلِعَصَباتها ولايةُ إسكانها وملاحظتُها ؛ دَفْعًا للعار عن النسب ، ولا يثبت هذا إلا لمن له ولايةُ التزويج . ولو ادّعى الريبةَ فأنكرتْ [٣] ، فَتَبْعُد مطالبتُه بالإثبات [٤] بالبينة ؛ فإن ذلك افتضاحٌ [٥] يجرُّ العارَ ، والاحتكامُ على عاقلة - أيضًا - بمجرد الدعوى / بعيد ، ولكن إقامةُ البينةِ أبعدُ منه [٦] . ٢٢٨/ب

= أن يذهب بابني ، فقال رسول الله ﷺ : « استهما عليه » فقال زوجها : من يحاقني في ولدي ؟ فقال النبي ﷺ : « هذا أبوك ، وهذه أمك ، فَخُذْ بيد أيهما شئتَ » فأخذ بيد أمه ، فانطلقت به .

ورواه النسائي (٦ / ١٨٥) كتاب « الطلاق » باب « إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد » . ورواه الترمذي (٣ / ٦٣٨) (١٣) كتاب « الأحكام » (٢٢) باب « ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا » حديث (١٣٥٧) وقال الترمذي : حديث حسن صحيح . ورواه ابن ماجه (٢ / ٧٨٨) (١٣) كتاب « الأحكام » (٢٢) باب « تخيير الصبي بين أبويه » حديث (٢٣٥١) جميعا من طرق عن زياد بن سعد عن هلال بن أسامة عن أبي ميمونة عن أبي هريرة مرفوعًا به . والحديث صححه ابن القطان كما في نصب الراية (٣ / ٢٦٩) .

(١) كلمة : « به » ساقطة من (أ) .

(٢) في (أ) : « هذا في الصبيّ » .

(٣) في (أ) : « فأنكر » وهو خطأ .

(٤) في (ب) : « بالإتيان » .

(٥) في (أ) : « إفضاح » .

(٦) والأصح أنه يقبل قوله ، ويحتاط بدون مطالبته بالبينة ؛ لأن إسكانها في موضع البراءة ، أهون من الفضيحة لو =

فرعان

أحدهما : [هل] (١) يجري التخييرُ بين الأُمّ ، ومَنْ يقع على حاشية النسب ، كالعمِّ والأخِ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : [نعم] (٢) كالأب و الجد (٣) .

والثاني : أن الأُمَّ أولى ، وإنما التخييرُ مع الأبِ والجدِّ ؛ لأن لهم درجةَ الولاية [والإجبار] (٤) .

(٥ ويجري هذا الخلاف ٥) في التخيير بين الأبِ ، والأختِ والخالةِ إذا قلنا : إن الأبَ مقدَّمٌ عليهما في الحضانة .

الثاني : أنه إذا اختار الأبَ ، لم يمنعْها (٦) من الزيارة ، وإذا اختار الأمَّ لم يَسْقط عن الأب مئونةُ الحضانةِ ، والقيامُ بتأديبه ، وتسليمُه إلى الحِرْفة أو المكْتبِ ، وكذلك المجنونُ الذي لا تَسْتقلُّ الأمُّ بضبطه ، يجب على الأب رعايتُه . ومهما سافر الأبُ سَفَرَ نُقْلَةٍ (٧) بطل تقديمُ الأمِّ، وكان له استصحابُ الولدِ؛ كيلا ينقطعَ النسبُ (٨سواء كان قبل التمييز أو بعده ٨)؛ إذ فيه ضرارٌ . نعم ، لو رافقتْه الأمُّ فهي أولى . وليس له استصحابُه في سفر النُّزهة ، ولا في سفر التجارة (٩ وإن طالت المدةُ ٩) . وفيه وجه ؛ لِطولِ المدة .

ولو انتقل إلى ما دُونَ مرحلتين ، ففي جواز انتزاع الولد وجهان ؛ لأن تتابع الرفاق يمنعُ اندراسَ النسبِ .

* * *

= أقام بينة . انظر الروضة (٩ / ١٠٣) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٩ / ١٠٤) .

(٤) زيادة من (أ) ،(ب) .

(٥) في (أ) : « وهذا الخلاف يجري » .

(٦) أي لم يمنع الأم من زيارة الولد .

(٧) أي سفر انتقال من موضع إلى موضع .

(٨) في (أ) : « سواء كان بعد التمييز أو قبله » .

(٩) ساقطة من (أ) .

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في التزَاحُمِ والتّدَافُع (١)

والنظر في أطراف :

الأول : في اجتماع النسوة . فإن تدافعن ، فالحضانةُ على مَنْ عليها النفقةُ . وإن تزاحموا (٢) وطلبتْ كلٌّ واحدةٍ الحضانةَ - فالنصُّ في الجديد : أن الأم أولى ، ثم أمهاتها المدْلِيَات بالإناث لا بالذكور ، ثم أم الأبِ وجداته المدليات بالإناث وإن عَلَوْنَ . (٣ ثم أم الجد وجداته على الترتيب المقدم في الأب ٣) ، ثم أم أب الجد وجداته كذلك ، ثم الأخوات ثم الخالات (٤) ثم بنات الإخوة ، ؛ لأن الخالة أمٌّ (٥) ، (٦ وشفقتُها أكثر من شفقة العمات ٦) ، وهنّ بعد الخالات ؛ لأن قرابة الأمّ أقوى في الحضانة . والقديمُ يوافق الجديدَ في جميع هذا الترتيب إلا أنه في القديم قدَّم الأَخوات والخالاتِ على أُمّهات الأبِ لإدْلائهن بالأمّ . وهو ضعيفٌ ؛ لأن شفقة الأصول أعظمُ (٧) .

---

(١) أي إذا اجتمع مَنْ لهم ولاية الحضانة ولم يتفقوا على واحد منهم ، وهو المقصود بالتدافع .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وإن تزاحمن » .

(٣) غير واضحة في الأصل وواضحة فى (أ) ، (ب).

(٤) قوله : « ثم الخالات » ساقط من (ب) .

(٥) يعني بمنزلة الأم ، وهو يشير إلى الحديث الذي رواه البخاري (٥ / ٣٥٧) (٥٣) كتاب « الصلح » (٦) باب « كيف يُكتب « هذا ما صالح عليه فلانُ بنُ فلانٍ فلانَ بنَ فلان » حديث (٢٦٩٩) بإسناده عن البراء - في قصة - وفيها « الخالة بمنزلة الأم .. » . ورواه أبو داود (٢ / ٧٠٩) حديث (٢٢٧٨) ورواه الترمذي (٤ / ٢٧٦) حديث (١٩٠٤) .

(٦) في (أ) : « وشفقتها أكثر من العمات » .

(٧) قال الحموي : « قوله في الفصل الثالث في التزاحم أو التدافع : (والنظر في أطراف : الأول : في اجتماع النسوة فإن تَدَافَعْنَ في الحضانة ، فالنص الجديد : أن الأم أولى ، ثم أمهاتها المُدْليات بالإناث لا بالذكور ... إلى آخره) .

قلت : ذكر الشيخ أن الأم أولى في الحضانة على الجديد ، ومعلوم أنه لا خلاف في كون الأمِّ مقدمةً على الجديد والقديم . وذلك يخالف ما ذكره الشيخ هنا .

قلت : وإن كان المفهومُ منه ذلك إلا أنه ذكر بعد ذلك ما يدلُّ على أن مرادَه بذلك أن الأمَّ أولى على القولين ، =

ويَبْقَى النَّظَرُ في ثَلاثِ مَسَائل :

إحداها : أن الأخت من الأب مقدمةٌ على الأُخت من الأم في الجديد ، وذُكِر وجهٌ - في التخريج على القديم - : أن الأختَ للأُمِّ مقدمةٌ لقرابة الأم . وعلةُ الجديد : أنهما يستويان في الشفقة ، ولا تؤثر جهةُ الأم في زيادة الشفقة (١) ، لكن هذه لها قوةٌ في الميراث ، (٢ ويصلح ذلك في الترجيح ٢) ، لكن هذا لا يطَّرد في خالةٍ لأبٍ وأخرى لأُمٍّ ، وكذلك لِعَمَّاتٍ (٣) ؛ إذ لا ميراثَ : فمنهم من قدم الخالةَ للأب ؛ لأن الميراث بَيَّنَ لنا قوة هذه الجهة ، فلا يرعى غير الميراث . ومنهم من قدم الخالةَ للأمّ ؛ إذ لا ميراث ، وقرابةُ الأُمّ آكدُ .

الثانية : نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه لا مدخل في الحضانة لكل جدة ساقطة في الميراث ، (٤ وهي كل جدة تُدْلي بِذَكَرٍ بين الأنثيين . وهو مشكل ؛ لأنها - وإن كانت ساقطة في الميراث - فالخالة ٤) والعمة أيضًا كذلك ، ولعل سببه : أن الذكرَ الذي ليس بوارثٍ ليس له ولايةُ الحضانة ، وهي تدلي به ، ولهذا الإشكال ذكر أصحابنا وجهين آخرين :

أحدهما : أنهن لو انفردن فلهنّ الحضانة ، ولكنهنّ مؤخرات عن الخالات وجميعِ المذكورات .

والثاني : أنهن مؤخراتٌ عن الجدات الوارثات ، مقدماتٌ على الأخوات والخالات .

الثالثة : القريبة الأُنثى التي لا محرميةَ لها - كبنات الخالات وبنات العمات - فيه وجهان :

= فقال : والقديم موافق للجديد في جميع هذا الترتيب ؛ إلا أنه في القديم قدَّم الأخواتِ على أمهات الأب لإدلائهنَّ بالأم ، وهو ضعيف ، فإذا كان كذلك صح ما ذكرناه وكأنه قال : النص الجديد في جميع القول المرتب : أن الأم أولى ، ثم أمهاتها المدليات بالإناث لا بالذكور ، ثم أم الأب وجداته المدليات بالإناث وإن عَلَوْنَ ، ثم أم الجد وأمهاته على الترتيب المقدم في الإرث ، ثم أم الجد وجْداته كذلك ، ثم الأخوات ، ثم الخالات ، ثم بنات الإخوة ثم الخالة ؛ لأن الخالةَ أمٌّ وشفقتُها أكثرُ ، ثم العمات وهن بعد الخالات ؛ لأن قرابةَ الأم أقوى في الحضانة ، والقول القديم تقديمُ الأخوات على أمهات الأب ، وهو ضعيف ؛ لأن شفقة الأصول أعظم ». مشكلات الوسيط (ق ١٦٥ / ب - ١٦٦ / ب) .

(١) في الأصل « شفقة » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « ويصلح ذلك للترجيح » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « العمات » .

(٤) غير واضحة في الأصل وواضحة في (أ) ، (ب) .

أحدهما : أنه لا حضانةَ لهنّ ؛ إذ الحضانةُ تستدعي خبرةً ببواطن الأمور ؛ فتستدعي المحرمية .

والثاني : أنه تثبت ، وذكر الفوراني ذلك ، وقال : الخالاتُ مقدماتٌ على بنات الإخوة ، وبناتُ الإخوةِ مقدماتٌ على العمات كما يُقَدم ابنُ الأخِ في الإرث على العم . وقال : بناتُ الخالات مقدماتٌ على بنات العمات .

الطرف الثاني : في اجتماع الذكور ، وهم أربعة أقسام :

الأول : مَحْرمٌ وارثٌ . فله حقُّ الحضانة ، ويترتبون ترتب العصباتِ في الولاية إلا الأخَ من الأم ، فإنه ليس بوليٍّ ، وهو متأخرٌ عن الأصول وعن الإخوة للأب [مع أنه محرم وارث] (١) . وهل يؤخر عن العمّ ؟ فيه وجهان : منهم من أَخَّر ؛ للولاية . ومنهم من قدّم ؛ للقُرْب والشفقة . وهو الأظهر .

الثاني : الوارث الذي ليس بمحْرمٍ - كبني الأعمام - : (٢لهم حقُّ حضانةٍ ٢) في الصبي وفي الصغيرة التي لا تُشْتهى دون التي تُشتهى .

الثالث : المحرم الذي ليس بوارث - كالخالِ ، وأبِ الأُمِّ ، والعمّ من الأم ، وبني الأخوات - : فهم مؤخرون عن الورثة . وهل لهم حقٌّ عند فَقْدِهم ؟ فيه وجهان :

أحدهما : [تثبت] (٣) للمحرمية كما تثبت للخالة وإن لم تكن وارثة .

والثاني : لا ؛ لأن الخالة أُنثى ، وانضمامُ الأنوثةِ إلى القرابة مُؤَثّر (٤) . ثم لا خلاف أن المستحبّ للسلطان أن يُسَلِّم إليهم .

الرابع : قريبٌ ليس بمحْرَمٍ ولا وارث - كابن الخالة والخال - فالصحيح : أنه لا حقَّ لهم وإن ظهر الخلاف في بنات / الخالات لأجل الأنوثة . وفيه وجه . ٢٢٩/أ

الطرف الثالث : في اجتماع الذكور والإناث . ولا شك أن الأم وأمهاتِها مقدماتٌ ، إذا كُنَّ من جهة الإناث ، ثم بعدهن في الأب والجدات - من قبل الأب - قولان :

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « لهم الحضانة » .

(٣) زيادة ضرورية من (ب) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٩ / ١١١) .

ظاهرُ النص : تقديمُ الأبِ ، فلا يُقدم على الأب إلا الأمُّ وأمهاتُها . كذلك قال الشافعيُّ (رضي الله عنه) .

والثاني : أنهن مقدمات وإن أَدْلَيْنَ به ؛ لشفقة الأنوثة . فعلى هذا ، في تقديم الأخوات على الأب ثلاثة أوجه :

أحدها : التقديم ؛ للأنوثة .

والثاني : لا ؛ لأن الأبَ أصلٌ .

والثالث : أنه يُقدم على الأخت للأب ؛ فإنها فَرْعُه دون الأخت للأم والأخت للأب والأم .

وهذا الوجه لا يجري في الخالة ؛ لأنها ليست فَرْعًا ، ولكن يجري الوجهان في تقديم الخالة على الأب ، بل تقديمُ الخالةِ عليه أولى من تقديم الأختِ . وكلُّ جدةٍ ليست فاسدةً فهي مقدمةٌ على كل عصبة تقع على حواشي النسب .

وأما الذكور والإناث على الحواشي إذا استووا في القرب والإرث ، فالأنثى أولى ، والأخت أولى من الأخ .

ولو كانت الأنثى بعيدةً - والذكرُ قريبًا - فوجهان ؛ لتعارضِ الأُنوثة والقرابة .

* * *

السَّبَبُ الثَّالِثُ للنَّفَقة

مِلْكُ اليَمِين

وفيه مسائل :

الأولى : أن نفقة المملوك إمتاعٌ ، وهو على الكفاية . ولا تَسقط إلا بزوال الملك أو الكتابة (١) . وليس عليه أن يُطْعمه ويكسُوَه من جنس ما يَطْعم ويَكْتسي ، ولكن ما يليق به . ولو اقتصر من الكسوة على ما يستر به العورة ، لم يَجُزْ ذلك في بلادنا ؛ لأنه (٢) إضرارٌ وإن لم يكن يتأذّى بحَرٍّ وبَرْدٍ . وهل يجب تفضيلُ النفيسِ على الخسيس في الكسوة ؟ (٣) فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يجب ؛ إذ (٤) العادةُ تقتضي ذلك .

والثاني : لا ؛ لأن الرقيقَ يليق به الخشنُ وإن كان نفيسًا .

والثالث : أنه لا يُفْرق في العبيد ، أما الجواري ، فيُفَضِّل السُّرِّيّةَ (٥) على الخادمة .

الثانية : قال رسول الله ﷺ : « إذا كفى أحدَكم طعامَه خادمُه ، حَرَّه ودُخَانَه ، فَلْيُجْلِسْه معه ، فإنْ أبَى فَلْيروِّغْ له لقمةً ، ولْيُنَاوِلْها إيّاه » (٦) ؛ فترددوا فيه على ثلاثة أوجه :

---

(١) أي إذا كاتب العبدُ سيدَه على العتق.

(٢) في (أ) : « فإنه » .

(٣) أي هل يجب تفضيل العبد النفيس على غيره في الكسوة ؟ .

(٤) في الأصل : « إذا » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) السُّرِّيَّة : هي الجارية التي اتخذها سيدُها فراشًا لنفسه رجاءَ ولدها . انظر طلبة الطلبة ص (١٠٤) .

(٦) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٩ / ٤٩٤) (٧٠) كتاب « الأطعمة » (٥٥) باب « الأكل مع الخادم » حديث (٥٤٦٠) بلفظ « إذا أتى أحدَكم خادمُه بطعامه ، فإن لم يُجْلِسْه معه ، فَلْيُنَاوِلْه أُكْلَةً أو أُكلتين ، أو لُقْمةً أولقمتين؛ فإنه وَلِيَ حَرَّه وعِلاجَه» . ورواه مسلم(١٢٨٤/٣)(٢٧) كتاب«الإيمان»(١٠)باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يَلْبس، ولا يُكَلِّفه ما يغلبه» حديث(١١١٣)بإسناده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ : « إذا صنع لأحدكم خادمُه طعامَه، ثم جاءه به– وقد وَلِيَ حرَّه ودُخَانَه – فَلْيُقْعِدْه معه، فليأكل. فإن كان الطعام مَشْفوهًا قليلا ، فليضع في يده منه أُكلة أو أُكلتين » .

=

أحدها : أن ذلك واجب على الترتيب .

والثاني : أنه يجب ، إما الإجْلاسُ أو ترويغ (١) اللقمةِ ، ولا يجب الترتيبُ .

والثالث : - وهو الأظهر - أن ذلك مستحبٌ ، وهو من مكارم الأخلاق .

الثالثة : الرقيقة - أو أم الولد - إذا أتت بولد فعليها الإرضاع ، بخلاف الزوجة ؛ فإنها رقيقة ، ولا يُفَرِّق بينه وبينها . ولا تُكَلَّف أن تُرْضِع غَيْرَ ولدها مع ولده (٢) ؛ فإنه إضرارٌ بها وبولدها . نعم ، له أن يستمتعَ بها ويضمَّ الولدَ إلى غيرها في وقت الاستمتاع .

الرابعة : ليس لها فطامُ ولدِها قبل الحولين ولا الزيادة على الحولين إلا برضاه ، والمتَّبعُ رضا السيد فيه (٣ إلا إذا كان إضرارًا بالولد ٣) . وأما الحرة ، فحقُّها مؤكدٌ في إرضاعِ ولدِها ، فيتوقَّف الفطامُ على توافقهما . فإن أرادت الفطامَ فله المنعُ . وإن أرادت الإرضاع [بالأجرة] (٤) وأراد الأبُ الفطامَ ، فعليه الأجرةُ وليس له المنعُ .

الخامسة : لا أصلَ للمُخَارجة ، وهو ضَرْبُ خراجٍ مقدَّر على العبد كلَّ يوم ، بل على العبد بَذْلُ المجهود (٥ وعلى السيد أن يَحْمِلَه على ما يطيقه ٥) . فلو امتنع السيدُ عن الإنفاق يُبَاع عليه ، فإن لم يرغب أحدٌ في شرائه ، فهو من محاويج المسلمين .

السادسة : يجب عليه علفُ الدوابّ ؛ لأنّ أرواحها محترمةٌ ؛ ولذلك لا يجوز تعذيبُها ولا ذَبْحُها إلا لمأكله ، وكذلك لا ينزف ألبانها بحيث يستضرُّ بنتاجها .

= ورواه الترمذي في سننه (٤ / ٢٥٢) حديث (١٨٥٣) ولفظه قريبٌ من لفظ المصنف .

(١) في (أ) : « وإما ترويغ » .

(٢) في (أ) : « ولدها » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إلا إذا كان فيه إضرار » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) : « وعلى السيد أن يُحمّله ما يُطيقه » . وفي قوله هذا إشارة إلى قوله ﷺ : « للملوك طعامه وكسوته ، ولا يُكلف من العمل إلا ما يطيق » رواه مسلم في صحيحه (٢ / ١٢٨٤) حديث (١٦٦٣) .

ويجوز غصبُ العلفِ والخَبَطِ [1] لحاجتها [2] إذا أشرفَتْ على الهلاك على المذهب الظاهر .

والمسافرُ يُقَدِّم حاجةَ الدابةِ إلى الماء على الوضوء ، فيتيمَّم . وإذا أجدبت الأرضُ فعليه علفُ السائمة .

ولا يجب عليه عمارةُ دارِه وقناتِه وعَقارِه وإن أشرفت على الانهدام ؛ لأن الحرمةَ لذي الروح . فإن امتنع من العلف ، فللقاضي أن يُجْبره على البيع ، أو يَبيع عليه ، [3] والله تعالى أعلمُ وأحكمُ ، والحمدُ لله ربّ العالمين [3] .

* * *

(١) الخبط : أوراق الشجر . انظر المصباح المنير (١ / ٢٥١) . والقاموس المحيط ص (٨٥٧) .

(٢) في (أ) : « لجراحتها » .

(٣) ما بين الرقمين ليس في (أ) .

كتاب الجنايات (1)

(1) واحدتها : جناية . وهو مصدر « جنى على نفسه أو غيره جنايةً : إذا فعل مكروها . والجناية ، هي الجرم والذنب ، والمقصود بها هنا : ما يفعله الإنسان مما يوجب عليه القصاص والعقاب في الدنيا والآخرة » .

والجنايات ثلاثة أنواع : وهي القتل ، أو قطع عضو ، أو جرح لا يُزْهق الروحَ ولا يَفْصِل جزءًا من الجسد . انظر : المصباح المنير (١ / ١٧٦) . المطلع على أبواب المقنع من (٣٥٦) . معجم لغة الفقهاء ص (١٦٧) . الروضة (٩ / ١٢٢) .

اعلم أنَّ (١) أدلة الشريعة من الكتاب والسنة والإجماع ، متظاهرةٌ على أن القتل كبيرة متفاحشة (٢) موجبةٌ للعقوبة في الدنيا والآخرة (٣) .

وموجباته في الدنيا ثلاثة : القصاصُ (٤) ، والدية ، والكفارة (٥) .

أما القصاص ، فالنظر في حكمه عند العفو ، والاستيفاء ، وفي مُوجِبِه . **أما الموجب** ، فالنظر فيه يتعلّق بالطرف والنفس . **أما النفس** ، فالنظر فيها يتعلق بأركان / وهو : القاتل ، والقتيل ، ونفس القتل . ٢٢٩/ب

الركن الأول
القتل نفسه

والموجِبُ للقصاص منه : كلُّ فعل عَمْد محض ، عدوان ، مُزْهِق للروح (٦) .

وقولنا : (مزهق) يتناول المباشرةَ والسببَ ؛ فلزم (٧) تمييزُ العمد المحض عن غيره ، وتمييزُ السبب عن غيره . وينكشف بالنظر (٨ في أطراف خمسة ٨) :

---

(١) قوله « اعلم أن » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فاحشة » .

(٣) ومن الآيات في ذلك قولُه تعالى : ﴿ومن يقتل مؤمنًا متعمدًا فجزاؤه جهنم خالدًا فيها ...﴾ الآية [النساء : ٩٣] . وقوله تعالى : ﴿من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفسًا بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعًا ...﴾ الآية [المائدة : ٣٢] . ومن الأحاديث قوله ﷺ : « لن يزال المؤمن في فُسْحَةٍ من دينه ما لم يُصِبْ دمًا حرامًا » . رواه البخارى في صحيحه (١٢ / ١٩٤) (٨٧) كتاب « الديات » (١) باب قول الله تعالى : « ومن يقتل مومنًا متعمدًا فجزاؤه جهنم » حديث (٦٨٦٢) . وقوله ﷺ : « لزوال الدنيا أهون عند الله من قتل رجل مسلم » رواه الترمذي في سننه (٤ / ١٠) (١٤) كتاب « الديات » (٧) باب « ماجاء في تشديد قتل المؤمن » (١٣٩٥) . وقال في مغني المحتاج (٤ / ٢) : « وتصح توبة القاتل عمدًا ؛ لأن الكافر تصح توبته فهذا أولى ، ولا يتحتم عذابُه ، بل هو في خطر المشيئة ، ولا يُخَلد عذابُه إنْ عُذِّب وإنْ أصرّ على ترك التوبة كسائر ذوي الكبائر غير الكفر . وأما قوله تعالى : ﴿ومن يَقْتُلْ مؤمنًا متعمدًا فجزاؤه جهنم خالدًا فيها ....﴾ الآية [النساء : ٩٣] فالمرادُ بالخلودِ المكثُ الطويل ؛ فإن الدلائل متظاهرة على أن عصاة المسلمين لا يدوم عذابهم ، أو مخصوص بالمستحلّ لقتله كما ذكره عكرمة وغيره » . وانظر الروضة (٩ / ١٢٢) . حاشية نور الدين الشبراملسي على نهاية المحتاج (٧ / ٢٤٦) .

(٤) والقصاص يكون في العمد المحض دون الخطأ وشبه العمد . انظر الروضة (٩ / ١٢٤) .

(٥) ولكن لا يجتمع القصاصُ والدية لا وجوبًا ولا استيفاءً ، أما الكفارة فأعمُّ منهما ، فتجب مع كل واحد منهما ، وقد تنفرد عنهما . انظر الروضة (٩ / ١٢٢) .

(٦) قال في الروضة (٩ / ١٢٣) بتصرف : وقولنا : (كل فعل) ليشمل الجرح وغيره . وقولنا : (عدوان) احتراز من القتل الجائز . وقولنا : (من حيث كونه مزهقا) احتراز عما إذا استحق حَزَّ رقبته قصاصًا فَقَدَّه نصفين ، فإنه لا يتعلق به قصاصٌ وإن كان عدوانًا ؛ لأنه ليس بعدوان من حيث كونه مزهقا وإنما هو عدوان من حيث إنه عَدَلَ عن الطريق المستحق » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فيلزم » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « في خمسة أطراف » .

الطرف الأول

في تمييز العمد عن شبه العمد

والقصد له ثلاث متعلقات :

أحدها : بالفعل [١] . فمن تَزْلَقُ [٢] رجلاه ، فسقط على غيره فمات ، فهو خطأ محض [٣]

الثاني : التعلق بالشخص . فمن رمى إلى صيد ، فأصاب إنسانًا ، فهو خطأ محض وإن كان الفعل باختياره .

الثالث : القصد المتعلق بزهوق الروح وبهذا يتميز [٤] العمد عن شبه العمد .

وفي ضبطه طريقان [٥] :

(أحدهما) : أنَّ ما عُلم حصولُ الموت به – بعد وجود قَصْد الفعل والشخص – فهو عمدٌ محض ، سواءٌ كان قَصْدُ الفاعل [٦] إزهاق الروح أو لم يكن قَصَدَ [٧] . وسواء كان حصول الموت به غالبًا أو نادرًا [٨] كقطع الأنملة .

(الطريقة الثانية) [٩] : أن الضابط : « ما يُقْصد به القتل غالبًا في المثقل [١٠] » ، فأما في

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الفعل » .

(٢) زَلَقَت القدمُ زَلَقًا ، من باب « تعب » : أي لم تثبت حتى سقطت ، ويُعدَّى بالألف والتشديد ، فيقال : أَزْلقته وزلَّقته . انظر المصباح المنير (١ / ٣٨٩) مادة (ز ل ق) .

(٣) وذلك لأنه لم يقصد الفعل أصلًا .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وهذا تمييز » .

(٥) أي في ضبط العمد المحض عن غيره وهو شبه العمد والخطأ .

(٦) في (أ) ، (ب) : « الفعل » .

(٧) وتقرأ أيضًا : أو لم يكن قَصْدٌ .

(٨) في الأصل : « ونادرًا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « الطريق الثاني » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « المثقلات » والمثقل هو ماليس له حدٌّ يجرح ولا سِنٌّ يطعن ، كالعصا والحجر . والمحدّد : هو ما يقطع ويدخل في البدن ، أو يُفرّق أجزاءَ الجسد ، مثل السيف والسكين والأسلحة النارية وغير ذلك . انظر الفقه الإسلامي وأدلته (٦ / ٢٣٠ ، ٢٣٢) .

الجراحات : « فكلُّ جرحٍ سَارٍ [1] ذِي غَوْرٍ » ؛ لأن قطع الأنملة لا يُقْصَد به القتل غالبًا . ثم هو موجب للقصاص . وهذا ضعيف ؛ لأن معنى العمد لا يختلف بالجرح والمثقل . وللمثقَّلِ أيضًا تأثيرٌ في الباطن ، وغَوْرٌ في الترضيص .

والطريقة الأولى [أيضًا] [2] مدخولة ؛ لأنه لو ضرب كوعه بعصا ، فتورم ودَامَ الألمُ حتى مات ، عُلم حصولُ الموت به ، ولا قصاص فيه ؛ لقوله (عليه السلام) : « قَتيلُ السَّوْطِ وَالْعَصَا فِيهِ مائة مِنَ الإبِلِ [3] » وأيُّ فرقٍ بينه وبين ما لو غرز إبرةً ، فأعقبتْ ألمًا وورمًا حتى مات ، إذ يجب القصاص به . ولو أعقبت ألما دون الورم فوجهان . فإن أمكن أن يقال : المضروب بالعصا ، لعله مات فجأةً بسبب في باطنه : أمكن ذلك في غرز الإبرة !! كيف وقد نصّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه لو أبان بعض الأصابع ، فتأكل الباقي ، فلا قصاص في الباقي ، وقد علم حصول السِّراية به [4] . ونصَّ على أنه لو ضرب رأسه ، فأذْهَبَ ضوءَ عينيه وجب القصاص في الضوء ؛ لأن اللطائف تُقْصد بالسراية دون الأجسام . وقد عُلِمَ حصول السراية في الموضعين ؛ وعن هذا تصرّف بعضُ الأصحاب في النصَّيْن بالنقل والتخريج ، وقالوا : فيهما قولان ، فتخرج الطريقتان [5] على القولين .

---

(١) أي يَسْري في البدن .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) . ويعني بالطريقة الأولى : الضابط الأول للعمد المحض .

(٣) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٤ / ٦٨٢) (٣٣) كتاب « الديات » (١٩) باب في « دية الخطأ شبه العمد » حديث (٤٥٤٧) بإسناده عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ خطب يوم الفتح بمكة ، فكبر ثلاثًا ، ثم قال : « لا إله إلا الله وحده ، صدقَ وعْدَه ، ونَصَر عبْدَه ، وهزم الأحزابَ وحدَه ، ألا إن كل مأثرة كانت في الجاهلية تُذْكر وتُدْعى من دمٍ أو مالٍ تحت قدميَّ إلا ما كان من سقاية الحج وسدانة البيت » ثم قال : « ألا إنَّ ديةَ الخطأ شِبْهَ العمد - ما كان بالسوط والعصا - مائةٌ من الإبل ، منها أربعون في بطونها أولادُها » .

ورواه النسائي (٨ / ٤٠) كتاب « القسامة » باب « كم دية شبه العمد » . وابن ماجه (٢ / ٨٧٧) حديث (٢٧٢٦) ثلاثتهم من طرق عن عقبة بن أوس عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ .

(٤) انظر نصّ الشافعي في مختصر المزني ص (٢٤٢) . الحاوي الكبير للماوردي (١٢ / ١٦٣) . وكلمة : « دية » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الطريقان » .

ولمَّا عَسِرَ الضبط [١] على أبي حنيفة (رحمه الله) - إذْ رأى القصدَ خفيًّا - عَوَّل على الجارح [٢] ؛ فلزمه إسقاط القصاص في التغريق والتخنيق والتحريق [٣] .

فالأَوْلى في تعليل مذهب الشافعي (رضي الله عنه) أن نترك الضبط ، ونقول : حصولُ الموت بالسبب : إما أن يكون نادرًا ، أو كثيرًا ، أو غالبًا . وليس كل كثير غالبًا ؛ فإن المرض كثيرٌ وليس بنادرٍ ولا غالبٍ بل الغالبُ الصحة . والجذامُ نادرٌ لا كثيرٌ ولا غالبٌ ؛ فكلُّ ما كان حصولُ الموتِ به نادرًا [٤] ، فلا قصاص فيه [٥] ، كالعصا والسوط وغرْز إبرة لا تُعقب ورمًا . ولما كان

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الضابط » .

(٢) أي جعل العمد المحض الذي فيه القصاص هو القتل بالجارح كالسيف والسكين دون القتل بالمثقل . انظر : تحفة الفقهاء (٣ / ١٠٣) . الهداية (٤ / ٥٠٧) .

(٣) قوله : (والتحريق) فيه نظر ؛ فإن مذهبَ أبي حنيفة (رحمه الله) - في القتل بالنار - القصاصُ . انظر تفصيل ذلك في المسألة الآتية :

مذهب الشافعية : أنه يلزم القصاص فيما إذا ضربه بمثقل يقتل غالبًا - كالحجر - أو أحرقه ، أو صلبه ، أو هدم عليه حائطًا ، أو أغرقه ، أو خنقه ، أو دفنه حيًّا فمات : وجب القصاص في ذلك كله . وهذا مذهب المالكية والحنابلة . انظر : مختصر المزني ص (٢١٤) . الوجيز (٢ / ١٣٦) . المنتقى (٧ / ١٠٠) . القوانين الفقهية ص (٩ / ١٢٥) . الشرح الكبير (٤ / ٢٤٢) الفروع لابن مفلح (٥ / ٦٢٢ ، ٦٢٣) . المبدع (٨ / ٢٤١ - ٢٤٩) . زاد المستقنع ص (٣٤٩) . المغني لابن قدامة (٧ / ٦٨٨) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أن القصاص إنما يجب في القتل بالنار ، أو بالمحدّد من الحديد ، أو الخشبة المحدّدة ، أو الحجر المحدّد .

فأما إنْ أغرقه بالماء ، أو قتله بحجر غير محدّد ، أو خنقه ، فلا قود ؛ وذلك لأنَّ هذا القتل - عند أبي حنيفة - شبْهُ عمدٍ ، لا عمدٌ محض ، وفي ذلك الكفارةُ ، والديةُ على العاقلة .

انظر : تحفة الفقهاء (٣ / ١٠٣) . المبسوط (٢٦ / ١٢٢ ، ١٥٢) . الهداية (٤ / ٥٠٧) . رءوس المسائل ص (٤٥٦) . رد المحتار (٦ / ٥٤٣) . الجامع الصغير ص (٤٩٣) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وكل ما حصل الموت به نادرًا » .

(٥) قال الحموي : « قوله : (الركن الأول : القتل الموجب للقصاص : كل فعلٍ عَمْدٍ محض عدوان مزهق للروح ... إلى قوله : قال : الطريقة الثانية : أن الضابط فيما يُقْصَد به القتل غالبًا ثم هو موجب للقصاص وهذا ضعيف ؛ لأن معنى العمد لا يختلف بالجرح والمثقل ، وللمثل أيضا تأثير في الباطن ... إلى قوله : ولما عَسُر الضبط على أبي حنيفة إذ رأي القصد خفيًّا عوّل على الجرح ، فلزم إسقاط القصاص في التحريق والتغريق والتخنيق) ثم =

سقوط الأطراف بالسراية نادرًا ، نصّ على سقوط القصاص فيه ، بخلاف زوال اللطائف كالعقل والبصر .

ويقابل هذه الرتبةَ ما كان حصولُ الموت به غالبًا ، كالجراحات الكبيرة والمثقلات ، فتلحق [١] بما يكون حصولُ الموت به ضروريًا ، كالتخنيق وحزّ الرقبة .

والمتوسط الذي يكون حصولُ الموت به كثيرًا لا غالبًا - كالجراحات الواسعة فوق غرز الإبرة وكقطع الأنملة وكالعصا [٢] والسوط - ففي هذا يُنْظر إلى السبب الظاهر ، وهو الجرح مزهقًا ، فيجب القصاص به ؛ لأن الجرح طريق سالك إلى الإزهاق غالبًا وإن لم يكن قدر هذا الجرح مزهقا غالبا ، وما لا يَجْرح فليس طريقًا غالبًا ، فاعتبر فيه أن يتحقق كونه - بالإضافة إلى الشخص والحالِ - مهلكًا غالبًا. ثم ذلك يختلف بالأشخاص والأحوالِ؛ فَلْيُحْكم فيه بالاجتهاد [٣].

فإن قيل : لو ضرب شخصًا ضربًا يقتل المريض غالبًا ، لكن ظَنَّه صحيحًا ؟ قلنا : يجب القصاص ؛ لأن هذا الظنّ ، إذا لم يَنْفِ العدوانَ في الفعل ، وهو في نفسه قاتل [٤] : فلا يكون

= قال الشيخ : (والأولى في تعليل مذهب الشافعي أن يترك الضبط ونقول : الموت لا يخلو إما أن يكون نادرًا أو غالبًا ... إلى قوله : وكلُّ ما كان حصولُ الموت فيه نادرًا فلا قصاص) .

قلت : ضعَّف الشيخ الضبط ثم عاد إليه كما لا يخفى عمن يتأمل ذلك ، وإذا كان كذلك كان رجوعًا إلى ما كان عليه أولًا ، وهو قبيح كما لا يخفى .

قلت : إنما ضعف الشيخ ذلك لأجل المُثَقَّل ، وما ذكره من النقض على الطريقتين كما لا يخفى من حيث إن له تأثيرًا في الباطن كالجرح ، وليس ذلك منه بإنكار للضبط على إطلاقه ، بل كان ذلك لعدم اطراده في بعض الصور كما لا يخفى ، وبه خرج الجواب .

وأما في قوله في حد العمد الموجب للقصاص : (كلُّ قتلٍ عمدٍ محضٍ عدوانٍ مزهق للروح) فيرد عليه إشكال ، فإن ما ذكره من القيود موجودٌ في صورة ما إذا استوفى الوارث القصاصَ بغير حضرة السلطان أو الحاكم ، ومع هذا لا يجب القصاص كما لا يخفى وهو عدوان محض .

جوابه : أنه لما قال : (موجب للقصاص) خرج عن الإشكال المذكور ؛ لأن - بالإجماع - استيفاءَ القصاص بغير حضرة السلطان غيرُ موجب للضمان ، وإنما حُرِّم لافتئاته على الإمام أو السلطان فيما اختصَّ به من مصلحة الاستيفاء ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٦٦ / ب - ١٦٧ / ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « فتلتحق » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « والعصا » .

(٣) أي يُوكَل ذلك إلى نظر القاضي .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فاعل » .

معذورًا بجهله ، بخلاف ما لو صدر هذا من مؤدِّب أو أَبٍ ، أو من طبيبٍ سقاه شيئًا يقتل [1] ذلك المريض ، إلا أنه لم يَعْرف مرضَه ، فلا يجب القصاص ؛ لأنه جهل أباح [2] الفعلَ .

فإن قيل : إذا سَقى غيره دواء يقتل كثيرًا لا غالبًا ، فهو كالجراحات أو المثقلات ؟ قلنا : ظاهر كلام الأصحاب أنه كغرز الإبرة / فإنْ أعقب تغيرًا أو تألّمًا [3] وجب القصاص ؛ لأن أغشية الباطن رقيقةٌ فينقطع بالدواء ، فكان إلحاقه بالجرح [4] أوْلى [5] .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فقتل » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « أباحه » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « وتألّمًا » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « بالجراح » .
(٥) وبعد هذا التفصيل من الإمام الغزالي (رحمه الله) فالضابط عند جمهور الشافعية : أن الضرب بما يقتل غالبًا عَمْدٌ محض ، والضرب بما لا يقتل غالبًا شِبْهُ عمدٍ ، سواء كان ذلك بالجارح أو المثقل . انظر : التنبيه للشيرازى ص (١٣٢) . الروضة (٩ / ١٢٤) . مغني المحتاج (٤ / ٣) . نهاية المحتاج (٧ / ٢٤٧) .

الطرف الثاني
في تمييز السبب عن المباشرة

وما يحصل الموت عقبه [1] ينقسم إلى : شروط [2] ، وعلة ، وسبب :

أما الشرط ، فهو الذي يحصل عنده [3] ؛ لأنه كحفر البئر مع التردية ، فإنَّ الموت : بالتردية ، لكن الحفر شرطٌ . وكذا الإمساك مع القتل ، والشرطُ لا يتعلّق القصاصُ به .

وأما العلة ، فما تُوَلِّدُ الموتَ ، إما بغير واسطة كحز الرقبة ، وإما بواسطة - كالرَّمْي - فإنه يُوَلّد الجرحَ ، والجرحُ يُوَلِّدالسرايةَ ، والسرايةُ تُوَلّد الموتَ . وهذا يتعلق القصاص به .

أما السبب ، فماله أَثَرٌ في التَّوَلُّد ، ولكنه يُشْبه [4] الشرط من وجه ، فهذا على ثلاث مراتب :

الأولى : الإكراه على القتل . وهو مُوجبٌ للقصاص ؛ فإنه شديد الشَّبه بالعلة ؛ لأنه يُوَلِّد في المكْرَهِ داعيةَ القتل غالبًا .

الثانية : شهادة الزور . فإنها تُوَلّد في القاضي داعيةَ القتل ، لكنه دون الإكراه ؛ فإن هذا إلجاءٌ شرعًا ، والأولُ حسًّا ، لكن لما كان كلُّ واحد يُفْضي إلى القتل غالبًا في شخص مُعَيَّن لم نُفَرِّق بينهما . وأبو حنيفة (رحمه الله) لم يُلْحِق الشهادة بالإكراه [5].

الثالثة : ما يُولّد المباشرة توليدًا عُرْفيًا ، لا حسيًا ولا شرعيًا ، كتقديم الطعام المسموم إلى

---

(١) في (أ) ، (ب) : « عقيبه » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « شرط » .

(٣) يعني يحصل عنده الهلاك .

(٤) في (أ) ، (ب) : « شِبْه » .

(٥) **مذهب الشافعية** : إلحاق شهادة الزور بالإكراه في وجوب القصاص من الشاهد ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا .

ومذهب الحنفية : هو وجوب الدية دون القصاص ، وهو مذهب المالكية أيضًا .

انظر : تحفة الفقهاء (٣ / ١٠٤) . المبسوط (٢٦ / ١٨١) . طريقة الخلاف في الفقه ص (٤٩٢ ، ٤٩٣) . إيثار الإنصاف في آثار الاختلاف ص (٣٩٦ / ٣٩٧) . القوانين الفقهية ص (٣١٨) . الفروع لابن مفلح (٥ / ٦٢٥) . الإنصاف (٩ / ٤٤١ ، ٤٤٢) .

الضيف ، ففيه قولان [١] :

أحدهما : لا قصاص على المقدّم ؛ لأن الأكل ليس مُلجِئًا لا حِسًّا ولا شرعًا .

والثاني : يجب ؛ لأن هذا التغرير يُفْضي إلى القتل غالبًا في معين . ثم الصحيح أن الدية تجب . وقيل بطرد القولين .

ولو وضع الطعام المسموم في داره اعتمادًا على أن الداخل المقصود سيأكله انبساطًا ، فلا قصاص [عليه] [٢] . وقيل بطرد القولين . فلو [٣] دعا الضيف ، وحفر في الدهليز بئرًا ، فتردَّى فيه ، ففي القصاص قولان [٤] . فإن قيل : لو جرى سبب ، وقَدَر المقصودُ [٥] على دَفعْه ولم يَدْفع ؟ قلنا : هذا على مراتب :

الأولى : أن لا يكون السبب مُهْلِكا ، كما لو فتح عِرْقَه بغير إذنه ولم يعصب [٦] حتى نزف الدم . أو ألقاه في ماء قليل ، فبقي مُسْتلقيا حتى غرق ، أو حبسه في بيت ، فلم يَطْلب طعامًا مع القدرة حتى مات : فهو الذي أهلك نفسه ؛ فلا دية له ولا قصاصَ .

الثانية : أن يكون السبب مهلكًا والدفع عسيرًا [٧] ، كترك مداواة الجرح ، فالقصاصُ واجب .

الثالثة : أن يكون السبب مهلكًا وكان الدفع سهلًا ، كما لو ألقاه في ماء مُغْرِق فترك السباحة - وهو يُحْسِنها - ففيه وجهان [٨] . ووجه الإيجاب : أنه قد يدهش عن السباحة [٩] والسبب في نفسه مهلك [٩] . وفي الدية وجهان مرتبان وأولى بالوجوب .

---

(١) إن كان الضيف صبيًا أو مجنونًا ، لزم القصاص . وإن كان بالغًا عاقلًا : فإن علم حال الطعام وأن به سُمًّا ، فلا شيء على المناوِل أو المقدِّم ، بل الآكل هو الذي أهلك نفسه ، فإن لم يعلم بحال الطعام ، فقولان ، والأظهر أنه لا قصاص . انظر الروضة (٩/ ١٣٠) . الغاية القصوى (٢/ ٨٨٣) . مغني المحتاج (٤/ ٧) . نهاية المحتاج (٧/ ٢٥٤) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(٤) والأظهر أنه لا قصاص أيضًا كما في مسألة تقديم السّمّ للعاقل البالغ .

(٥) أي : المقصود قتلُه .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولم يعصبه » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « عسير » وهو صحيح أيضًا .

(٨) والأصح أنه لا قصاص . انظر : الروضة (٩ / ١٣٢) . الغاية القصوى (٢ / ٨٨٤) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « والسبب مهلك في نفسه » .

ولو ألقاه في نار فوقف ، فوجهان مرتبان . والظاهر : وجوب القصاص ؛ لأن النار بأول اللقاء تشنج الأعضاء ؛ فتعسر الحركة به [1] .

فإن قيل : لو كان به بعض الجوع ، فحبسه [2] ومنعه الطعام حتى مات ؟ قلنا : إنْ عَلِمَ ، وَجَب القصاصُ ، كما لو قصد مريضًا بضربٍ خفيف . وإن كان جاهلًا بجوعه ففي القود قولان :

أحدهما : يجب ، كما لو ضرب مريضًا على ظَنٍّ أنه صحيح ، فالجوع السابق - وإن كان مُعِينًا - فهو كالمرض .

والثاني : لا يحب ؛ لأن هذا القدر من الجوع ليس مهلكًا ، وزيادةُ الجوع الأول هو الذي أهلك بخلاف الضرب ، فإنه ليس زيادة في المرض ؛ لأنه ليس من جنسه ، فلم يمكن إحالةُ الهلاك عليه .

وحيث لا نُوجِب القصاص ، فلابُدّ من الدية . وفي قدرها قولان :

أحدهما : الكلّ ؛ إذْ سقوطُ القصاص كان بالشبهة .

والثاني : النصف ؛ لأن الهلاك حصلَ بالجوعين ، فهو كما لو وَضَع فى السفينة المثقَّلَة زيادةً مُغْرِقة ، ففي قدر الضمان ثلاثة أقوال :

(أحدها) : الكلُّ . (والثاني) : النصفُ . (والثالث) : التوزيع ؛ لأن تأثير المثقلات في الإغراق متناسب بخلاف تأثير الجوع والجرح .

* * *

(١) وهذا بخلاف ما صُحِّحَ في الروضة بأنه لا قصاص . انظر : الروضة (٩ / ١٣٢) . والغاية (٢ / ٨٨٤) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وحبسه » .

الطرف الثالث
في اجتماع السبب والمباشرة

أما الشرط ، فلا يخفى سقوطُه معهما [١] ، كالممسك مع القاتل ، والحافرِ مع المُرْدِي ؛ إذ لا قصاص عليهما ولا ضمانَ خلافًا لمالك (رضي الله عنه) فإنه جَعَل المُمْسِكَ شريكًا [٢] .

وأما المباشرةُ مع السبب ، فعلى مراتب :

الأولى : أنْ يَغْلب السببُ المباشرةَ . وذلك إذا لم تكن المباشرةُ عدوانًا ، كقَتْلِ القاضي والجلادِ مع شهادة الزور ، فالقصاص على الشهود . فإن كان عدوانًا – بأن اعترف وليُّ القصاص بكونه عالمًا بالتزوير – فلا قصاصَ على الشهود ، ولا دية ؛ [٣] لأنه لم يُلْجأ [٣] حسًّا ولا شرعًا ، فصار قولُهم شرطًا محضًا كالإمساك .

الثانية : أن يصير السبب / مغلوبًا بالمباشرة ، كما إذا ألقاه من شاهق الجبل ، فتلقَّاه إنسانٌ ٢٣٠/ب بسيفه فقَدَّه بنصفين [٤] فلا قصاص على الملقي ، عُرِفَ أو لم يُعْرف ؛ لأن إلقاءَه صار شرطًا محضًا لما ورد عليه مباشرةٌ مستقلّة .

---

(١) إذا اجتمع الشرط والمباشرة ، فالقصاص والدية يتعلقان بالمباشرة فقط . انظر الروضة (٩ / ١٣٣) . الوجيز (٢/ ١٢٢) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه إذا اجتمع الشرط والمباشرة ، تعلق القصاص والدية بالمباشرة فقط ، كالممسك مع القاتل ، والحافر مع المردي ، فلا قصاص عليهما ولا ضمان .

ومذهب المالكية : أنه يجب القصاص من الممسك أيضًا ، وللإمام أحمد في ذلك روايتان :

إحداهما :القصاص من الممسك .

والثانية : أنه يحبس حتى الموت .

انظر : الوجيز (٢/ ١٢٢) . الروضة (٩/ ١٣٣) . القوانين الفقهية ص (٣٥٠) . الإنصاف (٩/ ٤٥٩) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤ / ٢٤٥ ، ٢٤٦) . المبدع في شرح المقنع (٨ / ٢٥٩) .

(٣) في (أ) ، (ب) ، : « لأنه غير ملجأ » .

(٤) في (أ) ، (ب) ، : « فقدّه نصفين » .

الثالثة : أن يعتدل السببُ والمباشرةُ ، كالإكراه على القتل ، (١ فالأقوى لا يُحْبط مباشرة المكرَه ١) خلافًا لزفر وأبي يوسف . وهل تصير المباشرةُ مغلوبةً به حتى لا يجب القصاصُ على المكرَه ؟ فيه قولان (٢) فإن لم نُوجب القصاصَ ، ففي الدية قولان مرتبان وأولى بالوجوب ؛ لأنها تثبت مع الشبهة . ووجْهُ الإسقاط ، نَقْلُ الفعل [عن المكره] (٣) وجَعْلُه كالآلة . وإن أوجبنا الدية ففي طريقها (٤) وجهان :

أحدهما : تجب [عليهما] (٥) جميعًا ثم يرجع على المكْرِه (٦) .

والثاني : يجب [النصف] (٧) ؛ لأن إيجاب القصاص عليهما كالتشريك . فإن قلنا : لا دية ، ففي الكفارة وجهان (٨) : وجه إثباتها : أنه آثمٌ بالقتل وفاقًا . وقد تجب الكفارةُ حيث لا دية كما في الرَّمْي إلى صف الكفار (٩) .

وإن قلنا : لا تجب ، ففي حرمان الميراث وجهان . والظاهرُ الحرمانُ ؛ لأنه آثمٌ بالقتل . والكفارةُ والديةُ غرمٌ يمكن نَقْلُه إلى المكره بخلاف الحرمان .

فإن قيل : فما قولكم في أمْرِ السلطان ؟ قلنا : في نزوله منزلة الإكراه وجهان . وجه إلحاقه به أمران :

أحدهما : أنه يُعْلم من عادة السلطان السطوةُ عند المخالفة وإن لم يُصَرِّح به . وعلى هذه العلة يَلْتحق به كلُّ مُتغلِّبٍ هذه عادتُه وإن لم يكن سلطانًا . ثم وجه التردد : أنّ المعلوم من عادته ،

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فإنه قويّ لا تحبطه مباشرةُ المكره » .

(٢) والأظهر وجوب القصاص على المكره أيضًا ؛ لأنه آثم بالاتفاق . انظر : الروضة (٩ / ١٣٥) . الوجيز (٢/ ١٢٣) الغاية القصوى (٢ / ٨٤٤) . مغني المحتاج (٤ / ٩) . نهاية المحتاج (٧ / ٢٥٨) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في الأصل : « طريقه » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « إلى المكرِه » .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) والأصح أنها تجب . انظر الروضة (٩ / ١٣٥) .

(٩) إذا رَمَى مسلمٌ إلى صَفّ الكفار ، فقتل مسلمًا كان فيهم ، فلا دية على القاتل ، وتجب الكفارة ؛ قال تعالى : ﴿ .. وإن كان من قوم عدوّ لكم وهو مؤمنٌ فتحريرُ رقبةٍ مؤمنة ... ﴾ الآية [النساء : ٩٢] . انظر الجامع لأحكام القرآن (٥ / ٢٣٢ ، ٣٢٤) . مغني المحتاج (٤ / ١٣) .

هل يكون كالملفوظ [به] (١) على الاقتران ؟ .

العلة الثانية : أن طاعة السلطان واجبةٌ على الجملة ؛ كيلا تؤدي مخالفتُه إلى إثارة الفتنة (٢). ولذلك نقول : لا يَنْعزِل بالفسق . ولو كان الاستبدالُ به يُثِير الفتنَةَ فلا يُسْتبدل ؛ فتزاحَمَ على الفعلِ موجبٌ ومحرِّمٌ . فإنْ لم نُبِحْ انتهض شبهةً كالإكراه ، بخلاف أَمْرِ السيدِ عَبْدَه ، فإنه يجب عليه مخالفةُ السيدِ ؛ إذْ لو عاقبه دَفَع السلطانُ ظُلْمَه ، وليس وراء السلطان يَدٌ دافعة ، فمخالفتُه تُحرِّك الفتنة .نعم ، لو كان العبدُ من طباعه الضراوة ، فإذا أغراه بإنسان ، فالقصاصُ على السيد كما لو أغرى سَبُعًا ، وكذا (٣) لو أغرى مجنونًا هذه (٤) حالُه ، هل (٥) يتعلَّق الضمانُ برقبة هذا العبد ، وبمالِ هذا المجنون ؟ أَمْ يُنزَّلُ منزلةَ البهيمة ؟ فيه وجهان ؛ من حيث إنه إنسانٌ صورةً ، لكنه بهيمةٌ في المعنى .

فإن قيل : وما حَدُّ الإكراه ؟ قلنا : قد (٦) ذكرنا صورته في الطلاق ، لكنَّا نتعرَّض لصور :

إحداها : أنه لو أكره إنسانًا على أن يُكْرِهَ ثالثًا على قَتْلِ الرابع ، فعلى الأول قصاصٌ ، وفيمن بعده قولان .

الثانية : لو قال : اقْتُلْ زيدًا أو عَمْرًا وإلا قتلتُك ، فقتل زيدًا فهو مختارٌ ؛ لأنَّ مَيْلَه إلى زيدٍ ليس إلا عن شهوة ، ويَظْهر ذلك إذا قال : (٧ اقْتُل من أهل الدار واحدًا ٧) وإلا قتلتُك .

الثالثة : أن يقول : اقْتُلْ نفسَك وإلا قتلتُك . فهذا ليس بإكراهٍ . ولو قال : اقْتُلْني وإلا قتلتُك ، فهذا إكراهٌ وإذْنٌ ، فهل يؤثر الإذنُ في سقوط القصاص والدية ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أصحها : أنه يسقط ؛ لأنه صاحب الحق كما إذا قال : اقتل عبدي .

والثاني : لا ؛ لأن القصاصَ والديةَ تثبت للورثة ابتداءً لا إرثًا .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « فتنة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وكذلك » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « هذا » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فهل » .

(٦) كلمة « قد » ليست في (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « اقْتُل من أهل هذا البلد » .

والثالث : لايجب القصاص ؛ للشبهة ، وتجب الدية .

فإن قيل : إذا رأيتم إيجابَ القصاص عليهما (١) ؟ (٢ فإن لم يكن ٢) أحدهما كفؤًا [للمقتول] (٣) ؟ (٤ قلنا : يجب القصاص٤) على الكفء ؛ لأن شريك غير الكفء يجب القصاص عليه كشريك الأب (٥)[وشريكِ العبد في قتل السيد] (٦).

وإن كان أحدهما صبيًّا ، وقلنا : إنّ فعل الصبيّ خطأٌ ، فالآخر شريكٌ خاطىء ، لكن إن كان المحمول صَبيًّا ، فيحتمل أنْ يجب القصاصُ على الحامل ؛ لأنّ خطأه نتيجة الإكراه ، فهو كما لو أكره إنسانًا على أن يرمي إلى طَلَلٍ (٧) عَرَفَه المكْرِهُ إنسانًا ، وظنَّه الرامي جرثومةً ، ففي وجوب القصاص وجهان (٨) . وَجْهُ الإيجابِ : جَعْلُ المكْرِه مباشرًا وجَعْلُ المكْرَه آلةً له ؛ لأنه تولَّد من إكراهه . وعن هذا اختبط (٩)الأصحاب في المكره على إتلاف المال (١٠) ، هل يُطالب بالضمان ؟ فعلى وجهٍ : لا يطالب أصلًا ؛ لأنه كالآلة (١١) .

ولو أكرهه على صعود شجرة ، فَزَلِقَتْ رجْلُه فمات وجب القصاص على المكْرِه ، ولم يُجْعل كشريك الخاطىء ؛ لأنَّ هذا الخطأ وَلَّده إكراهُه بخلاف جَهْل المكْرَهِ وصِبَاهُ ، فإنّ فيه وجهين .

---

(١) يعني على المكرِه والمكرَه.
(٢) في (أ) ، (ب) : « ولم يكن » .
(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٤) في (أ) ، (ب) : « فلا يجب » وهو خطأ .
(٥) يعني كشريك الأب في قتل ابنه ، فلا يقتل الأبُ ، بل يقتل الشريك ، لأنه كفؤ للابن . وعليه ، فلو أكره الأبُ أجنبيًّا على قتل الولد ، أو أكره الأجنبيُّ الأبَ ، فالقصاصُ على الأجنبي . انظر الروضة (٩ / ١٣٦) .
(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٧) الطلل : بفتح الطاء واللام ، هو الشيء المرتفع ، ويقال لشخص الإنسان : طلل وطلالة . انظر تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ١ / ١٨٨) .
(٨) والصحيح أنه يجب القصاص على الآمر دون المأمور . انظر الروضة (٩ / ١٣٦) .
(٩) في (أ) ، (ب) : « اختلف » .
(١٠) في (أ) ، (ب) : « مال » .
(١١) والأصح أنه يطالب بالضمان ، لكنه يرجع بالمغروم على الآمر ، هذا هو المذهب . انظر الروضة (٩/ ١٤٢) .

فإن قيل : فما الذي يُبَاح بالإكراه ؟ قلنا : لا يُبَاح به [١] القتل والزنا ، ويُبَاح به إتلافُ المال ، بل يجب . وتُبَاح به الرِّدة ، وفي وجوب التلفظ به [٢] وجهان [٣] ، منهم من لم يُوجِبْ ؛ للتصلُّبِ في الدين . ويُبَاح شُرْبُ الخمر بالاكراه ، وفي وجوبه خلافٌ مرتب على الردة وأولى بالوجوب . والإفطارُ في الصوم يَنْبغي أن يُقْضَى بوجوبه .

* * *

(١) قوله « به » ساقط من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « بها » .

(٣) والصحيح أنه لا يجب النطق بكلمة الكفر ، وعليه فالأفضل أن يثبت ولا يتلفظ وإن قُتِلَ . انظر الروضة (١٤٢/٩) .

الطرف الرابع

أن يكون السبب من الآدميّ والمباشرةُ من بهيمة

كما إذا ألقاه في تيارِ بحرٍ فالتقمه الحوتُ قبل الغرق ، فيلزمه القصاصُ ، ويُنَزَّل فِعْلُ الحوتِ منزلةَ جرْحِ السكين .

ولو [(١)] ألقاه في بئر عميق ، وكان في عمقه نَصْلٌ منصوب فماتَ [به] [(٢)] وجب القصاصُ . وخرج الربيع قولا : أن الدية تجب دون القصاص ؛ اعتبارًا باختيار الحيوان وكونه شبهةً في الدفع . وإن ألقاه في ماء لا يُغْرق / ، فالتقمه الحوتُ من حيث لم يَشْعر الملْقِي : فلا يجب عليه إلا الديةُ . وإن عرف حضور الحوت لزمه القصاصُ . ٢٣١/أ

ولو أمسك إنسانًا وعرضه للسَّبُع [(٣)] حتى افترسه [(٣)]، وَجَب القصاصُ . والمجنونُ الضَّاري بطبعه كالسبع والحوتِ ، وإن لم يكن ضاريًا اعتبر اختياره في قطع السبب .

فروع أربعة

الأول : لو أنهشه حيةً أو عقربًا – يَقْتل مثلُه غالبًا – لزمه القصاصُ ، ونُزِّلت الحيةُ منزلةَ السكين . ولو كان لايقتل غالبًا كان كغرْز الإبرة [(٤)] .

الثاني : لو ألقى عليه عقربًا أو حيّةً فنهشتْه ، فلا قود ؛ لأن الغالب أنه يَفِرُّ ، وإن كان ضاريًا فهو كالإنهاش .

الثالث : لو جمع بينه وبين سبع في بيت فافترسه ، وجب القصاص . وإن كان بدله حيّة فلا قصاصَ ؛ لأن الحية تفِرُّ ، والسبعُ في المضيق يثب [(٥)] بطبعه . فإن لم يكن الطبع كذلك لم يكن الحكمُ كذلك .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فلو » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فافترسه » .

(٤) انظر تفصيل الحكم في ذلك في الروضة (٩ / ١٢٤ ، ١٢٥) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « يتوثب » .

الرابع : لو أغرى به كلبًا أو سَبُعًا في صحراء ، فلا قصاص بخلاف البيت ؛ فإنّ السبع في المضيق يقصد ، وفي الصحراء يتوحش [1] .

فإنْ كان ضاريًا في الصحراء ولم يكن الهربُ ممكنًا : لزم القصاص ، فإن كان الهرب ممكنًا فتخاذل [2] ، فهو كترك السباحة .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « يتحرش » .

(٢) أي فتخاذل الرجل ولم يهرب من هذا السبع .

الطرف الخامس

في طرآن المباشرة على المباشرة أو السبب على السبب

والحكم فيه تقديم الأقوى . فإن [1] اعتدلَا جمعْنا بينهما ، فلو جرح الأولُ وحزَّ الثاني الرقبةَ فالقاتلُ هو الثاني ؛ لانقطاعِ أثر الأول بخلاف ما إذا قطع هذا من الكوع ، والثاني من المرفق فمات ، فإنّ القصاص عليهما ؛ لأن ألم [2] الأولِ ينتشر إلى الأعضاء الرئيسية ويبقى .

ولو قطع الأول حلقومَه ولم يَبْقَ إلا حركة المذبوحين [3] فقدَّه الثاني بنصفين [4] ، فالقصاصُ على الأول ، ولا نَظَرَ إلى حركة المذبوحين بخلاف ما لو حَزَّ رقبةَ المريض المشرف على الموت ؛ لأنَّ موته غَيْرُ مقطوعٍ به ، وبخلاف ما لو نزع أحشاءه وإن كان [5] بحيث يُعْلم أنّه يموت بعد يومٍ أو يومين ، ولكنّه في الحال يعقل بحياة مُسْتقرّة ، فإن القصاص يجب على من حَزَّ الرقبة ؛ لأن عمر (رضي الله عنه) شاور في الخلافة في هذه الحالة ، فكيف لا تعتبر حياته ؟ وقال مالك (رحمه الله) : هو كحركة المذبوحين .

فأمّا إذا جرح كلُّ واحد جراحةً فمات بالسراية ، أو حَزَّ أحدهما الرقبة ، والآخرُ قَدَّ بنصفين [6] معًا ، فهما شريكان [7] .

فقد تنخَّل من هذا : أنَّ العمد المحضَ العدوانَ المزهِق للروح سببُ القصاص . ولا يَردُ على

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وإن » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « الألم » .

(٣) المراد بحركة المذبوحين ، الحالة التي لا يَبْقَى معها الإبصار والإدراك ، والنطق والحركة الاختياريان ، فقد يُقَدُّ الشخص نصفين ، وتترك أحشاؤه في النصف الأعلى ، فيتحرك ويتكلم بكلمات لكنها لا تنتظم . وإن انتظمت ، فليست صادرةً عن رَوِيَّة واختيار .

وهذه الحالة تُسمى حالة « اليأس » ولا يصح فيها إسلام كافر ، ولا شيء من تصرفاته ، ويصير المالُ للورثة ؛ فلو مات قريب لمن انتهى إلى هذه الحالة ، لم يورث منه ، وكما لا يصح فيها إسلامُ كافرٍ ، لا يصح فيها ردةُ مسلمٍ ، والعياذ بالله تعالى . انظر الروضة (١٤٥/٩)

(٤) في (أ) ، (ب) : « نصفين » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « وكان » .
(٦) في (أ) ، (ب) : « نصفين » .
(٧) وعليهما القصاص .

الحدِّ ما لو استحق حزَّ رقبة إنسانٍ فقدّه بنصفينْ [١]؛ لأنّه لا عدوان به [٢] من حيث كونُه إزهاقًا ، بل من حيث الإساءة في الطريق ؛ فلذلك لم يجب القصاص . فإن قيل : ظنُّ الإباحة ، هل يكون شبهةً ؟ قلنا : إذا قتل مَنْ ظنَّه مرتدا - ولم تُعْهد له الردةُ - فيجب القصاصُ . وإن كان قد عُهِدَ مُرتَدًّا ، ولكنَّه أسْلَم ولم يَشْعُر به فقولان [٣] :

أحدهما : السقوط ؛ للظنّ المبْتَنى [٤] على الاستصحاب .

والثاني : يجب [٥]؛ لأنّه غير معذور في هذا الظنّ ، إذ لا يَحِلُّ للآحاد قَتْلُ المرتدّ ، وكذلك لو ظَنَّه عبدًا أو ذميًّا لزمه القصاص على المذهب ؛ لأنّ هذا ظنٌّ لا يُبيح ؛ فهو كما لو زنى مع العلم بالتحريم والجهلِ بوجوب الحدّ ، بخلاف ما إذا رأى مسلمًا في دار الحرب على زِيِّ المشركين ولم يعهده مسلمًا فقتله ، فإذا هو مسلم ، فلا قَوَدَ وتجب الكفارةُ ، وفي الدية قولان ؛ لأن القتل مباح بهذا الظنّ ، وهو معذور :

[أحدهما : تجب ؛ لأنها ضمان المحلّ ، وذلك لايختلف باختلاف حال المتلف .

والثاني : أنها لاتجب [٦] ؛ لأنها - وإن كانت عوضًا - فليست على مذاق الأعواض المحضة ؛ فإنها بدل للنفس . وتجب الكفارة قولًا واحدًا ؛ لأنها تجب من غير تقصير] [٧].

[٨] ولو قتل إنسانًا على ظَنٍّ أنه قاتل أبيه ، ففي وجوب القصاص قولان [٨] :

[أحدهما : يجب ؛ لأنه غير معذور فيه [٩] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « نصفين » . (٢) في (أ) ، (ب) : « فيه » .

(٣) في الأصل « قولان » والمثبت من (أ) ، (ب) . (٤) في (أ) ، (ب) : « المبْنِيّ » .

(٥) وهذا هو المذهب . انظر : روضة الطالبين (٩ / ١٤٧) . الغاية القصوى (٢ / ٨٨٦) . مغني المحتاج (٤ / ١٤) . نهاية المحتاج (٧/ ٢٦٥) .

(٦) وهذا هو الأظهر . انظر : الروضة (٩ / ١٤٧) . مغني (٤ / ١٣) . نهاية المحتاج (٧ / ٢٦٤) .

(٧) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في الأصل : « وأما لو ظنه قاتلَ أبيه ، فقولان » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) وهذا القول هو الأظهر وهو المذهب . انظر الروضة (٩ / ١٤٧) . الغاية القصوى (٢ / ٨٨٦) . مغني المحتاج (٤/ ١٤) . نهاية المحتاج (٧ / ٢٦٥) .

الثاني : لا يجب ؛ لأن هذا الظنّ مما يُمْهد عُذْره](1)؛ لأن القتلَ مباحٌ بهذا الظن ، لكنّه غير معذور ؛ ولهذا نقطع بالوجوب إذا قال : تَبيَّنتُ أن أبي حَيّ .

ومن أصحابنا من قطع بأنه لو صدقه وليُّ الدم ، فلا قصاص . وإنما القولان إذا تنازعا .

ومنهم من طرد القولين ؛ لأنه ظنٌّ من غير مُستندٍ شرعيّ .

* * *

(١) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

الركن الثاني

القتيل

وشَرْطُ كونِه (١) مضمونًا بالقصاص على الجملة : كونُه معصومًا . والعصمة تُستفاد بالإسلام . والجزيةُ والأمانُ يتنزّلان (٢) منزلته . والحربيُّ مهدرٌ ، (٣ والمُرْتَدُّ كذلك ٣) في حقّ المسلم ، ولكن في حق الكافر (٤) الذمّيّ والمرتدِ إذا قتله [فيه] (٥) خلاف (٦) .

ومَنْ عليه القصاص معصومٌ في حقّ غير المستحِقّ .

والزاني المحصنُ معصومٌ بالقصاص عن الذميّ . وعن المسلم فيه وجهان ، مثارُهما : الترددُ في أنَّ الحدَّ للمسلمين ، والإمامُ نائبُهم ؟ أو إضافةُ الحدِّ إلى الله تعالى كإضافة القصاص إلى إنسانٍ معيَّن حتى لا يظهر أثره في حق غيره (٧) ؟ .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وشرطه أن يكون » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « يُنَزّلان » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وكذلك المرتد » .

(٤) كلمة : « الكافر » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) إذا قتل الذميُّ مرتدًا ، فلا يُقْتل الذميّ على الأظهر . وإذا قتل المرتدُّ مرتدًا ، قُتِلَ به ، ويُقَدم قَتْلُه بالقصاص الواجب عليه على قتله بالردة ؛ لأنه حقّ آدميّ ، فإن عُفِيَ عنه على مال : أُخِذَ من تركته وقُتل بالردة . ولا دية لمرتد وإن قتله مثلُه ؛ لأنه لا قيمة لدمه . انظر : الغاية القصوى (٢ / ٨٨٦) . مغني المحتاج (٤ / ١٧) . حاشية أحمد بن عبد الرزاق المغربي على نهاية المحتاج (٧/٢٦٩) .

(٧) والأصح المنصوص أنَّ الزاني المحصن لو قتله مسلمٌ ، فلا قصاص عليه . انظر : الروضة (٩ / ٨٤١) . مغني المحتاج (٤ / ١٥) .

الركن الثالث

القاتل

وشرطُ وجوبِ القصاص عليه أنْ يكون ملتزمًا للأحكام ؛ فلا قصاص على الصبيّ ، والمجنونِ ولا على الحربيّ . ويجب على الذميّ ، وفي السكران خلافٌ مبنيّ على أنه يُسْلك به مَسْلك الصَّاحي أو المجنون (١) ؟ .

١٢٣/أ هذا هو النظر / في صفات القتل والقتيل والقاتل ، ووراءَ هذه صفاتٌ هي نسبةٌ بين القاتل والقتيل (٢لا يمكن تخصيصه بأحدها ٢) وهو ألا يفضل القاتلُ القتيلَ بالدِّين والحرية والأبوّة . وقد تُعتبر فضيلة العدد والذكورةِ وتأبُّدِ العصمة عند بعض العلماء (٣فمجموعُ هذه الخصال ستة ٣) :

الخصلة الأولى من خصال الكفاءة : التساوي في الدين الحقّ :

فهذه الفضيلة في القاتل تمنع وجوب القصاص ابتداءً ، فلا يقتل مسلمٌ بكافر ، ويُقْتل اليهوديُّ بالنصرانيّ ومعتمد هذه الخصلة قولهُ ﷺ : « لا يُقْتل مؤمنٌ بكافر (٤) » .

فروع أربعة

الأول : لو قتل ذميّ ذميًا ، ثم أسلم القاتل قبل استيفاء القود : اقْتُصَّ منه ؛ لأن المساواة شرطٌ لينعقد القتلُ سببًا للوجوب ، فما طرأ بعد ذلك لا يمْنع الاستيفاء . ولو أسلم الجارحُ بين الموت

---

(١) والمذهب وجوب القصاص على السكران المتعدِّي بسكره ، ولئلا يؤدِّي تركهُ إلى ترك القصاص ، وإلا فمن أراد أن يقْتل شخصًا لا يعجز أن يشْرب مسكرًا ثم يرتكب جنايته فيسقط عنه القصاص .

وأُلْحِقَ بالسكران مَنْ تعدَّى بشرب دواءٍ مُزيل للعقل . وأما غيرُ المتعدِّي بسكره ، فهو كالمعتوه ؛ فلا قصاص عليه : انظر الروضة (٩ / ١٤٩) . مغني المحتاج (٤ / ١٥) . نهاية المحتاج (٧ / ٢٦٧) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لا يمكن تخصيصها بأحدهما » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فمجموع هذه ستٌّ» .

(٤) رواه البخاري في كتاب « الديات » باب « لا يُقْتل المسلمُ بالكافر » حديث (٦٩١٥) .

والجرحِ فالنظرُ إلى حالة الجرح ؟ أو إلى حالة الموت ؟ فيه وجهان [١] .

الثاني : إذا قتل عبدٌ مسلمٌ عبدًا مسلمًا لكافرٍ ، ففي وجوب القصاص وجهان [٢] :

أحدهما : يجب ؛ لأنّ الكفاءة بين القتيل والقاتل موجودةٌ ، والسيدُ كالوراث . ولو مات وليُّ القتيل الذميّ - بعد أن أسلم القاتلُ بعد القتل وقبل استيفاء القود - فالمذهبُ ثبوتُ القصاص لهذا الذميّ ؛ لأنه في حكم الإرث والدوام .

الوجه الثاني : أنه لا يجب [٣] ؛ لأنّ هذا القصاص يجب ابتداءً للسيد - وهو كافر - ولا يجب للعبد حتى يُوَرَّث منه ، ولايمكن تسليطُ كافرٍ ابتداءً على مسلم .

الثالث : لو قتل مسلم مرتدًّا فلا قصاصَ . فلو قتله مرتدٌّ [٤] فالظاهرُ وجوبُ القصاص ؛ للتساوي . وقيل : المرتدُّ مُهْدَرٌ كالحربيّ ، ولا يجب قصاصُ الحربي على الحربي . أمّا إذا قتلَه ذميّ [٥] ، فثلاثة أقوال :

أحدها : [٦] أنه يجب القصاص لعمده ، ودية لخطئه [٦] لأنه ساواه في الدين ، والمرتد ليس بمهدرٍ في حقِّه .

والثاني : لايجب ؛ لأنّه مهدر ، والذميُّ معصوم [٧] .

والثالث : قاله الإصْطَخريّ : يجب القصاص سياسةً ، ولا تجب الديةُ ؛ لأنه غير معصوم .

الرابع : المرتدُّ إذا قتل ذميًّا ، ففيه قولان :

---

(١) وتوضيح هذه المسألة كما قاله في الروضة (٩ / ١٥٠) : أنه « لو جرح ذمي ذميًّا أو معاهدًا ، وأسلم الجارح ، ثم مات المجروح بالسراية ، وجب القصاص على الأصح عند الجمهور ، وقطع به جماعة » . وانظر مغني المحتاج (٤/ ١٦) ، نهاية المحتاج (٧ / ٢٦٩) .

(٢) في الأصل : « قولان » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) وهذا الوجه الثاني هو الأصح عند المتأخرين من الشافعية . انظر الروضة (٩ / ١٥١) .

(٤) أي قتل المرتدُّ مرتدا .

(٥) أي إذا قتل المرتدَّ ذميٌّ .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أنه يجب القصاص بعمده ، والديةُ بخطئه » .

(٧) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الغاية القصوى (٢ / ٨٨٦) . مغني المحتاج (٤ / ١٧) . نهاية المحتاج (٢٦٩٧) .

أحدهما [١] : اختيارُ المزني : أنه يُقْتل كالذّمّيَّيْن [٢].

والثاني : لا ؛ لأنّ حُرْمة الإسلام باقيةٌ ؛ ولهذا لا يجوز للذمّيّ نكاحُ المرتدة ، ولا يحلُّ استرقاقُها .

الخصلة الثانية : الكفاءة في الحرية :

فلا يُقتل الحرُّ ولا مَنْ فيه شِقْصٌ من الحرية برقيق ، كمالا تقطع يدُه بيده وفاقًا . ثم طرآن الحرّية أو الرّقّ على القاتل بعد القتل [٣]لا يمنع من استيفاء القود كما في طرآن الإسلام .

فروع ثلاثة

الأول : الناقص مقتول بالكامل . والمستولدةُ والمكاتبة حكمُهما حكمُ القِنّ [في القصاص] [٤] . والمكاتب إذا قتل عَبْدَ نفسِه لم يُقْتل به ؛ لأنه سيدُه وإن كان هو أيضًا رقيقا . ولو كان عبدُه أباه – وقد تكاتب عليه –ففي قتله وجهان . ووجه الإيجاب : أنّ ملكه على الأب ليس مُسْتقِرًّا ؛ لأنه يستحق العتق بعتاقه ، فلا يكون شبهة [٥] .

الثاني : مَنْ نصفُه حرٌّ ، ونصفُه عبدٌ – إذا قتل مَنْ هو في مثل حاله – قال العراقيون : يجب القصاص ؛ للتساوي إلا إذا كان جزء [٦] الحرية من القاتل أكثر . وقالت المراوزة : لا يجب مادام في القاتل جزءٌ من الحرية ولو العشر ، وفي القتيل جزءٌ من الرقّ ولو العشر ؛ لأنّ كلَّ جزء من القتيل يقابله جزءٌ شائع من القاتل من الحرية والرقّ ، فيؤدي إلى استيفاء جزء من الحرّ بجزءٍ من الرقيق ، وهو مقتضى التوزيع المذكور في مسألة مُدّ عجوة [٧] .

الثالث : العبد المسلم والحر الذمّي ، لا قصاصَ بينهما من الجانبين ؛ لأنّ كل واحد منهما فضل صاحبَه بفضيلة ، والنقيصةُ لا تُجْبَر بفضيلة . ومهما آلَ أمرُ العبد إلى المال ، فالواجب قيمتُه

---

(١) زيادة ليست في النسخ .

(٢) وهذا القول هو الأظهر . انظر مغني المحتاج (٤ / ١٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الرق » وهوخطأ .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) يعني فلا يكون شبهة في دَرْء الحدّ عنه .

(٦) كلمة « جزء » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٧) انظر تفصيل هذه القاعدة في الروضة (٣ / ٣٨٦ - ٣٨٧) .

بالغةً ما بَلَغَتْ ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُزَاد على دية الحرّ ، بل يُحَطّ عنه قدرُ نصاب السرقة [١] .

الخصلة الثالثة : فضيلة الأبوة :

قال رسول الله ﷺ « لا يُقْتل والدٌ بولده [٢] » . فَفُهِمَ منه أنَّ الولد لا يكون سببًا لإعدامِ مَنْ هو سببُ وجودِهِ ؛ فيتعدَّى هذا إلى الأم والأجداد والجدّات . وذكر صاحب « التلخيص » في الأجداد والجدات قولًا ، واقتصر على النسب القريب في الوجود . وهذا ضعيفٌ ؛ ولهذه العلةِ منعنا أن يقتل الابنُ أباه الحربيَّ ، أو الزانيَ المحصنَ إذا كان الابنُ جلادًا . وكأنّ الخلل في الاستيفاء والقصاص في حكم الواجب الساقط ، ولهذا لو قتل زوجة ابنه فلاقصاص ؛ إذ صار ابنُه شريكًا في الاستحقاق فلا يمكنه الاستيفاء ، وكذلك / لو قَتل معتقَ ابنه ، وله وارثٌ سوى الابن فمات ٢٣٢/أ
وصار الابن وراثًا : سقط .

فرعان

أحدهما : أَخَوان قتل الأولُ أباه ، وقتل الثاني أمَّه ، فإن كانت الأمُّ زوجةَ الأبِ فلا قصاص على الأخ القاتل للأب ؛ لأنّ قصاصَه ثبت للأخ والأمّ ، فلما قتل الثاني الأمَّ ورث منها قصاصَ نفسِه ، فسقط ؛ إذ يستحيل أنْ يستحق قَتْلَ نفسِه .

وإن لم تكن زوجةَ [الأب] [٣] استحقَّ كل واحد منهما قصاصَ صاحبه ، ولم يستحقَّ أحدٌ قصاصَ نفسِه إرثًا [٤] عن قتيله ؛ لأن القاتل محرومٌ عن الميراث .

ولو بادر أحدُهما وقتل آخر [٥] ، سقط القصاص عن المبادر ؛ لأنه ورث قصاص نفسه عن أخيه القتيل ، إن قلنا : إن القتل بالحقّ لا يحرم الميراث . وعلى هذا ، إذا كان يستفيد بالمبادرة

---

(١) انظر رءوس المسائل ص (٤٥٩) .

(٢) الحديث رواه الترمذي في سننه (٤ / ١٢)(١٤) كتاب « الديات » (٩) باب « ما جاء في الرجل يقتل ابنه ، يُقَاد منه أم لا » حديث (١٤٠٠) بإسناده عن عمر بن الخطاب قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يُقاد الوالد بالولد » . ورواه أحمد في مسنده (١ / ١٦) حديث (٩٨) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) كلمة : « إرثًا » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٥) كذا في الأصل ، ولعلها « الآخر » كلمة : « آخر » ساقطة من (أ) ، (ب) .

تخليصَ نفسِه ، فلو تنازعا في السبق ، فالوجْهُ : أن يُقَدم مَنْ سبق استحقاقه ، ويُقْرع [١] بينهما إذا تساويا .

ومهما تَسَاوَيا في قتل الأبوين ، فلا فرْق بين أن تكون الأمُّ زوجةً أو لا تكون [٢] ؛ إذ لا سبيلَ إلى توريث أحدِ القتيلين من الآخر .

الثاني : لو تداعَى رجلان لقيطًا أو وَطِئَا منكوحةً بالشبهة ، فأتت بولدٍ فقتلَه أحدُهما قبْل إلحاق القائف ، فلا قصاص في الحال ؛ لأن أحدهما أبٌ وقد اشتبه الأمرُ ، فهو كما [لو] [٣] اشتبه إناءٌ نجسٌ بإناء طاهر ، فلا يجوزُ استعمالُه من غير اجتهاد . فإن أَلْحَقَ القائفُ بغير القاتل اقْتُصَّ من القاتل ، وإنْ أَلْحَقه به فلا .

الخصلة الرابعة : التفاوت في تأبد العصمة : والمذهب : أنه لايعتبر ، بل يُقْتل الذميُّ ٢٣٢/ب بالمعاهد كما يقتل المعاهدُ به ، وفيه احتمال .

الخصلة الخامسة : فضيلة الذكورة : ولا تعتبر بالاتفاق ، بل يُقْتل الرجلُ بالمرأة . وقال عليُّ بن أبي طالب (رضي الله عنه) : يجب في تركة المرأة المقتولة شطْرُ دية الرجل ؛ لتكون مع ديتها كفؤًا للرجل . فإذا قتلت المرأة رجلا قال : لا يقنع بدمها ، بل يطلب معه شطر دية [من تركتها مع قتلها أيضًا] [٤] .

فرعان

أحدهما : في الخنثى . إذا قطع الرجلُ ذَكَرَ خُنْثى مُشْكِل [٥] وشَفْرَيْه ، فلا قصاصَ في الحال ؛ لاحتمال أنّ المقطوع امرأةٌ ، وكذلك إن كان القاطعُ امرأةً لم يجب ؛ [٦] لاحتمالِ أنَّ المقطوعَ رجلٌ ، والشفران زائد . فإذا تبيَّنَ الحالُ لم يَخْفَ [٦] الحكمُ .

---

(١) في الأصل : « أو يقرع » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) أي لا فرق بين أن تكون الأمُّ زوجةً للأب وَقْتَ القتل أو لا تكون زوجةً له .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) أيضًا .

(٥) الخنثى المشكل هو الذي لم يَتَبيَّنْ بَعْدُ كونُه ذكرًا أو أنثى .

(٦) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

فلو طَلَب الخنثى – في الحال – الديةَ وعفا عن القصاص، سلمنا إليه ديةَ الشفرين وحكومةَ الذكر، (1 وقدرناه امرأة 1) أخذًا بأحسنِ التقديرين واقتصارًا على المستيقن؛ إذْ تقديرُ الذكورة يزيدُ على هذا لامحالة.

وإن لم يَعْفُ عن القصاص، وقال: لابد من تسليم شيء؛ لأني أستحقُّ (2 مع القصاص 2) شيئًا لامحالة: فإن كان القاطع رجلًا، فالقصاصُ محتمل في الذكر (3 فلا تُقَدَّر ديَتُه 3)، بل يصرف إليه أقلُّ الأمرين من حكومة الشفرين بالإضافة إلى حالة الذكورة، أو ديةِ الشفرين وحكومة الذكر والأنثيين على تقدير الأنوثة. ويكون المصروفُ إليه – بكل حال – أقلَّ من مائة من الإبل [ويصرف إليه، فإنه أقل من تقدير حكومة الشفرين مع دية الذكر على تقدير الذكورة] (4).

وإن كان القاطع (5 امرأة، فلا تُقَدَّر ديةُ الشفرين؛ لإمكانِ القصاصِ فيه، بل تُقَدَّر حكومة الذكر والأنثيين على تقدير الأنوثة ويصرف إليه؛ فإنه أقل من تقدير حكومة الشفرين مع دية الذكر على تقدير الذكورة. وإنْ كان القاطع 5) خنثى مُشْكِلًا، لم يُصْرف إليه شيءٌ؛ إذْ يحتمل أنْ يكونَا رجلين أو امرأتين، فيجري القصاصُ في الإليتين، الزائدُ بالزائِد، والأصليةُ بالأصلية. ولو قطَعَت المرأةُ آلةَ الرجالِ، والرجلُ (6) آلةَ النساء فلا يُتَصَوَّر القصاصُ؛ فعلى كلٍّ واحدٍ حكومةٌ على تقدير كونها (7) زائدًا، بشرطِ أنْ لا تزيد على تقدير الدية فيها، فإنه لو كان رجلا، فربما تكون حكومة في شفريه أكثر من ديةِ امرأةٍ، فلا يجب إلا ما دونه. ومن الأصحاب من قال: إذ لم يَعْفُ عن القصاص، وكان القاطعُ رجلًا أو امرأةً فلا يُصْرَف إليه شيءٌ في الحال (8 لأن ما يطالب به 8) ليس يُدْرى أهو حكومةٌ أم ديةٌ؟. وهو ضعيفٌ.

الفرع الثاني: (9) إذا كان الجاني رجلا، وكان المجنيُّ عليه يدَّعي عليه بأنك (10) أقررتَ

---

(1) في (أ)، (ب): «وقدرنا أنه امرأة».

(2) ساقط من (أ)، (ب).

(3) في (أ)، (ب): «فلا تقدر دية الشفرين».

(4) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ)، (ب).

(5) ما بين الرقمين ساقط من (أ)، (ب).

(6) في (أ)، (ب): «أو الرجل».

(7) في (أ)، (ب): «كونه».

(8) في (أ)، (ب): «لأن ما يطلب منه».

(9) كلمة «الفرع» زيادة من (أ)، (ب).

(10) في (أ)، (ب): «بأني».

بأني رجلٌ ؛ فلي القصاصُ في الذَّكَر ، وقال الجاني : بل أقررتُ بأنّك امرأةٌ ، ففيه قولان :

أحدهما : القول قولُ الجاني ؛ إذِ الأصلُ عدمُ القصاص (١) .

والثاني : القولُ قولُ المجنيِّ عليه ؛ لأنا نحكم له بالذكورة بقوله إنْ تقَدَّمَ على الجناية ، فكذا إذا تأخَّر .

الخصلة السادسة : التفاوت في العدد :

ولا يؤثر (٢) ذلك ، بل تُقتل الجماعةُ بالواحد إذا اشتركوا في قتله ، والواحدُ إذا قتل جماعةً قُتِلَ بواحدٍ وللباقين الدِّياتُ . وإنما يوجب القصاص على كل شريك ؛ لأنه قاتلٌ بفعلِه ، وفعْلُ شريكه منسوبٌ إليه برابطة الاستعانة وكمل (٣) به فعْلُه حسمًا للذريعة ، لكن يُشْترط (٤) أن يكون فعْلُ شريكه عمدًا مضمّنا ، وإن كان خطًأ / فلا قصاص على الشريك ، لخروج الفعل عن كونه ٢١٨/ب موجبًا ، خلافًا للمزني (رحمه الله) (٥) . فيجب القصاصُ على شريك الأب (٦) ، وعلى الذميّ إذا شارك المسلمَ في قتل ذميّ ، وعلى العبد إذا شارك الحرَّ في قتل عبدٍ ، وكذا كلُّ عامد ضامن ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (٧) .

ولو شارك عامدٌ (٨) غير ضامن كشريك الحربيّ ومستحق القصاص والإمام في قطع يد السارق ، وكما إذا جرح جارحٌ حربيًّا أو مرتدًّا ، فجرحَه الآخر (٩) بعد الإسلام ، ففيه قولان :

---

(١) وهذا القول هوالأظهر كما في الروضة (٩ / ١٥٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فلا يؤثر » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فكمل » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لكن بشرط » .

(٥) انظر الروضة (٩ / ١٦١) .

(٦) يعني أنه يجب القصاص على شريك الأب في قتل ولده ، وعلى الأب نصف الدية مغلظة . وفارق شريكُ الأبِ شريكَ المخطىء بأن الخطأ شبهةٌ في فعل الخاطىء ، والفعلان مضافان إلى محل واحد ، فأَوْرَثَ شبهة القصاصِ كما لو صدر من واحد . وشبهةُ الأب في ذات الأب لا في الفعل ، وذاتُ الأب متميزةٌ عن ذات الأجنبيّ ، فلا تُورث شبهةً في حقه . انظر مغني المحتاج (٤ / ٢٠) .

(٧) انظر رءوس المسائل ص (٤٦٠) . رد المحتار (٦ / ٥٣٥) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « عامدًا » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « آخر » .

أحدهما : أنه يجب ، كما في شريك الأب ؛ لوجود العمدية [1] .

والثاني : لا ؛ لأن الفعل اتَّصَف بكونه مباحًا ، فاكتسب صفةً من هذه الأسباب كما اتصف بكونه خطأ ، فرجع الخللُ إلى وصف الفعل .

والسبعُ مُرَدَّدٌ بين الحربيّ والخاطىء ، ففي وجه : يلتحق بالخاطىء ، وهو الأصحّ . وفي وجه : بالحربيّ . وعلى هذا [2] لو أخطأ السَّبُعُ فشريكُه شريكُ الخاطىء .

وفي شريك السيد طريقان : منهم من قال : هو كالحربي [3] ؛ لسقوط القصاصِ والدِّية . ومنهم من قال : هو ضامنٌ للكفارة ، فأشْبَه الأبَ .

وشريكُ القاتلِ نفسَه إن قلنا : تجب الكفارةُ على قاتل النفس ، فهو كشريك السيد في عبده وإلا فهو كشريك الحربي [4] .

فروع أربعة

الأول : إذا اتحد الجارح - واقترن بأحد الجرحين ما يدرأ القصاصَ - سقط القصاصُ [5] ، سواءٌ رجع الخلل إلى وصف الفعل - كما لو كان أحدهما خطأ - أو لم يرجع ، كما لو جرح حربيًّا أو مرتدًّا ، ثم أسلم فَجَرَحَه ثانيًا ، أو قطع بالقصاص أو الحدِّ قَطْعًا حَقًّا [6] ، ثم جرح ؛ لأن الفاعل قد اتحد ، وإذا اتَّحد المضاف إليه استوى ما يرجع إلى الصفة وإلى الإضافة [7] .

الثاني : لو داوى المجروحُ نفسَه بِسُمٍّ مُذَفِّف ،فلا قصاص على الجارح [8] . وإن كان يؤثر على الجملة ولا يُذَفِّفه فالجارحُ شريك النفس . وقيل : لايجب القصاص قطعًا ؛ لأنه شريك

(١) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (٩ / ١٦٢) . (٢) في (أ) ، (ب) : « ولهذا » .

(٣) في نسخة أخرى : « هو كالحيوان » كذا على هامش الأصل .

(٤) والمذهب وجوب القصاص . انظر الروضة (٩ / ١٦٢) .

(٥) يعني سقط القصاص في النفس . (٦) أي قطعًا مستحقًّا .

(٧) ولكن يجب قصاص الطرف المقطوع بعد إسلامه ، أو بعد قطعه قصاصًا .

(٨) ولكن عليه أرش جراحته ، أو القصاص إن تعلق بجرحه قصاصُ طرفٍ . انظر الروضة (٩ / ١٦٤) . مغني المحتاج (٤ / ٢١) .

الخاطىء؛ إذ المداوي (١) مُخْطىءٌ، وكذلك إذ خاط المجروحُ جرحَه في لحم حي، صار شريكًا، ويمكن أن يجعل مخطئًا (٢).

ولا شك [في] (٣) أنه لو كان عليه قروح - أو به مرضٌ - فلا يصير به شريكا، وهل يجعل بمبادىء الجوع شريكًا إذا تَمَّم غيرُه جوعه إلى الموت؟ فيه ترددٌ سبق؛ لأنه - وإن كان معتادًا - فهو داخل تحت الاختيار.

الثالث: إذا توالى جمعٌ على واحدٍ، فضربه كلُّ واحد سوطًا واحدًا فمات، ففي وجوب القصاص ثلاثةُ أوجه:

أحدها: أنه لا يجب؛ لأنّ كلَّ واحدٍ خاطىءٌ وشريكُ الخاطىء خاطىءٌ، إذا أتي بما لا يُقصد به القتل.

والثاني: يجب؛ لأنَّ المجموعَ قاتلٌ، ولو فُتِحَ هذا البابُ لصار ذلك ذريعةً.

والثالث: يجب إنْ صدر ذلك عن التواطُؤ (٤)، وإلا فلا (٥).

الرابع: إذا جرح أحدُهما، فأنهشَه (٦) الآخرُ حيّةً، أو أغرى عليه سَبُعًا وجرحه: فالديةُ عليهما نصفان؛ لأنّ كثرة الجراحات لا تعتبر؛ فإن أغوارَها لا تنضبط، والحيّةُ والسبعُ كالآلة له.

ولو جرح ونهشه حية، فعليه نصفُ الدية، ولو نهشتْه حيةٌ وجرحه سَبُعٌ، فعليه ثلثُ الدية؛ لأنه شريكُ حيوانيين مختارَيْن. وفيه وجه: أن عليه نصف الدية؛ نظرًا إلى أصل الشركة وإعراضًا عن عدد الحيوانات.

واختتامُ القول بفصل في تغيُّرِ الحال بين الجرح والموت، على الجارح أو المجروح، وله أربعة أحوال:

---

(١) في (أ)، (ب): «المتداوي».

(٢) في الأصل «مخيطا»، والمثبت من (أ)، (ب).

(٣) زيادة من (أ)، (ب).

(٤) في (أ)، (ب): «عن المواطىء».

(٥) وهذا الوجه هو الأصح. انظر الروضة (٩ / ١٦٦). مغني المحتاج (٤ / ٢٢).

(٦) في (أ)، (ب): «وأنهشه».

الحالة الأولى : أن تطرأ العصمةُ بأنْ جَرح حربيًّا أو مرتدًّا أو عَبْدَ نفسِه ، ثم طرأ الإسلامُ والعتقُ قبل الموت : لم يجب القصاص . وفي وجوب الضمان وجهان :

أحدهما : لايجب ؛ نَظَرًا إلى ابتداء الفعل (1) .

والثاني : يجب ؛ نظرًا إلى حالة الزهوق . وقد نصّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) في إعتاق السيد العبْدَ بعد الجرح أنْ لا ضمانَ . ونصّ في جارية مشترِكة حاملٍ بولد رقيق ، ضرَب أحدُهما بطْنَها ، ثم أعتق نصيبه فسَرَى ، فأجهضتْ جنينًا ميتًا : أنَّ على الجاني غُرَّةً كاملة . وهذا يُناقِض نصَّه الأول ؛ فقيل : في المسألتين قولان بالنقل والتخريج . وقيل : إنه إنما أوْجَبَ الغرةَ ؛ لأنّ اتصال الجناية بالولد إنما يُعْرف عند الولادة ، وما قبل ذلك لا يُعْتبر وقد كان الولدُ حرًّا عند الولادة .

وإذا أوجبنا (2) الدية في الحربيّ (3) ، فقيل : إنه مَضروبٌ على العاقلة ؛ لأنه خطأ بالإضافة إلى حالة الإسلام .

الحالة الثانية (4) : أنْ يطرأ المُهْدِرُ (5) كما لو جرح مسلمًا فارتدّ ومات : فليس عليه إلا أَرْشُ الجناية التي ثبتت في حالة الإسلام . وأما السِّرَايةُ فَمُهْدَرَةٌ (6) .

ولو قطع يدَه فارتدَّ ومات ، قال / الشافعي (رضي الله عنه) : لِوَلِيِّه المسلمِ القصاصُ (7) . ٢٣٣/أ
وهذا (8) تفريعٌ على أن مَنْ لا وارثَ له يجب القصاصُ على قاتله ؛ لأنَّ المرتدَّ لا وارث له ، ولكنْ إثباتهُ للمسلم مُشكلٌ ؛ فإنّ المسلم لا يرث حقوقَ المرتدِّ عندنا ، بل حقوقُه لبيت المال ، ولكنْ لما ظهر مقصود (9) التشفِّي كان الوليُّ المسلمُ أولى بالاستيفاء من الإمام (10) . وقيل : أراد الشافعيُّ

(1) وهذا الوجه هو الصحيح الذي نص عليه الشافعي (رحمه الله) . انظر الروضة (١٢/١٦٧) . المنهاج ص (١٢٣) .

(2) في (أ) ، (ب) : « وجبت » .

(3) يعني في الحربي الذي جُرح ثم أسلم ومات .

(4) في الأصل : « الحالة الثالثة » وهو خطأ .

(5) في الأصل : « بالمهدر » ، والمثبت من (أ) ، (ب)

(6) ومن ثَمَّ فلا يجب قصاص النفس ولا ديتها ولا الكفارة ؛ لأنّ نفسه تلفتْ وهي مهدرة . انظر روضة الطالبين (١٢ / ١٦٨) .

(7) انظر مختصر المزني ص (٢٣٨) .

(8) في الأصل : « ولهذا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(9) في الأصل : « بمقصود » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(10) وهذا ما عليه الجمهور من الشافعية . انظر الروضة (١٢ / ١٦٩) .

(رضي الله عنه) بالوليِّ المسلمِ الإمامَ .

فروع : لو قطع يَدَيِ المسلمِ ورجلَيْه ، فارتدّ ومات : فلا تلزمه إلا ديةٌ واحدة ؛ لأنّ موته كافرًا لا يزيد على موته مسلمًا . وقال الإصطخريّ : تجب ديتان ؛ لأنا لو أدْرَجْنَا لأهْدَرْنا ، فعُسْرُ الإدارجِ - بطرآن المهْدِر - كعُسْرِه بما لو حزّ غيْرُه رقبته . ولهذا الإشكالِ ذُكِرَ وجْهٌ في سقوط أصل الأرش ؛ لأنّ الجرح صار قَتْلًا ، والقتلُ صار مهدرًا ؛ فلا يبقى للقتلِ والجرحِ عِبْرَةٌ .

الحالة الثالثة [١] :لو ارتد بعد الجرح ، ثم أسلم ومات ، فالنصُّ : سقوطُ القصاص [٢] . ونصّ في الذميّ إذا جرح ذميًّا والتحق المجروحُ بدار الحرب ، ثم عُقِد له أمانٌ ثانيًا ثم مات : أنه يجب القصاصُ ؛ فقيل : قولان بالنقل والتخريج ، يُنْظر في أحدِهما إلى حالة الجرح والموتِ ، وفي الثاني إلى الكُلّ ؛ لأنّ الجراحة تَسْري في حالة الردة أيضًا ، فهو كما لو جرح في حالة الردة ، ثم في حالة الإسلام . وقيل : المسألة على حالين ، فإن طال زمانُ الردة ، فظهر أثَرُ الردة : فلا قصاصَ ، وإن قرب فلا أثر له .

وإن آل الأمرُ إلى الدية ، فالنصُّ : وجوب كمال الدية . وخرج ابنُ سريج قولا : أنه يجب ثُلُثَا الدية ، ويُهْدر الثلثُ بِهَدْر السّراية في إحدى الأحوال الثلاثة . وقيل : يجب النصفُ ؛ جَمْعًا [٣] لحالتي العصمة في مقابل حالة [٤] الإهدار .

الحالة الرابعة : أنْ يطرأ [٥] ما يغير مقدار الدية ، كما لو جَرح ذميًّا فأسلم - أو عبدًا فأُعتق - ثم مات ، فالنظر في المقدار إلى حالة الموت ، فلو فقأ عَيْنَيْ عبدٍ قيمتُه مائتان من الإبل ، فعتق ومات [٦] : فعليه مائةٌ من الإبل ؛ لأنه بدلُ حُرٍّ . وقال المزني (رحمه الله) : يجب مائتان من الإبل لأنه يُصْرف إلى السيد [٧] :

---

(١) وهي أن يتخلل المُهْدِرُ بين الجرح والموت .

(٢) ولكن تجب الكفارة قطعًا . انظر مختصر المزني ص (٢٣٨) . الروضة (١٢ / ١٦٩) .

(٣) في الأصل « جميعًا » والمثبت من (أ) ، (ب) . (٤) كلمة « حالة » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « إن طرأ » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في الأصل : « فمات » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) انظر مختصر المزني ص (٢٣٨) .

ولو قطع إحدى يَدَيْ عبدٍ، فَعَتَقَ ومات: فعليه مائةٌ من الإبل، وفي المصروف إلى السيد قولان:

أحدهما: أنه أقلُّ الأمرين مِنْ كل الدية أو كُلِّ القيمة، والعبارةُ عنه: أنّ المصروف [إليه] (١) أقل الأمرين مما التزمه الجاني آخِرًا بالجناية على الملك أولًا أو مثل نسبته من القيمة؟.

والقول الثاني: أنه أقلُّ الأمرين من كل الدية (٢أو نصف القيمة ٢)؛ فإنّ الجراحة في ملكه لم تنقص إلا النصف، فلم يَمُتْ في الرقّ حتى تُعتبر كلُّ القيمة (٣). والعبارةُ عنه: أن الواجبَ، أقلُّ الأمرين مما التزمه الجاني آخرًا بالجناية على الملك أولًا أو أرش جناية الملك دون السراية؟.

فعلى هذا لو قطع إحدى يديه فَعَتَقَ، فجاء الآخرُ وقطع يده الأخرى، وجاء الثالثُ وقطع إحدى رجليه، ومات (٤): فالواجبُ على جميعهم ديةٌ واحدة، وهي ديةُ حرٍّ، على كل واحدٍ ثلثٌ، ولا حقَّ للسيد إلا فيما يؤخذ من الجاني في حالة الرق، فله أقلُّ الأمرين من ثلث الدية أو ثلث القيمة، وهي مثلُ نسبته. وعلى القول الثاني: أقل الأمرين من ثلث الدية أو نصف القيمة؛ فإنه أرش الجناية.

المسألةُ بحالها: عاد الجاني الأول، فَجَرَحَ في الحرية جراحةً ثانية: فليس عليه إلا ثلثُ الدية؛ إذ لا يزيد الواجبُ بكثرة الجراحات، لكن الثلث وَجَبَ عليه بجراحتين، حصةُ الواقع منهما في الملك نصفه - وهو السدسُ فَتُرْعَى النسبة بين هذاالسدس وسدسِ القيمة (٥) على قول: وبين السدسِ ونصفِ القيمة على القول الآخر.

فلو أَوْضَحَ رأسَه (٦) في الرقّ، فَعَتق، فجرَحه غيرُه فمات، فعلى الجاني في الملك: نصفُ الدية. وعلى الجارح: النصفُ الآخر، وللسيد أقلُّ الأمرين من نصف الدية أو نصف القيمة، وهو مثلُ نسبته على قول. وله أقلُّ الأمرين من نصف الدية أو نصف عُشْر القيمة؛ فإنه يُشْبِهُ أرشَ

---

(١) زيادة من (أ)، (ب).

(٢) في (أ)، (ب): «أو نصف قيمة العبد».

(٣) وهذا القول هو الأظهر. انظر الروضة (١٢ / ١٧٢). المنهاج ص (١٢٣).

(٤) كلمة «مات» ساقطة من (أ)، (ب).

(٥) في (أ)، (ب): «وبين سدس القيمة».

(٦) يقال: أَوْضَحَتِ الشجةُ بالرأس: أي كشفتِ العظمَ، فهي مُوضِحة. انظر المصباح المنير (٢ / ١٠٢٨). مادة (و ض ح). المعجم الوجيز ص (٦٧٢).

الموضِحة من قيمة العبد . فإن قيل : بدلُ الملك الدراهمُ ، وبدلُ الحرِّ الإبلُ ، فَبِمَ يُطالِب السيد ؟ قلنا : فيه وجهان :

أحدهما : ليس له إلا الإبل ، لأنّ حَقَّه فيما وَجب على الجاني ، وهو الواجب .

والثاني : أنّ الخيرة إلى الجاني ، فإنْ سلَّم الدارهمَ لم يكن للسيد الامتناعُ ؛ لأنه حقُّه . وإن سَلَّم الإبلَ فكَمِثْلٍ [١] ؛ لأنه أدَّى واجبَه . وعلى الجملة : إيجابُ دية الحرّ ، ثم صَرْفُها إلى السيد بعيدٌ ، ولكنْ إيجابُ مائتين من الإبل - كما ذكره المزنيُّ رحمه الله - أبْعَدُ ؛ لأن القتيل حرٌّ ، فكيف تُزَاد على دية الحر ؟! والاقتصارُ على أرْشِ الجناية - ولو كان درهمًا - أبْعَدُ / وهو مذهبُ ٢٣٣/ب أبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأنه إهدارٌ للدم ، ففي كُلِّ طريقٍ بُعْدٌ ، لكنْ طريقُ الشافعي (رضي الله عنه) أقرب ؛ إذْ نَظَرَ إلى قَدْر الواجب إلى الموت ، وفي مصرفه التفت إلى حالة الجرح .

فرعان [٢]

الأول : لو رَمى إلى حربيٍّ أو مرتدٍّ فأسلم - قبل الإصابة - ففي الضمان وجهان مرتبان على ما إذا جَرح حربيًّا ، فأسلم ثم مات ، أو مرتدًّا فهاهنا أولى بوجوب الضمان ؛ لأن الجرح سببٌ قديم في حالة الإهدار ، وتمامُ الرمْي بالإصابة ، والإصابةُ جَرَتْ في حالة العصمة . وفي المرتد أولى بالوجوب ؛ لأنّ الرمْي إليه عدوانٌ .

ولو رَمى إلى عبدٍ له ، فأعتقه قبل الإصابة ، فوجهان مرتبان في المرتد [٣] ، وأَوْلَى بالضمان ؛ لأنّه معصومٌ على الجملة .

ولو رمى إلى مَنْ عليه القصاصُ ، ثم عَفَا قبل الإصابة ، فوجهان مرتبان على العبد وأولى بأنْ لا يجب ؛ لأنّ العبد مضمونٌ عليه بالكفارة .

ولو حفر بئرًا ، فتردَّى فيه مسلم كان مرتدًّا عند الحفر : وجب الضمان قَطْعًا ؛ لأن الحفر ليس يتجه نحو المتردي في عينه بخلاف الرمي فإنه مُتَّجهٌ نحو المقصود .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فكمثله » .

(٢) في الأصل : « فروع » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) قوله : (في المرتد) ساقط من (أ) ، (ب) .

الثاني : لو تخللتْ ردةُ المرميِّ إليه بين الرمْي والإصابةِ ، قيل : لا قصاصَ ؛ لاتصالِ الإهدار ببعض أجزاء السبب .

ولو تخللت ردةُ الرامي المخطيء ، ضُرِبت الديةُ على الرامي لا على عاقلته المسلمين ؛ لأنّ الأصلَ سقوط التحمل كما أن الأصل سقوطُ القصاص ، وقد تخللت حالةٌ مانعة . وذكر الشيخ أبو عليّ (رحمه الله) في التحمل قولين . وينقدح ذلك في القصاص كما ذكرنا [1] في تخلل الردة بين الجرح والموت . وهذا تمام القول في القصاص في النفس [2] .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « كما ذكرناه » .

(٢) قال في الروضة (١٢ / ١٧٧) : « قد يُعَبَّر عن مسائل الباب في تغير الحال بين الجرح والموت ، وبين الرمي والإصابة ، فيقال : « كلُّ جرحٍ أوَّلُه غيرُ مضمونٍ لا ينقلب مضمونًا بتغيُّرِ الحال في الانتهاء . وإن كان مضمونًا في الحالين ، اعْتُبر – في قدر الضمان – الانتهاءُ . وفي القصاص تُعتبر الكفاءة في الطرفين والوسط . وكذا يُعتبر الطرفان والوسط في تحمل العاقلة ، وبالله التوفيق » .

النوع الثاني

في قصاص الطرف

وهو واجبٌ بقطع الأطراف . والنظرُ في : القطع ، والقاطع ، والمقطوع .

أما **القطع** ، والجرحُ : كلُّ عمدٍ محض عدوان مُبين بطريق المباشرة لا بالسراية . وقد ذكرنا اختلافَ النصّ في السراية إلى الأجسام واللطائف .

أما **القاطع** : فشرطُه كونُه مكلفًا ملتزما كما في النفس ،ولا يُرَاد في الطرف التساوي في البدل ، بل تقطع – عندنا – يَدُ الرجل بيد المرأة وبالعكس ، ويدُ العبد بالعبد والحرّ(١) . نعم ، لا تُقْطع السليمةُ بالشلاء ؛ لأن الشلاء ليست نصفًا من صاحبها ، فالبدل يُلْتفت إليه عندنا معيارًا نَعْرف به نسبة الطرف من النفس . (٢ ثم مَنْ قُوبِلَ كلُّه بشخص قُوبِلَ نصفُه بنصفِه ٢) .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : التفاوتُ في البدل يمنع القصاص (٣) .

ثم التفاوتُ في العدد عندنا لايمنع كما في النفس .

ولو قطع جماعةٌ يمينَ رجلٍ على الاشتراك بحيث لم يَنْفصل فِعْلُ بعضِهم من بعض (٤) : قطعتْ أيمانُهم به .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وبالحر » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ثم مَنْ قوبل كلُّه بكلِّ شخصٍ قُوبل نصفُه بنصفِه » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن القصاص في الأطراف بين الرجال والنساء كهو بين الرجال ، وأنه يجري القصاص بين العبيد في النفس وما دونها ، وأنه لا يقتص من الحر للعبد في الجراح ، وهو مذهب المالكية والحنابلة .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه لا يجري القصاص في الجراح والأطراف بين الرجال والنساء ، ولا بين الأحرار والعبيد ، وكذلك بين العبيد بعضهم لبعض .

انظر : روضة الطالبين (٩ / ١٧٩) . تحفة الفقهاء (٣ / ١٠٤) المبسوط (٢٦ / ١٣٦) . الهداية (٤ / ٥١٠) . رد المحتار (٦ / ٥٥٣ ، ٥٥٤) . الكافي ص (٥٨٧ ، ٥٨٨) . القوانين الفقهية ص (٣٥٧) . دليل الطالب ص (٢٤٤ ، ٢٤٥) .الإنصاف (١٠ / ١٤) . المبدع (٨ / ٣٠٦) . زاد المستقنع ص (١٢٣) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « عن البعض » .

فأما المقطوع : فَيُعْتبر فيه العصمةُ كما في النفس ، وأن تكون الجنايةُ معلومةَ القدر بحيث يمكن الاقتصارُ على مثله في القصاص ؛ فإنّ الروح مُسْتبقاةٌ فلابُدَّ من الاحتياط .

ثم الجناية على ما دون النفسِ ثلاثةٌ : جرحٌ ، وإبانةُ طرفٍ (١) ، وإزالةُ منفعةٍ (٢) .

أما الضربُ واللطمُ فلا قصاص فيه ، بل يُعَزَّر صاحبُه .

أما الجرحُ ، فإنْ وقع على الرأس لم يجب القصاصُ فيه إلا في الموضحة - وهي التي تُوضح العظْمَ - فأمّا ما بعدها من الهاشمة للعظم ، أو المنقِّلة له (٣) ، أو الآمّة البالغة إلى أُمِّ الرأس ، أو الدامغة الخارقة لخريطة الدماغ : فلا قصاص فيها ؛ لأنها لا تنضبط .

وما قبل الموضحة - كالحارصة التي تشق الجلد - والدامية التي تُسيل الدم [منها] (٤) فلا قصاص فيهما (٥) .

وأما الباضعةُ التي تبضع اللحم - أي تقطعه - والمتلاحمةُ التي تغوص في اللحم غوصًا بالغًا ولا ينتهي إلى العظم ، ففيهما قولان :

أحدهما : النَّفْيُ ؛ فإنَّ العظم مرَدّ ، فإذا لم يَنْتَهِ إليه لم يمكن الضبطُ (٦) .

والثاني : يجب ، ويُمكن ضَبْطُ مقداره بالنسبة ، فإن قطع نصف اللحم إلى..........

---

(١) أي إزالته عن موضعه .

(٢) عبر عن ذلك في الروضة (٩ / ١٧٩) بقوله : « الجنايات فيما دون النفس ثلاثة أنواع : جرح يشق ، وقطع يُبِين ، وإزالة منفعة بلا شقّ ولا إبانة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والمنقلة له » . والمنقلة هي الشجّة التي تُنَقِّل العظم . أي تكسره حتى يخرج منها فراش العظام . انظر أنيس الفقهاء ص (٢٩٢) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) قال في الروضة (٩ / ١٧٩) : « الدامية : وهي التي تدمي موضعها من الشق والخدش ، ولا يقطر منها دم ، هكذا نصّ عليه الشافعيُّ وأهلُ اللغة . وقال أهل اللغة : فإن سال منها دم ، فهي الدامعة بالعين المهملة ، وذكر الإمام الغزاليُّ في تفسيرها سيلان الدم . وهو خلاف الصواب ».

(٦) والمذهب على هذا القول . انظر الروضة (٩ / ١٨١) .

العظم (١ فيقطع من رأسه النصف ١) . وإذا (٢) كان أحدهما في سمك شعيرة والآخرُ في سمك شعيرتين ، فلا نُبالي به وإنما تُرْعى النسبةُ .

والموضحة إذا وقعت على الوجه فانتهى (٣) إلى عظم الجبهة أو الخدّ أو قصبة الأنف : فهو كموضحة الرأس . ولو وقع على سائر البدن – كما لو انتهى إلى عظم الصدر مثلًا – : فلا يُلحق بموضحة الرأس . والوجْهُ ، في تقدير الأرش بنصف عشر الدية ، ولكنْ في القصاص وجهان :

قالت المراوزة : لايلحق به كما في الدية .

وقال العراقيون : يلحق به ؛ لأنه مضبوطٌ في نفسه (٤) . وأما التقدير فلا يكفي الضبط فيه مع اختلاف الموضع .

فرع : لو قطع بعض المارن أو الأذن ولم يَبِنْ (٥) ، ففي القصاص فيه قولان مرتبان على المتلاحمة ، وأولى بالوجوب ؛ لأن الضبط [فيه] (٦) أيْسَرُ ؛ إذ الهواءُ به محيطٌ من الجانبين . ولو قطع نصف كوعه / فقولان مرتبان ، وأولى بأنْ لايجب ؛ لأنَّ الكوع مجمعُ الأعصاب ٢٣٤ب والعروقِ ، وهي تختلف في ارتفاعها وانخفاضها .

وأما الأطراف ، فيجب القصاص في قطع مفاصلها ، وكذا في مفصل المنكب والفخذ إنْ أمكن قطْعُه بغير إجافة . وإن استأصل الجاني الفخذَ وأجافه وأمكن تحصيل مثله ، فالظاهر : أنه يمنع الإجافة ، وقيل : يجوز ؛ لأن هذه الجائفة تابعةٌ لامقصودة . وكل جرم يبقى دلالة القطع فهو كالمفصل ، كما لو قطع فلقةً من المارن أو الأذن والأنثيين والذكر والأجفان والشفتين والشّفْرين ؛ لأنه مقدرٌ محدود .

ولا يجب القصاص في فلقة من الفخذ ؛ لأنّ سمكه لاينضبط . وفي العجز وجهان ؛

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فيقطع النصف من رأسه » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وإن » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فانتهت » .

(٤) وما قاله العراقيون هو الأصح من الوجهين ، وهو ظاهر نص الشافعي ؛ وذلك لتيسير استيفاء المثل . انظر الروضة (٩/ ١١٨) .

(٥) أي ولم يُزِلْها . (٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

لتردّدِهِ بين الفخذ والذكر ؛ لأنه بين النتوّ والانبساط . وأما كسر العظام فلا قصاصَ فيه . ولو كسر عضده قُطع من المرفق وأَخَذ حكومةَ العضد ، وكذلك لو هَشَم رأسَه بعد إيضاح : أُوضِحَ ، وضمن أرْشَ الباقي ؛ ولو قطع من الكوع لعجزه من العضد مقتصرًا عليه ، ففي تجويزه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنّ المرفق مقدورٌ عليه وهو أقربُ إلى محل القطع ، فهو كما لو طلب رأش السّاعد مع قطع الكوع ، فإنه لا يُجَاب [وكما لو قطع من المرفق فنزل إلى الكوع مع القدرة على المرفق فإنه لا يحاب] (١) .

والثاني : أنه يُجَاب ؛ لأنّ محلَّ الجناية معجوزٌ عنه وفي النزول إلى الكوع مسامحةٌ .

ولا خلاف أنه لو نزل إلى [لَقْط الأصابع ، لم يَجُزْ ؛ لأن فيه تعذيب محل الجراحة . ثم إذا أسقطنا حكومة (٢)] السّاعد ، ففي حكومة بقية العضد تردُّدٌ ؛ لأن ذلك معجوزٌ عنه بخلاف الساعد .

فأمّا المعاني والمنافع فلا يمكن تناولها بالمباشرة ، ولكنْ (٣) بالسراية . وقد نصّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه لو أوضح رأسه فأذْهَبَ ضوءَ عينيه أَوْضَحْنَا رأسه ، فإنْ لم يَذْهب ضَوْءُه أزلنا الضوءَ مع إبقاءِ الحدقة بطريقٍ ممكنٍ . [وهذا إيجابُ قصاص بالسراية] (٤) . ونصّ في أجسام الأطراف أنها لا تضمن بالسراية ؛ فقيل : قولان ، بالنقل والتخرج كما سبق . فإن قلنا : يضمن اللطائف بالسراية ، ففي العقل والبطش (٥) تردُّدٌ ؛ لبُعْدِهما عن التناول بالسراية . أما السمع فهو في معني البصر (٦) .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) ساقطة من الأصل ، وثابتة في (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل « لكن » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) أي في إزالة خاصّية العقل ، وذلك بأن يضرب شخصًا على رأسه في موضع معين فيصبح مجنونًا . وقوله : (والبطش) يعني إزالة قوة عضو معين كالذارع مثلًا فيصبح مشلولًا لايتحرك ، والعياذ بالله .

(٦) قال في الروضة (٦ / ١٨٦) : « والأقرب منع القصاص في العقل . ووجوبه في الشم والبطش والذوق ؛ لأن لها مَحَالٌ مضبوطة ، ولأهلِ الخبرة طرقٌ في إبطالها » .

فروع : إذا قلنا : لا تضمن الأجسام بالسراية ، فلو جاء المقطوعُ يدُه ، وقَطَع أصبعًا من الجاني ، فتآكَلَ الباقي ، ففي تأدِّي القصاص به قولان :

أحدهما : لا ؛ لأنّ السراية فيه لا توجب القصاص ، فلا يتأدَّى به القصاص [1]، بخلاف ما إذا قطع يده ، فقطع يد الجاني فَسَرَتَا إلى الروحين ، فإنه يقع قصاصًا ؛ لأن السراية في الروح كالمباشرة ، وكذا الخلاف فيما لو ضرب مَنْ عليه القصاص بسوط أو جرحه خطأً فمات ؛ لأنّ الروح تضمن بالقصاص ولكنْ لا بهذا الطريق .

والأَقيسُ : أنْ يتأدَّى به القصاصُ ؛ لأن الحق متُعين وقد استوفاه ، وكذلك المجنون إذا قتل مَنْ يُسْتحقّ عليه القصاص .

[2] ولو أوضح رأسه [2] فتمعط شعرُه وزال ضوءُ عينيه ، فأوْضحنا رأسَه فتمعط شعرُه وزال ضوءُ عينيه : ففي وقوع الشعر قصاصًا - خلافٌ مرتب وأولى بأن لا يقع ؛ لأنّ نفس الشعر لا يضمن بالقصاص بخلاف نفس الأطراف . ووجْهُ وقوعه قصاصًا : التبعيةُ والالتفاتُ إلى أنَّ فساد المنبت من جملة [3] زوال اللطائف ؛ إذ معناه زوالُ القوة المنبتة وجرْمُ الشعر فيه تابعٌ .

ولا خلاف في أنه لو باشر تمعيط شعرِه فقابله بمثله لم يقع قصاصًا ، بل كلُّ واحدٍ منهما جنايةٌ توجِبُ الحكومةَ والتعزيرَ .

* * *

---

(١) وهذا هو المذهب . انظر الروضة (٩ / ١٨٧) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فلو أوضحه » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من جهة » .

الفصل الثاني (١)

في المماثلة (٢)

والتفاوتُ في ثلاثة أمور :

الأول : تفاوتٌ في المحلّ والقدر (٣) . ومثال المحل أنَّ اليُمْنَى لا تُقْطع باليسرى ، ولا السّبّابةُ بالوسطى ، ولا أصبعٌ زائدة بمثلها عند اختلاف المنبت (٤) . وأما القدرُ فَتَفَاوُتُه لا يؤثر في الأعضاء الأصلية (٥ إذ تقطع يدُ الصغير بالكبير ٥) ، [ويد الصغير يَدُ الكبير عند المساواة في الاسم : إبهام وإبهام] (٦) ، وفي الأصبع الزائدة يمنع القصاص إذا وجب تفاوتُ الحكومة لتفاوت النسبة ، وعند تساوي الحكومة وجهان ؛ لأنه ليس له اسمٌ أصلي حتى يُكتفى بالاسم .

وأما الموضحةُ ، فالتفاوتُ فيه في العرض معتبرٌ ؛ إذ لا يُقنع فيها بموضحة ضيقة (٧ في مقابلة الواسعة ٧) . وتفاوت الغوص (٨) في سمك اللحم لا يؤثر ؛ لأنّ مردَّ الاسمِ هو العظمُ .

فروع ثلاثة

الأول : لو أَوْضَحَ ناصيته لم نوضح قَذَاله (٩) ، بل راعينا المحلَّ . ولو كان رأسُ الشَّاجِّ أصغرَ استوعبنا عند استيفائه الرأسَ الكبير ولم نكمل بالقفا والجبهةِ ؛ لتفاوتِ الاسم والمحلِّ ، بل نَضمّ إليه أَرْشًا بخلاف اليد الصغيرة ، فإنها تكفي في مقابلة الكبيرة ؛ لأنَّ ما وقع من النقصان بين

---

(١) في الأصل : «والفصل الثاني » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) وهي معتبرةٌ في وجوب القصاص في الأطراف كالكفاءة في النفس ، ومن ثَمَّ فلا يقابل طرف بغير جنسه ، كاليد بالرجل .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تفاوت المحل والقدر » .

(٤) يعني إذا اختلف محلُّها ، بأنْ كانت إحداهما زائدة بجنب الخنصر ، وزائدةُ الجاني بجنب الإبهام .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إذ تقطع اليد الصغيرة بالكبيرة » .

(٦) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « في مقابل الواسعة » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « العمق » .

(٩) القَذَال : جماع مؤخر الرأس من الإنسان والفرس ، وهو فوق القفا . انظر : المصباح المنير (٢ / ٧٦١) . المعجم الوجيز ص (٤٩٤) . مادة (ق ذ ل) .

اليدين [١] لم يثبت له اسم اليد / والتفاوتُ هاهنا مقدارٌ يثبت [٢] له اسم الموضحة وديتها لو أفرد ، ٢٣٤/ب
فلم يمكن أن يُجْعَل تابعًا .

ولو استوعَبَ ناصيتَه - ورأسُ الشّاجِّ أصغرُ - استوعبنا ناصيتَه وكملنا من باقي الرأس ؛ لأنَّ اسمَ الرأسِ شاملٌ . وقال القاضي : اختلافُ أسامي جوانب الرأس : كاختلاف ما بين الرأس وغيره ؛ فلا يتعدَّى الناصية ، ويَضُمُّ إليه الأَرْشَ .

فإن فرّعنا على الظاهر ، فالخيرةُ في تعيين الجانب الذي به التكميل إلى الجاني على وجه ، وإلى [٣] المجني عليه على وجه ، وفي الثالث : يَبْتدِىء من حيث ابتدأ الجاني ويَذهب في صَوْبه إلى الاستكمال .

الثاني : لو استحق قدر أنملة من الموضحة فزاد [٤] في القصاص : غرم أرشًا ، وفي مقداره وجهان :

أحدهما : أنه قسط بحصة [٥] أرش واحد إذا وُزّع على الجميع ؛ لأنّ الموضحة واحدة .

والثاني : أنه يجب أرشٌ كامل ؛ لأنّ هذا القدرَ جنايةٌ ، والباقي حقٌّ منفرد بحكمه كما لو كان الأول خطأً واستمرّ على البقية عمدًا ، [٦] فيجب قصاص العمد [٦] ويفرد حكمه ؛ لاختلافِ الحال . ويقرب منه الخلافُ فيما إذا أراد الاقتصار على بعض حقّه ، منهم مَنْ جَوّزَ كما في الأصبعين . ومنهم مَنْ منع ؛ لاتّحادِ الاسم .

الثالث : لو اشتركوا في الإيضاح احتمل أن يُوضَح [٧] من رأس كل شريك بقدره [٧] ، ويُحْتمل أنْ يوزَّع ؛ لقبوله التوزيع . ثم يتصدّى النظرُ في تعيين المحلّ .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « من اليدين » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « ثبت » .
(٣) في (أ) : « وعلى » .
(٤) في (أ) : « وزاد » .
(٥) قوله : (بحصة) ليست في (أ) ، (ب) .
(٦) في (أ) ، (ب) : « فيجب القصاص في العمد » .
(٧) في (أ) ، (ب) : « من كل رأس بقدره » .

التفاوت الثاني

في الصفات

وفيه مسائل :

الأولى :أن التفاوت في الضعف والمرض لايمنع ، بل يُقْطع ذَكَرُ القويِّ بذكر العِنّين والصبيّ ، وأنفُ الصحيح بأنف الأجذم إلا إذا بطلت حياته وأَخذ في التفتُّت .

وتُقْطع أذن السميع بأذن الأَصَمّ ، والأنفُ الصحيح بأنف الأخشم (١) ؛ (٢ لأن المرض في محل السمع والشم ، لا في محل الأذن والأنف ٢) . ولا تقطع (٣ يد الصحيح ٣) بالشلاء ، ولا الذَّكرُ الصحيح بالأشَلّ . وشلل الذكر أن لا يتغير في الحر والبرد بالتقلّص والاسترسال . وذَكَرُ العنّينَّ لا شلَلَ فيه ، وإنما الخلل في موضع آخر وهو [في] (٤) الدماغ أو القلب . وشللُ اليد : في بطلان البطش.

ولايُشترط سقوطُ الحسِّ على المذهب الظاهر ، فإنْ قنع صاحبُ الصحيحة باليد الشلاء أُجيب إليه ولم يكن له أرشٌ كما لو رضي المشتري بالمعيب في الشراء ؛ لأنَّ البطشَ وصفٌ لا يقبل الانفصال .

وتُقطع الشلاءُ بالشلاء إذا تساويا في الحكومة . وضعيفُ البطش كقويِّه إلا إذا كان بجناية ، فإن الجناية تُعتبر في الشركة ولا تعتبر في المرض .

وأما الحدقةُ العمياءُ ولسانُ الأبكم (٥) فهي كاليد الشلاء .

الثانية :تقطع الأذن الصحيحة بالأذن المثقوبة إذا لم يُورث الثقبُ شيْئًا كآذان النساء .

---

(١) في (أ) ، (ب) « بالأنف الأخشم » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لأن المرض في محل الشم والسمع ، لا في ذات الأنف والأذن » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « اليد الصحيحة » . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « اللسان الأبكم » .

والمخرومةُ التي قُطع بعضُها لا يُسْتوفى بها كاملة ، ولكن تُسْتوفى بمثلها [١] إنْ أجرينا القصاصَ في بعض الأطراف . ولانكتفي بالمخرومة في مقابلة الكاملة إلا بضَمِّ الأرش إليه [٢].

وإن كان الخرم [٣] من غير إبانة ، قال العراقيون : امتنع القصاصُ ؛ لأن الجمال هو المقصود الأظهر في الأذن ، بخلاف ما إذا كانت أظفار المجني عليه متفرعة أو مُخْضَرّة ، إذْ تُقْطع به [٤] اليد السليمة ؛ لظهور منفعة البطش في اليد . ولو كانت الأظفارُ مقلوعة ، قالوا : لايُسْتوفى بها الكاملة . والكلُّ فيه نظر ؛ إذ يلزم أن ينقص قدر من دية الإصبع لِفَقْدِ الظفر ، ولا قائل به .

ولو قُطع أذنه ، فَرَدَّه إلى المقطع في حرارة الدم فالتصق ، فلا أثر لهذا الالتصاق ، والقصاصُ واجبٌ ، ويجب قلْعُه إن قلنا : إن ما يُبانُ [٥] من الآدمي نجسٌ وإلا فَيُعْفَى عنه . ويحتمل النظرُ إلى الدم الذي انكتم في الالتصاق ؛ لأن الساتر جماد فلا يوجب الاستبطان .

فإذا قلنا : يجب إزالته ، فلا قصاص على مقتلعه . وهكذا إن قلنا : لا يجب ، إلا إذا سرى إلى الروح فيجب [٦] قصاص النفس .

الثالثة : لاتُقْلع سنُّ البالغ بِسنِّ صبيٍّ لم يثغر [٧] ؛ لأن القصاص في إفساد المنبت فلا يفسد من الصبيّ . فلوفسد المنبت ولم تَعُدْ سنُّ الصبي ، ففي القصاص قولان ، وَجْه قولنا : لا يجب ، أنّ سِنَّه فضلة زائدة فلا يمكن أن يُقْلَع به [٨] سِنٌّ أصليّ .

فإن كان فساد المنبت مشتركا والبالغُ لو [٩] عاد سِنُّه – على ندور – ففي سقوط القصاص عن قالعه قولان ، ووجه قولنا [١٠] : لا يسقط ، التشبيهُ بمالَوْ التحمت الموضحةُ ، فإنها نعمة

(١) في (أ) ، (ب) : « مثلها » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « إليها » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « انخرام » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « بها » .
(٥) أي ينفصل .
(٦) في الأصل : « يجب » والمثبت من (أ) ، (ب) .
(٧) أي لم تسقط رواضعه . انظر : روضة الطالبين (١٩٩/٩) . المصباح المنير (١٢٩/١) . المعجم الوجيز ص(٨٤) مادة (ث غ ر) .
(٨) في (ب) : « يقطع به » .
(٩) في (أ) : « إذا » .
(١٠) في (أ) : « وجه قولنا » .

جديدة لا تُسقط القصاص .

ولو قَطَع جزءًا من طول لسانه فعاد ، فهو كعَوْد السِّنِّ أو التحام الموضحة ؟ وجهان . فإن حكمنا بسقوط القصاص ، ففائدتُه : استردادُ الدية إن كان قد أخَذها أو إيجابُ ديةِ سِنِّ الجاني وإن كان قد قلع ، وليس من فائدته تأخير استيفاء القصاص ؛ لأن الظاهرَ عدم / العَوْد كما أن ٢٣٥/
الظاهر في الصبي العَوْدُ .

فإنْ [١] بادر المجنيُّ عليه واستوفى ، ثم عادَ سِنُّه : لم يقلع قصاصًا باستيفائه ؛ إذْ جاز له الاستيفاءُ ، لكنْ يَغْرم [له] [٢] الدية ، ويبقى له حكومةُ سِنِّه .

ولو عاد سنُّ الجاني وقلنا : عَوْدُه مؤثر ، ففي قلعه ثانيًا وثالثًا إلى إفساد المنبت وجهان .

* * *

---

(١) في (أ) : « فإذا » .

(٢) زيادة من (أ) .

التفاوت الثالث

في العدد

فإن كانت [١] يد الجاني ناقصةً بأصبع قُطِع وطُولبَ بالأَرْش . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُقْنع به [٢] كما في النفس .

فإن كان النقصان في يد المجني عليه لم يكن له قَطْعُ الكف ، لكنْ لَقْطُ الأصابع الأربع وطَلَبُ حكومة الباقي كما في كسر العضد .

فروع أربعة

الأول : لو كان على يد الجاني أصبعان شلاوان ، فلو قطع يده [٣] فلاَ أرش للشلل . وإن لقط الأصابع الثلاث فله ديةُ أصبعين . وأما حكومةُ الكفّ فالقدر الذي يقابل الأصابع المقطوعة فيه وجهان : يُعَبَّر عنهما بأنّ الحكومة ، هل تندرج تحت قصاصِ الأصابع كما تندرج تحت ديتها ؟ [٤] وهل يقابل [٤] الأصبعين ؟ فيه وجهان ، يُعَبَّر عنهما بأنّ بعض الأصبع : هل تنزّل منزلة الكلّ في استتباع الحكومة ؟. وأما الأصبع الشلاء فلا تندرج حكومة الكف تحت حكومتها في الظاهر .

الثاني : إذا كان على يد الجاني ستةُ أصابع متساوية ليس فيها زيادة ، فللمجني عليه أنْ يلقط خمسةً من أيِّ جانب شاء ، وله مع ذلك سدسُ دية اليد ؛ لأنَّ اليد انقسمتْ ستةَ أقسام وقد استوفى في خمسةِ أسداسِها إلا أنه خمسةُ أسداس في صورة خمس كوامل فَنَحُطّ من أجل الصورة مِن السدس شيئًا بالاجتهاد .

أما إذا كانت فيها زيادة ، وزعم أهل الصنعةِ أنَّ القوة لم تنقسم بالأجزاء المتساوية – لأنّ [٥]

---

(١) في (أ) : « كان » .

(٢) في (أ) : « منه » .

(٣) في (أ) : « اليد » .

(٤) في (أ) : « وما يقابل » .

(٥) في (أ) : « لكن » .

الزائد مُلْتبس – فليس له القصاص ؛ لأنّه ربما يستوفي الزائدة بأصلية ، فلاسبيل إليه .

فلو بادر فقطع خمسًا ، فهو تمامُ حقِّه ، (١ ولا يُلْتفت إلى قوله١) : لعلّ الزائد في المستوفى فقد نَقَص حَقّي ؛ لأنه تعدَّى بالمخالفة .

الثالث : أصبع تشتمل على أربع أنامل تنقسم القوة لها على التساوي من غير تعيين زيادةٍ ، فإذا قطع هذا من المعتدل أنملةً : قطعنا أنملته (٢) وألزمناه من الأرش ما بَين الربع والثلث .

وإن قطع أنملتين قطعنا أنملتيه وألزمناه ما بين النصف والثلثين . فإن قطع الأصبع (٣) قطعنا أصبعه ؛ فإنَّ أربعةَ أرباعٍ (٤) تُساوي ثلاثةَ أثلاث . هذا إذا لم يزدْ في الطول ، فإنْ زاد في طوله فالحكمُ ما مضى ، ولكن يُرْعى تفاوتُ الصورة هاهنا كما (٥) في الأصابع الستة .

ولو قطع من هذه الأناملِ واحدةً ، فلا نقطع أنملةً معتدلة ؛ لأنها ثلثٌ فلا تُقَابل بالربع ، وإنْ قطع أنملتين قطعنا واحدة وطلبناه (٦) بالتفاوت بين النصف والثلث (٧) .

وأنملتان متساويتان على رأس أصبع ، ويدان على ساعد ، وقدمانِ على كعبٍ : كالأصابع الستة .

الرابع (٨) : مقطوعُ الأنملةِ العُليا إذا قَطَع صحيحَ ....

(١) في (أ) : « ولا يلتفت إلى قول القائل » .
(٢) في (أ) : « أنملة » .
(٣) في (أ) : « أصبعًا » .
(٤) في (أ) : « أرباعه » .
(٥) قوله : « كما » ساقط من (أ) .
(٦) في (أ) ، (ب) : « وطالبناه » .
(٧) في (أ) : « والثلثين » .

(٨) قال الحموي : « قوله : (إذا كان على يد الجاني ستة أصابع متساوية وليس فيها زائدة ، فللمجني عليه أن يلتقط خمسًا من أي جانب شاء وله مع ذلك سدس دية ؛ لأن اليد قد انقسمت ستة أقسام وقد استوفى منها خمسة أسداس في صورة خمسٍ كواملَ ، فيحط لأجل الصورة منه شيئًا بالاجتهاد . أما إذا كانت فيها زيادة وزعم أهل الصنعة أن القوة لم تنقسم بالأجزاء المتساوية ولكن الزائد ملتبس .. إلى قوله : الرابع) .

قلت : ذكر أن الجاني إذا كان على يده ستُّ أصابع متساوية ليس فيها زائدةٌ ، ونحن نعلم قطعًا أن فيها زيادة إصبع كما لا يخفى أيضًا ، فإنه قال : (وزعم أهل الصنعة أن القوة لم تنقسم بالأجزاء على الست قطعًا ، إنما انقسمت على خمسة أصابع غير متساوية ولكن الزائد ملتبس فليس له القصاص) . وإذا كان كذلك لم يحصل التباس بنحو أحد الأصابع الست من القوة كما لا يخفى . =

الأنملةِ [1] الوُسْطَى [منه] [2] فلا يمكن استيفاءُ الوسطى ، ولكن لو سقطت العليا بآفةٍ أو جنايةِ جانٍ فقدرنا على الوسطى فنقطعها [3] ، وإلى أنْ يتفق ذلك ، فهل يُطالب بالأرش للحيلولة ؛ نصَّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) أنَّ وليَّ المجنونِ يُطَالب بالأرش إذا ثبت للمجنون قصاصٌ ويكون ذلك للحيلولة ، ونصَّ في الصبي « أنه لا يطالب ؛ لأنَّ له أمدًا مُنْتظرًا » فَخُرِّجَ إلى المجنون وَجْهٌ من الصبي وإلى الصبيِّ وجْهٌ من المجنون .

وأما الحامل فهي [4] أولى بأنْ لا يطالب ؛ لأنّ أَمَدَ وضْعِ الحمل قريبٌ ، فتوقُّعُ سقوطِ العليا في مسألتنا - بآفةٍ أو جناية جَانٍ [5] - كتوقع الإفاقة من المجنون .

ولو كانت عُلياه مستحقةً بالقصاص ، فتوقُّعُ استيفائه كتوقّع وَضْع الحمل .

ومهما قلنا : [إنه] [6] ليس له أَرْشُ الحيلولة ، فلو أَخَذَ كان إقدامُه على [أخذ] [7] الأرش

= قلت : أمكن أن يجاب عن الأول بأن يقال : مراد الشيخ أن يكون على ست أصابع إصبعٌ متساوية لتلك الأصابع في الصورة . وقال أهل الصنعة الطبيعية : انقسمت مادةُ الأصابع الخمس ستةَ أجزاءٍ ، وليس فيها زيادة على الأول بل الكل أصليات من حيث إن القوة منبسطةٌ على الجميع ، ولا سبيل إلى القطع ؛ لاختلاف صورة الخمس والست من حيث المنظر ، وإذا كان كذلك كان مراده بذلك القوةَ دون زيادة الإصبع .

قلت : قد ذكر الشيخ في البسيط وقال : (الصورة الثانية : أن يقول أهل الصنعة الطبيعية : انقسمت إلى ست أصليات قطعًا ، ولكن يحتمل ذلك ويحتمل فيه : أن يكون فيه زيادةٌ مبهمةٌ ، فليس له لقط الأصابع ؛ لأنا نمنع الزيادةَ بالأصلية ؛ لتفاوت الجنس والمحل كما نمنع استيفاءَ الأصلية بالزائدة) وإذا كان كذلك فمراده بذلك ما ذكرناه من كون الإصبع الزائدةِ مبهمةً بخلاف المسألة الأولى ؛ فإن القوة منبسطة على الأصابع الست بطريق التساوي ، ولهذا اتفق الأصحاب على أن له أن يلتقط خمسَ أصابع من جملتها عاملًا في أحد الطرفين ، والتفاوت في الانقسام لا يورث منعًا ، لاتحاد المحل بخلاف تفاوت اليمين واليسار ، فعلى هذا يمكن أن يحمل ما ذكره في الوسيط على ما ذكره في البسيط ؛ فإنه لم يقسم الطبيعة الأصلَ إلى ست أصليات قطعًا بطريق التساوي من حيث إنه يحتمل فيهما التساوي في القوة ويحتمل التفاضل فيهما ، فيكون احتمالُ الاختلاف كحقيقته » . إشكالات الوسيط (ق ١٦٨ / أ - ١٦٩ / ب) .

(١) في : (أ) « الصحيح الأنملة » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « فنقطعه » .

(٤) في الأصل : « فهو » والمثبت من (أ) ، (ب)

(٥) في الأصل : « جاني » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) زيادة من (أ) .

عَفْوًا عن القصاص .

فروعٌ تتعلَّق بالنزاع

الأول : إذا جنى على ملفوفٍ في ثوب (١) ، وادَّعى كَوْنَه ميتًا ، وأنكره وليُّ الملفوف ، فقولان :

أحدهما : القولُ قول الجاني ؛ إذ الأصْلُ براءةُ الذمة .

والثاني : القولُ قولُ الوليّ ؛ إذ الأصلُ استمرارُ الحياة (٢) .

ولو قَطَع يدَه ثم قال : لم يكن له أصبع ، ففيه طرق ، وحاصلُ المذهبِ أربعةُ أقوال:

أحدها : أن القولَ قولُه ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ القصاص .

والثاني : قولُ المجنيّ عليه ؛ إذِ الأصلُ السلامةُ .

والثالث : (٣ إن كان العضوُ باطنًا ٣) فقولُ المجني عليه ؛ إذْ يَعْسُر عليه إقامةُ البينة . والباطنُ ما يجب سَتْرُه شرعًا على رأي ، أو ما يُسْتر مروءةً على رأي .

والرابع : أنه إن ادّعى عدمَ الأصبع في الأصل ، فالقول (٤) قوله . وإن ادعى سقوطَه فالقولُ قولُ المجني عليه /. ٢٣٥/ب

الثاني : إذا قَطَع يَدَيْ رجلٍ ورجليه فمات ، وبعد موته ادعى الوليُّ أنه مات بعد اندماله وعليك دِيَتَانِ ، فأنكر : فيصدق مَنْ يُصَدِّقه الظاهرُ ، ويُعْرف ذلك بقرب (٥) الزمان وبُعْده .

وإن تساويا في إمكانِ الصدق فهو قريبٌ من تقابل الأصلين ؛ إذْ يمكن أن يقال : الأصلُ براءةُ الذمة ، والأصلُ التعددُ عند تعدد الجناية ، والسرايةُ مشكوك فيها .

---

(١) يعني جنى عليه بحيث أفضى به إلى الموت .

(٢) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (٢٠٩/٩) .

(٣) في (أ) : « أن العضو إن كان باطنا » . وفي (ب) : « أن العضو إذا كان باطنًا » .

(٤) في الأصل : « القول » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بقدر » .

ولو ادعى الوارثُ أنه مات بسبب هاجم ، فمطالبتُه بالبينة هاهنا أولى ؛ لأن إثبات ذلك أَيْسَرُ ، والأصلُ عدمُ طرآن السبب .

ولو انعكس الخلافُ فطلب القصاص في النفس ، فالقولُ قول الجاني ؛ لأنّ قصاصَ النفسِ يتوقَّف على السراية ، وهو مشكوك فيه [١] ويَسقط بالشبهة إلا إذا كان الظاهرُ خلافَ ما يقوله فإنا لا نُصَدِّقه .

فلو أقام مَنْ لم نُصَدِّقْه في السراية – بينةً على أنه لم يزل ضمنًا نحيفًا إلى الموت ، فهذا لايفيد نفي سببٍ آخر ، لكن يُجْعل الظاهرُ لجانبِ السراية .

الثالث : إذا شجّ رأس إنسان موضحتين ، فرأينا الحاجز مرتفعًا ، وقال الجاني : أنا رفعتُه وعليّ أرش واحد لاتحادِ الموضحات ، وقال المجني عليه : أنت رفعتَه ولكنْ بعد الاندمال ؛ فعليك ثلاثةُ أُروش : فيُنْظر في دعوى الاندمال إلى ما سبق . فإنْ حلف المجني [عليه] [٢] على الاندمال – حيث يُصَدَّق – ثبت على الجاني أرْشَانِ ، وفي الثالث وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه مُقِرٌّ بالثالثِ ، والاندمالُ ثَبَت بيمينة .

والثاني : لا ؛ لأنّ يمينَ الاندمالِ تَصْلح لنِفَي التداخل ولاتَصلح لإثبات الثالث عليه ، وهو لم يُقِرَّ بثالثٍ موجب ، بل برفع حاجز لايوجب . وقد تَمَّ النظرُ في مُوجِبِ القصاص .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فيها » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

الفنُّ الثاني

في حكم القصاص الواجب في الاستيفاء والعفو

(وفيه بابان)

الباب الأول في الاستيفاء

(وفيه ثلاثةُ فصولٍ)

الفصل الأول [1]

فيمن له ولايةُ الاستيفاءِ .

وفيه مسائل :

الأولى : إذا كان القتيلُ واحدًا والورثةُ جماعة : فالقصاصُ مُوَزَّع على فرائض الله تعالى حتى يثبت للزوجين والصغيرِ والمجنون .

ثم إنْ كان فيهم صغير أو مجنون لم يُسْتَوْفَ القصاصُ إلى البلوغ والإفاقةِ خلافًا لأبي حنيفة (رحمه اللّه) [2] .

وقد نصَّ الشافعي (رضي اللّه عنه) على أنَّ وليَّ المجنونِ يُطالب بالمال ؛ لأنه لا أَمَدَ له . ووليّ الصبيّ لا يُطالب بالمال [3] وقد ذكرنا تَصَرُّفَ الأصحاب قبل هذا في كتاب « اللقيط » .

---

(١) كلمة : « الفصل » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) انظر في مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : مختصر الطحاوي ص (٩٣٢) . الهداية شرح بداية المبتدي (٥٠٦/٤) . رءوس المسائل ص (٤٦٢) . إيثار الإنصاف ص (٣٩٥، ٣٩٦) . شرح فتح القدير (٢٢٧/١٠) .

(٣) يعني أنه إذا انفرد صبيٌّ أو مجنونٌ باستحقاق القصاص ، ولم يشاركه فيه أحد ، لم يَسْتَوْفِه وليُّه ، وسواء في ذلك قصاص النفس أو الطرف . ويُحبس القاتل إلى أن يبلغ الصبي و يفيق المجنون ولا يُخَلّى بالكفيل ؛ فقد يهرب فيفوت الحقّ ، وكذلك يحبس إلى أن يقدم الغائب المستحق للقصاص . انظر الروضة (٢٤١/٩) .

أما[١] إذا كانوا مكلَّفين فلايجوز الاستيفاءُ إلا بالتوافق . فإنْ تزاحموا أقرع بينهم[٢] ، فمن خَرجت القرعةُ له فمنَعَه غَيْرُه من أصل الاستيفاء امتنع . ويَدْخل في القرعةِ المرأةُ والعاجزُ – على أحد الوجهين – ويَسْتَنيبُ إن خرجت قرعتُه .

فرع : لو بادر واحد دون رضا الآخرين ، ففي وجوب القصاص قولان[٣] :

أحدهما : يجب ؛ إذ ليس له ذلك ، وحقُّه ليس بكامل في الجميع ، فهو[٤] كما لو شارك غيره .

والثاني : لا ؛ لأنَّ البعضَ مُهْدَر في حقِّه ، فصار كما جرح جراحتين إحداهما في حالة الإهدار ، ولأنَّ[٥] علماء المدينة ذهبوا إلى إباحة الاستبداد لكلّ وارثٍ ، والخلافُ[٦] في إباحة السبب شبهةٌ . ولهذه العلة ، لو جَرَى بعد عَفْوِ الآخرين سقط القصاصُ أيضًا . وإن[٧] لم يكن عالمًا بالعفْوِ فسقوطُ القصاص أولى .

فإن قلنا : لايجب القصاص ، فالذي لم يَرْضَ يرجع بحصته على المبادِر في قول ، وكأنه استوفى الكل واحتبسه عنده ، ويرجع على تركةِ القتيل في قول كما لو قتلَه أجنبيٌّ .

وإن قلنا : يجب القصاصُ ، فلو بادر وَليُّ القتيلِ القاتلَ ، فقتل المبادر ، بقي دية القتيل المظلوم متعلقةً بتركة القتيل القاتل ، نصفُها لورثة المبادر ، ونصفُها للذي لم يأذن .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « له » .

(٣) في الروضة تفصيل حسن في هذه المسألة ، قال : « وأما إذا بادر أحدُ ابْنَيِ المقتول الحائزين ، فقَتَل الجاني بغير إذن الآخر ، فَيُنْظر : أَوَقَعَ ذلك قبل عفو أخيه ؟أم بعده ؟ :

(الحالة الأولى) : إذا قتل قبل العفو ، ففي وجوب القصاص عليه قولان ، أظهرهما : لا يجب ؛ لأن له حقا في قتله ، فصار شبهة ، والقولان فيما إذا قتله عالما بالتحريم ، فإن جهل فلاقصاص بلاخلاف .

(الحالة الثانية) : أن يقتله بعد العفو ، فإن علم العفْوَ وحُكْمَ الحاكمِ بسقوط القصاص عن الجاني ، لزمه القصاص قطعًا . وإن لم يحكم به لزمه أيضًا على المذهب » . الروضة (٢١٦/٩) .

(٤) قوله : (فهو) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « لأن » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) « والاختلاف » . (٧) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

فإن عفا وليُّ القتيل القاتلِ على مالٍ ، فذلك المالُ تركةُ القتيل القاتل فيؤدّى منه حقّ الذي لم يأذن ويجعل [1] حقّ المبادِر قصاصًا بمثله إنْ تَمَاثَلا .

المسألة الثانية [2] : إذا قتلَ الواحدُ جماعةً قُتِلَ بأوَّلهم وللباقين الدياتُ . وإن قتلهم معًا [3] قُتِلِ بمن [4] خرجت له القرعة [4] ، واكتفى أبو حنيفة (رحمه الله)به عن جميعهم . [5]

واختلف أصحابنا في العبد إذا قتل جماعةً ، فقيل : يقتل بجميعهم [6] ؛ لأن حق الآخرين ضائع. وفي القاتل في قطع الطريق لجماعةٍ فإنه لم يُرْعَ فيه الكفاءةُ وسلك به مسلك الحد على قول اكتفى به عن الجماعة . وكذلك اختلفوا في أولياء القَتْلَى إذا تمالئوا عليه على ثلاثة أوجه :

الصحيح : أنه يُقَسَّط عليهم ، ويَرجع كلُّ واحدٍ إلى حصته من الدية .

والثاني : أنه يُقْرع بينهم ويُصْرف إلى مَنْ خرجت القرعة له .

---

(١) في الأصل : « فيجعل » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) كلمة « المسألة » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل : « جميعًا » ، والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الصحيح ؛ لأن قتل الواحد للجماعة له حالتان :
الأولى : أنْ يَقْتلهم مُرَتَّبين واحدًا بعد الآخر .
والحالة الثانية : أن يَقْتلهم معًا دفعةً واحدة ، وهو المراد هنا .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بمن خرجت القرعة له » .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه إذا قتل الواحدُ جماعةً مرتبين ، قُتل بأولهم وللباقين الديات .
ومذهب الحنفية : أن القاتل يُقتل بالكل ، ولاينتقل الباقي إلى الدية ، وهو مذهب المالكية .
ومذهب الحنابلة : أنه إذا رضي أولياءُ القتلى بقتل القاتل : قُتِل لهم ، ولا شيء لهم سوى ذلك ، فإن تشاحوا فيمن يقتله منهم ، أُقيد للأول ، وللباقين دية قتلاهم ، فإن رضي الأول بالدية : أُعطيها وقُتل للثاني .
انظر : روضة الطالبين (٩/ ٢١٨) .المبسوط (١٢٧/٢٦) . تحفة الفقهاء (١٠٠/٣) . الهداية (٥١٢/٤) . رءوس المسائل ص (٤٦٣) . إيثار الإنصاف ص (٤٠٦) . رد المحتار (٥٥٧/٦) . الكافي ص (٥٩٠) . الفروع (٦٦٥/٥) . الإنصاف (٤٩٤/٩) .المبدع (٢٩٤/٨ ، ٢٩٥) .

(٦) في (أ) ، (ب) : (لجميعهم) .

والثالث : أنه يكفي عن جميعهم كمذهب أبي حنيفة (رحمه الله) .

/ هذا إذا حضر الكلُّ ، فإنْ كان بعضُهم غائبًا أومجنونًا ، ففي رواية الربيع : يُؤخر إلى ٢٣٦/أ إمكان القرعة . وفي رواية حَرْمَلة (١) : يشتوفي الحاضرُ والعاقلُ ، ويكون الحضور مرجّحًا كالقرعة (٢) .

فرع : لو (٣) اجتمع مستحِقُّ النفسِ والطرفِ : قُدِّمَ مستحِقُّ الطرف . إن اجتمع مستحق اليمين ومستحقُّ الأصبع من اليمين : أُقْرِع بينهما ؛ لأن قطع الأصبع ينقص اليمين بخلاف قَطع الطرف فإنَّه لا ينقص النفس.

المسألة الثالثة : في المُسْتَوْفي :وليس للوليِّ الاستقلالُ دون الرفع إلى السلطان . فإن استوفى وَقَعَ الموقع (٤) وعزَّره [الإمامُ] (٥) لأنَّ أمْر الدماء خطيرٌ .

فإذا رفع إلى السلطان (٦ وجب عليه ٦) أن يأْذنَ له في القتل ، ولايأذن في استيفاء حدِّ القذف ؛ لأن تفاوت الضربات عظيم ، وهو حريصٌ على المبالغة . وهل يُفَوِّض إليه القطْعَ ؟ فعلى وجهين ، وَجْهُ المنع – مع كونه مُقَدَّرًا – مايُفْرض من ترديد (٧) الحديدة التي يعظم غورها .

ثم ينبغي أنْ يُستوفى القصاصُ (٨ بأحَدِّ سَيْفٍ ٨) وأسرعِ ضربةٍ . فإنْ ضرب الوليُّ ضربةً فأصابَ غيرَ الموضع المقصود ، فإنْ تعمَّدَ عزِّر ولم يُعْزل (٩) ، وإن أخطأ ودَلَّ (١٠ على تخوفه وعجزه ١٠) أمرناه بالاستنابة ؛ إذْ لا يُؤْمن خطؤه ثانيًا (١١) . ومِنْ أصحابنا مَنْ عكس هذا

---

(١) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٢) والمشهور في المذهب ما في رواية الربيع ، وهو أنه يحبس القاتل حتى يحضر الوليُّ الغائب ، أو يفيق المجنون . انظر الروضة (٢١٩/٩) .

(٣) في (أ) ،(ب) : « إذا »

(٤) أي وقع قصاصًا .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فإنه يجب » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « تردُّد » .

(٨) في الأصل : « بسيفٍ » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) أي ولم يُعْزل من استيفاء القصاص .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « على خوفه وعجزها » والضمير في (عجزها) يعود على اليد ، وهي مؤنثة .

(١١) في الروضة تفصيل حسن في ذلك فانظره (٢٢٢/٩) .

الترتيب ، وهو ضعيف (١) .

فروع ثلاثة

الأول : لو قتله الوليُّ بسيفٍ مسموم يُفَتِّته قبل الدفن (٢) ، لم يُمَكَّنْ (٣) . وإن كان يُفَتِّت بعد الدفن فوجهان .

الثاني : لو قطع الجاني طرفَ نفسِه بإذن المستحقِّ ، ففي وقوعه عنه وجهان ؛ (٤ لاتحاد القاصِّ ، والمقتصِّ ٤) .

الثالث : نصَّ على أنَّ أجرة الجلاد في القصاص على المقتصّ منه ، وفي الحدِّ على بيت المال ، فقيل : قولان ، منشؤهما : أنه يخرج عن العهدة بالتمكين أو التمييز والتسليم ؟ وهو قريبٌ من التردّد في أنَّ مؤنة جِذاذ الثمار على البائع أو المشتري ؟ وقيل بتقرير النصَّيْنِ ؛ لأن الحدّ يجوز سترُ موجبه والهربُ منه ، فيكفي فيه التمكين (٥) .

والأولى أنْ يكون للجلاد رزقٌ من بيت المال إن اتسع .

وينبغي أن يُحْضِر الإمامُ - مَحلَّ الاقتصاص - عدلَيْنِ خبيرين بمجاري الأحوال يبحثان عن الحديدة ، أمسمومة أم لا ؟ ويُرَاقبانِ حقيقةَ الحال .

* * *

(١) قوله : (وهو ضعيف) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « قبل الموت » وهو خطأ ، والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٣) يعني لو أراد وليّ القصاص أن يَستوفي بسيفٍ مسموم يُفَتِّت جسد الجاني قبل دفنه ، مُنع من ذلك بلا خلاف ؛ وهذا لما فيه مِنْ هَتْكِ الحرمة وعُسْر الغسل والدفن .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لاتِّحاد القابض والمقبض منه » .

(٥) قال في الروضة (٢٢٣/٩) : « لينصب الإمام من يقيم الحدود ، ويستوفي القصاص بإذن المستحقين له ، ويرزقه من خمس خمس الفيء والغنيمة ، المرصد للمصالح . فإن لم يكن عنده من سهم المصالح شيء ، أو كان واحتاج إليه لِأَهَمَّ منه ، فأجرةُ القصاص على المقتصِّ منه ؛ لأنها مؤنةُ حقٍّ لزمه أداؤه . وقيل : على المقتص . والصحيحُ المنصوص الأول ، وفي أجرة الجلاد في الحدود - والقاطع في السرقة - وجهان ، أصحهما : على المجلود والسارق ؛ لأنها تتمةُ الحدّ الواجب » .

الفصل الثاني

في أن حق القصاص على الفور

فلايؤخر باللياذ إلى الحرم إلى وقت الخروج ، بل يُقْتل في الحرم [عندنا] (١) خلافًا لأبي حنيفة (رحمه) الله (٢) .

ولو لاذ بالمسجد الحرام يُخرج ويُقْتل . وقيل : يقتل في المسجد وتُبسط الأنطاع حذرًا عن (٣) التأخير (٤) . ولو قطع طرفَه فمات (٥) ، فللوليّ قَطْعُ طرفه وحَزُّ رقبته عقيبه ؛ لأنه استحقّ الروح على الفور . (٦ وكذا لو قطع ٦) في الشتاء فللمستوفي القصاصُ في حرارة القَيْظِ كما له القصاص في حالة المرض وإن كان مخطرًا .

ولو قطع يديه فانْدَمَل ، فقطع رجليه : فللمقطوعِ أن يجمع بين قَطْع يديه ورجليه ولاءً وإن كان فيه مزيدُ خطر ؛ لأن الحقَّ على الفور . وفيه وجه : أنه يُمْنع .

وفي الجملةِ (٧ لا يؤخر حق القصاص ٧) إلا بعذر الحمل إلى وَضْع الولد وارتضاعِه اللِّبأَ (٨)

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه لا يؤخر القصاص باللِّياذ إلى الحرم حتى يخرج منه ، بل يُقْتل فيه . وهو مذهب المالكية .

ومذهب أبي حنيفة : أنه لو أنشأ القتل في الحرم قُتل فيه ، وإن قتل خارجه ثم التجأ إلى الحرم : لم يُقتل فيه بل يُمْنع عن الطعام والشراب حتى يضطر للخروج منه ، وحينئذ يُقتل خارجه . أما إذا كان القصاص فيما دون النفس ، فقد اتفقوا على جواز استيفائه في الحرم .

انظر : روضة الطالبين (٩م٢٢٤) . رءوس المسائل ص (٤٦٨) . الكافي ص (٥٩٢) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٦١/٤) . رد المحتار (٥٤٧/٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من » .

(٤) وهذا وجه ضعيف كما أشار إليه الغزالي رحمه الله . انظر الروضة (٢٢٤/٩) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ومات » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وكذلك لو قتل » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لا يؤخر القصاص » .

(٨) اللِّبأ : بوزن العِنَب ، هو ما يُحْلب من اللبن عند الولادة . انظر المطلع على أبواب المقنع ص (٣٦٠) .

إن كان لا يعيش دونه . فإن لم نجدْ مرضعةً فإلى الفطام . وإنْ وجدناها – ولم تَرْغَب – قَتَلْنا هذه وألزمنا المرضعةَ الإرضاعَ بالأجرة وقدَّرْناه صَبيًّا ضائعًا .

وأما الحدّ فيؤَخّر عن الفطام أيضًا إلى أن يكْفُلَ الولدَ غيرُها ؛ لقصة الغامدية [1] ؛ فإنّ الحدَّ على المساهلة ، ولذلك تُحْبس الحامل في القصاص ، ولم يَحْبس رسولُ ﷺ الغامديةَ . ولا يُتْبع الهاربُ لأجل الحدّ . وللوالي حَبسُ القاتل إن كان وليُّ المقتول غائبًا ، ولا يحبس في ديون الغائبين ؛ لأنّ في القتل عدوانًا على حقِّ الله تعالى .

فروع ثلاثة

الأول : لو ادعت الحملَ ، ففي وجوبَ التأخير بمجرد دعواها وجهان :

أَحَدُ الوجهين : يجب ؛ لأنها أَعْرفُ به [2] . وعلى هذا ، لا يمكن استيفاءُ القصاص من المنكوحة [3] يُخَالطها زوجُها .

والثاني : أنا لا نَنْكَفُّ إلا بمخايل الحمل ، ولا مُبَالاة بنطفةٍ تعرض عقب الوطء إذا لم تَنْسلك الحياةُ فيها .

الثاني : لو بادر الوليُّ وقَتَلَ الحاملَ [بغير إذن الإمام ، فأجهضت جنينًا ميتًا] [4] عزَّرَه ،

---

(١) هذه القصة رواها مسلم في صحيحه (١٣٢١/٣) (٢٩) كتاب « الحدود » (٥) باب « من اعترف على نفسه بالزنا » حديث (١٦٩٥) باسناده عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال : جاء ماعز بن مالك إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله طهِّرني ... وفيه « ثم جاءته امرأة من غامد من الأزد ، فقالت : يا رسول الله ، طهرني ، فقال : وَيْحَك !! ارجعي فاستغفري الله وتوبي إليه ، فقالت : أراك تريد أن ترددني كما رددتَ ماعز بن مالك ، قال : وما ذاك ؟ قالت : إنها حُبْلَى من الزنا ، فقال : آنتِ . قالت : نعم ، فقال لها : حتى تضعي ما في بطنك ، قال : فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت ، قال فأتى النبيَّ ﷺ فقال : قد وضعت الغامديةُ ، فقال : إذًا لا نَرجمها وندع ولدها صغيرًا ليس له مَنْ يرضعه ، فقام رجل من الأنصار فقال : إليَّ رضاعه يانبي الله ، قال : فرجمها » .

(٢) وهذا هو الصحيح ، وبه قال جمهور الشافعية . انظر الروضة (٢٢٧/٩) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « منكوحة » .

(٤) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

وغرةُ الجنين على عاقلته ؛ لأنَّ مَوْتَ الجنين بهذا السبب لايُتَيَقَّن ، بل يُحْتمل عدمُ الحياة عند الجناية . وإن قَتَلَ [١] بإذن السلطان – وهما عالمان – ففي الغُرّة ثلاثةُ أوجه :

الأصحُّ : أنه على عاقلة الوليّ ؛ لأنه مباشرٌ .

والثاني : يُحَالُ على الإمام ؛ لتقصيره بالتسليط [٢] .

والثالث : أنه عليهما جميعًا بالتشطير .

وإنْ كانا جاهِلَيْنِ فخلافٌ مرتبٌ ، والحوالة على الوليّ أوْلَى ؛ إذ لم يَبْقَ لجانب الإمام وَجْهٌ إلا تقصيرُه في البحث [٣] . فإن كان الإمام جاهلًا والولي عالمًا ، فَلْيُقْطَع بالحوالة على الوليّ ؛ لاجتماعِ العلم والمباشرة ، وفيه وجه .

وإن كان الإمام عالمًا والوليُّ جاهلا ، فجانبُ الإمام قد يَقْوَى بالعلم فيتأكّد النظرُ إليه .

وحيث أحَلْنا على الإمام / فهو على عاقلته أو في بيت المال ؟ فيه قولان يجريان في كل خَطَأ ٢٣٦/ب
وقع للإمام [٤] . وإن كان عالما فلا يجب على بيت المال .

هذا في الوليّ [٥] أما الجلاّد فلا عهدةَ عليه عند جهله اتفاقًا ؛ لأنه كالآلة ، فكيف يتقلّد العهدة ؟!. وإن كان عالمًا – وقدر على الامتناع – فهو كالولي . وإنْ خاف سطوة السلطان ، فقد ذكرنا أنّ أمر السلطان إكراهٌ أم لا [٦] ؟ .

الثالث : لو قطع يديْه ورجْليه ، فعفا عن القصاص وطلب شيئًا من الدية ، ففيه ثلاثة أقوال:

---

(١) في (ب) : « وإن قتلها » .

(٢) وهذا هو الصحيح المنصوص خلافًا لما صححه الغزالي (رحمه الله) . انظر الروضة (٢٢٧/٩) .

(٣) انظر روضة الطالبين (٢٢٧/٩) .

(٤) قال في الروضة (٢٢٨/٩) : « وحيث ضَمَّنَّا الإمامَ ، فإن كان عالمًا ففي ماله . وإن كان جاهلًا ، فعلى القولين في أن ما يجب بخطأ الإمام في الاجتهاد ، هل هو على عاقلته أم في بيت المال ؟ أظهرهما – وهو المنصوص هنا – : أنه على عاقلته » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الوالي » .

(٦) قوله : (أم لا) ساقط من (أ) ، (ب) .

أحدها : أنه تُعجل [1] له ديتان ، فإن تداخل بالسراية استردت واحدة [2] وكأنّ التداخل عارض مغيِّر للسبب [2] بعد تمامه .

والثاني : أنه تُسلم إليه ديةٌ واحدة ؛ لأنه المستيقن ، وسببُ الباقي يتمُّ بالاندمال .

والثالث : أنه لا يُسلم شيءٌ ؛ إذ يتُصَورّ أنْ يجرحه مائة وألف ، فترجع حصته إلى جزء من الألف فلا يُسْتيقن مقدار ، وقد نصَّ الشافعي (رضي الله تعالى عنه) في السيد - إذا جنى على مكاتبه - أنه يعجّل . فقيل بطرد الخلاف تخريجًا . وقيل : الفرقُ التشوّف إلى العتق .

ثم هؤلاء اختلفوا في اختصاص التعجيل بالنجم الأخير ، فقيل : لايختص ؛ لأنَّ الأول أيضًا يقرب [3] من العتق .

* * *

(١) في الأصل : « تجعل » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « وكان التداخلُ عارضًا مغيرا للسبب » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تقريب » .

الفصل الثالث

في كيفية المماثلة

وهي مَرْعيّة عندنا في قصاص النفس خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (١) .

ومعناه : أنَّ مَنْ قَطع وقَتل قُطع وقُتِل ، ومَنْ غرَّق أو حرَّق أو رَجم بالحجارة فُعِلَ به مثلُهُ إلا إذا قَتَل باللواط أو إيجار الخمر ؛ فإن مثله فاحشة (٢) فيُعْدل إلى السيف . وقيل : يُعْدَل إلى إيجار الخلّ وإلى استعمال خشبة (٣) .

ومهما عدل المستحقُّ – من غير سيف (٤) – إلى السيف : يُمَكّن ؛ لأنّه أوْحَى (٥) وأَسْهلُ .

فروع

الأول : لو أحرقه (٦) بالنار ، فألقيناه في مثلها فلم يَمُتْ في تلك المدة ، فَيُتْرك فيها أو يُعْدل إلى السيف ؟ فيه وجهان :

---

(١) **مذهب الشافعية** : مراعاة المماثلة في قصاص النفس ، فمن قتل إنسانًا بالإحراق أو الإغراق ، أو بالسّم ، فُعل به كمل فَعل ، إلا إذا كان قَتَل بوسيلة غير مشروعة ، كايجار الخمر أو باللواط مثلًا ، فإنه يقاد منه بالسيف في هذه الحالة . وهذا مذهب المالكية أيضًا إلا أنهم اشترطوا ألا يؤدي ذلك إلى تعذيب الجاني وإلا أُقيد منه بالسيف .

ومذهب الحنفية : أنه لا تراعى المماثلة في القصاص ، فلا يقاد من الجاني إلا بالسيف . وعن الإمام أحمد في ذلك روايتان .

انظر : روضة الطالبين (٢٢٩/٩) . المبسوط (١٢٢/٢٦ ، ١٢٥) رءوس المسائل ص (٤٦٧) . رد المحتار (٥٣٧/٦) . الكافي ص (٥٨٨) . القوانين الفقهية ص (٣٥٠) . حاشية الدسوقي (٢٦٥/٤) .

(٢) في (أ) ، (ب) « فإن قتله فاحشة » والمقصود أن قتله باللوط أو إيجار الخمر فاحشة لاتجوز وإن كانت قصاصًا .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو استعمال خشبة » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « من غير السيف » .

(٥) أوحى : أي أسرع . و « الوَحَا » : السرعة . انظر المصباح المنير (١٠١٠/٢) مادة (و ح ي) .

(٦) في (ب) : « لوحرّقه » .

أحدهما : [إلى] (١) السيف ؛ لأنّه أَوْحَى وأسهلُ (٢) .

والثاني : النار ؛ كيلا نُوَالي بين نَوْعَي العذابِ عليه ولتأخذ النارُ مقتلَه كما أَخَذ من المجني عليه .

ولو كان رقبةُ القاتلِ غليظة لا تنحزّ إلا بضرباتٍ فلا نُبالي بهذا (٣) التفاوت للضرورة .

فإن قلنا : لا يعُدل إلى السيف - لاتحادِ جنس العذاب - فيجري هذا في التجويع في مثل تلك المدة . وهل يجري في توالي الضربات بالحجارة والسياط ؟ فيه ترددٌ ؛ لأنَّ كلَّ ضربة كالمنقطعة عما قبلها ، ولا يَبْعد التسوية ؛ فيقال : ضَرَبه إلى الموت [فنضربه إلى الموت] (٤) .

ولو قطع طَرْفَه (٥) ، فقطعنا طرْفَه فلم يَمُتْ : فلا يجوز أن نقطع بقية الأطراف ؛ فإنّ هذا اختلافُ محلّ معتبر . ولو قتله بجائفة فلم يَمُتْ بجائفة ، فهل نوالي بالجوائف عليه ؟ فيه خلاف ؛ فإن الجوائف تنحو نحو جوف واحد ، والأظهر : أنه كقطع الأطراف . ومهما قطعنا طرفه فلم يَمُتْ فالخيرةُ في حَزّ رقبته إلى المستحِقّ : إنْ شاء أخّر وإنْ شاء عَجَّل .

الثاني : لو قطع يده من الكوع ، فجاء آخَرُ وقطع يده من المرفق فمات منهما : قطعنا الكوع من قاطع الكوع ، وفي قطع المرفق من قاطع المرفق وجهان :

وَجْهُ المنع : أنه قطع ساعدًا بلا كفّ ، فكيف نقْطع السّاعدّ مع الكف ؟ .

ووجْهُ التجويز : أن النفسَ مُستوفاةٌ فلا نظر إلى تفاوت الأطراف .

الثالث : إذا مات بسراية القطع ، فقطعنا يَدَ الجاني فمات : وقع قصاصًا . ولو مات الجاني أولًا (٦) ففي وقوعه قصاصًا وجهان :

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) انظر الروضة (٩/٢٣٠) .

(٣) في الأصل : « بهذه » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) . (٥) يعني فمات المقطوعُ بالسراية .

(٦) وذلك يُتَصَوَّر بأن يَقْطع يده ، فتُقْطع يدُ الجاني ، ثم يموت - أي الجاني - بالسراية ، ويموت بعده المجني عليه بالسراية أيضًا .

أحدهما : لا ؛ لأنّ شرط القصاص أن تكونَ روحُ المجني [عليه] (١) زاهقة [قبل موت الجاني] (٢) .

والثاني : نعم ؛ لأن المقصودَ المقابلةُ وقد حصل (٣) .

الرابع : إذا استحق القصاصَ في اليمين ، فأخرج الجاني يساره فقطعه المستحِقُّ ، فللجاني ثلاثةُ أحوال :

الحالة الأولى : أنْ يقصد بإخراج اليسار إباحتَها ؛ فيسقط قصاصُ اليسار ؛ لأنّ الإخراج - مع نية الإباحة - كافية (٤) في الإهدار . ولو قصد قَطْعَ يده فسكت ولم يخرجها ، فهل يكون ذلك إهدارًا ؟ فيه وجهان ، ووجه كونه إهدارًا (٥) : أنه سكوتٌ في محل يَحْرُم السكوت فيه ، بخلاف ما إذا سكت على إتلاف المال ، فإنّه لا يكون إهدارًا .

فأما قصاص اليمين ، فهل يسقط ؟ يُرْجع فيه إلى نية القاطع ، وله ثلاثة (٦) تأويلات في قطع اليسار :

(الأول) : أن يقول (٧) : استبحْتُه بإباحته (٨) ؛ فيبقى حقُّه في اليمين .

(الثاني) : أن يقول : ظننتُ أنّ اليسار تجزىء عن اليمين ، ففي سقوط حقه عن اليمين (٩) وجهان ؛ لأنه قصد الإسقاطَ بناءً على ظنّ خطأ . وهذا الخلافُ جارٍ فيما إذا تضرع مَنْ عليه القصاص ليُؤْخذ منه الفداء ، فأخذه المستحقُّ من غير تلفُّظِهِ بالعفو ، فإقدامُه على الأخذ ، هل

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٢) زيادة من (أ) ، (ب) أيضًا .
(٣) الأصح في هذه المسألة أن لوليِّ المجني عليه نصف الدية في تركة الجاني إذا اسْتَوَيَا في الدية . انظر مغني المحتاج (٤/٤٦) .
(٤) في (أ) ، (ب) : « كافٍ » .
(٥) في الأصل : « إهدار » .
(٦) في النسخ الثلاثة : « ثلاث » .
(٧) قوله : (أن يقول) ساقط من (أ) ، (ب) .
(٨) في الأصل : « بإباحاته » . والمثبت من (أ) ، (ب) .
(٩) قوله : (عن اليمين) ساقط من (أ) ، (ب) .

يكون إسقاطًا ؟ فيه خلاف .

فإن قلنا بسقوط حقِّه عن اليمين ، بقي (1) له ديةُ اليمين .

(الثالث) : أن يقول (2) : عرفت / أن اليسار لا تُقْطع عن اليمين (3) ، ولكني قصدتُ أنْ أجعلَه عوضًا من تلقاء نفسي ، ففيه خلافٌ مرتب ، وسقوطُ حقه عن (4) اليمين ها هنا أولى . ٢٣٧/أ

الحالة الثانية :لِلْمُخْرِجِ أن يقول : دُهِشْتُ فلم أدرِ ماذا فعلت (5) ، فهذا ليس بإهدار لليسار (6) ولكنّا نُراجع القاطع ، وله أربعة تأويلات :

(الأول) : أن يقول : دُهِشْتُ [أنا] (7) أيضًا ، فلا يُقْبل منه ويلزمه قصاصُ اليسار ؛ لأن الدهشة لا تليق به مع إقدامه على قطع منظور .

(الثاني) : أن يقول : ظننتُ أن اليسار تقع عن اليمين ، فالخلاف في سقوط حقّه عن اليمين كما سبق . والمنقولُ : أنْ لا قصاصَ في اليسار لِظَنِّه ، ويحتمل الإيجاب كما إذا قَتَل الممسكَ لأبيه(8) وقال : ظننتُ أنّ القصاص يجب على الممسِك ، فإنَّ الظاهرَ وجوبُ القصاص ؛ لِبُعْدِ ظنِّه .

(الثالث) : أن يقول : ظننتُ أنّ المخْرَج هو اليمين ، فلا يسقط حقُّه عن القصاص (9) ، وفي وجوب القصاص عليه في اليسار قولان كما لو (10) قتل شخصًا ظنّه قاتلَ أبيه .

(الرابع) : أن يقول : قصدت قَطْعَ يساره عدوانًا ، فعليه قصاص اليسار وبقي حقُّه في اليمين .

---

(1) في (أ) ، (ب) : « يبقي » .
(2) في (أ) ، (ب) : « يقول » .
(3) في (أ) ، (ب) : « لا تقطع باليمنى » .
(4) في (أ) ، (ب) : « من » .
(5) في (أ) ، (ب) : « فلم أَدْرِ ما فعلتُ » .
(6) في (أ) ، (ب) « في اليسار » .
(7) زيادة من (أ) ، (ب) .
(8) يعني إذا اشترك اثنان في قتل والده ، أحدهما قاتل بالمباشرة ، والثاني ممسك ، فَقَتَل الابنُ هذا الممسكَ .
(9) في (أ) ، (ب) : « عن قصاص اليمين » .
(10) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

الحالة الثالثة : لِلْمُخْرِجِ أنْ يقول : قصدتُ بإخراج اليسار إيقاعه عن اليمين ، فللقاطع ثلاثةُ تأويلات :

(الأول) : أن يقول : ظننتُ الإباحةَ ؛ فلا قصاص ؛ لأن قرينة الإخراج أكدت [١] الظنَّ ، وحقُّه في اليمين باقٍ .

(الثاني) : أن يقول : ظننت أنّ اليسار تجزىء عن اليمين ، ففي سقوط حقه عن اليمين الخلافُ السابقُ ، ولا قصاصَ في اليسار لتطابُقِ الفعلين والظَّنّيْنِ ونزولِهما منزلةَ معاملةٍ فاسدة ، وقال ابن الوكيل : يجب القصاص في اليسار ، وهو بعيد .

(الثالث) : أن يقول : ظننت [أنّ] [٢] المخرج يمينٌ ، قطع العراقيون بنَفْي القصاص ؛ لانضمامِ التسليط إليه ، وذكروا في الضمان وجهين ، والأظهر الوجوبُ ؛ لأنه لم يسلط مطلقًا بل ببدل لم [٣] يسلم [له] [٤] .

هذا كلُّه في القصاص ، فإنْ جرى في السرقة وفُرِض دهشةٌ أو ظَنٌّ : وقع الحدُّ موقعه ، نصَّ عليه ؛ لأنّ الحدّ على المساهلة ؛ والمقصودُ النكالُ وقد حصل ؛ فَيَبْعُد أنْ تُقْطع يمينه بعد ذلك ، (٥ وقيل بتخرُّجِ وجوب القصاص ٥) .

فرع : إذا قضينا ببقاء القصاص في اليمين ، فأراد أنْ يقطعه عقيبه مُتوَاليا بين الجراحتين ، فالنصُّ مَنْعُه ، بخلاف ما إذا قطع يديه ورجليه متفرقةً ، فأراد القصاصَ متواليًا ؛ لأنّ أَلَمَ الولاء مُتَوَلِّدٌ من الحقِّ ، وهاهنا متولد من جنايتين : (٦ إحداهما حقٌّ ، والأخرى عدوانٌ ٦) .

* * *

(١) في الأصل ونسخه (أ) : « أكّد » .
(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٣) كلمة : « لم » ليست في (أ) ، (ب) .
(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٥) في (أ) ، (ب) : « وقيل بتخريجه على وجوب القصاص » .
(٦) في الأصل : « أحدهما حق ، والآخر عدوان » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

الباب الثانى

في حكم العفو

والنظر في طرفين :

الأول : في حكم العفو ، وهو مبنيٌّ على أنّ موجب العمد المحض القَوَد المحض والدية ، أحدُهما لا بعينه على سبيل التوازي ؟ أو هو القود المحض وإنما الديةُ تجب عند سقوط القود ؟ فيه قولان ، تَوْجيهُهُما مذكور في الخلاف (١) .

فإذا قلنا : الدية موازية للقصاص لا مُعاقبة له ، فهل القصاصُ أصل (٢ والدية تابع ؟ أو هما ٢) متوازيان من كل وجه ؟ فيه تردد ، ويَظهر أثره في صيغ العفو – وهي أربعة – تفريعا على أنّ الواجبَ أحدُهما لابعينه :

---

(١) والأظهر عند الأكثرين أنه القود المحض ، وإنما الدية بدل منه عند سقوطه . انظر الروضة (٩/٢٣٩) .

قال الحموي : « قوله في الباب الثاني في حكم العفو : (والنظر في طرفين : الأول : في حكم العفو وهو مبنيٌّ على أن موجب العمد : القَوَدُ المحض أو الدية ، أو أحدها لا بعينه على سبيل التوازي ، أو هو القود المحض ، وإنما الدية تجب عند سقوط القود ؟ فيه قولان توجيههما مذكور في الخلاف) .

قلت : ذكر الشيخ أن موجب العمد المحضِ القودُ أو الدية أو أحدهما لا بعينه ، وإذا كان كذلك فأقول : أما قوله : (القود) فهو كذلك ، وأما قوله : (أحدهما لا بعينه) فهو كذلك ؛ فإن للشافعي (رضي اللّه عنه) قولين فيهما ، وأما قوله : (أو الدية) فلا حاجة إليه ، فإن أحدًا من أصحابنا لم يقل : إن الواجب عينُ المال ، ولا أحدٌ من العلماء ، فكيف يقول : (أو الدية) ؟ ثم إنه ذكر ما يخالف هذا ، فإنه ذكر ثلاثة أشياء ثم قال : (وفيه قولان) وكان ينبغي أن يقول : ثلاثة أقوال ، كما لا يخفى .

قلت : وإن كان ظاهر كلامه يدل على هذا ، إلا أنه ذكر بعده ما يدل على أنه أراد بالمال لا على سبيل الاستقلال بل بطريق البدلية فقال : (التفريع على قولنا الواجب القود المحض : أنه لو عفا على مالٍ ثَبَتَ ، ويكون بدلًا عند عدم القود ، وكذلك لو تعذر القودُ بموت من عليه القصاص رجعنا إلى الدية . ولو عفا مطلقًا فقولان ... إلى آخره) وإذا كان كذلك صح ما ذكره الشيخ واتجه قوله : (فيه قولان) ؛ لأنه إذا كان المال بطريق البدل لم يبق إشكال » . إشكالات الوسيط (ق ١٦٩ / ب ، ١٧٠ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « والدية تبع ؟ أم هما » .

الأولى :أن يقول : عفوتُ عن القصاص والدية جميعًا ؛ فيسقطان . فلو قال : عفوتُ عن القصاص ، لم يَبْقَ إلا الدية . فإن قال : عفوتُ عن الدية فله القصاص ، وهل له مرجعٌ إلى الدية ؟ فيه ثلاثة أوجه

أحدها : لا ؛ لإسقاطه .

والثاني : نعم ؛ لأن القصاص لا يَعْرَى عن إمكان رجوعه إلى الدية ، فعلى هذا ، لا أثر للعفو عن الدية .

والثالث : في أن تأثيره في أن يجعل القود المحض واجبًا ، فيكون حكمه حكمَ التفريع على القول الآخر في الرجوع عن [1] الدية .

فإنْ قلنا : لا يَرجْع إلى المال استقلالًا ، فهل لهما [2] المصالحة على المال ؟ فيه وجهان [3] :

أحدهما : لا ، كحدِّ القذف .

والثاني : نعم ؛ لأنّ الدم مُقَوَّم شرعًا كالبضع .

ولو جرى مع أجنبي فوجهان مرتبان وأولى بالمنع ، ووجه التجويز [4] : تشبيههُ باختلاع الأجنبيِّ زوجةَ الغير . وهذا الخلافُ جارٍ حيث يتعرَّى [5] القصاصُ عن الدية . ويمكن ذلك بأن يقطع يديه فَيَسْري [6] إلى الروح ، فإذا قطع يديه قصاصًا ، فليس له إلا حَزُّ الرقبة . فلو عفا فلامالَ ؛ لأنه استوفى يدين يوازيان الدية [7] .

الثانية : إذا قال : عفوتُ على أن لامالَ ، فوجهان :

أحدهما : أنه يسقط كلاهما كما لو عفا عنهما .

والثاني : لا ؛ لأنه شرط نَفْيَ المال في العفو عن القود ، والعفْوُ المطلق – على هذا القول –

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إلى » .
(٢) في (أ) ، (ب) ، « لهم » .
(٣) في الأصل : « وجهان » كلمة (فيه) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٤) في الأصل : « وجه التجويز » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .
(٥) في (أ) ، (ب) : « يَعْرى » .
(٦) في الأصل : « فَسَرَى » والمثبت من (أ) ، (ب) .
(٧) في الأصل : « يتوازيان الدية » والمثبت من (أ) ، (ب) .

موجبٌ للمال ؛ فلا ينتفي بشرط النَّفْي [١] .

الثالثة : أنْ يقول : عفوتُ عنك ، ولم يتعرض لديةٍ ولا قود ، فإنْ / قلنا : الواجبُ القود ٢٣٧/ب المحض ، سقط القصاص [٢] ، ويكون كالعفو المطلق . وإن قلنا : الواجب أحدُهما ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يسقط القود ؛ لأنّ لَفْظَ العفو يليق به .

والثاني : أنّه مجمل [٣] ويُرَاجَع ، فإن نوى شيئًا اتبع . وإن قال : لم يكن لي نية ، قيل له : أنشىء الآن نيةً . وفيه وجه ثالث : أنه إنْ لم يكن له نيةٌ انصرف إلى القصاص ، وإنْ نوى الدية انصرف إليها .

الرابعة : إذا قال : اخترت الدية ، سقط القود [٤] ، وإن قال : اخترتُ القود المحض فهل يُجْعَل كإسقاط الدية ؟ فيه وجهان ، وَجْهُ قولنا : لا يسقط ، أنه يُحْمل على التهديد [٥] والوعيد ، فله أَنْ يُحْسن بالعفو .

التفريع على قولنا : إن الواجب القودُ المحض ، أنّه لو عفا على مال : ثَبَتَ ، ويكون بدلا عند عدم القود ، وكذلك لو تعذَّرَ القودُ بموت مَنْ عليه القصاصُ رَجَعْنا إلى الدية ، وإن عفا مطلقًا فقولان :

أحدهما : أنْ لامَالَ ؛ لأنه لاواجبَ إلا القودُ وقد أَسْقَطَه .

والثاني : أنه يثبت ؛ لأن الدية خلف القود عند سقوطه .

فرعان

الأول : المفلس المستحِقُّ للقود له الاستيفاء ، فإن عفا عن القودمع نَفْي المال ، فهل يُنَزّل منزلةَ المطلق ؟ فيه وجهان ، منشؤهما : أنه دفع لسبب الوجوب ، كما إذا رَدّ هبةً أو وصيةً ، أو دفعَ الوجوب بعد جَرَيان سببه .

وفي المبَذِّر طريقان ، منهم مَنْ ألحقه بالمفلس . ومنهم مَنْ قال : هو - في استيفاء القصاص وإسقاطِه - كالبالغ ، ولكن في دفع الدية كالصّبيّ .

---

(١) في الأصل : « نَفْي » والمثبت من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « يسقط القصاص » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « أنه محتمل » . (٤) في (ب) : « يسقط القود » .
(٥) في الأصل : « التهدد » والمثبت من (أ) ، (ب) .

الفرع الثاني [١] : لو صالح عن القصاص على مائتين من الإبل : بَطَل على قولنا : [إن] [٢] الواجبَ أحدُهما ؛ لأنه زيادةٌ على الواجب . وعلى [القول] [٣] الآخر فيه وجهان ، وجه المنع : أن الدية لها تَعَلُّقٌ بالقود بكل حال فلا مَزيدَ عليها .

* * *

(١) كلمة : « الفرع » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

الطرف الثاني

في العفو الصحيح والفاسد

وأحوالُ العفو سبعةٌ :

الأولى : [أنه] (١) إذا أذن له في القطع سقط القصاص . وإن سرى إلى النفس سقط أرشُ الطرف (٢) ، وفي دية النفس إذا سرى - أو قال : اقتلني - قولان ينبنيان على أنّ الدية تثبت للوارث ابتداءً ، أو تَلَقِّيًا من الميت ؟ والأصح : أنه تَلَقٍّ (٣) ، فسقط بعفوه كلُّ الدية وإن لم يكن له مالٌ سواه فإنه دفع الوجوب (٤) فلايحسب من الثلث . وفي سقوط الكفارة وجهان ، أصحهما : اللزوم ؛ للجناية على حقّ الله تعالى . وخرَّج ابن سريج أنّ حقَّ الله تعالى يتبع حق الآدمي كما في القتل قصاصًا .

الثانية : العفْوُ بعد القطع وقبل السرية ، بأن يقول : عفوتُ عن القطع أرشًا وقَوَدًا ، فإذا سرى إلى ما وراءه مع بقاء النفس ، فالسرايةُ مضمونةٌ ؛ لأنه لم يَعْفُ عن المستقبل وقد تولَّدَ عن فعلٍ كان مضمونًا . وفيه وجه : أن العفو الطارىء كالإذن المقارِن .

ولو قال : عفوتُ عما سيجب ، فهو إبراء عما لم يَجِبْ وجَرَى سببُ وجوبِه ، وفيه قولان .

الثالثة : العفوين القطع والموت ، بأن قال : عفوتُ عما سبق أرْشًا وقودًا ، فلا قصاص في النفس ؛ لِتولُّدِه عن مَعْفُوٍّ عنه وعن ابن سُرَيْج وجه : أنه يجب ؛ لأن الفعل كان عدوانًا ولم يَعْفُ عن النفس .

وأما الدية ، فتخرَّج على الوصية للقاتل ، فإن منعناها لم تسقط ، وإن جوَّزْناها سقط مايقابل القطع السابق ويبقى الآخر إلا إذ صرَّح بالعفو عما سيجب ؛ فَيُخَرَّج على القولين إلا إذا كان قد قطع كلتا اليدين ، فإنّ العفو عنه [عفوٌ] (٥) عن كمال الدية فلا يبقى واجبٌ .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (ب) : « الجناية » .

(٣) في لأصل : « تَلَقِّي » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « دفع للوجوب » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

ولو أوصى للجاني بالأرش بدل العفو لم يُخرج [هذا] (1) على الإبراء عما سيجب ؛ لأن هذه وصية يمكن الرجوعُ عنها وليس بإبراء مُنَجَّز ، والوصيةُ بما سيجب : تجوز ، ونصوصُ الشافعي (رضي الله عنه) هاهنا تدلُّ على منْع الوصية للقاتل ، فإنه قال : لو كان القاتلُ عبدًا صَحَّ العَفْوُ ؛ لأنّ أثره يرجع إلى السيد الذي ليس بقاتل . وقال : لو كان الجاني مخطئًا صَحَّ العفْوُ ؛ لأن الفائدة للعاقلة لا للقاتل ، ولو كان العاقلة مُنْكِرًا أو مخالفًا في الدين ، فإنّ(2) العفْوَ باطلٌ ؛ لأنه عَفْوٌ عن القاتل [فهو وصية له] (3) . وقال الأصحاب : إذا قال للخاطىء : عفوتُ عنك - وقلنا : الوجوبُ لا يلاقيه ، فهو لغوٌ . وإن قلنا : يلاقيه ، لغا أيضًا على أحد الوجهين ؛ لأنّ ملاقاته له تقدير (4) مختطف [لا قرار له] (5) .

الرابعة : إذا عفا بعد قَطْع الطرف على مال ، فقد ذكرناه في القصاص إن سرى ، فلو حَزَّ رقبته ، هل يكون كسراية قطعه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ فإن الجاني واحد ، فيتَّحد الحكمُ كما تتحد الدية .

والثاني : لا ؛ لأنّ سقوط القصاص كالمتولِّد (6) عن مَعْفُوٍّ عنه .

الخامسة / : عَفْو الوارث بعد موت القتيل صحيحٌ ، فإن استحقّ القصاص في الطرف ٢٣٨/أ
والنفس فعفا عن أحدهما لم يَسْقط الآخر . وقيل : إن عفا عن النفس ، فقد التزم بقاء الأطراف ؛ فيسقط قصاصُ الطرف [والنفس] (7) . (8) وإن كانت النفس مستحقة (8) بقطعِ الطرفِ ، فعفا عن الطرف ، ففي جواز حَزّ الرقبة وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنّه عفا عن الطرف .

---

(1) زيادة من (أ) .
(2) في (أ) ، (ب) : « قال » .
(3) زيادة من (أ) ، (ب) .
(4) في (أ) ، (ب) : « تقديرًا » .
(5) زيادة من (أ) ، (ب) .
(6) في الأصل : « كالتولد » والمثبت من (أ) ، (ب) .
(7) زيادة من (أ) ، (ب) .
(8) في الأصل : « وإن كان النفس مستحقًا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

والثاني : نعم ؛ إذْ كان له أنْ يقطع الطرف ثم يَحُزّ الرقبة . ولا يبعد أن ينفصل الطرف [١] عن الغاية ؛ إذ لو قطع طرفَ عبدٍ فعتق ومات ، فللسيد قَطْعُ يده ؛ وللولد [٢] حزُّ رقبته ، وعَفْوُ أحدِهما لايُسْقط حقَّ الآخر .

السادسة : العفو بعد مباشرة سبب الاستيفاء ، كما إذا قطع يَدَ مَنْ عليه القصاص ، ثم عفا عن النفس ، فإن اندملَ القطع صَحَّ العفو ، ولا ضمان عليه خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) . وإذا سرى بَانَ أنّ العفَو باطلٌ ، وكذلك إذا رمى إليه ، ثم عفا قبل الإصابة ، فإنْ أصاب بَانَ بطلانُ العفو ، وهو الأصحّ [٣] .

السابعة : إذا تنحّى الوكيلُ إلى عرصة الموقف ليستقيد ، فعفا الموكِّلُ ، فحزَّ الوكيلُ رقبته غافلًا : فلا قصاص عليه ، وفي الدية والكفارة ثلاثةُ أقوال ، في الثالث : تجب الكفارةُ دون الدية . وَوَجْهُ إسقاط الدية : أنه معذورٌ كما في السهم الغرِب . ووجْهُ إيجابه : أنه [٤] فيه نوعُ تقصير ؛ إذ كان ينبغي أن يُجَدّد الاستئذان عند الحزِّ . ووجْهُ دفع الكفارة : إسقاطُ أثر العفو في حقه ؛ لأنه لم يبلغْه . ومع هذا ، فلا خلافَ في أن القتل لم يقع قصاصًا ؛ (٥ فيثبت للعافي الدية في تركة القتيل ٥) وفيه وجه : أنَّا إنْ أهدرنا دية القتيل [٦] ، فلا نُوجب للعافي شيئًا في تركته .

وإنْ فرّعنا على أنَّ دم القتيل لايُهدر ، فالديةُ على الوكيل ، أو على عاقلته ؟ فيه قولان يجريان [٧] في كل خطأ لايتعلّق بالفعل ونفس القتيل .

فإذا أوجبناه ، ففي الرجوع على العافي طريقان ، منهم مَنْ نزَّله منزلة المعذور ، ومنهم مَنْ قال : هو مُحْسِنٌ بالعفْو فلاشيء عليه .

فرع : لو اشترى المجني عليه العبدَ الجانيَ بالأرش المتعلِّق برقبته : صَحّ ؛ كشراء المرتهن

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الطريق » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وللوارث » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « على الأصح » . (٤) في (ب) : « أنّ » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « فَيَثْبت للعافي في تركة القتيل القاتل : الديةُ » .
(٦) في (أ) ، (ب) : « القاتل » .
(٧) في الأصل : « يجري » والمثبت من (أ) ، (ب) .

بالدَّيْن ، فإن هذا الدَّيْنَ - وإن لم يكن على السيد - فهو مُتعلِّق بماله .

وإن كان الأرش إبلًا ، ففي الشراء وجهان ؛ لما فيه من الجهالة ، ووجه الصحة : أن المقصودَ الإسقاطُ دون الاستيفاء ؛ فَيُسَامَح في الجهالة .

فلو وجد بالعبد عيبًا ، فله الردُّ وإن كان لا يَسْتفيد بردِّه أمرًا زائدًا ؛ إذ لا يتجدَّد له على السيد طَلَبه [واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلم] (١) .

* * *

(١) زيادة من (ب) .

كِتَابُ الدِّيَاتِ

والنظر في : الواجب ، والموجِب ، ومَنْ عليه ، وفي دية الجنين .

القسم الأول :

في الواجب

والنظر في : النفس ، والطرف . وفيه بابان :

الباب الأول
في النفس

والأصل (١) في الحرّ المسلم مائةٌ من الإبل [والأصل فيه قوله ﷺ : « في النفس المؤمنة مائة من الإبل »] (٢) مُخَمَّسة : عشرون منها بنت مخاض (٣) ، وعشرون بنت لبون (٤) ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون حِقّة (٥) ، وعشرون جَذَعة (٦) .

ثم تتغير في أربع (٧) مغلّظات وأربع منقصات .

أما المغلظات الأربع فهو : الحرَم ، والأشهر الحرُم ، والرّحِم ، والعَمْدِيَّة .

أما الحرم ، فالقتلُ في مكة وسائرِ الحرم يُوجب التغليظَ على الخاطىء ، وكذا (٨) لو رَمَى من الحرم إلى الحِلّ ، أو من الحِلّ إلى الحرم كما في الصيد . وفي حرم المدينة خلافٌ ، والإحرام لا يَلْتحق به .

---

(١) في (أ) : « والواجب » .

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) ، (ب) . وهذا الحديث رواه أبو داود في سننه (٦٨٢/٤) (٣٣) كتاب « الديات » (١٩) باب في « دية الخطأ شبه العمد » حديث (٤٥٤٧) بإسناده عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ خطب يوم الفتح بمكة فكبّر ثلاثًا ... ثم قال : « ألا إنَّ ديةَ الخطأ شِبْهَ العمد – ما كان بالسوط والعصا – مائة من الإبل ، منها أربعون في بطونها أولادُها » . ورواه النسائي (٤٠/٨) باب « القسامة » باب « كم دية شبه العمد ؟ » . ورواه ابن ماجه في سننه (٨٧٧/٢) حديث (٢٦٢٧) جميعًا من طريق حماد بن زيد عن خالد الحذاء عن القاسم بن ربيعة عن عقبة بن أوس عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بنات مخاض » . وابن مخاض هو ولد الناقة يبلغ سنة ويأخذ في السنة الثانية . ويقال للأنثى : بنت مخاض ، والجمع : بنات مخاض . انظر المصباح المنير (٨٧٢/٢) . المطلع على أبواب المقنع ص (١٢٣) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بنات لبون » . وولد اللبون : هو ولد الناقة يدخل في السنة الثالثة ، ويقال للأنثى : بنت لبون ، والجمع : بنات لبون . انظر المصباح المنير (٨٤٤/٢) . مادة (ل ب ن) . المطلع ص (١٢٤) .

(٥) الحِقّة : الناقة تبلغ ثلاث سنوات وتدخل في الرابعة ، وسُميت كذلك؛ لأنها استحقت أن تُرْكب ويُحْمَل عليها . انظر المطلع ص (١٢٤) .

(٦) الجذَعَة : الناقة تكمل خمس سنوات وتدخل في السادسة . انظر المطلع ص (١٢٤) .

(٧) في (أ) : « بأربع » . (٨) في (أ) ، (ب) : « وكذلك » .

وأما الأشهر الحرم فأربعة ، ثلاثة منهن سَرْد : ذو القعدة ، وذو الحجة ، والمحرم . وواحدٌ فَرْدٌ ، وهو رجب .

وأما الرحم ، فما يوجب المحرمية دون ماعداها من القربات [١] .

واعتمد الشافعي (رضي الله عنه) في التغليظ بهذه الأسباب الثلاثةِ آثارَ الصحابة (رضي الله عنهم) خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) .

وأما العمدية - وكونُه شِبْهَ العمد - فقد ذكرناه . ونذكر الآن ثلاث صور :

إحداها : أن من قتل شخصًا في دار الكفر علي زِيِّ الكفار ، فإذا هو مسلم ، ففي الدية قولان [٢] ، فإن أوجبناها [٣] ففي الضرب على العاقلة قولان ، وهو تردُّ في أنه يُجْعَل عمدًا أو شِبْهَ عَمْد ؟ . وفيه وجه : أنه يُلْحق بالخطأ المحض فيخفف [٤] على العاقلة .

الثانية : إذا رَمى إلى مرتد ، فأسلم قبل الإصابة ، وهي معنى الصورة السابقة ، وأولى بأن يُلْحق بالخطأ .

الثالثة : إذا رمى إلى جرثومة ظَنَّها شجرةً ، فإذا هي [٥] إنسان ، فالصحيح : أنه خطأ محض كما لو سقط / من سطح ، أو مرق السهم من صيد إلى إنسان ، أو قصد شخصًا فأصاب غيره . ويُحْتمل من مسألة الحربيّ أن يقال : ظنُّ كونِه شجرًا كظنٍّ كونه حربيًّا هدرًا [٦] وقد قصده في عينه . ٢٣٨/ب

فإن قيل : ما معنى التخفيف والتغليظ ؟ ، قلنا : المائة من الإبل تَتَخفَّف في الخطأ المحض من ثلاثة أوجه : الضَّرْبُ على العاقلة ، والتأجيل بثلاث سنين ، ووجوبُها مُخمَّسة . وفي العمد المحض [٧] تتغلّظ بتخصيصه بالجاني ، وبتعجيله عليه [٧] ، وتبديل التخميس بالتثليث ، وهو أن

(١) في (أ) ، (ب) : « القرابات » .

(٢) والأظهر من القولين أنه لا دية عليه . انظر الروضة (٢٥٦/٩) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فإن أوجبنا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ليخفف » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فإذا هو » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « مهدر » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « تغلظ بتخصيصها بالجاني وبتعجيلها عليه » .

يجب ثلاثون حِقّة ، وثلاثون جَذَعة ، وأربعون خَلِفَة في بطونها أولادُها . وهذه النسبة مَرْعيةٌ ، حتى تجب في أرش جناية الموضحة خلفتان ، وجذعة ونصف ، وحقة ونصف . وكذا في سائر الجراحات .

وأما شبه العمد فتتخفَّف من وجهين : الضرب على العاقلة ، والتأجيل ثلاث سنين ، وتُغَلَّظ من وجه : وهو التثليث ؛ لقوله عليه السلام : « أَلَا إنَّ قتيل العمد الخطأ - قتيل السوط والعصا - فيه مائةٌ من الإبل (١ ، أربعون منها ١) خلفة في بطونها أولادها » (٢) .

ولا يتضاعف التغليظ بتضاعفِ الأسباب ، فيجب على العامد في الحرم في الأشهر الحرم بقتل ذي الرحم ما يجب على العامد دون هذه المغلظات .

فإن قيل : (٣ فما صفة الإبل ، وصنفُه ، وبدلهُ عند فَقْدِه ٣) ؟ ، قلنا : أما الصفة فما ذكرناه مع السلامة عن العيوب (٤) المثبتة للردّ بالعيب . أما الخلفة فلا تكون إلا ثَنِيَّة (٥) ، فإن حملت ما دونها (٦) - على الندور - ففي إجزائها وجهان (٧) ؛ لأنه قد يُظَنّ الإجهاض بها (٨) .

ومهما تنازعا في وجود الحمل ، حُكِمَ في الحال (٩) بقولِ عدلين من أهل البصيرة ، فلو اختلف (١٠) قولهما استدرك ، فلو رَدَّ وليُّ الدم وقال : ليس (١١) حاملًا ، فالقولُ قوله ، إلا إذا ادّعى الجاني الإجهاضَ في يده وكان قد أخذه (١٢) بقول عدلين لا بقول الجاني ، ففيه وجهان :

أحدهما : (١٣ أنّ المصيب هو الجاني ؛ لموافقته قولَ العدلين ١٣) .

---

(١) في (أ) (ب) : « منها أربعون » .
(٢) سبق تخريجه قريبًا .
(٣) في (أ) ، (ب) : « وما صفة الإبل ، وصنفها ، وبدلها عند فَقْدها ؟ » .
(٤) في (أ) : « من العيوب » .
(٥) الثَّنِيّة : الناقة تدخل في السنة السادسة . ويقال للذكر : ثَنِيّ . انظر المصباح (١٣٥/١) .
(٦) في (أ) ، (ب) : « فيما دونها » .
(٧) والأصح إجزاؤها . انظر الروضة (٢٦٠/٩) .
(٨) في (أ) : « لها » .
(٩) في (أ) ، (ب) : « في الحمل »
(١٠) في (أ) ، (ب) : « فإن اختلف » .
(١١) في (أ) ، (ب) : « ليست » .
(١٢) في (أ) : « أخذها » .
(١٣) في (أ) ، (ب) : « أن المصدّق هو الجاني ؛ لموافقة قولِ عدلين » .

والثاني : هو الوليّ ؛ لأنَّ العدل لم يحكم إلا بالتخمين ، فيصلح تخمينه لتأخير حقّه لا لإسقاطِه .

أما صنفُه [١] ، فهو غالبُ إبل البلد ، فإن لم يكن في البلد [إبل] [٢] فأقربُ البُلْدانِ إليه ، [٣] فإن كان إبل مَنْ عليه مخالفًا لإبل البلد [٣] فهل تتعيّن ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ كقوتِ مَنْ عليه [زكاة] [٤] الفطر في أحد القولين .

والثاني : لا ؛ لأنه شكرٌ على النعمة ، فيكون من جنسها ، وهذا أرشُ الجناية فلا يناسب اعتبار ملكه .

فإن اعتبرناها ، فكانت مريضةً أو معيبةً فهي كالمعدومة . وإن كانا جنسين [مختلفين] [٥] متساويين فالخِيَرَةُ إلى المعطي .

[٦] وأما بدله عند العجز فقيمته [٦] في محل العبرة مغلظةً كانت أو مخففةً . ونَصَّ في القديم على أنه يرجع إلى ألف دينار ، أو إلى اثني عشر ألف درهم من النُّقْرة الخالصة . وقيل : إن معنى القديم التخيير بين الخصال الثلاث ، وهو ضعيف ؛ لأن أثر التغليظ يسقط به . وقيل : يُزَاد الثلث [٧] بسبب التغليظ فيجعل ستة عشر ألفًا ؛ تقليدًا لأثر ابن عباس (رضي الله عنه) ، وهو بعيد [٨] .

هذا بيان المغلّظات ، وأما المنقصات فهي أربع :

الأولي : الأنوثة ، فإنها تردّ كلَّ واجبٍ إلى الشطر ، ثم تُرْعى النسبة في التغليظ والتخفيف ، فيجب عشرون خَلِفة ، وخمس عشرة حِقَّةً ، وخمس عشرة جَذَعة ، وعلى [هذا] [٩] الحسابُ في الأطراف .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أما صنفها » .
(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٣) في (أ) ، (ب) : « فإن كانت إبل مَنْ عليه مخالفةً لإبل الدية » .
(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) في (أ) ، (ب) : « أما بدلها – عند العجز – فقيمتها » .
(٧) في (أ) : « البدل » .
(٨) في (أ) ، (ب) : « وهذا بعيد » .
(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

الثانية : الرق ، وواجبُ الرقيقِ قيمتُه بالغةً ما بَلَغَتْ وإن زادت على دية الحرّ ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) فإنه حطَّ عن ديته بقدر نصاب السرقة .

الثالثة : الاجتنان في البطن ، إذْ واجبُ الجنين الغرة ، (1)ولا يتغلظ فيه ، وسيأتي (1) .

الرابعة : الكفر ، ودية اليهودي والنصراني ثلثُ دية المسلم ، وديةُ المجوسي ثمانمائة درهم ، ولا يَظْهر فيه التغليظ ، إلا أن يُجْعل هذا معيارًا للنسبة فينسب إلى اثني عشر ألف درهم ، ويقال : هو خمس دية المسلم .

هذا في أهل الذمة وأهلِ العقد والمستأمنين من هؤلاء .

أما الزنادقة وعبدةُ الأوثان فلا دية لهم ولا ذمة لهم [2] . ولو دخل واحدٌ منهم دارنا رسولًا مستأمنا : فإن كان وثنيًا أُثبت له أخسُّ الديات وهي [3] دية المجوسي ؛ لأنه الأقل تحقيقًا للعصمة لأجل الحاجة إلى الأمان ، وإن كان مرتدًا فلا دية في قتله ولكنا نمتنع عن [4] قتْلِه في الحال ، مصلحةً كالنساء والذراري .

والزنديقُ الذي وُلِدَ كذلك مترددٌ بين الوثني والمرتد .

هذا كله فيمن بلغتْهم الدعوةُ . وأما مَنْ لم تبلغهم دعوتنا ، قال القفال : يجب القصاص على المسلم بقتلهم / لأنهم على الحقّ . ومنهم من قال : لا كفاءة بين الدينين وإن كانا حَقَّيْنْ ؛ لأنه ٢٣٩/أ
بقي خطأً [5] باعتبار جهله ، وهو الآن باطلٌ في نفسه فلا قصاصَ ، ولكن [6] تجب دية المسلم . ومنهم من قال : بل تجب دية أهل دينه إن كان يهوديًا أو مجوسيًا ؛ لأن منصب دينهم لا يَقْتضي إلا هذا القدر .

وإن لم تبلغهم أصلًا دعوةُ نبيٍّ ، قال القفال [7] : وجب القصاصُ ؛ لأنهم أهل الجنة . وقال غيره : لا لعدمِ [8] أصلِ الدين ، ولكن في الدية وجهان :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ولا تغليظ فيه على ما سيأتي » .

(٢) في (أ) : « ولا ذمة » بدون كلمة (لهم) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وهو » .

(٤) في (أ) : « من » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « حقًا » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولكنه » .

(٧) في (أ) : « فقال القفال » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « لعدمهم » .

أحدهما : دية المسلم [1].

والثاني [2] : أخسُّ الديات .

وإن كانوا متعلِّقين بدين مُحَرَّفٍ - كدين موسى (عليه السلام) بعد التحريف - فلا قصاص ، ويُحْتمل إسقاط الضمان لعدم الذمة وعدم الدين الصحيح ، ويكون انكفافُنا عنهم كانكفافنا عن النساء .

وأما الصابئون من النصارى والسامرةُ من اليهود إن كانوا معطلة دينهم [3] فلا حُرْمَةَ لهم ، وإن كانوا من أهل الفرق فلهم حكم دينهم .

وأما مَنْ أسلم ولم يهاجر ، فهو كالذي هاجر في القود والدية ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا عصمةَ إلا بالهجرة إلى دار الإسلام [4] .

* * *

---

(١) في (أ) : « دية مسلم » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « والآخر » .

(٣) أي إن كانوا كفارًا بدينهم .

(٤) انظر إيثار الإنصاف ص (٢٤٤) .

الباب الثاني

فيما دون النفس

[1]وهذه الجناية إمّا جرح يَشُق [1] أو قَطْعٌ مُبين ، أو ضَرْبٌ يُبْطِل منفعةً .

النوع الأول : في الجرح . وذلك إما على الوجه والرأس ، أو على [2] سائر البدن .

أما الرأس ، ففي الموضحةِ خمسٌ من الإبل ، وهي كل ما تُوضِح العظم ، فإن صارت هاشمةً [3] فعشرُ [4] من الإبل ، فإن صارت مُنَقِّلَةً فخمسَ عشرة [4] ، فإن صارت مأمومةً [5] فثلثُ الدية .

أما الدامغة المذفّفة ففيها كمالُ الدية . وفي الهاشمة – من غير إيضاح – خمسٌ من الإبل ، وقيل : حكومة [6] ؛ لأن العشر في مقابلة الموضحة الهاشمة . ولو أوضح واحدٌ وهَشَم آخرُ ،

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وهو إما جرح يشق » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وإما على » .

(٣) الهَشْم : كَسْرُ الشيء اليابس والأجوف ، وهو مصدر ، ومنه « الهاشمة » وهي الشجة التي تهشم العظم . انظر المصباح المنير (٩٨٨/٢) . طلبة الطلبة ص (٣٣٥) .

(٤) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) . والمنَقِّلة : يقال : نَقَلْتُه نَقْلا : أي حولتُه من موضع إلى موضع . وانتقل : تحوّل . والاسْمُ : النُّقْلَة . ونَقَّلْتُه – بالتشديد – مبالغة وتكثير . ومنه « المنَقِّلة » وهي الشجة التي تخرج منها العظام ، ويقال : المنقَّلة ، على صيغة اسم المفعول ، و « المنقِّلة » على صيغة اسم الفاعل ، ويُقْصد بها حينئذ الضَّرْبة نفسُها ؛ لأنها تكسر العظمَ وتُنَقِّله من مكان إلى مكان . انظر : المصباح المنير (٩٦٣/٢) . أنيس الفقهاء ص (٢٩٤) .

(٥) أَمَّه : شجَّه ، والاسم : آمّة ، على صيغة اسم الفاعل . وبعض العرب يقول : مأمومة ؛ لأن فيها معنى المفعولية فى الأصل .

انظر : المصباح المنير (٣٨/١) مادة (أ م م) . أنيس الفقهاء (٢٩٤) .

(٦) يقال : حكّمت الرجل : أي فوضتُ إليه الحكم . والمقصودُ بالحكومة هنا ما لم يُحَدّد له الشرعُ أرشًا مقدرًا ، بل تَرَك أمره للقاضي ، والقاعدةُ فيه : أن ما لا قصاصَ فيه من الجنايات – على ما دون النفس – وليس له أرش مُقَدّر : ففيه الحكومة ، وذلك ككسرِ كلّ عظم من البدن سوى السّنّ ، وثَدْي الرجل ، أو لسان الأخرس ، أو ذكر الخصيّ أو العِنّين .

=

ونَقّل ثالثٌ وأَمَّ رابعٌ : فعلى كل واحدٍ خمسٌ من الإبل ، إلا على الآمِّ فعليه التفاوتُ بين المنقِّلة وأرش المأمومة ، وهي ثمانية عشر بعيرًا وثُلث بعير [١] .

والتعويل - في هذه التقديرات - على النقل ، وقد نصَّ الشارع على بعضها ، وقِيسَ بها البعض . فإذا قلنا : في الموضحة خمسٌ من الإبل عنينا به نصفَ عُشْرِ الدية ، حتى ترعى هذه النسبة في المرأة والذمي والعبد .

وكل عظم على كرة الرأس فهو في محل الإيضاح وإن كان من الوجه ، كالجبهة والجبين والوجنة وقصبة الأنف واللحيين ومن جانب القفا إلى الرقبة [٢] . فأما العظمة الواصلة [٣] بين عمود الرقبة وكرة الرأس ، ففيه ترددٌ .

فإن تعددت الموضحة على الرأس تعدد الأرش ، فإن استوعب جميع الرأس بواحدة فالأرش واحدٌ . فاتحاد [٤] الموضحة بأن لايختلف المحلُّ والصورةُ والحكمُ والفعل .

أما الصورة فأنْ تقع على الموضعين [٥] . فإن [٦] رفع الحاجز اتحد الأرش ، وإن كان الرفع من غير الجاني لم يتحدْ . ولو كان الحاجز بين الموضحتين الجلد دون اللحم - أو اللحم دون الجلد - فأربعة أوجه :

أحدها : أنه يتعدد ؛ إذْ بقي حاجزٌ مّا [٧] .

والثاني : لا ؛ لأنه حصل نوعٌ من الاتحاد .

والثالث : اللحم حاجز دون الجلد ؛ لأنه المنطبق على العظم .

= ومن المتفق عليه أن ما قبل الموضحة - من الشجاج - ليس له أرش مقدر . وحكومة العدل تكون على الجاني ولا تتحملها العاقلة عنه . انظر المصباح المنير (٢٢٦/١) . أنيس الفقهاء ص (٢٩٥) . الفقه الإسلامي (٣٥٠/٦، ٣٥١) .

(١) كلمة (بعير) ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « والرقبة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فأما العظم الواصل » .

(٤) في (أ) : « واتحاد » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « موضعين » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(٧) في (أ) : « إذا بقي حاجز » بدون (ما) .

الرابع : الجلد حاجز (١) دون اللحم ؛ لأنه الساتر عن العين .

وأما تعدد المحل ، فبأنْ تخرج الموضحة الواحدة من الرأس إلى الجبهة ، أو من الجبهة إلى الوجه (٢) ، ففي تعدده (٣) وجهان [أحدهما : لا] (٤) لاختلافِ اسم المحل ، ولا تتعدد بشمولها القذالَ والهامة ؛ إذِ الكلُّ في حكم الرأس .

أما تعدد الفاعل بأن (٥) يُوسِع إنسانٌ موضحةَ غيرِه ، فعلى كل واحدٍ أرشٌ وإن كانت الموضحة واحدة (٦) ، فإن جاء هو ووسَّع موضحةَ نفسِه لم يَزِدِ الأرشُ على الصحيح .

أما تعدد الحكم ، فبأن يكون بعضُ الموضحة عمدًا ، وبعضها خطأً ، أو بعضها حقًّا قصاصًا والباقي عدوانًا ، فيتعدد الحكم اعتباراً لاختلاف الحكم باختلاف المحل . فإن قلنا بالاتحاد فيكفي أرش واحد في العمد والخطأ ، وفي الزيادة على الاقتصاص لابد من شيء لهذه الزيادة ، وهو أن يُوزّع الأرشُ على جملة الجراحة ويسقط ما يقابل الحق ويجب الباقي ؛ فإنَّ اندراجَ الدية تحت القصاص غيرُ ممكن .

أما المتلاحمة فواجبها حكومةٌ . وفيه وجه : أنه يُقدّر (٧) بالنسبة إلى الموضحة ، (٨ وذلك بتقدير سمك اللحم ٨) .

الموضع الثاني : الجراحات في سائر البدن . وفي جميعها الحكومة إلا الجائفة ، ففيها ثلثُ الدية ، وهي كل واصلة إلى جوف فيها (٩) قوة محله (١٠) ، كالبطن وداخل الصدر وإن لم تخرق الأمعاء والدماغَ / وإن لم تخرق الخريطة وكذا المثانة وداخل الشرج من جهة العِجَان (١١) ٢٣٩/ب

(١) في (أ) ، (ب) : « الحاجز » .
(٢) في (أ) : « الوجنة » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « ففي التعدد » .
(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٥) في (أ) : « فأن » .
(٦) كلمة (واحدة) ساقطة من (أ) .
(٧) في (أ) ، (ب) : « يتقدر » .
(٨) في (أ) ، (ب) : « وذلك يتقدر بسمك اللحم » .
(٩) في (أ) : « فيه » .
(١٠) في (أ) ، (ب) : « محيلة » .
(١١) العِجان : هو ما بين الخُصْية وحَلْقة الدبر . انظر المصباح المنير (٦٠٤/٢) . روضة الطالبين (٢٦٥/٩) .

فأما ما ينتهي إلى داخل الإحليل والفم والأنف والأجفان إلى بيضة العين [١] ، ففيه وجهان :

أحدهما : يتقدَّر ؛ لحصولِ اسم الجوف .

والثاني : لا ؛ لأن تقدير الجائفة لخطرها ، وهي جوف أُودِعَ فيه القوى المحيلة .

وداخل عظم الفخذ ليس بجوف وفاقًا .

وإن قلنا : لا يتقدر ، فلو كان [٢] على الوجه [٣] ونفذ في اللحم فأرشُ متلاحمةٍ [٣] وزيادةُ شيءٍ ؛ لصورة النفوذ . وإن نفذ في عظم الوجه [٤] فأرشُ مُنَقِّلةٍ وزيادةٌ .

فروع

الأول : لو ضرب بطنه بمشقص فجائفتان ، ولو ضربه بسنان فخرج [٥] من بطنه إلى ظهره فوجهان :

الصحيح : أنهما جائفتان كالمشقص .

والثاني : لا ؛ لاتحاد الخارج والفعل .

الثاني : لو التحمت الجائفة لم يسقط الأرش كالموضحة ، بخلاف عَوْد السِّنّ ، فإن التحام الموضحة لابد منه ، وكذا في كل جارحة [٦] لا تَسْري ، وفيه وجه قياسًا على السِّنّ ، ولا قائلَ به في الموضحة ، ويحتمل فيما إذا غرز إبرةً - فانضمَّ اللحم والتحم - أنْ نَقْضي بالسقوط .

الثالث : لو خاط الجائفة ، فجاء جانٍ [٧] وقطع الخيطَ : فعليه تعزيرٌ . فإن كان بعد الالتحام فأجاف في ذلك الموضع فعليه أرش كامل ، ولو لم يلتحم إلا الظاهر فليس عليه إلا حكومة . فلو أدّى فَتْقُه إلى انفتاق لحم تامٍ حتى يُجِيفَه فعليه أرش كامل .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الأذن » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فلو كانت » .

(٣) في (أ) : « ونفذ إلى الفم فيجب فيه أرشُ متلاحمةٍ » .

(٤) في (أ) : « الوجنة » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فنفذ » .

(٦) في (أ) : « جراحة » .

(٧) في الأصل : « جاني » .

فإنْ قيل : فما معنى (١) الحكومة ؟ قلنا : أنْ يُقَدّر المجني عليه عبدًا فَتُعْرف قيمتُه دون الجناية ، فإذا قيل : عشرة ، فَيُقَوّم مع الجناية ، فإذا قيل : تسعة ، فيقال : التفاوت العشر ، فيوجب بمثل (٢) نسبته من الدية ، وهذا بشرط أن لا تزيد حكومة جراح (٣) على مقدار الطرف المجروح ، فلا تزاد حكومة [جراحة] (٤) الأصبع على دية الأصبع ، ولا تزاد حكومة الكفّ والساعد وعظم العضد على دية الأصابع الخمس .

وهل تزاد حكومة كفٍّ على دية أصبع واحدة ؟ فيه وجهان .

فأما اليد الشلاء فيجوز أن نزيد حكومتها على أصبع ، ولا تزاد على يد صحيحة .

فروع ثلاثة في الحكومة

الأول : إنما تُقَدر الحكومة بعد اندمال الجراحة ، فلو لم يوجد تفاوت (٥) - بأن التحم الجرح (٦) ولم يَبْقَ شَيْنٌ - ففيه وجهان :

القياس : (٧ أن لا يجب شيء إلا تعزير كما في الضرب والصَّفْع ٧) .

والثاني : أن الجرح خطير ؛ فَتُقَدّر الجراحةُ داميةً ، وتُقَدر الحكومة في تلك الحالة حتى يظهر التفاوت .

فإن لم يكن مخوفًا ولم يظهر التفاوت اضطررنا إلى إلحاقه بالضرب .

الثاني : إن (٨) قطع أصبعًا زائدة - أو سنًّا شاغية (٩) ، أو أفسد المنبت من لحية المرأة - وزادت القيمة : فالقياس أنْ لا يجب شيء ، ومنهم من قال : تقدر اللحية في عبد في أوان التزين

(١) في (أ) : « ما معنى » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « مثل » .
(٣) في (أ) : « جراحة » .
(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٥) في الأصل : « تفاوتًا » .
(٦) في (أ) ، (ب) : « التحمت الجراحة » .
(٧) في (أ) : « أنه لا يجب إلا التعزير كالضرب والصفع » .
(٨) في (أ) : « لو » .
(٩) السن الشاغية : هي التي زادت على الأسنان ، وخالف منبتُها منبتَ غيرها ، ويقال للرجل - إذا كان كذلك -: أشغى ، وللمرأة : شغواء . انظر المصباح المنير (٤٨٤/١) .

باللحية ، (١ ونأخذ تفاوتًا ١) ، ونُوجِبُه بعد نقصان شيء منه ؛ لأنَّ إلحاق المرأة بالعبد ظُلْمٌ ، والإنصاف أن هذا التقدير في أصله ظلم ، فلا ينبغي أنْ يجب به (٢) إلا تعزيرٌ .

ولو قطع ذكر العبد أو أنثييه فزادت قيمته ، فالقياسُ ألا يجب شيء ، وفيه وجه : أنه يجب كمال القيمة ؛ لأن جراح العبد على القول المنصوص من قيمته كجراح الحرّ من ديته .

الثالث : إذا جرح ، فبقي حوالي الجرح شَيْنٌ ، فإن كانت الجراحة مقدرة كالموضحة استتبع (٣) حكومة الشَّيْنْ كما تستتبع المتلاحمة حواليها ، (٤ وإن لم يكن مقدرًا ٤) فالقياس أن لا تستتبع ، بل تجب حكومة الجرح والشَّيْنْ جميعًا ، وظاهرُ النص : أنه يستتبع ؛ لأن الشين تبعٌ للجراحة قائم به فإن كان حكومة الشين أكثر لم يمكن الإتباع فنعتبره في نفسه ، فإن كان مثلًا احتمل وجهين على النصّ .

* * *

(١) في (أ) : « فنأخذ منه تفاوتًا » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فيه » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « استتبعت » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإن لم تكن مقدرة » .

النوع الثاني من الجنايات

القطع المبين للأعضاء

والنظر في ستة عشر عضوًا :

الأول : الأذنان ، وفيهما كمال الدية ، وفي إحداهما النصف ، وفي البعضِ البعضُ بالنسبة ، وفيه وجه : أنّ في الأذنين الحكومة ؛ إذْ لا توقيف .

وليست في معنى اليدين ؛ إذْ ليس يَظْهر فيهما منفعة ، ومَنْ قَدَّر قال : فيهما منفعتان :

إحداهما : جمع الأصوات .

والثانية : دَفْعُ الهوام من الدبيب إلى الصماخ ؛ ولذلك كَثُرت التعريجاتُ حتى يَنْتبه عند الدبيب .

فعلى هذا ، لو استحشفت الأذن [١] بجنايةِ جانٍ [٢] وقَطَعها آخرُ ، فوجهان :

أحدهما : أنّ على القاطع الدية ؛ لبقاءِ منفعةِ جَمْعِ الأصوات ، وعلى مَنْ أبْطَلَ الحسَّ الحكومةُ .

والثاني : أنّ على مُبْطلِ الحس الديةَ ؛ لأنّه أظهرُ المنافعِ ، وعلى القاطع بعده حكومةٌ كقطع [٣] اليد الشلاء .

وأما أذنُ الأصمِّ فتكمل فيه [٤] الدية ؛ لأنّ الخلل في محل السمع [٥] ، لا في صدفة الأذن .

العضو الثاني : العينان . وفيهما كمالُ الدية إذا فُقِئَتا ، وفي إحداهما / النصف ، وفي ٢٤٠/أ عين [٦] الأعورِ النصفُ ، وقال مالك (رحمه الله) : الكلّ [٧] .

---

(١) استحشاف الأذن : هو شللها ، فينعدم فيها الإحساس ، ومثلها شلل اليد . انظر روضة الطالبين (٢٧٢/٩) .

(٢) في الأصل : « جاني » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كقاطع » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فيها » .

(٥) في (أ) : « السماع » .

(٦) في الأصل : « في العين » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) انظر في مذهب مالك (رحمه الله) : الكافي في فقه أهل المدينة ص (٥٩٨) . الشرح الصغير على أقرب المسالك (٣٥٦/٤) .

ويجب كمال الدية في الأخفش [١] والأعمش [٢] ؛ لأنّ ضَعْفَ البصر كضعف قوة اليد .

العضو الثالث : الأجفان . وفيهما كمال الدية ، وفي الواحد ربع الدية يستوي الأعلى والأسفلُ . فإن قطع البعض وتقلص الباقي لم تجب إلا بقدر المقطوع ، وتقديره [٣] بالنسبة ما أمكن ، ولا عدولَ إلى الحكومة إلا بالضرورة .

وأما الأهداب ، فلو فسد [٤] منابتُها ، ففيها – وفي جميع الشعور – حكومة ، وكمل [٥] أبو حنيفة (رحمة الله) الدية في خمس [٦] من الشعور .

فرع : لو استأصل الأجفان اندرج [٧] حكومةُ الأهداب تحته [٨] على أظهر الوجهين ، وفيه وجه : [أنها] [٩] لا تندرج ؛ [١٠] لأن في الأهداب منفعة [١٠] ؛ فإنها تشتبك فتمنع الغبار ولا تمنع نفوذ البصر ، فلا تندرج تحت غيره [١١] .

الرابع : الأنف . فإن أُوعِبَ مارِنُه [١٢] جدعًا ، ففيه كمال الدية ، والمارن ما لَانَ من الأنف فإن قطع شيئًا من رأس المارن وجب جزءٌ بالنسبة . والأنفُ ثلاثُ طبقات ، ففي كل طبقة – إذا أُفْرِد – ثلثُ الدية . وقيل : يجب النصف من كل [١٣] واحد من المنخرين .

وأما الحاجزُ بين المنخرين فهو تابعٌ لا يفرد بثلث من الدية ، وفيه وجه : أنه تنسب الطبقات

---

(١) الخَفَش : هو صغر في العينين وضَعْف في البصر ، ويقال للذكر : أخفش ، وللأنثى : خفشاء . والخفش علة لازمة لصاحبه ، وصاحبه يبصر بالليل أكثر من النهار ، ويبصر في يوم الغيم دون يوم الصحو . انظر : المصباح المنير للفيومي (٢٧١/١) . روضة الطالبين (٢٧٢/٩) .

(٢) الأعمش : من يسيل دمعُه في أكثر الأوقات مع ضعف في البصر . انظر المصباح المنير (٦٥٨/٢) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ونقدره » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أفسد » .

(٥) في (أ) : « وقال » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « خمسة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « اندرجت » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « تحتها » .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « لأن للأهداب منفعة » .

(١١) في (أ) ، (ب) : « غيرها » .

(١٢) المارن : مالان من الأنف . انظر المصباح المنير (٢ / ٨٧٨) .

(١٣) في (أ) : « في » .

إلى الجملة وتجب بحساب النسبة ، وذلك أيضًا يقرب [من] (١) الثلث .

وفي أنف الأخشم كمالُ الدية كما في أذن الأصم .

الخامس : الشفتان ، في كل واحدة منهما نصف الدية ، وقال مالك (رحمه الله) : في العليا الثلثان (٢) .

ثم حدّ الشفة في عرض الوجه إلى الشدقين ، وفي طوله إلى محل الارتتاق على وجهٍ ، وإلى الموضع الذي يستر عمود الأسنان على وجه ، وهو أقل من الأول ، وما ينبو عند الانطباق على وجهٍ ، وهو أقل الدرجات ، وبه يُحَد الشفران . وقيل : إنه إذا قُطِعَ من الأعلى ما لا ينطبق على الأسفل فقد استوفى الكلّ فهو الحدّ .

فلو قَطَع جزءًا من الشفة وَجَب بقدر نسبته إلى الكلّ (٣) ، وتقديرُ الكل بأنْ يُقَدّر قوس طرفيه عند الشدقين ومجذبه عند الارتتاق أو ما دونه على أحد الوجوه ، فما يحويه مقعر هذا القوس هو كل الشفة فلينسب إليه .

السادس : اللسان ، وفي لسان الناطق كمالُ الدية ، وفي الأخرس حكومة ، وفي الصبي الذي لم ينطق كمالُ الدية إن ظهرت أمارةُ القدرة بالتحريك والبكاء .

ويجب بقطعه القصاصُ ، وإن قطع كما ولد - ولم تظهر أمارةٌ - فحكومةٌ ؛ إذ لم تُتيقّن القدرةُ ، اتّفَقَ عليه الأصحابُ ، ولو قيل : الأصلُ السلامةُ ، لم يَبْعُد .

السابع : الأسنان ، وفي كل سنٍّ مما هنالك خمسٌ من الإبل إذا كانت تامة أصليةً مثغورةً غيرَ متقلقلة بالهرم .

احترزنا « بالأصلية » عن السن الشاغية ، وفيها حكومةٌ . ولو قلع سنّه وردَّ إليه سِنًّا من ذهب

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب)

(٢) انظر القوانين الفقهية ص (٣٥٦) فقد ذكر أن في إحدي الشفتين نصف الدية فقط لا كما ذكر الغزالي (رحمه الله) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من الكل » .

فتشبث به اللحم وتهيأ للمضغ فليس في قلعه أرش ، وفيه حكومة - على أحد القولين - لصلاحِه للمضغ .

واحترزنا « بالتامّة » عن قلع [١] البعض ؛ إذْ يجب به بعضُ الأرش بحسب النسبة .

وهل يدخل السِّنْخُ [٢] في حساب النسبة ؟ فيه وجهان يطردان [٣] في أن الدية تكمل في الحشفة وحلمتي الثدي والمارن ، ولا يزيد باستئصال الذكر والثديين وقصبة الأنف ، بل نسبتها [٤] إليه كنسبة الكفّ إلى الأصابع . ولكن إذا قُطع بعضُ الحشفة وبعضُ المارن ، فهل يدخل الباقي في حساب النسبة ؟ فيه وجهان .

وفي هذه المسائل وجه آخر [٥] : أنه إذا استأصل تزيد نسبتها حكومة ، فإذا قلع سنًّا ففي قدر الباقي [٦] البادي ديةٌ ، وفي السنخ حكومةٌ ، وهذا في قصبة المارن أظهرُ منه في السّنّ .

فإن فرعنا على الاندراج [٧] - وهو الصحيح - فهل يندرج [٨] السنخ تحت نصف السّنّ فيما إذا قطع إنسانٌ بعضَ السنِّ ، وجاء آخر وقَطَع الباقي من السنخ ؟ ففيما يجب على الثاني وجهان :

أحدهما : النصف ؛ إدراجًا للسنخ .

والثاني : النصف والحكومة ؛ لأنّ السنخ يندرج تحت الكلّ .

وهو [٩] يلتفت على أن الكف [١٠] ، هل يندرج تحت بعض الأصابع ؟ .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « قطع » .

(٢) السِّنْخُ من كل شيء : أصله ، والجمع أسناخ . وأسناخُ الثنايا : أصولها . انظر المصباح (١ / ٤٤٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مطردان » .

(٤) في (أ) : « بل تُنْسَب » .

(٥) كلمة : (آخر) ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) كلمة : (الباقي) ليست في(أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « الإدارج » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « يدرج » .

(٩) في (أ) : « وهذا » .

(١٠) في (أ) : « الكل » .

واحترزنا « بالمثغورة » عن سنّ الصبي ، فإنها فَضْلة ، (١ فليس في قلعها إلا حكومة عند إبقاء شَيْنٍ ١) كما في حَلْقِ شعره . فإنْ فَسَد المنبتُ وجب القصاصُ أو الأرش . ولو مات قبل ظهور فسادِ المنبت ، ففي وجوب الأرش وجهان لتقابلِ الأصلين ؛ إذ الأصلُ براءةُ الذمة من جانبه ، والأصلُ عدمُ عَوْدِ السّنّ من الجانب الآخر .

وأما المثغور إذا عاد سِنُّه - نادرًا - ففي / استرداد الأرش قولان : ٢٤٠/ب

أحدهما : لا ؛ لأنّ هذا نعمةٌ جديدة عادت (٢) فهي كالموضحة إذا التحمتْ بنباتِ لحمٍ جديد .

والثاني : نعم ؛ لأنّ متعلّق الأرش هاهنا فسادُ المنبت مع القلع وقد بَانَ أنه لم يفسد .

واختار المزني (رحمه الله) أنه لا يُشترد ، واستشهد بأنّ التوقف غَيْرُ واجب في الأرش (٣ كما لو قلع بعض أسنانه فنبت ٣) . ومن أصحابنا مَنْ طرد الخلافَ في اللسان ، ومنهم مَنْ فرقَ ؛ لأنّ ذلك لحم جديد نبت من الغذاء ، (٤ وهاهنا السّنّ نبت ٤) من مادة أصلية لم يصر مستوفيًا بالقلع ، فإنها إن (٥) استوفيت ، فالغذاءُ (٦ لا يستحيل إلى العظم ٦) ابتداءً وإن كان يغذي العظم .

وأمّا التوقف ، فمنهم مَنْ أوجب ، ومنهم من اعتذر بالبناء على الغالب .

واحترزنا « بالتقلقل » عن الشيخ الهِمِّ (٧) إذا أشرف (٨) سنُّه على السقوط ، فإن كان الظاهر أنه (٩) لا يسقط ، فلا يؤثر كضعف الأعضاء ، وإن غلب على الظن أنه (١٠ إلى السقوط مائلة ١٠)

---

(١) في (أ) : « فليس في قلعها حكومة إلا عند إبقاء شَيْنٌ » .

(٢) قوله : « عادت » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « كما لو قطع بعض لسانه فنبت » .

(٤) في (أ) : « وها هنا نبتت » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٦) في (أ) : « لايستحيل عظمًا » .

(٧) في (أ) : « الشيخ الهَرِم » . والهِمّ : بكسر الهاء ، هو الشيخ الفاني . ويقال للأنثى : هِمّة . والهَرِم : هو الشيخ الكبير الضعيف . والجمع هَرْمى . انظر المصباح المنير (٢ / ٩٨٦ ، ٩٩٢) .

(٨) في (أ) : « أشرفت » .

(٩) في (أ) : « أنها » .

(١٠) في (أ) : « إلى السقوط أقرب » .

فقولان :

أحدها : أنه يجب كمالُ الأرش ؛ كما إذا قتل مريضًا مُشْرِفًا على الهلاك .

والثاني : لا ؛ لأن الشرع أسقط أرش السِّنِّ الضعيف بدليل الصّبيّ .

فرع : الأسنان من الخلقة المعتدلة اثنان وثلاثون ، فلو اقتلعها بجناية واحدة ، ففي الواجب قولان :

أحدهما : مائة وستون من الإبل [١] ؛ لقوله ﷺ : « في كل سنٍّ خمسٌ من الإبل » [٢] .

والثاني : أنه لا يزيد على مائة من الإبل إذا جُمِعَ الكلُّ ؛ لأنه جنس واحد فيضاهي [٣] سائر أجناس الأعضاء .

ثم شَرْطُ هذا القولِ اتحادُ الجاني والجناية ، فلو اقتلع عشرين ، واقتلع غيْرُه الباقي وجب في كل سنٍّ خمسٌ من الإبل ، وكذلك [٤] إذا اقتلع هو واحدًا [٥] بعد أخرى إذا تخلل الاندمالُ ، وإن كان على التعاقب فطريقان :

منهم مَنْ قال : هو اتحادٌ ، كالضرب الواحد المسْقِط للكلِّ .

ومنهم مَنْ قال : هو تعدد .

الثامن : اللحيان [٦] . وفيهما كمالُ الدية ، وفي أحدهما النصف . ولو كان عليهما الأسنان لم تندرج دية الأسنان تحت دية اللحيين على الأظهر ، والثاني : أنه [٧] تندرج ؛ لأَنه [٨]

---

(١) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٩ / ٢٨١) .

(٢) الحديث رواه أبو داود في سننه (٤/٦٩١) (٣٣) كتاب « الديات » (٢٠) باب « ديات الأعضاء » حديث (٤٥٦٢) بإسناده مرفوعًا « في الأسنان خمسٌ ، خمسٌ » ورواه النسائي (٨/٥٥) كتاب « القسامة » باب « عَقْل الأسنان » . ورواه البيهقي في سننه الكبرى (٨/٨٩) جميعًا من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا .

(٣) في (أ) : « فضاهى » .

(٤) في (أ) : « وكذا » .

(٥) في (أ) : « واحدة » .

(٦) وهما العظمان اللذان عليهما منبتُ الأسنان السفلى ، ومُلْتقاهما الذقن . انظر الروضة (٩ / ٢٨٢) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أنها » .

(٨) في (أ) : « لأنها » .

مركب الأسنان ، وكلاهما لغرضٍ واحد كالكف مع الأصابع .

التاسع : اليدان . وفيهما كمالُ الدية إذا قُطِعَتا من الكوعين ، وكذا إن لقط الأصابع فحكومةُ الكفِّ مندرجةٌ قولًا واحدًا . والساعد والعضد لا يندرج ، بل لهما حكومة .

وفي كل أُصبع عشرٌ من الإبل من غير تفاضُلٍ ، وفي كل أنملة ثلث العشر ، إلا في الإبهام ، فإنها (١) أنملتان ، ففى إحداهما نصف الأرش ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ثلث الأرش ، وجعل الأنملة الغائصة محسوبة من الأُصبع .

ولو كان على معصمٍ كفان باطشان ، ففي الأصلية نصفُ الدية ، وفي الزائدة حكومة . فإن كانت إحداهما منحرفةً عن السّاعد أو ناقصةً بأصبع أو ضعيفةَ البطشِ : فهي الزائدة ، وإن كانت المنحرفةُ أقوى بطشًا فهي الأصلية ، والنظر إلى البطش أولى .

والتي عليها أصبع زائدة ، فهل يُحْكم عليها بأنها زائدة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم (٢)؛ لأن الزائدة على الكمال نقصانٌ .

والثاني : لا ؛ إذ لايبعد وقوعُ ذلك على الأصلية كما خرجت اليدُ الزائدة من الساعد الأصلي .

وإن تساوَيَا من كل وجه ، فمن قطعهما فعليه قصاصٌ وحكومة ، أو ديةُ [يدٍ] (٣) وحكومة ، وإن قطع إحداها فلا قصاصَ ؛ لاحتمالِ أنها زائدة ، وتجب نصف دية اليد وزيادة حكومة ؛ لأنه (٤) نصفٌ في صورة الكل .

هذا ما قيل ، وجَعْلُه (٥) نصفًا – مع الاحتمال لكونها زائدةً – مشكلٌ .

فرع : لو قطع اليد الباطشة (٦) وأوجبنا دية [اليد] (٧) فاشتدت اليدُ الأخرى بهذا القطع

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فإنه » .
(٢) ساقطة من (أ) .
(٣) زائدة من (أ) ، (ب) .
(٤) في (أ) : « لأنها » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « وجَعْلُها » .
(٦) في (أ) : « الزائدة » .
(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

وبطشت بَطْشَ الأصليات : ففي استرداد الأرش المبذول ورَدِّه إلى قدر الحكومة وجهان :

أحدهما : أنه [١] يُسترد ؛ فإنَّ هذه صارتْ أصليةً ، ولا يُتَصَوَّر أصليتان على معصم .

والثاني : لا ؛ لأن هذه نعمةٌ جديدة ، وله التفاتٌ على [٢] على عَوْدِ السّنّ .

العاشر : الترقوة والضلع . [٣] وفي كسر كل ضلع جَمَلٌ [٣] ، وكذا الترقوة ، قاله الشافعي (رضي الله عنه) تقليدًا لعمر (رضوان الله عليه) . وقال في موضع آخر : فيهما حكومة . وقال المزني (رحمه الله) : قولان . ومنهم مَنْ قطع بالحكومة قياسًا ، وحمل مذهب عمر (رضي الله عنه) على حكومة بَلغت عُشْرَ العشر ، وهو جمل . ومنهم من قال : تقدير الحكومة تخمينٌ من القاضي ، فتخمينُ (عمر رضي الله عنه) أولى على الإطلاق بالتقليد .

الحادي عشر : الحلمتان من المرأة مضمونة بكمال ديتها ، وهو ما يلتقمه الصبيُّ ، [٤] وهو لا يزيد [٤] باستئصال الثدي ، وقيل : تزيد حكومة .

وفي حلمتي الرجلِ قولان ، المنصوصُ : أنّ فيهما حكومة ؛ إذْ ليس لهما [٥] منفعةُ دُرُورِ اللبن . وفيه قول مخَرّج : أنّ فيهما الدية / كحلمتي العجوز . ٢٤١/أ

الثاني عشر : الذكر والأنثيان ، وفيهما ديتان ، وتكمل الدية في ذكر الخصيّ والعِنّين ، ولا تكمل في ذكر الأشل . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : في ذكر الخصيّ حكومةٌ .

وإذا قطعهما : فإن ابتدأ بالذكر ، فعليه [عنده] [٦] ديتان . فإن ابتدأ بالأنثيين ، فعليه عنده حكومةٌ وديةٌ ؛ لأن إخصاءه [٧] أوّلا بقطع الأنثيين ، ثم [٨] تكمل الدية بقطع الحشفة .

الثالث عشر : الأليتان . وفي قطع ما أَشْرَف منهما على البدن كمالُ الدية وإن لم يقرع العظم ، وفي إحداهما النصف ، ولا يخفى منفعتهما في الركوب والقعود [٩].

---

(١) في (أ) : « أنها » .

(٢) في (أ) : « إلى » .

(٣) في (أ) : « وفي كل ضلع جملٌ » .

(٤) في (أ) : « فلا يزيد » .

(٥) في(أ) ، (ب) : « فيهما » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) : « الإخصاء » .

(٨) في (أ) : « فلم » .

(٩) في (أ) : « الصعود » وهو خطأ واضح .

الرابع عشر : الشفران من المرأة فيهما كمالُ الدية ، وهما حَرْفَا الفرجِ المنطبقان على المنفذ على نتوء ، فالقدر الباقي هو كمال الشفر .

الخامس عشر : الرِّجْلان ، وهما كاليدين [١] . ورجْلُ الأعرجِ كرِجل الصحيح ؛ إذِ الخللُ في الحِقْوِ لا في الرِّجْل .

ورِجْلُ مَنِ امتنع مَشْيُه بكسر الفقار ، قال القفال [٢] : كالصحيح ، وفيه وجه : أنَّ تَعَطُّلَ المشيِ كزواله .

وفي التقاط أصابع الرِّجْل كمالُ الدية مع أنّ أعظم المنافع - وهو أصل المشي - باقٍ .

السادس عشر : الجلد ، ولو سلخ جميع جلده ففيه دية ؛ لأن الجلد أُعِدّ لغرضٍ واحد ، فهو جنس ، وسَلْخُ جميعه قاتلٌ ، ولكن قد يبقى بعده حياةٌ مستقرة فتظهر فائدته إذا حُزَّتْ بعده رقبته .

* * *

(١) في الأصل : « كاليدان » .

(٢) قوله : « قال القفال » ساقط من (أ) .

النوع الثالث من الجنايات

ما يُفوِّت اللطائف والمنافع

(١ والنظر في اثنتي عشرة منفعة ١) :

الأولى : العقل : فإذا ضرب رأسه فأزال عَقْلَه ، فعليه كمال الدية . ولو قطع يديه فأزال عقله (٢) فَنَصُّ الشافعيّ (رضي الله عنه) يُشير إلى دية واحدة . وهو بعيد ؛ إذْ ليس العقل في اليد . ولو قطع أذنيه فأزال سمعه (٣) فديتان ؛ لأن محل السمع غَيْرُ محلِّ القطع فهي أولى (٤) ، ولا يمكن أن يُقَال : نُزِّل العقلُ منزلةَ الروح فأُدْرج تحت دية اليد ؛ لأنه إذا قطع يديه ورجليه فزال عقلُه ، فعليه ديتان قولًا واحدًا . ولعل وجهه : أنَّ العقل لا يُضَاف إلى مَحلٍّ من البدن ، فنسبتُه إلى الكلِّ على وتيرة ، فيندرج تحت كلِّ عضوٍ تكمل فيه الدية .

فرعٌ : لو أنكر الجاني زوالَ عقْلِه ونَسَبَه إلى التجانُنِ : راقبناه في خلواته ، فإن لم تنضبط أحوالُهُ أوجبنا الدية ، ولا نُحلِّفه ؛ لأنّا إذا طلبنا منه اليمين أجابنا عن موضع آخر مُتَجَانِنًا كان أو مجنونًا .

الثانية : السمع . وفيه كمالُ الدية ، وفي إبطاله في (٥) أحدهما نصفُ الدية ، وفيه وجه : أنّ الواجب حكومة ؛ لأنّ محلَّ السمعِ واحدٌ ، وإنما المشتبه مَنْفَذُه ، وهو ضعيف ؛ إذْ كيفما كان ، فضبطُ النسبة بالمنفذ أولى من ضبطه بغيره (٦) .

فلو كذَّبه الجاني غَافَصْناه (٧) بصوتٍ مُنْكَر ، فإنِ اضطرب بَانَ كَذِبُه ، وإن ثبت حلَّفناه ؛ إذْ ربما يتماسك تَكلُّفًا . فلو قال الجاني : حلِّفوني ؛ فإن الأصلَ بقاءُ السمع ، قلنا : لو فُتح هذا البابُ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « والنظر في خمسة عشر منافع » ، وفي الأصل : « والنظر في اثني عشر منفعة » . وكلاهما غير صواب لغةً .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فذهب عقله » .

(٣) في (أ) : « فزال سَمْعُه » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فهذا أولى » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « من » .

(٦) في (أ) : « من ضبطها بغيره » .

(٧) غافصت فلانًا : إذا فاجأته وأخذته على غرة منه . ويقال : أخذت الشيء مُغَافصةً أي : مغالبةً . انظر المصباح المنير (٢ / ٦٩٠) .

لم يَعْجز مَنْ يستجيز الجناية عن الحلف ، وجريانُ الجناية سببٌ مُظْهِر لجانب المجني عليه ، فتصديقُه أولى .

فرعان

الأول : لو قال المجني عليه (١) : نَقص سَمْعي ولم يَزُل ، وجب أرش النقصان وقُدّر بالمسافة ، وطريقُه : أنْ يجلس بجنبه مَنْ هو في مثلِ سِنِّة وصحته ، ويبعد عنهما واحدٌ ويرفع الصوتَ ، فلا (٢) يزال يَقْرب إلى أن يقول السليم (٣) : سمعتُ ، ثم يُديم ذلك الحدَّ في الصوت ويقرب إلى أنْ يقول المجني عليه : سمعتُ ، فإن سمع على النصف من تلك المسافة ، فقد نَقص نصفُ السمع (٤) . فإن قال الجاني : سَمِعَ مِنْ قبل ، حلّفنا المجني عليه .

ولو قال : لستُ أسمع من إحدى أُذنيّ ، فامتحانُه : أنْ تصم الأذنُ الثانية ، ويُصَاح به صيحةٌ منكرة .

الثاني : لوقال أهل الصنعة : لطيفةُ السمع باقيةٌ ، لكن (٥) وقع في المنفذ الارتتاق ، ففي كمال الدية وجهان :

أحدهما : أنّ تعطُّلَ المنفعة ، هل هو كزوالها ؟ ، ويجري فيما إذا ذهب سَمْعُ الصبيّ فتعطّل نطقُه - أو ضُرِبَ صلْبُه فتعطل رجله - ففي تعدد الدية في نظائر ذلك خلافٌ .

الثالثة : **البصر** . وفي إبطالها (٦) مع بقاء الحدقة كمالُ الدية ، يستوي فيه الأخفش والأعمش ومَنْ على حدقته بياضٌ لا يمنع أصلَ البصر ، ثم يُمْتحن عند دعوى العَمى بتقريب حديدةٍ من حدقته مُغافصةً ، وإن ادّعى النقصان (٧) امْتُحِنَ كما في السمع .

الرابعة : **الشم** . وفي إبطاله كمالُ الدية . ويجرب بالروائح المنتنة الحادة . فإن ادّعى

---

(١) قوله : (المجني عليه) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « ولا يزال » .

(٣) في (أ) : « المجني عليه » وهو خطأ .

(٤) في (أ) ، (ب) : « نصفُ سَمْعه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ولكن » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وفي إبطاله » .

(٧) كلمة : (النقصان) ساقطة من (أ) .

النقصان ، فامتحانُ ذلك عسيرٌ ؛ فيُكْتَفَى باليمين . وقيل : إن الشم لا تكمل فيه الدية ؛ لأن التأذي به مع كثرة الأنتان أكثرُ من التلذُّذ به مع قلة الطيب . وهذا هوس ؛ إذ هو طليعة كسائر الحواس .

الخامسة : النطق . وفي إبطاله عن اللسان كمال الدية وإن بقي حاسةُ الذوق والإعانةُ على / المضغ والحروفُ الشفهية والحلقية ؛ لأن الذي بطل جزءٌ مقصود برأسه . فإن [١] ذهب بعضُ الكلام ، فأقربُ معيارٍ فيه الحروفُ ، وهي ثمانية وعشرون متساوية في الاعتبار . وقال الإصطخري : لا تدخل الشفوية والحلقية في التوزيع . ٢٤١ / أ

فرعان

الأول : لو كان لا يُحْسِنُ بعضَ الحروف ، فهل يؤثر في نقصان الدية ، فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنّه يرجع إلى ضعْفِ النطق ، فهو كضعف البطش .

والثاني : نعم ؛ لأنّ البطشَ لا يتقدَّر ، والحروفُ صارتْ مقدرةً للنطق بنوع من التقريب .

فإن قلنا : يُحَطّ [٢] ، فلو كان يَقْدر على الإعراب عن جميع مقاصدِه بتلك الحروف لغزارة فضله ، ففي الحطِّ خلافٌ ، والظاهر : أنه يُحَطّ . أما [٣] إذا كان نقصان الحروف بجناية جانٍ فالحطُّ أولى .

والقول الضابط في الفرق بين النقصان بجنايةٍ أو آفةٍ : أنّ المفوَّت جرمٌ أو منفعة ؟ فكل جرم مقدّر ، فنقصانُ بعضِه مؤثرٌ ، سواءٌ كان بجناية أو آفة كسقوطِ بعضِ السّنّ وبعضِ الأنملة وانشقاق لحم الرأس إلى حد المتلاحمة . وما لا يتقدّر - كفلقة من الأنملة - فسقوطُها لا ينقص ، كانت بآفةٍ سماوية أو جناية - أَبْقَى [٤] شيئًا أو لم تُبْقِ - مهما لم ينقص البطش ؛ لأن الزينة ليست من خاصّية [٥] هذا العضو .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .

(٢) يعني يُحَطّ من ديته بسبب عدم إحسانه لبعض الحروف أصلًا قبل الجناية .

(٣) في (أ) : « وأما » .

(٤) في (أ) : « أبقت » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « خاصّة » .

وأما نقصانُ المنفعة التي لا تتقدّر : إن كانت بآفة سماوية لم ينقص ، وإن كانت بجناية - وجميعُ جرم العضوِ باقٍ - فثلاثة أوجه :

أحدها : لا يعتبر ؛ كالآفة .

والثاني : نعم ؛ لأنّ الآفات لا تنضبط ، والجناية تنضبط كما في القروح والجراحات .

والثالث : أنّ الآخر إنْ قطع العضو لم يعتبر النقصان في حقه ، وإن أبطل بقية البطش حَطّ عنه ما وجب على الأول ؛ لأنهما جنايتان متناسبتان من وجه واحد . وإنما يظهر الخلاف في نقصان الحروف ؛ لأنها كالمقدرة للنطق .

الفرع الثاني : لو قَطع بعض لسانه فأبطل كلَّ كلامِه ، فعليه الدية . ولو أبطل بعضَ كلامه وتساوتْ نسبةُ الجرم والحروف - بأنْ قطع نصف الجرم ، وزال [1] نصف الكلام - فعليه نصف الدية ، وإنْ تفاوتت [2] النسبةُ فنأخذ بأكثر الشهادتين ؛ لأنّ كلَّ واحد من الحروف والجرمِ مبيِّنٌ مقدارَ الزائل من القوة النطقية [3] التي لا يتقدر تحقيقها بنوع من التقريب ؛ فنأخذ أكثر [4] الشهادتين.

فإن قطع ربع اللسان فزال [5] نصفُ الحروف : فعليه النصف .

وإن قطع نصف اللسان فزال ربع الحروف : فعليه النصف . وقال أبو إسحاق : النظر إلى الجرم . ولكن إذا قطع ربع اللسان فزال نصف الكلام ، فكأنه أشَلَّ ربعًا من الباقي ، فتظهر فائدة العبارتين فيمن اقتلع الباقي فإنه لو قطع ربع لسانه وذهب نصف كلامه فاستأصل غيرُه باقي اللسان : فعليه ثلاثةُ أرباع الدية ؛ نظرًا إلى الأكثر عند الأصحاب ، وعند أبي إسحاق : عليه نصف الدية وحكومةُ ربعٍ أَشَلّ .

[6] ولو قطع ربع اللسان فأذهب [6] ربع الكلام فأوجبنا النصف ، فجاء الثاني واستأصل :

---

(١) في (أ) : « فزال » .

(٢) في (أ) : « تفاوت » .

(٣) في الأصل : « والنطقية » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « بأكثر » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وزال » .

(٦) في (أ) : « ولو قطع نصف اللسان فذهب » .

وجب عليه ثلاثة أرباع الدية ؛ نظرًا إلى الأكثر ، وعند [الشيخ] (١) أبي اسحاق (رحمه الله) : نصف الدية ؛ نظرًا إلى الجرم .

وأما إذا قطع فلقة (٢) من لَسانه ، ولم يُذْهِب شيئًا (٣) من الكلام : فلا شيء ؛ لأن القوة إذا نقصت رجعنا إلى الشهادتين ورجحنا ، وإذا لم ينقص فليس إلا حكومةٌ كلسانِ الأخرس .

المنفعة السادسة : الصوت . وفي إبطاله كلُّ الدية ، وإن بطل (٤) معه حركةُ اللسانِ فديتان . وفيه وجه : أنّ الواجبَ ديةٌ واحدة ؛ لأنّ مقصودَ الصوتِ النطقُ .

وإن قلنا : ديتان ، فلو كان (٥) حركة اللسان ناقصةً ، فقد تعطل النطقُ ولم يَزُلْ : ففيه الخلاف السابق .

السابعة : الذوق . وفيه كمال الدية ؛ لأنه أحدُ الحواس الخمسة ، ويُجرَّب عند النزاع بالأشياء المرة المقرة .

الثامنة : منفعة المضغ . وفيها كمالُ الدية ، وفواتُها بأنْ يتصلب مغرس اللحيين فلا يتحرك بانخفاضٍ وارتفاعٍ ولا يحيا صاحبُه إلا بالحسوة والإيجار (٦).

فرع : لو جنى على سنّه فاسوَدَّ ولم يمكن المضغ به : وجب كمال الأرش ، فإن لم يكن إلا مجرد السواد ففيه حكومة ؛ لأنه إزالةُ جمالٍ محض .

التاسعة : قوة الإمناء والإحبال به . فإذا أبطل (٧) بجنايةٍ على صلبه ، وجب كمالُ الدية . ولو جنى على ثَدْي امرأةٍ وأبطل (٨) منفعة الإرضاع ، قال القاضي (رحمه الله) : فيه حكومة ؛ لأن منفعَة الإرضاع تَطْرأ وتزول ، بخلاف قوة منفعة المني / فإنها ثابتة [قال الإمام : ٢٤٢ أ

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « قطعة » .

(٣) في (أ) : « ولم يذهب شيء » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإن أبطل »

(٥) في (أ) : « فلو كانت » .

(٦) الإيجار : هو صَبّ السوائل في الحلق . انظر المصباح المنير (٢ / ١٠٠٤) .

(٧) في (أ) : « بطل » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « فأبطل » .

ويحتمل خلافه ؛ لأنه مقصود في نفسه وإن كان يطرأ] [1] .

العاشرة : منفعة المشْي والبطش . وفيهما كمال الدية . ولو ضرب صلبه فبطل مَشْيُه وجب كمالُ الدية . ولو قطع رجْلَه ففي كمال الدية فيه خلافٌ ؛ لأنها صحيحةٌ في نفسها [2] وأنها تعطل [2] بجناية على غيرها . ولو ضرب صلبه فبطل مَشْيُه ومنيُّه ، ففي الاندراج خلافٌ من حيث إنّ الصلب محلُّ المني ومبدأ الحركة للمشي ، فاقتضي اتحادًا بينهما من وجه .

الحادية عشرة : إذا بطل [3] شهوةُ الجماع من غير شلل في الذكر ولا انقطاع في المني : لم يبعد تكميل الدية ؛ لانقطاعِ إحساسِه باللذة ، [4] وكذا إذا بطل [4] شهوةُ الطعام [5] إن أمكن ، وكذا لو ضرب عُنُقَه فارتَتَقَ منفذُ الطعام [5] وجب كمال الدية ، إذْ تبقى حياة مستقرة ، فإذا حَزّ غيرُه رقبته كملت الدية على الأول .

الثانية عشرة : [6] إذا أفضى ثيبًا كان أو بكرًا : عليه ديتها [6] ، ومعنى هذا أن يتَّحِدَ مسلكُ الجماع والغائط أو مسلكُ الجماع والبولِ ، ولا يندرج المهر تحتها لاختلافِ مأخذِهما .

ويجب على الزاني والزوج [7] ؛ لأنّ الزوج لا يستحق إلا وطأً لا يُوجِب الإفضاءَ . فإن كان لا يحتمل إلا بالإفضاء – لضيقِ المنفذ ، أو كِبَرِ الآلة – لم يستحق الوطء ، ونُزّل الضيقُ من جانبها منزلةَ الرَّتَق إن خالف العادة ، والكِبَرُ من جانبه يُنزّل [8] منزلةَ الجَبّ في إثبات الفسخ .

ولو انتزع بكرًا على كُرْهٍ لزمه مَهْرُ المثلِ وأرشُ البكارة ، وقيل : إذا أوجبنا مَهْرَ مثلِ بكرٍ ، فقد قضينا حَقَّ البكارة .

والإفضاءُ بالخشبة والأصبع موجبٌ للدية . ولو أزال الزوجُ بكارةَ زوجتِهِ بالأصبع لم يجب [9] أرش البكارة ؛ لأنه مُسْتحقّ ، وقيل : يجب ؛ لعدولِهِ عن طريق الاستحقاق .

---

(١) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « وإنما تعطلت » .

(٣) في (أ) : « إذا بطلت » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وكذلك إذا بطلت » .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٦) في (أ) : « إذا أفضى بنتًا كان عليه ديتها » .

(٧) يعني يجب على الزاني والزوج دية الإفضاء .

(٨) قوله : (ينزل) ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « لا يجب » .

هذا حكم الأطراف إذا أُفْرِدت أو جُمعت من غير سراية ، فَيُتَصَوَّر أن يجب في شخص واحد قريبٌ من عشرين دية ، ولو مات بالسراية عاد إلى دية واحدة . ولو حزّ الجاني رقبته ، فالنصُّ : أنه يتداخل . وخرّج ابن سريج أنه لايتداخل كما لو تعدد الجانيَ .

فإن [1] اختلف حكم الجناية ، بأنْ قَطع خطأ وحزّ عمدًا - أو على العكس - فقولان منصوصان ؛ لأن تغاير الوصف يُضَاهي تغايُرَ الجاني .

فإن قلنا بالتداخل : فإنْ قطع يدًا خطأ وقتل عمدًا ، قال الشافعي (رضي الله عنه) : [إنه] [2] تجب دية واحدة ، نصفُها على الجاني مغلظةً ، ونصفُها على العاقلة مُخَفّفة ، وكأنه جعل الحزَّ كجناية أخرى تَمَّمَتْ سرايةَ الأولى . ومن الأصحاب مَنْ خالف النصّ وقال : تجب دية مُغَلَّظة ؛ إذْ حزُّ الرقبة يُبطل أَثَرَ ما سبق .

هذا حكم أطراف الحر الذكر . أما الرقيق فنصّ الشافعي (رضي الله عنه) أنّ جراح العبد من قيمته كجراح الحرِّ من ديته استحسانًا ؛ لقولِ سعيد بن المسيب (رضي الله عنه) . وخرّج ابن سريج قولًا : أنّ الواجب قَدْرُ النقصان كما أن الواجب في الجملة قدر القيمة ، وكما نصّ على قول في أنه لا تُضْرب على العاقلة بدله ، ولا تجري القسامةُ فيه إلحاقًا له بالبهائم .

فإن قُطِع بإلحاقة بالحرِّ في القصاص والكفارة ، فلو قطع ذكره وأنثييه فزادت قيمتُه فيجب - على النصِّ - قيمتان ، وعلى التخريج : لايجب شيء كما في البهيمة .

وأما المرأة ، فَتُرْعَى [3] نسبةُ أطرافها إلى ديتها ، وفيها قول قديم [4] : أنها تُعَاقل الرجل إلى ثلث ديته - أي تساويها [5] - فإن جاوزت الثلث رُدَّ [6] إلى قياسِ ديتها ، [7] ففي ثلث أصابعها [7] ثلاثون من الإبل . وفي أربع ، لو أوجبنا أربعين لجاوزنا ثلث الدية ؛ فنرجع إلى نسبة ديتها فنُوجِب عشرين ، وهو بعيدٌ مرجوعٌ عنه .

* * *

---

(1) في (أ) : « فلو » .

(2) زيادة من (أ) ، (ب)

(3) في (أ) : « فتراعى » .

(4) في (أ) ، (ب) : « مخرج »

(5) في (أ) رأي تساويه »

(6) في (أ) ، (ب) : « رُدّت »

(7) في (أ) : « ففي ثلاث من أصابعها » .

القسم الثاني من الكتاب

في بيان الموجب من الأسباب والمباشرات

والنظر في أربعة أطراف :

الأول : في تمييز السبب عما ليس بسبب . وكلُّ ما يحصل الهلاكُ معه ، فإما أن يحصل به : فيكون علةً كالتردية في البئر ، أو يحصل عنده بعلة [1] أخرى ولكن لولاه لم تؤثر العلة - كحفر البئر مع التردية - فهو سبب . وإما أن يحصل معه وفاقًا ولا تقف العلة على وجوده : فلا عبرة به ، كما إذا كَلَّم غيره أو صَفَعه صفعةً خفيفة فمات فهذا لا يُجْعل سببًا ، بل هو موافقةُ قَدَرٍ .

والاحتمال يظهر في ثلاث صور :

الأولى : إذا صاح على صغير - وهو على طرف سطح - فارتعد وسقط ومات : وجب الضمان ؛ لأنه سببٌ ظاهر ، وفي القصاص قولان مرتبان على ما لو حفر بئرًا [2] في داره ودعا [2] إليه غَيْرَه ، وهذا أولى بالإيجاب ؛ لأن الإفضاء إلى الهلاك هاهنا أغلب .

ولو تَغَفَّل [3] بالغًا بصوت مُنكر فسقط من السطح ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يُحْمل [4] على موافقة القَدَر ؛ لأن الرعدة لها / أسباب ، والكبير لا يَسْقط ٢٤٢/ب بالصياح غالبًا [5].

والثاني : يجب الضمان ؛ لأنّ هذا ممكن والسببُ ظاهرٌ ؛ فَيُحَال عليه [6] .

والثالث : إنْ جاءه مِنْ ورائه وَجَب ، وإن واجهه فلا .

والصحيح : أنه إنْ ظهر أنه سقط به وجب ، وإن شك فيه احتمل أن يقال [7] : الأصلُ براءةُ

---

(١) في (أ) : « لعلة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في دار ثم دعا » .

(٣) أي أخذه على غفلة .

(٤) في الأصل : « أنه يحتمل » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح لدى الشافعية . انظر : الروضة (٩ / ٣١٣) . مغني المحتاج (٤ / ٨٠) .

(٦) وهذا الوجه هو الذي تميل إليه النفس .

(٧) في الأصل : « قال » .

الذمة ، واحتمل أن يقال : الأصل حَمْلُه على السبب المقارن [به] (١) .

الثانية : لو صاح على صبي موضوع على الأرض فمات ، أو على بالغ فزال عَقْلُه ، ففيه وجهان ، منشؤهما : التردد في الإحالة عليه (٢) .

الثالثة : التهديد والتخويف إذا أفضى إلى سقوط الجنين وجب الضمان ؛ إذْ وقوع ذلك غالب (٣) ؛ وقع لعمر (رضي الله عنه) فشاور الصحابة (رضي الله عنهم) فقال عبد الرحمن بن عوف (رضي الله عنه) : « إنك (٤) مؤدِّبٌ فلاشيء عليك » . وقال علي (رضي الله عنه) : « إن لم يَجْتهد فقد غَشَّكَ ، وإن اجتهد فقد أخطأ، أرى عليك الدية » .

الطرف الثاني : في اجتماع العلة والشرط ، كالحفر والتردِّي ، ومهما كانت العلة عدوانًا انقطعت الحوالة عن الشرط ، فالضمانُ على المرْدِي لا على الحافر . وإن لم يكن عدوانًا بأن تخطى الإنسان فتردَّى جاهلًا : نُظر إلى الحفر ، فإن لم يكن عدوانًا (٥ أُهدر الضمان ٥) ، وإن كان عدوانًا أُحِيل الهلاكُ عليه .

وإن تَزَلَّق رجلُه بقشرِ بطيخٍ - أو بماءٍ مرشوشٍ - فهذه الأسباب كحفر البئر .

فروع

الأول : إذا وضع صبيًّا في مَسْبَعة فافترسه سَبُع ، فإن قدر على الانتقال (٦) فلا ضمان (٧ كما لو فُصِدَ بغير إذنه ٧) فتركه حتى نزف الدم ، وإن كان عاجزًا فوجهان :

أحدهما : الحوالة على السبع ؛ لأنه مختار ولم يَسْبق منه إلا وَضْع يد ، والصبيُّ الحرّ لا يُضْمن باليد (٨) .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في الحوالة عليه » .

(٣) في (أ) : « غالبا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إنه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فلا ضمان » .

(٦) في (أ) : « الانفصال » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « كما لو فصده بغير إذن » .

(٨) وهذا هو الأصح عند الشافعية كما في الروضة (٩ / ٣١٥) ، ومغني المحتاج (٤ / ٨١) . وهذا شيء عجيب ، والذي تقبله النفس هو أن يُحَال على الواضع لا على السبع ، كما رجحه الغزالي (رحمة الله عليه) .

والأصح : أنه يُحَال عليه ؛ لأن هذا يُعَدّ في العرف إهلاكًا .

الثاني : إذا اتبع إنسانًا بسيفه فولّى هاربًا ، فألقى نفسَه في نار - أو ماء ، أو بئر ، أو مسبعة [(١)] وافترسه سَبُعٌ - فلا ضمان على المتّبِع ؛ لأنه مختار في هذه الأفعال ، وغايتُه أنْ يكون مكرها .

ولو قال : اقْتُلْ نفسَك وإلا قتلتُك ، فَقَتَل نفسه : لم يَضْمن المُكْرِه ؛ [(٢)] إذ لا معنى للخلاص عن الإهلاك أصلًا [(٢)] .

أما إذا تردّى في بئر جاهلًا لكونه أعمى ، أو لظلام الليل ، أو لكون البئر مُغَطَّاةً [(٣)] : فالضمانُ على المتبع ؛ لأن هذا الإلجاء أقوى من مجرد الحفر .

ولو ألقى نفسه على سطح ، فانْخَسَف به فيحال [الضمان] [(٤)] عليه لاختيارِه ، إلا إذا كان انخسافُه لضعفِه وهو لا يدري فهو كالبئر المغطاة .

الثالث : إذا سلَّم صبيًّا إلى سابح [(٥)] فغرق ، وجب الضمان على أستاذه ؛ لأنه لا يَغْرق إلا بتقصير [(٦)] ، بأنْ يُهْمله في غير محلّه .

فلو قال له : ادخل الماء ، فدخل مختارًا ، فيحتمل أن يقال : لا ضمان [(٧)] ؛ [(٨)] لأنه لا يُضْمن الحر باليد [(٨)] ، والصبيّ مختارٌ ، ولكن قال العراقيون : يجب ؛ لأنه ملتزم للحفظ ، وأما البالغ فلا يضمن [(٩)] في هذه الصورة .

وإن خاض معه اعتمادًا على يده فأهمله : احتمل إيجاب الضمان ، وقال العراقيون : لا يجب ؛ لأنه مُقَصر في الاغترار بقوله .

---

(١) في (أ) : « أو في مسبع » .

(٢) في (أ) : « إذ لا معنى للخلاص عن الهلاك بالإهلاك أصلًا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مُغَطًّى » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « سباح » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « إلا بتقصيره » .

(٧) في الأصل : « فلا ضمان » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) : « لأن الحرّ لا يضمن باليد » .

(٩) في الأصل : « لا يضمن » والمثبت من (أ) ، (ب) .

فإن قيل : إذا كان حفر البئر سببًا عند العدوان ، فبماذا يكون العدوان عداونًا ؟ . قلنا : نذكر محلَّ العدوان من البئر ، وإيقاد النار ، وإشراع الجناح ، وإلقاء قشر البطيخ ، وقمامة السوق (١) ، ورش الماء ؛ حتى يُعْرف به ما عداه .

أما البئر ، فلا عهدة فيه على مَنْ حفره (٢) في ملكه أو في موات ، فإن كان في ملك الغير فهو عدوان ، وإن كان في الشوارع نظر ؛ فإنْ أَضَرَّ بالطارقين فهو عدوان ، وإن لم يضر : فإنْ فعلَه لمصلحة الطريق وبإذن الوالي وأحكم رأسَه (٣) فلا ضمان على الحافر ، وإن كان بغير إذن [الوالي] (٤) فقولان ، ووجه الإيجاب أن الاستقلال للآحاد إنما يُبَاح بشرطِ سلامة العاقبة ، فإن فعل لمصلحة نفسه فله ذلك ولكن بشرط سلامة العاقبة .

وكذلك إشراع القوابيل والأجنحة جائز إذا لم يضر بالمجتازين ، ولكنه بشرط سلامة العاقبة ، فهو في عهدته دوامًا وابتداءً . وليس هذا كما لو حفر بئرًا في داره (٥ فنسقط جدارُ دارِ جارِه ٥) فلا ضمان ؛ لأن تَصَرُّفه في نفس الملك لو قُيِّدَ بشرط السلامة لأَوْرَثَ حرجًا على الناس فَقُيِّد بالعادة وأُسقط عهدته (٦).

وأما الارتفاق بالأجنحة فمستغنًى عنها ، ومهما حفر بئرًا في أرض جوارة ولم يحكم أطرافها بالخشب أو وَسَّعَ رأسها بحيث خرج عن العادة : فهو مُطَالَب بعهدته . وكذلك لو أوقد نارًا على السطح في يوم رِيحٍ كان في عهدة الشرار ، وإن كان على العادة فعصفتْ ريحٌ بغتةً فلا ضمان .

---

(١) في(أ) : « وقمامة البيوت » .

(٢) في الأصل « حفر » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « وأَعْلَمَ رأسَه » يعني جعل على رأسه علامةً .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) : « فسقط جدار جاره » .

(٦)في (أ) : « وسقط عهدته » .

فرعان

أحدهما [١] / : لو حفر بئرًا في ملكه ودعا إليه إنسانًا [في ظلمة] [٢] فسقط فيه : فإن لم ٢٤٣/أ
يكن عنه مَعْدِل ففي الضمان قولان ، فإن اتسع الطرق [٣] فقولان مرتبان ، منشؤهما : تَعَارُضُ الغرور والمباشرة . وكذا [٤] الخلاف في تقديم طعام مسموم [٥] أو أطعمة فيها طعام مسموم .

الثاني : إذا سقط ميزابٌ لإنسانٍ على رأس إنسان : فإن كان الساقط هو القدر البارز فهو كالجناح ، وإن سقط الكلُّ ففي وجوب الضمان وجهان ، [٦] وجه الإسقاط : كونُه من مرافق الملك ، لا كالجناح [٦] . فإن قلنا : يجب ، فيقسط [٧] الضمان على القدر البارز والقدرِ الداخل في الملك تنصيفًا على أحد الوجهين ، [٨] وتقسيطًا في الوجه الثاني [٨] على الوزن ، بخلاف ما لو ضَرَبَا بعمودين متفاوتين في الثقل فإنهما يتساويان في الدية ؛ لأن ذلك يختلف بقوة الضارب ولا ينضبط [٩].

والجدار المائل إلى الشارع كالقابول [١٠]: فإنْ مال إلى ملكه وسقط فلا ضمان ، وإن مال إلى الشارع وسقط من غير إمكان تدارك [١١] فلا ضمان ، فإن مال أولًا وأمكنه [١٢] التدارك ولم يفعل فوجهان ؛ لتعارضِ النظر إلى أصل البناء ، وما طرأ من بعد [١٣] .

فأما قشور البطيخ وقماماتُ البيوت ، ففي المنع من إلقائها على [١٤] الشوارع عُسْر ؛ لأنها

---

(١) في (أ) : « الأول » .
(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٣) في (أ) : « الطريق » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « وكذلك » .
(٥) كلمة « مسموم » ساقطة من (أ) ، (ب) .
(٦) في (أ) : « وجه الإسقاط أنه من مرافق الملك بخلاف الجناح » .
(٧) في الأصل : « فيسقط » . والمثبت من (أ) ، (ب) .
(٨) في (أ) ، (ب) : « ويقسطان في الوجه الآخر » .
(٩) في (أ) ، (ب) : « فلا ينضبط ».
(١٠) في (أ) ، (ب) : « كالقابيل » .
(١١) في (أ) ، (ب) : « التدارك » .
(١٢) في (أ) : « فأمكنه » .
(١٣) في (أ) ، (ب) : « بعده » .
(١٤) في (أ) ، (ب) : « في » .

من مرافق الملك ، وتُشْبِه الميزاب ، ففي ضمان المتعثر بها ثلاثةُ أوجه ، يُفرَّق في الثالث (١ بين إلقاء إلى وسط الطريق ١) وبين الرّدّ إلى الطرف .

وأما رش الماء : فإن كان [لتسكين الغبار فهو] (٢) لمصلحة عامة فيضاهي حَفْرَ البئر لمصلحتهم ، فإن لم تكن مصلحةٌ (٣) فهو سببُ ضمانٍ في حق الماشي إذا لم يَرَ موضعَ الرشّ ، فإن تخطاه (٤) قصدًا فلا ضمان .

الطرف الثالث : في ترجيح سبب على سبب ، فإذا اجتمع سببان مختلفان قُدّم الأول على الثاني . فلو حفر بئرًا ونصب آخرُ (٥) حجرًا على طرف البئر ، (٦ أو وضع قشرة بطيخ على طرفه فتعثر به إنسان ٦) وسقط في البئر : فالضمان على صاحب الحجر (٧) ؛ لأنّ التردي نتيجتُه فهي العلة الأولى . وكذا لو جرف السيلُ حجرًا وتركَه على طرف البئر : سقط الضمان عن الحافر ، كما لو وضعه آخرُ .

وكذلك لو نصب سكينًا ، ونصب آخرُ أمامه حجرًا ، فتعثر بالحجر ووقع على السكين . وكذا لو حفر بئرًا ، ونصب آخرُ في قعر البئر سكينًا ، ونصب آخر أمامه حجرًا : فالضمان على الحافر .

ولو حفر بئرًا قريبَ العمق ، فعمقَها غيرُه وهَلَكَ المتردي فيها ، فوجهان (٨).

أحدهما : الإحالة على الأول .

والثاني : أنهما يَشْتركان ؛ لتناسُبِ الجنايتين .

فروع

الأول : لو وضع حجرًا في الطريق فتعثَّر به مَنْ لا يراه : ضمن . ولو قعد على الطريق فتعثَّر به

---

(١) في (أ) ، (ب) : « بين الإلقاء إلى متن الطريق » .

(٢) زيادة في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « لمصلحة » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فإن تخطّى » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الآخر » .

(٦) في (أ) : « أو وضع قشر بطيخ على طرف فتعثر بها إنسان » .

(٧) في (أ) : « على ناصب الحجر » .

(٨) في الأصل : « وجهان » والمثبت من (أ) ، (ب) .

غيرُه وهَلَكَا ، فالنصُّ : أنّ ضمانَ القاعد مهدرٌ ، وضمانَ الماشي على عاقلة القاعد . ولو تعثر ماشٍ بواقف وماتا (١) ، فالهلاك مضافٌ إلى الماشي بالنص . وقيل : في المسألتين قولان بالنقل والتخريج :

أحدهما : أن الإحالة (٢) على الماشي في المسألتين ؛ لأنه المتحرك .

والثاني : على الساكن ؛ لأنّ الطريق للمَشْيِ لا للسكونِ .

ومَنْ قرَّرَ النصَّ فرق بأنّ الماشي قد يفتقر إلى الوقوف لحظةً ، فأما القعود (٣) فليس من مرافق الطريق .

الثاني : إذا تردّى في بئر في محلّ عدوان ، فتردَّى وراءه آخر فسقط عليه (٤) وماتا ، فالأول مات بسببين : الحفرة وثقل الثاني ، ولكنْ يَسْتقر أيضًا ضمانه (٥) على الحافر ؛ لأنّ وقوع الثاني كان من الحفر أيضًا ، إلا أن لورثةِ الأولِ مطالبةَ عاقلة الثاني بنصف الدية ، ثم يرجع على عاقلة الحافر ، ويحتمل أن يقال : الثاني كالمكره فلا يتعلّق بعاقلته شيء ، وهذا يُضَاهي المتردد (٦) في أنّ المكْرَهَ على إتلاف المال ، هل يُطَالَب ثم يَرْجِع ، أم لا يُطَالب أصلًا ؟ .

الثالث : لو انزلق (٧) على طرف البئر ، فتعلّق بآخر وجَذَبه ، وتعلق ذلك الآخر بثالث وجذبه ، ووقع بعضُهم على بعض : فالأول مات بثلاثة أسباب : بصدمة البئر ، وثِقَل الثاني ، وثِقَل الثالث ، وهو منتسب من جملتها إلى واحد ، (٨ وهو ثقل الثاني بجذْبِهِ إياه فهدر ثلث الدية ، وثلثها على الحافر ، وثلثها على الثاني لجذبه الثالث ٨) .

(٩ وأما الثاني فهلك بجذبه الأول ٩) وثقلِ الثالث ، فنصفُ ديته على الأول ؛ لأنه جذبه (١٠) ،

---

(١) في (أ) : « فماتا » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أن الحوالة » .

(٣) في (أ) : « وأما السكون » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وسقط عليه » .

(٥) في (أ) : « الضمان » .

(٦) في الأصل : « المتردد » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لو تزلق » .

(٨) في (أ) : « وهو ثقل الثاني بجذبه إياه جَذَب الثاني ، فيهدر ثلث الدية ويبقي الثلثان ، أحدهما على الحافر ، والآخر على الثاني لجذبه الثالث » .

(٩) في (أ) : « وأما الثاني فهلك بجذب الأول » .

(١٠) قال الحموي : « قوله فيه : (لو تزلّق على حرف البئر إنسان فتعلق بآخر وجَذَبَه ، وتعلق ذلك الآخرُ بثالث ووقع بعضُهم على بعض ، فالأول مات بثلاثة أسباب : بصدم البئر ، وثقل الثاني ، وثقل الثالث . وهو متسبب من =

ونصفُه مهدرٌ ؛ لأن الثالث سقط بجذبه .

وأما الثالث فكلٌّ ديته على الثاني .

فلو زاد رابع ، فيجتمع لهلاك الأولِ أربعة أسبابٍ ، فالمهدرُ ربعُ الدية ، ولا يخفى طريقه . هذا مذهب علي بن أبي طالب (كرم الله وجهه) واختيارُ الجمهور . وفيه وجوه أُخَر مُزَيَّفَة ذكرناها في « البسيط » [(١)] .

الطرف الرابع : في الأسباب المتشابهة التي تثبت بها شركة [(٢)] من غير ترجيح ولها صور :

الأولى : / إذا اصطدم حُرَّان في المشي وماتا ، فكلٌّ واحد شريك في قتل نفسه وقَتْلِ صاحبه ، ففي تَرِكة كلٍّ واحدٍ منهما كفارتان ؛ لأن الشريك في قتل نفسين يلتزم [(٣)] كفارتين ؛ لأنها لا تتجزأ ، وفي تركة كل واحد نصفُ دية صاحبه إن كان التصادم عمدًا [(٤)] ، وإلا فعلى [(٥)] ٢٤٣/ب

= جملتها إلى واحد وهو ثقل الثاني بجذبه إياه فتُهْدر ثلثُ الدية ، وثلثه على الحافر وثلثه على الثاني [لجذبه الثالث . وأما الثاني فهلك] بجذبه الأول ، وثقل الثالث فنصف ديته على الأول ؛ لأنه جذبه ... هكذا إلى آخره) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه جعل الديةَ واجبةً عليهم وليس الأمرُ كذلك ، بل الوجوب على العاقلة كما لا يخفى . الثاني : أنه أطلق ولم يفصل بين أن يكون الحافرُ متعديًا أو غير مُتَعَدٍ ، فإن كان الأول وجب الضمانُ فيما إذا كان متعديًا وكان البئرُ مما لا يبقى الواقعُ فيها سليمًا ، وإن كان على العكس من ذلك لم يجب الضمان .

قلت : أما الجواب عن الأول : فمبنيٌ على أن الدية هل تجب أولًا على الجاني ثم تتلقاه العاقلة [أم تجب أولًا على العاقلة] دون الجاني ؟ وفيه خلاف مشهور ، فأن قلنا بالأول ولم تكن عاقلةٌ ولا بيت مال عاد الوجوبُ إلى الجاني ، وإن قلنا بالثاني لم يعد . واختار الشيخ أن الوجوب أولًا يلاقي الجاني ، ولهذا تعود الدية إليه عند عدم العاقلة وبيت المال ، وبه خرج الجواب .

وأما الجواب عن الثاني فظاهر ، فإن ذلك مفروض فيما إذا كان الواقع فيها لا يبقى سليمًا ، وكان الحافر متعديًا .

قلت : ولا يبعد أن يكون ذلك على الإطلاق ، فإنه قد نقل أنه إذا حفر بئرًا في طريق واسعةٍ بإذن الإمام ، ووقع فيها إنسان فإنه يكون من ضمانه وإن أَذِنَ له السلطان على خلاف مشهور ، وإذا كان كذلك احتمل أن يكون اختار وجوب الضمان كما لا يخفى . وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٦٧ / ب ، ١٦٨ / أ) .

(١) وكتابه « البسيط » هو أصل « الوسيط » والوسيطُ اختصار له . انظر القسم الدراسي .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الشركة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ملتزم » .

(٤) في (أ) : « تعمدًا » .

(٥) في الأصل : « وإلا على » والمثبت من (أ) ، (ب) .

العاقلة . فإن كانا راكبين ففي تركه كل واحد نصفُ قيمة دابة (١) صاحبه . فأما حكم نَفْسَيهما (٢) فكما سبق .

وإن غلبت الدابةُ راكبها فاصطدما [قهرًا] (٣) فقولان :

أحدهما : أن هلاك النفس والدابة مُهْدرٌ ؛ لحصوله بفعلِ الدابة .

والثاني : أنه منسوبٌ إلى اختيارهما في الركوب وهما مخطئان .

فإنْ كانا صَبيينْ رَكبا بأنفسهما (٤ فكالبالغينْ ٤) إلا إذا قلنا : لا عَمْدَ للصبيّ ، فيخالف البالغ فيه . فإن أركبهما أجنبيٌّ واحد متعديًا ، فعليه كفارتان وقيمةُ الدابتين ، وعلى عاقلته ديةُ النفسَينِ . وإن أركبهما أجنبيان ، فنصفُ الهلاك في الكل مضافٌ إلى كل واحد منهما .

فإن أركبه الوليُّ عند مسيس الحاجة من غير تفريط ، فهو كما [لو] (٥) ركب الصبيُّ بنفسه ولا عهدةَ على الولي . وإن لم تكن حاجةٌ ولكن أَرْكَبه لغرض التفرج والزينة - حيث يَغْلب الأمنُ - ففي إحالة الضمان على الولي وجهان ، ووجه الحوالة (٦) : أنّ مثل ذلك يجوز بشرط سلامة العاقبة .

ولو تعدّى المُرْكِبُ وتعدى الصبيُّ (٧) ، فقد قيل : (٨ الإحالةُ على المُرْكِب ، ويحتمل الإحالة على الصبيّ إذا قلنا : له عَمْدٌ ٨) إذِ المباشرة أولى من السبب ، لكن (٩) لما لم تكن مباشرتُه عدوانا - لِصِبَاه - أمكن أن يجعل (١٠ كالمتردي مع الحفر ١٠) .

فإن كانا عبدين فهما مُهْدران . وإن كان أحدهما عبدًا فنصفُ قيمة العبد في تركة الحر ، أو على عاقلته على قول . ونصف دية الحر تتعلّق بتلك القيمة ؛ لأنه كان يتعلق برقبته لو بقي ؛ فيتعلّق بقيمته .

وإن كانتا حاملين ، ففي تركة كل واحدة أربع كفارات ؛ بناءً على أن قاتل نفسِه تلزمه

(١) في الأصل : « دية » وهو خطأ والمثبت من (أ) ، (ب) .
(٢) في (أ) : « نفْسهما » .
(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٤) في (أ) : « فهما كالبالغين » .
(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٦) في (أ) : « ووجه الإحالة » .
(٧) في (أ) : « وتعمد الصبي » .
(٨) في (أ) : « الحوالة على المركب ، وقيل : الحوالة على الصبي إذا قلنا : إنه عمد » .
(٩) في (أ) : « ولكن » .
(١٠) في (أ) : « كالمردي مع الحافر » .

الكفارةُ ، وأن الشريك تلزمه كفارةٌ كاملة ، وأن الجنين فيه كفارة ، وفي تركة كل واحدة : نصفُ غُرّة [1] جنينها ، ونصفُ دية صاحبتها ، ونصفُ غرة جنين صاحبتها [2] ، فتجب غرتان كاملتان في التركتين وديةٌ واحدة ويُهْدر النصف [3] منهما لا من الجنين .

وان كانتا مستولدتين حاملتين – وتساوت قيمتهما – فقد تَقَاصًا (وإن كانت إحداهما تساوي [4] مائتين والأخرى مائةً ، فصاحبُ المائتين يستحق مائة ، وصاحبُ المائة يستحق خمسين ، فبقي لصاحبِ النفيسة خمسون على صاحب الخسيسة ؛ لأنّ جناية المستولدة تجب على السيد ؛ لأنه بالاستيلاد السابق صار مانعًا بخلاف القِنّ ، وكان يحتمل هاهنا أن لا تلزمه ؛ لأنه إنما يكون مانعًا إذا بَقي المحل حيًّا قابلًا للتفويت [5] ، وقد كان موته [6] مع الجناية لا بعدها .

وإن كانتا حاملتين – والقيمةُ بحالها وقيمةُ كل غرة أربعون – فصاحب النفيسة يستحق مائةً وعشرين من جملة مائتين وأربعين ، ولكن قيمة الخسيسة مائة – وهي أقل من الأرش – فلا يجب على السيد إلا أقل الأمرين [7] ، فالواجبُ على صاحب الخسيسة مائة ، ويستحق صاحبُ الخسيسة سبعين : (⁸ خمسون لمستولدته وعشر للغرة ⁸) ، فيبقى عليه ثلاثون .

الصورة الثانية : إذا اصطدمت سفينتان بأجراء ملاحين : فالسفينة كالدابة والملاحُ كالراكب ، وغلبة الرياح كغلبة الدابة حتى يُخَرّج على القولين ، ونزيد هاهنا إن كان في كل سفينة عَشرةُ أنفسٍ مثلًا ، فهما شريكان في قتل العشرين ، وكذلك في إتلاف المال الذي في السفينة [9] . فإن هلك المال وتنازعوا ، فقال الملاح : حصل بغلبة الريح ، وقال المالك : بل بفعلكما [10] : فالقولُ قولُ الملاح ؛ إذِ الأصل براءة الذمة .

---

(١) الغُرّة : عبد أو أمة . انظر المصباح المنير (٢ / ٦٨٢) مادة (غ ر ر) .

(٢) في (أ) : « صاحبها » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « النصفان » .

(٤) في (أ) : « تَسْوَى »

(٥) في (أ) ، (ب) : « للبيع » .

(٦) في (أ) : « موتها » .

(٧) في الأصل : « إلا أقل أمرين » والمثبت من (أ) .

(٨) في (أ) : « خمسين لمستولدته ، وعشرين لغرة » .

(٩) في (أ) : « السفينتين » .

(١٠) في (أ) : « بل بفعلك » .

ولو ثقب (١) الملاحُ السفينةَ وغرق أهلُها ، فقد يكون عمدًا محضًا ، وقد يكون شبه العمد (٢) ، وقد يكون خطأً ولا يخفى [حكمه] (٣) .

فرع : إذا أشرفت السفينة على الغرق - وكان النجاة في إلقاء الأمتعة - فقال من احتاج إلى النجاة : أَلْقِ متاعك وأنا ضامنٌ ؛ فيلزمه الضمان لمسيسِ الحاجة إلى الفداء كما إذا قال : طلِّقْ زوجتَك وأنا ضامن للمهر ، وكذلك إن كان (٤) الحاجة لغيره فله الالتزام بسببه ، بل عليه إلقاء متاعه لنفسه . وإن كانت الحاجة عامةً - للملتمسِ وصاحبِ المتاعِ - فيه وجهان (٥) :

النص : أنه يجب ضمانُه ؛ لأنّ الملتمس محتاجٌ ، فحاجةُ / المالك لا تمنعه من البذل . ٢٤٤/أ

والثاني : (٦ أنه يسقط بحصة المالك ٦) ، فإن كانوا عشرةً سقط العشرُ ، أو خمسةً فالخُمُسُ .

ولو قال : أَلْقِ متاعك - ولم يتعرضْ للضمان - ففيه وجهان ؛ كما إذا قال : اقْضِ ديني ، ولم يشترط الرجوع (٧).

ولو قال : أنا وركبانُ السفينة ضامنون ، كلُّ واحد واحد على الكمال : فيلزمه ، وركبانُ السفينة لا يَلْزمهم إذا أنكروه .

ولو قال (٨) : أنا وهم ضامنون كلٌّ بحصته : فحصتُه تلزمه ، والباقي يرجع إليهم . فإن قالوا : رَضينا بما قال ، لزمهم - وإن كنا لانقول بوقف العقود - لأنّ هذا مبني على المصالحة والتساهل .

ولو أطلق قولَه : أنا وركبانُ السفينة ضامنون ، ثم قال : أردتُ التقسيطَ : فالقولُ قوله مع يمينه حتى لا يلزمه إلا نصيبُه .

وإن قال : أنا ضامن وركبان السفينة ضامنون ، ثم فَسّر بالتقسيط : فاختيار المزني (رحمه الله) أنه يُقْبل مع يمينه ، وظاهر النص : أنه لا يُقْبل ؛ لإضافته الضمانَ إلى نفسه [أولًا] (٩) ثم ذِكْره الركبانَ بعده .

---

(١) في (أ) : « ولو نقب » .
(٢) في (أ) : « شبه عمد » .
(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٤) في (أ) : « كانت » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « ففيه وجهان » .
(٦) في (أ) : « أنه يسقط بحصته ».
(٧) في (أ) : « ولم يشرط الرجوع » .
(٨) في (أ) ، (ب) : « وإذا قال » .
(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

الصورة الثالثة : إذا رجع حجر المنجنيق على الرماة - وكانوا عشرة - فهلكوا : فَيُهْدر من دم كلٍّ واحدٍ عُشْرُه ويتعلق تسعةُ أعشار [(١)] بعاقلة الباقين ؛ إذ ما من واحد إلا وهو قَتَل نفسه [(٢)] بمشاركةِ تسعةٍ .

وإن أصاب غير الرامين ، فالديةُ على عاقلتهم ، إلا إذا قصد [(٣)] شخصًا بعينه وقدروا على الإصابة غالبًا . فإن قصدوا جَمْعًا وعلموا أنهم يصيبون واحدًا ولكن لا بعينه ، فهو خطأ في حقِّ ذلك الواحد ، ولهذا قلنا : المكرِه إذا قال : اقتل زيدًا أو عَمْرًا ، فقتل زيدًا فلا قصاصَ على المكرِه ؛ لأنه ما قصد [(٤)] زيدًا بعينه ، ويجب على المكْرَه ؛ لأنه ذو خِيَرةٍ في تعيينه ، بخلاف ما إذا قال : اقتلْهما وإلا قتلتُك ، فإنَّ خيرته في التقديم والتأخير لا تُؤثر .

الصورة الرابعة : [(٥)] إذا جرح الدافع ثلاث جراحات : أولها عند قصده ، [(٦)] والثانية بعد إعراضه [(٦)] ، والثالثة بعد عَوْده إلى القصد : فالمتوسطة مضمونة ، [(٧)] والأخريان مهدران [(٧)] فعليه ثلث الدية .

ولو ضربه في الدفع ضربتين ، وبعد الإعراض واحدةً ، فعليه نصف الدية ؛ جمعًا لما جرى في حالة الإهدار ، بخلاف ما إذا توسطت حالة بين حالتين [(٨)] .

ولو جرح مرتدًّا وأسلم ، فعاد الجارحُ مع ثلاثة من الجناة فجرحوه ، قال ابن الحداد : الجناةُ أربعةٌ ، فعلى كل واحد ربعُ الدية ، إلا أن الجاني في الحالتين لزمه الربع بجراحتين ، إحداهما مهدرة ، فيعود نصيبه إلى الثمن . وقال بعض الأصحاب : لا ، بل توزع على الجراحات لا على الجارحين ، ويقال : الجراحات خمسة ، [(٩)] والواحد منها مهدر ؛ فسقط الخمس [(٩)] ويبقى

---

(١) في (أ) : « تسعة أعشاره » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « قاتل نفسه » .
(٣) في (أ) : « قصدوا » .
(٤) في (أ) : «لأنه قصد» وكلاهما صحيحٌ على اعتبار أن الضمير في قوله : (لأنه ما قصد) يعود على المُكرِه ، وفي قوله : (لأنه قصد) يعود على المُكْرَه .
(٥) في (أ) : « الرابعة » بدون كلمة « الصورة » .
(٦) في (أ) : « والثانية عند إعراضه عن القصد » .
(٧) في (أ) : « والآخرن يهدران » .
(٨) في (أ) : « الحالتين » .
(٩) في (أ) ، (ب) : « والواحدة منها مهدرة ، فيسقط الخمس » .

[على] (١) كل واحد من الأربعة (٢) خمسُ الدية ، ويدخل نُقْصانُ الإهدارِ على الكل .

ولو جنى أربعة في الردة ، ثم عاد (٣ منهم واحد ٣) مع ثلاثة آخرين وجنوا في الإسلام : فعلى مذهب ابن الحداد (رحمه الله) : الجناةُ سبعةٌ ، فعلى كل مَنْ لم يَجْنِ في الإسلام سبعٌ كامل ؛ ومن جنى في الحالتين رجع سُبعه إلى النصف . وعلى الوجه الآخر يقال : (٤الجنايات ثمانية ، أربعة في الردة مهدرة ، فيبقى أربعة ٤) أثمان الدية على الأربعة الذين جنوا في الإسلام . ولْنَقِس على هذا ما إذا جنى خطأً ، ثم عاد مع غيره وجَنَيَا [معا] عمدًا (٥) ، ولكن يكون التوزيع هاهنا النقل إلى العاقلة في البعض كما كان .

ثم للإهدار فرعان :

الأول : (٦ جنى عبد ٦) على حر ، فجاء إنسان وقطع يد العبد ، ثم قطع العبدُ بعده يَدَ حُرٍّ ، وماتوا : فتؤخذ قيمة العبد من الجاني عليه ، ويختص المجنيّ عليه بالأرش بقدر أرش اليد ، والباقي يكون مشتركًا بينه وبين المجني عليه ثانيًا ؛ لأنه حيث قطع يده لم يكن للثاني حقّ .

ونعني بالأرش قيمة النقصان على الأصح ؛ إذ لو أردنا نصف الدية ، فلو فرضنا بدله قطع اليدين لم يَبْقَ للمجني عليه ثانيًا شيء .

الثاني : إذا تقاتل رجلان بسيفيهما ، فأصبحا قتيلين ، فادّعى وليُّ كل واحد أنّ صاحبه كان دافعًا لا قاصدًا : تَحَالَفَا ، فإنْ نكل واحدٌ حصل الغرض ، وإن حلفا تساقطا .

وحكمُ كل شخصين التقَيَا في بادية ، واستشعر كلٌّ واحد من صاحبه القصدَ : أنه إن غلب على ظنه قَصْدُه حَلَّ له البدايةُ بالدفع ، وإلا فلا ، فإنْ قتلَه ومات الدافعُ وأَقَرَّ وليُّه بأنه كان مخطئًا في ظنه : أُخذت الدية من التركة .

---

(١) زيادة من (أ) .   (٢) في (أ) : « من الأربع » .

(٣)في (أ) ، (ب) : « واحد منهم » .

(٤)في (أ) ، (ب) : « الجنايات ثماني ، أربع في الردة مهدرة ، فبقي أربعة » .

(٥) زيادة من (أ) .   (٦) في (أ) : « عبدٌ جنى » .

فإن قيل : القاتلُ بالسحر لم يَذْكروه ، قلنا : لا يُعْرف ذلك إلا بإقرار الساحر ، فإن قال : سِحْري يَقْتل غالبًا ، فهو عَمْدٌ يجب به القصاص . وإن قال : قصدتُ الإصلاح ، فهو شِبْهُ عمد . وإن قال : قصدتُ غيره / فأصبتُ اسمَه فهو خطأ محض . ٢٤٤/ب

ولا ينبغي أنْ يُتَعَجَّب من هذا ؛ فإنَّ السحر حقٌّ .

* * *

القسم الثالث
في بيان مَنْ تجب عليه الدية

وهو الجاني إن كان عمدًا ، والعاقلة [(١)] إن كان خطأً أو شبه عمد ؛ لما رُوي « أنّ جاريتين اختصمتا ، فَضَربت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط ، فَقَتَلتها وما في بطنها ، فقضى رسولُ الله ﷺ بالدّية على العاقلة ، وفي الجنين بِغُرّة : عبدٍ أو أَمَةٍ » [(٢)].

والنظر في العاقلة يتعلّق بأركان :

الأول : في تعيينهم .

والديةُ تُضْرب على ثلاث جهات : العصوبة ، والولاء ، وبيت المال . أما المحالفة والموالاة فلا تُوجب تحمُّلَ العَقْلِ خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) .

الجهة الأولى : القرابة ، وهو كل عصبة واقع على طرف النسب ، فلا تُضرب على أب الجاني وابنِهِ ، كما لا تُضْرب على نفسه ، وقد ورد في الحديث : « وكان العصبة [(٣)] أحقّ به » .

واختلفوا في ثلاثة أمور :

أحدها : أنّ ابنها لو كان ابنَ ابنِ عمها [(٤)] ، أو معتقه [(٥)] ، فهل تُضْرب عليه ؟ فيه وجهان [(٦)] :

---

(١) في الأصل « أو العاقلة » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) الحديث رواه البخاري (١٢ / ٢٦٣) (٨٧) كتاب « الديات » (٢٦) باب « جنين المرأة ، وأن العقل على الوالد وعصبة الوالد لا على الولد » حديث (٦٩١٠) بإسناده عن أبي هريرة قال : « اقتتلت امرأتان من هذيل ، فرمت إحداهما الأخرى بحجر ، فقتلتها وما في بطنها ، فاختصموا إلى النبي ﷺ ، فقضى أن دية جنينها غُرَّةٌ : عبدٌ أو وليدة ، وقضى أن دية المرأة على عاقلتها » . ورواه مسلم أيضًا (٣/ ١٣٠٩) (٢٨) كتاب « القسامة » (١١) باب « دية الجنين » حديث (١٦٨١) . ورواه أبو داود (٤/ ٧٠١) حديث (٤٥٧٦) ، والترمذي (٤/ ١٦) حديث (١٤١٠) وابن ماجه (٢/ ٨٨٢) حديث (٢٦٣٩) جميعًا من طرق عن أبي سلمة عن أبي هريرة به .

(٣) في (أ) : « وكان أبعاضه » .

(٤) في الأصل : « لو كان ابن عمها » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الصواب .

(٥) في (أ) : « أو معتقها » .

(٦) قال الحموي : « قوله في باب العاقلة : (واختلفوا في أمور أحدها : أنه لو كان ابنُه ابنَ عمه أو معتقَه ، فهل يضرب عليه ؟ فيه وجهان) .

قلت : لا يتصور بأن يكون ابنُه ابنَ عمه ، كما لا يخفى . قلت : أراد بابنه ابنَ عمه ؛ فإنه يطلق ذلك عليه بطريق المجاز ، قال الله تعالى : ﴿ يابني آدم ﴾ » . إشكالات الوسيط (ق ١٧١ /أ) .

أحدهما : لا ؛ لأنّ البنوة مانعة .

والثاني : تُضرب ؛ لأنها ليست مانعةً ولا موجبةً كما في ولاية النكاح فتُجْعل كالعدم .

الثاني : أنّ الأخ للأب والأم ، هل يُقَدم على الأخ للأب ؟ ، فيه قولان كما في ولاية النكاح .

الثالث : أن الترتيب يُرْعَى ولا يرقى إلى الأعمام ما لم يفصل عن الإخوة ، (1 ويرعى من لم يثبت له الميراث 1) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُسَوَّى بينهم .

الجهة الثانية : الولاء ، فإذا لم نُصادف عصبةً ضَرَبنا على معتق الجاني ، فإن لم يكن فعصباتُه ، ثم معتق المعتق ، ثم عصباته ، (2 ثم معتق أب أب المعتق 2) ، ثم عصباته ، ثم معتق جدّ المعتق ، ثم عصباته ، على هذا الترتيب كما في الميراث .

وهل يدخل ابنُ المعتق وأبوه ومَنْ على عمود نسبهِ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ كما في النسب ، ولما رُوي أن مولى صَفيَّة [3] بنت عبد المطلب (رضي الله عنها) جنى ، فقضى عمر (رضي الله عنه) بأرش الجناية على عليّ (رضي الله عنه) ابن عمها ، وقضى بالميراث لابنها الزبير (رضي الله عنه) .

والثاني : أنه [4] يُضْرب ؛ لأنّ المعتق عاقلة ، فيضرب على ابنه كما يضرب على ابن الأخ ، بخلاف الجاني نفسه .

فروع

الأول : المرأة إذا أَعتقت فلا تُضْرب عليها ، بل يَحْمل عنها جنايةَ عتقها مَنْ يحمل جنايتَها مِنْ عَصَباتِها ؛ كما يُزَوِّج عتيقَها مَنْ يُزَوِّجها .

الثاني : لو أعتق جماعةٌ عبدًا ، فَهُمْ كشخصٍ واحد لا يلزم جميعَهم أكثرُ من حصة واحدة [5] ، وهو نصف دينار ، فإن كانوا ثلاثةً فحصةُ كلِّ واحدِ السدسُ ، فلو مات واحد وله

---

(1) في (أ) : « ويرعى ترتيب الميراث » .

(2) في (أ) : « ثم معتق أبي المعتق » .

(3) في (أ) : « مولًى لِصَفية » .

(4) قوله : (أنه) ليس في (أ) .

(5) في (أ) : « من حصة واحد » .

إخوة (1 فلا يجب على كل واحد من إخوته أكثر من السدسُ ؛ إذْ غايتُه أنْ يكون وحده نازلًا منزلةَ مورثِه لو كان حيًّا 1) .

الثالث (2) : إذا فضل من المعتق نصيب ، فلا يترقى إلى عصباته في حياته ؛ لأن تحملَهم بالولاء ، وليس لهم وَلاءٌ في حياة المعتق ، بخلاف ما إذا مات وله إخوة وأعمام ، ففضل من إخوته شيء فيُطالب الأعمام كما في النسب ؛ لأن الولاء يُورث به ، فهو لُحْمَةٌ كَلُحْمة النسب ، ولكن يكون كذلك بعد موت المعتق ، ولا يخلو الفرق بين المسألتين عن احتمال .

الرابع : العتيق ، هل يتحمل العقْلَ عن معتقه ؟ وفيه قولان :

أحدهما : نعم ؛ لأن المِنّة عليه أعظمُ ، (3 فهو بالنصرة أجدر 3) .

والثاني : لا ؛ لأنّه لا يَرث ، بخلاف المعتق .

فإنْ قلنا : يتحمل ، فلو اجتمع المولى الأعلى والأسفل ، فلعلّ تقديم الأعلى أولى .

الخامس : (4 المستولد من عتيق وعتيقة يَثْبت الولاء عليه لموالي الأب ترجيحًا لجانب الأبوة 4) ، فلو تولّد من عتيقة ورقيق ، فالولاء لموالي الأم لانسداد جهة الأب ؛ إذْ لا وَلَاءَ عليه بعد .

فلو أعتق الأب انجرَّ الولاءُ إلى موالي الأب وسقط ولاء موالي الأم . فلو جنى هذا الولدُ قبل جَرِّ الولاء فالعقل على موالي الأم ، أعني إذا مات المجني [عليه] (5) قبل الجرّ . فإن مات بعده فقدر أرش الجناية على موالي الأم مع السراية إلى وقت الجر ، وما حصل بعد الجر فعلى الجاني ، فإنه كيف تُضرب على موالي الأب وهو نتيجة جناية قبل الجرّ ؟ ، وكيف تُضرب على موالي الأم مع السراية (6) وإنما حصل بعد الجر ؟ وكيف تُضرب على بيت المال ، وفي الحالتين قد وُجد مَنْ هو

---

(1) في (أ) : « فلا يجب على جميعهم إلا سدس ديته ؛ لأن هذا هو الذي كان يلزمه ، وهم يقومون فيه مقامه » .

(2) ساقطة من (أ) . (3) في (أ) : « فهو بالنظر أجدر » .

(4) في (أ) : « المستولدة من عتيق وعتيقة يثبت الولاء عليها لمولى الأب ترجيحًا لجهة الأبوة » .

(5) زيادة من (أ) .

(6) قوله (مع السراية) ساقط من (أ) .

أولى منه ؟ .

وبالجملة ، الضربُ على العاقلة بخلاف القياس ، فتسقط بالشبهة كالقصاص . ولو قيل : تُضرب على بيت المال لم يكن بعيدًا . فلو قطع اليدين قبل الجرّ ، أو قطع اليدين والرجلين ثم مات بعد الجر : فعلى موالي الأم ديةٌ كاملة ، ولا يُبَالَى / بقولهم : إن هذه دية نفس (١ ذهبت بعد الجر ١) ؛ لأنّ المقصود أنْ لا نزيد عليهم لما بعد الجر شيئًا [ومقدار الدية كان لازمًا قبل الجرّ ولم يَرِد بعده شيء] (٢) . ٢٤٤أ

الجهة الثالثة : بيت مال المسلمين ، فإنه مَصَبُّ المواريث ، فإذا لم نجد مِنْ عصبات النسب والولاء محلًّا (٣) أو فضل منهم ضَربْنا على بيت المال ، إلا إذا كان الجاني ذميًّا ، فإن لم يكن في بيت المال شيء رجعنا إلى الجاني وضَرَبْنا عليه . هذا حكم الجهات (٤) .

أما الصفات : يُشْترط (٥) فيمن تُضْرب عليه : التكليفُ ، والذكورةُ ، والموافقة في الدين واليسار . ولا تُضرب (٦) على مجنون ، وصبيّ ، وامرأةٍ وإن كانت (٧) معتقة ؛ لأنهم ليسوا أهل النصرة بالسيف .

وفي الزَّمِنِ الموسر وجهان ؛ لأنه - بحكم عجز الحال - يُضَاهي النساءَ .

ونعني بموافقة الدين أنه لا يتحمل مسلمٌ عن كافر ، ولا كافر عن مسلم . وهل يتحمل اليهودي عن النصراني ؟ فعلى قولين ، منشؤهما : أن التوارث موجود ، والتناسل معدوم (٨) .

وتُضرب جناية الذمي على عاقلته الذميين (٩) دون أهل الحرب فإنهم كالمعدومين (١٠) . وتُضرب على المعاهدين ، فإن زادت عهودهم على أَجَلِ الدية : فإن بقي سنةٌ أخذنا حصة تلك

(١) في (أ) : « زهقت بعد القطع » .
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .
(٣) في الأصل : « محتمل » والمثبت من (أ) .
(٤) قوله : (هذا حكم الجهات) ساقط من (أ) .
(٥) في (أ) : « فيشترط » .
(٦) في (أ) : « فلا تضرب » .
(٧) في الأصل : « وإن كان » والمثبت من (أ) .
(٨) في (أ) : « والتناصر معدوم » .
(٩) في الأصل : « الذمي » والمثبت من (أ) .
(١٠) في (أ) : « لأنهم كالمعدومين » .

السنة ، فإن لم نجد أوجبنا على الجاني دون بيت المال ؛ لأن بيت المال لا يرثه ويرث المسلم . نعم ، الذميُّ إذا مات (1 فمالُه من الخُمُسِ 1) .

وأما اليسار فشرطٌ ، ولا تُضْرب على فقير وإن كان مُعْتملًا . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُكَلّف المعتَمِلُ الكسْبَ .

ثم على الغنيّ نصفُ دينار ، ولا يُزَاد عليه ، وهو أول درجة المواساة فى الزكاة . وعلى المتوسط نصفُ ذلك ، وهو ربع دينار .

ونَعْني بالغني مَنْ ملك عشرين دينارًا عند آخر السنة التي هي [أصل] (2) الدية ، وليكن ذلك فاضلًا عن مسكنه وثيابه وكلِّ ما لايُحْسب في الغنى في الكفارات المرتبة .

والمتوسطُ مَنْ جاوز حّد الفقير (3) ، وهو الذي ملك شيئًا فاضلًا عن حاجته ناقصًا عن عشرين دينارًا ، وليكن ذلك (4) أكثر من ربع دينار حتى لا يَرُدَّه أَخْذُه منه إلى حَدِّ الفقر (5) .

وإنما يُعْتبر اليسار آخرَ السنة ، فلو طرأ اليسارُ بعدها ، أو كان قبلها : فلا التفاتَ إليه .

* * *

---

(1) في (أ) : « فمالُه فيء يُخمس » .

(2) زيادة من (أ) .

(3) في(أ) : « حد الفقر » .

(4) في الأصل : « وليكن ذلك » والمثبت من (أ) .

(5) في (أ) : « حد الفقير » .

الركن الثاني
في كيفية الضرب على العاقلة

والنظر في القدر ، والترتيب ، والأَجَل :

أما القدر : فلا يُزَاد على النصف والربعِ في حقّ الغني والمتوسط ، ولكنه حصةُ سنةٍ واحدة ؟ أو حصة للسنين الثلاث ؟ فيه وجهان .

وكلُّ ما قَلّ وكَثُرَ مَضْروبٌ على العاقلة . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ما دون أرشِ الموضحة لا يُعْقل (١) . وفي القديم : [قول] (٢) أنه لا يُحْمل ما دون ثلث الدية . وقولٌ : أنه لا يحمل إلا بدل النفس ، وهما مهجوران .

فإن كان أرش الجناية نصف دينار - والعاقلةُ مائةٌ مثلًا - ففيه وجهان :

أحدهما : أنّ القاضي يُعَين واحدًا برأيه ؛ إذْ توزيعُه يؤدّي إلى مطالبة كلّ واحد بما لا يُتَموّل .

والثاني : أنه يُوزع [عليهم] (٣) ، وعليهم تحصيلُ نصفِ دينار مشتركًا بينهم .

وإن كَثُرَ الواجبُ وقلّت العاقلةُ بدأنا بالإخوة ، فإن فضل منهم شيء بعد أداء كلِّ واحدٍ منهم النصفَ أو الربعَ ترقينا إلى بني الإخوة ، ثم إلى الأعمام على الترتيب ، فإن فضل عن العصبات طالبنا المعتق (٤) . فإن فضل عنه [شيء] (٥) لم يضرب على عصباته في جناية ؛ إذْ لا ولاءَ لهم ، وفي موته يُسْلك بعصباته مَسْلَك عصبات الجاني ، فإنْ لم نجد من جهة الولاء والقرابة أخذنا البقية آخر السنة من بيت المال ، ونفعل (٦) كذلك بحصة السنة الثانية . ولا يَبْعُد أن يَتَحمّل في السنة الثانية (٧ مَنْ لم يتحمل في السنة الأولى لعذرِ صِغَرٍ أو فقر ٧) .

---

(١) انظر الهداية (٤ / ٥٧٩) .
(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٣) زيادة من (أ) .
(٤) في (أ) : « طلبنا المعتق » .
(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٦) في (أ) : « ونحصل » .
(٧) في (أ) : « من لم يتحمل في الأولي لعذر أو فقر » .

ثم إن لم يكن في بيت المال شيء[١] ، ففي الرجوع إلى الجاني وجهان [٢ ينبنيان على أن الوجوب ٢] يُلاقيه أم لا ؟ . وقيل : إنه[٣] ينبني على أنه إن ظهر يسارٌ لبيت المال بعد المدة ، فهل يؤخذ منه ؟ ، وهذا البناء أولى ؛ [٤ فإنّا لو قلنا ٤] : لا يتعلّق ببيت المال ولا يرجع إلى الجاني ، كان ذلك تعطيلًا . وقطع القاضي بأنه لا يُضْرب على الجاني ، وذَكَرَ في فطرة الزوجة الموسرة عند إعسار الزوج وجهين . والفرقُ عسيرٌ ، والوجْهُ : التسويةُ في الوجوب[٥] عند العجز عن التحمل، كيف وقد قطع الأصحابُ بالرجوع إلى الجاني في مسألتين :

إحداهما : الذمي إذا لم يكن له عاقلة .

والثانية[٦]: إذا أقر الجاني بالخطأ وأنكر العاقلةُ[٧] ولايتَه طُولب الجاني . والفرق عسير . وغايةُ الممكن تَوَقُّعُ يسارِ بيت المال في حق المسلم الذي تثبت عليه الجناية بالبينة ، بخلاف ما إذا أنكر[٨] العاقلةُ ، فإنّ إقرارهم بعيد ، والذمي لا يتوقع له متحمل ؛ إذْ لا تتعلّق جنايته ببيت المال .

فرع : لو اعترف العاقلة بعد أداء الجاني [٩ فإنْ قلنا : الوجوب يُلاقيه ، رجع على العاقلة ، وإن قلنا : لا يُلاقيه استردّ ما أدّاه وطالب المجنيُّ عليه العاقلةَ ٩] / . ٢٤٥/أ

أما الأجل[١٠] : فمائةٌ من الإبل – إذا وجبت في النفس – مضروبةٌ في ثلاث سنين وفاقًا ، يؤخذ في آخر كل سنةٍ ثُلُثُها . فمنهم مَنْ قال : عِلّتُه أنه بدل النفس حتى زاد[١١] عليه في عبد قيمتُه مائتان من الإبل – وقلنا : تحمل – أو نقص[١٢] في عبد خسيس أو غرة جنين : فتضرب أيضًا في ثلاث سنين . ومنهم من قال : عِلَّتُه القَدْرُ ، فقيمةُ العبد إذا كان[١٣] مائتين من الإبل

---

(١) كلمة (شيء) ليست في (أ) ، (ب) .
(٢) في (أ) : « مبنيان على أن الواجب » .
(٣) قوله : (إنه) ليست في (أ) .
(٤) في (أ) : « فإن قلنا » .
(٥) في (أ) : بالوجوب » .
(٦)في الأصل : « الثانية » والواو زيادة من (أ) .
(٧) في (أ) « وأنكرت العاقلة » .
(٨) في (أ) : « أنكرت » .
(٩) في (أ) « فإن قلنا : الوجوب يلاقيه ، رجع على العاقلة ولا يسترد ، وما أداه واقعٌ موقعَه . وإن قلنا : لا يلاقيه الوجوب ، فيسترد ما أداه ، وليس للمجني عليه إلا مطالبة العاقلة » .
(١٠) في (أ) : « أما الإبل » .
(١١) في (أ) : « لوزادت » .
(١٢) في (أ) : « أو نقصت » .
(١٣) في (أ) : « إذا كانت » .

تُضْرب في ثلاث سنين .

وديةُ اليهودي والنصراني في سنة [واحدة] (1) ، وديةُ المرأة في سنتين ، وديةُ المجوسي وغرةُ الجنين في سنة واحدة ؛ لأنّ السنةَ لا تتجزَّأ .

فروع

الأول : لو قتل واحدٌ ثلاثةً ، واجتمع على عاقلته ثلاثمائة من الإبل : فمنهم من قال : إنْ نظرنا إلى القدْرِ ، فَتُضرب هنا (2) في تسع سنين ، وإن نظرنا إلى النفس فوجهان ؛ إذْ لا يبعد أنْ تزيد النفوس المتعددة على نفس واحدة . ومنهم من عكس وقال : إنْ نظرنا إلى النفس ففي ثلاث سنين ، وإن نظرنا إلى القدر فوجهان ، ووجهُ الاقتصار : أنّ كل دية متميزة عن غيرها ، وآجالُ الديون المختلفة تتساوى ولا تتعاقب .

فإنْ ضَربْنا في تسع سنين ، فإذا تمت السنةُ الأولى أُخِذَ ثلثُ دية واحدة ووزع (3) على أولياء القتلى . وكذا آخر كل سنة .

فإن اختلف ابتداء التواريخ : فإذا تَمَّ حَوْلُ الأول أُخذ ثلث الدية وسُلّم إلى وليّ القتيل الأول ، فإذا تَمَّ حوْلُ الثاني ثم حَوْلُ الثالث فكذلك يُفْعل ؛ (4 فيتمّ ثلث دية واحدة في ثلاثة أوقات ، وهكذا نفعل 4) في تسع سنين .

الثاني : ثلاثةٌ قتلوا واحدًا ، فالصحيح : أنّ الدية تُضْرب على العواقل ، على كل عاقلةٍ ثلثُها ، ويُؤَدَّى ذلك الثلث في ثلاث سنين ، وكأنهم عاقلةٌ واحدة ؛ لأن المستحق واحد . وقيل : تُضْرب في سنة ؛ نظرًا إلى المستحق عليه .

الثالث : دية إحدى يَدَي المسلم ، تُضْرب في سنتين ؛ إذْ لم يكمل القدْرُ ولا هو بدل النفس . وديةُ اليدين كدية النفس من كل إنسان ، وديةُ يَدَيِ المرأة كنفسها . ولو قَطَع يَدَىْ رجلٍ ورجليه فوجهان :

---

(1) زيادة من (أ) . (2) في الأصل « هذا » .

(3) في (أ) : « ووزعت » .

(4) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

أحدهما : أنه(١) تُضْرب في ست سنين ، وهو نظر إلى القدْرِ ، ومَنْ نظر إلى النفس شَبَّهَ هذا بنفسين(٢) وقد ذكرنا فيه وجهين ، وفي الأطراف وجه : أنَّ بدلها كيفما كان تُضْرب في سنة واحدة ، وهو بعيد .

الرابع : من مات في أثناء السنة - أو أَعْسَرَ في آخر السنة - فكأنه لم يكن ولا يلزمه شيء من حصة تلك السنة ؛ تشبيهًا له بتلف نصاب الزكاة في أثناء الحول .

والذميُّ إذا مات في أثناء الحول ، ففي حصته من الجزية وجهان ؛ لأنّ فيه مشابه الأجرة .

الخامس : غيبةُ بعضِ العصبات في آخر الحول ، هل يكون كعدمهم ؟ ، فيه قولان :

أحدهما : نعم ؛ إذ يعسر تحصيلُها منهم ، فتضرب على الباقين ، وعلى(٣) هذا ، تعتبر غيبةٌ لا يمكن تحصيل المال بالمكاتبة إلى القاضي في مدة سنة .

والثاني : أنه تُضْرب عليه وتُحَصَّل على حسب الإمكان ، وهو القياس .

السادس : أول الحول يُحْسب من وقت الرفع إلى القاضي ، سواءٌ شَعَر به(٤) العاقلة أو لم تشْعر ، ولم يُحْسب من وقت الجناية ؛ لأن هذه مدة تُناط بالاجتهاد .

ولو رُفعت جنايةٌ إلى القاضي ، ثم تولد(٥) سرايةٌ بعد الرفع ، فأرشُ السراية ولايُحْسب(٦) من وقت الجناية ، بل من وقت السراية(٧) .

---

(١) في (أ) : « أنها » .

(٢) في (أ) : « بنفس » .

(٣) في (أ) : « فعلى » .

(٤) في (أ) : « سواء شعرت به » .

(٥) في (أ) : « ثم تولدت » .

(٦) في (أ) : « لا يحتسب » .

(٧) قال الحموي : « قوله : (السادس : أول الحول : يحسب من وقت الرفع إلى القاضي ، سواء شعرت به العاقلة أو لم يشعروا ، ولم يُحْتَسب من وقت الجناية ؛ لأن هذه مدة تناط بالاجتهاد ، ولو رُفِعَتْ جنايةٌ إلى الحاكم ثم تولدت منها سرايةٌ بعد الرفع ، فأرش السراية لا يحتسب من وقت الجناية بل من وقت السراية) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال ؛ فإن الذي ذكره الإمام عن أبي حنيفة أن أولَ الحول يحتسب من وقت الرفع إلى الحاكم على ما ذكره الشيخ ، فاعتبر الحول من وقت الموت في النفس ، وفي الطرف من وقت الجناية إن لم تَسْرِ ، وإن سرت فمن وقت الإندمال ، هذا مع أن الشيخ ذكر في كتاب « الخلاصة » خلافه على ما ذكره الأصحاب .

قلت : أمكن أن يقال : هذه المسألة فيها خلاف ، فإن كلَّ مسألة مجتهد فيها [فيها] خلافٌ ، كالفسخ في الإعسار بالنفقة فإنه يتوقف على الحاكم على وجه ، وكذلك في فسخه في التحالف ، وإذا كان كذلك كان فيه =

السابع : إذا جنى العبدُ ، فأرشُه يتعلّق برقبته ، ولا يتعلق بسيده ولا بعاقلته . وهل يتعلّق بذمته حتى يُطَالَب بعد العتق ؟ فيه قولان ، والأقيسُ : أنْ (١) يتعلَّق به .

ثم هل يصح ضمانُه ؟ فيه وجهان ، منشؤهما : ضَعْفُ هذا التعلق (٢) .

[والأصح : صحتُه ؛ كما في المعسر] (٣) . ومعني التعلُّقِ برقبته : أنْ يُبَاع ويُصْرف ثمنه إلى الجناية . فلو منع السيد واختار الفداء فله ذلك ، وفي الواجب عليه قولان :

أحدهما : أقلُّ الأمرين من الأرش أو قيمة العبد ؛ لأنه لم يمنع إلا من العبد .

والثاني : يلزمه كمالُ الأرش ؛ لأنّ المجني عليه [ربما] (٤) يقول : ربما أجد زبونًا يشتري بالزيادة .

فعلى هذا ، لو قتله السيد (٥) - أو أعتقه - اقتصر منه على القيمة في أحد الوجهين كما لو قتله الأجنبي (٦) ؛ إذْ فات الطمع في الزبون . وقيل : يلزمه كمالُ الأرش كما (٧) إذا أَمْسَكَه .

وإن جنت المستولدةُ ، فالسيد يمانع بالاستيلاد السابق ؛ فعليه أقلُّ الأمرين ؛ إذْ لا طمع في زبون يشتري . وقيل بطرد القولين .

فلو جنت المستولدة مرارًا ولم يتخلل الفداء فهي كجناية واحدة ؛ فَتُجمع ويلزم السيدَ أقلُّ الأمرين . وإن تخلل الفداء فهذا في القِنّ يقتضي فداءً جديدًا ؛ لأنه مانعٌ بمنع جديد . وفي المستولدة قولان ؛ لأن المنع مُتحدٌ ، فإن قلنا : لا يتكرر الفداءُ ، فَيُسْترد ما سُلِّم إلى الأول ويُوَزّع

= خلاف ، وكون الأصحاب لم يذكروه لا ينفي جوازَه ، ويَعْضُدُ ما قلتُه أن قائلًا لو قال : ما الفرق بين مسألتنا وبين ما ذكرناه من الخلاف في غيره ، لما ظهر بينهما فرقٌ قادح ، هذا مع احتمال على أنه اطلَّع على نقل فيه ولم نشاهده ، وإن لم يطلع عليه كان ذلك استنباطًا منه ، فهو متجه ؛ إذ لو كان الأمر على خلاف ما ذكرت لكان يعتقد فيه أن يُثْبِتُ شيئًا في « الخلاصة » ويذكر خلافًا من غير تعقُّلِ ذلك وفَهْمِه ، وذلك لا يُعْتقد فيمن ليس مماثلًا له فكيف به (رحمه اللّه) ؟ فإن دقائق الفقه لا تخفى عليه فكيف بظواهرها ؟ وطريق ذلك ما ذكرناه من الجواب « . إشكالات الوسيط (ق ١٧١ / أ ، ١٧١ / ب) .

(١) في (أ) : « أنه » .

(٢) في (أ) : « التعليق » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) كلمة « السيد » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أجنبي » .

(٧) قوله : (كما) ساقط من (أ) .

عليهما ، ولا يُسْتبعد هذا كما لو حفر بئرًا فتردَّى فيه إنسان فصُرفت [1] تركتُه إلى ضمانه ، فتردى [فيه إنسان] [2] آخر/ فإنه يُسترد ويُوزع . ٢٤٥/ب

فرع : لو قال السيد : [3] اخترتُ فداءَ العبد [3] ، فهل يلزمه أم يَبْقى على حريته [4] ؟ فيه وجهان .

ولو وطىء الجارية الجانية ، هل يكون اختيارًا للفداء كالْوَطْءِ في زمان الخيار ؟ فيه وجهان ، والأصح : أنه يبقى على خيرته ما لم يُرِدِ [5] الفداء ، وأنّ الوطأ لا يكون اختيارًا .

* * *

---

(١) في الأصل : « صرفت » والمثبت من (أ) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « اخترت الفداء للعبد » .

(٤) في (أ) : « على خيرته » .

(٥) غير واضحة في النسخ ، ولعلها كذلك إن شاء الله .

القسم الرابع من الكتاب

في دية الجنين

وقد قضى رسولُ الله ﷺ بغرة : عبدٍ أو أَمةٍ على العاقلة ، فقالوا : كيف نَفْدِي [١] مَنْ لا شَرِبَ ولا أَكَلَ ، ولا صاحَ ولا استهلَّ ؛ ومثلُ ذلك يُطَلّ [٢] ، فقال عليه السلام : « أسجعًا كسجع الجاهلية ؟! وقضَى بالغرة [٣] » .

والنظر فيه في ثلاثة أطراف : الموجِب ، والموجَب فيه ، والواجب .

الطرف الأول : في مُوجِب الغُرّة . وهي جنايةٌ توجب انفصالَ الجنين ميتًا ، فإن انفصل حيًّا ثم مات من أثر الجناية : وجب [٤] دية كاملة ، سواء كانت الحياة مستقرة أو كان حركة المذبوح [٥] سواء كان قبل ستة أشهر – ولا تدوم تلك الحياة – أو بعده [٦] ؛ لأن الحياة صارتْ مستيقنةً . بل نزيد فنقول : مَنْ حزَّ رقبة مثل هذا الجنين – وهو في حركة المذبوحين ، أو أجهض لدون ستة أشهر – فعليه القصاص ، إلا إذا كان ذلك من أثر جناية سابقة ، وهو كَفَرْقِنَا بين المريض المشرف على الهلاك وبين قَتْلِ مَنْ أَشْرَفَ على الهلاك بجناية .

ومهما صار إلى حركة المذبوحين بجناية ، فَحَزَّ غيرُ الجاني رقبتَه فالديةُ على الجاني ، وقال

---

(١) في (أ) : « كيف نَدِي » والمعنى كيف نُعطي الدية ؟ ، يقال : وَدَى القاتلُ القتيلَ ، يَدِيه دِيَةً : إذا أعطى وليَّه المالَ الذي هو بدل النفس . وفاءُ الفعلِ محذوفةٌ ، ويقال في الأمر منه : دِالقتيلَ . بدالٍ مكسورة فقط ، أي ادْفَعْ دِيَتَه . انظر المصباح المنير (٢ / ١٠١٣) .

(٢) أي : يُهْدَر . انظر المصباح (٢ / ٥٧٦) .

(٣) الحديث رواه مسلم (٣ / ١٣١٠) (٢٨) كتاب « القسامة » (١١) باب « دية الجنين » (١٦٨٢) . ورواه أبو داود (٤ / ٦٩٦) حديث (٤٥٦٨) ، والنسائي (٨ / ٤٩) ، والترمذي (٤ / ١٧) حديث (١٤١١) بإسنادهم عن المغيرة بن شعبة (رضي الله عنه) مرفوعًا ، ورواه ابن ماجة (٢ / ٨٨٢) حديث (٢٦٤٠) بإسناده عن أبي هريرة مرفوعًا .

(٤) في (أ) : « وجبت » .

(٥) في (أ) : « حركة المذبوح » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بعدها » .

المزني (رحمه الله) : لا تتم الدية في جنين انفصل قبل ستة أشهر ولا يجب فيه القصاص ؛ لأنه مَنْعٌ للحياة [(١)]لا قَطْعٌ لها ؛ فإن هذه الحياة لا يُتَوهم استقرارُها .

ولو ماتت الأم ولم ينفصل الجنينُ : فلا غرة ؛ إذْ لا تُتيقن حياةُ الجنين ولا وجودُه . ولو انفصل ميتًا – وهي حيةٌ أو ميتةٌ – وجب الغرة [(٢)] ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُحَال موتُه على موت الأم . وعندنا يُحَال كلاهما على الجناية .

ثم اختلفوا في أنّ المعتبر ، انكشافُ الجنين أو انفصالُه ؟ حتى لو خَرجَ رأسُه [(٣)] – وماتت الأم كذلك – ففي وجوب الغُرة وجهان :

أحدهما : تجب ؛ إذ تحقَّقَ وجودُه بالانكشاف .

والثاني : لا ؛ إذْ لم ينفصل .

[٤] وكذا لو قُدَّت المرأة بنصفين [٤] وشاهَدْنا الجنينَ في بطنها فهو على هذين الوجهين .

[٥] وعلى هذا ، لو خرج رأسُه وصاح فَحُزّت رقبته [٥] ففي وجوب القصاص وجهان ؛ بناءً على أن هذا الانفصالَ هل يُعْتدّ به ؟ . ولو ألقت يدًا واحدة وماتت ولم تُلْقِ شيئًا آخر : وجبت الغرة ؛ إذْ تيقّنّا وجودَ الجنين بانفصال العضو . ولو أَلْقت رأسين [٦] أو أربعه أيدٍ [٦] لم نزد على غرة واحدة ؛ لاحتمالِ أن يكون الجنينُ واحدًا . ولو ألقت بدنين فغرتان . وقد أُخبر الشافعي (رضي الله عنه) بامرأة لها رأسان ، فنكحها بمائة دينار ونَظَر إليها وطلقها [(٧)] . ولو ألقت يدًا ، ثم ألقتْ

(١) في الأصل : « منع الحياة » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « وجبت الغرة » .

(٣) في (أ) : « لو أخرج رأسه » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وكذا لو قَدَّ المرأة نصفين » .

(٥) في (أ) : « لو أخرج رأسه ، وصاح فَحَزّ رقبته » .

(٦) في (أ) : « أو أربع أيدي » .

(٧) قال الحموي : « قوله : (ولو ألقت رأسين أو أربع أيد لم تزد على غرة واحدة ؛ لاحتمال أن يكون الجنين واحدًا ... ثم قال : ولو ألقت بدنين فغرتان . وقد أخبر الشافعي (رضي اللّه عنه) أن امرأة لها رأسان فنكحها على دينار ثم طلقها).

قلت : ذكر الشيخ أنها لو ألقت رأسين لم يزد على غرة واحدة ، ثم ذكر أنها لو ألقت بدنين فغرتان ، ثم ذكر أن الشافعي (رحمه اللّه) تزوج بامرأةٍ لها رأسان ، ولا شك بأن هذا الاستشهادَ المذكورَ لا يُوجِبُ إلا غرةً واحدة على ما ذكر أولًا ، ولو كان كذلك لم يكن فيه استشهاد على البدنين ، وإنما اختص بالأولى كما لا يخفى . =

جنينًا ميتًا سليمَ اليدين لم نَزِدْ على غُرة ؛ لاحتمالِ أنها كانت زائدةً فسقطت وانمحى أثرها (١) .

ولو انفصل [جنين] (٢) حيًا ساقطَ اليدين وجبت ديةٌ تامّة . وإن كان صحيحَ اليدين وألقت معه يدًا : وجبت حكومةٌ لتلك اليد . فإن قيل : (٣ فلو تنازع المرأة والجاني ٣) ؟ قلنا : إنْ تنازعا في أصل الجناية أو الإجهاض ، فالقولُ قولُه ولا يثبت الإجهاضُ إلا بشهادة القوابل . (٤ وإن اعترف بها ٤) ، ولكن قال : لم يكن الإجهاضُ بالجناية : فإن كانت متألمةً ذاتَ فراشٍ إلى الإجهاض فالقولُ قولها ، وإلا فهو نزاع في سراية الجراحة (٥) .

ولو سُلّم جميع ذلك ، ولكن قالت المرأة : انفصل حيًّا ثم مات ؛ فعليك كمالُ الدية ، وقال الجاني : بل انفصل ميتًا فعليَّ غرةٌ (٦) ، فالقولُ قوله ، وعليها إثباتُ الحياة ، وتثبت بشهادة النسوة وإن لم تَدُمِ الحياةُ ؛ لأن شهادة الرجال لا تمكن .

ولو سَلّم الانفصالَ حيًّا بالجناية ولكن قال : مات بسبب آخر أو مات بالطلق : فإن لم يكن على الجنين أثر الحياة (٧) فالقول قوله ؛ إذ الطلقُ سببٌ ظاهر ، وإن كان عليه أثر الحياة (٨) فالقولُ قولها .

الطرف الثاني : في الموجَب فيه . وهو الجنين ، ونعني به مابدأ فيه التخطيطُ والتخليقُ ولو في طرفٍ من الأطراف على وجهٍ تُدْرِكه القوابلُ وإن لم يدركه غيرُهنّ .

فإن أُسقط (٩) قبل التخطيط مضغةً أو علقةً ، لم يَلْزمه به شيء على الأصح .

هذا في أصل الجنين .

= قلت : وإن كان كذلك إلا أنه يصلح أن يستشهد أيضًا في الثانية ؛ فإنه لما ذكر أولًا احتمالَ ان يكون الجنينُ له رأسان كأنَّ قائلًا يقول : من أين وقع هذا في العادة ؟ فأخبر من الشافعي ذلك ، وإذا كان كذلك كان استشهادُه للأولى ، ويلزم من ذلك انتفاؤه بالنسبة إلى الثانية ، فيكون على هذا التقدير فيه غرتان من حيث إنه تصوَّر في العادة من له رأسان ولم يتصور في البدنين ؛ فإنا لم نشاهدهما ولم نسمع وقوعهما » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٠ / ب ، ١٧١ /أ) .

(١) في (أ) : « وانمحق أثرها » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « لو تنازع الجاني والمرأة » .

(٤) في (أ) : « وإن اعترفت بهما » .

(٥) في (أ) : « الجناية » .

(٦) في (أ) : « وعليَّ غرة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أثر الجناية » .

(٨) في (أ) : « أثر الجناية » .

(٩) في (أ) : « فإن أسقطت »

أما صفتُه : فإنْ كان حرًّا مسلمًا ففيه غرة ؛ إذْ فيه وَرَدَ الخبرُ . وإن كان كافرًا فثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه لا يجب شيء ؛ إذ في إيجابه تسويةٌ بينه وبين المسلم ، والتجزئة غير ممكن ؛ لأنَّ قيمة الغرة غير مقدرة .

والثاني : أنه يجب / ثلث الغرة [1] ، وفي الجنين المجوسي ثلثُ خُمسِ الغرة ، وهؤلاء ٢٤٦/أ
يقولون : ولتكن قيمة الغرة ما تساوي خمسًا من الإبل أو خمسين دينارًا .

والثالث : أنه تجب الغرة ولانبالي بالتسوية .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ثلث الدية » .

فرعان على قولنا بالتفاوت

أحدهما : (1 المتولد من نصراني أو مجوسي 1) فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : (2 أنا نأخذ بأخفِّ الديتين 2) .

والآخر : أنا نأخذ بالأغلظ .

والثالث : أنا نعتبر جانب الأب .

الفرع الثاني : أنَّ المرعيَّ حالةُ الانفصال في المقدار ، فلو جنى على ذمية فأسلمت وأجهضت ، فالواجب غرةٌ كاملة ، وكذلك في طُرآن العتق . ولو جنى على بطن حربية فأسلمتْ وأجهضت ، ففي أصل ضمان الجنين وجهان يُضَاهي الوجهين فيما إذا رمى إلى حربي فأسلم قبل الإصابة ، وكأن وصول الجناية إلى الجنين بالانفصال .

أما الجنين الرقيق ، فلا يكون إلا في بطن الرقيقة ، وفيه - إذا سقط ميتًا بالجناية - عُشْر قيمة الأم ، فإن بدل الغرة خمس من الإبل وهي عشر الخُمسينْ التي هي دية الأم . وجراح الرقيق من قيمته كجراح الحرِّ من ديته .

وهذا قد يُفْضِي إلى تفضيل الميت على الحي ، إذْ لو أسقط حيًّا [3]، ثم مات (4 ربما لم يلزم إلا دينار 4) ، وهو قيمته ، وإذا سقط ميتًا فَعُشْرُ قيمة الأم ، وربما كان مائة ، لكن سلك [5] في هذا الاعتبار به مَسْلَك الأعضاء ، فلا يقاس بحال الاستقلال ، ومع هذا ، فالواجبُ مثل عشر قيمة الأم ، لا عُشْرُ قيمة الأم ، ولذلك يُصْرف إلى ورثة الجنين ، ولا تختص الأم باستحقاقها .

ثم إنما يُرْعى قيمةُ الأم عند الجناية ؛ لأنه [6] أغلظ الأحوال كما إذا جنى على عبد فمات بالسراية ، إذْ يلزم أقصى القيم [7] من وقت الجناية إلى الموت ، وقال المزني (رحمه الله) : يُعتبر وقت الانفصال كما في حُرِّيته وإسلامه .

(1) في (أ) ، (ب) : « المتولِّد بين نصراني ومجوسية » .

(2) في (أ) : « أنها تأخذ بالأخف من الديتين » .

(3) في (أ) : « سقط حيًّا » .

(4) في (أ) : « ربما لم تكن قيمته إلا دينارًا » .

(5) في (أ) : « يُسلك » .

(6) في (أ) : « لأنها » .

(7) في (أ) ، (ب) : « أقصى القيمة » .

فرعان

الأول : إذا انفصل جنين [1] الرقيق سليمًا ، والأمُّ مقطوعةُ الأطراف ، فوجهان :

أحدهما : أنَّا نوجب عشر قيمة الأم سليمة الأطراف ونكسوها صفة السلامة تقديرًا كما نكسوها الحريةَ والإسلامَ إذا كان الجنين حرًّا مسلمًا .

والثاني : أن السلامة لا تُقَدر ؛ لأنه أَمْرٌ خلقي ، ولأنّ سلامة أطراف الجنين لا يُوثق بها، بخلاف الحرية والإسلام . فلو كان الجنين ناقص الأطراف فتقدير نقصان الأم أبعد ؛ إذْ ربما نقص الجنين بالجناية .

الثاني : خلف رجلٌ زوجَه حاملًا ، وأخًا لأب ، وعبدًا قيمته عشرون [دينارًا] [2] ، فجنى العبدُ على بطنها فأجهضت ، وتعلّق [3] برقبته غرة قيمتها ستون [دينارًا] [4] : فالمرأة تستحق من الغرة ثلثًا وهو عشرون ، فقد ضاع منه [5] الربع ؛ إذْ ربع الجاني مِلْكُها ، ولا يستحق المالك على ملك نفسه شيئًا ، وثلاثة أرباع حقها – وهو خمسة عشر [6] – تتعلق بنصيب الأخ ، ونصيبه يساوي خمسة عشر ، فإن له ثلاثة أرباع العبد . وأما الأخ استحق [7] ثلثي الغرة وهي [8] أربعون ، [9] وضاع ثلاثة أرباعه ، لأنّ ثلاثة أرباع الجاني ملكه [9] ، فيبقى سدس الغرة متعلقة بنصيب المرأة ، ونصيبها ربع العبد وهو خمسة ، فإذا سلم العبد ضاع الخمسة الفاضلة . وعلى هذا تُقاس [10] جناية العبد المشترك على المال المشترك بين سَيِّديه إذا كان بين الحصتين تفاوتٌ ، إما في العبد والمال أو في أحدهما .

الطرف الثالث : في صفة الغرة . ويُرْعى فيه [11] ثلاثة أمور :

(١) في (أ) : « الجنين » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « فتعلّق » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) : « منها » .

(٦) في (أ) : « وهي الخمسة عشر » .

(٧) في (أ) : « يستحق » .

(٨) في (أ) : « وهو » .

(٩) في (أ) : « وضاع ثلاثة أرباع الجاني ؛ لأنه ملكه » .

(١٠) في (أ) : « وعلى هذا القياس » .

(١١) في (أ) : « ويرعى فيها » .

الأول : السلامةُ من كل عيبٍ يُثْبت الردَّ في البيع . ولا تراعى خصال الضحايا والكفارة ؛ لأنّ هذا جَبْرُ مالٍ .

الثاني : السنّ ، ولا يُقْبل ما دون سبع أو ثمان ؛ لأنه كَلٌّ على آخذه ، وفي جهة الكبر لا يؤخذ ما جاوز العشرين في الجارية (١ وجاوز الخمسة عشر في الغلام ١) ؛ لأنه لا يُعد من الخيار الغرّ ، والواجبُ غرةٌ : عبد أو أمة . وقيل : المانع في جهة الكبر هو الهرم المضعِف للمُنَّة (٢) .

الثالث : نفاسة القيمة ، وفيه وجهان :

أحدهما : لا يُعْتبر ، بل السليم من هذا السنّ يُقْبل وإن كان (٣) قيمته دينارًا .

والثاني : لا يقبل إلا ما تعدل قيمته خَمْسًا (٤) من الإبل ، أو خمسين دينارًا ، فإن الخمس من الإبل يُرْجع إليه عند عدم الغرة ولا ينقص المبدل عن البدل ، ولأنه لو لم يتقدَّر لَعَسُرَ الفرق (٥ بين المسلم والكافر ٥) كما سبق .

فإن قيل : فلو فقدت الغرة ؟ قلنا : في بدلها قولان :

الجديد : أنه خمس من الإبل ، ولا يمكن أن يُعْرف هذا إلا بالتوقيف ، ولعله وَرَدَ ؛ إذ هو مأْخَذُ ومُعْتَمَدُ الفريقين في النسبة في الجنين الرقيق . فإن فقدت الإبل [أيضًا] (٦) فهو كإبل الدية (٧) .

والقول القديم : أن بدل الغرة قيمتها . فإن قيل : فالغرةُ لِمَنْ ، وعلى مَنْ ؟ ، قلنا : لوارث الجنين ، وهو الأم والعصبة . وعلى عاقلة الجاني [ولا يمكن أن تكون على الجاني] (٨) ، لأنّ العمْدَ غيرُ متصوَّر فيه ؛ إذْ لا يتيقن جناية بحال . فإن كان عدد / العاقلة لا يَفي إلا بالنصف ، ٢٤٦/أ
فعليهم نصفُ قيمة الغرة ، لا قيمةُ نصفِ الغرة ، وبينهما فَرْقٌ ؛ إذ الغرة ربما تَسْوى ألفًا ، والنصف يُؤْخذ بأربعمائة ، فالواجب خُمسمائة كاملة ، وهو نصف الكل .

---

(١) في (أ) : « والخمسة عشر في الغلام » .

(٢) المُنَّة : القوة . انظر المصباح المنير (٢ / ٨٩٨) .

(٣) في (أ) : « وإن كانت » .

(٤) في الأصل : « خمس » .

(٥) في (أ) : « بين الكافر والمسلم » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فهي كإبل الدية » .

(٨) زيادة من (أ) .

فرع : إذا بقي على الأم شَيْنٌ وجراحةٌ ، ضُمَّ إلى الغرة حكومةٌ لها ، فإن لم يكن إلا الألم اندرج تحت الغرة .

هذا [١] تمام النظر في الدية والقصاص من موجبات القتل ، فلنذكر الموجب الثالث وهي الكفارة [٢] .

* * *

(١) في (أ) : « وهذا » .

(٢) في (أ) : « وهو الكفارة » .

كتاب كفارة القتل

وهي تحرير رقبة مؤمنة ، فإن لم يَجِدْ فصومُ شهرين ، (1 ولا مَدْخَلَ للطعام فيه 1) ، ولا يُقَاس على كفارة الظهار ؛ لأن الآية فَصَّلتِ الأمرين جميعًا (2) ، وفرق بينهما (3) ، لا كالرقبة في الظهار ، فإنها أطلقت ، فجاز أن يقاس على النص (4) في القتل . وحكى صاحب « التقريب » وجهًا في القتل : أن الإطعام يثبت فيه قياسًا على الظهار .

ثم [على] (5) المذهب ، لو مات قبل الصوم (6) ، فيخرج عن كل يوم مُدّ ، لا بطريق كون الإطعام بدلًا لكنْ كما يخرج عن صوم رمضان .

هذا صفة الواجب ، فأما الموجب فأركانُه ثلاثة : القتل ، والقاتل ، والقتيل .

أما القتل : فهو كل قَتْل غير مباح ، فتجب بالسبب والمباشرة ، وحفر البئر ، والخطأ والعمد ، ولا تجب في قتل الصائل والباغي ومَنْ عليه القصاص ، والرجم ؛ لأنه مباح ، والخطأ ليس بمباح وإنْ لم يكن محرمًا أيضًا .

وأما القاتل : (7 فشرطُه أن يكون ملتزمًا حيًّا 7) ، فلا تجب على الحربي ، وتجب على الذمي (8 والصبي والمجنون 8) .

ولو جامع الصبيُّ في نهار رمضان فلا كفارة ؛ إذْ لا عدوان ، والعدوانُ ليس بشرط في القتل .

وفي كفارات الإحرام وجهان ؛ لأنها نتيجة عبادة بدنية [وقد صحت منه العبادة

---

(1) في (أ) : « ولا يدخل الطعام فيها » .

(2) وآية كفارة القتل ، هي قوله تعالى : ﴿وما كان لمؤمن أَنْ يَقْتل مؤمنًا إلا خطأ ، ومَنْ قتلَ مؤمنا خطأً فتحريرُ رقبةٍ مؤمنة ...﴾ . الآية [٩٢ : النساء] . وآية كفارة الظهار هي قوله تعالى : ﴿والذين يُظَاهرون مِنْ نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحريرُ رقبةٍ من قبل أن يَتَماسَّا ...﴾ الآيتان [٣ ، ٤ : المجادلة] .

(3) في (أ) : « وفرقت بينهما » .

(4) في (أ) : « على المفصل » .

(5) زيادة من (أ) .

(6) في (أ) ، (ب) : « الصيام » .

(7) في (أ) ، (ب) : « فشرطه أن يكون حيًّا ملتزمًا لأحكام الإسلام » .

(8) في (أ) : « والمجنون والصبي » .

البدنية] (١) . وفي صحة صومه عن الكفارة قبل البلوغ وجهان ؛ (٢ لأنها عبادة بدنية ، ولكن لزم في الصبي ٢) .

وأما « الحيّ » فاحترزنا به عمن حفر بئرًا فتردّى فيها بعد موته إنسان ، ففي وجوب الكفارة في تركته وجهان ، ووجْهُ الإسقاط : أن الكفارة عبادة بدنية فلا يُنْشأ وجوبها بعد الموت . وعليه ينبني الخلافُ في أن مَنْ قتل نفسه ، هل تُخْرج كفارتُه من تركته ؟ ، ولِغَلَبَةَ شائبة العبادة قضينا بأنّ جماعة إذا اشتركوا في قتلِ واحدٍ ، فعلى كل واحدٍ كفارةٌ كاملة . وفيه وجه : أنها تتجزأ كما في [جزاء] (٣) الصيد .

أما القتيل : فشرطُه أن يكون آدميًا معصومًا ، والجنينُ آدميّ . وخرج منه الأطراف والبهائم ، ودخل تحت المعصوم الذميُّ والمعاهدُ . والعبدُ إذا قتله السيدُ لزمتْه الكفارة .

وخرج منه الحربي والنساءُ والذراري من الكفار ؛ إذ لاعاصِمَ ، والامتناعُ من قتلهم لمصلحة المال .

ودخل تحته المسلمُ في دار الحرب كيفما قُتِلَ . نعم ، الدية قد تَسْقط قطعًا مهما رمى إلى الكفار ولم يعلم أنّ فيهم مسلمًا فأصاب مسلمًا . ولو علم أن فيهم مسلمًا ، وقصد الكافر فأصاب المسلم ، وجبت الدية قطعًا . ولو قصد شخصًا معينًا ظَنَّه كافرًا – وكان قد أسلم قبله وبقي عَلَى زِيِّ الكفار – ففي الدية قولان ، وطردَ الشيخ أبو محمد القولين فيما إذا علم أنّ فيهم مسلمًا ولكنْ مال السهْمُ إلى غيرِ مَنْ قَصَدَ .

هذا تمام النظر في موجبات القَتْل ، فَلْنَخصَّ في الحجج المثبتة له كتاب « دعوى الدم ، والقسامة ، والشهادة فيه » .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) « لأن الصوم عبادة بدنية ، ولكن لزمت الصبي » .

(٣) زيادة من (أ) .

كتاب

دَعْوَى الدَّمِ ، والقَسَامَةِ [1] ، والشَّهادةِ فيه

---

(١) القسامة لغةً : مصدر ، بمعنى « القسم » أي : اليمين . وشرعًا : هي الأيمان =

فهذه ثلاثة أمور :

الأول : الدعوى . ولها خمسة شروط :

الأول : أن تكون متعلّقة [١] بشخص معين ؛ فلو قال [٢] : قُتِل أبي ، لم تُسمع . ولو قال : قَتَل هؤلاء جميعًا ، وتُصُوِّر اجتماعُهم على القتل : قُبِلَ . [٣]ولو قال : أحدُ هؤلاء العشرة [٣] ، ولا أَعرف عيْنَه ، فوجهان :

أحدهما : لا تُسْمع ؛ للإبهام [٤] .

والثاني : تُسمع ؛ للحاجة [٥] ولا ضرر على المدعى عليه [٥] ، بل كلٌّ واحدٍ يَقْدر على يمين

= المكررة في دعوى القتل ، وهي خمسون يمينًا من خمسين رجلًا ، يُقْسمها - عند الحنفية - أهلُ المحلة التي وُجِدَ فيها القتيل ، ويتخيرهم وليُّ الدم ؛ لِنفي تهمةِ القتل عن المتهم ، فيحلف الواحد منهم : باللّه ما قتلتُه ولا علمتُ له قاتلا .

وعند الجمهور : يحلفها أولياء القتيل لإثبات تهمة القتل على الجاني ، بأن يحلف كل واحد منهم : باللّه الذي لا إله إلا هو ، لقد ضربه فلانٌ فمات ، أو لقد قتله فلانٌ .

فإن نكل بعضهم - أي بعض ورثة القتيل - عن اليمين ، حلف الباقي جميعَ الأيمان ، وأخذ حصته من الدية . وإن نكل الكلُّ ، أو لم يكن هناك لوث - وهي قرينة القتل أو وجود عداوة ظاهرة بين القتيل والمتهمين بقتله : ترد اليمين على المدعى عليه ليحلفَ أولياؤه خمسين يمينًا . فإن لم يكن له أولياء ، حلف المتهمُ الخمسين يمينًا ، وبرىء . انظر التشريع الإسلامي الجنائي للشهيد عبد القادر عودة (٣٢٢/٢) ، الفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي (٣٩٣/٦ ، ٣٩٤) .

(١) في الأصل : « متعلقا » والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « ولو قال » .

(٣) في (أ) : « ولو قالوا : قتله واحدٌ من هؤلاء العشرة » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٣/١٠) .

(٥) في الأصل : « ولا ضرر للمدعى عليه » والمثبت من (أ) .

صادقة ، لكنهم لو نكلوا بأجمعهم [١] أشكل اليمين المردودة على الدعوى المبهمة .

والوجهان يجريان في دعوى الغصب [٢] والإتلاف والسرقة ، ولا يجري في الإقرار [٣] والبيع إذا قال : نسيت ؛ لأنه مقصر . وقيل : يجري في المعاملات . وقيل : لا يجري إلا في الدم .

الثاني : أن تكون الدعوى مُفَصَّلة في كَوْن القتل عمدًا أو خطأ ، انفرادًا أو شركة ، فإنْ أَجْمل دعواه : اسْتَفْصَل القاضي ، وقيل : يُعْرِض عنه ؛ لأن الاستفصالَ تلقينٌ ، وهو ضعيف .

فرع : لوقال : قَتَل هذا أبي مع جماعة ، ولم يذكر عدَدَهم : (٤ فإن كان مطلوبُه المالَ لم تصحَّ الدعوى ٤) ؛ لأن حصة المدعى عليه إنما تبين (٥ بحصة الشركاء ٥) . وإن كان مطلوبُه الدمَ ، وقلنا : يوجِبُ العمدُ [٦] القودَ المحضَ / فالظاهرُ صحتُه . ٢٤٧/ب

وإن قلنا : أحدُهما لا بعينه ، فوجهان .

الثالث : أن يكونَ المدعِي مُكلفا ملتزمًا حالة الدعوى ، وكونُه صبيًّا أو مجنونًا أو جنينًا حالة القتل لا يضرُّه ؛ إذ يُعْرف ذلك بالتَّسَامُع .

الرابع (٧ أن يكون المدَّعَى عليه مكلفًا ٧) ؛ فلا دعوى على صبيّ ولا مجنون . وتصحُّ الدعوى على السفيه فيما ينفذ به [٨] إقرارُه كالقصاص . وبإقراره [٩] بإتلاف المال قولان .

---

(١) النكول عن اليمين : هو الامتناع عن حلف اليمين الموجهة إلى المدعى عليه بطريق القاضي . انظر : معجم لغة الفقهاء ص (٤٨٨) .

(٢) في الأصل : « والوجهان الجاريان ... » . وفي (أ) : « والوجهان في دعوى الغصب » .

(٣) في (أ) : « الإقراض » .

(٤) في (أ) : « فإن كان يريد المال ، لم تُسْمع الدعوى » .

(٥) في (أ) : « بالتوزيع على الشركاء » .

(٦) في (أ) : « موجب العمد » .

(٧) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٨) في (أ) : « فيه » .

(٩) في (أ) : « وفي إقراره » .

فإنْ رَددناه [1] سمعنا الدعوى لِيُنْكِر فيقيم البينة . وهل تُعرض اليمينُ إذا أنكر ؟ إن قلنا : إن اليمين المردودة كالبينة : تُعْرض عليه رجاءَ النكول . وإن قلنا : [2] كالإقرار [2] ، فلا فائدة في نكوله . ولكن هل تُعْرض اليمين ؛ فعسَاه يحلف فتنقطع [3] الخصومة في الحال ؟ فيه وجهان ، الأصح : أنه تُعْرض .

الخامس : أنْ تنفكَّ الدعوى عما يُكَذّبها ، فلو ادعى على شخص أنه مُنْفرد بقَتْلِ أبي ، ثم ادعى على غيره بأنّه شريكٌ : لم تُسمع الثانية ؛ لأن الأُولى تُكَذّبه [4] . فإن [5] أقر الثاني ، وقال المدعي : كذبتُ في الأولى ، أو أخطأتُ [6] ، فالصحيح : أن له مؤاخذته ؛ لأن الغلط ممكنٌ والحقُّ لا يعدوهما .

ولو ادعى العمدَ واسْتُفْسِرَ [7] فَذَكر ما ليس بعمدٍ ، ففي بُطْلانِ دعواه لأصلِ القتل وجهان ، الأظهر : أنه لا تَبْطل ؛ لأن الكذب في التفصيل ليس مِنْ ضرورِه [8] الكذبُ في الأصل .

ولو قال : ظلمته [9] فيما أخذت ، فَنَسْتَفْصِلُه ، فإن قال : كنتُ كاذبًا في دعواي ، اسْتُرِدَّ المالُ . وإن قال : أخذتُ بالقسامة وأنا حَنَفيّ ، لا يُسْترد ؛ إذ لا يُعْتبر في الأحكام رَأْيُ الخصمين بل رأيُ الحاكم .

* * *

---

(1) في (أ) : « فإن رددنا » .

(2) في (أ) : « لا ، كإقرار » .

(3) في (أ) : « فتقطع » .

(4) في (أ) : « تكذبها » .

(5) في (أ) : « فلو » .

(6) في (أ) : « وأخطأت » .

(7) أي طُلب منه أن يُفَسِّر هذا الوصف .

(8) في (أ) : « ليس من ضرورته » وهو أوضح .

(9) في (أ) : « ظلمت » .

النظر الثاني

في القسامة

والنظر في أربعة أركان :

الأول : بيانُ مَظِنَّتِه (١) . وهو قَتْلُ الحرِّ في محلِّ اللوث ؛ فلا قسامةَ في الأموال والأطراف ؛ لأنَّ البدايةَ بالمدعي وتعديدَ اليمين خمسين : خارجٌ عن القياس ثَبَت لحرمةِ الدم ؛ فلا يُقاس عليه الطرف والمالُ . وفي قتل العبد قولان ؛ لتردُّدِه (٢ بين الدم والمال ٢) . وإذا جرح مسلما فارتدَّ ومات وقلنا : الواجب بعضُ الدية ، جَرَتِ القسامة فيه ؛ لأنه بعضُ بدلِ الدم .

وأما اللوث ، فنعني به علامةً تُغَلِّب على الظنِّ صِدْقَ المدعي ، وهو نوعان : قرينةُ حالٍ ، وإخبار .

أما الحال : فهو أن يُصادَف قتيلًا في محلةٍ بينَه وبينهم عداوةٌ ، أو دخل عليهم ضيفًا فَوُجِدَ قتيلًا ، أو تفرَّق جماعةٌ محصورون عن قتيلٍ ، أوتَفَرَّقَ صفان متقاتلان عن قتيل في صف الخصم ، أو وُجِدَ قتيلٌ في الصحراء وعلى رأسه رجلٌ ومعه سكين مُتَضَمِّخ بالدم (٣) ، فهذا وأمثالُه هو اللوث . وقولُ المجروحِ : قَتَلَني فلانٌ ، ليس بلوثٍ ؛ لأنه مُدَّعٍ ، خلافالمالك (رحمه اللّه) (٤) .

وأما الإخبار ، فشهادةُ عدلٍ واحد – تُقْبل شهادته – لوثٌ . وكذا مَنْ تُقْبَل روايتُه على الأقيس . وقيل : لابُدَّ في النسوان (٥) والعبيد من عدد .

---

(١) في (أ) : « بيان مظنتها » .

(٢) في (أ) : « بين المال والدم » .

(٣) أي متلطخ بالدم . يقال : ضمخه بالطيب فتضمخ ، بمعنى لطّخه . انظر المصباح المنير (٢/٥٥٥) مادة (ض م خ) .

(٤) انظر الكافي لابن عبد البر ص (٦٠٠) .

(٥) في (أ) : « من النسوان » .

وأما العددُ من الصِّبْيَة والفسَقة ، ففيهم خلافٌ ؛ لأنه يَحْصُل بقولهم ظنٌّ ، لكن الشرع لايَلْتفت إليه ، فيضاهي - من أوجهٍ [1] - قرينةَ عدالةِ المدعي في صِدْق لهجته .

وأما مُسْقِطاتُ اللوثِ فخمسةٌ :

الأول : أنْ يتعذّر إظهاره [2] عند القاضي ، فلا فائدة فيما ينفرد المدعي بدعواه . نعم ، لو ظهر عند القاضي لوثٌ على جَمْعٍ ، فللمدعي أنْ يُعَيِّنَ شخصًا منهم ؛ إذ يعْسُر إثباتُ اللوث في المعيّن ولو كان اللوثُ [3] في قتيل خيبر مُتَعَلِّقًا بجميع اليهود . نعم ، لو قال : القاتلُ واحدٌ منهم ولسْتُ أعرفه ، لم تمكنه القسامة .

فإن[4] حلفوا إلا واحدًا [4] كان نكوله لوثًا ، فيجوز له أنْ يحلف على تعيينه .فلو نكل جميعُهم وأراد أن يعيِّنَ واحدًا وزَعَم أنه ظهر له الآن لوث معين : ففي تمكينه منه وجهان . وَجْهُ المنع : أنه سبق الاعترافُ منه فى الجهل [5] .

الثاني : إذا ثبت اللوثُ في أصل القتل - دون كونه خطأ أو عمدًا - ففي القسامة على أصل القتل وجهان . وَجْهُ المنع : أن القتل المطلق لا موجب له ؛ فإنّ العاقلة لا يَلزمها شيء مالم يكن خطأً ، والجاني لا يَلزْمه ما لم يكن عمدًا .

الثالث : أنْ يَدعي المدعى عليه كَوْنَه غائبًا عن البلد عند القتل ، فالقولُ قولُه مع يمينه ، وتُسْقِط يمينُه أَثَرَ اللوث .

فإنْ تعارضت بينتان في حضوره وغَيْبتِه : تساقَطَتا ، إلا إذا تعرَّض [6] بينةُ الغيبة لعدم الحضور [فقط] [7] فيكون ذلك شهادة النفْي ، بخلاف ما إذا ذَكَر مكانَه الذي غاب إليه .

ولو كان وَقْتَ القتل محبوسًا أو مريضًا مُدْنفًا - ولم يمكن كونُه قاتلًا إلا على بُعْد - ففي

---

(١) في (أ) : « من وجه » .
(٢) في (أ) : « إحضاره » .
(٣) كلمة « اللوث » ليست في (أ) .
(٤) في (أ) : « فإن نكلوا إلا واحدًا » .
(٥) في (أ) : « الجهل » .
(٦) في (أ) : « تعارضت » .
(٧) زيادة من (أ) .

سقوط اللوث به وجهان .

ومهما حُكم بالقسامة ، فأقام بينةً على الغيبة نُقِضَ الحكم ؛ لأنّ القسامةَ ضعيفةٌ / . ٢٤٨/أ

الرابع : لو شهد شاهد بأنَّ فلانًا قَتَل أحدَ هذين القتيلين ، لم يكن لوثًا . ولو قال : قَتَل هذا القتيلَ أحدُ هذين الرجلين فهو لوثٌ ، هكذا قاله القاضي مُفَرِّقًا بين إبهام القاتل وإبهام القتيل .

وقيل [(١] بإسقاط اللوث في المسألتين ، والفرقُ أوضح ؛ لأنَّ تعيينَ القاتلِ غَيْرُ عسيرٍ دون تعيين القتيل [١)] .

الخامس : تَكاذُبُ الورثة . فلوا دعى أحدُ الاثنين فى محل اللوث ، فكذّبه الآخرُ ، فيه قولان :

اختيارُ المزني (رحمه اللّه) : أن اللوث لايَبْطُل ؛ لأن للورثة أغراضًا في التكذيب والتصديقِ .

والثاني : أنه يَبْطل ؛ لأن اللوثَ ضعيفٌ ، وهذا يُضْعِف الظنَّ .

فإن قلنا : يبطل ، فلو قال أحدهما : قَتَل أبانا زيدٌ ورجلٌ آخر لا نَعْرفه . وقال الآخر : قَتَله عمرو ورجلٌ [آخر] [(٢)] لا نَعْرفه . فلا تَكَاذُبَ [(٣] ؛ فلعلَّ مَنْ لا يَعْرفه [٣)] ، هو الذي ادّعاه أخوه ، إلا أن يُصَرح بِنَفْي ما ادعاه .

ثم [(٤] مُدَّعي زيدٍ [٤)] اعترف بأن الواجب على زيد نصفُ الدية ، وحصتُه منها الربع ، فلا يطالب إلّا بالربع ، وكذا مدعي عمرو .

---

(١) في (أ) : « ومن الأصحاب من قال : يُنْفَى اللوثُ من الموضعين ؛ لأنهما لم يُثْبتا في الرجلين شيئًا حاملًا على القتل ، بخلاف ما لو أثبت عداوته بينهما ثم استبهم القتيل بينهما . والأصح هو الفرق ؛ لأن تعيين القاتل عسيرٌ ؛ لأنه مشترط في ثبوت اللوث بعينه بخلاف تعيين القتيل » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « فلعلّ ما لايعرفه » .

(٤) في (أ) : « ثم المدعي على زيد » .

وليس مِنْ مبطلات اللوثِ عندنا أنْ لا يكون على القتيل أثرٌ ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأنّ القتلَ بالتخنيق ممكنٌ بحيث لا يَظْهر أثره (١) .

الركن الثاني : في كيفية القسامة .

وهو أن يحلف المدعي خمسين يمينًا متوالية بعد التحذير والتغليظ ، وتفصيلُ الدعوى في اليمين كما في سائر الأَيْمَان . وهل يُشْترط أن تكون في مجلس واحد ؟ فيه وجهان ، منشؤهما : أن للموالاة وَقْعًا في النفس ، فيحتمل (٢) أن تكون واجبًا .

فإن قلنا : واجب (٣) ، فإذا جُنَّ ثم أفاق ، بَنَى (٤) ؛ لأنه معذورٌ .

ولو عُزِلَ القاضي ، استأنَف (٥ عند قاضٍ آخر ٥) . ولو مات في أثنائه ، فالوارثُ لا يَبْني ، بل يَسْتأنف . وقال الخِضْري : يبني الوارثُ .

وفي جواز القسامة في غَيْبة المدَّعَى عليه (٦) وجهان ، وجه المنع (٧) : أن اللَّوْثَ إنما يَظْهر إذا سلم عن قَدْح الخصم ، فيضعف في غَيْبته .

هذا إذا كان الوارث واحدًا ، فإن كانوا جَمْعًا (٨ فتُوَزِّع عليهم الخمسين ٨) ؟ أو يَحْلف كلُّ واحد خمسين ؟ فعلى قولين :

أحدهما : أنه يُوزّع ؛ لأن جملتهم في حكمِ شخصٍ واحد .

والثاني : لا ؛ لأنّ قَدْرَ حقِّ كلِّ واحدٍ ، لا يثبت بيمين المدعي إلا بخمسين ؛ إذ لا خلاف أنه لو نكل واحدٌ ، وجب على الآخر أنْ يحلف تمامَ الخمسين ، فكيف يستحق بيمينِ غيره ؟! .

---

(١) انظر الهداية (٥٦٧/٤) .

(٢) فى الأصل : « يحتمل » . والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « واجبة » .

(٤) أي بنى على ما سبق من الأَيْمان التي حلفها قبل جنونه .

(٥) في (أ) : « عند القاضي الآخر » .

(٦) في (أ) : « المدعى » وهو خطأ .

(٧) في (أ) : « ووجه المنع » .

(٨) فى (أ) :« فَتَوَزَّع عليهم الخمسون » .

وإن قلنا بالتوزيع ، فَلْتُنَبِّهْ (١ على ثلاثة أمور ١) :

الأول : أنهم لو كانوا ثلاثة ، والواحد حاضر ، والآخران صغيران أو غائبان ، فغيبتُهم كنكُولِهم ، فيحلف الحاضرُ خمسين ، ويأخذ ثلث الدية ، فإذا حضر الآخرُ حلف نصف الأيمان وأخذ ثلثَ نفسه ، والثالث يحلف ثُلُثَ الأيمان ويأخذ حصةَ نفسه .

الثاني : أنَّ التوزيع بالميراث ؛ فمن يستحق الثمنَ أو السدس ، حلف بقدره [٢] ، فإن انكسر كمل المنكسر ، فإن كانوا ستين حلفوا ستين ، كل واحد يمينًا ، ولا يمين على إخوة الأب في مسائل المعادّة .

الثالث : لو كان في الورثة خُنثى ، حلف كلُّ واحد أكثر ما يُتَوهَّم أن يكون نصيبه ، ويُعْطَى أقلَّ ما يُتَوهّم ؛ أخذًا بالأحوط في الجانبين .

فلو خلَّف ولدًا خنثى وأخًا لأب ، حلف الخنثى خمسين ؛ لاحتمالِ أنه مستغرق ، وأخذ نصف الدية لاحتمال أنه أنثي .

فإذا [٣] أراد الأخُ أن يحلف ، فيحلف خمسًا وعشرين . وفائدتُه : أن ينتزع [٤] النصف من يدي الجاني ، ويُوقَف بينه وبين الخنثى . فإنْ بانتْ أنوثتُه سلم إلى الأخ بيمينه السابق [٥] ، وإن بانت الذكورة ، سلم إلى الخنثى باليمين السابقة .

(٦ ولو خلف ولدًا ٦) خنثى وبنتًا ، حلف الخنثى ثُلثي الأيمان ؛ لاحتمال أنه ذكر ، وأخذ ثلثَ الدية لاحتمال أنه أنثى ، وحلفت البنت نصف الأيمان ؛ لاحتمال أنَّ الخنثى أُنثى ، ولم يُعْتَدَّ من أيمانها [٧] إلا بالنصف ، (٨ ثم تأخذ ٨) ثلث الدية ، والثلثُ الباقي متروكٌ في يد المدعى عليه موقوفٌ بينهما وبين بيت المال ، وليس لبيت المال نائب حتى يحلف عنه ؛ فنعود إلى القياس في

---

(١) في الأصل : « بثلاثة » .

(٢) في (أ) : « يحلف بقدره » .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) في (أ) : « ينزع » .

(٥) في (أ) : « ليمينه السابقة » .

(٦) في (أ) : « وإن خلف ولدًا » . وفى الأصل « والدًا » .

(٧) في (أ) : « أيمانه » .

(٨) في (أ) : « ويأخذ » .

تصديق المدعى عليه .

هذا كله في يمين المدعي . فأما سائرُ الأيمان في الدم فَكَيَمِينِ (١) المدعى عليه واليمين مع الشاهد ، ففي تعدده (٢) خمسين قولان ، منشؤهما : أنَّ علة العدد الميلُ عن القياس بتصديق المدعي أو حرمة الدم ؟. والقولان جاريان في الأطراف ، مع القطع بأن القسامةَ غيرُ جاريةٍ فيها . فإن قلنا : لا تتعدد ، فلو بلغ الأرشُ مبلغ الدية ، فقولان . وإن قلنا : تتعد ، فلو نقص ففي التوزيع قولان .

فرعان

أحدهما : لو شهد واحد على اللَّوْث ، وقلنا : يتحد اليمين مع الشاهد ، فإنْ / استعملنا ٢٤٨/ب الشهادة في القتل وجاء بصيغة الشهادة ، حلف معه يمينًا واحدة . وإن جاء بصيغة الإخبار أو شهد على اللوث حلف معه خمسين يمينًا .

الثاني : إذا ادعى على اثنين أنهما قَتَلا ، ففي توزيع الخمسين - على قول التعدد (٣) من القولين - ما في التوزيع على الوارثين .

الركن الثالث : في حكم القسامة . وفيه قولان :

القديم : أنه يُنَاط به القصاص كما يُنَاط به (٤) حدُّ المرأة بلعانِ الزوج (٥) .

والجديد : أنه لا يُنَاط به إلا الديةُ ؛ لأن سَفْكَ الدم بقول المدعي بعيدٌ ، وأما المرأة ، فإنها تقدر على دفع لعانه بلعانها .

---

(١) في الأصل : « كيمين » . والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « ففي تعددها » .

(٣) في (أ) : « التعديد » .

(٤) قوله : « به » ليس في (أ) .

(٥) يعني أن المرأة إذا لاعنها زوجها ، فشهد أربع شهادات إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين - فإذا لم تحلف المرأة أيضًا على نفي ما ادعاه ، حُدَّتْ عند الشافعية . وقد سبق تفصيل هذه المسألة في « اللعان » .

ثم إن حلف على القتل خطأ طَالَبَ العاقلَة . وإن حلف على العمد طالب الجاني . وإن نكل عن القسامة ومات ، لم يكن لوارثه أن يحلف .

ولا يَسْقط حقُّه عن تحليف المدّعَى عليه ؛ لنكوله عن القسامة . فإن نكل المدعى عليه ، فأراد المدعي أن يحلف اليمين المردودة ، ففيه قولان :

أحدهما : المنع ؛ لأنه نكل مرة .

والثاني : لا ؛ لأنه نكولٌ عن القسامة ، وهذه [١] يمين أخرى ، وكذا إذا أراد أن يحلف مع الشاهد بعد النكول عن اليمين المردودة أو القسامة .

ومنشؤه : أنَّ المدعى عليه - بعد أن صرح بالنكول - ليس له الرجوع إلى اليمين ؛ لأنه تعلّق به حقّ المدعي . أما نكولُ المدعي عن اليمين المردودة في الحال [٢] لا تَمْنَعُه من الرجوع إليه ؛ فإنّه حقُّه [٢] فلا يسقط بالتأخير . [٣] ويمين القسامة من حيث إنه يتعلق بها حق المدعى عليه فى انقلاب التصديق إليه : يُشْبه يمين المدعى عليه [٣] .

الركن الرابع : فيمن يحلف أيمان القسامة . وهو كل من [٤] يستحقُّ بدلَ الدم [٤] وفيه أربعةُ فروع :

الأول : إذا قُتِلَ عَبْدُ المكاتب - وأجرينا القسامة في العبد - حلف المكاتب ؛ لأنه المستحق ، فإن عجز عن النجوم قبل النكول حلف السيد ؛ إذ صار مستحِقًا . فإن عجز بعد النكول لم يحلف السيد كما لايحلف الوارث بعد نكول الموروث .

الثاني : لو قتل عَبْدَه فأوصى بقيمته لمستولدته ومات ، فللورثة أن يقسموا وإن كانت

---

(١) في الأصل : « وهذا » والمثبت من (أ) . .

(٢) في (أ) : « فلا تمنعه من الرجوع إليها ؛ فإنها حقُّه » .

(٣) في (أ) : « ويمين القسامة من حيث إنه يتعلق بها حق المدعى عليه في انقلاب التصديق عند نكول المدعي - نازلٌ منزلة اليمين المردودة في حق المدعى عليه ، وليس للمدعى عليه الرجوع إلى اليمين بعد النكول ، كذلك المدعي في القسامة ليس له الرجوع إلى اليمين عند نكول المدعى عليه ؛ تشبيهًا بيمين المدعى عليه » .

(٤) في (أ) : « يستحق الدم » .

القيمة للمستولدة ؛ لأن لهم حظًّا في تنفيذ وصية مورثهم .

ولو أوصى (١) بعينٍ لغيره ، فادعاه (٢) مستحق ، ففي حلف الوارث (٣) لتنفيذ الوصية ترددٌ ، ووجه الفرق : أن المستولدة مُدَّعية ، وتصديقُها بالقسامة على خلاف القياس ، ولم تكن صاحبة حقّ عند القتل ، فكان الوارث أولى به .

ومهما حلف الورثة سلمت القيمة لِأُمِّ الولد . فإن نكلوا ، ففي قسامة المستولدة قولان ، وكذا في الغرماء إذا أرادوا أن يحلفوا أيمان القسامة عند نكول الوارث لِتُقْضَى من الدية ديونُهم . ووجهُ المنع : أن القسامة لإثبات القتل ممن يُدْلي بسبب الحق عند القتل ، وهؤلاء تجدد حقُّهم بعد القتل .

وإن قلنا : لا يحلفون أو نكلوا فللوارثِ - ولهم - طلبُ يمين المدعي ، أما الوارث فَلِغرض التنفيذ ، وأما هم فَلِغَرَضِ الاستحقاق .

الثالث : إذا قطع يد العبد ، فعتق ومات ، فعلى الجاني كلُّ الدية . فإن كانت الدية مثل نصف القيمة انفرد السيد بالقسامة ؛ لأنه مستحق الجميع . وإن فرعنا على أنه لا قسامة في بدل الرقيق فهاهنا وجهان ؛ (٤ لأنه ديةُ حرٍّ بالاعتبار الآخر ٤) ولكنْ صُرِف (٥) إليه ؛ لأنه (٦) جناية على الرقيق .

ثم إن كان الواجب فاضلا عن أرش اليد ، فَيُصْرف الفاضل إلى الورثة ، ويتصدّى النظر في توزيع اليمين أو تكميلها .

الرابع : إذا ارتد الوليُّ ثم أقسم ، فإن قلنا : لا مِلْكَ للمرتد ، بطل يمينُه . وإن قلنا : له الملك ، صحّ وثبت الدية . وإن قلنا : موقوفٌ ، فالنص أنه يصح ويُصرف إلى بيت المال فيئًا إن قتل المرتد .

---

(١) في (أ) : « ولو وصَّى » .

(٢) في (أ) : « فادَّعاها » .

(٣) في (أ) : « الورثة » .

(٤) في (أ) : « لأن الواجب دية حُرّ لاعتبار الآخر » .

(٥) في (أ) : « صرفت » .

(٦) في (أ) : « لأنها » .

وفيه إشكال ؛ إذْ بَانَ أنه لم يكن مستحقا ، فكيف يثبت بحلفه ؟ فمنهم من قال : فَرَّعَ الشافعي (رضي اللّه عنه) على قول بقاء الملك . ومنهم من عَلّلَ بأنه على الجملة سببُ استحاق الدية [لأنه كان مسلمًا حال القتل] [1] ، فلا يكون يمينه كيمينَ الأجنبي .

* * *

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

النظر الثالث من الكتاب

في إثبات الدم بالشهادة

ولها شروط :

الأول : الذكورة ؛ فلا يثبت القصاص برجل وامرأتين ، (١) ويثبت القتل الموجبُ للمال برجل وامرأتين (١) . فإن كان موجبًا للقود عند الشهادة ، ثم رجع إلى المال ، لم يُسْتوف [المال] (٢) بتلك الشهادة ؛ لأنها كانت باطلة في الحال . ولو أُنشئت الشهادة – بعد العفو على مال – فوجهان ، وجه المنع : أن أصل القتل كان موجبًا للقصاص .

فرع : نص الشافعي (رضي اللّه عنه) أنه لو شهد رجل وامرأتان على هاشمة / مسبوقة ٢٤٩/أ بإيضاح ، فكما لا يثبت الإيضاح الموجب للقصاص لا يثبت الهَشمُ في [حق] (٣) الأرش . ونَصَّ على أنه (٤) لو شهدوا على أنه رمى عمدًا إلى زيدٍ ، فَمرقَ السهْمُ وأصابَ غيْرَه خطأ ، أن الخطأ يثبت . فقيل : قولان بالنقل والتخريج ، ومنشؤهما : أن الشهادة واحدةٌ وقد سقط بعضُها ، فهل يسقط الباقي ؟. ومنهم مَنْ فرّق ؛ لأن قتل عمرٍو منفصلٌ عن قتل (٥) زيد ، والهَشْمُ لا ينفصل عن الإيضاح .

ولا خلاف على (٦) أنه لو ادعى قتل عمرو خطأ ، فشهدوا وذكروا هذه الكيفية – وهو (٧) مروق السهم من زيد – لم يَقْدح في الشهادة ؛ لأن زيدًا ليس مقصودًا بالشهادة . وكذلك إذا قالوا : نشهد أنه أوضح ، ثم عاد بعد ذلك وهَشَم .

التفريع : إذا أثبتنا أرشَ الهاشمة ، فقد ذُكِرَ في إثبات قصاص الموضحة وأرْشِها (٨) على سبيل التبعية – خلافٌ ، وهو بعيد .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (أ) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « أنهم » .

(٥) كلمة : « قتل » ليست في (أ) .

(٦) كلمة « على » ليست في (أ) .

(٧) في (أ) : « وهي » .

(٨) في الأصل : « أورأسها » والمثبت من (أ) .

الشرط الثاني : أن تكون صيغةُ الشهادةِ صريحة . فلو قال : أشهد أنه جَرَحَ وأنهر الدمَ ، ومات المجروح ، لم يُقْبَل مالم يَقُلْ : قَتَلَه (١) ؛ إذ ربما يموت بسبب آخر ، والموت عقيب الجراحة يُعرف أنه بالجراحة بقرائن خفية ، فلا يُغْني (٢) إلا ذِكْرُ القتل . وذكر العراقيون وجهًا : أنه يكفي ؛ كما تقوم الشهادةُ (٣ على اليد والتصرّف ٣) مقامَ المِلْك ؛ لأنه مستند العلم .

ولو قال : أشهد أنه أوضح رأسَه ، لم يَكْفِ مالم يُصَرح بالجراحة وإيضاح العظم .

فإنْ صَرَّح وعجز عن تعيين محلّ الموضحة – لالتباسها بموضحات على رأسه – سقط القصاصُ ، وفي الأرش وجهان :

أحدهما : لا ؛ كما إذا شهد رجل وامرأتان على موضحة عمدًا ، فإنه إذا لم يثبت المقصود لم يثبت غيره .

والصحيحُ : أنه يَثْبت ؛ لأنه لا قُصورَ في نفس الشهادة ، وإنما التعذُّر في استيفاء القصاص .

ولو شهد على أنه قَتله بالسحر ، لم يُقْتلْ ؛ لأن ذلك مما لا يُشَاهَد وَجْهُ تأثيره ، فالقتلُ بالسحر لا يَثْبت إلا بالإقرار . ثم قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لو قال الساحر : أَمْرَضَه سِحْري ، ولكنْ مات بسبب آخر ، فلولِّي الدمِ القسامةُ ، واعترافُه بالمرض لَوْثٌ . وهذا يدل على أنَّ المقِرَّ بالجرح إذا ادعى أن الموت بسبب آخر يُجْعل إقراره لَوْثًا . وقد قيل : إن القولَ قولُ الجاني ، وهو جارٍ في السحر .

فإن قيل : تَعَلُّمُ السحرِ حرامٌ أم لا ؟ قلنا : إن كان فيه مباشرةُ محظورٍ : من ذكر سُخْفٍ ، أو ترك صلاة ، فذلك هو الحرام ، فأمّا تَعَرُّفُ حقائق الأشياء على ما هي عليها ، فليس بحرام ، وإنما الحرام الإضرارُ بفعل السحر لا بتعلُّمِه (٤) .

---

(١) في (أ) : « قتلني » .

(٢) في (أ) : « فلا يمضي » .

(٣) في (أ) : « على التصرف واليد » .

(٤) في (أ) : « لا تعليمه » .

الشرط الثالث : أنْ لا تتضمن جَرًّا ولا دفعًا (١) . فلو شهد على الجراحة مَنْ يرث المجروحَ : (٢ رُدّت شهادتُه ؛ لأنه ٢) سبب استحقاقه .

ولو شهد الوارثُ للمريض بدَيْن أو عَيْنٍ ، فوجهان . والفرقُ : أن جرح المشهود عليه سببُ الاستحقاق دون الديْن . ولو شهدوا على الجرح وهما محجوبان حال الشهادة ، ثم مات الحاجب أو بالعكس ، فالصحيح : أنّ النظر إلى حالة الشهادة ؛ للتهمةِ . وقيل : قولان كما في الإقرار للوارث .

فإنْ رددنا ، (٣ فلو أعاد بعد الحجب ٣) : لا تُقْبل ؛ كالفاسق إذا أعاد (٤) .

فأما الشهادة الدافعة ، فصورتُها : أنْ تشهد العاقلة على فِسْقِ بيِّنة القتل الخطأ (٥) .

ولو شهد اثنان من فقراء العاقلة ، نصّ أنه لا تُقبل . ولو شهد اثنان من الأباعد – مع أن الواجب مُسْتوفًى بالأقارب – نص أنه تُقبل . فقيل : قولان بالنقل والتخريج . وقيل : إن الفقير أملُه في الغنيِّ قريبٌ ، وتقدير موت الأقارب بعيدٌ ، فلا يُورِث تهمةً (٦) .

الشرط الرابع : أنْ تَسْلَمَ الشهادةُ عن التكاذُب . وفيه صور :

الأولى : إذا شَهِدَا (٧) على رجلين بالقتل ، وشهد (٨) المشهودُ عليهما بأنهما (٩) قتلا هذا القتيل ، نُقدم على هذا مقدمةً ، وهو أن شهادة الحِسْبة تُقْبل في حقوق اللّه تعالى ، وفي القصاص

---

(١) يعني أن لا تجلب الشهادة إلى الشاهدِ نفعًا أو تدفع عنه ضرًّا ، وإلا فتكون في محل تهمة فلا تُقْبل .

(٢) في (أ) : « رُدت ؛ لأنها » .

(٣) في (أ) : « فأعاد بعد الحجب » .

(٤) يعني كشهادة الفاسق إذا أعاد تلك الشهادة بعينها حال كونه عدلًا .

(٥) في (أ) : « قتل الخطأ » .

(٦) في (أ) : « فلا تؤثر تهمة » .

(٧) في الأصل : « شهد » والمثبت من (أ) وهو الصواب .

(٨) في (أ) : « فشهد » .

(٩) أي الشاهدين .

ثلاثةُ أوجه :

أحدها : نعم ؛ صيانةً للحقوق عن الضياع .

والثاني : لا ؛ لأنَّ للدم طالبًا كما للمال .

والثالث : أنه إن لم يعرف المستحق قُبلت الشهادة .

فإنْ قلنا : تُقْبل ، فَتَسَاوَقَ أربعةٌ إلى مجلس القاضي ، فشهد اثنان على الآخرين بالقتل ، فشهد الآخران على الأَوَّلَين بذلك القتل ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : الردُّ وإنْ قبلنا شهادة الحسبة ؛ إذ هي متكاذبة ، فلا تُرَجَّح [1] .

والثاني : أنا نراجع صاحبَ الحق ونحكم بشهادة مَنْ صَدَّقَهما .

والثالث : [2] أنّ الأُولى صحيحةٌ [2] وشهادةُ الآخريْنِ غير مقبولة ؛ لأنهما دافعان ، ولأنهما صارا عَدُوَّيْن للأَوَّلين . ولكن إثبات العداوة بمجرد الشهادة ، ضعيفٌ .

وإن فرعنا على رَدِّ شهادة الحسبة ، فلو جاء المدعي بعد ذلك لم تنفع / تلك الشهادة . وهل ٢٤٩/ب تُقْبل إعادتها ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا ؛ كما لو رُدّ [3] بعلَّة الفسق .

والثاني : نعم ؛ لأنه لم تُرَدَّ بِتُهْمَةٍ .

والثالث : أنهما إن تابا عن المبادرة ، قُبِلت الإعادة .

رجعنا إلى مسألتنا ، فإذا شهد المشهودُ عليهما على الشاهدين ، واستمر المدعي على تكذيبهما : فلا أثر لشهادتهما ؛ لأنهما دافعان وعدوان ومبادران . وإن صدقهما بطل حقُّه بتناقض الدعويين .

---

(١) في (أ) : « فلا ترجيح » .

(٢) في (أ) : « أن الأول صحيح » .

(٣) في (أ) : « رُدت » .

فإن كان ذلك من وكيلٍ ، فلا يؤخذ بإقرار لم يُؤثر في إبطال الدعوى الأُولى . فإن صدق الموكّلُ الآخرين انبنى على أنهما مبادران أو دافعان ؟.

المسألة بحالها ، لو شهد المشهودُ عليهما على أجنبي سوى الشاهدين [(١)] ، فهما مبادران ودافعان وليسا عدوين . [(٢] وإن شهد أجنبيان على الشاهدين ، فهما مبادران ، ولَيْسَا دافعين ولا عدوين [٢)] .

الصورة الثانية : لو شهدوا على القتل ، فشهد أحد الورثة بعَفْوِ بعضهم ، سقط القصاص بقوله من حيث إنه إقرار [(٣)] لا من حيث إنه شهادة حتى تسقط ولو كان فاسقا .

الصورة الثالثة : إذا شهد أحدهما أنه قتله غدوةً . وقال الآخر : عَشيةً ، فهو تكاذُبٌ ، وكذا إذا نسبا إلى مكانين أو آلتين . وكذا لو شهد أحدهما على الإقرار ، والآخر على القتل ، لم يثبت ؛ لأنهما لم يتفقا على شيء .

ولو شهد أحدهما على الإقرار بالقتل المطلق ، والآخر على الإقرار بالقتل العمد : ثبت أصلُ القتل ؛ فالقولُ قولُ المدعى عليه في نَفْي العمْدية إلا أن يكون ثَمّ لَوْثٌ يَشْهد للعمْدِيّة ، فتثبت القسامة .

---

(١) يعني غير الشاهدين عليهما .

(٢) في (أ) : « وإن شهد أجنبيان على الشاهدين فكمثله » .

قال الحموي : « قوله في إثبات الدم : (ولو شهد رجلان على رجل بالقتل ، فشهد الشهودُ عليهما بأنهما قتلا هذا القتيل .. إلى قوله : والثالث : أن الأولى صحيحة ويحكم بشهادة من صدقهما ... إلى أن قال : المسألة بحالها : لو شهد المشهودُ عليهما على أجنبي سوى الشاهدين ، فهما مبادران وليسا دافعين ولا عدوين) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه قال : (الأولى صحيحة) فإنه ليس كذلك على إطلاقه ، فإنه لو صدق الجميع أو الآخرين ، أو كذب الأولين أو كذب الجميع : لم تكن مقبولة . الثاني : أنه قال : (فهما مبادران وليسا دافعين) وليس كذلك ، فإن المشهود عليهما داعان عن أنفسهما بشهادتهما على الغير .

والجواب عن الثاني أن يقال : ليسا دافعين على الحقيقة ضرورةً ؛ فإن الدفع يقتضي تعلُّقَ دَفْع بخلاف غيرهما . وعن الأول : أن مراده بذلك إذا صدَّق الأولين وكذب الآخرين ، والإشكالان ضعيفان » . إشكالات الوسيط (ق ١٧١ / ب ، ١٧٢ / أ) .

(٣) في (أ) : « من حيث إنه أقرّ » .

وإن قال أحدهما : قَتَلَه عمدًا ، وقال الآخر : خطأ ، فوجهان :

أحدهما : أنه تكاذُبٌ .

والآخر : أنه يَثْبت القتل، ومَنْ يشهد بالخطأ فكأنه يَشْهد بعدم العمد؛ فيبقى النزاع في العمدية.

وحيث يثبت التكاذُبُ في الآلة والمكان والزمان ، قال المزني (رحمه اللّه) : « يُفيد قولُهما لَوْثًا » ، فاتفقت المراوزةُ على تغليطه ؛ لأنهما تساقَطا بالتكاذُب . ونقل العراقيون فيه قولين للشافعي (رضي اللّه عنه) .

* * *

كتاب

الجنايات الموجبة للعقوبات

وهي سبعة [1]

البغْيُ ، والرّدة ، والزنا ، والقَذْف ، والشُّرْب ، والسَّرقة ، وقَطْعُ الطريق .

(١) في (أ) ، (ب) : « وهى سبع » .

الجناية الأولى

البَغْي (١)

(٢ والنظر في : صِفة البغاة ، وأحكامِهم ، وقتالِهم .

الطرف الأول ٢) : في صفاتهم . ويُعتبر فيهم ثلاثةُ شروط : الشوكةُ ، والتأويلُ ، ونَصْبُ إمامٍ فيما بينهم .

(الشرط الأول) : الشوكة (٣) . وهو أن يَجْتمع قومٌ ذو نجدة على مخالفة الإمام .ولا يُعتبر مساواةُ عددِهم لجُنْدِ الإمام ؛ كم من فئة قليلة غالبة (٤) ، لكن يَكفي أن يكون الظَّفَر مَرْجوًّا . ثم إن كانوا في موضع محفوفٍ بولاية الإمام ، (٥ فلا بد من زيادة نجدة ، كما إذا كانوا ٥) على طرف من أطراف الولاية . ثم لا يَخْفى أن الشوكة لاتتمُّ ما لم

---

(١) البغي : مصدر « بغى ، يبغي ، بغيًا » : أي تعدَّى ، وأهلُ البغي هنا هم المخالفون لإمام العدل ، الخارجون عن طاعته ، بامتناعهم من أداء واجب عليهم . ويُشْترط فيهم - حتى تجري عليهم أحكامُ البغاة - الشوكةُ ، والتأويلُ ، وأن يكون لهم رأسٌ مطاعٌ . انظر : الوجيز (٢/ ١٦٤). المنهاج ص (١٣١) . الغاية القصوى (٩١٩/٢) . المطلع على أبواب المقنع ص (٣٧٧) .

وقال في الروضة (٥٠/١٠) : « قال العلماء : يجب قتال البغاة ، ولا يَكْفرون بالبغي ، وإذا رجع الباغي إلى الطاعة قُبِلت توبتُه ، وتُرِكَ قِتالُه . .وأَجمعت الصحابة (رضي الله عنهم) على قتال البغاة . ثم أطلق الأصحاب القول بأن البغي ليس باسم ذَمٍّ ، وبأن الباغِينَ ليسوا بِفَسَقة ، كما أنهم ليسوا بكفرة ، لكنهم مخطئون فيما يفعلون ويذهبون إليه من التأويل . ومنهم مَنْ يُسَمِّيهم عصاةً ، ولا يُسميهم فَسَقة ، ويقول : ليس كل معصية بفسق .

والتشديداتُ الواردة في الخروج عن طاعة الإمام وفي مخالفته كحديث : « من حمل علينا السلاح فليس منَّا » وحديث « من فارق الجماعة فقد خلع ربقة الإسلام من عنقه » وحديث « من خرج من الطاعة وفارق الجماعة فميتَتُه جاهليةٌ » : كلُّها محمولةٌ على من خرج عن الطاعة وخالف الإمام بلا عذر ولا تأويل » .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) والمقصودُ بالشوكة أن يكون لهم سلاحٌ وعَتَادٌ يَمْتنعون به .

(٤) وفي نسخة أخرى : « كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة » . كذا على هامش الأصل .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فلا بد من زيادة نجدة بخلاف ما إذا كانوا » .

يكن فيهم واحدٌ مُطَاعٌ .

(الشرط الثاني) : أن يكون بَغْيُهم عن تأويل . فلو اجتمع جماعةٌ ممن توجَّه عليهم حدودٌ ، أو حقوقٌ - من زكاة أو غيرها - وخالفوا الإمامَ : قاتلَهم الإمامُ كما قاتل أبو بكر (رضي الله عنه) مانعي الزكاة ، وليس لهم حكم البغاة (١) .

والمرتدون إذا اجتمعوا - لشبهة (٢) في دينهم - فلا يُعَدُّ ذلك تأويلًا مُعْتبرًا.

ولوكان لهم (٣) تأويلٌ باطلٌ قطعًا - لكنهم غلطوا فيه - ففي اعتباره وجهان :

أحدهما : أنه لا يُعْتبر ؛ كتأويل أهل الردة . ومعاويةُ (رحمه الله) - عند هذا القائل - لم يكن مُبْطِلًا قطعًا ، بل بالظنّ .

والثاني : يُعتبر ؛ لأن الغلط في القطعيات كثيرٌ . ومعاويةُ كان مُبْطِلًا على القطع عند هذا القائل ، لكنه لم يَعْرف ذلك (٤) .

وأما الخوارج ، ففيهم - على رأْي الامتناع من تكفيرهم - وجهان ، منهم من ألحقهم

---

(١) انظر - في قتال أبي بكر (رضي الله عنه) للمرتدين ومانعي الزكاة - صحيحَ البخاري مع شرحه فتح الباري (٣٠٨/٣) (٢٤) كتاب « الزكاة » (١) باب « وجوب الزكاة » حديث (١٣٩٩) . وصحيح مسلم (٥١/١) (١) كتاب « الإيمان » (٨) باب « الأمر بقتال الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله محمد رسول الله » حديث (٢٠) وسنن أبي داود (١٩٨/٢) حديث (١٥٥٦) وسنن النسائي (٥/٦) وسنن الترمذي (٥/٥) حديث (٢٦٠٧) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بشبهة » .

(٣) يعني للبغاة .

(٤) قال الحموي : « قوله في باب قتال أهل البغي : (ولو كان لهم تأويل باطل قطعًا لكنهم غلطوا فيه ، ففي اعتباره وجهان ... وقال في الثاني : يعتبر ؛ لأن الغلط في القطعيات كثير ، ومعاوية كان مبطلًا على القطع لكنه لم يعرف ذلك) .

قلت : كان ينبغي أنه إذا اعتبر القطعَ لم يكن معاويةُ مبطلًا كما لا يخفى ، وهذا القائل يقول : لابد من القطع ، ومستنده أنه لم يثبت عند عليٍّ قَتَلَةُ عثمان (رضي الله عنه) ، وذلك يمنع من قتال معاوية علمًا قطعيًّا بالنسبة إلى المستندين بأن معاوية لم يعرف ذلك على ما ذكره ، بخلاف سائر المظنونات ؛ فإنها ليست كذلك فإنه لم يعرف مستندهما قطعًا . إشكالات الوسيط (ق ١٧٢ / أ ، ١٧٢ / ب) .

بأهل الردة ، ولم يَكْترِثْ بتأويلهم ؛ لظهورِ فسادِه [١] .

(الشرط الثالث) : نَصْبُ الإمام فيما بينهم . وفي اشتراطه خلافٌ [٢] . ومَنْ شرطه علَّل بأنَّ هذه الشروط تُعْتبر لتنفيذِ قضاءِ قاضيهم ، ولا ينتصب القاضي إلا بالتبعية [٣] ؛ فلا بُدَّ لهم من إمامٍ يُوَلِّي القضاةَ . ومن لايَشْترط ذلك يقول : ربما لايُصَادِفون موصوفًا بصفات الأئمة ، ولايمكن تعطيلُ أحكامِهم [٤] .

* * *

---

(١) انظر الغاية القصوى (٩١٩/٢) .

(٢) والأصح – عند الأكثرين من الشافعية – أنه لا يُشْترط . انظر الروضة (٥٢/١٠) . الغاية القصوى (١٩١/٢) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إلا بالبيعة » .

وقال ابن الصلاح : « ومعناه أن القاضي لا يُنَصَّب – في العادة – ببيعةِ الرعية له ونَصْبِهم له قاضيًا ، وإنما يُنَصَّب الرعيةُ إمامًا ببيعتهم له ، ثم الإمامُ يُوَلِّي القضاةَ وغيرهم ، فلابد إذن في ذلك مِنْ نَصْبهم إمامًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٣/ب) .

(٤) وصفاتُ الأئمة المشروطةُ : أن يكون الإمام مكلفًا ، مسلما ، عدلًا ، حرًا ، ذكرًا ، عالمًا ، مجتهدًا ، شجاعًا ، ذا رأي وكفاية ، سميعًا ، بصيرًا ، ناطقًا ، قرشيًا . انظر الروضة (٤٢/١٠) .

الطرف الثاني

في أحكام البغاة : في الشهادة ، والقضاء ، والغُرْم

أما شهاداتهم [١] فمقبولةٌ ؛ لجهلهم بالتأويل . وأما قضاءُ قاضيهم فنافذٌ على وَفْقِ الشرع [٢] .

وما يَسْتوفيه [٣] من زكاة ، وجزية ، وحدٌّ / ويَصْرفه إلى مصرفه : فواقعٌ مَوْقِعَه [٤] . ٢٥٠/أ
ولو [٥] صَرَفوا السهمَ المرصَدَ لمرتزقة [الإسلام] [٦] إلى جندهم ، ففيه اختلافٌ مشهور [٧] ؛ لأنه [٨] – وإن كانوا جُنْدَ الإسلام – لكنهم [٩] في الحال على الباطل ، وتصحيحُ ذلك إعانةٌ لهم .

وإذا كتبوا الكتاب إلى قاضينا [١٠] بعد إبرام [١١] الحكم : أُمْضِيَ . وإن سَمع البينةَ والتمسَ الحكمَ فقولان [١٢] :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أما شهادتهم » .

(٢) يعني يَنْفُذ من قضائهم ما كان موافِقًا لكتاب الله وسنة رسوله وإجماعِ الأمة . أما ما خالف نصًا صريحًا من كتابٍ أو سنة أو إجماع ، فمردودٌ ، وإن كان القاضي عدلًا .

(٣) يعني والي البغاة .

(٤) يعني : جاز ذلك وأُمْضِي ، ومن ثَمَّ فإن عادت تلك البلدة – التي استولى عليها البغاة – إلى أهل العدل ، لم يُطَالِبوا أهلَ تلك البلدة بإعادة الزكاة أو بإعادة الجزية من الذميين القاطنين معهم . انظر الأم (٤/ ٢٢٠) . الروضة (٥٤/١٠) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وإن » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧)في (أ) ، (ب) : « ففيه خلاف مشهور » . والأصحُ – من هذا الخلاف المشهور – تصحيحُ ذلك ؛ لأنهم من جند الإسلام أيضًا ، وإرعابُ الكفار حاصلٌ بهم . انظر : الروضة (٥٤/١٠) .المنهاجص(١٣١).الغاية القصوى(٢/ ٩٢٠).

(٨) في (أ) ، (ب) : « لأنهم » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « ولكن هم » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « قاضٍ » .

(١١) في (أ) : « انبرام » .

(١٢) أي إن سمع قاضي البغاة البينةَ – في قضيةٍ ما – والتمس من قاضي أهل العدل أن يَحْكم ، فالأقيسُ – كما =

أقيسهما : الحكم ؛ كي لايؤدي إلى إبطال حقوق الرعايا .

والثاني : لا ؛ لأنه مساعدةٌ لهم على بغيهم . وقيل بطرد القولين فيما أبْرموه واستعانوا بقاضينا في الاستيفاء ، والقياسُ الإمضاءُ .

هذا فيمن له [1] الشوكةُ والتأويلُ ، فإن عدمت الشوكة ، فلا ينفذ حُكْمُهم ؛ [2] إذ يرجع ذلك إلى محاورات في خلوات [2] . وإن عدم التأويلُ دون الشوكة ، لم يَنْفُذْ قضاؤهم على الظاهر [3] . ويحتمل أن يُخَرَّج ذلك على ما إذا شَغَرَ الزمانُ عن الإمام ، فإن أحكام الرعايا لايمكن تعطيلُها ؛ فلذلك يَنْفُذ القضاءُ بحكم الحاجة .

أما الغرم ؛ فهو واجبٌ بالإتلاف في غير القتال على الفريقين جميعًا . أما في القتال فلا غُرْم على العادل . وما يُتْلِفُه الباغي في القتال ، فيه قولان :

أحدهما : أنه يجب ؛ لأنه أتلف مالًا معصومًا بغير حق .

والثاني : وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه لا يجب [4] ، كما في أهل الحرب ؛ لأن المؤاخذة بتبعات القتال تمنع من الفيئة ....

= ذكر الغزالي – أن يحكم في هذه القضية بناءً على البينة التي رآها قاضي البغاة . وهذا ما رجحه الغزالي في الوجيز (١٦٤/٢) ، والنووي في المنهاج ص (١٣١) .

(١) في (أ) ، (ب) : « لهم » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لأن ذلك يرجع إلى محاورات للإمام في خلوات » .

قال ابن الصلاح : « ومعناه أنهم تحت الطاعة والقهر ، وحاصلُ مخالفتهم محاورات تجري بينهم في خلواتهم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٣/ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الأظهر » .

(٤) وهذا هو الجديد من قولي الشافعي (رحمه الله) وهو الأظهر . انظر : الأم (٢١٨/٤) . الروضة (٥٥/١٠) . والمنهاج ص (١٣١) . وانظر قول أبي حنيفة (رحمه الله) في مختصر الطحاوي ص (٢٥٧ وما بعدها) . المبسوط (١٢٧/١٠) . الهداية (٤٦٦/٢) . رءوس المسائل ص (٤٧٩) . فتح القدير (١٠٦/٦) .

أما ما أصابوه من أموال – حالَ القتال – ثم وُجِدَ بعينه بعد القتال ، فهو مردودٌ لصاحبه ، عادلًا كان أو باغيا . انظر المصادر السابقة .

والطاعة ، (١ ولذلك أُتْلفت أموال ، وأُريقت دماءٌ ، في قتالِ معاوية وعليّ ١) (رضي الله عنهما) وكان عليٌّ (رضي الله عنه) يَعْرِف القاتل وما اقتصَّ من أحد ، ولا غرَّم .

وإن قلنا : لاضمان ، ففي الكفارة وجهان ، ووجهُ الإسقاطِ : الإهدارُ كما في أهل الحرب . فإن قلنا : يجب الضمان ، ففي القصاص وجهان لأجل الشبهة . فإن لم نُوجب القصاصَ ، فالديةُ على العاقلة أو على الجاني ؟ فيه خلاف . كما لو قتل إنسانًا على ظَنٍّ أنه كافر [٢] .

هذا إذا وُجدَ [٣] الشوكة والتأويل . فإن وُجِدَ تأويلٌ بلا شوكة وَجَب الضمان ؛ قتل ابنُ مُلْجَم (أخزاه الله) عليًّا (كرم الله وجهه) فأُقِيدَ [به] [٤] وكان من تأويله أنَّ امرأةً زعمت أنَّ عليًّا (رضي الله عنه) قَتَلَ أقاربها ، فوكّلتْه باستيفاء القصاص .

وأما الشوكةُ دون التأويل ، فطريقان منهم من قطع بوجوب الضمان كمثل واقعة مانعي الزكاة ، ومنهم من أجرى القولين [٥] ؛ (٦ لأن إسقاطَ القصاص وإسقاطَ التبعية ؛ للترغيب في الطاعة ٦) ، وأجرى الشافعيُّ (رضى الله عنه) ترديد القولين [٧] في المرتدين إذا أَتْلفوا في القتال [٨] . وقيل : هو أَوْلى بالسقوط ؛ لمشابهة أهل الحرب .

فأما وجودُ الإمامِ فليس بشرط لسقوط الضمان .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « ولذلك أُتلفت الأموالُ ، وأُرِيقت الدماءُ في قتال عليّ ومعاوية » .

(٢) يعني فإذا هو مسلمٌ ، كأن يكون هذا المسلم يَتَزَيَّا بِزِيِّ الكفار الخاص بهم مثلًا .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وجدت » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) وهو الأصح كما في الروضة (١٠/٥٧) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لإسقاط القصاص وإسقاط التبعية ؛ ترغيبًا لهم في الطاعة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ترديد القول » .

(٨) انظر مختصر المزني ص (٢٥٧) .

الطرف الثالث

في كيفية القتال [١]

ويُرْعَى فيه أمور :

الأول : أنا لانغتالهم ، بل نُقَدّم النذيرَ أولًا ، فإن لم يرجعوا إلى الطاعة قاتلْنَاهم . وفي أواخر القتال : لانَتّبع مُدْبِرَهم ، ولانُذَفِّف على جريحهم ؛ لأن قتالهم مثل الدفع [٢] عن منع الطاعة . والمُدْبِرُ مَنْ سقطت شوكتُه وأُمِنَ غائلتُه ، لا مَنْ يتحرَّف من جانب إلى جانب [٣] . فلو تبدَّدوا سقطت شوكَتُهم ، ولكن يُتَوهَّم اجتماعُهم ، فهل يجوزُ اتباعُهم بالقتل ؟ فيه وجهان [٤] ، يُنْظر في أحدهما إلى الحال . وفي الثاني إلى غائلة المآل ، وكذا مَنِ انهزم على أن يَتَّصل بفئة أخرى [٥] .

الثاني : أنَّ أسيرهم لايُقْتل ، ولا يُطْلَق ما داموا على شوكتهم ، فإذا [٦] بطلت الشوكةُ ، وكان اجتماعُهم في المآل مُتَوَقَّعًا ، ففي إطلاقه وجهان .

فأما نساؤهم وذراريهم ، فَيُخَلَّى سبيلُهم . وقال أبو إسحاق المروزي (رحمه الله) : « نَحْبِسُهم ؛ ففي ذلك كَسْرُ قلوبِهم » .

وأما أسلحتُهم وخيولُهم ، فلايَحِلُّ استعمالُها في القتال ، خلافًا ....

---

(١) وطريقة قتال البغاة طريقُ دَفْع الصائل ؛ إذ المقصودُ رَدُّهم إلى الطاعة ودَفْعُ شرهم ، لا النَّفْيُ والقتلُ ؛ فإذا أَمكن الأسْرُ فلا يُقْتل ، وإذا أمكن الإثخانُ فلا يُذَفّف ، فإن التحم القتالُ واشتدّ ، خرج الأمرُ عن الضبط . انظر الروضة (٥٧/١٠) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « شُرع للدفع » .

(٣) إذْ حكمُ مَنْ يتحرَّف من جانبٍ إلى جانب أن يُتْبع ويُقْتل .

(٤) والأصحُّ : أنه لا يُتْبع مُنْهَزِمُهم وإن خِيفَ اجتماعُهم . انظر الغاية القصوى (٩٣٠/٢) .

(٥) فإن كانت الفئةُ قريبةً : أُتبع ، وإلا فلا على الأصح .كذا في الروضة (١٠ /٥٨) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

لأبي حنيفة (رحمه الله) [1] . لكن إنما تُرَدُّ إليهم إذا جاز إطلاقُ أسيرهم . والصبيُّ المراهِقُ والعبدُ كالخيل ، والصغيرُ كالنسوان .

الثالث : لا نَنْصب عليهم المجانيقَ [2] ، ولا نُوقد عليهم النيرانَ ، ولا نُرْسِل السيولَ الجارفة ، وكذا كلّ سبب يعمُّ إلا إذا كان بحيث نُصْطَلَم [3] لو لم نَفْعل ؛ لأن هذه الأسباب [4] لايمكن حَسْمُها ، وربما يرجعون في أثنائها .

وإن تحصَّنوا بقلعة ، ولم يُتوصَّل إلا بهذه الأسباب ، فإن كان فيهم رعايا لم يَجُزْ ، وإن لم يكن إلا المُقَاتِلة : ففيه نظرٌ ، والأولى مَنْعُه والاقتصارُ على المحاصرة والتضييق [5] .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن أسلحة البغاة التي استولى عليها أهلُ العدل - وكذلك خيولهم - لا يحِلُّ استعمالُها في القتال إلا لضرورة لا بُدّ منها . انظر : الأم (٢٢٥/٤) . مختصر المزني (٢٥٨) . الوجيز (١٦٥/٢) . المنهاج ص (١٣١) . الروضة (٥٩/١٠) . الغاية القصوى (٩٢٠/٢) . فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (١٥٤/٢) . رحمة الأمة ص (٢٧١) .

ومذهبُ الحنفية : أنه يَحِلُّ استعمالُ أسلحتهم وركوبُ خيولهم ساعة القتال إن احتاج العادلون إلى ذلك . وهو مذهب المالكية ، ورواية عن الإمام أحمد . انظر : المبسوط (١٢٦/١٠) . الهداية (٤٦٥/٢) . شرح فتح القدير(١٠٤/٦) . اللباب في شرح الكتاب (١٥٥/٤) . الشرح الكبير (٢٩٩/٤ وما بعدها) . وحاشية الدسوقي عليه (٣٠٠/٤) . المقنع ص (٣٠٦) . المبدع (١٦٢/٩) . المغني لابن قدامة (١١٦/٨) .

(٢) المنجنيق : هو الذي تُرْمَى به الحجارة . وهي كلمة مُعَرَّبة عن الفارسية ، ووزنها : فَنْعَليل ، بفتح الفاء ، والتأنيث أكثر من التذكير فيها ، ومنهم من يقول : الميمُ زائدةٌ ، ووزنه : منفعيل ، وعليه فأصله : جنق . وربما قيل له : مِنجنيق بكسر الميم ؛ لأنه آلة . والجمع : مجانيق ، ومنجنيقات. انظر : المصباح المنير (٨٧٠/٢) . وتهذيب الأسماء واللغات (١٣٤/٢/٣) .

(٣) الصَّلْم : القطع . والاصطلام : الاستئصال . وقوله : (إلا إذا كان بحيث نصطلم) أي : إلا إذا خِفْنا أن يستأصلونا ، فيحنئذ يجوز لنا فِعْلُ ما يَعُمُّ أذاه . انظر : مختار الصحاح ص (٣٦٨) . المصباح المنير (٥٢٩/١) . القاموس المحيط ص (١٤٥٨) . مادة (ص ل م) .

(٤) في (ب) : « الأشياء » .

(٥) وهذا هو الأولى ؛ لأنَّ تَرْكَ بلدةٍ في أيدي طائفة من المسلمين - وإن كانوا بغاة - ويُمْكننا الاحتيال في محاصرتهم والتضييق عليهم : أقربُ إلى الإصلاح من إهلاكهم . انظر الروضة (٦٠/١٠) .

الرابع : (١ لاينبغي أن يَقْتُلَ ١) العادلُ واحدًا من أرحامه . ولا ينبغي أن يَستعين الإمامُ بأهل الشرك عليهم ولا بمن يَرَى قَتْلَ مُدْبِرِهم .

الخامس : إن استعان البغاةُ علينا بأهل الحرب ، لم يَنْفُذْ أمانُهم علينا ، واتبعْنا مُدْبِرَ أهل الحرب . وهل ينفذ الأمانُ في [حق] (٢) أهل البغي ؟ فيه وجهان ، الصحيح : أنه لا ينفذ / لأنه بُنِيَ على الفساد ، لكن لا يجوز لهم الاغتيالُ بكل أمانٍ فاسد ، ويجوز لنا اغتيالُهم . وقيل : إنه لا يجوزُ إذا انعقدَ لهم أمانٌ فاسدٌ . وهو ضعيف . نعم ، لو قال أهلُ الحربِ : ظننا أنهم المحُقُّون ، ففي إلحاقِهم بِمَأْمَنِهم خلافٌ (٣) . ومنهم من قال : لا نُبَالي بظنونهم . ٢٥٠/ب

ولو استعانوا بطائفة من أهل الذمة ، انتقض عهدهم ؛ فنقتل مُدْبرهم ونَغْنم مالهم . وفيه وجه : أنهم إذا انهزموا ألحقاهم بِمَأْمَنِهم . فإن كانوا مُكْرَهين لم يُنْتقض عَهْدُهم ؛ فلا نَتْبع مُدْبِرَهم . فإن قالوا : ظَنَنَّا أنهم الفِئة المحِقَّة ، ففي انتقاض العهد قولان (٤) .

التفريع : حيث ألحقناهم بأهل الحرب ، غَنِمْنا مالَهم ، ولاضمانَ عليهم فيما يُتْلِفون . فإن قلنا : لا بُدَّ من تبليغهم مَأْمَنَهُم ، فما أتلفوه (٥) مضمونٌ عليهم ؛ إذْ بَقِيَ في حقِّنا عهدةُ الأمانِ (٦) فَيَبْقى عليهم عهدةُ الضمان . فإنْ فَرَّعْنَا على أن العهد لا ينتقض في بعض الصور ، قطع الأصحابُ بوجوب الضمان عليهم ؛ لأن الإسقاط عن البغاة لِترغيبهم في الطاعة ، ولا يَجْري ذلك في الذّمّيّ .

السادس : مَنْ يوجد (٧) منهم قتيلًا ، يُغَسّل ويُصَلَّى عليه (٨) ، وليس بشهيد . وقال

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ينبغي أن لا يقتل .. » . (٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) والأصح أنا نُبَلّغهم مَأْمَنهم ،ونعاملهم معاملة البغاة ، فلا نتبعهم مدبرين . انظر روضة الطالبين (١٠/ ٦١) .

(٤) والمذهبُ : أنه لا يُنْتقض عهدهم إن قالوا : ظَنَنَّا أنهم الفئةُ المحِقّة . أما إذا لم يذكروا عذرا ، انتقض عهدهم على المذهب . انظر : الروضة (٦١/١٠) . المنهاج ص (١٣١) . الغاية (٩٢٠/٢) .

(٥) في (أ) : « فما أتلفوا » . (٦) في (أ) ، (ب) : « الضمان » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « من صُودف » . (٨) في (أ) : « ونصلي عليه » .

أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُغَسَّل ولا يُصَلَّى عليه ؛ إهانة لهم [١] .

والعادلُ إذا قُتِلَ في المعترك ، فقولان في كونه شهيدًا .

ولا ينقطع التوارثُ بينهم وبين أهلِ العدل .

* * *

(١) **مذهب الشافعية** : أن مَنْ قُتِل من أهل البغي ، يُغَسَّل ويُصَلَّى عليه . وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٤/٢٢٥) . مختصر المزني ص (٢٥٨) . المغني لابن قدامة (٨/١١٦) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يُصَلَّى على قَتْلَى أهل البغي ولا يُغَسَّلون أيضًا ، ويُدْفنون لإماطةِ الأذى . انظر : المبسوط (١٠/ ١٣١) .

الجناية الثانية

الردة

والنظرُ في أركان الردة وأحكامها .

الطرف الأول : في الردة [١] . وهو عبارةٌ عن قطع الإسلام من مُكَلَّف .

احترزنا « بالقطع » عن الكفر الأصلي [٢] ، و« بالمكَلَّف » عن المجنون والصبيِّ . وفي السكران قولان ؛ لتردده بين الصَّاحي والمجنون [٣] . وعلى طريق : يصح ؛ تنفيذًا لِمَا عليه دون ما لَهُ . وعلى هذا ، لو أسلم في السُّكْر لا يصحُّ ، فَلْيُعِدِ الإسلامَ إذا أفاق . فلو [٤] قُتِلَ قبل الإفاقة فَمُهْدَرٌ . وإن قلنا : تصحُّ ردتُه - لأنه كالصَّاحي - فيصح [٥] إسلامُه ، لكن إذا أفاق جَدَّدْنَا عليه التوبةَ . فلو قُتِلَ قبل التجديد ، فالصحيحُ وجوبُ الضمانِ . وقيل : لايجب ؛ أخذًا من اللقيط إذا قُتِلَ بعد البلوغ وقبل أن يَنْطق بالإسلام . ووجهُ الشبهة : أنه إسلامٌ حُكْمِيٌّ لا عَنْ قَصْد صحيحٍ . وهو ضعيفٌ ؛ لأن الردة [٦] أيضًا كان كذلك [٦] ، فيكفي لتلك الردةِ هذا الإسلامُ ، إلا أن يُخَصَّص ذلك الوجْهُ بأن يرتدَّ صَاحِيًا ، ثم أسلم [٧] في السكر .

وأما نفسُ الردة ، فهو نُطْقٌ بكلمةِ الكفر : استهزاءً ، أو اعتقادًا ، أو عنادًا . ومن الأفعال عبادةُ الصَّنم ، والسجودُ للشمس ، وكذلك إلقاءُ المصحف في القاذورات ، وكلُّ فعلٍ هو صريحٌ في الاستهزاء بالدين . وكذلك [٨] السّاحر يُقْتل إن كان ما سَحَرَ به كفرًا ، بأن كان فيه عبادةُ شمسٍ [٩] أو ما يُضَاهِيه .

---

(١) في الأصل : « في الركن » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « عن الكافر الأصلي » .

(٣) والمذهبُ صحة ردة السكران وإسلامِه . انظر الروضة (١٠ /٧١) . المنهاج ص (١٣١) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « يصح » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « كانت أيضًا كذلك » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ثم يُسْلم » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « وكذا » .

(٩) كلمة « شمس » ساقطة من (أ) ، (ب) .

فروع

الأول : إذا شهد اثنان على أنه ارتدَّ ، فقال :كَذَبَا . لم ينفعه التكذيبُ ، لكنه (١) ينفعُه تجديدُ الإسلام (٢ في ردِّ القتل ٢) . ولاينفع في بينونة زوجته .

ولو قال : صَدَقَا (٣) ولكنني كنتُ مكرها ، فإن ظهر(٤) مخايلُ الإكراهِ ، بأنْ كان أسيرًا بين الكفار ، فالقولُ قولُه . وإن لم تكن مخايلُ الإكراهِ حكم بالبينونة . وهذا ينبغي أن يُخَصَّص بما إذا حكَى الشاهدُ كلمةَ الردة . ولاينبغي أن تُقْبل الشهادة مطلقا (٥) ؛ لأن للناس في التكفير مذاهبَ مختلفةً ، فإذا نقل الشاهدُ كلمةً - هي ردةٌ - ولم يقل : ارتدَّ ، ولكنه [قال] (٦) : قال كذا ، فقال المشهودُ عليه : صدق ، ولكنْ كنتُ مكرهًا ، قال الشيخ أبو محمد (رحمه الله) : يُصَدق ؛ إذ ليس في تصديقه تكذيبُ الشهودِ ، بخلاف ما إذا شهدوا على الردة ، فإنّ كونَه مُكْرَهًا يدفع الردة . ولكن الجزم أن يُجَدِّد الإسلام . فلو قتله مُبَادِرٌ قبل التجديد (٧) ، ففي الضمان وجهان مأخوذان (٨) من تَقَابُلِ الأصلين ، وهو عدم الإكراه (٩) ، وبراءةُ الذّمّة .

الثاني : إذا خلف المسلمُ ابنين ، فقال أحدهما : مات أبي كافرًا ، وأنكر الآخرُ ، ففي حصّة المقِرِّ قولان :

أحدهما : أنه للفيء (١٠) ؛ مؤاخذةً له بإقراره .

الثاني : [أنه] (١١) يُصْرف إليه ؛ (١٢ لأن للناس أغراضًا في التكفير ومذاهب ١٢) ،

(١) في (أ) ، (ب) : « لكن » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « في دَرْء القتل » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « صدقوا » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « ظهرت » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « مطلقة » .
(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٧) قوله : « قبل التجديد » ساقط من (أ) ، (ب) .
(٨) في (أ) ، (ب) : « مأخوذ » .
(٩) في (أ) ، (ب) : « وهو الإكراه » .
(١٠) أي فيصرف إلى بيت المال ، ويكون للمسلمين جميعًا .
(١١) زيادة من (أ) ، (ب) .
(١٢) في (ب) : « لأن للناس في التكفير مذاهب » .

قال الحموي : « قوله في باب الردة : (إذا اختلف ابنان ، فقال أحدهما : مات أبي كافرًا ، وأنكر =

«(١) وهو لم يصرح به (١)» .

والصحيحُ : أن يُسْتفصل ، فإن فَسَّرَ بما هو كفرٌ ، صُرف إلى الفيء ، وإلا صُرِف إليه . فإن لم يُفسِّر توقّف .

الثالث : الأسيرُ إذا ارتدّ مكرهًا ، فإذا أفلتَ أَمَرْناه بالتجديد . وإن (٢) أبى تبيَّنَّ أنه كان مُرْتدًّا بالاختيار ، هكذا قاله العراقيون ، وفيه نظرٌ ؛ لأن المسلم لايَكْفر بمجردِ الامتناع عن تجديد الإسلامِ ، وحكمُ الإسلامِ كان دائما [له] (٣) . ثم قال العراقيون : « إذا ارتد الأسيرُ مختارًا ، ثم رأيناه يُصَلِّي صلاةَ المسلمين حُكِمَ بإسلامه بخلاف الكافرِ الأصليِّ » . وفي الفرْقِ إشكالٌ (٤) / . ٢٥١/أ

* * *

= الآخر ، ففي حصة المقر قولان : أحدهما : أنه للفيء ؛ مؤاخذةً بإقراره . والثاني : أنه يصرف إليه ؛ لأن للناس أغراضًا في التكفير ومذاهب مختلفة) .

قلت : قال بعضهم : كان ينبغي ألا تُسمع الدعوى كما ذكر الشيخ من أن الشاهد إذا حكى كلمة الكفر فقال : (لا ينبغي أن تقبل الشهادة مطلقًا ؛ لأن للناس في التكفير مذاهب مختلفة) . قلت : وإن كان كذلك وجب ألا تسمع الدعوى ؛ لأن أباه كان كافرًا .

قلت : ليس ذلك بدعوى وإنما هذا إقرارٌ ، فيؤاخذ به ، وإن سلمنا ذلك فليس يشترط ذلك من جهة المقر بخلاف البينة ، فإنها مثبتة للحق ظاهرًا وباطنًا ، وأما هاهنا فإنا نؤاخذه في الظاهر بالنسبة إلى إقراره ، ولا يحكم على الأب بالكفر ويرثه سائرُ الورثة ويدفن في مقابر المسلمين . وهو إشكال ضعيف كما لا يخفى » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٢ / ب ، ١٧٣ / أ) .

(١) في (أ) : « ولم يصرح به » . (٢) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) قال في الروضة في مسألة الصلاة من المرتد أو الكافر الأصلي : « والصحيح الذي عليه الأصحابُ : أنه لا يكون إسلامًا من الأصلي بخلاف المرتد ؛ لأن عُلْقة الإسلام باقيةٌ في المرتد ، فصلاتُه عَوْدٌ منه إلى ما كان .

ثم سواءٌ – في كل ما ذكرنا – الصلاةُ منفردًا وإمامًا ومقتديا ، وهذا إذا لم يُسْمَع منه تشهُّدٌ فيها ، فإن سمعناه ، فهو مسلم حيثما كان ، وأي كافر كان . وفيه وجه شاذ سبق في باب الأذان » . الروضة (١٠/٧٥) .

الطرف الثاني
في حكم الردة

وذلك يَظْهر في : نفس المرتد ، وولده ، وماله ، وفي أمور أُخَر ذكرناها في مواضعها .

أما نفسه : فَتُهْدَر في الحال ويجب قَتْلُه إن لم يَتُبْ ، فإن تاب تُقبل إلا إذا كان زنديقًا ، ففي قبولِ توبتهِ أربعةُ أوجه :

الظاهرُ : أنه تقبل ؛ إذ بابُ الهداية غَيْرُ محسومٍ ، فلعلّه اهتدى ، وقد قال ﷺ : « هلَّا شَقَقْتَ عن قلبه ؟! » [1] ؛ تنبيهًا على أن النظر إلى الظاهر دون السرائر [2] .

والثاني : لاتُقبل ؛ لأن التقية [3] عند الخوف عَيْنُ الزَّنْدَقة .

والثالث : أنه [4] إن أسلم ابتداءً من غير مطالبةٍ : قُبِلَ ، وإن كان تحت السيف فلا .

والرابع : أنه إن كان داعيًا إلى الضلال لم تُقْبل ، وإلا فَتُقْبل .

وقال أبو إسحاق المروزي (رحمه الله) : « إنما تُقْبل توبةُ المرتدّ مرةً واحدة ، وإن [5] أعاد ثانيا [6] لم تُقبل » . وهو بعيد ؛ إذ مَنْ يُتَصَوَّر أَنْ يُخْطِىءَ مرةً ، يُتَصَوَّر أن يُخْطيء [7] مرتين .

---

(١) الحديث رواه البخاري (١٩٩/١٢) (٨٧) كتاب « الديات » (٢) باب « قول الله تعالى : ﴿ ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعًا ﴾ حديث (٦٨٧٢) بإسناده عن أسامة بن زيد ، ورواه مسلم في صحيحه (٩٦/١) (١) كتاب « الإيمان » (٤١) باب « تحريم قتل الكافر بعد أن قال : لا إله إلا الله » حديث (٩٦) . ورواه أبو داود (١٠٢/٣) حديث (٢٦٤٣) .

(٢) ورجح قبولَ توبته في الوجيز أيضًا (١٦٦/٢) . وصححه النووي في الروضة (٧٦/١٠) . والبيضاويُّ في الغاية القصوى (٩٢١/٢) .

(٣) في (ب) : « التوبة » .

(٤) كلمة « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(٦) في (أ) : « ثانية » .

(٧) في الأصل : « يصيب » وهو خطأ واضح ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

وفي المبادرة [١] إلى قَتْل المرتد قولان [٢] :

أحدهما : يُبَادَر [إلى ذلك] [٣] ؛ لأنَّ جنايته قد تَمَّتْ .

والثاني : يُمْهل ثلاثةَ أيام ؛ لما رُوِيَ أن عمر (رضي الله عنه) قال في مرتدٍّ بادر أبو موسى الأشعري (رضي الله عنه) إلى قتله : « اللهمَّ إني أبرأ إليك مما فعله أبو موسى ، هلَّا حبستموه ثلاثًا ، تُلْقُون إليه كلَّ يوم رغيفًا ؛ لعله [٤] يتوب ! » [٥] .

التفريع : إن قلنا : الإمهالُ لايجب ، فيستحبُّ أو [٦] يُمْنع ؟ فيه وجهان . فإن قلنا : يُمْنع ، فإن قال [٧] : أَمْهلوني ريثما تجلو [٨] شُبهتي بالمناظرة ، فهل يُنَاظر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن الحجة مُقدمة على السيف .

والثاني : لا ؛ لأنَّ الخيالات الفاسدة [٩] لا حَصْرَ لها ، فَلْيقبل الإسلامَ ظاهرًا ، ثم يبحث [١٠] .

وأما ولد المرتد . فإن تراخت الردةُ عن الولادة ، فالولدُ مسلمٌ . فإن عَلِقَتْ [١١] مرتدةٌ من مرتد ، ففي الولد ثلاثةُ أقوال [١٢] :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ثم في المبادرة » .

(٢) قال النوويّ : « وتجب استتابةُ المرتدِّ في الحال » . المنهاج ص (١٣١) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فلعلَّه » .

(٥) هذا الأثر رواه مالك في « الموطأ » (٧٣٧/٢) (٣٦) كتاب « الأقضية » (١٨) باب « القضاء فيمن ارتد عن الإسلام » . ورواه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٢٥٧/١٢) .

(٦) في (أ) : « أو » .

(٧) في (ب) : « فلو قال » .

(٨) أي تتضح . انظر مختار الصحاح ص (١٠٨) مادة (ج ل ا) .

(٩) كلمة « الفاسدة » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(١٠) ورجح هذا الوجه في الوجيز (١٦٦/٢) .

(١١) أي حبلت .

(١٢) قال في الروضة (٧٧/١٠) « : فيه ثلاثة أقوال ، أظهرها : مسلمٌ .

قال النووي : كذا صححه البغوي ، فتابعه الرافعي ، والصحيح أنه كافر ، وبه قطع جميع العراقيين ، نقل القاضي أبو الطيب في كتابه « المجرد » أنه لاخلاف فيه في المذهب ، وإنما الخلاف في أنه كافر أصليّ أم مرتدٌّ ؟ والأظهر : مرتدٌّ ، والله أعلم » .

أحدها : أنه كافرٌ أصليٌّ .

والثاني : أنه مرتدّ ، يُرَدَّد بعد البلوغ بين الإسلام والسيف ويكون أسوة أبويه .

والثالث : أنه مسلمٌ ؛ لأن علقة الإسلام باقيةٌ في المرتد ، والإسلامُ يعلو .

ولو خلَّف المعاهدون أولادًا فيما بيننا ، فإما أن نَقْبل منهم الجزية ، أو نُلْحقهم بِمَأْمنِهم . وأما أهلُ الردة ، فإن التحقوا بدار الحرب فلا يَثْبت لهم حكمُ أهل الحرب في الاسترقاق ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (١) .

وأما مالُ المرتد ؛ ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يزول مِلْكه في الحال كملك النكاح .

والثاني : لا ؛ إذ (٢ لاإهانة فيه على المسلم ٢) بخلاف النكاح .

والثالث : أنه موقوفٌ ، فإن مات - أو قُتِلَ - على الردة تبيَّنَ زوالُ ملكه إلى أهل الفيء ، وإن عاد تبيَّنَ استمرارُ مِلْكِه (٣) .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن الرقَّ لا يَجْري على المرتد ، سواء كان رجلًا أم امرأة ، وسواءٌ لحق بدار الحرب أم أقام بدار الإسلام . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا .

وقال أبو حنيفة : إذا لحقت المرتدةُ بدار الحرب ، جاز استرقاقُها ؛ لأن أبا بكر سبى بني حنيفة واسترق نساءهم ، وأمُّ محمد بن الحنفية من سَبْيِهم .

وقد استدل ابن قدامة لِمَا ذهبَ إليه الحنابلة وغيرهُم بقوله : ولنا قولُ النبي ﷺ : « من بَدَّل دينه فاقتلوه » ولأنه لا يجوز إقرارُه على كفْره ، فلم يَجُز استرقاقُه كالرجل . ولم يثبت أن الذين سباهَم أبو بكر (رضي الله عنه) كانوا أسلموا ، ولا ثبت لهم حُكْمُ الردة . فإن قيل : فقد رُوِيَ عن علي (رضي الله عنه) أن المرتدة تُسْبَى . قلنا : هذا الحديثُ ضعيفٌ ضعَّفه أحمد (رحمه الله) . انظر : مختصر المزني ص (٢٦٠) . روضة الطالبين (٧٧/١٠) . المغني لابن قدامة (١٣٦/٨) . الفروع لابن مفلح (١٧٦/٦) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لا إهانة على المسلم فيه » .

(٣) وهذا القول هو أظهر الأقوال الثلاثة . انظر : الروضة (٧٨/١٠) . المنهاج ص (١٣٢) . الغاية القصوى (٩٢٢/٢) .

التفريع : إن قلنا بزوالِ ملكِه [١] ، فكلُّ دَيْنٍ كان لَزِمَه قبل الردة يُقْضى من ماله ، كما يُقْضى من تركة الميت . ولاخلافَ أنه يُنْفق عليه من ماله . وهل يُنْفَق على أقاربه المسلمين ؟ وهل تقضى ديونُه التي التزَمَها في الردة [٢] بإتلافه ؟ فيه وجهان [٣] . فلو احتطب حصل الملك للفيء ، كما يحصل باحتطاب العبد للسيد ، وكذا في اتّهابه وشرائه من الخلاف ما في العبد .ولاخلافَ أنه إذا عاد إلى الإسلام ، عاد مِلكُه ورَهْنُه كما يعود إن صار الخمرُ خلًّا .

وإن فرعنا على بقائه [٤] ، فللسلطانِ ضَرْبُ الحَجْر عليه في التصرف ؛ نظرًا للفيء .

ثم هل يتحجر بالردة أم يحتاج إلى حَجْرِ السلطان ؟ فيه خلافٌ [٥] . ثم ذلك الحَجْرُ، كحجر السَّفيه أو المفلس ؟ فيه خلاف [٦] ، وحكمهما مذكورٌ في موضعه .

فإن قلنا : يحتاج إلى ضرب الحجر ، نفذ تصرفُه قبله ، وقيل : هو كتصرفِ المريض ، وتكون حقوقُ أهل الفيء كحقوقِ الغرماء حتى لاينفذ معه التبرعاتُ ، ولا في الثلث .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إن قلنا : يزول ملكه » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بالردة » .

(٣) والأصح في المسألتين أنه : يُنْفق من ماله على أقاربه المسلمين الذين يجب عليه نفقتهم ، وتُقْضَى ديونه التي وجبت بإتلافه في مدة ردته . انظر : الروضة (٧٩/١٠) . المنهاج ص (١٣٢) .

(٤) يعني إنْ فَرَّعْنا على بقاءِ ملكه وأنه لايزول بالردة .

(٥) والأصح أنه لابد مِنْ حَجْرِ السلطانِ أو القاضي . انظر الروضة (٨٠/١٠) .

(٦) والأصح أنه كحجر المفلس كما في الروضة (٨٠/١٠) .

ثم السفيهُ هو من يبذر في ماله ، ويُسِيئ تَصَرُّفَه فيه ، كأن يُنْفقه في محرّم ، أو يُلقيه إهلاكًا ، أو يحتمل غَبْنًا فاحشًا في المعاملة .

ولا بُدَّ في الحجر على السفيه من حكم القاضي عليه . وأثرُ الحجر عليه يظهر في بعض تصرفاته ، ومنها تصرفه المالي فلا يصح تصرفه المالي ولو بإذن الولي في الأصح عند الشافعية . ومن ثم فلا يصح منه بَيْعٌ ولا شراء ولا هِبَةٌ ، ولا يصح إقرارُه بِدَيْنٍ قبل الحجر عليه أو بعده كالصبي ، كما لا يصح إقراره بإتلاف المال ، أو بجناية تُوجب المالَ في الأظهر . والحكمُ في السّفيه كالحكمِ في الصبي والمجنون في وجوب الضمان بإتلاف مالِ الغيرِ بغير إذنه .... =

وإن فرَّعْنا على الوقْف [١] لم يَنْفُذْ منه إلا كُلُّ تصرفٍ قابِل للوقف [٢] .

* * *

= وأما المفلسُ فهو من لا مال له ، وهو المعدم . وفي الشرع يُطْلق على من لا يَفِي مالُه بِدَيْنِهِ ، أو الذي أحاط الدَّينُ بماله ، أو من لزمه من الدَّيْن أكثر من ماله الموجود .

ويحتاج الحجرُ عليه أيضًا إلى قضاءِ القاضي . فإذا حجر عليه تعلّقت ديون الغرماء بماله ، فلا ينفذ تصرُّفُه فيه بما يضرهم ، فتبطُل تبرعاتُه ، كالهبة والصدقة ، ولا يُقْبل إقراره أصلًا - بعد التفليس - على ماله .

ويبطل بيعهُ وشراؤه ونحوُهما من المعاوضات المالية على الأظهر عند الشافعية .

والفرقُ بين الحجر على السفيه والحجر على المدِين ، أن حجر السفيه لمعنًى في نفسه ، وهو سوء اختيارِه لا لحقِّ الغرماء . أما الحجرُ بسبب الدَّين ، فهو لمصلحة الدائنين ، وكلاهما يحتاج إلى قضاء القاضي . وكذلك المحجور عليه بالدَّيْن ، لو أقر - حالة الحجر - ينفذ إقراره بعد زوال الحجر ولو فيما سيحدث له من مال ، أما المحجور عليه بالسفه ، فلا يجوز إقراره بالدين ، لا حال الحجر ولا بعده ، لا في المال القائم ولا الحادث له فيما بعد . انظر الفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي (٤٤٢/٥ ، وما بعدها ، ٤٥٨، ٤٦٠) .

(١) أي إن فرعنا على القول بوقْف ملكه حتى ننظر هل يعود إلى الإسلام أَوْ لا ؟ .

(٢) وذلك حتى إذا رجع إلى الإسلام نفذناه ، وإلا فلا . والتصرف الذي يحتمل الوقف ، فكالعتق وتدبير العبد ، والوصية . وأما بيعُه ورهنُه وكتابتُه لعبده : فباطلةٌ ، وفي قول قديم للشافعي (رحمه الله) أنها موقوفة أيضًا . انظر الروضة (٨٠/١٠) . المنهاج ص (١٣٢) .

كتاب حدّ الزنا

الجناية الثالثة هي : الزنا

وهي جريمةٌ موجِبَةٌ للعقوبة : إما الرجْمُ ، وإما الجَلْدُ .

والنظر في طرفين :

الأول : في الموجِب والموجَب . والضبطُ فيه أنّ : إيلاجَ الفرجِ في الفرج ، المحرم قَطْعاً ، المُشْتَهى طَبْعًا - إذا انتفت الشبهةُ عنه - سببٌ لوجوب الرَّجْم على المحصن ، ولوجوبِ الجلد والتغريب على غير المحصن . وفي الرابطة قيود لابد من كَشْفها :

أما الإحصانُ ، [1] فهو عبارةٌ عن ثلاث خصال : التكليف ، والحرية ، والإصابة في نكاح صحيح ؛ فإذا انتفى التكليفُ سقط أصلُ الحدّ ؛ فلا حَدَّ على المجنون والصبيّ . وإذا انتفت الإصابة [2] فقد سقط الرجمُ ووجَبَ جلدُ مائةٍ ، وتغريبُ عامٍ . ولا تقوم الإصابةُ في ملك اليمين مقامَه . وأما في النكاح الفاسد ووطء الشبهة ، فقولان ، أصحهما : أنه لا يُحَصِّن كما في التحليل [3] . والأصح / أنه لايُشْترط وقوعُ الإصابة ٢٥١/ب
بعد الحرية والتكليف . وفيه وجه : أنه لاأثر للإصابة في الصِّبَا والجنون [4] والرِّقِّ ؛ إذ ليس يحصل التحصُّنُ بالمباح به [5] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الحصانة » .

(٢) يعني إذا وطئها في نكاح فاسد أو وطء شبهة .

(٣) يعنى أن المرأة المطلقة ثلاثًا تَحْرُم على زوجها حتى تنكح زوجًا غيره نكاحًا صحيحًا ، ثم يطأها ، فإذا مات عنها أو طلقها حلّت لزوجها الأول - إذا أراد نكاحها - بعقد جديد . أما إذا وطئها الزوجُ الثاني في نكاح فاسدٍ أو وُطئتْ بشبهة فلا تَحِلُّ لزوجها الأولِ بهذا الوطء .

(٤) في (أ) : « المجنون » .

(٥) قال في الروضة (٨٦/١٠) : « وهل يحصل - يعني الإحصان - بوطء زوجة قبل التكليف والحرية ؟ وجهان ، أصحهما عند الجمهور - وهو ظاهر النص - : لا ، فلا يجب الرجم على من وطىءَ في نكاح صحيح ، وهو صبيّ أو مجنون أو رقيقٌ ، ثم زنى بعد كماله » .

وقال ابن الصلاح تعليقًا على الوجه الذي ضعفه الغزاليّ : « وضَعَّفه مع أنه المذهب ، وهو الصحيح =

ولا خلافَ أنه لايُعْتبر وجودُ هذه الخصال في الواطئين . فالرقيقُ إذا زنا بحرة رُجمت ، وكذا بالعكس . (١ فإذا وطئ ١) البالغةَ صغيرٌ ، ففيه وجهان ، وكذا بالعكس .

= المشهور . وقال في تعليله : (إذ ليس يحصل التحصن بالمباح به) . وهذا مُشْكِل ، وشرحه أن لفظ « التحصين » في هذا ، عبارةٌ عن العفّة عن الزنا ، فإن لفظ « الإحصان » و « التحصين » مُشْتركٌ بين أشياء ، منها هذا ، ومنها الإسلامُ ، ومنها الحريةُ ، فالمكلَّف الحرّ مُحْصن لكونه ذا زوجةٍ وقد وطئها حرصًا على حفْظِه فراشَه من التلطيخ بالزنا حتى يمنعه ذلك من أن يَلْطَخَ فراشَ غيرِه بالزنا منه ، فإذا زنى كان زناه أشدَّ قُبْحًا ، فغُلِّظت عقوبتُه بالرجم . وهذا لا يحصل بما إذا وُجِد منه الوطءُ المباحُ في زوجة تزوَّجها وهو رقيق أو غَيْرُ مكلفٍ ؛ لأنه مع نقصه بذلك لايأنف من تلطيخ فراشِ غيره أَنَفَةَ الحرِّ المكلَّف ، وكأنه قال : إذ لا تحصل العفة الحاصلة بالوطء المباح الصادر من الحر المكلف بهذا الوطء المباحِ الصادر من هذا الناقص ، ووجهُه ما بينتُه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق١٠٤/أ وما بعدها) .

قال الحموي : قوله في الجناية الثالثة – وهي الزنا – : (أما الإحصان فهو عبارة عن ثلاث خصال : التكليف ، والحرية ، والإصابة في نكاح صحيح ، وإذا انتفى التكليفُ سقط أصلُ الحد ، فلا حدَّ على المجنون والصبي ، وإذا انتفت الإصابة سقط الرجمُ ووجب جلدُ مائة وتغريب عام ، ولا تقوم الإصابة في ملك اليمين مقام النكاح ، وأما في النكاح الفاسد ووطء الشبهة فقولان : أصحهما : [أنه] لا يُحَصِّن كما في التحليل ، والأصح : أنه لا يشترط وقوعُ الإصابة بعد الحرية والتكليف ، وفيه وجه: أنه لا أثر للإصابة في الصبا والجنون والرق ؛ إذ ليس يحصل التحصينُ بالوطء المباح به) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال فإنه قال : (إذ ليس يحصل التحصين بالمباح) ولا خلاف أن نكاحهما صحيحٌ إذا عقده الوليُّ ، وكذلك وطؤهما مباح ، وهو إشكال ظاهر لمن يتأمله .

قلت : أراد به أن الإحصان لا يحصل إلا بالوطء الذي يبيح المطلقةَ ثلاثًا ، فكأنه قال : ليس يحصل التحصين بالوطء المباح الذي هذا شأنه ، بل يحصل التحصين بالوطء الذي يملك به الثلاثَ ، مع التكليف بكونه عاقلًا غيرَ مجنونٍ وبالغًا غير صبي .

وإنما قلنا : أنهما لا يملكان الثلاث ، وذلك إنما يكون فيمن اجتمعت فيه الحريةُ التي يملك بها الثلاث ؛ لأن الصبيَّ لا يصح طلاقُه ، والعبد إن كان يصح طلاقه إلا أنه لا يملك الثلاثَ ، وإن كان كذلك صح ما ذكره وحُمِلَ المباحُ على ما ذكرناه ؛ لأنه صالحٌ له فلم يُحْمَلْ على أن الوطء غير مباح لامتناعه ، فإذا دار لفظٌ بين محلين : أحدهما يقتضي صحة اللفظ ، والآخر يقتضي الفساد ، حملناه على ما يقتضي الصحة ؛ تصحيحًا لكلام ذلك القائل ، هذا فيما لم يكن له رتبة الإمام الغزالي ، فكيف برتبته (قدس الله روحه) ؟ وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٤ /أ - ١٧٥ /) .

(١) في (أ) : « أما إذا وطيء » .

وإنما ينقدح هذا في الذي لا يَشْتهي ، أما المراهق فلا يَنْقدح فيه خلافٌ ؛ إذِ العاقلةُ إذا مكَّنَتْ مجنونًا رُجِمَتْ . والمراهقُ المشتهي كالمجنون . والثيبُ إذا زنى ببكرٍ رُجِمَ وجُلِدَتْ ، وكذا بالعكس .

أما الحرية إذا انعدمت اقتضى تشطيرَ الحدِّ ، فيجلد [1] الرقيقُ خمسين جلدة ، وفي تغريبه قولان :

أحدهما : أنه لايُغَرَّب ؛ نَظَرًا للسيد .

والثاني : أنه يُغَرَّب .

وفي قدره وجهان :

أحدهما : أنه يُغَرَّب نصفَ سنةٍ ؛ تشطيرًا [2] .

والثاني : أنه يكمل ؛ لأنَّ مايتعلَّق بالطباع لايؤثر فيه الرقُّ كمدة العنّة .

ثم في أصل التغريب مسائل :

الأولى : أن المرأة لاتُغَرَّبها إلا مع مَحْرم . فإن كانت الطرقُ آمنةً ، ففي تغريبها من غير مَحْرَم وجهان [3] ، ووجهه : أنّ هذا سفر واجب كالهجرة [4] .

فإن أوجبنا المَحرَمَ ، [5] ولم يُوافق إلا بالأجرة فأجرتُه عليها [5] على وجهٍ ، [وعلى بيت المال على وجه] [6] كأجْرة الجلاد [7] .

---

(١) في (أ) : « فَلْيُحَدّ » .

(٢) وهذا هوالأظهر ، أنه يُغَرَّب نصفَ سنة . انظر الروضة (٨٧/١٠) ومنهاج الطالبين ص (١٣٢) .

(٣) والأصحُّ أنها لا تُغَرب وحدها . انظر الروضة (٨٧/١٠) .

(٤) يعني أن وجْهَ تغريبها وحدها أنه كالسفر الواجب عليها ، فيلزمها القيامُ به .

(٥) في (أ) : « ولم يوافق إلا بأجرة ، فالأجرةُ عليها » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) والأصح أنّ أُجرته تخرج من مالها . انظر الروضة (٨٨/١٠) .

وهل للسلطان إجبارُ المحرم بالأجرة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه تغريبُ مَنْ لا ذَنْبَ له [١] .

والثاني : نعم ، وإنما هو استعانة [٢] في إقامة حَدٍّ ؛ فتجب الإجابةُ .

الثانية : مسافةُ الغربة يُقَدِّرها السلطان ، ولكن لاتَنْقُصُ عن مرحلتين [٣] ؛ لأن الوحشة تَلْتقي بتواصُلِ الخبر .

ثم إذا غربناه [٤] إلى بلدة لم نمنعْه من الانتقال إلى أخرى ، وقيل : يمنع . وهو زيادةُ حبسٍ ضُمَّ إلى تغريبٍ بغير دليل .

نعم ، لو عيَّن [٥] الإمامُ جهةَ المشرق ، والتمس جهةَ المغرب [٦] ، ففيه خلافٌ ، والظاهرُ : اتباعُ رَأْيِ الزاني [٧] ؛ لأن الغرض الإزعاج [٨] . نعم ، الغريبُ إذا زنى أزعجناه ؛ لينقطع عن محلّ الفاحشة [٩] . فلو كان إلى وطنه مرحلتان فلانُغَرِّبُه إلى وطنه . وإن غرَّبناه إلى بلدة ، فانتقل إلى وطنه ، ففي مَنْعِه نظرٌ ، والظاهِرُ أنه لايمنع [١٠] .

الثالثة : لو عاد المُغَرَّبُ إلى مكانه ، غَرَّبْنَاه ثانيًا ، ولم تُحْسَب المدةُ الماضيةُ على الأظهر ؛ لأنّ لِتوالي الغربة تأثيرًا لايُنكَر كتوالي الجَلْدات .

هذا بيانُ الإحصان . أما الإسلام فليس من الإحصان عندنا ، بل يُرْجَم الذميُّ إذا

---

(١) وهذا هوالأصح . انظر الروضة (٨٨/١٠) والمنهاج ص (١٣٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « استعماله » .

(٣) أي حوالي (٩٠) كم .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بلد » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « خصّ » .

(٦) أي والتمس المغرَّبُ جهةَ المَغرِب .

(٧) والأصح هو اتباع رأي الإمام . انظر الروضة (٨٨/١٠) . الغاية القصوى (٩٢٥/٢) .

(٨) يعني نَقْلَه من مكان إلى مكان .

(٩) في (أ) ، (ب) : « عن طرف الفاحشة » .

(١٠) في الروضة (٨٩/١٠) أن الأصح أنه يُمْنع ، وكذا في المنهاج (١٣٢) .

رضي بحكمنا ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (١) ؛ وقد رجم النبيُّ ﷺ يهوديين (٢) بإقرارهما كانا قد أحصنا (٣) ، وذلك إذا رَضُوا بحكمنا . ولو رَضُوا في شرب الخمر لم

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن الإسلام ليس من شرط الإحصان ، فإذا زنى ذميٌّ مكلفٌ حرٌّ ، وَطِيء في نكاح صحيح : رُجِمَ . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : التنبيه للشيرازي ص (١٤٧) . الوجيز (١٦٨/٢) . الروضة (٩٠/١٠) . المنهاج ص (١٣٢) . المغني لابن قدامة (١٦٣/٨) . منار السبيل في شرح الدليل (٣٦٦/٢) . رحمة الأمة ص (٣٧٣) .

ومذهب الحنفية : أن الإسلام شرطٌ في الإحصان ، فإذا زنى الذميُّ المتزوج ، فلا يُرْجم ، إذ لا يُتَصَوَّر الإحصانُ في حقه . ولكن يُجْلد عند أبي حنيفة ، وهو مذهب مالك أيضًا ، وعنده يُعَاقبه الإمام اجتهادًا . ورُوي عن أبي يوسف كقول الشافعي (رحمهم الله جميعًا) . وزاد مالك أن الذميّ لا يحدُّ أيضًا إذا زنى .

انظر : المبسوط (٣٩/٩) . رءوس المسائل ص (٣٥٤) . الهداية (٣٨٥/٢) . تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (١٧٢/٣) . ملتقى الأبحر (٣٣٠/١) . الكافي لابن عبد البر ص (٥٧٤) . القوانين الفقهية ص (٣٥٨) . المنتقى (١٣٢/٧) . الشرح الكبير (٣١٣/٤ ، ٣٢٠) . أسهل المدارك (١٦٤/٣) . مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٢٩٤/٦) . بداية المجتهد لابن رشد (٥٣٢/٢) .

قال الحموي : « قوله فيه : (أما الإسلام فليس من الإحصان عندنا ، بل يرجم الذميُّ إذا رضي بحكمنا ، خلافًا لأبي حنيفة) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد [عليه] إشكال من حيث إنه شرط في الذمي إذا رضي بحكمنا ؛ لأن الذمة في الابتداء لا تنعقد إلا بالتزام أحكامنا وبه فسر قوله تعالى : ﴿ حتى يعطوا الجزيةَ عن يدٍ وهم صاغرون ﴾ وأما إن كان رضي به عند إقامة الحد عليه فليس يشترط رضاه ؛ إذ لو شرط رضاه لسقط الحدُّ عنه إذا لم يَرْضَ بذلك .

قلت : أراد به أنه إذا عقد الذمةَ ولم يتعرَّضْ لهذا فإنه يصح عقدُها ونقيم عليه الحدَّ ؛ لأن الإطلاق يقتضيه فكان كما لو صرح بالرضا .

قلت : لا يبعد أن يقال إن الألف التي في آخر « إذا » زائدة ، وقع ذلك خطأً من الناسخ أو الناقل ، ويكون « إذ » للتعليل ورضاه بذلك ؛ نظرًا لإطلاق اللفظ على ما ذكرناه » إشكالات الوسيط (ق ١٧٥ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ذميَّيْنِ » .

(٣) الحديث رواه البخاري (١٧٢/١٢) (٨٦) كتاب « الحدود » (٣٧) باب « أحكام أهل الذمة وإحصانهم إذا زنوا ، ورُفِعُوا إلى الإمام » حديث (٦٨٤١) بإسناده عن عبد الله بن عمر (رضي الله عنهما) أنه قال : إن اليهود جاءوا إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن رجلًا منهم وامرأةً زَنَيَا ، فقال لهم رسول الله ﷺ : ما تجدون في التوراة في شأن الرجم ؟ فقالوا : نَفْضحهم ويُجْلدون . قال عبد الله بن =

نَحُدَّهم ؛ لأنهم لايعتقدون تحريمَه ، وقد التزمنا مُتارَكَتَهُمْ . والأظهرُ أن الحنفيَّ يُحَدُّ على شُرْبِ النبيذ (١) ؛ لأنه في قبضة الإمام ، والحاجةُ مآسَّةٌ إلى زَجْره .

فأما قولُنا : (إيلاجُ فرجٍ في فرجٍ) فيتناول اللواطَ ، وفيه أربعة أقوال :

أحدها : أنه يُقْتَل الفاعلُ والمفعولُ [به] (٢) بالسيف ؛ لقوله ﷺ : « من رأيتموه يَعْمل عَمَلَ قومِ لوطٍ فاقْتُلوا الفاعلَ والمفعولَ به » (٣) .

والثاني : أنه يُرْجم بكلِّ حالٍ ؛ تغليظًا .

= سلام : كذبتم ، إن فيها الرجْمَ ، فأتوا بالتوراة فنشروها ، فوضعَ أحدُهم يدَه على آية الرجم ، فقرأ ما قبلها وما بعدها ، فقال له عبد الله بن سلام : ارفعْ يدك ، فرفع يدَه ، فإذا فيها آيةُ الرجمِ ، قالوا : صَدَقَ يا محمدُ ، فيها آيةُ الرجم ، فَأَمر بهما رسول الله ﷺ فرُجِمَا » .

ورواه مسلم (١٣٢٦/٣) (٢٩) كتاب « الحدود » (٦) باب « رجم اليهود أهل الذمة في الزنا » حديث (١٦٩٩) . ورواه أبو داود (٥٩٣/٤) حديث (٤٤٤٦) . والترمذي (٣٤/٤) حديث (١٤٣٦) . وابن ماجه (٨٥٤/٢) حديث (٢٥٥٦) جميعا من طرق عن نافع عن ابن عمر به .

(١) وذلك أن مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة أن كل شراب ، أسكر كثيره فقليلُه حرامٌ ، ويُسَمى خمرًا ، وفي شربه الحدُّ ، سواء كان من عنب ، أو تمر ، أو زبيب أو حنطة ، أو شعير ، أو ذرة ، أو أرز ، أو عسل ، أو لبن ، أو نحو ذلك ، وسواء كان نيئًا أم مطبوخًا .

أما أبو حنيفة (رحمه الله) فعنده : أن ما يُتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلالٌ ولا يُحَدّ شاربُه عنده وإنْ سَكِرَ منه . انظر : الهداية (٤٤٨/٤) . رحمة الأمة ص (٢٨٦، ٢٨٧) . الفقه الإسلامي (٦/ ١٥١ - ١٥٥) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٦٠٧/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٢٩) باب « فيمن يعمل عَمَلَ قوم لوط » حديث (٤٤٦٢) بإسناده عن ابن عباس (رضي الله عنهما) قال : قال رسول الله ﷺ : « من وجدتموه يعمل عَمَلَ قومِ لوطٍ ، فاقتلوا الفاعلَ والمفعول به » .

ورواه الترمذي (٣٧/٤) حديث (١٤٥٦) . وابن ماجه (٨٥٦/٢) حديث (٢٥٦١) . ورواه أحمد في مسنده (١/ ٣٠٠) حديث (٢٧٢٧) . ورواه الدارقطني في السنن (١٢٤/٣) ، والحاكم في مستدركه (٣٥٥/٤) وصححه ، ووافقه الذهبي . والبيهقي في معرفة السنن والآثار (٣١٣/١٢) .

والثالث - وهو مُخَرَّج - : أن الواجبَ التعزيرُ .

والرابع : أنه كالزنا ؛ فَيُوجِب الرجْمَ على المحصن ، والجلْدَ على غيره (١) .

ثم الإصابة في نكاح صحيح ، هل يَنْقدح اعتبارُها (٢) في المفعول [به] (٣) ؟ فيه نظر وترددٌ . وفيما (٤) إذا أتى امرأةً أجنبية (٥) ، قيل : هو كاللواط ، وقيل : هو كالزنا قطعًا (٦) . والغلامُ المملوكُ كغير المملوكِ . وقيل : إنه كَوَطْءِ الأختِ المملوكة .

ولو أتى زوجته أو جاريتَه (٧) في دبرها ، فالمذهبُ : سقوطُ الحدِّ ؛ لأنها مَحَلُّ الاستمتاع بخلاف الغلام (٨) ، وفيه وجه بعيد .

فأما قولنا : (مُشْتَهًى طَبْعًا) احترازًا به (٩) عن الإيلاج في الميت ، فلاحَدَّ فيه ، بل التعزير .

وفي البهيمة قولان ، المنصوصُ : أنه التعزير [لا غير] (١٠) ؛ لأنه غير مُشْتَهًى في حالة الاختيار . وفيه قول مُخَرَّج أنه كاللواط (١١) .

وعلى هذا في قَتْل البهيمة وجهان . ووجه القتل (١٢): قولُه ﷺ : « اقتلوا الفاعل والمفعول به » فقيل للراوي : ما ذَنْبُ البهيمة ؟ فقال : إنَّما تُقْتل حتى لاتُذْكر (١٣) .

---

(١) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (١٠/٩٠) . المنهاج ص (١٣٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « اعتباره » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ثم » .

(٥) يعني إذا أتاها في دبرها .

(٦) والأصح أنه كاللواط بالذكر ، فيجيء في الفاعل الأقوالُ المذكورةُ ، والأصحّ أنه كالزنا في حقه ، فَيُرْجَم إن كان محصنًا ، ويُجْلد ويُغرَّب إن كان غيرَ مُحْصَنٍ . انظر : الوجيز (٢/١٦٨) . الروضة (١٠/٩١) .

(٧) في (أ) : « ولو أتى جاريته أو زوجته » .

(٨) والمذهب أنه - وإن سقط الحدُّ - ففيه التعزير . انظر الروضة (١٠/٩٠) .

(٩) في (ب) : « فاحترزنا به » .

(١٠) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١١) والأظهر أن فيه التعزير كما في الروضة (١٠/٩٢) والوجيز (٢/١٦٨) .

(١٢) في الأصل : « وجهه » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(١٣) هذا الحديث مُلَفَّق من حديثين :

=

وفيه وجه : أنها إن كانت مأكولةً ذُبِحتْ ، وإلا فلا ؛ لأن حرمةَ الروح مَرْعِيَّة ، ولا تكليفَ (١) . فإن قلنا : تُقْتل - وكانت محرَّمة اللحم - ففي وجوب قيمتها وجهان :

أحدهما : لاتجب ؛ لأنه (٢) مُسْتحقَّة القتل شرعًا .

والثاني : نعم ؛ لأنه السبب (٣) .

ثم تجب على الفاعل ، أو على بيت المال ؟ فيه وجهان . وإن كانت مأكولة اللحم ، ففي حِلِّ أكلها وجهان إذا ذُبحت ، والأصح : الحِلُّ .

والثاني : لا / ؛ لأنه حيوانٌ وَجَبَ قَتْلُه . ٢٥٢/أ

فإن أوجبنا الحدَّ ، فلابُدَّ من أربعة عدولٍ . وإن أوجبنا التعزير ، ففيه وجهان ، والنصُّ يدلُّ على اشتراط العدد (٤) .

= (الأول) : قوله : « اقتلوا الفاعل والمفعول به » وقد سبق تخريجُه .

(والثاني) : قوله : « فقيل للراوي : ما ذنْبُ البهيمة ؟ ... » وهذا الحديث رواه أبو داود في سننه (٤/ ٦٠٩) (٣٢) كتاب « الحدود » (٣٠) باب « فيمن أتى بهيمة » حديث (٤٤٦٤) بإسناده عن ابن عباس مرفوعًا بلفظ : « من أتى بهيمةً فاقتلوه واقتلوها معه » . ورواه الترمذي في سننه (٤/ ٤٦) (١٥) كتاب «الحدود » (٢٣) باب « ما جاء فيمن يقع على البهيمة » حديث (١٤٥٥) وفيه زيادة « فقيل لابن عباس : ما شأن البهيمة ؟ قال : ماسمعتُ من رسول الله ﷺ في ذلك شيئًا ولكن أَرى رسولَ الله ﷺ كَرِهَ أن يؤكل من لحمها أويُنْتفع به ، وقد عُمِلَ بها ذلك العملُ » .

ورواه ابن ماجه (٢/ ٨٥٦) (٢٠) كتاب « الحدود » (١٣) باب « من أتى ذاتَ محرمٍ ، ومن أتى بهيمة » حديث (٢٥٦٤) . ورواه أحمد في مسنده (١/ ٢٦٩) جميعًا من طرق عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ به . وانظر معرفة السنن والآثار للبيهقي (١٢/ ٣١٦) . التلخيص الحبير (٤/ ٩٢) .

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٠/ ٩٢) .

(٢) في (أ) : « لأنها » .

(٣) والأصح أن الضمان على الفاعل . انظر الروضة (١٠/ ٩٢) .

(٤) أي فيشترط شهادة أربعة عدول ، وهو نص الشافعي (رحمه الله) - كما في مختصر المزني ص (٢٦١) - قال : « ولا يجوز على الزنا واللواط وإتيان البهيمة إلا أربعة يقولون : رأينا ذلك منه يدخل في ذلك منها دخولَ المِروَدِ في المكحلة » .

وقولُنا : (محرَّم) احترزنا به عن وطء المنكوحة : الصائمة ، والمُحْرِمة ، والحائض ، والرجعية ، فلا حَدَّ فيه ؛ إذ ليس التحريمُ لِعَيْنِه (١) .

وقولنا : (قطعًا) احترزنا به عن الوطء بالشبهة ، وفي النكاح الفاسد ، وفي المتعة ، فإن فيه كلامًا (٢) .

وقولُنا : (لا شبهة فيه) مأخوذ من قوله ﷺ : « ادرءوا الحدود بالشبهات » (٣) .

والشبهة ثلاثة [وهي] (٤) : إما في المحل ، أو الفاعل ، أو طريق الإباحة .

---

(١) يعني أن التحريم لعارض الصوم والإحرام والحيض ، والطلاق الرجعي .

(٢) والصحيح أنه لاحدَّ في هذه الثلاثة . انظر الوجيز (١٦٨/٢) .

(٣) رُوِيَ الحديثُ بغير هذا اللفظ مرفوعًا وموقوفًا ، فَرُوِيَ مرفوعًا من طريق علي بن أبي طالب وأبي هريرة وعائشة (رضي الله عنهم) . أما حديث علي فرواه الدارقطني في سننه (٨٤/٣) وفي إسناده مختار ابن نافع التيمي ، وكنيته أبو إسحاق التمَّار ، قال فيه ابن حبان : كان يأتي بالمناكير عن المشاهير حتى يَسْبق إلى القلب أنه كان المتعمد لذلك . وقال فيه الذهبي : قال النسائي وغيره : ليس بثقة . انظر : المجروحين لابن حبان (٩/٣) . والمغني في الضعفاء للذهبي (٦٤٦/٢) . وأما حديث أبي هريرة فرواه ابن ماجه في سننه (٨٥٠/٢)(٢٠) كتاب « الحدود » (٥) باب « الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات » حديث (٢٥٤٥) مرفوعًا بلفظ « ادفعوا الحدود ما وجدتم له مَدْفعًا » وفي إسناده إبراهيم بن الفضل ضعفه أحمد وابن معين والبخاري كما في مصباح الزجاجة (٧٠/٢) برقم (٩٠٤) .

وأما حديث عائشة فرواه الترمذي (٢٥/٤)(١٥) كتاب « الحدود » (٢) باب « ما جاء في درء الحدود » مرفوعًا بلفظ « ادرءوا الحدود عن المسلمين مااستطعتم . فإن كان له مخرجٌ فخلُّوا سبيلَه ، فإن الإمام أَنْ يُخْطِئَ في العفو خيرٌ من أن يُخْطِىء في العقوبة » . ورواه الحاكم في المستدرك (٣٨٤/٤) وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وتعقبه الذهبي بأن فيه يزيد بن زياد الشامي وهو متروك كما قال النسائي . انظر تلخيص المستدرك (٣٨٤/٤) .

وقد رُوي هذا الحديث موقوفًا على ابن مسعود ، فرواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥١١/٥) بلفظ « إذا اشتبه عليك الحدُّ فادْرَأْه » . وقال الشوكاني : ورواه ابن حزم في كتاب « الإيصال » عن عمر موقوفًا عليه . وقال الحافظ : وإسناده صحيح . انظر نيل الأوطار (٢٣٤/٧ وما بعدها) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

أما الشبهة فى « **المحلّ** » فكالمِلْك ، فلاحَدَّ على من يطأ مملوكتَه وإن كانت مُحَرَّمةً عليه برضاعٍ ، أو نسب ، أو شَرِكة في مِلْك ، أو تزويجٍ ، أو عدةٍ من الغير ؛ لأن المبيح (١) قائمٌ كما في وطء الصائمَ والحائض .

وإذا وطيء جارية ابنه وأَحْبلها ، فلاحَدَّ ؛ إذِ انتقلَ الملكُ إليه . وإن لم تحبل

فالظاهرُ أنْ لاحدَّ ؛ لأن له في ماله شبهة استحقاقِ الإعفافِ . وللشافعي (رضي الله عنه) قول قديم : أن الحدَّ يجب حيث يَحْرُمُ الوطء بالنسب والرضاع ، ويجري في كل تحريم مؤبد ، ولا يجري في الحيض والصوم . وهل يَجْري في المملوكةِ المعتدة والمزوَّجة ؟ ، فيه تردد (٢) .

وأما الشبهة في « **الفاعل** » فهو أن يَظُنَّ التحليل كما لو زُفّت إليه غَيْرُ زوجتهِ ، فظنها زوجته (٣) ، أو صادَف امرأةً على فراشه ظنَّها زوجتَه القديمة ، أو عقد عقدًا ظنه صحيحًا [وليس بصحيح] (٤) : فلاحَدَّ ؛ إذ لا إثم مع الظن .

وأما الشبهة في « **الطريق** » [فهو كل ما] (٥) اختلف العلماءُ في إباحته ، فلاحَدَّ على الواطىء في نكاحِ المتعة ؛ لمذهب ابن عباس (رضي الله عنه) (٦) ، وفي نكاح بلا وليّ ؛ لمذهب أبي حنيفة (رحمه الله) ، وبلا شهود ؛ لمذهب مالك (رحمه الله) . وفي القديم قولٌ : أنه يجب في نكاح المتعة ؛ لأنه ثبت نَسْخُه قطعًا . وذهب الصَّيْرَفيُّ إلى إيجابه في نكاح بلا ولي حتى على الحنفيّ ؛ لظهور الأخبار فيه ، وجعله كالحنفي إذا شرب النبيذ . وهو بعيدٌ .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « المنع » وهو خطأ .

(٢) والمذهب أنه لاحدّ في وطء كل منهما . انظر الروضة (٩٣/١٠) .

(٣) قوله : « فظنها زوجته » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٦) إذ قد ثبت عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أنه رخص في متعة النساء عند الحاجة ، ثم رجع عن ذلك . فقد روى البخاري في صحيحه (٧١/٩) (٦٧) كتاب « النكاح » (٣١) باب « نَهْي رسولِ الله ﷺ عن نكاح المتعة أخيرًا » حديث (٥١١٦) بإسناده عن أبي جمرة قال : سمعت ابن عباس يُسأل عن مُتْعة النساء ، فرخَّصَ ، فقال له مولًى له : إنما ذلك في الحال الشديد ، وفي النساءِ قِلَّة ، أو نحوَه ، فقال ابن عباس : نعم » . وانظر فتح الباري (٧٨/٩) وفيه أن ابن عباس رجع عن فُتْيَاه تلك ،وقد وقع الإجماع على تحريمها إلا الروافض .

وماجاوز هذه الشبهات فلاعِبْرَةَ بها عندنا ، فيجب الحد على من نكح أُمَّه ، أو محارمه ، أوزنى بها [1] .

وكذا إذا استؤجرت للزنا [2] ، أو أباحت المرأةُ نفسَها أو جاريتها ، أو زنا ناطقٌ بخرساء ، أو أخرسُ بناطقة [3] ، أو عاقلة مكّنت مجنونًا [4] ، أو اعترف أحد الواطئين

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن من عقد على مَحْرَمٍ له بنسب أو رضاع أو مصاهرة عالمًا بالتحريم ، فالعقدُ باطلٌ . فإن دخل بها فيجب إقامة الحدّ عليه ؛ لأنه وطء صادفَ محلا مقطوعًا بتحريمه عليه . وهذا قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية ، وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : التنبيه (١٤٨) . منهاج الطالبين ص (١٣٢) . الكافي ص (٥٧٤) . القوانين الفقهية ص (٣٥٩) . الشرح الكبير (٣١٤/٤ وما بعدها) . أسهل المدارك (١٦٢/٣) . مواهب الجليل (٢٩١/٦) . المقنع ص (٢٩٨) . المبدع (٧٣/٩) . رحمة الأمة ص (٢٧٥) . المغني لابن قدامة (١٨٢/٨) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه إذا تزوج بواحدة من محارمه ودخل بها ، لم يُحَدَّ وإن كان عالمًا بالتحريم ولكن يعزَّر فقط . وخالفَه صاحباه أبو يوسف ومحمد في هذا كما تقدم . انظر : الهداية (٣٨٩/٢) . الاختيار (٨٩/٤) . رءوس المسائل ص (٤٨٤) . حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (١٧٩/٣) . ملتقى الأبحر (٣٣٣/١) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن من استاجر امرأةً ليزني بها ، أُقيم عليه الحدُّ . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : التنبيه (١٤٨) . الروضة (٩٤/١٠) . المنهاج ص (١٣٢) الشرح الكبير (٣١٤/٤) . أسهل المدارك شرح إرشاد السالك (١٦٢/٣) . مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٢٩١/٦) . بداية المجتهد (٥٣٠/٢) . المقنع ص (٢٩٨) . المبدع شرح المقنع (٧٣/٩) . المغني لابن قدامة (٢١١/٨) .

ومذهب أبي حنيفة : أن من استأجر أمرأةً ليزني بها ، فزنى ، فلا حدَّ عليهما ، وخالفه صاحباه أبو يوسف ومحمد . انظر : المبسوط (٥٨/٩) . رءوس المسائل ص (٤٨٧) . الاختيار (٩٠/٤) . ملتقى الأبحر (٣٣٣/١) . تبيين الحقائق (١٨٤/٣) .

(٣) انظر المبسوط (٩٨/٩) . حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (١٦٦/٣) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه إذا مكنتْ عاقلةٌ مجنونًا من نفسها ، أُقيم عليها الحدُّ . وهو مذهب المالكية والحنابلة، وهو قول زفر من الحنفية . انظر : الروضة(٩٤/١٠). الغاية القصوى(٩٢٣/٢). حلية العلماء(٢٨/٨). رحمة الأمة ص (٢٧٣). القوانين الفقهية ص(٣٥٨). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٣١٣/٤). المقنع ص(٩٨) المبدع شرح المقنع (٧٤/٩).

ومذهب الحنفية : أن الحرة البالغة العاقلة إذا مكَّنَتْ من نفسها صبيًّا أو مجنونًا ، فلا حدّ عليها . وقال =

دون الثاني [1] ، أو زنا بامرأة يستحق عليها القصاص ، أو زنا في دار الحرب ، وخالف أبوحنيفة (رحمه الله) في جميع ذلك .

نعم ، اختلف أصحابنا في إقامة الحدّ في دار الحرب ؛ لما فيه من إثارة الفتنة [2] ، واختلفوا في المكرَه على الزنا ، والظاهرُ : أنه لايجب . أما المرأةُ إذا أُكْرِهَتْ على التمكين من الزنا ، فلا خَلافَ أنه لاحدّ عليها .

هذا بيان موجِب الحدّ ، وينبغي أن يظهر للقاضي بجميع قيوده وحدودِه حتى يجوز له إقامةُ الحدود [3] ، وذلك بالشهادة والإقرار ، ويكفي الإقرارُ مرةً واحدةً ، وقال أبو حنيفة (رحمه اللّه) : لابد من التكرار [4] حتى قال : لو ثبت الحدُّ بالشهادة ، فصدَّق الشهودَ ، فلا حَدَّ ، وإن كذب أُقيم

= زفر : عليها الحدُّ ، وهو رواية عن أبي يوسف أيضًا (رحمه الله) . أما إن زنى مكلفٌ بمجنونة أو صبية أقيم عليه الحدّ . انظر : المبسوط (٥٤/٩) . الهداية (٣٩١/٢) . رءوس المسائل ص (٤٨٨) . ملتقى الأبحر (١/ ٣٣٥) . تبيين الحقائق (١٨٣/٣) .

(١) عند أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه إذا اعترف أحدُ الواطئيْنِ دون الثاني لم يُحَدَّ المعترِفُ ، وإذا أقرَّ أربعَ مراتٍ أنه زنى بفلانة ، فقالت : كذبَ ، مازَنَى بي ولا أعرفه : لم يحدَّ في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد (رحمهما الله) : يحدّ ، واستدلا بحديث سهل بن سعد الذي رواه أبو داود (٥٨٦/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٢٤) « باب رجم ماعز بن مالك » بإسناده عن سهل بن سعد أن رجلًا أَتى النبيَّ ﷺ فأقرَّ عنده أنه زنى بامرأة – سمَّاها له – فبعث رسول الله ﷺ إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرتْ أن تكون زَنَتْ ، فجلده الحدَّ وتركها » . ورواه الحاكم في المستدرك (٣٧٠/٤) وقال : هذا إسناد صحيح ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٦٧) . المبسوط (٩٨/٩) . تلخيص المستدرك (٣٧٠/٤) .

(٢) قال ابن الصلاح « وجهُ إثارةِ الفتنة بإقامة الحدِّ في دار الحرب أنه يُخْشى منه التحاقُ المحدودِ بأهل الحرب وارتدادُه ، ففيه إثارةُ فتنةِ الشركِ ، والشركُ في كتاب الله العظيم : مُسَمًّى بالفتنة » . (جـ٢ ق ١٠٤/ب) .

(٣) في (ب) : « الحدّ » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن الزاني لو أقرَّ على نفسه بالزنا مرةً واحدةً ، كَفَتْ في وجوب إقامة الحد عليه ، مالم يُكذِّب نفسَه أو يرجع عن الإقرار . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : الأم (١٣٣/٦) . مختصر المزني ص (٢٦١) . فتح الوهاب (١٥٨/٢) . فتح المعين ص (٣٨١) . الكافي ص (٥٧٢) . المنتقى للباجي (١٣٥/٧) . حاشية الدسوقي (٣١٨/٤) . أسهل المدارك (١٧٠/٣) . بداية المجتهد (٥٣٦/٢) . =

الحدُّ . ولا خلافَ عندنا أنه إذا رجع وكذّب نفسَه لم نُقِم الحدَّ ؛ لأن حق الله تعالى على المساهلة . والقصاصُ لا يَسقُط بالرجوع ، وفي حدّ السرقة خلافٌ ، والأظهر أنه يسقط .

وهل يُنَزَّل منزلةَ الرجوعِ التماسُه تَرْكَ الحدِّ ، أو هَرَبُه ، أو امتناعُه من التمكين ؟ ، فيه وجهان ، أقيسُهما : أنه لا يؤثر ، ووجهُ الإعراض عنه أن شارب خمرٍ هَمَّ رسول الله ﷺ بِحَدِّه ، فهرب ولاذَ بدار العباس ، فلم يتعرَّضْ له [١] .

ثم هذا إنما ينفع فيما يثبت بالإقرار ، فإن ثبت بالشهادة لم ينفعه [٢] شيء إلا التوبة [٣] ، وفيه قولان [٤] :

أصحهما : أنه لا يسقط ؛ إذْ يصير ذلك ذريعةً .

= **ومذهب الحنفية** : أنه لا يكفي الإقرارُ مرةً واحدةً ، بل لابد من تكراره أربع مرات . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . وزاد الحنفية فاشترطوا الإقرار في أربع مجالس مختلفة . انظر : مختصر الطحاوي ص (٦٣) المبسوط (٩١/٩) . رءوس المسائل ص (٤٨٢) . تبيين الحقائق (١٦٦/٣) . ملتقى الأبحر (٣٣٠/١) . المقنع ص (٢٩٨) . المبدع (٧٤/٩) . زاد المستقنع ص (١٢٨) . المغني لابن قدامة (١٩١/٨ ، وما بعدها) .

(١) الحديث رواه أبو داود في سننه (٦١٩/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٣٦) باب « الحد في الخمر » حديث (٤٤٧٦) وفيه قال ابن عباس : « شرب رجلٌ ، فسَكِرَ ، فَلُقِيَ يَميل في الفَجّ ، فانْطُلِقَ به إلى النبي ﷺ فلما حاذى بدار العباس ، انفلت ، فدخل على العباس ، فالتزمه ، فَذُكِر ذلك للنبي ﷺ فَضَحِك وقال : أَفَعَلَها ، ولم يَأْمر فيه بشيء » .

قال أبو داود : هذا مما تفرد به أهل المدينة . قال الخطابي : « يحتمل أن يكون إنما لم يَتَعرض له بعد دخوله دار العباس (رضي الله عنه) من أجل أنه لم يكن ثبت عليه الحدُّ ؛ بإقرار منه أو شهادةِ عدولٍ ، وإنما لُقِيَ في الفجِّ يَميل ، فَظُنَّ به السُّكْرُ ، فلم يكشف عنه رسول الله ﷺ وتركه على ذلك ، والله أعلم » . معالم السنن (٦١٩/٤) على هامش سنن أبي داود .

وفي عون المعبود (١٧٦/١٢) : « يشبه أن يكون المعنى أن حديث الحسن بن على الخلال هذا - يعني شيخ أبي داود - تفرَّد به عكرمة عن ابن عباس ، وعكرمةُ مولى ابن عباس - معدودٌ في أهل المدينة ، وما روى هذا الحديث غيرُ أهل المدينة ، والله أعلم . والحديث سكت عنه المنذري » .ا.هـ .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لم ينفع » . (٣) في (ب) : « بالتوبة » .

(٤) يعني هل يَسقط الحدُّ بالتوبة ؟ .

والثاني : أنه يَسْقط كما يسقط عن قُطَّاع الطريق إذا تابوا قبل الظفر بهم ، كما ورد به القرآن (١) . وفي توبته بعد الظفر به أيضًا قولان ، والهربُ لا يبعد أن يؤثر على رأيٍ وإن ثبت بالشهادة .

وفي المُسْقِطات في الشهادة عليه ، مسائلُ :

إحداها : لو شهد أربعةٌ على زنا امرأةٍ ، لكن شهد اثنان على أنها مُطاوِعة ، واثنان أنها مكرهةٌ : فلا حَدَّ عليها . وفي وجوب حَدِّ القذف على شَاهِدَيِ المطاوعة قولان ؛ إذ لم يكمل عدد شهادتهم . أما الرجل المذكور بالزنا ، فقد كمل العدد في حقه . فإن حَدَدْنا الشاهديْن حَدَّ القذف ، فقد صارا فاسِقَيْنِ فلا يجب الحدُّ على الرجل بشهادتهما . وإن قلنا : لاحدَّ عليهما ، فالأظهرُ وجوب حدِّ الزنا عليه . وفيه وجه من حيث إن اختلاف الشهادة في الصفة أَوْرَثَ إشكالًا (٢) في الأصل .

الثانية : لو شهد / أربعةٌ على زناها ، فشهِدْنَ أربعةٌ (٣) على أنها عَذْراء ؛ فلاحَدَّ عليها ، ٢٥٢/ب
ولايجب حَدُّ القذفِ على الشهود ؛ لاحتمالِ عَوْدِ العذرة ، فيسقط كلُّ حدٍّ باحتمال (٤) .

الثالثة : لو شهد أربعة على الزنا (٥) ، وعيَّن كلُّ واحد زاوية أخرى من البيت ، فلاحَدَّ عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (٦) .

---

(١) وهو قوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تَقْدِرُوا عليهم ، فاعْلموا أن اللَّهَ غفورٌ رحيمٌ ﴾ (المائدة : ٣٤) .

(٢) في (ب) : « تورث شكًا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فشهد أربع » .

(٤) في (ب) : « بالاحتمال » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لو شهد أربعة بالزنا » .

(٦) **مذهب الشافعية** : أنه إذا عينَّ كلُّ شاهدٍ زاويةً غير التي عينها الآخر ولو كانت قريبةً : فلا يقام الحدُّ على المشهود عليه . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : مختصر المزني ص (٣١٢) . الوجيز (١٦٩/٢) . الغاية القصوى (٩٢٤/٢) . حلية العلماء (٣٠٦/٨) . رحمة الأمة ص (٢٧٥) . المنتقى شرح موطأ مالك (١٤٤/٧) . بداية المجتهد (٥٣٧/٢) .

ومذهب الحنفية : أنه لوعينَّ كلُّ شاهدٍ زاويةً غير التي عينها الآخر ، وكانت الزوايا بعيدة ، فلا يقام الحدّ على المشهود عليه ، أما إن كانت قريبة ، فيقام عليهما الحدّ . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . وقال زفر : لا يُقام على المشهود عليه حدّ . انظر : المبسوط (٦١/٩) . الهداية (٣٩٤/٢) . فتح القدير (٢٨٦/٥) . تبيين الحقائق (١٩٠/٣) . ملتقى الأبحر (٣٣٧/١) . المقنع ص (٢٩٨) . المبدع (٧٩/٩) . المغني (٢٠٥/٨) .

الطرف الثاني

في الاستيفاء

والنظرُ في كيفيته ومُتَعَاطِيه .

أما الكيفية ، فيرعى منها (١ أربعةُ أمور ١) :

أحدها : حضورُ الوالي والشهود ، وبدايةُ الشهود بالرَّمْيِ ، وذلك مستحبٌّ عندنا . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يجب حضورُ الوالي إن ثبتت [٢] بالإقرار ، وحضورُ الشهودِ إن ثبتت بالشهادة ، ويجب بدايتهم [٣] بالرَّمْيِ [٤] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أمور أربعة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إن ثبت » .

(٣) في (ب) : « بدايته » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن من وجب إقامةُ حدِّ الرجم عليه بالبينة – والبينةُ الشهودُ – استحب للإمام أن يحضر ، وأن يبدأ الشهودُ بالرمي . وهو مذهب المالكية والحنابلة .

وقد استدل ابن قدامة على هذا بقوله : « ولنا : أن النبي ﷺ أمر برجم مَاعِز والغامدية ، ولم يحضرهما ، والحدُّ ثبتَ باعترافهما » . وقال : « يا أُنيسُ ، اذهبْ إلى امرأة هذا ، فإن اعترفتْ فارجُمْها » ولم يحضُرْها . ولأنه حدٌّ ؛ فلم يلزم أن يحضره الإمامُ ولاالبَيِّنةُ ، كسائر الحدود » . المغني (١٧٠/٨) . مختصر المزني ص (٢٦١) . المنهاج ص (١٣٢) . حلية العلماء (٢٠/٨ وما بعدها) . الغاية القصوى (٩٢٥/٢) . المنتقى (١٤٦/٧) . الكافي ص (٥٧٢) . القوانين الفقهية ص (٣٦١) . المقنع ص (٢٩٦) المبدع (٥٢/٩) .

ومذهب الحنفية : أنه يجب حضورُ الوالي والشهودِ ، إن ثبت الزنا بالبينة ، وكان الزاني محصنًا ، ويجب بدايةُ الشهودِ بالرمي ، ثم الحاكمُ ، ثم الناس .

وقد اعتبر الحنفيةُ هذا الشرطَ احتياطًا في درء الحدّ ؛ لأن الشهود إذا بدءوا بالرجم ، ربما استعظموا فِعْلَه ، فيحمِلُهم هذا على الرجوع عن الشهادة ، فيسقط الحدُّ عن المشهود عليه ، فإن امتنع بعضُ الشهود عن الرجم ، سقط حدّ الرجم عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو رواية عن أبي يوسف ؛ لأن امتناعهم في الرجم أورثَ شبهةَ الكذبِ في شهادتهم . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٦٣) . الهداية (٣٨٣/٢) . الاختيار (٨٤/٤) . تبيين الحقائق (١٦٨/٣) . ملتقى الأبحر (٣٣٠/١) .

الثاني : حجارة الرجم (١) لابُدَّ منها ، فلو عدل إلى السيف : وَقَعَ الموقع ، ولكن فيه تَرْكُ التنكيل المقصود . ثم لاينبغي (٢) أن يُثْخَن بصخرة كبيرة دفعةً ، ولا أن يُطَوَّل عليه بحصيات خفيفة (٣) .

الثالث : إن كان الزاني مريضًا – وهو مرجومٌ – فيرجم ؛ لأنه مُستهلَك ، وإن كان يجلد فيؤخَّر إلى البُرْء إن كان مُنْتَظَرًا . ولا يُحْبس إن ثبتت بإقراره ؛ لأنه مهما أراد ، قَدِرَ على الرجوع . وإن ثبتت (٤) بالبينة حُبِس كما تُحْبس الحامل (٥) .

وإن كان مجروحًا ولا يُنْظر زوالُ مابه ، ولايحتمل مائةَ جلدة ، فقد قال ﷺ في مثله : « خذوا عثكالًا عليه مائةُ شمراخٍ فاجْلدوه به » (٦) . والأظهر أنه يُضْرب به ضربًا فيه إيلامٌ ، ولا يُكْتفى بما يُكْتفى به في اليمين . ولايُشْترط أن تمسَّه جميع الشماريخ ، بل يكفي أن تتثاقَل عليه وتنكبس ، فلو كان عليه خمسون (٧) ، ضربناه مرتين . فلو كان يحتمل كلَّ يوم سوطًا فلا نُفرِّق ، بل يُجْلد في الحال . ولوكان يحتمل سياطًا خفافًا ،

---

(١) في (أ) ، (ب) : « حجارة الرمي » . (٢) في (أ) ، (ب) : « ولاينبغي » .

(٣) في (ب) : « بحصاة خفيفة » . (٤) في (أ) ، (ب) : « ثبت » .

(٥) يعني كما تُحْبَس الحاملُ التي ثبت زِناها بالشهود ، حتى تضعَ حملَها .

(٦) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٤/ ٦١٥) (٣٢) كتاب « الحدود » (٣٤) باب « إقامة الحد على المريض » حديث (٤٤٧٢) بإسناده عن ابن سهل بن حنيف أنه أخبره بعض أصحاب رسول الله ﷺ من الأنصار أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى ، فعاد جلدةً على عظم ، فدخلتْ عليه جاريةٌ لبعضهم ، فهشَّ لها ، فوقعَ عليها ، فلما دخل عليه رجالُ قومه يعودونه ، أخبرهم بذلك ، وقال : استفتوا لي رسول الله ﷺ ؛ فإني قد وقعت على جارية دخلتْ عليَّ ، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ وقالوا : ما رأيْنا بأحدٍ من الضرِّ مثل الذي هو به ، لو حملناه إليك لتفسَّخَتْ عظامُه ، وماهو إلا جلدٌ على عظمٍ ، فأمر رسول الله ﷺ أن يأخذوا له مائةَ شمراخٍ ، فيضربوه بها ضربة واحدة » . ورواه النسائي (٢٤٢/٨) كتاب « آداب القضاة » باب « توجيه الحاكم إلى من أخبر أنه زنى » . ورواه ابن ماجه (٨٤٩/٢) (٢٠) كتاب « الحدود » (١٨) باب « الكبير والمريض يجب عليه الحد » حديث (٢٥٧٤) . ورواه أحمد في مسنده (٢٢٢/٥) حديث (٢١٩٨٥) جميعًا من طرق عن أبي أمامة بن سهل به . والحديث صححه الشيخ الألباني كما في صحيح ابن ماجه (٨٥/٢) برقم (٢٠٨٧) .

(٧) يعني إذا كان على العثكال خمسون شمراخًا .

(١ فظاهرُ كلامِ الأصحابِ ١) أنه يُعْدَل إلى العثكال ؛ لإطلاق الخبر ، ويحتمل أن يقال : ذلك أقربُ إلى الحدّ . فإذا ضَرَبْناه بالعثكال ، فزال مرضُه على الندور ، لم نُعِدِ الحدَّ ، بخلاف حَجِّ المعضوب (٢) .

الرابع : الزمان ، فلا يقام الجلد في فرط الحرّ والبرد ، بل يُؤَخر إلى اعتدال الهواء . والرجمُ - إن ثبت بالبينة - يقام بكل حالٍ ، وإن ثبت بالإقرار يُؤخر إلى اعتدال الهواء ؛ لأنه ربما يرجع إذا مسَّتْه الحجارة فَيَسْرِي القليل منه في الحر .

وإذا بادر الإمامُ في الحرّ المفرط ، فجلد ومات ، فالنص (٣ أنه لا يضمن ، ونصّ أنه لو ختن الإمامُ ممتنِعًا عن الختان في الحر ، فَسَرَى : ضمن . فقيل : قولان ، بالنقل والتخريج :

أحدهما ٣) : أنه يضمن ؛ لإفراطه (٤) في البدار في غير وقته .

والثاني : لا يجب ؛ لأن الحدَّ مُسْتَحَقٌّ ، ولم يَزِدْ على المُسْتَحَقِّ .

وقيل بالفرق ؛ (٥ لأن الخيار ٥) ليس إلى الولاة في الأصل ، فجاز بشرط سلامة العاقبة ، بخلاف الحدّ . فإن قلنا : يَضْمن ، أوجبْنَا التأخيرَ . وإن قلنا : لا ، جعلنا التأخيرَ مستحبًّا ، لاواجبًا . ويجوز أن يقال : يُبَاح التعجيل ، ولكن بشرط سلامة العاقبة .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فإن ظاهر كلام الأصحاب » .

(٢) قال النووي : « المعضوب : العاجز عن الحج بنفسه لزمانةٍ ، أو كَسْرٍ ، أو مرضٍ لا يُرْجَى زوالُه ، أو كبر بحيث لا يَسْتمسك على الراحلة إلا بمشقّة شديدة . هذا حدُّه عند أصحابنا . وهو من « العَضْب » بفتح العين وإسكان الضاد ، وهو القطع ، هكذا قاله أهل اللغة ، وقالوا : يقال منه : عضبته ، أي : قطعته . قال الجوهري في الصحاح : المعضوب : الضعيفُ . قلت : فيجوز أن يكون تسمية الفقهاء العاجز عن الحج « معضوبًا » لهذا . ويجوز أن يكون من القطع ؛ لأن الزمانة ونحوها قطعت حركته ، وهذا هو الذي قاله الشارحون لألفاظ الفقهاء » . تهذيب الأسماء واللغات (٢٥/٢/٣) . وانظر : المصباح المنير (٦٣٤/٢) .

(٣) مابين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « بإفراطه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « من حيث إنّ الختان » .

ثم يحتمل أن يقال : شرطُه أن تَغْلب السلامةُ منه ؛ إذ ليس المرادُ من الحد القتلَ ، حتى لو تعدّى به مُتَعَدٌّ فلا قصاصَ . ويحتمل أن يقال : لا يعتبر ذلك إلا في التعزير [(١)] ، أما الحدّ فلا يبعد أن يكون قاتلًا فلا يجب القصاصُ به ، ومن مات به فالحقُّ قَتَلَه ، ويدلُّ عليه نصُّ الشافعي (رضي الله عنه) على جواز المبادرة في الحرّ .

فأما المُسْتَوْفِي للحدّ [(٢)] ، فهو الإمام في حقِّ الأحرار ، والسيدُ في حق المماليك عندنا لا [(٣)] في المكاتب ، ومَنْ نصفُه حرٌّ ونصفُه رقيقٌ . فأما المُدَبَّر وأُمُّ الولد فَقِنٌّ ، وللإمام [(٤)] الاستيفاءُ أيضًا .

ثم إذا [(٥)] اجتمع السيد والسلطانُ ، فأيُّهما أولى ؟ فيه احتمالٌ . وهل للسيد تعزيرُ عبدِه ؟ الظاهرُ أنَّ له ذلك . وقيل : لا ؛ إذْ قال رسول الله ﷺ : « إذا زَنَتْ أَمَةُ أحدِكم فَلْيَحُدَّها » [(٦)] فلم يَرِدِ الخبرُ إلا في الحدّ .

ثم اختلفوا في أن مَأخذه : الولايةُ أو استصلاحُ المِلك ؟ فإن قلنا : مأخذُه الولايةُ ، لم يكن ذلك للمرأة والفاسقِ وللمكاتب في عبيدهم [(٧)] . وكذلك اختلفوا في القطع والقتل ، فمن جَعَلَه ولايةً [(٨] سلط السيدَ عليه [٨)] ، ومن جعله استصلاحًا ، فهو استهلاكٌ ، فلا يقدر عليه . ومنهم من قال : في القطع استصلاحٌ بخلاف القتل .

---

(١) في (ب) : « التعزيرات » .

(٢) في (ب) : « للجلد » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إلا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ثم الإمام » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وإن » .

(٦) الحديث رواه البخاري في صحيحه (١٧١/١٢) (٨٦) كتاب « الحدود » (٣٦) باب « لا يُثَرَّب على الأمة إذا زنتْ ولا تُنْفَى » برقم (٦٨٣٩) باسناده عن أبي هريرة مرفوعًا بلفظ « إذا زنت الأمة فليجلدها ولا يثرب ، ثم إن زنت فليجلدها ولا يثرب ، ثم إن زنت الثالثة فليبيعها ولو بحبل من شعر » . ورواه مسلم في صحيحه (١٣٢٨/٣) (٢٩) كتاب « الحدود » (٦) باب « رجم اليهود - أهل الذمة - في الزنا » حديث (١٧٠٣) . ورواه أبو داود في سننه (٦١٢/٤) حديث (٤٤٦٩) جميعا من طرق عن أبي هريرة مرفوعًا .

(٧) في (ب) : « عبيده » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « سلط عليه السيد » .

ثم هذا فيه إذا شهد [١] السيدُ الفاحشة أو أقرَّ [٢] . فأما إذا شهد الشهودُ ، فإن قلنا : استصلاحٌ ، فليس له منصبُ الحكم . وإن قلنا : ولايةٌ ، فوجهان ؛ لأن الحكم يَسْتدعي مَنْصبًا ، فإن منعناه فَيَسْتَوْفِيه إذا قضى به القاضي . فإن جَوَّزْنا له سماعَ البينةِ ، لم نشترط كونَه مجتهدًا ، بل يكفيه العلمُ بما يُوجِبُ الحدَّ .

فرع : من قُتل حَدًّا ، غُسّل ، وصُلّي عليه ، ودُفِنَ في مقابر المسلمين / كالمقتول ٢٥٣/أ
قصاصًا .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « إذا شاهد » .

(٢) يعني إذا شاهد السيدُ الفاحشة بنفسه ، أو أقر العبد على نفسه بذلك .

الجناية الرابعة هي : القذف

كتاب حَدِّ القَذْف [١]

والنظر في الموجِب والواجب .

أما الموجِب : فالنظر في القذف ، والقاذف ، والمقذوف .

أما القذف : فقد ذكرناه في اللعان . والذي نزيده الآن أنه لابد أن [٢] يكون في مَعْرِض التَّعْيير ، فلو كان في معرض الشهادة فلا حدّ إلا إذا رُدّت [٣] الشهادة لعدم الأهلية ، كما لو كان الشاهد عبدًا أو ذميًا ، ، فعليهم حَدُّ القذف . وإن رُدَّت الشهادةُ بنقصان العدد – بأن شهد ثلاثةٌ – ففيه قولان :

أقيسُهما : أنه لا يجب ؛ لأن الشهادة أمانةٌ يجب [٤] أداؤها ، وكلُّ واحدٍ لا يكون على ثقة من مساعدة غيره .

والثاني : [أنه] [٥] يجب ؛ لقصة عمر (رضي الله عنه) مع أبي بكرة [٦] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « كتاب : حد القذف . الجناية الرابعة : القذف » .

(٢) في (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « رَدّ » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يجوز » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) أبو بكرة هو نفيع الثقفي الصحابي المشهور ، ومُلَخَّصُ هذه القصة ، أن المغيرة بن شعبة كان أمير البصرة – في خلافة عمر بن الخطاب ، فاتهمه أبو بكرة ونافعُ بن الحارث بن كلدة – وهو معدودٌ في الصحابة – وشِبْل بن معبد – وهو معدود في المخضرمين – وزياد بن عبيد الذي استلحقه أبو سفيان ، فكان يُدْعَى : زياد بن أبي سفيان ، فاجتمع هؤلاء فرأوا المغيرةَ مُتَبَطِّنَ امرأةٍ ، فرحلوا إلى عمر بن الخطاب فشكوه ، فعزلَه عمرُ ، ووَلَّى أبا موسى الأشعري ، وأحضر المغيرة ، فشهد عليه الثلاثةُ بالزنا ، وأما زياد فلم يَبُتَّ الشهادة ، وقال : رأيتُ منظرًا قبيحًا ، وما أدري ، أخالطَهَا أم لا ؟ فأمر عمرُ بجلْدِ الثلاثة حَدَّ القذف . وهذه الواقعة رواها البيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٢٣٤، ٢٣٥) ، وذكرها البخاري تعليقا في صحيحه قال : وجلد عمرُ أبا بكرة وشبلَ بن معبد ونافعًا بقذف المغيرة ثم استتابهم . انظر فتح الباري للحافظ ابن حجر (٥/ ٣٠١) .

وأما إذا شهد له أربعة (١) ، ثم رَجَع واحدٌ ، فالراجعُ مَحْدُودٌ ، والمُصِرُّ غير محدود ؛ إذْ تمت الشهادةُ أولًا (٢) ، وقيل بطرد القولين . وهو بعيد .

ثم ذلك لا ينقدح (٣) في الرجوع بعد القضاء أصلًا .

أما إذا رُدَّت الشهادةُ بالفسق : فإن كان بفسقٍ يُجاهِر به ، ففيه قولان (٤) ، وإن كان بفسق خَفِيٍّ انكشف (٥) ، فقولان مرتبان ، وأَوْلى بأن لا يُحَدَّ ، ووجهُ إسقاطِ الحدّ : أنّ الفاسق من أهل الشهادة عند بعض العلماء (٦) .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وأما إذا شهد أربعة » .

(٢) قال الحموي : « قوله في القذف : (وإن ردت الشهادة لنقصان العدد – بأن شهد ثلاثةٌ – ففيه قولان منشؤهما أنه يجب ؛ لقصة عمر مع أبي بكرة ، وأما إذا شهد أربعة ورجع واحد ، فالراجع محدود دون المصرحين ؛ إذ تمت الشهادة أولًا) .

قلت : لابد من معرفة قصة عمر حتى يتجه الإشكالُ عليه ؛ وذلك أن أبا بكرة ونافعًا وزيادًا وشبل بن معبد شهدوا على المغيرة بالزنا عند عمر (رضي اللّه عنه) ، ولم يصرح أبو بكرة بالشهادة بالزنا عليه ، فجعل عمر الثلاثة قَذَفَةً فحدَّهم ، ثم قال أبو بكرة للمغيرة بعد ذلك : زنيت ، فهمَّ عمر (رضي اللّه عنه) أن يحده فقال له علي (رضي اللّه عنه) : إن كنت تريد أن تحده فارجم صاحبك ، يعني إن جعلت قوله هذا هو القذفَ الأول فقد حددته له ، وإن جعلته استئنافَ شهادة أخرى فقد تمت الشهادة فارجم المغيرة ، وإذا كان كذلك لم تكن هذه الواقعة موافقةً لما ذكره الشيخ ، فإن في الابتداء شهد أربعةٌ ولكن لم يتحقق واحدٌ منهم ما شهد به ، بخلاف مسألة الكتاب ، فإن ثلاثة شهدوا فكان عليهم الحدّ بخلاف الرابع الذي لم يحقق شهادته ، فإنه جعل شهادته شبهةً للتكميل .

قلت : وإن كان كذلك إلا أنه لما لم تقبل شهادته فصار بمنزلة ما لو شهد ثلاثة ، والإشكال ضعيف » إشكالات الوسيط (ق ١٨٠ / ب ، ١٨١ / أ) .

(٣) في (أ) : « لا يقدح » . (٤) في (أ) ، (ب) : « فقولان » .

(٥) كلمة : « انكشف » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (وَجْهُ إسقاطِ الحدِّ ، أن الفاسق من أهل الشهادة عند بعض العلماء) هكذا ذكره شيخُه ، وهو مُنْتَقَضٌ بالعبد والذّمي ، فإنهما أهلان للشهادة عند بعض العلماء ، ولا خلاف في وجوب الحدِّ عليهما على ما ذكره هو وشيخُه ، وحكاه عن المحققين ، فكأنهما لم يَسْتَحْضِرا الخلافَ في العبدِ والذمي . ويُمْكِن أن يُفَرَّق بينهما بأن الفاسق أَمَسُّ وأَعْلَقُ بالشهادة من العبدِ والذميّ ، ولهذا لا تقبل شهادةُ الفاسق المعادة بعد التوبة لِتَعَيُّرِه بِرَدِّ شهادته ، وتُقْبَل المعادةُ من العبد والذمي ؛ لِعَدَمِ تَعَيُّرِهما ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ق ١٠٦ / أ) .

(أما رد شهادتهم بأداءِ اجتهادِه إلى فسقهم [1]) ، فلا حَدَّ عليهم ؛ إذ الحدُّ يَسْقط بالاحتمال .

أما القاذف : فَيُعتبر فيه التكليفُ والحرية . وإن انتفى التكليفُ فلا حدَّ . وإن انتفت الحريةُ تشَطَّر الحدُّ . وهذا يدل على مشابهته [2] حقوقَ الله تعالى ، لكن الغالب في حدّ القذف حقُّ الآدمي ؛ إذ يَسْقط بعفو المقذوف ولكن [3] لا يَسْقط بإباحة القذف على الصحيح .

ولا يقع الموقع إذا استوفى المقذوفُ ؛ لأن للاجتهاد دَخْلًا في تقدير وَقْعِ الجلدات ، فهو من شأن الولاة ، لا كالقتل الذي يقع موقعَه في حقّ الزاني المحصن إذا بادر إليه واحدٌ من المسلمين وإن تعدّى به

ومُسْتَحِقُّ القطعِ والقتلِ قصاصًا ، عليه أن يرفع إلى القاضي ، فإن استقلَّ به وقع موقعه . وينقدح وجهٌ في حدِّ القذف أيضًا : أنه يقع موقعَه .

أما المقذوفُ : فَيُعْتبر إحصانُه لإيجاب الحدّ ، وقد ذكرناه في اللعان .

الطرف الثاني : في قدر الواجب ، وهو ثمانون جلدةً على الحرِّ ، وأربعون على الرقيق . فإن تعدَّدَ القذفُ ، بأن نَسَبه إلى زَنْيَتَيْن ، فإن لم يتخلل استيفاءُ الحدِّ : تداخَل . وإن تخلل فقولان :

أصحهما : أنه يُحدّ حدًّا آخر ؛ لتجدُّدِ الموجبِ .

والثاني : لا ؛ لأنه قد ظهر كذبُه في حقِّه مرةً واحدة .

ولو عيَّن الزنا بشخص أولًا ، ثم أطلق الزنا ثانيًا : حُمِلَ على الأول ما أمكن ، ولم نستأنف الحدّ .

ولو قذف شخصين بكلمتين فَحَدَّانِ . ولو قال : زَنَيْتُمَا ، ففي تعدُّد الحدِّ خلافٌ ، وقد ذكرناه في اللعان في جملة من أحكام القذف والحدِّ ؛ فلا نُعيدُه .

* * *

(١) في (ب) : « أما إذا رد شهادتهم لأداء اجتهاده إلى فسقهم » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مشابهة » . (٣) في الأصل : « لكن » بدون الواو .

الجناية الخامسة الموجبة للحَدّ : السرقة

كتاب « حد السرقة » (١)

والكلام فيه في : الموجب ، وفي طريق إيجابه (٢) بالحجة ، وفي الواجب .

الطرف الأول : [في] (٣) الموجب ، وهو السرقة . ولها ثلاثة أركان : المسروق ، والسرقة ، والسارق (٤) .

الركن الأول

المسروق

وله ستة شروط (٥) : أن يكون نصابًا ، مملوكا لغير السارق ، ملكًا محترمًا ، تامًّا ، مُحَرَّزًا ، لا شبهة للسارق فيه (٦) ، فلنشرح هذه القيود :

الشرط الأول : النِّصَاب . وهو عندنا رُبْعُ دينارٍ فصاعدًا (٧) ؛ لقوله ﷺ : « لا قَطْعَ إلا في

---

(١) في (أ) ، (ب) : « كتاب حد السرقة . الجناية الخامسة الموجبة للحد : السرقة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إثباته » . (٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (السرقة ، ولها ثلاثة أركان : المسروق ، والسرقة ، والسارق) هذا في غاية الإشكال ؛ من حيث كونُه جَعَلَ السرقةَ ركنًا للسرقة ، وجعل السارقَ والمسروقَ ركنين لها ، مع أن ركنَ الشيءِ جزءٌ منه ، وجوابُه ما بَيَّنْتُه في أول كتاب « البَيْع » من أن ركن الشيء في اصطلاح الغزالي وتصرُّفِه ، عبارةٌ عما لابد منه في وجود صورته ؛ لكونه جزءًا منه ولكونه لازمًا ، له به اختصاص . وفيه احتراز عن الزمان والمكان والأمور العامة التي لابُدّ منها ولا اختصاصَ فيها ، وعن الشرط الذي لابد منه في وجود صحته لا في وجود صورته . والسارقُ والمسروقُ لابد منهما في وجود صورة السرقة ، وهما لازمان ، لهما اختصاصٌ بها ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٠٦ / ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « شرائط » . (٦) في (أ) ، (ب) : « لا شبهة فيه للسارق » .

(٧) وربع الدينار يساوي = ١,٦ جرامًا من الذهب تقريبًا . انظر معجم لغة الفقهاء ص (٢١٢) .

رُبعِ دينار » (١) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « هو دينار أو عشرة دراهم » . وقال مالك (رحمه الله) : [هو] (٢) ربع دينار أو ثلاثة دراهم (٣) . وقال داود (رحمه الله) : لا يُشْترط النصاب (٤) .

ثم نريد الربع المضروب دون الإبريز (٥) .

---

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه (١٢ / ٩٩) (٨٦) كتاب « الحدود » (١٣) باب « قول الله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ وفي كم يُقْطع ؟ » حديث رقم (٦٧٨٩) بإسناده عن عائشة (رضي الله عنها) قالت : قال النبي ﷺ : « تقطع اليد في ربع دينار فصاعدًا » .

ورواه مسلم (٣ / ١٣١٢) (٢٩) كتاب « الحدود » (١) باب « حد السرقة ونصابها » حديث (١٦٨٤) . ورواه أبو داود (٤ / ٥٤٥) حديث (٤٣٨٣) . والترمذي (٤ / ٤٠) حديث (١٤٤٥) . والنسائي (٨ / ٧٨) جميعًا من طرق عن الزهري عن عمرة عن عائشة به مرفوعًا .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا يقطع السارق إلا في ربع دينار ، أو ما يُسَاوِي قيمتُه ربع دينار . انظر : مختصر المزني ص (٢٦٣) . التنبيه ص (١٤٩) . نهاية المحتاج (٧ / ٤٣٩) . حاشية أبي الضياء على شرح المنهاج (٧ / ٤٣٩) . حلية العلماء (٨ / ٤٩) .

ومذهب الحنفية : أنه تقطع اليد في دينار من الذهب ، أو عشرة دراهم من الفضة . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٦٩) . المبسوط (٩ / ١٣٧) . رءوس المسائل ص (٤٩١) . اللباب (٣ / ٢٠٠) .

ومذهب المالكية : أن النصاب ثلاثة دراهم من الفضة أو ربع دينار من الذهب ، أو ما قيمة أحدهما حين السرقة . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الكافي ص (٥٧٨) . القوانين الفقهية ص (٣٦٤) . المنتقى (٧ / ١٥٦) . حاشية الدسوقي (٤ / ٣٣٢) . تنوير الحوالك (٢ / ١٧٢) . منار السبيل (٢ / ٣٨٦) .

(٤) ومذهب داود (رحمه الله) : أنه لا يشترط النصاب في السرقة ، بل تقطع يد السارق مطلقًا في القليل والكثير . انظر : رسالة في مسائل الإمام داود ص (٢٥) جمع الشيخ محمد الشطي الحنبلي . حلية العلماء (٨ / ٥١) . المغني لابن قدامة (٨ / ٢٤٢) .

(٥) يعني أن الاعتبار في النصاب هو بالذهب المضروب ، فَبِهِ يقع التقويمُ ، حتى لو سرق شيئًا يساوي ربعَ مثقال من الذهب غير المضروب - كالسبيكة والحُلِيّ - التي لا تبلغ قيمتُها ربعًا مضروبًا ، فلا قطع .

ولو سرق خاتمًا وزنُه دون ربع ، وقيمتُه - بالصنعة - تبلغ ربعًا فلا قَطْعَ على الصحيح . والخلافُ في المسألتين راجعٌ إلى أن الاعتبار بالوزن ، أو بالقيمة ؟ . انظر : روضة الطالبين (١٠ / ١١٠) .

فروع

الأول : لو سرق رُبْعَ مثقالٍ من الإبريز لا يسوى (١) ربعًا مضروبًا ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا قَطْعَ ؛ لأنا نُقَوِّم السلعَ بالمضروب ، وهو كسلعة (٢) .

والثاني : يجب ؛ لأن الاسم ينطلق عليه ، فيجب به وإن لم يُقَوَّم به . وعلى هذا ، لو سرق خاتمًا قيمتُه ربعٌ ، ووزنُه سدسٌ : وَجَبَ القطعُ إن اعتبرنا التقويمَ ، (٣) وإن اعتبرنا بالوزن فلا قطع (٣) .

الثاني : لو سرق دنانير – ظَنَّها فلوسًا – لا تُساوي ربعًا : وجب القطعُ ، ولا يُشترط علمُه بكونه نصابًا . ولو سرق جبَّةً قيمتُها دون النصاب ، لكن في جيبها دينارٌ ، وهو لم يَشْعر به : وَجَبَ الحدُّ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجب (٤) . ولأصحابنا وَجْهٌ يوافقه من حيث إنه لم يَقْصِد إخراجَ دينار (٥) .

الثالث : لو نَقَصَ قيمةُ النصاب – بأكْلِه أو تمزيقه – قبل الإخراج من الحرز : فلا قطع (٦) ، وإن نقص بعدُ وَجَبَ القطْعُ (٧) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجب .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لا يساوي » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وهذا كسلعة » . وهذا الوجه هو الصحيح ، فلا يقطع . انظر الروضة (١٠ / ١١٠) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وإن نظرنا إلى العين ، لم يجب » .

(٤) انظر في مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) كتاب المبسوط للسرخسي (٩ / ١٦١) .

وقد اتفق الشافعية والحنفية فيما إذا علم أن في الثوب دينارًا أو أكثر ، فاتفقا – في هذه الصورة – على القطع . انظر : المنهاج ص (١٣٣) . الغاية القصوى (٢ / ٩٢٩) . نهاية المحتاج (٧ / ٤٤١) . المبسوط (٩ / ١٦١) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الدينار » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو نقص قيمة النصاب ، بأكله أو تمزيقه قبل الإخراج من الحرز) يُعْترض عليه بأنَّ أكْلَه يُبْطل قيمته لا أنه ينقصها ، فَلْيحمل قوله : (بأكله) على أكْلِ بعضه ، أو على ما إذا كان ذلك حرزَه أو نحوها فَبَلَعها ، ونقصتْ بذلك قيمتُها وفرَّعْنَا على الصحيح في أنه يجب القطع على من بلع جوهرةً في الحرز ، وخرج منه – وهي في جوفه – وهي نصابٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٦ / ب) .

(٧) يَقْصد بنقصان القيمة هنا – والله أعلم – نُقْصَانَ السِّعر ، وهذا يُتَصوَّر فيه خلافٌ بين الشافعي وأبي حنيفة ؛ إذْ =

الرابع : لو أخرج نصابًا [(١)] ، ولكن بِكَرَّاتٍ ، وكلُّ كَرَّةٍ ناقصٌ عن نصاب : فلا قطع ، وإنما تتعدد الكرات بأن يُعَاد إحكام الحرز ، ويَطَّلع المالكُ على الأول [(٢)] . فلو لم يتخلل ذلك ولكن كان يُخْرِجه شيئًا / شيئًا [(٣)] ، فثلاثةُ أوجهٍ : ٢٥٣/ب

أحدها : أنه لا يجب ؛ لِتعدُّدِ الصورة .

والثاني : يجب ؛ إذِ السارق [قد] [(٤)] يحتاج إلى أن يُخْرِجَه مُفَرقًا [(٥)] .

والثالث : أنه إنْ تخلَّلَ طُولُ زمانٍ ، أو رَدّ المسروق إلى بيت السارق – ولو في زمان قصير –

= هما متفقان على أنه إذا أخرج المسروقَ من الحرز – وهو يساوي نصابًا عند كل منهما – ثم مَزّقَه أو شقَّه ، أو نحو ذلك ، فنقصت قيمتُه ، وجب القطع عند كل منهما . أما نقصان قيمة المسروق بنقصان السعر – بعد الإخراج من الحرز – فهذا فيه خلاف بين الشافعي وأبي حنيفة (رحمهما الله) ، فعند الشافعي : يقطع السارق ، إذ السرقةُ تمت بنصاب كامل ، فالنقصان بعد ذلك لا يمنع استيفاء القطع ، وهذا هو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . وأما أبو حنيفة (رحمه الله) فيقول : إنه لا قطع في هذه الحالة ، وخالفه محمد بن الحسن وزفر . انظر : مختصر المزني ص (٢٦٣) روضة الطالبين (١٠ / ١١٣) . حلية العلماء (٨ / ٧٠ ، ٧١) . المبسوط (٩ / ١٦٣) . فتح القدير (٥ / ٤١٧) . رد المحتار (٤ / ١١١) . المغني (٨ / ٢٧٠) .

(١) في (أ) ، (ب) : « النصاب » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإنما تتعدد الكرات بأنْ يُعَاد إحكام الحرز ، ويَطَّلع المالك على الأول) يعني من غير إحراز . وكان ينبغي أن يقول : (أو بأن يطلع المالك) غير أنا نقول : أراد « وبأن يطلع المالك » أي : يحصل التعدد بهذا وحده ، ويحصل أيضًا التعددُ بذلك ، أو لا يشترط فيه اجتماعُهما . ووجهُ التعددِ بتخلُّلِ اطلاع المالك – من غير إحراز – أن السارق يكون حينئذ قد أَخَذ الأول مما أحرزه المالك وأخذ الثاني مما تركه غَيْرَ مُحَرَّزٍ . وهذا تنويع صَدَرَ من المالك ، يُوجب كونَهما سَرِقتين بخلاف ما إذا لم يتخلل بينهما اطلاعُ المالك ؛ فإنه لم يختلف حينئذ الأولُ والثاني بالنسبة إلى إحراز المالك كما اختلفا في صورة الاطلاع ، وهو يظن أنهما محرزان بإحرازه أولًا ، ولا اختلاف بالنسبة إلى هتك السارق للحرز ، فإنه أخرجهما بهتكٍ واحدٍ ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٠٧ /أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فشيئًا » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ)، (ب) : « متفرقًا » . وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٠ / ١١١) ، والغاية القصوى (٢ / ٩٣٠) .

فلا قطع [1] ، [2] وإن لم يتخللْ شيءٌ من ذلك فمتّحد [2] .

الخامس : لو فتح أسفل كُندوج [3] ، وكان يخرج شيئًا شيئًا [4] على التواصل ، فإن قلنا : يجب ثَمَّ وإن لم يتواصل ، فهاهنا أولى ، وإن لم نوجب ثَمَّ فهاهنا وجهان ؛ لأن الفعل متحد [5] ولا خلاف أنه لو أخذ طرفَ منديلٍ فكان يجره ، ويخرج من الحرز شيئًا شيئًا : وجب القطع ؛ لأن ذلك في حكم المتَّحِد . ولو أخرج نِصْفَه وترك النصفَ الآخرَ في الحرز ، فلا قَطْعَ وإن كان القدر المخرج - لو فُصِلَ - لكان يساوي نصابًا ؛ لأنه شيءٌ واحد ولم يَتِمَّ إخراجُه .

السادس : لو جَمَعَ من البذر المبثوث في الأرض ما يَبْلُغ نصابًا [6] ، وهو محرز ، فالصحيح وجوبُ القطع . وقيل : لا يجب ؛ لأن كلَّ حفرةٍ حرزُ حبةٍ ، فلم يُخْرِج من كل حرزٍ إلا بعضَ النصاب .

السابع : إذا اشترك رجلان في حَمْلٍ ما دون نصف دينار : فلا قَطْعَ عليهما ، ولو حَمَلا مقدارَ نصفٍ : لَزِمَهما ؛ إذْ يَخُصّ كلَّ واحدٍ نصابٌ . فإن قيل : كيف يجب القطع بالتقويم وهو مجتهدٌ فيه؟ ، قلنا : يَنْبغي أن يَقْطَع المُقَوِّمُ بأنه يُسَاوي الربع ، فلو قال : أظنُّ أنه يُسَاوي ، لم يَجِبْ .

الشرط الثاني : أن يكون مملوكًا لغير السارق .

فلا قطع على من سرق مِلْكَ نفسِه وإن كان مرهونًا أو مستأجرًا ، وكذا لو طرأ ملكه قبل إخراجه بموت الموروث ، فلا قطع . ولو طرأ بعد الإخراج لم يُؤَثِّرْ عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [7] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « على الوجه الثالث يحصل التعددُ بأنْ يأخذ المسروقَ الأولَ ويَذْهب به إلى موضع يَضَعُه فيه ، ثم يعود ويأخذ الثاني ، ولا يُشْترط فيه أَخْذُه إلى بيت السارق . وعبارةُ المصنفَ فيه ، عبارةٌ قَلِقَةٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٧ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وإن لم يتخلل شيء من ذلك : قُطع » .

(٣) الكندوج : كلمة معرّبة من « كندو » ويطلق على ما يُشْبه المخزن . وقد تطلق على وعاء النحل ، وهو الخلية عند العرب . انظر : القاموس المحيط ص (٢٦٠) . تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ٢ / ١٢٠) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « شيئًا فشيئًا » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « كالمتحد » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ما بلغ نصابًا » .

(٧) مذهب الأئمة الأربعة : أن السارقَ إذا ملك العينَ المسروقة بهبةٍ ، أو بيعٍ ، أو غيرهما من أسباب الملك ، قبل رفعه =

ثم لو ادعى السارقُ المِلْكَ ، سقط الحدُّ بمجرد دعواه ؛ إذْ صار خصمًا يجب اليمين بدعواه على صاحب اليد ، فيبعد أن تُقْطَعَ يَدُه بيمينِ غيره . وفيه قول مُخَرَّجٌ : أنه يجب الحدُّ ؛ لأن هذا يَصير ذريعةً .

ثم إذا فرعنا على النص ، فلو ادعى المِلْكَ لشريكه في السرقة ، أو لسيده – وهو عبدٌ – سقط أيضًا . نعم ، لو كذَّبَ السيدُ – أو الشريكُ – سقط عن المدعي أيضًا ، ولكن هل يَسْقط عن الشريك المكذب ؟ ، فيه وجهان ، أظهرهما : أنه لا يسقط ، لأنه لم يَدَّعِ لنفسه شبهةً ، وقال القفال : يسقط ، لأنه جرت الدعوى [1] ، لو صدق لسقط ، فصار كما لو أَقَرَّ المسروقُ منه للسارق ، فكذَّبَ ، فإنه لا قَطْعَ .

الشرط الثالث : أن يكون محترمًا .

فلا قَطْعَ على سارق الخمر والخنزير ؛ لأنه لا ماليَّةَ ولا حُرْمةَ ، ولا على سارق الطنبور والبربط [2] والملاهي [3] وإن كان الرُّضَاض [4] بعد الكسر يساوي نصابًا مهما أخرجه على قَصْدِ الكَسْرِ [5] ، وإن قصد السرقة ، فوجهان :

= إلى الحاكم والمطالبة بها عنده : لم يجب القطع ؛ لأن مِنْ شرط القطع المطالبةَ بالمسروق وبعد ملك السارق للعين ، لا تصحُّ المطالبة .

أما إذا ملكها بعد رفعه للحاكم والمطالبة بها ، فمذهب الشافعية : أنَّ القطْعَ لا يَسْقط ، وهو مذهبُ المالكية والحنابلة أيضًا .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) أن القطع يَسْقط ؛ لأنها صارت ملكَ السارق ، فلا يُقْطع في عينٍ هي ملكه كما لو ملكها قبل المطالبة بها ، ولأنَّ المطالبة شرطٌ ، والشرطُ يُعْتبر دَوَامُه ، ولم يَبْقَ لهذه العين مطالبٌ . انظر : روضة الطالبين (١٠ / ١١٤) . الغاية القصوى (٢ / ٩٣٠) . المغني (٨ / ٢٦٩) .

(١) في (أ) ، (ب) : « جرت دعوى » .

(٢) البربط : هو العود المعروف من آلات الموسيقى ، وهو معرب من « بَربَط » أي : صدر الإوَزّ ؛ لأنه يشبهه . انظر القاموس المحيط ص (٨٥٠) .

(٣) الملاهي : آلات اللهو والموسيقى . انظر القاموس المحيط ص (١٧١٧) .

(٤) الرُّضاض : فُتَاتُ الشيء . وكلُّ شيءٍ كسَرْتَه فقد رَضْرَضْتَه . انظر مختار الصحاح ص (٢٤٥) مادة (رض ض) .

(٥) يعني لا قَطْعَ عليه إذا قَصَدَ كَسْرَ هذه الآلات المحرمة تغييرًا للمنكر .

أحدهما : يجب ؛ لأنه لم يُخْرِجه على الوجه الجائز .

والثاني : لا يجب ؛ لأن الحرز لا يتحقَّق معه ، وهو مُسَلّط على الدخول والإخراج [1] . ويطَّرد هذا في أواني الذهب والفضة حيث يجب كَسْرُهَا .

الشرط الرابع : أن يكون الملك تامًّا قويًّا .

احترزنا (**بالتمام**) [2] عما يكون للسارق فيه شَرِكَةٌ أو حقٌّ ، فلو سرق أَحَدُ الشريكين مالًا مشتركًا من صاحبه ، فالظاهر : أنه لا قطع عليه ، حتى لو لم يكن له من ألف دينار سَرَقَه إلا دينارٌ : فلا قَطْعَ ؛ إذْ لا جُزْءَ منه إلا وله فيه حقٌّ شائعٌ فيصير شُبْهَةً . ومنهم من قال : لا أَثَرَ للشركة ، بل لو سرق نصْفَ دينار من مالٍ مشتركٍ بينهما : قطع ؛ إذْ قَدْر النصاب ليس ملكًا له مما أخرجه . ومنهم من قال : هو كذلك إن لم يكن المالُ قابلًا للقسِمْة .

أما إذا كان بينهما ديناران ، فسرق أحدُهما [دينارًا] [3] فلا قطع ، ويُحْمل ذلك على قسمة فاسدة . ولو سرق دينارًا وربعًا : لَزِمَه لا محالةَ .

أمّا ما للسارقِ فيه حقٌّ [4] - كَمَالِ بيتِ المال - ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا قطع ؛ لأنه مُرْصَدٌ لمصلحته إذا مَسَّتْ حاجته [إليه] [5] ولا ينظر إلى استغنائه في الحال ؛ كالابن لا تقطع [يده] [6] بسرقةِ مالِ أبيه وإن كان غنيًّا .

والثاني : أنه إن سَرَقَ مِنْ مالِ الصدقات مَنْ هو فقيرٌ : فلا قطع [7] ، ....

---

(١) قال في الروضة (١٠ / ١١٦) : « ولو سرق آلات الملاهي ، كالطنبور والمزمار ، أو صنمًا : فإن كان لا يبلغ - بعد الكسر والتغيير - نصابًا ، فلا قطع . وإن بلغه قطع على الأصح عند الأكثرين ، منهم العراقيون ؛ لأنه سرق نصابًا من حرز . واختار الإمام وأبو الفرج الزاز : أنه لا قطع ؛ لأنه من الملاهي فأشْبَهَ الخمرَ ؛ ولأنه غَيْرُ محرزٍ ؛ لأن كل أحد مأمورٌ بإفساد آلات الملاهي ، ويجوز الهجوم على الدور لكسرها وإبطالها ؛ ولأنه لا يجوز إمساكها ، فهي كالمغصوب يُسْرَق من حرز الغاصب » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « احترزنا بالتام » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « وجه » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « فلا حَدَّ » .

وإلا فيجب [1] ، وأما الابن فلا قطع لأجل البَعْضية ، ويدل عليه أن الذميَّ لو سرق قُطِعَ ، ويتصور أن يُقَدَّر إسلامُه . وفيه وجه : [2] أنه يُقَدَّر كما يُقَدر الفَقْرُ في الغَنيّ [2] .

ولا خلاف في أن ما أُفرز للمرتزقة ، أو مُيِّز من الخمس لذي القربى واليتامى وقلنا : إنه مِلْكُهم [3] ، فإذا سرقه مَنْ ليس منهم ، يُقطع [4] .

فأما (القوة) فاحترزنا به [5] عن الملك الضعيف ، كالمستولدة والوقف ، وفيهما وجهان ، أصحهما الوجوب ؛ لتحققِ أصل الملك ولزومه .

٢٥٤/أ وأما المساجد ، ففي حُصرها وقناديلها ، ثلاثةُ أوجه : يُفَرَّق في الثالث بين القناديل / والزينة [6] ، وبين الفرش التي يَنتفع به [7] كلُّ أحدٍ . وأما بابُ المسجد وأجذاعه وسائر أجزائه : فيجب فيه القطع ، ويتجه فيه أيضًا تَخْريجُ وجهٍ من القنديل . والظاهر : أن مَنْ وطىء جاريةً من

---

(١) قال في الروضة (١٠/١١٦) : « إذا سرق من مال بيت المال نظر : إن سرق مما أُفرز لطائفة مخصوصين ، وليس السارق منهم ، قُطع . قال الإمام : وكذا الفيء المُعَدّ للمرتزقة تفريعًا على أنه ملكهم . وإن سرق من غيره ، فَأَوْجُهٌ :

أحدها : – وهو مقتضى إطلاق العراقيين – : لا قطع ، سواء كان غنيا أو فقيرا ، وسواء سرق من الصدقات أو مال المصالح .

والثاني : يقطع .

وأصحهما التفصيل : فإن كان السارقُ صاحبَ حقٍّ في المسروق ، بأنْ سرق فقيرٌ من الصدقات ، أو مالِ المصالح ، فلا قطع . وإن لم يكن صاحبَ حقٍّ فيه – كالغني – فإن سرق من الصدقات قطع ، وإن سرق من المصالح فلا قطع على الأصح ؛ لأنه قد يُصْرف ذلك إلى عمارة المساجد والرباطات والقناطر فينتفع بها الغني والفقير » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أنه يقدر كما يقدر الغنيُّ معدومًا » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ما أفرز للمرتزقة ، أو مُيِّزَ من الخمس لذوي القربى واليتامى ، وقلنا : إنه ملكهم) قولُه : (وقلنا : إنه ملكهم) يرجع إلى قوله : (ما أفرز للمرتزقة) » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٧ / ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فيقطع » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بها » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « للزينة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « بها » .

بيت المال حُدّ كالابن يطأ جارية أبيه [١] ، وفي جارية بيت المال وَجْهٌ : أنه لا يجب [٢] .

الشرط الخامس : كون المالِ نقيًّا عن شبهةِ استحقاقِ السارق .

فمستحقُّ الدين إذا سرق [٣] مال مَنْ عليه دَيْنٌ [٣] ومَنْ عليه الدينُ غَيْرُ مماطِلٍ : قُطع ، وإن كان مماطلًا وسرق جِنْسَ حقِّه ، فلا قطع . إذْ له أن يمتلك ذلك ، وإن كان غير جنس حقه ، فالمذهب : أنه لا قطع أيضًا [٤] ، وقيل : إنه يجب إن قلنا : إنه لا يتملكه .

أما استحقاق النفقة ، فهو سببٌ لإسقاط القطع ؛ فلا يقطع الابنُ بسرقة مال أبيه وجدِّه ، وسائر أبعاضه ؛ لأن ماله مُرصَدٌ لحاجته ، وهو محتاج إلى أن لا تقطع يده ، ولا يُنْظر إلى غنائه في الحال . أما نفقة الزوجية ، ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا تقطع [يد] [٥] كل واحد من الزوجين بمال الآخر ؛ لما بينهما من الاتحاد العُرْفي ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) [٦] .

والثاني : أنه يقطع ؛ إذْ هو اتحادٌ لا يوجبه الشرع .

والثالث : أن الزوجةَ لا تُقْطع ؛ لأجل حقّ النفقة ، والزوجُ يُقْطع [٧] .

التفريع : إن قلنا : لا يقطع [٨] ، فلو سرق عَبْدُ أحدِهما من مال الآخر ، ففيه ....

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (كالابن يطأ جارية أبيه) يعني أنه يُحَدّ وإن لم يُقْطع بسرقة مالِ أبيه ؛ وذلك لأنه قد يستحق أَخْذَ شيء من ماله في النفقة عند فقره ولا يستحق أصلًا وطأً في ماله ؛ إذ لا يجب عليه إعفافُه وهكذا بيتُ المال » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٧ / ب) .

(٢) في (ب) : « أنه لا يُحَدّ » .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) كلمة : « أيضًا » ليست فس (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) وهو مذهب الحنابلة أيضًا ، انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٧٠) . المبسوط (٩/١٨٨) . رءوس المسائل ص (٤٩٧) . اللباب (٣/٢٠٥) . زاد المستقنع ص (١٣٠) . الفروع لابن مفلح (٦/١٣٣) . دليل الطالب ص (٢٥٨) .

(٧) قال في الروضة (١٠ / ١٢٠) : « لو سرق أحد الزوجين مال الآخر – إن لم يكن محرزا عنه – فلا قطع . وإلا فثلاثة أقوال : أظهرها : يقطع » . وانظر : نهاية المحتاج (٧ / ٤٤٥) . حلية العلماء (٨ / ٦٤) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « إن قلنا : لا قَطْع » .

وجهان [١] ، ووجْهُ إيجابِه : أنه يلزم عليه أن لا يقطع وَلَدُ أحدِهما بسرقة مالِ الآخر ، وكيف يمكن ذلك وولدُ الأبِ يُقْطع ، وهو الأخ ؟ .

هذه وجوه للشبهة [٢] المعتبرة . ويؤثر أيضًا ظَنُّ السارق أنه مِلْكُه ، أو مِلْكُ أبيه ، وأنّ الحرز مِلكُه .

فأما كونُ الشيء مُبَاحَ الأصْلِ ، كالكلأ والصيد والحطب [٣] ، أو رطبًا كالفواكه والمرق ، أو مضمومًا إلى ما لا قَطْعَ فيه [٤] ، أو كونه مسروقًا مرة أخرى وقد قُطع فيه ، أو متعرضًا لِتَسَارُعِ الفسادِ كالمرق والجَمْد [٥] والشمع المشتعل ، فكلُّ ذلك يُقْطع فيه عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [٦] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « إذا قلنا : لا يُقطع أحدُ الزوجين بسرقة مال الآخر ، فلو سرق عبدُ أحدِهما من مال الآخر ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يقطع ؛ لأنا جعلنا – على هذا القول – مالَ أحدِهما كمالِ الآخر في القطع ، فيكون كأنه سرق مالَ سيده ، ولذلك نقول : لا يُقْطع عَبْدُ الإنسان بالسرقة من مال والده أو ولده كما لا يقطع هو .

والثاني : يُقطع العبد ؛ لأنه لو لزم من عدم جريان القطع بين السادة : كونُ أموالهم في حكم مال واحد – فيما يرجع إلى عدم وجوب القطع على عبيدهم – للزم مِثْلُ ذلك في حق أولادهم ، حتى لا يُقْطع ولدُ أحدِهم بسرقته من مال الآخر ؛ لكون مال الآخر كمالِ أبيه ، وكيف يُمْكن القولُ بذلك مع أنّ الأخ – وهو ولد الأب – يُقْطع بسرقة مال أخيه ابن أبيه ، ومالُ أخيه كمالِ والده ، من حيث إنّ والدَه لا يُقْطع به كمالِه ، وهو لا يقطع بمال والده ، فيلزم أن لا يقطع أيضًا بمال أخيه لو صحت هذه القاعدة ، وقد علمنا فسادَها وأن ذلك الاتحاد مقصورٌ على السيد ونحوه . هذا شرح كلامه الذي اختصره ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٧ / ب ، ١٠٨ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الشبهة » .

(٣) في (ب) : « أو الحطب » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (أو مضمومًا إلى ما لا قطع فيه) مثالُه : أن يسرق لحمًا وميتا معًا ، أو شاة وخنزيرًا معًا ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٠٨ / أ) .

(٥) الجمْد : ما جمد من الماء ، وهو ضد الذوب ، وهو مصدر سُمّي به . انظر مختار الصحاح ص (١٠٩) مادة (ج م د) .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٧١ ، ٢٧٢) . المبسوط (٩ / ١٣٩ ، ١٥٣ ، ١٦٥) . رءوس المسائل ص (٩٢) . إيثار الإنصاف ص (٢٢٨) . اللباب شرح الكتاب (٣ / ٢٠٢ ، ٢٠٩) . المنتقى (٧ / ١٥٩ ، ١٦٠) . مختصر المزني ص (٢٦٣) . حلية العلماء (٨ ٧٦) . رحمة الأمة (٢٨٢) . روضة الطالبين (١٠ / ١٢١ ، ١٣٣) . المقنع ص (٣٠٤) . الفروع لابن مفلح (٦ / ١٣٤) . المبدع (٩ / ١٣٧) . المغني (٨ / ٢٤٦) .

وأما الماء : فإن قلنا : إنه مملوك وبلغ نصابًا ، وَجَبَ القطْعُ فيه أيضًا .

ولا خلاف أنه لا يُشْترط كونُ المسروق في يد المالك ، (١ بل لو سُرِق في يد الوكيل ١) والمودَع والمرتهن وغيرهم : وَجَبَ القطعُ .

الشرط السادس (٢) : كونُهُ مُحَرَّزًا .

ونعني بالمحرز ما يكون سارقُه على خطر وغرر خوفًا من الاطلاع عليه ؛ فلا قَطْعَ على من يأخذ (٣) مالًا من مضيعة . وعمدةُ الحرز اللّحَاظُ ، فلا قطع على من سرق مالًا من قلعة حصينة في برية ؛ لأنه لا خطر في أخذه بالنقب والحيل ، نَعَم إن لم يكن للموضع حصانةٌ ، فلابد من لحاظٍ دائم كالشارع والصحراء . وإن كان له حصانة كالدور والحانوت (٤) فلابد من أصل اللحاظ ، ولا يُشْترط دوامه ، إذ حيلة التسلق والفتح والنقب ، يُنَبّهُ الملاحظين ، والمُحَكّمُ فيه العرفُ .

هذه هي القاعدة ، وشرحه (٥) بصور :

الأولى : أن الإصطبل حرزٌ للدواب دون الثياب مهما كان متصلًا بالدور ؛ لأن عُسْرَ نَقْلِ الدواب – مع أصل الحصانة واللحاظ – يوجب خطرًا في سرقتها . وأما الثياب فَيَتَيَسَّرُ نقْلُها وإخفاؤها . وكذلك عَرَصة الدار حرزٌ للفرش وثياب البذلة دون الدنانير ؛ لقضاء العرف ، فإن واضع الدنانير فيه مُضَيِّع ، والمحكَّمُ فيه العرفُ .

الثانية : ما أُحْرِزَ بمجرد اللحاظ – كالمتاع الموضوع في الصحراء ، أو الشارع أو المسجد – فلابُدَّ من دوام اللحاظ بحيث لايتفق إلا فتراتٌ لطيفة قد ينحذق السارق في معافصتها ، وقد يخطئ فيه . ويَسْقط ذلك بالنوم ، وبأنْ يوليَه ظَهْرَه . ويضعف أيضًا بأن يكون في محل لايلحقه الغوثُ فلايُبَالي السارقُ به ؛ لأنه ضائعٌ مع ماله .

وهل يسقط الحرز بزحمة الناس ، كما في المسجد المزحوم ، أو الشارع ؟ فيه وجهان :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « بل لو سرق من يد السارق » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « السادس » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أخذ » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الحوانيت » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وشرحها » .

أحدهما : أنه لا يسقط ؛ لأن اللحاظ يحيط بالمتاع .

والثاني : نعم ؛ لأن الحِسَّ يشتغل بتزاحم الناس فيذهل عن المتاع (١) . وهذا جارٍ في الخبّاز والتاجر إذا ازدحم الناسُ على حانوتهم (٢) للمعاملة . أما المسجد الخالي فالفعل فيه ملحوظٌ إلا أن يكون وراء ظهره ، فيكون مُضَيِّعًا .

الثالثة : ما يعتمد حصانة الموضع مع أدنى لحاظ - كالموضوع في الدار - فهو محرزٌ وإن نام صاحبُ الدار ؛ لأن حركة السارق تُنبِّهُ المالكَ غالبًا إن كان الباب مغلقًا . وإن كان مفتوحًا بالليل فهو ضائع . وإن كان بالنهار واعتمد فيه لحاظ الجيران (٣) - لأن بابه مطروق - ففيه وجهان :

أحدهما : أنه محرز كالمتاع على أطراف حوانيت البقالين والصباغين وغيرهم ، فإنه ملحوظ من جهة الجيران ومحرز به .

والثاني : لا ؛ لأن الأعين تقع على الأمتعة ولا تقع على قعر الدار / ويتساهل الجيران إذا علموا ٢٥٤/ب بأنّ (٤) المالك فيه ، ولذلك ذكروا وجهين فيما لو كان المالك مستيقظًا (٥) في الدار ولكن تَغَفَّله السارق ، فهذا إنما يكون إذا لم يكن لحاظٌ دائم ، يكون مثله في الصحراء محرزًا ، لكن [قد] (٦) يتردد المالك في جوانب (٧) الدار فلا يُديم اللحاظَ . فلو ادعى السارق (٨) أنه كان لا يديم اللحظ (٩) ، بل نام أو أعرض فيسقط الحدُّ بمجرد دعواه (١٠ كما في الملك ١٠) .

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٠ / ١٢٢) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « حانوته » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن كان بالنهار واعتمد فيه لحاظ الجيران ، ففيه وجهان) يعني وصاحبُ الدار نائمٌ فيها . وإنما أَجْرى الوجهين فيما لو كان صاحبها مُستيقظًا فيها ، حيث يُقَصِّر في اللحاظ اعتمادًا على الدار ، ولا يأتي بمثل اللحاظ الذي يُعَدّ إحرازًا في الصحراء كما ذكره ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٨ / أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أنّ » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « متيقظًا » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٧) في (أ) ، (ب) : « جانب » .

(٨) كلمة « السارق » ليست في (أ) ، (ب) .
(٩) في (أ) ، (ب) : « اللحاظ » .

(١٠) في (أ)، (ب) : « كما في المال سواءٌ » . ويعني أن الحدَّ يسقط عن السارق إذا ادّعى أن المالك أعرض عن لحاظ متاعه ، كما يسقط الحدُّ إذا ادعى السارقُ أن المسروقَ مِلْكُه .

الرابعة : أن الخيام ليست حرزًا ؛ لأنه يمكن سرقتها في نفسها ، ولكن إحكام الربط وتنضيد الأمتعة قد يغني عن دوام اللحاظ ، وكذلك الدواب في الصحراء ملحوظة بأعين الرعاة إذا كانوا على نَشْزٍ [(١)] . فأما من يسوق قطارًا من الإبل قال الأصحاب : هو محرز بالقائد . وأقصى عدد القطار تسعة [(٢)] ، وهو صحيح [(٣)] إذا كان يسوق [(٤)] في الأسواق ؛ فإن الأعين تلاحظه ، وفي [(٥)] سكة خالية وهو يلحظه وراءه . فإن انحرفت السكةُ ، فما غاب عن بصره [(٦)] فغيرُ محرزٍ . أما إذا كان المكان خاليًا وهو لا يلتفت ، فالصحيح ما قاله أبو حنيفة (رحمه الله) ، وهو أنه محرز بالسائق ، والمحرزُ بالقائد هو الأولُ ، وبالراكب مركوبه وما أمامه ، وواحدٌ من وراءه .

الخامسة : لا قطع على النباش إنْ سرق الكفنَ من قبر في مضيعة . وقيل : إنه يجب ؛ لأنه مُحَرّز بِهَيْبَة النفوس عن الموتى ، وهو ضعيف . ويجب القطع إذا سرق من قبر في بيت محروس . وكونه كفنًا لا يَدْرَأُ القطعَ عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [(٧)] .

أما المدفون في مقابر المسلمين على أطراف البلد [(٨)] ، ففيه وجهان :

---

(١) النَّشْزُ : المكان المرتفع . انظر مختار الصحاح ص (٦٦٠) . مادة (ن ش ز) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأقصى عدد القطار سبعة) في بعض النسخ (تسعة) بالتاء المثناة في أوله . والصحيح : سبعة – بالباء الوحدة – وعليه العرف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٨/أ) . قلت : هو في النسخ الثلاثة « تسعة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وهو الصحيح » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يقود » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أو في » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فهو غير محرز » .

(٧) **مذهب الشافعية :** أن سارق الكفن يقطع إذا توافرت الشروط الأخرى . وهو مذهب المالكية والحنابلة ، وقول أبي يوسف وزفر من الحنفية . انظر : مختصر المزني ص (٢٤٦) . التنبيه ص (١٥٠) . منهاج الطالبين ص (١٣٣) . نهاية المحتاج (٧ / ٤٥٤) . الكافي ص (٥٨٠) . المنتقى (٧ / ١٨١) . تنوير الحوالك (٢ / ١٧٦) . حاشية الدسوقي (٤ / ٣٣٩) . المقنع ص (٣٠٣) . المبدع (٩ / ١٢٩) . الفروع لابن مفلح (٦ / ١٣١) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أن سارق الكفن لا يقطع ، وخالفه أبو يوسف وزفر . انظر : المبسوط (٩ / ١٥٩) . رءوس المسائل ص (٤٩٣) . إيثار الإنصاف ص (٢٢٤) . اللباب شرح الكتاب (٣ / ٢٠٥) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « البلاد » .

أحدهما : أنه يجب ؛ لأنه محرز بلحاظِ الطارقين مع حصانة القبر وهيبةِ النفوس عن الميت ، فمجموعُ هذا يُخْرِجُه عن كونه ضائعًا .

والثاني : أنه لا قطع ؛ لأنه بعيدٌ عن الأعين ، ولامُبالاةَ بهيبة النفوس .

فإن قلنا : يجب ، ففي الثوب الموضوعِ مع الكفن أو الملفوفِ على الميت زائدًا على العدد الشرعي وجهان ، ووجه الفرق أن العرف لا يجعل هذا حرزًا لغير الكفن كما لا يُجْعَل الإصطبلُ حِرْزًا لغير الدواب .

ثم الصحيحُ : أنَّ حقَّ الخصومة للوارث ؛ لأن الملك في الكفن للوارث على الأصح . ولو كفَّنه أجنبيٌّ فالخصومةُ للمُكفِّن وكأنّه إعارةٌ لا رجوع فيها ، وإلا فلا يزال [1] ملكه إلى الميت .

السادسة : إذا كان الحرز ملكًا للسارق ، فله ثلاثةُ أحوال :

(**إحداها**) : أن يكون مُسْتَأْجَرًا منه ، فعليه القطعُ ؛ إذْ ليس له الدخول ، والإحرازُ من منافع الدار [2] وقد زال ملكُه بالإجارة [2] .

(**الثانية**) : أن يكون مستعارًا منه ، وفيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لا قطع ؛ إذْ له الدخولُ إلى مِلْكِ نفسِه .

والثاني : يجب القطع ؛ إذ الدخولُ على هذا الوجه غَيْرُ جائز ، وإنما يجوز بعد الرجوع ولم يرجع [3] .

والثالث : أنه إنْ قصد الرجوعَ بدخوله فلا قَطْعَ ، وإلا قُطع ، وهو كالمسلم إذا وطىء حربيةً في دار الحرب ، فإنْ قصد القهر والاستيلاد ، فولدُه نسبٌ ، وإن لم يقصد فهو زانٍ ولا نسب لولده منه [4] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فلا يزول » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وزال ملكه بالإجارة » .

(٣) والأصح المنصوص أنه يقطع . انظر الروضة (١٠ / ١٣٢) . والمنهاج ص (١٣٣) . والغاية القصوى (٢ / ٩٣١) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « منها » .

(الثالثة) : أن يكون مغصوبًا منه ، فلا قطع عليه وإنْ أخذ مالَ الغاصب ؛ لأنه لا حِرْزَ في حقه .

أما إذا لم يكن الحرزُ ملكَه ، ولكن فيه مالٌ مغصوب منه ، فدخل وأخذ غير مال نفسِهِ ، ففي القطع وجهان :

أحدهما : [أنه] [1] يجب ؛ إذْ أَخَذَ مالَ غيره من ملك غيره .

والثاني : لا ؛ لأن له التهجم على الموضع لأجل مالِ نفسه ؛ فسقط الحرزُ في حقه [2] .

أما إذا دخل غيرُ المغصوب [3] منه : فإنْ أخذ مال الغاصب قُطِعَ . وإن أخذ [المال] [4] المغصوب ، ففيه وجهان مبنيان على أن غير المغصوب منه ، هل له انتزاعُ المال من يد الغاصب بطريق الحسبة [5] ؟

فرع : الدار المغصوبة ، هل هي حرزٌ [6] عن المغصوب منه [6] ؟ ، قال القفال (رحمه الله) : ليس بحرز ؛ لأن منفعة الدار غير مملوكة ، والإحرازُ من المنافع ، وفي كلام غيره إشارةٌ إلى أنه [7] حرز .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) والأصح أنه لا يقطع . انظر الروضة (١٠ / ١٣٣) والغاية (٢ / ٩٣١) والمنهاج ص (١٣٣) .

(٣) في الأصل : «غير مغصوب » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) والأصح أنه لا يقطع الأجنبي بأخذه المال المغصوب أو المسروق . انظر : الروضة (١٠ / ١٣٣) . والمنهاج ص (١٣٣) . والغاية القصوى (٢ / ٩٣١) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « عن غير الغاصب » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أنها » .

الركن الثاني

نفس السرقة

وهي عبارة عن إبطال الحرز ، ونقل المال . والنظر فيه يتعلق بثلاثة أطراف :

الطرف الأول : في إبطال الحرز . وذلك إما بالنقب أو بفتح الباب [١] . وفيه صور :

الأولى : أنه لو نقب ، وعاد ليلةً أخرى للإخراج ، فالظاهرُ وجوبُ القطع كالمتصل ، إلا أن يكون المالكُ قد اطَّلَع وأَهْمل ، فإنه لا قطع ؛ إذ أَخَذَه من مضيعة .

وإن أخرج المالَ غيرُ الناقب - إما على الاتصال أو بعده - فلا قطع ؛ إذ الأول لم يُخْرج ، والثاني أخذ [٢] من مضيعة . وذكر العراقيون وجهًا في قطع المخْرِج إذا جرى ذلك عن تعاون [٣] ؛ كيلا يَصير ذلك ذريعةً إلى الإسقاط .

الثانية : / : إذا تَعاوَنَ رجلان في النَّقْب والإخراج جميعًا ، وأخرجا ما يخص كلَّ واحدٍ ٢٥٥/أ نصابًا : قُطِعَا [٤] ، ولا يشترط امتزاجُ الفعلين في النقب كما في قطع اليد لإيجاب القصاص . أما الإخراجُ فلابد وأنْ يأخذ كلُّ واحدٍ [منهما] قدر [٥] نصاب أو يحملا قَدْرَ نصفِ دينارٍ معًا . فلو أخذ أحدُهما سُدُسًا ، والآخر ثلثًا ، قُطِع صاحبُ الثلث دون صاحبِ السدس .

الثالثة : لو اشتركا في النقب ، وانفرد أحدهما بإخراجِ نصابٍ ؛ فعلى المخرِجِ القطْعُ ؛ لأنَّ مشاركته في النقب كالانفراد ، ولا يشترط امتزاج الفعلين بالنقب ، بل لو أخرج أحدُهما لبنةً ، والآخرُ لبنة [هكذا] [٦] تمت الشركة . وفيه وجه : أنه لابد من الامتزاج [٧] والتحامل

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (إبطال الحرز ، إما بالنقب أو بفتح الباب) هذا ليس بجامع حاصر . ومما يخرج عنه ما يكون حرزه مجرد اللحاظ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٨ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أخذه » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « عن تعاطي » .

(٤) في الأصل : « قُطع » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) أيضًا .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (وفيه وجه أنه لابد من الامتزاج .... إلى آخره) معناه : أنه يُشترط في =

على آلة واحدة حتى يصير [١] كالمنفرد ، كالشركة في قطع اليد وفي إخراج المال [٢] .

= اشتراكهما أن يتحاملا معًا في النقب على آلة حتى يصير كل واحد منهما كالمنفرد بالنقب ؛ لتأثيرِ فعلِ كلِّ واحدٍ منهما حينئذ في كل جزءٍ كما في الشركة في قطع اليد في باب القصاص وكما في الشركة هاهنا في إخراج المال من الحرز ، فإنها تكون تارة تَحَمَّلاها معًا . والفرقُ على المذهب أن النقب ليس عَيْنَ السرقة وإنما هو وسيلة إليها ، وهي الإخراج ، وكما يعدان مشتركين في السرقة وإن لم توجد حقيقة الاشتراك في النقب ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٨ / ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « يصيرا » . يعني : كل واحد منهما .

(٢) قال الحموي : « قوله : (الثالثة : لو اشتركا في النقب وانفرد أحدهما بإخراج نصاب ، فعلى المخرج القطع ؛ لأن مشاركته في النقب كالانفراد ، ولا يشترط امتزاجُ الفعلين بالنقب ، بل لو أخرج أحدُهما لَبِنَةً تمَّتْ المشاركةُ ، وفيه وجه : أنه لابد من الامتزاج والتحامل على آلة واحدة حتى يصير كالمنفرد بالشركة كما في قطع اليد وفي إخراج المال) .

فإن قيل : الصورة الثالثة هي الصورة الثانية بعينها ، وهي : إذا تعاون رجلان في النقب والإخرج جميعًا ، فأخرج كلُّ واحد منهما نصابًا قُطِعَا ، ولا يشترط امتزاج الفعلين في النقب كما في قطع اليد بإيجاب القصاص . أما في الإخراج فلابد أن يأخذ كلُّ واحد قَدْرَ نصاب أو يَحْمِلَا قدر نصف دينار معًا ، فلو أخذ أحدهما سدسًا والآخر ثلثًا قُطِعَ صاحبُ الثلث دون صاحب السدس .

قلت : ولم يرد في الصورة الثالث إلا ذكرُ الخلاف في شرط امتزاج الفعل ، وكان يكفيه ذكرُه في الثانية ، فإن قيل : كيف قال : (وانفرد أحدهما بإخراج نصاب فعلى المخرج القطع) ومعلوم أنه لاحاجة إلى ذكره ؛ فإنه ذكر ما هو أبلغُ منه فقال : (لو أخذ أحدهما ثلثَ دينار والآخرُ سدسَ دينارٍ قُطِعَ صاحبُ الثلث دون صاحب السدس) فإن القطع إذا لم يجب على من لم يأخذ دون النصاب فإذًا لا يجب على من لم يأخذ شيئًا أولى ؟.

قلت : وطريق الجواب عن الأول أن يقال : وإن كان الأمر كذلك إلا أن فيه زيادةَ فائدةٍ ، فإنه في الصورة الأولى انفرد كلُّ واحدٍ بأخذ نصاب ، وفي الصورة الأخرى أخذ أحدُهما نصابًا ولم يأخذ الآخرُ شيئًا فقُطِعَ الآخذُ ، ولو اقتصر على الثانية لاعتقد معتقدٌ أنهما لا يُقْطَعان إلا في موضعِ اشتركا فيه بالنقب والإخراج ، وليس كذلك . ثم ذكر أيضًا في الثانية زيادةً ، فإنه قال : (أو يحملا قدر نصف دينار معًا ، ولو أخذ أحدُهما ثلثَ دينار والآخرُ سدس دينار قُطِعَ آخذُ الثلث وحده) وهذا لا يفهم من الثالثة ، وكل موضع كان فيه تكرارٌ وقع ذلك ضمنًا وتبعًا ، وكل موضع لم يتكرر فيهما فالتقسيمُ إنما كان لأُجله .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر ، فإن أحدهما لا يسد مسدَّ الآخر ، فإن أحدهما إذا انفرد =

الرابعة : لو اشتركا في النقب ، ودَخَلَ أحدُهما وأَخرج المال [1] إلى باب الحرز – وهو بَعْدُ في الحرز – فأدْخَل الآخر يَدَه وأخرج ، فالقطعُ عليه ؛ لأنه المُخْرِجُ من الحرز . ولو أخرج الداخِلُ يَده إلى خارج الحرز ، وأخذه [2] الواقفُ ، فالقطْعُ على الداخل . ولو وضعه على وسط النقب فأخذه الخارج ، فقولان مشهوران :

أحدهما : لا قطع على واحد منهما ؛ إذ لم يتمَّ الإخراجُ من أحدهما [3] .

والثاني : أنه يجب عليهما ؛ إذْ تَمَّ الإخراجُ بتعاونهما .

الطرف الثاني : في وجوه نقل المال . وفيه صور :

إحداها : أنه لو أرسل محجنًا ، فتعلَّق به في الحرز ثوبٌ أو آنيةٌ [4] وأخرجه : قُطع . ولو رَمَاه إلى خارج الحرز قُطِع ، أَخَذَه ، أو تركَه ، وقيل : إذا لم يأخذ [5] ، فلا قطع ؛ لأنه تفويتٌ وليس بسرقة . ولو أكل الطعامَ في الحرز وخرج ، فلا قطع ، ولو ابتلع دُرّةً وخرج . فثلاثة أوجه :

أحدها : [6] أنه لا يقطع كالطعام [6] ؛ فإنه استهلاكٌ .

= بإخراج نصاب لم يُقْطَع الآخذُ قولًا واحدًا وفاقًا بيننا وبين أبي حنيفة ، فإن في صورة أَخْذِ أحدهما ثلثَ دينار والآخر سدسَ دينارٍ ، فإن الآخذَ عندنا يُقْطَع دون الآخر ؛ لكونه لم يتكمل في حقه ، وعند أبي حنيفة يقطع الاثنان ، إن أخذ أحدُهما نصابًا ولم يأخذ الآخرُ شيئًا قُطِعَا ، لأنه جعل غير الآخذ كالرِّدْءِ له كما في قُطَّاع الطريق ، وهو كذلك في مسألتنا وأولى ؛ لأنه إذا قُطِعَ ولم يأخذ شيئًا فلأن يُعْتقد أنه يُقْطَع وإن أخذ سدسًا من طريق أولى ، فإن قيل : فنصاب السرقة عند أبي حنيفة عشرةُ دراهم ، ونصابه عندنا ثلاثةُ دراهم ، فكيف يحترز بذلك في مذهب أبي حنيفة والنصاب مختلف ؟.

قلت : تظهر فائدة هذا في مسألة أخرى في صورة « أَخَذَ إنسانٌ بطريق الاشتراك عشرين درهمًا ولم يأخذ الآخر شيئًا » فإن القطع يختص بالآخذ وحده عندنا ، وعند أبي حنيفة يقطعان ؛ لأنه في حق كلِّ واحدٍ منهما نصابٌ ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٥ / أ – ١٧٧ / أ) .

(١) في (ب) : «المتاع » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « فأخذه » .
(٣) وهذا القول هو الأظهر كما في المنهاج ص (١٣٤) .
(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (أو آنية) كان ينبغي أن يقول : (أو إناء) ؛ فإن الآنية جمعٌ ، والمفرد هو اللائق هاهنا ، وكأنه أراد بذلك المفردَ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٨ / ب) .
(٥) في (أ) ، (ب) : « لم يأخذه » .
(٦) في (أ) ، (ب) : « لا ، كالطعام » .

والثاني : [أنه] (١) يقطع ؛ لأنه لا تُهْلك بالابتلاع .

والثالث : أنه إن أخذها بعد الانفصال يقطع (٢) وإلا فلا (٣) .

الثانية : لو نقب أسفل كُنْدُوج ، فانْصَبَّ إلى خارج الحرز قُطِعَ كما لو (٤) وضعَ المتاعَ على الماء حتى جرى به إلى خارج الحرز . وقيل : بينهما فرقٌ ؛ لأنه لم يوجد في الكندوج إلا النَّقْب ، والانتقالُ لم يَقَعْ به ، وأما الإلقاء على الماء ، فهو سببٌ في النقل .

الثالثة : لو كان في الحرز متاعٌ ودابةٌ ، فوضع المتاع على ظهر الدابة فخرجتْ ، فالأَظْهَرُ أنه (٥) لا قطع ؛ لأن الدابة ذاتُ اختيارٍ بخلاف الماء ، والقطع لا يجب بالسبب مع مباشرة حيوانٍ . ومنهم من قال : إنْ تراخى سَيْرُ الدابة عن الوضع فلا قطع ، وإن اتصل (٦) فيه وجهان (٧) . وقيل : إن اتَّصَلَ قُطِع ، وإن تراخى ففيه وجهان .

وكأن هذا خلافٌ في أنّ السببَ ، هل يُكْتَفى به لإيجاب القطع ؟ وإن كان يكفي لإيجاب الغرم . وكذا لو أخذ شاةً ليست بنصابٍ ، فاتبعها الشاءُ ، أو الفصيلُ (٨) ، فيُخَرَّج على الخلاف ؛ لأجل اختيار الدابة . وقطع الشيخ أبو علي هاهنا (٩) بالوجوب .

---

(١) زيادة في (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « قطع » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله – في الدرة – : (والثالث : إن أخذها بعد الانفصال ، قطع ، وإلا فلا) الصحيح في حكاية هذا الوجه اعتبار انفصالها منه من غير اشتراط أخذه لها . كذلك حكاه شيخه وغيرُه » . مشكل الوسيط (ق ١٠٨ / ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أنْ » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فوجهان » .

(٧) في (أ) ، (ب) : «فتبعها شاة » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن أخذ شاةً ليست بنصابٍ ، فتبعها الشاءُ أو الفصيل) هذا مفروضٌ فيما إذا كان ذلك يهيج ما تَبِعَها على ذلك لكونها أُمًّا لها ، أو لكونها هاديةَ القطيع . والشاء : بالمدِّ ، جمعُ شاةٍ . وقوله : (أو الفصيل) هو بالألف واللام ، وفيه إضمار ، والتقدير : أو الفصيل تبع الناقة أُمَّه ، أو ما أشْبَهَ ذلك من التقدير ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٨ / ب) .

(٩) قوله : « هاهنا » ليست في (أ) ، (ب) .

الرابعة : العبد الصغير ، إذا أخذه وحَمَله من دار السيد أو حريم داره : قطع ، فإن بَعُد عن سكة السيد [1] وحريمِ داره ، فهو ضائعٌ . فإن دَعَاه وخَدَعَه وهو مميّزٌ ، فلا قطع ؛ لأنه المستقلٌّ . وإن كان لا يعقل فهو كالبهيمة وسَوْقِها [2] واستتباع الشاة بها [3] . وقد سبق . [4] وإن أكرهه وهو مميّز [4] ، فوجهان :

أحدهما : لا يجب ؛ لأنه خرج باختياره .

والثاني : يجب ، كما لو ضرب الدابة حتى خرج ، فإنه يُقْطع وجهًا واحدًا . لكن الآدمي – وإن كان مكرهًا – فاعتبارُ فِعْلِه أَوْلى ، فلذلك ينقدح الفرْقُ على وجه . أما إذا حمل عبدًا قويًّا يَقْدر على الامتناع ولم يمتنع ، فلا قطع ، لأن حرزَه قوتُه ، وهي معه . ولو حَمَله وهو نائمٌ أو سكرانُ ، فهو ضامنٌ لو مات في يده ، ولكن في كونه سارقًا نظرٌ ؛ لأنه مُحَرَّزٌ بقوته ، لا بالدار .

الخامسة : لو حمل حرًّا وأخرجه من داره وعليه ثيابُه : فإن كان قويًّا لم يدخل الثوبُ تحت يد الحامل ، وإن كان صغيرًا ففي ثبوت اليد عليه وجهان ، فإن أثبتنا اليدَ للضمان ، ففي جَعْلِه

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن بَعُدَ عن سكة السيد) غيْرُ مَرْضِيٍّ ؛ فإن السكة – وهي الزقاق – غير معتبرة فى ذلك ، بل بعد داره من السكة » . المشكل (جـ٢ ق ١٠٩ / أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (فهو كالبهيمة وسَوْقها) يعني سوقها بدعائها ، ففيه خلاف لا بالضرب ، فإنه يوجب القطع قطعًا » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٩ / أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لهما » .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (واستتباع الشاء لها) يعني بكونها أما أو هاديًا ، كما شرحناه . وفي بعض النسخ (لها) باللام ، وفي بعضها (بها) وهذا الضمير عائد إلى البهيمة ، أي بهيمة الأنعام ، وليس اسم البهيمة مختصا بالحمار . ثم إذا قرأته (باللام) كانت البهيمة عبارة عن الشاة التابعة وإذا قرأته (بالباء) كانت البهيمة عبارة عن الشاة المتبوعة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٩ / أ) .

قلت : وقول ابن الصلاح : إذا قرأته (باللام) يعني إذا قرأتها (واستتباع الشاة لها) . وقوله : إذا قرأته بالباء يعني إذا قرأتها (واستتباع الشاة بها) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإن أكره بالسيف وهو مميز » .

سارقًا وجهان . أما إذا نام على بعير ، وعليه أمتعته [١] ، فجاءَ السارقُ وأخذ زمامَه وأخرجَه من القافلة ، ففيه أربعةُ أوجهٍ :

أحدها : أنه سارق للبعير والأمتعة ؛ إذ أخرجه من الحرز .

والثاني : لا ؛ لأن الكلَّ تحت يدِ النائم ، وهو محرزٌ بقوته [٢] .

والثالث : أنه إن كان الراكبُ قويًّا فليس بسارقٍ . وإن كان ضعيفًا ، فهو سارق .

والرابع : أنه إن كان حرًّا فليس بسارق ، وإن كان عبدًا فهو أيضًا مسروقٌ مع الأمتعة ، وهذا يُسْتَمَدُّ من الأصول السابقة [٣] .

الطرف الثالث : في المحل المنقول إليه .

فنقول : لو نقل المتاع / من زاوية البيت إلى زاوية أخرى وهرب ، فلا قطع . ولو أخرج ٢٠٥/ب وألقاه في مضيعة : قطع . (٤ وإن أخرجه ٤) إلى صحن الدار في البيت : فإن لم يكن البيتُ مقفلًا فلا قطع ؛ إذْ جميعُ الدار حرزٌ واحد ، وإن كان مقفلًا وبابُ الدارِ مفتوحٌ : قُطع . وإن كان مغلقًا أو مفتوحًا بفتح السارق (٥ قطع أيضًا ٥) ، فإنَّ إبطالَه الحرزَ لا يُؤَثر في حقه ، فالدارُ والبيتُ جميعًا حرزان . أما إذا كان الدار (٦ أيضًا مغلقًا ٦) ، والمالُ محرزٌ (٧ بالبيت والدار ٧) جميعًا ، ففي نَقْلِه إلى العرصة ثلاثةُ أوجه :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وعليه أمتعةٌ » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الوجه الثاني : (وهو محرز بقوته) يقال : كيف قال هذا ، وعلى هذا الوجهِ لا فرقَ بين الضعيف والقويّ بخلاف الوجه الثالث ؟! وجوابه : أن له على الجملة قوةً يحرز ما في يده عن أكثر الناس ؛ فيُعَدُّ مُحَرِزًا على الإطلاق . وأما القوةُ – المذكورة في الوجه الثالث – والضعفُ ، فالمرادُ بهما القوة والضعف بالنسبة إلى هذا السارق المعين خاصةً ، فَافْهَمْ ذلك ؛ فإنه مُشْكِل والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٩ / أ) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح كما في المنهاج ص (١٣٤) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولو أخرج » .

(٥) ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « مغلقًا أيضًا » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « بالدار والبيت » .

أحدها : أنه [١] يجب ؛ لأنه أخرج من بيت مستقل بالإحراز .

والثاني : لا ؛ لأنَّ إغلاقَ بابِ الدار لإكمالِ الحرز ولم يُخْرِجْه من كمال الحرز .

الثالث : أنه يجب فيما لا تُجْعَل العرصةُ حرزًا له كالدنانير والجواهر ، دون الفرش والأواني .

أما الخانات فالإخراج من حرزها [٢] إلى عرصة الخان كالإخراج إلى عرصة الدار [٣] .

أما السكة المنسدة الأسفل : فإن كانت مملوكة كعرصة الخان ، فالنقلُ إليها من الدور سرقةٌ ، إذْ صَحْنُ الخانِ تَلْحظه الأعينُ ، وتُوضَع فيه الأمتعةُ ، بخلاف السكة .

أما سكان السكة ، فالحجرةُ المقفلة حرزٌ في حقهم ، والعرصةُ ليست بحرز في حقهم ، وهي حرزٌ في حق غير السكان ؛ لأنها ملحوظة بالأعين نهارًا ، وبابُها مغلقٌ ليلًا ، وكذلك الضيفُ إذا سرق شيئًا ، أو بعضُ الجيران إذا سرق من حانوت جاره حيث يحرز باللحاظ ، فلا قطع ؛ لأنه غير محرز فيه [٤] .

* * *

---

(١) ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « من حجرها » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (أما الخاناتُ ، فالإخراج من حجرها إلى عرصة الخان كالإخراج إلى عرصة الدار) هذا ليس على إطلاقه وإنما فيما إذا كان السارقُ من خارج ليس من سكان الخان ، وقد ذكرنا فيما بعد ما يُشْعِر بهذا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٩ / أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « منه » .

الركن الثالث

السارق

ولا يُشْترط فيه التكليفُ والالتزامُ . ويستوي في وجوب القطعِ : الحرُّ والعبدُ والذّكَروالأُنْثى . ولا قطع على الصبي والمجنون (١) . ويجب على الذّمّيّ لإلزامه أحكامنا . نعم ، هذا إذا سرق مالَ مسلم . فإن سرق مالَ ذميٍّ ، فهو موقوفٌ على ترافُعِهم إلينا ، فإن زنى بذميةٍ فلا يُحَدُّ ما لم يرضوا (٢) بحكمنا . وإن زنى بمسلمةٍ أَقَمْنا الحدَّ قهرًا ؛ كما سرق مالَ مسلم ، وقيل : لا بُدّ من رضاهم ؛ لأن حدَّ الزنا حق الله ولا خَصْمَ فيه بخلاف السرقة . وهذا ركيكٌ ؛ إذْ يجرُّ ذلك فضيحةً عظيمةً ، فإنه لا يرضى بحكمنا . وغايَتُنا نقضُ عهدِه . ويجب تجديدُه إذا التزمَ وتابَ .

أما المعاهدُ إذا سرق ، ففي قطعه نصوصٌ مضطربةٌ (٣) ، وحاصِلُها ثلاثةُ أقوالٍ :

أحدها : أنه كالذميِّ ؛ لأجل العهد .

والثاني : أنه لا حدَّ أصلًا ؛ لأنه حَرْبِيٌّ دخَلَ لسفارةٍ (٤) .

والثالث : أنه يُقْطع (٥ إذا شُرِطَ ذلك عليه ٥) في ابتداء الأمان ، وإلا فلا .

وسرقةُ المسلمِ مالَه يُخَرَّج على سرقته مالَ المسلم ؛ إذ يَبْعُدُ أنْ يُقْطع المسلمُ بسرقةِ مالِه ولا يُقْطع بسرقة مال المسلم (٦) . ولو زنى (٧) بمسلمةٍ فطريقان : منهم من قال : كالسرقة . ومنهم

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ولا قَطْع على صبي ولا مجنون » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ما لم يَرْضَ » .

(٣) يعني ورد فيه عن الشافعي (رحمه الله) نصوصٌ مختلفة .

(٤) وهذا القول هو الأظهر ، وهو نص الشافعي في أكثر كتبه ، كذا في الروضة (١٠ / ١٤٢) . وفي الغاية (٢ / ٩٣١) أن أحسن الأقوال هو أنه يقطع إذا شرط عليه ذلك في ابتداء الأمان .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إنْ شُرط عليه ذلك » .

(٦) وفي الروضة (١٠ / ١٤٢) : « ويقطع المسلمُ والذمي بسرقة مال المسلم والذمي » .

(٧) يعني المعاهد .

من قطع بأنه لا يقام [الحد] (١) ؛ لأنه حقُّ اللهِ تعالى لا يتعلق بطلب العبد . ولا خلاف في أنه يُطَالَب بضمان الأموال ، وإنما النَّظَرُ في الحدود .

النظر الثاني من الكتاب : في إثبات السرقة . ومعرفتُها بيمينٍ مردودة ، أو إقرارٍ ، أو بيِّنةٍ .

أما اليمينُ : فإذا أنكر السرقةَ وحلف ، انقطعت الخصومةُ . وإن نكل ، وحَلَفَ المدَّعي : ثبت الغُرْمُ وثبت القطْعُ أيضًا كما يَثبت القصَاصُ باليمين المردودة .

ولو ادّعى استكراهَ جاريتِه على الزنا ، ثبت المهرُ باليمين المردودة ، ويبعُد إثباتُ الرجْمِ به ؛ لأن اليمين المردودةَ - وإن جُعلت بينةً - فلا تتعدى حقَّ الحالفِ ، والرجْمُ حقُّ الله تعالى . ومن هذا ينقدح احتمالٌ أيضًا في قطع السرقة (٢) .

وأما الإقرار (٣) **:** فإن كان بعد الدعوى (٤ ثبت به القطعُ ٤) بشرط الإصرار ، فإن رجع لم يَسْقطِ الغرمُ . وفي سقوط الحد (٥) قولان :

أحدهما : أنه يسقط كحدِّ الزنا (٦) .

والثاني : لا ؛ لارتباطه بحقِّ الآدمي وبقاء الغرم الذي هو ملازمٌ له . ومنهم من عكس وقال (٧) : القطعُ ساقطٌ ، وفي الغرم قولان ، ووجْهُ إسقاطِه تبعيةُ القطع (٨) . وهو فاسد .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) يعني أنه يثبت الغرم باليمين المردودة ولا يثبت القطع ، قياسًا على دعوى الاستكراه على الزنا أنه يثبت المهر ولا يثبت الرجم .

(٣) في الأصل : « أما الإقرار » ، والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « ثبت القطع به » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « القطع » .

(٦) والمذهب أنه يقبل رجوعه في الإقرار ؛ فيسقط القطع ، ولكن يثبت عليه الغرم . انظر الروضة (١٠ / ١٤٣) . والمنهاج ص (١٣٤) . والوجيز (٢ / ١٧٧) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فقال » .

(٨) يعني وَجْهَ إسقاطِ الغرم أنه تابعٌ للقطع ، نفيًا وإثباتًا .

أما إذا أقرَّ باستكراهِ جاريةٍ على الزنا ثم رجع ، فالأصحُّ أنه يسقط الحدُّ ويجب المهر . وقيل : يحتمل أن يُجْعل كالسرقة ، ولكنْ مفارقةُ الحدِّ للمهر ، أقربُ من مفارقة القطعِ للغُرْمِ ، فلذلك يتردد فيه .

وإن رجع السارقُ بعد القطع فلا تَدَارُكَ . فإن رجع [١] في أثنائه كفَّ الجلادُ عن البقية إن قلنا : يُؤَثِّر رُجوعُه .

أما إذا أقرَّ قبل الدعوى ، فهل يُقْطع دون حضور المالك وطلبه ؟ فيه وجهان [٢] . وَوَجْهُ اعتبارِ طلبه أنه رُبما يقر له بالملك أو بالإباحة فإنه يسقط الحد وإن كذبه السارق .

والصحيحُ أنه لو أقر بالزنا بجارية الغير ، فإنه يُحَدُّ في الحال / ؛ إذْ لا مَدْخَلَ للطلب فيه . ٢٥٦/أ
ومَسَاقُ هذا يُشْعر بأنَّ مالكَ الجارية لو قال : كنتُ مَلَّكْتُه الجاريةَ قبْلَ ذلك فأنكر : أنَّ الحدَّ يجب ولا يؤثر قولُ مالكِ الجارية ، فإنه لا يتعلَّق بخصومته ، فهو كما لو قالت الحرةُ : كنتُ زَوجَتَه وكذَّبها [٣] ، فإنه يُحَدُّ .

فإن قلنا : إنه لا يُقْطع في الحال [٤] ، ففي حَبْسِه إلى حضورِ المالكِ خلافٌ [٥] يَلْتفِتُ على

---

(١) قوله : « فإن رجع » مكررة في الأصل .

(٢) والأصح أنه يُنْتظر حضور المسروق منه وطلبه ؛ لأنه ربما حضر وأقرَّ أنه كان أباحه المالَ ، فيسقط الحدُّ وإن كذَّبه السارقُ . والحدُّ يسقط بالشبهة ، فتأخيرُه أولى . انظر الروضة (١٠ / ١٤٤) . والمنهاج ص (١٣٤) . الغاية (٢ / ٩٣٢) .

(٣) يعني إذا زنى بامرأة حرة ، وقالت هي : أنا زوجته ، وكذبها الزاني ، فإنه يحدُّ ولا يؤثر قولُها : أنا زوجةٌ له .

(٤) أي السارق الذي أقرَّ بسرقة مالِ رجلٍ غائب .

(٥) وفي ذلك ثلاثة أوجه :

أحدها : نعم يُحْبس ؛ كمن أقرَّ بقصاصٍ لغائب أو صبيّ .

والثاني : إن قصرت المسافة وتُوُقِّعَ قدومُه على قرب : حُبِسَ وإلا فلا .

الثالث : إن كانت العينُ تالفةً حُبِسَ للغرم ، وإن كانت باقية أُخذت منه ، ثم يفرَّق بين طول المسافة وقصرها . روضة الطالبين (١٠ / ١٤٤) .

أنه هل يَسْقط برجوعه ؟.

هذا كلُّه في الحر . أما [في] (١) العبد ، إذا أقرَّ بسرقةٍ لا توجب القطع (٢) ، فلا يُقْبل في المال ولا نُعَلِّقه برقبته دون تصديق السيد (٣) . فإن أقر بما يوجب القطع ، قُطِعَتْ يمينُه وإن كذَّبه السيدُ ، خلافًا للمزني وأبي يوسف . (رحمهما اللّه) وإنما قُبِلَ لأنّه غَيْرُ مُتَّهَمٍ فيه (٤) .

ثم هل يتعلَّق غُرْمُ المالِ برقبته تابعًا لثبوت القطع ؟ فيه نصوص مضطربة ، وحاصِلُها أربعةُ أقوالٍ :

أحدها : [أنه] (٥) لا يقبل ؛ لأنه إقرارٌ على السيد لا على العبد (٦) .

والثاني : [أنه] (٧) يقبل ؛ لأن رقبته أيضًا مملوكة (٨) للسيد ، فإن قُبِلَ في قطع يده لِنَفْيِ التهمة فَلْيُقْبَلْ في الغرم [أيضًا] (٩) ورَدِّ المال (١٠) .

والثالث : [أنه] (١١) إنْ أقرَّ بعينٍ هي في يده قُبِلَ ؛ لأنَّ ظاهر اليد للعبد ، فإن أقر بالإتلاف فلا يُقْبل ؛ لأن رقبته في يد السيد ، وهذا يُوجب التعلُّق ، فيكون كما لو قال : جميعُ ما في يد السيد أنا سرقتُه وسَلَّمتُه إليه (١٢ فإنا لا نقبل قطعًا (١٢) .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « توجب القطع » وهو خطأ .

(٣) يعني أن المال الذي أقر العبد بسرقته ، لا يكون في ذمته إلا إذا صَدَّقه سيدُه .

(٤) كلمة (فيه) ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (١٠ / ١٤٤) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في الأصل : « مملوك » والمثبت فمن (أ) ، (ب) .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٠) قوله : « ورَدِّ المالِ » ساقط من (أ) ، (ب) .

(١١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٢) في (أ) ، (ب) : « فإنه لا يُقْبل ذلك قطعًا » .

والرابع : عكسه ، وهو أنه [1] يقبل إقرارُه بالإتلاف ، فإن [2] السيد – على الأصحّ – يفدى بأقلِّ الأمرين : من قيمته ، أو قيمة العبد ، فقيمةُ العبد مَرَدُّ الإضرار بالسيد . أما الأعيانُ ، إنْ فُتِحَ بابُ الإقرارِ بها تضرَّرَ به السيدُ ؛ إذْ لا مردَّ له .

فإن قيل : هل للقاضي أن يَحُثَّ السارقَ على سَتْرِ السرقة أو الرجوع عن الإقرار ؟ قلنا : أما السَّتْر ، فيجوزُ مع رَدِّ المالِ ؛ لقوله ﷺ للسارقِ : « ما إِخَالُكَ سرقْتَ » [3] ، وهذا كالتلقين للإنكار . وقولُه : « أسرقتَ ؟ ، قل : لا » لم تُصَحِّحْه الأئمة [4] . وأما الرجوعُ عن الإقرار

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أنْ » . (٢) في (أ) ، (ب) : « لأنّ » .

(٣) حديث ضعيف : رواه أبو داود في سننه (٤ / ٥٤٢) (٣٢) كتاب « الحدود » (٨) باب في « التلقين في الحدّ » حديث (٤٣٨٠) بإسناده عن أبي المنذر مولى أبي ذر عن أبي أمية المخزومي أن النبي ﷺ أُتي بِلِصٍّ قد اعْتَرَفَ اعترافًا فأعادَ عليه مرتين أو ثلاثًا ، فأَمَرَ به فَقُطِعَ وجِيءَ به ، فقال : « اسْتَغْفِرِ اللهَ وتُبْ إليه » فقال : أَستغفر اللهَ وأَتوبُ إليه ، فقال : « اللهُمَّ تُبْ عليه » ثلاثًا .

ورواه النسائي (٨ / ٦٧) كتاب « قطع السارق » باب « تلقين السرق » . ورواه أيضًا ابن ماجه (٢ / ٨٦٦) (٢٠) كتاب « الحدود » (٢٩) باب « تلقين السارق » جميعًا من طرق عن حماد بن سلمة عن إسحاق بن عبد الله عن أبي المنذر عن أبي أمية المخزومي به . قال الخطابي : إن في إسناد هذا الحديث مقالًا ، والحديث إذا رواه رجل مجهولٌ لم يكن حجة ولم يجب الحكمُ به . وقد رُوي تلقينُ السارق عن جماعة من الصحابة ، وأُتي عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) برجل ، فسأله « أسرقت ؟ » قُلْ : لا ، فقال : لا ، فتركه ولم يقطعه . وقد روي مثل ذلك عن أبي الدرداء وأبي هريرة (رضي الله عنهما) وكان أحمد وإسحاق لا يريان بأسًا بتلقين السارق إذا أُتي به . انظر معالم السنن مع سنن أبي داود (٤ / ٥٤٣) والحديث ضعفه الشيخ الألباني كما في ضعيف سنن ابن ماجه ص (٢٠٦) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (أسرقت ؟ قل : لا ، لم تصححه الأئمة) يعني ما رُوِيَ في تمام الحديث الأول من أنه ﷺ قال له – يعني للسارق – : « ما إِخالك سرقتَ ! أسرقتَ ؟ قل : لا » فهذه الزيادة لم تصحَّ عند أئمة الحديث ، ولكن روى الحافظ البيهقي بإسناده موقوفًا على أبي الدرداء أنه أُتِيَ بجارية سَرَقَتْ ، فقال لها : سرقتِ كذا ؟ قولي : لا ، فقالت : لا ، فَخَلَّى عنها .

وأما قوله : (ما إخالك سرقت) فهو مرويٌّ من وجه معتمد أخرجه أبو داود وابن ماجه والنسائي – ثم ساق الحديث – ثم قال : فهذا الذي رواه المعتمدون فيه . وفيه الحثُّ على الرجوع لا على الإنكار ؛ فإنه اعترف مرةً عنده ﷺ ، ثم قال له ذلك مرة أخرى » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٩ / ب) .

(١)فلا يحث عليه (١) القاضي ؛ لقوله ﷺ : « من ارتكبَ شيئًا مِنْ هَذِه القاذُورَاتِ ، فَلْيستَتِرْ بِستْرِ الله ، فإنّ مَنْ أَبْدَى لنا صَفْحَته نقيم عليه حَدَّ الله » (٢) . فدلَّ ذلك على الفرق ما بين (٣) قبل الظهور وما بعده .

الحجة الثالثة للسرقة : الشهادة . ولا يثبت القطعُ إلا بشهادة رجلين . فإن شهد رجلٌ وامرأتان ثبت الغُرْمُ دون القطع ، بخلاف ما لو شهدوا على القتل العمد ، فإنه لا يثبت القصاصُ ولا الدِّيَةُ ؛ لأن الدية كالبدل عن القصاص ، والغرمُ ليس بدلًا عن القطع ، بل يجب معه . وفيه وجه : أن الغرم أيضًا لا يثبت كالدية . وهو ضعيفٌ .

ثم البينة الكاملة لا تُوجِبُ القطعَ بالشهادة على السرقة مطلقًا ، بل لابد من التفصيل فيه ، فكم من سرقة لا توجب قطعًا (٤) ، ولذلك يشترط التفصيل في الإقرار أيضًا ، ويُشْترط في بيِّنةِ الزنا (٥) ، وهل يُشْترط في الإقرار بالزنا ؟ ، فيه خلاف (٦) ، وسَببُه أن حدَّ الزنا ظاهر ، ووجوده

---

(١) في (ب) : « فلا يجب على القاضي » .

(٢) روى الحاكم في مستدركه (٤ / ٣٨٣) كتاب « الحدود » . بإسناده عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قام بعد رجم الأسلمي فقال : « اجتنبوا هذه القاذورة التي نهى الله عنها ، فمنْ أَلَمَّ فَلْيَسْتَتِرْ بستر الله ، ولْيَتُبْ إلى الله ، فإن من يُبْدِ لنا صفحتَه نقم عليه كتاب الله تعالى » .

ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٨ / ٣٣٠) كتاب « الأشربة والحدّ فيها » . والحديث رواه مالك في موطئه (٢ / ٨٥٢) عن زيد بن أسلم . ورواه الشافعي في الأم (٣ / ١٤٥) من طريق مالك عن زيد ، ثم قال : « هذا حديث منقطع ليس مما يثبت به هو نفسه حجة ، وقد رأيت من أهل العلم عندنا من يعرفه ويقول به ، فنحن نقول به » . وقال ابن عبد البر : لا أعلمُ هذا الحديثَ أُسْنِدَ بوجهٍ من الوجوه ، قال الحافظ ابن حجر : ومرادُه بذلك من حديث مالك . ثم حكى عن ابن السكن تصحيحَ هذا الحديث من طريق الحاكم السابق ذكره . وصححه الذهبي علي شرط البخاري ومسلم . وأورده السيوطي في الجامع الصغير ورمز إلى صحته . انظر : التلخيص الحبير (٤ / ٩٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بين ما » . (٤) في (أ) ، (ب) : « القطع » .

(٥) يعني أن شهود الزنا يجب عليهم تفصيلُ ما رأَوْه عند الشهادة ، ولا يُكْتفى منهم بالشهادة المجملة . انظر الروضة (١٠/١٤٧) .

(٦) والأُصح أنه يشترط أيضًا التفصيل في الإقرار بالزنا . انظر الروضة (١٠ / ١٤٧) .

عند الزاني مُحَقَّقٌ (١) ، وأما الشاهد فإنما يُعَوِّل فيه على المخايل ، وحدُّ السرقة غير ظاهر للسارق . ولا شكَ أنَّ النسبة إلى الزنا المطلق : قذفٌ ؛ لأنّ التَّعْيِيرَ حاصلٌ به .

فرعان

أحدهما : لو قامت شهادةٌ حسبة على أنه سرقَ مالَ فلانٍ الغائب . فالنصُّ أنه لا يُقْطع ما لم يَحْضر . ولو شهدوا على أنه زنى بجاريته ، قال : يُحَدُّ في الحال ، فقيل : قولان بالنقل والتخريج ، وطردوا ذلك في الإقرار في المسألتين ، ومنهم من فرق ، وهو الأصحُّ ، (٢ لأنه أباحَه الملكَ ، فإقرارُه بالملك ٢) يدرأ حدَّ السرقة دون حد الزنا ، وله على الجملة تعلُّقٌ بطلبه .

فإن قلنا : لا يقطع ، فهل يُحْبس ؟ يُبنى (٣) على أن شهادة الحسبة مقبولة (٤) في حق الله تعالى ؟ والظاهر أنه مردود (٥) في حقوق (٦) الآدميين ، والسرقةُ كالمترددة بينهما ، فينقدح فيه خلافٌ . فإن لم تُقْبَل لم يُحْبَس . وإن قلنا : تُقبل (٧) فيحبس (٨) . ثم يكفي المالكَ – إذا رجع – أن يَدَّعي ويستوفي المال . فإن قلنا : لا تُسمع(٩) ، فيجب إعادةُ البَيِّنة (١٠) لأجلِ المال ،

---

(١) قال ابن الصلاح : « قولُ المصنف في الفرق بين الإقرار بالزنا والإقرار بالسرقة : (حد الزنا ظاهر ، ووجوده عند الزاني مُحَقَّق ، وحدُّ السرقة غيرُ ظاهر للسارق) لا يستقيم إلا بأن يُحمل « الحدّ » على الحدّ الذي يقال فيه : حدُّ الشيء حقيقةً ، أو هو القول الجامع المانع ، أو غير ذلك . فكأنه قال : معنى الزنا ظاهرٌ ، ومعنى السرقة الموجبة – للحدّ – غَيْرُ ظاهر للسارق ؛ لكثرة شروطها والاختلافِ فيها ؛ فلابُدَّ فيها من التفسير والتفصيل . فاستعمالُ المصنف (رحمه الله) « الحدَّ » بهذا المعنى – في هذا المقام – تعقيدٌ ، ونسأل الله التوفيق » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٠ / أ) .

(٢) في (ب) : « لأن إباحة الملك وإقراره بالملك » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ينبنى » .

(٤) في الأصل : « مقبول » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « والظاهر أنها مردودة » وهو أوفق وأليق .

(٦) في (ب) : « حق » . (٧) في (أ) ، (ب) : « تُشمع » .

(٨) وفي الروضة (١٠ / ١٤٨) قال : « أشار الإمام إلى أن الظاهر عند الأصحاب أنه يحبس ؛ لما يتعلق به من حق الله تعالى » .

(٩) يعني إن قلنا : إن شهادة الحسبة لا تُسْمع . (١٠) يعني الشهادة .

والظاهر أنه لا تُعاد لأجل القطع (١) .

الثاني : دعوى السارقِ الملكَ تدفع عنه القطعَ إذا لم تكن بينةٌ (٢) ، فإن قامت البينة نُظِر ، فإن لم يكن في دعواه تكذيب الشهادة (٣) اندفع أيضًا كما إذا شهدوا على أنه سرق مِنْ حرزه متاعًا ، أو شهدوا على أنه سرق ملكه . ولكن قال السارق : كان قد وهب مني في السر (٤) ، والشاهدُ اعتمد (٥ على الظاهر ٥) .

فأما إن قال : كان ملكي أصلًا (٦) وغصبتُه ، فهذا تكذيبٌ للبينة ، ففي سقوط القطع هاهنا ترددٌ ، ويحتمل أن يُبْنى على أن المدَّعى عليه – بعد قيام البينة عليه – لو قال : المدَّعِي (٧) يعلم – سرًّا – أنه ملكي ، وإنما الشاهدُ اعتمد ظاهرَ اليد ، فهل له تحليفُ المدعي ؟ ، فيه خلاف . فإن قلنا : له ذلك ، فهاهنا يرجع وجوبُ القطع إلى يمين المالك ، وهو بعيد ، فلا يبعد إسقاطه .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « ذكر أنه على قولنا : لا تُسْمع شهادة الحسبة على السرقة : (أنها لا تعاد لأجل القطع) قلت : هذا يستقيم بأن لا نُطْلق القولَ بأنَّ شهادة الحسبة لا تُسْمع على السرقة ، بل نقول : لا تُسْمع بالنسبة إلى المال ، وتُسْمع بالنسبة إلى القطع ، ويكون هذا وجها آخر ثالثا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٠ / أ) .

(٢) يعني إذا لم يشهد عليه شاهدان بالسرقة .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الشاهد » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « في الستر » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « اعتمد الظاهر » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (كان ملكي أصلًا) أي : لم ينتقل إليَّ منه ، بل كان من الأصل ملكي ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٠ / ب) .

(٧) كلمة (المدعي) مبتدأ ، وليست فاعلًا للفعل (قال) .

٢٥٦/ب

النظر / الثالث من الكتاب

في بيان الواجب

وهو : الغرم ، والقطع ، والحسم ، والتعليق .

أما رد العين فواجب بالاتفاق مع القطع . فإن تلف ، وجب الغرم عندنا مع القطع (١) .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : القطع والغرم لا يجتمعان (٢) .

---

(١) قال الحموي : « قوله فيه : (النظر الثاني : في بيان الواجب ، وهو : الغرم ، والقطع ، والحسم ، والتعليق . أما ردُّ العين فواجبٌ بالاتفاق مع القطع ، وأن تلفت وجب الغرمُ عندنا مع القطع) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه عدَّ التعليق من الواجبات ، وصرَّح بعده باستحبابه فقال : (وأما التعليق : وهو أن تعلق يده في رقبته وتترك ثلاثة أيام ؛ تنكيلًا ، وقد ورد به خبرٌ ولم يصح ، ثم هو استحباب بالوجوب) . الثاني : أنه اختار وجوب الحسم ولا يعلم على من أوجبه ، ثم قال بعده : إنه إلى اختياره : (وأما الحسم فهو غمسُ محلِّ القطع في الزيت المغلي ، والصحيح : أن ذلك واجب ؛ نظرًا للسارق ؛ لئلا يسري ، وهو إلى اختياره وعليه مؤنته) ولا شك بأنه مداواته ، وفي وجوب المداواة خلاف . وفي هذا الكلام ضَبْطٌ ظاهر كما لا يخفى .

قلت : أما الجواب عن الإشكال الأول فظاهر ومراده بالاستحباب : أن تُعَلَّقَ يدُه في رقبته دون التعليق ؛ فإنه واجب وإن لم تعلق يده في رقبته ، وبه خرج الجواب .

وطريق الجواب عن الإشكال الثاني أن يقال : مراده بقوله : (الصحيح أن ذلك واجبٌ) على المقطوع ؛ نظرًا له ؛ لكونه ليس من الحد ، فيجب عليه الحسمُ وعليه المؤنةُ والمداواةُ ، فإن خالف ولم يفعل كان محرمًا عليه تركه ، ومعنى قوله بعده مما لم يذكره هو : (وفيه وجه : أنه زيادةُ عقوبة حقًّا للّه تعالى ، ولم يزل الأئمة يفعلون ذلك) وإذا كان كذلك فُهِمَ من هذا شيئان : أحدهما : أنه لا يجب على السارق الحسمُ ؛ لكونه زيادةَ عقوبةٍ لحقِّ اللّه تعالى ، ولهذا قال : (ولم يزل الأئمة يفعلون ذلك مع كراهيته) .

قلت : إن المؤنة لا تجب على المقطوع بل تؤخذ من بيت المال ، وكذلك تجب أجرةُ المداواة من بيت المال أيضًا ، لأنه يُعَدُّ للمصالح » إشكالات الوسيط (ق ١٧٧ / ب - ١٧٨ / ب) .

(٢) اتفق الأئمة على أن العين المسروقة إذا كانت قائمة رُدَّت إلى صاحبها ، وقُطع السارق . أما إذا تلفت ، فمذهب الشافعية أن السارق يضمن بدلَه من مثل أو قيمة . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . وقول زفر من الحنفية . انظر : مختصر المزني ص (٢٦٤) . منهاج الطالبين ص (١٣٤) . نهاية المحتاج (٧ / ٤٦٦) . =

ثم الواجب، القطع من الكوع. وقال [بعض][1] أهل الظاهر: من المنكب.

ثم الواجب أولًا قطعُ اليمين. وفي الكرَّة الثانية قَطْعُ الرجلِ اليسرى حذرًا[2] من استيعاب جنس البطش أو المشي أو استيعاب أحد الجانبين، فيتعذر المشي[3] وفي الثالثة تقطع اليد[4] اليسرى، وفي الرابعة رِجْلُه اليمنى. واقتصر أبو حنيفة (رحمه الله) في الثالثة على التعزير[5]. وقد ورد الخبر بما ذكرناه، وورد في بعض الروايات: « فإن عاد خامسة[6] فاقتلوه »[7]، وقيل: هو قول قديم للشافعي (رضي الله عنه) لكنْ[8] هذه الزيادة شاذة[9].

= حلية العلماء (٨ / ٧٧). ترشيح المستفيدين ص (٣٨٥). المقنع ص (٣٠٤). المبدع (٩ / ١٤٤). الإنصاف في معرفة الراجح في الخلاف للمرداوى (١٠ / ٢٨٩).

ومذهب الحنفية: أن السارق لا يضمن ما سرقه إن تلف، وقال زفر: يضمن. وفرّق الإمام بين السارق الغني والسارق الفقير، فالغنيُّ يضمن، والفقير لا يضمن. انظر: مختصر الطحاوي ص (٢٦٩). المبسوط (٩ / ١٥٦). فتح القدير (٥ / ٤١٤). اللباب (٣/ ٢١٠). القوانين الفقهية ص (٣٦٥). المنتقى (٧ / ١٧٧). تنوير الحوالك (٢ / ١٧٥). الحاشية على الشرح الكبير (٤ / ٣٤٧). بداية المجتهد (٢ / ٥٥٣).

(١) زيادة هامة من (أ)، (ب). وقولُ ابن حزم في المحلى (١١ / ٣٥٧) موافق لما ذكره الإمام الغزالي من أن القطع من الكوع وليس من المنكب كما قاله بعض الظاهرية.

(٢) في (أ)، (ب): « حذارًا ».

(٣) قال ابن الصلاح: « قوله: (حذرًا من استيعاب جنس البطش) يعني لو قطعنا اليدين في المرتين، ومن استيعاب جنس المشي لو قطعنا الرجلين في المرتين، واستيعابُ أحدِ الجانبين هو بأن يُقْطع في الكرَّتين اليدُ والرجلُ اليمنيين، أو اليدُ والرجلُ اليسارين، وفيه تعذُّرُ المشي عليه؛ لأنه لا يتهيأ له أن يتكئ في المشي على عصًا بخلاف ما إذا كان القطع من خلاف، والله أعلم ». المشكل (ق ١٠٠ / ب، ١١١ / أ).

(٤) في (أ)، (ب): « يده ».

(٥) انظر قوله (رحمه الله) في رد المحتار (٤ / ١٠٤).

(٦) في (أ)، (ب): « خامسًا ».

(٧) انظر سنن أبي داود (٤ / ٥٦٥) حديث (٤٤١٠). والحديث في إسناده مقال.

(٨) في (أ)، (ب): « إلا أن ».

(٩) قال ابن الصلاح: « ذكر أن رواية القتل في المرة الخامسة رواية شاذة، وهو كما قال وقد قال النسائي: هذا حديث منكر ». مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١١ / أ).

وأما الحسم ، فهو غَمْسُ محلِّ القطع في الزيت المغلي لتنسَدَّ أفواهُ العروق . والصحيح أن ذلك واجبٌ نظرًا للسارق كيلا يَسْرِي [١] ، وهو إلى اختياره ، وعليه مَئونَتُه [٢] . وفيه وجه : أنه زيادةُ عقوبةٍ حَقًّا لله تعالى ، إذْ لم تزل الأئمة يفعلون ذلك مع كراهية [٣] السارق .

وأما التعليق ، فهو أن تعلق يده في رقبته ، وتترك ثلاثة أيام للتنكيل ، وقد ورد به خبرٌ ولم يُصَحَّحْ [٤] . ثم هو استحبابٌ - إن صحَّ التنكيل - إن رآه الإمام .

---

(١) أي كي لا يَسْري أثر القطع إلى نفسه بالإهلاك .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الحسم : (الصحيح أنه واجبٌ نظرًا للسارق ، وهو إلى اختياره وعليه مؤنته) إضافة الوجوب فيه تثبت مع أنه إلى اختياره وعليه مؤنته - فيه تناقضٌ وتنافرٌ ، وكان ينبغي أن يُعَبَّر عنه بأنه حقٌّ للسارق ، ويقتصر عليه كما فعله شيخُه ، أو يُطْلق القولَ بأنَّ مؤنتَه في بيت المال ، كما فَعَلَه غيره . ولا يقال : سمّاه واجبًا بمعنى أنه لا يجوز للإمام مَنْعُ السارق منه إذا أراده . ثم لا يُسَمَّى ذلك واجبًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١١ / أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كراهة » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأما التعليق ، فهو أن تعلق يده في رقبته وتترك ثلاثة أيام للتنكيل ، وقد ورد به خبر) هذا فيه تغليظ فاحش ، فإنه لا يفهم منه إلا أن ثلاثة أيام مما ورد به الخبر ، وليس كذلك ، وإنما ورد الخبر بأصل التعليق ، ثم رأى بعض أصحابنا أنه تبقى ثلاثة أيام ، وبعضهم ساعةً ، والمقطوع به في « المهذب » و « التهذيب » ساعة .

والخبر هو حديث فضالة بن عبيد أنه رأى النبيَّ ﷺ قَطع سارقًا ، ثم أمر بيده فَعُلّقت في عنقه . أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه القزويني في كتبهم ، وقال فيه الترمذي : إنه حديث حسن غريب وذكر النسائي أن الحجاج بن أرطاة ضعيف عند أهل الحديث والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١١١ / أ ، ب) .

قلت : رواه أبو داود (٤ / ٥٦٧) (٣٢) كتاب « الحدود » (٢١) باب في « تعليق يد السارق في عنقه » حديث (٤٤١١) . والنسائي (٨ / ٩٢) كتاب « قطع السارق » باب « تعليق يد السارق في عنقه » وابن ماجه (٢ / ٨٦٣) (٢٠) كتاب « الحدود » (٢٣) باب « تعليق اليد في العنق » حديث (٢٥٨٧) جميعًا من طريق عن الحجاج بن أرطاة عن مكحول عن عبد الرحمن بن محيريز به . والحديث ضعفه الشيخ الألباني كما في ضعيف سنن ابن ماجه ص (٢٠٥) .

فروع أربعة

الأول : من سقطت يده اليمنى بآفة سماوية ، فإذا سرق ، قطعنا رجْلَه اليسرى . ولو سرق أولًا ، ثم سقطت يده ، سقط القطعُ ؛ لأنه تعين الاستحقاق ، وقيل : إنه يعدل إلى الرجل اليسرى . وهو غلط .

الثاني : لو بادر الجلادُ وقطع اليسرى ، فإنْ قَصَدَ فعليه القصاصُ ، وقَطْعُ اليمين باقٍ . وإن دُهِشَ وغَلَط ، فقد نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) في الأم على سقوط القطع . ونُقِلَ أيضًا أنَّ الدية تجب باليسرى (١) ، ثم يقطع يمينه ، فتحصلنا على قولين (٢) .

وقال أبو إسحق المروزي : لو سقطت يُسْرَاه بآفة سماوية قَبْلَ قطع اليمين (٣) فلا يبعد أن يجعل كغلط الجلاد ، وهو بعيد .

الثالث : لو كانت (٤) على يده أصبع زائدة ، قطعنا اليدَ ولا نُبَالي ، ولو كان ناقصًا اكتفينا بالموجود ولو وجدنا أصبعًا واحدة . فإن لم نجد إلا الكفّ ، فالظاهرُ الاكتفاء به تنكيلًا بقطع المِعْصَم ، وفيه وجه : أنه يعدل إلى الرجل اليسرى إذا لم يَبْقَ من آلة البطش شيءٌ . واليدُ عبارةٌ عنها . وأما اليد الشلاء فَيُكتفى بها إلا إذا خيف الهلاكُ ؛ لنزف الدم ، فيعدل إلى الرجل .

الرابع : (٥ لو كان للمعصم كفّان ٥) قطعنا الأصلية وتركنا الزائدة إن أمكن ، وإلا قطعناهما . وإن كانتا متساويتين ولا تَبِينُ الأصلية ، قال الأصحابُ : نَقْطعهما جميعًا لنتيقن استيفاء الأصلية ، ولا نُبالي بالزيادة .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « في اليسرى » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الجلاد : (وإن دهش وغلط) هذا بخلاف ما سبق منه في القصاص ، فإنه ذكر هناك أن دعوى الدهشة لا تقبل من القاطع ؛ لأنها لا تليق بحاله مع إتيانه بقطع منتظم . وهذا أقوى وأصح من ذاك ؛ فإن القاطع قد يدهش لطول القطع ، ثم قد يدهش عن صفة المقطوع وإن لم يدهش عن صفة القطع ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١١ / ب) .

(٣) في (ب) : « اليمنى » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لو كان » .   (٥) في (أ) ، (ب) : « لو كان على المعصم كفّانِ » .

الجناية السادسة

قطع الطريق

والنظر في صفة قطاع الطريق ، وفي عقوبتهم ، وفي حكم العفو [١] .

النظر الأول

في صفتهم

والأصلُ فيهم قولُه تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُا۟ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ ﴾ الآية [٢] . فذكر رسولُ الله ﷺ تفسيره فقال : « أن يُقَتَّلوا [إذا قتلوا] [٣] أو يُصَلَّبوا إذا قَتَلوا وأَخَذوا الأموال [٤] ، أو تُقَطَّع أيديهم وأرجُلُهم إذا أخذوا [المال] [٥] ، أو يَلْحَق الطَّلَبُ بهم إذا هربوا لِيُنْفَوْا من الأرض » [٦] .

وقال داود : يُجْمَع بين هذه العقوبات ؛ لظاهر الآية [٧] . وقال مالك (رحمه الله) : الشاب [٨] يُقْطَع ، والشيخُ ذو الهرم يُقْتل ، ومَنْ ليس له نَجْدَةُ الشباب ولا رَأْيُ الشيوخ يُنْفَى [٩] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وفي حكم العقوبة » .

(٢) من الآية (٣٣) من سورة (المائدة) .

(٣) زيادة هامة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وأخذوا المال » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (فذكر رسولُ اللهِ ﷺ تفسيرَه ، فقال : « أن يُقْتلوا إذا قَتلوا ، أو يُصْلبوا ... » إلى أخره) هذا غلطٌ ، إنما هو تفسيرُ ابنِ عباس ، وعنه رواه الشافعي ، وكذلك ذكره شيخُه والحافظُ البيهقي . وتفسيرُ ابن عباس (رضي الله عنه) أرجَحُ من تفسير غيره ؛ لأنه ترجمانُ القرآنِ ، والمعنى يَعْضُده . و « أو » هاهنا للتقسيم والتنويع ، لا للشك ولا للتخييرِ والإباحةِ ، كما يقال : حدُّ الزاني : الجلدُ أو الرجمُ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١١ / ب وما بعدها) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « بظاهر الآية » .

(٨) في (ب) : « الشباب » .

(٩) انظر تفصيل المذاهب في هذه المسألة في المصادر التالية :

في مذهب الحنفية : مختصر الطحاوي ص (٢٧٦) . المبسوط (٩ / ١٩٥) . الهداية (٢ / ٤٢٣ ، =

(١ ثم يعتبر عندنا فيهم صفتان ١) : النجدة (٢) ، والبُعْدُ عن مَحَلِّ الغَوْث (٣) .

أما النجدة : فَلأَنَّه إن لم يكن [لهم] (٤) شوكة ، بل (٥) كان اعتمادهم على الاختلاس والهرب ، فلا يجب به إلا التعزير . ثم لا يشترط (٦) للنجدة الذكورةُ (٧) ولا السّلاحُ ولا العَدَدُ ، بل لو اجتمع نسوةٌ وكانت (٨) لهنَّ شوكة فَهُنَّ قطاع [الطريق] (٩) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لو كان في جميع القُطَّاع امرأةٌ سَقَطَ الحدُّ (١٠) .

= ٤٢٤) . الاختيار (٤ / ١١٤) . تبيين الحقائق (٣ / ٢٣٦) . رد المحتار (٤ / ١١٤ ، ١١٥) . وفي مذهب المالكية : الكافي ص (٥٨٣) . القوانين الفقهية ص (٣٦٨) . المنتقى شرح موطأ مالك للباجي (٧ / ١٧١) . الشرح الكبير (٤ / ٣٤٩) . وفي مذهب الشافعية : الأم (٦ / ١٥٢) . مختصر المزني ص (٢٦٥) . منهاج الطالبين ص (١٣٤) . نهاية المحتاج (٧ / ٨) . حلية العلماء (٨ / ٨٠) . وفي مذهب الحنابلة : المقنع ص (٣٠٥) . زاد المستقنع ص (١٣١) . دليل الطالب ص (٢٥٩) . الإنصاف (١٠ / ٢٩٢ - ٢٦٩) . المغني لابن قدامة (٨ / ٢٨٨ ، ٢٨٩) . وفي مذهب الظاهرية : المحلى لابن حزم (١١ / ٣١٧) .

(١) في (أ) ، (ب) : « ثم عندنا يعتبر فيهم صفات » .

(٢) ويقصد بها الشوكة من السلاح والعتاد والعدد وغير ذلك .

(٣) يعني كالصحاري وأطراف البلاد ، وما يَقِلُّ فيه النجدة . وزاد في الروضة (١٠ / ١٥٤) في شروطهم أن يكونوا مسلمين مكلفين .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) كلمة : بل ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولا يشترط » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « الذكور » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « وكان » .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٠) **مذهب الشافعية** : أن حكم المحاربة يثبت للنساء إذا قَطَعْنَ الطريقَ ، أو اشتركت امرأة أو أكثر مع جماعة من الرجال . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : روضة الطالبين (١٠ / ١٥٥) . نهاية المحتاج (٤ / ٨) . حلية العلماء (٨ / ٨٧) . الكافي ص (٥٨٣) . المنتقى (٧ / ١٦٩) . دليل الطالب ص (٢٥٩) . المغني (٨ / ٢٩٨) .

ومذهب أبي حنيفة : أنه لا يثبت لها حكم المحارب ، وإذا اشتركت مع رجال سقط عنهم أيضًا ؛ لأنها ليست من أهل المحاربة كالرجل ، فأشبهت الصبيَّ والمجنون . واختار الطحاوي وغيره إقامة الحد عليها . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٧٧) . المبسوط (٩ / ١٩٧ ، ١٩٨) . رد المحتار (٤ / ١١٧) . حاشية =

والضربُ واللطْمُ كإشهار (١) السلاح بالاتفاق .

والواحدُ إذا قاوَمَ واحدًا - أو جَمْعًا - بفضلِ قوةٍ ، فهو قاطعُ طريق . ولا نقول : إن المسافر الواحد مُضَيِّع لماله (٢) ، بل مالُه محفوظٌ به إلا أن يُقصد ، فمن قَصَده ، فهو قاطعٌ .

وقال الإمام : ينبغي أن يُرَدَّ ذلك إلى العادة ، فحيث يُعَدُّ الواحد مُفَرِّطًا فلا يجب على سالب مالِه إلا التعزيرُ .

٢٥٧/أ **فرع**: لو هجم على الرفاق قومٌ تستقلُّ / الرفقةُ بدفْعِهم من غير ضرر بَيِّنٍ ، فاستسلموا فهم المضَيِّعُون وليسوا قُطَّاعًا ؛ لأنهم لم يأخذوا بشوكتهم ، بل بتسليم الملاك [إليهم] (٣) . وإن علموا أنهم لا يقاومون ، فهربوا منهم ، فهم قُطَّاع ، وكذلك إذا كان الأمر في قوة الجانبين كالمتقاوم إذا تقاتلوا ، وانكفَّ الفريقان من غير ظفر ، فالظاهرُ أنهم قُطَّاع إنْ جَرى قتلٌ وسَلْبٌ ؛ لأن الشوكة قد تحقَّقَتْ (٤) .

= الشلبي على تبيين الحقائق (٣ / ٢٣٩) .

(١) في (أ) ، (ب) : « كشهر » .

(٢) قال ابن الصلاح : قوله : (ولا نقول : إن المسافر الواحد مُضَيِّعٌ لماله ، بل مَالُه محفوظٌ به إلا أن يُقْصد) هذا عبارة عن كونه محرزًا من الأصل ، وقد سبق من المصنف في باب « السرقة » في مثله أنه لا يكون محرزًا ؛ لأنه ضائع مع ماله . ويُمْكِن الفَرْقُ بينهما بأن هذا سائر غيرُ ماكثٍ في مكان يتمكَّن القاصدُ من قَصْدِه فيه ، بل جهل مكانه ، ويفوت مَنْ يقصده إلا أن يُصَادف مصادفة ، أو يُرْصَد بمشقَّة ، والله أعلمُ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / أ) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) قال الحموي : « قوله في قطاع الطريق : (فرع : لو هجم على الرفاق قومٌ تستقل الرُّفْقَةُ بدفعهم من غير ضرر بين فاستسلموا ، فهم المضيِّعون وليسوا قطاعًا ؛ لأنهم لم يأخذوا بشوكتهم بل بتسليم الملاك ، وإن علموا أنهم لا يقاومون فهربوا فهم قُطَّاع ، وكذلك إذا كان الأمرُ في قوة الجانبين كالتقاوم ، وإذا تقاتلوا أو أتلف الفريقان من غير ظفر فالظاهر أنهم قطاع إن جرى قتلٌ وأَحَدٌ سُلِبَ ؛ لأن الشوكة قد تحققت) .

قلت : ذهب بعض العلماء من المتأخرين وقال : لا حاجة إلى قوله : (إن جرى قتل أو سلب) بل تكفي مَظِنَّتُهما ، وتحمي كلُّ فرقة نفسها بقوتها وتكون العاديةُ قُطَّاعًا .

قلت : أمكن أن يقال : إنما اشترطوا السلبَ ؛ حتى يُعْلَمَ أنهم قطاع مع المساواة ، أما لو كانت لهم قوةٌ وغُلِبُوا كانوا قطاعًا قولًا واحدًا ، وإن كانو مقهورين في أول قتالهم فليسوا بقطاع ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٨ / ب) .

وأما الصفة الثانية : فهو بُعْدهم عن محلِّ الغوثِ . أما ما يَجْرِي من الأخذ على أطراف العمران ، فيعتمد فيه الهربُ والاختلاسُ دون الشوكة ، إلا إذا فَتَرَتْ قوةُ السلطان وثار ذوو العرامة (١) في البلاد ، فهم قطاعٌ عند الشافعي (رضي الله عنه) وإن كانوا في البلاد . أما إذا دخلوا في وقت قوة السلطان دارًا بالليل مع المشاعل مكابرين (٢) ، ومَنَعوا أهلَ الدار من الاستغاثة (٣) ، وانصرفوا وهم مُتَلَثِّمون (٤) ، ففيهم وجهان :

أحدهما : أنهم قطاع ، ونُزِّل مَنْعُهم من الاستغاثة كبُعْدِهم عن محل الغوث (٥) .

والثاني : أنهم سُرَّاقٌ ؛ فإن الطَّلَب يَلْحقهم على القرب ، وإنما اعتمادهم على التواري والاختفاء .

ولم يذهب أحدٌ إلى أنهم مُخْتلسون (٦) مع أنهم لم يأخذوه في خُفْية واختزال .

فإذنْ قد حَصَل أنّ قطاعَ الطريق مَنْ يَعْتمد على الشوكة في الحال مع بُعْد الغوث ، لا على الاختلاس والهرب في الوقت .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وثَارَ ذَوُو العرامة) تصحَّف في بعض النسخ « بارزوا » وإنما هو (ثَارَ) من « الثوران » بالثاء المثلثة . و « العرامة » . بالعين المهملة ، وهي التمرد والعصيان ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / أ) .

(٢) في (ب) : « متكاثرين » .

(٣) في (ب) : « الاستعانة » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وهم متلثمون) ليس بشرطٍ فيه ، كما أن المشاعل ليست بشرط ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / أ) .

(٥) وهذا هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ١٥٥) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولم يَذْهب أحدٌ إلى أنهم مختلسون) هذا ، فيه ضربُ مجازفةٍ ، وقد قال فيه شيخه : (ولا يبعد عندنا أن يكونوا مختلسين) والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / أ) .

النظر الثاني

في العقوبة الواجبة

ويَمْتزج به النظرُ في جرائمهم ، ولهم في الجرائم أحوالٌ :

الأولى : أن يقتصر على أَخْذِ ربعِ دينارٍ فصاعدًا ، فَتُقْطع يَدُه اليمنى ورجلُه اليسرى ، سواء كان الربعُ ملكًا لواحد أو لجماعة الرفقة ، وكذلك في السرقة لا يفرق بين الخالص والمشترك في النِّصَاب مهما كان الحرزُ واحدًا . وقال ابن خيران : لا يُشْترط النصاب .

الثانية : أن يقتصر على القتل المجرد ، فَيُقْتل ، وليس فيه زيادةُ تغليظٍ إلا كون القتل محتومًا كما سيأتي [1] .

الثالثة : أن يَقْتصر على الإرعاب وتكثير الشوكة ، وكان [2] رِدْءًا للقوم ، فعليه تعزيرٌ [3] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : هو شريكٌ [4] .

الرابعة : أن يجمع بين الأخذ والقتل [5] ، فالمذهب المشهور : أنه يُصْلَب ويُقْتل ولا يُقْطع ، ويكون الصلبُ زيادةَ تنكيلٍ وتغليظٍ ؛ لأجل الجمع . وقال أبو الطيب بن سلمة : تُقْطع يَدُه ورجْله ؛ لأخذِه ، ويُقْتل ؛ لقتلِه ، ويُصْلب ؛ لجَمْعِه بينهما . وذكر صاحب

---

(١) يعني أن سبيله ليس سبيل القصاص فيمكن العفو عنه .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو كان » .　　　(٣) في (أ) ، (ب) : « فعليه التعزير » .

(٤) **مذهب الشافعية :** أن من كان معاونًا للمحاربين ، بأن كان طليعة لهم ، أو ردءًا ينحازون إليه ، أو يمدّهم بما يحتاجون إليه في إفسادهم ، فعليه التعزير فقط ، ولا يكون محاربًا . انظر : الأم (٦ / ١٥٢) . منهاج الطالبين ص (١٣٤) . الروضة (١٠ / ١٥٧) . نهاية المحتاج (٨/٧) . حلية العلماء (٨ / ٨١) .

ومذهب الحنفية : أن حكم الرِّدْءِ حكمُ المحارب ، فإنْ باشر القتلَ أحدُ المحاربين ، جَرَى الحدُّ على جميعهم بما فيهم الردءُ . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : الهداية (٢ / ٤٢٤) . القوانين الفقهية ص (٣٦٧) . المنتقى شرح موطأ مالك (٧ / ١٧١) . المقنع ص (٣٠٥) . الإنصاف (١٠ / ٢٩٨) . المغني (٨ / ٢٩٧) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بين القتل والأخذ » .

« التقريب » وجهًا : أنه إن [(١)] أخذ نصابًا وقَتَل : قُطع وقُتل ولم يُصلب ، وإن أخذ أقلَّ منه : قُتِلَ وصُلِبَ [ولم يقطع] [(٢)] ويكون الصلبُ ؛ لأجل الأَخْذ . والمذهب هو الأول . وقال أبو حنيفة : الإمام بالخيار : إنْ أحبَّ قَتَل وصَلَب ولم يَقْطع ، وإن أحبَّ قَطع وقَتَل ولم يَصْلب [(٣)] .

ثم إذا جَمَعْنا بين القتل والصَّلْب ، فالمذهبُ : أنه يُقْتَل على الأرض ، ثم يُصْلب مقتولًا . وفيه وجه : أنه يُقْتل مصلوبًا إما بأن يُتْرك حتى يموت جوعًا على وجهٍ ، أو يُقْصَد مَقْتَلُه بحديدة مُذَفِّفة على وجهٍ ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) [(٤)] .

ثم كم يُترك على الصليب [(٥)] ؟ فيه قولان :

أحدهما : أنه يترك ثلاثة أيام [(٦)] .

[(٧)] وعلى هذا ، إن كان يتعرض للتهري قبله ، فهل يُتْرك ؟ فعلى وجهين :

أحدهما : لا يترك ثلاثة أيام [(٧)] لأن التنكيل قد حصل ، فَيُصَان عن التفتُّتِ والنتن [(٨)] .

والقول الثاني : أنه يترك حتى يتهرى ويسيل وَدَكُه ؛ لأن الصليب اسم الودك ، ومنه اشْتُقَّ اسمُ الصَّلْيب [(٩)] .

---

(١) في (ب) : « أنه إذا » . (٢) زيادة من (ب) .

(٣) انظر الهداية (٢ / ٤٣٢) غ. المبسوط (٩ / ١٩٥) . تبيين الحقائق (٣ / ٢٣٥) . رد المحتار (٤ / ١١٥) .

(٤) انظر مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) في : الهداية (٢ / ٤٢٤) . المبسوط (٩ / ١٩٦) . تبيين الحقائق (٣ / ٢٣٧) . رد المحتار (٤ / ١١٥) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (كم يُتْرَكُ على الصليب) الصليب بالياء ، على مثال « مريض » والمرادُ به هاهنا الخشبةُ وهو في الأصل اسم للدهن السايل من عظام المصلوب ، فَسُمِّيت الخشبةُ باسمه مجازًا ؛ لِسيَلانه عليها ، وهذا معنى قوله : (ومنه اشْتُقَّ الصليب . وهو الخشبة) والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / أ) .

(٦) وهذا أصح الوجهين كما في الروضة (١٠ / ١٥٧) .

(٧) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ١٥٧) .

(٩) قال ابن الصلاح : « قوله : (اشتق) لم يُرِدْ به الاشتقاقَ الاصطلاحيَّ عند أهل العربية والتصريفِ ، وإنما أراد معناه لغةً ، وهو الانتزاعُ والأَخْذ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / ب) .

والصحيح أنه يقتل أولًا ويغَسّل ويُصَلّى عليه، ثم يُصْلب. ولا سبيل إلى ترك الصلاة بكل حال، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله)[1]. ويتعذَّر على قول[2] مَنْ يقتله بعد الصليب، ثم يترك[3] حتى يتهرى[4]. نعم، وإن قلنا: يقتل بعد الصليب ولكن يُنَزَّل بعد ثلاث، فيمكن أن يُسَلَّم إلى أهله [5] للغُسْل والصلاة بعد الاسترسال [6].

فأما عقوبةُ النَّفْي، فالصحيحُ: أنها غير مقصودة، بل إن وُجِدوا أُقيم الحدُّ والتعزير، وإلا لحق بهم طلبُ أعوانِ السلطان حتى يتشردوا في البلاد وينتفوا[7] من تلك الأرض. ومنهم من قال: هي عقوبةٌ مقصودة في حقِّ مَنِ اقتصر على الإرعاب. ثم منهم من قال: يَنْفيهم الإمامُ إلى بلدمعين ويعزرهم بها[8]، إما ضربًا أو حبسًا. ومنهم من قال: له أنْ يقتصر على النَّفْي[1].

* * *

(١) **مذهب الشافعية**: أن من قُتِل في المحاربة حدًّا، يُغَسَّل، ويُصَلَّى عليه، وهو مذهب المالكية والحنابلة. انظر: نهاية المحتاج (٦ / ٨). فتح الوهاب (٢ / ١٦٤). ترشيح المستفيدين ص (٣٨٦). حلية العلماء (٨ / ٨٤). المنتقى (٧ / ١٧٢). المبدع (٩ / ١٤٨).

ومذهب أبي حنيفة: أنه لا يُصَلَّى على قاطع طريق؛ إهانةً له. انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٣ / ٢٣٧).

(٢) في (أ)، (ب): «مذهب». (٣) في (ب): «يتركه».

(٤) قال ابن الصلاح: «ما ذكره من تعذّرِ الصلاة عليه على مذهب مَنْ يقتله بعد الصلب، ثم يترك حتى يتهرى. وَجْهُهُ: أن شرط الصلاة على الميت تقديمُ الغسل أو التيمم، ولهذا لم يُصَلَّ على الشهيد، والغسلُ والتيمم يتعذَّرَان بعد التهري؛ لأن التيمم لا يكون إلا في الوجه واليدين، والله أعلم». مشكل (جـ٢ ق ١١٢ / ب).

(٥) في (أ): «للغسل والصلاة بعد الإنزال». (٦) في (أ)، (ب): «وينفوا».

(٧) قال ابن الصلاح: «قوله: (ومنهم من قال: يَنْفيهم الإمامُ إلى بلدٍ معين) هذا فيه إثباتُ نَفْيٍ غير النفي المذكور في الوجه الذي قبله؛ فإن ذاك النفْيَ تشريدٌ في البلاد، والله أعلم». مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / ب).

(٨) قال ابن الصلاح: «قوله: (ومنهم من قال: له الاقتصارُ على النفي) يعني من غير ضربٍ ولا حَبْسٍ، وهذا ظاهر الآية؛ فإنها اقتصرت على النفي، والله أعلم». مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / ب).

النظر الثالث
في حكم العقوبة

وله حكمان :

الأول : أن التوبة قبل الظفر مؤثر فيها [١] ؛ لنصِّ القرآن العظيم [٢] ، فيسقط بها تحتُّمُ القتلِ دون أصله على الظاهر ، ويسقط به [٣] الصلبُ وقَطْعُ الرِّجْل . أما قطع اليد هل يسْقُط إذا كان المأخوذ نصابًا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ كأصل القتل ، وإنما الذي يَسْقط خاصيةُ [٤] قطع الطريق .

والثاني : - وهو الأصح - أنه يَسْقط ؛ لأن هذا يُخَالف صورة السرقة ، واليدُ والرجلُ كعضوٍ واحد هاهنا ، وكذلك إن وجدنا / رجله اليسرى (٥ دون يده اليمنى ، اكتفينا به ولم ٢٥٧/ب
نَقطع يده اليسرى ٥) ، ومهما عاد ثانيًا قطعنا اليد اليسرى والرجل اليمنى .

أما التوبة بعد الظفر ، ففيه قولان يجريان في جميع حدود الله تعالى :

أحدهما : [أنه] [٦] لا يؤثر ؛ لأن القرآن (٧ خصص ما قبل التوبة ٧) .

والثاني : أنه يسقط ؛ لأنه إن خصص هاهنا ، فقد أطلق في آية السرقة ، فقال تعالى : ﴿ فَمَن

---

(١) يعني في العقوبة .

(٢) وذلك في قوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ [المائدة : ٣٤] .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بها » والضمير يعود على التوبة .

(٤) في (أ) ، (ب) : « خاصةً » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « دون اليد اليمنى ، اكتفينا بها ، ولم تقطع اليد اليسرى » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « خصص قبل التوبة بما قبل الظفر » .

﴿ تَابَ مِنۢ بَعۡدِ ظُلۡمِهِۦ وَأَصۡلَحَ ﴾ (١) . وقال القاضي : قرنت (٢) التوبةُ هاهنا بالإصلاح ، فيدل (٣) على أن التوبة بعد الظفر لا تؤثر ، إلا بعد الاستبراء وصلاح الحال (٤) ؛ إذْ يمكن أن يكون للهيبة .

وعلى الجملة فمن ظهر تقواه وحسنت حاله (٥) ، امتنع مؤاخذتُه بما جرى له في الجاهلية (٦) . أما إذا أنشأ التوبة حيث أُخذ لإقامة الحدّ ، فهو مُتَّهَمٌ ، والتوقُّفُ إلى استبرائه : مُشْكِل إن حُبِس ، وإنْ خُلِّي فكيف نتبع أحوالَه ؟! (٧) .

الحكم الثاني : أن هذا القتل (٨) ، قد ازدحم عليه حَقُّ الله تعالى ، ولأجله تحتَّم [وإن عفا وليُّ القتيل] (٩) عن حَقِّ القتيل ؛ فإنه معصومٌ . ولا شكَّ في أنه إذا جَرَح خطأً أو شْبَهَ العمد (١٠) ، فلا يُقْتل (١١) .

---

(١) من الآية (٣٩) من سورة (المائدة) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « قرن » .
(٣) في (ب) : « يدل » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « وإصلاح الحال » .
(٥) في (ب) : « وحسنت حالته » .
(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم ظهر تقواه وحَسُنَتْ حالُه ، امتنع مؤاخذتُه بما جرى له في الجاهلية) هذه الجاهلية يتعيَّنُ حَمْلُها على جاهلية الجاهل العاصي المسلم ، لا على جاهلية الكافر ، فإن تلك لا يُعْتبر في ثبوتها ما ذَكَره من ظهور التقوى وحُسْنِ الحال ، بل مجردُ إظهارِ الإسلام - وإن كان تحت ظلال السيوف - يُسْقِط المؤاخذةَ بما قبله ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٢ / ب) .
(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (فكيف تتبع أحواله) ليس استبعادًا لإمكان التتبع ، بل استبعادًا لشرعية التتبع ؛ لِمَا فيه من التجسس ، واتباع العثرات . وهذا قدحٌ فيما قاله القاضي ، وقولُ القاضي هذا ، مخالفٌ لقولِ غيره من الأصحاب . قال الإمام أبو المعالي : الأصحابُ مُجْمِعُون على أنّا إذا حكمنا بأن التوبة تُسْقِط الحدودَ ، فمجردُ إظهارها كافٍ ، وهو بمثابة إظهار الإسلام تحت ظلال السيوف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٣ / أ) .
(٨) يعني القتل الذي يعاقب به قاطع الطريق إذا اقترف ما يوجبه .
(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .
(١٠) في (ب) : « أو شبه عمد » . وقوله : « جرح خطأً » لعل الصواب « قَتَل خطأً » .
(١١) وتكون دية القتيل على عاقلة القاتل . انظر الروضة (١٠ / ١٦٠) .

وإن تمحض العمد [فقد] (١) تعلَّقَ به حقُّ الله تعالى [قطعًا] (٢) فإنه يقتل وإنْ عفا وليُّ القتيل . ولكن هل يَثْبت للقتيل حَقٌّ مع حقِّ الله تعالى ؟ للشافعي (رضي الله عنه) فيه قولان ، وتظهر فائدته في خمس مسائل :

إحداها : لو قتل ذميًّا أو عبدًا أو أَمَة (٣) - ومَنْ لا يُكَافِئُه بالجملة - فإن محضنا حقَّ الله تعالى : قُتِلَ . وإن قلنا : فيه قصاصٌ ، لم يقتل . وهكذا (٤) لو قتل عَبْدَ نفسِه . قال القاضي : يُخَرَّج على القولين . وقَطَع الصيدلاني بأنه لا يقتل وإن جعلناه حدًّا ؛ لأنه مملوكه (٥) ، فلا يَصْلُح لمقاتلته ومخاصمتِه في القتال (٦) .

الثانية : إن مات القاتل وقلنا : إنه محضُ حدٍّ ، فلا دية للقتيل . وإن قلنا : فيه حقُّ الآدمي ، فله الديةُ .

الثالثة : إذا قتل جماعةً اكتفي به إن جعلناه حدًّا ، وإلا قُتِلَ بواحد ، وللآخرين الديةُ .

الرابعة : لو عفا الوليُّ على مالٍ فلا أثر له إن جعلناه حدًّا ، وإلا فله الدية ويُقْتَل حدًّا ، وهو كمرتدٍ استوجب القصاص وعُفِيَ عنه .

الخامسة : لو تاب قبل الظفر سقط الحدُّ وبقي القصاصُ حتى يَسْقط بعفوه إن جعلنا له حقًّا ، وإلا فَيَسْقط بالكلية .

ولعل الأصحَّ الجمْعُ بين الحقَّيْنِ ما أمكن ، فإن سقط الحدُّ بالتوبة ، أو القصاصُ بالعفو ، فيبقى الآخر خاليًا عن الزحمة فَيُسْتوفى . فأما إسقاط القصاص والحد (٧) أو الدية ، فبعيدٌ جدًّا .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو ابنه » وهو صحيح أيضًا .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وكذا » . (٥) في (أ) : « مملوك » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأنه مملوكُه ، فلا يصلح لمقاتلته ومخاصمته في القتال) يعني فلا يكون السيد محاربًا بالنسبة إليه ، فلا يثبت عليه حكمُ المحارب بقتله ، والله أعلم » . المشكل (جـ ٢ ق ١١٣ / أ) .

(٧) كلمة : « الحد « ليست في (أ) ، (ب) .

فروع

الأول : إذا جرح المحارب جرحًا ساريًا فهو كالقتل في التحتم . وإن [١] كان الجرح واقفًا فلا قصاصَ فيه - كالجائفة - فلا يُجْرح [٢] . فإنْ قَطع عُضْوًا فيه قصاصٌ ، اسْتُوفِيَ . وهل يَتحتَّم ؟ فيه ثلاثةُ أقوالٍ :

أحدها : نعم كالنفس .

والثاني : لا ؛ لأن القتل عُهِد حدًّا ، فلذلك يتحتَّمُ بخلاف القطع [٣] .

والثالث : أنَّ قَطْعَ اليدينِ والرجلين يتحتم إن عُهِدَ حدًا في السرقة ، بخلاف الأذن والعين وسائرِ العضاء .

الثاني : يثبت قَطْعُ الطريق بشهادة أهل الرفقة ، يشهد [٤] كلُّ واحد لرفيقه لا لنفسه ، ولا يصرح . ولو قال : تعرَّضوا لنا ولرفقائنا [٥] ، فسدت صيغةُ الشهادة [٦] . وكذا [٧] لو قال الشاهد : قَذَفَني مع أُمِّ فلان ، فلا تُقْبل شهادته .

الثالث : يُوَالى بين قَطْعِ اليدِ والرجل ، بخلاف ما لو استحق يُسْرَاه في القصاص ، ويُمْنَاه في السرقة ، فإنه يُقَدم القصاص ويمهل ريثما يَنْدَمِلُ ؛ لأن الموالاة عظيم الضرر [٨] . لكن

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ولو » . (٢) وإنما فيه المال فقط .

(٣) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (١٠ / ١٦١) .

وقال ابن الصلاح : « قوله في القطع : (والثاني : لا يتحتم ؛ لأن القتل عُهِدَ حدًّا ، فلذلك يتحتم بخلاف القطع) ينبغي أن يقول : (عهد حدًّا محضًا) حتى لا يرد عليه القطع في حد السرقة » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٣ / أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فيشهد » . (٥) في (أ) ، (ب) : « ولرفاقنا » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا قال الشاهد : تعرضوا لنا ولرفقائنا ؛ (فسدت شهادتُه في الجميع) ؛ لأنه أظهر بذلك العداوة » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٣ / أ) .

(٧) في (ب) : « وكذلك » . (٨) في (أ) ، (ب) : « عظيمة الضرر » .

القطعين [1] في المحاربة عقوبةٌ واحدة . ولو استحق يمينه قصاصًا ، قُطعت اليمين [2] في القصاص ، ويكتفى بالرجل اليسرى . وهل يُمْهل ريثما يندمل ؟ ، فيه وجهان :

أحدهما : يمهل ؛ لاختلاف العقوبة .

والثاني : لا ؛ لأن الموالاة كانت مستحقةً ، فإن فاتت اليد فيبقى [3] استحقاق الموالاة [4] .

وإنما يُقَدم القصاصُ على حدِّ السرقة والحراب ، ولا ينى على الخلاف في تقديم حق الآدمي وحقِّ الله تعالى إذا اجتمعا ؛ لأن الخلاف في الأموال التي لا يَسْقط عنها حقُّ الله تعالى بالشبهة . وأما حدود الله تعالى فتُسقط بالشبهة والرجوعِ عن الإقرار ، فيُقدَّم عليها حقُّ الآدميّ .

الرابع : إذا اجتمعت عقوباتٌ للآدميين ، كحدِّ القذف وقطعِ الطريق والقتلِ . فإن ازدحموا على الطلب : يُجلد ، ثم يُقْطع ، ثم يُقْتل ، ولا يُبادر بالقطع عقيب الجلد إن كان مُستَحِقُّ القتل غائبًا : إبقاءً على روحه حتى لا يَفوت القصاصُ . ولو كا حاضرًا وقال : لا تتركوا الموالاة لأجلي فإني أُبادر بعد القطع وأَقْتُل / ففيه وجهان : ٢٥٨/أ

أحدهما : أنه يبادر ولا يمهل ؛ لأن النفس مُسْتوفاةٌ ، فلا معنى للتأخير لأجل المقتول ، ولا لأجل المستحِقِّ وقد رَضِيَ .

والثاني : [أنه] [5] يُمْهل ، فإنه ربما يعفو مستحِقُّ القتلِ ، فتصير النفسُ هدرًا بالموالاة [6] .

أما إذا أَخَّر بعضُهم حقّه : فإن كان المؤخِّر مُسْتَحِقَّ النفسِ ، قُدّمَ الجلد ويُمْهل ثم يقطع . وإن كان المؤخِّرُ مستحِقَّ الطرف ، فلا يُمْكن البِدار إلى القتل ، ففيه تفويتُ الطرف ، فيجب على مستحِقِّ النفس الصَّبْرُ . وهذا يؤدِّي إلى أن يصير مستحق الطرف إلى غير نهاية ، ويندفع

(١) يعني قطع اليد والرجل. (٢) في (أ) ، (ب) : « اليمنى » .

(٣) في (ب) : « فبقى » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ١٦٣) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) وهذا هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ١٦٧) .

القتل ، ولا صائر إلى [أن] [١] مستحقَّ النفسِ يُسَلَّط على القتل . ويقال لصاحب الطرف : بَادِرْ إنْ شئتَ وإلا ضاع حقُّكَ . ولو قيل به لكان منقدحًا ، لكنه لو بادر وقتل [٢] بغير إذنٍ : وقعَ الموقعَ ورجع صاحبُ الطرفَ إلى الدية .

أما إذا كان المجتمع حدود الله تعالى ، كحدِّ الشرب ، وجَلْدِ الزنا ، وقَطْع السرقة ، والقتل : فالبدايةُ بالأخفِّ ، وهو ترتيبٌ مستحق ، ثم يمهل إلى الاندمال حتى لا يفوت القتلُ بالموت بالسِّراية ، فإن لم يَبْقَ إلا القتلُ فلا إمهال .

ولو كان بَدَلُ جلدِ الزنا جَلْدَ القذف ، فجلدُ الشرب أَخَفُّ منه ، ولكن [هل] [٣] حق الآدمي مقدم [٤] ؟ ففيه وجهان :

أحدهما : أن البداية في الشرب [٥] ؛ لأنه أَخَفُّ .

والثاني : أنه يبدأ بحدِّ القذف ؛ لأنه حقّ الآدمي [٦] .

وكذا الخلاف لو كان بَدَل حدِّ القذف قَطْع قصاصٍ للآدمي .

ولو زنى وهو بِكْرٌ ثم زنى وهو ثيب ، فقد اجتمع الجلدُ والرجْمُ ، فالظاهر الاكتفاءُ بالرجم ، واندرج الجلد تحته . وفيه وجه : أنه يُجْلد ، ثم يرجم ؛ لأنه لا تَدَاخُلَ مع الاختلاف .

* * *

---

(١) زيادة هامة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فَقَتَل » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يقدم » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أن البداية بالشرب » والمقصود البداية بحد الشرب .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ١٦٥) .

الجناية السابعة

شُرْبُ الخَمْرِ

والنظر في الموجِب والواجب .

أما الموجِب فنقول : يجب الجلد (١) على كل مُلْتَزِمٍ شَرِبَ ما أسكر جنسُه مختارًا من غير ضرورةٍ وعُذْرٍ .

أما قولنا : (ملتزم) احترزنا به عن الحربيّ ، والمجنون ، والصبيّ ، فلا حدّ عليهم .

وقولنا (أسكر جِنْسُه) إشارة إلى [أن] (٢) ما أسكرَ كثيرُه فقليلُه - وإن لم يُسْكِر - يوجِب الحدَّ ككثيره . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يَجِبُ الحدُّ بقليلِ الخمر وإن لم يُسْكر ، وسائرُ الأشربةِ لا يُحَدُّ فيها (٣) إلا في القَدْر المُسْكِر (٤) .

وقولنا : (مختارًا) احترزنا به عن المكره ، فإنه يُبَاح له الشّربُ لدفعِ ضررِ الإكراه فلا يحدُّ ، بخلاف الزنا فإنّ فيه خلافًا ، ولاخلاف أن الزنا لا يُبَاح بالإكراه (٥) .

---

(١) في (ب) : « الحدّ » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لا يحدُّ بها » .

(٤) سبق تفصيلُ هذه المسألة .

(٥) قال الحموي : « قوله : (« مختارًا » احترز به عن المكره ، فإنه يباح له الشربُ لدفع ضرر الإكراه فلا يحد ، بخلاف الزنا فإن فيه خلافًا ... قال : ولا خلاف أن الزنا لا يباح بالإكراه) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال فإنه قال : (لا خلاف أن الزنا لا يباح بالإكراه) وقد ذكر خلافًا في إكراه الرجل على الزنا ، وإنما وقع الخلاف لبُعْدِ تصوُّرِه ؛ فإن الآلة لا يُتَصَوَّرُ انتشارُها غالبًا لحصول الخوف ، وهذا يخالف ما ذكره أولًا .

قلت : أراد بذلك إكراهَ المرأة بمعنى أنها تُسَلِّم نفسَها خوفًا من القتل ، بل تمتنع حتى تُغْلَبَ على الفعل فيكرهها عليه ، ويحتمل أن يكون مرادُه به أن لا يباح في حق غير المكره ، والأول أصح ، وبه خرج الجواب على حسب الإمكان » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٩ / أ) .

وقولنا : (من غير ضرورة) أردنا به أنَّ مَنْ غَصّ بلقمة (١ ولم يجد غير الخمر ، فله ١) أن يُسِيغَها بها (٢) ، وكذلك إذا خاف الهلاكَ من العطش . وأما التداوي بالخمر في علاج الأمراض فلا يجوز ؛ لِنَهْيِ رسولِ الله ﷺ عن ذلك (٣) ، وقولِه : « إن الله تعالى لم يَجعَلْ شفاءَكم فيما حَرَّمَ عليكم » (٤) ، ولأن الشفاء به مظنون بخلاف دَفْع العطش وإساغةِ اللقمة .

---

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « به » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قولُه في تحريم التداوي بالخمر : (لِنَهْيِ النبيِّ ﷺ عن ذلك ..) إلى آخره ، ولم نجد في ذلك إلا حديثًا رويناه عن حسان بن مخارق عن أم سلمة (رضي الله عنها) قالت : نبَّذت نبيذًا في كوز ، فدخل النبيُّ ﷺ ، وهو يَغْلي فقال : ما هذا ؟ قلتُ : اشتكتْ ابنةٌ لي فنُعِتَ لها هذا ، فقال رسول الله ﷺ : « إن الله لم يَجْعل شفاءكم فيما حَرَّمَ عليكم » أخرجه البيهقي في كتاب « السنن الكبير » ولم يُخَرَّجْ في الكتب الخمسة المعتمدة ، وهي : الصحيحان ، وسنن أبي داود ، وسنن النسائي ، وجامع الترمذي ، ولا في سنن ابن ماجه وفي قوله ﷺ هذا ، إشارةٌ إلى تحريم التداوي بالمسكر ، فيكون معناه : إن الله لم يَجْعل شفاءكم فيما حرم عليكم التداوي به ، أو نحو هذا من القول ، فلا يدخل إذن تحته التداوي بسائر النجاسات فإنها غَيْرُ محرمةٍ في حالة التداوي بل في غيرِ حالة التداوي ، بدلالة حديث العُرَنيِّين المتفق على صحته . ويُغْني عن حديث « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » ما هو أصحُّ منه وأدلُّ ، وهو حديث طارق بن سويد قال : « قلت : يارسول الله ، إن بأرضنا أعنابا نعتصرها ، فنشرب منها ، قال : لا ، فراجعتُه ، فقلت : إنا نستشفي به للمريض ، فقال : إن ذلك ليس شفاء ، ولكنه داء » أخرجه أبو داود وابن ماجه ، قال الحافظ ابن عبد البر : هو صحيح الإسناد ، وأخرج مسلم في صحيحه نحوه والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٣/ب) .

(٤) حديث صحيح : رواه ابن حبان في صحيحه كما في الإحسان (٣٣٥/٢) باب « النجاسة وتطهيرها » برقم (١٣٨٨) ورواه أبو يعلى في مسنده (٤٠٢/١٢) برقم (٦٩٦٦) ، والطبراني في المعجم الكبير (٣٥٦/٢٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/١٠) كتاب « الضحايا » باب « النهي عن التداوي بالمسكر » جميعًا من طرق عن جرير عن الشيباني عن حسان بن مخارق عن أم سلمة به .

والحديث ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٨٦/٥) وعزاه إلى أبي يعلى والبزار ، وقال : « رجال أبي يعلى رجال الصحيح خلا حسان بن مخارق ، وقد وثقه ابن حبان » .

وقلت : والحديثُ له شاهدٌ من حديث طارق بن سويد الجعفي أنه سأل رسولَ الله ﷺ عن الخمر ، فنهاه ، أو كَرِهَ أن يَصْنعها للدواء ، فقال : إنما أصنعها للدواء !! فقال : « إنه ليس بدواء ، ولكنه داءٌ » . ورواه مسلم في صحيحه (١٥٧٣/٣) (٣٦) كتاب « الأشربة » (٣) باب « تحريم التداوي بالخمر » برقم (١٩٨٤) .

ولكن يجوز التداوي بالأعيان النجسة كَلَحْم السرطان ، والحية ، والمعجونِ الذي فيه الخمرُ ؛ لأن تحريم الخمر المسكر مُغَلَّظٌ ، وتركُه مقصودٌ لا يُقاوِمُه ظنُّ الشفاء .

وأما الزَّجْرُ عن تناول النجاسات - مع أن مصير الأطعمة إلى النجاسة - فهو من قبيل المروءات المستحسنة فيجوز أن تزول بعذر المرض . وقد قال القاضي : « (١) لا يُحَدُّ الشارب إنْ قصد التداويَ بها (١) » فكأنه جَعَل ذلك شبهةً في الإسقاط (٢) ولم يُصَرِّح أحدٌ بجواز التداوي بها (٣) .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « يحد الشارب إن لم يقصد التداوي » .

(٢) قال ابن الصلاح : « وقوله : (فكأنّه يجعل ذلك شبهة في الإسقاط) أي : جعل قصد التداوي شبهةً في إسقاطه الحدّ ، لا أنه جَعَلَه مُبيحًا » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٤/أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « وقوله : (ولم يُصَرِّح أحدٌ بجواز التداوي بها) ليس كما قال ؛ فقد قاله بعضُ الأصحاب ، نقلَه غيرُ واحدٍ من المصنفين ، وهو منهم ، فقد نقلَه في أول « وسيطه » هذا والله أعلم » . انظر مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٤/أ) .

قال الحموي : « قوله في باب حد الخمر : (وأما الموجب فنقول : يجب الحد على كل ملتزم ، شرب ما أسكر جنسُه ، مختارًا ، من غير ضرورة وعذر ... إلى قوله : أما قولنا : « من غير ضرورة » أردنا به أن من غصَّ بلقمة ولم يجد غيرَ الخمر فإنه يسيغها به ، وكذلك إذا خاف الهلاكَ من العطش ، وأما التداوي في علاج الأمراض فإنه لا يجوز لنهي النبي ﷺ عن ذلك ... إلى قوله : ولأن الشفاء مظنونٌ بخلاف دفع العطش وإساغة اللقمة ... إلى أن قال : لم يصرح أحدٌ بجواز التداوي) .

قلت : ما ذكره الشيخ هاهنا يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه اختار جوازَ الشرب للعطش ، والاختيارُ : أنه لا يجوز في العطش ويجوز في التداوي ، وعللوا وقالوا : الخمر يزيد العطشان لهبًا بخلاف المداواة ؛ فإن الظاهر منها الشفاءُ ، والشرعُ تعبَّدنا بالظاهر ، وقول النبي ﷺ محمولٌ على ما إذا لم يغلب على ظنِّ الطبيب المسلم الشفاءُ ، وإذا كان كذلك لم يكن ما ذكره الشيخ موافقًا لما ذكروه . الإشكال الثاني : أنه قال : (ولم يصرح أحدٌ بجواز التداوي بها) ولا شك أنه قد ذَكَرَ في أول العبادات خلافًا فيه وهو قوله : (ومنهم من جوَّز التداوي قياسًا على إساغة اللقمة) وإذا كان كذلك كان بينهما نوع مناقضة .

قلت : أما الجواب عن الإشكال الأول فظاهر ؛ فإن ما ذكره الشيخ من التعليل لا ينفي ما علَّله معظمُ الأصحاب ، فإنه يبعد أن يدفع العطشَ في الحالة الراهنة وبعده يحصل زيادةُ عطش ، بخلاف المداواة فإنه لا يزيل المرضَ غالبًا في الحال على تقدير غلبة الظن ، وبه اندفع الإشكال .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر أيضًا ؛ فإن ما ذكره الشيخ يحتمل أمرين : أحدهما : أن يقال : لعل =

وقولنا : (من غير عذر) احترزنا به عن التداوي ؛ إذ الظاهر أنه لاحدّ وإن عَصَى ؛ وعن حدث العهد [1] بالإسلام إذا لم يعلم التحريم ، وكذا [2] الغالط إذا ظَنَّه شرابًا آخر . قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لو سكر مثلُ هذا الرجل لم يَلْزمه قضاءُ الصلوات ؛ لأنه كالمغمى عليه [3] » وقال : « لو شَرب الحنفيُّ النبيذَ حَدَدْتُه » [4] .

ونَصَّ [5] أن الذميَّ لا يُحَدُّ وإن رضي بحكمنا . وسببُه : أن الحنفي في قبضة الإمام والحاجةُ قد تمسُّ إلى زجره بخلاف الذمي الذي لم يَلْتزم حُكْمَنَا [6] . ومن أصحابنا من

= ذلك القائل فَهِمَ ذلك منه بطريق المفهوم لا بطريق التصريح ، فعلى هذا لا منافاة بينهما . الثاني : يحتمل أن يكون مراده أنه لم يصرح به أحدٌ من الخراسانيين دون العراقيين ؛ فإنهم صرحوا بذكر الخلاف فيه . فعلى هذا لا منافاة بينهما كما لا يخفى » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٣ / أ - ١٧٤ / أ) .

(١) في (أ) ، (ب) : « وعن حديث العهد » . (٢) في (أ) ، (ب) : « كذلك » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال الشافعي - رضي الله عنه - لو سكر مِثْلُ هذا الرجلِ لم يلزمه قضاءُ الصلوات ؛ لأنه كالمغمى عليه) هذا التعليلُ هو من كلامه ، لم ينقله عن الشافعي رضي الله عنه والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٤/أ) .

(٤) روى الشافعي في الأم بإسناده عن عليّ بن أبي طالب (رضي الله عنه) أنه قال : « لا أُوتى بأحدٍ شَرِبَ خمرًا - نبيذًا أو مسكرًا - إلا حَدَدْتُه » .

(٥) في (أ) : « والنص » .

(٦) قال ابن الصلاح : « كلامُه في الفرقِ بين الحنَفِيّ والذميّ كلامٌ مُوهِمٌ ، فقولُه : (إن الذمي لم يَلْتزم حُكْمَنا) معناه لم يَلتزم بعقدِ الذمة حكمنا فيما نُحَرِّمه نحن ، وهو يستبيحه حيث لا تعلُّقَ له بمسلم .

وقولُه : (وإنْ رَضِيَ بحكمنا) لا ينافي ذلك وليس في رضاه بحكمنا - إذا شرب - التزامٌ بحكمنا عليه بالحدّ فإن ذلك رِضًا منه بحكمنا على الإجمال .

وقولُه : (إن الحنفي في قبضة الإمام) المرادُ به ضدُّ ما ذكرناه في الذمّيّ ، أي أنه يلزمه الانقيادُ لحكم الإمامِ في ذلك وإن حكم عليه بالعقوبة فيما يحرمه الإمام ويستحله هو ، وللإمام ذلك إذا رأى المصلحة فيه كما في النبيذ ، فإن مفسدته كمفسدة الخمر المجمع عليه على ما شهدت به التجارب . قلت : وقد وجدت لما استشكل من حدّ الحنفي فى النبيذ مع استحلاله ، مستندًا قويًّا ، وهو إقامة عمر (رضي الله عنه) الحدَّ على قدامة بن مظعون في شُرْبه الخمرَ مع استحلاله لها قبل انعقاد إجماع الخاصة والعامة على تحريمها ، والخمر إذ ذاك كالنبيذ الآن في ذلك ، وانتشر ذلك بين الصحابة فصار إجماعًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٤/أ وما بعدها) .

قال : لا يُحَدُّ في المسألتين ، ومنهم من قال : يُحَدُّ في المسألتين .

ثم الموجب (١) - بقيوده - يجب (٢) أن يَظْهر للقاضي بشهادةِ رجلينِ ، أو إقرار صحيح (٣) ، ولا يعَوَّل على النكهة والرائحة ؛ فلعله غلط ، أو أُكْرِهَ (٤) .

ولو قال مطلقًا : شربتُ المسكر (٥) ، أو قال الشاهد : شَرِبَ مسكرًا ، أو شرب شرابًا شربه غيرُه فسكر ، كفى ذلك (٦) ولو تقدَّر احتمالُ الإكراه (٦) مع ظاهر الإضافة .

* * *

(١) في (أ) : « ثم الواجب » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « ينبغي » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « أو إقرار صريح » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « أو أُوجِرَه » وكلاهما صحيح ، ومعنى « أُوجِرَه » أي : أُدخل الخمر في حلقه رغما عنه .
(٥) في (أ) ، (ب) : « شربت مسكرًا » .
(٦) في (أ) ، (ب) : « ولا نقدر احتمال الإكراه » .

الطرف الثاني

في الواجب

والنظر في : قدره ، وكيفيته .

أما القدر : فأربعون جلدةً ، وأصلُه ماروي أن النبي ﷺ أُتي بشارب ، فقال : « اضربوه بالنعال » ، فضربوه بالنعال ، وأطرافِ الثياب ، وحَثَوْا عليه الترابَ ، ثم [قال][1] بَكِّتوه ، أو عَيِّروه[2] ونحوه ، ثم قال[3] : « أَرْسِلُوه » ، فلما كان في[4] زمان / أبي بكر (رضي الله عنه) أَحْضَر الذين شاهدوا ٢٥٨/ب
ذلك فَعَدَلُوه بأربعين جلدةً ، فكان يَجْلد أربعين[5] ، وكذلك عمر (رضي الله عنه) في صدر خلافته[6] حتى تتايَعَ الناسُ[7] بشرب الخمر[8] واستحقروا[9] ذلك ، فشاور الصحابة ، فقال علي (رضي الله عنه) : « من شرب سَكِرَ ، ومن سكر هَذَى ، ومن هَذَى افترى ؛ فأرى عليه حدّ المفترين » ، فكان عمر (رضي الله عنه) يَجْلد ثمانين ، وعثمانُ (رضي الله عنه) يَجْلد ثمانين[10] ، ثم عاد

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أي : عَيِّروه » .

(٣) كلمة : « قال » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) كلمة : « في » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) قال الإمام ابن الصلاح : « ماروَاه من الحديث في قَدْرِ حدِّ الخمر ، قد رويناه في السنن الكبير مُفَرَّقًا في أحاديث ، وبعضُها دون بعض في القوة ، وأوله إلى قول علي (رضي الله عنه) رواه الشافعي (رضي الله عنه) من حديث عبد الرحمن بن أزهر رضي الله عنه » مشكل الوسيط (جـ٢ق١١٤ /ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « في صدر الخلافة » .

(٧) قال ابن الصلاح قوله : (تتايع الناس) التتايع : بالياء المثناة من تحت قَبْلَ العين ، وهي لا تستعمل إلا في الشر ، وهو التهاون فيه واللجاج » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٤/ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « في شرب الخمر » .

(٩) في (ب) : « واستخفُّوا » .

(١٠) رواه أبو داود في سننه (٦٢٧/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٣٧) باب « إذا تتايع في شرب الخمر » حديث (٤٤٨٩) . ورواه الدارقطني (١٥٨/٣) والبيهقي في السنن الكبرى (٣٢٠/٨) والحاكم في المستدرك (٣٧٥/٤) وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

عليٌّ (رضي الله عنه) إلى أربعين [(١)] . وروي [عنه] [(٢)] أنه (عليه السلام) أمر حتى جَلَدَ الشارب أربعين ، ورُوِيَ أنه قال : « إنْ شَرِبَ فاجْلِدْه [(٣)] . فإن عاد فاجْلِدُوه ، فإنْ عَادَ فاقتلوه » [(٤)] . ولا خلاف أن القتل منسوخٌ في الشرب [(٥)] .

ثم اختلف الأصحاب في شيئين :

أحدهما : أنه هل يكفي الضربُ بالنعال وأطرافِ الثياب ؟ والحديثُ يدل على جوازه [(٦)] ، ومن منع قال : ذلك لاينضبط فقد كُفِينا مئونة [(٧)] التعديل ؛ فيُتبع .

الثاني : أن الإمام لو رأى أن يجلد ثمانين هل له ذلك ؟ ، فمنهم من منع لرجوع عليٍّ (رضي الله عنه) عنه . ومنهم مَنْ جوَّزَ [(٨)] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إلى الأربعين » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فاجلدوه » .

(٤) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٦٢٣/٤) (٣٢) كتاب « الحدود » (٣٧) باب « إذا تتابع في شرب الخمر » . حديث (٤٤٨٢) بإسناده عن معاوية بن أبي سفيان (رضي الله عنه) مرفوعًا بلفظ : « إذا شربوا الخمر فاجلدوهم ، ثم إن شربوا فاجلدوهم ، ثم إن شربوا فاجلدوهم ، ثم إن شربوا فاقتلوهم » . ورواه الترمذي (٣٩/٤) (١٥) كتاب « الحدود » (١٥) باب « ما جاء : من شرب فاجلدوه ومن عاد في الرابعة فاقتلوه » حديث (١٤٤٤) . وقال الترمذي : « إنما كان هذا في أول الأمر ، ثم نسخ بعد » ورواه النسائي (٣١٣/٨) كتاب « الأشربة » باب « ذكر الروايات المغلظات في شرب الخمر » ورواه ابن ماجه (٨٥٩/٢) (٢٠) كتاب « الحدود » (١٧) باب « من شرب الخمر مرارًا » حديث (٢٥٧٣) .

وقال ابن الصلاح : « وقع في نسخ « الوسيط » أن « القتل » كان في المرة الثالثة ، وليس بصحيح ، بل هو في الرابعة فيما رويناه من حديث أبي هريرة ، وفي الخامسة فيما رويناه من حديث معاوية ، رواهما أبو داود في سننه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٤/ب) .

(٥) انظر معرفة السنن والآثار للبيهقي (٣٦/١٣) ، والاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار للحازمي ص (٤٦٧) .

(٦) وهذا هوالصحيح كما في الروضة (١٧٢/١٠) . (٧) في (ب) : « مؤنة » .

(٨) وهوالأصح كما في الروضة (١٧٢/١٠) .

أما الكيفية ، فالنظرُ في : السَّوط ، ورفْع اليد ، والضّرب ، والزمان .

أما السوط ، فليكن وسطًا [١] ، ويقوم مقامه الخشبةُ الزائدة على القضيب الناقصة من العصا . ولا يَنْبغي أن يكون في غاية الرطوبة ، ولا في غاية اليُبْس [٢] .

وأما رفع اليد ، فلا يرفعه فوق الرأس ؛ فَيَعْظُمَ الألمُ ، ولا يكتفي بالرفع اليسير فلا يُؤْلم ، بل يُرَاعي التوسطَ [٣] .

وأما الضرب ، فيفرقه [٤] على جميع بدنه ، ويَتَّقي المقاتِلَ ، كالقرط والأخدع [٥] وثغرة النحر والفرج ، ويَتَّقِي الوجْهَ ؛ ففيه نَهْيٌ في البهائم ، فكيف في الآدميّ ؟ [٦] . ولايتقي الرأس عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لِقَوْلِ أبي بكر (رضي الله

---

(١) قال ابن الصلاح : « السوط في الأصل هو المتخذ من جلود وسيور تُلْوى وتُلَف ، وهو معروف ، وثمرته طرفُه ، وهكذا ثمرة اللسان طرفه ، وهذا هو المراد بثمرة السوط المذكورة في الحديث الذي رواه الشافعي عن مالك ، المذكور فيه : « فأُتِيَ بسوط جديد ، لم تُقطع ثمرته » واشْتَبَهَ هذا على إمام الحرمين ، فَغَيَّرَ ألفاظَ الحديث ، وقال فيه : « فأُتِي بخشبة » وفسَّر الثمرة بعقدها التي هي منابت الغصون الدقيقة ، وتَبِعَه على ذلك الغزاليُّ في « بسيطه » ونسأل الله عِصْمَتَه وتوفيقه » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٤/ب ، ١١٥/أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا ينبغي أن يكون في غاية الرطوبة ، ولا في غاية اليبس) هذا قاله في « الحسبة » وعنده أن في غاية الرطوبة إفراطًا في الإيلام من حيث إنها تلتوي على البدن ويغوص تأثيرها فيه حتى يتشقَّق منه الجلد ، وفي غاية اليُبْسِ تفريطًا لخفتها وقلّة إِيلامها ، والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٥/أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الوسط » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فَلْيُفَرِّقْه » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله في المقاتل : (كالقرط والأخدع) كذا هو في « النهاية » و « البسيط » وليس بصحيحٍ ، وصوابُه أنْ يقال : (كما تحت القرط) وهو ماتحت الأذن ؛ إذ القرط عبارة عما علق من شحمة الأذن من حلقةِ ذهبٍ أو غيره ، والأخدعُ : عرقٌ في موضع المحاجم من العنق ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١١٥/أ) .

(٦) قال ابن الصلاح : قوله : (ويَتَّقِي الوجْهَ ، ففيه نَهْيٌ في البهائم فكيف في الآدمي ؟) اتَّبَعَ فيه شيخه ، وفيه تقصيرٌ إذ وَجْهُ الآدميّ نفسُه منصوصٌ عليه في أحاديث ، منها مارويناه في صحيح مسلم وغيره عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ قال : « إذا ضَرَبَ أحدُكم فَلْيتجنب الوجْهَ » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٥/أ) .

قلت : الحديث رواه مسلم في صحيحه (٢٠١٦/٤) (٤٥) كتاب « البر والصلة والآداب » (٣١) باب « النهي عن ضرب الوجه » حديث (٢٦١٢) ، ورواه أبو داود (٦٣١/٤) حديث (٤٤٩٣) .

عنه) للجلاد : « اضْرِبِ الرأسَ ؛ فإن الشيطان في الرأس » .

ولا تُشَدّ اليدان من المجلود ، بل يترك حتى يتقي - إن شاء - بيديه .

ولا يُتَلُّ للجبين [1] بل يُضْرب [2] وهو قائم .

وتُضْرَب المرأة وهي جالسةٌ ، ويلفُّ عليها ثيابُها ؛ لكيلا تنكشف [2] .

وأما الزمان ، فلابد من موالاة الضرب ، فلو فرق مائةَ سوطٍ على مائة يوم لم يَجُزْ [3] . ولوضرب خمسين في يوم ، وخمسين في يوم آخر قال [4] : إنه جائز ، والضبط فيه عسيرٌ ، فالوجْهُ أن يُقَال : إذا انمحى [5] أثَرُ الألمِ الأول لم يَجُزْ ، وإن كان باقيًا جاز .

[6] هذا هوالقول في الجناية الموجبة للحدود[6] ، ولابُدَّ من الاختتام بابٍ في التعزير .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا يُتَلُّ للجَبِين) أي لا يُصْرَع لجبينه ، والجبينُ غَيْرُ الجبهة ، وهما جَبِينانِ إلى جانبي الجبهة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٥/أ) .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) قال الحموي : « قوله : (وأما الزمان فلابد فيه من موالاة الضرب ، ولو فرّق مائة سوط على مائة يوم لم يجز) .

قلت : ذكر بعض العلماء من المتأخرين أنه كان ينبغي أن يقول : فلا يضرب في حر شديدولا في برد شديد ، على ما يذكر بعده ؛ فإن المائة قد تكون متواليةً في يوم فيه حرٌّ شديد [أو برد شديد] ، ومع هذا لا يجوز .

قلت : هذا إشكالٌ ضعيف جدًا ؛ فإنه أراد به في أثناء الحر ، وإنما غرضه أن يذكر كل واحد في الغالب إلا وقد يكون متوقفًا على غيره ، وإنما غرضه أن يذكر كل واحد في موضعه » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٩/أ، ١٧٩/ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « قالوا » .   (٥) في (أ) : « مُحِيَ » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « هذاهو القول في الجنايات الموجبات للحدّ » .

باب

في التعزير [1]

والنظر في : الموجب ، والمُسْتَوْفِي ، والقدر ، وأصل الوجوب .

أما الموجب : فكلُّ جنايةٍ سوى هذه السبعة مما يَعْصى العبدُ بها رَبَّه ؛ فيستوجب بها التعزير [2] ، سواء كان على حقّ الله تعالى ، أو على حقّ الآدمي [3] ، إذْ حقُّ الآدمي [4] أيضًا لايخلو عن حقِّ الله تعالى .

وأما المستوفي : فهو الإمامُ ، وليس ذلك للآحاد إلا الأب والسيد والزوج . أما الأبُ فلا يعزِّر البالغَ ، والصغيرُ لا يُعَصَّى [5] لكن للأبِ الضربُ تأديبًا وحَمْلًا على التعلُّم وردًّا عن سوء الأدب . [6] وللمعلِّم أيضًا ذلك [6] بإذن الأب . وكلُّ ذلك جائزٌ بشرط سلامةِ العاقبة ، فإنْ أفضى إلى الهلاك [7] وَجَبَ الضمانُ على العاقلة ، ويكون شِبْهَ عمدٍ ، ويُتبين أنهم جاوزوا حدَّ الشرع ، إلا مايظهر كونُه عمدًا محضًا ، ففيه القصاصُ .

وأما السيدُ ، فالصحيحُ : أن له تعزيرَ عبدِه في حقِّ الله تعالى ، وأما في حق نفسِه ، فجائزٌ بلا خلاف .

---

(١) هذا العنوان ليس في الأصل وزدتُه للبيان .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الموجب للتعزير : (كلّ جنايةٍ سوى هذه السبعة مما يعصى بها العبدُ ربَّه تعالى) هذا يَردُ عليه تَرْكُ الصلاةِ ، فإنه مما سوى السبع ، والواجِبُ فيه القتلُ حدًّا دون التعزير . وقتالُ الصائل كقتال الباغي وما ألحقه به في ذلك . والصوابُ أن لا يذكر واحدًا منهما في الجنايات الموجبة للحدود ، فإن الواجبَ فيها القتالُ للدفعِ والردِّ إلى الطاعة . والقتل إنْ وَقَع لم يكن حدًّا ، بل يقع ضِمْنًا غير مقصود ، وهذا معلوم من قاعدة المذهب . واقتصر فيه في « البسيط » على أنه [يعني الموجب للتعزير] كلُّ جنايةٍ لا تُوجِبُ الحدَّ عَصَى مرتكبُها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٥/ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو حق الآدميين » . (٤) في (أ) ، (ب) : « الآدميين » .

(٥) أي أنّ الصغير لا يُوصَف بالمعصية وإن ارتكب ما هو حرامٌ شرعًا .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وللمعلم ذلك أيضًا » . (٧) في (أ) ، (ب) : « هلاك » .

وأما الزوجُ ، فلا يُعَزِّرُ زوجتَه إلا على النشوز [(١)] على الترتيب الوارد في القرآن العظيم ، فإن كانت لاتنزجر بالضرب اليسير بل بضربٍ مخوف ، فلا يُعزِّر أصلًا ؛ لأن المبَرِّحَ مهلكٌ [(٢)] ، والخفيفُ غيْرُ مفيدٍ .

أما أصل الموجب [(٣)] ، فقد قال العلماء : [(٤)] ما يتمحَّضُ لحقِّ الله تعالى [(٤)] فالاجتهادُ [فيه] [(٥)] إلى الإمام ، فإنْ رَأَى الصلاحَ في سَحْبِ ذيلِ العفو والتغافلِ عنه في بعض المواضع : فَعَل . وإن رأى الاقتصارَ على الزجر بمجرد الكلام : فَعَلَ ؛ إذِ المصلحة تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال ، وكم تجاوَزَ رسولُ الله ﷺ عن أقوامٍ أساءوا آدابهم !! .

أما المتعلق بحق الآدمي ، فلا يجوز إهمال أصله مع طلب المستحق . لكن هل يجوز للإمامِ تَرْكُ الضربِ والاقتصارُ على الزجر بالكلام إنْ رأى ذلك ؟ فيه وجهان .

ولو عفا المسْتَحِق ، فهل للإمامِ التعزيرُ ؟ فيه ثلاثةُ أوجه [(٦)] :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إلا في النشوز » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « يهلك » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أما أصل الوجوب » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ما يتعلق بحق الله تعالى » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) قال الحموي : « قوله : (المتعلق بحق للآدمي فليس له إهمال أصله مع طلب المستحق ، فكل هذا لا يُجَوِّزُ للإمام تركَ الضرب والاقتصارَ على الزجر بالكلام ، إن رأى ذلك فوجهان ، فإن عفا المستحق هل للإمام التعزير ؟ فيه ثلاثة أوجه ... إلى آخره) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالٌ فإنه قال : (إن غلب على ظنِّ الإمام تركُه جاز قولًا واحدًا ، وإن غلب على ظنه أنه لا يكفي فلابد من فعل ما يظنه زاجرًا لمثله) فعلى هذا لم يبق لاتجاه الخلاف وجه .

قلت : أمكن أن يقال : الخلاف مبني على ما إذا شك الإمام أو نائبه في صورة احتمل وقوع الفتنة ، فمنهم من جعل حكمَ الشك حكمَ غلبةِ الظن ، ومنهم من لا يلحقه [به] ، والتفصيل أن يقال : إن احْتُمِل من ترك الضرب والعدول إلى الزجر حصولُ فتنة لم يجز تركُ الضرب ، وإن لم يحصل بالعدول إلى الكلام وقوعُ فتنة عدل إلى الكلام . وأما إن كان يغلب على الظن أن يفضي تركُ الضرب إلى محظور لم يجز تركُ الضرب والعدول إلى الكلام وجهًا واحدًا ، وإن لم يُفْضِ عند غلبة الظن إلى محذور جاز العدول إلى الكلام ، هذا في حق الآدمي ، وأما في حق الله تعالى فإنه يجوز له تركُ التعزير إن رأى مصلحةً ، وإن لم يكن في تركه مصلحةٌ لم يجز له تركه » . إشكالات الوسيط (ق ١٧٩ / ب ، ١٨٠ / أ) .

أحدها : لا ؛ لأنه [ليس] [١] المستحق .

والثاني : نعم ؛ [٢] لأن ذلك لايخلو أيضًا [٢] عن الجناية على حق الله تعالى ، وربما أراد الإمامُ زَجْرَه عن العَوْد إلى مثله / . ٢٥٩/أ

والثالث : أنه إنْ عفا عن الحدّ سقَطَ ، وإن عفا عن التعزير ، فللإمام التعزيرُ ؛ لأن أصلَ التعزير موكولٌ إلى الأئمة [٣] .

أما قدر الموجب : فلامردَّ لأقلّه ، وأكثرُه محطوطٌ عن الحدّ . [٤] ومنهم من قال [٤] : يُحَطُّ كلُّ تعزيرٍ - وإن عَظُم - عن أقل الحدود ، وهو حدُّ الشرب . ومنهم من قال : تعزيرُ مقدماتِ الشرب يُحَطُّ عن حدِّه ، ولا يحط تعزير مقدمات الزنا إلا عن حد الزنا ، وكذلك تعزير [٥] مقدمات القذف ؛ فإنَّ إمْسَاكَ العبدِ سيِّدَه [٦] حتى يَقْتله [٦] غيرُه [كبيرة] [٧] أعظم من شُرْب قطرة من خمر [٨] . وروى صاحب « التقريب » حديثًا عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لا يُجْلَد فوق العشرة إلا في حدٍّ » [٩] ، وقال : الحديثُ صحيحٌ . فإن صحَّ ، فمذهبُ الشافعي (رضي الله عنه) اتباعُ الحديثِ ، وإن لم يَصِحَّ

---

(١) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لأن ذلك أيضًا لا يخلو » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٠/١٧٦) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ثم منهم من قال » .

(٥) كلمة : « تعزير » ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ليقتله » .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « من الخمر » .

(٩) الحديث رواه البخاري في صحيحه (١٢/١٨٢) (٨٦) كتاب « الحدود » (٤٢) باب « كم التعزير والأدب ؟ » حديث (٦٨٤٨) بلفظ : « لا يُجْلَد فوق عشر جلدات إلا في حَدٍّ من حدود الله » .

ورواه مسلم (٣/١٣٣٢) (٢٩) كتاب « الحدود » (٩) باب « قدر أسواط التعزير » حديث (١٧٠٨) ، وأبو داود (٤/٦٢٩) حديث (٤٤٩١) ، والترمذي (٤/٥١) حديث (١٤٦٣) ، وابن ماجه (٢/٨٦٧) حديث (٢٦٠١) جميعًا من طرق عن بكير ابن عبد الله عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر بن عبد الله عن أبي بردة مرفوعًا به .

الحديثُ فَيُحَطّ عن عشرين في حقِّ العبد [١] ؛ لأنه حدُّ الشرب في حقّه . وفي حقِّ الحر ، هل يُحَطّ عن العشرين [٢] الذي هو أقل ما يجب حدًّا كاملًا [٣] أو [عن] [٤] الأربعين الذي هو حدُّه ؟ ، فيه وجهان .

وأما مالك (رحمه الله) فإنه جَاوَزَ الحدَّ ، وجوَّز القتلَ في التعزير ؛ للاستصلاح ، وهو ضعيف ؛ إذ الاستصلاحُ التامُّ يحصل بالحدودِ والتعزيراتِ والحبسِ ؛ فلاحاجةَ إلى القتل ، والله أعلم [٥] .

وإذا فرغنا من موجباتِ الحدود ، فَجديرٌ بنا أن نُشِير إلى مُوجبات الضمانات ، سوى ماذكرناه في كتاب « الغَصْب » .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « الحديث الذي صححه صاحب « التقريب » متفق على صحته . وقول المصنف : (وإن لم يصح الحديث فيحط عن عشرين في حق العبد) غَيْرُ مرضيٌّ ؛ فإنه لا شك في صحته ، أخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما من حديث أبي بردة بن دينار . وكان ينبغي أن يقول : (وإن لم يُعْمل بالحديث ..) إذ قد قال بعض أصحابنا : أجمعت الأمةُ على جواز الزيادة على العشرين . فيدل الإجماع على كونه منسوخًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١١٥/ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « عشرين » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الذي هو أقل ما يجب حدًّا بحال » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) قوله : « والله أعلم » ليست في (أ) ، (ب) . وانظر حاشية الدسوقي (٣٥٥/٤) فقد أورد تفصيلًا فيما حكاه الإمام الغزالي عن الإمام مالك (رحمهما الله تعالى) . وانظر أيضًا التشريع الجنائي الإسلامي للشهيد عبد القادر عودة ففيه تفصيل عن مسألة التعزير بالقتل (٦٨٧/١ - ٦٨٩) .

كتاب
موجبات الضمانات

والنظر في :

ضمان الولاة ، وضمان الصائل ، وضمانِ ما أتلفه البهائمُ [1] ، فنعقد في كلّ واحدٍ بابا .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ما أتلفته البهائم » .

الباب الأول

في ضمان الولاة

والنظر في : موجب الضمان ومحلّه .

أما الموجب : فالصادر عن الإمام : إما تعزير ، وإما حدّ (١) ، أو استصلاح .

أما التعزير : فمهما سرى وَجَب الضمانُ ، وتبينَّ خروجُه عن المشروع ؛ إذ المشروعُ ما لا يُهْلِك ، وهو منوط بالاجتهاد ومشروطٌ بسلامة العاقبة ، فيجبُ الضمان على كل مُعَزِّر إذا لم تَسْلَمِ العاقبةُ .

وأما الحدود ، فهي مقدَّرة فيما عدا الشرب ، فإذا اقتصر فمات ، قلنا : الحقُّ قَتَلَه . أما إذا مال عن المشروع ، فلا يخلو : إما أن يكون في وقت ، أو قَدْرٍ ، أو جنس .

فإن كان في الوقت (٢) ، بأنْ أقامَه في شدة الحر ، فالنصُّ أنه لايَضْمن (٣) ، وفي مثله في الختان يَضْمن ، وذكرنا فيه النقلَ والتخريجَ ، فكأنّه يرجع حاصلُ الخلافِ إلى أنّ التأخيرَ مستحبٌّ أو مستحقٌّ ؟ .

أما الجنسُ ، فشاربُ الخمر إذا ضُرب بالنعالِ وأطرافِ الثياب قريبًا من أربعين (٤) – فمات ، فلا ضمانَ إلا على الوجه البعيد في أن ذلك غير جائز .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أو حدٌّ » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في وقت » .

(٣) وهو المذهب أيضًا كما في الروضة (١٠/١٧٧) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قال (رحمه الله) : « شاربُ الخمر ، إذا ضُرِبَ بالنعال وأطرافِ الثياب قريبًا من أربعين فمات فلا ضمان » ثم قال : (وإن ضُرِبَ أربعين فمات فقولان) قولُه : (قريبا من أربعين) غَيْرُ مَرْضِيٍّ ؛ لأنه إن جَعَل ذلك حدَّ الخمر فلاصائر إليه . وإن أراد به بعضَ الحد ، فذلك يُوهِمُ أن جميع الحدِّ – الذي هو أربعون – ليس كذلك فيما إذا كان بالنعال ، ويُوهِمُ أيضا أن سبب الفرق بين هذا وبين محلّ القولين كونُ ذلك أربعين ، و كونُ هذا قريبًا من أربعين ، وليس الأمر عندهم في ذلك على ذلك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٧/أ) .

وإنْ ضُرِبَ أربعين ، فقولان :

أحدهما : لاضمانَ كسائر الحدود [1] .

والثاني : نعم [2] ؛ لقول علي (رضي الله عنه) : « إنَّ ذلك شيء رأيناه بعد رسول الله ﷺ [3] » [4] وهذا بشرط أن لا يصح الخبر في جلد الأربعين [4] .

فإن أوجبنا ، فالصحيحُ إيجابُ كلِّ الضمان . وفيه وجه : أنه يوزَّع [5] على التفاوت بين ذلك ، وبين الضرب بالنعال في الألم . وهذا شيءٌ لا يَنْضبط ولا يُدْرَك أصلًا .

أما القدرُ ، فهو أن يَضْرب في حدّ القذف أحدًا وثمانين ، فقولان :

أحدهما : أنه يجب عليه من الضمان جزءٌ من أحد وثمانين .

والثاني : أنه يجب النصف ؛ نظرًا إلى الحق والباطل ، [6] إذ ربما أثر آلام السياط [6] لا تتساوى .

أما إذا ضَرَبَ في الشرب ثمانين ، ضمن الشطر ؛ لأنه زاد عن [7] المشروع مثله [8] . فلو أَمَر

---

(١) وهذا هو المشهور ؛ لأن الصحابة أجمعوا على أن الشارب يضرب أربعين . انظر الروضة (١٠/١٧٨) ، وقال الغزالي في الوجيز (٢/١٨٣) : « إنه أظهر القولين ؛ لتقدير الصحابة به » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بلى » .

(٣) هذا الأثر ذكره الشافعي كما في المختصر ص (٢٦٦) قال : « ورُوي عن علي (رضي الله عنه) أنه قال : « ليس أحَدٌ نُقيم عليه حدًّا ، فيموت ، فأَجِدُ في نفسي شيئًا ، الحقُّ قَتَلَه إلا حدّ الخمر ؛ فإنه شيء رأيناه بعد النبي ﷺ ، فمن مات منه فَدِيَتُه ، إما قال : في بيت المال ، وإما قال : على عاقلة الإمام » والشكّ من الشافعي (رحمه الله) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وهذا بشرط أن لا يصح في الخمر جلدُ الأربعين » . قلت : قد صح ذلك كما رواه مسلم في صحيحه وسبق تخريجه .

(٥) في (أ) ، (ب) : « مُوَزّع » .

(٦) في (أ) : « إذ مقادير آلام السياط » .

(٧) في (أ) : « على » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا ضرب في الشرب ثمانين فمات ، ضَمِنَ الشطر ، لأنه زاد على المشروع مثله) يعني : زاد على المشروع جلدًا مثله تعزيرًا . قلت : وإنما جاز فيه التعزير بأربعين ؛ لأنه تعزير على تَصَدِّيه للافتراء في =

الجلادَ بثمانين ، فزاد واحدًا (١) ، اجتمع من الأصول ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يسقط من الضمان أربعون من واحد وثمانين ، ويجب أربعون على الإمام ، وواحدٌ على الجلاد (٢) .

والثاني : أنه يجب في مقابلة الباطل نصفٌ موزَّعٌ على الإمام والجلاد بالسوية (٣) .

والثالث : أنه يُجعل الضمان أَثْلاثًا ، فَيَسْقط ثلثُهُ ، ويجب على الإمام ثُلُثُه ، وعلى الجلَّاد ثُلُثُه .

أما الاستصلاح ، فهو : إما بقطع سِلْعة (٤) أو بالختان .

أما السلعة ، فللعاقل أنْ يَقْطعها من نفسه إن لم يكن فيه خوفٌ ، فإن كان مخوفًا لم يَجُزْ لإزالةِ الشَّيْنْ . وهل يجوز للخوف على البقية ؟ ، فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا ؛ لأن الخوفَ موجودٌ في التَّرْكِ والقطع ، فلا فائدة في القطع .

والثاني : الجواز ؛ إذِ الخوفُ متساوٍ ، فإليه الخيرةُ (٥) .

= هذيانه ، ومقدِّمات القذف يعتبر فيها النقصُ عن حد القذف لا عن الأربعين على وجه صحيح سبق . ومن قال : يعتبر في كل تعزير نَقْصُه عن الأربعين ، اعتذرنا له بأن الأربعين هاهنا تعزيران أو تعزيرات على تصديه للافتراء أو لغيره من المعاصي ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٧/أ) .

(١) في (أ) ، (ب) : « فزاد واحدةً » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٠/١٧٨) .

(٣) في (ب) : « بالتسوية » .

(٤) قال ابن الصلاح : « السِّلعة ، قيل : إنها الغدة ، ذكره إمام الحرمين ، وفي صحاح اللغة للجوهرى : إنها زيادة تحدث في الجسد كالغدة تتحرَّك إذا حُكَّتْ ، وقد تكون من حُمّصة إلى بطيخة . قلت : وهي بكسر السين كما في سلعة المتاع . ومَنْ قالها بفتح السين فهو مخطىء، وإنما السَّلعة بالفتح : الشجة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٧/ أ ، ومابعدها) .

(٥) وهذا هو الأصح كما في الروضة (١٠/١٧٩) .

والثالث : أنَّ القطع - إن كان أسلم في الظنّ الغالبِ - جاز ، وإن اعتدل الخوفُ فلا ، وكذلك الخلافُ في اليد المتآكلة .

أما من به أَلَمٌ لايطيقه ، فليس له أن يُهْلِكَ نفسَه ، فإن كان الموتُ معلومًا ، مثل الواقع في نار [١] لا ينجو منها / قطعًا ، وهو قادر على إغراق نفسِه [٢] ، وهو أهون عليه [٣] : اخْتَلَفَ فيه أبو يوسف ومحمدٌ (رحمهما الله) ، والأصحُّ : أنَّ له أنْ يُغْرِق نفسَه . ٢٥٩/ب

رجعنا إلى الوالي والولي ، وليس لهما ذلك في حقّ العاقل البالغ إجبارًا ، بل الخيرة إلى العاقل . فإن فعلوا وَجَبَ القصاصُ .

أما المَوْليّ عليه بالصغر والجنون ، فللأبِ أنْ يتعاطى فيهم ما يتعاطى العاقلُ في نفسه لإزالة الشَّيْن والخوف .

أما السلطان ، فله ذلك حيث لاخوفَ ، ويكون قطعه كالفَصْد والحجامة ، وهو جائزٌ له . وإن كان في القطع خطرٌ فليس للسلطان ذلك ، كما ليس له الإجبار على النكاح ؛ لأن مثل هذا الخطر يَستدعي نظرًا دقيقًا وشفقةً طبيعيةً ، وليس للسلطان ذلك ، فإنْ فَعَل حيث لم نجوِّز ، فتجب الدِّيَةُ ، وفي القود قولان [٤] ، ووجْهُ الإسقاطِ الشبهةُ ؛ إذْ هذا مما تقتضيه ولايةُ الأب وإن لم [تكن] [٥] تقتضيه ولايتُه . ثم الصحيحُ أن الدية في خاصِّ مالِه وإنْ سقط القود ؛ لأنه عمدٌ محض . وحيث جوزنا [٦] للأبِ والسلطانِ ذلك ، فسرى ، قال القاضي : « وجبَ الضمانُ كالتعزير ؛ لأنه غير مضبوط [٧] ، وإنما جوزنا بالاجتهاد » ، والصحيح ما قاله الأصحابُ ، وهو سقوط

---

(١) في (أ) ، (ب) : « في النار » .

(٢) وذلك كأن يكون في سفينة مشتعلة مثلًا .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فقد » بدلًا من « عليه » .

(٤) والأظهر من القولين أنه لا يجب ؛ لأنه قَصَد الإصلاح . انظر الروضة (١٠/١٨٠) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (ب) : « حيث جُوِّزَ ... » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأنه غير مضبوط) أي فيما يرجع إلى الألم والسراية ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٧/ب) .

الضمان ؛ لأن الجرح فيه خطر ، وقد جُوّز مع الخطر ، وإنما جُوِّزَ من التعزير مالا خَطَرَ فيه . وكيف يتعرض الوليُّ لضمانِ سراية الفصد والحجامة ، وذلك يَزْجُره عن فعله ، ويَضُرُّ بالصبيِّ ؟ . نعم ، يتجه ذلك في الختان بعضَ الاتجاه فإنه ليس على الفور ، ولا فيه خوفٌ [١] . والصحيح أيضًا أنه لاضمان .

أما الختان ، فمستحقٌّ عند الشافعي (رضي الله عنه) في الرجال والنساء ؛ لأنه جائز ، مع أنه جرح مخطر ، فيدل على وجوبه ، والواجبُ في الرجال قَطْعُ مايَغْشى الحشفَة ، وفي النساء ماينطلق عليه الاسم .

ثم أولُ وجوبه بالبلوغ [٢] ، وليس يجب على الصبي ، بخلاف الغُدّة إذْ تنقضي من غير فعل ، والأولى أن يبادر الوليُّ في الصبي ؛ لسهولة ذلك عند سخافة الجلد ، فإن بلغ وامتنع استوفى السلطان قهرًا ، فلا ضمان إذ وجب استيفاؤه إلا أن يَفْعل في شدة الحر ، فإن النصَّ أنه يضمن [٣] ، وفيه تخريج سبق .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في توجيه التضمين في الختان : (إنه ليس على الفور ولا فيه خَوْفٌ) معناه وتقريره : ليس على الفور في حقّ الصبي ونحوه ، ولا في تركه خوفٌ عليه كما في السِّلْعة حتى يحتاج إلى تجويزه للولي من غير ضمان كي لايمنعه من فِعْله خَوْفُ الضمان مع كونه غَيْرَ مُسْتَبْعَدٍ حينئذ لما فيه من الخطر ، وإنما فسرنا ذلك بالخوف في الترك – مع أن ظاهر لفظه فيه لايُشْعِرُ به – ؛ لأن الخوف في نفس الختان ثابتٌ قد أثبته المصنفُ في قوله بعد هذا : (إنه جرحٌ مخطر) ولأن ماذكرته من المعنى يقتضيه والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ق ١١٧/ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « البلوغ » .

(٣) وهو المذهب كما في الروضة (١٠/١٨٢) .

النظر الثاني

في محله

والإمامُ كسائر الناس فيما يتعاطاه [١] لا في معرض الحكم [٢] ، أو في معرض الحكم على خلاف الشرع عَمْدًا . أما إذا بَذَلَ الممكن في الاجتهاد فأخطأ ، ففي الضمان قولان :

أحدهما : أنه كسائر الناس يجب عليه ، أو على عاقلته [٣] .

والثاني : أنه في بيت المال ؛ لأن الوقائع تكثر ، وهو مُعَرّض للخطأ ، فكيف يُسْتهلك مَالُه ؟!. وعلى هذا ، ففي الكفَّارة وجهان [٤] ؛ لأنها من جنس العبادات فتبعد عن التحمُّل . ويجري القولان فيما لو ضَرَبَ في الشرب ثمانين وقلنا : له ذلك . ولا يجري إذا أقام الحدَّ على حاملٍ مع العلم ؛ فإنه مقصِّر [٥] ، والغرةُ [٦] على عاقلته قطعًا ، وكذلك إذا قضى بقولِ عبدين ، أو كافرين ، أو صَبيَّيْنِ وقصَّر في البحث . فإنْ بحث فأخطأ ، [٧] جرى فيه القولان [٧] ، إلا أنه يُمْكِن الرجوع على الشهود ؛ لأنهم تصدوا [٨] لِمَا ليسوا أهلًا له . ومنهم من قال : لارجوعَ ؛ لأنهم صدقوا أو أصروا ، وليس القاضي كالمغرور ؛ إذ المغرورُ غيرُ مأمور بالبحث ، وهو مأمورٌ به [٩] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فيما يتعاطى » .

(٢) يعني ما يتعدى فيه الإمام من التصرفات ، ويقصر فيه ، أو يخطىء خطأ لا يتعلق بالحكم ، كأن يرمي صيدا – مثلًا – فيقتل إنسانًا ، فالحكم فيه كالحكم على سائر الناس ، فيجب الضمان في ماله ، أو على عاقلته .

(٣) والأظهر أن الضمان على عاقلته . انظر الروضة (١٨٣/١٠) .

(٤) إذا قلنا : إن الضمان على العاقلة ، فالكفارة في ماله . انظر الروضة (١٨٣/١٠) .

(٥) أي مع العلم بأنها حامل ، فيكون مقصرا ؛ إذ أقام الحد في هذه الحالة .

(٦) الغرة : عبد أو أمة ، وتكون ديةً للجنين إذا سقط ميتًا بالتعدي على أُمِّه . انظر المصباح المنير (٦٨٢/٢) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « جرى القولان » .

(٨) في الأصل : « قصدوا » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) والأصح أنه لا يرجع على العبدين أو الفاسقين ؛ لأنهما يزعمان أنهما صادقان ، ولم يُوجد منهما تَعَدٍّ ، وليس =

فإن قلنا : يرجع ، ففي تعلقه برقبة العبدين ، أو لزومه في ذمتهما خلافٌ [(١)] . وفي الرجوع على المراهق نظرٌ ؛ لأن قوله بعيد أن يعتبر الإلزام [(٢)] ، ولكن يمكن أن يُجْعَل كجنايةٍ حِسّيّة ، ولذلك تعلّق برقبة العبد على رَأْيٍ .

فإنْ كانا فاسِقَيْنِ - ورأينا نَقْضَ الحكم بظهور الفسق بعد القضاء - ففي الرجوع عليهم ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يجب كالعبدين .

والثاني : لا ؛ لأنهما من أهل الشهادة [على الجملة] [(٣)] .

والثالث : أنه يرجع على المجاهر دون المكاتم ؛ فإنَّ عليه سَتْرَ الفسق بخلاف الرقّ فإنه لايُسْتر .

أما الجلاد ، فلا ضمان عليه [(٤)] ؛ لأنه كَيَدِ الإمامِ وسيفِه ، ولو ضمن لم يرغب أحدٌ فيه [(٥)] ، وكذا الحجام إذا قطع سلعة بالإذن فلاضمان عليه [(٦)] مهما كان القطع مباحًا . أما إذا قطع يدًا صحيحة بالإذن ، ففي الضمان خلافٌ ؛ لأن المستحق أسقط

= عليهما إفشاءُ حالهما ، ولا عليهما إخفاءُ ما علموه ، والقاضي قد يُنْسَب إلى تقصير في البحث . انظر الروضة (١٨٤/١٠) . الغاية القصوى (٩٣٨/٢) .

(١) إن قلنا : يرجع على العبدين بالضمان ، فالأصح أنه يتعلق بذمتيهما لا برقبتيهما . انظر الروضة (١٨٤/١٠) .

(٢) في (أ) : « الإلزام » . وفي (ب) : « للالتزام » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . وقوله : (لأنهما من أهل الشهادة على الجملة) يعني على مذهبٍ ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) . انظر مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٧/ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « حكم الجلاد - كما قال إمام الحرمين - نادرٌ من النوادر ، فإنه قاتلٌ مباشِرٌ مختار لا يتعلق به في القتل حق حتى إنه لا كفارةَ عليه ، مع أن الكفارة أسرعُ أحكام القتل ثبوتا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٨/أ) .

(٥) يعني لو ضمن الجلادُ لما رغب أحدٌ في هذا العمل أصلًا .

(٦) من قوله : « لأنه كيدِ الإمامِ ... إلى قوله .. فلا ضمان عليه » ساقط من (ب) .

[حقه] (١) ولكنه محرم (٢) .

ولو قَتَلَ حرٌّ عبدًا ، وأمر الإمامُ بقتله ، والجلادُ شفعوي (٣) ، ففيه وجهان ، يُنْظر في أحدهما إلى اعتقاد الجلاد ، وفي الثاني (٤) إلى اجتهاد الإمام (٥) .

وكذا الخلافُ فيما لو كان الإمام شفعويًا (٦) فأخطأ بذلك ، والجلادُ حنفي : فالنظرُ إلى جانب الإمامِ يوجب القصاصَ على الجلاد (٧) .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا قطع يدًا صحيحة بالإذن ، ففي الضمان خلاف) قلت : هذا الخلاف ذكروه في ضمان النفس إذا سرى القطع إلى النفس ، وبنوه على القولين في أن الدية تثبت للوارث ابتداءً ، أو تثبت للمقتول ثم تنتقل إلى الوارث ؟. وأما أرش الطرف ، فقطعوا بسقوطه وهكذا ذكر المصنف وشيخه ذلك في باب العفو عن القصاص ، وكلامه هاهنا يُوهِمُ جريانَ الخلاف في أَرْشِ الطرف ، ويوهم أن قوله : (لأن المستحق أسقطه ولكنه محرم) إشارةٌ إلى تعليل الرأيين فيه معًا ، ونحن نُفَسّره بما يوافق ما عُرِفَ في ذلك ، فنقول : كلامه هذا تعليل منه للقول بسقوط دية النفس بأنه المستحق لها وقد أسقطها في ضمن إباحته وإذنه في القطع الساري ، وإن كان القطع لا يجوز بذلك ، بل هو محرم ، كما يسقط الضمان فيما إذا أذن في إتلافِ محرمٍ لماله ، وإن كان الإتلاف محرمًا فاعلمْ ذلك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٨/أ) .

(٣) في (ب) : « شافعي » وهو الصواب لغةً ، قال الفيومي : وقول العامة : شفعوي ، خطأٌ ؛ لعدم السماع ومخالفة القياس . انظر المصباح المنير (٤٨٥/١) مادة (ش ف ع) .

وقال ابن الصلاح (رحمه الله) : « قوله في شافعي المذهب : (شفعويّ) خطأٌ ، بل الشافعيُّ مَذْهَبًا والشافعيُّ نَسَبًا ، سواء في اللفظ عند أهل العلم بالعربية والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٨/ب) .

قلت : وقولُه : (والجلادُ شفعوي) يعني أنه لا يعتقد قَتْلَ الحرّ بالعبد قصاصًا .

(٤) في (أ) ، (ب) : « والآخر » بدل « وفي الثاني » .

(٥) والأصح عند الشافعية : أنه يجب القصاص والضمان على الجلاد ؛ لأن واجبه الامتناعُ إلا أن يكون مُكْرَهًا . انظر الروضة (١٨٥/١٠) .

(٦) في (ب) : « شافعيا » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (فالنظر إلى جانب الإمام يُوجب القصاص على الجلاد) وجْهُه – مع كون الإمام أذن فيه مخطئًا – أنه بمنزلة ما لو قَتَلَ بغير إذن الإمام ؛ لأن الإمام لو عَرَفَ الحال لما أَذِنَ ، والجلادُ عارفٌ ومُفَرِّط في كونه لم يُخْبِرِ الإمامَ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٨/ب) .

وكلُّ هذا إذا كان للجلاد محيصٌ عن الفعل (١) . فإن لم يكن فهو كالمكره - على ٢٦٠/أ
رأيٍ - وقد ذكرناه / .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وكلُّ ذلك إذا كان للجلاد محيصٌ عن الفعل) يعني به ما إذا أمرَه الإمامُ على وجهٍ لا يخاف من سطوته لو لم يمتثل أمْرَه . فإن لم يكن له محيصٌ ، وهو يَخاف من سطوته لو لم يمتثل ، فهو على الخلاف المعروف في أن أَمْرَ السلطانِ المخَوفِ من سطوته ، لو خُولِفَ ، هل يكون إكراهًا حتى يسقط - على قول - ما ذكرناه من القصاص ؟ والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٨/ب) .

الباب الثاني

في دفع الصائل

والنظر في :

المدفوع ، والمدفوع عنه ، وكيفية الدفع .

أما المدفوع ، فلا تفصيل فيه عندنا ، بل كلُّ ما يخاف الهلاكُ منه ، يُبَاح دَفْعُه ولا ضمان فيه ؛ لأنه مُسْتَحَقُّ الدفْعِ ، يَسْتوي فيه المسلمُ ، والكافر ، والصبي ، والمجنون ، والبهيمةُ (1) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجب ضمان البالغ ، ويجب ضمان البهيمة الصائلة (2) ، (3) وله في الصبي والمجنون تردد (3) .

واختلف الأصحاب في مسألتين :

إحداهما : جرَّةٌ تدهورت (4) من سطح ، أو جدار مُطِل (5) على رأس إنسان فدفعها (6) فكسرها ؛ فمن ناظرٍ إلى أنه مُسْتحقّ الدفع ، ومن ناظرٍ إلى أنه (7) لااختيار لها حتى يُحَالَ عليها ، فصار كالمضطر في المخمصة إلى طعام الغير ، فإنه يأكل ويَضْمن (8) .

---

(١) انظر في مذهب الشافعية : مختصر المزني ص (٢٥٨) . منهاج الطالبين ص (١٣٥) . الروضة (١٠/ ١٨٦). فتح الوهاب (٢/١٦٧) .

(٢) انظر قول أبي حنيفة (رحمه الله) في مختصر الطحاوي ص (٢٥٨) . رءوس المسائل ص (٥٠٦) . إيثار الإنصاف في آثار الخلاف ص (٤٤٠) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وله في المجنون والصبي تردد » .

(٤) تدهورت : يعني وقعت من عُلُوّ .

(٥) مُطِلّ : أي مُشْرِف مُسْتَعْلٍ . قاله ابن الصلاح في المشكل .

(٦) قوله : « فدفعها » ساقط من : (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أنها » .

(٨) والأصح أنه يجب الضمان عليه كما في الروضة (١٠/١٨٦) . والغاية القصوى (٢/٩٣٩) .

الثانية : إذا اضطر إلى طعامٍ في بيته ، وعلى بابه بهيمةٌ صائلة لاتندفع إلا بالقتل ، فهو مردد بين ضرورة (1) المخمصة و الصيال (2) ، ففيه وجهان (3) .

وهذا حكم جواز الدفع .

أما جواز الاستسلام فَيُنظر : إن كان الصائلُ بهيمةً أو ذميًّا ، لم يَجُزْ ، ووجب الدفع ؛ إِذْ عهد الذميِّ ينتقض بصياله (4) . وإن كان مسلمًا محقونًا فقولان :

أحدهما : الجواز (5) ؛ لقوله ﷺ لحذيفة (رضي الله عنه) في وصف الفتن (6) : « كُنْ عَبْدَ اللهِ المقتولَ ، ولا تَكُنْ عبْدَ الله القاتل » (7) .

والثاني : المنع (8) ؛ لأن الصائل لاحرمة له ؛ لظلمه ، والمصولُ عليه محترمٌ . وإنما يؤمر بترك القتل في الفتنة خوفًا من إثارة الفتنة .

---

(1) في (أ) ، (ب) : « صورة » . (2) في (أ) ، (ب) : « والصائل » .

(3) والأصح هنا نَفْيُ الضمان . انظر الروضة (١٠/١٨٦) .

وقال ابن الصلاح : الخلاف المذكور في المسألتين إنما هو في وجوب الضمان مع جواز الدفع قطعًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٨/ ب) .

(4) في (أ) ، (ب) : « بالصيال » . (5) أي جواز الدفع .

(6) في (أ) ، (ب) : « في وَصْفِه الفِتَنَ » .

(7) قال ابن الصلاح : « حديث حذيفة « كن عبدالله المقتول ... » ذكر شيخه أنه حديث صحيح ، ولا اعتماد عليه في هذا الشأن ، ولم أجده في كتب الحديث الخمسة المعتمدة » . مشكل الوسيط (ق ١١٨/ب) .

وقال في الروضة : (١٠/١٨٨) : « وإن كان مسلمًا فقولان :

أظهرهما : لايجب الدفع ، بل له الاستسلام .

والثاني : يجب ، وعن القاضي حسين أنه إن أمكنه دفعه بغير قتله ، وجب ، وإلا فلا ، والقائلون بجواز الاستسلام ، منهم من يزيد ويصفه بالاستحباب ، وهو ظاهر الأحاديث » أ . هـ . قلت : والحديث المذكور رواه أحمد في مسنده (٥/١١٠) . والدارقطني في سننه (٣/١٣٢) .

(8) أي : المنع من الاستسلام .

نعم ، يجوز للمضطرين في المخمصة الإيثار ؛ لأن الحرمة شاملةٌ للجميع .

وأما الصبي والمجنون ، فمنهم من ألحقهما بالبهيمة ، ومنهم من طرد القولين . ووجه القطع بالمنع : أنَّ قَتْلَ الصبيِّ يجب مَنْعُه على المكلَّف إذا قدر كيلا يبوء بالإثم ؛ لأنه صورةُ ظلمٍ (١) .

أما المدفوع عنه : فله ثلاث مراتب :

الأولى : ما يَخُصُّه ، وهو كلُّ حقٍّ معصومٍ : من نفسٍ ، وبُضعٍ ، ومال وإن قَلَّ حتى يُهدَر الدمُ في الدفع عن درهم (٢) ، وحُكي عن الشافعي (رضي الله عنه) قول قديم : أنه لايُدفع عن المال بالقَتْل ، وهو غريبٌ .

الثانية : ما يخصّ الغيرَ وهو يقدر على دفعه (٣) . منهم من طرد القولين في وجوب الدفع ، ومنهم من قطع بالوجوب ؛ إذْ لامَدخَل للإيثار هاهنا ، وهو حقُّ الغير . ومن الأصوليين مَنْ قطع بالمنع ، وقال : ليس شَهْرُ السلاحِ في مثل ذلك إلى الآحاد ، بل إلى السلطان ؛ لأنه يُحَرِّك الفتنَ .

الثالثة : ما يتعلق بمحض حقِّ اللّه تعالى ، كشرب الخمر ، فظاهرُ رَأْي الفقهاء

---

(١) قال ابن الصلاح : « قولُه في توجيه قولِ مَنْ قطع بوجوب دفع الصبي الصائل ، ولم يُخَرِّجْه على الخلاف المذكور في وجوب دفع الصائل البالغ ، تفسيرُه وتقريرُه : أنَّ القتل الذي أراد الصبيّ الصائل اتباعه بالمكلف المصُول عليه ، يجب على المكلف مَنْعُه منه إذا قدر ؛ كيلا يَبُوءَ بصورة الإثم ؛ لأنه صورة ظلم ، وليس الصبيُّ مستقلا موكَلًا إلى اختياره بخلاف البالغ ، فوجب على هذا المكلَّف دَفْعُه من هذه المفسدة وإن لم يكن وليّاله ؛ لتعلُّقها به . هذا ما أمكن في تصحيح كلامه هذا ، وكان ينبغي أن لايعدل إليه عما في « النهاية » و « البسيط » وهو أنه إنما جازله الاستسلام للبالغ على قولٍ ؛ لأن البالغ يبوء بإثمه وإثمِ نفسه كما قال الله تعالى في قصة هابيل وقابيل : ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ تَبُوءَ بِإِثْمِي وَإِثْمِكَ﴾ أي تتحمله ، وليس الصبيُّ والمجنونُ كذلك ، فَكَانَا كالبهيمة . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٩/أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في دفعِ عن درهم » والمقصود : أن نفس الصائل يجوز أن تُهْدَر إذا أراد الصائل أَخْذَ المال وإن قلَّ ، حتى ولو كان المالُ درهمًا ، ولا ضمان على المصول عليه .

(٣) قال ابن الصلاح : « أي ولا يخاف هلاك نفسه فيه » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٩/أ) .

وجوبُ الدفع ؛ بسبب الأمر بالمعروف ، ولو بالسلاح . ومنهم مَنْ منع ذلك إلا للسلطان خوفًا من الفتنة . وذكرنا في ذلك تفصيلًا طويلًا في كتاب «الأمر بالمعروف» من كتب «إحياء علوم الدين»[(١)].

أما كيفية الدفع ، فيجب فيه التدريجُ ؛ فإن اندفع بالكلام لم يُضرب ، أو بالضرب لم يُجرح ، أو بالجرح لم يُقْتل ، وإذا اندفع لم يُتْبَعْ .

ولو رأى مَنْ يزني بامرأةٍ ، فله دَفْعُه إنْ أبى ولو بالقتل . فإن هرب فاتَّبَعَه وقَتَلَه ، وجَبَ القصاصُ عليه إن لم يكن محصنًا [(٢)] ، فإن كان مُحْصَنًا فلا قصاص ؛ لأنه مُسْتَحِقُّ القتل وإن لم يكن للآحاد قَتْلُه . وكذا من استبدَّ بقطع يدِ السارقِ فلا قصاص ، ولكن لابُدَّ من إقامة بينةٍ عليه ؛ فإنه لايُسْمع مجرد دعواه للزنا والسرقة .

وتُبنى على هذه القاعدة مسائل :

الأولى : لو قَدَرَ المصولُ عليه على الهرب ، فالظاهر أنه ليس له الدفع [(٣)] ، ومنهم من جوَّز ، وكأنَّ الموضعَ حقُّه فلايلزمه الهربُ .

ولو كان الصائل يندفع بسوط ، لكن ليس في يد المصول [عليه] [(٤)] إلا مالو ضرب به لجرح : فالظاهرُ جوازُ الضرب ؛ لأن المعتبرَ حاجتهُ ، وهو لايقدر على غيره ، ولذلك نقول : الحاذق الذي يَقْدِر على الدفع بأطراف السيف من غير جرح ، يَضْمن إنْ جَرَح ، والأخرقُ الذي يَعْجِز عنه لا يَضْمن .

الثانية : لو عضَّ يَدَ إنسانٍ ، فله أن يسل يده ، فإن نَدَرت أسنانه [(٥)] فلا ضمان ،

---

(١) انظر إحياء علوم الدين (٢/٢٨٥ - ٣٠٦) .

(٢) أي فإن هرب الزاني ، فاتبعه الدافعُ وقتلَه ، فعلى الدافع القصاصُ إن كان الزاني غير محصن ، فإن كان الزاني محصنًا فلا قصاص على الدافع ؛ لأن المحصن مستحق الرجم شرعًا بزناه .

(٣) وقال في الروضة (١٠/١٨٨) : « يجب الهرب ؛ لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأهون » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) أي سقطت ، وزالت من موضعها . انظر المشكل (جـ٢ ق ١١٩/أ) . والمصباح المنير (٢/٩٢٢) مادة (ن د ر) .

وإن لم يقدر على السَّلِّ ، فله أن يَضَع السكين في بطنه ، ويَعْصِر أُنثييه . وقيل : لا يجوز إلا أن يَقْصِدَ العُضْوَ الجاني لينَدفع . وهو بعيد .

الثالثة : إذا نظر إلى حرم إنسانٍ من صِير الباب [١] ، وكوة الدار [٢] عمدًا ، فله أن يَقْصد عينيه بحصاةٍ ، أو مَدرة [٣] من غير تقديم إنذار . فلو أعماه الرميُ فلا ضمانَ ، وهذا على خلاف تدريج الدفع ، ولكن نَظَرَ رجلٌ إلى رسول الله ﷺ في حجرته منْ صير بابه ، وكان بيده عليه السلام مِدْرًى [٤] يحكُّ به رأسه ، فقال : « لو علمتُ أنك /٢٦٠/ب تنظرني ، لطعنتُ بها [٥] عينيك » [٦] .

وقال القاضي : لابد من تقديم الإنذار على القياس ، والحديث محمول [٧] على أنه لو [٧] أَصَرَّ على النظر فلم يندفع بالإنذار . وهذا مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) .

وعكس صاحبُ « التقريب » وقال : يُستدل بهذا على أنَّ الدفْعَ جائزٌ ابتداءً [٨] من غير إنذار ، ويتَأيَّدُ ذلك بقولنا : إنه يجوز قَتْلُ المرتد بغتةً من غير إمهال وإنذار . والمذهبُ : الفَرْقُ ؛ لأجلِ الحديث ، ولأن النظر إلى الحرم جناية تامة ، فإنَّ مارآه وانكشف له ، لايَسْتتر باندفاعه بعده ، فللنظرِ هذه الخاصية . لكن لاخلاف أنه بعد

---

(١) صِير الباب : شقّه ، كأنْ يكون بالباب شقوق وفَتَحاتٌ . انظر المصباح المنير (٥٤١/١) مادة (ص ي ر) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو كوة الدار » .

(٣) المَدْرة : طينةٌ يابسةٌ ، وقد يُحْذَف بها كما يفْعل بحصاة الحذف . قاله ابن الصلاح في المشكل (جـ ٢ ق ١١٩/ب) .

(٤) المِدْرى : حديدة كالمسلة يُفرق به الشعر ، ويُسَوَّى .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بهذا » .

(٦) الحديث رواه البخاري (٢٦٠/١١) (٧٩) كتاب « الاستئذان » (١١) باب « الاستئذان من أجل البصر » حديث (٦٢٤١) ، ورواه مسلم (١٦٩٨/٣) (٣٨) كتاب « الآداب » (٩) « تحريم النظر في بيت الغير » حديث (٢١٥٦) . والترمذي (٦١/٢) حديث (٢٧٠٩) جميعا من طرق عن الزهري عن سهل بن سعدٍ مرفوعًا به .

(٧) في (أ) ، (ب) : « على ما لو » .

(٨) كلمة « ابتداء » ساقطة من (أ) ، (ب) .

الاندفاع لاتُقْصَد عَيْنُه بالجناية السابقة ، فكأن المسَلِّط هذه الخاصيةُ مع وجود الجناية .

والصحيحُ : أنه لو استرق السَّمْعَ من كُوّة ، لم تُقصد أُذُنه من غير إنذار ، وإن كان ما سمعه قد فات ولكن أمر الكلام أهونُ من أمر العورات (١) ، وفيه وجه : أنه يلحق به .

وإن كان البابُ مفتوحًا فَنَظَر لم يُقصد ؛ لأن التقصير من ربِّ الدار .

ولا فَرْقَ بين أن يَنْظر في الصير من ملكِ نفسِه ، أو من الشارع ، أو من السطح ، فإنه يُقْصد .

هذا إذا كان في الدار حرم غير متسترات ، فإن لم يكن فثلاثة أوجه :

أحدها : الجواز ؛ للعموم ، ولأن الإنسان قد يكون مكشوف العورة .

والثاني : المنع ؛ إذ أُمِنَ الاطلاع على المستترة ، وعلى الرجال أسهل .

والثالث : أنه يجوز [القصد إن كان في الدار حرم وإن كنّ مستتراتٍ . وإن لم يكن إلا الرجال لم يَجُزْ] (٢) .

ولا خلاف أنه إن كان للناظر حرمٌ في هذه الدار فيصيرذلك شبهة فلا يُقْصَد .

ثم إن لم تحصلِ الشرائطُ وَجَبَ القصاصُ ، وإن حصل (٣) ، فرشَقَه بنشَّابة وَجَبَ القصاصُ ، بل لايترخص إلا في قصد العين بخشبة ، أو مدرة ، أو بندقة ؛ فقد يخطىء ، وقد يُصيب ولا يُعْمِي . وأما الرشقُ فَقَتْلٌ صريحٌ ؛ فلا يجوز .

* * *

(١) في (ب) : « العورة » .

(٢) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) . وهذا الوجه الثالث هو الأصح . انظر الروضة (١٩٣/١٠) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وإن حصلت » .

الباب الثالث

فِيمَا تُتْلِفُه البَهَائِمُ

(وفيه فصلان)

الفصل الأول [(١)]

أنْ لا يَكُونَ مَعَهَا مَالِكُهَا

فإن انسرحت في المزارع نهارًا فلا ضمان على مالك البهيمة ، وإن انسرحت ليلًا : ضمن ؛ بذلك قضى رسول الله ﷺ [(٢)] إذِ العادةُ حفظُ الدواب ليلًا من مُلَّاكها [(٣)] ، وحفظُ المزارع نهارًا من أصحابها ، فالمتّبع فيه التقصيرُ .

ولو انعكست العادةُ في موضعِ انعكس الحكمُ فيهما ؛ للمعنى مِنْ فَرْقِ رسول الله ﷺ [(٤)] .

---

(١) كلمة : « الفصل » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) حديث صحيح : رواه أبو داود (٣/٨٢٨) (١٧) كتاب « البيوع والإجارات » (٩٢) باب « المواشي تُفْسِد زَرْعَ قومٍ » حديث (٣٥٦٩) بإسناده إلى محيصة أن ناقة للبراء بن عازب دخلتْ حائطَ رجلٍ ، فأفسدتْه عليهم ، فقضى رسولُ الله ﷺ : على أهل الأموال حِفْظها بالنهار ، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل » . ورواه ابن ماجه (٢/ ٨١) (١٣) كتاب « الأحكام » (١٣) باب « الحكم فيما أفسدته المواشي » حديث (٢٣٣٢) ورواه الدارقطني (٣/١٥٤) جميعًا من طرق عن الزهري عن حرام بن محيصة عن أبيه مرفوعًا به . والحديث صححه الشيخ الألباني كما في صحيح ابن ماجه (٢/ ٣٧) ورواه مالك في الموطأ (٢/٧٤٧) بلفظ : « فقضى رسولُ الله ﷺ أنَّ على أهلِ الحوائط حِفْظَها بالنهار ، وأنَّ ما أفسدت المواشي بالليل ، ضامنٌ على أهلها » .

والمراد « بالأموال » : الزروع والبساتين . و « الحائط » : عبارة عن النخل المجتمع . وقوله : « فهو ضامنٌ على أهلها » أي : مضمون عليهم ، كقولهم : سِرٌّ كَاتِمٌ ، أي : مكتوم . المشكل (جـ ٢ ق ١١٩/ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من مالكها » .

(٤) قال الحموي : « قوله في الباب الثالث فيما تتلفه البهائم : (وفيه فصلان : الأول : أن لا يكون معها مالكها ، فإن أُسْرِحَتْ في المزارع نهارًا فلا ضمان على مالك البهيمة ، وإن أسرحت ليلًا ضمن ، بذلك قضى رسول الله ﷺ ؛ =

وفيه وجه : أنه لا ينعكس ؛ (١ لأن ضبط العادة يَعْسُر ١) ؛ فيُتَّبع الشرع كيفما تقلبت العادات .

= إذ العادةُ حفظُ الدواب ليلًا من ملاكها ، وحفظُ المزارع من أصحابها ، فالمتبع فيه التقصير ، ولو انعكست العادةُ في موضع انعكس العرفُ ، وثبت الحكم فيهما من فرق النبي ﷺ ... إلى آخره) .

قلت : ما ذكره الشيخ من قوله : (إذ العادة حفظ الدواب) وهو لفظ الخبر رواه أئمة الحديث . وإذا كان كذلك أوهم بذلك أنه ليس له تعليلٌ إلا عرفُ الناس ودليله الخبرُ ، وربما اعْتُقد فيه أنه كان لا يعرف لفظَ الخبر من غيره .

قلت : أمكن أن يقال : لعله أراد بقوله : (إذ العادة حفظ الدواب) بيانًا للخبر حيث قال : (قضى رسول اللّه ﷺ) وكان ما بعده هو الخبر ، ويحتمل أن يكون مراده بقوله : (إذ العادة) تعليلًا آخر ، ومعنى الخبر في قوله : (بذلك قضى رسول اللّه ﷺ) ثم ذكر بعده » . إشكالات الوسيط (ق ١٨٠ / أ ، ١٨٠ / ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « ووجهه : أن ضبط العادة يعسر » .

فرعان

أحدهما : أن البهائم أيضًا لاتخلو عن الراعي نهارًا ، ولكن يعذرون في الغفلة عنها إذا سرحت بعيدة من المزارع ، فلو سرحها في جوار المزارع مع اتساع المراعي (١) ، فهو مُقَصِّرٌ ؛ فيضمن .

الثاني : لو سرحها ليلًا ، فدخلت البساتين - وأبوابها مفتوحةٌ - لم يضمن ؛ لأن التقصير في البستان من صاحبه ؛ إذْ لم يُغْلق الباب ، والتقصيرُ من ربِّ البهيمة في حقّ المزارع الضاحية .

* * *

(١) في (أ) : « المرعى » .

الفصل الثاني

أن يكون معها مالكها

فيضمن مالك الدابة (١ ما أتلفتْه بيديها ١) إذا خبطت (٢) ، وبرجليها (٣) إذا رمحت (٤) ، وبِفِيها إذا عَضَّتْ ، وكذلك كل ما [كان] (٥) يُمْكن حفْظُ الدابة عنه من غير انسداد رفق الطرق .

أما الضرر الذي يَنْشأ من رشاش الوحل (٦) ، وانتشارِ الغبار إلى الفواكه ، فلا ضمانَ ؛ إذ هو ضرورة الطرق ، ولايمكن المنع منه . نعم ، لو خالف العادةَ بالركض في شِدَّة الوحل ، أو ترك الإبل في الأسواق غير مقطرة ، أو ركب الدابة النَّزِقة التي لا يُرْكَب مِثْلُها إلا في الصحاري : ضمن ؛ لكونه مقصرًا في العادة .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « ما أتلفت بيديها » .

(٢) يقال : خبط البعير الأرض بيده ، يعني ضَرَبَهَا . انظر مختار الصحاح ص (١٦٨) مادة (خ ب ط) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « برجلها » .

(٤) يقال : رمحه الفرسُ والحمارُ ، يعني ضربه برجله . انظر مختار الصحاح ص (٢٥٦) مادة (ر م ح) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « الرِّجْل » .

فروع

(**الأول**) :لو أفلتت الدابة ليلًا عن الرباط ، فهو كما لو غَلَبَتْ صاحِبَها ، وقد ذكرناه في باب « الاصطدام » .

(**الثاني**) : لو تخرق ثوبُ إنسانٍ بحطبٍ على دابة ، وهو مقابل ومبصر [(١)] ووجده منحرفًا فلا ضمان . وإن كان مستدبرًا ، أو ناداه [(٢)] المالك مُنبِّهًا ، فكمثله . وإن لم يُنَبِّهْهُ ضمن صاحبُ الدابة .

(**الثالث**) : إذا أدخل [(٣)] الدابة مزرعةً ، فأخرجَها صاحبُ المزرعةِ ، فانسرحت في مزرعةِ غيره : فلا ضمانَ على المخْرِج . فإن كانت مزرعةً محفوفةً بالزُّرَّاع [(٤)] فلا يمكن إخراجُه [(٥)] إلا به فيضمن ؛ إذْ عليه الصَّبْرُ ليرجع على رَبِّ البهيمة [(٦)] . ومهما كان رب الدابة مقصرًا ، ولكن مالك الزرع حاضرٌ وقادرٌ على التنفير فلم يَفْعل ، فلا ضمان ؛ إذْ هو المقصِّرُ بِتَرْكِ التنفيرِ في العادة .

(**الرابع**) : الهرة المملوكة إذا قَتلتْ طَيْرَ إنسانٍ ، أو قلبتْ قِدْره ، ففي وجوب الضمان / على مالكها أربعة أوجهٍ : ٢٦١/أ

أحدها : أنه لاضمان ؛ إذ ماجَرَتِ العادةُ بربْط السنانير ليلًا ونهارًا .

والثاني : يجب ؛ إذ يمكن شدُّ الروازن وغَلْقُ الأبواب حتى لا تخرج [(٧)] .

---

(١) في (أ)، (ب) : « ويبصر » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وناداه » وهو الصواب .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إذا دخلت » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بالمزارع » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إخراجها » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (عليه الصَّبْرُ ليرجع على رَبِّ البهيمة) في بعض النسخ (إلى رب البهيمة) أي ليكون هو الذي يخرج بهيمته ويتقلد ذلك . وفي بعض النسخ (على أن يرجع عليه الغرم) وهذا هو المذكور في « النهاية » و « البسيط » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٩/ب) .

(٧) وهذا هو الأصحُّ ؛ لأنَّ مثل هذه الهرة يَنْبغي أن تربط ويُكَفّ شَرُّها . انظر الروضة (١٩٩/١٠) . =

والثالث : أنها كالدآبة ، يجب حفظها ليلًا لانهارًا (١) .

والرابع : بالعكس ؛ فإن الأطعمة تُصَان بالليل دون النهار .

(**الخامس**) : الهرة الضارية بالطيور والإفساد ، أو تنجيس الثياب ، قال القاضي : يجوز قَتْلُها في حال سكونها ؛ لأنها التحقت بالفواسق ، فأشبه (٢) الذئب الذي لايَحِلُّ اقتناؤه . وقال القفّال : لايحل ؛ لأن هذه ضراوةٌ عارضةٌ على خلاف الجنس ، فتدفع في حال الضراوة فقط (٣) .

والكلبُ الضاري كالهرة ، والأَوْلى تَشْبيهُهُ بالذئب .

* * *

= وقال ابن الصلاح : « قوله : (غلق الأبواب) لحنٌ ، وإنما الصواب (إغلاق الأبواب) لأنه رباعي ، وقد قال في ذلك ونحوه شاعرٌ :

ولاأقول لِقِدْرِ القومِ : قَدْ غَلِيَتْ   ولا أقول لبابِ الدارِ : مَغْلوق

مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١١٩/ب) .

(١) في الأصل : « ليلًا ونهارًا » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الصواب .

(٢) في (أ) : « فأشبهت » .

(٣) وهذا هو الأصح . انظر الروضة (١٠/٢٠٠) .

كتاب السِّيَر (١)

ومقصودُ الكتاب :

بيانُ الجهاد ، والنظرُ في وجوبِه ، وكيفيتِه ، وتركِه بالأمان (٢) .

فنعقد في كل واحد بابًا .

---

(١) قال ابن الصلاح : (رحمه الله) « السير : جمع « سيرة » وهي الطريقة ، وتُطْلق كثيرًا ويُرَاد بها سيرة رسول الله ﷺ في جهاد الكفار وغزواته . ولما كان الاعتماد في هذا الكتاب على ذلك ، سُمِّي كتاب « السير » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٠ / أ) .

(٢) في الأصل : « وتركه الأمان » والمثبت من (ب) ، والمقصود بقوله : (وتركه بالأمان) يعني ترك الجهاد بسبب الأمان الذي نعطيه للكفار ، كهدنة مثلًا وغير ذلك .

الباب الأول

في وجوبه

وقد يجب على التعيين [١] ، وقد يجب على الكفاية ، وهو الغالب .

والنظر في طرفين : في الواجبات على الكفاية ، وفي المعاذير المسقطة [٢] .

الأول

في الواجبات

فالجهادُ واجبٌ على الكفاية ، وقيل : كان على الصحابة (رضوان الله عليهم) فَرْضَ عَيْنٍ ، وكان مَنْ يتخلَّف يحرس [في] [٣] المدينة ، وكانوا يَتناوبون ويَغْزون مع رسول الله ﷺ في كل سنة بعد أَنْ نزل القتالُ .

وقد كان ﷺ قبل ظهور شوكة الإسلام مأمورًا بالدعوة والصبر على الأذى حتى نزل

---

(١) في (أ) ، (ب) : « العَيْن » وكلاهما صحيح .

(٢) قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ٢ / ١٠) : « قوله : (والنظر في طرفين : في الواجبات على الكفاية ، وفي المعاذير المسقطة) المراد بالمعاذير : الأعذارُ . وهذا مما قد يُنْكر عليه ، فيقال : « العذر » لا يُجْمع على « معاذير » . وإنما جمعُه « أعذار » . فيُجَاب بأنّ هذا صحيحٌ فصيح موافق لقول الله عز وجل ﴿ وَلَوْ أَلْقَى مَعَاذِيرَه ﴾ ؛ فإنَّ جمهور العلماء من المفسرين وأهلِ العربية على أن المراد بـ « معاذيره » : الأعذار . ورُوِيَ في مسند أبي عوانة في كتاب « اللعان » أن رسول الله ﷺ قال : « لا شَخْصَ أحبّ إليه المعاذيرُ من الله تعالى ، ولذلك بَعَث النبيين مبشرين ومنذرين » . والمراد بالمعاذير : الأعذار ؛ فقد جاء في الروايات الأُخر « العذر » وبه يَصحُّ المعنى . فقد جاءت « المعاذير » في الكتاب والسنة بمعنى « الأعذار » فَوَجَبَ قبولُه . وهو - والله تعالى أعلم - جمع « معذور » بمعنى العذر ، فالمعذور - على هذا - مصدر ، كما قالوا : مجنون ، ومجلود ، ومعقول ، بمعنى : الجنون ، والجلد ، والعقل ، فهي مصادر مسموعة خارجة عن القياس . وكذا المعذور بمعنى « العذر » فالمعاذير جمع « معذور » وإن لم يُسْمَع وَاحِدُه ، كما قالوا في جمع « الذكر » : « مذاكير » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

الحثُّ على الجهاد (١) .

والآن ، فيجب على الإمام في كل سَنَة - أو ما يقرب منها - غزوةٌ ، يُنهض إليها جُنْدَه ؛ إدامةً للدعوة القهرية ، وإظهارًا للإسلام . ثم يَرْعَى النَّصَفة في المناوبة بين الجند ، ولا يُخَصِّص بعضَ أقاليم الكفار ، ولكن يُقَدِّم الأهم فالأهمَّ ، ويتشوّف إلى بثّ النكاية والرُّعْب في الجميع .

وإنما يصير الفرضُ على الكفاية لا على التعيين (٢) إذا كان الشيءُ مقصودَ الحصولِ في نفسه للشرع ولم يكن الشخص مقصودًا بالامتحان ، وذلك [ينقسم] (٣) ثلاثةَ أقسام :

قسمٌ يتعلَّق بمَحْض الدين : كإقامة الدعوة الحجاجِيَّة بالعلم ، والقهرية بالسيف ، فلا ينبغي أن تَخْلُوَ خطةُ الإسلامِ عنه ، وهذا يتعلَّق بأصل الدين . ومنها ما يتعلَّق بفروع الدين وشعارِه (٤) ، كإحياء الكعبة بالحج كلَّ سنة ، وإشاعةِ الأمر بالمعروف ، وردِّ السلام ، وهو من الشعائر وإن لم تتعلَّق به مصلحةٌ كلية ، بل مصلحة حسن المعاملة . وأما إقامة الجماعات والأذان - سوى أيام الجُمَع - ففيه تردد .

القسم الثاني : ما يتعلّق بالمعاش . كدفع الضرر عن محاويج المسلمين وإزالة فَاقَتِهم ، فإنْ بقيت ضرورةٌ بعد تَفْرقة الزكوات كان إزالتُها (٥ من فرض الكفاية ٥) ، وإن بقيت حاجةٌ ، ففي وجوب إزالتها ترددٌ (٦) .

وأما البياعاتُ والمناكحات ، والحراثة، والزراعة ، وكلُّ حرفة لا يَسْتغنى الناسُ عنها ، لو

---

(١) ويدل على هذا ما رواه النسائي في سننه (٦ / ٣) كتاب « الجهاد » باب « وجوب الجهاد » بإسناده عن ابن عباس أن عبد الرحمن بن عوف وأصحابًا له ، أَتَوا النبي ﷺ بمكة ، فقالوا : يا رسول الله ، إنا كنا في عِزٍّ ونحن مشركون ، فلما آمَنَّا ، صِرْنَا أذلة ، فقال : إني أُمرتُ بالعفو ؛ فلا تقاتلوا ، فلما حَوَّلَنا الله إلى المدينة ، أَمَرَنا بالقتال ، فكفُّوا ، فأنزل الله عز وجل :﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ قِيلَ لَهُمْ كُفُّوا أيدِيَكُمْ وأَقِيمُوا الصَّلَاةَ ﴾ [النساء : ٧٧] .

(٢) في (ب) : « العين » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وشعائره » .

(٥) في (ب) : « من فروض الكفايات » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن بقيت حاجة ، ففي وجوب إزالتها تردد) المرادُ بها تمامُ الكفاية التي تجب على مَنْ تلزمه النفقة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٠ /أ) .

تُصُوِّر إهمالُها : لكانت من فروض الكفايات ، حتى الفصد والحجامة ، ولكنْ في بواعث الطباع مندوحةٌ عن الإيجاب ؛ لأنَّ قوام الدنيا بهذه الأسباب [١] ، وقوامُ الدين موقوفٌ على قوامِ أمرِ الدنيا ونظامِها لا محالةَ .

القسم الثالث : ما هو كالمركب من القسمين . كتحمُّلِ الشهادات ، وإعانة القضاة على تَوْفِيَةِ الحقوق ، وتجهيز الموتي ، ودفنهم ، وغسْلهم ، وهذه مصالحُ ، ولكن يتعلق بها أيضًا إظهارُ [٢] شعائر الدين .

وهذه الفروضُ مذكورةٌ في مواضعها ، وإنما نذكر الآن الجهادَ والتعلُّمَ والسَّلامَ ، ولْتَعْلَمْ أنه إذا تعطّل فرضُ كفايةٍ في موضع ، أَثِمَ مَنْ علم ذلك وقدر على إقامته ، ويأثم مَنْ لم يعلم إذا كان قريبًا من الموضع وكان يَليق به البحثُ فلم يبحث . أما مَنْ هو معذورٌ - لِبُعْدِه ، أو لِتعذُّرِ البحث عليه - فلا يأثم .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأن قوام الدنيا بهذه الأسباب) تعليلٌ لما تقدَّم من قوله : (لكانت فرضًا على الكفاية) والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٠ / أ) .

(٢) كلمة : « إظهار » ساقطة من (أ) ، (ب) .

الطرف الثاني
في مُسْقِطَات الوجوب

وهو العجز : إما حِسيًّا أو شرعيًّا .

أما الحِسّيُّ . فهو الصِّبَا ، والجنُونُ ، والأنوثة ، والمرض ، والفقر ، والعرج ، والعمى [١] فلا جهادَ على هؤلاء ؛ لِعَجْزِهم وضَعْفِهم .

وقيل : الأعرجُ كالصحيح إن كان يُقَاتِل راكبًا ، وهو بعيد ؛ (٢ لعمومِ قوله تعالى ٢) : ﴿ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ ﴾ [٣] ، (٤ ولأنه لا تَنْدُر ٤) الحاجةُ إلى الترجُّل في مضايق القتال .

وكلُّ مَنْ لا يملك نفقةَ الذهابِ والإيابِ والمركوب ، فهو فقيرٌ ، وتفصيلُه ما ذكرتُ في الحج ، إلا في شيئين :

أحدهما : أنه يشترط وجودُ السلاح هاهنا ، بخلاف الحج .

والآخر : أنه / لا يَسْقط الجهادُ بالخوف من المتلصصين على الطريق وإن كانوا من المسلمين ؛ (٥ لأنّ أهم الجهاد مع المتلصصين ، ومصير هؤلاء إلى الخوف الأعظم ٥) . ٢٦١/ب

أما الموانعُ الشرعية ، فهو : الرقّ ، والدَّيْن ، ومَنْعُ الوالدين .

أما الرقيقُ فلا جهادَ عليه ، كما لا جُمعةَ ولا حجَّ عليه ، ولا يلزمه الجهاد وإن أمره السيد ؛ إذ لاحقَّ له في روحه حتى يغرر به ويُعَرِّضَه للهلاك . وكذلك لا يجب على العبد أن يَدْفع عن السيد إذا قُصِد بالهلاك مهما خَاف على روحه ، بل سيدُه كالأجانب في هذا المعنى . نعم ،

---

(١) كلمة : « العمى » ساقطة من (ب) .

(٢) في (ب) : « لقوله تعالى » .

(٣) من الآية (٦١) من سورة (النور) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولأنه لابُدّ من الحاجة » . وقوله : (لا تندر الحاجة) أي : تكثر الحاجة إلى المشي على الأرجل والتنقل والحركة .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

إن خرج سيدُه للجهاد ، فله استصحابُه للخدمة على العادة ، لا ليقاتل قهرًا .

أما الدَّيْن ، فالحالُّ منه يمنع من الخروج (١ إلا أن يرضى المستحق ١) . والمؤجَّل (٢) لا يَمْنع عن سائر الأسفار وإن قربت المدة وطال السفر ، لكن على المُستَحِقّ الخروجُ معه - إن شاء - لِيُطَالب .

وأما سفر الجهاد ، ففيه أربعة أوجه :

أحدها : أنه يُمْنَع منه ؛ لأنّ المصير فيه إلى الموت ، وبه يحل الأَجَلُ ، بخلاف سائر الأسفار . وهو ضعيف .

والثاني : أنه كسائر الأسفار ، فلا يَمْنع (٣) .

والثالث : أنه يمنع إلا إذا خَلف وفاءً بالدين .

والرابع : أنه إن كان من المرتزقة لم يُمْنَع ؛ إذْ ربما كان وجهه في قضاء الدَّيْنِ من القتال ، وإلا فَيُمْنَع (٤) .

وأما رِضاءُ الوالدين فشرطٌ ؛ رُوي أن رجلًا جاء فقال لرسول الله ﷺ :أُريد أنْ أُجَاهد معك ، فقال : كيف تركتَ والديْكَ ؟ ، فقال : تركتُهما يَبْكيان ، فقال : « ارجِعْ وأَضْحِكْهُمَا كما أبكيْتَهُمَا » (٥) .

---

(١) في (أ) : « إلا برضى المستحق » . وفي (ب) : « إلا برضاء المستحق » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « والآجل » .

(٣) وهذا هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ٢١١) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذ ربما كان وجهه في قضاء الدين من القتال) أي : تكون جهتُه في قضاء دينه حاصلةً في قتاله - مما يحصل له من الرزق - مضافًا إلى الغنيمة ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٢٠ / أ) .

(٥) حديث صحيح : رواه ابن ماجه (٢ / ٩٣٠) (٢٤) كتاب « الجهاد » (١٢) باب « الرجل يغزو وله أبوان » حديث (٢٧٨٢) بإسناده عن عبد الله بن عمرو مرفوعًا . ورواه أبو داود في سننه (٣٨/٣) (٩) كتاب « الجهاد » (٣٣) باب « الرجل يغزو وأبواه كارهان » وفيه : « جئت أبايعك على الهجرة وتركت أبويَّ يَبْكيان .. » ورواه النسائي (٧ / ١٤٣) (٣٩) كتاب « البيعة » (١٠) باب « البيعة على الهجرة » رووه جميعًا من طرق عن عطاء بن =

أما حج الإسلام بعد الاستطاعة ، فيجوز بغير رضاهما [١] ؛ لأنه فرضُ عينٍ ، وفي التأخير خطر ، والغالبُ السلامةُ مع أَمْنِ الطريق .

أما سفر طلب العلم ، فإن كان العلم المطلوب معينًا [٢] ، أو كان يطلب رتبة [٣] الاجتهاد حيث شَغَر البلدُ عن المجتهد ، فلا يُشْترط الإذنُ كالحج ، بل أولى ؛ لأنه على الفور . وإن كان يطلب رتبة الفتوى – وفي البلد مُفْتُون – ففيه وجهان ، الظاهرُ أنه يجوز بغير إذنٍ ؛ لأنه حرٌ مستقلٌ ، وإنما عليه دَفْعُ ضرر التحزن في سفر مُهْلِكٍ كالجهاد . ومنهم من قال : لابد من الإذن ؛ لأنّ دَفْعَ الضررِ عنهما واجبٌ ، وهذا ليس بواجبٍ .

أما الأسفارُ المباحة – كالتجارة وغيرها ، مما فيه خطرٌ ، كركوب البحر ، والبوادي المخطرة – فلا يجوز إلا بإذن [٤] ، وما عدا ذلك فالظاهرُ جوازُه ، لأنّ في مَنْعِه إضرارًا به أيضًا ، وحقُّه أولى ، وفيه وجه إذا كان فوق مسافة القصر .

وأما الأب الكافر ، فلا يجب استئذانُه في الجهاد ، لأنه يَكْرهه لا محالة . وأما سائر الأسفار فيحتمل أن يُلحق فيه بالأبِ المسلم . وفي إلحاق الأجداد والجداتِ بالوالدين – احتمالٌ ظاهر .

فرع : لو رَجَع الوالد وصاحبُ [٥] الدين عن الإذن ، أو تجدَّد دَيْنٌ ، وبلغَه الكتابُ – وهو في الطريق – لزمه الانصرافُ إنْ قدر . فإنْ كان الطريق مخوفًا ، فالظاهر أنه يجب عليه الوقوفُ بقرية إن أمكن ، إذْ غرضُهم تَرْكُ القتالِ . وإن بلغه الكتابُ [وهو] [٦] في أثناء القتال ، لم يَجُزِ الانصرافُ إن كان يحصل به تخذيل ووهْنٌ للمسلمين ، وإن لم يكن فثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : الوجوب كما قبل الاشتغال .

= السائب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص مرفوعًا . والحديث صححه الشيخ الألباني كما في صحيح ابن ماجه (٢ / ١٢٦) .

(١) في (ب) : « رضائهما » .

(٢) في (ب) : « متعينًا » وهو فرض العين .

(٣) في (أ) ، (ب) : « درجة » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إلا بالإذن » .

(٥) في (أ) ، (ب) : أو صاحب » .

(٦) زيادة من (ب) .

والثاني : أنه[١] لا يجب ؛ لأن فتح هذا الباب يشوش القتال[٢] .

والثالث : أنه يتخير ؛ لتعارضِ الأمرين .

وقد ذكر بعضُ الأصحاب أنَّ فرض الكفاية يتعينَّ بالشروع كالجهاد ، وبنوا عليه أنَّ مَنْ أَنِسَ في التعلم رشدًا في نفسه [٣] لزمه الإتمامُ ؛ فإن صلاة الجنازة تتعينَّ بالشروع .

وقال القفّال : لا تتعين صلاة الجنازة ، وذلك في العلم أولى ؛ لأنَّ كلَّ مسألة عبادةٌ منفصلةٌ عن الأخرى ، والصلاةُ خصلةٌ واحدة ، ولا يليق بأصل الشافعي (رضي الله عنه) تغييرُ الحكمِ بالشروع [٤] .

هذا كلُّه في قتالٍ هو فرضُ كفايةٍ .

أما إذا تعينّ ؛ بأن وطىءَ الكفارُ بلدةً من بلاد المسلمين ، فيتعينَّ على كل من فيه مُنَّة من أهل تلك البلدة ، أن يَبْذل المجهود ، ويَحلُّ القيدَ عن العبيد ، فلهم القتال ، بل يجب عليهم ذلك ، وكذلك على النسوة إن كان فيهنَّ مُنّةٌ على حال .

وإن كان في الأحرار استقلال دون العبيد ، ولكن تزداد بهم قوةُ قلبٍ ، ففي انحلال الحبس عن العبيد وجهان [٥] .

---

(١) كلمة : « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٠/٢١٢) .

(٣) في (ب) : « من نفسه » .

(٤) قال ابن الصلاح : « يعني أصل الشافعي في التطوع أنه لا يلزم بالشروع ، وقد ثبت في كتاب « العبادات » أنَّ أصْلَ الشافعي في القضاء الواجب على التراخي ، وفي الصلاة في أول الوقت - التعينُّ بالشروع حتى لا يجوزَ له الخروجُ منها ، وثبت أن ترجيح الغزاليِّ القولَ بجوازِ الخروج منها خلافُ المذهبِ ، فإذنْ أصلُ الشافعيِّ أن الشروع لا يُغَيِّر من صفة النَّفْل إلى صفة الوجوب » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٠ / أ) .

(٥) والأصحُّ انحلالُ القَيْدِ عنهم ، ووجب خروجُهم مع الأحرار . انظر الروضة (١٠ / ٢١٤) .

وكذلك لو حصل الكفايةُ بطائفةٍ نهضوا وخرجوا ، فهل يتعينُّ على الباقين المساعدةُ ؟ ، فيه وجهان [١] .

ووجهُ إيجابِه [٢] تعظيمُ هذا الأمرِ ، وتفخيمُ الرعبِ والزجرِ .

ولو تهجموا ، ولم يَبْقَ لهم مهلةُ الاستعداد ، فعلى كلِّ واحدٍ من المرأة والعبد والمريض أنْ يَدْفَع بغاية الإمكان . فإن علم أنه لو كاوح يُقْتل [٣] قطعًا [٤] ، ولو استسلَمَ أُسِرَ ،وربما / يَجِدُ ٢٦٢/أ خَلاصًا : فليس عليه المكاوحة .

والمرأةُ إن علمت ذلك ، ولكن تَعْلم أنها تُقْصَد بالفاحشة ، ففي وجوب المكاوحة وجهان :

أحدهما : نعم حتى تُقْتَل ؛ فإن الفاحشةَ لا تُبَاح بخوف القتل [٥] .

والثاني : لا ؛ لأن القتلَ معلومٌ ، والفاحشةُ موهومةٌ .

هذا في أهل الناحية ومَنْ هو فيها دون مسافة القصر . أما مَنْ وراء ذلك فيتعينَّ عليهم المساعدة إن لم يكن دونهم كفاية ، وإن كان ، ففيه وجهان مرتبان على أهل الناحية ، وأولى أن لا يجب [٦] .

ولا يُشْترط المركوبُ فيمن هو دون مسافة القصر . وفيمن وراءه ، هل يُعْذَر لعدمِ المركوب ؟ ، فيه وجهان :

---

(١) والأصح وجوبُ المساعدة عليهم . انظر الروضة (١٠ / ٢١٥) .

(٢) أي إيجاب المساعدة.

(٣) في (أ) : « لَقُتِلَ » .

(٤) قال ابن الصلاح : قوله : (فإن علم أنه لو كاوح لَقُتِلَ قطعا) المراد بهذا العلمِ الظنُّ الغالبُ الذي مِنْ شأنِه أن يَجزم به صاحبُه ويُعْرِض عن الاحتمال .

وقوله : « كاوح » معناه : دافع وقاتل ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٠ / ب) .

(٥) قال في الروضة (١٠ / ٢١٥) : « ولو علمت المرأة أنها لو استسلمت امتدت الأيدي إليها ، لزمها الدفع وإن كانت تقتل » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وأولى بأن لايجب » .

أحدهما : يُعْذر ؛ كما في الحج .

والثاني : لا ؛ لأن هذا أهمُّ وأعظمُ .

فرع : استيلاؤهم على مَوَات دار الإسلام ، هل يُنَزَّل منزلةَ دخولهم البلادَ ، فيه وجهان (١) . ولا شك أن الأمر أهونُ فيه ، إلا إذا خِيفَ السرايةُ .

ولو أَسروا مسلمًا أو مسلمينْ ، فهل يتعينُّ القتال كما [لو] (٢) استولوا على الديار ؟ فيه خلاف . والظاهر أنه يتعينُّ إذا أمكن إلا حيث يعسر (٣) التوغل في ديارهم ويحتاج إلى زيادة أُهْبَة ، فقد رخّص فيه في نوع من التأخير ، ولكن لايجوز إهماله . هذا كله في الجهاد .

أما العلمُ ، فمِنْه فرضُ عينٍ ، وهو الذى لابُدّ منه في الصلاة والزكاة وغيرهما .

وإن كان تاجرًا ، فيلزمه تَعَلُّمُ شروطِ المعاملة على الجملة دون الفروع النادرة (٤) كما ذكرناه في كتاب « آداب الكسب » من كتاب « إحياء علوم الدين » (٥) . وقد فرقنا بين ما يجب على الأعيان وما يجب على الكفاية من العلم في كتاب « العلم » من كتب « الإحياء » (٦) .

وأما الأصول ، فلا يتعينّ على كل شخصٍ إلا اعتقادٌ صحيح في التوحيد وصفات الله تعالى . فإن اعتراه شكٌّ تكلَّف إزالتَه ، وليس عليه تعلُّم الكلام (٧) . ولابد في كل قطر من

---

(١) نقل إمامُ الحرمين عن الأصحاب أن ذلك يُنَزل منزلة دخولهم دارَ الإسلام . انظر الروضة (١٠ / ٢١٦) . الغاية (٢ / ٩٤٥) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إلا إذا عسر » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في التاجر : (يلزمه تعلُّمُ شروطِ المعاملة على الجملة دون الفروع النادرة) يعني ما هو مشروطٌ في جملة المعاملات ، والغالبُ الظاهرُ اشتراطُه دون ما يُشْترط في صور نادرة الوقوع ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٠ / ب) .

(٥) انظر إحياء علوم الدين (٢ / ٥٩ – ٦٣) .

(٦) انظر إحياء علوم الدين (١ / ١٨ – ٢٠) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن اعتراه شَكٌّ تكلَّفَ إزالتَه وليس عليه تعلُّمُ الكلامِ) فقوله : (ليس عليه تعلم الكلام) يَرْجع إلى قوله أولًا : (فلا يتعينُّ على كلِّ شخصٍ) ولا يرجع إلى قوله : (فإن اعتراه شك) ؛ لأن شكه إذا كان بحيث لا يزول إلا بعلم الكلام ، لَزِمَه تعلُّمُه ، كما بيَّنَه هو في غير هذا الكتاب والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٢٠ / ب) .

مُتَكَلِّم مشتغلٍ بإماطة الشُّبَهِ وإبطالِ البدع . وقد ذكرنا تفصيل ذلك (١) في كتاب « الاقتصاد في الاعتقاد » وفَنُّ الفقهِ لا يحتمل شَرْحَه .

وأما السلام ، فالابتداءُ به سنةٌ مستحبة على الآحاد ، وسنةٌ على الكفاية من الجَمْع . وصيغتُه أن يقول : « السلام عليكم » (٢) ، وإن كان المخاطَبُ واحدًا ؛ تعميمًا للملائكة . والجوابُ فرض معين (٣) على المخاطب وحده ، وإن كان المخاطَبُ جمعًا ففرضٌ على الكفاية عليهم ، ولا يَسْقط الحرج بجواب غيرهم . وصيغتُه أن يقول : « وعليكم السلام » (٤) . ويستحب أن يزيد : « ورحمة الله وبركاته » . ولو قال : « عليكم » لم يكن جوابًا . ولو قال : « وعليكم » ففيه وجهان .

ثم لا ينبغي أن يُسَلِّم على المصلِّي ، والذي يقضي حاجتَه ، وفي الحمام ، وعلى المرأة الأجنبية ، ويجوز في المساومة والمعاملة ، ويجوز على الأكل إذا لم تكن اللقمة في فيه ، (٥ فيعسر عليه الجواب ٥) ، ....

---

(١) يعني تفصيل البدع وإبطالها .

(٢) « قوله : (وصيغتُه أن يقول : السلام عليكم) ليس تَعَيُّنًا للسلام بالألف واللام دون « سلامٌ عليكم » وإنما المقصودُ به بيانُ أنه يقول : « عليكم » سواءٌ سلَّم على جماعة أو على واحد ، والله أعلم » . المشكل (ق ١٢٠ / ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « متعين » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في الجواب : (وصيغته أن يقول : وعليكم السلام) لا يُسْتفاد منه أنَّ من قال في جوابه : السلام عليكم – قاصدًا به الجوابَ – لم يُجْزِه ، فإنه مُجْزِئٌ . تَطَابَقَ على ذلك نصُّ الكتاب ونصُّ السنة ثم نصُّ الشافعي في الأم ؛ قال الله تبارك تعالى : « قالوا : سلامًا . قال : سلام » ورويناه في صحيح مسلم من حديث أبي هريرة عن رسول الله ﷺ « أن الله تبارك وتعالى لما خلَق آدمَ (عليه السلام) قال : اذهبْ فَسَلِّم على أولئك النَّفَر – وهم نَفَرٌ من الملائكة جلوسٌ – فاسْتمعْ ما يُحَيُّونَكَ ، فإنها تحيَّتكَ وتحيةُ ذريتك ، قال : فذهب فقال : السلام عليكم ، فقالوا : « السلام عليك ورحمة الله » ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢١ / أ) .

(٥) في نسخة أخرى : « فيتعين الجواب عليه » . كذا على هامش الأصل .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (ويجوز على الأكل ، إذا لم تكن اللقمةُ في فيه ، فيعسر الجواب عليه) وقع في نسخ عدة (فيتعينُّ الجواب) من « التعَيُّن » الذي يفهم منه اللزوم عينًا ، وهو غلطٌ ؛ فإنه حيث لا يُسَنُّ السلام لكون اللقمة =

أو الصَّبْر إلى الازدراد [١] .

وأما تشميت العاطس فمستحبٌّ ، وجوابُه غير واجب ، ثم هو على الكفاية . وذكرنا جملةً من آداب « السلام » و « التشميت » في كتاب « آداب الصحبة » فليطْلب منه [٢] .

* * *

= في فيه ، أو لكونه مُصَلّيا ، أو لغير ذلك ، لا يجب الجواب أصلًا ، وصوابه (فيعسر الجواب) كما في نسخ أخر . وَلْتُقْرَأْ « فَيَعْسُرَ » بالنَّصْب ؛ لمكانِ الفاء فيه ، الواقعة في جواب النفي ، ومعناه : إذا لم تكن اللقمة في فيه لم يَعْسُرْ عليه الجوابُ ، كما تَعسُر إذا كانت اللقمة في فِيهِ فيجوز إذن السلام عليه ، ويجب جوابه ، وهذا كما تقول : لم تَسْأَلْني فأُعطيَك ، أي : لم تسألْني فلم أُعْطِكَ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢١ / أ) .

(١) الازدراد : الابتلاع . انظر المصباح المنير (١ / ٣٨٥) مادة (ز ر د) .

(٢) في الأصل : « منها » . انظر إحياء علوم الدين (٢ / ١٧٦ - ١٨٨) .

الباب الثاني

في كيفية الجهاد

والنظر في تفصيل ما يجوز أن يُعَامِل الإمامُ به الكفارَ ، إما في أنفسهم : بالقتل والقتال ، أو الاسترقاق (١) . وإما في أموالهم : بالإتلاف والاغتنام (٢) .

النظر الأول

في معاملاتهم بالقَتْل (٣)

وفيه مسائل :

الأولى : فيمن تجوز الاستعانةُ به في القتال . والأصلُ فيه الأحرارُ المسلمون البالغون . ولكن يجوز للإمام الاستعانةُ بالعبيد إذا أَذِن السادةُ ، وبالمراهقين إذا كان فيهم مُنّة (٤) ، وبالمشركين إذا أَمِنَ غائلتَهم ، أو علم أنهم لو تحيَّزوا إلى الكفار لم يَعْجز الإمامُ عن جَمْعهم ، وقد استعان رسولُ الله ﷺ باليهود في بعض الغزوات (٥) .

---

(١) في (ب) : « والاسترقاق » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قد أَخَلَّ [يعني الإمام الغزالي] فيما يُعَامِل به الكفارَ في أنفسهم بالأمان والمَنّ والفداء » . المشكل (جـ٢ ق ١٢١ / ب) .

(٣) في (أ) : « في معاملاتهم بالقتال » . وفي (ب) : « في معاملتهم بالقتل » .

(٤) المُنَّة : القوة . انظر القاموس المحيط ص (١٥٩٤) مادة (م ن ن) .

(٥) الحديث رواه الترمذي في سننه (٤ / ١٠٨)(٢٢) كتاب « السير » (١٠) باب « ما جاء في أهل الذمة يغزون مع المسلمين ، هل يسهم لهم ؟ » قال الترمذي : « ويروى عن الزهري أن النبي ﷺ أسهم لقوم من اليهود ، قاتلوا معه » . قال الحافظ ابن حجر : والزهريُّ ، مراسيلُه ضعيفةٌ . انظر التلخيص الحبير (٤ / ١١) . وقال ابن الصلاح : « قوله : (وقد استعان رسول الله ﷺ باليهود في بعض الغزوات) هذا قد ذكره الشافعي (رضي الله عنه) وقال : غزا بيهود بني قينقاع ، وشهد صفوان بن أمية معه حُنَيْنًا ، وصفوان مشرك ، قال الحافظ البيهقي - وهو صاحب التصانيف الفائقة في نُصْرة مذهب الشافعي من حيث الحديث - : « أما شهودُ صفوان معه حُنَيْنًا - وصفوانُ مشركٌ - فإنه معروفٌ فيما بين أهل المغازي ، وأما غَزْوُه بيهود بني قينقاع ، فإني لم أجدْه إلا من حديث الحسن بن عمارة ، وهو =

وأما المخذِّلُ الذي يُضْعف القلوبَ ويُكْثِر الأراجيفَ (١) فيُخْرج عن الصف (٢) إذا حضر؛ فإن شره عظيم، ولا يستحق السهم والرَّضْخ (٣) وإن حضر، وهو أقلُّ ما يُعَاقَبُ به.

وأما الذميُّ (٤) إذا حضر من غير إذنِ الإمامِ (٤)، ففي استحقاقه الرَّضْخَ (٥) خلافٌ؛ لأنه من أهل نصرة الدار إذ هو يَسْتوطن بها (٦). وإن حضر بَعْد النهي، لم يستحقّ.

المسألة الثانية: فيمن يُستأجر (٧). والمذهب أن استئجارَ المسلم باطلٌ؛ لأن الجهاد يَقَعُ عن فرضه، فكيف يأخذ الأجرةَ وهو كالضرورة؟ ولا يُسْتأجر على الحج.

هذا في حق الآحاد (٨). أما السلطان إنْ رأى أن يَسْتأجر، قال الصيدلاني: يجوز (٩). وقد

= ضعيف». وروى البيهقي بإسناد أصحّ من ذلك أنهم خرجوا ليعينوه ﷺ، فقال: لِيَرْجِعُوا؛ فإنا لا نستعين بالمشركين، والله أعلم». المشكل (جـ٢ ق ١٢١ / ب).

(١) أي يشيع الأباطيل – بين صفوف الجند – التي تُخَذِّلهم وتُوهِنُ من عزائمهم، كأن يقول: عدونا كثير، أو أقوى منّا، أو نحن ضعاف، أو لا طاقة لنا بهم، وأمثال ذلك.

(٢) كلمة: «الصف» ساقطة من (أ). وفي (ب): «الحرب».

(٣) الرَّضْخ: هي العطية القليلة مكافأة له. انظر: طلبة الطلبة ص(١٧٠). المصباح المنير(١/ ٣٥٠). المطلع على أبواب المقنع ص(٢١٦).

(٤) في (أ)، (ب): «إذا حضر بإذن الإمام».

(٥) كلمة: «الرضح» ساقطة من (ب).

(٦) في (ب): «مستوطن بها».

(٧) في الأصل: «يستجار».

(٨) قال ابن الصلاح: «ذكر المؤلفُ أنَّ المذهبَ بُطلان استئجارِ آحادِ الرعية للمسلم الحرّ على الجهاد، وهذا يُوهِم أن فيه خلافًا، فَلْيُتأَوَّلْ؛ إذ قد ذكر شيخُه أن البطلانَ متفق عليه، والله أعلم». المشكل (جـ٢ ق ١٢١ / ب).

(٩) قال ابن الصلاح: «المحكيُّ عن الصيدلاني في استئجار السلطان هو الجواز، ووقع في بعض النسخ «لا يجوز» بحرف النَّفْي وهو غَلَطٌ في النَّقْل؛ فإن قولَه إثباتُ الجواز، وقولُه مع ذلك فيما إذا أُخرج المسلم قهرًا إلى الجهاد: (إنه لا يثبت له أُجرةُ المثلِ) كالمناقِض لذلك، وقد تعجبَ منه إمامُ الحرمين، ولم يذكر له هذا، ويمكن أن يُعْتذر له بأن من أخرجه الإمامُ قهرًا، يتعينُ عليه ذلك؛ لأنه لا يجوز له مخالفتُه، فلا يستحق أجرةً على ما تعينَّ عليه، وهذا غير موجود في الاستئجار الاختياري الذي لا أمر فيه ولا قهر. فإن قلتَ: إذا حضر الوقعة تعينَّ الجهادُ عليه. قلتُ: تجعل الأجرة مقابَلَةً لِمَا قَبْلَ ذلك من المَسِير والسَّعْي، والله أعلم». مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٢ / ب)

خولف فيه ، والصحيحُ : أن ذلك جائز في معرض الإعانة (١) في الأهبة والزاد للطريق . وقد قال : « لو أخرجهم إلى الجهاد قهرًا لم يستحِقُّوا أجرةَ المثل / على الإمام » . وزاد فقال : « لو ٢٦٢ب عين الإمامُ شخصًا لغُسْلِ ميتٍ ودفنِه ، لم يستحقَّ الأجرة » . وما ذكره في الجهاد صحيحٌ ، وإنما يصح في الدفن إذا لم تكن تركةٌ ولا في بيت المال مُتَّسَعٌ . فعند ذلك يَصير من فروض الكفايات (٢) .

أما استئجارُ العبد (٣) فجائزٌ إن قلنا : لا يجب عليهم القتالُ إذا وطىء الكفارُ بلادَ الإسلام . وإن قلنا : يجب ، فقد ثبتت (٤) لهم أهليةُ القتالِ ، فيقع عنهم .

وأما استئجار الذمي فجائزٌ ، ولكنه جَعَالةٌ أو إجارةٌ ؟ فيه خلافٌ ؛ لِمَا في أعمال القتال من الجهالة (٥) ، لكن الصحيح أنا نحتمل في معاملات الكفار – لمصالحِ القتالِ – ما لا نحتمل في غيره كما سيأتي في مسألة « القلعة » (٦) .

ولو جعلناه جعالةً للزم تجويزُ الانصرافِ من الطريق مهما شاء ، وهو بعيدٌ .

ثم في جواز استئجارهم (٧) لآحاد المسلمين خلافٌ كما في الأذان (٨) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (والصحيح أن ذلك جائز في معرض الإعانة) أي لا تكون حقيقة الاستئجار ، بل على وجه المعاونة على الجهاد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٣ / ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (فعند ذلك يصير من فروض الكفايات) تمامُه أن يقول : (فإذا عيَّنَ الإمامُ شخصًا تَعَيَّنَ ؛ فلم يَسْتحقَّ عليه أجرةً ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٢٣ / أ) .

(٣) في (ب) : « العبيد » .

(٤) في (ب) : « ثبت » .

(٥) يعني أن أعمال القتال غَيْرُ محددة ، ولا معلومةُ المقدارِ أو المشقة حتى يمكن الإجارةُ عليها . والصحيحُ أنها إجارةٌ ، وتُحتمل جهالة العمل ؛ لأن المقصودَ القتالُ .

(٦) في (أ) ، (ب) : « العلج » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « استئجاره » .

(٨) والأصحُّ أنه لا يجوز لآحاد المسلمين استئجارُ الذميين ؛ لأن الآحاد لا يَتَوَلَّوْن الأمورَ العامة ، وقد يكون في حضوره مفسدةٌ يعلمها الإمامُ دون الآحاد . انظر الروضة (١٠ / ٢٤٢) .

فرع :(١ إذا خرج أهلُ الذمة إلى الجهاد قهرًا ١) استحقوا أجرة المثل من رأس الغنيمة على رأي ، ومن بيت المال على رأي (٢) . فإنْ خَرجوا ولم يَقفوا في الصفِّ ، فلهم أجرة الذهاب ، ولو خَلَّى سبيلَهم قبل الوقوف لم يستحقوا أجرةَ مدةِ الرجوعِ لتعطُّلِ المنافعِ ؛ لأنهم على خيرتهم ، فيترددون كما شاءوا . ولو وقفوا ولم يقاتلوا فوجهان :

أحدهما : أنهم يستحقون أجرة القتال كما يستحق المسلمُ السَّهْمَ .

والثاني : أنهم لا يستحقون إلا منفعةَ مدةِ الوقوفِ والاحتباسِ إنّ قلنا : إن حَبْسَ الحرِّ يُوجبُ ضمانَ منافعِه .

المسألة الثالثة : فيمن يَمْتنع (٣) قَتْلُه . كالقريب ، والصبي ، والمرأة ، والراهب ، والعسيف (٤)

أما القريبُ ، فَقَتْلُه مَنْهِيٌ عنه ؛ لقطيعة الرحم ، وإذا انضمت المحرميةُ إلى الرحم كان آكدَ ؛ نَهَى النبيُّ ﷺ حذيفةَ (٥) وأبا بكر (رضي الله عنهما) عن قَتْلِ أبويهما (٦) .

وأما الصبيانُ والنسوانُ فلا يُقْتلون ؛ لمصلحةِ الاسترقاق ، ولأنهم أيضًا ليسوا أهلَ القتالِ .

---

(١) في (ب) : « إذا أُخرج أهل الذمة في الجهاد قهرًا » .

(٢) والأصحُّ أنها تؤدي من خمس الخمس من الغنم . انظر الروضة (١٠ / ٢٤٢) .

(٣) في (ب) : « يمنع » .

(٤) العسيف : الأجير .

(٥) هو حذيفة بن حِسْل – أو حُسَيْل – اليمان بن جابر العبسي أبو عبد الله من الولاة الشجعان الفاتحين ، وهو صاحب سرّ رسول الله ﷺ في تعريفه بأسماء المنافقين . تولّى أيام عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) المدائن ، وبقي بها إلى أن توفي فيها (رضي الله عنه) سنة (٣٦) هـ . انظر ترجمته في : أسد الغابة (١ / ٣٩٠) . طبقات ابن سعد (١٥/٦) . تاريخ ابن عساكر (٤ / ٩٣) . طبقات خليفة ص (٤٨) . الإصابة (١ / ٣١٧) . طبقات الشعراني (١ / ٢٢) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (نهى رسول الله ﷺ حذيفة وأبا بكر عن قتل أبويهما) هذا غير صحيح ، وهو تصحيف ، وإنما هو (نهى أبا حذيفة بن عتبة عن قتل أبيه ، وذلك يوم بدر ، ونهى أبا بكر عن قَتْل ابنه عبد الرحمن ، وذلك يوم أحد) فتصَحَّف أبو حذيفة بحذيفة ، وفي أبي بكر « ابنه » بالنون « بأبيه » . ثم في ثبوت أصل الحديث – بعد سلامته من التصحيف – نَظَرٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٣ / أ) .

وقال الحافظ ابن حجر : « تفطّن الرافعيُّ لِمَا وَقَع للغزالي في « الوسيط » من الوهم في قوله : (نهى رسول الله ﷺ =

وكذلك لا يجوز أن تُرْشَق المرأةُ بالنُّشَّاب إذا عجز عن استرقاقها .

ومهما شكَّ في البلوغ ، كشف عن المؤتَزر ، وعوّل على نبات شعر العانة . فلو قال : استعجلتُه بالدواء ، فإن قلنا : إنه عَيْنُ البلوغ ؛ فلا يُقْتل . وإن قلنا : إنه علامة ، صُدِّق مع اليمين .

ولا يُعوَّل على اخضرار الشارب ، ويُعوَّل على ما خشن من شعر الإبط والوجه .

وأما الراهب ، والعسيف ، والحارف المشغول بحرفته [(١)] ، والزَّمِنُ ، والشيخ الضعيف الذي لا رأي له [(٢] ففيهم قولان [٢)] :

أحدهما : أنهم يقتلون ؛ لأنهم من جنس أهل القتال [(٣)] .

والثاني : لا ؛ لأن رسول الله ﷺ بعث إلى خالد (رضي الله عنه) وقال : « لا تقتل عسيفًا ولا امرأة » [(٤)] .

= حذيفة وأبا بكر عن قَتْل أبويهما) وهو وَهْمٌ شنيع ، تعقّبه ابنُ الصلاح والنوويُّ . قال النووي : « ولا يخفى هذا على من عنده أدنى علمٍ من النَّقْل » أي : لأنَّ والدَ حذيفة كان مسلمًا ، ووالد أبي بكر لم يشهد بدرًا » . التلخيص الحبير (٤ / ١١٣) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (والحارف المشغول بحرفته) بالفاء ، أي : المحترف ، وهو الصانع ، ولم نجده مستعملًا على هذه الصيغة ، وقد قال الأصمعي : يقال : « فلانٌ يَحْرِف لعياله » أي : يكتسب من هاهنا وهاهنا . قلت : وعلى هذا يكون « الحارف » اسم فاعل ، من « حَرَفَ ، يَحْرِف » على وزن : ضرب ، يضرب ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٣ / ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فقولا ن » .

(٣) والأصح أنه يجوز قتلهم ، فإن كان فيهم من له رأي يستعين الكفارُ برأيه ، في تدبير الحرب ، قُتِل قطعًا . انظر الروضة (٢٤٣/١٠) .

(٤) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٣ / ١٢١) (٩) كتاب « الجهاد » (١٢١) باب « في قتل النساء » حديث (٢٦٦٩) . ورواه ابن ماجه (٢ / ٩٤٨) (٢٤) كتاب « الجهاد » (٣٠) باب « الغارة والبيات ، وقتل النساء والصبيان » حديث (٢٨٤١) . والحديث صححه الشيخ الألباني كما في صحيح سنن ابن ماجه (٢ / ١٣٧) .

وأما الشيخ ذو الرأي فَيُقتل إذا حضر ، وإن لم يحضر ففيه نَظَرٌ ، والظاهرُ قَتْلُه .

والشيخ الأخرق [١] إذا حضر ، فالظاهر أنه يُقْتل ، ويحتمل طرد القولين .

فإن قلنا : لا يُقتلون ، ففي إرقاقهم ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنهم كالنسوة يرقون بنفس الأسْر [٢] .

والثاني : [أن] [٣] للإمام أن يرقهم إن شاء ، ولا يرقون بنفس الأَسْر .

والثالث : أنه يمتنع استرقُاقهم . وهذا في غاية الضعف .

وعلى هذا في استرقاقِ نسائهم وذراريهم ثلاثةُ أوجه ، تُسترقُّ في الثالث نساؤهم دون ذراريهم [٤] ؛ (٥ لأنهم كأُجَرَائهم ٥) . وأُجْرِي في سَبْي أموالهم الخلافُ ، وهو تفريعٌ على بعيد [٦] .

ومنهم من ألحق السوقةَ بالعُسفاء في منع القتل أيضًا [٧] .

المسألة الرابعة : يجوز نَصْبُ المنجنيق وإضْرامُ النار ، وإرسالُ الماء على قلاع الكفار ، وإن علمنا أنه يتناول النساء والذراري ؛ لأن ذلك ليس قصدًا إلى عينهم ، ولأنهم منهم ، وإنما الكفُّ لنوعِ مصلحةٍ .

أما إذا تَتَرَّسَ كافرٌ بصبيٍّ أو امرأةٍ : فإن كان يُقَاتِل لم نُبَالِ بقصده وإن أصاب تُرْسَه ، وإن كان دافعًا فقولان :

---

(١) الأخرق : الأحمق . انظر القاموس المحيط (١١٣٥) مادة (خ ر ق) .

(٢) وهذا هو المذهب . انظر الروضة (١٠ / ٢٤٤) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) والأصح أنه يجوز سَبْيُ نسائهم وصبيانهم . انظر الروضة (١٠ / ٢٤٤) .

(٥) في الأصل : « لا أنهم كأجرائهم » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) يعني وهو تفريع على وجهٍ بعيد .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (ومنهم من ألحق السوقة بالعُسَفَاء) فَعَبَّر بلفظ « السوقة » عن أهل الأسواق ، وذلك باطلٌ من حيث اللغة ، فإن السوقة عبارةٌ عن الرعية من الجند وغيرهم ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٢٣ / ب) .

أحدهما : جواز قصد الترس كما في القلعة [١] .

والثاني : لا ؛ لأن هذا قصْدُ عينِه .

ومنهم من قال : القولان في الكراهية ولا تحريم .

ولو تترسوا بهم في القلعة [٢] : منهم من قال : يقصد الترس وإن أمكننا [٣] فتح القلعة بغير ذلك ؛ زجرًا لهم عن هذه الحيلة . ومنهم من قال : إن عجزنا عن القلعة إلا بقتلهم [٤] ففي جوازه أيضًا قولان ؛ إذ نحن في غُنْيَةٍ من أصل القلعة .

أما إذا كان في القلعة مسلمٌ ، فلا تُضرم النار ولا يُنصب المنجنيق إذا علمنا أنه يصيبه . وإن كان موهومًا فقولان :

أحدهما : المنع ؛ إذْ زوالُ الدنيا أهونُ عند اللهِ منْ سَفْكِ دمِ مسلم [٥] ، وربما أصبناه .

والثاني : الجواز ؛ لأنه موهوم ، والقلاعُ قَلَّمَا تخلو عن الأسارى ، فلا يمكن تحصينهم عن / ٢٦٣/أ

---

(١) وهذا القول هو الراجح كما في الروضة (١٠ / ٢٤٥) . وقال ابن الصلاح : « قوله : (.. كما في القلعة) يعني كما سبق من جواز نَصْبِ المنجنيق على القلعة المُشْتَمِلة على الصبيان والنساء ، وإن كان مَنْ فيها دافعين ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٣ / ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من الخلاف فيما إذا تترسوا بهم في القلعة ، موضعُه ما إذا كانوا دافعين ، أما إذا كانوا يقاتلوننا فنرمي التُّرْسَ بلا خلاف ، والله أعلم » . مشكل الوسط (جـ٢ ق ١٢٣ / ب) .

(٣) في (ب) : « وإن أمكنّا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بقصدهم » .

(٥) وهو يشير إلى الحديث الذي رواه النسائي (٧ / ٨٢) كتاب « تحريم الدم » باب « تحريم الدم » باب « تعظيم الدم » بإسناده عن النبي ﷺ قال : « لزوال الدنيا أهون عند الله من قتل رجل مسلم » . ورواه الترمذي في سننه (٤ / ١٠) (١٤) كتاب « الديات » (٧) باب « ما جاء في تشديد قتل المؤمن » حديث (١٣٩٥) كلاهما عن ابن أبي عدي عن شعبة عن يعلى بن عطاء عن أبيه عن عبد الله بن عمرو به مرفوعًا . وقال الترمذي : « وحدثنا محمد ابن بشار حدثنا محمد بن جعفر ، حدثنا شعبة عن يعلي بن عطاء عن أبيه عن عبد الله بن عمر ونحوه ولم يرفعه . قال أبو عيسى : وهذا أصح من حديث ابن أبي عدي ، ثم قال : وهكذا روى سفيان الثوري عن يعلي بن عطاء موقوفًا ، وهذا أصح من الحديث المرفوع » . انظر سنن الترمذي (٤ / ١٠) . مشكل ابن الصلاح (جـ٢ ق ١٢٤ /أ) .

القتال بأن يُمْسِكوا في كل قلعة مسلمًا (١) .

فأما إذا تترس كافر بمسلم ، فلا يجوز قَصْدُ التُّرسِ وإن خاف القاصدُ على نفسه ؛ لأن غايته أن يُجْعَل كالإكراه ، وذلك لا يُبيح القتلَ .

فإن قتل (٢) الترس ، ففي وجوب القصاص قولان كما في المكره ، ومنهم من قطع بالوجوب وجَعَلَه كالمضطر في المخمصة .

أما إذا تترس الكفار في صف القتال بطائفةٍ من الأسارى ولو تركناهم لانهزم المسلمون وعَلَتْ رايتهم : فمنهم مَنْ جوَّز قَصْدَهم ؛ لأنهم سَيَقْتلون من المسلمين أكثر منهم ، والجزئياتُ مُحْتَقَرةٌ بالإضافة إلى الكليات (٣) . ومنهم من منع وقال : ذلك موهومٌ فلا يُقْدَم بسببه على سَفْكِ دمِ المسلم (٤) .

المسألة الخامسة : في الهزيمة . وهي محرمة بعد التقاء الصفين إلا بشرطين :

أحدهما : زيادة عدد الكفار على الضِّعْف .

والثاني : التحيز إلى فئة أخرى .

والصحيح أنه لا يجوز لمائة من الأبطال أن يَفِرُّوا من مائتين من الضعفاء وواحدٍ ، وإنما يُرْعَى

---

(١) قال في الروضة (١٠ / ٢٤٥) : « لو كان في البلدة ، أو القلعة مسلمٌ ، أو أسير ، أو تاجر ، أو مستأمن ، أو طائفة من هؤلاء ، فهل يجوز قَصْدُ أهلها بالنار والمنجنيق ، وما في معناهما ؟ فيه طرقٌ ، والمذهبُ : أنه إذا لم تكن ضرورة ، كُرِه ، ولا يحرم على الأظهر ؛ لئلا يُعَطِّلوا الجهاد بحبسِ مسلمٍ فيهم وإن كانت ضرورةٌ – كخوف ضررهم ، أو لم يحصل فتح القلعة إلا به – جاز قطعًا » .

(٢) في (ب) : « قصد » .

(٣) وهذا هو الصحيح المنصوص ، وبه قطع العراقيون أنه يجوز الرميُ على قصد قتال المشركين ، ويتوقى المسلمين بقدر الإمكان ؛ لأن مفسدةَ الإعراض أكثر من مفسدة الإقدام ، ولا يَبْعُد احتمالُ [قتل] طائفةٍ ؛ للدفع عن بيضة الإسلام ، ومراعاة للأمور الكليات . انظر الروضة (١٠ / ٢٤٦) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « مسلم » .

العددُ عند تقارُبِ الصفات . ومنهم من قال : اتباعُ الصفات يَعْسُر ، فَيُرْعى صورة العدد . وكذلك الخلاف في فرار عشرين من ضعفاء المسلمين عن تسعة وثلاثين من أبطال الكفار . ولاشك في أنهم لو قطعوا بأنهم يُقتلون لو وقفوا من غير نكاية منهم في الكفار : وَجَبَ الهربُ إذِ الذلُّ في الوقوف أكثر إذا كان لا يُرْجَى فلاحٌ بحال . وكذلك إذا لم يكن مع المسلمين سلاحٌ جاز الهربُ . وإن كان يمكن الرمي (١) بالحجارة ففي وجوب (٢) الهرب خلاف .

وإن علموا أنهم مغلوبون (٣) قطعًا – ولكن بعد نكايةٍ مَّا – ففي جواز المصابرة وجهان .

وأما التحيُّز إلى فئة أخرى ، فهو مباح . و[إن] (٤) كان تركه للقتال (٥) وانهزامُه في الحال ينجبر بعَزْمِه على الاتصال بفئة أخرى ، فأكثرُ المحققين على أن تلك الفئة وإن – كانت على مسافة شاسعة – جاز ؛ لعمومِ الآية ، ولأنَّ هذا أمرٌ بَيْنَه وبين الله تعالى ، ولا يمكن مخادعةُ الله تعالى في العزائم (٦) ، فإذا ظهرت له تلك العزيمةُ جاز التوجّهُ إليهم . ومنهم من قال : لابد من فئة يُتصوَّر الاستنجادُ بهم في هذا القتال وإتمامه ، ولا يمكن ذلك إلا بمسافة قريبة .

وعلى الوجه الأول ، هل يجب عليه تحقيقُ عزمه بالقتال مع الفئة الأخرى ؟ ، الظاهر أنه لا يجب ؛ لأن العزم قد رخص ، فإن زال العزم بعده فلا حَجْر ؛ إذ الجهاد لا يجب قضاؤه ، بل

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الهرب » .

(٢) في (ب) : « ففي جواز » .

(٣) في (ب) : « مقتولون » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) : « القتال » .

(٦) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من أنه لا تُمْكن المخادعة في العزم ، فيه إشارةٌ إلى الجواب عن سؤال مقدر ، وكأنَّ قائلًا قال : إن تجويز هذا يُفْضي إلى أن يَنْهزم كلُّ مَنْ أراد الهزيمة ، ويقول : « إنما تحيزتُ إلى فئة بعيدة ، وعَزْمي العودُ إلى القتال في غزوة أخرى » وذلك يَقْدح فيما تقرَّرَ من وجوب المصابرة وتحريم الهزيمة ، وجوابُه : أنه لا يجوز له تَرْكُ المصابرة إلا ببدلٍ ، وهو عزمُه على المعاودة ، والعزمُ مما لا يُمْكِن تكلُّفُه والمخادعةُ فيه ، فإذا تحقق منه العزم كان بدلًا عن المصابرة ، ولا يلزم من ذلك نَفْيُ وجوبِ المصابرة رأسًا ، بل يكون ذلك من قَبيل الواجبِ المخيَّرِ الذي هو أحدُ أقسام الواجبات ، والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٤ /أ) .

الصحيح أنه لا يلزم بالنذر ، فكيف يلزمه القضاء ؟ ، والمنهزم عاصٍ ليس عليه إلا الإثم .

وإن اعتبرنا الفئة القريبة ، فإذا لم تكن وَجَبت المصابرةُ ؛ إذ تعذَّر التحيز ، وحيث يجوز التحيز إنما يجوز إذا لم يدخل بسببه كَسْرٌ على المسلمين وقوةٌ على الكفار ، فإن [١] أدَّى إلى ذلك فهو ممتنعٌ .

والمتحيز إلى الفئة البعيدة قبل حيازة المغنم لا يشترك في المغنم . وفي المتحيز إلى فئة قريبة وجهان .

المسألة السادسة : تجوز المبارزة بإذن الإمام [٢] ، وفائدتُه صحةُ أمانِهِ لقرنه [٣] . فإن استقل دون الإذن [٤] ففي جواز أمانه للقرن ونفوذِه وجهان [٥] . وفي جواز أصل الاستقلال بالمبارزة أيضًا وجهان ؛ إذْ قد يكون للإمام رأي في تعيين الأبطال .

وفي جواز حَمْلِ الغزاةِ رءوسَ الكفار إلى بلاد الإسلام خلافٌ ؛ منهم من قال : هو مكروه ؛ إذْ لا فائدة فيه إلا أن يكون نكايةً في قلب الكفار فلا يُكْره .

المسألة السابعة : ينتهي جوازُ قَتْلِ الكافر بإسلامه ، وتحصُل به عصمتُه وعصمةُ مالِه

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (تجوز المبارزة بإذن الإمام) كان الأولى أن يقول : (بإذن صاحب الراية) كما قاله شيخه » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٤ / ب) .

(٣) أي لقرينه الذي يُبَارزه من الأعداء.

(٤) في (أ) ، (ب) : « إذن » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن استقلَّ دون الإذن ، ففي جواز أمانه للقرن وجهان) يعني إذا أمَّنه لئلا يتعرَّض له غيرُه إلى أنْ يرجع إلى صفِّ الكفار ، فهل يجب على المسلمين الوفاء بأمانه ؟ فيه خلافٌ مع أنه لا خلاف في صحة أمان الواحد من غير إذنِ الإمام ، وذاك لأن الذي أمَّنَه هاهنا مُقَاتل ، ومحلُّ الاتفاقِ حيث لا يكون مقاتلًا . ثم قولُ المؤلف : (وفي جواز أصل الاستقلال بالمبارزة أيضًا وجهان) يُشْعِر بأن في جواز نفس المبارزة – مع قطع النظر عن الأمان – وجهين ، وعلى هذا يدل كلام صاحب « المهذب » ، وقد ذكر شيخُه أن اختلاف الأصحاب في جواز الاستقلال بالمبارزة ، معناه : اختلافهم في نفوذ أمانه المذكور ، أما نفْسُ المبارزةِ والقتالِ فيها فجائزٌ قطعًا . وكلامُ المؤلِّف أوَّلًا يُشْعر بهذا ، حيث قال : (وفائدة الإذن صحة أمانه لقرنه) فاعلمْ ذلك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ١٢٤/ ب) .

وأولادِه الصغار دون الكبار ، فإنهم يستقلون بالإسلام .

وينتهي أيضًا ببذل الجزية ، ويمتنع بسببه استرقاقُ زوجتِه وبنته البالغة ؛ لأن الإناث لا يستقللن [1] بالجزية ، ويستقللن بالإسلام . وفي استرقاق زوجة المسلم إذا كانت حربيةً وجهان [2] . ولا يَمْنع منه كونُها حاملًا بولدِ مسلمٍ ، لكن الرقّ لا يَسْرِي [3] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا تُسْتَرَقّ [4] .

* * *

(١) في (ب) : « لا ينفككن » .

(٢) والأصح جوازُ استرقاقها . انظر الوجيز (٢ / ١٩٠) والروضة (١٠ / ٢٥٣) ، والغاية (٢ / ٩٥٠) .

(٣) يعني أن الرقَ لا يسري إلى ما في بطنها ، ومن ثم يكون حرًا .

(٤) كذا في النسخ الثلاثة التي عندي « لا تُسْتَرَقّ » مع أن مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) أنها تسترق ، بل وحَمْلُها أيضًا ينعقد رقيقًا وإن كان مسلمًا . وهذا على خلاف المذاهب الثلاثة ، فإنها قررتْ أن الولد ينعقد حرًا ، ولا يَسْري عليه الرقُّ مِنْ أمه . ولعل الأصل هكذا « وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « يُسْترق » يعني : حملها ، وهذا هو المتفِق مع مذهبه بخلاف مذهب الشافعية . انظر في تفصيل هذه المسألة المراجع والمصادر الآتية : الوجيز (٢ / ١٩٠) . الروضة(١٠/ ٢٥٢،٢٥٣). الغاية القصوى(٢/ ٩٥٠). مختصر الطحاوي ص(٢٨٩، ٢٩٠). المبسوط(١٠ / ٦٦). الدر المختار(٤/ ١٤٤، ١٤٥). ملتقى الأبحر(١/ ٣١٦). القوانين الفقهية ص(١٥٢). الشرح الكبير(٢/ ١٨٤). المحرر في الفقه (٢/ ١٧٣) . المبدع شرح المقنع(٣/ ٣٣١) . شرح منتهى الإرادات(٢/ ١٠١) . المغني لابن قدامة (٨/ ٤٢٩) .

التصرف الثاني : في رقابهم بالاسترقاق

وهو جائز كالاغتنام ، ولكن النظر في العلائق المانعة وهي : النكاحُ ، والولاءُ ، والدَّيْنُ (١) .

أما النكاح ، فمنكوحةُ الحربي تُسْترقُّ وينقطع نكاحُه ، سواء سُبِيَتْ معه أو مفردةً ، بل لو سُبِيَ الزوجُ انقطع عندنا نكاحُه خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (٢) .

وكذلك الحربيةُ إذا كانت منكوحةَ ذِميٍّ . فإن كانت منكوحةَ مسلمٍ ، ففي جواز الاسترقاق وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن نكاح المسلم كالأمان لها ، فَتُرْعَى حرمةُ إسلامِه / . ٢٦٣/ب

---

(١) قال ابن الصلاح : « ذَكَرَ في العلائق المانعة من الاسترقاق - الدَّيْنَ ، مع القطع بأنه غيرُ مانع من الاسترقاق . والعذرُ عنه أن المرادَ العلائق التي فيها اقتضاءٌ للمنع وإن لم يَثْبت المنْعُ في بعضها والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٢٤/ب) .

(٢) إذا سُبِيَ المتزوجُ من الكفار ، فله ثلاثة أحوال :

(الحالة الأولى) : أن يُسْبَى الزوجان معًا . فمذهبُ الشافعية أنه ينفسخ النكاح بينهما ، وهو مذهب المالكية أيضًا . وقال أبو حنيفة : لا ينفسخ النكاح ، وهو مذهب الحنابلة .

(الحالة الثانية) : أن تسبى المرأة وحدها ، فينفسخ النكاح بلا خلاف إلا أن أبا حنيفة (رحمه الله) يقول : إذا سُبِيَت المرأة وحدها ، ثم سُبِيَ زوجُها بعدها ، فهما على نكاحهما ولا ينفسخ ، إلا إذا نُقِلَت المرأةُ إلى دار الإسلام ، فينفسخ النكاح .

(الحالة الثالثة) : أن يُسبى الرجل وحده ، فمذهب الشافعية أنه ينفسخ نكاحه ، وهو مذهب المالكية وأبي حنيفة بشرط أن ينقل إلى دار الإسلام ، والحاصل : أن الشافعية والمالكية يقولون : إن السبي يقطع النكاح مطلقًا ، سواء سُبِيَ الزوجان معًا ، أو متعاقبين ، أو سُبِيَ هو فقط ، أو سُبِيتْ هي فقط . وعند أبي حنيفة أن الموجب للفرقة هو تَبَايُنُ الدارين لا السَّبْيُ ، فإذا انعدم تبايُنُ الدارين كانا على نكاحهما ، سواءٌ سُبِيَا معًا ، أو أحدُهما بعد الآخر ، ويحصل تبايُنُ الدارين إذا نُقِل أحدهما إلى دار الإسلام . انظر : الوجيز (٢ / ١٩١) . الروضة (١٠ / ٢٥٤) . الغاية القصوى (٢ / ٩٥٠) . مختصر الطحاوي ص (٢٨٦) . المبسوط (١٠ / ٥١) . الهداية (١ / ٢٤٠) . الكافي ص (٢٠٩) . القوانين الفقهية ص (١٥٢) . الشرح الكبير (٢ / ٢٠٠) . المغني (٨ / ٤٢٧) . المبدع في شرح المقنع (٣ / ٣٢٩) . شرح منتهى الإرادات (٢ / ١٠٠) .

والثاني : نعم ؛ لأن النكاح مؤبَّدٌ ، ولا عهد [لنا] (١) بأمانٍ مؤبَّد (٢) .

وعلى هذا ، ينقطع (٣ نكاحُ المسلم ٣) حتى لا تَبْقى أمةٌ كتابيةٌ في نكاح مسلم ، فإن ذلك يُمتَنع ابتداءً لا كدارِ حربيٍّ استأجَرها مسلمٌ ، فإنه تُمْلك بالاغتنام ولا تَنْفسخ الإجارةُ ؛ إذْ لا عُسْرَ فيه . وذكر [فيه] (٤) وجهٌ غريبٌ : أن النكاحَ لا ينقطع ، وأنَّ ذلك يُحْتَمل في الدوام ، وهذا إن أُريد به أنه يتوقف إلى إسلامها قبل انقضاء العدة ، فله وجهٌ مَّا ، وإلا فلا وجْهَ له .

أما إذا سَبَيْنَا زوجين رقيقين مُسْلميْنِ – أو كافريْن – لأهل الحرب ، ففي انقطاع نكاحِهما وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن هذا كالشراء ، فإنه تَبَدُّلُ ملكٍ لا ابتداءُ رِقٍّ (٥) .

والثاني : أنه ينقطع ؛ لأن ملك السَّبْيِ مبتدأ غير مَبْنيٍّ على ملك الكافر .

أما علقة الولاء : فإن ثبتت لمسلم ، بأنْ أعتق عبدًا كافرًا ، فالتحق بدار الحرب ، فالمذهبُ أنه لا يُسْترق لعُلْقَة ولاء المسلم ، فإنه لا يَقْبل الفسخ ، بخلاف نكاح المسلم ، إذْ فيه وجهان .

أما زوجة الذمي فتُسْبَي ، وفي معتقه وجهان ، وفي معتق المسلم أيضًا وجهٌ غريب أنه يُسْبى .

أما علقة الدَّين : فالمسْبِيُّ إذا كان عليه دَيْنٌ لمسلمٍ أو لذمّيٍّ ، فيسترق ، ويبقي الدَّيْنُ في ذمته يُتْبع به إذا عَتَقَ إن لم يَبْقَ له مال ، فإن كان له مال لكن اغْتُنِم قبل إرقاقه ، فكأنه لا مالَ له ، وإن اغتنم بعد إرقاقه فإنه يؤدِّي الدَّيْن منه وينزل الرقُّ (٦) منزلةَ الحَجْرِ بالفَلْس ، ويتعلّق به حقُّ الغرماء ، ولذلك ينقدح المصير إلى حلول الدَّيْنِ برقِّه على أحدِ الوجهين كما في الفلس ، بل الرقُّ بالموت أشْبَهُ من الفلس .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٠ / ٢٥٣) .

(٣) ساقطة من (أ) ، (ب) . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ٢٥٥) .

(٦) في (ب) : « ونُزِّل الرق » .

وإن سُبيَ معه مَالُه ، فلا يقضى الدَّيْنُ من المال ؛ لأنه يتملكُ مَالُه بمجرد السَّبْيِ ، ولا يُرَقُّ إلا بصَرْفِ الرقِّ بعده .

أما المرأة ؛ إذا كان عليها دَيْنٌ فسُبيت مع مالها ، قدّم حقُّ الغانمين ؛ لأن سببَ الملك أقوى من سبب تعلُّق الدَّيْنِ بالمال ، ويحتمل أن يُقَدَّم الدينُ ، ويُشَبَّهُ بملكِ الوارث إذْ يُقَدم حقُّ الدين عليه ، وإن كان حلول الدين والوراثة يحصل معًا بالموت . هذا إذا اسْتُرِقَّ مَنْ عليه الدَّيْن . أما إذا استرق مَنْ له الدين فلا تبرأ ذمةُ مَنْ عليه الدَّيْنُ ، بل هو كودائع الحربي المَسْبِيِّ ، وسيأتي .

[أما] (١) إذا ما استقرض حربيٌّ من حربيٍّ شيئًا ، أو التزم دينًا بمعاملة ، ثم أسلما ، أو قَبِلا الجزيةَ أو الأمانَ ، فالاستحقاقُ مستمرٌّ ، وكذلك يبقي مهر الزوجة إذا أسلما إن (٢)لم يكن المهر خمرًا أو خنزيرًا . ولو سبق المستقرض إلى الإسلام أو الذمةِ ، فالنصُّ أن اللزوم قائمٌ ، ونصَّ على أن الحربي إذا ماتت زوجتُه ، فَدَخَل دارنا ، فجاء ورثَتُها يطلبون مهْرَها ، فليس لهم ذلك ، فقيل : قولان ، بالنقل والتخريج ، ووجْهُ السقوط : بُعْدُ طَلَبِ الحربيِّ المالَ من مسلم أو ذميٍّ في دارنا . وهذا ضعيفٌ ؛ إذ قَطَعوا بأنّ رِقَّ مَنْ عليه الدَّيْن لا يُسقط دَيْن الحربيِّ وهو أمان (٣) ، وأنهما – إنْ أسلما على التعاقب – استمرَّ الطلبُ ، ولو بَرِئَتْ الذمةُ بإسلام منْ عليه الدَّيْنُ لما عادَ الطلبُ ، فلعلَّ الشافعي (رضي الله عنه) أراد ما إذا كان الدَّيْنُ خمرًا أو خنزيرًا .

أما إذا كان قد أتلف الحربيُّ على حربيٍّ مالًا ، أو قهره وأخذ ماله ، فلا ضمانَ عليه إذا أسلم أو قبل الجزية ، وإنما اللزوم بحكم التراضي ، وإتلافُ مالِ الحربي لا يَزيد على إتلاف مالِ المسلم ، ولا ضمان له بعد الإسلام . وفيه وجه : أنه يبقى الضمانُ ؛ لأن ذلك مُلْتزم فيما بينهم

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذْ قطعوا بأنَّ مَنْ رَقَّ ، وعليه دَيْنٌ لحربيٍّ ، لا يسقط دَيْن الحربيِّ ، وهو أمان) يعني به أن الرقَّ أمانٌ ، فسواءٌ دَخَل المديونُ دار الإسلام أَمِنًا بالرقِّ أو أَمِنًا بالعهد . ثم إنّ ما ذكره هاهنا ، وفي « البسيط » مِنْ قطعِ الأصحابِ بعدم سقوط ذلك – غَلَطٌ في النقل ؛ إذْ نَقَلَ شيخُه في « نهايته » عن القاضي أنه قال : إنه يسقط . ثم لم يَحْكِ شيخُه عن أحدٍ عَدَمَ السقوط ، وإنما ذكره احتمالًا أبداه . ثم قال : والظاهرُ السقوطُ ؛ فإن ملتزم الدين انتقل من كونه حربيًّا لا يجري عليه حكمٌ – إلى كونه رقيقًا ليس له على نفسِه حكمٌ . وهذا من عجبه ، مع أن كتاب شيخه عِمَادُ كُتُبِه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٥ / أ) .

بشرعهم كما في معاملتهم [١] ، بخلاف مالِ المسلم .

فرع : إذا سبى الوالدة وولدها الصغير ، فلا يُفرّق بينهما في القسمة والبيع ؛ لقوله ﷺ : « لا تُوَلَّه والدةٌ بولدها » [٢] . والجدةُ – عند عدم الأم – في معناها . ولو بِيع مع الجدة عند وجود الأم ، فهل يَسْقط التحريمُ به ؟ فيه قولان [٣] . ولا خلاف أنه يُبَاع مع الأم دون الجدة .

والأبُ هل يُلْحق بالأم في تحريم التفريق ؟ ، فيه قولان [٤] . فإن ألحقناه ، فهل يُعَدَّى إلى سائر المحارم ؟ قولان [٥] .

وأما حكمُ صحةِ البيع وتفاريعه فذكرناه [٦] في كتاب « البيع » .

* * *

---

(١) في (ب) : « معاملاتهم » .

(٢) قوله : (لا تُوَلَّه) هو بضم التاء ، وفتح الواو ، وتشديد اللام . ويجوز في « الهاء » الضم والإسكان ، فالإسكان على أن « لا » ناهية ، والرفع على أنها نافية ، فيكون نَهْيًا بلفظ الخبر ، وهو أبلغ في الزجر ، كما في قوله تعالى : ﴿ ومن دخله كان آمنا ﴾ [آل عمران : ٩٧] .

وقال أهل اللغة : الوَلَه : ذهاب العقل والتحيُّر من شدة الحزن . يقال : رجل وَالِهٌ ، وامرأةٌ وَاله ، ويجوز أيضًا أن نقول امرأة وَالِهةٌ ، بإثبات التاء وحذفها ، وممن ذكر الوجهين فيهما ابنُ فارس . ويقال في الفعل منه : وَلَهَ – بفتح اللام – وفي المضارع « يَلِهُ » بكسر اللام . و « وَلَهَ » « يَوْلَهُ » بفتح اللام فيهما ، لغتان فصيحتان ذكرهما الهروي وغيره . قالوا ومعنى « التَّوْلِيه » المنهيّ عنه في الحديث أن يُفَرَّق بين المرأة وولدها ، فَتُجْعَل والهة . انظر : تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ٢ / ١٩٦) .

وقال ابن الصلاح : « هذا الحديث روي عن أبي سعيد ، وهو غير معروف ، وفي ثبوته نظر . وأقوى منه وأدل ، ما رويناه في السنن الكبير عن أبي أيوب الأنصاري عن رسول الله ﷺ : « من فرق بين والدة وولدها ، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » . أخرجه الترمذي ، وقال : حديث غريب ، والله أعلم » .

(٣) والأظهر أن التحريم لا يسقط إذا بيع مع الجدة . انظر الروضة (١٠ / ٢٥٧) .

(٤) والأظهرُ أنه كالأم في تحريم التفريق . انظر الروضة (١٠ / ٢٥٧) .

(٥) والمذهب أنه لا يحرم التفريقُ بينه وبين سائر المحارم ، كالأخ والعمّ وغيرهما . انظر الروضة (١٠ / ٢٥٨) .

(٦) في (ب) : « ذكرناها » .

التصرف الثالث في أموالهم

بالإهلاك

وكلُّ ما يُمْكِن اغتنامُه لايجوزُ إهلاكُه [١] . ويجوز إحراقُ أشجارهم إذا رأى الإمامُ ذلك نكايةً فيهم . فإن توقَّعْنا على القرب أنْ تصير للمسلمين لم يَجُزْ ، والمتَّبع فيه المصلحةُ .

والمقصود أن لا حُرْمة للأشجار ، بخلاف البهائم ، فإنه لا يجوز قتلُها غيظًا لهم إلا قَتْل فَرسِ المقاتل وهو عليه .

وتُتْلَف كتبُهم المشتملة على الكفر / وما لا يجوز الانتفاعُ به . وفي جواز استصحابه لِيُسْتَعان به [٢] على معرفة تفاصيلِ مذاهبهم [٣] : تردُّد . ٢٦٤/أ

وأما كلبُ الصيد في الغنيمة فلا يدخل في القسمة ؛ إذْ لا مِلْكَ فيه ، لكن يُخصِّص الإمامُ به مَنْ أراد .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وكلُّ ما يمكن اغتنامه ، لا يجوز إهلاكُه) كان ينبغي أن يقول : (ما يُرْجَى اغتنامُه) فإنَّ إمكانَ الاغتنامِ موجودٌ فيما جوّز إحراقه من أشجارهم ، وكأنه أراد بالإمكان – الرجاءَ ، والله أعلم » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بها » .

(٣) في (ب) : « مذهبهم » .

التصرف الرابع في أموالهم بالاغتنام

والغنيمةُ : كلُّ ما أخذه الفئةُ المجاهدةُ مِن أعداء الله تعالى على سبيل القهر والغلبة .

وأموالُ دار الحرب خمسةُ أقسامٍ :

أحدها : ما ذكرناه .

والثاني : ما يَنْجَلي عنه الكفارُ بالرعْب من غير قتال ، وهو فَيْءٌ ، وفي معناه كلُّ مالٍ وَصَلَ إلى المسلمين منهم بغير قتال .

والثالث : ما يَسْتبِدُّ به آحادُ المسلمين بسرقة واختلاس [1] ، فهو لهم ولا يُخَمَّس شيءٌ منه .

والرابع : صَيْدُ دارِ الحرب وحشيشُه ، فهو كمباح في [2] دار الإسلام .

والخامس : اللُّقَطة ، وهي لآخذها إن لم يَتَوهَّمْ كونَها لمسلمٍ ، فإن توهَّمَ فلابُدَّ من التعريف .

ثم الغنيمة لها أحكام :

الأول : جوازُ التبسُّطِ في الأطعمة ما داموا في دار الحرب ، وذلك رخصة ، ثبتت شرعًا في الأطعمة خاصةً . قال ابن أبي أَوْفَى [3] : « كنا نأخذ من طعام المغنم ما نشاء » [4] .

---

(١) في (ب) : « أو اختلاس » .

(٢) كلمة : « في » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) هو عبد الله بن أبي أوفي ، واسم أبي أوفي علقمةُ بن خالد بن الحارث ، صحابي ابن صحابي ، شهد بيعة الرضوان وخيبر وما بعدهما من المشاهد مع رسول الله ﷺ ، ولم يزل بالمدينة حتى توفي رسول الله ﷺ ، ثم تحوّل إلى الكوفة ، وهو آخر من بقي من الصحابة بالكوفة . رُوِيَ له عن رسول الله ﷺ خمسة وتسعون حديثًا ، اتُّفِق على عشرة ، وانفرد البخاري بخمسة ، وانفرد مسلم بحديث . توفي (رضي الله عنه) سنة (٨٦) هـ . انظر ترجمته في تهذيب الأسماء واللغات (١ / ٢٦١) .

(٤) قال ابن الصلاح : « حديث عبدالله بن أبي أوفي الذي ذكره ، لم يُذْكر في كتب الحديث الأصول ، غير أن في سنن أبي داود أنه قيل لابن أبي أوفي : هل كنتم تُخَمِّسُون الطعامَ – يعني في عهد رسول الله ﷺ – فقال : أصبنا طعامًا يوم خيبر ، فكان الرجل يجيىء فيأخذ منه مقدارَ ما يَكْفيه » . وأولى منه حديثُ ابنِ عمر (رضي اللّه عنهما) : « كنا =

والنظر في : جنس المأخوذ ، وقدْرِه ، ومحلِّه ، ووجْهِ التصرُّف .

أما الجنس : فهو كل قوت أو ما يكمل به القوت ، كاللحم ، ومنه التبن والشعير للدواب . أما السكر والفانيذ [١] والعقاقير : فلا ؛ لأن الحاجةَ إليها نادرة كالثياب . وأما الفواكهُ الرطبة ففيها وجهان [٢] ، وكذلك الشحم إذا أُخِذَ لِتَوْقيحِ الدواب [٣] ، فإنه أخذ لا لِتُطْعَم ، لكن الحاجة إلى التوقيح تكْثُر .

وأما الحيوانات فلا يُتَبَسَّط فيها ، إلا الغنم فتذبح إن تعذَّر سوقه [٤] ، وإذا ذُبح فهو طعامٌ ، وقد ألحقه الشرع في اللقطة بالطعام . وقال العراقيون : يُذبح الغنَمُ وإن تيسَّر السَّوْق ، ولكن هل يَغْرم مَنْ ذَبَحها وأكل منها ؟ ، فيه وجهان [٥] .

[٦] أما جلود الأغنام فمردودة [٦] إلى المغنم إلا ما يؤكل على الرءوس .

أما القدر المأخوذ : فهو بقدر الحاجة ، ولا يشترط أن يأخذه مَنْ لا طعامَ معه ؛ إذْ وردت

= نُصِيب من المغازي العسلَ والعنبَ ، فنأكله ولا نَرْفَعُه » رواه البخاري في صحيحه ، وفي رواية ابن المبارك « كنا نأتي المغازي مع رسول الله ﷺ فنُصِيب العسلَ والسمنَ فنأكله » . المشكل (جـ٢ ق ١٢٦ / أ) .

(١) الفانيذ : نوعٌ من الحلوى . انظر القاموس المحيط ص (٤٢٩) مادة (ف ن ذ) .

(٢) وقد قطع الجمهور بجواز التبسُّط في مثل الفواكه وما يؤكل غالبًا . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٢) .

(٣) قوله : (توقيح الدوابّ) بالقاف والحاء المهملة على وزن « توقيع » وهو أن يُغْلَى الدهنُ ويُصَبّ على حافر الدابة إذا حَفِيَتْ ورَقَّ حافِرُها ؛ لِتَصْلُبَ بذلك ، وقد ذكره الشافعي ومَنَعَ منه ، والله أعلم » . مشكل الوسط (جـ٢ ق ١٢٦/أ) . وانظر تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ٢ / ١٩٣) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « سوقها » .

وقال في الروضة (١٠ / ٢٦٢) : « ويجوز ذبح الحيوان المأكولِ لحمُه ، كتناول الأطعمة ، وقيل : لا يجوز ؛ لندور الحاجة إليه . والصحيحُ الأولُ . ثم قال الجماهير : لا فَرْقَ بين الغنم وسائر الحيوانات المأكولة ، وأشار الإمامُ إلى تخصيص الذبح بالغنم ، وصرَّح به الغزاليُّ ، والصوابُ الأولُ » .

(٥) والصحيح أنه لا يغرم . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٣) .

(٦) في (ب) : « أما جلود الأنعام فهي مردودة » .

الرخصةُ من غير تفصيلٍ ، لكن له سَدُّ حاجته بطعام المغنم (١) .

ولو قدَّمه إلى من لا يشترك في المغنم كان كتقديم الطعام المغصوب إلى أجنبي . ولو أخذ ما ظَنَّ أنه قدر حاجته ، فدخل دار الإسلام ، وبقي منه مَالَه قيمةٌ : رُدَّ على المغنم . وإن كان نزرًا ، فقولان (٢) . وقد أطلق الأصحابُ القولين من غير تفصيلٍ بين القليل والكثير (٣) .

ولو لحق مَدَدٌ - قبل دخول دار الإسلام وبعد الاغتنام - ففي جواز التبسُّطِ لهم وجهان (٤) .

أما محل التبسُّطِ : فما داموا في دار الحرب إذْ لا يُظْفر فيها بالأسواق غالبًا . فإن وُجِدَ سوقٌ في دار الحرب ، أو دخلوا أطرافَ دار الإسلام ولم يجدوا سُوقًا فوجهان ، يُنْظر في أحدهما إلى الحاجة ، وفي الثاني إلى ضَبْطِ مَظِنَّة الحاجة بالدار ، فإن ذلك لا ينضبط (٥) ، ودارُ الحرب عندنا في الأحكام كدارِ الإسلام ، وإنما هذا لأجل الحاجة .

أما جنس التصرُّف : فهو كالأكل (٦) وعلف الدواب فقط في حق الغانمين ، وإن أضافَ أجنبيًا كان كتقديم المغصوب إلى الضيف في وجوب الضمان وقراره ، فإن أتلف الطعام ضمن ؛

---

(١) في (أ) ، (ب) : « من طعام المغنم » .

(٢) والأظهر أنه يجب ردّه ؛ لزوالِ الحاجة ، والمأخوذ متعلّق حق الجميع . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٤) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأطلق الأصحاب القولين من غير تفصيل) يُوهِمُ أنَّ التفصيل بين القليل والكثير - من عنده أو من عند شيخه ، وليس كذلك ، فإنه قولُ الشيخ أبي محمد الجويني (رحمه الله) وحكاه صاحبُ « المهذب » عن بعض أصحابنا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٦ / أ) .

(٤) والأصح أنه يمنع التبسُّط لهم . ووجه الجواز مَظِنَّة الحاجة وعِزّة الطعام هناك . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٤) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قطع بأنه لا يمنع من كان معه طعام ، ثم حكى وجهًا في المنع إذا وُجِدَ سُوقٌ فى دار الحرب ، وهذا مُسْتنكر . وقد قال شيخه : لو كانوا يجدون في دار الحرب ما يشترون من الأطعمة ، فلم أَرَ أحدًا من الأصحاب مَنَعَ من التبسُّط بهذا السبب . فإن كان الوجه الذي حكاه الغزالي في المنع في مسألة السوق راجعا إلى الوجه المحكيِّ في « المهذب » و « التهذيب » من أنه لا يجوز لهم الأكلُ من غير حاجة ، عند أكثر الأصحاب يجوز : فينبغي أن لا يقطع بعدم المنع فيما إذا كان معه طعامٌ ، فإن ذلك الوجه جَارٍ فيه كما ذكر في « التهذيب » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٦ / أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فهو الأكلُ » .

إذْ لا حاجة إليه فَلْيُتْلِفْه على وجه الرخصة .

فرع : لو أَخذ طعامًا ، ثم أقرضَه واحدًا من الغانمين ، فالصحيحُ أنه كمناولةِ الضيفان بعضهم بعضًا ، وكأنّ المستقرِض هو الآخذُ ، فلا يُطَالب بردّه . وفيه وجه : أنه قد اختصَّ به أولًا ، فيصحُّ هذا القرض حتى يطالبه بمثله من طعام المغنم ما داموا في دار الحرب ، فإن لم يَجْدِ من طعام المغنم شيئًا فلا طلبة ؛ إذ مجردُ اليد لا تقَابل بالملك ، كنحو اليد [1] في الكلب .

ولو باع صاعًا بصاعٍ من طعام المغنم ، فلا حكم له ، بل هو كالإقراض حتى لو باع بصاعين لم يطالب إلا بصاع واحد إنْ صححنا القرض .

* * *

(١) في (أ) : « لحقِّ اليد » .

الحكم الثاني للغنيمة سقوط الحق بالإعراض :

ومن أعرض عن الغنيمة يُعدُّ إعراضُه ؛ لأن مقصود الجهاد إعلاءُ كلمةِ الله تعالى فَيُقَدَّر المعْرِضُ كأنه لم يكنْ (١) .

ونشأ من هذا - الخلافُ في الغنيمة ، متى تُمْلَك ؟ ، وفيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها تملك بالقسمة ؛ بدليل جواز الإعراض (٢) .

والثاني : أنها بالاستيلاء تصير ملكًا للغانمين، لكن على ضَعْفٍ ، كالملك في مدة الخيار (٣) ؛ بدليل أن من مات من الغانمين قام وارثُه مقامَه .

الثالث : أنه موقوف ، فإن أعرض ، بَانَ أنه جرَّد قَصْدَهُ نحو إعلاء كلمة الله تعالى / فلم ٢٦٤/ب يملك ، وإن قسم بَانَ أنه ملك أولًا .

وعلى هذا ترددوا في أن من قال : اخترت القسمةَ ، ثم أعرض بعده ، فهل ينفذ إعراضُه (٤) ؟ فمنهم من قال : الإعراض جائزٌ بعد ذلك ما لم تقسم . والصحيحُ أنه يصح الإعراض بعد إفراز الخمس (٥ إذا لم تقسم بين الغانمين . وقال ابن سُرَيج : لا يصح .

والنظر الآن في : المعرِض ، والمعْرَض عنه ٥) :

أما المعرِض ، فلو أعرض جميعُ الغانمين ففيه وجهان :

---

(١) أي : ويضم نصيبه إلى المغنم . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٧) .

(٢) وهذا هو الأصح . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٧) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « زمن الخيار » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وعلى هذا ترددوا في أن من قال : اخترتُ الغنيمة [في النسخ : القسمة] ثم أعرض ، هل ينفذ إعراضُه ؟) هذا لا يرجع إلى ما يليه من قول الوقف خاصّة ، بل يرجع إلى أول الكلام في نفوذ الإعراض ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٦ / ب) .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

أحدهما : أنه لا ينفذ ؛ إذْ لا يبقي مَصْرفٌ .

والثاني : أنه يصح ويرجع إلى مصرف الخمس (١) .

ولو أعرض جميعُ ذوي القربى عن حقهم ، ففي صحته وجهان ، ووجْه المنعِ : أنهم لم يستحقوا بالجهاد حتى يقال : لم يَقْصد (٢) الغنيمة ، بل بالقرابة (٣) .

والغانم المفلس ، إذا أحاطت به الديونُ نفذ إعراضُه .

ولا ينفذ إعراضُ السفيه ولا [إعراضُ] (٤) الصبيِّ عن الرضْخ إلا أن يبلغ قبل القسمة ، ولا يصح إعراضُ وليِّه عن حقه .

ولا يصح إعراض العبد عن رَضْخه (٥) ، ولكن يصحُّ إعراضُ سيِّدِه .

وأما المعرَضُ عنه : فهو الغنيمةُ ، والرضخُ ، وحقُّ ذوي القربى ؛ والسّلَبُ . وقد ذكرنا جميعَ ذلك إلا السَّلب (٦) ، وفيه وجهان ، لأن السَّالِبَ مُتعَيَّنٌ ، فأشبَهَ الوارثَ (٧) .

ومُرَتَّبٌ (٨) على أقوال الملك مسائلُ :

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٦) .

(٢) في (ب) : « لم يقصدوا » .

(٣) والأصح أنه لا يصح إعراضُهم عن حقِّهم ؛ لأنهم يستحقونه بلا عملٍ فأشْبَهَ الإرثَ . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٦) .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (لو أعرض جميعُ ذوي القربي عن حقهم) إنما فَرَضَ ذلك في ذوي القربي دون اليتامى أو المساكين ؛ لأنه يجب استيعابهم على المذهب » المشكل (جـ٢ ق ١٢٦ / ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (ب) : « حقه » .

(٦) السَّلَب : كل ما يَرْكب عليه المحاربُ من فرس ونحوه ، وما يحمله من سلاح ، وما يلبسه من درع وثياب ، وما يتبع ذلك من لجام وسرج ونحو ذلك . انظر : معجم لغة الفقهاء ص (٢٤٨) .

(٧) وهذا هو الأصح كما في الروضة (١٠ / ٢٦٧) .

(٨) في (أ) : « ومترتبٌ » ، وفي (ب) : « ويترتب » .

الأولى : أنه لو سرق واحدٌ شيئًا من مال المغنم ، فهو كالمشترك فحيث وجب (١) القطعُ في المشترك فهاهنا وجهان ، إذْ كلُّ واحدٍ يمكن أن يستحق بإعراض الآخر (٢) .

الثانية : لو وقع في المغنم مَنْ يُعْتق على بعض الغانمين ، فالنصُّ أنه لا تُعْتق حِصّتُه ما لم يقع في قسمته ، ولا يَمْنع ذلك عن الإعراض إن أراد . ونَصَّ على أنه لو استولد جاريةً ثبت الاستيلادُ لشركته ؛ لأن الاستيلاد اختيارٌ منه للتمليك ، فثبت به ملكُه في قدر حصته من الجارية .

وأما القريبُ فلم يوجد منه اختيارٌ ، نَعَم لو اختار العتق حينئذٍ نفذ ، ومن أصحابنا من قال : في المسألتين قولان ، بالنقل والتخريج . ومأخَذُ القولين أصلُ التردد في ثبوت الملك وانتفائه .

الثالثة : لو وَطيء جاريةً من المغنم ولم تحبل ، فلا حَدَّ على الصحيح (٣) ، والمهرُ يُبْتَنى على أقوال الملك ، فإن قلنا : لم يملك ، لكن ملك إن تملك ، فعليه كمالُ المهر ، ويُوضع في المغنم . وإن قلنا : مُلِّكَ ، فَيُحَطُّ عنه قدر حصته ويجب الباقي . وإن قلنا : إنه موقوف ، فإن وقع في حصته فلا شيءَ . وإن وقع في حصة غيره ، فعليه جميعُ المهر (٤) .

فإن كثر الجندُ ولم يمكن ضَبْطُ حصتِه ، أَخَذْنا المستيقن ، وحَطَطْنا المستيقنَ ، ويُتوقّف في قدر الإشكال . أما إذا أَحْبَلَ ، فحكمُ المهرِ والحدّ ماسبق .

ويتجدَّد النظر في : الاستيلاد ، وحرية الولد ، وقيمته .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « نوجب » .　　(٢) في (أ) ، (ب) : « الآخرين » .

(٣) ولكن يُعَزَّر إن كان عالما بالتحريم . انظر الروضة (١٠ / ٢٦٩) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن قلنا : موقوف ، فإن وقعت في حصته فلا شيء ، وإن وقعت في حصة غيره ، فعليه جميع المهر) قَطْعُه بهذا واقتصارُه عليه – مستنكرٌ ، فإنه مَبْنيٌّ على وجهٍ ضعيف ، وهو أنه إذا وقعت القسمة ، فعلى قول الوقف يتبين أنّ كلَّ واحد منهم كان قد ملك عند الاستيلاءِ الحصةَ المعينةَ التي خرجت له بالقسمة ، فعلى هذا نتبين في مسألتنا أنه كان قد ملك الجارية التي وطئها من حين الاستيلاء ، فلا شيء عليه . وإذا وقعت في حصة الغير ، فعلى الواطيء كمالُ المهر لذلك الغير خاصّة ، وهذا ضعيف ، والمذهب الصحيحُ خلافُه ، وأنه بالقسمة نتبين أنه ملكَ حصةً شائعةً عند الاستيلاء ، وإنما يملك الحصة المعينة عند القسمة ، فعلى هذا ، إذا وقعت الجارية في حصة الواطيء ، وَجَبَ عليه من المهر مقدارُ حصصِ غيره من الغانمين منها لهم ، وسقط قَدْرُ حصتِه كما سبق ذِكْرُه على قول الملك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٦ / ب) .

أما الاستيلاد : إن قلنا : لا يملك ، فلا ينفذ في الحال ، ولكن لو وقعت في حصته فهل ينفذ ؟ قولان يجريان [(١)] في كل ملك طارىء . فإن قلنا : يملك ، ففي نفوذ الاستيلاد في حصته وجهان كما في زمان الخيار . ومنهم من عكس وقال : إن قلنا : ملك ، نفذ [(٢)] في حصته . وإن قلنا : لا ، فقولان ؛ كاستيلاد الأبِ جاريةَ الابن وأولى بالنفوذ ؛ لأنَّ له حقًا في الجارية ، بخلاف الأب .

فإن نفذنا في نصيبه سرى إن كان موسرًا ، ونجعله موسرًا بما يَخُصُّه من الغنيمة ، ولكنْ لو أعرض نفذ إعراضُه ، ونجعله معسرًا ، ولا نمنعه من الإعراض لتنفيذِ عتقه .

أما الولدُ : فينعقد حُرًّا نَسِيبًا ؛ للشُّبْهَةِ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : هو رقيق ولا نَسَبَ له [(٣)] .

وفي وجوب قيمة الولد قولان كالقولين في الجارية المشتركة ، مأخذهما : أن الملك ينتقل قُبَيْلَ العلوق أو بعده [(٤)] .

ثم مقدار حصته من قيمة الولد تُتَعرف كما ذكرناه في المهر ، ويسقط عنه . وإن بعَّضْنا العتق

---

(١) في الأصل « يجري » . والمثبت من (أ) . (٢) في (أ) ، (ب) : « بقي » .

(٣) اتفق الأئمة الأربعة على أنه لا يجوز لأحد من الغانمين أن يطأ جارية من السَّبْيِ قبل القسمة .

واختلفوا في إقامة الحدِّ عليه إذا وطئها ، فقال أبو حنيفة : لا حدّ عليه وإنما يُعَزَّر ، وهو مذهب الشافعية والحنابلة . وقال مالك : هو زانٍ يُحَدّ .

أما ثبوتُ نسب الولد وانعقادُه حرًّا أو رقيقًا ، فمذهب الشافعية أنه حرٌّ نَسِيبٌ ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا ، وقال أبو حنيفة : لا يثبت نسب الولد منه بل هو مملوك يُرَدُّ في الغنيمة . انظر : الروضة (١٠ / ٢٦٩ / ٢٧١) . رحمة الأمة ص (٣٠١) . المبسوط (١٠ / ٥٠) . مواهب الجليل (٣ / ٣٦٥) . المبدع في شرح المقنع (٣ / ٣٧٣ ، وما بعدها) . كشاف القناع (٣ / ٩١) . شرح منتهى الإرادات (٢ / ١١٧) . المغني (٨ / ٤٩١ وما بعدها) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (في قيمة الولد قولان : مأخذهما : أن الملك ينتقل قبيل العلوق أو بعده ؟) يلزمه أن يقول : (مع العلوق أو بعده) لما سبق منه في « النكاح » في استيلاد الأب جارية الابن ، فإنه بناهما هناك هكذا : (ففي قول : يملك مع العلوق ؛ لأن المعلول مع العلة ، كما عُلِم في العلل العقلية ؛ إذ حركةُ الخاتم مع حركة الإصبع . وفي قول : بعد العلوق ؛ لأن المعلول يترتب على العلة ، ثم قال : (وقيل : يقع قبيل العلوق) قال : وهو ضعيف ، ثم بَيَّنَ أن تقديم المعلول على العلة ممتنعٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٧ / أ) .

في صورة المعسر ، فالولدُ هل يعتق جميعُه لأجل الشبهة ؟ فيه وجهان جاريان في استيلاد الشريك المعْسِر [1] ، وكذلك من وطىء امرأةً ، نصفُها حُرٌّ ونصفُها رقيقٌ ، والأظهرُ أنّ يتبعَّضُ الولدَ هاهنا كالأم [2] لا كالشبهة التي لا تختصُّ ببعض المرأة .

وهل يجوز للإمام أن يُرِقَّ بعضَ شخصٍ ابتداءً ؟ فيه وجهان ، والقياسُ جوازُه .

أما إذا فرّعنا على أن الاستيلاد لا يحصل لضعف الملك وعدمه [3] ، فالولد حرٌّ بسببِ الشبهة ، ويعتق جميعُ الولد لاسترسال الشبهة ، وهذا يشير إلى أن الشركة أولى بأن تُورِث شُبهةً ، وإنما يَتَّجِهُ بعضُ رقِّ الولد في امرأةٍ نصفُها حرٌّ ، ونصفُها رقيقٌ .

ثم إذا لم ينفذ الاستيلادُ وعَتَقُ الولدُ ، فهذه حاملٌ بِحُرٍّ ، فالأصحُّ [4] مَنْعُ بيعِها ، ولا يمكن إدخالها في القِسْمَة إن جعلنا القسمةَ بيعًا ، فبالحريّ أن يطالب الواطىء بالقيمة ؛ للحيلولة ، ثم تُقَوَّم على الواطىء / حتى تتعينَّ لحصته من غير قسمة [5] . ٢٦٥/أ

أما إذا كان الواطيءُ من غير الغانمين فهو زانٍ يُحَدُّ ، إلا أن يكون له ابنٌ في الغانمين أو وطئ قبل إفراز الخمس وقلنا : إن الزاني بجارية بيت المال لاحدّ عليه .

---

(١) قال في الروضة : « ... وهذا الخلاف في تبعيض حرية الولد يجري فيما إذا أَوْلَدَ أحدُ الشريكين المشتركةَ ، وهو معسر ، فإن قلنا : جميعه حُرٌّ ، لزم المستولدَ قيمةُ حصة الشركاء من الولد ، وهذا هو الأصح .... وسواءٌ في ترجيح حرية جميعه استيلادُ أحد الغانمين واستيلادُ أحد الشريكين » . الروضة (١٠ / ٢٧٢) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (والأظهر أن الولد يتبعَّض هاهنا كالأم) يعني في المرأة التي نصفها رقيقٌ ، أما في صورة الاستيلاد والشركة فقد قال من بعد : إن الأظهر عِتْقُ جميعِ الولد ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٢٧ /أ) .

(٣) في (ب) : « أو عدمه » .

(٤) في (ب) : « والأصح » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (فبالحريِّ أن يُطَالب الواطىءُ بالقيمة ؛ للحيلولة ، ثم يقوم) بحرف « ثم » وهو غلطٌ ، وصوابُه « أو » يُقَوَّم على الواطىءُ ، وهما احتمالان تردَّدَ بينهما صاحبُ « التقريب » ولا ترجيح لأحدهما في « النهاية » و « البسيط » . أما إثبات الأمرين معًا كما وقع في « الوسيط » فلا يخفى بطلانُه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٧ / أ) .

الحكم الثالث للمغانم : أن الأراضي والعقارات تتملّك عليهم إذا أمكن حفظُها منهم ، وتُقَسَّم بين الغانمين .

ومذهب الشافعي (رضي الله عنه) أن أراضي العراق قسَّمها عمر (رضي الله عنه) بين الغانمين ، ثم خاف [1] أن يتعلَّقوا بأذناب البقر والحراثة ويتركوا الجهاد ؛ فاستمالَ قلوبَهم عنها بعوضٍ وغيرِ عوضٍ ، ووَقَفَها على المسلمين ، ثم آجرها من سكان العراق بخراجٍ يؤدونه كلَّ سنةٍ ، وإجارتُه مؤبدةٌ . واحتمل ذلك لمصلحة العامة [2] ، فلا يجوز [3] بَيْعُ تلك الأراضي ، ويجوزُ لأربابِها إجارتُها ، لكنْ إجارةٌ مؤقتةٌ . وفي إجارتها مؤبدةً قولان [4] ، الصحيحُ : المنعُ ؛ لأنها احتملت في واقعه كلية ومصلحة عامة ، وليس لأحد من المسلمين أنْ يأخذ قطعةً منها ممن وقع في يده من آبائه وأجداده ويقول : «[5] أنا أعطي عليه [5] » ؛ لأن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) آجَرَها منهم على التأبيد ولا تنفسخ [6] الإجارةُ بموت العاقدين .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لم يتملك عمر (رضي الله عنه) على سكانها ، بل ضَرَبَ عليهم خراجها مع تقدير ملكهم ، وزعم أنَّ ذلك خراجٌ لا يَسْقط بالإسلام [7] .

وقال ابن سريج (رحمه الله) : يصحُّ بَيْعِ أراضي العراق ؛ لأن عمر (رضي الله عنه) باعَها من سكان العراق ليؤدوا [8] الثمنَ على مَرِّ الأيامِ ، إلا أنّ هذا ثمنٌ غيرُ مقدَّرٍ ولا آخِرَ له .

وعلى الجملة ، «[9] لا يخلو المذهب عن الإشكال [9] » ، وهو أن يتقدَّرَ الثمن ، أو تتأبد

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وخاف » . (٢) في (أ) ، (ب) : « للمصلحة العامة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ولا يجوز » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وجهان » . وأصح هذين الوجهين أنه لا يجوز إجارتها مؤبدة . انظر الروضة (١٠ / ٢٧٥) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أنا أُعطي ما يُعْطُونه » . (٦) في (ب) : « ولا تفسخ » .

(٧) انظر الهداية (٢ / ٤٣٢) ، (٢ / ٤٤٩) .

(٨) في النسخ الثلاثة : « ليؤدون » . بإثبات النون ، والمشهور حذفها في هذا الموضع .

(٩) في (أ) ، (ب) : « لا يخلو مذهبٌ عن إشكال » .

بالإجارة [١] ، أو لا يَسْقط الخراجُ بالإسلام ، ولكن الاعتمادُ على النقل ، والشافعيُّ (رضي الله عنه) أعلمُ القوم بالنقل والتواريخ [٢] .

وأما دورُ مكةَ وأراضيها فمملوكةٌ عند الشافعي (رضي الله عنه) ويجوز بيعها لأصحابها . وصَحَّ عنده أنَّ مكة فُتحت عَنْوةً [٣ على معنى أنه ﷺ دخلها ٣] مستعدًا للقتال لو قُوتِلَ [٤] .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يصحُّ بَيْعُ دورِ مكةَ [٥] .

هذه أحكام الغنيمة ، وما شذّ عنها ذكرناه في كتاب « قَسْم الغنائم » في « ربع البيع » .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « أو تأبّد الإجارة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أعلم القوم بالتواريخ والأخبار » .

(٣) في(أ) ، (ب) : « على معنى أنه دخلها ﷺ » .

(٤) قال ابن الصلاح : « ذكَر عن الشافعي (أنه صحَّ عنده أن مكة فُتِحَتْ عَنْوَةً ، على معنى أنه ﷺ دخلها مستعدًّا للقتال لو قوتل) وهذا نقلٌ فاسد ، ومنصوصُ الشافعي (رحمه الله) أن مكة فتحت صلحًا ، ولم تُفْتح عنوة ، ومعروفٌ في كتب الأصحاب في المذهب والخلافِ أن مكة - عند الشافعي - فتحت صلحًا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) فإنه قال : فتحت عنوة ، وحاصلُ ما فعله المؤلفُ أنه أبدل ترجمة مذهبنا بترجمة مذهب غيرنا ، ثم فسّرها بما لا يخالف مذهبنا ، وذلك شذوذٌ بارد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٧ / ب) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن مكة فتحت صلحًا . انظر الروضة (١٠ / ٢٧٥) . رحمة الأمة ص (٣٠٠) .

ومذهب الحنفية : أن مكة فتحت عَنْوَةً ، أي : قهرًا ، وهو مذهب المالكية وأظهر الروايتين عن أحمد . انظر : المبسوط (١٠ / ٣٧) . الهداية (٢ / ٤٣٢) . رد المحتار (٤ / ١٣٨ ، ١٧٦ ، ١٧٧) . مواهب الجليل (٣ / ٣٦٥) . الشرح الكبير (٢ / ١٨٩) . المحرر في الفقه (٢ / ١٨٠) .

الباب الثالث

في ترك القتل والقتال بالأمان

واعلم أن الأمانَ من مكايد القتال ومصالحِهِ وإن كان تركًا للقتل ، لكن قد تمسُّ الحاجة [إليه] (١) .

وينقسم إلى عام لا يتولَّاه إلا السلطان ، وإلى خاصّ فيستقلّ به الآحادُ ، وهو المقصودُ بيانُه . والنظر في : أركانه ، وشرائطه ، وأحكامه . فأمّا الأركان فثلاثةٌ :

الأول : العاقد ، (٢ وهو كل مكلف مؤمن له أهليةُ ٢) القتلِ والقتال بحال ؛ فيصحُّ أمانُ العبدِ ، والمرأة ، والشيخ الهرم ، والسفيه ، والمفلس . ولا يصحُّ أمانُ الصبيِّ والمجنون . وقيل : أمانُ الصبي كوصيتة إذْ لاضَرَرَ عليه ، وهو بعيد .

وأما الأسيرُ ، إنْ أَمَّنَ مَنْ أَسَره ، فالمذهبُ أنه لا يصحّ ؛ لأنه يكون كالمكره فيه ، وإن أمَّنَ غَيْرَه ، فوجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه مؤمن مكلف .

الثاني : لا ؛ لأنه ليس له استقلالٌ في التخويف ، والأمانُ تركُ التخويف . وعلى هذا ، هل يلزمه حكمُه في نفسه (٣) ؟ فعلى وجهين (٤) .

الركن الثاني : المعقود له . وهو الواحد ، أو العدد المحصور من ذكور الكفار . أما أمانُ المرأةِ عن الاسترقاق ، فهل يصحُّ ؟ فيه وجهان ينبنيان على القولين (٥) في أن الصلح مع أهل قلعةٍ فيها نسوةٌ – لا

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وهو كل مكلف ، ومن له أهلية .... » .

(٣) يعني هل يجب على الأسير المؤمِّن أن يلتزم بأمانه لهذا الكافر الذي أمَّنَه ؟ .

(٤) والأصح أنه لا يلزمه . انظر الروضة (١٠ / ٢٨١) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « على قولين » .

رَجُلَ بينهنّ – هل يَعْصِمُهنّ عن الاسترقاق ؟ ، ومأخذُه : أن المرأة تابعةٌ في الأمان فلا تستقلُّ .

أما العدد الذي لا ينحصر (١) – كأهل ناحية – فلا يصحُّ أمانُ الآحاد فيه ، بل ذلك إلى السلطان .

الركن الثالث : نفس العقد . وهو كلُّ لفظٍ مُفْهِمٍ ، كنايةً أو صريحًا ، والإشارةُ تقوم مقامَه ، ولكن لابُدَّ من تفهيم .

وللكافر أن يرد الأمان ، فإن ردَّ لم ينفذ ، وإن قبل نفذ . وإن سكت ففيه ترددٌ ، والظاهرُ اشتراطُ القبول بقولٍ أو فعلٍ . فلو أشار مسلم إلى كافر في الصفّ ، فانحاز إلى المسلمين وفَهِمَا الأمانَ ، فهو آمنٌ . وإن قال الكافر : ما فهمتُ الأمانَ ، فَلَنَا أنْ نغتالَه . وإن قال : فهمتُ الأمان ، وقال المسلم : (٢ ما أردته ٢) ، فلا يُغْتال ويُبَلَّغ المأْمَنَ .

وإنما تُشْترط الصيغةُ فيمن يدخل بلادَنا لا لسفارة ولا لقصد سماع كلام الله ، وإن قصد ذلك (٣) فهو آمن من غير عقد . وأما قَصْدُ التجارة فلا يُؤَمِّن . فلو قال : كنت أظن أنه كقصد السفارة ، فلا نُبَالي بظنِّه ونغتاله . نعم ، لو قال الوالي : كلُّ من دخل تاجرًا فهو آمن ، فله ذلك . ولو قال ذلك واحدٌ من الرعية لم يصحَّ ؛ إذْ ليس للآحادِ التعميمُ ، فلو قال الكافر / : ظننتُ ٢٦٥/ب صحتَه ، ففي جوازِ اغتياله وجهان .

أما الشرط فهو اثنان :

أحدهما : أن لا يكون على المسلمين ضررٌ – بأن يكون طليعةً أو جاسوسًا (٤) – فإن كان : قُتل ولا نُبَالي بالأمان ، ولا يُشترط وجودُ مصلحةٍ مهما انتفى الضررُ .

---

(١) في (ب) : « لا يُحْصر » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ما أردتُ الأمانَ » .

(٣) أي إنْ قصد السفارة ، أو قَصَدَ سماعَ كلامِ الله ، فهو آمنٌ بهذا القصد .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (لا يكون طليعة أو جاسوسًا) فالطليعة لا يُخَالط الجيشَ ، وإنما يُشْرف عليهم من خارج ليتطلع على ما يراه من حالهم في الكثرة والقلة ، والحلّ والتَّرحَال ونحو ذلك . والجاسوسُ يكون بين الجيش مُخْتَفِيًا فيهم يَتَسَمَّع الأخبار ويبحث عن عوراتهم وبواطنِ أمورهم ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ١٢٧ / ب) .

الثاني : أن لا يزيد الأمانُ على سنة ، ويجوز إلى أربعة أشهر ، وفيما بين ذلك قولان كالقولين في مهادنة الكفار حيث لا ضَعْفَ للمسلمين ، وعند الضعف تجوز المهادنةُ إلى عشر سنين . وأما الأمانُ فلا يُزَاد على السنة .

وأما حكم الأمان ، فهو أنه جائزٌ من جانب الكفار ، وله أن ينبذ العهد مهما شاء ، ولازمٌ من جهة المسلمين كالذمّة ، إلاأنّ العهديُنبذ بمجرد توقُّعِ الشّرِّ، والذمةُ لاتُنبذإلا بتحقيق الشرّ(١) .

ثم يُتبع في الأمان موجب الشرط . فلو قال : أمنتُ نفسَك خاصةً ، لم يَسْرِ إلى ماله وأهلِه إلا أن يُصَرِّح . ولو قال (٢) : أمنتُكَ ، ففي السّراية وجهان :

أحدهما : لا ؛ لاختصاص اللفظ (٣) .

والثاني : نعم ؛ لأن أمانه بتركِ ما يتأذّى به .

ثم هذا فيما معه من المال والأهل . أما ما تركه في داره ، فلا أمان فيه . ومهما قتَله بعد الأمان – هو أو غَيْرُه – لزمت الديةُ والكفارةُ دون القصاص .

فرعان

الأول : الأسيرُ فيما بينهم إذا أمّنوه بشرط أنْ لا يخرج من دارهم ، فله الخروجُ مهما تمكّن ، بل يلزمه الخروجُ ، فإنه – وإن كان متمكنًا من إقامة وظائف شرعية – لكنه لا يخلو عن ذُلٍّ فيما بينهم ؛ فتلزمه الهجرةُ ، ويلزمه أن يحنث إن كان قد حلف .

ولا ترخصَ في المقام خوفًا من وقوع الطلاق والعتاق إن كان قد حلف به .

ولو أطلقوه إلى دار الإسلام بشرط الرجوع فلا يلزمه . ولو شرط إنفاذ مال لم يلزمه (٤) أيضًا .

---

(١) في (ب) : « إلا بتحقق الشر » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وإن قال » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح عند النووي والرافعي كما في الروضة (١٠ / ٢٨١) ، واستظهر البيضاويُّ أنَّ أمانَه يتعدَّى إلى أهله وماله ، وإن لم يُصَرح باللفظ . انظر الغاية القصوى (٢ / ٩٥٣) .

(٤) في (ب) : « فلا يلزمه » .

وقيل : فيه قول قديم أنه يجب الوفاء بوعد المال ، نعم إذا كان الأمان من الجانبين ، فإذا خرج لا يغتالهم ولا يأخذ أموالهم إلا إذا خرجوا وراءه ، فله دَفْعُ الخارجين إليه خاصةً .

ولو باعوه شيئًا وهو مختار ، لزمه بَعْثُه الثمنَ إليهم . فإن كان مكرهًا فعليه رَدُّ العَيْنِ . وقال في القديم : يُخَيّر [1] بين ردِّ العين أو الثمن ، وكأنه تفريعٌ على وقف العقود .

وإذا أسلم الكافر – وقد لزمه كفارةُ يمينٍ – لم تسقط الكفارة بالإسلام . ويحكى فيه وجهٌ : أنه يسقط . فعلى هذا ، يبطل بالإسلام إيلاؤه .

الفرع الثاني [2] : المبارز بالإذن أو على الاستقلال – إن جوزنا ذلك – يلزمه الوفاءُ بشرطه مع قِرْنِه ، ويلزم أهلَ الصفِّ ذلك . فلو شرط أن لا يتعرض له أهلُ الصفّ إلى أن يعود إلى صفِّهم ، لزم . وإن شرط إلى أن يَنتهي القتالُ : فإذا ولّى منهزمًا جاز قتلُه ؛ إذْ قد انتهى قتالُه بالهزيمة ، وإن شرط الأمانَ إلى الإثخان جاز قَتْلُ الكافرِ إذا أثْخنه المسلمُ . وإن أثْخن المسلمَ وقصدَ تَذْفيفَه ، منعناه وقتلناه وإن كان الأمانُ ممدودًا إلى القتل ؛ بل مثلُ هذا الأمانِ باطلٌ ؛ إذْ فيه مضرةٌ على المسلمين .

ولو خرج جَمْعٌ لإعانة الكافر قتلناهم مع المبارز إن كان باستنجاده ، وإن لم يكن بإذنه لم نتعرَّضْ له .

واختتام الباب بذكر ثلاث مسائل :

المسألة الأولى [3] : مسألة العِلج [4] . فإذا قال علجٌ من علوج الكفار : أدُلّكم على قلعة بشرطِ أنْ تجعلوا لي منها الجاريةَ الفلانيةَ التي فيها . فهذه الجعالةُ صحيحةٌ ، مع أن الجُعْلَ غيرُ مملوكٍ ، ولا مُعَيَّنٌ معلوم [5] ، ولا مَقْدُور على تسليمه ، ولكن للحاجة .

---

(١) في (ب) : « يتخير » .

(٢) كلمة : « الفرع » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) كلمة : « المسألة » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) العِلْج : هو الرجل الكافر الغليظ الشديد ، سُمِّي كذلك ؛ لأنه يَدْفع بقوته عن نفسه ، ومنه سُمِّي العلاجُ لِدفعه الداءَ . انظر الروضة (١٠ / ٢٨٥) . القاموس المحيط ص (٢٥٤) . مادة (ع ل ج) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (فهذه الجَعَالة صحيحةٌ مع أن الجُعْلَ غَيْرُ مملوكٍ ، ولا معينٌ معلوم) هذا لا يرجع إلى الصورة التي ذكرها ، فإن الجارية فيها مُعَيَّنة ، وإنما المعنى أنها تصحُ ولو لم يُعَيِّنها كما إذا أطلق ، وقال : جارية ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٧ / ب) .

ولو كان الدليل مسلمًا ، فالصحيحُ أنه لا يصحُّ ؛ لِفَقْدِ الشروط . وفيه وجه : أنه يَصِحُّ للحاجة ، وهو بعيد . وإنما ينقدح إذا جوَّزْنا للإمام استئجارَ المسلم ، وإلّا فالدلالةُ جهادٌ يقع عنه .

ثم لنا مع الجارية [1] خمسةُ أحوال :

(الحالة الأولى) : أن لا نقاتل القلعة ، فإن لم يكن ممكنًا فلا شيءَ للعلج ؛ إذْ دَلَّ على ما لا خَيْرَ فيه ، وإن كان ممكنًا فتركناه ، فيُحتمل أن يَستحق ؛ لأنه أتَمَّ عَمَلَ الدلالة ، ويُحْتمل أن لا يَسْتحقّ ، وكأنَّه مُعَلَّقٌ بالقتال .

وإن قاتلنا [2] فلم نَقْدِر ، فهاهنا أولى بأن لا يستحق . وإن جَاوَزْنَاها لمهِمٍّ [3] ، ثم وقعنا عليها ثانيًا - لا بعلامته - فلا شيءَ له ، وإن رجعنا بعلامته فله الجاريةُ . وإن فتحها طائفةٌ أخرى فلاشيءَ عليهم ؛ لأن الشرط لم يَجْرِ معهم وإن بلغهم [4] علامتُه .

(الحالة الثانية) : أنْ نَفْتح ولا نَجِدَ الجارية ، فإن أخطأ العلجُ ، فلا شيءَ له ، وكذلك إن كانت قد ماتت قبل معاقدة [5] العلج . ولو ماتت بعد المعاقدة ، فثلاثةُ طرق [6] :

أحدها : طرد القولين في وجوب البدل .

والثاني : أنه يجب إن ماتت بعد الظفر ، وإن ماتت قبله فقولان .

والثالث : لا يجب إن ماتت قبل الظفر / وإن ماتت بعده فقولان . ٢٦٦/أ

ولا شك في أنه يجب البدل إن ماتتْ بعد التمكين من التسليم وجرى التقصيرُ منَّا .

ثم إذا وجب البدلُ ، فهو قيمتُها أو أجر المثل [7] ؟ فيه قولان ينبنيان على أنّ الجُعْلَ المعيَّنَ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الحاجة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وإذا قاتلنا » .

(٣) يعني : لأمر مُهِمٍّ .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بلغتهم » .

(٥) يعني : قبل أن نعقد معه هذا العقد .

(٦) والمذهب أنها إن ماتت بعد الظفر ، وجب بدلُها ؛ لأنها حصلت في يد الإمام ، فَتَلَفَتْ من ضمانه . وإن ماتت قبل الظفر ، فلا شيءَ له . انظر الروضة (١٠ / ٢٨٦) .

(٧) في (أ) ، (ب) : «أجرة المثل» . والراجح أنه يستحق أجرة مثله في الدلالة على القلعة . انظر الغاية القصوى (٢/٩٥٤) .

يُضْمن بضمان العقد ، أو ضمانِ اليد كما في الصداق [١] ؟ ثم إذا وَجَبَ ، فهو من المغنم أو من مال المصالح ؟ ، فيه وجهان .

(الحالة الثالثة) [٢] : أنْ نجدها مسلمةً ، فلا يمكن تسليمُها إلى كافر ، فلابد من الضمان . وفيه وجه : أنّ الإسلام كالموت ، وهذا بعيدٌ إنْ أسلمت بعد الظفر ، أما قبله فيمكن أن يقال : إذا تعذر مِلْكُنا لها بالإسلام [٣] فصار كالموت [٣] .

(الحالة الرابعة) [٤] : أن لا نجد في القلعة إلا تلك الجارية ، ولا غَرَضَ لنا في استبقاء القلعة ، ففي تسليم الجارية وجهان ، ووجْهُ المنع أنّا لا نحصل على غرض ، فيكون عَمَلنا للعلج خاصةً .

(الحالة الخامسة) [٥] : إذا ظُفِر [٦] بها بعد أن صالحَنا زعيمَ القلعة [٧] على الأمان في أهله وكانت من أهله ، فإن لم يَرْضَ الزعيمُ بتسليم الجارية ببدلٍ ، قلنا له : ارجعْ إلى القتال وأغلق [الباب] [٨] فإنّ الشرط مع العلج سابقٌ ، والشرطُ معك مُنَاقِضٌ له ، فلم يصحَّ .

ولا خلافَ في أنه لا يُشْترط في أمان أهل الزعيم العِلْمُ بعددهم ، بل مَنْ ظهر أنه مِنْ أهله كان في أمان ، وإليه التعيينُ إذا طلبَ الأمانَ لعددٍ معلوم ؛ صالح أبو موسى (رضي الله عنه) عن بعض القلاع على أمانِ مائةٍ ، فعدَّ صاحبُ القلعة مائةً ، فلما أَتَمَّها ضَرَبَ عُنَقَ صاحبِ القلعة ؛ لأنه كان زائدًا على المائة [٩] .

المسألة الثانية : المستأمن إذا ثبت له ديون في ذمتنا أو أودعَ [١٠] عندنا أموالًا ، ثم رجع إلى

---

(١) والأصح أن الجعل مضمون ضمان العقد لا ضمان اليد . انظر الغاية (٢ / ٩٥٤)

(٢) كلمة : « الحالة » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) فى (أ) ، (ب) : « فيصير كالموت » .

(٤) كلمة : « الحالة » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) كلمة : « الحالة » زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « إذا ظفرنا » .

(٧) في نسخة أخرى : « القرية » كذا على هامش الأصل .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « على مائة » .

(١٠) في (أ) : « وأودع » .

بلاده ليعود ، فأمانُه مُطردٌ . ولو نقض العهد والتحق بدار الحرب ففيما خلفه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه فيء ، وانتقض أمانُه ؛ لأنه الأصلُ ، وقد بطل أمانُه في نفسه .

والثاني : لا ؛ لأنه لم يفارق إلا بنفسه ، فأمانُه باقٍ في ماله (١) .

والثالث : أن المال إنْ عُصِمَ - تبعًا له - انتقض ، وإن جرى بشرطٍ مقصودٍ فلا .

التفريع : إن قلنا : بطل (٢) أمانُه ، فهو فيء ، وإن قلنا : بقي أمانُه ؛ فلا يُتعَرَّض له مادام حيًّا ، وله أن يعودَ لطلبه . وعُذْرُ الطلبِ يُغْنيه عن الأمان كعذر السفارة إلا أن يتخذ ذلك ذريعةً في كثرةِ الرجوع . وإن مات في دار الحرب ، ففيه قولان :

أحدهما : أنه لورثته ؛ إتمامًا للأمان (٣) .

والثاني : أنه فيءٌ ؛ إذْ ضَعُفَ الأمانُ بانضمام الموت إلى نقض العهد .

ولو كان قد خرج لشغلٍ فمات ، فالظاهرُ أنه لورثته . وفيه وجه بعيد : أنه ينقطع الأمانُ بموته . فإن قلنا : لورثتِه ، فلهم الدخولُ بعذر الطلبِ من غير أمان .

أما إذا استرق بعد الالتحاق بدار الحرب ، ففي انقطاع الأمان بالرِّقِّ قولان مرتبان على الموت ، وأولى بأن لا ينقطع ، فإن لم يقطعه ، فَعَتَقَ : رُدَّ إليه . وإن مات حرًّا رجع القولان . وإن مات رقيقًا فهو فيء ؛ إذ الرقيق لا يُورث ، والسيد أيضًا لا يرثه (٤) ، هذا هو النصُّ ، وفيه أيضًا قولٌ مُخَرَّج : أنه يُصْرف إلى ورثته ؛ لأن إسقاطَ الإرثِ بالرقِّ ونقْضَ الأمانِ به حكمٌ شرعي ولا يُؤاخذ الكفار به (٥) . وخُرِّج هذا القولُ من مسألة في « الجراح » ، وهو أنه لو قطع يَدَ ذَمّيٍّ فالتحق

---

(١) وهذا الوجه هو الصحيح . انظر الروضة (١٠ / ٢٨٩) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « يبطل » .

(٣) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (١٠ / ٢٩٠) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (والسيد أيضًا لا يرثه) يُضَاف إليه (ولا يأخذه بالملك) فإنه مالٌ لم يكتسبه في حالة الرق بل قبله ، ولهذا لا يأخذه في حياته ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٧ / ب) .

(٥) في (أ) (ب) « ولا يؤاخذ الكافر به » .

بدار الحرب واسترق ومات رقيقًا من تلك الجناية ، ففي قدر الواجب على القاطع كلامٌ طويل ، وقد نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) على صَرْفِ شيء إلى الورثة ، فقيل : في المسألة [1] قولان بالنقل والتخريج .

المسألة الثالثة : إذا حاصر الإمامُ أهلَ قلعةٍ ورضي أهلُها بحكم رجلٍ عَيَّنوه ، فللإمام أن يَسْتنزلهم على حُكْمه ؛ استنزل رسولُ الله ﷺ بني قريظة على حكمِ سعد (رضي الله عنه) [2] .

ولْيكُن المحكَّمُ عدلًا أمينًا [3] عالمًا بمصالح القتال ، ولا يُشْترط كونُه مجتهدًا .

ثم حكمُ المحكَّمِ نافذٌ بالقتل والإرقاق والعفوِ ، وليس للإمام أن يقضي بما فوقه ، وله أن يَقْضي بما دونه مُسَامحًا . فإذا حكم بالقتل ، فللإمام الاسترقاقُ أم لا ؟ ، فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه دونه .

والثاني : لا ؛ لأن الإنسان قد يُؤثر الموتَ على الذُّلِّ المؤبد [4] .

وإذا حكَم بالقتل فأسلم ، امتنع قَتْلُه . وإن حكم بالرقِّ ، فأسلم قبل الإرقاق : فإن رأينا أن الرقَّ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « في المسألتين » .

(٢) الحديث رواه البخاري (٧ / ٤٧٥) كما في الفتح (٦٤) كتاب « المغازي » (٣) باب « مَرْجع النبي ﷺ من الأحزاب ، ومخرجه إلى بني قريظة » حديث (٤١٢١) بإسنا ده عن أبي سعيد الخدري (رضي الله عنه) قال : نزل أهلُ قريظة على حكمِ سعد بن معاذ ، فأرسل النبيُّ ﷺ إلى سعد ، فأُتي على حمار ، فلما دَنَا من المسجد قال للأنصار : قوموا إلى سيدّكم - أو خيركم - فقال : هؤلاء نزلوا على حكمك . فقال : تُقْتَل مُقاتِلتُهم ، وتُسْبى ذراريهم ، قال : قضيتَ بحكم الله » وربما قال : « بحكم الملك » . ورواه مسلم (٣ / ١٣٨٨) (٣٢) كتاب « الجهاد » (٢٢) باب « جواز قتال من نقض العهد » حديث (١٧٦٨) . ورواه الترمذي في سننه (١٢٢/٣) حديث (١٥٨٢) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولْيكنِ المحكَّمُ عدلًا أمينًا) فجمع بينهما ، وكذلك شيخُه . والعدلُ لا يكون إلا أمينًا ، وكأنهما أرادا بالأمين أن لا يكون مُتَّهَمًا بالميْل إليهم بقرابةٍ أو غيرها ، وهذا قد يوجد في العدل ، والله تعالى أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٨ / ب) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٠ / ٢٩٢) .

فوق القتل لم يملكه ، وإن قلنا : إنه دونه ، فقد كان يملكه قبل الإسلام فيملكه الآن إلا أن يُسْلم قبل الظفر .

ولو حكم بضربِ الجزيةِ عليهم ، فهل عليهم القَبُولُ ؟ ، فيه وجهان ، ووجه المنع :أنه معاقدةٌ بالتراضي فلا يُجْبَرون / عليه . ٢٦٦/ب

وينبغي أن يَجْري الخلافُ في المفاداة أيضًا ، فإن قلنا : لا تلزمهم ، فلا يتعرض لهم بقتْلٍ وغيره إنْ منعوا بَذْلَ الجزية ، لكن نُلحقهم بالمأْمَن ونَسْتأنف القتال . وإن قلنا : يلزمهم ، فحكمُهم حكم أهل الذمة إذا منعوا الجزية ، وسيأتي .

ولو شرط الأمان لمائةِ نفرٍ من أهل القلعة ، فالاختيارُ إليه [1] ، فله أن يعينّ مَنْ شاء ، فإنْ عينَّ مائةً تامة ، فَلَنا أن نقتلَه ؛ لأنه زائدٌ على المائة كما فَعَلَه أبو موسى (رضي الله عنه) .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فالاختيار له » .

كتاب الجزية والمهادنة

والعقود التي تفيد الأمن للكفار ثلاثة :

الأمانُ - وقد ذكرناه - ..

والذمةُ ، والمهادنةُ .. وهما مقصودُ الكتاب .

العقد الأول [١]

عقد الذمة

وهو التزامُ تقريرِهم في ديارنا وحمايتهم والذّبِّ عنهم ، بِبَذْلِ الجزية والاستسلام من جهتهم ، وذلك جائزٌ ؛ لقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ﴾ [٢] ، ولقول النبي ﷺ لمعاذٍ حين بعثه إلى اليمن : « إِنَّكَ سَتَرِدُ عَلَى قَوْمٍ ، مُعْظَمُهُمْ أَهْلُ الكِتابِ ، فَاعْرِضْ عَلَيهِمُ الإِسْلَامَ ، [٣] فإنِ امتنعوا ، فَأَعْرِضْ عليهم الجزيةَ ، وخُذْ مِنْ كُلِّ حالمٍ دينارًا [٣] ، فإن امْتَنَعُوا فَاقْتُلْهِمْ » [٤] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الفصل الأول » .

(٢) من الآية (٢٩) من سورة (التوبة) .

(٣) ما بين الرقمين ليس في (أ) ، (ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « الحديثُ الذي ذكره عن معاذ (رضي الله عنه) ليس بمعروفٍ على الوجه المذكور . والمعروفُ فيه عن معاذ : أنّ النبيَّ ﷺ لمَّا وَجَّهَهُ إلى اليمن ، أَمَرَه أن يأخذ من كل حالمٍ دينارًا ، أو عِدْلَه من المَعَافِر (ثياب تكون باليمن) . أخرجه أبو داود – وهذا لفظه – وغَيْرُه .

وكان ينبغي أن يحتجَّ بحديث بُرَيدة بن الحصيب ، الذي رواه مسلم في صحيحه ، الذي فيه « أنّ النبي ﷺ كان إذا أمَّرَ أميرًا على جيش أو سرية قال له : ادْعُهم إلى الإسلام ، فإنْ أجابوك فاقْبَلْ منهم وكُفَّ عنهم ، فإن هم أبَوْا ، فَسَلْهُمُ الجزيةَ . فإن هم أجابوك ، فاقْبَلْ منهم وكُفَّ عنهم . فإن هم أبَوْا فاسْتَعِنْ بالله عليهم وقَاتِلْهُم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٨/ب) .

قلت : الحديث الذي ذكره الإمام الغزالي مُلَفَّقٌ من حديثين ، وكلاهما عن معاذ بن جبل (رضي الله عنه) :

(الأول) : مارواه البخاري في صحيحه (٣٧٧/٣) (٢٤) كتاب « الزكاة » (٤١) باب « لاتؤخذ كرائم أموال الناس في الصدقة » حديث (١٤٥٨) بإسناده عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أن رسول الله ﷺ لما بعث معاذًا (رضي الله عنه) إلى اليمن قال : « إنك تقدم على قوم أهل كتاب ، فليكن أول ما تدعوهم إليه ، عبادة الله ، فإذا عَرَفوا الله ، فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم خمسَ صلوات في يومهم وليلتهم ، فإذا فعلوا الصلاةَ ، فأخبرهم أن الله فرض عليهم زكاةً من أموالهم وتُرَدُّ على فقرائهم ، فإذا أطاعوا بها فَخُذْ منهم ، وتَوَقَّ كرائمَ أموالِ الناس » . ورواه مسلم أيضًا (٥٠/١) (١) كتاب « الإيمان » (٧) باب « الدعاء إلى الشهادتين » حديث (١٩) .

(والثاني) : ما رواه أبو داود في سننه (٤٢٨/٣) حديث (٣٠٣٨) .

=

والنَّظَرُ في : أركان هذا العقد ، وأحكامِه .

أما الأركانُ فخمسةٌ :

الركن الأول : صيغة العقد . وهو أن يقول نائبُ الإمامِ [١] : أَقْرَرْتُكُم بشرط الجزية والاستسلام . والصحيحُ : أنه يُشْترط ذِكْرُ مقدار الجزية . وقيل : لا يُشْترط ، ولكن نُنزل المطلقَ على الأقلِّ . وقال العراقيون : لا يُشْترط ذِكْرُ الاستسلامِ ؛ لأنه حكم للعقد [٢] كالمِلْك في البيع [٣] .

لكن هل يجب التعرضُ لكفِّ اللسانِ عن الله ورسوله ؟ فيه وجهان ، والصحيحُ : أنّ الاستسلامَ من جانبهم - مع الجزية - كالعوض عن التقرير ، فيجب ذكره ، ثم يندرج تحته كَفُّ اللسانِ .

والتأقيت ، هل يُبْطِلُ هذا العقدَ ؟ ، فيه قولان :

أحدهما : أنه لايبطل كالأمان .

= قلت : والحديث الذي ذكره ابن الصلاح وقال : رواه مسلم عن بريدة ، هو في صحيح مسلم (٣/١٧٣١) (٣٢) كتاب « الجهاد والسير » (٢) باب « تأمير الإمام الأمراء على البعوث ، ووصيته إياهم بآداب الغزو وغيرها » حديث (١٧٣١) .

(١) أو الإمام نفسه .

(٢) في (أ) ، (ب) : « حكم العقد » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقال العراقيون : لا يُشترط ذِكْرُ الاستسلام ؛ لأنه حكم العقد كالملك في البيع) هذا غلطٌ على العراقيين ، والذي ذَكَرَه شيخه في « نهاية المطلب » أنَّ العراقيين قالوا : لا بد من ذكر شَرْطين في العقد ولو لم يُذْكَرا لم يصحَّ العقدُ ، وهما : الجزية والاستسلام لجريان الأحكام ، وصرَّحوا باشتراط التلفُّظِ بهما . قال : وذكر القاضي ذلك أيضا على هذا الوجه . أما قياس المراوزة فهو أن الجزية لابد مِنْ ذكرها ، وأما ذِكْرُ استسلامهم للأحكام ، فيجب أنْ لا يُشْترط ، وهو من حكم الذمة ، ولا يُشْترط ذِكْرُه كالملك في البيع . ثم عاد فَذَكَر عن العراقيين أنهم قالوا : يجب ذِكْرُ الجزية والاستسلامِ للأحكام وجهًا واحدًا . وهل يجب أن يذكر أنهم لا يتعرضون لديننا بذكر السّوء ؟ فيه وجهان . هذا نَقْلُ شيخِه ، وهو الصوابُ ، وقد راجعتُ غَيْرَ واحدٍ من كتب العراقيين ، منها « تعليق الشيخ أبي حامد الإسفرايني » و « الشامل » لابن الصباغ ، و « الشافي » للجرجاني ، فإذا فيها القطعُ منهم باشتراط ذكر الاستسلام في العقد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٨/ب ، ١٢٩/أ) .

والثاني : أنه يبطل ؛ لأن هذا بَدَلٌ عن الإسلام ، فَلْيَتَأَبَّدْ (١) .

ولو قال الإمامُ (٢) : أُقِرُّكم بالذمة ما شئتُ أنا ، فقولان مرتبان ، وأولى بالجواز (٣) ؛ إذْ نُقِلَ أنه (عليه السلام) قال لهم : « أقركم [على ذلك] (٤) ماأقركم الله » (٥) . إلا أن ذلك كان في انتظار الوحي ولا يُتَصوَّر الآنَ (٦) .

---

(١) والمذهب أنه لا يصح عقد الذمة مؤقتًا . انظر الروضة (٢٩٧/١٠) .

(٢) كلمة : « الإمام » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) قال في الروضة (٢٩٧/١٠) « ولوقال : أقركم ما شئتُ ، أو أقركم ما أقركم ألله ، أو إلى أن يشاء الله : لم يصح على المذهب » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) الحديث رواه البخاري (٢٦/٥) (٤١) كتاب « الحرث والمزارعة » (١٧) باب « إذا قال ربُّ الأرض : أقرك ما أقرك الله » حديث (٢٣٣٨) وفيه « وكان رسول الله ﷺ لما ظهر على خيبر أراد إخراجَ اليهود منها ، وكانت الأرضُ حين ظهر عليها لله ولرسوله وللمسلمين ، وأراد إخراجَ اليهود منها ، فسألتِ اليهودُ رسولَ الله ﷺ لِيُقِرَّهُم بها ، أن يكفوا عملَها ، ولهم نِصْفُ الثَّمرِ ، فقال لهم رسولُ الله ﷺ : نُقِرّكم بها على ذلك ما شئنا ، فَقَرُّوا بها حتى أجلاهم عمرُ إلى تَيْمَاء وأَرِيحاء » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا قال : أقركم ما شئتُ أنا : (إنه أولى بالجواز ؛ إذ نُقِلَ عنه ﷺ أنه قال : أقركم ما أقرَكُمُ الله ، إلا أن ذلك كان في انتظار الوحي ولا يُتَصَوّر الآن) يعني أن معنى ذلك أُقِرّكم إلا أنْ يُوحى لَكَ نَسْخُ ذلك ، ولا يُتَصَوّر مثلُ هذا بعده ﷺ ، فليس ذلك إذن من قبيل التأقيت بمشيئة الإمام .

قلت – أي ابن الصلاح : هذا – وإن كان ثابتًا بهذا اللفظ في صحيح البخاري ، وثابتٌ في الصحيحين معًا من حديث ابن عمر (رضي الله عنهما) أن رسول ﷺ أراد إخراج اليهود من خيبر ، فسألوه أن يُقِرَّهم بها على أن يكفوا العملَ ولهم نِصْفُ الثمر ، فقال لهم رسول الله ﷺ نُقِرّكُم بها على ذلك ما شئنا ، فَقَرّوا بها حتى أجْلاهم عُمَرُ في إمارته إلى تيماء وأريحاء – فالجوابُ عن الحديث إذن على قولِ مَنْ منع من ذلك في العقد أن الذي في الحديث ليس تأقيتًا في العقد بل تأقيتًا لتقريرهم بخيبر وأرضِ الحجاز ، ولما أجْلاهُم عنها عمر (رضي الله عنه) كانوا مستمرين على عقد الذمة . وقد تمسّكَ الشافعيُّ (رحمه اللّه) في كلامه في سُكْنَى الحجاز بقوله : أقركم ما أَقركم الله ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٩/أ وما بعدها) .

ولو قال : أُقِركم ما شئتم ، جاز ؛ [١] لأنه حكم المطلق [١] ؛ إذْ لا يلزم هذا العقدُ من جانبهم ، لكن يلزم من جانبنا إنْ صَحَّ ، وإذا فسد لم يلزم [٢] ، ولكنْ لا نغتالهم ، بل نُلْحِقهم بالمأمَنِ .

فرع : لو اتفقت الإقامةُ على حكم الفساد سنةً أو سنتين ، نأخذ لكل سنةٍ دينارًا ولا نُسَامح بالتقرير مجانًا . ولو وقع كافرٌ في ديارنا [٣] مدةً ، ولم نشعر به حتى انقضت سنةٌ ، فلا نأخذ منه الدينارَ ؛ لأنه لم نقبله أصلًا . نعم و نغتاله ونَسْتَرِقُّه . فإن قَبِلَ الجزيةَ ففي مَنْعِ استرقاقِه وجهان :

أحدهما : أنه يُستَرَقّ ؛ كالأسير إذا أراد مَنْعَ الرقِّ ببذْلِ الجزية لم يمتنع [٤] .

والثاني : أنه يلزم قبول الجزية ؛ لأن هذا لم نقصد الاستيلاءَ عليه بخلاف الأسير .

ولو قال : دخلتُ لسماعِ كلام الله تعالى : تركناه . وإن قال : دخلتُ لسفارة [٥] ، صدَّقناه إن كان معه كتابٌ ، وإن لم يكن فوجهان ، والظاهر نُصَدِّقه . ولو قال : دخلت بأمانِ مسلمٍ ، ففي تصديقه بغير حجة وجهان من حيث إنّ إقامةَ الحجة عليه ممكنٌ [٦] .

ثم الذي يَدْخل للسماع لا نُمكِّنُه من المقام وراءَ أربعةِ أشهرٍ ، وفيما دون ذلك إلى مُدّة البيان ، وجهان [٧] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لأنه حكم مطلق العقد » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لا يلزم » . (٣) في (أ) ، (ب) : « بلادنا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لم يقبل » والأصح من الوجهين أنه لا يحرم استرقاقه ، كما لا يحرم استرقاق الأسير . انظر الروضة (١٠/٢٩٨) .

(٥) السِّفارة : بكسر السين ، والسفير : الرسولُ المصلح بين الفريقين . انظر المشكل (جـ٢ ق ١٢٩/ب) .

(٦) والأصح أنه يصدق بلا بينة ؛ لأن الظاهر أنه لا يدخل بغير أمان . انظر الروضة (١٠/٢٩٩) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله في الذي يدخل لسماعِ كلام الله تعالى : (لا نمكِّنه من المقام فوق أربعة أشهر وفيما دون ذلك إلى مدة البيان وجهان) أراد بمدة البيان المدةَ التي يتبين فيها لمثله حججُ الإسلام ومحاسنُه ، ففي وجهٍ لا يُتْرَك أكثر منها ، وفي وجهٍ يترك أربعة أشهر ، وفي مدة التسييح المذكورة في قوله تبارك وتعالى : ﴿ فَسِيحُوا فِي الْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٢٩/ب) .

الركن الثاني : في العاقد . ولا يعقده إلا الإمام ، فلو تعاطاه (١) واحدٌ بغير إذنه : لم يصحَّ ، ولكن يمنع الاغتيال . ولو أقام سنة ، ففي أَخْذِ الجزية وجهان :

أحدهما : أنه يُؤْخَذ كعقد الإمام (٢) إذا فَسَدَ .

والثاني : لا ؛ لأنَّ قبولَه لا يؤثر إذ لم يكن [القبول ممن] (٣) هو من أهل الإيجاب (٤) .

ويجب على الإمام قبولُ الجزية إذا بَذَلُوها إلا أَنْ يَخاف غائلتهم . فإنْ كَثُرَ جَمْعُهم ، فَلْيُفَرِّقهم في البلاد . ولايجب قبولُها من الجاسوس ؛ لما فيه من المضرّة .

الركن الثالث : فيمن يُعقد له . وهو كل كتابيٍّ ، عاقل ، بالغ ، حُرّ ، ذَكَرٍ ، متأهب للقتال ، قادر على أداء الجزية ، فهذه سبعة قيود :

الأول : الكتابي ، فلا يؤخذ من عبدة الأوثان والشمس ،وإنما تؤخذ من اليهود والنصارى . والمجوس أيضًا يُسَنّ بهم سُنَّة أهلِ الكتاب في الجزية دون أكل الذبيحة والمناكحة (٥) .

---

(١) في الأصل : « تعطاه » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله فيمن عَقد له الذمة واحدٌ من الرعية إذا أقام سنة : (ففي أخذ الجزية منه وجهان : أحدهما : تؤخذ كعقد الأمان إذا فسد .

وقع في النسخ (الأمان) بالنون ، وصوابه (كعقد الإمام) بالميم ، وهذا ظاهر عند المتأمِّل ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٠/أ) .

قلت : هو في النسخ الثلاثة التي عندي « كعقد الإمام » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٢٩٩/١٠) .

(٥) قال الحافظ ابن حجر : « في الموطأ عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عمر (رضي الله عنه) قال : « لا أدري ما أَصنع بالمجوس ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف : أشهد ، لسمعتُ رسول الله ﷺ يقول : « سُنُّوا بهم سُنَّةَ أهل الكتاب » وهذا منقطع مع ثقة رجاله . ورواه ابن المنذر والدارقطني في « الغرائب » من طريق أبي علي الحنفي عن مالك فزاد فيه (عن جده) يعود على محمد بن عليّ ، فيكون متصلًا ؛ لأن جده الحسين بن علي سمع من عمر بن =

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُقَرّر وَثَنِيُّ العجمِ دون وثنيّ العرب [١] .

ولو ظهر قومٌ زعموا أنهم أهلُ الكتاب كالزبور وغيره ، فهل يُقَرُّون بالجزية ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن الزبور كتابٌ محترمٌ ، وكذا سائر كتب الله تعالى ، ولا يمكن أنْ نعلم دينَهم إلا بقولهم [٢] .

والثاني : لا ؛ لأنه لاثِقَةَ بقولهم .

والأولون / لم يعولوا إلا على أهل التوارة والإنجيل . ٢٦٧/أ

ثم لا شكَّ في أنه لا تَحِلُّ مناكحتُهم لظهور هذه الشبهة ، كما أنَّ من شك في

= الخطاب ومن عبد الرحمن بن عوف ، وله شاهد من حديث مسلم بن العلاء الحضرمي أخرجه الطبراني في آخر حديث بلفظ : « سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب » .

قال أبو عمر : « هذا من الكلام العام الذي أُريد به الخاصُّ ؛ لأنّ المرادَ سنةُ أهلِ الكتاب في أَخْذِ الجزية فقط » . انظر فتح الباري (٦/ ٣٠٢) .

(١) **مذهب الشافعية** . أن الذي تؤخذ منه الجزية هو الكتابي – يهودًا أو نصارى – وكذلك المجوس أيضًا يُسَنُّ بهم سنة أهل الكتاب في الجزية فقط دون أكل الذبيحة والنكاح منهن . أما أهل الأوثان ، فلا تؤخذ منهم الجزية ، عربًا كانوا أو عجمًا . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . وعن الإمام أحمد رواية : أنها تؤخذ من جميع الكفار إلا عبدة الأوثان من العرب . انظر : الأم (١٧٣/٤) . مختصر المزني ص (٢٧٧) . الوجيز (١٩٩/٢) . روضة الطالبين (٣٠٤/١٠) . الغاية القصوى (٩٥٥/٢) . فتح الوهاب ص (١٧٩) . حلية العلماء (٦٩٥/٧) . رحمة الأمة ص (٣٠٤) . المقنع ص (٩٣ ، ٩٤) الشرح الكبير مع المغني (٥٨٤/١٠ ، ٥٨٥) . دليل الطالب ص (١٢٧) . كشاف القناع (١١٧/٣) الإنصاف (٢١٧/٤) . المغني (٣٦٢/٨) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أن أهل الكتاب والمجوس تؤخذ منهم الجزية ، وكذلك تؤخذ من عبدة الأوثان من العجم خاصة دون العرب . انظر : تحفة الفقهاء (٣٠٧/٣) . المبسوط (٧٧/١٠) . الهداية (٤٥٣/٢) . فتح القدير (٤٩/٦) . رد المحتار (١٩٨/٤) . مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٦٧٠/١ ، ٦٧١) .

ومذهب المالكية : أن الجزية تؤخذ من سائر الكفار إلا كفار قريش خاصة . انظر : الكافي ص (٢١٧) . القوانين الفقهية ص (١٦١) . مواهب الجليل (٣٨١/٣) . التاج والإكليل (٣٨٠/٣) بهامش مواهب الجليل .

(٢) والأصح أنهم يقرون بالجزية ، ومع هذا لا تحلُّ مناكحتُهم وذبيحتُهم على المذهب عملًا بالاحتياط . انظر الروضة (٣٠٤/١٠) .

أن (١ أول آبائه دان بدينهم قبل المبعث ١) أو بعده ، يُقَرَّر ولا يُنَاكَح . فإنْ علم أنه دان قبل المبعث يُقَرَّر ويناكح ، وإن علم أنه دان (٢) بعد المبعث لم يقرر . وإن دان بعد التبديل قُرِّرَ ولا يُنَاكح . وفيه وجهٌ : أنه لا يُقَرّر .

فروع

الأول : اختلفت نصوصُ الشافعي (رضي الله عنه) في الصابئين (٣) – وهم فرقةٌ من النصارى – وفي السامرة – وهم فرقةٌ من اليهود – فمنهم من قال : إنه (٤) تردَّدَ ؛ لتردُّدِه في أنهم مبتدعةٌ عندهم (٥) أو كَفَرَةٌ ، فإن صَحَّ كُفْرُهم بأن قالوا : مُدَبِّرُ العالمِ النجومُ السبعةُ ، أو قالوا بقدم النور والظلمة : فلا يُقَرَّر ؛ لأنه يناقض مُوجب الكتبِ المنزلة . ومنهم من قال : وإن كانوا مبتدعةً ، فالقولان جائزان (٦) ؛ إذ تضعف بالبدعة حرمتهم .

(٧ وهذا الخلاف إنما ٧) ينقدح في نكاحهم ؛ لأنَّ مبتدعة الإسلام يُنَاكَحون ؛ لأخبارٍ مَنَعَتْ من التكفير ، فلا يُعَدّ في التغليظ على مبتدعة أهل الكتاب .

الثاني : لو قبلنا جِزْيته ، فأسْلَمَ منهم رجلان عَدْلَان شَهِدَا أنه كافرٌ بدينهم تبينَ انتقاضُ العهد ، ونغتالُه ؛ لِتَلْبِيسِه علينا ، وإنما تثبت علقةُ الأمانِ عند جهلهم .

الثالث : المتولِّدُ بين وثنيٍّ وكتابية – وبعكسه – في مناكحته قولان (٨) ، الصحيحُ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أن أول آبائة كان قبل المبعث » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « كان » .

(٣) انظر الأم (١٧٣/٤) ، ومختصر المزني ص (٢٧٧) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إنما » .

(٥) كلمة : « عندهم » ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « جاريان » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وهذا الخلاف أيضًا » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (المتولِّد بين وثنيٍّ وكتابيةٍ ، أو بعكسه ، في مناكحته قولان) هذا مشكل ، وليس معناه ففي حِلِّ مناكحته قولان ؛ فإنه يَحْرُم مناكحةُ المتولِّد بين وثني وكتابية قولا واحدًا على ما عُرِفَ ، والخلافُ في حِلِّ المناكحة إنما هو في المتولِّد بين كتابي ووثنية ، وإنما معناه ففي المعتبر في مناكحته قولان ، هَلْ هو النظرُ إلى =

أنه يُقَرَّر [1] ، ومنهم من طرد القولين .

الرابع : إذا توثَّنَ نصرانيٌّ وله أولاد صغار : فإن كانت الأمُّ نصرانيةً استمر حكمُ تَنَصُّرِهم بعد البلوغ ، وإن كانت وثنيةً فقولان :

أحدهما : أنه تبقى علقةُ التنصير لهم ، فيقررون بعد البلوغ [2] .

والثاني : أنهم يتبعون في التَّوثُّنِ أيضًا ، لكنْ لا يُغْتَالون ، وفي اغتيال أبيهم خلافٌ .

الخامس : الولد الحاصل من المرتدين - في إسلامهم - لأجل علقة الإسلام ، في المرتد خلاف ، فإن قضينا به : فإن لم يصرحوا بعد البلوغ فهم مرتدون ، وإن لم نَقْضِ به فلا يُقَرُّون ؛ إذْ لم يثبتْ دِينُ آبائه قبل المبعث . وفيه وجه بعيد لا اتجاهَ له ؛ إذ تخرم القاعدة في مراعاة تقديم الدين على المبعث ، وعلى هذا يتجه التردُّدُ في نكاحهم ، والصحيحُ المنعُ .

والصحيح : أنه لايحلُّ وطء سبايا غُوراء ؛ إذِ صَحَّ أنهم ارتدوا بعد الإسلام ، نعم ينقدح التردُّدُ في استرقاقهم بناءً على أنهم كفارٌ أصليون ؛ فإن عبدة الأوثان لايمتنع إرقاقهم على ظاهر المذهب ، وفيه وجه : أنه يمتنع ؛ لأن فيه أمانًا مؤبدًا لِوَثنيٍّ .

القيد الثاني : **العقل** ، فلا يُؤْخذ من المجنون جزيةٌ ، بل هو تابعٌ كالصبي . ولو وَقَعَ في الأسر رَقَّ بنفس الأَسْر كالصبي . وإن كان يُجَنُّ يومًا ويفيق يومًا [3] ، ففي وجهٍ : يُعتبر آخِرُ الحولِ ، وفي وجه : تُلَفَّقُ أيامُ الإفاقة سنةً ، ويؤخذ لها دينارٌ ، وهو الأقيس ، وهو مذهبُ أبي حنيفة (رحمه الله) . وفي وجهٍ : يُنْظر إلى الأغلب . وفي

= جانب الأب ؟ أو تَغْليب جانب التحريم ؟ وينشأ من ذلك القطعُ بعدمِ الحلِّ في ولد الوثني والكتابيةِ ، ورَدُّ الخلافِ فيه إلى المأخذ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٠/أ) .

(١) وهو المذهب . انظر الروضة (١٠/٣٠٦) .

(٢) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (١٠/٣٠٧) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن كان يُجَنّ يومًا ويُفيق يومًا) كان ينبغي أن يقول : (وإن كان يُجَنُّ ويُفيق) ؛ لأجل قوله : (وفي وجه : يُنْظر إلى الأغلب) ، والله أعلم » . مشكل (جـ٢ ق ١٣٠/ب) .

وجهٍ : لا نَظَرَ إلى جنون منقطع ، بل هو كالغشية ، (١ بل تجب ١) جزية كاملة . وفي وجهٍ : أنه لا يُنْظر إلى عقلٍ منقطع ؛ فلا جزيةَ عليه أصلًا . والوجهانِ الأخيرانِ ضعيفان . وإن وقع مثلُ هذا في الأَسْر ، فالصحيحُ أنه يُنْظَر إلى وقت الأَسْر (٢) .

القيد الثالث : الصغير (٣) ، فلا يؤخذ منه جزيةٌ ، بل هو تابع أبيه . ثم إذا (٤) بلغ عاقلًا ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لاحاجة إلى الاستئناف ، بل يَلزمه مثلُ ما التزم أبوه ، وكأنه عَقَد لنفسه ولولدِه بعد البلوغ . والثاني : أنه يَسْتأنف لنفسه (٥) .

فلو بلغ سفيها والتزم زيادةً : نفذ (٦) ؛ لأنه يحقن به دَمَه ، كما لو كان عليه قصاصٌ فَصَالَح على أكثر من الدية ، فليس للوليِّ المنْعُ ؛ لأن حَقْنَ الدمِ أهمُّ من المال . ولو عقد له [الولي] (٧) بزيادة : لم يكن للسفيه المنع ؛ كما يشتري له الطعامَ في

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فتجب » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا أُسِرَ المذكور : (فالصحيح أنه ينظر إلى وقت الأسر) غير الصحيح هو قولُ من غلَّب الإفاقة ، فإنه يقول : لا يُرَقّ وإن كان وقتَ الأسر مجنونًا . وأمّا القتلُ ، فالظاهر امتناعُه . ومن غلّب الجنونَ يقول : يُرَقّ وإن كان وقتَ الأسرِ مُفيقًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٠/ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « البلوغ » . (٤) في (أ) ، (ب) : « ثم إن » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله في ولد الذمي : (لو بلغ سفيهًا ، والتزم زيادة : نفذ ؛ لأنه يحقن به دَمه ، كما لو كان عليه قصاصٌ ، فَصَالَح على أكثر من الدية ، فليس للوليّ المنْعُ ؛ لأن حقن الدم أهمُّ من المال . ولو عقد الوليُّ له بزيادةٍ لم يكن للسفيه المنْعُ ؛ كما يشتري له الطعامَ في المخمصةَ قهرًا لصيانةِ روحه) هذا إنما يَستقيم فيما إذا كانت الذمةُ لاتُعْقد له إلا ببذْله ، فيصحّ بذل ذلك من السفيه ، ويصح بذلُه مِنْ وليّه إذا امتنعَ السفيهُ ، وإن كان أمرُ دمِه لا يدخل تحت الحجر ؛ لأنه إذا ساءَ تصرُّفُه فيه دخل تحت الحجر ، وكانت صيانةُ الوليّ لدمِه أولى من صيانةِ مالِه ، ولذلك جاز له أن يشتري له طعامًا في المخمصة بجميع ماله إذا لم يَجِدْه بدون ذلك . أما إذا أمكن حَقْنُ دمِه بدون تلك الزيادة فلا يتجه إلا ماذكره غيْرُه من أنه لا يصح بذلك الزيادةُ لا في عقد الذمة ، ولا في الصلح عن القصاص ، لا من السفيه ولا من وليّه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٠/ب ، ١٣١/أ) .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح عند العراقيين وغيرهم كما في الروضة (١٠/٣٠٠) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

المخمصة قهرًا لصيانة روحه (١) .

وإن قلنا : لا يستأنف : فإن كان الأبُ قد التزم زيادةً : لزمه بعد البلوغ ، وكان امتناعه كامتناع أبيه من الزيادة .

القيد الرابع : الحرية . فالعبد تابعٌ ؛ فلا جزية عليه ، وكذا مَنْ نصفُه حرٌّ ونصفُه رقيقٌ .

القيد الخامس : الذكورة . فلا جِزْيةَ على المرأة ؛ إذ لا تتعرض للقتل ، بل هي تابعةٌ ، وللرجل أن يستتبع – بدينار واحد – جَمْعًا من النساء : الأقارب والزوجات ، ولا يُشْترط المحرمية . أما الأصهار والأحماءُ (٢) ، فمنهم مَنْ ألحقهنَّ بالأجانب ، ومنهم مَنْ ألحقهنَّ بالأقارب والصبيانِ (٣) . والمجانينُ الأقاربُ أيضًا يجوزُ استتباعُهم .

هذا فيه إذا شَرَطَ في العقد ، فإن أطلق لم يتبع الأقارب والأصهار . أما أولاده الصغار فوجهان . وفي زوجاته طريقان :

أحدهما : أنهن كالأولاد .

والثاني : أنهن (٤) كالأقارب .

---

(١) والمذهب أنه لا يصح عقد السفيه والوليّ بالزيادة . انظر الروضة (٣٠١/١٠) .

(٢) قال ابن الصلاح « : قال : (وأما الأصْهارُ غير الأحماء) وكذا ذكر ذلك شيخُه ها هنا ، وسَبَقَ من شيخِه في كتاب « الوصية » أن الأصْهار والأحماء بمعنى واحدٍ ، وأنهم أبو الزوجة وأمُّها ، وحكى عن الأصحاب تردُّدًا في أجدادها وجداتِها ، وهذا يجيء على ما قاله الشيخُ أبو الفرح السرخسي هناك من أن لفظ « الأصهار » يشمل الأَخْتَان والأحماء ، فيكون المرادُ بالأصهار إذا ذُكِرُوا مع الأحماء الأَخْتَانَ . ثم قد عُرِفَ أنّ الأَخْتَانَ أزواجُ البنات ، وفي أزواج الأخواتِ و الحوافد وجهان مذكوران في « النهاية » ثم يكون – في مسألتنا – المرادُ بالأصهار أمهاتِ أزواج البنات ، أو أمهاتهم وأخواتهم على جهةِ التوسُّعِ والاستعارة ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣١/أ) .

قلت : في النسخ الثلاثة « وأما الأصهار والأحماء » وليس كما ذكر ابن الصلاح (رحمه الله) ، فلعله كذلك في نسخ أخرى .

(٣) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٣٠٣/١٠) .

(٤) كلمة : « أنهن » ليست في (أ) .

والأصحُّ : أن الزوجة والولد مما يَقْتضيه الإطلاقُ ؛ فلا حاجةَ إلى الشرط / . ٢٦٧/ب

ثم إذا دخل صَبيٌّ أو امرأةٌ دارَنا من غير أمانٍ وتبعيةٍ : أَوْقَفْنَاهُمَا ، وكذلك المجنون والحربيُّ يتخير [فيه] (١) بين القتل و الإرقاق .

فرع : إذا حاصرنا قلعةً - وليس فيها إلا النسوانُ - فإن فتحناها جرى الرقُّ عليهنَّ بمجرد الظفر . وإنْ بَذَلْنَ الجزيةَ لدفعِ الرقِّ : فالصحيحُ أنَّه لا يجب القبولُ ؛ إذْ لو جاز لها دَفْعُ الرقِّ بالجزية - كما يجوزُ للرجلِ دَفْعُ القتل - لَمَا كانت تابعةً في الجزية ، (٢ بل صار أصلًا ٢) كالرجل ، ولكان - إذا دخلتْ دارنا - لم يَجُزْ إرقاقُها إن بذلتِ الجزيةَ ، وهو بعيد .

والثاني : أنه يجب القبول ، وإنما التبعيةُ إذا كان معها رجلٌ قريبٌ ، أو زوج ، وإنما لا تستقلُّ إذا وقعت في الأسر ؛ لأنها رَقّت بمجرد الأسر .

أما إذا كان فيهنَّ رجلٌ واحد وبَذَلَ الجزيةَ ، كان عصمةً لجميع النسوان إن كن من أهله ، وإنْ كنَّ أجانَب فلا . وقد أطلق الأصحاب عصمةَ الجميعِ ، ولعلّ هذا مرادهم .

القيد السادس : المتأهِّب للقتال . واحترزنا به عن الزَّمْنَى وأربابِ الصوامع ومن ذكرنا خلافًا في قتلهم ، فمنهم من قال : إذا مَنَعْنا قَتْلَهم ، فهم كالنسوان ؛ فلا جزيةَ عليهم . ومنهم مَنْ قطع بأخذ الجزية للجنسية ، وهو الأصحُّ .

القيد السّابع : القدرة . واحترزنا به عن الكافر الفقير الذي ليس بكسوب ، ففيه ثلاثةُ أقوال :

أحدهما : أنه يُخْرج من الدار ولا يُقرَّر مجانًا .

والثاني : أنه يقرر مجانًا ؛ لأنه معذور .

والثالث : أنه يقرر بجزية تستقرُّ في ذمته إلى أن يقدر .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بل كانت أصلًا » .

الركن الرابع : في البقاع التي يُقرر بها الكافر [1] . ويجوز تقريرهم بكل بقعةٍ إلا الحجاز ، فقد قال ﷺ : « لو عِشْتُ لأخْرَجْتُ [2] اليهودَ والنصارى [3] من جزيرة العرب » [4] ، ثم لم يَعِشْ ﷺ ، ولم يتفرغْ له أبو بكر (رضي الله عنه) فأجلاهم عمر (رضي الله عنه) وهم زُهَاء [5] أربعين ألفًا .

ونعني بجزيرة العرب : مكةَ والمدينةَ واليمامةَ ومخاليفَها [6] والطائفَ [7] ووَجّ [8] ، وما يُنْسب إليها منسوبٌ إلى مكة ، وفي بعض الكتب : التهامة ، ولعله تصحيف « اليمامة » . و « خَيْبَرُ » من مخاليف المدينة .

---

(١) كلمة : « الكافر » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لأُخْرِجَنَّ » .

(٣) كلمة : « النصارى » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « الحديث الذي ذكره في إخراجهم من جزيرة العرب : صحيح ، ولفظه في روايتنا له في السنن الكبير « لئن عشتُ لأُخرِجَنَّ اليهودَ والنصارى من جزيرة العرب » . ورويناه من حديث مسلم « لأُخرِجَنَّ » من غير ذِكْرِ شَرْطِ العيش ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣١/ب) .

قلت : الحديث رواه مسلم في صحيحه (١٣٨٨/٣) (٣٢) كتاب « الجهاد والسير » (٢١) باب « إخراج اليهود والنصارى من جزيرة العرب » حديث (١٧٦٧) بإسناده عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لأُخْرِجَنّ اليهودَ والنصارى من جزيرة العرب ، حتى لا أَدع إلا مسلمًا » . ورواه أحمد في مسنده (٢٩/١) حديث (٢٠١) كلاهما من طرق عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر عن عمر مرفوعًا .

(٥) أي : قرابة ، أو نحو .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (ومخاليفها) قال الإمام أبو منصور الأزهري الهروي : المخاليفُ لأهل اليمن كالرساتيق لنا ، واحِدُها « مخلاف » وهي قُرًى مجتمعةٌ يَجْمَعُها اسمُ المخلاف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ١٣١/ب) .

(٧) في الأصل : « وطائف » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) قال ابن الصلاح : « (وَجّ) بغير ألفٍ ولامٍ : وَادٍ عند الطائف ، وماذُكِرَ من تصحيف اليمامة بالتهامة قد ذَكره أيضًا شيخُه ، وهو غلط موشح بعجمةٍ ، فإن « التهامة » لا يدخلها الألِفُ واللامُ ، و« اليمامة » يدخلها الألفُ واللام ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣١/ب) .

وقال العراقيون : جزيرةُ العرب تمتدُّ إلى أطراف العراق من جانب ، وإلى أطراف الشام من جانب . وعلى هذا تلتحق اليمنُ بالجزيرة ، فتحصلنا فيه على خلاف (١) .

هذا في المخاليف والبلادِ، أما الطرق المعترضة بينهما، فهل يُمْنَعون من الإقامة بها ؟، فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن المرادَ المنْعُ من الاختلاط بالعرب ؛ حرمةً لهم .

والثاني : أنهم يُمْنعون ؛ لأنّ الحرْمَة للبقعة (٢) .

ثم لا خلاف أنهم لا يُمْنعون من الاجتياز (٣ لسفارة أو تجارة ، ولكن بشرط أنْ لا يقيمون ٣) في موضعٍ أكثرَ من ثلاثة أيام ، ولا يُحْسَب يومُ الدخول والخروج إلا في مكة

---

(١) قال ابن الصلاح : « وفيما ذكره ذهابٌ منه إلى أن الحجاز وجزيرة العرب واحدٌ ، وقد ذكره شيخُه وغَيْرُه من المراوزة ، وليس بشيء . والصحيحُ المعروف الشائع بين العلماء أن الحجاز غير جزيرة العرب ، وأن الحجاز بعضُ جزيرةِ العرب ، فالحجازُ عبارةٌ عن مكة والمدينة واليمامة ومخاليفها ، نصَّ عليه الشافعيُّ (رضي الله عنه) ومن لانحصيه من أصحابه .

وسُمِّيَ « حجازًا » فيما ذكره صاحب « الشامل » وغَيْرُه - لأنه حَجَزَ بين تهامة ونَجْدٍ ، وقاله الأصمعيُّ وأما جزيرة العرب فاليمن منها ؛ روينا من سنن أبي داود عن سعيد بن عبد العزيز قال : جزيرةُ العرب ما بين الوادي إلى أقصى اليمن إلى تخوم العراق إلى البحر ، قلت : الوادي هو وادي القرى . وروينا في السنن الكبير عن أبي عبيد عن الأصمعي قال : جزيرةُ العرب من أقصى عدن إلى ريف العراق في الطول ، وأما العرضُ فمن جدة وما والاها من ساحل البحر إلى أطرار الشام . قلت : أطرار الشام مدائن الأطرارين ، وهي الأطراف ، وفيها أقوال أُخر متقاربة . وسُمِّيَتْ جزيرةُ العرب « جزيرةً » لإحاطة بحر الحبشة وبحر فارس ودجلة والفرات بها .

إذا ثَبَتَ هذا ، فالمرادُ بجزيرة العرب - في الأحاديث الواردة في إخراج أهل الذمة منها - بعضُ الجزيرة وهو الحجاز ؛ بدلالة أنهم لم يُخْرِجوا أهلَ الذمة من اليمن . وروينا في السنن الكبير عن أبي عبيدة بن الجراح (رضي الله عنه) قال : آخرُ ما تكلَّم به رسولُ الله ﷺ قال : « أخْرِجُوا يهودَ الحجاز وأهل نجران من جزيرة العرب » وهذا فيه إشعار بالخصوص الذي ذكرناه ، وكأنَّ هذا الإطلاق في تلك الأحاديث هو الذي غرَّ من قال : الحجاز و الجزيرةُ واحد ، وقد أطلتُ في هذا الفصل بعضَ الإطالة ؛ لإشْكالِه على الفقيه المجرد ، ولأن كلام إمام الحرمين فيه اختلّ ولم يُشنِد على جاري عادته ، والله سبحانه المسئول أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣١/ب ، ١٣٢/أ) .

(٢) وهذ هو الأصح كما في الروضة (٣٠٨/١٠) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لسفارة وتجارة لكن بشرط أن لا يقيموا » .

فإنه يُمْنَع ولا يمكَّن الكافرُ من دخولها مجتازًا ، ولا برسالة ، بل يَخْرج إليه مَنْ يستمع الرسالة ؛ لقوله تعالي : ﴿ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا ﴾ (١) . ولا يجري هذا التغليظُ في المدينة .

فرع : لو دخل مكة ، ومرض ، وخِيفَ – من نَقْله – الموتُ فلا يُبَالى ويُنْقَل . ولو دفن نُبِشَ قبْرُه وأُخرِج عظامُه ؛ تطهيراً للحرم . وإن مات على طرف الحجاز وأمكن نَقْلُه : نُقِل قبل الدفن . وإن دُفِنَ ، ففي نَبْشِ قبره وجهان .

ولومرض في الحجاز لم ينقل إن خيف موته . فإن كان يَشُقُّ النَّقْلُ ولا يُخَاف الموتُ ، ففي وجوب نَقْلِه وجهان . فإن مات في غير مكة ودُفِنَ وعَظُمَتِ المشقةُ في نقله : تركناه ولم نرفع نعش قبره .

* * *

(١) من الآية (٢٨) من سورة (التوبة) .

الركن الخامس

في قدر الجزية الواجبة

والواجباتُ عليهم خمسةٌ :

الأول : نفس الجزية . وأقلُّها دينارٌ [١] في السنة على كل محتلم كما سبق ، أو اثني عشر درهماً نُقْرةً ، ويُخَيَّر الإمامُ بينهما [٢] ، والتخييرُ مُسْتندُه قضاء عمر (رضي الله عنه) وإلا فلم يَرِدْ في الخبر إلا الدينارُ ، وشبب بعضُ الأصحاب بأن النُّقْرة نُقَومها بالذهب كما في نصاب السرقة .

ثم إن لم يبذلوا إلا دينارًا وَجَبَ القبولُ . [٣ وللإمام أن يماكس في الزيادة ٣] . فإن بذل زيادةً ، ثم علم أن الزيادة لم تكن واجبةً ، لم ينفعه ، وكان كمن اشترى بالغبن . نعم لو نبذ إلينا العهدَ ، ثم رجع وطلب العقد بدينار : وجبت الإجابةُ .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « على الفقير دينارٌ ، وعلى الغنيّ أربعةٌ ، وعلى المتوسط ديناران » . وعندنا لا فرق [٤] .

---

(١) والدينار يساوي : ٤,٢٤ جم ذهبًا . انظر معجم لغة الفقهاء ص (٤٤٩) .

(٢) قال ابن الصلاح : « ذكر أقلَّ الجزية ذكرًا غير مَرْضِيّ . والصحيحُ - نَقْلًا ودليلًا - خلافُ ما اختاره ، وهو أن أقلّها الدينار . والدراهمُ تؤخذ عوضًا عن الدينار بحسب قيمته على اختلاف سعره كما في نصاب السرقة ؛ عملًا بالأحاديث الثابتة . قلت : وما جاء عن عمر محمولٌ على أنه عدل الدينار باثني عشر درهمًا على جهة التقويم ، لا أنه جعلها أصلا ، كما في حديث معاذ أن النبي ﷺ أمَرَه أنْ يأخذ من كل حالمٍ دينارًا أو عدلَه مَعَافر . ويدل على هذا أنَّا روينا عن عمر (رضي الله عنه) بإسناد ثابت أنه قابل الدينار بعشرة دراهم ، ورويناه عنه أيضًا بإسناد ثابتٍ أنه قابله باثني عشر درهما . ووجْه ذلك ما ذكرناه من التقويم بحسب اختلاف السعر ، وقد قال إمامُ الحرمين شيخُه : رأيتُ في كلام الأصحاب ما يدلُّ على أن الأصل في الجزية : الدينارُ كما في نصاب السرقة ، فَعَدَل المؤلِّف عن هذا إلى قوله : (وشبب بعضُ الأصحاب) فلم يُصِبْ ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٢/أ وما بعدها) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وللإمام أن يماكس للزيادة » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن أقل الجزية دينار في السنة على كل محتلم أو اثنا عشر درهما . انظر : الأم (١٧٩/٤) . مختصر المزني ص (٢٧٧) . روضة الطالبين (٣١١/١٠) . حلية العلماء (٦٩٧/٧) . رحمة الأمة ص (٣٠٤) . =

ولو أسلم - أو مات - بعد مُضِيّ السنة : اسْتُوفِيَ عندنا . ولو تكرر سنون لم تتداخل [(١)] ، خلافًا لابي حنيفة (رحمه الله) في المسألتين [(٢)] ولو كان [(٣)] عليه ديونٌ ومات ، قُدِّمَت الجزية على وصاياه وديونِه [(٤)] ، ومنهم من قال : بل الجزيةُ من حقوق

= **ومذهب أبي حنيفة** : أنها تختلف بحسب حال من تؤخذ منه ، غِنًى وفقرًا ، فيوخذ من الغني ثمانية وأربعون درهمًا ، أو أربعة دنانير ، ومن المتوسط أربعة وعشرون درهمًا ، أو ديناران . ومن الفقير اثنا عشر درهمًا أو دينار . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٩٤) . المبسوط (٧٨/١٠) . الهداية (٤٥٢/٢) . فتح القدير (٤٥/٦) . الدر المختار (١٩٦/٤) . ملتقى الأبحر (٣٧١/١) . المقنع (٩٤) . الشرح الكبير مع المغني (١٠/ ٦٠١) . كشاف القناع (١٢١/٣) . الإنصاف (٢٢٧/٤) .

ومذهب المالكية : أنها تؤخذ أربعون درهمًا أو أربعة دنانير ، ويستوي في ذلك الغنيُّ والفقير . انظر : الكافي (٢١٧) . القوانين الفقهية (١٦١) . التاج والإكليل (٣٨٢/٣) بهامش مواهب الجليل .

(١) يعني تؤخذ منه جزيةُ كلِّ سنةٍ ولا يُسامح بما مَضَى من السنين .

(٢) إذا أسلم الذمى سقطت عنه الجزية عند الأئمة الثلاثة : أبي حنيفة ومالك وأحمد ، خلافًا للشافعي (رحمه الله) . وإذا مات بعد مضيِّ السنة أُخذت من تركته على مذهب مالك والشافعي وأحمد خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) . وإذا اجتمع عليه جزية سنين لم تتداخل على مذهب الشافعي وأحمد خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) . انظر تفصيل هذه المسائل في المصادر والمراجع الآتية :

في مذهب الحنفية : تحفة الفقهاء (٣٠٨/٣) . مختصر الطحاوي ص (٢٩٤) . المبسوط (٨٠/١٠) . الهداية (٤٥٤/٢) فتح القدير (٥٢/٦ ، ٥٥) . الدر المختار (٢٠٠/٤) . مجمع الأنهر (٦٧٢/١ ، ٦٧٣) .

في مذهب المالكية : الكافي ص (٢١٧) . القوانين الفقهية ص (١٦١) . مواهب الجليل (٣٨٢/٣) . التاج والإكليل (٣٨٢/٣) بهامش مواهب الجليل .

في مذهب الشافعية : مختصر المزني ص (٢٧٧) . الوجيز (٢٠٠/٢) . روضة الطالبين (١٠/ ٣١٢) . حلية العلماء (٧٠٢/٧) .

في مذهب الحنابلة : الشرح الكبير مع المغني (٦٠٤/١٠ ، ٦٠٦) . المبدع شرح المقنع (٤١٢/٣) . كشاف القناع (١٢٢/٣) . دليل الطالب ص (١٢٨) . الإنصاف (٢٢٨/٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ولو كانت » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولو كان عليه ديونٌ ومات ، قُدِّمت الجزيةُ على وصاياه وديونِه) ثم ذكر طريقة البحر على الأقوال المذكورة في الزكاة ودين الآدمي ، وهي الصحيحة التي لم يَذْكر غيرَها الفوراني وصاحبُ =

الله ؛ فَتُقَدَّم على حق الآدمي في قول ، وتؤخر في قول ، وتستوي في قول .

فرع : لو ماتَ / في أثناء السنة ، ففي وجوب قسطه قولان : ٢٦٨/أ

أحدهما : أنه لا يجب إلا لتمام السنة [١] كالزكاة .

والثاني : أنه يجب كالأجرة [٢] .

ويُشير هذا إلى تردُّدٍ في أنها هل تجب بأول السنة ، لكن تستقر بتمامها ، أو تجب شيئًا شيئًا [٣] ؟ . وبَنَوْا على هذا ، أن الإمامَ لو طلب شيئًا في أثناء السنة ، هل يجوز

= « التهذيب » وغيْرُهما . وذكر شيخُه معها طريقةً ثانيةً ، وهي التسوية بين الجزية وديونِ الآدميين ؛ لكونِ مصرفها للآدميين ، وليست من القرب وأما الطريقة التي ذكرها المصنف ومفادُها القطعُ بتقديم الجزية على حقوقِ الآدميين ، فهي غَيْرُ معروفةٍ ، ولا متجهة ولا مقبولةٌ ، وقد كان يُمْكن أن يقرأ قولُه : (وديونُه) بالرفع ليكون معناه : قُدِّمت الجزيةُ وديونُه على وصاياه ، فيكون ذلك عبارةً عن طريقة التسوية التي ذكرها شيخه ، لكن الظاهر أنه لم يَقُلْ إلا (وديونِه) بالجرِّ ، بدلالةِ قولِه فيها في « الوجيز » : (وتُقَدَّم الجزيةُ في تركته على وصاياه وعلى ديونِه) وقد قال بعضُ مَنْ شرح الوجيز : لعلّه من باب سَبْقِ القلم ؛ إذ لم يَقْطع أحدٌ من الأصحاب بتقديم الجزية على الديون قولًا واحدًا . قال الشارح : الوجْهُ الجزمُ بأن ذلك لا يُعَدُّ من المذهب ، ومن قال معتذرًا له : عَدَمُ الوجدانِ لا يدلّ على عدمِ الموجودِ ، قلنا له : بل هو ذاك مع الاستقرار ، على ما عُرِفَ . ثم إن الشذوذَ في النقل يُوجِب ردَّه على ما أوضحناه في كتابنا في « معرفة علوم الحديث » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٢/ب ، ١٣٣/أ) .

قلت : وفي الروضة (٣١٣/١٠) أن الجزية تقدم على الوصايا ، وأما الديون فَيُسَوّى بينها وبين الجزية ، وهذا هو المذهب والمنصوص .

(١) في (أ) ، (ب) : « بتمام السنة » .

(٢) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٣١٢/١٠) .

(٣) وقال ابن الصلاح : « قوله في قسط بعض السنة إذا مات الذميُّ في أثنائها : (والثاني تجب كالأجرة ، وهذا يُشير إلى ترددٍ في أنها تجب بأول السنة لكن تستقر بتمامها أو تجب شيئا فشيئا) هذا يُوهِم كَوْنَ الترددِ مأخذ القولين ، وليس كذلك ، وإنما هذا التردد ترددٌ في مأخذ القول الثاني وأن الجزيةَ كالأجرة في الإجارة أو كالجعل في الجعالة ؟ وإنما مأخذُ القولِ الأول أنها لا تجب إلا بتمام السنة كالزكاة ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٣/أ) .

مع استمرار الحياة ؟ . والظاهر المنْعُ ؛ لأنه على خلاف سِيَر الأولين .

الواجب الثاني : الضيافة . وقد وظف عمر (رضي اللّه عنه) الضيافةَ لمن يطرقهم (١) من أبناء السبيل ، فاتفقوا على جواز ذلك بشرط أنْ نبين لكل واحد عَدَدَ الضيفان ، وقدْرَ الطعام ، والأدم ، وجنسه ، وعلف الدابة ، ومنازل الضيفان . وَلْيُفَاوِتْ (٢) بين الغنيّ والفقير في عدد الضيفان ، لا في جنس الطعام ؛ كي لا يُؤَدّي إلى التزاحم على الغنيّ (٣) . ويُبَيِّنُ مدةَ إقامة الضيف من يوم إلى ثلاثة أيام ، فقد وَرَدَ أنّ الضيافة ثلاثة أيام ، فما زَادَ صدقةٌ (٤) . ويقال : الإجازةُ يومٌ وليلةٌ ، أعني ما يُعْطى الضيفُ ليتزود في الطريق إذا رحل (٥) .

ثم هذا محسوبٌ لهم من نفس الدينار ؛ إذْ كان عمر (رضي الله عنه) لايطالبهم بالجزية مع الضيافة (٦) . ومنهم مَنْ أَبى ذلك ؛ لأن الإطعام ليس بتمليك ، وهو كالتغدية في الكفّارة .

---

(١) في (ب) : « لمن يَمُرُّ بهم » . (٢) في (ب) : « والتفاوتُ » .

(٣) قال ابن الصلاح : « ذَكَر أنّ التفاوت بين الغني والفقير ، يعني المعتمد يكون في عدد الضيفان ، وقد قطع صاحب « المهذب » بأنه لا ضيافةَ على الفقير أصلا ، وهذا أحسنُ الطريقين والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٣/أ) .

(٤) يشير بهذا إلى ما صحّ عن النبي ﷺ أنه قال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فليكرِمْ ضيفَه جائزته يوم وليلة ، والضيافةُ ثلاثةُ أيامٍ ، فما بعد ذلك فهو صدقةٌ ، ولا يَحِلُّ له أنْ يَثْوِيَ عنده حتى يحرجه » .

والحديث رواه البخاري (١٠/٥٤٨) (٧٨) كتاب « الأدب » (٨٥) باب « إكرام الضيف ، وخدمته إياه بنفسه » برقم (٦١٣٥) . ورواه مسلم في صحيحه (٣/١٣٥٢) (٣١) كتاب « اللقطة » (٣) باب « الضيافة ونحوها » حديث الباب (٤٨) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (ويقال : الإجازة يوم وليلة) كان ينبغي أن يقول : (ويُرْوى : الإجازة يوم وليلة) فإنه ثابت في الصحيحين من حديث أبي شريح العدوي عن رسول الله ﷺ أن جائزة الضيف يوم وليلة ، والضيافة ثلاثة أيام .

والإجازة : مصدر من « أجازه ، يجيزه » إذا أعطاه الجائزة ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٣/ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « ثم قال – رحمه الله – : (ثم هذا محسوبٌ لهم من نفس الدينار ؛ إذ كان عمر لا يُطالبهم بالجزية مع الضيافة) وذكر شيخُه أيضًا نَحْوَ هذا ، والصحيحُ أنها زائدةٌ على الدينار ، ومن المصنفين من لم يذكر غيره ، وما ذكراه عن عمر غَيْرُ صحيحٍ ، بل صَحَّ من رواية الشافعيّ وغيرِه عن مالك بإسناده عن عمر أنه ضَرَبَ =

فإن قلنا : إنه من الجزية ، فما نَقَصَ من الدينار يجب أن يكمل ، ولو أراد نَقْلَهم عن الضيافة إلى الدنانير [1] بعد ضَرْبِه - بغير رضاهم - ففيه وجهان ، وكأنه تردّد في أنَّ ضَرْبَه هل ينعقد لازمًا ؟ .

والصحيح أنه إن قلنا : إنه من الدينار ، فيجوز الإبدال . وإن قلنا : إنه أصل ، فلا بد من رضاهم في الإبدال .

ثم إذا أبدلت [2] فقد كانت الضيافة لجميع الطارقين ، فهل يُصرف البدل إلى جميع المصالح أم يختص بأهل الفيء ؟ ، فيه وجهان . والظاهر أنه لأهل الفيء ؛ لأن ذلك احتمل في الضيافة ؛ لِعُسْرِ الضبط [3] .

الواجب الثالث : الإهانة والتصغير عند الأخذ ؛ لقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ﴿٢٩﴾ ﴾ [4] . قيل : معناه أن يُطأطىء الذميُّ رأسَه ويَصُبّ ما معه في كفِّ المُسْتَوْفِي ، فيأخذ المستوفي بلحيته ويَضْرِب في لَهَازِمه [5] .

= الجزيةَ على أهل الذهب أربعة دنانير ، وعلى أهل الورق أربعين درهما ، ومع ذلك ضيافةَ ثلاثةِ أيام ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٣/ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « الدينار » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أبدل » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأن ذلك احتمل في الضيافة لعسر الضبط) معناه : أنَّ عدم التخصيص بأهل الفيء احتمل في الضيافة لِعُسْرِ ضَبْطِ الطارقين ، وليس ذلك بدلها من الدنانير ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٣/ب) .

(٤) من الآية (٢٩) من سورة (التوبة) .

(٥) قال ابن الصلاح : « ما ذكره في تفسير « الصغار » هو عند صاحب التهذيب وغيره : خلاف الأصحّ ، وهو أيضًا خلاف نص الشافعي (رضي الله عنه) فإنه نص على أن الصغار ، هو جريان أحكام الإسلام عليهم .

وقوله : (ويَضْرِب في لهازمه) واحدها « لِهْزِمة » بكسر اللام والزاي . وللإنسان لهزمتان ، فعبَّر عنهما بلفظ الجَمْع ، وذلك جائز وَوَرَدَ الحديثُ في أنها الشدق ، وقيل : هما العَظْمان الناتئان في اللحيين تحت الأُذنين ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٣/ب) .

وقال النووى (رحمه الله) : « هذه الهيئة المذكورة - يعني في تفسير الصغار - لا نعلم لها على هذا الوجه أصلًا معتمدًا . وإنما ذكرها طائفة من أصحابنا الخراسانيين . وقال جمهور الأصحاب : تؤخذ الجزية برفق ، كأخذ =

وهذا مستحبٌّ أو مستحقٌّ ؟ فيه وجهان .

فإن قلنا : إنه مستحق لم يَجُزْ له توكيلُ المسلمِ في التَّوْفية ، ولم يَصِحّ ضمانُ المسلم للجزية ؛ فإنه يجب قبولُها إذا أسلم وتسقط الإهانة .

ولكن الصحيح أنه [١] مستحبٌّ ؛ إذْ يجوز إسقاطُها بتضعيف الصدقة كما فعل عمر (رضي الله عنه) فإنَّ جماعَة من نصارى العرب أَنِفُوا من اسم الجزية والصغار ، فقالوا : نحن عربٌ ؛ فَخُذْ منّا ما يأخذ بعضُكم مِنْ بعض - يعني الزكاة - فقال عمر (رضى الله عنه) : إنها طُهْرَةٌ ولَسْتُم من أهلها . فقالوا : خُذْ بذلك الاسم وزِدْ ما شئتَ ، فضعَّفَ عليهم الصدقةَ وحَطَّ اسْمَ الجزية والإهانة .

ولاشك في أن المأخوذ جزيةٌ حتي لا تؤخذ من النساء والصبيان .

ولابد أن يفي بقدر الجزية إذا وُزِّعَ على رءوس البالغين [٢] . وله أن يأخذ ثلاثة أمثال الصدقة . وله أن يأخذ نصْفَ الصدقة إن وَفَّى بالجزية ، ولكن لا يَتْرك الإهانة إلا لغرضٍ ظاهر .

= الديون ، فالصواب : الجزم بأن هذه الهيئة باطلةٌ مردودةٌ على مَنِ اخترعها ، ولم يُنْقَل أن النبي ﷺ ولا أحدٌ من الخلفاء الراشدين فعل شيئًا منها مع أخذهم الجزية ، وقد قال الرافعي (رحمه الله) في أول كتاب « الجزية » : الأصح عند الأصحاب : تفسيرُ الصغار بالتزام أحكام الإسلام وجريانها عليهم ، وقالوا : أشدُّ الصغار على المرء أن يُحْكم عليه بما لا يَعْتقده ويضطر إلى احتماله » . روضة الطالبين (١٠/٣١٥ ، ٣١٦) .

(١) يعني التصغير والإهانة .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في تضعيف الصدقة عليهم : (ولا بد أن يَفِيَ بقدْرِ الجزية إذا وُزِّعَ على رءوس البالغين) هذا مفروض فيما إذا لم يكن لبعضهم مالٌ زَكَوِيّ ، وكأنه عن جميع مَنْ وَجَبت عليه الجزية منهم ، وبهذا التصوير [لعلها : التقدير] يَستقيم قولُه : (والفقراء هل يدخلون في الحساب ؟ يخرج على القولين في الفقير) يعني إن قلنا : تجب على الفقير الجزيةُ أُدخل في الحساب لكونها مبذولةً - والحالةُ هذه - عن كل مَنْ تجب عليه الجزيةُ منهم ، والفقيرُ - على هذا القول - منهم ، وإلا فلا ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٣/ب وما بعدها) .

قلت : في النسخ الثلاثة : « يخرج على القولين في العقد » وليس « في الفقير » كما قال ابن الصلاح (رحمه الله) وكلاهما صحيح في المعنى والتقدير .

فإن كثروا ولم يمكن عَدُّهم لتبيينِ الوفاء ، ففي جواز أخْذِه بغالب الظن وجهان (١) . والفقراء هل يدخلون في الحساب ؟ يخرج على القولين في العقد . وهل يجوز ذلك مع غير العرب ؟ فيه وجهان ، والظاهرُ جوازُه للمصلحة .

ثم صيغة العقد أن يقول الإمام : « ضعَّفْتُ عليكم الصدقة » فيلزمه الوفاء ، فيأخذ من خمسٍ من الإبل شاتين ، ومن عشرٍ أربعَ شِيَاهٍ ، ومن خمس وعشرين بنتي مخاض ، ولا يضعف المال فيجعله كالخمسين ، ويأخذ حقَّه ، بل نُضَعِّف الصدقة . ونأخذ الخمسَ مما سَقَتْه السماءُ ، والعُشْرَ مما سُقِيَ بداليةٍ (٢) ، ومن عشرين دينارًا : دينارًا . واختلفوا في مسألتين :

إحداهما : أنه هل يحط لهم الوَقْصُ (٣) ؟ فيه ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أنه يحط كالصدقة .

والثاني : لا ؛ لأن ذلك تخفيفٌ عن المسلمين .

والثالث : أنه يأخذ إن لم يؤدِّ إلى التجزئة ، فيأخذ من سبعة ونصف من الإبل ثلاثَ شياهٍ . وقد حُكي عن الشافعي (رضي الله عنه) أنه قال : يأخذ من عشرين شاة : شاةً ، ومن مائة درهمٍ : خمسة دراهم (٤) .

---

(١) وأصح الوجهين أنه لا يؤخذ بغالب الظنّ ، بل يُشْترط تحقُّقُ أخْذِ دينارٍ عن كل رأس . انظر الروضة (٣١٧/١٠) .

(٢) آلة يُشتقى بها الماءُ للزرع .

(٣) الوقص : بفتح الواو ، وسكون القاف وفتحها أيضًا ، والأشهر على ألسنة الفقهاء الإسكان ، والمشهورُ في كتب اللغة الفَتْحُ . وهو مصدر « وقص » وهو النقص ، والمقصودُ به هنا ما يقع بين فريضتي الزكاة ، ومثالُه أنّ في خَمْسٍ من الإبل شاةً ، وفي العشر شاتين ، فما زاد عن خمس من الإبل ، وكان أقلَّ من عشرٍ ، فهو وقْص . وهو مثل : الشَّنَق . وقال الأصمعي : الشنق يختصُّ بأوقاص الإبل ، والوقص : يختص بالبقر والغنم . وقد يُطْلق الوقْص على ما لم يَبْلُغ ما تجب الزكاةُ فيه ، وهذا نص الشافعي في « البويطي » بحروفه - كما قال النووي - فاستعملوه فيما لا زكاةَ فيه وإنْ كان دون أول النصاب ، كالأربعة من الإبل . وقال الشافعي في مختصر المزني : الوقس : ما لم يبلغ الفريضة ، وهو هكذا بالسين المهملة ، كما يقول النووى (رحمه الله) .انظر : مختار الصحاح ص (٧٣٢) . تهذيب الأسماء واللغات (١٩٣/٢/٣ وما بعدها) . معجم لغة الفقهاء ص (٥٠٨) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقد حكي عن الشافعي (رضي الله عنه) أنه يأخذ من عشرين شاة : شاةً ، هذا =

الثانية : لو ملك ستًا وثلاثين من الإبل ، وليس في ماله بنتُ لَبُونٍ [(١)] ، فيأخذ بِنْتَي مَخَاض [(٢)] وجبرانين ، لكل جبران واحد شاتين ، أو عشرين درهمًا . ولا يضعّف الجبران / ثانيًا . ومن قال بذلك فقد غلط ، وكذلك إذا أخرج حقتين ، فعلى الإمام ٢٦٨/ب الجبران .

الواجب الرابع : العُشْرُ من البضاعة التي مع تُجَّارِهم إذا ترددوا في بلادنا . والنظر فيمن يُعَشَّر مالُه ، وفي قَدْرِ المأخوذ .

أما من يُؤخذ منه ، فهو كلُّ حربيٍّ يَتْجُرُ في بلادنا ، ضرب عمر (رضي الله عنه) عليهم العشر . أما الذمي فلا شيء عليه إذا اتَّجَرَ ، ولا على الحربي إذا دخل لسفارةٍ أو سماع كلام الله تعالى .

أما لو تردد في الحجاز – لا للتجارة – ففي أَخْذِ شيء منه خلافٌ ، فقيل : إنه لا يمكن تعشير ماله .

ولابد من تعظيم الحجاز فيؤخذ دينارٌ ، وهو أقل الجزية . والذميُّ إذا اتَّجَر في الحجاز ، أُخِذَ منه نِصْفُ العشر ، كذلك فعل عمر (رضي الله عنه) .

ثم هذا إذا جرى الشرطُ وقبلوا ، فإن دخلوا بأمانٍ من غير شرطٍ ، فأصَحُّ الوجهين أنَّه لا شَيْءَ عليهم . والثاني : أن قضاء عمر (رضي الله عنه) بذلك قضاءٌ على مَنْ سيَكون منهم إلى يوم القيامة ؛ فيُتبع .

أما المقدار ، فلا مزيد على العشر . وقيل : للإمام أن يزيد إن رأى . وأما النقصان فجائزٌ إلى نصف العشر ، وذلك في الميرة [(٣)] وكلٍّ ما يحتاج المسلمون إلى كثرة

= منسوب إلى رواية البويطي . وفيه قول آخر منسوب إلى رواية الربيع : أنه لا شيء فيها . حكاهما الفوراني والقاضي حسين ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٤/أ) .

(١) بنت لبون : هي التي أتمت سنتين من الإبل ودخلت في الثالثة . انظر معجم لغة الفقهاء ص (١١٠) .

(٢) بنت مخاض : هي التي أتمت سنة من الإبل ودخلت في الثانية . انظر المصدر السابق نفس الصفحة .

(٣) الميرة : الطعام . انظر مختار الصحاح ص (٦٤٠) مادة (م ي ر) .

المكاسب فيه ، كذلك فعل عمر (رضي الله عنه) . ولو رأى رَفْعَ هذه الضريبة أصلًا ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا بُدَّ من قبول شيء .

والثاني : أنَّ هذا الجنس يتبع [فيه] (١) المصلحة ؛ إذْ عُمَرُ (رضي الله عنه) فعل ذلك برأيه واستصوابِه ، وقد يتغيَّرُ الصوابُ (٢) .

ثم إذا أَخَذ العشرَ مرةً ، فلا يأخذه ثانيًا في تلك السنة ، بل يُعْطَى جوازًا حتى لا يطالبه عشّارٌ أصلًا (٣) ، إلا إذا جوزنا الزيادة ، فعند ذلك يجوز أَخْذُه في دفعات .

أما إذا جرى ترديدُ مال واحد إلى الحجاز في سنة واحدة ، فهل يكرر العشر لتعظيم الحجاز ؟ فيه خلاف . وهذا إذا خرج من الحجاز وعاد ، وما دام يتردد فيه فلا ، (٤ ولو بذل اللسان – عند المشارطة – بزيادة ، فالظاهر أنه لا يلزم ٤) ؛ إذ ليس ذلك عقدًا أصليًّا بخلاف عقد الجزية .

الواجب الخامس : الخراج . وذلك قد يكون أجرةً ؛ فلا يسقط بالإسلام ، كما إذا ملكنا أراضيهم ، ثم رَدَدْناها إليهم بخراجٍ كما فعلَه عمر (رضي الله عنه) . وهذا واجبٌ وراءَ الجزية .

أما إذا صالحناهم على عقارهم بخراجٍ يؤدونه ، فَمِلْكُهم مُطَّرِدٌ ، والمأخوذُ في حكم جزيةٍ (٥) .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) والأصح جواز رفع هذه الضريبة إذا رأى الإمام فى ذلك مصلحةً . انظر الروضة (٣١٩/١٠) .

(٣) قال ابن الصلاح : «قوله : (ويُعْطَى جوازًا) أي : رقعة يَجُوز بها ولا يُعَوَّق ، والله أعلم» . المشكل (جـ ٢ ق ١٣٤/أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولو بذل باللسان – عند المشارطة – زيادة ، فالظاهر أنه لا تلزمه » .

(٥) يعني فتُصْرف مَصْرِفَ الفيء .

ومن أسلم سقط الخراجُ عنه في المستقبل خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [1] .

* * *

(١) **مذهب الشافعية** : أن من أسلم سقط عنه ما ضُرِب عليه وإن كان على الأرض باسم الخراج . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : الروضة (٣٢١/١٠) . حلية العلماء (٧٣٠/٧) . الكافي ص (٢٢٠) . مواهب الجليل (٣٨٣/٣) . المقنع ص (٩١) . المبدع (٣٧٩/٣) . الشرح الكبير مع المغني (٥٤٣/١٠) . كشاف القناع (٩٦/٣) . الإنصاف (١٩٢:/٤) .

ومذهب أبي حنيفة : أن من أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله ولا يسقط عنه بإسلامه . انظر : مختصر الطحاوي (٢٩٥) . الكتاب مع اللباب (١٤٢/٤) . المبسوط (٧٩/١٠) . الهداية (٤٥٠/٢) . فتح القدير (٣٣/٦) . مجمع الأنهر (٢٦٢/١) .

النظر الثاني
في أحْكَام عَقْدِ الذّمّة

وهو يقتضي [1] وجوبًا علينا وعليهم ، أمّا ما علينا فيرجع إلى أمرين : الكفّ عنهم ، وذَبّ الكفارِ دونهم .

أما الكفُّ : فمعناه : أنَّا لانتعرض لأنفسِهم ومالِهم ، ونَعْصِمُهم بالضمان ، ولا نُريق خمورَهم ، ولا نُتْلِف خنازيرهم ما داموا يُخْفُونه [2] ، ولا نمنعهم من التردُّدِ إلى كنائسهم القديمة . ولو أظهروا الخمورَ أرقْنَاها . ومن دخل دارهم وأراقها فقد تعدَّى ولا ضمان عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) . ولوغصبها ، وَجَبَ مئونةُ الردِّ ، وفيه وجه : أنه لا يجب إلا التَّخْلية . ولو باع خمرًا من مسلم ، أُريقَ على المسلم ولا ثَمَنَ للذميّ ، والظاهرُ أنه يجب رَدُّ الخمرِ المحترمة على المسلم إذا غصب .

أما الذبُّ عنهم ، فمعناه : دفع الكفار عنهم ما داموا في دارنا ، وهو ذَبٌّ عن الدار ، ولو دخلوا دار الحرب فلا مَطْمَعَ للذّبِّ . ولو انفردوا ببلدةٍ غيرِ متصلة ببلاد الإسلام ، ففي وجوب ذَبِّ أهل الحربِ عنهم وجهان :

أحدهما : أنه لايجب ؛ إذْ لم نلتزم إلا الكفّ [3] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وهى تقتضي » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « يخفونها » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في الذب عن أهل الذمة : (لو انفردوا ببلدة غير متصلة ببلاد الإسلام ، ففي وجوب ذب أهل الحرب عنهم وجهان : أحدهما : لا ؛ إذ لم نلتزم إلا الكفّ) كان ينبغي أن يقول : (ببلدة غير مَحْفوفة ببلاد الإسلام ؛ لأنهم فرضوها فيما إذا كانت مُتَاخِمة لديار الإسلام . وقوله : (لم نلتزم إلا الكفّ) يعني به بأنَّ مطلق عقد الذمة ، لا يقتضي ذَبَّنا عنهم كما لا يقتضي ذَبَّهم عنا إذا هجم علينا عدوّ . وأما الذبُّ عنهم فيما إذا كانوا في ديار الإسلام فواقعٌ ضمنًا ؛ لما يَلْزمنا من حماية دار الإسلام عن العدو . وهذا الوجه - وإن وجهناه - فالصحيحُ خلافُه ، وأنه يلزمنا الذبُّ مقصودًا عنهم ، سواءٌ كانوا معنا في بلد ، أو منفردين عنا في بلد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٤/أ) .

والثاني : أنه يجب ؛ إذ [1] بذلوا الجزية لنسلك بهم مَسْلَكَ أهل الإسلام . [2] فعلي هذا ، لو شرطنا أن لا نذب عنهم لم يلزمنا . ومنهم من ألغى هذا الشرط [2] .

وعلى الأول ، لو شرطنا الذبَّ ، لَزِمَنَا ، ومنهم من ألغى ذلك الشرط .

وكذلك لو [3] ترافعوا إلينا ، هل يجب الحكمُ بينهم ؟ ، فيه خلافٌ ، ويرجع حاصِلُه إلى دفع أذى بعضِهم عن بعض [4] .

أما الواجب عليهم ، فهو الوفاء بالجزية ، والانقياد للأحكام ، والكفّ عن الفواحش، وعن بناءِ الكنائس ، ومطاولةِ المسلمين بالبنيان ، والتجملِ بترك الغيار ، وركوب الخيول [5] ، وسلوكِ جادة الطرق ، هذه مجامِعُها :

الأول : حكم الكنائس ، وتفصيلُه أن للبلاد ثلاثةَ أحوالٍ :

الأولي : بلدةٌ بناها المسلمون ؛ فلا يكون فيها كنيسةٌ . وإذا دخلوا وقَبلوا الجزية ، مُنِعُوا من إحداثِ الكنائس قَطْعًا . وفي معناها بلدةٌ ملك المسلمون / عليهم رقبتها قهرًا ، ٢٦٩/أ
فإنه ينقض كنائسهم لامحالةَ . ولو أراد الإمام أن ينزل [6] منهم طائفةً بجزيةٍ ويترك لهم كنيسة قديمةً ، قطع المراوزةُ بالمنْعِ ، وذكر العراقيون وجهًا في جوازه . أما الإحداث [7] ، فلا خلاف في المنْعِ .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إن » .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وكذلك إذا ترافعوا إلينا ، هل يجب الحكم بينهم ؟ فيه خلافٌ يرجع حاصله إلى دفع أذى بعضهم عن بعض) معناه أنه حصل من ذلك أن فى اقتضاء مطلق عقد الذمة ذَبَّ بعضِهم عن بعض : خلافًا ، وليس هذا على إطلاقه ، فإنه خلافٌ في أنه يجب علينا دَفْعُ أذى بعضهم عن بعض فيما إذا رأينا ذميًّا يَغْصب مالَ ذميٍّ ، فعلينا أن نَذُبَّه عنه ، كما نَذُبُّ عنه المسلمَ في مثل ذلك ، فإنّ الذميّ في قبضتنا كالمسلم ، فذلك من قبيل الواجب علينا من ذَبِّ أنفسنا عنهم بخلاف أهل الحرب ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٤/ب) .

(٥) في (ب) : « الخيل » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « يترك » .

(٧) يعني إحداث كنائس جديدة .

الثانية : بلدةٌ فتحناها صُلْحًا على أن تكون رقبةُ الأبنية للمسلمين ، وهم يسكنونها (١) بخراجٍ يبذلونه سوى الجزية . فإن استثنى في الصلح البِيَعَ والكنائسَ ، لم تُنْقَض ، وإن أَطلق فوجهان :

أحدهما : أنها تنقض ؛ لأنها ملكُ المسلمين ، فلهم التصرُّفُ في ملكهم (٢) .

والثاني : لا ؛ وفاءً بشرط التقرير ، فإنه يمنع عليهم القرار من غير متعبَّد جامع .

الثالثة : أن تُفْتح على أن تكون الرقابُ لهم ويُضْرب عليهم خراجٌ ، فهذه بلدتهم ، وليس عليهم نَقْضُ الكنائسِ . ولو أَحْدثوا كنائسَ فالمذهبُ أنهم لا يُمْنعون . وقيل : يمنع ؛ لأنها على الجملة تحت حكم الإسلام .

ولا خلاف أنهم لا يُمْنَعون من ضَرْبِ الناقوس وإظهارِ الخمور وإن كان المسلمون يدخلون على الجملة ؛ لأنها كعُقْر دراهم (٣) ، ولا نتعرض لما يَجْري في دُورِهم .

فرع : حيث قضينا بإبقاء كنيسة قديمة والمنعِ من الإحداث ، فلا نمنعهم من العمارة إذا استرمت (٤) ، والأصحُّ أنا لا نُكَلِّفهم إخفاءَ العمارة . وقيل : يجب الإخفاء حتى لو زال الجدارُ الخارجُ ، فلاوجْهَ إلا بناء جدارٍ داخلَ الكنيسة .

نعم ، لو انهدمت الكنيسةُ ، ففي إعادتها وجهان ؛ من حيث إنَّ هذا كالإحداث من وجه ، وإن قلنا : لهم الإعادةُ ، ففي جوازِ زيادةٍ في الخطة وجهان ، أصحُّهما المنع ؛ لأن هذا إحداثٌ .

---

(١) في الأصل : « وهم يسكنوها » . والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الجاري على قواعد اللغة .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٠/٣٢٣) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأنها كعقر دراهم) : عقر الدار ، بعين مضمومة مهملة ، بعدها قاف ساكنة ، أصلُها المكانُ الذي ينزله أهلها منها ، ومنهم من فتح العين . وصحف في بعض النسخ «قعر دورهم » ، واسم الدار يطلق على المحلة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٤/ب) .

قلت : هو في النسخ الثلاثة التي عندي « قعر دروهم » وأثبتُّ في الأصل ما قاله ابن الصلاح (رحمه الله) .

(٤) أي تشعثت ، فجاز لهم أن يرمُّوها ، أي يُصْلحوها .

وأما النواقيس ، (١ فإنا نمنعهم في كنائسهم أن يَظْهر صوته ١) ، فهو كإظهار الخمر . وقيل : لا يُمْنع ؛ فإنّه تابعٌ للكنيسة .

الواجب الثاني : ترك مطاولة البنيان ، فلو بنى دارًا أرفَعَ من دار جاره : مُنِعَ ، ولو كان مثله فوجهان (٢) . ولو لم يكن بجنبه إلا حجرة ضعيفة (٣) منخفضة (٤ فعليه أن لا يعلوها بنيانُه ٤) . ولو كان في طرف (٥) بلدٍ حيث لا جارَ (٦) ، أو كانت لهم محلةٌ : فلا معنى للمطاولة ؛ فلا حَجْر (٧) . وقيل : إنهم على الجملة يُمْنَعون من رفعٍ فيه تجمُّلٌ .

وهذا كله في البناء . فلو اشترى دارًا مرتفعة لم يُنْقض بناؤها . وهذا المنعُ ، مستحبٌ أو حَتْمٌ ؟ ، فيه وجهان (٨) .

الواجب الثالث : يُمْنعون من التجمُّل بركوب الخيل ، ولا يُمْنعون من الحمار النفيس ، وليكن (٩) رِكَابُهم من الخشب . وقال الشيخ أبو محمد : لا يُمْنع من الفرس الخسيس كالقتبيات (١٠) ، ويُمْنع من البغال الغرّ (١١) .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فإنا نمنعهم في كنائسهم من إظهار ضَرْبها » .

(٢) والأصح أنه يمنع من المساواة . انظر الروضة (٣٢٥/١٠) .

(٣) في الأصل : « ضعيف » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فعليه أن لا يَعْلو بنيانُه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أطراف » .

(٦) أي حيث لاجار هناك موجود .

(٧) أي فلا حجر عليه في إطالة البنيان .

(٨) في الروضة (٣٢٥/١٠) أن هذا المنع واجب .

(٩) في الأصل « وليكون » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(١٠) قال ابن الصلاح : « ذكر أنه لا يمنع الذمي من ركوب الفرس الخسيس (كالقتبيات) هذه لفظة تستعملها العجم ، وعَنى بها التي تحمل عليها على الأكف ، جمع « إكاف » وكأنهم استعاروا قتب الجمل في إكاف الفرس ونحوه والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٥/أ) .

(١١) البغال الغرّ : هي البغال النفيسة ، وغُرّةُ الشيء خيارُه . قاله ابن الصلاح في المشكل .

الواجب الرابع : لابد من الغيار [١] ، ولونُ الصفرة باليهود أليقُ ، والكُهبةُ [٢] بالنصارى ، والسوادُ بالمجوس . والمقصودُ أن يتميَّزوا حتي لا نسَلِّم عليهم . ويُضْطَّرون إلى أَضيق الطرق ، ويُمنْعون من سَرَارة الجادة [٣] إذا كانت مشغولةً بالمسلمين ، وإن كانت خاليةً فلا مَنْعَ . ويُخْرَج الكافرُ من الحمام إذا لم يكن عليهم [٤] غيارٌ [٥] ، لأنه ربما [٦] ينجس الماء من حيث لانعرف .

والمرأةُ ، هل يَلْزمها الغيارُ في الحمام وخارجه ؟ فيه وجهان [٧] .

ثم أصلُ الغيار وتركُ ركوب الخيل ، حَتْمٌ أو مستحب ؟ فيه وجهان [٨] .

---

(١) يقصد بالغيار التميز في اللباس ، وهو أن يخيطوا على ثيابهم الظاهرة ما يخالف لونُه لونَها ، وتكون الخياطة على الكتف دون الذيل ، ويمكن أن يكون على غير الكتف . انظر الروضة (٣٢٦/١٠) .

(٢) في نسخة أخرى « الدكنة » كذا على هامش الأصل .

وقال ابن الصلاح : « قوله في الغيار : (لون الصفرة باليهود أليق) وهو العسلي الذي ذكره غيره ، (ولون الكهبة بالنصارى) وفي بعض النسخ « الدكنة » . وكلُّ واحدٍ منهما قد ذكره بعضُ الأصحاب . والأكهب : لونٌ غير خالص مائلٌ إلى الحمرة وسمَّاه بعضُهم ها هنا أيضًا بالعَسَليّ . والأدكن : لون غير خالص مائلٌ إلى السواد . ولم يَذْكرِ « الزّنّار » وهو أخصُّ بالنصاري من الغيار » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٥/أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « سَرَارة الجادة » بسين مهملة مفتوحة وراءين : هي أفضلها ، والله أعلم » . المشكل (جـ ٢ق ١٣٥/أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « عليه » وهو أليق سياقًا .

(٥) قال ابن الصلاح : « سمّى المصنف ما يتميزون به في الحمام غيارًا ، وهو خلخال أو خاتم من حديد ونحوه ولا يُسَمى ذلك غيارًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٥/أ) .

(٦) كلمة : « ربما » ليست في (أ) ، (ب) .

(٧) وأصح هذين الوجهين أنها يلزمها الغيار أيضًا . انظر الروضة (٣٢٦/١٠) .

(٨) الموافق لكلام جمهور الشافعية أنه حَتْمٌ . انظر الروضة (٣٢٧/١٠) وقال ابن الصلاح : « ذكر في وجوب الغيار ، والمنعِ من ركوب الخيل وجهين ، وقطع شيخُه - وغيرُه - بوجوب الغيار ، وذلك هو الصحيح ، والله أعلم » . (١٣٥/أ) .

الواجب الخامس : الانقياد للأحكام ، بأن يُذْعِنَ للحدِّ والضمانِ إذا تعلَّقت الخصومةُ بمسلمٍ ، أو زَنَا بمسلمةٍ ، أو سَرَق مالَ مسلمٍ . أما ما لا يتعلَّق بمسلم ولم يعتقدْ تحريمه فلا يحدّ [١] على الصحيح فيه . كالشرب [٢] . وما اعتقد تحريمه وترافعوا إلينا ، وَجَبَ عليهم الانقيادُ [٣] . فإن قيل : فلو خالفوا في شيء من هذه الجملة ، فهل [٤] يُنْتقض عَهْدُهم ؟ قلنا : هذه الأمورُ على ثلاثِ مراتب :

الأولى : وهي أخفها : إظهارُ الخمر ، وضَرْبُ الناقوس ، وتَرْكُ الغيار ، وإظْهارُ معتقدهم في المسيح (عليه السلام) وفي الله تعالى بأنه ثالثُ ثلاثةٍ وما يُضَاهيه مما لا ضَرَرَ على المسلمين فيه : فلا يُنْتقض به العهدُ ، بل نُعَزِّرُهم . ولو شرطَ الإمامُ انتقاضَ العهد بذلك ، قال الأصحاب : يُحْمَل على التخويف شَرْطُه ولا يُنْتقض [به] [٥] .

الرتبة الثانية : وهي أغلظها : القتالُ ، ومَنْعُ الجزية والأحكام ، والمشهورُ أنّ العهد

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لم يحد » . (٢) في (أ) ، (ب) : « كشرب الخمر » .

(٣) قال ابن الصلاح : « ذكر أن أهل الذمة إذا رتكبوا محرمًا يعتقدون تحريمه ، ولا تعلَّقَ له بمسلم وترافعوا إلينا : وجب عليهم الانقياد لحكمنا فيه ، فاشْتَرَطَ في ذلك ترافُعَهم إلينا ورضاهم ، وكذلك ذكَرَه في باب « حد الزنا » . وشيخُه حكَى عن العراقيين أنا نحكم عليهم في ذلك بحكمنا وإن لم يترافعوا إلينا ؛ فإذا ثبت عند الحاكم زنا الذميّ ، أقام عليه الحدَّ وإن لم يَرْضَ بحكمنا ولم يُرْفع إلينا فيه . قال : وهذا الذي ذكره حسنٌ ، ولم أَرَ في طريق المراوزة ما يخالف هذا ، ثم ذَكَرَ هو من نفسه أنه ينبغي أن يُخَرَّجَ ذلك على القولين في وجوبِ الحكم بينهم إذا ترافعوا إلينا ، ثم لم يُفْصح عن ذلك ، وقد ذكر صاحب « التهذيب » أنه يُقَام عليه الحدُّ جَبْرًا إذا قلنا : يَجبُ الحكمُ بينهم . وإن قلنا : لايجب الحكم ؛ فلا يُقيم عليه الحدَّ إلا برضاه ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٥/أ ، ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « هل » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

وقال ابن الصلاح : « وقوله في إظهارهم الخمر والناقوس وما يضاهيه : (لو شرط الامامُ انتقاضَ العهد بذلك ، قال الأصحاب : يُحْمل ذلك على التخويف ، ولا يُنْتقض) هذا نَقلَه شيخُه عنهم ، واختار هو أن ذلك تأقيتٌ للذمة بفعلٍ ، وأن ذلك يصحّ في قول ، ثم إذا وُجِدَ ذلك حكمنا بالانتقاض ، ويَفْسَد من أصله في قول ، ويُحْتمل أن يَفْسد الشرطُ وتتأبَّد الذمة . ولم يكن يَنبغي للمؤلف أن يترك نَقْلَ هذا ، فَنَقَلْنَاه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ق ١٣٥/ب) .

يُنْتقض بهذه الثلاث ، وهو ظاهرٌ في القتال .

أما مَنْعُ الجزية ، فلا يبعد أن يُجْعَل كمنع الديون فَتُسْتَوْفَى قهرًا ، ولا يَبْعُد [١] من حيث إنه ركنُ الأمان ، [٢ فكأنَّ مَنْعَه إسقاطُ أمانِه ٢] بخلاف سائر الديون . ويحتمل أن يكون مراد الأصحاب منه أن يكون المنعُ بالتغلُّبِ فيؤدي إلى القتال .

وأما مَنْعُ الحكم ، فلا ينبغي أن يَنْقُض إن كان بالهرب ، فإن كان بتمردٍ حَمَلْناه عليه [٣] ، وإن أدَّى إلى / القتالِ : انتقضَ عَهْدُه . وعلى الجملة لا يَظْهر انتقاضُ العهد ٢٦٩/ب
إلا بالقتال .

الرتبة الثالثة : ما هو محظورٌ ، وفيه على المسلمين ضررٌ [٤] ، كالزنا بالمسلمةِ والتطلع على عورات المسلمين ، أو افتتان المسلم عن دينه [٥] ، ففي [٦] هذه الثلاثةِ ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يَنْقض العهدَ كالقتال .

والثاني : لا ينقض ، بل يعاقبون عليها كإظهار الخمر .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ولكن » . وقوله : (لا يبعد) يعني لا يبعد انتقاض العهد بذلك ، أي بمنع الجزية .

(٢) في (أ) : « فكأن منعه أسقط دمه » . وفي (ب) : « فكأن منعه أسقط حقه » .

(٣) يعني حملناه بالقوة على الاستسلام للحكم .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في المرتبة الثالثة : (وفيه على المسلمين ضرر) يعنى به ضررًا عظيمًا ، والله تعالى أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٥/ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (والتطلع على عورات المسلمين) قُصورُ عبارةٍ ، فلا بُدَّ مع التطلعِ من أن يُطْلِعَ العدوَّ على ذلك .

وعوراتُ المسلمين : ما يَضُرّهم ظهورُ العدوِّ عليه : مِنْ ضعفٍ وغيره .

وقوله : (وافتتان المسلم عن دينه) على وزن « افتعال » يقال : افتتنه ، وافتتن هو ، متعد ولازم . ويجوز فيه : إفتان المسلم ، بتاءٍ واحدة على وزن « إفعال » كإخراج ونحوه وإن كان الأصمعي قد أنكره ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ١٣٥/ب ، ١٣٦/أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وفي » .

والثالث : (١ أنه إذا جرى ١) شرطُ الانتقاضِ : انْتَقَضَ ، وإلّا فلا (٢) .

وأما قَطْع الطريق ، والقتل الموجِب للقصاص ، فمنهم من قال : هو من هذا القسم . ومنهم مَنْ قطع بإلحاقه بالقتال . وكذلك في تعرُّضِهم لرسول الله ﷺ بالسوء (٣) طريقان ، ومنهم من قال : كالقتال (٤) ، ومنهم من قال : على الأوجه الثلاثة .

أما إذا كان الطعن على وفق اعتقادهم كقولهم : إنه ليس رسول الله (٥) ، والقرآنُ ليس بمنزَّل ، فهذا كقولهم : إن الله ثالث ثلاثة . وإنما الخلاف في السَّبِّ والطعْنِ في النسب ومالايُوَافق عقيدتهم (٦) .

فإن قيل : وماحكمُ انتقاضِ العهد ؟ قلنا : أما في القتال ، فحكمُه الاغتيال ، وأما في الرتبة الثالثة فقولان :

أحدهما : الاغتيال ، وصار العهد كالمعدوم (٧) .

والثاني : أنّا نلحقهم بالمأمن ولااغتيال .

(٨ ولو نَبَذَ الذميُّ عهدَه إلينا من غير جنايةٍ ، فالصحيح أنه يُلْحق بالمأْمَن . وقيل : يُخَرج ٨) على القولين إذا كان يَقْدر على الخروج من غير ....

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إنْ جرى ... » .

(٢) قال في الروضة (١٠/٣٢٩) في هذه المسألة : « ففي انتقاض عهدِه طرقٌ . أصحها : أنه إنْ لم يَجْرِ ذِكْرُها في العقد ، لم ينتقض ، وإلا فوجهان ، ويقال : قولان ، أصحهما : لا يُنْتقض قطعًا » .

(٣) في (ب) : « بالسّبّ » .

(٤) في الغاية القصوى (٢/٩٥٩) أنه ينتقض عهده بِسَبِّ النبي ﷺ .

(٥) في (أ) ، (ب) : « برسول الله » .

(٦) وفي هذا النوع ينتقض العهد قطعًا كما في الروضة (١٠/٣٣٠) .

(٧) والأظهر أنّ الإمام يَتخير بين قَتْله ، واسترقاقه ، والمنِّ والفداء ؛ لأنه كافرٌ لا أمانَ له . انظر الروضة (١٠/٣٣١) .

(٨) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

مجاهرةٍ بنبْذِ العهد [٢] .

فإن قيل : فالمسلمُ ، إن [٣] طوَّل لسانَه في الرسول فما حكمُه ؟ ، قلنا : إن كذب عليه عُذّر ، وإن كذّبه فهو مرتدٌ فَيُقْتل إلا أنْ يتوب . وكذلك كلُّ تعرُّضٍ فيه استهزاءٌ فهو رِدّة . ولو نسبه إلى الزنا ، فهذا القذف كفرٌ بالاتفاق ، فلو تاب ففيه ثلاثة أوجه :

أحدهما - وهو اختيار الفارسي - أنه يُقتل ؛ إذْ حَدُّ قذفِ الرسول [٤] قَتْلٌ فلا يَسْقط الحدُّ [٥] بالتوبة ، وفي الخبر : « من سَبَّ نبيًّا فاقتلوه ، ومن سَبَّ أصحابه فاجْلدوه » [٦] .

والثاني - وهو اختيار القفال و الأستاذ أبي إسحاق - أنه لاشيء عليه ؛ لأن القتل [٧] صار مغمورًا في الكفر ؛ فيسقط [٨] أثره بالإسلام [٩] .

والثالث [١٠] : وهو الذي ذكره الصيدلاني (رحمه الله) أنه يسقط القتل وتبقى ثمانون جلدةً للحدِّ . وهذا يلزمه أن يُجْلد قبل القتل - إذا لم يَتُبْ - كالمرتد إذا قَذَف . والالتفاتُ إلى هذا القياس الجروي [١١] في مثل هذا المقام ، بعيدٌ .

---

(١) والمذهب أنه يلحق بمأمنه . انظر الروضة (٣٣١/١٠) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لو » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « رسول الله ﷺ » .

(٤) كلمة : « الحد » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « هذا حديث لا يُعْرف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٦/أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « القذف » وهو أوضح .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فسقط » .

(٨) قال ابن الصلاح : « ذكر أن اختيار القفال موافق لاختيار الأستاذ أبي إسحاق الإسفرائيني . وذكر شيخه أن القفال وافق أبا بكر الفارسيّ في قوله المذكور ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٦/أ) .

(٩) في الأصل : « الثالث » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٠) كلمة غير واضحة في النص .

ثم إن قلنا : ثبت حدُّ القذف ، فلو عفا واحدٌ من بني أعمامه ، ينبغي أن يسقط أو نقول[1] : هم لا ينحصرون ، فهو كقذف ميتٍ لاوارثَ له [2] .

وكذلك في قتل مثله قولان :

أحدهما : أنه لاقصاص ؛ إذْ في المسلمين صبيان ، ولأنه إنْ وَجَب على الإمامِ الاستيفاءُ : ضَاهَى الحدَّ ، وبَطَل خاصيةُ القصاص . وإن جاز له العفْوُ ، فهو بعيد .

والثاني : أنه يجب ؛ إذْ يؤدِّي إلى إبطال عصمة مَنْ لاوارث له ، فينقدح أيضًا القولان في قذف مَنْ لاوارث له .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « ونقول » .

(٢) قال ابن الصلاح : « هذان احتمالان تردَّدَ بينهما ، ففي الأول علق السقوط بعَفْوِ بعض الورثة ، ومفهومُ ذلك أنه إذا لم يَعْفُ أحدٌ منهم لم يَسْقط . وفي الاحتمال الثاني إثبات للسقوط على قول غير مُتَوَقِّف على عَفْوِ أحدٍ .

وقوله : (واحد من بني أعمامه) ينبغي أن يُحْمل على العباسيين والعلويين خاصة ؛ لأنهم هم الذين يَنْتهي إليهم الإرثُ ممن يثبت الإرثُ لمِثْله عند موته ﷺ .

ثم إن أصل هذا التوارث مُعْتَرض ؛ لِمَا عُرِفَ من أنه ﷺ لم يُوَرِّث غَيْرَ العلم . وثبت في الصحيحين من حديث عمر وغيره (رضي الله عنهم) أن رسول الله ﷺ قال : « إنّا لا نُورث ، ما تركناه صَدَقةٌ » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٣٦/أ ، ١٣٦/ب) .

العقد الثاني مع الكفار

المهادنة

والنظر في شروطه وأحكامه :

أما الشروط فأربعة :

الأول : أن هذا العقد لا يتولّاه إلا الإمامُ ؛ لأنه يرجع حاصلُه إلى صُلح جَمْعٍ من الكفار على تَرْكِ قتالهم والكفّ عنهم من غير مال . نعم ، لآحادِ الولاةِ عَقْدُ ذلك مع أهل القرى والأطرافِ المتعلقة بهم ، فأما مهادنةُ إقليمٍ ، كالهند والروم ، فليس إلا للإمام .

الشرط الثاني : أن يكون للمسلمين إلى ذلك حاجةٌ ، فإن لم تكن حاجةٌ ولا مَضَرَّةٌ ، وطلبوا ذلك : لم يَجِبْ على الإمام الإجابةُ على الصحيح ، بل يتبع الأَصْلحَ . وفيه وجهٌ مخرج : أنه تجب الإجابة . وفي الجزية وجهٌ مخرج من المهادنة : أنه لا تجب الإجابةُ . والوجهان ضعيفان ، (١ والصحيحُ الفَرْقُ ؛ فإنّ عَقْدَ الذمة كَفٌّ بمالٍ وهذه مسامحة ١) .

الشرط الثالث : أن يخلُوَ العقْدُ عن شرط يأباه المسلم (٢) ، كما لو شرط أن يَتْرُك في أيديهم مالَ مسلم ، أو شرط أن يردَّ عليهم أسيرًا مسلمًا أَفْلَتَ منهم ، أو شرط لهم على المسلمين مالًا ، فكلُّ ذلك فاسدٌ مُفْسِد (٣) .

نعم ، لو كان على المسلمين خوفٌ ، جاز التزامُ مالٍ لدفعِ الشرّ ، كما يجوز فداءُ الأسيرِ المسلم إذا عجزنا عن انتزاعه مجانًا .

الشرط الرابع : المدة . وهو يتقدر (٤) بأربعة أشهر إن لم يكن بالمسلمين ضَعْفٌ ، وهو مدةُ السياحة ، قال الله تعالى : ﴿ فَسِيحُواْ فِي ٱلْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾ (٥) .

---

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « يأباه الإسلام » .

(٣) أي مفسد للعقد

(٤) في (أ) ، (ب) : « وهي تتقدر » .

(٥) من الآية (٢) من سورة (التوبة) .

ولا يجوز أن تَبْلُغ سنةً . [1] وهذه المدة للجزية [1] ؛ لأن الكفَّ سنةً إنما جاز بعوض ، أما فيما دون السنة ، وفوقَ أربعةِ أشهر ، فقولان [2] :

أحدهما : الجواز ؛ للقصور عن مدة الجزية ، وهذا يُسْتمدُّ من / قولنا : إنَّ طَلَبَ قسطٍ من الجزية في بعض السنة ، لا يجوز [3] . ٢٧٠/أ

والثاني : المنع ؛ للزيادة على مدة التَّسْبيح [4] .

أما إذا كان بالمسلمين ضعفٌ وخوفٌ ، جازت المهادنةُ عَشْرَ سنين ؛ هادن رسولُ الله ﷺ أهلَ مكة عَشْرَ سنين [5] ، ولا مَزِيدَ عليه . وفيه وجه : أنه تجوز الزيادةُ بالمصلحة .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « والسنة هي مدة الجزية » .

(٢) في الأصل : « قولان » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في المهادنة فيما فوق أربعة أشهر ، ودون السنة ، قولان : (أحدهما ، الجواز وهذا يُشتمد من قولنا : إن طلب قسط من الجزية في بعض السنة : لا يجوز) كلامه هذا ، يشعر بأن هذا القول مبني على قول من قال : يجوز – مع استمرار حياة الذمي – طلب قسط قبل انتهاء السنة ، وذلك وجه لبعض الأصحاب – ضعيفٌ ، لا يستقيم بناء قول قاله الشافعي عليه . والصواب ما حكاه شيخه من أن قول الشافعي فيما إذا مات الذمي أوأسلم في أثناء السنة : إنه لا يجب قسط من الجزية » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٦/ب) .

(٤) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (١٠/٣٣٥) .

(٥) الحديث رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما مختصرًا من حديث البراء: بن عازب (رضي اللّه عنه) فرواه البخاري في صحيحه (٣٥٨/٥) (٥٣) كتاب « الصلح » (٧) باب « الصلح مع المشركين » حديث (٢٧٠٠) بإسناده عن البراء بن عازب (رضى الله عنهما) قال : « صالح النبيُّ ﷺ المشركين يوم الحديبية على ثلاثة أشياء : على أن من أتاه من المشركين ردّه إليهم ، ومن أتاهم من المسلمين لم يردوه ، وعلى أن يَدْخلها مِنْ قابلٍ ، ويُقيم بها ثلاثةَ أيامٍ ، ولا يدخلها إلا بِجُلُبَّان السلاحِ : السيفِ ، والقوسِ ونحوه ، فجاء أبو جندل يَحْجُل في قيوده ، فردَّه إليهم » .

ورواه مسلم في صحيحه (١٤٠٩/٣) (٣٢) كتاب « الجهاد والسير » (٣٤) باب « صلح الحديبية » حديث (١٧٨٣) كلاهما من طرق عن أبي إسحاق عن البراء به .

قلت : وقد جاء ذكر عشر السنين في سنن أبي داود (٢١٠/٣) حديث (٢٧٦٦) من حديث المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم « أنهم اصطلحوا على وَضْعِ الحرب عَشْرَ سنين يَأْمَنُ فيهنّ الناسُ » .

فرع : لو أطلق الإمامُ المهادنةَ ، ولم يَذْكر المدةَ ، فالصحيحُ أنها فاسدةٌ . وقال الفوراني : (١ في حال القوة وجهان ١) :

أحدهما : أنه (٢) يُنَزَّل على الأقلّ .

والثاني : على الأكثر ، وهو ما يُقَارِب السنةَ (٣) .

وإن كان في حالة الضعف ، فيُنَزَّل على عشر سنين ؛ إذ لايتقدَّر أقلّه ، وسَبَبُه أنَّ مقتضى المطلق التأبيدُ ، فنحذف مايزيد على المدة الشرعية .

ولو صَرَّح بالزيادة على المدة ، فالزيادةُ مردودةٌ ، وفي صحتها في المدة قولا تفريق الصفقة ، وأصحُّهما الصحةُ ؛ إذ ليس فيها عوضٌ تحدد جهالته .

ثم حكم الفاسد أنْ ننذرهم ولانغتالهم . وحكمُ الصحيحِ وجوبُ الكفِّ عنهم إلى انقضاء المدة ، أو إلى جنايةٍ تَصْدُر منهم تناقض العهدَ ؛ فنغتالهم إن علموا أنها جنايةٌ . وإن لم يَعْلموا ، ففي اغتيالهم من غير إنذارٍ وجهان (٤) .

ولو بنينا تطويل المدة على خوفٍ ، لم ترتفع بزوال الخوف ، بل لابد من الوفاء .

ولو استشعر الإمامُ جناية ، فله أن يَنْبِذَ إليهم عَهْدَهم بالتُّهْمَةِ ، وذلك لايجوز في الجزية . نعم ، لا يبتدىء عَقْدَ الجزية مع التهمة (٥) .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « في حالة القوة قولان » .

(٢) كلمة : « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « ماحكاه عن الفوراني في إطلاق المهادنة من أنه - على قول - يُنَزَّل على الأكثر ، وهو ما يُقَارب سنة : غلطٌ على الفوراني ؛ فإن الأكثر عنده سنةٌ ، وذلك مما غَلط فيه إمامُ الحرمين ، والقولُ بأنّ الأكثر مما يقارب سنةً ، إنما هو قولُ سائرِ الأصحاب ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٧/أ) .

(٤) قال في الروضة (٣٣٧/١٠) : « ينبغي أن يقال : إذا لم يعلموا أنه خيانة ، لا ينتقض العهد إلا إذا كان المفعول مما لا يشك في مضادته للهدنة ، كالقتال » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (نعم ، لا يبتدىء عقد الجزية مع التهمة) أي : لا ينعقد ابتداءً مع الخوف من جنايتهم وغائلتهم ، كما سبق في أول باب « الجزية » . وفي بعض النسخ (نعم لا يَنْبِذ) من « النبذ » وهو تصحيف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٧/أ) .

النظر الثاني

في أحكام العقد

وحكمه الوفاءُ بالشرط . والمعتادُ في الشرط أن يقول : صالحناكم على أنّ من جاءكم من المسلمين رددتموه ، ومن جاءنا منكم رددناه [1]. ولا يجوز شرطُ ردِّ المرأة إذا جاءت مسلمةً ، ويجوزُ ردُّ الرجلِ المسلم والمرأةِ الكافرة ، ولما هادن رسول الله ﷺ سُهيل بن عمرو وعيينة بن حصن قال : « مَنْ جاءكم مِنَّا فَسُحْقًا سحقًا ، ومَنْ جاءنا منكم رَدَدْناه » [2] ، ثم جاء أبو جندل ابن سهيل مُسْلمًا ،فردَّه رسول الله ﷺ على أبيه ، فولَّى باكيًا فقال : « إن الله تعالى يجعل لك مخلصًا » ، فقال عمر (رضى الله عنه) : إنّ دم الكافرِ عند الله كدمِ كلبٍ - كالتعريض له بقتل أبيه - ثم جاء أبو بصير مسلمًا [3] ، وجاءِ في طلبه

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (والمعتاد في الشرط أن يقول : صالحناكم علىٓأن من جاءكم من المسلمين رددتموه ، ومن جاءنا منكم رددناه) لا اعتياد فيما ذكره ، ولا هو المشروط في صلح الحديبية ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ق ١٣٧/أ) .

(٢) قال ابن الصلاح: مارواه من حديث مهادنة رسول الله ﷺ بالحديبية ، وقع فيه أغلاطٌ ظاهرةٌ لا تَخْفى على مَنْ له عنايةٌ بالحديث والسننِ ، وشاركَه شيخُه في بعضها :

فمنها : ذِكْرُه عيينةَ بنَ حصنٍ مع سُهيل ، وذلك غلطٌ فَاحِشٌ .

ومنها : ما ذكره من أن رسول اللّه ﷺ قال لهم في عقد المهادنة : « مَنْ جاءكم مِنَّا فسحقا سحقًا » وإنما قال نَحْوَ هذا بعد عقد الهدنة جوابًا لبعضِ الصحابة رواه مسلم في صحيحه من حديث البراء بن عازب عن النبي ﷺ أنه شرط أنه من أتانا منكم رددناه عليكم ، ومن أتاكم مِنَّا تركناه عليكم ، فقالوا : يا رسول الله ، نعطيهم هذا ؟! قال « : من أتاهم منا فأَبْعَدَه الله ، ومن أتانا منهم فرددناه عليهم جَعَلَ الله (عز وجل) له فرجًا ومخرجًا » . مشكل الوسيط (جـ ٢ق ١٣٧/أ) .

قلت : الحديث الذي ذكره ابن الصلاح رواه مسلم فى صحيحه (١٤١١/٣) (٣٢) كتاب « الجهاد » (٣٤) باب « صلح الحديبية » حديث (١٧٨٤) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم جاء أبو بصير مسلمًا) هذا لم يكن في ذلك المقام ، بل بعد رجوعه ﷺ من الحديبية إلى المدينة .

=

رجلان ، فرّده عليهما [فقتل أحدَهما ، وأفْلَتَ الآخرُ] (١) قال (عليه السلام) : مِسْعَرُ حربٍ لو وَجَدَ أعوانًا !! (٢) - كالتعريض له بالامتناع (٣) . وهذا يدل على أن الرجوعَ غيرُ واجب عليه إذ لم يَجْرِ الشرطُ معه ، وإنما الردُّ يجب علينا ؛ فجازَ تعريفُه بالتعريض دونَ التصريح ، (٤ ولأن أبا بصير رجع مع أحد الرجلين ٤) ، وقَتَلَ الآخر ، فلم يُنْكِر رسولُ الله ﷺ ذلك . ويحتمل أن يقال : للذي أسلم بينهم أنْ يقتلهم إن قدر ؛ إذ لم يَجْرِ الشرطُ معه ، ويدلُّ عليه تعريضُ عمر (رضي الله عنه) . ويحتمل أن يقال : لا يجوز ؛ إذْ شَرْطُ الإسلامِ يتناوله ، وكذلك إذا استقرَّ في دارنا لزمه الكفُّ عنهم . وعلى هذا ، هل يُحْمَل

= وأبو بصير هو بياءٍ موحدة مفتوحة ، ثم صاد مهملة بعدها ياءٌ واسمه عتبة بن أَسيد - بهمزة مفتوحة في اسم أبيه - وأبو جندل : اسمه العاصي ، وغلط جماعة ممن أَلَّفَ في الصحابة (رضي الله عنهم) فقالوا : اسمه عبد الله ، وإنما عبد الله أخوه ، ذكر ذلك أبو عمروبن عبد البر الحافظ ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٧/ب) .

قلت : وقد غَيَّرَ أبو جندل اسْمَه « العاصي » لمَّا أسْلَمَ ، كما ذكر الحافظ ابن حجر في الفتح (٤٠٦/٥) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٣٨٨/٥) (٥٤) كتاب « الشرط » (١٥) باب « الشروط في الجهاد » حديث (٢٧٣١) ، (٢٧٣٢) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وجاء في طلبه رجلان ، فرده عليهما ، وقال ﷺ : « مِسْعَرُ حربٍ لو وجد أعوانًا » كالتعريض له بالامتناع) هذا غلطٌ ؛ فإنه ﷺ لم يَقُلْ ذلك عند رَدِّه عليهما ، والذي رواه البخاري في صحيحه - وغير البخاري - أن رسول الله ﷺ دفعه إلى الرجلين ، فخرجا به حتى بلغا به ذا الحليفة ، فقَتَل أحدَ الرجلين ، وفَرَّ الآخرُ حتي أتى المدينة ، فدخل المسجد يَعْدو ، فقال رسول الله ﷺ حين رآه : « لقد رأى هذا ذُعْرًا » فلما انتهى إلى النبي ﷺ قال : قُتِلَ - واللّهِ - صاحبي ، وإني لمقتولٌ . فجاء أبو بصير فقال : يا نبي الله ، قد أَوْفَى الله ذمتَك ، قد رددتَني إليهم ، ثم أنجاني الله منهم ،فقال النبي ﷺ : « وَيْلُ أمِّه ، مِسْعرُ حربٍ لو كان له أحدٌ » فلما سمع ذلك ، عَرَفَ أنه سيرُدّه إليهم ، فخرج حتى أتى « سِيفَ البحر» .... وذكر القصة ، وهي طويلة مليحة . وسيفُ البحر : ساحلُ البحر . وقوله : (مِسْعَر حرب) بكسر الميم وإسكان السين . والمسعر : ما تُحَرَّك به النارُ .

وفيما ذكرناه ما يدلُّ على أن قول صاحب الكتاب : (لأن أبا بصير رَدَّ أحدَ الرجلين ، وقَتَلَ الآخر) ليس بالمَرْضِيّ لفْظُه ، واللّه أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٨/ب وما بعدها) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لأن أبا بصير رَدَّ أحدَ الرجلين » .

تعريضُ عمر (رضى الله عنه) على تصلُّب ؟ ولكن تَرْكُ الإنكارِ من رسول الله ﷺ (١) لا يَتَّقى له وجْهٌ إلا أن يقال : إن الرجوع غيرُ واجبٍ ، فيجوز القتلُ في دَفْعِ مَنْ يكلفه الرجوعَ .

ثم نزل قولُه تعالى : ﴿ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَـٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ ﴾ (٢) فاختلف في أن النسوة ، هل كُنَّ مندرجاتٍ تحت قوله : « من جاءنا (٣) منكم رَدَدْناه » فوردت الآيةُ ناسخةً ، أو وردت [الآية] (٤) مخصصةً للعمومِ الظاهر .

وعلى هذا ترددوا في أنه (عليه السلام) عرف الخصوصَ فَأَوْهَم العمومَ ، أو ظَنَّه عامًّا حتى تبيَّنَّ له ؟ .

وقد أفادت الآية مَنْعَ ردِّها ووجوبَ صداقها . واختلف قول الشافعي (رضي الله عنه) في علة وجوب الصداق عليه (٥) ، فقال في قولٍ : لايجب ؛ لأنه التزم ردهن ، ثم نسخ (٦) ، فخالف ، فغرم ، وعلى هذا يقتصر الغرم عليه (٧) ولا يلزمنا ؛ فإنا (٨) لا نلتزم رَدَّ المسلمة ، ولو التزمنا فَسَدَ الشرطُ .

وهل تَفْسد المهادنةُ بالشرط الفاسدِ ، أم تُلْغى ؟ فيه ترددٌ كترددنا في الوقف ، أنه هل يفسد بالشرط الفاسد ؟ .

والقول الثاني : أنه وَجَبَ ؛ لأنه أوهم بالعموم ردَّها (٩) . فعلى هذا ، إنْ عَمَّمْنا وأَوْهَمنا، لم نَرُدَّها وغَرِمْنَا ، وإن أطلقنا العقد أو صرحنا (١٠) بأنها لا تُرَدُّ ، فلا غُرْم .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قولُه : (ولكنْ ترك الإنكار من رسول الله ﷺ) راجعٌ إلى فِعْل أبي بصير ، لا إلى قول عمر (رضي الله عنه) لأبي جندل ؛ فإنه كانَ سِرًّا بينه وبينه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٨/أ) .

(٢) من الآية (١٠) من سورة (الممتحنة) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من جاء » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) يعني على النبي ﷺ .

(٦) قوله : « ثم نسخ » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٧) يعني على الإمام .

(٨) في (أ) ، (ب) : « لأنا » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « ذكرها » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « وصرحنا » .

ومنهم من أوجب الغُرْمَ في المهادنة المطلقة وقال : إطلاقُها أيضًا موهوم [١] .

ويتشعَّب عن التفريع على إيجاب الغرمِ : النظرُ في سبب الغرمِ ، ومَصْرفِهِ ، وقَدْره .

أما السبب : فهو المنعُ عن الزوج بِعِلَّة / الإسلام . واحترزنا « بالمنع » عما إذا جاءت ٢٧٠/ب
ولم تُطْلَب ؛ إذ لايجب الردُّ ، فلا غرم ، وكذلك كل كافر وكافرة [٢] لا طالبَ له ، ومَنْ له طالبٌ ، فليس علينا الردُّ ، لكنَّا لانمنع مَنْ يَسْترجعه .

وقولُنا : من الزوج احترزنا به عما لو طَلَبها أبوها ، أو أقارِبُها ، فلا نَرُدُّ ولانغرم ؛ لأن الزوجَ هو المستحِقُّ .

وقولُنا : (بعلَّة الإسلام) أردنا به أنها لو ماتت أو قتلت قبل الطلب ، فلا غرم ؛ إذْ لا مَنْعَ . أما إذا [٣] قُتِلَتْ بعد الطلب ، وَجَبَ القصاصُ على القاتل مع الصداق . ويُحْتمل عندي أنْ يُقَال : الغرمُ على بيت المال ؛ لأن المنْعَ حال الطلب واجبٌ شرعًا ، والقتلُ واقعٌ به استحقاق المنعِ ، فلم نُفَوِّتْ ردًّا ممكنًا ، بل ردًّا ممتنعًا شرعًا [٤] .

ولو غَرِمْنَا ، فأسْلَم الزوجُ قبل انقضاء العدة استرددنا ؛ إذِ النكاح يبقى . وإنْ أسْلم بعد انقضاء العدة ، لم نَسْتَرِدّ .

ولو طلقها ، ثم أسلمت (٥ وهي منكوحة رجعية ٥) ، قال الشافعي (رضي الله عنه) : لا نغرم إن لم يراجع ؛ لأن الفراق بالطلاق [٦] . وفيه قول مُخَرَّج – وهو

---

(١) في (أ) ، (ب) : « مُوهِم » . وقال ابن الصلاح : « ما ذَكَره من إطلاق المهادنة في ذلك ، صورتُه أن يعقد المهادنة ، ولا يتعرّض لِرَدِّ ما يأتينا منهم ، بِنَفْيٍ ولا إثباتٍ وقد رجح صاحب الكتاب عدم الغرم في ذلك ، وليس ذلك بالراجح ، بل الأرجح إثبات الغرم ؛ لأن مقتضى عقد الأمان عدم التعرض للمال والأهل . وذكر شيخه أن هذا قول جماهير الأصحاب وقول صاحب « التقريب » وأئمة العراق ، وكل من ينتسب إلى التحقيق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٨/ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « كافرة وكافر » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أما إن » .

(٤) كلمة « شرعًا » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وهى رجعية منكوحة » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لأن الفوات بالطلاق » .

الأقيسُ - أنه يَسْتحق الغرم ؛ لأنّ الرجعيةَ منكوحةٌ . وإن لم يراجعها فلا معنى لرجعتِه مع إسلامها .

أما المال ، فهو القَدْرُ الذي بَذَلَه الزوجُ ، قال الله تعالى : ﴿ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُواْ ﴾ (١) فإن كان قد سلَّم بعضَ الصداق ، لم يستحقَّ إلا ذاك ، وإن لم يُسَلِّم شيئًا ، أو سَلَّم خمرًا - أو خنزيرًا - لم يستحقَّ شيئًا . وإن أخذتْ ، ووهبتْ منه ، فقولان كما في التشطير بالطلاق . ولو أسلمتْ قبل قَبْضِ الصداق وبعد المسيس ، ثم أسلم الزوجُ بعد العدة ، أو قَبِلَ الجزيةَ : فلها مطالبتُه بالمهر لأجل المسيس ؛ إذِ الظاهرُ صحةُ أنكحتِهم (٢) . فإذا غَرِمَ لها ، فهل نغرم له ما غَرِم؟ فيه تردُّدٌ من حيث إنه حيث كان أهلًا للطلب ، لم يكن قد بذل شيئًا .

ثم لا نَقْبل مجردَ قولِه : سَلّمتُ الصداق . فإنْ أقرّتْ ، فلابُدَّ من التصديق ؛ إذْ تَعْسُر إقامةُ الحجةِ .

وأما المغرومُ فيه ، فهو البضعُ ، والمالية في الرقيقة (٣) . ولو دخلت كافرة ثم أسلمت ، فالأصحُّ وجوبُ الغرم ؛ كما لو أسلمتْ ثم دخلت . ولو دخلت مسلمة ، ثم ارتدتْ ، فلا نردّها ؛ لعلقة الإسلام . وفي وجوب الغرم وجهان ، إذْ لاقيمةَ لبضعها ، والأصحُّ الوجوبُ . فإن دخلت مجنونة ، لم نردّ ؛ لاحتمالِ أنها أسلمت قبل الجنون ، ولانغرم ؛ لاحتمالِ أنها لم تُسْلِم ، فنأخذ باليقين في الطرفين .

والصبيةُ إذا أسلمتْ وقلنا : يصحُّ إسلامُها : فكالبالغة . وإنْ لم نُصَحِّحْ فلانردّ ؛ لحرمةِ الإسلام ؛ لأنا نَحُول بين الصبيِّ المسلم و [بين] (٤) أبويه . وإن منعناها ، فالصحيحُ الغرمُ . وقيل : إنها كالمجنونة . وقيل : إنها تُردّ ، وهو ضعيف .

---

(١) من الآية (١٠) من سورة (الممتحنة) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا أسلمت قبل الصداق وبعد المسيس ، ثم أسلم الزوج بعد العدة ، فلها مطالبتُه بالمهر لأجل المسيس : (إذ الظاهِرُ صحةُ أنكحتهم) هذا التعليلُ زيادةٌ زادَها ولا وَجه لها ؛ فإنّ ثبوت أصلِ المهر غيْرُ متوقّفٍ على صحة أنكحتهم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٩/أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من الرقيقة » .　　　(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

والرقيقةُ يمتنع ردُّها ، وتجب قيمتُها لسيّدها ، لامابذل من الثمن ؛ لأنّ المالَ تقويمُه سَهْلٌ ، وإنما العدولُ إلى ما أنفق في الصداق بنصِّ القرآن فيما يَعْسُر تقويمه .

ولوجاء غَيْرُ سيّدِها طالبًا ، لم يُلْتفت إليه إلا إذا كانت مُزَوَّجة (١) . فإن جاء السيد والزوج معًا ، غَرِمْنا للسيد القيمةَ ، وللزوجِ ما بذل . وإن جاء أحدهما ، فثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه لا يلزم شيءٌ ؛ إذْ ليس لأحدِهما حقُّ الانفراد (٢) .

والثاني : يجب أداءُ حقِّه وحدَه (٣) .

والثالث : أن السيد مستحقُّ الردِّ ؛ فنغرم له ، والزوجُ وحده لا يستحق الردَّ ، والغرمُ تبع الرد .

وإنْ جاءتنا زوجةُ عبدٍ ، فَحَقُّ البضع للعبد ، والسيدُ هو باذلُ المهرِ ، فلايلزمنا شيءٌ ، إلا إذا حَضَرَا ، فإنْ حضر أحدُهما لم نغرم شيئًا .

وأما العبد ، ففي وجوب ردِّه وجهان ، ووجْهُ المنع : أنه يُسْتضعف ويُهَانُ ؛ إذْلا ناصِرَ له (٤) . وفي الحرِّ الذي لاعشيرةَ له وجهان مرتبان ، وأولى بأن يُرَدّ ؛ لظهور العموم في حقه . فإن قلنا : يُرَدّ ، فَلْيشترطْ (٥) في أصل المهادنة أَنَّ مَنْ رُدَّ مسلمًا : لايُسْتهان به (٦) إن احتملوا ذلك . وإن قلنا : لانردُّ العبدَ فنغرم قيمته .

فرع : إن قلنا (٧) في المهادنة : من جاءكم منا فَسُحْقًا سُحْقًا ، فالتحق بهم مرتد ، فسحقًا ،

---

(١) في (ب) : « متزوجة » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (إنه لايجب ؛ إذ ليس لأحدهما حق الانفراد) معناه : ليس لأحدِهما حقُّ الردِّ وحدَه بحكم شرط المهادنة ، بل أثبتته المهادنةُ مشتركًا بينهم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٣٩/أ) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٣٤٣/١٠) .

(٤) والصحيح أن العبد لا يرد . انظر الروضة (٣٤٥/١٠) .

(٥) قوله : (فليشترط) يعنى الإمام .

(٦) يعني فَلْيَشترط عليهم الإمامُ أنّا إذا رَدَدْنا إليهم رجلا حرًّا مسلمًا لا عشيرة له ، فلا يُهينوه ، وعليهم أنْ يَكفُّوا أيديَهُمْ عنه .

(٧) في (أ) ، (ب) : « إذا قلنا » .

وإن كانت مرتدة استرددناها [١] ، فإن تعذّر غَرِمْنا لزوجها المسلم ما أنفق ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِن فَاتَكُمْ شَىْءٌ مِّنْ أَزْوَٰجِكُمْ إِلَى ٱلْكُفَّارِ فَعَاقَبْتُمْ فَـَٔاتُوا۟ ٱلَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَٰجُهُم مِّثْلَ مَآ أَنفَقُوا۟ ﴾ [٢] ، وكأنا بالمهادنة أَحَلْنا بينه وبين زوجته المرتدة ؛ إذْ لأجلِ المهادنة والأمْنِ ، رغبت في الالتحاق بهم .

ثم جميعُ الكفارِ كشخصٍ واحد ، فلو جاءتنا مسلمةٌ سَلَّمنا [٣] مهرها إلى زوج المرتدة إنْ تساويا . وإن زاد مَهْرُ المسلمةِ سلَّمْنا الزيادة / إلى زوجها الكافر وقلنا : واحدةٌ بواحدة ، [٤] وكأنّ جملتهم كشخصٍ واحد [٤] ، فيُؤاخذ الواحدُ بحكم الجملة ، والله أعلم [٥] . ٢٧١/أ

* * *

(١) في (ب) : « استرددنا » .

(٢) من الآية (١١) من سورة (الممتحنة) .

وقال ابن الصلاح : « معنى قوله تعالى : ﴿ فعاقبتم ﴾ : فكانت لكم العُقْبى ، فَغَنِمْتُم مَالَهم ، فأَعْطوا المسلمَ الذي ارتدتْ زوجته وذهبت إليهم - مما غنمتم - ما أعطاها من المهر ، وهذا هو الأرجح من أقوال المفسرين . وعلى هذا يكون ذلك عندنا من خمس الخمس ، سهم المصالح .

وقيل : معنى ﴿ فعاقبتم ﴾ : فَقَاصَصْتُم ، أي إذا وجب عليكم مهرُ مسلمةٍ - جاءت منهم - لزوجها الكافر : وَجَبَ عليهم مَهْرُ مرتدةٍ - ذهبت مِنّا إليهم - لزوجها المسلم ؛ فأَعطوا - من سهم المصالح - زوجَ المرتدةِ المسلمَ ، ما عليكم لزوجِ المسلمة الكافرِ على سبيل المقاصة . قال شيخنا الشارح (رضي الله عنه) * : هذا ليس بالظاهر من أقوال المفسرين ، ولا هو ظاهرٌ من معنى الآية ، ولكن قد قاله الشافعي ، ولن يقول ذلك إلا عن أصل ، وقال : يكتب بذلك إلى أصحاب عهود المشركين حتى يُعْطى المشرك ما قَصَصْنا من مهر امرأته ، ليس له غيرُ ذلك .

ثم إن ما ذكره صاحبُ الكتاب في توجيه المذكور من مهر المرتدة ، وتوجيه المذكور من المُقَاصَّة - تكلُّفٌ ؛ فإن هذا ليس من قبيل المعهود من غرامات المُتْلَفَات ، وإنما هو صَرْفُ مالٍ من مال المصالح في بعض وجوه المصالح . والمقاصَّةُ المذكورةُ كيفيةٌ في الصَّرْف مناسبةٌ للحال ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٣٩/أ ، ب) .

* هذا من قول الناسخ ، ويعني بالشارحِ الإمامَ ابنَ الصلاح (رحمةُ الله عليه) .

(٣) في (أ) : « سلّمها » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإنْ كان جملتهم كشحض واحد » .

(٥) قوله : « والله أعلم » ليست في (أ) ، (ب) .

كتاب الصيد والذبائح

والنظر في ..

أسباب الحِلّ ، وأسباب المِلْك ..

النظر الأول
في سبب حِلّ الذبيح [1]

وأركانُ الذبح أربعةٌ : الذابح ، والذبيح ، والآلة الذابحة ، ونَفْس الذبح .

الأول : الذابح . فكلُّ مسلمٍ أو كتابيٍّ عاقل بالغ ، يَصير [2] أهلًا للذبح بيده ، وبجوارح الصيد ؛ فتحلُّ ذبيحه اليهودِ والنصارى [3] دون المجوس وعبدة الأوثان . أما المتولِّد من كتابي ومجوسي - أو وثني - فقولان [4] :

---

(١) الذبيح : على وزن « فعيل » بمعنى « مفعول » أي: المذبوح .

(٢) قال الحموي : « قوله في أول كتاب الصيد : (الأول : الذابح : فكل مسلم أو كتابي عاقل بالغ بصير) .

قلت : اما كونه مسلمًا كتابيًا أو مجنونًا فظاهر ، وأما كونه بصيرًا فليس بشرط قولًا واحدًا كما لا يخفى ، وأما البالغ فأقول : ذكر قوله : « بالغًا » لايخلو إما أن يجعل ذلك ركنًا في الذابح أوْ لا ، وإن لم يكن ركنًا فلا حاجة إلى ذكره كما لا يخفى ، وإن كان ركنًا وكان اختياره من الخلاف المذكور البطلان انتقض عليه بالصبي المميز فإنه قد اختار فيه الصحةَ ، فعلى هذا لا يكون ركنًا على هذا التقدير ، ولما كان الأمر كذلك لم يكن في ذكر البلوغ فائدةٌ ولا في كون الذابح بصيرًا ؛ فإنه نقل أن ذبحه يصح قولًا واحدًا ولم يذكر خلافًا فيه . دلَّ على ما ذكرناه قولُه بعد هذا : (وأما الأعمى فيصح ذبحه) .

قلت : أمكن أن يجاب عن الأول بأن يقال : ذكر الشيخ في غير المميز حديثًا ، ولعل الشيخ اختار منه أنه لا يصح ذبحُه ، فعلى هذا لا يصح ذبحه ، فعلى هذا يكون ركنًا ، أو نقول : لعل الشيخ ذكر ذلك تمهيدًا لمحل الاتفاق وما ذكره بعده لأجل الاختلاف . هكذا ذكره بعضُ الفقهاء من المتأخرين ، وهو ضعيف كما لا يخفى ، والصحيح هو الأول ما لا يخفى توجيهه .

وأما الجواب عن الإشكال الآخر فأقول : فإنه وإن لم يذكر فيه خلافًا لكنه احترز به عن صيد الأعمى ؛ فإن فيه خلافًا ذكره الشيخ بعده واختار تحريمَ صيده ، وإذا كان كذلك كان ركنًا كما في المجنون ، فكأنه جعل جُرْحَ الصيد كالذبح بالنسبة إليه ويجوز بذلك ، وبه خرج الجواب وهو على حسب الإمكان » . إشكالات الوسيط (ق ١٨١ / ب - ١٨٢ / ب) .

(٣) في (ب) : « والنصراني » .

(٤) قال في الروضة (٧ / ١٤٢) : « إن كانت الأمُّ هي الكتابية ، لم يحلَّ قطعًا وكذا إن كان هو الأب على الأظهر . هذا في صِغَر المتولد منهما فأما إذا بلغ وتديَّن بدينِ الكتابيِّ منهما ، فقال الشافعي (رضي الله عنه) : تحلُّ مناكحته وذبيحتُه . ولو تولَّد من يهودي ومجوسية ، فبلغ واختار التمجُّسَ ، فعَنِ القفالِ : أنه يُمَكَّن منه ويجري عليه حكمُ المجوس » .

أحدهما : تغليب التحريم .

والثاني : النظر إلى جانب الأب

وحِلُّ الذبيحِ يقارب حِلَّ النكاح [١] إلا في الأَمة الكتابية ، إذ تَحِلُّ ذبيحتُها دون مناكحتها .

فرع : لو اشترك مجوسيٌّ ومسلمٌ في ذبيح ، فهو حرام [٢] . وكذا لو أَرسلا إلى الصيد سهمين ، أو كلبين ، فحصل الهلاكُ بهما . ولو سبق أحدُهما وصيَّره إلى حركة المذبوح ، فالحكمُ له . ولو هرب الصيدُ من كلبِ المسلمِ ، فردَّه عليه كلبُ المجوسيِّ وقتلَه كلبُ المسلمِ ، فهو حلالٌ ، ولا تأثيرَ لإعانته في الردّ . وحيث يحلُّ الصيدُ فالملكُ للمسلم . ولو أثخنه [٣] كلبُ المسلم فأدركَه كلبُ المجوسي – وبه حياةٌ مستقرَّة – فقتلَه فهو ميتةٌ ، وضمن المجوسيُّ للمسلم ؛ إذْ أفسد ملكَه .

أما قولنا : (عاقل بالغ) احترزنا به [٤] عن المجنون والصبيِّ الذي لا يُميز ، ففي ذبيحتهما قولان [٥] . ووجهُ التحريم انَّ القصد قد انعدم . وأما الصبيُّ المميزُ فتحِلُّ ذبيحتُه . وفيه وجهٌ من حيث إنه إن [٦] اعتبر القصد ، فقد نقول : عمدُ الصبيِّ ليس بعمدٍ .

وأما الأعمى فيصحُّ ذَبحُه [٧] . وفي اصطياده وجهان من حيث إنّ قصدَه لا يتعلَّق بعين الصيدِ وهو لا يراه [٨] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الناكح » .

(٢) وذلك مثل أن يُمِرّا معًا سكينًا على حَلْق شاةٍ ، أو يقطع أحدُهما بعضَ الحلقوم ، والثاني بعضَه .

(٣) أثخنه : أي أَوْهَنَه بالجراحة وأَضْعَفه ، وأوصله إلى حالة الإعياء .

(٤) في (أ) ، (ب) : « احترزنا » بدون « به » .

(٥) والأظهر من القولين أن ذبيحتهما تَحِلُّ . انظر الروضة (٣ / ٢٣٨) . المنهاج ص (١٤٠) .

(٦) كلمة : « إنْ » ليست في (أ) ، (ب) .

(٧) يصح ذبح الأعمى ولكن مع الكراهة . انظر المنهاج ص (١٤٠) .

(٨) والخلاف مخصوصٌ بما إذا أخبره بصيرٌ بالصيد ، فأرسل السهمَ أو الكلبَ . والأصح في صَيْده أنه لا يحل . انظر الروضة (٣ / ٢٣٨) والمنهاج ص (١٤٠) .

الركن الثاني :الذبيح . والحيوان ينقسم إلى : ما يَحْرُم ، فلا أَثَرَ لذبحه . وإلى ما يحل كما سيأتي في الأطعمة . وهذا (١) ينقسم إلى ما تَحِلُّ مَيْتَتُه كالجراد والسمك ، وإلى ما لا يحلُّ .

أما الذي يَحِلُّ (٢) فلا حاجةَ إلى ذَبْحه ، بل لو اقتطع قطعةً من سمكة فهي حلالٌ ؛ لأنّ ما أُبين من حيٍّ فهو ميتٌ . ولو ابتلع سمكةً حيةً فمكروهٌ ؛ للتعذيب ، ولكن الظاهر أنه حلالٌ ، ومنهم من حَرَّم وجعل الموتَ بدلا عن الذبح (٣) .

وأما حيوان البحر ، فتحِلّ جميعُها إلا المستخبثات وما يعيش في البَرّ كالضفدع والسّرطان . وأما ما له نظيرٌ محرَّم في البر . ككلب الماء وخنزيره ، ففيه قولان (٤) :

---

(١) أي وهذا الذي يحل ذبحه . (٢) يعني يحل ميتته .

(٣) قال ابن الصلاح : « الحية من السمك بمنزلة الميتة من سائر الحيوانات ، والله أعلم » . المشكل (ق ١٣٩/ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (فأما ما له نظيرٌ في البرّ محرمٌ ، ككلب الماء وخنزيره ، فقولان) ولم يذكر أنهما [يعني القولين] في حِلِّ أصله أو في حِلّ ميتته ؟! فنقول : هل يحل في نفسه ؟ فيه قولان ؛ فإن قلنا : لا يحل ، فلا كلام . وإن قلنا : يحل ، فهل يُشترط ذبحه أو تحل ميتته ؟ فيه قولان جاريان فيما عدا السمك المعروف من الحيوانات البحرية المحللة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٣٩ / ب) .

قال الحموي : « قوله : (وأما حيوان البحر فتحل جميعُها إلا المستخبثات وما لا يعيش في البر كالضفدع والسرطان ، وأما ما له نظير في البر ككلبه وخنزيره ففيه قولان) .

قلت : ما ذكره الشيخ هنا مخالف لمعظم الكتب ؛ فإن المنقول فيه ثلاثةُ أوجه سوى الضفدع ؛ فإنه لا يحل قولًا واحدًا عند العراقيين ، وعند الخراسانيين خلاف ذكره الإمام : أولها : الحل ، والثاني : التحريم ، والثالث : يفرق بين ماله نظير في البر وغيره . وإذا كان كذلك كان مخالفًا لمعظم الكتب ؛ فإنه جعل أكل السرطان قولًا واحدًا حرامًا ، وفيه الخلاف المذكور ، وذكر في كلبه وخنزيره قولين ، وهذا مخالف للمنقول ، ثم وإن سلَّمنا أن ما ذكره نقلٌ فأيُّ فرق بينهما والعكس أولى كما لا يخفى ؟.

قلت : روي في بعض نسخ الكتاب : (وماله نظير في البر) من غير ذكر « أما » الابتدائية ، فعلى هذا لا إشكال وكأنه قال : « والضفدع والسرطان وماله نظير في البر ككلب الماء وخنزيره وفيه قولان » يشير إلى أن الخلاف في الكل سوء الضفدع ، وهو جواب صحيح على هذا التقدير .

ثم أقول : أمكن أن يقال أيضا : فيه خلاف مع وجوده في الماء ، إلا أن فيه بعدًا لكنه يقنع به هاهنا ؛ لكون الإشكال قويًا ، فعلى هذا « الهاء » في قوله : « فيه خلاف » عائدة إلى السرطان أيضًا ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٨٢ / ب ، ١٨٣ / أ) .

أحدهما : الحِلُّ ؛ لقوله عليه السلام : « الحِلُّ مَيْتَتُهُ » (١) .

والثاني : لا ؛ لأنه لا يتناوله اسْمُ السمك .

وللشافعي قولٌ غريب : أنه لا يحل إلا السمك . وهو مرجوع عنه ؛ لأنّ أصحاب رسول الله ﷺ وجدوا حيوانًا عظيمًا يُسَمَّى « العنبر » فأكلوه (٢) ، ولم يُنْكِرْ رسولُ الله ﷺ (٣) [عليهم] (٤) .

أما ما لا تحلُّ ميتتُه ، فيتعينُ ذَبْحُه في الحلق والمريء (٥) كما سيأتي إن لم يكن من الصيد . وإن

(١) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (١ / ٦٤) (١) كتاب « الطهارة » (٤١) باب « الوضوء بماء البحر » حديث (٨٣) بإسناده عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال : سأل رجلٌ النبيَّ ﷺ فقال : يا رسول الله إنا نركب البحر ، ونحمل معنا القليل من الماء ، فإن توضأنا به عطشنا ، أفنتوضأ بماء البحر ؟ فقال رسول الله ﷺ : هو الطهور ماؤه ، الحلُّ مَيْتَتُه » .

ورواه الترمذي (١ / ١٠٠) (١) كتاب « الطهارة » (٥٢) باب « ما جاء في ماء البحر أنه طهور » حديث (٦) . وراه النسائي (١ / ٥٠) كتاب « الطهارة » باب « ماء البحر » . وابن ماجه (١ / ١٣٦) (١) كتاب « الطهارة وسننها » (٣٨) باب « الوضوء بماء البحر » حديث (٣٨٦) . ورواه أحمد في مسنده (٢ / ٣٦١) حديث (٨٧٢٠) جميعًا من طرق عن مالك عن صفوان بن سليم عن سعيد بن سلمة عن المغيرة عن أبي هريرة مرفوعًا به . والحديث صححه البخاري وابن عبد البر وغيرهما . انظر التلخيص الحبير (١ / ٢٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فأكلوا » .

(٣) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٩ / ٥٣٠) كما في الفتح (٧٢) كتاب « الذبائح » (١٢) باب قول الله تعالى : ﴿ أُحِلَّ لكم صَيْدُ البحر ﴾ حديث (٥٤٩٣) . ورواه مسلم (٣ / ١٥٣٥) (٣٤) كتاب « الصيد والذبائح » (٤) باب « إباحة ميتات البحر » حديث (١٩٣٥) . والنسائي (٧ / ٢٠٧) كتاب « الصيد والذبائح » باب « ميتة البحر » جميعًا من طرق عن جابر بن عبد الله به .

وقال ابن الصلاح : « قوله المصنف : (فأكلوه ولم يُنكِرْ رسولُ الله ﷺ) ومع هذا فلا يصح استدلالُه به على إحلال غير السمك من الحيوانات النجسة ؛ لأن هذا « العنبر » حوت ؛ إذ في رواية البخاري « فألقى البحر حوتًا مَيِّتًا لم يُرَ مِثْلُه ، يقال له : العنبر ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٠ / أ) .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « كان ينبغي أن يقول : في الحلقوم والمريء ؛ لأن المريء من الحلق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٤٠ / أ) .

كان صيدًا فجميعُ أجزائه مَذْبَحٌ مادام متوحشًا ، فإن أَنِسَ أو ظفر به - وفيه حياةٌ مستقرة - تعيَّنَ الذبحُ .

ولو توحَّشَتْ إنسيةٌ ، ولم يمكن رَدُّها ، فهو كالصيد يُذْبح في كل موضع . وكذا لو تنكَّسَ بعيرٌ في بئر وخِيفَ هلاكُه ؛ فقد قال ﷺ : « لو طعنتَ في خاصرته لَحَلَّتْ لك » [1] .؟ فقال المراوزة : خَصَّصَ الخاصرةَ ليكون الجرحُ مُذَفِّفًا ؛ فلا يجوز جرحٌ آخر وإن كان يُفْضِي إلى الموت [2] .

---

(١) حديث ضعيف : رواه أبو داود (٣/ ٢٥٠) (١٠) كتاب « الأضاحي » (١٦) باب « ما جاء في ذبيحه المتردية » حديث (٢٨٢٥) مرفوعًا بلفظ : « لو طعنتَ في فَخِذِها لأَجْزَأَ عنك » ورواه الترمذي (٤/ ٦٢) (١٨) كتاب « الأطعمة » (٥) باب « ماجاء في الذكاة في الحلق واللبة » حديث (١٤٨١) . ورواه النسائي (٧/ ٢٢٨) كتاب « الضحايا » باب « ذكر المتردية في البئر التي لا يوصل إلى حلقها » . ورواه ابن ماجه (٢/ ١٠٦٣) (٢٧) كتاب « الذبائح » (٩) باب « ذكاة النَّادِّ من البهائم » حديث (٣١٨٤) . ورواه أحمد في مسنده (٤/ ٣٣٤) حديث (١٨٩٦٧) . جميعًا من طرق عن حماد بن سلمة عن أبي العُشَرَاء عن أبيه مرفوعًا به . والحديث ضعفه الشيخ الألباني في « ضعيف سنن ابن ماجه » ص (٢٥٤) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في البعير المتردي في بئر : (قال النبي ﷺ : « لو طعنت في خاصرتها لحلت لك » فقالت المراوزة : خصص الخاصرة ليكون الجرح مذففا ، فلا يجوز جرح آخر) هذا الذي ذكره من الحديث اختصارٌ من الحديث الذي استدل به في ذلك شيخُه إمامُ الحرمين ، قال : رُوي أن رجلًا يُعْرف بأبي العُشَرَاء تردّى له بعيرٌ في بئر ، فهلك ، فَرُفِعت القصة إلى رسول الله ﷺ فقال لأبي العُشَرَاء : « لو طعنتَ في خاصرتها لحَلَّتْ لك » وفيما ذكره أغلاط ثلاثة ، وذلك أن هذا حديث تفرَّد به حمادُ بن سلمة عن أبي العشراء عن أبيه ، قال : قلت : يا رسول الله ، أما تكون الذكاةُ إلا في الحلق واللبّة ؟ قال : لو طعنتَ في فخذها ، لأجزأ عنك » أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه في كتبهم المعتمدة .

وأبو العُشَرَاء ، بالضم والمدّ ، على وزن « الشعراء » واسمه : أسامة بن مالك ، وقيل غير ذلك . فوقع فيما ذكره إمام الحرمين الخطأ من وجوه :

أحدها : في جَعْلِه أبا العشراء هو الذي خاطبه النبيُّ ﷺ وإنما هو أبوه ، وأبو العشراء تابعيٌّ .

والثاني : في ذِكْرِه تردِّي البعير في متن الحديث ، وليس ذلك من الحديث ، وإنما هو من كلام أهل العلم بالحديث ، قالوا : هذا عند الضرورة في المتردي في البئر وأشباهه .

والثالث : في قوله : « لو طعنت في خاصرتها » وإنما قال : « في فخذها » وذكر الخاصرة وَرَد في أثرٍ رويناه . فلا يثبت - والحالةُ هذه - ما رَامَه المراوزةُ من تخصيص الخاصرة وأشباهها ، فالصحيحُ - إذن - قولُ غيرهم ؛ لقوله ﷺ : « لو طعنت في فخذها » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٠ / أ وما بعدها) .

ومنهم من قال : تكفي كلُّ جراحةٍ تُفْضي إلى الموت (١).

أما إذا شَرَدَتْ شاةٌ أو بعيرٌ ، فمثل هذا مصيرُه إلى الزوال ، فإن أمكن ردُّه بالاستعانة وَجَبَ ، وإن أفلت وعَسُرَ ذلك في الحال ، فالظاهرُ أنه يصبر إلى القدرة عليه ، ومنهم من قال : ربما يريد ذَبْحَه في الحال ، فله أن يَرْمي كما يرمي الصيد .

ثم لا خلاف [في] (٢) أنه لو كان اتّباعُه يُفْضي به (٣) إلى مَسْبعة أو مَهْلكة ، فهو كالصيد يرمى بسهم . وإن كان يُفْضي إلى موضعِ لصوصٍ وغُصّابٍ ، فوجهان .

* * *

(١) وهذا ما رجحه النوويّ في المنهاج ص (١٤١) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) قوله : « به » ليس في (أ) .

فروع

الأول : إذا جرحَ الصيدَ بسهمٍ ، ثم أدركه وفيه حياةٌ مستقِرّة ، وَجَب ذَبْحُه في المذبح . فإن صبر حتى مات ، فهو حرام . وعليه أن يَعْدُوَ في طلبه كعادة الصياد . وفيه وجه : أنه يكتفي بمشْيٍ كمشْيِ الساعي إلى الجمعة . أما الوقوف فلا رخصة فيه .

فلو أدرك وليس معه مُدْيةٌ ، أو تشبث بالغمد [1] ، أو سقط منه أو ضاع [2] أو سُرق ، فليس مَعْذورًا في شيء من ذلك . ولو غصبه إنسانٌ فوجهان ، والظاهرُ أنه حرام ، فكأن الشرطَ أن يموت بجراحته قبل أن يُدْركه وهو غَيْرُ مُقصِّر [3] .

ولو ابتدر وقَطع بعضَ الحلقوم فمات ، فهو حلالٌ ؛ لعدمِ التقصير . وذَبْحُ الثعلبِ في أُذنه لأجل الجلدِ حرامٌ ، ولا يُفيد الحِلَّ [4] .

الثاني : لو قدَّ صيدًا نصفين ، فالنصفان حلالٌ . ولو أبان عضوًا والجراحةُ / مَذَفِّفةٌ حل العضو ٢٧١/ب
أيضًا . فإن لم تكن مذففة ، وذبح الحيوان في المذبح - أو حرج جرحًا مذففًا - فالعضوُ حرامٌ ؛ لأن ما أُبِينَ من حيٍّ فهو ميتٌ [5] . وإن مات من تلك الجراحة ، ففي ذلك العضو وجهان [6] .

---

(١) أي تشبَّثَ السلاحُ بالغَمْد ، فلم يتمكَّنْ من إخراجه .

(٢) في (أ) : « وضاع » .

(٣) قال ابن الصلاح : « معناه أن الشرط في حِلّه أن يموت بجرحه قبل أن يُدْركه وهو غيرُ مقصِّرٍ في عدم إدراكه ، مثل أن يُمْكِنَه المشْيُ إليه ، فوقف حتى مات ولم يُدْركه » . مشكل الوسيط ق (جـ٢ ١٤٠ / ب) .

(٤) قوله : « ولا يفيد الحل » ساقط من (أ) .

(٥) ويدل عليه الحديث الصحيح الذي رواه أبو داود (٣ / ٢٧٧) (١١) كتاب « الصيد » (٣) باب « في صيدٍ قُطِعَ منه قطعة » حديث (٢٨٥٨) بإسناده عن أبي واقد قال : قال النبي ﷺ : « ما قطع من البهيمة وهي حيةٌ ، فهو ميتة » . ورواه الترمذي (٤ / ٦٢) (١٨) كتاب « الأطعمة » (٤) باب (ما قطع من الحي فهو ميت) حديث (١٤٨٠). رواه ابن ماجه (٢/ ١٧٢) (٢٨) كتاب الصيد (٨) باب «ما قطع من البهيمة وهي حية». حديث (٣٢١٦) عن ابن عمر مرفوعًا.

(٦) والأصح أنه لا يحل . انظر الروضة (٣ / ٢٤٢) ، والغاية القصوى (٢ / ٩٧٤) .

وإن جرحه بعد الأولى جراحةً أخرى غَيْرَ مذفّفة فوجهان مرتبان ، وأولى بالتحريم .

الركن الثالث : آلةُ الصيدِ والذبحِ . وهي ثلاثةُ أقسامٍ : جوارحُ الحيوان ، وجوارحُ الأسلحة ، والمثَقَّلات .

أما جوارح الحيوان ، فتحل فريسةُ الكلبِ المعَلَّم بنصّ الكتاب (١) ، أعني ما مات بِعَضِّه وجراحتِه ، وإنما يصير مُعَلَّمًا بثلاثة أمور : أن يَسْترسل بإرساله ، وينزجر بزجره (٢) ، ويمتنع من الأكل خوفًا من صاحبه (٣) . ولابد أن تتكرر هذه الأمورُ حتى يتبين أنه تأدب به (٤) وليس بوفاق ، فالرجوعُ فيه إلى العادة (٥) .

وإنما يشترط الانزجارُ (٦) بِزَجْره في ابتداءِ انطلاقه ، أما إذا احْتَدَّ في آخر الأمر ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يشترط ؛ لأن ذلك ما لا يُطَاوِع الكلبُ عليه .

والثاني : أنه يشترط ؛ لأن ذلك أيضًا يَعْسُر في الابتداء مع جوع الكلب ، ولكن به يصير مؤدبًا .

أما إذا ترك الأكل ، ثم أكل مرةً نادرًا ، ففي تلك الفريسة قولان :

أحدهما : أنه يحرم (٧) ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) (٨) ؛ لقوله ﷺ لعديٍّ بن حاتم

---

(١) وذلك في قوله تعالى : ﴿ يسألونك ماذا أُحِلَّ لهم . قل أُحِلَّ لكم الطيبات ، وما علَّمتُمْ من الجوارح مُكَلِّبين تُعَلِّمونهن مما علمكم الله ، فكلوا مما أمسكْنَ عليكم واذكروا اسم الله عليه ... ﴾ الآية [المائدة : ٤] .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وأن ينزجر بزجره » .

(٣) وذكر في الروضة شرطًا رابعًا ، وهو أن يُمْسِكَ الصيدَ فيحبسه على صاحبه ، ولا يُخَلِّيه . انظر الروضة (٣ / ٢٤٩) .

(٤) كلمة : « به » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) يعني أن التأديب ليس له صورة متفق عليها ، وإنما يُرْجَع في ذلك إلى أهل الخبرة بالجوارح .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وإنما شَرْطُ الانزجارِ » .

(٧) وهذا القول أظهرهما . انظر : الروضة (٣ / ٢٤٧) . المنهاج ص (١٤١) . الغاية القصوى (٢ / ٩٧٦) .

(٨) وهو أصحُّ الروايتين عن أحمد أيضًا ، وقال الإمام مالك : يؤكل ولا يحرم . انظر : المنهاج ص (١٤١) . =

(رضي الله عنه) [1]: « إذا أَرْسلتَ كَلْبَكَ المُعَلَّم فَكُلْ ، وإنْ أكل فلا تأكُلْ » [2] ، ولأنه أخذ لنفسه لَمَّا أكل ، لا لصاحبه [3] .

والثاني : [أنه] [4] يحل ؛ لقوله (عليه السلام) لأبي ثعلبة الخُشَني (رضي الله عنه) [5] :

= المبسوط (١١ / ٢٢٣) . الدر المختار (٦ / ٤٦٧) . تكملة فتح القدير (١٠ / ١١٩) . الكافي ص (١٨٢) . القوانين ص (١٨٣) . المغني (٨ / ٥٣٣ وما بعدها) .

وقال ابن الصلاح : « القول الأصح تحريمُ الصيد الذي أكل الكلبُ المعلَّم منه ؛ لأن حديث عدى بن حاتم في المنع من أكله أصحّ ، فإنه ثابتٌ في الصحيحين متفق على صحته ، وفيه « فلا تأكل فإنما حَبَس على نفسه ولم يَحْبِس عليك » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤١ / أ) .

(١) هو عدي بن حاتم الطائي ، صحابي جليل مشهور ، قدم على النبي ﷺ سنة سبع ، وكان من فضائله أنه (رضي الله عنه) ما أقيمت الصلاة منذ أسلم إلا وهو على وضوء ، ومدحه عمر بن الخطاب قائلا له : آمنتَ إذ كفروا ، وعرفتَ إذ أنكروا ، ووفَّيْتَ إذْ غدروا ، وأقبلت إذ أدبروا » . شهد الجمل وصفين والنهروان مع علي (رضي الله عنهم) جميعًا ، وتوفي سنة (٦٨) بالكوفة . انظر ترجمته في : تهذيب التهذيب (٧ / ٦٦ ، ١٦٧) .

(٢) حديث صحيح : رواه البخاري في صحيحه (٩ / ٥١٨) (٧٢) كتاب « الذبائح والصيد » (٢) باب « صيد المعراض » حديث (٥٤٧٦) بإسناده عن عدي بن حاتم (رضي الله عنه) قال : سألت رسول الله ﷺ عن المِعْراض ، فقال : إذا أصبت بحَدِّه فَكُلْ ، فإذا أصاب بعرضه فقتل ؛ فإنه وَقِيذٌ ، فلا تأكلْ . فقلتُ : أُرْسِل كلبي ؟ قال : إذا أرسلتُ كلبَكَ وسَمَّيْتَ ، فَكُلْ . قلتُ : فإذا أَكل ؟ قال : فلا تَأْكُلْ ؛ فإنه لم يُمْسِكْ عليك ، إنما أمسك على نفسه ؟ قلت أرسل كلبي فأجد معه كلبًا آخر ؟ قال : لاتأكل ؛ فإنك إنما سميت على كلبك ، ولم تُسَمِّ على الآخر » . ورواه مسلم (٣ / ١٥٢٩) (٣٤) كتاب « الصيد والذبائح » (١) باب « الصيد بالكلاب المعلَّمة » حديث (١٩٢٩) وأبو داود (٣ / ٢٦٩) حديث (٢٨٤٨) . والترمذي (٤ / ٥٤) حديث (١٤٦٥) . والنسائي (٧ / ١٧٩) . وابن ماجه (٢ / ١٠٧٠) حديث (٣٢٠٨) جميعًا من طرق عن عدي بن حاتم مرفوعًا به .

(٣) قال ابن الصلاح : « وقد أساء المصنفُ في أن ذكر هذا التعليل من قول نفسه متصلًا بالنصِّ مع أنه في نَفْسِ النصِّ كما ذكرناه » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤١ / أ) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) هو صحابي جليل مشهور ، اشتهر بكنيته ، واختلف في اسمه واسم أبيه اختلافًا كثيرًا ، وهو ممن اعتزل في الفتنة فلم يقاتل مع علي أو معاوية (رضي الله عنهم) . وتوفي وهو يصلي في جوف الليل ساجدًا . انظر ترجمته في تهذيب التهذيب (١٢ / ٥٠) .

« كُلْ وإنْ أكل » [١] ؛ ولأنّ هذا يُحمل على جرأةٍ وفرطِ جوعٍ ، ولا يخرج عن كونه مُعَلَّمًا .

التفريع : إن قلنا : يَحْرُمُ فريستُه ، فلا ينعطف التحريمُ على ما سبق من فرائسه [٢] ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [٣] ، نعم ، لو أكل مرارًا وواظَب عليه ، فيقطع بأنه تَحْرُم فرائسُه [٤] ؛ إذْ خرج عن كونه مُعلَّمًا . وفي انعطاف التحريم على [ما] [٥] سبق من الفريسة التي أكل منها أولًا وجهان . أما ما لم يأكلْ منها فلا تَحْرُم .

ولا خلاف في أنه لو انْكَفَّ [٦] في أول التَّعليمِ لم تحلَّ فريستُه . فلو واظب عليه لم ينعطفِ الحِلُّ على ما سبق . أما إذا اقتصر على لَعْقِ الدمِ فلا يؤثر ذلك [٧] ، وفيه وجه : أنه كالأكل .

أما فريسةُ الفهدِ والنمرِ فحرامٌ ؛ لأنه لم يتعلم [٨] ولا يطاوع في ترك الأكل ، والانزجارِ

---

(١) إسناده حسن : رواه أبو داود (٣ / ٢١٧) (١١) كتاب « الصيد » (٢) باب « في الصيد » حديث (٢٨٥٢) بإسناده عن أبي ثعلبة الخشني قال : قال رسول الله ﷺ في صيد الكلب : « إذا أرسلتَ كَلْبَكَ وذكرتَ اسْمَ اللهِ ، فَكُلْ وإنْ أَكَلَ منه ، وكُلْ ما ردّتْ عليك يداك » . ورواه ابن ماجه (٢ / ١٠٩٦) حديث (٣٢٠٧) . والحديث أصله في الصحيحين ، وانظر نصب الراية (٤ / ٣١٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فراسته » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن الكلب المعلم إذا أكل مرةً ، فلا يَحْرُم ما سبق من صيوده ، وذلك متصور إذا كانت تلك الفرائسُ قائمةً عند مالكها . وهو مذهبُ المالكية ، فإنهم لا يُحَرمون أصلًا الفريسة التي أكل منها الكلبُ . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الروضة (٣ / ٢٤٧) . الكافي ص (١٨٢) . المقنع ص (٣١٣) . المغني (٨ / ٥٤٤)

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أن الفريسة التي أكل منها الكلبُ تَحْرُم ، ويَحْرُم - أيضًا - ما سبق من فرائسه ؛ إذْ بان بأكله أنه غَيْرُ مُعَلَّم . وقد خالف أبا حنيفة في ذلك صاحباه أبو يوسف ومحمد ، فقالا بعدم انعطاف التحريم على ما سبق من الفرائس . انظر : المبسوط (١١ / ٢٤٣) . العناية على الهداية (١٠ / ١١٩) . رد المحتار (٦ / ٤٦٧) .

(٤) في (ب) : « فراسته » .

(٥) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أتلف » .

(٧) وهو المذهب كما في الروضة (٣ / ٢٤٧) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « لا يتعلم » .

بالزجر ، فإن تُصُوِّر ذلك - على ندور - فهو كالكلب [١] .

وأما البازي ، فهل يُشْترط في تَعَلُّمِه [٢] الانكفافُ عن الأكل ؟ ، فيه قولان :

أحدهما : أنه يُشْترط وإن كان لا يتعلَّم [٣] ؛ إذْ لا يحتمل الضربَ فهو كالفهد .

والثاني : أنه لا يُشْترط ؛ لأنه لا يتعلم ، وجنسُ الطيورِ من الصيد لابد لها من جارحة ، وهي من الجوارح لا تكف عن الأكل ، بخلاف الفهد فإن في الكلب غُنْيَة عنه .

فرع : إذا مات بِعضِّ الكلب ، ففي موضع عضِّه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه ينجس ، فَيُغْسل سَبْعًا ويُعفَّر [٤] .

والثاني : أنه يُقوَّر الموضعُ إذا تَشَرَّبَ اللحمُ لُعابَه ، وكذا كلُّ لحمٍ عَضَّ عليه الكلبُ .

والثالث : أنه يُعفى عنه ؛ لأنّ الأوَّلين لم يُنْقَلْ عنهم ذلك .

وقال القفال : « لو أصاب سِنُّ الكلبِ عرقًا نَضَّاخًا بالدم [٥] ، سَرَتِ النجاسةُ إلى جميع أعضائه » . وهذا غلطٌ ؛ لأن تكليفَ الكلبِ الحذرَ من العروق مُحالٌ ؛ ولأن ذلك كالعين الفوَّارة

---

(١) قال ابن الصلاح (رحمه الله) : « قوله : (فريسةُ الفهد والنمرِ حرامٌ إلى آخره) هذا خلافُ نص الشافعي ، فإنه قال فيما حكاه المزني : كل معلّم من كلبٍ وفَهْدٍ ونمر وكذا أطلق ذلك غيرُ واحد من أئمة أصحابنا في السباع المعلّمة . واستبعادُه تعليمَها مُندفعٌ ؛ فالاصطياد بالفهود المعلمة كثيرٌ مشهورٌ ، والنمر - إذا أخذ صغيرًا - تيسَّرَ تعليمُه والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤١ / ب) .

(٢) في (ب) : « تعليمه » .

(٣) وهذا هو الأظهر كما في المنهاج للنووي ص (١٤١) .

(٤) وهذا هو المذهب . انظر التنبيه ص (٥٩) . الروضة (٣ / ٢٤٨) . المنهاج ص (١٤١) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (نضاخًا) أي فوارًا بالدم ؛ قال تعالى : ﴿ فِيهِمَا عينان نَضّاخَتَانِ ﴾ . أي : فوارتان » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤١ /أ) .

وقال أيضًا : « قوله : (قال القفال) كان ينبغي فيه أن يقول : (وحُكِيَ عن القفال) ؛ فإن شيخه [يعني أبا المعالي الجويني] ذكر أن ذلك حكاه عنه بعضُ أصحابِه ، وهو غلطٌ من الحاكي ، والله أعلم » .

بالماء ، فلا ينجس أسفلُها بنجاسةِ أعلاها .

النوع الثاني من الآلات : جوارحُ الأسلحةِ . وجرحُ الصيد : بالسيفِ ، والسهمِ ، وكلِّ حديدٍ مُفيدٍ للحِلِّ (١)٠ ويلتحق بالحديد كلُّ شيءٍ يجرحُ من قصب (٢) وخشب سوى السِّنّ والظُّفُر ؛ فإنه لا يَحِلُّ الذبحُ به (٣) ، مُتصِلًا كان أو مُنْفصلًا ؛ لنهيٍ وَرَدَ فيه (٤) .

وجوّز أبو حنيفة (رحمه الله) بالمنفصل (٥) .

النوع الثالث : ما يصدم بثقله أو بخنقٍ . وذلك لا يُفيد الحِلَّ ، فلو انخنق الصيدُ

---

(١) في (ب) : « يفيد الحِلَّ » .

(٢) القصب : هو كل نبات يكون ساقة أنابيب وكعوبًا ، والواحدة : قصبة . ويطلق أيضًا على ما كان مستطيلًا من الجوهر . انظر : المصباح المنير (٢ / ٧٧٥) . القاموس المحيط ص (١٦٠) .

(٣) قوله : « به » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا النهيُ رواه البخاري في صحيحه (٩ / ٥٤٦) (٧٢) كتاب « الذبائح والصيد » (١٨) باب « ما أنهر الدم من القصب والمروة والحديد » حديث (٥٥٠٣) . بإسناده عن رافع بن خديج أنه قال : يا رسول الله ، ليس لنا مُدًى ! فقال : « ما أَنْهَرَ الدمَ وذكر اسم اللهِ فَكُلْ ليس الظُّفُرَ والسِّنَّ . أما الظفرُ فَمُدَى الحبشة ، وأما السِّنُّ فَعَظْمٌ » ورواه مسلم (٣/١٥٥٨) (٣٥) كتاب « الأضاحي » (٤) باب « جواز الذبح بكل ما أنهر الدم إلا السن والظفر وسائر العظام » حديث (١٩٧٨) . ورواه النسائي (٧ / ٢٢٦) ثلاثتهم من طرق عن عباية بن رفاعة عن أبيه عن جده رافع بن خديج مرفوعًا به .

(٥) **مذهب الشافعية :** أن السِّنَّ والظفر ، لا يحِلُّ به الذبح ، سواء كان متصلًا بالشخص أو منفصلًا . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . وفي المذهب المالكي خلافٌ في جواز الذبح بذلك . انظر : التنبيه ص (٥٩) . الروضة (٣ /٢٤٣). المنهاج ص(١٤١). الكافي ص(١٨٠). القوانين الفقهية(١٨٨). الخرشي على مختصر خليل(٣/١٧). بداية المجتهد (١/ ٥٢٠ وما بعدها) . المغني (٨/ ٥٧٤).

ومذهب الحنفية : أن السِّنَّ أو الظفر إذا كان متصلًا بصاحبه ، لا يجوز التذكية بهما ، أما إذا نُزِعا وفُصِلا ، جاز الذبح بهما . انظر : الدر المختار (٦ / ٢٩٦) . الهداية (٤ / ٣٩٧) . تكملة فتح القدير (٩ / ٤٩٥) . اللباب شرح الكتاب (٣ / ٢٢٧) المبسوط (١٢ /٢) .

بالأحبولة ، أو بصدمة الوقوع فيها ، أو البئر المحفورة للصيد ، أو ضَرَبَ الطيرَ بِبُنْدُقَةٍ [(١)] ، فكلٌّ ذلك حرامٌ ؛ إذْ لابُدّ مِنْ جارحٍ .

واختلف قولُ الشافعيِّ في الكلب إذا تَغَشَّى الصيدَ ، فمات تحته غمّا ؟ ففيه وجهان [(٢)] :

أحدهما : أنه محرم [(٣)] ؛ لأنه مُنْخَنِقٌ ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) [(٤)] .

والثاني : لا ؛ لأن ذلك يَكْثُر من الكلب ، وتكليفُه العَضَّ غَيْرُ ممكنٍ [(٥)] .

فرعان

الأول : لو أصاب الطيرَ الضعيفَ عرض السَّهْمِ ، وجَرَحَه طرفُ النَّصْلِ ، فمات بالجراحة والصدمةِ ، فهو حرامٌ . وكذلك لو مات ببندقةٍ وسهمٍ أصابه من رَامِيَيْنِ ، فإن تردَّد في أن الموت بهما أو بأحدهما ، فالمُغَلَّبُ التحريمُ . أما إذا أصابه النَّصْلُ ، فلا يخلو النصلُ عن ثقلٍ وتحاملٍ ، فذلك لا يمنع الحِلَّ .

الثاني : لو جرح طائرًا ، فانصدم بالأرض ومات فهو حلالٌ ؛ لأن الاحتراز من ذلك للطيور [(٦)] غيرُ ممكنٍ . ولو وقع في الماء أو تدهور [(٧)] / من جبلٍ فمات بالجميع [(٨)] ، فهو حرامٌ ؛ ٢٧٢/أ

---

(١) وهي عبارة عن طينة متحجرة مُدَوَّرة يُرْمى بها . القاموس (١١٢٣) . اللباب شرح الكتاب (٣ / ٢٢١) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « على وجهين » . (٣) في (أ) ، (ب) : « أنه يحرم » .

(٤) وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر: الهداية مع تكملة فتح القدير(١٠/ ١٢٣). المقنع ص(٣١٣) . المغني (٨/ ٥٤٥) . وانظر بداية المجتهد (١ / ٥٣٧) .

(٥) وهذا القول الثاني هو الأظهر عند الشافعية كما في المنهاج ص (١٤١) . والروضة (٣ / ٢٤٤) .

(٦) في (أ) : « في الطيور » .

(٧) تدهور : أي سقط من عُلُوّ . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤١ / ب) .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (بالجميع) فيه احترازٌ مما إذا كان الجرح الحاصل بالسهم مُذَفِّفا ، فهو حلال » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤١ / ب) .

لأن ذلك نادر . وإن وقع الصيدُ في الجبال والبحارِ ، فذلك لا يَنْدُر ؛ فلا يبْعُد تحليلُه ، ولكن قد قالوا : لو وقع من غصنٍ إلى غصنٍ كذلك حتى مات من الجراحة ، فهو حرامٌ ؛ لِنُدُوره ، فيظهر أيضًا تحريمه في الجبال [١] .

أما إذا انكسر جناحُه ولم يَنْجَرِحْ ، ثم انصدمَ بالأرض ومات ، فهو حرامٌ ؛ إذْ لم تسبقِ الجراحةُ .

الركن الرابع : نَفْسُ الذَّبْح والاصطياد .

وكيفيةُ الذبحِ مذكورٌ [٢] في الضحايا . ونذكر الآن الاصطيادَ ، أعني الإصابةَ بآلة الصيد . وهو كلُّ جرحٍ مقصودٍ حَصَل الموتُ به .

أما الجرحُ فلا يَخْفى حدُّه . وأما القصد ، فله ثلاثة متعلّقات :

الأول :أصلُ الفعل .

ولابُدَّ منه ؛ فلو سقط السيفُ من يده وانجرح به صيدٌ ، أو نَصب في الأُحبولة مِنْجَلًا ، فَانْعَقَرَ به الصيدُ ، أو نصب في أسفل البئر سكينًا ، فانجرح به ، أو كان في يده سكينٌ فاحتكّت الشاةُ به : فالكلُّ حرامٌ ؛ إذْ لم يَحْصُل بفعله ، بل بفعلِ الحيوان .

ولو كان يُحرك اليدَ ، والبهيمةُ أيضًا تتحرك حركةً مؤثرةً : غَلب التحريمُ ، ولذلك تُضْبط الشاةُ حتى لا تتحركَ إلا حركةً يسيرةً لا تؤثر . وكذلك الكلب إذا استرسل بنفسه لم تحلَّ فريستُه ؛ لأنه إنما يَصير مضافًا إليه (٣ كالآلة باسترساله بإشارته ٣) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « كان ينبغي أن يقول : (فهو حرام مع عدم ندوره) ولكثرةِ وُجْدانِ الطيور على الأشجار ، ورَمْيها وهي عليها ، فيظهر تحريمُ مثلِه في الجبال ؛ ووجهه أن عدم الندور في كل ذلك يحصل بالكثرة لا بالغلبة ، والرخصةُ لا تثبت إلا بالغلبة كما في الصورة السابقة في الانصدام بالأرض ، وهذا – على هذا الوجه – مُتَّجِهٌ . وأما على الوجه الذي ذكره والسياقةِ التي ساقها ، فهو مُتهافتٌ ؛ لاشتماله على إثبات الفرق بين الصورتين في الندور ، ثم إلحاق إحداهما بالأخرى ، والجمعُ لا يترتب على الفَرْقِ ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٤٢ / أ) .

(٢) في (أ) : « مذكورة »

(٣) في (ب) : « بإرساله وبإشارته » .

فروع

الأول : لو استرسل بنفسه ، فأغراه ، فازداد عَدْوًا : ففي الحلِّ وجهان (١) . فلو زَجَره فلم يَنْزَجِر ، فأغراه فازداد عَدْوًا : فوجهان مرتبان ، وأولى بالتحريم . ويَنْبني عليه ما لو كان الإرسالُ من مسلمٍ ، والإغراءُ من مجوسيٍّ ، أو العكس ، لكن يظهر أثره في المِلْك (٢) . ومأخذُ الكلِّ أن الافتراس يُحَال على فِعْله ، أو على إغراء المغْرِي ؟ وعليه يُخَرَّج ما لو أغرى أجنبيٌّ كلبًا استرسل بإشارة مالِكه ، فإنْ أَحَلْنَاه على الإغراء ، فقد اصطاد بكلبٍ مغصوبٍ ، وفيه وجهان (٣) :

(١) والأصح أنه لا يحل . انظر الروضة (٣ / ٢٤٩) ، والمنهاج ص (١٤١) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وينبني عليه ما لو كان الإرسالُ من مسلم ، والإغراءُ من مجوسي أو بالعكس ، لكن يَظْهر أَثَرُه في الملك) فقولُه هذا : سهوٌ أو سَبْقُ قلمٍ ، وإنما موضعُ ذكر هذا ، في المسألة التي بعدها ، وهي ما إذا أرسله المالكُ وأغراه أجنبيٌّ ، فأثرُ الخلافِ في هذا لا يظهر في الحل كما في المسألة الأولى ، فإنه لا خلافَ فيه في الحل على ما لا يخفى ، وإنما يظهر أثره في الملك في الصيد وأنه للمالك أو للأجنبي المُغْرِي ؟ فَعدلَ صاحبُ الكتاب في ذِكْره ذلك عن هذه المسألة إلى مسألة المجوسي ، والخلافُ في مسألة المجوسي جارٍ فى الحل كما في الأولى . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٢ / ب) .

(٣) قال الحموي : « قوله : (وينبني عليه ما لو كان الإرسال من مسلم والإغراء من مجوسي أو بالعكس ، لكن يظهر أثره في الملك ، ومأخذ الكل أن الافتراسَ يحال على فعله أو فعل المغري ؟ وعليه يخرج ما لو أغرى أجنبيٌّ كلبًا استرسل بإشارة مالكه ، فإن أحلناه على الإغراء فقد اصطاد بكلب مغصوب ، وفيه وجهان) .

قلت : ذكر الشيخ أنه بمجرد الإغراء يكون غاصبًا ، وليس المفهوم من ضوابطه ذلك في باب الغصب ، ثم بتأمل ذلك فيه ، فإنه لابد أولًا من دخوله تحت اليد ، والذي ذكره الأصحاب في صورة : « غَصَب كلبًا وأَرْسَلَه وحصل به صيدٌ ، فهل يكون ذلك له أو للمالك ؟ فيه وجهان » وإذا كان كذلك كان ما ذكره الشيخ في الوسيط مخالفًا للمنقول لما علم .

قلت : أمكن أن يجاب عنه بأن يجمع بينهما ، بأن نفرض أن إنسانًا غصب كلبًا خرج عن يد غاصبه ولم يدخل تحت يد مالكه ، ثم إن مالكه أرسله بإشارته ، ثم إن غاصبه أغراه بعد ذلك ، فعلى هذا صح أن مالكه وغاصبه أغراه قبل دخوله في يد مالكه ، فعلى هذا يكون موافقًا لسائر الكتب كما لا يخفى .

قلت : والجواب الصحيح أن يجري على ظاهره ، فإنه لما [كان] الملكُ على الصيد يثبت بمجرد الإيجاب وإن لم يَقْتَضِه ، كان غصبُ الكلب على هذا الوجه كذلك ، وما ذكره الأصحاب مثالًا آخر كما لا يخفى ، وذلك لا ينفي ما ذكره الشيخ من المثال المذكور ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٨٣ / أ ، ١٨٣ / ب) .

أظهرهما [1] : أن الصيدَ للغاصب ، والكلبُ المغصوبُ كالسكينِ المغصوب .

والثاني : أنه يتبع الكلبَ ، لكن في صورة الإغراء يظهر كونُه للمالك [2] . ويحتمل الإحالة عليهما حتى يكون مشتركًا هاهنا ، وعند إغراء المجوسيِّ يحرم .

الثاني : إذا رمى سهمًا وكان يقصر عن الصيد ، فساعدت ريح [3] من ورائه وأصاب : حَلّ [4] . ولو انصدم بجدارٍ فارتدَّ إلى الصيد وجرح ، فوجهان [5] ؛ لأنَّ فِعْلَه انتهى لمصادمة الجدار [6] من وجه . وأما حركاتُ الذبح ، فلا تدخل تحت الضبط ؛ فلا يلتفت إليها .

الثالث : لو نزع القوسَ لِيَرمِيَ ، فانقطع الوتر وارتمى السهمُ فأصاب ، فوجهان :

أحدهما : أنه يحلُّ ؛ لأنه حصل بفعله [هو] [7] وعلى وَفْقِ شهوته [8] .

والثاني : لا ؛ لأنه لم يكن على وَفْقِ قَصْدِه .

المتعلّق الثاني : أن يَقْصد جنسَ الحيوان .

فلو رمى سهمًا في خلوة ، وهو لا يقصد صيدًا ، فاعترض صيدٌ وأصاب : حَرُمَ ، وكذا لو كان يُجِيلُ سَيْفَه [9] فأصابَ حَلْقَ شاةٍ .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أصحهما » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة (٣ / ٢٥٠) .

(٣) في (أ) : « فَسَاعَدَه ريحٌ » . وفي (ب) : « فساعد ريحٌ » .

(٤) قال ابن الصلاح : « هذا فيه نظر كما قال شيخُه ، ولكن الحل مقطوعٌ به من غير ذكرِ خلافٍ في كتاب الفوراني ، وبحر المذهب ، والتهذيب . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٢ / ب) .

(٥) والأصح الحل كما في الروضة (٣ / ٢٥٠) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بمصادمة الجدار » .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٣ / ٢٥٠) .

(٩) يُجِيلُ سيفَه : أي يُدِير سيفَه . والإجالة : الإدارةُ . قاله ابن الصلاح في المشْكِل .

أما نِيَّةُ الذَّبحِ ، فلا تُشْترط بعد تعلُّقِ القصدِ بالعين . بيانُه : أنه لو رمى إلى شيءٍ ظنَّه حجرًا ، فإذا هو صيدٌ : فهو حلالٌ . ولو قطع في الظلمة شيئًا لَيِّنًا قصدًا ، فإذا هو حَلْقُ شاةٍ : فحلالٌ ما لم يَعْتقد أنه حلقُ آدميٍّ أو فِعْلُ حرامٍ ، فإنْ ظنَّ ذلك ، فالظاهرُ أنه حلالٌ ، ولا يُعْتبر ظَنُّه . ومنهم من قال : يحرم إذا اعتقدذلك ، وينقدح ذلك [(١)] في ظنّه آدميًا أو ما يَحْرُم ذَبْحُه . أما لو ظنه خنزيرًا فينبغي أن يحِلَّ قطعًا ؛ لأنه لم يَظُنَّ تحريمَ الذبح ، بل تحريمَ اللحم .

المتعلق الثالث : عين الحيوان .

فلو رمى بالليل إلى حيث لا يراه ، لكن يقول : ربما يصيب صيدًا ، فاتفق أنْ أصاب ، ففيه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : التحريم ؛ لأن تعلُّقَ القصدِ بالذبيح – مع عدم الإدراك – محالٌ [(٢)] .

والثاني : يحلُّ ؛ لأنه قَصَدَ الذبْحَ .

والثالث : أنه إنْ رمى حيث يغلب وجودُ الصيد : حَلَّ . وإن اتفق نادرًا ، فهو عَبَثٌ ؛ فلا يَحِلُّ .

وعلى هذا يُخَرَّج رَمْيُ الأعمى واصطيادُه بالكلب .

أما إذا قَصَدَ سِرْبًا من الظِّباء [(٣)] ، ورمى ، فأصاب واحدًا : حَلَّ ، وإن لم يقصد عَينَه ؛ فإنه قَصَد الجنس وإن لم يَقْصد العينَ .

أما القصاص في مثل هذه الصورة فقد يَسْقط على رأيٍ ؛ للشبهة [(٤)] .

---

(١) كلمة : « ذلك » ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٣ / ٢٥١) .

(٣) قال ابن الصلاح : « السِّرْب من الظباء ونحوها من الوحوش : هو بكسر السين المهملة . والسَّرْب من الإبل ونحوها الماشية ، هو بفتح السين وإسكان الراء » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٢ / ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأما القصاص في مثل هذه الصورة فيسقط على رأي للشبهة) وقد قطع في القسم الثاني من كتاب « الجراح » في مسألة المنجنيق بسقوط القصاص فيما إذا قصد الرماة بالمنجنيق واحدًا لا بعينه ، وكذا في المُكْرَه على قتلِ أحدِ الرجلين . وكان في النفس شيءٌ من نَقْلِه الخلافَ هاهنا حتى وقعتُ على نقْلِ صاحب « التتمة » وجهين في وجوب القصاص فيما إذا رمى قاصدًا أحدَ الرجلين لا بعينه ، أو واحدًا لا بعينه من جماعة يراهم . والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٢ / ب) .

ولو عَيَّنَ ظبيةً من السِّرْب [١] ، فمال السّهْمُ إلى غيرها ، ففيه ثلاثةُ أوجه ، يُفَرّق في الثالث بين أن يُصيب ظبيةً من غير هذا السّرْب أو من هذا السّرْب [٢] .

ولو قصد حجرًا ، فأصاب ظبيةً ، فوجهان مرتبان ، وأولى بالتحريم .

ولو ظَنَّ أن الحجرَ ظبيةٌ ، فمال السهمُ إلى ظبية ، فالجوازُ أولى .

ولو قصد خنزيرًا ، فمال إلى ظبية فوجهان ، وأولى بالتحريم .

هذا بيان القصد .

أما قولُنا : (حَصَل الموتُ به) أردنا به أنه لو أصاب / فمات الصيد بصدمة أو افتراسِ سَبُعٍ لم يحلَّ . وكذلك لو غاب عن بصره ، فأدركه ميتًا وعليه أَثَرُ صدمةٍ أو جراحة أخرى : حرم . وإن لم يظهر أثرٌ آخرُ ، فقولان : ٢٧٢/ب

أحدهما : أنه لا يحل ، فإنه لا يدري إذْ لم يَمُتْ بين يديه .

والثاني : أنه يَحِلّ ؛ حوالةً على السبب الظاهر [٣] .

ولذلك تُوجَب غرة الجنين والقصاص بالجرح وإن أمكن الموتُ فجأةً بسببٍ آخر .

أما التسميةُ فليستْ شرطًا عندنا [٤] للذبح والاصطيادِ ، ولكن تستحب عند الذبح ، وعند الرَّمْيِ ، وعند إرسالِ الكلب . فلو سمَّى عند عضِّ الكلب ، ففي تأدِّي الاستحباب به خلافٌ .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « في السرب » .

(٢) والأصح من هذه الأوجه الثلاثة : الحل . انظر : الروضة (٣ / ٢٥٢) . المنهاج ص (١٤١) .

(٣) قال النووي (رحمه الله) : الحل هو الأصح دليلًا . انظر الروضة (٣ / ٢٥٣) .

(٤) كلمة : « عندنا » ليست في (أ) ، (ب) .

النظر الثاني من الكتاب

في أسباب الملك

(وفيه فصلان)

الأول : في السبب .

وهو إبطالُ مَنَعَةِ [(١)] الصيد بإثباتِ اليدِ عليه ، أو ردّه إلى مَضِيقٍ لا يتخلص [(٢)] ، أو إزمانه [(٣)] ، أو قَصِّ جناحِه . أما إذا اضطره إلى مضيق له مَخْلَصٌ ، فأخذه غَيْرُه ، فهو للآخذ .

ثم الأسباب التي تُقِيد الملك [(٤)] تنقسم (° فيما يعتاد °) ذلك به كالشبكة : فيكفي وقوعُ الصيدِ فيه لحصولِ الملك . أما ما لا يعتاد ، كما لو توحَّل الصيد في زرعٍ سقاه لا للصيد ، أو دخل دارَه ، أو عشش الطائرُ في داره : فالمذهبُ أن الملك لا يحصل بمجرده وإن كانت تحت قدرته ؛ لانه لم يَقْصِدْه . نعم هو أولى به ، لكن لو أخذه غيرُه كان كما لو أحيا أرضًا يحجرها غيرُه ، وهاهنا أولى بحصول الملك ؛ لأنَّ التحجرَ مقدمةُ الإحياء فهو قَصْدٌ ما ، وبناءُ الدار ليس بقصدٍ للصيد .

ولو قصد ببناء الدار تعشيشَ الطائر ، فهل يَمْلِكه ؟ ، فيه وجهان [(٦)] ؛ لأن هذا سببٌ غَيْرُ معتادٍ . ومن أصحابنا من ذكر وجهًا : أنه يملك بدخول ملكه وإن لم يقصد . وهو ضعيفٌ .

ثم إن قلنا : لم يملك ، فلو أغلق البابَ قَصْدًا : ملك ، وإن كان عن وِفاقٍ فلا . ولو انسلَّ عن

---

(١) في النسخ الثلاثة : « منفعة » وهو خطأ ، والصواب المثبت . وقال ابن الصلاح : « قوله : (إبطال مَنَعَةِ الصيد) المنعة : بفتح النون على مثال : شجرة ، وهي القوة المانعة . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٣ /أ) .

(٢) أي لا يتخلص منه .

(٣) يعني إتعابه وإثقاله من الألم بسبب الرمي .

(٤) وفي نسخة أخرى « تُقِيد الصيد » كذا على هامش الأصل . وقال ابن الصلاح : « قوله : (تقيد) هو بالقاف ، أي : تضبطه وتمسكه . وفيه إشعارٌ بأن ما أطلقه من دخول الصيد داره ، وتعشيش الطائر في داره ، ليس على إطلاقه بل صورته ما ذكره شيخه ، وهي ما إذا دخلت ظبيةٌ دارَه فأغلقَ البابَ عليها وفاقًا ، أي من غير شعور منه بالظبية وقَصْدٍ لها ، وأما إذا عشش الطائرُ في داره وبَاضَ ، وفرخ ، فهل يملك بذلك بيضَه وفرخَه ؟ والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٣ / أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تنقسم إلى ما يعتاد » .

(٦) والأصح أنه يملكه انظر الروضة (٣ / ٢٥٥) .

يده شبكةٌ ، فتعقَّل بها صَيْدٌ ، ففيه وجهان (١) . ولو دخلت سمكةٌ بركةَ إنسانٍ : فإن سدَّ المنافذَ وهو ضيقٌ : مَلَكَ ، وإن كان واسعًا لم يملك ونُزِّل منزلةَ التحجر (٢) .

هذا هو سبب الملك . أما زواله ، فلا يزول المِلْكُ بانفلاتِ الصيد عن يده ، أو عن شبكته ، ولا بإطلاقه إياه . ولو قَصَد تحريره ، ففيه وجهان :

أحدهما : أن ملكه قائم ، كما لو أعتق حماره (٣)

والثاني : أنه يزول ؛ لأن للصيد مَنَعَةً واستقلالًا .

ولو أعرض عن كسرةِ خُبْزٍ ، فأخذها غيرُه ، فهل يملك ؟ ففيه وجهان مرتبان وأولى بأن لا يملك (٤) .

---

(١) والأصح أنه لا يملك بذلك انظر الروضة (٣ / ٢٥٥) .

(٢) قال الحموي : « قوله : (ولو دخلت سمكة بركة إنسان ، فإن سد المنافذ وهو ضيق مَلَكَ ، وإن كان واسعًا لم يملك وننزله منزلة المتحجر) .

قلت : ما ذكره الشيخ في أول النظر الثاني من الكتاب في أسباب الملك ، وهو إبطال منفعة الصيد بإثبات اليد عليه ، أو بردِّه إلى مضيق لا يتخلص منه ، أو لزمانةٍ ، أو قص جناحه ، أما إذا اضطر إلى مضيق له مخلصٌ وأخذه غيرُه بذلك فهو الآخذ ، وذلك مناقض لقوله : (وإن كان واسعًا فإنه لا يملك بذلك) مع وجود ما ذكره في قيده من حيث إنه قال : (أورده إلى مضيق لا يتخلص منه أو لزمانةٍ) وإذا كان كذلك لم يجز أن يدخل في الملك ؛ لما ذكره في قيده .

قلت : فيه جوابان : أحدهما : أنه جعل هذا الفصل في أسباب الملك ، وأسبابه تنقسم إلى قسمين : منها ما يوجد الملكُ فيه عقيب السبب ، ومنه ما يتأخر الملك عنه كالتحجر ، فعلى هذا إذا كان واسعًا كان أحقَّ به من غيره كما لا يخفى ، وإذا كان كذلك لم يكن بينهما مناقضةٌ لمن يتأمل ما أشرنا إليه . الجواب عن الثاني : أنه ذكر في قيده الردَّ مع كونه لا يتخلص ، ولا شك أن هذا المذكور لم يوجد منه التضييق ؛ لما عُلِمَ من أن البركة إذا كانت ضيقةَ المنافذ فإنه يملك بالاتفاق ، ويخالف ما إذا كان واسعًا يَعْسُرُ دخولُه تحت اليد ، كما لا يخفى ، وهذا إشكال ضعيف جدًا كما لا يخفى ، ولذا ذكرناه لكون بعضهم يستشكله .

وجملة ذلك أن هذه المسألة ثلاثة أقسام : قسم اجتمع فيه التضييقُ وعدم التخلُّص ، وهو متفق عليه ، وقسم وُجِد فيه الامتناعُ مع التضييق ، فإنه لا يملك بمجرد ذلك حتى يهيؤها للدخول [تحت يده] ، وإن لم يفعل ذلك كان لغيره أن يأخذها ، وقسم وجد التضييق لكن له تخلص ، ولكن إذا أخذه غيرُه مَلَكه ؛ لأن وجود [هذا] التضييق كعدمه إذا كان له منفذ » . إشكالات الوسيط (ق ١٨٣ / ب - ١٨٤ / ب) .

(٣) والأصح أنه لا يزول ملكه وهو المنصوص ، انظر الروضة (٣ / ٢٥٦) .

(٤) قال النووي (رحمه الله) : « الأصحُ أنه يملك الكسرة والسنابل ونحوها ، ويصحُ تصرفُه فيها بالبيع وغيره . وهذا ظاهرُ أحوالِ السلف ، ولم يُحْكَ أنهم مَنَعوا مَنْ أخذ شيئًا من ذلك من التصرف فيه . والله أعلم » . الروضة (٣ / ٢٥٧) . =

ولو أعرض عن إهابِ ميتةٍ ، فدبغها إنسانٌ ، ففيه وجهان مرتبان وأولى بأن يملك ؛ لأن الملك كالمستحدث بالدباغ .

فرع : إذا اختلط حمامُ برجٍ مملوك ، بحمامِ برجِ آخر [١] ، وعَسرَ التمييز [٢] : فليس لكل واحدٍ بَيْعُ شيء منه إلا أن يَبيع من صاحبه ، ففيه وجهان ، ووجهُ جوازِه - مع عُسْرِ التعيين - الحاجةُ .

ولو توافقا على بَيْعِ الكلّ - أو البعض - من ثالث ، وكانا يعلمان العددَ ، أو القيمة [٣] - حتى يُوَزَّع عليه - جاز . وإن جهل ذلك لم يَجُزْ ؛ إذ لا يدري حصة كل واحد ، والصفقةُ تتعدد بتعدد البائع وإن تصالحا على شيء ، صَحّ البيعُ واحتمل الجهل بقدر المبيع [٤] . أما إذا اختلط حمامات مملوكة بحمام بلدة ما فلا يحرم الصيد إذا كان المباح غير محصور ، وإن اختلط بمباحٍ محصورٍ : حَرُمَ ؛ كأختٍ من الرضاع اختلطت بنسوة . وإن اختلط حماماتُ بلدةٍ لا تُحْصَى بحمامٍ [٥] بلدة لا تحصى : ففيه وجهان ، ووجْهُ المنع أن نسبةَ ما لا يُحصى إلا ما لا يُحصى كنسبةِ المحْصَى إلى المحصَى .

* * *

= وقال ابن الصلاح : « قوله : (ولو أعرض عن كسرة خبزة ، فأخذها غيره فهل يملكها ؟ فيه وجهان مرتبان وأولى بأن لا يملك) : لك أن تقول : هذا الخلاف ، هو في حصول الملك للآخذ ، فكيف يترتب على الخلاف في زواله هناك ؟ وجوابه : أن الخلاف في حصول الملك يتضمن الخلافَ في زوال الملك ؛ لأن من قال : يحصل الملكُ بأخْذِ الكسرة ، فقد قال بزوال ملك المعرض .

ثم اعلم أنه - وإن لم يحصل الملك - فظاهرُ المذهب حصولُ الإباحة بذلك ، وكذلك التقاط السنابل المحكي عن جماعة من الصالحين من هذا القبيل والله أعلم » . مشكل الوسيط جـ٢ (ق ١٤٣ / أ) .

(١) كلمة « برج » مضاف ، وكلمة « آخر » مضاف إليه ، وليست نعتًا لكلمة « برج » . أشار إليه ابن الصلاح في مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٣ / أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : قوله : (وعَسرَ التمييزُ) كذا قاله شيخه أيضًا ، والصواب عبارةُ غيرِهما وهي « ولا يُمْكِنه التمييز » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٣ / أ وما بعدها) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وكانا يَعْلَمان العددأ والقيمة) وقع في النسخ « أو القيمة » بحرف « أو » . وصوابُه « والقيمة » بحرف « الواو » ؛ لأن العددَ وحدَه لا يمكنُ التوزيعُ عليه ، على ما لا يخفى . فالقيمةُ عليها الاعتمادُ في التوزيع ؛ لأن معرفة « القيمة » تقع كثيرًا في مثل هذه الواقعة مرتبطةً بمعرفة « العدد » ، مثل أن يعْلما أن لأحدهما خمسين حمامة ، وللآخر مائة ، وقيمةُ كلِّ حمامةٍ درهمٌ مثلًا . والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٤٣ / ب) .

(٤) يعني به البيع الذي تضمنه الصلحُ ؛ لأن هذا الصلح بَيْعٌ في الحقيقة والله أعلم . (المشكل جـ ٢ ق ١٤٣ / ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بحمامات » .

الفصل الثاني
في الازدحام على الصيد

وله أحوال :

إحداها : في التعاقب في الإصابة . فإذا رَمَيَا صيدًا ، فأصاب وأحدُهما مُزْمِنٌ والآخرُ جارحٌ ، فالصيدُ للمزْمِن . فإنْ سبقته الجراحةُ ، فلا شيء على الجارح . وإن لحقت [1] ، فقد جرحتْ [2] صيدَ الغيرِ ؛ فعليه أَرْشُ النقصانِ إن لم يُذَفِّف . وإن ذَفَّفه ، وكان في الصيد حياةٌ مُسْتقِرّة ولم يُصِبِ التذفيفُ المذْبَحَ - فهي ميتةٌ ، وعليه قيمتُه ؛ لأنه ذَبْحٌ في حيوانٍ مقدورٍ عليه في غير المذبح . وإن أصاب المذْبَحَ حلَّ .

وهاهنا أدنى نظرٍ ؛ إذْ مَنْ رَمَى شاةً ، فأصاب حَلْقَه ، ففي حصولِ الحلِّ احتمالٌ ، لاسيما إذا لم يقصد المذبح لكنْ أصابَه ، ولعلّ الأظهرَ حِلُّه .

أما إذا لم يكن الجرحُ الثاني مُذَفِّفًا ، ووقع على غير المنحر ، وتَرَكَ الصيدَ حتى مات بالجرحين ، ففي القدر الواجب [3] من الضمان على الثاني نَظَرٌ يَنْبني [4] على مسألة ، وهو أنه لو جرحَ عبدًا أو بهيمةً - قيمتُه عشرةٌ - جراحةً أَرْشُها دينارٌ ، فجرحَ آخرُ بعده ما أَرْشُه أيضًا دينارٌ ، ومات من الجرحين / ففيما يجب عليهما خمسةُ أوجهٍ ، لا يَنْفكّ وجهٌ عن إشكال : ٢٧٣/أ

الأول : أنه يجب على الأول خمسةٌ ؛ لأنه شريكٌ في عبدٍ كان قيمتُه عند جنايتِهِ عشرةً ، وعلى الثاني أربعةٌ ونصفٌ ؛ لأنَّه شريكٌ في عبد كان قيمتُه عند جراحتِه تسعةً ، وهذا باطلٌ قطعًا ؛ لأنّ فيه تضييعَ نصفِ دينارٍ على المالك ، إذْ كان قيمةُ العبدِ عشرةً ، وقد فَاتَ بجنايتهما .

والثاني : أنه يجب على كلِّ واحدٍ خمسةٌ ، وهذا أيضًا باطلٌ ؛ لان التسوية بين الثاني والأول مُحَالٌ وكان وقتَ جنايةِ الثاني قيمتُه تسعةٌ ، فكيف يغرم أكثر من أربعةٍ ونصفٍ ؟!

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وإن تعقبت » .
(٢) في (ب) : « فقد جرح » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « ففي قدر الواجب » .
(٤) في (ب) : « يبني » .

والثالث - وهو اختيار القفال - : أن على الأول خمسةً من حيث هو شريك ، وعليه أيضًا نصفُ دينار ، وهو نصفُ أَرْشِ جنايته ؛ لأنه حصل منه نصفُ القتل ، فلا يندرج تحته إلا نصفُ الأرشِ ، ويَبْقى النصفُ الآخر ، وعلى الثاني خمسةٌ ونصفُ دينارٍ ، وهو نصفُ أرشِ جراحتِه ، وأربعةٌ ونصفٌ هو نصفُ قيمةِ العبدِ عند جنايته . وقال : ليس في هذا إلا زيادةٌ على العشرة ، وذلك لا يَبْعُد ؛ إذْ لو قطع يَدَيْ عبدٍ ، وقَتَلَه غيرُه ، كان ما يجب عليهما أكثر من القيمة . وهذا فاسدٌ ؛ لِمَا فيه من الزيادة ؛ ولأن الأَرْشَ لا يُعْتبر عند سِرَاية الجنايةِ أصلًا ، سواءٌ كان الجرحُ مع شريك أو لم يكن .

الرابع : قال أبو الطيب بن سلمة : « ماذكره القفالُ صالحٌ لِأَنْ نجعلَه أصلًا للقسمة [1] حتى لا يُؤَدّي إلى الزيادة ، فتتبسط الأجزاءُ آحادًا [2] ، فيكون المجموع أحدًا وعشرين جزءًا ، فتبسط العشرةُ عليها ، فيجب على الأولِ أحد عَشَرَ جزءًا من أحدٍ وعشرين جزءًا [3] من عشرة ، وعلى الثاني عشرةُ أجزاء من أحد وعشرين جزءًا من عشرة ، ولا يؤدي إلى الزيادة » . وهو فاسدٌ لأنه بناءٌ على تمييز الأرش واعتبارِه مع سِرَاية الجناية .

الخامس - وهو اختيارُ الإمامِ وصاحبِ التقريب - أن الثاني لا يلزمه أكثر من أربعةٍ ونصفٍ [4] . أما الأولُ فعليه خمسةٌ ونصفٌ لإتمام القيمة ؛ لأنه كان تسبَّبَ [5] إلى الفوات لولا الثاني ، فما لا يمكن تقريرُه على الثاني يبقى عليه . وهذا أيضًا لا يخلو عن محال ،

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال أبو الطيب بن سلمة : ما ذكره القفال صالح لأن نجعله أصلًا للقسمة ..) هذا عجبٌ ؛ فإن أبا الطيب بن سلمة قبل القفال بمدة . ثم ما حكاه عن القفال ، قد حكى غيْرُه عنه غَيْرَه . والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٣ / ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (فتبسط الأجزاء آحادًا) عبارة غير مرضية ، وإنما يقال : تبسط الآحاد أجزاءً ، أو (تجعل الأجزاء آحادًا) . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٣ / ب) .

(٣) في (ب) : « من واحد وعشرين جزءًا » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أن الثاني لا يلزمه إلا أربعة ونصف » .

(٥) في (ب) : « سببًا » .

ولكنه أقرب (١) ، أما الزيادةُ على العشرة ، أو النقصان منها ، أو التسويةُ بين الشريكين ، فظاهرُ البطلانِ (٢) .

المسألة بحالها ، لو صَدَرَ إحدى الجراحتين من السيد جَرَتِ الوجوهُ ، لكن ما يقابل جناية السيد [فهو] (٣) مُهْدَر ، والباقي يجب .

رجعنا إلى مسألة الصيد ، منهم من قال : هو كالسيد والأجنبي . ومنهم مِن قطع بأنه يجب الجميعُ على الثاني ؛ لأنّ فِعْلَ المالكِ في الصيد ليس إفسادًا ، بل هو سببُ حِلٍّ وقد صار إفسادًا بجناية الثاني . وأما فِعْلُ السيد فإفساد . والصحيحُ هو وجهٌ ثالث ، وهو أنه إنْ قَدَرَ المالكُ على مبادرةِ الذبح ، فلم يفعل حتى مات بالجرحين ، ففعلُه إفسادٌ ، فهو كالسيد . وإن لم يَقْدِر ، ففعلُه مُخِلٌّ ، فعلى الثاني تمامُ قيمةِ الصيدِ المزمن .

فلو كان غير مزمن يَسْوَى عشرةً ، ومزمنًا تسعة ، قال الأصحاب : يجب تسعةٌ . واستدرك

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وهذا أيضًا لا يخلو عن محال ، ولكنه أقرب) المحالُ الذي فيه كونُه أسقط أرشِ جنايةِ الثاني ؛ لأنها صارت نفسًا ، والله أعلم .

ثم من عجب أنه ، هو وشيخه ، تَرَكا وجهًا سادسًا مشهورًا مذكورًا في طريقتي العراق وخراسان ، وهو الأقربُ والأصحُّ عند الشيخ أبي حامد الإسفرائيني وصاحب « المهذب » ، وصاحب « البحر » وغيرهم ، وقال صاحب « الشامل » فيه : قال أصحابنا : هو أصحُّ الطرق ، وهو ما صار إليه أبو علي بن خيران من أنه تُضَمُّ قيمتُه عند جناية الأول ،وهي عشرة – إلى قيمته عند جناية الثاني – وهي تسعة – فيكون ذلك تسعةَ عَشَرَ ، ثم تنقسم العشرةُ التي هي كمال القيمة على « التسعة عشر » فما يخص عشرةً منها يجب على الأول ، وما يخص تسعةً : على الثاني ، فهذا فيه الوفاءُ بإدراج أرش الجناية في بدل النفس ، وإيجابُ كمال القيمة من غير زيادةٍ عليها ولا نقصان ومن غير تسوية بين الجنايتين .

قال ابن الصلاح (رضي الله عنه) : غير أن فيه تغريمَ الأولِ أكثر من نصف القيمة مع أنه لم يُتْلِف إلا النصف ، وتغريمَ الثاني أكْثر من نصف قيمته حالة جنايته ، وهو محذورٌ أيضًا ، ولكنه أقرب وأقل من المحاذِر الواقعة في الوجوه الأخر . وإذا لم يكن بُدٌّ من مخالفة النظائر والقواعد لاختصاص الواقعة بما يقطعها عنها – فالاقتصارُ في ذلك على الأقلّ مُتعَيِّنٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٤٣ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فالظاهر البطلان » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

صاحب « التقريب » وقال : لو كان مذبوحًا يَسْوى [١] ثمانيةً ، فيلزمه الثمانيةُ ، ولكن الدرهم الذي نقص بالذبح ينبغي أن يُعْتبر فيه شركة المالك ؛ فإنَّ فِعْلَ المالك إن لم يعتبر في الإفساد ، فيعتبر في الذبح ، فإنه شريك في الذبح . وهو [٢] استدراكٌ حَسَنٌ [٣] .

الحالة الثانية : أن يُصِيبا معًا ، فالصيدُ بينهما إن تَسَاوَيَا في التذفيف والإزمان أو عدمه . وإن كان أحدهما لو انفرد لأزمن ، والثاني لم يزمن : قال الصيدلاني : فالصيد لمن يُزْمِن ولا ضمان على الثاني ، لأنه لم تتأخر الجراحة عن الملك .

ولو كان أحدهما مذففًا ، والآخر مزمنًا . فهو كما لو كان مذففين أو مزمنين فهو لهما ؛ إذ لكلِّ واحدٍ علةٌ مستقلة بالتملك .

وإن احتمل أن يكون الإزمان بهما أو بأحدهما ، فإن كان بأحدهما ولا يدري بأيهما ، فالصيد بينهما ، ولكن لابد أن يستحل أحدُهما الآخر ؛ تباعدًا عن الشبهة .

ولو علمنا [٤] أن أحدهما مُذَفِّف ، وشَكَكْنا في الآخر : قال القفال : هو بينهما . وزاد فقال : « في مثل هذه الصورة يجب القصاصُ على الجارِحَيْنْ » . وهذا في القصاصِ بعيدٌ مع الشبهة والحق ها هنا أن النصف للمذفف يقينًا ، والنصف الآخر موقوف بينهما ، فإن أَيِسْنَا عن التبيين ، فالوجهُ : قسمةُ النصفِ الآخر حتى يفوز المذففُ بثلاثة أرباع الصيد [٥] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « يساوي » . (٢) في (ب) : « وهذا » .

(٣) قال ابن الصلاح : « شَرْحُ ما ذكره من استدراكِ صاحب « التقريب » أنه حيث يختص بالضمان إذا كانت قيمة الصيد المزمن عند جنايته – تسعةً ، فقد قالوا : عليه جميع التسعة من حيث إن الإفساد حصل بجنايته ، وقيمتُه عند جنايته تسعةٌ ، وجراحةُ الأول إصلاحٌ ، فلا يُضَاف إليها شيء ، فاستدرك صاحب « التقريب » عليهم وصار إلى أنه تُعتبر قيمته مذبوحًا ، فإذا قيمتُه مذبوحًا ثمانية ، فالواجبُ على الثاني ثمانيةٌ ونصفٌ ؛ من حيث إنه يُحتسب شركةُ الأول في جهة الذبح وإن لم يحتسب في جهة الإفساد ، وقد نقص بالذبح عن قيمته مُزْمَنًا حَيًّا – درهمٌ . والأولُ المالكُ شريكٌ له في الذبح لحصول الموت بجرحهما ؛ فيسقط نصفُ الدرهمِ – لذلك – عن الثاني ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٣ / أوما بعدها) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإن علمنا » .

(٥) قال الحموي : « قوله فيه : (وإن علمنا أن أحدهما مذفف وشككنا في الآخر قال القفال : « هو بينهما » وزاد وقال – في مثل هذه الصورة : « يجب القصاص على الجارحين » وهذا في القصاص بعيد مع الشبهة . والحق هاهنا =

الحالة الثالثة : عَلِمْنا تعاقُبَ الجرحين ، وأحدُهما مزمنٌ والآخرُ مُذففٌ ، ولا نْدري سَبْق الإزمان ، فحرم بالتذفيف بعده ، أو [هو] (١) أو بالعكس : ففيه طريقان (٢) :

أحدهما : القطع بالتحريم ؛ تغليبًا / للحظر . ٢٧٣/ب

= أن النصف للمذفف يقينًا دون الآخر ؛ فإنه موقوف بينهما ... إلى قوله : والوجه قسمُ النصف الآخر حتى يقوم المذفف بثلاثة أرباع الصيد) .

قلت : المنقول عن الأصحاب وجهان فيها : أحدهما : ما ذكره القفال ، والثاني : أن يكون الجميع للمذفف يقينًا دون الآخر . أجرى ذلك ما لو تيقَّن الطهارةَ وشكَّ في الحدث ، فإنه يبني على الطهارة ، وإذا كان كذلك كان ما ذكره الشيخ مناقضًا لما ذكر في معظم الكتب ، ومن حيث إنه جعل الشكَّ مقاومًا لليقين وهو مرجوح كما لا يخفى .

قلت : لعل الشيخ اطلع على ذلك في بعض الكتب فذكره وهو محتمل ، ثم أقول : ما ذكره الشيخ وإن لم يكن منقولا فهو متجه لقائل وهو أوجه من الوجه الذي ذكره القفال ، فإنَّا لو علمنا بما ذكره القفال كان بينهما نصفين مع جواز أن يكون الكلُّ لأحدهما ويكون في يد الآخر الربعُ ، وعلى تقدير أن يكونا مُذَفِّفين يكون النصفُ يقينًا للمذفف ويكون النصفُ الآخر - وهو الربع - له أيضًا ، وعلى كلا التقديرين يكون لمن علمنا تذفيفَه ثلاثةُ أرباع له ويبقى ربع في يد الآخر ، وإذا كان كذلك كان أحدهما ظالمًا لا محالة بنصف ، وإذا ثبت هذا كان ما ذكره الشيخ أقربَ من حيث إنه بذلك يخرج عن عُهْدَةِ الظلم في البعض ، فعلى هذا يكون ما ذكره الشيخ ينبغي أن يستحل كلُّ واحد منهما صاحبه في الربع ، وعلى ما ذكره القفال يستحل صاحبَه في النصف ، وما ذكره الشيخ أولى وهو متوسطٌ بين الوجهين وهو متوجه جدًّا ، وإن لم يكن في معظم الكتب ، فإنه ذكر ذلك بطريق النظر ، وبه خرج الجواب .

فإن قيل : المنقول في الوسيط : (أنه يجب أن يستحل صاحبه) وفي الوجيز : (يستحب ذلك) لمن يتأمل ما ذكره ، وإذا كان كذلك كان بينهما نوعُ مناقضة كما لا يخفى .

قلت : أمكن أن يجاب عنه بأن يقال : ما ذكر فيهما ينبني على قاعدة ذَكَرَها الأصحاب ، وذلك أنه إذا اجتمع أصلٌ وظاهر كان فيه خلاف ، وفي مسألتنا كذلك فإنَّا إن راعينا براءة الذمة فالمستحب أن يستحل أحدهما الآخر ، وإن راعينا ظهور شغل الذمة ، فالواجب أن يستحل أحدهما الآخر ؛ إذ احتمالُ الشغل قائمًا لا سيما في حق المشكوك في تذفيفه ، وإذا كان كذلك لم يكن ما ذكره الشيخ مخالفًا ، وكان ما ذكره في الوجيز محمولًا على المعنى الأول ، وما ذكره في الوسيط محمولًا على المعنى الثاني ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٨٤/ب - ١٨٦ /أ) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فطريقان » .

والثاني : طردُ القولينِ كما في مسألة الإنماء [١] .

والأصحُّ الأول ، أما في مسألة الإنماء فلم نشاهد إلا السببَ المحلِّل ، والآخرُ مَوْهُومٌ . وأما هاهنا فليس كذلك .

الحالة الرابعة : تَرَتُّبَ الجرحانِ ، وحصل الإزمانُ بهما ، قال الصيدلاني : « الصيد » [٢] بينهما » . وهو القياسُ . وقال غيره : هو للثاني ؛ إذ حصل الإزمانُ عقيبه ، والأولُ ساعٍ لقاعد ، فعلى هذا لو عاد الأولُ وجَرَحَ ثانيًا : فجرحُه الأولُ مُهْدَرٌ ، وجرحُه الثاني مضمنٌ ، وقد فسد الصيدُ بالجراحات الثلاث كلها ، ففي قدر الواجب طريقان :

أحدهما : أنه [٣] يجب قيمةُ الصيد وبه الجراحةُ الأولى ؛ فإنه هدر ، والجراحة الثانيةُ فإنها من المالك .

ومنهم من قال : هو كما لو جرح عبدًا مرتدًا فأَسْلَم ، فجرحَه سيِّدُه ، ثم عاد الأولُ وجَرَح ثانيًا ، ففيما يلزمه وجهان :

أحدهما : ثلث الدية ؛ توزيعًا على الجراحات .

والثاني : رُبعُها ، توزيعًا على حالة الإهدار والعصمة .

ثم قسمة حصة العصمة على الجراحتين ، وقد ذكرنا ذلك في القصاص فكذلك هاهنا ، والله تعالى أعلم .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (كما في مسألة الإنماء) هي التي يُرْوى فيها عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أنه قال : « كُلْ ما أَصْمَيْتَ ودَعْ ما أَنْمَيْتَ » فالإنماءُ أن تُصيب الصيدَ ، ثم يغيب عن بصرك ثم تدركه ميتًا . والإصماءُ أن يأخذ الكلبُ – مثلًا – الصيدَ ، وأنت تراه وتَلْحقه وقد قَتَله . والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٤٤ / ب) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) كلمة : « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

كتاب الضحايا (1)

(1) الأضحية فيها لغات ، ومنها : أُضحية ، وإِضحية ، والجمع : أضاحي . وضَحِيّة ، وجمعُها : ضحايا . وأَضحاة ، وجمعها : أَضحى ، وبها سُمّي يوم الأضحى .

والأضحية في اللغة : اسم لما يُذْبح أيامَ الأضحى ، من تسمية الشيء باسم وقته وشرعًا : ذبح حيوان مخصوص بنية القربة في وقت مخصوص . أو هي ما يُذْبح من النَّعَم تقربًا إلى الله في أيام النحر . انظر : تصحيح التنبيه ص (٥٨) . القاموس المحيط ص (١٦٨٢) مادة (ض ح و) . مغني المحتاج (٤ / ٢٨٢) . حاشية ابن عابدين (٦ / ٣١١) .

الضحايا من الشعائر والسنن المؤكدة [١] ، فالضحيةُ بذبح شيء من النَّعَم يومَ النحر وأيامَ التشريق . قال رسول الله ﷺ : « عَظِّموا ضحاياكم ؛ فإنها على الصراط مَطَاياكم » [٢] .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : تجب على كلّ مقيمٍ مَلَكَ نِصابًا .

وعندنا لا تلزم إلا بالنَّذْر ، أو بأن يقول : جعلتُ هذه الشاةَ أُضحيةً . ولو اشتراها بنية الضحية لم تلزمْه بمجرد النية [٣] .

ثم من عَزَم على التضحية ، يُستحبُ له أن لا يحلق ولا يَقْلِم في عشر ذي الحجة [٤] ، لا

---

(١) في (أ) ، (ب) : « المذكورة » .

(٢) قال ابن الصلاح : « حديث : (عظموا ضحاياكم ؛ فإنها على الصراط مطاياكم) حديثٌ غير معروف ولا ثابت فيما عَلِمْناه ، والله أعلم . وقد قال شيخه [يعني إمام الحرمين] في تفسيره : قيل : تُهَيَّأ مراكب للمضحي يوم القيامة وقيل : المراد أن التضحية بها يسهل الجواز على الصراط ، والله أعلم » . مشكل الوسيط لابن الصلاح (جـ٢ ق ١٤٥ / أ) . وانظر التلخيص الحبير (٤ / ١٥٢) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن التضحية سُنة مؤكدة ، وشِعَارٌ ظاهرٌ ، ينبغي لمن قدر أن يحافظ عليها . وهو مذهب المالكية والحنابلة ، وفي مذهب الإمام مالك قوله بأنها واجبه على من وجد سعة من الرجال والنساء . انظر : الأم (٢/٢٢١) . التنبيه للشيرازي ص (٥٨) . الروضة (٣/١٩٢) . الغاية القصوى (٢/٩٧٩) . الكافي (١٧٣) . القوانين الفقهية ص (١٩١) الخرشي على مختصر خليل (٣/٣٣) . الشرح الكبير (٢/١١٨) . المقنع ص (٨٥) . زاد المستقنع ص (٥٦) . الدليل ص (١٢١) . بداية المجتهد (١/٤٥٩) . رحمة الأمة ص (١١٧) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أنها واجبة على المقيمين الواجدين من أهل الأمصار وغيرهم ، ولا تجب على المسافرين . وخالف أبا حنيفة في ذلك صاحباه أبو يوسف ومحمد ، فقالا بأنها سُنَّة . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣٠٠) . طريقة الخلاف ص (٢٨٨) . المبسوط (١٢/٨) . نتائج الأفكار (٩/٥٠٩) .

(٤) وفي ذلك حديث رواه مسلم في صحيحه (٣ / ١٥٦٥) (٣٥) كتاب « الأضاحي » (٧) باب « نَهْي من دخل عليه عَشْرُ ذي الحجة وهو يريد التضحية ، أن يأخذ من شعره أو أظافره شيئًا » حديث (١٩٧٧) بإسناده عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال : « إذا دخلت العشر ، وأراد أحدكم أن يُضَحّي ، فلا يَمَسَّ من شعره وبَشَره شيئًا » . وفي رواية أخرى « فلا يَأْخُذَنَّ شعرًا ولا يَقْلِمَنَّ ظُفرًا » .

للتشبيه بالحج [١] ؛ فإنه لا يمتنع من الطيب [٢] ، لكن على أكمل أجزائه ؛ إذْ قال [٣] عليه السلام : « أَكْبِرْ ضحيتَكَ يُعْتِقِ اللّهُ بكل جزء منها جزءًا مِنْكَ من النار » [٤] .

والنظر في أركان التضحية وأحكامِها . والأركانُ أربعة : الذَّبيح ، والذابح ، والذبْح ، والوقت .

الركن الأول : الذبيح [٥] . النظرُ في جنسه ، وصفته ، وقدره :

أما الجنس ، فلا يُجْزئ إلا النَّعَم ، وهو الإبل والبقر والغنم [٦] . وأما السِّنُّ فهو الجَذَعةُ من الضأن ، وهي التي استكملت سنةً وطعنت في الثانية . والثَّنِيَّةُ من المعز والبقر ، وهي التي طعنت في الثالثة . والثَّنيُّ من الإبل ، وهي التي في السادسة ، وهذه الأسنانُ فيها بلوغُ هذه الحيوانات ، فإنها لا تحمل [٧] ....

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لا للتشبُّه بالحج » .

(٢) في (أ) : « فإنه لا يمتنع الطيبُ » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وقال » .

(٤) قال ابن الصلاح : « هذا حديث غير معروف ، ولم نجد له سندًا يثبت به » وفي حكم المسألة حديث صريح صحيح ، وهو ما رويناه في صحيح مسلم عن أم سلمة (رضي الله عنها) ... » المشكل (ق ١٤٥/أ) .

قلت: وقد ورد معنى هذا الحديث في « العتق » ، وهو ما رواه الترمذي في سننه (٤ / ١٠٠)(٢١) كتاب « النذور والأيمان » (١٩) باب « ما جاء في فضل من أعتق » حديث (١٥٤٧) بإسناده عن أبي أمامة عن النبي ﷺ قال : « أَيُّما امرىء مسلمٍ أَعتق مسلما ، كان فِكاكَه من النار ، يجْزِي كلُّ عضو منه ، عضوًا منه ... » الحديث ، وقال الترمذي : هذا حديث صحيح غريب من هذا الوجه . قلت : وللحديث شاهد رواه أبو داود (٤ / ٢٧٥) حديث (٣٩٦٧) ، وابن ماجه (٢ / ٨٤٣) حديث (٢٥٢٢) من حديث كعب بن مرة .

(٥) الذَّبيح : على زنة « فعيل » بمعنى مفعول ، أي : مذبوح .

(٦) وهذا متفق عليه بين أهل العلم كما في بداية المجتهد (٥٠١/١) . وشرح السنة (٣٢٩/٤) .

(٧)في (أ) : « فإنها لا تحبل » .

ولا تَنْزُو قبلها (١) ، وقد ورد الخبر بها (٢) . ويستوي الذكرُ والأنثى بالاتفاق .

وأما الصفات ، فلا يُجْزِىء الناقصُ . والنقصان ينقسم إلى نقصانِ صفةٍ (٣) ، وإلى نقصانِ جُزءٍ (٣) أما نقصان الصفة ، فقد قال عليه السلام : « أربعٌ لا تُجْزِيء : العوراء البينٌ عَوَرُها ، والعرجاءُ البيّن عرجُها ، والمريضةُ البيّن مرضُها ، والعَجْفاء التي لا تُنْقِي » (٤) أي لا نِقْيَ لها ، وهو المخ . ونهى عن الثَّوْلاء (٥) ، وهي المجنونة التي تستدير في المرعى ولا ترعى ، فلابُدّ من بيان هذه الصفات .

أما المرض إذا (٦) لم يُفضِ بَعْدُ إلى الهزال ، لكنه في الابتداء : فالظاهر المنع ؛ للحديث . وفيه

---

(١) أي أنه في هذه السّن يمكن لهذه الحيوانات أن تحمل الإناث منها ، ويمكن للذكران أن يَنْزُوا ، أي يَثِبُوا على الإناث . والاسمُ : النِّزَاءُ . انظر : مختار الصحاح ص (٦٥٦) . المصباح المنير (٢ / ٩٢٨) .

(٢) روى مسلم في صحيحه (٣/ ١٥٥٥) (٣٥) كتاب « الأضاحي » (٢) باب « سِنّ الأُضحية » بإسناده عن جابر بن عبد الله مرفوعًا : « لا تذبحوا إلا مُسِنَّة ، إلا أن يَعْسُرَ عليكم ، فتذبحوا جَذَعَةً من الضَّأْن » .

(٣) في (أ) : « ونقصان جزء » .

(٤) حديث حسن صحيح : رواه أبو داود (٣ / ٢٣٥) (١٠) كتاب « الضحايا » (٦) باب « ما يكره من الضحايا » حديث (٢٨٠٢) . ورواه الترمذي (٤ / ٧٢) (٢٠) كتاب « الأضاحي » (٥) باب « ما لا يجوز من الأضاحي » حديث (١٤٩٧) . والنسائي (٧ / ٢١٤) كتاب « الضحايا » باب « ما نُهِي عنه من الأضاحي العوراء » . ورواه أحمد في مسنده (٤ / ٢٨٤) حديث (١٨٥٣٣) جميعًا من طرق عن شعبة عن سليمان عن عبيد عن البراء مرفوعًا به . قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

وقوله : « العَجْفَاء التي لا تُنْقِي » أي : الهزيلة التي ما بقي لها مُخ من ضعْفها وهُزَالها . ويقال : أَنْقَت الإبلُ وغيرها : أي سَمِنت وصار فيها نِقْيٌ . يقال : هذه ناقة مُنْقِيَةٌ ، وهذه لا تُنْقِي . انظر : مختار الصحاح ص (٤١٥) ، (٦٧٨) . القاموس المحيط ص (١٠٧٩) . طلبة الطلبة ص (٢١٧) . النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير (٣ / ١٨٦) .

(٥) الثَّوَل : هو استرخاءٌ في أعضاء الشاة خاصة بسبب داء يُشْبه الجنون ، فلا تتبع الغنمَ ، وتستدير في مرتعها ولا تَرْعي . انظر : مختار الصحاح ص (٩٠) . المصباح المنير (٢ / ١٣٩) مادة (ث و ل) . طلبة الطلبة ص (٢١٧) . النهاية لابن الأثير (١ / ٢٣٠) .

وقال ابن الصلاح : « قولُه : (ونهى عن الثولاء) لم أجده ثابتًا » . مشكل الوسيط (جـ٢ ١٤٥ / ب) .

(٦) في (ب) : « فإن » .

وجه : أنه [١] إنما يؤثر إذا ظَهر بها الهزالُ . والجرباءُ إن كثر جربها وفسد اللحم : فيمنع ، ومبادئه لا يؤثر [٢] .

وأما العرج ، فأدنى درجاته ما يمنع من كثرة [٣] التردد في المرْعَى ، وما دون ذلك لا يمنع . ولو انكسر رجلُها [٤] ، وقد أُضْجعت للتضحية باضطرابها ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا تجزىء ؛ للحديث [٥] .

والثاني : تجزيء ؛ لأن ما يكون من مقدمات الذبح لايُعتبر .

وأما العَوَرُ ، فلا يقدح ما دامت ترى بالعينين وإن كان عليها سواد [٦] . فإن زالت الرؤية بالفقء فلا تجزىء . وإن كان مع بقاء الحدقة ، فالظاهرُ المنعُ ؛ للحديث . وقال أبو الطيب بن سلمة [٧] : فإنه لا يؤثر في الهزال ، ولا في ظاهر الصورة . ويلزمه العمياء [٨] أيضًا ، إلا أنَّ العمى يؤثر في الهزال عى قُرْبٍ ، بخلاف العوراء [٩] .

وأما العجفاء ، فهي التي يأباها المترفهون في حالة رخاء الأسعار ولر كاكِة لحمها . وقيل : لا يؤثرذلك [١٠] .

---

(١) كلمة : « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) في الروضة (٣ / ١٩٤) أن الجرب يمنع الإجزاء ، كثيره وقليله ، كذا قاله الجمهور ، ونصّ عليه في الجديد .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ما يمنع كثرة ... » بدون كلمة « مِنْ » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لو انكسرت رجلها » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ؛ لأنه لا يشبه ما لو انكسرت رجلُ شاةٍ فبادر إلى التضحية بها ، فإنها لا تُجْزِي . انظر الروضة (٣ / ١٩٥) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (مادامت ترى بالعينين ، وإن كان عليها سواد) إنما يقال في هذا : عليها بياض ، وكأنه أراد : فيهما سواد ، أي ظُلْمَة والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٥ / ب) .

(٧) انظر ترجمته في القسم الدراسي .

(٨) في الأصل : « بالفَقْء » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) : « بخلاف العور » .

(١٠) في (أ) : « وقد قيل : لا تؤثر » .

وأما الثولاء[(١)] ، فإنها لا تجزىء ؛ لأنه يؤثر في الهزال على قرب ، وللتعبُّد أيضًا . وأما الأنثى والفحل - وإن كثرت ولادتها ونَزَوَانُها[(٢)] - فتجزىء إلا أن يتفاحش الهزالُ به . ولا يمنع منه كونُ لحمِه مُستكرهًا .

وأما الخَرْقاء والشَّرْقاء والمقَابَلَة والمُدَابَرَة ، فقد نهى عنها عليٌّ (رضي الله عنه)[(٣)] وقال : « أُمِرْنا باستشراف العين والأذن »[(٤)] ، أي بتأمُّلها وطَلَبِ سلامتها .

والخرقاءُ / هي المخروقة الأذن ، والشَّرْقاء هي المشقوقة الأذن ، والمقابلة [هي][(٥)] التي قُطِعت فلقةٌ من أذنها فتدلَّتْ من قُبَالة أذنها[(٦)] ، والمدابَرَةُ ما تدلت من دُبُرِ أُذنها ، وفي جملة ذلك طريقان : ٢٧٤/أ

أحدهما : أن فيه وجهين :

أحدهما : الجواز ؛ للقياس[(٧)] .

والثاني : المنع ؛ لِنَهْيِ عليٍّ (رضي الله عنه)[(٨)] .

---

(١) وهي المجنونة . انظر طلبة الطلبة ص (٢١٧) .

(٢) في (ب) : « ونَزَوَانه » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (فقد نهى عنها عليٌّ رضي الله عنه) هذا تقصير ؛ إذ جعلَه موقوفًا ، وهو مرفوع ... » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٥ / ب) .

(٤) حديث حسن صحيح : رواه أبو داود (٣ / ٢٣٧) (١٠) كتاب « الضحايا » (٦) باب « ما يُكْره من الضحايا » حديث (٢٨٠٤) بإسناده عن علي (رضي الله عنه) قال : أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والأذنين ، ولا نُضَحِّي بعوراء ، ولا مقابلة ، ولا مدابرة ، ولا خرقاء ، ولا شرقاء ... » ورواه الترمذي (٤ / ٧٣) (٢٠) كتاب « الأضاحي » (٦) باب « ما يكره من الأضاحي » حديث (١٤٩٨) . ورواه النسائي (٧ / ٢١٦) كتاب « الضحايا » باب « المقابلة » وهي ماقطع أذنها . ورواه ابن ماجه (٢ / ١٠٥٠) (٢٦) كتاب « الأضاحي » (٨) باب « ما يكره أن تُضحى به » حديث (٣١٤٣) . ورواه أحمد في مسنده (١ / ١٠٨) حديث (٨٥١) جميعا من طرق عن علي مرفوعًا به . وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « من قبالة الأذن » .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٣ / ١٩٦) . الغاية (٢ / ٩٨٠) .

(٨) في (ب) : « النهي ، لمنع علي رضي الله عنه » .

ومنهم من قال : جميعُ ذلك يجزىء[(١)] ، إلا إذا قُطع معظمُ الأذن ، أو القدر الذي يظهر على بُعْدٍ ، فذلك نقصانٌ في عضو يُقْصَد أَكْلُه ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن المصلومة والمستأصلة[(٢)] .

وإن قُطع [قدر][(٣)] يسير من الأذن فوجهان[(٤)] وقدر أبو حنيفة (رضي الله عنه) بثلث الأذن ، وقدر أبو يوسف (رحمه الله) بالنصف[(٥)] . وللشافعي (رضوان الله عليه) اختلافُ نصٍّ في التي لا أُذن لها ؛ فقيل : إن كان صغيرًا في الخِلْقة جاز ، وإن كانت سَكَّاء فلا[(٦)] .

فأما نقصان الأجزاء ، فلها صور[(٧)] :

---

(١) في (أ) : « لا يجزىء » وهو خطأ .

(٢) الحديث رواه أبو داود في سننه (٣/٢٣٦) (١٠) كتاب « الضحايا » (٦) باب « ما يكره من الضحايا » حديث (٢٨٠٣) بإسناده عن عتبة بن عبد السلمي قال : « إنما نهى رسول الله ﷺ عن المُصْفَرَّة ، والمُسْتَأْصَلة ، والبَخْقاء ، والمشَيّعَة ، والكسراء » .

والمصفرة : التي استؤصل أذنها حتى يبدو سِمَاخُها . والمستأصلة : التي استؤصِلَ قَرْنُها من أصله . والبخقاء : التي بَخِقَتْ عينُها أي : فُقِئَتْ . والمشيعة : التي لا تتبع الغنم عَجَفًا وضعْفا . والحديث سكت عنه أبو داود .

وقال الخطابي : « إنما سُميت الشاة التي استؤصلت أذنها ، مُصْفَرَّة ؛ لأن الأذن إذا زالت صَفِرَ مكانها ، أي : خلا . والمشيّعَة : التي لا تلحق الغنمَ لِضَعْفِها وهزالها ، فهي تشيعها مِنْ ورائها . وبَخَقُ العينِ : فقؤها » انظر حاشية سنن أبي داود (٣ / ٢٣٧) .

والمصلومة : المستأصلة الأذن . قاله ابن الصلاح في مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٦ /أ) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) والأصح أنه يُجْزِىء كما في الغاية القصوى (٢ / ٩٨٠) .

(٥) انظر في ذلك : المبسوط (١٢ / ١٥ ، ١٦) . نتائج الأفكار (٩ / ٥١٥) . وفي مختصر الطحاوي ص (٣٠٣) أن أبا يوسف قال : فذكرتُ قولي هذا لأبي حنيفة فقال : « قولى مِثْلُ قولك » قال الطحاوي : وبه نأخذ .

(٦) قال ابن الصلاح : « أراد بالسَّكَّاء ، التي لا أُذُنَ لها ، وهو صحيح من حيث اللغة ؛ فإنه مشترك ، يقال ذلك للصغيرة الأذنين ، ويقال أيضًا للتي لا أُذُنَ لها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٦ /أ) .

(٧) في (أ) : « فَلَه صور » .

الأولى : ما يقتطعه الذئب من فخذ الشاة فيمنع الإجزاء ؛ لأنه عضو أصليّ . ولو اقتلع أليته ، فوجهان [1] . ولو لم تكن [لها] [2] أَلْية في الخِلْقة ، فوجهان مرتبان ، وأولى بالجواز [3] . ووجه الجواز : أن المعز لا أَلْيَةَ له [4] ويُجْزِىء ، ولكن قد يُجاب بأن كثرة شحمه بَدَلٌ عنه .

الثانية : الصغيرة الضرع تُجزِىء ، وفي المقطوعة طريقان :

أَحدهما : أنه كالأَلْيَة [5] .

والآخر : أنه تُجزىء ؛ لأنه ليس من الأطايب المقصودة فهو كالخصاء [6] ، فإنه لا يمنع الإجزاءَ قطعًا [7] .

الثالثة : نُقصانُ القرن وانكسارُه لا يؤثر ، وكذا تناثرُ الأسنان ؛ إذْ لا يؤثر في اللحم [8] ، ولم يرد فيه حديثٌ ، بخلاف الأذن . وقيل : إنْ تناثَر جميعُ الأسنان لا يجزىء ، وإنْ تناثَرَ بعضُه أجزأ ، وهو بعيد .

وأما القَدْر ، فالشاة لا تجزىء إلا عن واحد [9] . ولو اشترك اثنان في شاة لم يُجْزِ . نعم ، قال رسول الله ﷺ لما ضحَّى : « هذا عن محمد وأُمَّة محمد » [10] وهذا اشتراكٌ في الثواب ، وهو

---

(١) والمذهب أنه لا تجزىءُ . انظر الروضة (٣ / ١٩٦) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) والأصح أنها تجزىء كما قاله الغزالي (رحمه الله) . انظر الروضة (٣ / ١٩٦) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لها » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لا ، كالألية » .

(٦) وفي نسخة أخرى « كالإخصاء » كذا على هامش الأصل .

(٧) في (أ) : « فإنه لا يمنع » بدون قوله : « الإجزاء قطعًا » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذ لا يؤثر في اللحم) يُفْهم منه أنه لو أثر في اللحم ، بأن أفضى إلى عَجَفٍ بين : منع ، وقد صرح بذلك شيخه . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٦ / أ) .

(٩) وهذا متفق عليه بين أهل العلم . انظر بداية المجتهد (١ / ٥٠٥) . رحمة الأمة ص (١١٩) .

(١٠) الحديث رواه أبو داود (٣ / ٢٤٠) (١٠) كتاب « الضحايا » (٨) باب « في الشاة يضحى بها عن جماعة » حديث (٢٨١٠) بإسناده عن جابر بن عبد الله قال : شهدتُ مع رسول الله ﷺ الأضحى بالمصلى ، فلما قضى خطبته ، نزل من منبره ، وأُتِيَ بكبش ، فذبحه رسولُ الله ﷺ بيده ، وقال : « بسم الله والله أكبر ، هذا عنّي وعمن =

جائز . ولو اشتركا في شاتين مَشَاعَيْنِ منهما (١) ، فوجهان . والبَدَنةُ تجزئ عن سبعة ، وكذا البقرة . ولو وَجَب عليه سَبْعُ شِيَاهٍ بأسباب مختلفة أجزأه بدنةٌ أو بقرةٌ ، إلا أن يكون من جزاء الصيد ، إذْ يُرَاعى فيه مشابهةُ الصُّورة ، فلا تُجزىء البدنة عن سبع ظباء .

ولا يُشْترط في الاشتراك في البدنة والبقرة أن يكونوا من أهل بيت واحد (٢) ، خلافًا لمالك (رحمه الله) (٣) . ولا أن يكونوا بأجمعهم مُتقَرِّبين خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (٤) . لكن من

= لم يُضَحِّ من أمتي » . ورواه الترمذي (٤ / ٨٥) (٢٠) كتاب « الأضاحي » . حديث (١٥٢١) . ورواه أحمد في مسنده (٣ / ٣٥٦) حديث (١٤٨٨٠) جميعا من طرق عن عمرو بن أبي عمرو عن المطلب عن جابر به . وقال الترمذي : هذا حديث غريب ، وقال ابن الصلاح : « ما ذكَره من تضحية رسول الله ﷺ عنه وعن أمته ، ثابتٌ من حديث جابر وغيره » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٦ / أ) .

(١) في (أ) ، (ب) : « بينهما » .

(٢) كلمة : « واحد » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا يشترط - في الاشتراك في الأضحية - أن يكونوا من أهل بيت واحد ، بل يستوي في ذلك أهلُ البيت الواحد ، وأهل القبائل المتفرقين . وهو مذهب الحنفية أيضًا . انظر : (١٢ / ١١) . الهداية مع تكملة فتح القدير (٩ / ٥١١) .

ومذهب المالكية : أنه يُشترط في الاشتراك في ثمن الأضحية - بقرةً أو بدنةً - ثلاثةُ شروط :

(أ) أن يسكن معه في موضع واحد .

(ب) أن يكون قريبًا .

(جـ) أن يكون تحت نفقته . انظر : الكافي ص (١٧٤) . القوانين ص (١٩١) . الشرح الكبير (٢ / ١١٩) . الخرشي على مختصر خليل (٣ / ٣٤) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه لا يشترط أن يكون المشتركون في الأضحية جميعًا متقربين بها إلى الله - عز وجل - بل يجوز أن يكون جميعهم متقربين بقربة متفقة أو مختلفة ، واجبة أو مستحبة ، أو كان بعضهم يريد اللحم . انظر : التنبيه ص (٥٨) . شرح السنة (٤ / ٣٥٦) . الروضة (٣ / ١٩٨) .

ومذهب الحنفية : أنه إذا كان في السبعة المشتركين في البدنة أو في البقرة ، من يريد نصيبه لحمًا ، لم تجزئ عن واحد منهم . وإنما تجزئ إذا كانت كلُّها لله - عز وجل - وإن كانت تُرَادُ منهم لوجوهٍ شتَّى من أسباب الحج وأسباب الضحايا . =

يطلب اللحمَ يُقَاسم إذا قلنا : القسمةُ إفرازٌ ، وإن قلنا : إنها بَيْعٌ ، فوجهان ، ووجهُ الجوازِ : الحاجةُ

هذا بيان الواجب . أما الاستحبابُ ، فالضأنُ أحبُّ من المعز ، وسَبْعٌ من الغنم أحبُّ من بقرة وبَدَنةٍ ، والبدنةُ أحبُّ من البقرة ، والأبيضُ أحبُّ من الأسود (١) ، وفي الخبر : « لَدَمُ عفراء أحبُّ عند الله من دم سَوْدَاوَيْنِ » (٢) . وقال الشافعي (رضي الله عنه) : « الأُنثى أَحبُّ من الذكر » فقيل : أراد به في جزاء الصيد ، إذْ يطلب منه القيمة ، وقيمةُ الأنثى أكثرُ ، وإلا فَلَحْمُ الذكرِ أطيبُ ؛ فهو أولى . وقيل : أراد الأنثى التي لم تلد ، فَلَحْمُها أطيبُ من الذكر .

وعلى الجملة : يُستحب استحسانُ الضحية واستسمانُها ؛ تعظيمًا للشعائر ، فإنها من تقوى القلوب ، و ﴿ لَن يَنَالَ ٱللَّهَ لُحُومُهَا وَلَا دِمَآؤُهَا وَلَٰكِن يَنَالُهُ ٱلتَّقْوَىٰ مِنكُمْ ﴾(٣) .

الركن الثاني : الوقت . ولا تُجزيء الضحيةُ إلا في يوم النحر وأيام التشريق . ودماءُ الجبرانات في الحج لا تختصُّ بوقت . وفي منذورات دماء الحج خلافٌ .

ثم النظر في أول الوقت وآخره . وأوَّلُه إذا مضى من يوم النحر بعد طلوع الشمس مِقْدارُ ما تزول كراهيةُ الصلاة وتَسَعُ ركعتين وخطبتين . ثم في وجهٍ : تعتبر ركعتان يقرأ فيهما « ق » و

= وقال زفر : لا يجوز إلا إذا كان قَصْدُهم جميعًا التضحيةَ فقط . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣٠٢) . المبسوط (١٢ / ١٢) . العناية على الهداية (٩ / ٥١٧) .

(١) في (أ) ، (ب) : « والأبيض أحب من السواد » .

(٢) حديث حسن : رواه الإمام أحمد في مسنده (٢ / ٤١٧) حديث (٩٣٩٣) بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « دم عفراء أحبّ إليّ من دم سوداوين » . ورواه الحاكم في مستدركه (٤ / ٢٢٧) بإسناده عن أبي هريرة أيضًا .

وقال ابن الصلاح : « وروي موقوفًا – أيضًا – عن أبي هريرة من قوله : « لَدَمُ بيضاءَ أحبُّ إليَّ من دم سوداوين » وذكر البخاري أنه لا يصح رفعُه إلى رسول الله ﷺ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٦ /أ) . والحديث حسّنه الشيخ الألباني كما في السلسلة الصحيحة (٤ / ٤٧٦) .

(٣) من الآية (٣٧) من سورة (الحج) .

« اقتربت » وخطبتين طويلتين ، كذلك فَعَلَ رسولُ الله ﷺ [(١)] . وفي وجهٍ : تكفي ركعتان خفيفتان وخطبتان خفيفتان ، لكن لا ينتهي إلى القناعة بأقل ما يجزىء . وقال المراوزة : يُعْتبر في الخطبة الخِفَّة ، وإنما الخلافُ في خِفَّة الركعتين ؛ لقوله (عليه السلام) : « قِصَرُ الخطبةِ وطولُ الصلاة مَئِنَّةٌ عن فِقْه الرجل » [(٢)] . وقيل : الخطبة لا تعتبر أصلًا ؛ لأنه [(٣)] ليس بركن .

وأما آخره ، فغروبُ الشمسِ من آخر أيام التشريق . وتصح التضحية في هذه الأيام ليلًا ونهارًا . وقال مالك (رحمه الله) : لا تجزىء بالليل . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا تُجْزىء في الثالث من أيام التشريق [(٤)] .

---

(١) وهذا الحديث رواه مسلم في صحيحه (٢/٦٠٧) (٧) كتاب « صلاة العيدين » (٣) باب « ما يقرأ به في صلاة العيدين » حديث (٨٩١) بإسناده أن عمر بن الخطاب سأل أبا واقد الليثي : ما كان يقرأ به رسول الله ﷺ في الأضحى والفطر ؟ فقال : كان يقرأ فيهما بـ ﴿ ق والقُرآنِ المجِيدِ ﴾ و ﴿ اقْتَرَبت السَّاعةُ وانْشَقَّ القَمَرُ ﴾ . ورواه الترمذي (٢/٤١٥) حديث (٥٣٤) . والنسائي (٣/١٨٣) . وابن ماجه (١/٤٠٨) حديث (١٢٨٢) جميعًا من طرق عن أبي واقد الليثي به .

(٢) حديث رواه مسلم في صحيحه (٢/٥٩٤) (٧) كتاب « الجمعة » (١٣) باب « تخفيف الصلاة والخطبة » حديث (٨٦٩) بإسناده عن عمار بن ياسر قال : إني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إنَّ طُولَ صلاة الرجل ، وقِصَرَ خطبته مَئِنَّةٌ مِنْ فقهه ، فأَطيلوا الصلاة ، واقصروا الخطبة ، وإن من البيان لسحرًا » . ورواه أبو داود مختصرًا (١/٦٦٢) حديث (١١٠٦) بلفظ : « أمرنا رسول الله ﷺ بإقْصَار الخُطَبِ » . ورواه أحمد في مسنده (٤/ ٢٦٣) حديث (١٨٣٤٣) وقوله : « مَئِنَّة » أي : علامة ومَظِنَّة ، ودلالة محققة لفقهه ، وأصلها من (إنّ) التي هي للإثبات والتحقيق . انظر مشكل الوسيط لابن الصلاح (جـ٢ ق ١٤٦ / ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأنها » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه يصح التضحية في أيام التشريق الثلاثة بعد يوم النحر ، ليلًا ، ولكن تكره التضحية والذبح مطلقا بالليل خشية الخطأ في الذبح ، ولأنه قد لا يشهد الأضحيةَ الفقراءُ والمساكين المحتاجون . انظر الأم (٢/٢٢٦) . التنبيه ص (٥٨) . الروضة (٣/٢٠٠) . الغاية (٢/٩٨١) . شرح السنة (٤/٣٢٩) . رحمة الأمة ص (١١٧) .

ومذهب الحنفية : أن الأضحية تجزئ في يوم النحر ويومين بعده ، ولا تجزئ في اليوم الثالث بعد يوم النحر . والذبح في الليل جائز مع الكراهة . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣٠١) . المبسوط (١٢/٩، ١٩) . نتائج الأفكار (٩/٥١٣) . المقنع ص (٨٤) . زاد المستقنع ص (٥٧) . دليل الطالب (١٢٣) . =

ثم من فاته فلا معنى لقضائه ، فإنه لابُدَّ من الصبر إلى العيد / الثاني ، وعند ذلك يقع عن حقِّ ٢٧٤/ب
الوقت [١] .

الركن الثالث : الذَّابح . وكلُّ من حَلَّ ذبيحتُه صَحَّ مباشرتُه للتضحية ، لكن لا يتصور الضحيةُ من العبد والمستولدة والمدَبَّر ؛ إذْ لا مِلْك: لهم على الصحيح . ولا تصحُّ من المكاتب بغير إذن سَيِّده ، وبإذنه وجهان .

ولووكل كتابيًّا بذبحِ الضحية دون النية جاز ، وعليه أن ينوي كما لو وكَّله بأداء الزكاة جاز [٢] إذا نَوى هو .

ويُستحب أن يتولَّى الذَّبْحَ بنفسه [٣] ، فإن عجز فَيَشْهد ضَحيته وينوي عند الذبح . ولو وَكَّلَ مسلمًا بالذبح والنية ، جاز .

الركن الرابع : في كيفية الذَّبْح . والنَّظَرُ في الواجبات ، والسُّنَن ، وما يخصّ الضحايا .

أما الواجبات [٤] ، فهو التذفيف [٥] بقطع تمام الحلقوم والمريء بآلة - ليس بِعَظْم - من حيوانٍ فيه حياةٌ مستقرة .

= **ومذهب المالكية** : أن الذبح في يوم النحر ويومين بعده ، وأولُها أفضلُها ، ثم الثاني ، ثم الثالث . ولا تجوز التضحيةُ بالليل في يوم النحر أو اليومين بعده . فإن ذبح ليلًا لم تُجْزِه على المشهور في المذهب . انظر : الكافي ص (١٧٦) . القوانين الفقهية ص (١٩٢) . الشرح الكبير (٢ / ١٢٠) . الخرشي على مختصر خليل (٣ / ٣٩) . بداية المجتهد (١ / ٥٠٩) .

(١) قال ابن الصلاح : « هذا في الضحية المسنونة ، أما الواجبة ، إذا فاتت ، فعندنا أنها تقضى بعد وقتها في غير أيامها خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٦ / ب) .

(٢) في (ب) : « جائز » .

(٣) ومن الدليل على استحباب تَوَلِّيه الذبْحَ بنفسه ما رواه البخاري في صحيحه (١٠ / ٢٠) (٧٣) كتاب « الأضاحي » (٩) باب « من ذبح الأضاحي بيده » حديث (٥٥٥٨) بإسناده عن أنس قال : ضحَّى رسول الله ﷺ بكبشين أَمْلحين ، فرأيتُه واضعًا قَدَمَه على صِفَاحهما ، يُسمِّي ويُكَبِّر ، فذبحهما بيده » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أما الواجب » .

(٥) التذفيف : الإجهاز على الذبيحة ، وجَرْحُها جرحًا يُوَحِّي الموت ، والمقصود به الإسراع في الذبح . انظر المصباح المنير (١ / ٣٠٢) . القاموس ص (١٠٤٧) .

أما القطع ، فاحترزنا به عن اختطاف رأس العصفور بِبُنْدُقة ، فإنه لا يبيح [١] . وأما الحلقوم والمريء فظاهران [٢] ، وبِقطْعِهما ينقطع الودجان ، ولكن لو تكلَّف ولم يقطعْهما : جاز . وقال مالك (رحمه الله) : لا يجوز . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : هذه أربعةٌ ، فيكفي قطعُ ثلاثةٍ منها ، ولا يكفي قطعُ اثنين [٣] .

وأما (التمام) فاحترزنا به عما لو بقي من الحلق [٤] جلدة يسيرة فانتهى الحيوان إلى حركة المذبوح ، ثم قطع بعده ، فهو حرام [٥] . ولو قطع من القفا وأسرع حتى لم ينته إلى حركة المذبوح

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لا يصح » .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (أما القطع ، احترزنا به عن اختطاف رأس العصفور ببندقة ، فإنه لا يُبيح) هذا صحيح ؛ لأن الأختطاف قَلْعٌ لا قَطْعٌ ، وفيه طَرَفٌ من الخنق . وأما قطع الحلقوم والمريء ، ففيه احتراز عما إذا وُجِد القطع ، لكن لا في نفس الحلقوم والمريء ، بأَنْ أَمَرَّ السكينَ فوق الحلقوم والمريء وقطع الرأسَ ، من غير أن يقطع شيئًا من الحلقوم والمريء ، فهذا لا يجزىء ، قَطَع به القفالُ والإمامُ أبوالمعالي والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٦/ب وما بعدها)

(٢) والحلقوم : هو مجرى النفس خروجًا ودخولًا ، والمريء مجري الطعام والشراب وهو تحت الحلقوم ، ووراءهما عرقان في صفحتي العنق يحيطان بالحلقوم ، ويقال لهما : الودجان . انظر الروضة (٢/ ٢٠١ وما بعدها) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لابد من قطع الحلقوم والمريء حتى تحل الذبيحة ، ويُسْتحب معهما قطْعُ الودجين ولو تركهما جاز ، ولو ترك من الحلقوم أو المريء شيئًا يسيرًا ، ومات الحيوان ، فهو ميتة . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : التنبيه ص (٥٩) . الروضة (٣/ ٢٠٢) . الغاية (٢/ ٩٧٤) المقنع ص (٣١١) . رحمة الأمة ص (١٢٥) .

ومذهب أبي حنيفة : أنه يجب قطع ثلاثة من هذه الأربعة ، وقال أبويوسف : لا بد من قطع الحلقوم والمريء ، فشرط ثلاثًا الحلقوم والمريء وأحد الودجين ، وقال محمد : إنْ قَطَعَ الأكثر من كل واحدة منها ،فذلك يَقوم مقام قَطْعِ الجميع .انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٩٥) . المبسوط (١٢/ ٣) . نتائج الأفكار (٩/ ٤٩٣ ، ٤٩٤) .

ومذهب المالكية : أنه يُشْترط قطع الحلقوم والودجين ، ولا يشترط قطع المريء ، قد رُوِيَ اشتراطُ قطعِه عن مالك (رحمه الله) . انظر : الكافي ص (١٧٩) . الخرشي على مختصر خليل (٣/ ٣) . بداية المجتهد (١/ ٥١٨) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الحلقوم » .

(٥) يعني لا يؤكل .

قبل قطع المَذْبَحِ (١) ، فهو جائز (٢) .

وأما (التذفيف) ، أردنا به أنه لو ابتدأ الذبح ، وابتدأ غَيْرُه نَزْعَ الحشوة [منه] (٣) فهو ميتة ، وكذلك كل جرح يقارن الذبح ويؤثر في التذفيف .

أما العظم ، فهو مَنْهيٌّ عنه حتى يَحْرم الصيدُ المجروح بسهمٍ نَصْلُه من العظم (٤) .

وأما الحياة المستقرة فلا بُدَّ منها . ولو أخرجنا شاة من ماء أو تحت هدم وبها حركة المذبوح (٥) ، فلا نُبيح (٦) ذَبْحَها . فلو شككنا في أن حياتها كانت مستقرةً أم لا ، فالوجْهُ تغليبُ التحريم . فإن غلَبَتْ على الظنّ - بعلاماتٍ - استقرارُ حياته : حلَّ ، وقال المزني (رحمه الله) : من علامته أن يتحرك بعد الذبح . وقيل : أن ينفجر الدمُ (٧) ، وليست هذه علامات قاطعة ، فقد تخرج حشوة

---

(١) في (أ) ، (ب) : « المذبوح » .

(٢) ولكنه يعصى لزيادة إيلام الذبيح بقطعه بهذه الكيفية . انظر الروضة (٣/٢٠٢) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) يعني أن العظم منهيٌّ عن الذبح به والدليل على ذلك مارواه البخاري في صحيحه (٩/٥٤٦) (٧٢) كتاب « الذبائح والصيد » (١٨) باب « ما أنهر الدم من القصب والمروة والحديد » . حديث (٥٥٠٣) بإسناده عن عباية بن رفاعة عن جده أنه قال : يا رسول الله ، ليس لنا مُدًى ، فقال : « ما أَنْهَرَ الدمَ وذُكِرَ اسْمُ اللهِ ، فَكُلْ ، ليس الظُّفرَ والسِّنَّ ؛ أما الظفرُ فَمُدَى الحبشة ، وأما السِّنُّ فعظْمٌ ... » . ورواه مسلم (٣/١٥٥٨) (٣٥) كتاب « الأضاحي » (٤) باب « جواز الذبح بكل ما أنهر الدم إلا السن والظفر وسائر العظام » حديث (١٩٦٨) . ورواه النسائي (٧/ ٢٢٦) كتاب « الضحايا » باب « في الذبح بالسّنّ » جميعًا من طرق عن عباية بن رفاعة عن جده رافع بن خديج مرفوعًا به .

(٥) قال ابن الصلاح : « حركة المذبوح ، هي الحركة القوية ، والاضطراب الشديد ، فإذا وُجِدَ ذلك بعد قطع الحلقوم والمريء ، تَبَيَّنَّا مصادفة الذبح للحياة المستقرة . وإن لم توجد بعد الذبح تبيّنّا عدمَها من قبل . هذا ما اعتمده المزني وطوائفُ من الأصحاب » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٧/أ) .

(٦) في (ب) : « فلا يصح » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قول صاحب الكتاب : (وقال المزني : من علاماته أن يتحرك بعد الذبح) وقيل : (أن ينفجر الدم) من قرأ « وقيل » بالباء الموحدة ، فقد صَحَّفَ ، وإنما هي « وقيل » من القول ، أي : ومنهم من اعتمد انفجار الدم بعد الذبح ، وليس بشيء » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٧/أ) .

المذبوح وهو يتحركْ [1] بعد ، لكنْ جملةٌ من هذه العلامات مع قرائن أحوال لا يمكن وَصْفُها قد تُحَصِّل ظنًّا غالبًا فيؤخذ به ، مع أن الأصل بقاء الحياة .

أما السنن ، فَيُسْتحبّ تحديدُ الشَّفْرة [2] ، والتحاملُ عليها بالقوة ، وإسراعُ القطع ، وتوجيهُ الذبيح نحو القبلة كما جرت العادةُ ، والتسميةُ . ولا بأس أن يقول : بسمِ الله ، ومحمدٌ رسولُ الله ، بالرفع [3] . ولا يجوز أن يقول بسم محمدٍ ، ولا أن يقول : بسم اللّهِ ومحمدِ رسولِ الله ؛ فإنه تشريك [4] .

ويُسْتحبُّ ذَبْحُ البعير في اللّبّة [5] فإنَّ ذَبْحه يُطَوِّل عليه العذابَ ؛ لِطُولِ عنقِه . ثم النحر في اللبة بقطع الحلق [6] والمريء أيضًا .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : تركُ التسميةِ عامدًا مُحَرِّم [7] .

---

(١) في (أ) : « وهو متحرك » .

(٢) ودليله ما رواه مسلم في صحيحه (١٥٤٨/٣) (٣٤) كتاب « الصيد والذبائح » (١١) باب « الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشَّفْرة » حديث (١٩٥٥) بإسناده عن شداد بن أوس قال : ثِنْتَان حفظتُهما عن رسول الله ﷺ قال : « إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحْسِنوا القِتْلَة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذِّبْحَ ، ولْيُحِدَّ أحدُكم شَفْرَتَه فَلْيُرِحْ ذَبيحته » . وكذلك ما رواه مسلم أيضًا في صحيحه (٣/ ١٥٥٧) (٣٥) كتاب « الأضاحى » (٣) باب « استحباب الضحية » حديث (١٩٦٧) وفيه « ... فقال : يا عائشة ، هَلُمِّي المُدْيةَ ، ثم قال : اشْحَذِيها بحجر » يعني : حَدِّديها .

(٣) يعني برفع كلمة « محمد » على أنها جملة مستقلة ، والمقصود منها ذِكْرُ النبي عليه الصلاة والسلام .

(٤) لأن كلمة « محمد » حينئذ معطوفةٌ على لفظ الجلالة ، وهذا إشراكٌ بالله عز وجل .

(٥) اللبة : هي ثغرة النحر ، وهي الوهدة التي في أسفل العنق وأعلى الصدر ، هذا هو المنحر وأما المذبح فهو تحت مجمع اللحيين في أعلى العنق ، قاله ابن الصلاح في مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٧/أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « الحلقوم » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أن التسمية مستحبةٌ عند الذبح والرَّمْي إلى الصيد ، وإرسالِ الكلب ليصطاد ، فلو تركها عمدًا أو سهوًا حلَّت الذبيحة ، ولكنْ تَرْكُهَا عمدًا مكروه على الصحيح ، وقيل : يأثم . انظر روضة الطالبين (٢٠٥/٣) . رحمة الأمة ص (١١٨) .

ومذهب الحنفية : أن ترك التسمية عمدًا يحرم به أَكْلُ الصيد والمذبوح . والمسلمُ والكتابي في ذلك =

أما ما يخص [١] **بالضحية**، فأن يقول: اللهم مِنْكَ وإليك؛ فَتَقَبَّلْ مِنِّي. ولا بد من نية الضَّحِيَّة عند الذبح، إلا أن يكون قد عينّ الشاة للضحية من قبل، فالمذهبُ أن تلك النية تكفيه [٢].

وصريحُ لفظ التعيين أن يقول: جعلتُ هذه ضحيةً. أما لو قال: لله عليّ ضَحِيّةٌ، ثم قال: عينتُ هذه الشاة لِنَذْرِي، ففي التعيين وجهان. ولو قال: لله عليَّ أنْ أُضحِّي بهذه الشاة، ففي التعيين وجهان مرتبان، وأولى بالتعيين. وكذا الخلاف في نظيره من العتقِ. والعبدُ بالتعيين أولى؛ لأنه ذو حَقٍّ فيه [٣]. ووجْهُ قولنا: لا يتعينُ أن الحق قد ثبت في الذمة، فلا يتحول عنها إلى العين [٤] إلا بالأداء. ولو قال: جعلت هذه الدراهمَ صدقةً، ففي التعيين وجهان [٥]. ولو كان عليه نذر فقال: جعلتُ هذه [عن] [٦] نذري، لَغَا تَعْيينُه؛ لِضَعْفِ اللفظ والغرض في التعيين. ولو قال: لله عليّ أن أتصدق على هذا الشخص، فهذا أولى بالتعيين من تعيين الدراهم، بل هو قريب من العتق.

ثم إذا تعين الشاة، اختصّ بوقت الضحية. ولو قال: لله عليّ أن أضحي بشاة، ففي تعيين الوقت وجهان من حيث إنه يشبه دماء الجبرانات لكونه في الذمة. والصحيحُ: أنّ ذكر وَصْفِ الضحية يُوجب تعيين الوقت. فإن قلنا: لا يتعين الوقت، فلو قال: جعلت هذه الشاة عن جهة نذري، ففي التأقيت وجهان، والقياسُ أن لا يلزم؛ لأنه عيّن عن جهة ما التزم.

* * *

= سواءٌ، وإن ترك ناسيا لم يحرم. وقال أبو يوسف (رحمه الله): متروكُ التسمية عامدًا لا يَسُوغ فيه الاجتهاد. ولو قضى القاضي بجواز البيع منه، لايجوز قضاؤه؛ لأنه مخالفٌ للإجماع.

قلت: وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا، أعني أن متروك التسمية عمدًا لا يَحِلّ أَكْلُه. انظر: مختصر الطحاوي ص(٢٩٥). رءوس المسائل ص(٥١٠). المبسوط(٢٣٦/١١). تكملة فتح القدير(٤٨٩/٩). الكافي ص(١٧٩). القوانين الفقهية ص(١٩٠). الخرشي على مختصر خليل(١٥/٣). بداية المجتهد(٥٢٢/١). المقنع لابن قدامة ص(٣١١).

(١) في (أ): «أما ما يختص».

(٢) والأصح أن تلك النية لا تكفيه. انظر الروضة (٢٠٧/٣).

(٣) يعني أنه ذو حق في العتق.

(٤) في (أ)، (ب): «إلى التعيين».

(٥) الأصح أنها تتعين كشاة الأضحية. انظر الروضة (٢٠٩/٣).

(٦) زيادة من (أ).

القسم الثاني من الكتاب
النظر في أحكام الضحايا

وهي ثلاثة :

الأول : التَّلَف، فإذا قال : جعلتُ هذه الشاة ضحيةً، فماتت فلا شيء عليه، إلا أن يكون قد عَيَّنَها عن نذر سابق وقلنا : إنها[1] تتعين، ففي وجه : أنه كان تعيينه بشرط الوفاء، فإن ماتت[2]/ فعليه الإبدال[3]. ٢٧٥/أ

وأما إذا أتلَفها أجنبيٌّ ، فعليه قيمتها يشتري بها ضحيةً[4] ، فإن لم يَفِ ، فليس عليه التكميلُ .

أما المالك إذا أتلف ، ففي وجوب التكميل وجهان من حيث إنه كالملتزِم للضحية[5] . والشِّقْصُ لا يجزىء[6] ؛ فلا بُدّ من الإتمام . وإن زادت القيمة ، فيشترى بها كريمةً . وإن تعذر فوجهان :

أحدهما : أنه يُشْتَرَى به شِقْصٌ للضرورة[7] ، وكذلك إذا كان ما غرمه الأجنبي أقلَّ من ضَحِيَّةٍ[8] .

والثاني : أنه يُصْرف مَصْرف الضحايا ، حتى لو اشترى منه خاتمًا يَقْتَنِيه ولا يَبيعُه ، جاز[9] .

---

(١) في (أ) : « إنه » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « فإن فات » .
(٣) وبه قال الجمهور ؛ لأن ما التزمه ثبت في ذمته . انظر الروضة (٢١٢/٣) .
(٤) أي : فيشتري بها المضحِّي .
(٥) والأصح أنه يلزمه أكثرُ الأمرين من قيمتها ، وعليه تحصيلُ مثلها . انظر الروضة (٢١٣/٣) .
(٦) في (ب) : « والتبعيض لا يجزىء » وهما بمعني واحد .
(٧) يعني يشتري جزءًا من أضحية ويذبح مع الشريك .
(٨) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٢١٣/٣) .
(٩) وهذا تفريع منه على جواز الأكل من الأضحية الواجبة . انظر الروضة (٢١٣/٣) .

قال الحموي : « قوله في كتاب الأضحية : (أما إذا أتلفها أجنبي فعليه قيمتُها يشتري بها أضحية ، وإن لم يفِ فليس عليه التكميل ، أما المالك إذا أتلفها ففي وجوب التكميل وجهان من حيث إنه كالملتزم للأضحية ، والشقص لا يجزئ فلابد من الإتمام ، وإن زادت القيمةُ فيشتري بها كريمة ، وإن تعذر فوجهان : أحدهما : أنه يشتري به شقصًا للضرورة ، كذلك إذا كان ما غرمه الأجنبي أقلَّ من الضحية . والثاني : يصرفه مصارف الضحايا ، حتى لو اشترى منه خاتمًا يقتنيه ولا يبيعه جاز) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال من حيث إنه قال : (يشتري منه [خاتمًا]) والمنقول في معظم =

هذا في الإهلاك . أما إذا ذبحه أجنبي في وقت الضحية ، فحيث لا تُشترط النيةُ اكتفاءً بالتعيين السابق [1] ، فقد وقع الموقع [2] . وإن قلنا : لا بد من النية ، فقد فاتت القربة ، وفي لحمه وجهان :

أحدهما : أنه يعود إلى مالكها وتنقل [عنه] [3] الضحية ، وعلى الذابح أرش نقصان الذبح .

والثاني : أنه يُصْرف مَصْرفَ الضحية وإن لم تكن ضحيةً .

وانما تفوت القربة دون الاستحقاق ، ولا يجب على الأجنبي إلا نقصان الذبح .

وحيث قلنا : يقع الموقع ، ففي لزوم أرْشِ الذبح قولان :

أحدهما :نعم ؛ لِعُدْوَانه [4] .

والثاني : لا ، لتأدِّي الواجب به .

هذا إذا لم يُفَرِّق الأجنبيُّ اللحمَ ، فإن فَرَّق ، فاللحمُ مُسْتَرَدٌ مِمَّنْ أخذه ؛ لأن التعيين إلى المضحِّي ، فإن تعذَّر فعلى الذابح قيمةُ اللحمِ وأرشُ الذبحِ جميعًا . وإنما سقط أرشُ الذبح - على قولٍ - إذا تأدَّت القربةُ به ، والآن فقد فات بتفريقه .

ثم في كيفية تغريمِ كلِّ مَنْ ذبح شاةَ غيرِه وأَكَل لحمه وأتلف [5] ، قولان :

= الكتب أنه يعمل منه خاتمًا ، وتعليله ظاهر فإنه بدلٌ عن التالف ، فلا يجوز أن يكون بدلًا عن بدل الغير ضرورة ، وإذا كان كذلك كان ما ذكره مخالفًا لمعظم الكتب .

قلت : عنه جوابان : أحدهما : أن يكون ما ذكره الأصحاب محمولًا على ما إذا أمكن أن يصاغ منه خاتمٌ ، لكنه إذا لم يَجِيءْ منه خاتمٌ أمكن أن يباع فيُشْتَرى به خاتم ، وعلى الثاني بني الشيخ دون الأول . الثاني : لا يبعد أن يكون ذلك تصحيفًا وقع ذلك من الناقل ، ويكون معنى الكلام : حتى لو اشترى منه خاتمًا يقتنيه ولا يبيعه جاز ، وإنَّ « اشترى » و « استوى » مقارب في الخط والله أعلم ، والجواب الأول أصح » إشكالات الوسيط (ق ١٨٦ / أ ، ١٨٦ / ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « السالف » .

(٢) وعليه فيأخذ المضحي اللحمَ ويُفَرِّقه .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا هو الأظهر من القولين ، وبه قطع الجمهور ؛ لأن إراقة الدم مقصودةٌ ، وقد فوَّتها ، فصار كما لو شدَّ قوائمَ شاةٍ ليذبحها ، فجاء آخرُ فذَبَحَها بغير إذنه ، فإنه يلزمه أرشُ النقص . انظر الروضة (٣/٢١٥) . الغاية (٢/٩٨٢) .

(٥) في (ب) : « وأتلفه » .

أحدهما : أنه تجب قيمتُها حيّةً .

والثاني : أنه يجب أرشُ نقصانِ الذبح وقيمةُ اللحم ؛ لأنه ذبح ملكه وأكل ملكه ، وهذا قد يقتضي زيادةَ قيمةٍ .

الحكم الثاني : التعيُّب . ومهما لم يلزمْه شيءٌ بالتَّلَف ، فلا يلزمه بالتعيُّب . ولكن لو كان العيبُ بحيث يَمْنع الإجزاءَ في الضحيّة ، فهل ينفكّ عن الضحية ، والشاةُ معينةٌ[(١)]؟ فوجهان[(٢)] :

أحدهما : نعم كالتَّلَف .

والثاني : لا ، بل تَجْري مُجْرَى الضّحايا .

ولو قال ابتداءً لشاةٍ معيبة : جعلتُ هذه أضحية[(٣)] ، وَجَبَ صَرْفُها[(٤)] إلى مصرف الضحايا على الصحيح ؛ إذْ لا مَحْمَل لكلامه إلا هذا . ولو قال لِظَبْيَةٍ : جعلتُ هذه أضحيةً ، لغا قولُه . ولو قال لفصيلٍ ، فوجهان[(٥)] ، وكأنّ السِّنَّ دائرٌ بين العَيْب والجنس .

ولو قال : لله عليَّ أضحيةٌ[(٦)] ، ثم عيَّن معيبةً للنذر ، لا تبرأ بها ذمَّتُه . وهل يلزمه تَفْرِقةُ لحمها ؟ فيه وجهان . ولو زال العيب[(٧)] ، ففي براءة الذمة بها وجهان[(٨)] . وأما إذا كان تعيُّبُ المعَيَّنَةِ بفعله ، فعليه التضحيةُ بشاةٍ صحيحة بدلاً عنها ، وفي انفكاك المعيَّنة الوجهان المذكوران .

فروع

الأول : طرآنُ العيب والانكسارِ حالةَ قطع الحلقوم ، لا يؤثر . وقبله وبعد الإضجاع للشاة وجهان ذكرناهما في انكسار الرجْل . وإنما يليق التردد بما يكون من اضطراب الذبح . أما إذا

---

(١) قال ابن الصلاح : « يعني ما إذا كانت معينة عن نذر سابق مطلق ، وقلنا : إنها تتعين ، وقلنا : يلزمه الإبدال عند التلف أو التَّعَيُّب ، أما حيث لا يلزمه الإبدال فلا تنفكُّ قَطعًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٨/أ) .

(٢) والصحيح أنها تجزئه عن التضحية ، فيذبحها في وقتها . انظر الروضة (٢١٦/٣) .

(٣) في (أ) : « ضحية » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وجب مصرفها » .

(٥) والأصح أنه يلزمه ذبحه . انظر الروضة (٢١٧/٣) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ضحية » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « التعيب » .

(٨) والأصح أنه لا تبرأ ذمته بها ؛ لأنه زال ملكه عنه ، وهو ناقص ، فلا يؤثر الكمال بعده . انظر الروضة (٢١٨/٣) .

كان بسبب آخر فيظهر تأثيره . وقد قال القفال : ما يطرأ على الهدْي المَسُوق إلى الحرم بعد بلوغ الحرم : لا يؤثر ؛ لأنه قد بلغ محلَّه . وخالَفَه الأصحابُ ؛ لأن من اشترى في الحرم الهَدْيَ ، فتعيَّب قبل الذبح . أثَّر ذلك فيه ، فأيُّ أثرٍ للسَّوْق ؟ .

الثاني : لو قال : لله عليّ أن أُضَحِّي بعرجاء ، ففيما يلزمه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه تلزمه صحيحةٌ .

والثاني : أنه لا شيءَ عليه كنذرِ الظَّبْيَة .

والثالث : أنه لا يلزمه إلا العرجاء (١) .

الثالث : ضَلالُ الشاة كَتَلَفِها (٢) ، وإنما نريد أنها لو وُجِدَتْ بعد أنْ أوجبنا عليه البدَل وقد ضحاه (٣) ، ففي انفكاك الضالة قولان :

أحدهما : أنه ينفكّ ؛ إذْ لاوَجْهَ للتضعيف ، وقد ضحى البدل .

والثاني : أنه يُضَحَّى أيضًا ؛ لأنه الأصل .

وإن لم يكن قد ضحى البدلَ اقتصر على الأصل ، إلا أن يكون قد عَيَّنَ البدلَ بلفظه ، فأي الشاتين تُذْبح ؟ فيه أربعة أوجه :

أحدها : البدل .

والثاني : الأصل (٤) .

والثالث : كلاهما .

والرابع : يتخيَّر أَيَّهما شاءَ .

الحكم الثالث : الأكل . وهو جائز من المتطوَّعِ به (٥) . وهل يجوز أكلُ الجميعِ ، أم لا تتأدّى

---

(١) وهذا الوجه هو أصحها كما في الروضة (٢١٨/٣) .

(٢) أي : فلا يلزمه شيء بضياعها .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وقد ضحى » .

(٤) وهو الأصح كما في الروضة (٢٢٠/٣) .

(٥) أي من الأضحية المندوبة لا الواجبة بنذر أو غيره .

السُّنَّةُ إلا بتصدُّقِ شيء منه ؟ [١] فيه وجهان :

أحدهما : أنه يجوز ؛ لأن المقصود إراقةُ الدمِ والضيافةُ ، وقد يستوي في ضيافة الله تعالى المالكُ وغيْرُه .

والثاني :أنه يتصدق بما ينطلق عليه الاسم [٢] ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ ﴾ .

ولا يكفي في هذا القدرِ الإطعامُ ، بل لا بُدَّ من التمليك / للفقير ، ولا يكفي تمليكُ الغني . ثم للفقير أن يُمَلِّك مَنْ شاء مِنْ غنيٍّ وفقيرٍ . ويجوز إطعام الأغنياء من الضحية . وعلى كل قولٍ فالتصدقُ بالكلِّ أحسنُ ، وكان من شعار الصالحين تناولُ لُقْمةٍ من كبد الضحية أو غيرها . وقال علي (رضي الله عنه) في خطبته بالبصرة : « أما إنَّ أميركم رَضي من دنياكم بِطِمْرَيْه [٣] ، لا يأكل اللحم في السنة إلا الفِلْذة من كبد أضحيته » . ٢٧٥/ب

ثم كمال الشعار يتأدّى بالتصدق بالنِّصف ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا ﴾ [٤] ، وقيل : تتأدَّى بالثلث ؛ لقوله عليه السلام : « كلوا منها ، وادّخروا ، واتجروا » [٥] ، أي اطلبوا الأجرَ بالتصدُّق .

---

(١) قال ابن الصلاح : « لا يستفاد من قوله : (... لا تتأدى السنة) أن أضحية التطوع – بَعْدَ ذبحها بنية الضحية – يجوز له العدولُ بها إلى غير مصارف الضحايا ، فإنه ليس كذلك . وفي كلامه بعد هذا ، ما يُشْعِر بهذا . والمقطوعُ به في المذهب أنه لا يجوز بَيْعُ شيء منها عندنا وإن كانت تطوعًا ؛ لأنه بفعلِ التضحية أخرجها قربةً ، فلا يجوز له الرجوعُ فيها . وانتفاعُه بها ، إنما جاز على أنه من مصارفها . وفي « الشامل » لابن الصباغ « قال أصحابنا : إنما جاز الأكل والانتفاع بالجلد رخصة ، فلا يتعدى بذلك جواز البيع ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٤٨/ب) .

(٢) وهذا الوجه هو أصحهما . انظر الروضة (٢٢٣/٣) .

(٣) الطِّمْر : هو الثوب الخَلَق أو الكساء البالي . والجمع : أطمار . انظر : مختار الصحاح ص (٣٩٧) . المصباح المنير (٥٧٧/٢) . القاموس المحيط (٥٥٤) مادة (ط م ر) .

(٤) من الآية (٢٨) ، (٣٦) من سورة (الحج) .

(٥) حديث حسن : رواه أبو داود في سننه (٢٤٣/٣) (١٠) كتاب « الأضاحي » (١٠) باب « في =

وما يجوز أكْلُه فلا يجوز إتلافُه ، ولا أن يُمَلِّك الأغنياءَ ليتصرفوا فيها بالبيع ؛ لأن الضيافةَ مقصودةٌ .

فرع : لو أكل الكُلَّ على قولنا : يمتنع ذلك ،ففيما يلزمه من الغُرْم وجهان :

أحدهما : قَدْرُ ما ينطلق عليه الاسمُ ، وهو الصحيح .

والثاني : النِّصْف أو الثلث .

هذا كلُّه في المتطوَّعِ به ، أما المنذورة ، ففي جواز الأكل منها وجهان :

أحدهما : أنها كالمتطوَّعة .

والثاني : أنه لا يجوز الأكلُ منها كدماءِ الجُبرانات .

فإن قيل : ما حكمُ جلدِ الضحية ؟ قلنا : الصحيح أنه لا يُبَاع ، لكن يُنْتفع به في البيت أو يتصدَّق به . وحكى صاحبُ « التقريب » قولًا بعيدًا : أنه يُبَاع ، ويُصْرف ثمنُه مصرفَ الضحايا ، وهو ضعيف . نعم ، قال : « لو تصدَّق بالجلد بدلًا عن اللحم - إذا قلنا : إن عليه التصدُّقَ - لم يُجْزِه ذلك » . وهو أحسن .

فرع : ولد الضحية المعيَّنة : لها[1] حكم الأم ، والصحيح [أن][2] التصدق بجزء من الأم يُسَلِّط على أكل جميع الولد كما يُسَلط على أكل جميع اللبن ؛ فإنه في حكم جزء . وفيه وجه : أنه لابد من التصدق بشيء من الولد ؛ لأنه حيوان مستقل .

فرع آخر : لو اشترى شاةً ، ثم قال : جعلتها ضحيةً ، ثم وَجَدَ عيبا[3] ، امتنع ردُّها[4] ، وله

= حبس لحوم الأضاحي » حديث (٢٨١٣) بإسناده عن نُبَيْشَة قال : قال رسول الله ﷺ : « إنا كنا نهيناكم عن لحومها أن تأكلوها فوق ثلاث ، لكي تسعكم ، فقد جاء الله بالسعة ، فكلوا وادخروا واتجروا ، ألا وإن هذه الأيام أيام أكل وشرب وذكر الله عز وجل » . ورواه أحمد في مسنده (٧٥/٥) حديث (٢٠٧٤٢) كلاهما من طرق عن خالد الحذاء عن أبي المليح عن نبيشة مرفوعًا به .

(١) في (أ) ، (ب) : « له » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) يعني إذا وَجَد بها عيبًا قديماً حدث قبل شرائه .

(٤) وذلك لزوال مِلكه عنها ، كمن اشترى عبدًا فأعتقه ، ثم علم به عيبًا . انظر الروضة (٢٢٧/٣) .

طَلَبُ الأَرش كما بعد العتق . وقال العراقيون : يُسْلَكُ بالأرش مَسْلكَ الضحايا . وهو بعيد [١] ؛ لأنه لم يُعَيِّنْ إلا المعيبة ، وظَنُّهُ السلامةَ لاينبغي أن يلزمه أرش السلامة .

واختتام الكتاب بباب العقيقة :

وهي سُنّةٌ عندنا ، واجبةٌ عند داود ، بدعةٌ عند أبي حنيفة (رحمه الله) [٢] .

وحكمُها حكمُ الضحية : في الأكلِ ، والتصدقِ ، والسلامةِ من العيوب ، لكنها عبارةٌ عن شاة تُذْبح في سابع ولادة المولود ، لا تتأقَّتُ [٣] بيوم النحر ، بل يدخل وَقتُها بالولادة كما يدخل وقتُ دماءِ الجبرانات بأسبابها .

وفي الخبر « يُعَقُّ عن الغلام بشاتين ، وعن الجارية بشاة » [٤] ثم تكفي الشاة عن الغلام وفاقًا . نعم ، تختص العقيقةُ بأنه لا يُكْسر منها عظامُ الشاة ، فقد ورد فيها خبر [٥] ، ولعله تفاؤلٌ بسلامة

---

(١) والصحيح أنه للمضحي ، فلا يلزمه صَرْفُه للأضحية . انظر الروضة (٣/٢٢٧) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن العقيقة سنة مَرْغُوب فيها . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : التنبيه ص (٥٨) . الروضة (٣/٢٢٩) . الكافي ص (١٧٧) . القوانين ص (١٩٦) . الشرح الكبير (٢/١٢٦) . الخرشي على مختصر خليل (٣/٤٧) . المقنع ص (٨٦) . زاد المستقنع ص (٥٦) . الدليل ص (١٢٣) . رحمة الأمة ص (١١٩) .

ومذهب الحنفية : أنها تطوع من شاء فعلها ، ومن شاء تركها . انظر مختصر الطحاوي ص (٢٩٩) .

ومذهب الظاهرية : أنها واجبة . انظر المحلى (٧/٥٢٣) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فلا تتأقت » .

(٤) حديث صحيح : رواه الترمذي (٤/٨١) (٢٠) كتاب « الأضاحي » (١٦) باب « ما جاء في العقيقة » حديث (١٥١٣) وفيه « أن رسول الله ﷺ أمرهم عن الغلام شاتان مكافئتان ، وعن الجارية شاة » ورواه ابن ماجه (٢/ ١٠٥٦) (٢٧) كتاب « الذبائح » (١) باب « العقيقة » حديث (٣١٦٣) كلاهما من طرق عن عبد الله بن عثمان عن يوسف بن ماهك عن حفصة بنت عبد الرحمن عن عائشة رضى الله عنها مرفوعًا به . ورواه النسائي (٧/ ١٦٤) كتاب « العقيقة » باب « العقيقة عن الغلام » قال رسول الله ﷺ : « في الغلام شاتان مكافئتان ، وفي الجارية شاة » وكذا رواه ابن ماجه (٢/١٠٥٦) حديث (٣١٦٢) كلاهما من طرق عن أم كُرْز مرفوعًا به .

(٥) حديث مرسل : رواه أبو داود في المراسِيل ص (٢٧٩) عن جعفر بن محمد عن أبيه أن النبى ﷺ قال في العقيقة التي عَقَّتْها فاطمةُ عن الحسن والحسين : « أَن ابعثوا إلى بيت القابلة بِرِجْل ، وكلوا ، وأطعموا ، ولا تكْسِروا منها =

أعضاء المولد ، فتنضج ، وتفصل المفاصل [(١)] . وتفريقُ اللحم أولى من دعاء الناس إليه . وقال الصيدلاني : يجوز التصدقُ بالمرقة . وهذا ، إن أراد به أنه يكفى عن التصدُّقِ بمقدار من اللحم - إذا قلنا : لا بد منه - ففيه نظرٌ .

قال الشافعي (رضي الله عنه) : وعادةُ العرب تلطيخُ رأس الصبي بدم العقيقة ، وهو مكروه [(٢)] .

نعم ، يُسْتحب أن يُسَمّى الصبيّ في السابع ، ويُحْلَق شعره [(٣)] ، ويتصدق بِزِنَته ذهبًا أو فضة [(٤)] .

* * *

= عَظْمًا » . ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٩/٣٠٢) . قال ابن الصلاح : « وهذا الحديث مرسل حسن يَصْلح الاحتجاج به في إثبات مثل هذه الفضلية . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٠/أ) .

(١) كلمة : « المفاصل » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٢) ويدل عليه ما رواه أبو داود في سننه (٣/٢٦٣) (١٠) كتاب « الأضاحي » (٢١) باب « في العقيقة » حديث (٢٨٤٣) بإسناده عن بريدة بن الحصيب قال : « كنا في الجاهلية ، إذا وُلِدَ لأحدنا غلامٌ ذبح شاة ، ولطخ رأسه بدمها ، فلما جاء الله بالإسلام كنا نَذْبح شاة ، ونَحْلق رأسَه ، ونُلطِّخه بزعفران » وهذا الحديث إسناده حسن . وقد ورد النهيُ عن تلطيخ رأس الصبي بدم العقيقة ، وذلك فيما رواه ابن ماجه (٢/١٠٥٧) (٢٧) كتاب « الذبائح » (١) باب « العقيقة » حديث (٣١٦٦) بإسناده عن النبي ﷺ قال : « يُعَقُّ عن الغلام ، ولا يُمَسُّ رأسُه بِدَمٍ » وإسناده حسن أيضًا .

(٣) وفي هذا حديث رواه أبو داود في سننه (٣/٢٦٠) (١٠) كتاب « الأضاحى » (٢١) باب « في العقيقة » حديث (٢٨٣٨) بإسناده عن سمرة بن جندب أن رسول الله ﷺ قال : « كلُّ غلامٍ رهينةٌ بعقيقته ، تُذْبح عنه يوم سابعه ، ويُحلق ، ويُسَمَّى » . ورواه الترمذي (٤/٨٥) حديث (١٥٢٢) وقال : هذا حديث حسن صحيح . ورواه ابن ماجه (٢/١٠٥٦) حديث (٣١٦٥) .

(٤) ويدل عليه ما رواه الترمذي (٤/٨٤) (٢٠) كتاب « الأضاحي » (٢٠) باب « العقيقة بشاة » حديث (١٥١٩) بإسناده عن علي بن أبي طالب قال : عقَّ رسول الله ﷺ عن الحسن بشاة ، وقال : « يا فاطمة ، احلقي رأسَه ، وتصدّقي بزنة شعره فضة » . قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب ، وإسناده ليس بمتصل ، ومحمد بن علي بن الحسين لم يدرك عليَّ بن أبي طالب .

كِتَابُ الأَطْعِمَةِ

وفيه بابان

الباب الأول

في حالة الاختيار

والحيوانُ والجماداتُ أكثرُ من أن تُحْصَى ، لكن الأصل فيه (١) الإباحة ؛ لقوله تعالى : ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا ﴾ الآية (٢) . (٣ فجميعُ ما يُمْكِن أكْلُه مباحٌ إلا ما يستثنيه عشرة أصول ٣) :

الأول : ما حرم بنصِّ الكتاب : كالخمر ، والخنزير ، والدم ، والمنخنقة (٤) ، والموقوذة (٥) . وكذلك ما حرم بالنصِّ عليه في السنة كالحُمُر الأهلية (٦) .

الأصل الثاني : ما في معنى المنصوص عليه ، كالنبيذ الذي هو في معنى الخمر المنصوص عليه .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فيها » .

(٢) من الآية (١٤٥) من سورة (الأنعام) .

(٣) في (أ) : « فجميع ما يمكن أكله مباح ويستثنى منه عشرة أصول » . وفي (ب) : « فجميع ما يمكن أكله يباح ويستثنى منه عشرة أصول » .

(٤) المنخنقة : هي التي تموت بالخنق ، إما قَصْدًا ، أو اتفاقًا بأن تتخبل فى وثاقتها فتموت به ، فهي حرام . تفسير القرآن العظيم لابن كثير (٦/٢) .

(٥) الموقوذة : هي التي تُضْرب بشيء ثقيل غير محدَّد حتى تموت ، وقال ابن عباس (رضي الله عنهما) : هي التي تُضْرب بالخشبة حتى يوقذها فتموت . وقال قتادة : كان أهل الجاهلية يضربونها بالعِصِيِّ حتى إذا ماتت أكلوها . انظر المصدر السابق نفسه ، وانظر مشكل الوسيط لابن الصلاح (جـ٢ ق ١٥٠/أ) .

(٦) ثبت تحريم لحوم الحمر الأهلية في أحاديث كثيرة عن النبي ﷺ ومنها : ما رواه البخاري في صحيحه (٩/ ٥٦٩) كما في الفتح (٧٢) كتاب « الذبائح والصيد » (٢٨) باب « لحوم الحمر الإنسية » حديث (٥٥٢١) بإسناده عن ابن عمر (رضي الله عنهما) قال : « نهى النبي ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر » . ورواه مسلم في صحيحه (١٥٣٨/٣) (٣٤) كتاب « الصيد والذبائح » (٥) باب « تحريم أكل لحم الحمر الإنسية » حديث (١٩٣٦) بإسناده عن ابن عمر أيضا به . ورواه أبو داود في سننه (١٦١/٤) حديث (٣٨٠٨) من حديث جابر . وكذلك النسائي (٢٠٥/٧) . ورواه الترمذي (٢٢٤/٤) حديث (١٧٩٥) من حديث أبي هريرة . ورواه ابن ماجه (١٠٦٦/٢) حديث (٣١٩٦) من حديث أنس .

الأصل الثالث : كلُّ ذى نابٍ من السباع ، وكلُّ ذي مِخْلَبٍ من الطير [1] ، إذْ نهى رسول الله ﷺ عنه [2] . ويحرم الفيلُ ؛ لأنه ذو ناب مكاوح [3] ، وكذا الدبّ . ومن ذوات المخلب : البازي [4] ، والشاهين ، والصقر ، والعقاب ، والنَّسْر ، وجميعُ جوارحِ الطير .

والثعلبُ ، والضبعُ ، والضبُّ حلالٌ عند الشافعي (رضي الله عنه) خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لِوُرُودِ أحاديثَ فيها [5] . وترددوا في ثلاثة حيوانات :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الطيور » .

(٢) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٥٧٣/٩) كما في الفتح (٧٢) كتاب « الذبائح والصيد » (٢٩) باب « أكل كل ذي نابٍ من السباع » حديث (٥٥٣٠) بإسناده عن أبي ثعلبة الخشني (رضي الله عنه) أن رسول الله ﷺ نهى عن أكل كل ذي نابٍ من السباع » . ورواه مسلم (١٥٣٣/٣) (٣٤) كتاب « الصيد والذبائح » (٣) باب « تحريم أَكْلِ كُلِّ ذي نابٍ من السباع ، وكل ذي مخلب من الطير » حديث (١٩٣٢) . ورواه أبو داود في سننه (١٥٩/٤) حديث (٣٨٠٢) . والنسائي (٢٠٠/٧) كتاب « الصيد والذبائح » باب « تحريم أكل السبع » ، والترمذي (٢٢٤/٤) حديث (١٧٩٦) . وابن ماجه (١٠٧٧/٢) حديث (٣٢٣٢) . جميعا من طرق عن أبي ثعلبه الخشني به . ورواه مسلم في صحيحه برقم (١٩٣٤) بإسناده عن ابن عباس بلفظ « نهى رسول الله ﷺ عن كل ذي ناب من السباع وعن كل ذي مخلب من الطير » .

(٣) مُكَاوِح : أي مُغَالِب مُقَاتل . انظر القاموس المحيط ص (٣٠٥) مادة (ك و ح) .

(٤) البازي : فيه ثلاث لغات . البازي : بوزن القاضي . وهي فُصْحَاهُنَّ . والبازْ ، والبازيّ ، بتشديد الياء . انظر : المطلع على أبواب المقنع ص (٣٨١) .

(٥) أما الضّبُّ ، فقد ورد فيه أحاديث صحيحة ، ومنها ما رواه البخاري (٥٨٠/٩) (٧٢) كتاب « الذبائح والصيد » (٣٣) باب « الضب » حديث (٥٥٣٧) بإسناده عن ابن عباس عن خالد بن الوليد أنه دخل مع رسول الله ﷺ بيت ميمونة ، فَأُتِي بضَبٍّ مَحْنُوذ ، فأهوى إليه رسول ﷺ بيده ، فقال بعض النسوة : أخبروا رسول اللّه ﷺ بما يريد أن يأكل . فقالوا : هو ضبٌّ يا رسول الله ، فرفع يدَه ، فقلتُ : أحرامٌ هو يا رسول الله ؟ فقال : « لا ، ولكن لم يكن بأرض قومي ، فَأَجِدُني أَعَافُه » قال خالد : « فاجْتررتُه ، فأكلتُه ، ورسولُ اللهِ ﷺ ينظر » . ورواه مسلم في صحيحه (١٥٤٣/٣) (٣٤) كتاب « الصيد والذبائح » (٧) باب « إباحة الضب » حديث (١٩٤٥) . ورواه أبو داود (٤ / ١٥٣) حديث (٣٧٩٤) . والنسائي (١٩٨/٧) كتاب « الصيد والذبائح » باب « الضب » . وابن ماجه (١٠٧٩/٢) حديث (٣٢٤١) . جميعا من طرق عن الزهري عن أبي أمامة عن ابن عباس به مرفوعًا . =

أحدها : ابن آوى ، قَطع المراوزةُ بتحريمه [1] ، وذكر العراقيون خلافًا .

والثاني : ابن عِرْس [2] ، تردد العراقيون فيه [3] ؛ لتردُّدِ [4] شِبْهِه بين الثعلب والكلب [4] .

والثالث : الهرة الوحشية ، فيها ترددٌ [5] ؛ لترددِها / بين الهرة الأهلية [6] والأرنب ، وربما ٢٧٦/أ يُظَنّ أن أصلَها إنسيةٌ فتوحَّشَتْ في سِنِي القحطِ

[ولا يحل السّنّوْر ؛ لما رُوي أنه (عليه السلام) قال : « الهرةُ سَبُع » [7] ، ولأنه يَصْطاد

= أما الضبع : فقد روى أبو داود في سننه (٢١) كتاب « الأطعمة » (٣٢) باب « في أكل الضبع » حديث (٣٨٠١) بإسناده عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) قال : سألت رسول الله ﷺ عن الضَّبُع ، فقال : « هو صيدٌ ، ويُجْعل فيه كبش إذا صاده المُحْرِم » . ورواه الترمذي (٢٢٢/٤) (٢٦) كتاب « الأطعمة » (٤) باب « ماجاء في أكل الضبع » حديث (١٧٩١) . والنسائي (٢٠٠/٧) كتاب « الصيد والذبائح » باب « الضبع » وابن ماجه (١٠٧٨/٢) (٢٨) كتاب « الصيد » (١٥) باب « الضبع » حديث (٣٢٣٦) . جميعا من طرق عن عبد الرحمن بن أبي عمار عن جابر به . وهو حديث صحيح كما في التلخيص الحبير (١٦٧/٤) .

وأما الثعلب ، فقال ابن الصلاح : « ليس في تحليله حديث عن رسول الله ﷺ ، وفي تحريمه حديثان في إسنادهما ضعف . واعتمد الشافعي فيه على أنه مما لم تزل العرب تأكله ، فهو إذن مما استطابته العرب فيندرج في عموم قوله تعالى : ﴿ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيباتُ ﴾ وقد حكى ابن المنذر تحليله عن طاوس وقتادة ، وورد ذلك عن غيرهما ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٠/ب) . وانظر مذهب أبي حنيفة في الاختيار لتعليل المختار (١٣/٥ ، ١٤) .

(١) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٢٧١٢/٣) . والمنهاج ص (١٤٣) . وابن آوى : حيوان يُسَمى بالفارسية « شِغَال » وجمعُه : « بنات آوى » . انظر : المطلع على أبواب المقنع ص (٣٨٠) .

(٢) ابن عرس : دويبة ، وجمعها : بنات عرس . انظر : القاموس ص (٧١٨) مادة (ع ر س) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تردد فيه » بدون كلمة « العراقيون » .

(٤) في (ب) : « لتردد شبهه بالثعلب والكلب » .

(٥) وهي حرام على الأصح . انظر الروضة (٢٧٢/٣) . والمنهاج ص (١٤٣) .

(٦) وفي نسخة أخرى « الإنسية » كذا على هامش الأصل .

(٧) حديث ضعيف : رواه أحمد في المسند (٤٤٢/٢) ،والدارقطني في سننه (٦٣/١) ، والطحاوي في =

بالناب ، وتأكل الجيف ؛ فأشْبَهَ الأسدَ . ويحل أكلُ الخيلِ ؛ لما رَوَى جابرٌ قال : ذبحنا يوم خيبر : الخيلَ والبغال والحمير ، فنهانا رسول الله ﷺ عن البغال والحمير ، ولم يَنْهَنَا عن الخيل [1]] [2] .

وأما الدُّلْدُل [3] قطع الشيخ أبو محمد بتحريمه [4] . وأما السَّمُّور ، والسِّنْجاب - وما يشبههما [5] - فالأظهرُ إلحاقُهما بالثعلب [6] ، وقيل : هو كابن عِرْس .

الأصل الرابع : ما أمر رسول الله ﷺ بقَتْله في الحِلّ والحَرَم ، وهي الفواسقُ الخمسُ :

= مشكل الآثار (٢٧٢/٣) ، والحاكم في المستدرك (١٨٣/١) وقال : حديث صحيح ولم يخرجاه وتعقبه الذهبي ، وفي إسناده عيسى بن المسيب ضعَّفه ابن معين وأبو داود والنسائي وتكلم فيه ابن حبان وقال : كان ممن يقلب الأخبار ويخطئ في الآثار حتى خرج عن حدّ الاحتجاج به . وأورده ابن أبي حاتم في العلل (٤٤/١) وفيه « قال أبو زرعة : لم يرفعه أبو نعيم وهو أصح ، وعيسى ليس بالقوي » . وانظر : نصب الراية (١٣٤/١ ، ١٣٥) . تعجيل المنفعة بزوائد رجال الأئمة الأربعة ص (٣٢٨ ، ٣٢٩) . لسان الميزان (٤٠٥/٤) .

(١) الحديث رواه البخارى في صحيحه (٥٦٥/٩) (٧٢) كتاب « الذبائح والصيد » (٢٧) باب « لحوم الخيل » حديث (٥٥٢٠) بإسناده عن جابر بن عبد الله قال : « نهى النبي ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر ، ورخص في لحوم الخيل » . ورواه مسلم (١٥٤١/٣) (٣٤) كتاب « الصيد والذبائح » (٦) باب في « أكل لحوم الخيل » حديث (١٩٤١) ورواه الترمذي (٢٢٣/٤) حديث (١٧٩٣) . والنسائي (٢٠١/٧) . وابن ماجه (١٠٦٤/٢) حديث (٣١٩١) عن جابر أيضًا بلفظ : « أكلْنا زمنَ خيبر ، الخيلَ وحمرَ الوحش » .

(٢) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) الدُّلدل : هو القنفذ ، أو عظيم القنفذ ، أو يُشْبه القنفذ ، كذا في القاموس ص (١٢٩٢) .

(٤) في الروضة (٢٧٢/٣) أن الأصحَّ المنصوص حلُّه . وقال ابن الصلاح : « قوله : (وأما الدلدل ، قطع الشيخ أبو محمد بتحريمه) وفي « البسيط » أنه كان يَعُدُّه من الخبائث » .

وقال ابن الصلاح أيضًا : « وإبقاؤه هذا غيرُ مَرْضِيّ ، وكأنه لم يَعْرف « الدلدل » واعتقد فيه ما بلغنا عن الشيخ أحمد الأسنهي ، أنه قال : الدلدل : كبار السلاحف ، أو اعتقد فيه نحوًا من ذلك ، وذلك غير مَرْضِيّ . والمحفوظ أنه نوع من القنافذ . وفي كتاب « الصحاح » في اللغة : الدلدل : عظيم القنافذ . وفي كتاب « الحيوان » للجاحظ « أنَّ فَرْقَ ما بين القنفذ والدلدلِ ، كفرقِ ما بين البقر والجواميس ، والفأر والجرذان » وإذا كان من القنافذ ، فالشيخ أبو محمد لم يقطع بتحريم القنفذ ، بل تردَّدَ فيه ، والشافعيُّ قد نصَّ على تحليله » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٠/ب) .

(٥) في (أ) : « وما أشبههما » .

(٦) يعني : يحل أكله .

الغراب ، والحدأة ، والفأر ، والعقرب ، والحية [1]. وفي معنى المنصوص كلُّ سَبُعٍ ضارٍ [2] ، كالذئبِ ، والأسد ، والفهد ، والنمر ، والكلب العقور ، وماليس عقورًا فهو محرم ؛ لأنه ذو نابٍ يَعْدو به كالهِرِّ .

الأصل الخامس : مانهى رسولُ الله ﷺ عن قَتْلِه ؛ فإن ذلك يدل على التحريم ؛ إذْ لو حَلَّ ، لحلَّ ذَبْحُه ، كما أن الأمر بالقتل يدل على التحريم ؛ إذْ لو حلّ لأمر بالذبح لا بالقتل . وقد نَهَى عن قَتْلِ الهدهد ، والخطاف ، والنحل ، والصرد ، والنملة [3] . وقد نص الشافعي (رضي الله

(١) الحديث رواه البخارى في صحيحه كما في الفتح (٤٢/٤) (٢٨) كتاب « جزاء الصيد » (٧) باب « ما يقتل المحرم من الداوب » حديث (١٨٢٦) بإسناده عن حفصة أن رسول الله ﷺ قال : « خمس من الداوب ، لا حرج على مَنْ قتلهن : الغراب ، والحِدَأة ، والفأرة ، والعقرب ، والكلب العقور » . ورواه مسلم في صحيحه (٨٥٦/٢) (١٥) كتاب « الحج » (٩) باب « ما يندب للمحرم وغيره قَتْلُه من الدواب في الحل والحرم » حديث (١١٩٨) بإسناده عن عائشة (رضي الله عنها) عن النبي ﷺ أنه قال : « خمسٌ فواسقُ ، يُقْتَلن في الحِلِّ والحرم : الحيّة ، والغراب الأبْقَع ، والفأرة، والكلب العقور ، والحُدَيًا » . والغراب الأبقع : هو ما في ظهره بياض وفي بطنه بياض .

ورواه الترمذي في سننه (١٩٧/٣) حديث (٨٣٧) ، وابن ماجه (١٠٣١/٢) حديث (٣٠٨٧) أيضًا عن عائشة (رضي الله عنها) به .

(٢) في الأصل ونسخة (أ) : « ضاري » بإثبات الياء ، والصواب حذفها ؛ لأنها مُعَلّة إعلال « قاضٍ » وهو ما ثبت في نسخة (ب) .

(٣) حديث صحيح : رواه أبو داود في سننه (٤١٨/٥) (٣٥) كتاب « الأدب » (١٧٦) باب « في قتل الذر » حديث (٥٢٦٧) بإسناده عن ابن عباس قال : « إن النبي ﷺ نهى عن قتل أربع من الدواب : النملة ، والنحلة ، والهدهد ، والصُّرَد » . ورواه ابن ماجه (١٠٧٤/٢) (٢٨) كتاب « الصيد » (١٠) باب « ما ينهى عن قتله » حديث (٣٢٢٣) . ورواه الإمام أحمد في مسنده (٣٣٢/١) جميعًا من طرق عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن ابن عباس مرفوعًا به .

وأما الخطاف فرواه أبو داود في المراسيل ص (٢٨١) من حديث عباد بن إسحاق عن أبيه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن قتل الخطاطيف » ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٣١٨/٩) معضلًا أيضًا من حديث أبي الحويرث عن النبي ﷺ . ورواه ابن حبان في الضعفاء من حديث ابن عباس ، وفيه الأمر بقتل العنكبوت ، وفي إسناده عمرو بن جُمَيْع كذبه ابن معين ، وقال فيه البخاري : منكر الحديث . انظر المجروحين لابن حبان (٧٧/٢) . لسان الميزان (٣٥٨/٤) .

عنه) [على] (١) أن المحرِم يَفْدي الهدهدَ بالجزاء ، ولا يُفْدَى عنده إلا حَلَالٌ ، واختلف الأصحاب (٢) في حله لذلك (٣) .

وأما اللقلق (٤) ، فالأظهرُ أنه يحل (٥) ؛ لأنه كالكُرْكِيِّ (٦) .

وأنواعُ الحماماتِ حلالٌ ، وهُنَّ (٧) كلُّ ذاتِ طَوْقٍ . وأنواعُ العصافير – وإن اختلفت ألوانها [حلال] (٨) – وهي كثيرة . والفاختة واليمام (٩) ، والقُمْري من الحمامات (١٠) . والزُّرْزُور ، والصعْوَةُ من العصافير (١١) . وإنما يُنْظر فيه إلى تَقارُب الأشكال ، لا إلى الألوان .

وأما الغربانُ ، فإنها من الفواسق مع الحدأة . والبَغَاثةُ في معنى الحدأة ، وهي ذاتُ مخلبٍ ضعيف (١٢) ، ولكنها تقرب من الحدأة . والغرابُ الأبقع هو المقطوع بتحريمه ، أما الأسود

= وقال ابن الصلاح : « وأما الخطاف ، ففيه أحاديث لا تثبت ، مذكورة في كتاب السنن الكبير ، فما ذكره المؤلف – يعني الغزالي – مُلَفَّقٌ من حديثين ، أحدهما غَيْرُ ثابتٍ ... والصرد : طائر فوق العصفور يصيد العصافير ، وهو ضخم الرأس ، نصفُه أبيض ونصفُه أسود ضخم المنقار ، وأصابعُه كبيرة » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٦/ب)

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (ب) : « أصحابنا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بذلك » .

(٤) اللقلق : طائر أعجمي يأكل الحيات ، والأفصح فيه : اللقلاق . انظر . القاموس المحيط ص (١١٩٠) .

(٥) في (أ) : « حلال » .

(٦) في الروضة (٢٧٣/٣) : « أن اللقلق يحرم على الأصح » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وهي » .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) قال ابن الصلاح : « واختلف أهل اللغة في اليمام ، فعند الأصمعي هو الحمام الوحشي ، وعند الكسائي : اليمام هو الحمام الذي يألف البيوت ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٦/ب) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « من الحمام » ويعني أنها نوع من أنواع الحمام .

(١١) قال ابن الصلاح : « الصعوة : واحد ، والجمع : الصَّعْو . وهي صغار العصافير ، وهو أحمر الرأس ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٦/ب) .

(١٢) في (أ) ، (ب) : « صغير » .

الكبير ، فألحقه المراوزةُ بالأبقع ، وتردد فيه العراقيون (١) . وأما غراب الزرع - وفيه غُبْرَةٌ ليستْ كثيرة (٢) ، ومنه المحمرةُ المناقير والأرجل - ففيها تردد (٣) .

وأما طيرُ الماءِ فمباحٌ كلُّه (٤) ، وكذا في جميع حيواناته ، إلا مَالَه نظيرٌ فى البَرِّ محرمٌ ، ففيه قولان ذكرناهما (٥) .

الأصل السادس : كل ما استخبثته العربُ (٦) ، فهو حرام ، قال الله تعالى : ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ﴾ (٧) ، وإنما خرج على ما هو طَيِّبٌ عندهم ، فالحشراتُ كلُّها مستخبثةٌ ، وكانت العرب تستخبث الباز (٨) والشاهين والنسر والصقر ، كما تستخبث العظاية (٩) واللُّحَكَاء (١٠) والخنافس . واللحكاءُ : دويبةٌ تغوص فى الرمل مثل الأصبع . والعظايةُ مثلُ الوزغ . والضِّفْدعُ والسُّلَحْفَاة من المستخبثات ، وكذا السرطان .

ولا يَحِلّ من الحشرات شيءٌ إلا الضبة . وفي أُمِّ حُبَيْنٍ تردد (١١) ، وفي الآثار أنها تفدى

---

(١) والغراب الأسود الكبير ، يُسَمى الغراب الجبليّ ؛ لأنه يسكن الجبل ، والأصح فيه أنه حرام أيضًا كالغراب الأبقع . انظر الروضة (٢٧٢/٣) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ليست كبيرة » .

(٣) والأصح أنها حلال . انظر الروضة (٢٧٢/٣) .

(٤) ولكن لا تَحِلُّ مَيْتَتُها قطعًا . انظر الروضة (٢٧٥/٣) .

(٥) مالا يعيش إلا فى الماء ، إذا لم يكن على صورة السموك المشهورة ، فيه ثلاثة أوجه أو أقوال ، وأصحها : أنه يحل طلقا ، وهو المنصوص في الأم ؛ لأن اسم « السمك » يُطْلق على جميعها . الروضة (٢٧٤/٣) .

(٦) ... (ب) : « كل ما استخبثه العرب » .

(٧) من الآية (٤) من سورة (المائدة) .

(٨) ... ي (أ) ، (ب) : « البازي » .

(٩) في (أ) ، « العظاة » . وهي دويبة أكبر من الوزغة .

(١٠) اللحكاء : بضم اللام وفتح الحاء والكاف ، وهي دويبة كأنها سمكة ملساء ، كأنها شحمة مُشْربة حمرة تكون في الرمل ، فإذا أحسَّت بالإنسان غاصت في الرمل . انظر لسان العرب (٤٠١٠/٥) .

(١١) والأصح أنها حلال كما في الروضة (٢٧٧/٣) . وهي دويبة على خلقة الحرباء ، عريضة الصدر ، عظيمة البطن على قدر الضفدع ، غبراء لها أربع قوائم . القاموس ص (١٥٣٣) .

بحُلَّان ، وكأنه ولد الضب (١) ، وذوات الأجنحة من الحشرات كالذباب ؛ فإنها (٢) مستخبثة ، وإنما يحل منها الجراد . وفي الصرارة (٣) تردد ، لتردده بين الخنافس والجراد ، وهو بالخنفساء أَشْبَهُ (٤) . وفي القنفذ تردد (٥) ؛ لما رُوِيَ أن ابن عمر (رضي الله عنه) أفتى بِحِلِّه ، واستدل بقوله تعالى : ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِى مَآ أُوحِىَ إِلَىَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ ﴾ الآية (٦) ، فقام شيخٌ وقال : أشهد أن رسول الله ﷺ قال : « إنها من الخبائث » (٧) ، فقال ابن عمر (رضى الله عنه) : « إن قال ، فهو كما قال » (٨) ، فسبب التردد في قول الشيخ وعدالته (٩) .

ثم لا وجه فيما أَشْكَلَ خبثُه إلا الرجوعُ إلى العرب ، فإنها – وإن كانت أمةً كبيرة – فطباعُها مُتقاربةٌ .

الأصل السابع : ما أخبر الله تعالى [عنه] (١٠) ورسولُه ﷺ أنه كان حرامًا على الأمم

(١) قال ابن الصلاح : « والحُلَّان : بحاء مهملة مضمومة ، بعدها لام ألف مُشددة ، ثم نون ، وهي الجدي . وقال الأصمعي : الحلّام والحلان – بالميم والنون – صغار الغنم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٧/ب) .

(٢) في (ب) : « لأنها » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الصراصر » .

(٤) والصراصر حرام على الأصح كما في الروضة (٢٧٧/٣) . وهو حيوان فيه شبه من الجراد ، يصيح صياحًا دقيقا ، وأكثر صياحه بالليل ، ويسمى صرار الليل . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٧/ب) .

(٥) وهو حلال على الأصح كما في الروضة (٢٧٧/٣) . وقال ابن الصلاح « قوله : (وفي القنفذ تردد) كلامُ مَنْ لم يَقِفْ على نصّ الشافعي (رضى الله عنه) وقطْعِه بحِلِّه كما ذكرناه فيما سبق » . المشكل (جـ٢ ق ١٥٧/ب) .

(٦) من الآية (١٤٥) من سورة (الأنعام) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وقال أشهد على أبي هريرة أنه قال : سمعت رسول الله ﷺ قال : إنه من الخبائث » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « إن كان قاله رسول الله ﷺ فهو كما قال » .

(٩) حديث ضعيف : رواه أبو داود (١٥٧/٤) (٢١) كتاب « الأطعمة » (٣٠) باب « في أكل حشرات الأرض » حديث (٣٧٩٩) ، ورواه الإمام أحمد في مسنده (٣٨١/٢) حديث (٨٩٤١) كلاهما من طرق عن سعيد بن منصور عن عبد العزيز بن محمد عن عيسى بن نميلة عن أبيه به .

وقال الخطابي : ليس إسناده بذاك . وقال البيهقي : فيه ضَعْفٌ ، ولم يُرْوَ إلا بهذا الإسناد . انظر معالم السنن على هامش سنن أبي داود (١٥٧/٤) . التلخيص الحبير (١٧٢/٤) . وانظر المشكل (جـ ٢ ق ١٥٧/ب) .

(١٠) زيادة من (أ) ، (ب) .

السالفة ، فهو حرامٌ على أحد القولين وإن لم يكن في شرعنا ذِكْرُ تحريمِه علينا ، ولا نرْجِعُ في ذلك إلى قول أهل الكتاب ؛ إذْ لا يُوثَقُ بقولهم . والقول الثاني أن الاعتماد على عموم آية الإباحة أولى من اعتماد استصحاب [حال] (١) الشرائع السابقة (٢) .

الأصل الثامن : ما حُكِم بحلِّه ، إذا خالطَتْه نجاسةٌ ، فهو حرام كالزيت النجس ، وبَيْعُه حرامٌ . وإن ماتت فأرةٌ في سمن ذائبٍ - أو غيره - فكذلك ، وإن كان جامدًا قُوِّر ، وطُرح ما حولَه ، والباقي طاهرٌ ، كذلك أمر رسول الله ﷺ (٣) .

والجلَّالة - وهي الحيوان الذي يتعاطى العذرة والأشياءَ القذرة - حلالٌ إن لم يظهر النتن في لحمه (٤) ، فإن ظهر النتن فهو نجسٌ وحرام ، وإن تكلَّف بالعلف إزالةَ رائحتِها (٥) حَلَّتْ ، وإن تكلَّف بالطبخ فلا . وجلدُها يَطْهر بالدباغ والذكاة إن لم تبق الرائحة في الجلد . وذكر العراقيون أن الجلالة تُكْرَه ولا تَحْرُم . أما الزرع فحلالٌ وإن كَثُرَ الزبلُ فيه ؛ فإنه لا يظهر الرائحة [فيه] (٦) .

الأصل / التاسع : ما حُكِم بِحِلِّه ، فميتتُه ومنخنقتُه حرامٌ ، وبالجملة كلُّ مالم يُذبح ذَبْحاً ٢٧٦/ب شرعياً كما وصفناه ، ولا يُستثنى عن ميتته إلا الجرادُ وحيواناتُ البحر ؛ لقوله عليه السلام :

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) وهذا القول الثاني هو الأظهر : أنه لا يُسْتصحب حكْمُه في شرع من قبلنا . انظر الروضة (٣/ ٢٧٧) .

(٣) الحديث رواه البخاري (٥٨٥/٩) (٧٢) كتاب « الذبائح والصيد » (٣٤) باب « إذا وقعت الفار في السمن الجامد أو الذائب » حديث (٥٥٤٠) بإسناده عن ميمونة (رضي الله عنها) قالت : سئل النبي ﷺ عن فأرة سقطت في سمن ، فقال : « ألقوها وماحولها وكلوه » . ورواه أبو داود (١٨٠/٤) حديث (٣٨٤١) والترمذي (٢٢٥/٤) . والنسائي (١٧٨/٧) جميعا من طرق عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس عن ميمونة مرفوعًا به . ورواه أبو داود أيضًا حديث (٣٨٤٢) بإسناده عن أبي هريرة (رضى الله عنه) مرفوعًا بلفظ : « إذا وقعت الفأرة في السمن ، فإن كان جامدًا فألقوه وما حولها ، وإن كان مائعًا فلا تقربوه » .

وقال ابن الصلاح عن هذا الحديث : « ذكره البخاري ، ولم يُصَححه من حديث أبي هريرة ، وصححه من حديث ميمونة أم المؤمنين مختصرًا ، فأصل الحديث ثابت مع اختلاف في إسناده ولفظه ، والله أعلم » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لحمها » .

(٥) في (ب) : « رائحته » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

« الحلُّ ميتته » [1] ، وعن المنخنقة إلا الجنين الذي يُوجد ميتًا في بطن المذبوح ، فإنه حلالٌ ، وَرَدَ فيه الخبر [2] .

الأصل العاشر : ما اكتُسب بمخامرة [3] نجاسة ككسب الحجام : فقد نهى رسول الله ﷺ [عنه] [4] فروجع [مرارًا] [5] فقال : « أَطْعِمْهُ عَبْدَكَ ونَاضِحَكَ » [6] ، ....

---

(١) حديث صحيح : رواه أبو داود (٦٤/١) (١) كتاب « الطهارة » (٤١) باب « الوضوء بماء البحر » حديث (٨٣) بإسناده عن أبي هريرة يقول : سأل رجلٌ النبيَّ ﷺ فقال : يا رسول الله ، إنا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء ، فإن توضأنا به عطشنا ، أفنتوضأ بماء البحر ؟ فقال رسول الله ﷺ : « هو الطهور ماؤه ، الحِلُّ مَيْتَته » . ورواه الترمذى (١٠٠/١) (١) كتاب « الطهارة » (٥٢) باب « ما جاء في ماء البحر أنه طهور » حديث (٦٩) . ورواه النسائي (٥٠/١) كتاب « الطهارة » باب « ماء البحر » . ورواه ابن ماجه (١٣٦/١) (١) كتاب « الطهارة وسننها » (٣٨) باب « الوضوء بماء البحر » حديث (٣٨٦) . ورواه أحمد (٣٦١/٢) حديث (٨٧٢٠) جميعًا من طرق عن مالك عن صفوان بن سليم عن سعيد بن سلمة عن المغيرة بن أبي بردة عن أبي هريرة مرفوعًا به .

(٢) حديث صحيح : رواه أبو داود (٢٥٢/٣) (١٠) كتاب « الأضاحي » (١٨) باب « ما جاء في ذكاة الجنين » حديث (٢٨٢٧) بإسناده عن أبي سعيد الخدري قال : سألت رسول الله ﷺ عن الجنين ، فقال : « كلوه إن شئتم » وفي رواية « قلنا : يا رسول الله ننحر الناقة ونذبح البقرة ، والشاة ، فنجد في بطنها الجنين ، أَنُلْقِيه أم نأكله ؟ قال : « كلوه إنْ شئتم ؛ فإن ذكاته ذكاة أمة » .

ورواه الترمذي (٦٠/٤) (١٨) كتاب « الأطعمة » (٢) باب « ما جاء في ذكاة الجنين ذكاة أمه » حديث (١٤٧٦) مختصرًا . ورواه ابن ماجه (١٠٦٧/٢) (٢٨) كتاب « الذبائح » (٥) باب « ذكاة الجنين ذكاة أمه » حديث (٣١٩٩) . ورواه أحمد في مسنده (٣١/٣) حديث (١١٢٧٨) . جميعا من طرق عن مجالد عن أبي الوداك عن أبي سعيد مرفوعًا به . ورواه أبو داود حديث (٢٨٢٨) بإسناده عن جابر بن عبد الله عن رسول الله ﷺ قال : « ذكاة الجنين ذكاة أمه » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بمجاورة » . (٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) أيضًا .

(٦) حديث حسن : رواه أبو داود (٧٠٧/٣) (١٧) كتاب « البيوع والإجارات » (٣٩) باب « في كسب الحجام » حديث (٣٤٢٢) بإسناده عن ابن محيصة عن أبيه « أنه استأذن رسول الله ﷺ في إجارة الحجام ، فنهاه عنها ، فلم يزل يسأله ويستأذنه حتى أمره : أنِ اعْلِفْه ناضحك ورقيقَك » .

ورواه الترمذي (٥٧٥/٣) (١٢) كتاب « البيوع » (٤٧) باب « ما جاء في كسب الحجام » حديث (١٢٧٧) ورواه ابن ماجه (٧٣٢/٢) (١٢) كتاب « التجارات » (١٠) باب « كسب الحجام » حديث =

وهذه كراهيةٌ ، وليس [1] بتحريم . وقد عُلل بأن ذلك مكتسب من حرفة خسيسةٍ جائزة [2] ومخامرة نجاسة [3] .

وعندي أن التعليل بذلك يُوجِبُ إلحاقَ أجرةِ الكناسِ والدباغ به ، ولم يَذْهب إليه أحدٌ [4] ، ولعل السبب فيه ، أن الحجامةَ والفصدَ جرحٌ مفْسِد للبنية ، وهو حرام في الأصل ، وإنما يُبَاح بتوهُّم المنفعة ، وذلك مشكوك فيه ، ويطرد [هذا] [5] في أجرة من يقطع يدًا مُتَآكِلةً لا ستبقاءِ النفس ، ولا يطرد في أجرة الجلاد الذي يقطع في السرقة . [6] وقد أوردت هذه العلة في كتاب الحلال والحرام [6] من كتب إحياء علوم الدين . وقد ذكر الشافعي (رضى الله عنه) في آخر هذا الكتاب [7] الودك النجس والانتفاع به وبيعه [8] ، وقد ذكرناه في البيع .

* * *

= (٢١٦٦) . جميعا من طرق عن الزهري عن ابن محيصة عن أبيه مرفوعًا به .

والناضح : هو البعير الذي يستقى عليه من البئر ونحوه . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٥٨/أ) .

(١) في (ب) : « وليست » .

(٢) كلمة : « جائزة » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « ومجاورة نجاسة » .

(٤) قال ابن الصلاح : « وهذا عجب ، فقد ذهب إلى ذلك من لا نُحصيه من أئمتنا ، وهو المقطوع به فى « المهذب » و« التهذيب » وهو في « الشامل » و« بحر المذهب » منسوب إلى أصحابنا على الإطلاق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٨/ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وقد حررتُ هذا في كتاب « الحلال والحرام » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « الباب » .

(٨) كلمة : « وبيعه » ساقطة من (أ) ، (ب) .

الباب الثاني

في حالة الاضطرار

قال الله تعالى : ﴿ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ (١) ، فيباح تناولُ الحرامِ للضرورة . والنظر في حدِّ الضرورةِ ، وجنسِ المستباح ، وقَدْرِه .

أما الضرورةُ ، فنعني بها أن يَغْلب على ظَنّه الهلاكُ إن لم يأكل ، وكذلك إن خاف مرضًا يخاف منه الموت لجنسه لا لطوله ، وإن كان يخاف طول المرض وعُسْرَ العلاج ، ففيه قولان (٢) . ولا شك في أنه لا يُشترط أن يصبر حتى يُشْرف على الموت ، فإن الأكل بعد ذلك لا يَنْعشه (٣) . والظنُّ كالعلم ها هنا كما في المكْرَه على الإتلاف (٤) .

ثم إذا جاز الأكل ، وَجَب أن لايجوز السَّعْيُ في الهلاك ، وفيه وجه : أنه يجوز الاستسلامُ ؛ تورعًا عن الحرام كما في الصيال . وهو ضعيف ؛ لأن ذلك إيثارُ مُهْجةٍ على مهجة .

وأما تحريم الميتة (٥) فلا ينتهي إلى هذه الرتبة ، نعم يتجه ذلك (٦) ما دام المضطر غير قاطع بأن تَرْكَ الأكلِ يَضُرّه ، بل ظانًّا (٧) ظَنًّا قريبًا من الشك فإن ذلك يُدْرَك بنوع اجتهادٍ .

النظر الثاني : فى قَدْرِ المُستباح . وفي جواز الشبع - بعد تحققِ الضرورة - نصوصٌ مضطربةٌ ، حاصِلُها ثلاثةُ أقوالٍ :

أحدها : أنه يجب الاقتصارُ على سَدِّ الرَّمَق ؛ إذ رجع إلى حالة لا يجوز ابتداءَ الأكلُ على مثله (٨) وزَالَ الخوفُ والاضطرارُ .

---

(١) من الآية (١١٩) من سورة (الأنعام) .

(٢) والأظهر أنه يحل هنا أيضًا تناول المحرّم . انظر الروضة (٣/٢٨٢) .

(٣) أي : لا يرفعه ولا يقيمه . وفي بعض النسخ : « لا ينفعه » بدل « لاينعشه » المشكل (جـ٢ ق ١٥٨/ب) .

(٤) يعني أنه لا يُشترط - فيما يخاف منه - تَيقُّنُ وقوعِه لو لم يأكل ، بل يكفي غلبةُ الظنّ .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وأما الميتة » بدون كلمة « تحريم » .

(٦) أي ترك الأكل من المحرّم .

(٧) كلمة : « ظانا » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « مثلها » .

والثاني : أنه يشبع ؛ إذْ نُبيح [1] للمضطرِ الأكلَ مطلقًا وتحققت الضرورة أولًا .

والثالث : أنه إن كان في بلدٍ اقْتَصَر على سَدِّ الرمق ، وإن كان في بادية وخاف إن لم يشبع [أن] [2] لا يتقوى على المشْي ويهلك ، فيشبع [3] ، وهذا يستدعي مزيدَ تفصيلٍ ؛ فإن من علم في البادية أنه لولم يشبع ، ولم يتزوَّد ، لا يَقْوى ولا يَجد غيره ويهلك ، فيجب القطعُ بأنه يشبع ويتزود ، ولا يُفارق الابتداءُ الدوامَ فى هذا وإن كان في بلد . ولو سَدَّ الرمق [ثم] [4] توقع طعامًا مباحًا قبل عودالضرورة : وجب القطع بالاقتصار [5] ؛ إذِ الضرورةُ تُبيح إزالةَ الخوف دون الشبع . فإن كان لا يتوقع طعامًا ولكن [6] يمكنه الرجوع إلى الميتة - إن لم يجد مباحًا - فهاهنا يتجه التردد ؛ إذ لو شبع لم يُعَاوِدْ على قُرْب ، وإن اقتصر عاد على القرب ، فيحتمل أن يُقَال هذا وإن لم يَجُزْ في الابتداء . ولكن بعد أن وقع في الأكلِ ، فالأكلُ دفعةً أقربُ من المعاودة كلَّ ساعة . والأقيسُ ما اختاره المزني (رحمه الله) وهو سَدُّ الرمق إلحاقًا للدوام بالابتداء .

النظر الثالث : في جِنْس المستباح . ويُبَاح الخمر لتسكينِ العطش ؛ لأنه [7] مُسْتيقَن كإساغةِ اللقمة ، بخلاف التداوي [8] . ويُبَاح كلُّ حرامٍ إلا ما فيه سَفْكُ دمٍ معصومٍ ، وليس له

---

(١) في (أ) ، (ب) : « والثاني : أنه يستبيح ؛ إذ أُبيح ... » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (ب) : « فليشبع » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وجب الاقتصار » بدون كلمة « القطع » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولكنه » .

(٧) في (أ) : « فإنه » .

(٨) قال ابن الصلاح (رحمه الله) : « هذا غَيْرُ صحيح ؛ لأن في كونها مسكنة للعطش خلافًا ظاهرًا ، ومن يعتقدها مُسَكِّنةً للعطش ، لا مستند له قاطعًا في ذلك ، ولو شربها - وهي مرة - فوجدها مسكنة للعطش قطعًا ، لم يستفد بذلك القطع فيما يريد أن يشربه ، هو أو غيره بعد ذلك ؛ لاختلاف الأمزجة باختلاف الأحوال ، فلن يوجد في ذلك سوى الظنّ ، فلا فَرْقَ إذن بينه وبين الظن في التداوي ، وهذا قاضٍ على ما ذكره شيخه في تقدير ذلك من قوله : (من قال : الخمر لا يسكن العطش فليس على بصيرة) ولا يُعَدُّ مثل هذا مذهباً ، بل هو غلط آيلٌ إلى الحِسّ ، ومُعَاقِرُ الخمر يجتزىء بها عن الماء ، وكأنه لم يقف على ماحكاه صاحب « البحر » من نص الشافعي على المنع من شرب الخمر للعطش ؛ مُعَلِّلًا بأنها تعطش وتُجيع ، وعن القاضي أبي الطيب الطبري أنه سأل عن هذا بعضَ مَنْ يُجِيز ذلك فقال : الأمر كما قال الشافعي (رضي =

قَتْلُ ذميٍّ ، أو معاهد ، ولا قَتْلُ عبدِه وولدِه ، (١ ويجوز له قَتْلُ المرتد ١) والزاني المحصن وإن كان ذلك مَنُوطًا بالإمام ؛ لأن الضرورة (٢) تُقَاوِم هذا القدَر ، وكذلك قَتْلُ الحربيَّةِ جائزٌ على الظاهر ، وإباحةُ قَتْلِ ولدِ الحربيِّ - وهو صغير - فيه نظرٌ ، والأظهرُ جوازُه ؛ لأنه لا يُقاوم تحريمُه روحَ مسلمٍ .

فروع

الأول : لو قَطَع فِلْذَةً من فخذه - ولم يكن الخوفُ منه كالخوف من الجوع - ففي جوازه وجهان . ولا يجوز أن يَقْطع من فخذ عبدِه وأجنبيٍّ آخر ؛ لأن له أن يُفْدِي نفسَه ببعضِ نفسه ، ولا يمكن ذلك في حقِّ غيره .

الثاني : إذا ظفر بطعامِ مَنْ ليس مضطرًا مثلَه ، فله أَخْذُه ، وليس لمالكه (٣) / مَنْعُه ، ولكن ٢٧٧/أ الأصح أن يستأذن أولًا ، فإنْ مَنَعَ أَخَذَه قهرًا ، فإنْ قاتَلَه فَدَمُ المالكِ هدرٌ ، ودمُ المضطر مضمونٌ بالقصاص عليه . ولو قال المالك : أبيع منك ، فعليه الشراءُ . ثم إن كان بثمن المثل لزمه الشراء (٤) وإن زاد الثمنُ ، فهو مضطرٌ في شرائه كالمُصَادَرِ (٥) ، فلا يلزمه على أحد القولين (٦) إلا إذا قدر على سَلبه [قهرًا] (٧) فاشترى ، فإنه يصير مختارًا (٨) . ولو أَوْجَرَ المالكُ المضطرَّ الطعامَ قهرًا ، ففي

= الله عنه) : إن الخمر تَرْوي في الحال ثم تُثير عطشًا عظيمًا . وفي « تعليق » القاضي حسين أن الأطباء قالوا : الخمر تزيد العطش ، وأهلُ الشرب يحرصون على الماء البارد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٥٨/ ب وما بعدها) .

(١) في (أ) ، (ب) : « ويجوز قتل المرتد » بدون كلمة « له » .

(٢) في (أ) : « غير أن الضرورة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وليس للمالك » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لزمه » بدون كلمة « الشراء » .

(٥) أي : المصادَر من جهة السلطان الظالم إذا باع ماله للضرورة ولدفع الأذى الذي يناله .

(٦) أي فلا يلزمه الزيادة على ثمن المثل على أحد القولين فى اعتبار صحة هذا البيع ، والأصح من القولين صحة هذا البيع ، فيلزمه المسمى . انظر روضة الطالبين (٢٨٧/٣) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) وحينئذ يلزمه المسمى بلا خلاف ، والخلاف السابق إنما هو فيمن عجز عن الأخذ قهرًا . انظر الروضة (٢٨٨/٣) .

استحقاقه القيمة [1] عليه ، وجهان [2] .

الثالث : إذا وجد ميتةً وطعامَ الغير ، [3] ففيه ثلاثة أوجه [3] :

أحدها : أن الميتة أولى ؛ ترجيحًا لحقِّ الآدمي .

والثاني : المال أولى ، إذْ تفويتُ العينِ ببدلٍ أسهلُ من تناولِ الميتة [4] .

والثالث : أنَّه يتخيَّر ؛ لتعارضِ الأمرين .

والصيدُ في حقِّ المحرِمِ كطعام الغير [5] ، ولو كان عنده لحمُ صيدٍ ، فهو أولى من الميتة [6] ؛ فإن [7] المحذور حق الصيد في القتل ، وتحريمُ اللحمِ على المحرِمِ أهونُ من تحريم الميتة العام تحريمُها ، والله أعلم [8] .

* * *

---

(١) في (أ) : « لثمنه » .

(٢) وأحسن الوجهين أنه يستحق القيمة ؛ لأنه خلصه من الهلاك . انظر الروضة (٣/٢٨٨) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فثلاثة أوجه » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « والثاني : تناول مال الغير ببدل أسهل من تناول الميتة » .

(٥) يعني أن المحرم إذا كان مضطراً لتناول الميتة ، فالصيدُ - في الإحرام - بمنزلة مال الغير لغير المحْرِم .

(٦) وترجيح الغزالي هنا أولى مما في الروضة من أن المذهب أنه يلزمه أكل الميتة .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لأن » . (٨) قوله : « والله أعلم » ليست في (أ) .

كِتَابُ السَّبْقِ والرَّمْي

وفيه بابان

الباب الأول
في السبق

ويجوز أن يشترط المتسابقون في الخيل مالًا للسابق يُستحقّ بالسبق. والرخصةُ فيه تحريض على تعلُّم أسباب القتال ؛ قال الله تعالى : ﴿ وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ ﴾ (١) . ولا غَنَاءَ في القوس (٢) والسهم إذا لم يسبقه تعلُّمُ الرمي ، ولا في الأفراس الجياد إذا لم يمارسْها فارسٌ حاذِق . وأبطل أبو حنيفة (رحمه الله) هذا العقد .

ويتهذّبُ البابُ بفصولٍ ثلاثة

---

(١) من الآية (٦٠) من سورة (الأنفال) .

(٢) قال ابن الصلاح (رحمه الله تعالى) : « قوله : (ولا غَنَاءَ في القوس) الغناء : الغين المعجمة وبالمدّ ، أي : النفع والكفاية » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٠/أ) .

الفصل الأول

فيما يجوز العقد عليه

وقد قال (عليه السلام): «لا سَبَقَ إلا في خُف، أو حافرٍ، أو نَصْلٍ»(١)، وأراد بالخفِّ الإبلَ، (٢ وهو أيضًا عدةٌ للقتال ٢) وإن لم يَبْلُغ مَبْلَغَ الفرس حتى لا يستحقّ به سهم الفارس (٣)، والمعنى معقولٌ من ذِكْرِ هذه الأشياء الثلاثة؛ (٤ فيلحق به ما في معناه ٤)، لكنْ من الأصحاب مَنْ يتبع الاسمَ، (٥ ومنهم من يتبع ظهورَ المعنى، ومنهم من يتبع أصْلَ المعنى وإن ضَعُفَ.

أما الخفُّ، فأُلْحِقَ به الفيلُ ٥)؛ لأنه أظهر (٦) غناءً من الإبل في القتال (٧). وفيه وجه: أنه لا يُلحق به؛ لأنه نادرٌ، (٨ ونعلم أنه عليه السلام ٨) ما أراده. وهو بعيد.

وأما البغال والحمير، فلا تلحق (٩) على الظاهر؛ إذْ لا غناء لها في القتال (١٠). (١١ وفيه وجه: أنه تلحق؛ لأن ركوبها مقدّمةٌ لتعلُّمِ ركوب الفرس، ويكفي أصْلُ المعنى ١١)؛ وهو بعيد.

---

(١) حديث صحيح: رواه أبو داود في سننه (٦٣/٣) (٩) كتاب «الجهاد» (٦٧) باب في «السّبق» حديث (٢٥٧٤) بإسناده عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال: قال رسول الله ﷺ: «لا سَبَقَ إلا في خف أو حافر أو نصل». والرواية الصحيحة لهذا الحديث (لا سَبَقَ...) بفتح الباء، وهو ما يُجعل للسابق على مَنْ سبقه من جُعْلٍ أو نوال أو عطاء.

وقال ابن الصلاح عن هذا الحديث: «هو حديث حسن الإسناد، والرواية الصحيحة فيه «لا سَبَقَ» بفتح الباء، وهو العوض الذي يُسَابق عليه، أما بإسكان الباء فهو مصدر (سبقه) والله أعلم». المشكل (جـ٢ ق ١٦٠/أ).

(٢) في (أ)، (ب): «فهو أيضًا عدةُ القتال».

(٣) في (أ)، (ب): «سهم الفرس».

(٤) في (أ)، (ب): «فيلحق ما في معناها».

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ)، (ب).

(٦) في (أ، (ب): «أكثر».

(٧) قوله: (في القتال) ساقط من (أ)، (ب).

(٨) في (أ)، (ب): «ونعلم أن النبيّ عليه السلام».

(٩) في (أ)، (ب): «قال تلتحق».

(١٠) في (أ)، (ب): «في المعنى».

(١١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) (ب). وقال ابن الصلاح: «قوله: (وأما البغال والحمير، فالظاهر أنها لا تلتحق. وفيه وجه: أنها تلتحق) هذا ليس بوجه، بل هو المنصوص، فالأمر على العكس مما ذكر؛ فإن الظاهر من نص الحديث ومِنْ مذهب الشافعي إلحاقُها في الجواز بالخيل، وقد نص الشافعي على ذلك في «المبسوط» ومن حيث المعنى ليست دون الإبل، والله أعلم». مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٠/أ، ١٦٠/ب).

وأما النَّصْل ، فيستوي فيه [١] أصحاب القِسيّ [١] من النَّاوَك [٢] وغيره ، وكذلك أنواع النَّصْل كالمسلة والإبرة فهو [٣] في معنى السهم ، والاسمُ أيضًا يشمل .

وأما الزانات والمزاريق [٤] ، فهي على رتبة [٥] بين الفيل والحُمر [٥] ، والظاهر إلحاقُها ، لغنائها ولشمولِ اسمِ النصْل ، ولكن هذا الخلاف جارٍ [٦] في الرمي بالحجارة [٦] والمقاليع ؛ لغنائها وإنْ لم يشملْها اسمُ النصل .

واستعمال السيف [أيضًا] [٧] قريبٌ من رتبة الزانات ؛ فإنَّ غناه أظهرُ من الكلّ ، ولكن اسم النصل [٨] بعيد عنه [٨] ، ولكن هو الأصل في القتال ، وهو نِفَارٌ من السكين ، والرمحُ نفارٌ من السيف ، والرمْيُ نِفَارٌ من الرمح [٩] .

فأما المسابقة بالطيور والحمامات - وفائدتُها نَقْلُ الأخبار - فالظاهر مَنْعُه ؛ لِبُعْدِ المعنى وضعفِه . وفيه وجه : أنه يجوز .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أنواع القسي » .

(٢) الناوك : اسم فارسي لنوع من أنواع القسي . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٠ /ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فهي » .

(٤) قال ابن الصلاح (رحمه الله) : « قوله : (وأما الزانات والمزاريق ...) هما نوعان من الحراب . والزانات بالزي المنقوطة والنون ، قيل : هي التي تكون مع الديلم ، ولها رأسٌ دقيق ، وحديدتُها عريضة ، والله أعلم . و« المزاريق » واحدها : مِزْرَاق ، على مثال « مفتاح » . وقال الجوهري : هو رمح قصير ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦٠ / ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بين الحمير والفيل » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « في الترامي بالأحجار » .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « عنه بعيد » . وقال ابن الصلاح : « ذكر أن اسم « النصل » بعيد عن السيف ، وليس كما قال ؛ فإن استعمال « النصل » في السيف كثير في اللغة غير نادر ، ففي صحاح اللغة للجوهري : « النصل : نصل السهم والسيف ، والسكن ، والرمح » . ولو قال كما قال شيخه : إن اسم « النصل المطلق » بعيد عنه لكان أقرب ، ومع ذلك فهو غير مُسَلَّم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٦١/أ) .

(٩) قال ابن الصلاح : « قوله : (لكن هو الأصل في القتال ، وهو نِفَارٌ من السكين ، والرمحُ نفار من السيف ، والرمي نفار من الرمح) فقوله : (نفار) في الموضع الثلاثة ، وهو بنون مكسورة ، بعدها فاءٌ ، أي : نفور وفرار . والمقصود بهذا الكلام بيان هذه الآلات في القتال ، فتماسكُ الرجال في موقف القتال متقدم في الرتبة ، والتطاعن =

الفصل الثاني
في شروط العقد

وهي خمسة :

الأول : الإعلام في المال ومقداره ، وفي الموقف ، والغاية بتعيينها والتساوي فيهما (١) ، فلو شُرِط تقدمُ أحدِهما بمسافةٍ ، ويجري الآخر وزعم أنه يَسْبقه : لم يَجُزْ بالاتفاق ؛ لأن اختلاف الأفراس بالفراهة لاتنضبط مقاديرها ، فَلْيُضْبط بالتساوي (٢) .

ثم إن كان أحد الفرسين بحيث يسبق قطعًا لو تساوقا ، فالعقد باطل ، وكذلك لو شرطا (٣) أن يتساوقا [في الركض] (٤) إلى حيث يسبق أحدهما ، فيستحق المال ، لم يَجُزْ ؛ لأن الجواد قد يحتدّ في آخر الميدان ، فلا معنى لاقتحامِ جهالةٍ بغير فائدة .

ولو عَيَّنَا الغاية ولكن شَرَطا استحقاق الشرط (٥) لمن يسبق في وسط الميدان ، ففيه وجهان . وكذلك لو عَيَّنَا الغاية ، ولكنْ شَرَطَا غايةً أخرى يمتدون إليها إن لم يسبق في الأولى ، ففيه وجهان مرتبان ، وأولى بالجواز .

الشرط الثاني : أنه إذا تسابق جماعةٌ ، فينبغي أن يُشْترط السَّبَق للسابق ، فلو شُرِط للمُصَلِّي – وهو التالي للسابق (٦) – ففيه ثلاثة أوجه :

= بالرماح فرارٌ ونفور من السيوف ، والرميُ بالسهام فرارٌ ونفار من الرماح . فاعْرِفِ الكلمةَ ، فإنها قد خفيت ، وصُحّفت في النسخ بوجوه من التصحيف أضاعت المعنى ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦١/أ) .

قلت : هذه الكلمة – في المخطوط الأصل – تصحَّفَتْ إلى « يقارب » وفي نسخة (ب) تصحَّفَتْ إلى « يقاوم » . وقد صححتُها من كلام ابن الصلاح (رحمه الله ورضي عنه)

(١) في (أ) ، (ب) : « فيها » .

(٢) في (ب) : « فالضبط بالتساوي » .

(٣) في (ب) : « لو شرط » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « استحقاق السبق » .

(٦) الصَّلا – على وزن العصا – هو مغْرِز الذَّنب من الفرس ، والتثنية : صَلَوان . ومنه قيل للفرس الذي بعد السابق : المصَلِّي ؛ لأنَّ رأسه عند صَلَا السابقِ ، والفعلُ منه : صلَّى ، يقال : صَلَّى الفرَسُ ، إذا تَلاَ السابقَ . انظر المصباح المنير (٥٢٩/١) . القاموس المحيط ص (١٦٨١) .

أحدها : المنع ؛ لأنّ المقصود [إظهارُ] [١] الجلادة بالسبق دون التخلُّف [٢] .

والثاني : الجواز ؛ لأن ضبط الفرس بعد احتداده على حد المراد يحتاج إلى جلادة .

والثالث : أنه لا يشترط الكلُّ / إلا للسابق . ٢٧٧/ب

أما لو شَرَطَ للمصلّي قدرًا [٣] دون ما للسابق - وهكذا على الترتيب [و] [٤] التفاضل (٥ لكلّ من هو أقرب ٥) إلى السابق ، فهو جائز .

وأما الفِسْكِل - وهو الأخير - فلا يجوز أن يُخَصَّص بفضلٍ قطعًا . وهل يجوز أن يَشْترط له شيئًا [٦] دون الآخرين ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن التخلف لا يعجز عنه أحدٌ .

والثاني : نعم ؛ لأنه منهم ، وقد اجتهد [٧] ؛ (٨ فيجوز أن يشرك فيه ٨) .

الشرط الثالث : أن يكون فيما [٩] بينهم مُحَلِّل ؛ ليميلَ بالعقد عن صورة القمار ، والقمارُ أن يجتمع في حقّ كل واحد خَطَرُ الغُرْمِ والغُنْم [١٠] ، بأنْ يخرج كل واحد [منهما] [١١] مَالًا يحرزه إن يسبق [١٢] ويأخذ مال صاحبه ، وهذا حرامٌ قطعًا ، وإنما المباحُ أنْ يُخرج الإمام مالًا

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة (٣٥٢/١٠) . الغاية القصوى (٩٩٠/٢) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « قدر » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لكل مَنْ قرب » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « شيء » .

(٧) وهذا الوجه الثاني هو الأصح انظر الروضة (٣٥٣/١٠) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « فيجوز أن يشترط له » .

(٩) كلمة : « فيما » ليست في (أ) ، (ب) .

(١٠) قال ابن الصلاح : « قوله : (والقمار : أن يجتمع في حق كل واحد خطرُ الغرم والغنم) كان ينبغي أن يقول : (وتوقُّعُ الغنم) . وإن قرأته (والغنمُ) بالرفع أدى معنى ذلك على تكلف . والظاهر من حاله أنه قاله بالجرِّ مضيفًا الخطر إلى الغرم والغنم معًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦١/أ) .

(١١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٢) في (أ) ، (ب) : « إن سبق » .

للسابق أويُخْرج رجلٌ من عرْض الناس (١) ؛ إذ يأخذ كلُّ واحدٍ لو سبق ، ولا يغرم لو تخلف . وكذلك لو أخرج أحدُ المتسابقين مالًا - ورضي بأن يُحْرزه إنْ سبق ، ويَبْذُلَه إن تخلف - جاز . وكذلك إن تسابق ثلاثةٌ وأخرج رجلان منهم المالَ ، والثالث لم يُخْرِجْ : فهو مُحَلِّل ، فإن شُرط المال للمحلل إن سبق ، ولم يُشترط لأحد المستبقين (٢) شيء إذا سبق ، بل الآخران فقط : فهذا جائز ؛ لأن الذي يأخذ ، ليس يغرم شيئًا ، والذي يغرم ليس يأخذ شيئًا . وإن شرطا أن يستحق المحلل كِلا المالَيْنِ ، وإن سبق أحدُ المسْتَبِقَيْنْ أحرز ماله ، وأخذ مال صاحبه ، ففي صحة هذه المعاملة قولان :

أحدهما : المنع ؛ لاجتماعِ الخطر في حقّ كل واحد [منهما] (٣) .

والثاني : الجواز ؛ لأنّ هذه عادةُ المسابقة ، ولا يرضى باذِلُ المال بمجرد الإحراز إن سبق .

ودخول المحلل الواحد الذي لا يأخذ [مالًا] (٤) ولا يُعطي مالًا : يَخْرُج بالعقد (٥) عن صورة القمار ، (٦ فيكفي - على هذا - مُحَلل واحد بين مائة ٦) .

وعبروا عن محلّ الخلاف بأنَّ المحلل ، يُحَلّل لنفسه فقط ؟ أو لنفسه ولغيره ؟ فعلى هذا لو قال : لا سَبَقَ إلا للمحلل إذا سبق ، فسبق أحدُهما ، والمحلل مُصَلٌّ ، والآخرُ فِسْكِلٌ : فهل يَسْحق المحللُ مالَ الفِسْكل ؟ وفيه وجهان :

---

(١) قال ابن الصلاح « قوله : (رجل من عُرْض الناس) هو بضم العين المهملة ، وإسكان الراء المهملة . أي : من وسط الناس ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦١/أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن شرط المال للمحلل إن سبق ، ولم يشترط لأحد المستبقين شيء إذا سبق وقع في النسخ (المستبقين) بالتاء المثناة ، والباء الموحدة ، وإنما هو (المسبقين) بالباء الموحدة من غير تاءٍ ، والمسبق الذي يعطي السَّبَق . ثم هو عندي من قولنا : استبق فهو مستبق ، أي : أعطى السَّبَق الذي هو المال ، فهذا الوصف الذي يخصهما دون المحلل . وأما وصف الاستباق - وهو المسابقة - فالمحلل مشارك لهما فيه . وهكذا هو في كل موضع بعد هذا مما ذكر فيه ذلك وصفًا منه لهما دون المحلل ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦١/أ ، ١٦١/ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « يُخْرِج العقْدَ » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فلو كان - على هذا - محلل واحد بين مائة » .

أحدهما : نعم ؛ لأنه سبقه .

والثاني : لا ؛ لأنه مسبوقٌ بالأول ، فلا يُسَمى سابقًا مطلقًا .

والخلاف راجع إلى أن اسم السابق [هل] (١) يحمل على السابق مطلقًا ، أو على السابق بالإضافة ؟ . وكذا الخلاف لو كان المصلي أحدَ المستبقين ، وقد شُرِط السَّبَق للسابق - وجوَّزْنا ذلك على أحد القولين - فإذا كان المستبق (٢) الثاني وراءه ، فهل يستحق شيئًا من ماله وهو مسبوقٌ وسابقٌ ؟ فيه وجهان .

فرع : إذا شرط السَّبَق للسابق - وجوَّزْنا ذلك - فسبق المحلِّلُ ، وجاءا متساوقين بعده : أخذ المحلل ماليهما . وإن تساوقا ، وأتى المحلّل بعدهما ، فلا مَالَ لأحد . وإن سبق المحلل ، وتلاه المستبقان (٣) متلاحقين (٤) ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أن المحلل يأخذ ماليهما ؛ لأنه سبقهما ، وهو الصحيح .

والثاني : أنه يأخذ مال المصلّي ، والمصَلّي يأخذ مال الفِسْكل (٥) ؛ لأنه سبقه أيضًا . وهذا ضعيف ؛ لأن المحلل أيضًا سبقه .

والثالث : أن المحلل يأخذ مالَ المصلي ، ومالُ الفسكل (٦ بين المصلي والمحلل ٦) ؛ لأنهما سبقاه ، وهو أيضًا ضعيف .

وأما (٧) إذا جاء المحلل مع أحدهما متساوقين والآخر فسكل ، فمالُ الفِسكل لهما ، إلا إذا

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « المسبق » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وتلاه المسبقان) في الجميع : « مُسْبَق » على مثال « مخرج » . وقيل : هو مُسَبَّق ، بتشديد الباء وجماعةٌ ذكروا هذا دون الأول ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦١/ب)

(٤) في « الأصل متلاحقان » .

(٥) قال ابن الصلاح : « سُمِّي الفرس الثاني مُصَلِّيًا ؛ لأنه جاء ، ورأسُه صَلا السابق . و « صَلا » بفتح اللام : عَنْ يمين الذَّنَب وشمالِه ، وسُمِّيَ راكبه أيضًا : مُصَلِّيًا . والأخير : فِسْكِل - بكسر الفاء والكاف ، وبينهما سين مهملة ساكنة - والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦١/ب)

(٦) في (أ) ، (ب) : « بين المحلل والمصَلّي » . (٧) في (أ) ، (ب) : « أما » بدون الواو .

قلنا : إن المحلل لا يحلل إلا لنفسه ؛ فيفوز إذ ذاك بالمال .

أما إذا سبق أحدهما - والمحلل مُصَلٍّ ، والآخر فسكل ، ففي مال الفسكل [1] أوجه أربعة [1] تجتمع من الأصلين المذكورين :

أحدها : أنه للسابق ، وهو على قولنا : إن السَّبَق للسابق المطلق ، وإن المحلل يحلل لغيره .

والثاني : أنه [2] لا شيء لأحد [منهما] [3] وهوعلى قولنا : المحللُ لا يحلل لغيره ، والمسبوقُ لا شيء له وإنْ سَبَق غيره .

والثالث : أنه بين المحلل والسابق ، وهو على قولنا : يحلل لغيره ولا يُشْترط السَّبق المطلق .

والرابع : أنه للمحلل ، وهو على قولنا : إنه [4] لا يحلل لغيره ، والمسبوقُ يستحق إذا سبق غيره .

الشرط الرابع : أن يكون سبق كلٍّ واحدٍ [منهما] [5] ممكنًا ، فإن كان فرسُ أحدهما ضعيفًا نعلم قطعًا أنه يتخلف ، أو فرسُ الآخر فارهًا نعلم أنه يَسْبق : بطل العقد ؛ لأن المتخلف إنما يَرْكُضُ مع نفسه إذا لم يطمع في السبق .

وإن كان السبق ممكنًا - ولكن على الندور - ففي صحته خلافٌ .

وتجوز المسابقة بين الفرس العربي والتركي ، فلا يضرُّ اختلاف النوع . وأما [6] المسابقة بين البغل والفرس ، [7] أو بين الإبل والفرس [7] : ففيه خلاف ، منهم من أَلْحَقَ اختلاف / الجنسِ باختلافِ النوع [8] . ٢٧٨/أ

الشرط الخامس : تعيين الفرسين ، ولا يجوز الإبدال بعد التعيين ، وهل يجوز العقد على

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أربعة أوجه » .

(٢) ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أما » بدون الواو .

(٧) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٨) والأصح أن اختلاف الجنس يمنع الجواز . انظر الروضة (٣٥٧/١٠) .

فرسين موصوفين من غير إحضار . ثم يحضر كما وَصَفَ ؟ ، فيه وجهان (١)

ثم اعلم أنّ الاعتماد – في السبق – على الأقدام ، (٢ وهو الذي يعتبر تساويهما ٢) في ابتداء الموقف دون العنق ؛ فإن ذلك يطول ويقصر (٣) . ونقل العراقيون عن الشافعي (رضي الله عنه) أنّ الاعتبار في الإبل بالكَتَدِ والخفِّ ، وفي الفرس بالعنق ؛ لأن الإبل تمتد أعناقها إذا عَدَتْ ، والخيل ترفع رءوسَها (٤) .

* * *

(١) والأصح من الوجهين الجواز ؛ كما قام الوصف في السَّلَم مقام الإحضار . انظر الروضة (٣٥٧/١٠) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فهي التي يعتبر تَساويهما » .

(٣) قال ابن الصلاح : « ذكر أن الاعتبار في السبق بالأقدام دون العنق . واستعمالُ لفظ « الأقدام » في الدواب غيرُ معروف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦١/ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ترفع رأسها » . وقال ابن الصلاح : « قوله : (ونقل العراقيون عن الشافعي أن الاعتبار في الإبل بالكتد والخف ، وفي الفرس بالعنق ؛ لأن الإبل تمدّ أعناقها إذا عَدَتْ ، والخيل ترفع رءوسَها) قوله : (كَتَد) هو بكافٍ وتاء مثناة من فوق مفتوحين ، ويقال أيضًا بكسر التاء . ثم منهم من قال : الكتد هو الكتف ، ومنهم من قال : هو مجتمع أسفل العنق وأعلى الظهر وذلك هو مجتمع الكتفين .

وما ذكره من أن الإبل تمدّ أعناقها في العَدْو ، والخيل ترفع رءوسها ، فهو هكذا في « البسيط » وهو مقلوب وفاسد من حيث المعنى والنقل . إنما هو العكس أن الخيل تمدُّ أعناقها في العدو ، والإبل ترفع رءوسها وأعناقها ، هكذا هو في طرِيقَتَي الخراسانيين والعراقيين ، وكذا ذكره شيخُه والقاضي حسين ، وتلميذُه الشيخ حسين صاحب « التهذيب » . والشيخُ أبو حامد الإسفرائيني ، وصاحب « الشامل » ، وصاحبُ « البحر » ، وبهذا يستقيم المعنى والتعليلُ للحكم المذكور ؛ لأن التي تمدُّ أعناقَها ، هي التي يمكن اعتبارُ السَّبق فيها بالعنق والتي ترفع أعناقها ، لا يتهيَّأ اعتبارُ السَّبق فيها بالعنق ، فَيُعْتبر بالكتد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ١٦١/، ١٦٢/أ) .

الفصل الثالث
في حكم هذه المعاملة

وفي لزومها قولان :

أحدهما : لا يلزم ؛ تشبيها [لها] (١) بالجعالة .

والثاني : يلزم ؛ تشبيهًا له بالمساقاة والإجارة (٢) .

ثم منهم من قطع بأنه لا يلزم في حقِّ المحلل ومَنْ أخذ ولا يبذل (٣) ؛ لأنه مغبوط بكل حال كالمرتهن والمكاتب . ومنهم مَنْ طرد القولين ؛ لأنَّ علمه في الفروسية مقصودٌ للباذل (٤) حتى يتعلم منه (٥) .

التفريع : إنْ قلنا : إنه جائز ، لم يُشْترط القبولُ على الصحيح . وهل يصحُ ضمانُ السبق والرهن به (٦) ؟ فيه وجهان كما في الجعالة .وإن قلنا : يلزم ، فلا يجب تسليمُ السَّبَق في الحال ، بخلاف الأجرة ، بل ولا بأس يجب البداية بتسليم العمل ، ولا يجوز الإبطال والتأخير ، ويجوز ضمانُه والرهنُ به ، وقال القفال (رحمه الله) : يُبْنى على ضمان ما جرى سببُ وجوبه ولم يجب ، كنفقة العدو . واليأس بما ذكره .

وأما فسادُ هذه المعاملة - بكون العوضِ خمرًا أو مالًا (٧) مغصوبًا - هل يُوجِبُ (٨) الرجوعَ بشيء ؟ فيه وجهان:

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٣٦١/١٠) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (لا يلزم في حق المحلل ، ومَنْ يأخذ ولا يبذل) يعني بهذا : الذي لم يُخْرج شيئًا منهما ، فيما كان إذا كان المخرج للسَّبَق أحد المتسابقين دون الآخر ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦٢/أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « مقصود الباذل » .

(٥) كلمة (منه) ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) قوله : (به) ليس (أ) ، (ب) .

(٧) في الأصل : « ومالًا » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « يجب » .

أحدهما : نعم ؛ كما لو [1] فسد القراضُ .

والثاني : لا ؛ لأنّ هذا لم يتحصل على شيء وأكثرُ فائدة العمل ها هنا [2] للعامل ، وهو الرياضة ، وقد فات الاستحقاق بما علق به .

وإن قلنا : يستحق شيئًا ، [3] فإن أمكنَ الرجوعُ [3] إلى قيمة المشروط - بأنْ يكون الفسادُ لجهالِة الموقف والغاية وغيره - ففيه طريقان :

منهم مَنْ قطع بالرجوع إلى أجْر المثل [4] كالقراض .

ومنهم من قال : فيه [5] قولان كما في بدل الخلع ؛ إذ ليس هذا معاوضة محضة .

فإن لم يكن له قيمةٌ ، فالرجوعُ إلى أجْر عملهِ [6] في جملة الركض ، لا في قدر السبق قولًا واحدًا .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٢) قوله : (ها هنا) ليس في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فأمكن الرجوع » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أجرة المثل » .

(٥) قوله : (فيه) ليس في (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أجرة عمله » .

الباب الثاني

في الرّمْي
(وفيه فصول)

الفصل الأول

في الشروط

والنظر في ستة شروط :

الشرط الأول [١] : في المحلل [٢] .

[٣] وتفصيلُه كما ذكرناه في السبق [٣] ، فإنْ شرط الإمامُ - أو غيرُه - لمن زادتْ إصابتُه : جازَ ، وكذا [٤] لو شرط واحدٌ من المترامين [٥] على ما ذكرناه .

الشرط الثاني : اتحاد الجنس .

وفي العقد على السهام والمزاريق وجهان كما في مسابقة الخيل والبغال ، وهذا أولى بالجواز ؛ [٦] لأنَّ أكثر الأثر في الرمي للعمل [٦] ، وأكثر الأثر [٧] للدابة في السبق [٧] ؛ فإنه حيوان مختارٌ في العَدْو .

وأما اختلاف النوع فغيرُ مانعٍ ، كقسيِّ العرب والعجم ، وكالناوك - وهو قوس الحسبان [٨] - مع

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الأول » بدون كلمة « الشرط » .

(٢) في الأصل : « المحلل » بدون حرف الجر « في » وهو ثابت في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وتفصيله ما ذكرناه في السبق » .

(٤) في (ب) : « وكذلك » . (٥) في (ب) : « الرامين » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لأن أكثر الرمي في الرمي للعمل » .

(٧) في (أ) ، (ب) « في السبق للدابة » .

(٨) الحسبان : هي سهامٌ أصغر من النبل ، وهي التي يرمى بها عن القسي الكبار في مجارٍ من خشب ، واحدها : حسبانة . والنبل هي السهام العربية . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٢/أ)

السهم . [ثم][1] إذا جرى التعيينُ ، فلا يجوز الإبدالُ بالأجود ، كإبدال العربية بالفارسية ، أما إبدالُ الفارسية بالعربية ([2] ففيه وجهان [2]) :

أحدهما : ([3] أنه يجوز ؛ لأنه يجوز إبداله بفارسية أخرى [3]) ؛ إذْ عَيْنُ القوسِ لا يتعين ، بل نوعُهُ ؛ فَبِأَنْ يجوز بالعربية – وهو أَرْدَأُ – أولى .

والثاني : لا ؛ لأنّ ذلك لايَنضبط ، فَحَسْمُ البابِ أَوْلَى .

فرعان

الأول[4] : لو أُطلق العقد ولم يعين النوع ، نُزّل على ما يَغْلب في العادة الترامي به . وإن اختلفت العادةُ ، فوجهان :

أحدهما : الفسادُ ؛ لِتَوَقُّع النزاعِ .

والثاني : أنه يصح أَنْ يُطَابَقَا على شيء .

وإن طَلَب كلٌّ واحدٍ نوعًا آخر – وقلنا : إن العقدَ جائزٌ – فهو رجوعٌ . وإن قلنا : إنه لازمٌ ؛ فقد تعذَّر إمضاءُ العقدِ ، فيفسخ .

الثاني : تبديلُ[5] القوس بمثله جائزٌ بخلاف الفرس لأن الاعتماد ها هنا على العمل ، ([6] ولا عمل إلا له [6]) وإنْ[7] شرط أنْ لا يبدل ، فهذا تضييقٌ بغير فائدة ، وفي صحة هذا الشرط وجهان . فإنْ قلنا : لا يصح ففي فساد العقد به – وبكلِّ شرطٍ فاسدٍ يستقل العقد دونه لو تُرِكَ – وجهان[8]

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « فيه وجهان » .
(٣) في (أ) ، (ب) « أنه يجوز إبدالها بفارسية أخرى » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « أحدهما » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « إبدال » .
(٦) في (أ) ، (ب) : « ولا عمل للآلة » .
(٧) في (أ) ، (ب) : « فلو » .
(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (وبكل شرط فاسد يستقل العقد دونه لو ترك – وجهان) يعني به لو ترك ذكر الشرط من أصله وأطلق العقد ، وفيه احتراز من اشترط عدد من الإصابات معلوم مثلًا ، فإنه لا يصح العقد دونه لو ترك ، فإذا ذكر على وجه فاسد ، فسد العقد ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦٢/ب) .

وإن قلنا : [1] إنه صحيح [1] ؛ فيجب الوفاءُ به مالم ينكسر ، فإن انكسَرَ جاز الإبدالُ ، وإن [2] شرط أنْ لا يبدل وإن انكسر بل تنقطع المعاملةُ : فهذا لا يحتمل ويفسد العقد .

الشرط الثالث [3] :

أن تكون الإصابة المشروطة ممكنةً ، لا ممتنعةً ولا واجبةً . أما الممتنعة فكإصابة [4] مائةِ رِشْقٍ على التوالي / من هدف صغير وغاية بعيدة [5] ، أو أصل الإصابة من مسافة بعيدة [6] في غاية البعد . ٢٧٨/ب

ولو كانت ممكنةً على ندور [7] ففي صحة المعاملةوجهان .

أما الواجبُ فكإصابة واحد من مائة مع قرب المسافة ، يشرط ذلك على حاذق ، فلا خطر فيه ، وفي صحته وجهان :

أصحهما : الجواز ؛ للتعلم [8] بمشاهدة رَمْيِه ، كما لو قال مَنْ لا يرمي لرامٍ : ارْمِ مائةً ولك كذا .

والثاني : أنه [9] لا بد من خطر لصحة هذه المعاملة .

فعلى هذا ، لو كان بينهما محلل عُلِمَ قطعًا أنه لا يفلح ؛ فوجودُه كعدِمه ، ولو عُلم [10] قطعًا أنّ المحلل يفوز [10] خُرِّجَ على الوجهين ، وكذلك إذا [11] لم يكن محلل ، وشَرَطَ كلٌّ واحد مالًا ، ولكنْ عُلِمَ قطعًا أن أحدهما يفوز ، فهو على صورة المحلل ، ولا أثر لذكر المال .

فرع : لو تَراضَيا [12] على أن يراميَ كلٌّ واحدٍ واحدًا فقط والسَّبَقُ لمن اختصّ بالإصابة ، فالأصحُّ الصحةُ ، وفيه وجه : أنه لا يجوز ؛ إذْ رُبَّ رمية من غير رامٍ ، فقد يصيب الأخرقُ بالاتفاق مرةً ، فلا يظهر به [13] حِذقٌ .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « يصح » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « فلو » .
(٣) كلمة (الشرط) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٤) في (أ) ، (ب) : « كإصابة » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « ومسافة بعيدة » .
(٦) كلمة (بعيدة) ليست في (أ) ، (ب) .
(٧) في (أ) ، (ب) : « على الندور » .
(٨) في (أ) ، (ب) : « للتعليم » .
(٩) قوله : (أنه) ليس (أ) ، (ب) .
(١٠) في (أ) ، (ب) : « أن المحلل يفوز قطعًا » .
(١١) في (أ) ، (ب) : « وكذلك إنْ » .
(١٢) في (أ) ، (ب) : « تَرَامَيَا » .
(١٣) في (أ) ، (ب) : « فيه » .

الشرط الرابع : الإعلام .

وكلُّ ما يختلف به الغرض ، يجب إعلامُه ، كمقدار المال ، وعددِ الإصابة منها (١) . أما طول المسافة بين (٢) الموقفِ والهدفِ ، ففيه قولان ، وفي عرض الهدف قولان مرتبان (٣) ، وفي قدرِ ارتفاع الهدف من الأرض قولان مرتبان [والصورة] (٤) الأخيرة أولى بأنْ لا يُشْترط ذِكْرها ، فأحدُ القولين أنه لا يُشْترط ، بل يُنَزَّل على العادة كالمعاليق في استئجار الدابة فإنه يُنَزَّل على العادة على الأصح (٥) .

والثاني : لابُدَّ من ذكره ؛ لأن النزاع يكثر فيه ، والعرضُ يختلف فيه (٦) .

وأما عدد الأرشاق ، ففي ذكره ثلاثةُ أقوال . والرِّشْقُ (٧ عبارةٌ عن نَوْبة من الرمي تجري من الرامين ٧) كعشرة عشرة ، وعشرين عشرين (٨) . وفيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يُشترط ، بل يكفي ذكْرُ عددِ الإصابات (٩) ، فيشترط السبق بعشر إصابات ، وربما يكون ذلك في خمسين ، وربما في عشرين .

والثاني : أنه يجب ؛ وهو كالغاية في المسابقة حتى تنتهي المعاملة بها .

والثالث : أنه يشترط في المحاطة ؛ فإنَّ توقُّعَ الحطِّ لا منتهى له ولا يشترط في المبادرة .

والمحاطّة أن يشترط حط إصابة أحدهما من الآخر حتى يخلص للواحد عشرة مثلًا ، والمبادرة هو أن يستحق مَنْ يسبق (١٠) إلى تمام العشرة ، حتى لو أصاب كلُّ واحد تسعةً ، ثم أصاب أحدهما ، ولم يُصِبِ الآخر في العاشرة (١١) ، استحقَّ مَنْ أصاب . وكذلك قد يتضايق الرماةُ في

---

(١) في (أ) ، (ب) : « منهما » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « مِنْ » .
(٣) قوله : (مرتبان) ساقط من (أ) ، (ب) .
(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٥) قال الحموي : « قوله في المسابقة : (أما طول المسافة بين الموقف ففيه قولان مرتبان وأولى بأن لا يسقط ذكره ، فأحد القولين : أنه لا يشترط بل يترك على العادة كالمعاليق في استئجار الدابة ، فإنه ينزك على العادة على الأصح) .
قلت : ذكر الشيخ في الإجارة أنه لو ذكر المعاليق من غير تفصيل ، قال الشافعي : القياس : أنه فاسدٌ ؛ للتفاوت ، ثم قال : (ومن الناس من ينزله على وسط مقصده ، ومن الناس من جعل هذا قولًا له) وهذا يخالفه كما لا يخفى .
وطريق الجواب أن يقال : إن تشبيهه بالمعاليق ليس كان من حيث إن الأصح في هذا كالأصح في الإجارة ، وإنما مراده أن العرف يقتضي في الإجارة عند الإطلاق عدمَ الصحة ، وفي المسابقة الأصح عنده : أن تصح ؛ لأن المقصود منها التعلم ، وفي الإجارة المقصود هو العوض » . إشكالات الوسيط (ق ١٨١ / أ ، ١٨١ / ب) .
(٦) في (أ) ، (ب) : « به » .
(٧) في (أ) ، (ب) : « عبارة عن نوبة تجري بين الرامين » .
(٨) في (أ) ، (ب) : « أو عشرين عشرين » .
(٩) في (أ) : « الإصابة » .
(١٠) في (أ) ، (ب) : « مَنْ سبق » .
(١١) في الأصل : « العاشر » والمثبت من (أ) ، (ب) .

البداية ؛ [١] إذ يكون الهدف خاليًا [١] ، والرامي على جَمام قوته [٢] ، فالإصابةُ أغلبُ ، ففي لزومِ ذكْرِ ذلك قولان :

أحدهما – وهو القياس – : أنه يجب .

والثاني : أنه يبدأ بالمسْتَبِق [٣] ، وهو واضع المال ، فإنه عادةُ الرماة ، وهذا تركٌ للفقهِ والقياسِ بالعادة ، ولا يختلف القولُ في كلّ عادة تخالف القياسَ [إذ الشافعيُّ لا يترك القياس لأجل عادة مخالفة له] [٤] بل أمْرُ البداية أمرٌ هينٌ ، فلذلك تردَّدَ فيه الشافعيُّ (رضي الله عنه) .

وفيه قول ثالث : أنه يصحُّ ، ويُقرع بينهم .

ثم إن شرطوا أنْ تكون البداية [٥] لمن خرج القرعة له [٥] في كلّ الرشقات ، فذاك ، وإلا ففي إعادة القرعة في كل رشقة أو عموم حُكْمِ الأول – وجهان ، وكذلك مطلق شرط البداية . وفي العقد ، هل يتناول كلَّ رشقة ؟ ، فيه خلاف .

وأما [٦] إذا كان المستبِق أكثر من واحد ، فلا وَجْهَ إلا الإفساد أو قول القرعة .

فرع : في صحة العقد على البِرْتَاب [٧] وجهان ، ومقصودُه الإبعادُ دون الإصابة :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فإن الهدف يكون خاليًا » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (على جَمَام قوته) هو بفتح الجيم ، أي : اجتماع قوته . وقد غُيِّرَ في بعض النسخ (تمام قوته) والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٢/ب) . قلت : هو في النسخ الثلاثة الأصول (تمام قوته) وأثبتُّه كما قال ابن الصلاح .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (يبدأ بالمستبق واضع المال) فيه إشعار – بما أصلحناه من تصحيف النسخ – فيما سبق ذكره – وهو المسبِّق ، بالكسر والتشديد ، على مثال « المُعَلِّم » وهو الذي قاله غير واحد من الأصحاب ؛ أخْذًا مما حكى الأزهري أنه يقال : سبَّق ، بتشديد الباء ، أي : أعطى السَّبَق . وسبّق أيضًا ، أي : أخذ السَّبَق . والذي اخترناه من أنه « المُسْبِق » على مثال « المخرج » فيه السلامة من هذا الاشتراك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٢/ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لمن خرجت له القرعة » .

(٦) في الأصل : « أما » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (في صحة العقد على البِرْتَاب) هذه اللفظة ، قد أَشْكَلت على مَنْ لا يَعْرف الفارسيةَ ، وهي (البرتاب) بباءٍ موحدة مفتوحة ، ثم راء ساكنة ، ثم تاء مثناه من فوق ، ثم ألف ، ثم باء موحدة . وتُعرف بالفاء في أولها ، فيقال : الفرتاب . ومعناه : الإبعاد في الرمي على حسب قوته لا إلى غاية معينة ، وهو الذي يُقال فيه بالعربية : غَلا بالسهم غَلْوةً ، إذا رمى به بُعْدَ ما يَقْدِر عليه ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦٣/أ) .

أحدهما : المنع ؛ إذْ لاغَرَضَ فيما لا إصابة فيه .

والثاني : أنه يصح - وهو الأصحُّ - إذْ قد يحتاج إلى إلقاءِ السهم في القلعة .

ثم إذا صحَّ ، (١ فلا بد من تساوي السهمين ١) والقوسين في اللّين والخِفة ، حتى إن الرماة يتضايقون فيه إلى حدّ يشرطون (٢) الرمي عن قوس واحدٍ بسهمٍ واحدة .

الشرط الخامس : أن يرد العقد على رماة معينين .

ولا يجوز إيراده على الذمة ثم تعيين الرماة . ويصح العقد (٣ بين الحزبين ٣) ، ولكن التحزّب يكون بالتراضي لا بالتحكم ، ولا يجوز أن يكون بالقرعة ؛ لأنها قد يجتمع الحذاقُ (٤) في جانب ، إلا أن يقرعوا (٥) أولًا ، ثم ينشئون العقد على ما ميزت (٦) القرعةُ ، فإن ذلك رضًا مستأنف ، وهو جائز ، إلا إذا عُلم قطعًا فَوْزُ أحدِ الحزبين ، فذلك لا ينعقد على وجه ؛ لانتفاء الخطر .

ولا خلاف في أنه لو ترامى غريبان صَحّ (٧) ، وإن أمكن أن يكون أحدهما بحيث لو عُلِمَ حالُه لتحقَّق عَجْزُه أو ظَفَرُه ، ولكن (٨) إن بَانَ تفاوتٌ يرفع الاحتمال فيتبين (٩) بطلان العقد .

٢٧٩/أ ثم لا يشترط التساوي / في عدد الرماة في التحزب ، بل في الإصابة ، فقد يُرَامي واحدٌ اثنين ، ولكن يرمي الواحدُ سَهْمينِ ، وكلُّ واحدٍ من الاثنين سهمًا واحدًا ، ثم يفض السَّبق (١٠) على عدد الرءوس ، وإن اختلفوا في عدد الإصابة ، إلا أن يشترط التوزيع على عدد الإصابة .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فلا بد من التساوي في السهمين » .

(٢) في (ب) : « يشترطون » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « في حزبين » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « تَجْمع الحذاقَ » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إلا أن يقترعوا » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ميزته » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولو ترامى غريبان) معناه : تعاقد على الرمي شخصان ، لا يَعْرِف كلٌّ منهما حال صاحبه ، هل هو مستيقن العجز أو الظفر ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦٣/أ) .

(٨) في الأصل : « لكن » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « فيتعين » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « السهم » .

ثم المحلل في التحزّب يجوز أن يكون من الحزبين ، ويجوز أن يكون خارجًا عنهما ، يناضلهم أَوْ لا يناضلهم [١] . فلو شرط أحد الحزبين لواحدٍ منهم الغُنْمَ دون الغرم ، فقد حلل [هذا] [٢] لنفسه ، وهل يُحَلّل لغيره ؟ فعلى الخلاف المذكور ، وها هنا أولى بأنْ يصح ؛ لأن المحلل هو الذي يستحق جميعَ السهم ، وهذا لا يستحق إلا بعض السهم [٣] .

فرع : لو ترامى حزبان ، واجْتَازَ بهما رجلان قبل العقد [٤] ، فاختار كل واحد واحدًا ، ثم

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم المحلل في التحزب يجوز أن يكون من الحزبين ، ويجوز أن يكون خارجًا عنهما ، يناظلهم أو لا يناضلهم) هذا مشكل جدا ، وكان قد ورد عليَّ من بعض البلاد الجامعة رقعةٌ فيها سؤال عن معنى قوله : (يناضلهم أو لا يناضلهم) ، وعن قوله : (يجوز أن يكون من الحزبين) قاطعًا بذلك مع كونه ذكَر عقيبه خلافًا فيما إذا كان المحلل واحدًا من أحد الحزبين !! فأجبتُ بأن قوله : (المحلل يجوز أن يكون من الحزبين) معناه : يجوز أن يكون المحلل أحد الحزبين - بأن لا يُخْرج أحد الحزبين شيئًا ، ويُخْرج الحزبُ الآخرُ السّبَق ، وفي صورة الخلاف المحللُ واحدٌ من أحد الحزبين .

وقوله : (ويجوز أن يكون خارجًا عنهما) معناه : يكون المحلل حزبًا ثالثًا ، أو شخصًا ثالثًا . وقوله : (يناضلهم) صورته : أن يُخرج الحزبان كلٌّ واحد منها سَبَقًا ، ويُدْخِلَا معهما ثالثًا لا يخرج شيئًا ، فهو محلل يناضلهم ؛ لأن الجميع يرمون كما في مثله في مسابقة الخيل ، الجميع متسابقون .

وقوله : (أوْ لا يناضلهم) صورته : ما إذا كان المخْرِج للسَّبَق هو الإمام أو واحد من الرعية - من غير أن يُخْرِج الحزبان شيئًا ، فالمحلل - وهو ها هنا مُخْرِجٌ للمال - خارجٌ عنهما ، وهو يرمي معهم ويناضلهم .

وقد قصد المصنف (رحمه الله) بكلامه هذا استيفاءَ جميع الصور الثلاث التي يحلُّ فيها المالُ للسابق على نحو ما سبق ذكْرُه في المسابقة على الخيل ، وأوجز العبارةَ مُسْتعمِلًا لفظ « المحلل » في خلافِ معناه المعروف ؛ إذ المعروف تخصيصُ اسم « المحلل » بمن يَغْنم ولا يَغْرم ، فأَدْخَلَ هو تحت اسمه من يَغْرم ولا يَغْنم ، والله المستعان . ثم ظهر لي فيه وجه آخر في قوله : (يناضلهم أو لا يناضلهم) وهو أنه يحتمل أن يكون أراد أن المحلل إذا كان خارجًا عن الحزبين - إما حزبًا ثالثًا ، وإما شخصًا ثالثًا - فجائزٌ أن يكون من جماعتهم وهو المراد بقوله : (يناضلهم) أي هو مُتَصَدٌّ لمناضلتهم ، وجائزٌ أن يكون من غيرهم ، وهو المراد بقوله : (لا يناضلهم) أي هو غير مُتَصَدٍّ لمناضلتهم . وهذا سبب الإشكال ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٣/أ ، ١٦٣/ب) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « السَّبق » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو ترامى حزبان ، واجتاز بهما رجلان قبل العقد) معناه : لو أرادا الترامي » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٤/أ) .

عَقَدَا : جاز . فإنْ خَرَج أحدُهما أخرقَ ، لم يكن له خيارُ الردّ؛ فإنه المقصر ، إذْ عقد قبل البحث . وإن بَانَ أنه غَيْرُ رَامٍ أصلًا ، سَقَطَ وسقط مقابلُه ، وهذا ينقدح إذا [١] لم يقدر على نَزْع القوس [٢] . أما إذا لم يكن تعلَّم أصلًا ، ولكنْ يقدر على الرمي ، فيحتمل خلافًا في جواز مناضلة مثله ؛ إذْ لا خطر فيه . فإن لم نجوِّز فيسقط ، وإلا احْتُمِل أن يجعل كالأخرق [٣] .

الشرط السادس : تعيينُ الموقف مع التساوي . فلو شُرِط لبعضهم التقدمُ . فهو باطلٌ كما في المسابقة . وأما الواقف في الوسط ، فلا شَكَّ أنه أقربُ إلى المحاذاة ، ولكن [٤] هذا القدر يُحْتمل لضرورةِ الصفّ . فإنْ تنازعوا فيه ، فهو كالبداية بالرمي والتنافُسِ فيه ، وقد ذكرناه .

فرع : لو [٥] تراضَوْا بتقدمِ واحدٍ فلا يجوز [٦] ، وكأنهم رَضُوا بأنْ يفوز من غير رمي محسوبٍ ، أو حطوا العشرة فى حقه إلى التسعة [٧] ..

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إن » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (لا يقدر على نزع القوس) له اتجاهٌ وإن كان المحفوظ « النزع في القوس » أي : مدّ القوس ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ١٦٤/أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (فيحتمل خلافًا في جواز مناضلة مثله ؛ إذْ لا خَطَر فيه) هذا تعليلٌ منه لعدم الجواز ، وهو ضِدُّ ما عَلَّلَ به شيخُه ، وما علَّله هو به في « البسيط » فإنهما علَّلاه بأنه خَطَرٌ لا فائدةَ له فيه . ولكل واحد منهما وَجْهٌ ، أما وجه تعليله هاهنا ، فإنه يَنْدر ظَفَرُه ولا يكون على خطر ، أي لا يتوقَّع حصولُه ، فيلتحق بما إذا عُلِمَ عَجْزُه ، وقد سبق مثل هذا في الشرط الرابع . وأما وجه التعليل الآخر ، فهو أنه - مع جهله بالمناضلة - مُتَعَرِّضٌ لإفسادِ شيء وجَلْبِ ضررٍ من غير فائدة ، ولا تُوجَد فيه المصلحةُ المصححة لهذا العقد ، والله أعلم . ثم بنى على هذا ما إذا جهل جهله هذا عند العقد ، ثم بان بعده ، وذكر ما معناه أنه إن لم نُجَوِّزْه مع العلم ، فها هنا يسقط ويَسْقط مقابلُه ، وإن جوَّزْناه احْتُمِل أن يجعل كالأخرق ولا يَسْقط ، وقولُه : (احْتُمِلَ) غيْرُ مَرْضِيٍّ بل هو - جَزْمًا - كالأخرق إذا جَوَّزْناه ؛ لتساويهما في ذلك والحالةُ هذه . ولا ذِكرَ لهذا الاحتمال في « البسيط » و « النهاية » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٤/أ) .

(٤) في الأصل : « لكن » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٦) قوله : (فلا يجوز) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قولُه : (إذا تراضوا بتقدُّمِ واحدٍ ، فلا يجوز ، فكأنهم رَضُوا بأن يفوزَ من غير رَمْيٍ محسوبٍ أو حطوا العشرة في حقه إلى التسعة) شَرْحُه : أنه إذا رَضِيَ جميعُهم - بعد تعاقدهم - على أنّ =

أما إذا تطابقوا (١ بردِّ الجملة ١) من العشرة إلى التسعة ، أو بالتقدم (٢) بأجمعهم أو التأخر : فهذا تغيير لصفةِ العقد ، وسنذكره [إن شاء الله تعالى] (٣) .

أما إذا تأخَّرَ واحدٌ بالرمْي فوجهان :

أحدهما : الجواز ؛ لأنه مُضِرٌّ بنفسه .

والثاني : لا ؛ لأنه قد يستفيد به أمنًا من مروق السهم . [ومروق السهم قد يمنع الاحتساب على رأي سنبينه] (٤) وتردادُ الفارسِ ببعد الميدان زيادة حدّةٍ في الدّابة .

* * *

= يرمي كلُّ واحدٍ منهم عشرةً مثلًا بأنْ يتقدم واحدٌ منهم على موقعهم تقدُّمًا مُفْرِطًا لم يَجُزْ ذلك ؛ لأنه تغييرٌ لوضعِ العقد ومقتضاه ؛ لأنه - مع هذا التبائِنِ في الموقف - غَيْرُ مناضلٍ لهم ، فإذا أخذ ، فقد أخذ بغير رَمْيٍ مُعْتَدٍّ به ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٤/ ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « على رد الجملة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو التقدم » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٠/٣٧٤) .

الفصل الثاني
فيما يُسْتَحَقُّ به السَّبَق [١]

والسَّبَق – بنصْب الباءِ [٢] – عبارةٌ عن المال المشروط للسابق ، وإنما يُستحقّ بوجود الشرط ، وفي الشرط صورٌ :

الأولى : أن يشترط الإصابة ، فلا يُحْسب ما يصيب بعُرْض السهم أو بِفُوقه ، ويُحْسب ما يُصيب ويرتدّ ولا يخرق . وإن أصاب جدارًا أو شجرًا ثم مرق [٣] إلى الهدف ، فعادةُ الرماة أن لا يُحْسب ، وللفقهاء [فيه] [٤] تردد . ولو أصاب الأرضَ ، ثم ارتفع إلى الهدف ، فأولى بأنْ يُحْسَب . وإن خرق طرف الهدفِ : فإن حصل فيه جميعُ جرمِ النَّصْل حُسب ، وإن حصل فيه بَعْضُ جرمِه ففيه خلافٌ ، وأولى [٥] بأنْ يُحْسَب .

الثانية : إذا شرط الخواسق – وهي الخوارق ، أي التي تخرق الهدف – فإن خرق طرفَ الهدف فهو كما ذكرناه في الإصابة ، وإن وقع في ثقبة قديمة وثبت فوجهان [٦] ؛ لأنه يخرق ولكن كان [٧] بحيث لو لم تكن الثقبة ، تخرق [٨] ، والأصح : أنه يحسب . وإن [٩] خرق ولم يثبت ولكنْ مرق : حُسب ؛ لأنه خَرَقَ وزاد . وذكر صاحبُ « التقريب » قولين في أن الثبوت هل يشترط في الخواسق ؟ وهو بعيد .

الثالثة : إذا شرط عشر قرعات عن مائة رشق مبادرةً – ومعنى القرعة الإصابة – فرمى أحدهما خمسين ، وقد تَمَّتْ له العشرةُ : استحق السَّبَق ، و[لكن] [١٠] هل عليه إتمامُ العملِ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لتمامِ الاستحقاق .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « السهم » .

(٢) يعني بفتح الباء

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو مرق » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « والأولى » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فيه وجهان » .

(٧) كلمة : (كان) ليست في (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) : « لخرق » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(١٠) زيادة من (أ) ، (ب) .

والثاني : نعم ؛ لأنّ العمل مقصودٌ للتعلم .

ومع هذا ، فلا شك [1] أن خارجيًّا لو شرط له على إصابته [2] التي بها يستحق [2] شيئًا آخر استحق ذلك أيضًا ؛ لأن العمل الواحد يفي في التعلم [3] بالغرضين . ولو شرط في المحاطة عَشْرَ قرعاتٍ خالصة ، فحصلت من خمسين وقلنا [4] : لا يشترط إتمام العمل في المبادرة ، فهاهنا وجهان ؛ لأنه يتوقع الحطّ في الثقبة ، والذي لا يوجب يقول : إنما المحاطة قبل تمام العشرة خالصًا لواحد ، وأما [5] الحط من عشرة خالصة [6] فلا وجه له . والقائلُ الآخر [7] يجوّز الحطّ من الخالص . أما إذا تمت عشرتُه في آخر الخمسين ، [8] والآخر - بَعْدُ - ما رمى إلا تسعة [8] وأربعين فلا يستحق الأول ؛ فإنه ربما يصيب صاحبه ، فيحطه إلى تسعة ، وكذلك في المبادرة ، لو تَمَّ له عشرة [9] بالخمسين ، وتَمَّ للآخر تسعةٌ [10] في تسعة وأربعين ، فلا يستحق السابقُ حتى يساويه الآخرُ في الرشق ، فإن أصاب في آخر الخمسين فقد تساويا ، وإن أخطأ استحقَّ الأولُ .

الرابعة : لو قال لرامٍ : ارْمِ عشرةً ، فإنْ [11] كانت إصابتك أكثر ، فلك دينار ، فإن / أصابَ ستةً على التوالي استحقَّ ، وفي لزوم إتمام العمل الخلافُ . أما إذا قال : [12] ارم خمسا عنك وخمسًا عنّي [12] ، فإن أصبتَ فيما عنك فلك كذا : فهذا فاسد [13] ؛ لأنه يناضل نفسه ، فيقصر في حق صاحبه . ٢٧٩/ب

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لا شك » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « التي يستحق بها » .
(٣) في (أ) : « التعليم » .
(٤) في الأصل : « قلنا » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .
(٥) في الأصل : « أما » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .
(٦) في (أ) ، (ب) : « خالصًا » .
(٧) في (أ) ، (ب) : « والقائل الثاني » .
(٨) في (أ) ، (ب) : « والآخر ما رمى بَعْدُ إلا تسعًا » .
(٩) في (أ) ، (ب) : « عشر » .
(١٠) في (أ) ، (ب) : « تسع » .
(١١) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .
(١٢) في (أ) ، (ب) : « ارم خمسة عني ، وخمسة عنك » .
(١٣) في (أ) ، (ب) : « فهو فاسد » .

الخامسة : إذا تشارطوا أن القريبَ محسوبٌ ، (١ وقدَّرُوه بالذراع ، جاز ؛ وكأنه وسع الهدف ١) ، وإن أطلق - ولهم عادة مطردة - يُنَزَّل عليها (٢) ، وإلا فَسَد ؛ للجهالة ، وقيل : إنه يُنَزَّل على احتساب الأقرب ، فإذا كان سهم أحدِهما أقربَ : فاز ، وإن كان بعضُها أقرب ، وبعضُها أبْعَد ، وجميعهُا أقربُ من سهام صاحبه : سقط (٣) سهام صاحبه ، وهل يُسْقط أقربُه أبْعَدَه ؟ فيه تردد ، والصحيح : أنه لا يُسقط .

أما إذا تشارطوا (٤) صريحًا إسقاط القريب الأقرب أو إسقاط الإصابة للقريب ، فهو متبع ، وإن تشارطوا إخراج وسط القرطاس وماحواليه ، ذكر العراقيون قولين في صحة ذلك من حيث (٥ إنّ وسط القرطاس يتعذّر ٥) قَصْدُه ، وقد يصيبه الأخرقُ وفاقًا .

فرع : في النكبات الطارئة . فإذا مرق السهمُ منه فوق الهدف ووقع على بُعْدٍ مُفْرِطٍ لسوء رَمْيِه ، فهو محسوبٌ عليه ، ولو كان (٦ لانكسار قوس أو سهم ٦) أو انقطاع وتر - ووقع على بُعْدٍ مُفْرِطٍ - فلا يُحْسب عليه مِنْ رشقه ، بل يرد إليه السهم لِيُعِيدَ رَمْيَه . وإن وقع على قُرْبٍ حُسِبَ عليه على أحد الوجهين ؛ لأن النكبة لم يظهر أَثَرُها في الإبعاد ، وعلى وجه آخر : لا يُحْسَب عليه ، ولو أصاب مع ذلك يُحْسب (٧) له على [الوجه] (٨) الأوّل ، وإن فرعنا على الثاني فوجهان ؛ لأنه يظهر حمله على وفاقٍ ؛ فلا يَظْهر به الحِذْق . ولو عرضَ بهيمةٌ فأصابها ومرق (٩) إلى الهدف ، فالأصحُ : أنه يُحْسب ويدلُّ على استقامة رَميه وقوتهِ . وفيه وجه : أنه يُحْمل على وفاق ، فلا يُحْسَب له ولا عليه . وإن كان العارض هو الريح : فإن اقترن بالابتداء لم يُعْذَر ؛ إذْ هو

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وقدره بأذرع ، جاز ، وكأنهم وسعوا الهدف » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « نُزّل عليها » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « سقطت » .

(٤) في (أ) : « شارطوا » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إن وسط القراطيس متعذر » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لانكسار سهم أو قوس » .

(٧) في (أ) : « فيحسب » .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « ثم مرق » .

المقصّر، حيث ابتدأ مع الريح [(١)] ، (٢ وللحذاق نِيقَةٌ في الرمي ٢) عند الريح بإمالةِ النَّظَر، وكذا إذا انكسر القوسُ لسوء فعلِهِ فلا أثر، فَليتعلم. وإن عصفت ريحٌ عظيمةٌ في وسط الرمي، فهل يُعْذَر؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يُعْذر؛ لأنّ السَّهْمَ أَحَدُّ من الريح، فلا يؤثر فيه.

والثاني: أنه يُعْذر؛ (٣ لأنه قد تؤثر ٣).

وأما الريح اللينة فلا تؤثر. أما إذا انكسر السهم بنصفين [(٤)] وأصاب بالمقطع من النصف الذي فيه الفُوقُ: حُسب. وإن أصاب [(٥)] بالنصل لم يُحْسَب؛ لأن قوة الرَّمي تبقى في ذلك النصف، لا في النصل. ومنهم مَنْ عكس وقال: النظر إلى النصل. (٦ فأما إذا أصاب ٦) بالفُوقِ أو العُرْض، فلا يحسب.

* * *

---

(١) في (أ)، (ب): « في الريح ».

(٢) في (أ)، (ب): « والحذاق يتلافون الرمي ». وقوله في الأصل: (نِيقَة) هو بكسر النون، أي: مبالغة في الإحكام والاختيار. انظر مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٦/ب).

(٣) في (أ)، (ب): « لأنها تؤثر فيه ».

(٤) في (ب): « نصفين ».

(٥) في (ب): « أصابه ».

(٦) في (أ)، (ب): « فإن أصاب ».

الفصل الثالث
في جواز هذه المعاملة

وفيها قولان [1] كما في المسابقة . فإن قلنا باللزوم ، لم يجب تسليمُ السَّبَق إلى تمام العمل ، وفيه وجه يجري في المسابقة : أنه يجب كتسليم الأجرة ؛ [2] لأن الانهدام في الدار [2] أيضًا متوقَّع إلا أن انهدام الدار بعيدٌ ، وأما الفوزُ فتقديره ليس بأغلب من نقيضه . ويفارق الإجارة أيضًا في أنه لو مات العاقدُ انفسخ ؛ لأنّ العقد مُتَعَلِّق بعينه . ولو مات [3] الفرسُ انفسخت المسابقةُ . ولو مات المسابق – والفرسُ قائمٌ – انقدح أنْ يُقال : على الوارث إتمامُه ؛ لأن الأصل الفرس ، وفيه بُعْدٌ أيضًا ؛ لأنّ للفارس فيه دَخْلًا ظاهرًا . وإن قلنا بالجواز تفرّع أربعةُ أمور :

أحدها : جوازُ إلحاقِ الزيادة بالإرشاق والقرعات بالتراضي ، فلو استبدّ [4] أحدُهما دون صاحبه ، فثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه لاغٍ .

والثاني : أنه معتبر [5] .

والثالث : أنه يعتبر من الغالب دون المنضول ؛ لأنّ المنضول إذا استشعر الضعف فلا يزال يُدافع بالزيادة . ثم نعني بالغالب – الذي ظَهَرَ استيلاؤه وقارب الظفر ، فلا يكفي التقدمُ بقرعة وقرعتين [6] ، فإنّ ذلك سريع التغيّر . وإذا قلنا : إنه يعتبر لم يلزم في حق صاحبه بل إنْ تثاقلتْ عليه فَليفسخ العقْدَ كما لو زاد الجاعلُ عملًا على المجعول ، يجري فيه هذا الخلافُ . فإن اعتبر فللمجعول فَسْخُ العقدِ وطَلَبُ أجرةِ المثل ، بخلاف ما لو فسخ تَشَهّيًا بعد الشروع في العمل بغير عُذْرٍ ، فإنه لايستحقّ شيئًا .

الثاني : الفسخ . وذلك جائزٌ لكل واحد عند التساوي ، وجائزٌ من الناضل ، وهل ينفذ من

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وفيه قولان » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لأن انهدم الدار » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ماتت » .

(٤) في (أ) : « استقلَّ » .

(٥) في (أ) : « أنه يُعتبر » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بقرعة أو قرعتين » .

المنضول ؟ ينبني على أن زيادته هل تلتحق ؟ فإن قلنا : لا تلتحق ، فكأنه صار لازمًا في حقّ المنضول . ويجري مِثْلُ هذا الخلاف إذا فسخ الجاعلُ - وقد فرغ المجعول عن بعض العمل ، وكان ما يخصّ / عَمَلَه من المسَمَّى يَزيد على أجر المثل - أنه هل ينفذ ؟ . ٢٨٠/أ

الثالث : النقصان من الإرشاق والقرعات كالزيادة ، وليس كالإبراء عن الثمن (١) . أمّا الإبراء عن السبق فيُخَرّج (٢) على الإبراء قبل الوجوب وبعد جريان السبب .

الرابع : الإبطاء ، وذلك جائزٌ على قول الجواز ، بل له الإعراض ، وعلى قول اللزوم يجب الجرْيُ على العادة .

فرع : لو قال المنضول للناضل : حُطَّ فَضْلَكَ ، ولك عليّ كذا ، لم يَجُزْ على القولين جميعًا ؛ (٣ لأنه مقابلةٌ بحط الفضل بمال ٣) ، ولا أصل لمثل هذه المعاوضة ، (٤ سواء كان العقد جائزًا أو لازمًا ، والله تعالى أعلم ٤) .

* * *

---

(١) في (أ) : « من الثمن » .
(٢) في (أ) : « فيجري » .
(٣) في (أ) : « لأنه مقابلة لحط الفضل بالمال » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « كان العقد جائزًا أو لازمًا » .

كتاب الأَيْمان

والنظر في

اليمين ، والكفارة ، والحنث.

فنعقد في كل واحدٍ بابًا .

الباب الأول
في اليمين
(وفيه فصلان)

الفصل الأول [1]

في الصريح والكناية

واليمينُ عبارةٌ عن تحقيق ما يحتمل المخالفة بذكرِ اسمِ الله تعالى أو بصفة من صفاته ، ماضيًا كان أو مستقبلًا ، لا في مَعْرِض [2] اللغو والمناشدة [3] .

وأشرنا (بالماضى) إلى يمين الغموس [4] ، فإنها تُوجب الكفارةَ عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [5] .

---

(١) كلمة : « الفصل » زيادة من (أ) ، (ب) .　　(٢) في (أ) ، (ب) : « معنى » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قال (رحمه الله وإيانا) : (اليمين هي عبارة عن تحقيق ما يحتمل المخالفةَ والموافقةَ ، بذكر اسم الله تعالى ، أو صفةٍ من صفاته ، ماضيًا كان أو مستقبلًا ، لا في مَعْرِض اللَّغْو والمُنَاشدة)

وهذا الحدُّ معرض باليمين بالطلاق والعتاق ، وكذلك اليمين بغير الله تعالى - وإن كان مَنْهِيًّا عنها - فهي يمينٌ .

فأقول : لم يُحدِّد مطلق اليمين ، وإنما حدَّد اليمين الموجِبة للكفارة . فإن قلت : ولا يُعْذَر في تركه ذِكْرَ هذا القيد في كلامه . قلت : بل يُعذر ؛ لأنهم سَمُّوا هذا الكتاب « كتاب الأَيْمان » ، فأطلقوا ، ومرادُهم الأيمانُ الموجِبة للكفارة ، والله أعلم .

وقولُه : (لا في مَعْرِض اللغو) ليس متعلقًا بأول الكلام ، بل بقوله « بذكرِ اسم الله تعالى » أي بذكر اسم الله تعالى في معرض التحقيق ، لا في معرض اللغو والمناشدة ، والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٧/أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « اليمين الغموس هو أن يحلف على ماضٍ كاذبًا ، سُمّيت غموسًا ؛ لأنها تَغْمِس صاحبَها في الإثم أو في النار ، والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ق ١٦٧/أ) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن من حلف عامدًا للكذب ، فقال : والله ، لقد كان كذا وكذا ، ولم يكن قد حدث . أو : والله ، ما كان كذا - وقد كان - أثم وأساء ، وعليه كفارة يمين . انظر : الأم (٦١/٧) . روضة الطالبين (٣/١١) . المنهاج ص (١٤٤) حلية العلماء (٢٤٤/٧ وما بعدها) .

ومذهب الحنفية : أن يمين الغموس ، لا كفارة فيها ، وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : المبسوط (١٢٧/٨) . الهداية (٢/ ٣٥٥) . الدر المختار (٧٠٦/٣) . ملتقى الأبحر (٣١٢/١) . الكافي ص (١٩٣) . الشرح الكبير (١٢٨/٢) . مواهب الجليل (٢٦٦/٣) . أسهل المدارك (١٩/٢) المقنع ص (٣١٥) . المبدع (٢٦٥/٩) . الإنصاف للمرداوي (١٦/١١) . المغني لابن قدامة (٦٨٦) .

وأشرنا (باللغو) إلى قول [1] العرب : لا والله ، وبلى والله ، في معرض المحاورة من غير قصدٍ إلى التحقيق [2] ، فلذلك لا يوجب الكفارة [3] ، وهو لَغْوٌ إلا في الطلاق والعتاق ؛ فإن العادة ما جَرَتْ باللغوِ فيه [4] ، وإنما يَخْرج عن كونه لغوًا بالقرينة الدّالة على قصد التحقيق .

وأما المناشدةُ ، فهو أن يقول : أُقسم بالله عليك لَتفعلنَّ ، فإنه لا ينعقد ، [5 لا عليه ولا على المخاطَب 5] إلا أنْ يقصد العقْدَ على نفسه ، فيصير حالفًا ، فيحنث بمخالفة المخاطَب .

وأما قولُنا : (بالله أو بصفاته) احترزنا به عن قوله : وحقِّ الكعبة ، والنبيِّ ، وقبرِه ، وشَعْرِه ، وجبريلَ والملائكةِ [6] ، فاليمينُ به - وبكلِّ مخلوقٍ - لا يُوجب الكفارةَ [7] ؛ قال النبي ﷺ [8] : « مَنْ حَلَفَ فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ وإلَّا فَلْيَصْمُتْ [9] » [10] .

---

(١) في (ب) : « كلام » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (لا والله ، بلى والله) : ليس مَقُولًا على الاجتماع ، بل إحداهما تارةً ، والأخرى تارةً أخرى . وما فَسَّر به لَغْوَ اليمينِ اتَّبع فيه شيخَه ، وهو يُشْبه الهزلَ المذكورَ في الطلاق ، في أنه يَقْصد اللفظَ ولا يَقْصد الحكم . والمعروفُ في تفسير « لغو اليمين » على مذهبنا : أنه الذي سبق إليه اللسانُ من غير قصدٍ إلى اللفظ أصلًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٧/أ) .

(٣) في (أ) : « فذلك لا يوجب كفارة » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فيهما » .

(٥) في (أ)، (ب) : « لا على المخاطب ولا عليه » .

(٦) في (ب) : « وميكائيل » .

(٧) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من الحلف بشَعْرِ رسول الله ﷺ مما اعتاده عوام العجم يحلفون بذؤابته ﷺ ، ولم يكن له ﷺ ذؤابةٌ ، والله أعلم .

وثبت في الصحيحين من رواية ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه سمع عمر يحلف بأبيه ، فقال ﷺ : « إنَّ الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، فمن كان حالفًا ، فلْيحلفْ بالله أو لِيصَمُتْ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٧/أ) .

(٨) كلمة : « النبي » ليست في (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « أو ليصمت » .

(١٠) الحديث رواه البخاري (٥٣٨/١١) (٨٣) كتاب « الأيمان والنذور » (٤) باب « لا تحلفوا بآبائكم » حديث (٦٦٤٦) بإسناده عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ أدرك عُمَرَ بن الخطاب ، وهو يسير في رَكْبٍ ، يحلف بأبيه ، فقال : « ألا إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ؛ من كان حالفا فليحلِفْ بالله أو لِيَصْمُتْ » .

ورواه مسلم (١٢٦٧/٣) (٢٧) كتاب « الأيمان » (١) باب « النهي عن الحلف بغير الله » حديث (١٦٤٦) .
ورواه أبو داود (٥٦٩/٣) حديث (٣٢٤٩) . والترمذي (٩٣/٤) حديث (١٥٣٤) . وابن ماجه (٦٧٧/١) حديث (٢٠٩٣) جميعا من طرق عن عبد الله بن عمر مرفوعًا .

وكذلك [١] لو قال : إنْ فعلتُ كذا فأنا يهودي ، أو نصراني ، أو بريءٌ من الله : لم تلزمْه الكفارةُ ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [٢] .

وإنما يُستثنى عن هذا الأصلِ [٣] يمينُ اللَّجاج والغضبِ [٣] على قول .

ثم اليمين ينقسم إلى [قسمين] [٤] صريح وكناية ، بالإضافة إلى أسماء الله تعالى ، وهي على أربع مراتب :

المرتبة الأولى [٥] : أن يذكر اسمًا لا يُطْلَق إلّا على الله تعالى في مَعْرِض التعظيم ، كقوله : بالله ، وبالرحمن [والرحيم] [٦] ، وبالخالقِ ، والرازق ، فهذا صريحٌ وإنْ لم يَنْوِ . فإن [٧] قال : أردت « بالله » - أي [٨] وثقتُ بالله - ثم ابتدأت « لأفعلنّ » [٩] ، فهذا لا يُقْبل ظاهرًا في الإيلاء ،

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وكذا » .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن من قال : إن فعلتُ كذا ، فهو يهودي ، أو نصراني ، أو بريء من الله تعالى ، أو من رسول الله ﷺ أو من الإسلام : لم يكن يمينًا ، ولا كفارة في الحنث به . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : روضة الطالبين (١١/٧) . الغاية القصوى (٩٩٣/٢) . حلية العلماء (٢٤٦/٧) . رحمة الأمة ص (٢٣٨) . الكافي ص (١٩٤) . مواهب الجليل (٣/ ٢٦٦) . حاشية الدسوقي (١٢٨/٢) . أسهل المدارك (٢١/٢) .

(تنبيه) : قال في الروضة : « ثم إنْ قَصَدَ بذلك تَبْعِيدَ نفسه عنه (يعني عن المحلوف عليه) لم يكفر ، وإن قصد به الرضا بذلك - وما في معناه - إذا فعله ، فهو كافرٌ في الحال » .

ومذهب الحنفية : أن من قال ذلك ، فحنث في يمينه ، فعليه الكفارة . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . وعن أحمد رواية أنه لا كفارة عليه . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣٠٥) . الهداية (٣٥٧/٢) . ملتقى الأبحر (٣١٧/١) . رد المحتار (٧٠٥/٣) . المبدع (٢٧٣/٩) . الإنصاف للمرداوي (٣١/١١) . المغني لابن قدامة (٦٩٨/٨) دليل الطالب (٢٧٠) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يمين الغضب واللجاج » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « الأولى » والزيادة من (أ) (ب) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فلو » .

(٨) قوله : « بالله ، أي » ليست في (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « لأفعلنّ كذا » .

وغيره ، وهل يُدَيَّن باطنًا ؟ ، فيه وجهان (١) .

المرتبة الثانية : أن يَذكر اسمًا مُشْتركًا يُطْلق على الله وعلى غيره ، كالعليمِ والحكيمِ (٢) والرحيم ، والجبار ، والحقِّ ، وأمثاله (٣) فهو كناية وإنما يَصير يمينًا بالقصد والنية ، وكذلك قوله : وحقِّ الله ؛ إذْ قد يُراد به حقوقُه من العبادات ، وقد يُرَاد استحقاقُه للإلهية .

المرتبة الثالثة : أن يحلف بالصفات ، كقوله : بقدرة الله (٤) ، وعلمه ، وكلامه ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه كقوله بالله ، فلا يُقْبل فيه التورية .

والثاني : أنه كناية (٥) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « ذكر فيما إذا حلف بالله ، وزعم أنه ورّى (هل يُدَيَّن باطنًا ؟ وجهان) وَجْهُ أنه لا يُدَيَّن – مع القطع بأنه يُدَيَّن إذا قال : أنت طالق ، وقال : أردتُ طلاقًا من وَثَاقٍ – أن الكفارة تتعلَّق بإظهار اللفظ العظيم ومُخالفته ، وهذا لا يَزول بالتورية والإضمارِ بخلاف لفظ الطلاق . وقد ذكر الأصوليون – أو مَنْ ذكر ذلك منهم – أن من تَلفَّظ بكلمة صريحة في الكفر ، وزعم أنه ورَّى ونوى بها ما ليس بكفرٍ ، فإنه يَكْفر ظاهرًا وباطنًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٦٧/ب).

(٢) في (ب) : « والحليم » .

(٣) قال ابن الصلاح : قوله : (أن يذكر اسمًا مشتركًا يُطْلق على الله تعالى ، وعلى غيره كالعليم والحكيم) مَن اعترض على هذا وقال : ليس هذا من المشترك ، بل هذا من المتواطئ ؛ لأن المتواطئ عبارةٌ عن اللفظ الذي يتناول أشياء متعددة باعتبار كونِه موضوعًا لحقيقةٍ واحدة شاملةٍ لها ، كاسم « اللون » للبياض والسواد وغيرهما . والمشتركُ عبارةٌ عن اللفظ الذي يتناول أشياء متعددةً باعتبار كونه موضوعًا لحقائقها المختلفة ، كاسم « العين » للعين الفوَّارة ، والعين الناظرة وغيرهما ، والعليم والحكيم من القبيل الأول .

قلنا له : الفرقُ بينهما في ذلك – وإن اشتهر – فهو من اصطلاح المنطقيين ، أو من تلقَّى ذلك منهم ، وأما الفقهاءُ والأصوليون فإنهم يُطْلقون اسمَ « المشترك » على الجميع ، فاعْلَمْ ذلك ، والله أعلم » . المشكل (جـ ٢ ق ١٦٧/ب) .

(٤) في (ب) : « وقدرة الله » .

(٥) قال ابن الصلاح : « الوجهُ الذي ذكر في أنَّ الحلفَ بكلام الله تبارك وتعالى كنايةٌ ؛ فلا يكون يمينًا إلا بالنية وجهُهُ – أنه قد يُستعمل في غير صفة الله تعالى ، قال الله تبارك وتعالى : ﴿ يُرِيدون أنْ يُبَدِّلوا كَلامَ اللَّهِ ﴾ ، أي الأمر الذي ورد فيه كلامُ الله تعالى من الفتح والنَّصْر أو غيره . وهذا الوجه – وإن كان مذكورًا في « النهاية » – فهو شاذٌ ، والمعروفُ في كتب المذهب أنّ الحلف بكلام الله تعالى يمينٌ قطعًا لا خلاف فيه ، ولا جريان لهذا الوجه في الحلف بالقرآن ، بل هو مقطوع بكونه يمينًا صريحةً ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٦٧/ب وما بعدها) .

والثالث : أنه يُدَيَّن باطنًا . وفي قبوله ظاهرًا وجهان ؛ إذْ قد يُرَاد بالقدرة المقدورُ ، وبالعلم المعلومُ ، فيقول : رأيت قدرة الله ، أي : آثارَ صُنْعِه (١) .

ولو قال : وجلالِ الله ، وعظمتِه ، وكبريائه ، ففيه طريقان :

أحدهما : أنه كالحلف بالله .

والثاني : أنه كالحلف بالقدرة ، إذْ قد يقول : رأيت جلالَ الله ، ويريد آثارَ صُنْعِه .

وقوله : وحرمةِ الله ، قيل : إنه كقوله : وحقِّ الله ، وقيل : إنه كالصفات .

وقولُه : لَعمر الله ، قيل : إنه حلفٌ ببقاء الله ، فهو كالصفات ، وقيل : إنه كناية (٢) .

---

(١) قال الحموي : « قوله في كتاب الأيمان : (الثالث : أن يحلف بالصفات كقوله : بقدرة اللّه وعلمه وكلامه ، فيه ثلاثة أوجه : أحدها أنه كقوله : « باللّه » فلا يُقْبَل فيه التورية . والثاني : [أنه كناية . والثالث] : يُدَيَّن باطنًا ، وفي قبوله ظاهرًا وجهان ؛ إذ يراد بالقدرة المقدورُ ، وبالعلم المعلوم ، فيقول : رأيت قدرة اللّه ، أي آثار صنعته) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه ذكر ثلاثة أوجه ولم يَأْتِ إلا بوجهين كما لا يخفى . الثاني : أن الشيخ ذكر في كلامه ثلاثة أوجه ، والمنقول في كتب المذهب الحَلِفُ بكلام اللّه يمينٌ بلا خلاف ، وذلك يخالف ما ذكره كما لا يخفى ؛ لكونه جعل فيه خلافًا .

قلت : أمكن أن يجاب عن الإشكال الأول فيقال : أمكن استخراج الوجه الثالث من قوله : « الثاني : يدين باطنًا » وفي قوله : « يدين ظاهرًا » وجهان ، فيكون التديُّنُ في الباطن متفقًا عليه ، وفي الظاهر لا يقبل . وأما قوله : (وفي قبوله ظاهرًا وجهان) هو الوجه الثالث ، وأحد الوجهين : أنه لا يقبل في الظاهر ، وقد ذكرناه . والثالث : أنه يقبل في الظاهر والباطن . وإذا كان كذلك اندفع الإشكال بكل حال .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر ، من حيث إن الأصحاب ذكروا في القدرة والعلم خلافًا ، وما ذكروه إلا لكونه يُطْلَق على العلم المعلومُ والقدرةِ المقدورُ على قول من قال : إنه ليس بصريح ، وإذا كان كذلك كان في كلام اللّه مثلُ ذلك ، فإن كلام اللّه تعالى يطلق على التلاوة ، وإذا كان كذلك فلا فرق بين العلم والقدرة والكلام كما ذكرناه . وأما كون الأصحاب لم يذكروا فيه خلافًا ، لظهور اتجاه الخلاف فيه ، وكأنهم بنوا ذلك على المنهج الصحيح ، فإنه قيدٌ صريحٌ ولم يتعرضوا للوجه الآخر لضعفه من حيث إن دليلَه ضعيف ، واللّه أعلم » . إشكالات الوسيط (ق ١٨٦ / ب ، ١٨٧ / أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : من قال : « لَعَمْرُ اللهِ » كنايةٌ . وجْهُهُ : أنه ليس من الشائع في العرف ، استعمالُه في صفة البقاء ؛ لأنه ليس فيه شيء من أدوات القسم . وتقرر في علم العربية أن تقدير لعمرو الله ، ما أُقسم به ، أو قَسمي ، أو نحو هذا ، وليس هذا الوجه بشيء ؛ فإن استعماله في القسم شائعٌ في لسان العرب ، حُذِفَ الخبرمنه تخفيفًا ؛ لكثرةِ الاستعمال ، كما حُذِف في قولهم : « باللّه » الفعلُ ، وهو : أحْلِف ، أو أُقسم ، واللّه أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق١٦٨/أ) .

المرتبة الرابعة : مالا يَصير يمينًا وإنْ نَوَى ، وهو مالا تعظيم فيه ، كقوله : والشيءِ الموجودِ والمرئي ، وأراد به الله تعالى فليس بيمينٍ وإن نَوَى ، إذْ [لم يذكر اسمًا معظمًا] [1] وذِكْرُ اسم مُعَظَّمٍ لا بدَّ منه . ولو قال : بِلَّه – وقصد التلبيس – فليس بحالفٍ ، وكذلك إن لم يقصد ؛ فإنّ البِلَّة من الرطوبة إلا إذا نوى اليمينَ ، فَيُحْمل حذفُ الألف على لَحنٍ قد تجري به العادةُ عند الوقف [2] .

هذا في انقسامِ اليمين بذكرِ اسم الله تعالى . وينقسم أيضًا بذكرِ الصلات ، وهي على درجات ، فإنها تنقسم إلى حروف وكلمات :

أما الكلمات ، فقوله : أقسمت بالله ، أو أقسم [بالله] [3] ، أو حلفتُ بالله [4] ، أو أحلف ، فهذا يحتمل الإخبارَ والوعدَ [5] ، فإن نوى اليمينَ فهو يمينٌ ، وإن قصد الوعد والإخبارَ فلا ، وإن أطلق فوجهان :

أحدهما : أنه ليس بيمينٍ ؛ لترددِ اللفظ .

٢٨٠/ب والثاني : أنه يمينٌ ؛ للعادة [6] / .

الدرجة الثانية : ما هو كناية قطعًا ، كقوله : وعهد الله ، وعليّ عهد الله ، أو نذرت بالله . أما قوله : أَزْخُدَاي تعالى بِدِيرَفْتَمْ ، قيل : إنه كناية ، وقيل : هو كقوله : حلفتُ بالله [7] .

---

(١) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : قوله : « إذا قال : بِلَّه ، ناويًا به اليمينَ : (يُحمل حَذْفُ الألف على لحنٍ قد تَجْري به العادةُ عند الوقف) ليس ذلك على ماذكره ، بل ذلك لغةٌ لبعض العرب ، وممن حكاها أبو القاسم الزَّجَّاجي في كتابه « الجُمَل » . ويفعلون ذلك مع « الواو » وغيرها فيقولون في الوقف : « وَلَّه » . وهذه اللغة شائعةٌ في ألسنة العامة ؛ فينبغي أن يُجْعل ذلك يمينًا عند الإطلاق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٨/أ) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . (٤) في (ب) : « أو أحلف بالله » .

(٥) أي : الإخبار عن حلفه على ماضٍ حدث ، وكان قد حلف فيه بالله ، أو الوعد بالحلف في المستقبل .

(٦) والمذهب عند جمهور الشافعية أنه يمين . انظر الروضة (١٢/١٤) .

(٧) قال ابن الصلاح : « ذَكَرَ ما معناه أنه إذا قال : نذرت لله لأَفعلنَّ كذا ، فهو كقوله : عليّ عهد الله ، فهو كنايةٌ بلا خلاف ، وإذا قال بالفارسية : « أَزْخُدَاي بِدِيرَفْتَمْ » . ففيه طريقان :

أحدهما : أنه كنايةٌ قطعا .

=

الدرجة الثالثة - (1 وهو بين المرتبتين - قولُه 1) : أشهد بالله ، منهم من قال : (2 إنه كنايةٌ قطعًا 2) . وقال المراوزة : هو كقوله : أُقسم بالله . وقال صاحب « التقريب » : لو قال الملاعِنُ في لعانه : أشهد بالله - كاذبًا - ففي لزوم (3) الكفارة وجهان ، وهذا جارٍ وإن قصد اليمين ؛ لأن اللعان صرف [اليمين] (4) إلى اقتضاء الفراق ، فيحتمل خلافًا في الكفارة فيه كما في الإيلاء .

= والثاني : أنه كقوله : حلفت بالله ، إن نوى كان على ما نواه ، وإن أَطلق فوجهان :

أحدهما : أنه بمنزلة الكناية ، فلا تكون يمينًا من غير نية .

والثاني : أنه بمنزلة الصريح فيكون يمينًا وإن لم ينْوِ .

وهذه المسألة مذكورة في « النهاية » ومعظمِ الكتب ، وذكرها الفوراني في « الإبانة » وذكرها بعده صاحب « البحر » وشيخنا هنا ، لكن الفوراني سوّى بين قوله : نذرت لله تعالى ، والكلمةِ الفارسية ، وقَطَع بأن حكمها حكمُ (أقسمت بالله) ، وكذا ذكرَه هو في « البسيط » حاكيًا ذلك عن الفوراني ، وانفرد في « الوسيط » بأمرين :

(أحدهما) : فَرّقَ بين قوله : (نذرتُ بالله) والكلمةِ الفارسية : قَطَعَ في « نذرت » بكونه كناية ، وذكر في الكلمة الفارسية الخلافَ .

(والأمر الثاني) : كونُه ذكَرَ طريقين في الكلمة الفارسية :

أحدهما : القطع : بأنه كناية . وذكر صاحب « البحر » الطريقين في قوله : « نذرت » .

وما صار إليه من الفرقِ يُتوجّه بأن الكلمة الفارسية لها شيوعٌ في ألسنة أهلها . وأما قوله : « نذرت » فلا شيوعَ له في القسم ، لا في ألسنتهم ، ولا في ألسنة العرب ، وكأنها ذُكِرتْ في هذا المعرض من أجل كونها ترجمة الفارسية بالعربية ، والله أعلم » . المشكل (ق ١٦٨/أ وما بعدها) .

وقال ابن الصلاح أيضًا : « ثم إن الكلمة الفارسية ، ضَبَطُها بهمزة مفتوحة ، « وزاي » منقوطة ساكنة ، ثم « خاء » معجمة مضمومة ، ثم « ذال » منقوطة ، ثم ألف وياء ساكنتين ثم باء موحدة غير صافية ، ثم دال مكسورة ، بعدها ياء مثناة من تحت ساكنة ، ثم راء مُهْمَلة مفتوحة ، ثم فاء ساكنة ، ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة ثم ميم ساكنة . ومعناها : لله التزمت كذا وكذا ، أو : من الله التزمت ، أي بأمره وقضائه . وعلى حسب هذا اختلفت النسخُ في هذا الكتاب وفي غيره في ترجمته بـ« نذرت » ، ففي بعضها : « نذرت لله » ، وفي بعضها : « نذرت بالله » ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٦٨/ب وما بعدها) .

(١) في (ب) : « وهو بين الرتبتين ، كقوله » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « هو كناية فقط » .

(٣) في (ب) : « لزومه » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

الدرجة الرابعة : أن يقول : وايم اللهِ [١] ، الظاهرُ أنه كقوله : أحلف بالله [٢] ، وقيل : إنه كقوله : بالله ؛ فإنه صريح فيما بين العرب ، وأصلُه : أَيْمُنُ الله ، والأَيمن جمع اليمين .

أما الحروف [٣] ، فهي الباء ، والتاء ، والواو ، والفاء [٤] .

وقوله : والله ، وتالله كقوله : بالله . ونُقِل نصٌّ عن الشافعي (رضي الله عنه) أنّ « تاللهِ » ليس بيمين [٥] ، فقيل : هو كقوله : أقسم بالله . والصحيحُ أنه يمينٌ قطعًا ، والشافعي (رضي الله عنه) أراد ما إذا قال القاضي في القسامة : قُلْ : « بالله » فقال : « تالله » لم يكن يمينًا ؛ للمخالفة .

أما قولُه : « يا الله » فليس بيمين [٦] ، ولو قال : الله لأفعلنّ [٧] ، لم يكن يمينًا إلا أن ينوي . ولو قال : اللهِ لأفعلنَّ - بالخفض - كان يمينًا ولو لم يَنْوِ [٨] .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « قول : « وايم الله » يُقَال بكسر الميم ، ويُقَال بضمها ، ويقال بهمزة مفتوحة غير ساقطة في الوصل ، ويقال بإسقاطها في الوصل ، وهكذا في همزة « ايمن » ، وما ذكره من أنه جمعُ « يمين » ليس بالصحيح ، وإنما هو قول الكوفيين من النحويين ، والصحيحُ قول البصريين منهم أنه اسمٌ مفردٌ ، وألفُه ألفُ وصلٍ ، وكونُ ذلك كله قَسَمًا هو الصحيح ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٩/أ) .

(٢) يعني أنه كناية ، وإن قصد به اليمين ، فهو يمين . وإن أطلق فليس بيمين على الأصح .

(٣) في (ب) : « أما الحرف » . (٤) قوله : « والواو ، والفاء » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « النص عن الشافعي (رضي الله عنه) أن « تالله » بالتاء المثناة من فوق ، ليس بيمين ، نُقِلَ عنه في باب « القسامة » ، وكذلك حملَه بعضُهم على ما إذا قال الحاكمُ له : قل « بالله - بالباء - أو نحوه ، فخالف وقال : « تالله » - بالتاء المثناة من فوق - فلا تكون يمينًا مُجْزِية ؛ للمخالفة إلى ما هو دونه ، وتعليلُ المصنفِ بالمخالفة مطلقًا يُحْتاج فيه إلى هذا القَيْد ، [يعني بالقيد قولَه : « ما هو دونه »] فإنه لو قال له : قل : « تالله » - بالتاء المثناة من فوق - فقال « بالله » - بالباء الموحدة - أَجْزأ ؛ لأنه أَبلغُ ، قَطَع به القفالُ والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦٩/أ) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (أما قوله : « يا الله » فليس بيمين) هذا « يا » التي هي حرفُ النداء ، وعلى هذا حُمِلَ نصُّ الشافعي في كتاب « القسامة » وهو التأويل الصحيح ؛ لأنه دعاءٌ ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦٩/أ) .

(٧) قال ابن الصلاح « قوله : ولو : قال « الله » لم يكن يمينًا إلا أن ينوي ، هذا فيما إذا قال : « الله » بالرفع ، أما إذا قاله بالنصب ، فهو مُرَتَّبٌ على ما إذا قاله بالخفض ، وفيه خلافٌ ، والأقوى من حيث العربية أنّ كلًّا منهما يمينٌ عند الإطلاق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ١٦٩/أ ومابعدها) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « وإن لم يَنْوِ » .

الفصل الثاني

في يمين الغضب واللجاج [١]

فإذا قال : إن دخلتُ الدار فلله عليّ صوم ، أو حجٌّ ، أو صدقةٌ ، أو ذكَرَ عبادةً تُلْتزم بالنذر ، ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يلزمه الوفاء كما لو قال : إنْ شفى الله مريضي فللهِ عليّ صوم ، أو علّقه بدفع بَلِيّة أو حصولِ نعمة .

والثاني : أنه يلزمه كفارةُ يمينٍ ؛ لأن هذا يُقْصد للمنع ، بخلاف نذر التبرر فإنه يُذكر للتقرب [٢] .

والثالث : أن يتخيَّر بين الوفاء والكفارة ، لترددِ اللفظِ بين المعنيين .

التفريع : إن قلنا : يلزمه الكفارة ، فإنما يكون فيما ليس بنعمة ، كقوله : إن دخلت نيسابور ، أو شربت ، أو زنيت . ولو قال [٣] : إن دخلت مكة ، أو لم أشرب

---

(١) انظر كتاب « النذور » .

(٢) قال ابن الصلاح : « ونَذْرُ التبررِ على ما ذكره غَيْرُ واحد من المصنفين قسمان :

أحدهما : نذر المجازاة .

والثاني : النذر المطلق من غير عِوَضٍ ، بأن يقول ابتداءً : لله عليّ كذا وكذا .

والقولُ الذي بدأ به في نذر اللجاج - وهو أنه يجب الوفاء به - قولٌ ضعيف شاذ في المذهب ، والمذهبُ والمنصوصُ الظاهر المشهور : أنه يجزئه كفارةُ اليمين ، وهو قولُ عائشة (رضي الله عنها) وجماعةٍ من الصحابة والتابعين (رضي الله عنهم) ورواه مسلم في صحيحه عن عقبة بن عامر عن رسول الله ﷺ أنه قال : « كفارةُ النذرِ كفارةُ اليمين » .

ثم هل تتعينّ الكفارةُ ، أو يتخيَّرُ بينهما وبين الوفاء بما نذر ؟ ، فيه قولان . مِنْ أئمتنا مَنْ يقول : الصحيحُ تَعْيينُها ، ومنهم من يقول : الصحيحُ التخييرُ فاعلَمْ ذلك ؛ فإن الحاجة إليه مَاسَّةٌ في الفتوى ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ١٦٩/ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أما لو قال » .

أو صليت [١] ، فهذا محتمل للوجهين ، فَيُرْجع إلى قصده . أما إذا علّقه بمباح - لا على قصد المنع - بل لحرصِه على ذلك الشيء ، كقوله : إنْ لم آكل ، أي : انكسرت [٢] شهوتي بتوفيق الله ، أو دخلت نيسابور ، أي إنْ بقيت [٣] إلى ذلك الوقت : فهذا فيه ترددٌ ، فمنهم من منع التبرر في المباحات .

فروع

الأول : إذا قال : إنْ فعلت كذا فعليّ نذرٌ . نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) أن عليه كفارةَ يمينٍ ، وهو تفريع على قول الكفارة . وإن فرعنا على الوفاء فينبغي أن تجب هاهنا عبادةٌ ما ، وإليه التعيينُ ، وله تعيينُ [٤] كلِّ ما يُتَصوَّر التزامُه بالنذر . وإن قال :

إنْ فعلتُ فعليَّ يمينٌ ، فهو لغوٌ [٥] ؛ إذْ [٦] لم يأتِ بما يُشْعِر بعبادة ولا بصيغةِ الحلف ، وقيل : عليه ما على الحالف .

الثاني : لو قال : مالي صدقةٌ ، أو في سبيل الله ، قال القاضي : هو لغوٌ ؛ لأنه لم يأتِ بصيغة الالتزام ، وفيه وجهان آخران :

أحدهما : أن ذلك كقوله : عليّ صدقةٌ .

والثاني : أنه يتعين مالُه للصدقة ، كقوله : جعلتُ هذه الشاةَ ضَحِيةً [٧] وهو

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أو صليت ، أو لم أشرب » .

وقال ابن الصلاح : « قولُه : فيما إذا قال : « إن دخلت مكة أو صليتُ » فهذا يحتمل الوجهين - احتماله لجهة اللجاج بأنْ يُلَامَ على ترك الصلاة ، فيغضب ، ويقول : إن صليت فلله عليّ كذا وكذا ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٦٩/ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « كُسِرَتْ » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أي بقيت » بدون « إنْ » .

(٤) في (ب) : « وله أن يُعَين » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا قال : « إنْ فعلتُ فعليَّ يمينٌ » : « قيل : عليه ما على الحالف » - وجهه : أن هذا التزامٌ على سبيل النذر ، والنذرُ لا يشترط فيه ذِكْرُ اسمِ مُعَظَّم ، بل صيغةُ الالتزام ، وهي موجودةٌ في هذا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٦٩/ب).

(٦) في (أ) ، (ب) : « لأنه » .

(٧) في (ب) : « أضحية » .

بعيد [(١)] .

وعلى الوجوه الثلاثةِ يُخَرَّج ما لو قال : إن دخلت الدار فمالي صدقةٌ .

هذا بيانُ اليمين الموجِبة ، وكلُّ ذلك إذا لم يَعْقُبْه الاستثناءُ ، فلو قال بعد اليمين : إن شاء الله ، لم يلزمْه شيءٌ كما ذكرنا في الطلاق .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « ذكر فيما إذا قال : « إن فعلتُ كذا فمالي صدقةٌ » ثلاثةَ أوجهٍ ، ذكرها شيخُه (رحمهما الله وإيانا) والمسألةُ منصوصةٌ ، قد نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) فيها على كفارة اليمين . وقال : ومذهبُ عائشة وعدةٍ من صحابة رسول الله ﷺ وعطا . والقياسُ : أنَّ عليه كفارةَ يمينٍ . ثم هل ذلك على التعيين أو التخيير ؟ فيه خلافٌ سَبَق في أصل نذر اللجاج ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٠/أ) .

الباب الثاني
في الكفارة

والنظر في السبب ، والكيفية ، والملتزم .

النظر الأول : في سبب الوجوب ، وهو اليمينُ عندنا دون الحنث ، لكن اليمين يُوجِب عند الحنث كما يُوجِب ملكُ النصاب عند آخر الحول ؛ لأن الحنث لا يحرم باليمين ، بل يَبقى تحريمُه وإباحتُه كما كان (١) . نعم ، في الأَوْلى ثلاثةُ أوجهٍ إذا عقد على مباحٍ :

أحدها : أن الأَوْلى البِرّ ؛ لتعظيمِ اليمين (٢) .

وقال العراقيون: الأولى الحنثُ (٣)؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ الآية (٤).

والثالث : أنه يبقى كما كان .

وأما أبو حنيفة (رحمه الله) فإنه قضى بتحريم الحنث عليه ، وبَنَى عليه أنَّ يمينَ الغموسِ لا ينعقد ، إذِ الماضي لا يمكن تحريمُه (٥) ، وقضى بأنه لو قال : حرمتُ هذا الطعامَ ، لزمتْه الكفارةُ ،

---

(١) قال ابن الصلاح : « قولُه في بيان أن اليمين سببٌ لوجوب الكفارة : (لأنّ الحنثَ لا يحرم باليمين) يعني به أنَّ المحلوف عليه لا يحرم باليمين ، فلا يكونُ الحنثُ بفعله سببَ وجوبِ الكفارة ، فلا يبقى إلا اليمين ، فتكون هي السببَ الموجِبَ عند الحنث ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٠/أ) .

(٢) قال في المنهاج ص (١٤٤) : « والأفضل ترك الحنث » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الحنث أولى » .

(٤) من الآية (١) من سورة (التحريم) .

(٥) قال ابن الصلاح : « ما ذكره أن أبا حنيفة قَضى بأنّ اليمين يُحرم فِعلَ المحلوف عليه ، ويَنْبني عليه أن اليمين الغموس لا تنعقد ؛ لأن الماضي لا يمكن تحريمه ، هذا يَنْبغي أن لا يُتَوهم منه أننا نُخَالفه في عدم انعقاد اليمين الغموس ، فإننا نُوَافقه على عدم الانعقاد على ما سنوضِّحه إن شاء الله تعالى في مسألة اليمين على شُرْب ماءِ إداوةٍ لا ماءَ فيها ، لكننا نُخَالفه في مُسْتند عدم الانعقاد ، فمستندُه – عنده – أن اليمين تُحَرِم المحلوفَ عليه ، والماضي لا يمكن تحريمُه ، ونحن نقول : مستندُه استحالةُ البرِّ فيها لذاته أو اقتران الحنث بها ، ونُخَالفه في وجوب الكفارة ، فلا يُوجبها هو لعدمِ الانعقاد ، ونُوجِبها نحن لوجود مخالفة اليمين والانتهاك لحرمتها ، فنعتبر نحن في وجوب الكفارة مجردَ العقد والحنث ، وهم يعتبرون العقد ، والانعقاد ، والحنث ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٧٠/أ) .

وعندنا لا يلزم [١] إلا في تحريم البضع ، وفيه وردت الآيةُ [٢] ، وقضى بلزوم اليمين في قوله : إن فعلتُ [كذا] [٣] فأنا يهوديّ ؛ لأنه يؤدي معنى التحريم . وقال : لا ينعقد يمينُ الكافر ؛ [٤] إذ ليس مأخوذًا [٤] بتحريم شرعنا [٥] . وقال : لا تُقَدم الكفارةُ على الحنث وإنْ قَدّمَ الزكاةَ على الحول . ومالك (رحمه الله) يُجَوِّز تعجيلَ الكفارة دون تعجيل الزكاة . وعندنا يجوز تعجيلُهما [٦] إلا إذا حلف على محظورٍ ، ففي جواز تقديم الكفارة وجهان :

---

(١) في (أ) : « لا يلزمه » .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن من حرَّم حلالًا عليه – غير زوجته – فلا كفارة عليه . وهذا مذهب المالكية أيضًا . انظر : الكافي ص (١٩٥ ، ١٩٦) . القوانين الفقهية ص (١٦٥) . حاشية الدسوقي (٢/١٣٠) .

ومذهب الحنفية : أن تحريم الحلال يمينٌ يُوجِب الكفارة ، وحجتُهم في ذلك تحريمُ النبيِّ ﷺ العسلَ على نفسه وقيل : حرَّمَ ماريةَ ، فيُعمل بهما . أو لما ثبت بالآية ﴿ لم تحرم ما أحل الله لك ﴾ أن التحريم المضاف إلى الجواري يكون يمينًا ، فكذلك التحريم المضاف إلى سائر المباحات . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : المبسوط (٨/١٣٤، ١٣٥) . الهداية (٢/٣٥٩) . المقنع ص (٣١٦) . المبدع (٩/٢٧٢) . الإنصاف (١١/٣٠) . زاد المستقنع ص (٩٦٨) . دليل الطالب ص (٢٧٠) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « لأنه ليس مؤاخذًا » .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن يمين الكافر منعقدة ؛ وذلك لأنه من أهل الطلاق والعتاق ، فيكون أيضًا من أهل اليمين ، ومن ثم تنعقد يمينه ، ويلزمه الكفارة عند الحنث . فإن حنث قبل إسلامه ، كَفَّرَ بالمال ؛ لأنه ليس من أهل التكفير بالصوم ، ونظيره العبد يلزمه الكفارة بالتكفير بالصوم ؛ لأنه ليس بأهل للتكفير بالمال . وإن حنث بعد إسلامه ، جاز له الصوم إن لم يستطع التكفير بالإطعام . وانعقاد يمين الكافر هو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا .

انظر : التنبيه للشيرازي ص (١٢٢) . رحمة الأمة ص (٢٣٢) . المبدع (٩/٢٨١) . الإنصاف (١١/١٦) . المغني لابن قدامة (٨/٦٧٦) .

ومذهب الحنفية : أن يمين الكافر لا تنعقد ، ولا تلزمه الكفارة . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣١٦) . المبسوط (٨/١٤٦) . شرح فتح القدير (٥/٨٦) . ملتقى الأبحر (١/٣١٥) . حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٣/١١٤) .

(٦) هنا مسألتان :

المسألة الأولى : وهي إخراج الزكاة قبل حولان الحول .

المسألة الثانية : وهي تعجيل الكفارة على الحنث .

المسألة الأولى : اتفق العلماء على أنه لا يجوز تعجيل الزكاة قبل مِلْك النصاب ؛ لأنه لم يوجد سببُ وجوبها ، =

أحدهما : لا ؛ لأنه تمهيدٌ / للتوصُّلِ إلى الحرام . ٢٨١/أ

والثاني – وهو الأقيس [١] – أنه يجوزُ ؛ لأن التحريم يُبَايِنُ مأخذ اليمين [٢] .

= فلم يَجُزْ تقديمُها ، وذلك كمنعِ أداءِ الثمن قبل البيع ، والدية قبل القتل .

أما تعجيل الزكاة متى وجد سبب وجوبها ، وهو ملك النصاب ، ولم يحل عليها الحول ، فللفقهاء فيها قولان :

(الأول) : وهو جواز إخراجها تقديمًا على الحول ؛ لأنه أداها بعد سبب وجوبها . وهذا مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة ، واستدلوا لمذهبهم بتعجيل العباس زكاة ماله ، وترخيص النبي له في ذلك .

الثاني : وهو أنه لا يجوز إخراج الزكاة قبل مُضِيّ الحول ؛ لأنها عبادة تشبه الصلاة ، فلم يجز إخراجها قبل الوقت ؛ لأن الحول أحد شرطي الزكاة ، فلم يجز تقديم الزكاة عليه ، كالنصاب . وهذا مذهب المالكية . انظر : مراقي الفلاح ص (١٤٣) . الكافي ص (١٠٠) . القوانين الفقهية ص (١٠٤) . روضة الطالبين (٢١٢/٢) . فتح المعين بشرح قرة العين ص (١٥٢) . الحواشي المدنية على شرح ابن حجر الهيتمي (١٥٥/٢) . المقنع ص (٦٠) . دليل الطالب (٩٨) .

المسألة الثانية : وهي تعجيل الكفارة على الحنث .

فمذهب الحنفية : أنه لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث مطلقًا .

ومذهب المالكية : أنه يجوز تقديمها على الحنث مطلقًا ، سواء كانت صومًا أو غيره . وهو مذهب الحنابلة .

ومذهب الشافعية : أنه يجوز تقديمها على الحنث إذا كان إطعامًا أو إعتاقًا أو كسوة ، أما إذا كانت صيامًا فلا يجوز تقديمها على الحنث ؛ لأنه عبادة بدنية ، فلم يجز فعلها قبل وجوبها كالصلاة . انظر : المبسوط (١٤٧/٨) . الهداية (٣٥٨/٢) . تبيين الحقائق (١١٣/٣) . ملتقى الأبحر (٣١٥/١) . الكافي ص (١٩٨) . مواهب الجليل (٢٧٥/٣) . الشرح الكبير (١٣٣/٢) . أسهل المدارك (٣١/٢) . الأم (٦٣/٧) . الروضة (١٧/١١) . حلية العلماء (٣٠٥/٧) . رحمة الأمة (٢٣٢) . المقنع ص (٣١٧) . المبدع (٢٧٨/٩) . دليل الطالب صْ (٢٧١) . المغني (٧١٤/٨) .

(١) في (أ) ، (ب) : « وهو القياس » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح عند الأكثرين من الشافعية كما في الروضة (١٧/١١) والمنهاج ص (١٤٤) .

وقال ابن الصلاح : « قولُه في تقديم الكفارة على الحنث إذا حلف على محظور أنه لا يفعله : (الأقيسُ أنه يجزىء ؛ لأن التحريم يُنَافي مَأْخَذَ اليمين) هذا مشكل ، ومعناه أن التحريم كان ثابتًا قبل اليمين ، ولم يتغيَّرْ باليمين ، ويلزم من ذلك أن يتأثر به حكمُ اليمين ، وفي بعض النسخ « التحريمُ يُبَايِنُ مأْخذَ اليمين » ، « ويباين » أليق من « ينافي » ويكون قد استعمل « ينافي » بمعنى « يفارق » و « يباين » ، وهو جائزٌ ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٧٠/ب) .

هذا في الكفارة المالية تشبيهًا بالزكاة . أما بالصوم (١) ، فالمذهبُ أنه لا يُقَدَّم ، لا سيما في اليمين ، وهو (٢) مُرَتَّبٌ على العجز (٣) ، ولا يتحققُ العجزُ إلا بعد الوجوب . وفيه وجه : أنه يجوز ؛ لعمومِ قولِه (عليه السلام) : « مَنْ حلف على يمينٍ فرأى غيرها خيرًا منها ، فليكفِّرْ عن يمينه وليأتِ الذي هو خيرٌ (٤) » (٥) .

ثم يجري (٦) التقديمُ في كل كفارةٍ بعد جريان سبب الوجوب ، وكفارةُ القتل (٧)

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أما الصوم » . (٢) في (أ) : « لأنه » .

(٣) أي على العجز عن التكفير بالعتق أو الإطعام أو الكسوة .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (أما بالصوم ، فالمذهبُ أنه لا يقدم لا سيما في اليمين ، وهو مرتب على العجز) ، فقوله : (لا سيما في اليمين) فيه احترازٌ عن الصوم غير المرتب على العجز عن المال في كفارات الحج إذا قلنا : يجوز تقديمُها عقيبَ الإحرام » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٠/ب) .

(٤) حديث صحيح : رواه البخاري (١١/٥٢٥) (٨٣) كتاب « الأيمان والنذور » (١) باب « قول الله تعالى : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ﴾ عن عبد الرحمن بن سمرة حديث (٦٦٢٢) ، ورواه عن أبي موسى حديث (٦٦٢٣) . ورواه مسلم في صحيحه (٣/١٢٧٣) (٢٧) كتاب « الأيمان » (٣) باب « ندب من حلف يمينًا ، فرأى غيرها خيرًا منها ، أن يأتي الذي هو خير ، ويكفر عن يمينه » حديث (١٦٥٢) عن عبد الرحمن بن سمرة . وحديث (١٦٤٩) عن أبي موسى . وحديث (١٦٥٠) عن أبي هريرة . وحديث (١٦٥١) عن عدي بن حاتم . ورواه أبو داود (٣/٥٨٢) حديث (٣٢٧٤) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . ورواه عن أبي موسى حديث (٣٢٧٦) . ورواه الترمذي (٤/٩٠) حديث (١٥٢٩) عن عبد الرحمن بن سمرة . ورواه ابن ماجه (١/٦٨١) حديث (٢١٠٧) عن أبي موسى ، رفعوه جميعًا إلى النبي ﷺ .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله ﷺ : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها ، فَلْيُكَفِّرْ عن يمينه وَلْيَأْتِ الذي هو خيرٌ » هو حديث متفق على صحته ، ورواه من الصحابة عبد الرحمن بن سمرة وغيره . وأكثرُ الروايات ، فيها ذِكْرُ الكفارةِ قبل الحنث بحرف « الواو » ، وفي رواية واحدة رواها أبو داود في سننه بإسناد جيد عن عبد الرحمن بن سمرة أن النبي ﷺ قال له : « يا عبد الرحمن إذا حلفتَ ... » فَذَكَرَه ، وقال فيه : « فَكَفِّرْ عن يمينك ، ثم ائتِ الذي هو خيرٌ » بحرف « ثم » ، وهذا صريحٌ ، والرواياتُ التي بحرف « الواو » دالةٌ أيضًا على جواز تقديم الكفارة ، فإن حرف الواو – وإن كان لا يُوجب الترتيبَ على أقوى المذهبين – فتقديمُ أحدِ المذكورين في الذِّكْر يدلُّ على جواز تقديمه في الفعل ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٠/ب وما بعدها) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ويجوز » . (٧) في (أ) ، (ب) : « وككفارة القتل » .

تجري بعد الجرح وقبل الزهوق . وكفارةُ الظهارِ بعد الظهار وقبلَ العود إن أمكن [١] . وكفاراتُ الحج بعد الإحرام وقبل ارتكاب الأسباب . وفيه وجه : أنه لا يجوز قبل ارتكاب المحظورِ [٢] ؛ لأن الإحرام ليس سببًا ، بل الارتكاب للمحظور هو السبب .

النظر الثاني : في الكيفية [٣] . [٤] وهذه الكفارة فيها تخييرٌ وترتيبٌ [٤] ، فيتخير بين

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله (وكفارةُ الظهار بعد الظهار ، وقَبْلَ العود إنْ أمكن) هو ممكنٌ في الصُّوَر التي يَتَبَاطأ فيها العَوْدُ عن الظهار ، كما إذا ظاهر عن رجعية ، ثم كَفَّر ، ثم راجع . وكما إذا ظاهر ، ثم طلَّق طلاقًا رجعيًا ، ثم كفَّر ثم راجع ، وغير ذلك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧١/أ) .

قال الحموي : « قوله فيه : (وعندنا يجوز تعجيل الكفارة والزكاة إلا إذا حلف على محذور ، ففي جواز تقديم الكفارة وجهان : أحدهما : لا ؛ لأنه تمهيد التواصل إلى الحرام . والثاني – وهو القياس – : أنه يجزىء ؛ لأن التحريم ينافي مأخذ اليمين ، هذا في الكفارة المالية ؛ تشبيهًا بالزكاة ، أما في الصوم فالمذهب أنه لا يقدم لاسيما في اليمين ، وهو مرتب على العجز ولا يتحقق العجزُ إلا بعد الوجوب ، وفيه وجه ؛ لعموم قوله ﷺ : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها ، فليكفِّرْ عن يمينه ولْيَأْتِ الذي هو خير » . ويجزىء التقديم في كل كفارة وقعت بعد جريان سبب الوجوب ، ككفارة القتل تجري بعد الجرح وقبل الزهوق ، وكفارة الظهار بعد الظهار وقبل العود إن أمكن .. إلى آخره) .

قلت : ما ذكره الشيخ من قوله : (وكفارة الظهار بعد الظهار وقبل العود إن أمكن) يدل على [أن] ذلك ممتنعٌ تصويرُه من عنده إلا أن يتحقق وقوعه على ندور ، وإنه ليس كذلك ؛ فإن إمكانه ظاهر ، وفيها صور : أحدها : أن يبادر إلى فعلٍ علَّق به الطلاق ، فإنه لا يكون عائدًا . وثانيها : أنه لو اشتغل بأسباب شراء الزوجة المملوكة بعد الظهار ، فإنه لا يكون عائدًا على وجه . وثالثها : أنه لو رَفَع الأمرَ إلى القاضي في اللعان لكان غيرَ عائد على الأصح ، فعلى هذا يعتق عن الظهار في هذا كله .

قلت : أمكن أن يجاب عن هذا بأن يقال : لعله لم يذكر ذلك إلا حتى يحدَّ به ذهنَ الطالب ، فيظهر له إمكانُه عند تصوره ، فيخلص بذلك هذه الصورة المذكورة ، أو يكون ذلك آخرَ الأعمِّ الأغلب ، فإن غالب الفقهاء لا يعرف هذه المسائل المذكورة إلا بعد افتكار شديد ، هكذا أجاب عنه بعض الفقهاء .

الجواب الصحيح عندي : أن مراده بقوله : إنْ أمكن وقوع ذلك من المظاهر ، فإن وقوع ذلك يندر كما في شراء الزوجة عقيب الظهار مع حضور سيد الزوجة ، وكذلك في اللعان ، وليس مراد الشيخ بالإمكان معرفةَ صور المسائل ، وإنما مراده تصوُّرُ وقوع ذلك من المظاهر إن تمكن منه ، وبه خرج الجواب . وليس هذا إشكال على الحقيقة وإنما ذكرتُه لكون بعضهم يستشكله » . إشكالات الوسيط (ق ١٨٧ / أ – ١٨٨ / ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « المحظورات » . (٣) في (أ) : « في كيفيتها » .

(٤) في (ب) : « وهذه الكفارة فيها ترتيب وتخيير » .

=

عِتْقِ رقبةٍ ، وكسوةِ عشرةِ مساكين ، وإطعامِ عشرةِ مساكين ، لكل واحدٍ مُدٌّ ، فإن عجز عن جميع ذلك ، فصومُ ثلاثةِ أيامٍ متفرقًا أو متتابعًا . وفيه قول قديم : أنه يجب التتابعُ ، حملًا للمطلق على المقيَّد في الظهار (١) .

وكيفيةُ الكفارة ذكرناها في الظهار ، وإنما نذكر الآنَ الكسوةَ . والنظرُ في قدرها ، وجنسها ، وصفتها .

أما القدر : فلا يُشْترط دست ثوب ، بل يكفي ثوبٌ واحدٌ : كجبة ، أو قميص ، أو رداء ، أو سراويل ، أو عمامة قصيرة . ثم لا يشترط المخيط ، بل يكفي الكرباس . (٢ ولو سلم إلى طفل يواريه خرقة كفاه ٢) إذا قبضها وَلِيُّه . ولو سلَّم إلى كبير مايستر طفلًا ، فالظاهرُ جوازُه ، ولا يُنْظر إلى الآخذ ، هكذا قاله (٣) القاضي . وقال غيره : لابُدّ أن ينظر إلى الآخذ . وقال مالك (رحمه الله) : « الواجب ما يستر العورة بحيث تصحُّ الصلاةُ معه » (٤) . وهو قولٌ حكاه البويطي .

أما الجنس ، فيجزئ القطن والإبْرَيْسَم والكتان والصوف . وفي الدرع وجهان (٥) ؛

---

(١) يعني كما أن الصوم في كفارة الظهار يشترط متتابعًا فكذلك في صيام الكفارة .

(٢) في (أ) : « ولو سلم إلى طفل خرقة كفاه » . وفي (ب) : « ولو سلّم إلى طفل خرقةً تواريه كفاه » .

(٣) في (ب) : « هكذا قال » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن الواجب في الكسوة – في كفارة اليمين – ثوب : قميص ، أو سراويل ، أو عمامة ، أو جبة ، أو إزار ، أو رداء ؛ لأن الاسم يقع على كل هذا . انظر : الأم (٦٥/٧) . مختصر المزني ص (٢٩٢) . الروضة (٢٢/١١) . حلية الفقهاء (٣٠٨/٧) . رحمة الأمة (٢٣٧) .

ومذهب المالكية : أن الواجب في الكسوة ، للرجل ثوب يستر جميع جسده ، وللمرأة ما يجوز لها فيه الصلاة ، وذلك ثوب وخمار ، ولا يجزىء ما لا يستر البدن كإزار وعمامة . وهذا مذهب الحنفية والحنابلة .

انظر : الكافي ص (١٩٨) . القوانين الفقهية ص (١٧٠) . مواهب الجليل (٢٧٣/٣) . الشرح الكبير (١٣٢/٢) . أسهل المدارك (٢٩/٢) . المبسوط (١٥٣/٨) . تبيين الحقائق (١١٢/٣) . ملتقى الأبحر (٣١٥/١) . رد المحتار (٧٢٦/٣) . المقنع ص (٣١٦) . المبدع في شرح المقنع (٢٧٧/٩) . الإنصاف (٤٠/١١) .

(٥) والأصح أنه لا يجزىء ؛ لعدم اسم الكسوة . انظر الروضة (٢٣/١١) .

لأنه أيضًا ملبوسٌ تجب الفديةُ على المحْرِمِ به ، وكذلك (١) في الخفّ والشمشك والقَلَنسُوة وجهان . أما النعلُ ، فلا يُجزىء كالمِنطقة على وجهٍ ، وعلى وجه هو كالشمشك . (٢ ولم يُعْتبر في الثوب غالبُ جنسِ ملبوسِ أهل البلد ٢) ، قال القاضي : ولو اعْتبِر ذلك لم يَبْعُد .

أما الصفة ، فيؤخذ الجديدُ ، والخَلَق ، والمَعِيب إلا إذا صار بكثرة الاستعمال مُنْسَحِقًا بحيث يتمزّق على القرب أو تَمَزَّق بالاستعمال ورُقِّع .

النظر الثالث : فيمن عليه الكفارةُ . (٣ وتجب الكفارة على كل مكلف ٣) حنث ، حرًّا كان أو عبدًا ، مسلمًا كان أو كافرًا ، (٤ بقي حَيًّا أو مات قبل الأداء ٤) .

والنظر في الميت والعبد :

أما الميتُ ، فله أحوال :

الأولى : أن يكون له تَرِكةٌ ، وعليه كفارةٌ مرتبة ، فعلى الوارثِ الإعتاقُ عنه ، ولا بأس بحصول الولاء له بغير إذنه ، وتثبت هذه الخلافةُ للضرورة . وإن كان عليه كفارةُ يمينٍ ، فله أن يَكْسُوَ ويُطْعم عنه ، ولا ضرورةَ في تحصيل الولاء له ، ففي إعتاقه عنه - والكفارة مخيرة (٥) - وجهان ، والأصح الجواز .

الثانية : أن لا يكون له تركة ، (٦ فللوارث أن يكسو ويُطْعم عنه ٦) مُتَبَرِّعًا ، وفي التبرع بالإعتاق عنه وجهان مرتبان على الكفارة المتخيَّرة (٧) ، وأولى بالمنع ؛ إذ التركةُ

---

(١) في (ب) : « وكذا » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ولم يعتبر في الثوب أن يكون من غالب ملبوس أهل البلد » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وهي على كل مكلف » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « حيا كان أو ميتا قبل الأداء » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « فللوارث أن يطعم عنه ويكسو » .

(٧) في (ب) : « المخيرة » .

علقة مسلطة . وتبرعُ الأجنبيِّ بالعتق عنه لا يجوز . وفي إطعامه وكسوته وجهان (١) . وفي عتقِ الأجنبيِّ [عنه] (٢) وجهٌ بعيد : أنه ينفذ كالكسوة . وفي إطعامِ الوارثِ وجهٌ بعيدٌ : أنه لا يجوز كالإعتاق ، وهما بعيدان .

أما الصوم ، ففي صوم الوليِّ عنه خلافٌ (٣) .

---

(١) والأصح إطعامه وكسوته عنه . انظر الروضة (١١/٢٦) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله (في صوم الوليّ خلافٌ) هذا ، موضعُ استقصائه كتابُ الصوم ، ولكننا لا نَدَعُ مُعَاودة بيانِه ؛ لما وقع فيه من مرغوب عنه ، فاعلمْ أنَّ الخلاف فيه اختلافُ قولين :

أحدهما : يُنْسب إلى القديم ، أنه يصوم عنه وَلِيُّه .

والثاني : وهو الجديد والمعروفُ من مذهب الشافعي (رضي الله عنه) أنه يُطْعِم عنه عن كلِّ يوم مُدًّا . والحجةُ له مارُوِي عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ : « من مات ، وعليه صومُ رمضان أنه يُطْعم عنه مكانَ كلِّ يوم مسكينًا » وروي « مدّين حنطة » ، والصحيحُ الذي لا يُعْدَل عنه أنه يصوم عنه وَلِيُّه ؛ إذ ثبت في الصحيحين من حديث عائشة (رضي الله عنها) أن رسول الله ﷺ قال : « من مات وعليه صيام صام عنه وليه » ، وثبت في صحيح مسلم وغيره من رواية ابن عباس وبُريدة بن الحصيب (رضي الله عنهم) أن رسول الله ﷺ أمر امرأةً ماتت أُمُّها ، وعليها صوم : أن تصوم عن أُمِّها . وأما حديث ابن عمر (رضي الله عنهما) ، فَغيْرُ ثابتٍ في الصحيح فيما ذكره الترمذي وغيره من أئمة الحديث أنه موقوف على ابن عمر من قوله . ولِمَنْ نَصَرَ القولَ الجديدَ - على ما ورد في صوم الولي - كلامٌ يَنْشأ من عدم الاطلاع ، وما روي عن ابن عباس وعائشة من أنهما أَفْتَيَا في ذلك بالإطعام ، ليس فيه تركٌ ونَفْيٌ منهما لما رويناه ، وقد قال الحافظ البيهقي : من جوَّز الصيام عن الميت يُجَوِّز الإطعام عنه . ثم قد عرف من قاعدة مذهبنا أنّ إفتاء راوي الحديث بخلافه لا يُضَعِّفُه ، وأنا أقول : ينبغي أن يدفع الخلاف في ذلك من المذهب ويقطع بأن مذهب الشافعي تجويز الصوم عن الميت ، فقد ثبت عنه أنه أمرنا في أمثال ذلك بالعمل بالحديث وتَرْكِ ما قاله على خلافه ، وعَمِلَ الأصحابُ مثلَ هذا في مسألة التثويب وغيرها ، وقد قال الحافظ الفقيه أحمد البيهقي : لو وقف الشافعي (رحمه الله) على جميع طُرُقِ هذه الأحاديث وتظاهرها لم يخالفها إن شاء الله ، وبالله التوفيق .

ثم إننا لم نَجِدْ لأحدٍ من الأصحاب تفسيرَ الولي المذكور ، وتردَّدَ إمامُ الحرمين في أنه الوليُّ الذي يَلي أَمْرَ المولي عليه ، أو هو الوارث ، أو هو القريب وإن لم يرث ، أو هو العَصَبة ، ولم يقض فيه بشيء ، وقال : لا نَقْلَ عندي فيه ، وليس معنا في معناه ثبتٌ نعتمده . قال الشارح رضي الله عنه [يعني ابن الصلاح] يَظهر حَمْلُه على القريب بإطلاقه ؛ فإنه أقرب إلى العموم ، أو إلى الحديث وإلى أصل وَضْعِ اللفظ ؛ فإن الوليَّ في الأصل عبارةٌ عن القريب ، وهو مأخوذ من الوَلْي - على وزان الرَّمْي - وهو القرب ، والله أعلم .

ثم إنه موجود في طريقتي العراق وخرسان أنّ الولي - على هذا - لو أمر أجنبيًا حتى صام عنه بأجرة أو غير أجرة : جاز ، وممن ذكر ذلك صاحبُ « الشامل » وصاحب « التتمة » ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٧١/أ وما بعدها) .

والأجنبيُّ المأذون [له] (١) في الصوم كالوليِّ الذي ليس بمأذون (٢) في الصوم . وفي صومِ الأجنبيِّ من غير إذنٍ خلافٌ مرتب على الإطعام ، وأولى بالمنع . وإن قلنا : تجرى فيه النيابة ، فلو مرض بحيث لا يُرْجَى بُرؤه ، ففي الصومِ عنه - وهو حيٌّ - وجهان كشبهه بالحج ، حيث تطرقت إليه النيابةُ ، ولكنه بالجملة أبْعَدُ عن النيابة .

الثالثة : إذا مات وله تركةٌ ، وعليه ديونٌ ، ففي تقديم حقِّ اللهِ أو الآدمي ، ثلاثةُ أقوالٍ ذكرناها في الزكاة (٣) . فإن قلنا : تُقَدَّم الديونُ ، فكأنه لا تركةَ له . ولو حُجِرَ عليه بالإفلاس قدم (٤) الديون قطعًا ؛ لأن الكفارة على التراخي .

فرع : لو أوصى أن يُعْتق عن كفارةِ يمينِه عبدٌ [و] (٥) قيمتهُ تزيد على الطعام والكسوة ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يحسب من الثلث ؛ لأن تعيين العتق تبرع .

والثاني : لا ، بل هو أحد الخصال الواجبة ، وقد تعين بتعيينه . فإن قلنا : [إنه] (٦) يحسب من الثلث ، فوجهان :

أحدهما : أنَّ قَدْرَ قيمةِ الطعام يُحْسب من رأس المال ، والزائدُ إن لم يَفِ الثلثُ به ، عَدَلْنا إلى الطعام .

والثاني - وهو / ظاهرُ النصِّ - أن الثلث إنْ لم يَفِ بأصل (٧) قيمة العبد عَدَلْنا إلى الطعام . ٢٨٢/ب

أما العبد ، فإذا حلف ، فليس عليه إلا الصوم ؛ لأن الصحيح أنه لا يَمْلك بالتمليك . وللسيد مَنْعُ الجارية عنه (٨) للاستمتاع ؛ لأنه على التراخي ، وله مَنْعُ العبد الذي يَضْعف عن الخدمة عن الصوم ، وإن كان قويًّا فلا . وإن كان الحنث - أو اليمين أو كلاهما -

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « ليس مأذونًا » .
(٣) وأظهرهما تقديم حق الله تعالى . انظر الروضة (٢٥/١١) .
(٤) في (أ) ، (ب) : « قدمت » .
(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٦) زيادة من (أ) .
(٧) في (أ) ، (ب) : « إن لم يَفِ بقدر ... » .
(٨) في (أ) ، (ب) : « وللسيد منع الجارية عن الصوم » .

بإذن السيد – ففيه [نظر] (١) ما ذكرناه في الظهار . ومَنْعُه عن صوم كفارة الظهار غير ممكنٍ ؛ لأن فيه إدامةَ التحريم وإضرارًا بالعبد (٢) .

أما إذا مات العبدُ ، فللسيد أن يُكفر عنه بالإطعام والكسوةِ وإن قلنا : إن العبد لا مِلْكَ له (٣) ؛ لأنه إذا مات فلا رِقَّ عليه ، والحرُّ الميتُ أيضًا لامِلْكَ له . وإن (٤) أعتق عنه فوجهان ؛ لِعُسْرِ الولاءِ في حقّ الرقيق .

أما إعتاقُ العبد ممَّا ملكه على قولنا : إنه يَمْلك بالتمليك ، ففيه تفصيلٌ ذكرناه في « البسيط » فلا نُطَوِّل به (٥) ؛ لأنه (٦) تفريعٌ على قول ضعيف .

فرع : مَنْ نصفُه حرٌّ ، ونصفُه عبدٌ (٧) : نصّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه يكفر بالمال إن كان له مالٌ (٨) ؛ وقال المزني (رحمه الله) : لا يجوزُ إلا الصوم (٩) ؛ لأن المال يقع عن جملته ، إذِ التجزئةُ لاتمكن في المؤَدَّى ، كما لا يمكن إعتاقُ نصفِ رقبةٍ وإطعامُ خمسةِ مساكين . ومن الأصحابِ من جعل هذا قولًا مُخَرَّجًا .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قولُه في صوم العبد : (إن كان الحنث ، أو اليمين ، أو كلاهما بإذن السيد ، ففيه نظر ذكرناه في الظهار ، ومَنْعُه عن صوم كفارة الظهار غيرُ ممكنٍ ؛ لأن فيه إدامة التحريم وإضرارًا بالعبد) . هذا وَهْمٌ ، ولا يَخْفى على الفقيه أن هذا لا يستقيم حيث لم يُوجد الإذنُ من السيد أصلًا ، أو وُجِدَ على وجهٍ لم يجعلْه إذْنًا في الصوم ، وإنما هذا متعلِّق بمحذوف لم يَذْكره ، لا هاهنا ولا فيما أَحال عليه من كتاب « الظهار » وهو أنه إذا وُجِدَ الحنثُ واليمين بإذن السيد ، فالمذهبُ أنه ليس له مَنْعُه من تعجيل الصوم ، وقيل : له مَنْعُه كما أن للزوج مَنْعَ زوجته من الحج على قول . وهذا الخلافُ لاجريان له في صوم كفارة الظهار وإنْ كان الظهار والعَوْدُ بإذن السيد ؛ لِمَا فيه من إدامة التحريم كما ذَكَره ، وهو على هذا الوجه الذي ذكرناه مذكورٌ في « البسيط » ، « والنهاية » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٢/أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لا مال له » . (٤) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(٥) قال ابن الصلاح : « ذكر أن العبد إذا أعتق ما ملكه السيد ، ففيه تفصيلٌ ذكره في « البسيط » ، والنفسُ تتشوَّف عند الحوالة إلى البيان ، واختصارُه : أنه إن أعتق بغير إذن السيد لم يصحَّ ، وإن أعتق بإذنه ، ففيه خلافٌ مبني على أن العبد ، هل يتأَهَّلُ لثبوت الولاية ؟ فإن قلنا : نعم – وهو قول غريبٌ ضعيفٌ – صَحَّ تكفيرُه بإعتاقه . وإن قلنا : لا ، فلا يقع عن كفارته ويقع عن السيد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٢/أ) .

(٦) في (أ) : « فإنه » . (٧) في (ب) : « ونصفه رقيق » .

(٨) انظر نص الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (٢٩٣) .

(٩) انظر قوله في مختصره ص (٢٩٣) .

الباب الثالث
فيما يقع به الحنث

وذلك بمخالفة موجب اليمين لفظًا وعرفًا [(١)] ، وهو باب جامع الأيمان ، والألفاظُ لا تنحصر ، ولكن تعرض الشافعي (رضي الله عنه) لِمَا يكثُرُ [(٢)] وقوعُه ، وهي سبعة أنواع :

النوع الأول : في ألفاظ الدخول وما يتعلَّق به ، وفيه ألفاظ :

الأول : إذا حلف أن لايدخل الدار ، فَرَقِيَ في السطح ، لم يحنث إلا أن يكون مسقفًا ، وإن كان محوطًا من الجوانب غير مسقف ، فالظاهر أنه لا يحنث . والحائط من جانب واحد لا يؤثر [(٣)] ، [وإن كان] [(٤)] من جانبين وثلاثة [(٥)] ففيه خلاف مرتب [(٥)] [على التحويط من الجوانب ، وأولى بأن لايحنث . ولو حلف أن لا يدخل الدار ، فصعد السطح ، ونزل إلى صحن الدار وخرج من الباب ، فوجهان من حيث إنه حصل في الدار ، لكنه لم يدخل من الباب [(٦)] . ولو حلف أن لا يخرج من الدار فصعد السطح

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله – رحمه الله وإيانا – في الحنث : (إنه مخالفةُ اليمين لفظًا وعرفًا) كنا نَسْتنكر الجمعَ بينهما ، ونتأوَّل كلامَه على خلافِ ظاهرِه حتى استبان أنه – على ظاهره – صحيحٌ ، ولا يكفي في ذلك المخالفةُ لفظًا لا عُرْفًا ، كما إذا حلف لا يأكل رأسًا ، فأكل رأسَ حوتٍ ، فلا يحنث ، وإن خالف لفظًا ؛ لكونه لم يخالف عرفًا ، ولا يكفي أيضًا المخالفةُ عرفًا لا لفظًا ، كما إذا حلف لا يشرب له ماءً من عطش ، فأكل من طعامه ، فقد خالف عرفًا ولم يحنث ؛ لكونه لم يخالف لفظًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٢/ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فيما يكثر » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لا تأثير له » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فخلافٌ مرتب » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو قال : « لا أدخل الدار فصعد في السطح ونزل في الدار وخرج ففي الحنث وجهان من حيث إنه حصل في الدار لكن لم يَدْخل من الباب) المعروفُ والمذكورُ في غير واحدٍ من كتب العراقيين والخراسانيين : أنه يحنث وجهًا واحدًا ، ولو صحَّ نَقْلُ الوجه الآخر ، لم يكن ينبغي أن يَجْمع بينه وبين المعروف ويقول : فيه وجهان ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٢/ب) .

ونزل ، فلايحنث . قال القاضي : وجب أن يحنث ؛ لأنه كالدخول سواء فإن من حلف لا يدخل الدار ، فدخل ببعضه : لم يدخل] (١) .

ولو حلف على الخروج ، فصعد السطح : لايَبَرُّ به ؛ (٢ إذ ليس به أيضًا خارجًا ٢) ؛ كما أن من دخل ببعضِ بدنهِ ، أو خرج ببعضِ بدنِه ، لايحنث في يمين الدخول والخروج ؛ لأنه ليس بداخل ولاخارج . وقال القاضي : إذا لم يكن داخلًا في صعود السطح ، فينبغى أن نجعله خارجًا (٣) .

وأما الدهليز ، فقد نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) أن داخل الدهليز لايَحنث ، فقال الأصحاب : أراد به الطاق المضروب خارج الباب ، فإن جاوز البابَ حنث ، قال إمام الحرمين : لا يَبْعُد أن يُقال : أراد به داخل الباب قبل الوصول إلى صحن الدار ؛ لأن ذلك لا يُسَمَّى دارًا ، بل له اسمٌ على الخصوص . ولو انهدمت الدار ولم يَبْقَ إلا العرصة لم يحنث بدخولها . ولو بَقيَ ما يقال : إنه دار ، فيحنث .

ولو قال : (٤ لا أَدخل الدار ، فصعد السطح ، ونزل في الدار وخرج ، ففي الحنث وجهان من حيث إنه حصل في الدار ، لكن لم يدخل من الباب . ولو قال ٤) وهو في الدار : لا أدخل الدار (٥) ، لم يحنث بالمقام كما لو قال : لا أَتطهر ، لايحنث باستدامةِ الطهارة ، بخلاف ما لو قال : لا أَلبس ولا أَركب ، فإنه يحنث بالاستدامة ، إذ يقول الراكبُ : أركب فرسخًا ، أي أستديم ، ولا يقول مَنْ في الدار : أَدخل ، بل يقول : أُقيم [فيه] (٦) وفيه وجه بعيد : أنه لا بد من مفارقة الدار ، كما لا بُدَّ مِنْ نزعِ الثوب .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وثابت في (أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إذ لا يكون به خارجًا أيضًا » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا حلف على الخروج فصعد السطح : (قال القاضي : ينبغي أن نجعله خارجًا) هذا يُوهم أن القاضي لم يقطع بكونه خارجًا ، وقد قطع بذلك فيما وجدته في « تعليقه » وغيرِه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٢/ب) .

(٤) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٥) كلمة « الدار » ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

اللفظ الثاني : إذا حلف [أن] [١] لايدخل بيتًا ، فدخل بيتًا له اسم آخر أخصُّ وأشهرُ - كالمسجدِ ، والكعبة ، والرحا ، والحمام - فالظاهرُ أنه لايحنث به [٢] ، وفيه وجه : أنه يحنث به ؛ لأن البيت - وإن جُعِلَ مسجدًا - لايُفَارقه وَضْعُ الاسمِ . ويقرب منه الخلافُ فيما لو حلف أنه [٣] لايأكل الميتةَ ، فأكل السمك . أو لايأكل اللحم ، فأكل الميتة : فمِنْ ناظرٍ إلى وضْع الاسم ، ومِنْ ناظرٍ إلى وضع [٤] الاستعمال .

ولو دخل بيتَ الشعرِ ، حنث إن كان بدويًّا ؛ لأنه بيتٌ عندهم ، وإن كان قرويًّا فثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أنه يحنث ؛ (٥ لأنّ الله تعالى سمَّاه بيتًا ، وقال ٥) : ﴿ وَجَعَلَ لَكُم مِّن جُلُودِ ٱلْأَنْعَٰمِ بُيُوتًا [٦] ﴾ [٧] .

والثاني : لا ؛ لأنه ليس يُفهم منه البيت ، فَيُرَاعَى فَهْمُه ، لا وضَعْ اللسان .

والثالث : (٨ أن قريته إن كانت قريبةً ٨) من البادية يَطْرقونها فيحنث ، وإلا فلا .

ويرجع الخلاف إلى أن المعتبر ، عُرْفُ اللفظِ في الوضع عند مَنْ وَضَعَه ، أو عُرْف اللافظ في الاستعمال ؟ ، ونصُّ الشافعيِّ (رضي الله عنه) يميل إلى عُرْف اللفظ ، فإنه قال : يحنث ، قرويًّا كان أو بدويًّا . ومع هذا ، نصَّ أنه لو حلف لايأكل الرءوس ، لايحنث برأس الطير والسمك. ولو قال: لاآكل اللحم، لم يحنث بلحم السمكِ [٩] . وذكر صاحبُ

(١) زيادة من (ب) .

(٢) وهو المذهب ؛ لأن هذه الأماكن ليست للإيواء ، ولا يقع عليها اسم البيت إلا بتقييد . انظر روضة الطالبين (٣٠/١١) .

(٣) كلمة : « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) كلمة : « وَضْع » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لأن الله تعالى قال » .

(٦) من الآية (٨٠) من سورة (النحل) .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح ، وهو ظاهر نص الشافعي (رحمه الله) أنه يحنث . انظر الروضة (١١/ ٣٠) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « إن كانت قريتُهُ قريبَةً » .

(٩) انظر نص الشافعي (رحمه ا لله) في مختصر المزني ص (٢٩٦) .

وقال ابن الصلاح : « إيضاحُ الفرقِ بين ما إذا حلف لا يدخل بيتًا ، فدخل بيتَ شعرٍ حيث يحنث وإن كان =

« التقريب » قولًا : أنه يحنث برأس الطير والسمك ؛ اتباعًا للفظ كما في لفظ البيت ، لكن الفرق ممكنٌ من حيث إن الرأسَ ، إذا ذكر مقرونا [بالأكل] (١) لم يمكن أنْ ندعى فيه عمومَ اللفظ في عرف الوضع / . ٢٨٢/أ

ولو ذكرَ الرأسَ مقرونًا باللمس - لا بالأكل - حنث برأس الطير ، حتى قال القفال : لو قال بالفارسية : « دَرْخَانه نَشَوَمْ » (٢) لا يحنث ببيتِ الشَّعر ؛ إذ لم يَثبت هذا العمومُ في عُرْف الفارسية . وإذا قصد اللفظ العربيّ ، جاز أن يُؤَاخذ بموجب ذلك اللفظ ؛ لأنه اختار ذلك اللفظ (٣) ، كما لو قال : لاآكل التفاح ، وهو لايدري « ما التفاح » حنث بما سمَّاه العربُ تفاحًا (٤) .

= قرويًا ، وبين ما إذا حلف لا يأكل رأسًا حيث لا يحنث بأكل رأس السمك ولحمِه : أن القَرَوِيَّ يُطْلق اسمَ « البيت » على بيت الشعر ، وإنما يُفَارق البدويَّ في عدم استعماله له فعلًا ، لا في عدم استعمال فِعله اسمِه قولًا [كذا بالأصل] ، وليس كذلك اسمُ الرأسِ واللحم ، فإنه لا يطلق مقرونًا بأكل عند رأس السمك ولحمه ، ونظيرُ « البيت » من الرءوس رأسُ ما هو قليل الوجود من الرءوس التي يحنث بها ، فإنه يحصل الحنث به عند الإطلاق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٣/أ) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) هذه جملة بالفارسية وترجمتها كالآتي : دَرْ : في « حرف جر » .

خانه : البيت .

نشوم : النونُ نافيةٌ ، و « شو » فعل بمعني : أدخل ، والميم مثل تاء الفاعل ، والمعنى : لا أدخل .

(٣) قال ابن الصلاح : « ماحكاه عن القفال من أنه لا يحنث ببيت الشعر إذا حلف بالفارسية قائلًا : « دَرْخانَه نَشَوَمْ » قد وافق القفالَ عليه غَيْرُ واحدٍ من المصنفين بعده ، منهم الفوراني والروياني وصاحب « النهاية» وصاحب « التهذيب » .

وقوله « دَرْخانه نشوم » هو بدال مهملة مفتوحة ، ثم راء مهملة ساكنة ، ثم خاء منقوطة بعدها ألف ، ثم نون مفتوحة ، وبعدها « هاءٌ » ساكنة قد تسقط في الوصل ، ثم نون مفتوحة ، ثم شين مثلثة مفتوحة ثم واو مفتوحة ، ثم ميم ساكنة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٣/أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو قال : لا آكل التفاح وهو لا يدري ما التفاح ؟ حنث بماسمَّاه العربُ تفاحًا) صورتُه ما إذا نوى ما هو معناه بالعربية ، ونظيره من الطلاق ما إذا لفظ العجميُّ بلفظ الطلاق ناويًا به مُوجَبَه ، وفي ذلك وجهان غير مذكورين في هذا الكتاب ، وهذا مثلُه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٣/ب) .

وقال الصيدلاني : لو حلف ، لايأكل الخبز - وهو في بلاد طبرستان - حنث بخبز الأرز ، ولا يحنث في غيرها [1] .

وكلُّ ما ذكرناه في مطلق اللفظ ، فإن نوى شيئًا من ذلك فتتبع نيتُه إن احتمل [2] . فلو قال : والله ، ما ذقتُ لفلانٍ ماءً ، وكان قد أكلَ طعامه ، لم يحنث . ولو نوى الطعامَ أيضًا لم يحنث ؛ لأن لفظ « الماء » لايَصْلح له .

اللفظ الثالث : لو قال : لأسكن هذه الدارَ ، فَلْيخرجْ على الفور ، ولايَكْفيه إخراجُ أهلِه مع المقام . ولو خرج وترك أهلَه ، لم يحنث [3] .

ولو انتهضَ لنقلِ الأقمشة [4] على العادة ، قال المراوزةُ : لا يحنث [5] . وقال العراقيون : يحنث . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يحنث إلا بالمقام يومًا وليلة [6] .

(١) قال ابن الصلاح : « قول الصيدلاني : إنه لا يحنث بخبز الأرز في غير طبرستان . قد خُولِفَ فيه . وفيما يأتي في مسألة الرءوس ما يدلُّ على الخلاف فيه ، والأصحُّ أنه يحنث كما في نظيره من بيت الشَّعر ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٣/ب) .

(٢) قوله : « إن احتمل » ساقط من (أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا حلف لا يَسْكن هذه الدار وهو فيها : (إن خرج وترك أهله لم يحنث) ، هذا بشرط أن يخرج على قصد الانتقال ، لِيَقَعَ الفرقُ بينه وبين الساكن الذي مِنْ شأنه أن يَخْرج ويَعود » . مشكل الوسيط (جـ ٢ق ١٧٣/ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « القماش » .

(٥) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٣١/١١) والغاية القصوى (٩٩٥/٢) .

(٦) قال ابن الصلاح : « وقوله : (لو انتهض لنقل الأقمشة ، قالت المراوزة : لا يحنث ، وقال العراقيون : يحنث ، وقال أبو حنيفة : لا يحنث إلا بالمقام يومًا وليلة) هكذا هو في « نهاية المطلب » . ولا يصحُّ ذلك ، وقد راجَعْنا في ذلك كتبَ أصحابه وكتبَ أصحابنا ، وإنما حكاه صاحبُ « الحاوى » وصاحبُ « الشامل » وغيرُهما عن مالك ، وجعلا الخلافَ بيننا وبين أبي حنيفة في المنسوب هاهنا إلى المراوزة ، فجعلاه مذهبَ أبي حنيفة ، وجعل القول بالحنث مذهبنا من غير خلاف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٣/ب) .

قلت : مذهب أبي حنيفة في ذلك : أنه إذا حلف لا يسكن هذه الدار ، وهو ساكنها ، فإن أخذ في النَّزْع والنُّقْلة - من غير لُبْثٍ - لا يحنث ، وإلا حنث ، ولا بد من خروجه بجميع أهله ومتاعه . وعند أبي يوسف : يُعْتبر نَقْلُ الأكثر . وعند محمد : يعتبر نقل ما لا بد في البيت منه من آلات الاستعمال . انظر : المبسوط (١٦٢/٨) . تبيين =

ولو قال : لا أُساكنُ فلانًا ، ففارقه صاحبُه برَّ في اليمين . وإن فارق هو في الحال فكذلك . وإنْ أقام ساعةً حنث . والنظرُ في الأماكن ، فإن كانا في « خان » (١) ففيه ثلاثةُ أوجهٍ (٢) :

أحدها : أنه يَبَرُّ في اليمين (٣) ؛ إذِ انفرد ببيتٍ وإن كان معه في الخان (٤) .

والثاني : أنه لابد من الخروج من الخان ؛ تشبيهًا للخان بالدار لابالسّكّة (٥) .

والثالث : أنه إنْ حلف ، وهو معه في بيت ، كفاه الخروجُ من البيت ، وإن لم يكن في البيت فلابُدَّ من الخروج من الخان .

أما البيتان من الدار ، فمكانٌ واحدٌ عند الإطلاق ، وفيه وجه [آخر] (٦) أنهما كالخان . ثم على الصحيح ، لو انفرد بحجرة تنفرد بمرافقها (٧) لكنْ بابُها لافِظٌ في الدار ، ففيه وجهان لأجل الطريق ، أما الحجرة في الخان فمنفردة ولا يؤثر كون الطريق على الخان ، ولو قال ساكنُ حجرة في الخان (٨) : لأُساكن فلانًا ، وهو في حجرة أخرى ، فلا يحنث بالإقامة ؛ لأنه ليس مُسَاكنًا . وقال القاضي : يجب الخروجُ من الخان. (٩ وهذا بعيدٌ ، ولزمه طردُه في دُورٍ في سكةٌ ٩) وقد ارتكبه ، ويلزمه في سكتين

= الحقائق (١٩/٣) . ملتقى الأبحر (٣١٩/١ وما بعدها) . الدر المختار (٧٥٠/٣) .

ومذهب مالك في هذا : أن من حلف لا يسكن هذه الدار - وهو فيها - فإنه يجب عليه أن ينتقل منها فورًا ؛ لأن بقاءه يُعَدُّ سُكْنَى عرفًا . فإن بقي فيها بعد يمينه مدةً تزيد على مدة إمكان الانتقال : حنث ولو كان البقاءُ ليلًا .

هذا مذهب المدونة ، ومقابِلُه قولُ أشهب : إنه لا يحنث حتى يكمل يومًا وليلة . انظر : القوانين الفقهية ص (١٦٩) . مواهب الجليل (٢٩٣/٣ وما بعدها) . حاشية الدسوقي (١٤٩/٢) . أسهل المدارك (٢٤/٢ وما بعدها) .

(١) والخان : بيتٌ يُبْتَنى لِسُكْنَى جماعةٍ .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فثلاثة أوجه » .

(٣) قوله : « في اليمين » ليس في (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٣١/١١) .

(٥) قوله : « لا بالسكة » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « منفردة بمرافقها » .

(٨) في (ب) : « من الخان » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « وهو بعيد ويلزمه طرده في دور سكة واحدة » .

من بلد ، ولا قائلَ به ، نعم لو قال : نويتُ أن لا أُساكنَه في البلدة فوجهان ، ووجْهُ المنع : أن اللفظ لاينبىء عنه ، ويلزمه منه تقدير ذلك في خراسان . أما المحلة فوجهان مرتبان على البلد وأولى بالاندراج عند النية . وإن كانا في سكة مُنْسَدة الأسفل ، وجرت النيةُ ، فالوجْهُ القطعُ بأنه تتبع النيةُ ، أما إذا كان في دار فانتهض ببناء جدار حائل ، فالصحيحُ : أنه يحنث بالمكث ، وفيه وجهٌ .

* * *

النوع الثاني
في ألفاظ الأكل والشرب وما يتعلق به (١)

وهو (٢) ثلاثة ألفاظ :

الأول : إذا قال : لأشرب ماءَ هذه الإداوة ، لم يحنث إلا بشربِ الجميع . وكذلك لو قال : لأشربنَّ ماءَ هذه الإداوة ، فلا يَبَرُّ إلا بشربِ الجميع . ولو قال : لَأَشربَنَّ ماءَ هذا النهرِ ، فوجهان :

أحدهما : أنه يقتضي الجميع ؛ وهو محالٌ ؛ فيحنث في الحال ، كما لو قال : لأصعدنَّ السماءَ (٣) .

والثاني : أنه يُحْمل على التبعيض حيث لا يُحتمل ؛ إذ قد يقال (٤) : فلانٌ شرِبَ ماءَ دجلةَ ، أي : شربَ منها (٥) .

ولو قال : لأقتلنَّ فلانًا - وهو يَدْري (٦) أنه ميتٌ - يلزمه الكفارةُ (٧) في الحال ، كما لو قال : لأصعدنّ السماءَ ، وكذلك لو قال : لأشربنَّ ماءَ هذه الإداوة ، ولا ماءَ فيها (٨) ، وفيه وجه : أنه لا كفارة ؛ فإنه ذَكَرَ محالًا في ذاته بخلاف الصعود ، وقَتْلِ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « في ألفاظ الشرب والأكل » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وهي » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح أنه يحنث في الحال ولا يَبَرُّ بشُرْبِ بعضِه كما في الروضة (١١/ ٣٤) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وقد يقال » .

(٥) في (ب) : « منه » .

(٦) في (ب) : « وهو يعلم » .

(٧) في (ب) : « لزمته الكفارة » .

(٨) قال ابن الصلاح : « شَرْحُ ما ذكره فيما إذا حلف لَيَشْربنَّ ماءَ هذه الإداوة ولا ماء فيها . من الأصحاب مَنْ قال : لا تلزمه الكفارةُ ؛ لأن اليمين لم تنعقد ؛ لأن البرَّ فيما حلف عليه والوفاء به ، محال لذاته ، بخلاف صعود السماء ، فإنه ممكن في ذاته وإنما استحالتُه من حيث العادة ، فانعقدت اليمين هناك ؛ نظرًا إلى إمكانه في ذاته ، ثم اتصل بها الحنثُ والانحلالُ لحصول اليأس من الوفاء ؛ نظرًا إلى استحالته من حيث العادة ؛ فوجبت الكفارةُ فيه لِتحقُّقِ =

الميت ؛ إذ إحياءُ الميتِ مقدورٌ لله تعالى . وهذا فاسدٌ ؛ لأنّا [1] نُوجِبُ الكفارةَ بوجود المخالفة في اليمين ؛ [2] بدليل وَجوبِه في الغموس [2] .

ولو قال : لأصعدنَّ السماء غدًا ، ففي لزوم الكفارة قبل الغد وجهان [3] . ولو قال : لأقتلنَّ فلانًا - وهو يظنُّه حيّا ، فإذا هو ميتٌ - ففي الكفارة خلافٌ بناءً على أنَّ الناسي بالحلف هل [4] يعذر ؟ [5] .

اللفظ الثاني : إذا قال : لاآكل هذا الرغيفَ وهذا الرغيفَ ، لا يحنث إلا بأكلهما ، وكذلك لو قال : لا آكلُ ولا أُكلمُ زيدًا ، فلا يحنث إلا بمجموعهما ، وقد ذكرناه في الطلاق ، وليس يخلو عن إشكال [6] ، ولكن قالوا : الواو العاطفةُ تجعل الاسمينِ

= الانعقاد والحنث ، وهذا فاسدٌ ؛ لأن وجوب الكفارة عندنا لا يتوقف على انعقاد اليمين ، بل على مجرد العقد والحنث وإن لم يثبت الانعقاد ؛ فإنَّ يمين الغموس لا تنعقد ، لأنّ البرَّ فيها محالٌ لذاته ، فإنه إذا حلف مثلًا أنه ما فعل ، وكان قد فعل ، فمحالٌ عدمُ فعلِه مع وجوده ، وإنما أَوجبنا الكفارةَ لمخالفته اليمينَ وانتهاكِه بذلك حرمةَ الاسم المعظَّم ، فكذلك هاهنا .

وأما مسألةُ اليمين على صعود السماء ، فَبيْنَ الأصحابِ اختلافٌ في أن الكفارة وَجَبت فيها بناءً على المخالفة من غير انعقاد ؟ أو بناءً على الانعقاد ثم الحنث ؟ والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٣/ب وما بعدها) .

(١) في (ب) : « فإنا » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بدليل وجوبها في يمين الغموس » .

(٣) والأصح انعقاد اليمين ، وتلزمه الكفارة بعد مجيء الغد . انظر الروضة (٣٤/١١) .

(٤) في (ب) : « قد » .

(٥) قال في الروضة (٧٨/١١ وما بعدها) : « إذا وجد القول أوالفعل المحلوف عليه ، على وجه الإكراه ، أو النسيان ، أو الجهل ، سواء كان الحلف بالله تعالى أو بالطلاق ، فهل يحنث ؟ قولان : أظهرهما : لا يحنث » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا قال : « لا آكل هذا الرغيفَ وهذا الرغيف لا يحنث إلا بأكلهما ، وكذا لوقال : « لا آكل ولا أُكلم زيدًا » لا يحنث إلا بمجموعهما ، وقد ذكرناه في الطلاق » . وليس يخلو عن إشكال) هذا لم يَذْكره في الطلاق ولا ما هو نظيره من الطلاق ، وهو أن يكون بصيغة الشرط ، مثل أن يقول : إنْ كلمتُك ودخلت دارك فأنت طالقٌ ، والحكم فيه أنها لا تَطْلُق إلا بالأمرين كما لوقال بصيغة التثنية : إنْ دخلت هذين الدارين ، أو أكلتُ هذين الرغيفين فأنتِ طالق ، وكذلك في اليمين لو قال : لآكُلَنَّ هذين الرغيفين ، أو لا آكل هذين الرغيفين ، فيتعلق كلُّ ذلك بمجموع الأمرين . أما إذا كان ذلك في اليمين بصيغة العطف ، لا بصيغة التثنية ، بأن يقولَ : لا =

كالاسمِ الواحد المثنى (١) ، فهو كما لو قال : لا أُكَلِّمهما (٢) ، فإنه لا يحنث إلا

= آكُلُ هذا الرغيفَ وهذا الرغيفَ ، فقد حكى إمامُ الحرمين عن الأصحاب : أنه لا يحنث إلا بأكلهما كما في صيغة التثنية ، وذكر أن فيه إشكالًا من حيث إن العطفَ يقتضي التشريك بين المعطوف والمعطوف عليه في المذكور فيه فهو في التقدير ، كأنه قال : والله لا آكل هذا الرغيفَ ، والله لا آكل هذا الرغيف ، ولو قال ذلك محققًا يحنث بأحدهما ، فكذا إذا كان مقدرًا . وفرّقَ الإمامُ بين هذا وبين ما سبق من صيغة الشرط في مثله في الطلاق بأنْ صيغة الشرط تقتضي ارتباطَ الجواب المتأخِّر بجميع الشرط الذي تقدَّمه وتعلّقه بها . ثم قال : وأقصى ما ذكره الأصحابُ أنَّ الاسم المعطوف على الاسم بمثابة الاسمين المجموعين بصيغة التثنية ، قال : والإشكال قائم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٤/ب) .

(١) في الأصول الثلاثة « المسمّى » وهذا تصحيف ، وإنما هي « المثني » نبّه على ذلك ابن الصلاح في مشكل الوسيط كما في التعليق الآتي له .

(٢) قال الحموي : « قوله : (اللفظ الثاني : إذا قال : والله لا آكل هذا الرغيف وهذا الرغيف ، لا يحنث إلا بأكلهما . ولو قال : لا آكل ولا أكلم زيدًا ، فلا يحنث إلا بمجموعهما ، وقد ذكرناه في الطلاق . وليس يخلو عن إشكال ، ولكن قالوا : « الواو العاطفة » تجعل الاسمين كالاسم الواحد المسمّى فهو كما لو قال : لا أكلّمهما) .

قلت : مراد الشيخ بهذا : أن المعطوف إذا ارتبط بفعلٍ صَدَرَ الكلام به وكان في معنًى مستأنف ، فإذا قال رجل مثلًا : رأيت زيدًا وعَمْرًا ، كان تقديره : رأيت زيدًا ورأيت عمرًا . وإن قال : لا آكل هذا الرغيف وهذا الرغيف ، أو لا آكله ولا أُكَلِّم زيدًا . فتقديره : والله لا آكل هذا الرغيف ولا أكلم زيدًا ، ولو ذكر اليمين على هذا الوجه لكان كلُّ واحد منهما يمينًا مستقلةً ، ثم يترتب عليه أنه يحنث بأحد المذكورين في اليمين به ، وليست صيغةُ اليمين بمنزلة صيغة الشرط كما لا يخفى .

إذا ثبت [هذا] وإنما يحسن [هذا] إذا قال : والله لا آكل هذا الرغيف ولا آكل هذا الرغيف . كما في قوله : رأيت زيدًا ورأيت عمرًا . وأما إذا لم يقل : لا آكل ، في الثاني ، فيكون الثاني تابعًا للأول فلا يقع لا بوجود أَكْلِهما ، كما لو قال : لا آكلهما ، ولأن « الواو » تجعلهما كالشيء الواحد .

فإن قيل : لقد استشهد الشيخ بجوازه في قوله : (ولكن قالوا : « الواو العاطفة » تجعل الاسمين كالاسم الواحد المسمى) .

قلت : إنما ذكر الشيخ ذلك بطريق الاعتذار عن قول الفقهاء : إنه لا يقع إلا بمجموعهما ، واستدل عليه بقول أهل العربية حيث قالوا : « الواو العاطفة » تجعل الاسمين كالاسم الواحد المسمى ، وهذا معارض أيضًا لما ذكروه في المغايرة لما قدمناه .

قلت : والتحقيق في ذلك أن « الواو العاطفة » تجعل الاسمين كالاسم المبني في العطف من بعض الوجوه ، وذلك لا يقتضي الاستقلال ولهذا وقع التردُّدُ فيه ، والحنثُ لا يقع بالتردد ، فاقتضى ذلك أن لا يقع إلا بأكلهما » إشكالات الوسيط (ق ١٨٨ / ب ، ١٨٩ م أ) .

بتكليمهما جميعا [١] .

اللفظ الثالث : إذا حلف أن لا يأكل الرأسَ ، لم يحنثْ برأس الطير والسمكِ على الظاهر [٢] ، ويحنث برأس البقر والإبل ، فإن [٣] ذلك يؤكل ببعض الأقطار . ورأسُ الظباءِ [٤] لا يحنث بها ؛ لأنها لاتؤكل في سائر الأقطار . وإن كان يعتاد في قطرٍ حنث من حلف بذلك القطر ، وهل يحنث في قطر آخر ؟ فيه وجهان ، مأخذه أنه يرعى أصل

(١) قال ابن الصلاح (رضي الله عنه) : « وقولُه في « الوسيط » : (قالوا : الواوُ العاطفةُ تجعل الاسمين كالاسم الواحد المثنى) قد صحف منه كلمة « المثنى » في أكثر النسخ « بالمسمَّى » وإنما هو بالثاء المثلثة من التثنية . وقد خالف صاحب « التتمة » ما نقله الإمامُ عن الأصحاب فقال في صورة الإثبات : لو قال : والله لَأَلبَسَنَّ هذا الثوبَ وهذا الثوبَ ، فهما يمينان ، لكلِّ واحدةٍ حكمُها ، واحتجَّ بأنه أدخل حرف العطف ، والمعطوفُ غَيْرُ المعطوفِ عليه ، وأَحْسِبُ هذا مِنْ تَصَرُّفِه . وما نقلهَ الإمامُ عن الأصحاب ، هو المعتمد عليه في نقل المذهب ، ويمكن الاعتذارُ للأصحاب عن الإشكال المذكور بأن المقدر ليس بلازم أن يكون كالمحقّق ، ولذلك شواهدُ كثيرةٌ ، منها أن قولَهم : بالله ، تقديرُه على ما عُرف : أَقْسمتُ ، أو أُقْسِم بالله . ومن المعلوم أن قولنا : بالله ، صريحٌ في القسم . وقولنا : أُقسم ، أو أَقْسمتُ بالله ، مُرَدَّدٌ غيرُ صريحٍ في القسم ، ومن ذلك ما نحن فيه أنه لو قال : إن كلمتُكِ ودخلتُ دارَكِ فأنتِ طالق ، لم تَطْلُق إلا بمجموعها كما سبق . والتقدير فيه : إن كلمتك وإن دخلت ... ، ولو قال ذلك محققًا فمقطوعٌ بأنه يحنث بأحدهما ، وإنْ فعلَهما طَلُقَتْ طلقتين .

وإذا عَرَفْتَ ما أَصَّلْناه وحقَّقْناه عرفتَ أن ما في « الوسيط » من التسوية بين قوله : « لا آكل هذا الرغيفَ وهذا الرغيفَ » وبين قوله : « لا آكل ولا أكلم زيدًا » : غَيْرُ مَرْضِيٍّ ، فإنه قد كرّر في قوله « لا آكل ولا أكلم » حَرْفَ النفي مع حرف العطف ، وذلك يقتضي كونهما يمينين كما في تكرير حرف الشرط ، وفي كتاب الفوراني وكتاب « البحر » ، و« التهذيب » وغيرِهما : القطعُ بأنه لو قال مثلًا : « لا أُكلِّم زيدًا ولا عَمْرًا » فهما يمينان يحنث بكل واحد منهما ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٤/ب وما بعدها) .

(٢) وذلك لأنه يحمل على التي تميز عن الأبدان ، تباع مفردة، وهي رءوس الإبل ، والبقر والغنم . انظر روضة الطالبين (١١/ ٣٧) .

وقال الشافعي (رحمه الله) : وإذا حلف : « لا يأكل الرءوس » فأكل رءوسَ الحيتان ، أو رءوسَ الطير ، أو رءوسَ شيء يخالف رءوس الغنم والإبل والبقر : لم يحنث ، مِنْ قِبَلِ أن الذي يَعرف الناسُ - إذا خوطبوا بأكل الرءوس - إنما هي ما وصَفْنا ، إلا أن يكون بلادٌ ، لها صيدٌ يَكثر ، كما يكثر لحم الأنعام في السوق ، وتُمَيَّزُ رءوسُها ، فيحنث في رءوسها » . مختصر المزني ص (٢٩٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأن » .

(٤) في (ب) : « ورءوس الظباء » .

العادة أو عادة الحالفين ؟ (١) / . وكذا بيض (٢) السمك ، لا يحنث [به] (٣) الحالفُ ٢٨٢/ب
على أكل البيض ؛ لأنه لا يفارق السمكَ ، ويحنث ببيض الأوز والبط والنعامة ، ولا يحنث ببيض العَصافير ؛ فإنه [بالنسبة] (٤) إلى البيضِ كرأسِ الطير بالنسبة إلى الرءوس ، ويجري فيه وَجْهُ صاحبِ « التقريب» بمجرد الاسم . ولو حلف لا يأكل اللحم ، لا يحنث بالشحم ، ويحنث بالسمين ، وهل يحنث بالأَلْيَة ؟ [فيه] (٥) وجهان . وسنامُ البعير كالألية لا كالشحم والسمن . ولا يحنث بتناول الأمعاء والكرش والكبد والطحال والرئة ، وفي القلب وجهان (٦) ، فقيل : يطرد ذلك في الأمعاء ، وهو

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا حلف لا يأكل الرأس ، لم يحنث برأس الطير والسمك على الظاهر ، ويحنث برأس الإبل والبقر ؛ لأن ذلك يُؤكل ببعض الأقطار ، ورءوسُ الظباءِ لا يحنث بها ؛ لأنها لا تُؤكل في سائر الأقطار ، وإن كان يُعتاد في قطر حنث من حلف بذلك القطر ، وهل يحنث في قطر آخر ؟ فيه وجهان . مَأْخَذُهما : أنه يُراعى أصل العادة ، أو عادة الحالفين ؟) هذا الكلامُ فيه إشكالُ يزول إن شاء الله تعالى ببسطه ، فأقول : لا يحنث على ظاهر المذهب بأكل رءوس الطير والسمك ؛ لأنها لا تُفْرد بالأكل ، ولا يُفهم من ذِكْرِ الرءوس مضافًا إليها ذِكْرُ الأكل في جميع الأقطار . وفيه القول الضعيف المحكيُّ عن صاحب « التقريب » وقد سبق ، ويحنث بأكل رءوس الإبل والبقر ؛ لأنها تُفْرد بالأكل في بعض الأقطار ، ويتناولهما إطلاقُ اسم الرءوس في ذلك في جميع الأقطار ، ولا يختص كاختصاص فِعْلِ الأكل ، ولا يحنث بأكل رءوس الظباء ؛ لأنها لا تُفْرَد بالأكل ، ولا يتناولها إطلاقُ ذلك في جميع الأقطار . فإن طرأ اعتيادٌ لإفراد رءوس الظباء بالأكل في قطر ، أو كان ذلك الآن معتادًا في قطر على خلافِ ما ظَنَنَّاه ، أو كانت رءوسُ غيرها من الوحش تُفْرَد بالأكل في عادة أهل قطر ، فيحنث بذلك أهل ذلك القطر ، وهل يحنث به غيرُهم ؟ فيه وجهان كما في خبز الأرز ، ولم يَجْرِ هذا الخلافُ في رءوس الإبل والبقر ، وإن كان اعتبارُ أكلها مخصوصًا ببعض الأقطار لما قدمناه من أن الاختصاص فيها واقعٌ في الفعل لا في القَوْل ، إذ يتناولها إطلاقُ اسم « الرءوس » في ذلك في جميع الأقطار ، ولا وجود لهذا فيما ذكرناه من صور الخلاف ، فاعْلَمْ ذلك ، فإنّا قد بَيَّنَّا منه ما لا تَجِدُ بيانَهُ في غير هذا الشرح .

وقوله : « سائر الأقطار » استَعْمَلَ فيه « سائر » بمعنى « جميع » وذلك لا يُجَوِّزه أهلُ اللغة وإن شاع في استعمال غيرهم ، وإنما يَجُوز استعمالُه بمعني « الباقي » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٥/ب وما بعدها) .

(٢) في (ب) : « وكذلك » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) ولايدخل في اللحم القلبُ على الأصح كما في الروضة (١١/٤٠) .

بعيد . ولو حلف على الزبد لم يحنث بالسمن ولا بالعكس ، وفيه وجهٌ أن الزبد سمنٌ ، وليس السمنُ بزبدٍ ، واللبن ليس بزبد ولا سمنٍ ، والمخيض هل هو لبن ؟ فيه وجهان (١) ؛ إذ العربُ قد تُسمي المخيضَ لبنا . ولو حلف على السمن لم يحنث بالأدهان . ولو حلف على الدهن ، ففي الحنث بالسمن ترددٌ . أما « روغن » بالفارسية فيتناولُهما جميعًا . ولو حلف على الجوز حنث بالهندي . ولو حلف على التمر [لم] (٢) يحنث بالهندي . ولو حلف لا يأكل لحم البقر ، حنث ببقر الوحشي [ولو حلف « لا يركب الحمار » فهل يحنث بركوب حمار الوحش ؟] (٣) . ولو حلف أن لا يأكل ، لا يحنث بالشرب ، أو « لا يشرب » لم يحنث بالأكل .

ولو حلف لا يشرب سويقًا ، فصار خاثرًا بحيث يؤكل بالملاعق ، فتحسَّاه ، ففيه تردد . ولو قال : لا آكل السكر (٤ فوضع في الفم ٤) حتى انماع : لم يحنث ، وفيه وجه . ولو حلف لا يأكل العنب والرمان ، فشربَ عصيرهما ، لم يحنث ، فإنْ حلف لا يذوق ، فأدركَ طعْمَه ومَجَّه ولم يبتلع (٥) : ففيه وجهان ، وإن ازدرد (٦) حنث وإنْ لم يُدْرِك الطعمَ . لو حلف لا يأكل السمن ، فشرب الذائبَ منه ، لم يحنث ، وإنْ جعلَه في عصيدة ولم يَبْقَ له أثرٌ : لم يحنث (٧) ، (٨ وإن كان ممتازًا منه ٨) حنث ، وقال الإصْطَخْرِي : لا يحنث إذا كان (٩) مع غيره حتى [قال] : لو أكل (١٠) مع الخبز لم يحنث . وهو بعيد ؛ فإنه العادة .

ولو حلف لا يأكل الخل ، فغمس فيه الخبز حنث ، ولو جعله في سكباج نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) أنه لا يحنث ، وقال معظم الأصحاب : أراد إذا لم يظهر

---

(١) قال في الروضة (٤١/١١) : « ويدخل في اللبن لبنُ الأنعام ، والصيد ، والحليب ، والرائب ، والمخيض » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فوضعه في فمه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : ولم يبلعه » .

(٦) في (أ) : « وإن ازدرده » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لا يحنث » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « ولو كان ممتازا عنها » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « إذا أكله » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « لو أكله » .

طَعْمُه ، فإنْ ظهر [طعمه] (١) حنث .

ومنهم من جرى على ظاهر النصِّ ؛ لأن الاسم قد تبدل خلاف السمن المميز (٢) عن العصيدة ، والسمن إذا لم يتميز في العصيدة فهو كالخل في السكباج ، ولو حلف لا يأكل الفاكهة حنث بالرطب [واليابس والعنب والرمان خلافًا لأبي حنيفة إذ قال : لا يحنث] (٣) وفي الحنث بالقثاء تردد (٤) ، وكذا في (٥ اللبوب كَلُبِّ الفستق ٥) .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « المتميز » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (وإن حلف لا يأكل الفاكهة ، حنث بالرطب واليابس والعنب ، والرمان ، خلافًا لأبي حنيفة) يعني خلافًا له في العنب والرمان ، وكذا يخالف في الرطب . وتَمسَّك بقوله تعالى : ﴿ فيها فاكهةٌ ونَخْلٌ ورُمّانٌ ﴾ [٦٨ : الرحمن] وبقوله تعالى : ﴿ فأنبتنا فيها حبًّا . وعنبًا وقضبًا وزيتونًا ونخلًا . وحدائق غلبا وفاكهة وأبًّا ﴾ [٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١ عبس] والعطفُ يقتضي المغايرةَ ، وهذا مردودٌ عند أهل اللغةِ . والعطفُ في ذلك للتخصيص والتفصيل كما في قوله تبارك وتعالى : ﴿ حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ﴾ [البقرة : ٢٣٨] وقوله تبارك وتعالى : ﴿ من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال ﴾ [البقرة : ٩٨] ونُقِلَ عن الخليل بن أحمد أنه قال : الفاكهةُ : الثمارُ كلُّها . وماذكره صاحب الكتاب من التسوية بين الرطب واليابس ، هو المقطوعُ به في « النهاية » وتعليق القاضي حسين و « التهذيب » وغيرهما ، وفيها القطعُ بأن اسم الثمار لا تُحْمل مطلقةً على اليابس منها ، وفي كتاب « التتمة » القطع بأن اسم الفاكهة كذلك لا يتناول اليابسَ ، وأحسن صاحب « الحاوي » فذكر أن اليابس منها على ضربين :

(أحدهما) ما ينتقل عن اسمه بعد تَيَبُّسِه كالرطب يُسَمَّى بعد جفافه تمرًا ، وكالعنب يُسمى بعد جفافه زبيبًا ، ولا يحنث بأكله وقد خَرَج عن الفاكهة بزواله عن اسمه .

(والضرب الثاني) : ما لايَنْتقل عن اسمه بعد جفافه ، كالتين والخوخ والمشمش ، ففي حنثه به وجهان :

أحدهما : يحنث ؛ لبقاءِ اسمه .

والثاني : لا يحنث ؛ لانتقاله عن صفته والله أعلم .

ووقع هاهنا (وفي الحنث في القثاء تردُّدٌ) وصوابه ما في « الوجيز » و « البسيط » و « النهاية » وغيرها أنه لا يحنث بالقثاء ، وفي البطيخ تردد وهو وجهان ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٦/ب) .

(٤) والأصح أنه لا يحنث بالقثاء كما في الروضة (٤٣/١١) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وكذا في قلب اللوز ولُبِّ الفستق » .

وقال في الروضة (٤٤/١١) : « والأصح أنه يحنث بها ؛ لأنه يُعَدّ من يابس الفاكهة » .

فرع : لو حلف لايأكل البيض ، ثم انتهى إلى رجل ، فقال : والله لآكلنَّ ممّا في كمك ، فإذا هو بيضٌ ، فقد سُئل القفال (رحمه الله) عن هذه المسألة ، وهو على الكرسي ، فلم يَحْضُرْه الجوابُ ، فقال المسعودي - وهو تلميذُه [1] - : يتخذ منه الناطف ويأكل ، فيكون قد أكل مما في كمه ولم يأكل البيضَ ، [2] فاسْتُحْسن منه ذلك [2] .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فقال المسعودي تلميذه » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فاسْتحْسن ذلك منه » .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (فقال المسعودي تلميذه) هذا قاله بعد نزول شيخه عن كرسي الوعظ ، وذلك هو اللائق بالأدب » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٧٦/ب) .

النوع الثالث

في ألفاظ العقود

فإذا حلف لا يأكل طعامًا اشتراه فلانٌ ، [1] لا يحنث بما مَلَكه مِنْ وصيةٍ ، وهبةٍ ، وإجارة [1] ، أو رَجَع إليه بإقالةٍ ، وردِّ عيبٍ [2] ، أو قسمة ؛ نظرًا إلى اللفظ ، ويحنث بالسَّلَم [3] . وفيما ملك بالصلح عن الدَّيْنِ تردُّدٌ [4] . ولو قال : لا أدخل دارًا اشترى فلانٌ بعضَها ، فأخذه بالشُّفْعة ، لم يحنث ، وما ملكه [5] بلفظ الاشتراك والتولية ، فهو شراء . ولو قال :ما اشتراه زيدٌ ، فاشترك [6] زيدٌ وعمرو ، فالمشهورُ من المذهبِ : أنه لا يحنث ؛ لأن الشراء غيرُ مضافٍ إلى أحدهما على الخصوص ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يحنث [7] .

ولو اشترى زيدٌ وخلط بما اشتراه غيرُه : حنث إذا أكل من المختلط .

اللفظ الثاني : إذا قال : لا أشترى ولا أتزوج ، فوكَّل : لم يحنث ، كما لو وكّلَ بالضرب إلا أنْ يحلف على ما لا يَقْدر عليه ، كقوله : لا أبني بيتًا ، وهو ليس ببنَّاء ، أو قال الأمير [8] : لا

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لم يحنث بما يملكه من وصية ، أو هبة ، أو إجارة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو رُدَّ بعيب » .

(٣) وذلك أنه نوع من أنواع البيوع الجائزة . وحدُّه في الشرع : عقد على موصوف في الذمة ، مؤجل ، بثمن مقبوض في مجلس العقد . انظر المطلع على أبواب المقنع ص (٢٤٥) .

(٤) والصحيح أنه لا يحنث به . انظر الروضة (٤٦/١١) والغاية القصوى (٩٩٩/٢) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وما ملك » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فاشترى » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه إذا حلف لا يأكل طعامًا اشتراه زيد ، فأكل مما اشتراه زيدٌ وبكر : أنه لا يحنث بذلك . انظر الأم (٧٢/٧) . مختصر المزني ص (٢٩٤) . روضة الطالبين (٤٦/١١) . حلية العلماء (٢٩٧/٧) . رحمة الأمة (٢٣٨) .

ومذهب أبي حنيفة : أنه يحنث . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : القوانين الفقهية ص (١٦٨) . المغني (٧٨٠/٨) .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (إلا أن يحلف على مالا يقدر عليه ، كقوله : لا أبني بيتًا وهو ليس ببنَّاء ، أو قال الأمير : لا أضرب) ينبغي أن يجعل قوله : (أو قال الأمير) عطفًا على قوله في أول الكلام « إلا أن يحلف » فهو جائز ، وإن كان قوله : (يحلف) مستقبلًا وقوله : (قال) ماضيا والله أعلم » . المشكل (جـ ٢ ق ١٧٦/ب) .

أَضربُ ، فأمر الجلادَ ، فقد خرَّجَ الربيعُ فيه قولًا ، أنه يحنث . وظاهرُ المذهبِ : أنه لا يحنث ، ويتبع اللفظ إذا لم تكن نيةٌ .

أما إذا توكَّلَ في هذه العقود ، فإنْ أضاف إلى الموكِّل : لم يحنَث ، والنكاحُ يجب إضافتُه . فلا يحنث فيه الوكيلُ ولا الموكِّلُ . ولو [1] حلفا جميعًا ، فإنْ أطلقَ الوكيلُ الشراءَ من غير إضافةٍ ، فالمشهورُ : أنه يحنث ؛ لأنه يُنَاقِضُ قولَه : لا أشتري ، وخَرَّجَ القاضي وجهًا [2] / أنه لا يحنث ؛ لانصرافِ العقدِ إلى غيره . ولو قال [3] : لا أُزَوِّجُ ، فوكَّلَ بالتزويج حنث [4] ؛ لأنَّ الوليَّ أيضا كالوكيل . ولو قال : لا أُكلِّم زوجةَ زيدٍ ، حنث بمكالمة امرأةٍ قَبِلَ نكاحَها وكيلُ زيدٍ ، ولو قال : لا أُكلم عبدًا اشتراه زيدٌ ، فاشترى وكيلُه : لم يحنث بمكالمته ، ولو قال : لا أُكلم امرأةً تزوَّجها زيدٌ ، فَقَبِلَ وكيلُه ، فالقياسُ : أنه لا يحنث كما في الشراء ، وقال الصيدلاني : إنه يحنث ، وهو تشوُّفٌ إلى مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) في أنَّ مَنْ تزوج بالتوكيل حنث في يمين التزوُّج [5] . ٢٨٣/أ

اللفظ الثالث : لو قال : لا أبيع الخمر فباعَهُ [6] : لم يحنث ؛ لأنَّ ذلك صورةُ البيع ، وبَيْعُ الخمرِ محالٌ ، فهو كصعود السماء ، وقال المزني (رحمه الله) : يحنث ويُحْمل هذا على صورة البيع بخلاف ما لو أطلق وقال : لا أبيع ، فإنه لا يحنث بالفاسد ، والمذهبُ أنه لا يحنث .

---

(١) في (ب) : « فإن » .
(٢) كلمة : « وجه » ليست في (ب)
(٣) في (أ) ، (ب) : « وإن قال » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « فوكل في التزويج حنث » .
(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو قال : لا أكلم امرأةً تزوجها زيدٌ ، فقبِلَ له وكيلُه ، فالقياسُ أنه لا يحنث ، كما في الشراء . وقال الصيدلاني : يحنث ، وهو تشوُّفٌ إلى مذهب أبي حنيفة في أن من تزوَّج بالتوكيل حنث في يمين التزوج) مذهبُ أبي حنيفة أنه إذا حلف لا يتزوج فوكَّل : حنث ، ولو حلف « لا يشتري » فوكَّل لم يحنث . ووافقه بعضُ أصحابنا .

والفرقُ أن الوكيل في التزويج يُضيف العقدَ إلى الموكِّل ، وكأن الموكّل بمنزلة العاقد بخلاف الشراء ، والصيدلاني لم يتشوَّفْ إلى موافقته على الفرق في هذا ، بل وافق الأصحابَ على عدم الفرق في ذلك فيما نقله عنه الإمامُ أبو المعالي في « نهايته » وإنما فرّق بين الشراء والتزوج فيما إذا قال : لا أُكَلِّم عبدًا اشتراه زيد . وأما إذا قال : لا أكلم امرأةً تزوجها زيدٌ فلم يَقُلْ بالحنث في العبد ، وقال به في الزوجة . وقطع الإمامُ بخطئه على المذهب ومناقضته ، وحكى اتفاقَ الأصحاب على عدم الحنث في مسألة الزوجة أيضًا » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٦/ب ومابعدها)
(٦) في (أ) ، (ب) : « فباعها » .

وكذلك إذا قال الزوج : لا أَبيعُ مالَ زوجتي بغير إذنها ، ثم باع بغير إذنها ، لم يحنث . لأنه ليس ببيع وإنما حلف على محال .

اللفظ الرابع : إذا حلف لايهب منه ، فتصدَّق عليه : حنث ، ويحنث بالرُّقْبَى والعُمْرَى (١) ، ولا يحنث بالوقْف إن قلنا : لا يملك الموقوف عليه ، وإن قلنا : يملك ، حنث ، وفيه احتمالٌ . ولا يحنث بتقديم الطعام إليه بالضيافة ، ولا يحنث بالهبة (٢) من غير قبوله ، وهل يحنث قبل الإقباض ؟ فيه وجهان ، وقال ابن سريج : يحنث من غير قبوله ؛ (٣ إذ يقول : وهبت فلم يقبل ٣) ، ويلزمُه طردُ ذلك في جميع العقود . وإن قال : لا أَتصدَّق عليه ، لم يحنثْ بالهبة منه ؛ إذ حَلَّتِ الهبةُ لرسول اللهِ ﷺ دون الصدقة (٤) ، وفيه وجه أنه يحنث . ولو حلف [أنه] (٥) لامالَ له ، حنث بمالٍ لا تجب فيه الزكاةُ خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (٦) .

ويحنث بالدَّيْن المؤجّل والمعجّل ، (٧ كان على موسر أو مُعْسِر ٧) . والآبقُ مالٌ (٨) ، وكذا

(١) الرقبى : هبةٌ ترجع إلى المُرْقِب إن مات المرْقَب . وهو أن يقول لآخر : أرقبتُك داري - مثلًا - وجعلتُها لك طيلةَ حياتك ، فإن متُّ قبلي رجع إليّ ، وإن متُّ قبلك ، رجعتْ إليك ولعقبِك .

والرقبى - عند أبي حنيفة ومحمد - عريةٌ في يد المرْقَب يأخذها المرقِبُ متى شاء . وأبطلها الإمام مالك . وقال أبو يوسف والشافعية والحنابلة : إذا قبضها فهي هبةٌ ، وقولُه : « رقبى » باطلٌ . واستدلوا بحديث « لا عُمْرَى ولا رُقْبَى ، فمن أُعْمِرَ شيئًا أو أُرْقِبَه فهو له حياتَه ومماتَه » .

والعمرى : وهي بضم العين ، نوعٌ من الهبة أيضًا ، مأخوذ من العُمُر ، يقال : أعمرتُه الدارَ عُمْرَي ، أي : جعلتها له يسكنها مدةَ عمره ، فإذا مات ، عادتْ إليَّ ، وكانوا يفعلون ذلك في الجاهلية ، فأبطل ذلك النبيُّ ﷺ وأعلمهم أن من أُعْمِرَ شيئًا فهو له ولورثته من بعده . فيكون التمليك صحيحًا والتوقيتُ باطلًا .

وأجازها المالكيةُ بالتوقيت مدة الحياة ، فإذا مات المعْمَرُ له ، رجعتْ إلى المُعْمِر . وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد : لا تعود إليه أبدًا ؛ لأنها خرجتْ عن ملكه . انظر : القوانين الفقهية ص (٣٧٧) . المطلع على أبواب المقنع ص (٩٠) أنيس الفقهاء ص (٢٥٦ وما بعدها) . الفقه الإسلامي (٥/١٠ - ١٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بهبته » .

(٣) في (ب) : « إذ يقال : وهبته فلم يقبل » .

(٤) انظر صحيح البخاري (٤١٤/٣) مع الفتح ، حديث (١٤٩١) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) انظر الدر المختار (٨٤٨/٣) .

(٧) في (ب) : « كان على معسر أو موسر » .

(٨) يعني العبد الهارب من خدمة سيده .

المدبَّر ، وفي أم الولد وجهان [1] ، وفي المكاتب وجهان مرتبان ، وأولى بأن لا يكون مالًا ؛ لاستقلالِه بنفسه .

والمنافعُ ليس بمالٍ في اليمين ، حتى لو ملك منفعةَ دارٍ بالإجارة : لم يحنث ؛ لأنه يُرَاد به الأعيان .

* * *

(١) والأصح أنه يحنث فيها . انظر الروضة (١١/٥٢) .

النوع الرابع
في الإضافات

وفيها ألفاظ :

الأول : إذا قال : لا أَدخل دارَ فلانٍ ، (١ فدخل ما يملكه ١) ولا يَسْكنه : حنث ، ولو دخل ما يَسْكنه عاريَّةً [٢] لم يحنث . (٣ فمطلقُ الإضافةِ للملك ٣) . ولو قال : لا أسكن مسكنَ فلانٍ ، حنث بما يسكنه عاريَّةً ، وهل يحنث بمسكنه المغصوب ؟ فيه وجهان [٤] . وهل يحنث بما يملكه ولا يَسْكنه ؟ ثلاثةُ أوجُهٍ [٥] ، وفي الثالث أنه يحنث إنْ سكَنَه مرةً ولو ساعةً . ولو قال : لا أدخل دارَ زيدٍ هذه ، فباعها ، ثم دخل حنث في الأظهر ؛ تغليبًا للإشارة . وفيه وجه ، وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) أنه لا يحنث ؛ للإضافةِ المقرونة بالإشارة ، ولم توجد إلا إحداهما . ولو قال : لا أدخل [من] [٦] هذا الباب ، فَحُوِّل البابُ إلى منفذٍ آخر ، فبأيِّهما يحنث ؟ فيه ثلاثةُ أوجهٍ [٧] :

أحدها : أنه يحنث بدخولِ هذا المنفذ وإن لم يكن عليه بابٌ .

والثاني : أنه يحنث بدخول المنفذِ الذي عليه الباب .

والثالث : أنه لا يحنث بواحدٍ منهما فلابُدَّ من اجتماعها .

فلو قال : لا أَدخل بابَ هذه الدارِ ، ولم يُشِرْ إلى بابٍ ومنفذٍ ، فَفُتِحَ للدار بابٌ جديد ، فعلى

---

(١) في (ب) : « فدخل دارًا يملكه » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « بعارية » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « لأن المطلق للملك » .
(٤) وأصح هذين الوجهين أنه يحنث . انظر الروضة (٥٤/١١) .
(٥) وأصح هذه الأوجه أنه لا يحنث . انظر الروضة (٥٤/١١) .
(٦) زيادة من (ب) .
(٧) والأصح أن اليمين تحمل على المنفذ الأول ؛ لأنه المحتاج إليه في الدخول ، فإن دخل منه حنث . وإن دخل من المنفذ المحوّل إليه ، لم يحنث . انظر الروضة (٥٥/١١) .

وجه : يحنث [به و] [١] بأيِّ باب كان [٢] ، وعلى وجه : يُنزَّل على الموجود وقت اليمين . ولو قال : لا أركب دابة ذلك العبد ، لا يحنث بما هو منسوبٌ إليه ، [٣] إذا لم يملكه إذا قلنا : إنه يَمْلك بالتمليك [٣] . ولو قال : لا أركب سَرْجَ هذه الدابة ولا أبيع جُلَّها ، حنث بالمنسوب إليها [٤] ، إلا أن [٥] الملك للدابة غير متوقَّع ، فَيُحْمل على النسبة . ولو قال : لا ألبس مامنَّ به فلانٌ عليّ ، حنث بما وهَبَه في الماضي لا بما يهب في المستقبل ؛ لأن اللفظ للماضي . ولو قال : بما يَمُنُّ به فلانٌ ، لم يحنث بما وهب من قبل ، ويحنث بما سيهبه . ثم سبيلُه أن يبدل بثوب آخر يبيعه ، ولو باعه ثوبًا بمحاباة ، لم يحنث به ، لأنه مامَنّ بالثوب ، بل مَنَّ بالثمن . ولو قال : لا أَلبس ثوبًا ، فارتدى به أو اتَّزَر ، حنث ، وكذلك لو ارتدى بسراويل ، واتزر [٦] بقميص ؛ لتحقق اسمِ اللبس والثوب . ولو طواه ووضَعَه على رأسه لم يحنث ؛ لأنه حملٌ وليس بلبسٍ . ولو فرش [٧] ورقد عليه لم يحنث ، ولو تدثَّرَ به ففيه ترددٌ ، ولو قال : لا ألبس قميصًا ، فارتدى به ففيه وجهان [٨] ؛ لأن ذكر القميص يُشْعِر بلبسه كما يلبس القميص . ولو فتق واتزر به ، يجب القطعُ بأنه لا يحنث ؛ لأنه في الحال غَيْرُ قميص ، ولو قال : لا ألبس / هذا القميصَ ، فوجهان ، وأولى بأن يحنث ، حتى يجري الخلاف وإن فتقه وارتدى به ؛ تغليبًا للإشارة ، على وجه . ولو قال : لا ألبس هذا الثوبَ ، وهو قميصٌ – عند ذكره – ففتقه وارتدى به ، فوجهان ، وأولى بالحنث . ولو قال : لا أُكلّم هذا ، وأشار إلى عبدٍ ، وعَتَقَ وكَلَّمه ، حنث . وإن قال : لا أُكلم هذا العبدَ ، ففي كلامه بعد العتق وجهان ؛ لاختلافِ الإشارة والاسمِ . ولو قال [٩] : لا آكل لحمَ هذا ، وكانت سَخْلَةً [١٠] ، فكبرت وأكل ، حنث . ولو قال : لا آكل لحم هذه السَّخْلة ، فكبرت فوجهان ، وكذلك الرطب ٢٨٣/ب

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١١/٥٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إذ لا ملك للعبد إذا قلنا : لا يملك بالتمليك » .

(٤) في (ب) : « حنث بما ينسب إليها » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لأن » .

(٦) في (ب) : « أو اتزر » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ولو فرشه » .

(٨) والأصح أنه يحنث .

(٩) في (أ) ، (ب) : « ولو حلف » .

(١٠) السَّخْلة : اسمٌ لولد الغنم من الضأن و المعز ساعة وضعِه ، ذكرًا كان أو أنثى .

إذا جفَّ ، والحنطة إذا تغيَّرتْ . ومن الأصحاب من قال : لايحنث في الحنطة أو ما تغيرت بالصنعة ، بخلاف السَّخلة والرطب ؛ فإنَّ تَغَيُّرَه بالخِلْقة . ولو أشار إلى سخلة ، وقال : لا آكل لحم هذه البقرة ، حنث بأكلها ؛ تغليبًا للإشارة ، وفي مثله في البيع خلافٌ ؛ لأن في العقود تعبداتٍ تُوجِبُ ملاحظةَ النَّظْم في العبارة . ولو قال : لا ألبس مما غزلتْه فلانةٌ ، يُحْمل على ما غزلتْه في الماضي . ولو قال : مِنْ غزلها ، عَمَّ الماضيَ والمستقبلَ . ولو خِيطَ ثوبُه بغَزْلها ، لم يحنث إِذِ الخيطُ غيرُ ملبوسٍ ، ولو كان السَّدَى من غزلها ، واللُّحمة من غزلِ غيرها (١) فالمشهورُ : أنه لا يحنث ؛ لأن اسمَ الثوبِ لا يتناول بعضَ الغزل ، واسمُ اللبسِ يتناولُ الثوبَ ، قال الإمام : وهذا يقتضي أن يقال : لو حلف لايلبس مِنْ غزلِ نسوته ، (٢ فَنَسَجَ ثوبا واحدًا ٢) من غزلهن ، لا يحنث ، وهو بعيد (٣) ، وإنما يتجه هذا إذا قال : لا أَلبسُ ثوبًا من غزلِ فلانة ؛ فإن البعضَ ليس بثوبٍ . أما إذا قال : لا ألبس من غزل فلانة ، فهذا فيه غزلُها ، فلا يبعد أن يحنث . ولو حلف لا تَخْرجُ امرأتُه بغير إذنه ، ثم أَذِنَ لها بحيث لم تسمع ، ففي الحنث إذا خرجتْ وجهان ، مأخذُهما التردد في حدِّ الإذن ؛ إذ يحتمل أن يقال : (٤ شَرْطُه استماعُ المأذون فيه ٤) ويحتمل أن يقال : أراد بالإذن الرضا ، وقد رَضِيَ ، ونطق به ، والمشكل أن الشافعي (رضي الله عنه) قد نصَّ أنها لو خرجت مرةً بإذنه (٥) انحلَّ اليمينُ ، ولو خرجتْ بعد ذلك بغير إذنٍ (٦) لم يحنث ، بخلاف ما إذا قال : إنْ خرجتِ بغير خُفٍّ فأنت طالقٌ ، فخرجتْ بخفٍّ ، ثم خرجتْ بغير خفٍّ ، يحنث . ومن أصحابنا من خرَّجَ وجها ، أنه لا تنحلّ اليمين بالخروج بالإذن أيضا ، وهو مذهبُ أبي حنيفة (رحمه الله) (٧) وهو منقاس ولكنه خلافُ النصِّ ، والفرقُ أن مقصودَ الزوجِ في مثله إلزامُها التحذُّرَ ، وإذا أذن في الخروج مرةً ، فقد رفع ذلك التحذُّرَ بنفسه ؛ فخروجُها - بعد ذلك - لا يتناوله اليمينُ .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « واللحمة من غير غزلها » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فَنُسِج ثوبٌ واحد » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وهذا بعيد » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « شرطه سماع الإذن » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بإذنه مرةً » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بغير إذنه » .

(٧) انظر ملتقى الأبحر (٣٢١/١) .

النوع الخامس

في الحلف على الكلام

فلو قال : والله لا أُكلمكَ تَنَحَّ عنِّي ، حنث بقوله : تَنَحَّ عنِّي ، وكذلك بكلٍّ ما يذكره بعد اليمين مِنْ زجرٍ وإبعادٍ وشتمٍ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لايحنث .

ولو كاتبَه لم يحنث . فلو رمز بإشارةٍ مُفْهِمةٍ ، فالجديدُ : أنه لا يحنث [١] ، وكذلك إنْ خَرِسَ وأشارَ إليه [٢] ؛ لأنَّ إشارته ليست بكلامٍ في اللغة ، وإنما أُعطي [٣] حُكْم الكلامِ لضرورة المعاملة . ولو حلف على مُهَاجَرَتِه ففي مكاتبته تردُّد ، من حيث إنها ضدُّ المهاجرة ، ولكنِ المُهَاجَرَةُ المحرَّمةُ لا ترتفع بها [٤] . ولو قال : لا أَتكلم ، فقرأ القرآنَ وسَبَّحَ وهَلَّلَ ، لم يحنث ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يحنث ، كما لو ردَّد شعرًا مع نفسه ، فإنه يحنث عندنا أيضًا ، وماذكره لايخلو عن احتمال [٥] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في اليمين على الكلام : (لو كاتبه لم يحنث ولو رمز بإشارةٍ مُفْهِمة ، فالجديدُ : أنه لا يحنث) محلُّ القولين – القديم والجديد – إنما هو إذا كاتبه أو راسلَه .وأضاف إليه أصحابُنا الإشارةَ فخرجوها على القولين والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٧/ب) .

(٢) قوله : « وأشار إليه » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وإنما أعطيت » .

(٤) قال الإمام النووي : « والأصح أنه لا يزول التحريم بالمكاتبة والمراسلة » . الروضة (٦٤/١١) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه إذا حلف « لا يتكلم » حنث بترديد الشعر مع نفسه ؛ لأن الشعر كلام ، ولايحنث بالتسبيح والتهليل والتكبير والدعاء ؛ لأن اسم الكلام – عند الإطلاق – ينصرف إلى كلام الآدميين في محاورتهم ، ولا يحنث بقراءة القرآن . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا .

انظر : الروضة (٦٥/١١) . الغاية القصوى (٩٩٨/٢) . حلية العلماء (٢٨٢/٧) . رحمة الأمة ص (٢٣٦) . المقنع ص (٣٢٠) . المبدع (٣١٠/٩) . المغني (٨٢٢/٨) .

ومذهب الحنفية : أن من حلف « لا يتكلم » فقرأ القرآن في صلاته لا يحنث ، وإن قرأ في غير صلاته : حنث . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣١٢) . الهداية (٣٦٩/٢) . فتح القدير (١٤٦/٥) . ملتقى الأبحر (٣٢٣/١) . الدر المختار (٧٩٤/٣) .

ولو قال : لَأُثْنِيَنَّ على الله أحسنَ الثناء (١) ، فالبِرُّ أن يقول : لا أُحصي ثناءً عليك أنتَ كما أثنيتَ على نفسك .

ولو قال : لَأَحمَدَنَّ الله بمجامعِ الحمد ، فَلْيقُلْ ما علَّمَه جبريلُ (عليه السلام) آدمَ (عليه السلام) : الحمدُ لله حَمْدًا يُوافي نِعَمَه ، ويُكَافىء مَزيده (٢) .

ولو قال : والله لا أُصلي ، حنث كما يُحْرِمُ بالصلاة وإن أفْسَدها بعد ذلك ، ومنهم من قال : مالم يَفْرغ من صلاة صحيحةٍ لا يحنث ، لكن هل يتبين استنادُ الحنث إلى أولِ الصلاة ؟ فيه وجهان (٣) ، وكذا الخلاف في الصوم ، ولمن حلف (٤) لا يحج حنث بالحج الفاسد ؛ لأنه منعقدٌ ، بخلاف البيع الفاسد .

* * *

---

(١) في (ب) : « بأحسن الثناء » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن قال : لأحمدَنَّ الله بمجامع الحمد ، فَلْيقل ما علَّمه جبريلُ آدمَ (عليهما السلام) : الحمد لله حمدًا يُوَافي نِعَمَه ، ويُكَافىء مزيدَه) هذا فرعٌ ذكرَه غيرُ واحدٍ من أصحابنا الخراسانيين المتأخرين ، وفيه نظرٌ ، وله مُستندٌ ضعيفُ الإسناد غير متصل رويناه عن محمد بن النضر قال : قال آدم (صلوات الله عليه) : يارب شَغَلْتني بكسْبِ يدي ، فعلِّمْني شيئًا فيه مجامع الحمد والتسبيح . فأَوْحَى الله تعالى إليه « يا آدم إذا أصبحتَ ، فَقُلْ ثلاثًا ، وإذا أمسيتَ فَقُلْ ثلاثًا : الحمدُ لله رب العالمين حمدًا يُوَافي نعمَه ويكافىء مَزِيدَه ، فذلك مجامعُ الحمدِ والتسبيح .

والحمد يتضمن التسبيح ؛ فإن الحمد يُطْلق على مطلق الثناء ، وقد قال سبحانه وتعالى : ﴿ يُسَبِّحُونَ بِحَمْدِ رَبِّهِمْ ﴾ [غافر : ٧] وقوله : يُوَافي نعمَه ، أي يلاقي نعمه ، أي يَسْتَجْلِبها ، فتحصل معه . وقولُه : « ويكافىء مزيده » أي يساوي مزيد النعم والإحسان الذي يقتضيه الشكرُ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٧/ب) .

(٣) والأصح أنه يحنث عند تحريمه بالصلاة . انظر الروضة (٦٦/١١) .

(٤) في (ب) : « وإن حلف » .

النوع السادس

(١وهو تقديم البرِّ وتأخيره ١)

وفيه ألفاظ :

الأول : إذا قال : لآكلن (٢) هذا الطعامَ غدًا ، فإن أكل الطعام قبل الغد : حنث ؛ لأنه فَوَّتَ البِرَّ باختياره ، وكذلك إذا أكل البعضَ (٣) ، لأن البر يحصل بأكلِ جميعِه ، لكنِ الكفارةُ تلزمه في الوقت أو غدًا ؟ (٤) فيه خلاف (٥) . ولو تلف الطعامُ قبل مجيء الغد (٦) بغير اختياره ، ففي الحنث خلافٌ يلتفت على الإكراه والنسيان في الحنث ، وسيأتي [إن شاء الله تعالى] (٧) . ولو أتلفه في أثناء الغد ، أو مات الحالفُ ، وقد بقي من الغد بقيةٌ ، ففيه وجهان يلتفتان على أن من مات في أثناء وقت الصلاة ، هل يَعْصِي بترك المبادرة ؟ والصحيحُ أنه لا يَعْصي ؛ لأنَّ الوقت فُسْحَةُ التأخير ، والصحيحُ أنه يحنث ؛ لأنه فَوَّتَ البِرَّ مع إمكانه ، وكذلك لو فات مهما / قلنا : ٢٤٨/أ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « في تقديم البر وتأخيره » .

(٢) في الأصل « لا آكل » وهو خطأ بين ، والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إذا أكل بعضه » . (٤) في (أ) ، (ب) : « أو في غده » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا حلف ليأكلن هذا الطعام غدًا : (فإن أكل الطعام قبل الغد حنث ، لكن الكفارة تلزمه في الوقت أو غدًا ؟ فيه خلافٌ) هذا يُوهِمُ القطعَ بتقديم الحنث في الوقت ، وأجرى الخلافَ في تأخيره لزوم الكفارة إلى غدٍ ، وليس كذلك قطعًا ، بل وجوبُ الكفارة يُلازِم وجودَ الحنث . والمذكورُ في غير هذا الكتاب « هل يحنث في الوقت أو في غد ؟ فيه خلافٌ » فأقول : قولُه أولًا : (حنث) المرادُ به إثباتُ حنثه على الجملة من غير تعرُّضٍ لوقته ، ثم ذكر الخلاف في وقت الحنث مُعَبّرًا عنه بلزوم الكفارة لتلازمها ، فاعلم ذلك ، والله أعلم » المشكل (جـ٢ ق ١٧٨/أ) .

قلت : وفائدة هذا الخلاف تظهر فيما إذا كان معسرًايكفر بالصيام ، جاز له أن ينوي صوم الغد عن كفارته ، على القول بأنه يحنث قبل الغد . انظر الروضة (٦٧/١١) .

(٦) في الأصل « قبل مضي الغد » ، والصواب « مجيء الغد » وهو ما في (ب) وهو المثبت .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

إن الحنث يحصل بغير اختياره (١) .

[اللفظ الثاني] : (٢) لو قال : لأَقضِينَّ حقَّكَ غدًا ، فمات المستحِقُّ ، فالوفاءُ ممكِنٌ بالتسليم إلى الورثة . وإن مات الحالف - سواء مات قبل الغد أو بعده - فهو كفواتِ الطعام ، فإن قلنا : يحنث ، ففي موتِه قبل الغدِ نظرٌ ؛ لأن وقت الحنث ، إنما يدخل وهو ميت ، ولكن لا يبعد أن يحنث وهو ميت (٣ مهما سبقَ اليمينُ التي هي السبب في حال الحياة ٣) ، كما لو حفر بئرًا ، فتردَّى [فيها] (٤) بعد موته إنسانٌ ، (٥ إذ يلزمه الكفارة ، والضمانُ في ماله ٥) .

[اللفظ الثالث] : (٦) لو قال : لأقضين حقك عند رأس الهلال ، فلو قضى قبله فقد فوَّتَ البر ، فيحنث ، ولو قضى بعده فكذلك ، فينبغي أن يترصَّد ، ويُحْضِر المالَ لِيُسَلِّم (٧) عند الاستهلال لا قبلَه ولا بعدَه ، وهذا يكاد يكون محالًا ؛ إذ لا يَقْدر عليه (٨) ، فإمَّا أن يَتَسَامح (٩)

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا تلف الطعام ، أو مات الحالف في أثناء الغد بعد مُضِيّ زمانِ الإمكان : الصحيح أنه يحنث ؛ لأنه فوَّت البرَّ مع إمكانه : (وكذلك لوفات مهما قلنا : إن الحنث يحصل بغير اختياره) هذا مشكلٌ من حيث إنه فرض الكلام أولًا فيما إذا فات ، ثم قال : (وكذلك لوفات) وشَرْحُه : أن الفوات الأول هو فوات الطعام أو الحالف ، والفوات الثاني هو فوات البِرّ ، ومقصودُه بهذا الكلام إثباتُ الحنث ، سواء كان ذلك تفويتًا للبر أو فواتًا .

فإن كان تفويتًا فعلى القولين معًا . وإن كان فواتًا فَعَلَى قولنا : يحصل الحنث بغير اختياره ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٨/أ وما بعدها) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مهما سبق الحلف الذي هو سبب في حال الحياة » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إذ يلزمه الضمان والكفارة في ماله » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ليسلمه » .

(٨) قال ابن الصلاح : « ما ادَّعاه فيما إذا حلف « لأقضينَّه حقَّه عند رأسِ الهلال » من كون ذلك محالًا : ليس على وجهه ؛ فإنه يتصور أن يُصَادف بذلك رأسَ الهلال مصادفةً وإن تعسَّرَت مراصدتُه ، والعرفُ والعُسْرُ كافيان في الحكم في الاكتفاء بالممكن من مقارنة رأس الهلال والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٨/ب) .

(٩) في (ب) : « يسامح » .

فيه ، ويقنع بالممكن ، أو يقال : الْتزمَ محالًا فيحنث بكلِّ حالٍ ، ولا ذاهبَ إليه ، ولكن قال بعض الأصحاب : له فُسْحةٌ في تلك الليلة واليوم الأول ؛ فإن هذا في العادة يُسَمَّى أولَ الهلال ، وهو بعيد .

[اللفظ الرابع] : (١) لو قال : لأَقضين حقَّك إلى حين ، فهذا ينبسط على العمر ، ولا يتقدَّرُ وقْتُه . ولو قال : إذا مضى حينٌ فأنتِ طالق ، نصَّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) أنها تطلق بعد لحظة ، وهذا في جانب الطلاق ممكنٌ (٢) ، وغايةُ تعليلِه : أن الاسم ينطلق على لحظة ، وهو تعليق ، فيتعلَّق بأولِ ما يُسَمَّى حينا ، أما إذا قال : لأُقضين حقَّك إلى حين ، فهذا وَعْدٌ فلا يتعلق بأول اسم (٣) .

* * *

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأُقضين حقك إلى حين ، فهذا ينبسط على العمر . ولو قال : إذا مَضَى حينٌ فأنت طالق ، تطلق بعد لحظة وهذا في جانب الطلاق ممكن) معناه : وهذا الانبساط على العمر في مسألة الطلاق ممكن . وما ذكره من الفَرْق غَيْرُ واضحٍ ، وإيضاحُه : أن المفهوم في عرف أهل اللسان من قوله : لأفعلن كذا إلى حين : الاسترسالُ على جميع العمر ، والمفهومُ من قوله : إذا مضى حينٌ فأنت طالق ، الاكتفاءُ في ذلك بلحظةٍ ، وأما الإلزام بأنه إذا قال : والله لأقضينك حقك إذا مضى حين ، فإنه ينبسط على جميع العمر ، فهذا غَيْرُ مُسَلَّمٍ ، بل يتعلق البر فيه بلحظة كما في مسألة الطلاق ، وهذا ما ذكره الإمامُ في أول كلامه ، ولكنّه أورد بعده سؤالًا يَتضمَّنُ القولَ بانبساطه على جميع العمر ، ووقع هذا في « البسيط » منسوبًا إلى الأصحاب ، ولا يَصحُّ ذلك ولا يُعْرف ، وكأنه سَهْوٌ والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٨/ب وما بعدها)

(٣) في (أ) ، (ب) : « بأول الاسم » .

النوع السابع
في الخصومات

وفيه ثلاثة ألفاظ [١] :

الأول : إذا قال : لا أرى منكرًا إلا رفعتُه إلى القاضي ، فليس عليه البِدارُ إذا رآه ، بل جميعُ عمرِه فُسْحةٌ ، وإنما يحنث إذا مات هو أو القاضي بعد التمكُّن من الرفع . ولو لم يتمكَّنْ حتى مات أحدُهما ، فهذا فواتُ البرِّ كرهًا [٢] : فيخرَّج على الخلاف . ولو بادر إلى الرفع ، فمات القاضي قبل الانتهاء إلى مجلسه ، منهم من قطع بأنه لا يحنث [٣] ، ومنهم من خَرَّجَ على الخلاف . ولو عُزِلَ القاضي الذي عيَّنه ، ولم يرفعْه إليه بعد العزل ، قال الشافعي (رضي الله عنه) : خشيتُ أن يحنث . فأطلقَ الأصحابُ قولينْ [٤] . وإذا قال : رفعته [٥] إلى القاضي ، فهل يتعينَّ المنصوب في الحال أم يَبَرُّ بالرفع إلى كل مَنْ ينصب بعده ؟ ففيه وجهان لتردُّدِ الألف واللام بين التعريف والجنس . ولو رأى منكرًا [٦] بين يَدَيِ القاضي مع القاضي [٧] فلا معنى للرفع . ولو اطلع عليه بعد اطلاعِ القاضي ، فوجهان :

أحدهما : أنه فات البرُّ كما لو رأى [٨] معه .

والثاني : أنه يبر بصورة الرفع وإن لم يكن فيه إعلام [٩] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وفيه ألفاظ » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مكرهًا » .

(٣) وهذا هو المذهب . انظر الروضة (٧٢/١١) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولو عُزل القاضي الذي عَيَّنه ، فلم يرفعْه إليه بعد العزل . قال الشافعي : خشيتُ أن يَحْنث . فَأَطلق الأصحابُ قولين) ينبغي أن يكونا من القولين اللذين قالهما الشافعي على جهةِ ترددٍ بينهما ، وذلك نوعٌ من أنواعِ القولين قليلٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٩/أ) .

(٥) في (ب) : « أرفعه » . والمعنى : لا أرى منكرًا إلا أرفعه إلى القاضي ، وهو معلوم من سياق المسألة .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولو كان منكرًا » . والمعنى : ولو كان الذي رآه الحالف منكرًا ... » .

(٧) قوله : « مع القاضي » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٨) في (ب) : « رآه » .

(٩) وهذا الوجه أصحهما . انظر الروضة (٧٣/١١) .

وعلى الوجه الأول يُخَرَّج مالو صبَّ (١) ماء الإداوة بعد أن حلف على شُربه أو أُبرئ عن الدَّيْنِ ، بعد أن حلف على قضائه ، فإن قلنا : الإبراءُ يَفْتقر إلى قبولٍ (٢) ، فَقَبِلَ ، يحنث بالفوات (٣) قَطْعًا ؛ لاختياره .

اللفظ الثاني : إذا حلف « لا يفارق غريمه حتى يستوفي الحقّ » فإنْ أبرأه ، أو أخذ منه عوضًا ، حنث ؛ لأنه لم يَسْتَوْفِ عَيْنَ حقِّه إلا إذا نوى . ولو فارقَه الغريمُ ، فلم يتعلَّقْ به ، ولم يتبعْهُ : لا يحنث ؛ لأنه لم يفارق ، وإنما المفارِقُ غَريمُه ، وهو حالف على فعلِ نفسهِ . ولو كانا يتماشيان ، فوقف ومشى الغريم : لا يحنث أيضا (٤) ؛ لأن المفارقة قد حصلت بحركةِ الغريم (٥) ، ولا يُنْسَب إلى سكونه ، وقال القاضي : ينسب إلى سكونه ،فإنه الحادثُ الآنَ ، بخلاف الصورة الأولى ، فإن الحادث هو أصلُ المشي ، وهو من الغريم . أما إذا قال : لا يفترق ، فإنْ (٦) فارقَه الغريمُ حنث ؛ لأنه أضاف إلى الجانبين ، وفيه وجهٌ : أنه لا يحنث .

اللفظ الثالث : إذا قال : لأضربنَّك مائةَ خشبة ، حصل البرُّ بالضرب بشمراخ (٧ عليه مائةٌ من القضبان ٧) ، وهذا بعيد على خلاف موجب اللفظ [ولكنه يَثْبت تَعَبُّدًا] (٨) قال الله تعالى : ﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَٱضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ ﴾ (٩) في قصة أيوب (عليه السلام) (١٠) .

(١) في (أ) ، (ب) : « انصبّ » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « القبول » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يحنث بالقبول » .

(٤) في (ب) : « أيضًا لا يحنث » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بفعل الغريم » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « عليه مائة قضيب » .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) من الآية (٤٤) من سورة (ص) .

(١٠) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا قال : لأضربنَّك مائةَ خشبةٍ ، حصَلَ البرُّ بالضربِ بشمراخٍ عليه مائةٌ من القضبان ، وهذا بعيدٌ على خلاف موجب اللفظ ، قال الله تعالى : ﴿ وخُذْ بيدِكَ ضِغْثًا فاضْرِبْ بِهِ ولا تَحْنَثْ ﴾ اعلم أن الاكتفاء في هذا بالضرب بالشمراخ وقع في « النهاية » وبعضِ كتب الخراسانيين ، وهو بعيدٌ يأباه لفظُ « الخشبة » ، وفي « النهاية » عن جماهير الأصحاب فيما إذا قال : مائةَ سوطٍ ، أنه لا يحنث بقضبان الشماريخ ؛ لأنها لا تُسمَّى سياطًا ، وهكذا لا تسمى خشبًا على ما هو المعروف في اللسان العربي . وصاحبُ المذهبِ – الشافعيّ – فَرض المسألةَ فيما إذا حلف ليضربنَّ عبدَه مائةَ سوطٍ ، وأما الآية فهي واردةٌ في واقعةِ عينٍ ولا عمومَ فيها يُتَمَسَّكُ به ؛ فإن وقائع الأعيان لا عُمومَ لها على ما تقرَّر في أصول الفقه . والصوابُ أن تخصيص ما ذكروه بِعُرْفِ قومٍ يُطْلِقون اسمَ الخشب على عيدان الشماريخ والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٩/أ) .

ثم لا بُدّ أن يتثاقل على المضروب بحيث تنكبس جميعُ القضبان [(١)] ؛ حتى يكون لكلٍّ واحدٍ أَثَرٌ ، ولا بأس أن يكون وراء [(٢)] حائل ، إذا كان لا يمنع التأثير أصلا ، وفيه وجه : أنه لا بُدَّ [٣] من ملاقاةِ جميعِ بدنِه [٣] ، ولا يكفي انكباسُ البعضِ على البعض . ثم لو شككنا في حصول التثقيل أو المماسة - إن شرطناها - قال الشافعيُّ (رضي الله عنه) : حصل البرُّ ، ونصَّ أنه لو قال : لا أدخل الدار إلا أن يشاء زيدٌ ، ثم دخل ، ومات زيدٌ ، ولم يُعرف أنه شاء أم لا : حنث [(٤)] . فقيل : قولان بالنقل والتخريج ؛ لأجل الإشكال ، وقيل : الفرقُ أن الأصل عدمُ المشيئة، ولا سببَ يُظَنُّ به وجودُها، والضربُ هاهنا سببٌ ظاهر في اقتضاء الانكباس. ولو قال: «مائة سوط» بدلَ الخشبة، لم تكْفِهِ الشماريخُ، بل عليه أن يأخذ مائةَ سوطٍ ، [٥] ويجمع ويضرب دفعةً واحدة [٥] ، ومنهم من قال: تكفيه الشماريخُ أيضًا كما في لفظ «الخشبة» /أما إذا قال: لأضربن مائة ضربة، فلا يكفي الضربُ مرةً ٢٨٤/ب واحدة بالشماريخ ، وقال العراقيون : يكفي الضربات [(٦)] بالسياط معاً [(٧)] .

وَلْنقتصِرْ من صور [(٨)] الألفاظ ومعانيها على هذا القدر ، فإنه فَنٌّ لا يُتَصَوَّر أن يُحْصَر [(٩)] ، وفيما ذكرناه هاهنا وفي الطلاق ما يُمَهِّدُ طريقَ المعرفة .

---

(١) قال ابن الصلاح : قوله : (ثم لا بد أن يتثاقل على المضروب بحيث تنكبس جميعُ القضبان) هذا غَيْرُ متعينٍ ، والمشترطُ إما هذا ، وإما أن تماسَّ البدنَ جميعُها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٩/ب) .

(٢) في (ب) : « وراءه » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « من ملاقاةِ الجميعِ بدنَه » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قولُه : (نصَّ أنه لو قال : لا أدخل الدار إلا أن يشاء زيدٌ) هذا فيه تغييرٌ لِنصِّه بالمعنى ، فإن نصَّه : لو حلف ليفعلن كذا لوقتٍ إلا أن يشاء فلانٌ . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٩/ب) .

(٥) في (ب) : « ويجمعها ويضرب بها دفعة واحدة » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « يكفي الضرب » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قولُه : (لو قال : لأضربنَّ مائة ضربةٍ ، فلا يكفي الضربُ مرةً واحدة بالشماريخ ، وقال العراقيون : يكفي الضربُ بالسّياط معًا) خصَّصَ الوجْهَ الثاني بالعراقيين ، والوجهان معًا مشهوران في كتب العراقيين ، وعبارةُ شيخِه في ذلك « وذكر العراقيون وجهين » ، ثم إن شيخه ذكر أنه على القول بتعدُّدِ الضربات يُشْترط فيه التوالي ، وهذا فيه نظر وينبغي أن لا يُشْترط ذلك هاهنا بما يقع عليه الاسمُ ، ولهذا يُكتفى فيه بضرب فيه أدنى الإيلام . وبعضُ أصحابنا عَبَّر عن هذا بأنْ قال : يكفي ضربٌ غَيْرُ مؤلم ، والعبارةُ الأولى أَوْلى ؛ فإن ما يُسَمَّى ضربًا ، لايخلو من أدنى إيلام ، وذلك بخلاف الحدّ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٩/ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « صورة » .

(٩) في (ب) : « ينحصر » .

خاتمة

كلُّ فعلٍ يحصل به الحنث ، فإذا حصل ذلك الفعلُ مع إكراه أو نسيان أو جهل ، ففيه نظرٌ لا بُدَّ من بيانه ، فلو قال : والله لا أَدخل الدار ، فأَذِنَ حتى حُمِلَ وأُدْخِلَ : حنث ؛ لأنه كالراكب ، والراكبُ داخلٌ . ولو حُمِلَ قَهْرًا وأُدخل (١) : لم يحنث ، وفيه وجه : أنه كالإذن (٢) ، وبين الدرجتين أن يُحْمل وهو قادرٌ على الامتناع فلا يمتنع ، فقد ألحقه الأكثرون بالإذن ، ومنهم من ألحقه بالقهر (٣) .

أما إذا أُكْرِهَ على الدخول ، أو نَسِيَ اليمينَ ، فقولان :

أحدهما : أنه يحنث ؛ لوجود الصورة (٤) ؛ ولأنه يحنث بطلوع الشمس إذا حلف عليه ، فليس يُشترط الفعل في الحنث .

والثاني : أنه لايحنث ؛ لأنه الآن علّق على الفعل ، وهذا ليس بفعل شرعًا (٥) .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فأدخل » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله فيما لو حُمِل قهرًا : (وفيه وجهٌ : أنه كالإذن) توجيهُه – على ضَعْفهِ – أنَّ المحمولَ في حالة الاختيار ، جعلناه كالداخل ، فكذلك في حالة الإكراه ، نجعله كالداخل كرها حتى يُخَرَّج على القولين ، والله أعلم » . (المشكل جـ٢ ق ١٨٠/أ) .

(٣) وهذا هو الصحيح . انظر الروضة (٧٩/١١) .

(٤) في (ب) : « بوجود الصورة » .

(٥) والمذهب أنه لا يحنث . انظرالروضة (٧٨/١١ وما بعدها) .

وقال ابن الصلاح : « شرح ما ذكره – في توجيهه القولين في وجود الصفة على جهة الإكراه أو النسيان ، وتقريرُه : أما القول بالتحنيث فوجْهُه : أنه مختارٌ في التعليق بالدخول مثلًا ، وقد وُجِدَتْ صورةُ الدخول ، فحصل ما تعلَّق به ، كما يحصل الحنثُ بوجودِ سببه ، سواءٌ وُجِدَ عمدًا أو سهوًا ، ولأن غاية ما فيه : أنه لم يُوجَد منه فعلٌ ، والحنث لايتوقّف على فعل الحالف ، واليمينُ قد تكون توقيتًا لا صُنْعَ فيها ، كما إذا علّق على طلوع الشمس . وأما القول بعدم التحنيث ، فوجْهُه : أن الكلام فيما إذا علّق على فعله ، وهذا ليس بفعله شرعًا ؛ لأنه بمنزلة ما لم يفعله في رَفْع حكمه عنه ؛ لما رَوَى ابنُ عباس (رضي الله عنهما) عن رسول الله ﷺ أنه قال : « إن الله وضع عن أمتي الخطأَ والنِّسْيان وما اسْتُكْرِهُوا عليه » رواه ابن ماجه وهذا لفظُه ، وليس في الكتب الخمسة الأصول – الصحيحين ، وسنن أبي داود ، وسنن النسائي ، وكتاب الترمذي – ولكن إسنادُه حسنٌ ، ورويناه في السنن الكبير ولفظه : « تجاوز =

واختار القفال (رحمه الله) أن الطلاق يقع ، والحنث لا يحصل ، فإنه أشْبَهُ بالعبادات التي يُنْسب فيها إلى الإحرام وتركه ، فيؤثر فيه النسيانُ والإكراه [١] ، ثم قيل : الناسي أولى بأن يحنث . وقيل : أولى بأن لا يحنث وقد ذكرناه في الطلاق .

وأما الجهلُ فهو أن يقول : لا أُسلم على زيد ، فسلَّم في ظلمة ، ولا يَدْري أنه زيدٌ ، فقولان مرتبان وأولى بالحنث ؛ لأن الجاهل يُفْطر ، والناسي لا يُفْطر ، أعني مَنْ غلط [٢] فظنَّ غروبَ

= الله عن أمتي الخطأَ ... » إلى آخره . وقد أمعنتُ النظرَ في هذا المسألة ، وفي أدلتها ؛ لمسيس الحاجة إليها في الفتوى ، ووجدتُ كثيرًا من مُصَنِّفي أصحابنا العراقيين ذهبوا إلى أن الصحيح عدمُ الحنث ، والبغداديون هم جمهور العراقيين ، وقد قال صاحب « الحاوي » : البغداديون من أصحابنا يذهبون إلى تصحيح القول بأن لا حنث على الناسي لما يرتكبونه من خلاف أبي حنيفة ، قال : وأما البصريون ، فقال شيخُنا أبو القاسم الصَّيمري : ما أفتيت في « يمين الناسي » بشيء قَطُّ ، قال صاحب « الحاوي » وهو أحد البصريين : فاقتديتُ بهذا السلف ولم أُفْتِ فيها بشيء ؛ لأن استعمال التوقي أحوطُ من فرطات الإقدام ، ومع هذا فالقولُ بالتحنيث هو الأرجحُ دليلًا وإن كان أغوص ، وهو قول أكثر العلماء السالفين والخالفين (رضي الله عنهم) وهو قول أئمة المذاهب الأربعةِ ، والشافعيُّ وأحمدُ – وإن اختلفت الرواية عنهما – فالتحنيثُ أثبتُ عنهما ؛ حكى الثقة أبو بكر بن المنذر في كتابه « الإشراف على مذاهب أهل العلم » أنَّ تحنيث الناسي في يمين الطلاق والعتاق وسائر الأيمان هو المشهورُ من مذهب الشافعي عند أصحابه ، وفي كتاب « الهداية » في مذهب أحمد : أنه يحنث في الطلاق والعتاق ، ولا يحنث في اليمين بالله تعالى والظهار . قال : وهو اختيارُ أكثرِ شيوخنا ، وعنه : أنه لا يحنث في الجميع ، وعنه : أنه يحنث في الجميع .

وأما من حيث الدليل فأقول : إن أطلق يمينه ولم يَسْتثنِ حالةَ النسيانِ والإكراهِ ، دلَّ على أنه لم يقصر يمينه على مقصود المنع ، فالتحق بما لو صَرَّح وقال مثلًا : والله لا أدخل ، لا عامدًا ولا ناسيا ، فدخل ناسيًا ، فإنه يحنث بلا خلاف فيما نقله القاضي حسين . وفي هذا جواب عن تَمَسُّكهم بأن المقصودَ المنْعُ ، وهو من أَقْوَى مَالَهُمْ . وأما الحديث فهو محمول على نَفْيِ المؤاخذة والذَّمِّ ، لا على نَفْيِ الحكم بمطلقه ؛ بدلالة ثبوت حكم النسيان والإكراه في الحديث والإتلاف ، ولأن ذلك هو المفهوم منه في عُرْفِ الاستعمال قبل الشرع ، ولا عمومَ فيه فيما يُقَدَّر ويُضْمَر على ما تقرر في علم أصول الفقه والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨١/ب وما بعدها) .

(١) في الروضة تضعيف لقول القفال هذا . انظر (١١/٧٩) .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (واختار القفال أن الطلاق يقع والحنث لا يحصل) نقل شيخه أن القفال كان يقول : القولان يجريان في اليمين بالله تعالى ، وأما في الطلاق فإنه يقع قولًا واحدًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٢/ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أعني من جهل » .

الشمسِ ، وكلُّ مايفوت البِرُّ به من انصباب ماء الإداوة ، ومَوْتِ مَنْ يتعلَّق البِرُّ به وهلاكِه ، فَيُخَرَّج على القولين . وكذلك إذا قال : ما فعلتُ ، أو لا أملك شيئا ، وكان قد فعل ، وملك ، لكنْ نَسِيَ ، خُرِّجَ على القولين .

فرع : لو قال : لا أُسلِّم على زيد ، فسلم على قومٍ هو فيهم ، ولكنه لم يعلم ، فقولان مرتبان على ما إذا رآه في ظلمة فسَلَّم عليه ، وهاهنا أولى بأن لا يحنث ؛ لأنَّه لم يُعَيِّنْه بالسلام .

ولو قال : لا أَدخل على فلانٍ ، فدخل على قومٍ هو فيهم ، ولم يَعْلم ، فقولان مرتبان ، وأولى بالحنث ؛ لأنَّ اللفظ أَقْبَلُ للخصوص من الفعل .

وأما إذا سلَّم على القوم واستثناه باللفظ أو بالنية : لم يحنث . ولو لم يَسْتَثْنِ وهو عالمٌ به ، قال العراقيون : فيه قولان ولا مَأْخَذَ له إلا أنه لم يُسَلِّم عليه خاصةً ، فَيُحْمل مطلقُ لفظِهِ على التسليم عليه بالتنصيص . أما إذا قال : لا أدخل عليه ، ثم دخل على قوم وهو فيهم ، واستثنى بالنية ، فوجهان :

أحدهما : أنه لا يحنث ، كالسّلام (١) .

والثاني : أنه يحنث ؛ لأن العمومَ يَقْبل الخصوصَ ، وأما الفعلُ فلا يقبل .

وإن كان (٢) هو وحده في البيت ، ولكن دَخَلَ لشغلٍ آخر ، فهو أيضًا على الوجهين .

ولو دخل ولم يَعْلم أنه فيه ، فظاهرُ النصِّ أنه لا يحنث ؛ لأنَّه لا يكون داخلًا عليه إذا لم يعلمه ولم يقصدْه ، وخَرَّجَ الربيعُ أنَّ هذا كالناسي ، وصَحَّحَ معظمُ الأصحاب تخريجَه ، والله أعلم .

* * *

(١) والمذهب أنه لا يحنث . انظر الروضة (١١/٨٠) .

(٢) في (ب) : « ولو كان » .

كتاب النذور (1)

(1) النذر نوعان :

النوع الأول : نذر التبرُّرِ ، وهو قسمان :

(أحدهما) : نذر المجازاة ، وهو أن يلتزم قربةً في مقابلة حدوثِ نعمةٍ ، أو اندفاعِ بليةٍ ، كقوله : إن شفى الله مريضي فللّه عليّ صومٌ . فإذا حصل المعلَّقُ عليه ، لزمه الوفاءُ بما التزم .

(الثاني) : أن يلتزم ابتداءً قربةً ما من غير تعليق على شيء ، كقوله : لله عليّ أن أصلي أو أصوم كذا . وفيه قولان عند الشافعية ، والأظهر : أنه يصح ويجب الوفاءُ به .

النوع الثاني : نذرُ الغضبِ واللَّجاج ، ويُسمى أيضًا « يمينَ اللجاج والغضب » و « يمين الغَلَق » وهو الذي خرج مَخْرجَ اليمين بأن يَقْصد الناذرُ حثَّ نفسِه على فعل شيء ، أو مَنعها ، من غير قصدٍ للنذر ، ولا للقربة به إلى الله تعالى ، ومثالُه إذا حدثت مشاجرةٌ بينه وبين آخر ، فقال : إن كلمتك فللّهِ عليَّ صومُ شهرٍ . فهذا نذرٌ أخرجه مخرجَ اليمين ؛ لأنه قصد به مَنْعَ نفسِه عن الفعل كالحالف ، يقصد بيمينه مَنْعَ نفسِه عن الفعل .

فذهب أكثرُ أهلِ العلم من الصحابة ومن بعدهم إلى أنه إذا فعل ذلك الفعلَ ، وَجَب عليه كفارةُ اليمينِ ، كما لو حنث في يمينه . وهو قول عمر وعائشة ، وإليه ذهب الشافعيُّ في أصح أقواله ، وأحمدُ .

وذهب قومٌ إلى أن عليه الوفاء بما سمَّى ، وهو المشهور من قول أصحاب الرأي ، وبه قال مالكٌ .

وعند النووي أن الأظهر - عند الشافعية - أنه يتخيَّرُ بين الوفاء بما التزم ، أو يُكفر كفَّارة يمينٍ . انظر : التنبيه للشيرازي ص (٦١) . شرح السنة للبغوي (١٠ / ٣٦ ، ٣٧) . روضة الطالبين (٣ / ٢٩٤ ، ٢٩٥) . الغاية القصوى (٢ / ١٠٠٢) . الفقه الإسلامي (٣ / ٤٧٧) .

قال الله تعالى : ﴿ يُوفُونَ بِٱلنَّذْرِ ﴾ [(١)] فصار هذا أصلًا في لزوم الوفاء [(٢)] .

والنظر في أركان النذور وأحكامه :

النظر الأول

في الأركان

وهي [(٣)] : الملتزِم ، وصيغة الالتزام ، والملْتَزَم .

أما الملتزِم : فهو كلُّ مكلفٍ له أهليةُ العبادة ؛ فلا يصحُّ النذر من كافر ؛ لأنه لا يصح منه التقربُ ، نعم قال عمر (رضي الله عنه) لرسول الله ﷺ : كنتُ نذرتُ اعتكافَ ليلةٍ في الجاهلية ، فقال (عليه السلام) : « أَوْفِ بنذْرِكَ » [(٤)] فَمِنْ هذا يحتمل التصحيح [(٥)] ، ويحتمل أن يُحْمل على الاستحباب حتى لا يكونَ إسلامهُ سببًا في تركِ خيرٍ كان قد عزم عليه في الكفر .

وأما الصيغة : فهي ثلاثة [(٦)] :

---

(١) من الآية (٧) من سورة (الإنسان) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال الله تبارك وتعالى : ﴿ يُوفُونَ بِٱلنَّذْرِ ﴾ فصار هذا أصلًا في لزوم الوفاء) . هذا لا يستقيم ؛ فإنه ليس فيه أمرٌ أو إلزامٌ أصلًا ، وسياقُ الآية يَأْبى أن يكون ذلك من قبيل الأمر بصيغة الخبر ، وإنما هو صفةُ مدحٍ مذكورة في جملة صفات الأبرار . ومما يصلح أن يكون أصلًا في ذلك قولُه تبارك وتعالى : ﴿ يا أيها الَّذينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ وما رواه البخاري في الصحيح من حديث عائشة (رضي الله عنها) عن رسول الله ﷺ قال : « من نذر أن يطيع الله فَلْيُطِعْه ، ومَنْ نذر أن يعْصيَهُ فلا يَعْصِهِ » والله تعالى أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٢ / أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وهو » .

(٤) حديث صحيح : رواه البخاري (٤ / ٣٣٣) (٣٣) كتاب « الاعتكاف » (١٦) باب « إذا نذر في الجاهلية أن يعتكف ثم أسلم » حديث (٢٠٤٣) . ورواه مسلم (٣ / ١٢٧٧) (٢٧) كتاب الأيمان » (٧) باب « نذر الكافر وما يفعل به إذا أسلم » حديث (١٦٥٦) . ورواه أبو داود (٣ / ٦١٦) حديث (٣٣٢٥) والترمذي (٤ / ٩٦) حديث (١٥٣٩) . والنسائي (٧ / ٢١) . وابن ماجه (١ / ٦٨٧) حديث (٢١٢٩) . جميعًا من طرق عن نافع عن ابن عمر مرفوعًا .

(٥) يعني أن هذا الحديث يدل على صحة النذر من الكافر .

(٦) في الأصل ونسخة (أ) : « وهي ثلاثة » ، والمثبت من (ب) .

الأولى : أن يقول : « إنْ شَفى الله مريضي ، فللّهِ عليَّ كذا » فيلزمه [١] ، وكذلك إذا علَّق بنعمةٍ أو زوال بليّةٍ .

الثانية : أنْ يُعَلّق بما يريد عدمَه ، وهو [٢] يمين الغضب واللجاج ، وقد ذكرناه [٣] .

الثالثة : أن يلتزم ابتداءً من غير تعليق ، فيقول : لله عليّ صومٌ أو صلاةٌ ، ففيه قولان مشهوران :

أحدهما : أنه يجب تنفيذ النذرِ [٤] .

والثاني : لا ؛ لأن ذلك كالعوض عن النعمة ، وهذا ابتداء تبرع ؛ فلا يصير واجبًا بإيجابه له .

[٥] إذا قال : لله عليَّ كذا إن شاء الله ، لم يلزمْه شيءٌ . والاستثناءُ عقيبَ العقودِ والأيمان /٢٨٥/أ والنذورِ كلّها تدفعها [٥] . وأما إذا قال : لله عليّ كذا إن شاء زيدٌ ، لم يلزمه شيءٌ وإن شاء زيد ؛ لأنه لم يلتزمه لله تعالى [٦] ، وليس هذا كما لو قال : إنْ قدم زيدٌ فللّه علي كذا ؛ لأن ذلك يمينُ الغضبِ ، أو هو تَبَرُّرٌ ولم يُعلق فيه لزوم [٧] العبادة بمشيئة زيد ، هكذا قاله القاضي [٨] .

---

(١) فيلزمه : « فيلزمه » ساقطة من (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « وهي » .

(٣) انظر ص ( ) .

(٤) وهذا القول هو الأظهر ، أنه يصحُّ ويلزمه الوفاءُ به . انظر الروضة (٣ / ٢٩٤) . وقوله : « تنفيذ النذر » ساقط من (أ) ، (ب) .

قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا نذر ابتداءً من غير تعليق على شيء : (فيه قولان مشهوران ، أحدهما : يجب كنذر التبرر) يعني به تَبَرُّرَ المجازاة ، كما في قوله : إن شفا الله مريضي . وهذا الذي فيه الكلام نذرُ تبررٍ أيضًا فنذر التبرر نوعان ، غَيْرَ أن بعضَهم سَمَّى هذا الثالث « النذر المطلق » .

وقال ابن الصلاح أيضًا : « قوله : (قولان مشهوران) ليس كذلك بل هما غريبان . والمشهور القطع بلزومه ، وهو المنصوص . ومنهم من قال : فيه وجهان . وأما ذكر قولين فيه فَغَيْرُ معروفٍ ، وكأن الثاني قول مخرج ، والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٢ / ب) .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأنه لم يَلْتزمه لله تعالى) أي خالصًا ، وذلك كافٍ في بطلانه ، والله تعالى أعلم . المشكل (جـ ٢ ق ١٨٣ / أ) .

(٧) كلمة : « لزوم » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله (إذا قال : إن شاء زيد ، فللّه علي كذا : لم يلزمه شيء وإن لم يشأ زيد ؛ لأنه لم يلتزمه =

وأما الملتزم : فكلُّ عبادةٍ مقصودةٍ ، ولها مراتبُ [1] :

الرتبة الأولى : أصول العبادات تلزم بالنذر ، كالصلاة والصوم والحج والصدقة ، ويلتحق بها فنان :

(أحدهما) : صفاتُ هذه العبادات ، كما لو نذر الحج ماشيًا ، أو طُولَ القراءةِ والقيامِ في الصلاة . فإن أفرد الصفة بأن التزم المشْيَ [2] في حجة الإسلام [3] ، وطول القراءة في رواتب الفرائض ، ففي اللزومِ وجهان ؛ لأن هذه صفاتٌ ، فيبعد أن تَستقلَّ باللزوم [4] .

= لله تعالى ، وليس هذا كما لو قال : إن قدم زيد فللّه عليّ كذا ؛ لأن ذلك يمين الغضب ، أو هو تبرر ، ولم يتعلق فيه لزوم العبادة بمشيئة زيد ، هكذا قال القاضي) .

لا ينبغي أن يعتقد من هذا أن جميع هذا الكلام قاله القاضي ؛ فإن الفرق بين مسألة القدوم وبين المسألة الأولى ذكره المصنف من عنده ، وذلك أن شيخه ذكر مسألة التعليق بمشيئة زيد نقلًا عن القاضي ، ثم قال : وهذا عندي خطأ ، واحتج بمسألة التعليق بقدوم زيد ، فلم يوافقه في « الوسيط » على ذلك ، وفرق بين المسألتين مضيفًا ذلك إلى كلام القاضي . وذلك من شيخه عجبٌ ؛ فإن كتابه من شرح مختصر المزني ، وقد نص الشافعي على ذلك في « مختصر المزني » وهو المقطوع به في غير واحد من شروحه ، منها « الحاوي » « وأمالي أبو الفرج السرخسي » والله أعلم » . مشكل الوسيط (ق ١٨٢ / ب ، وما بعدها) .

(١) قال ابن صلاح : « قوله : (وأما الملتزم فكل عبادة مقصودة ،ولها مراتبُ) هذا فيه إشكالٌ سلم منه « البسيط » و « الوجيز » ، وهو أنه فَسَّره بالعبادة المقصودة ثم قال : ولها مراتب ، والمرتبتان الأخيرتان ليستا من العبادات المقصودة . فنقول : قولُه : (ولها مراتبُ) عائدٌ على الملتزم بإطلاقه ، وينبغي أن تُقرأ : وله مراتب ، وما وقع في النسخ من قوله : « ولها » وجْهُه - على ما فيه من العجمة - أنه خرج على المعنى ؛ إذِ المراد بالملتزم الأعمالُ المُلْتَزَمة ، ثم إنه اقتصر في تفسيره أولًا على العبادة المقصودة لكونه اختار قول مَنْ لم يُصحح النذرَ إلا في العبادة المقصودة ، فكأنه قال : أما الملتزم ، فالصحيحُ منه كلُّ عبادةٍ مقصودة ، والملتزم مطلقًا - ما يصح منه وما لا يصح - مراتبُ : الأولُ : أصولُ العبادات ، وهي المرادةُ بقوله : (كل عبادة مقصودة) والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٨٣ / أ) .

(٢) في الأصل : « فإن أفرد الصفة والتزم المشي » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في صفات العبادات : (كما لو نذر الحج ماشيًا) وقوله بعده : (فإن أفرد الصفة والتزم المشي في حجة الإسلام) أراد بالأول ما إذا التزم الصفة مع الموصوف بأنْ نَذَرَ حجَّ التطوع ماشيا ، فالصفةُ هاهنا تلزم قطعًا ، أما إذا أفرد الصفة بالالتزام ، كما إذا كان الموصوفُ لازمًا بغير التزامه ، فهذا فيه الوجهان المذكوران ، والله أعلم . قطع هاهنا بصحةِ نذر الجهاد ، وسَبَقَ منه في كتاب « السِّيَر » أنَّ الصحيح أنَّ الجهاد لا يلزم بالنذر ، وذاك هو الأقوى والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٣ / أ) .

(٤) والأصح أنه يلزم الوفاء بالصفة المستحبة إذا شرطت في النذر ؛ لأنها طاعة . انظر الروضة (٣ / ٣٠١) .

(والثاني) : فرضُ الكفاياتِ [1] ، فلو نذر الجهاد في جهة ، قال صاحب « التلخيص » : يلزمه في تلك الجهة ، وكذلك لو نذر تجهيز الموتى [2] ، وكذا كلُّ ما يُحْتاج فيه إلى مالٍ ، أما ما لا يحتاج إليه ، كالصلاة على الجنائز ، والأمر بالمعروف ، ففيه تردُّدٌ ، والظاهرُ لزومُه [3] .

الرتبة الثانية : القربات التي حَثَّ الشرعُ عليها ، كعيادة المريض ، وزيارة القادم ، وإفشاءِ السلام ، ذهب المتقدمون من الأصحاب إلى أنه [4] لا تُلتزم بالنذر ؛ فإنها ليست عبادة [5] ، ولو لزم ، لوجب قصْدُ التقربِ [6] بها إلى الله تعالى ، ولصارت عبادة . وذهب المتأخرون إلى أنها تلزم ، كتجهيز الموتى والجهاد ، فإنها لم تُشرع عبادة مقصودة ، فلا يمكن الضبط إلا بالقربة التي يرتجي ثوابها [7] ، واستثنى القاضي عن هذا ما يُخَالف الرخصةَ ، كقوله : لا أُفطر في السفر [8] ؛ فإن هذا تغييرٌ للشرع ، إذ اللزومُ بالنذر لا يزيد على إلزام الشرع ، وهو يَسْقط بالسفر .

واختلفوا فيما لو التزم بالنذرِ الوتْرَ والنوافلَ الرواتبَ [9] ؛ لأنه كالتغيير لرخصةِ الشرع في

---

(١) في (ب) : « فروض الكفايات » .

(٢) والأظهر ما قاله صاحب « التلخيص » من أنه يلزمه الجهاد في الجهة التي عيَّنها ، ويلزمه تجهيز الموتى . انظر الغاية القصوى (٢ / ١٠٠١) .

(٣) وهو الأصح كما في الروضة (٣ / ٣٠١) .

(٤) في (ب) : « أنها » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله في القربات التي حَثَّ الشرعُ عليها من عيادة المريض ونحوها : (إنها ليست عبادة) قد حُدَّتِ العبادةُ بأنها الطاعة لله تبارك وتعالى ، وفي هذا إثباتٌ لكوْنِ هذه القربات عباداتٍ إلا أنها ليست عبادةً متأصلة مقصودةً ، والمفهومُ من اسم العبادة - إذا أُطلق - العبادةُ المقصودة ، وهي التي أنشأها الشرعُ وابتدأ بوضعها للتعبُّدِ بها ، والتي يَحْرُم القصد بها لغير الله تعالى ، قال الله تبارك وتعالى : ﴿ وَلَا يُشْرِكْ بعبادةِ ربه أَحَدًا ﴾ فهذه يُطلق عليها اسمُ العبادة . وما ليس كذلك ، مما حَثَّ الشرعُ عليه ، يُطْلق عليه اسمُ « القربات » فاعلَمْ ذلك ، فإنه من المُشْكِل . وينبغي أن يَقْطع بصحة نذر الجميع ؛ عملًا بالحديث الصحيح « مَنْ نذر أن يُطيع الله فَلْيُطِعْه » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق / ١٨٣ / أ) .

(٦) وفي نسخة أخرى « عقد التقرب » كذا على هامش الأصل .

(٧) والصحيح أن هذه القربات تلزم بالنذر . انظر الروضة (٣ / ٣٠٢) .

(٨) قال ابن الصلاح : « ما ذكره مِنْ أنّه لا يصح نَذْرُ ما يخالف الرخصة ، كقوله : (لا أُفطر في السفر) ، لك أن تفسره بما إذا نذر لا يُفْطر في صوم رمضان بسبب السفر ، ولك أن تفسره بما إذا نذر صومًا غيرَ واجبٍ ، وشَرَطَ فيه أن لا يفطر فيه في السفر ، وكلاهما باطلٌ على هذه الطريقة ، وآخرُ تعليلِه يَشْهد بهذا الأخير ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق / ١٨٣ / أ) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « والنوافل الراتبة » .

تركه ، وقال الشيخ أبو محمد (رحمه الله) : ينبغي أن لا يجب بالنذر إلا ماله أصلٌ واجبٌ في الشرع مقصودٌ ، فقال : لا يجب بالنذر تجديدُ الوضوء ؛ لأنه لم يجب مقصودًا ، والاعتكافُ يجب ، لأنه مُكْثٌ ، والوقوفُ بعرفة مكثٌ واجبٌ . وقال الإمامُ : يجب عندي تجديدُ الوضوء بالنذر [١] .

الرتبة الثالثة :

المباحاتُ ، كالأكلِ والدخولِ والنوم [٢] ، فإنه - وإن كانت [٣] يُثَاب على أكله إذا قَصَدَ التقَوِّيَ على العبادة ، وعلى نومه إذا قصد طرْدَ النعاس عند التهجد ، فهذا بمجرد القصدِ ، وهذه الأفعالُ غَيْرُ مقصودةٍ شرعًا بخلاف العيادة وردّ السلام وغيره ، لكن قال القاضي : إذا قال : لله عليّ أن أدخل ، أو آكل ، ولم يلتزم ، فيلزمه بمجرد اللفظِ كفارةُ يمينٍ [٤] . ولو قال : لله علي أنْ أشرب الخمر ، أو محظورًا آخر ، قال : في لزوم الكفارة وجهان [٥] ، وهذا ليس يَظْهر له وجهٌ يُعْتَدُّ به إلا ما رُوِيَ عن رسول الله ﷺ أنه قال : « من نذر وسمَّى فعليه ما سمَّى [٦] ، ومن نذر ولم يُسَمِّ ، فعليه كفارةُ يمينٍ » [٧] .

---

(١) وهو الأصح كما في الروضة (٣ / ٣٠٢) .

(٢) لا ينعقد النذر في هذه المباحات . انظر الروضة (٣ / ٣٠٣) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وإن كان » .

(٤) والصواب أنه لا كفارة عليه . انظر الروضة (٣ / ٣٠٣) .

(٥) والمذهب أنه لا كفارة عليه . انظر الروضة (٣ / ٣٠٠) .

(٦) في (أ) . (ب) : « فعليه الوفاء بما سمى » .

(٧) حديث ضعيف : رواه أبو داود (٣ / ٦١٤) (١٦) كتاب « الأيمان والنذور » (٣٠) باب « من نذر نذرًا لا يطيقه » حديث (٣٣٢٢) بإسناده عن ابن عباس مرفوعًا بلفظ : « من نذر نذرًا لم يُسَمِّه ، فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذرًا لا يطيقه فكفارته كفارة يمين ومن نذر نذرًا أطاقه فَلْيَفِ به » . ورواه ابن ماجه (١ / ٦٨٧) (١١) كتاب « الكفارات » (١٧) باب « من نذر نذرًا ولم يُسَمِّه » حديث (٢١٢٨) كلاهما من طرق عن بكير بن عبد الله عن كريب عن ابن عباس مرفوعًا به . والحديث ضعفه الزيلعيُّ في نصب الراية (٣/ ٣٠٠) . وضعَّفه أيضًا الألباني كما في ضعيف ابن ماجه ص (١٦٤) .

وقال ابن الصلاح : « ما ذكره من أنه رُوي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « ومن نذر وسمَّى فعليه ما سَمَّىَ ، ومن =

وهذا يمكن أن يكون المرادُ به في يمين الغَلَق [1] ، فلا يُتْرك القياسُ بمثله ، نعم لو نوى اليمينَ بقوله: لله عليَّ ألا أدخل الدار ، فيلزمه الكفارةُ بالحنث .

فرع : إذا نذر الجهاد في جهة ، قال صاحب « التلخيص » : تتعين الجهة ، وقال أبو زيد : لا تتعين ، ومَيْلُ الشيخِ أبي علي إلى أن [2] تتعين الجهة ، أو جهةٌ تُسَاويها في المؤنة والمسافة كما في مواقيت الحج .

* * *

= نذر ولم يُسَمِّ فعليه كفارةُ يمينٍ » تمسَّك به القاضي في « تعليقه » في لزوم الكفارة في نذر المباح ، ووجهُه أنه لما كان ما سمَّاه مما لا يلزم الوفاءُ به ، صار كأنه لم يُسَمِّ شيئًا وهذا يَقْتضي أيضًا وجوبَ الكفارة في نذر المعصية بل أولى ، فإنه مع كونه لا يلزم فيه الوفاءُ بمنذوره لا يجوز ، ولكنَّا نُوَجِّه قَطْعَ القاضي بلزوم الكفارة في المباح وذكره خلافًا في المعصية بأنَّ بين المعصية والنذر مُنَافرةً شديدة تقتضي إلغاء النذر بالكلية ، وقد سوَّى صاحبُ « التتمة » بين المباح والمعصية ، فَأَجرَى في لزوم الكفارة فيهما وجهين .

وفي نذر المعصية حديثٌ صريح عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا نذر في معصية وكفارتُه كفارة يمين » أخرجه أبو داود وغيره ، ورويناه أيضًا في السنن الكبير عن عمران بن الحصين عن رسول الله ﷺ غير أنَّ في إسناديهما ضَعْفًا ، وأما الحديث المذكور في « الوسيط » فقد روينا منه قوله : « من نذر نذرًا لم يُسَمِّه فكفارتُه كفارةُ يمينٍ » في سنن أبي داود وسنن ابن ماجه ، وفي السنن الكبير من وجوه يزيد بعضُها على بعض ، وأَتَمُّها ما روينا في السنن الكبير من حديث ابن عباس (رضي الله عنهما) أن رسول الله ﷺ قال : « من نذر نذرًا لم يسمه فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذرًا في معصية الله عز وجل فكفارتُه كفارةُ يمينٍ ، ومن نذر نذرًا فأطاقه فَلْيَفِ به » وأخرجه أبو داود أيضًا إلا الجملة الأخيرة الرابعة ، والأحاديثُ الواردةُ في ذلك قد عضد بعضُها بعضًا ؛ فَيَقْوَى إيجاب الكفارة في نذر المعصية قوةً تُوجِب اختيارَه ، وقد جعلَه الربيعُ قولًا آخر ، وذلك معدودٌ من تخريجه ، ثم نذرُ المباح لاحقٌ به في ذلك والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٤ / ب) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (يمين الغلق) أي نذر اللجاج وهو بالغين المعجمة واللام المفتوحتين وبالقاف ، وهو ضيقُ الصدرِ ، وقلةُ الصبرِ ورجلٌ غلِقٌ - بكسر اللام - أي سَيِّئُ الخلق ، ومن قال فيه : « يمين الغلوّ » بالواو المشددة فقد صَحَّفَ . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٤ / ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أنه » .

النظر الثاني

في أحكام النذر

وموجب النظرِ مقتضى اللفظ ، والملْتَزَمُ بالنذرِ أنواعٌ من القرب :

النوع الأول : الصوم ، وفيه ألفاظ :

الأول : إذا قال : للهِ عليَّ صومٌ ، فيلزمه يومٌ ، وهو الأقل . وهل يلزمه تبيت النية [١] ؟ فيه قولان يُعَبَّر عنهما بأن مطلق النذر ، يُنَزَّل على أقلِّ واجبِ الشرع ، أو على أقل الجائز ؟ ، والصحيح أنه ينزل على [أقل] [٢] الجائز فلا يشترط التبيت ، فإن اتباع الأصل [٣] أولى من التنزيل على واجب الشرع [٤] . وكذلك إذا قال : [لله] [٥] علي صلاةٌ ، تلزمه [٦] ركعتان على قول [٧] ، ويكفيه ركعةٌ على قول . ولا خلافَ أنه لو قال : [لله] [٨] عليَّ صدقةٌ ، لم يتصدَّق بخمسة دراهم ؛ لأن في الخلطة قد يجوز إخراجُ ما دونها [٩] . ولا خلافَ أنه لا تختصُّ بجنس مال الزكاة . وفي الاعتكاف ، هل يكفي الدخولُ مع النية من غير مكثٍ ؟ فيه ترددٌ ، وإن كان المكث لا يشترط في كونه عبادةً [١٠] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « تبييت النية » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فإن اتباع الاسم » .

(٤) والصحيح وجوب تبييت النية كما في الروضة (٣ / ٣٠٩) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : «فيلزمه » .

(٧) وهو المنصوص عن الشافعي كما في الروضة (٣ / ٣٠٩) .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) المقصود بالخلطة هنا هو اختلاطُ مالِ الشريكين ، فيصبحان كمالٍ واحدٍ ، وتسمى « خلطة الجواز » ولهذه الخلطة تأثيرٌ في الزكاة ، بالإيجاب أو التكثير أو التقليل ، انظر تفصيل ذلك في الروضة (٢ / ١٧١ ، ١٧٢) . الفقه الإسلامي في (٢ / ٨٤٩) .

(١٠) والأصح أنه لا يشترط المكث في الاعتكاف . انظر الروضة (٣ / ٣٠٨) .

وقال ابن الصلاح : « قوله في نذر الاعتكاف : (هل يكفي الدخول مع النية من غير مكث فيه تردد ، وإن كان =

ثم إن قلنا : لا يشترط التبيت [١] ، فلو قال : علي صومُ يومٍ ، ونوى نهارًا [٢] ، فإن قلنا : إنه صائم من / ذلك الوقت فلا يجزئ ، وإن قلنا : إنه [٣] صائمٌ جميعَ النهارِ ، أجزأه . ٢٨٥/ب

اللفظ الثاني : إذا عيَّنَ يومًا ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يتعيّن اليومُ ، وتعينُ الزمانِ [٤] كتعينِ المكانِ ، والمسجدِ للصلاة [٤] .

والثاني : أنه يتعيَّنُ ؛ فلا يجزئه قبلَه ، وإنْ أَخَّر عنه كان قضاءً [٥] .

ولا خلاف [في] [٦] أنه لا تَثْبت خواصّ رمضانَ لذلك اليوم المعيّن [٧] بل يجوز فيه صومٌ

= المكث لا يشترط في كونه عبادة) معناه على ما أَشْعر به كلامُه في « البسيط » أنه لا يشترط المكث في صحة الاعتكاف بل تكفي المرورية ، ولكن هل يشترط المكث في الوفاء بالنذر عند إطلاقه ؟ فيه خلافٌ من حيث إن لفظ الناذر في العرف ، يُفْهم منه المكث ، وهذا حاصلُه أن الخلاف في النذر مرتبًا في اشتراط المكث في صحة أصل الاعتكاف خلافٌ أيضًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٤ / ب) .

(١) في (أ) ، (ب) : « التَّبْييت » . (٢) أي نوى الصيام بعد طلوع الفجر .

(٣) كلمة : « إنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « كتعين المكان والصلاة للمسجد » .

وقال ابن الصلاح : « قولُه فيما إذا عين يومًا في نذر الصوم : (فيه وجهان أحدهما : أنه لا يتعين ، وتعينُ الزمان كتعين المكان ، والمسجد للصلاة) معناه كتعين المكان للصوم ، فإنه لا يتعين قطعًا ، فاعلَمْ ذلك » .

وأما تعيين المسجد للصلاة ففيه تفصيل ذكره فيما بعد ، وقد اضطربت فيه المصنفات . وما أكثر اضطرابها في باب « النذر » !! . وفي « تعليق » القاضي حسين أنه لو نذر أن يصلي ركعتين في المسجد الجامع ، جاز له أن يُصلي في كل موضع حتى في وسط السوق ، قال : وفيه إشكال . قال المصنف [يعني ابن الصلاح] : وهذا من أبلغ ما يتمسك به في مسألة الصوم ، وإن كان في نفسه بعيدًا ، والأظهرُ أنه يتعين من ذلك كلُّ ما فيه فضيلةٌ والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ق ١٨٥ / أ) .

(٥) وهذا الوجه هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وعليه فإن أخَّر بلا عذر ، أثم . وإن أخَّر بعذرِ مرضٍ أو سفرٍ لم يأثم . انظر الروضة (٣ / ٣٠٨) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (لا تثبت خواصُّ صومِ رمضان لذلك اليوم المعين ، هي مثل كفارة الوقاع ، وعدم قبول صوم آخر ، وكذا وجوب الإمساك عند الإفطار على الأصح ، والله أعلم » . المشكل (ق ١٨٥ / أ) . =

آخر بمعنى أنه ينعقد . ولو نذر شهرًا لم يلزمه التتابعُ ، إلا أن يلتزمه . ولو عيَّنَ الشهر فقال : عليّ صومُ رجبٍ متتابِعًا ، ففي وجوبِ التتابع في قضائه وجهان :

أحدهما : أنه يجب ؛ لأنه التزم (١) .

والثاني : لا ، كقضاء رمضان ؛ فإنَّ ذِكْرَ التتابعِ - مع تعيين الشهر - لَغْوٌ ، فإنّ التتابعَ يقع ضرورةً في الشهر المعين .

ولو شَرَطَ التفرّقَ في الصوم لم يلزمه على الأصح (٢) ؛ لأنه ليس وصفا مقصودًا ، ولم يُعَيِّنْ للصوم وقتًا حتى يُخَرَّجَ على الخلاف المشهور في تعيين الوقت . ولو قال : عليّ صومُ هذه السنةِ ، يكفيه أن يصوم جميعَها ، ويَنْحَطُّ عنه صومُ رمضان ، وأيامُ العيد ، والتشريق (٣) . وهل يلزمها قضاءُ أيام الحيض (٤) ، أو ما أفطر بالمرض ؟ ففيه خلاف (٥) ، ومن لم يُوجِبْ ، فكأنه قال : [النذر] (٦) يَجْري مُجْرَى الشرعِ ، والشرعُ لا يُوجب عليه صومَ هذه الأيامِ . أما ما أفطر في السفر ، فالظاهر أنه يقضي (٧) ؛ إذْ يظهر فيه أن الشرعَ أوجب ، لكن السفر اقتضى التخييرَ بينه

= يعني أنه إذا جامع في هذا اليوم ، لم تلزمه الكفارة . وإذا أفطر فيه ، فلا يجب عليه الإمساكُ بقيةَ اليوم . وإذا صام هذا اليومَ بنيّة القضاءِ ليوم كان عليه ، أو لكفارةٍ عليه : صَحَّ . انظر الروضة (٣ / ٣٠٩) .

(١) وهذا الوجه أصحهما ، وبه قطع العراقيون ، أنه يجب ، حتى لو أفسد يومًا لزمه الاستئناف ، وإذا فات قضاه متتابعًا . انظر الروضة (٣ / ٣١٠) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو شرط التفرق في الصوم) مثاله أن يقول : لله علي صومُ عشرةِ أيامٍ متفرقةٍ ، فعلى وجه : يلزمه التفريقُ كما لو قال : عشرة أيام متفرقةٍ أولُها اليومُ الأول من الشهر ، والثاني اليوم الرابع ، وهكذا إلى آخرها فإنه يلزم ذلك على الصحيح في أنَّ الوقت يتعينُّ بالتعين . والأصح أن التفريق لا يلزم هاهنا وجها واحدًا ؛ لأنه أورد النذر على نفس التفرق ، وليس مقصودًا ؛ فإنه لا قربةَ فيه ، وهناك أورد النذر على الأيام بوصف التفريق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٨٥ / أ) .

(٣) والمذهب : أنه يحرم صومُ يومِ العيد ، وكذا أيام التشريق .

(٤) والجمهور من الشافعية على أنه لا يجب قضاؤها ، كالعيد . الروضة (٣ / ٣١٠) .

(٥) فيه وجهان كالحيض .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) وهو المذهب كما في الروضة (٣ / ٣١١) .

وبين عدةٍ (١) من أيام أُخَر (٢) .

أما إذا قال : لله علي صومُ سنةٍ ، فيلزمه اثنا عشر شهرًا بالأهلة ، ولو ابتدأ من المحرم إلى المحرَّم لا يكفيه ، بل يلزمه قضاءُ أيامِ رمضان والعيدين (٣) . وفيه وجه أنه يكفيه ، وهو بعيد .

اللفظ الثالث : إذا قال : لله علي أنْ أصوم يَوْمَ يقدُمُ [فيه] (٤) فلانٌ ، فقدم ليلًا : لم يلزمه شيءٌ ؛ لأنه قَرَنَ اليومَ في نذره بالقدومِ ولم يُوجَد . ولو قدم في أثناء النهار ، فَنُقَدِّم على هذا أصلًا ، وهو أنَّ من أصبح صائمًا تطوعًا ، فَنَذَرَ إتمامَ ذلك اليوم : لزمه . ولو أصبح مُمْسكًا فالتطوعُ ممكنٌ بإنشاء النية ، فلو نذر أن يصوم ذلك اليوم لزمه على الأصح وإن قلنا : إن النذر المطلق يُنَزَّل على واجب الشرع ؛ لأن هذا مُقَيَّد ، ولهذا قطعوا بأنه لو قال : لله علي ركعةٌ واحدةٌ ، لزمتْه . والعجبُ أنهم قالوا : لو قال : لله عليّ أنْ أُصلي قاعدًا ، وهو قادرٌ على القيام ، يلزمه القيامُ على أحد القولين (٥) ، وأخذوا يُفَرِّقون بين ركعة وبين القيام ، والفرقُ غيرُ ممكنٍ (٦) .

---

(١) في (ب) : « المدة » .

(٢) قال ابن الصلاح : « شَرْحُ ما ذكرَه في قضاء أيام الإفطار بالحيض ، أو المرض ، أو السفر فيما إذا نذر صومَ سنةٍ معينة ، أما القول بعدم وجوب القضاء أيام الحيض والمرض ، فوجهُه : أن النذر يجري مجرى الشرع ، والشرعُ لم يوجب صَوْمَ هذه الأيام فلا يكون بالنذر ملتزِمًا لصومها ، والقضاء هناك وجب بأمر متجدد ، وهاهنا لم يوجد منه في ذلك نذرٌ مجددٌ .

وأما وجوب قضاء أيام الفطر في السفر ، فالخلافُ فيه مرتبٌ على الخلاف في أيام الحيض والمرض ، وهو في السفر أولى بأن لا يجب ؛ لأن الإيجاب الشرعي في رمضان يشمل السفر ، ولكن على التخيير بينه وبين عدة من أيام أخر ، ولهذا لو صام في السفر أجزأه بخلاف أيام الحيض ، فلذلك يشمله الإيجاب بالنذر ، وأما زمان المرض فهو كزمان الحيض : إن كان بحيث يخشى فيه من الصوم الهلاكَ أو الضرر العظيمَ فإنه يَعْصي حينئذ بترك الأكل ، ولا يجوز له الصوم ، وأما إذا لم يكن كذلك فيحتاج فيه إلى فرقٍ غير ذلك ، وهو أن المرض ينشأ بغير اختياره ، والسفر يُنْشِئُه باختياره فلم يمنع شمول الإيجاب له ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٥ / ب) .

(٣) وهو المذهب . انظر الروضة (٣ / ٣١١) . (٤) زيادة من (أ) .

(٥) في الروضة (٣ / ٣٠٩) : « لو نذر أن يصلي قاعدًا – وهو قادر على القيام – جاز القعود قطعًا ، فإن صلى قائمًا فهو أفضل .

(٦) قال ابن الصلاح : « ذكر أن الخلاف في أن النذر ، هل يُنَزَّل على واجبِ الشرع أو جائزِه ؟ مخصوصٌ بالنذر =

أما إذا نذر صومَ بعضِ اليومِ ، فوجهان :

أحدهما : أنه يلغو (١) ؛ لأنه التزم محالًا (٢) .

والثاني : أنه يصحُّ ، ويلزمه أن يَضُمَّ إليه بقيةَ اليوم ؛ ليصحَّ البعضُ مع البقية . وعلى هذا يُخَرَّج ما لو نذر ركوعًا أو سجودًا ، أنه يلغو ؟ أو تلزمه صلاةٌ ؟ .

ولم يذهب أحدٌ إلى أن السجدة وحدها تلزم بالنذر ، فإنها ليست عبادة إلا مقرونةً بسببٍ كالتلاوة (٣) .

رجعنا إلى مسألتنا ، قطعَ الأصحابُ بأنه لا يخرج عن النذر بصوم ذلك اليوم وإن أَصبح ممسكًا وكان قبل الزوال ، وهذا مَيْلٌ إلى أنه لو نذر صومَ يومٍ لم يكْفِه إنشاءُ النية نهارًا ، وإن كفاه إذا لم يذكر اليوم ، وذَكَرَ مجرّدَ الصومِ .

ثم هل يلزمه صومُ يومٍ آخر (٤) ؟ فيه قولان اختلفوا في أصلهما (٥) ، منهم من قال : أصلُه أنَّ

= المطلق دون النذر المقيد ، فلو قال : لله عليّ أن أصلي ركعةً لزمه ، قال : (والعجبُ أنهم قالوا : لو قال لله علي أن أصلي قاعدًا وهو قادر على القيام لزمه القيامُ على أحد القولين ، وأخذوا يُفرِّقون بين الركعة والقيام ، والفرقُ غيرُ ممكنٍ) قال ابن الصلاح (رضي الله عنه) : بل بينهما فرقٌ لا بأس به ، وهو أن القعود صفةٌ أفردها بالذكر وقَصَدَها بالنذر ولا قربة فيها ، فَلَغَتْ الصفةُ ، وبَقِيَ قولُه : « أُصلي » فالتحق بما لو قال : « أصلي » مقتصرًا عليه فيلزمه القيام على أحد القولين [وليس] كذلك قوله : ركعة ؛ فإنها نفس المنذور ، وهي قربةٌ بوصفه إفرادها ليست مذكورة ولا منذورة والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٦ / أ) .

(١) في (أ) ، (ب) : « أنه لغو » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٣ / ٣١٣) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولم يذهب أحدٌ إلى أن السجدة وحدها تلزم بالنذر ، فإنها ليست عبادةً إلا مقرونةً بسببٍ كالتلاوة) فقولُه : (لم يذهب أحد) غيرُ مرضِيٍّ ؛ فإن ذلك وَجهٌ مَحْكيّ ، وقد سبق منه في كتاب الصلاة ذِكْرُ ترددٍ في استحباب التقرب بسجدة من غير سبب ، والقطعُ بالمنع منسوبٌ هناك إلى الشيخ أبي محمد ، وهكذا المنع هاهنا منسوب في « النهاية » و « البسيط » إلى الشيخ أبي محمد من غير تَعَرّضٍ للنّفي المطلق عن كل أحد ، وذلك هو الصواب والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٦ / أ) .

(٤) في الروضة (٣ / ٣١٥) أنه يلزمه صوم يوم آخر .

(٥) قال ابن الصلاح : « ذكر فيما إذا نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه فلانٌ ، فقدم نهارًا (أنه هل يلزمه صومُ يومٍ آخر ؟ =

مَنْ نذر صومَ بعضِ يومٍ ، هل يلزمه يومٌ كامل ؟ . ومنهم من قال : لا ، بل أصله أنَّ قولَه : يوم يَقْدم فلان ، محمولٌ على يوم القدوم من أوله ، أو من وقت قدومه [1] ؟ فإن قلنا : إنه من أوله ، لزمه صومُ يومٍ . وإن قلنا : إنه من وقت القدوم ، فهو محال ، لا يلزمه شيءٌ ؛ إذ نَذْرُ صومِ بعضِ اليوم لاغٍ على الصحيح ؛ إذ قطعوا بأنه لو نذر حجَّ هذه السنةِ ، ولم يَبْقَ من الوقت إلا يومٌ وهو على مائة فرسخ بطل النذر [2] . ويتبين أثر هذا البناءِ في العتق ، فإذا قال : عبدي حرٌّ يومَ يقدمُ فلانٌ ، فباعَه ضحوةً ، ثم قدم ذلك اليومَ ، فإن قلنا بالاستناد [3] تبينَّ بطلانُ البيعِ [4] ، وإلا فالبيعُ نافذٌ ؛ لِتقدُّمِه على القدوم .

التفريع : إن قلنا : يلزمه ، ثم يظهر [5] بالعلامة أنه يقدم غدًا فنوى ليلًا ؛ قال القفال : لا

= فيه قولان) عَبَّرَ غَيْرُه عنهما بأنه هل انعقد نَذْرُه ذلك أو لم ينعقد ؟ ثم ذكر أنهم اختلفوا في أصلهما ، فمنهم من قال : أصلهما الخلافُ فيما إذا نذر صومَ بعضِ يومٍ ، فمنهم من قال : إن أصله ذلك يستند إلى أول النهار ، أو إلى آخره . هذا مما وقع في نقله له تعسرٌ غير مَرضِيٍّ :

أما أولًا : فالخلافُ في صحة نذر بعض اليوم ، وهو وجهان عنده وعند غيره ، والقولان لا يستقيم بناؤهما على الوجهين ، وقد ذكر الفوراني هذه الطريقةَ وجعل الخلاف في نذر بعض اليوم قولين ، وكأنهما قولان مستنبطان .

وأما ثانيًا : فإنه في تقريره الطريقة التالية رجع بآخرة إلى الطريقة الأولى في اسْتِرْوَاحه إلى أن الصحيح أَنَّ نَذْرَ بعض اليوم لاغٍ ، وهذه الطريقة متقررة بدون ذلك . وذلك أنا نقرر القول بالوجوب في ذلك نذر منه للصوم من أول النهار ، ووصْفُ القدوم للتعريف لا للشرط ، والوفاءُ بالصوم من أول النهار ممكنٌ بأنْ يُخْبَر ليلًا ، بقدومه نهارًا ، فينوي ليلًا ، ونقول في تقرير القول الآخر : القدوم شرط لنذره ، فكأنه قال : إذا قدم فقد نذرتُ صومَ يومِ قدومه ، فيكون فيه نذرٌ منه لِما مضى ، وذلك مُحالٌ ، فيفسد نَذْرُه من أصله ، أو نقول ما قاله الإمام أبو المعالي : إنه نذر لصومِ يومٍ في بعض يوم ، وذلك مستحيلٌ ، وليس هذا من قبيل ما إذا نذر بعضَ اليوم مُقْتصرًا عليه حيث صححناه على وجه ، وجعلناه متضمنًا صَوْمَ اليومِ أجمع لانتفاء ما قد بيناه من المحال فيه ، فَبَانَ بهذا إطراحُ ما اسْتَرْوَحَ إليه وضَعْفُ الطريقة المذكورة أولًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٦ / ب) .

(١) الأصح أنه محمولٌ على أنه من أول اليوم . انظر الروضة (٣ / ٣١٤) .

(٢) والمذهب أنه لا ينعقد نذره ولا شيءَ عليه . انظر الروضة (٣ / ٣١٤) .

(٣) يعني بالاستناد إلى أول اليوم .

(٤) والأصح : بطلانُ البيعِ وحصولُ حريةِ العبد . انظر الروضة (٣ / ٣١٥) .

(٥) في (أ) : « ثم ظهر » ، وهو أليق .

يصح التردّدُ ، وقال غيره : يصحُّ ، للعلامةِ وللتشوُّفِ إلى الوفاء بالملتزم . وترددوا في أنه هل يلزمه الإمساكُ في ذلك اليوم ، إذا أصبح مُمْسِكًا ؟ فإن قلنا : يجب القضاءُ ، فعليه الإمساكُ ، وإلا فلا .

ولو كان صائمًا ذلك اليومَ عن / نذرٍ آخر ، فالأَوْلى أن يَقْضي ذلك النذر [1] ؛ لأنه تَطَرَّق ٢٨٦/أ إليه نوعٌ من الاشتراك [2] .

اللفظ الرابع : إذا قال : لله عليّ أنْ أصوم اليومَ الذي يقدم فيه فلانٌ أبدًا ، فقدم يومَ الاثنين لزمه صوم الأثانين أبدًا تفريعًا على الأصحّ في أن الوقت يتعينُّ بالتعيين في الصوم ، وكذلك من نذر صوم الأثانين أبدًا ، لزمه . ثم لو وافقَ يومَ حيضٍ أو مرضٍ ، ففي القضاءِ الخلافُ الذي ذكرناه في السَّنَة [3] ، هذا إذا كان لا يغلب وقوعُ الأثانين في الحيض ، فإن كانت تحيض عشرًا عشرًا فلابدَّ وأن يتناول اثنين ، فالمذهبُ أنه لا يجب القضاءُ ؛ لأن نذر أيام الحيض لاغٍ ، وقد تناول بنذره أيامَ الحيض ، ومنهم من طرد الخلافَ ؛ لأن الحيض يطول ويقصر . ولو صادفَ يومَ عيدٍ ، فإسقاطُ القضاءِ أظهر ، لأنه كالمتعينّ ، ومنهم من قال : الهلالُ يختلف ويُتَصور فيه التقدم والتأخر ؛ فيجب القضاءُ ؛ فإنّ يوم [4] حيضها في علم الله تعالى أيضًا متعينٌّ ، أما الأثانين الواقعة في دور رمضان فلا يجب القضاءُ قطْعًا ، إذ لابد من وقوع أربع أثانين فيه ، أما الخامس فيخرج على الخلاف [5] . ولو كان قد لزمه مِنْ قَبْلُ صَوْمُ شهرين متتابعين لكفارة [6] ، ثم نذر الأثانين : لم يلزمه قضاءُ ما فات في الصوم المتتابع كرمضان ، وفيه وجه أنه يَقْضي ؛ كما لو لزمه صومُ الشهرين بعد النذر ، فإنه يقضي ؛ لأنه أَدْخَل سببَ الكفارةِ على نفسه [7] .

(١) أي يتم صوم اليوم لذلك النذر الأول ، ثم يقضي يومًا آخر عن نذره الأخير .

(٢) قال ابن الصلاح : « ما ذكره فيما إذا كان صائمًا ذلك اليوم عن نذر آخر من أن (الأولى أن يَقْضي ذلك النذر ؛ لأنه تطرّقَ إليه نوعٌ من الاشتراك) هذا قد نصَّ عليه الشافعي في « المختصر » ، والاشتراكُ الذي فيه ، هو أنه يوم استحق صومه عن نَذْرين ، والله أعلم » . مشكل (جـ٢ ق ١٨٦ / ب) .

(٣) والأظهر أنها لا تقضي . انظر الروضة : (٣ / ٣١٦ ، ٣١٧) .

(٤) كلمة : « يوم » ساقطة من (أ) .

(٥) والأظهر أنه لا قضاء كما في الروضة (٣ / ٣١٦) .

(٦) في (ب) : « بكفارة » .

(٧) قال ابن الصلاح : « ذكر أنه لو نذر صوم الأثانين وكان قد لزمته كفارةٌ لصوم شهرين متتابعين ، فما فاته منها =

اللفظ الخامس : إذا نذر صومَ الدهرِ ، لزمه ، وقوله [(١)] ﷺ : « من صام الدهر فلا صام » [(٢)] أراد به أن لا يفطر أيام العيدين [(٣)] ، ثم له الترخيصُ [(٤)] بعذرِ السفرِ والمرض ، ولا قضاءَ ؛ إذ لا يمكنُ القضاءُ ؛ لأن الدهر مستغرقٌ . ولو أفطر عمدًا لزمه القضاءُ ، وتعذّر ؛ لاستغراقِ الدهرِ ، فعليه المُدُّ . فإن نوى القضاء في يوم انعقد قضاؤه ، ولكن فاته في ذلك اليومِ الأداءُ ، فعليه المدُّ لذلك اليوم . أما إذا عيَّن نَذْرَ يوم العيد لغا نذره عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة

= بصوم الكفارة ، لا يلزمه قضاؤه ، قال : (وفيه وجه أنه يقضي كما لو لزمه صومُ شهرين بعد النذر فإنه يقضي ؛ لأنه أدخل سببَ الكفارة على نفسِه) هذا التعليلُ إنما هو للصورة الثانية ، وذلك مُبَيَّنٌ في « البسيط » وهو تعليل الشافعي في « المختصر » ولفظُه : « لأنَّ هذا شيءٌ أَدْخَلَه على نفسه بعد ما وجب عليه صومُ الاثنين » وليس فيه اقتضاءٌ للجمع القياسي بين الصورتين ، بل فيه اقتضاء للفرق ، ووجهُ الجمع هو أنه أمكنه في الصورتين صيامُ أيام الاثنين عن نذره لها ، فإنه لو صامها عن النذر أجزأت عنه ، فلما فَوَّتَ ذلك بصوم الكفارة لزمه القضاءُ ، وهذا قولٌ نقلَه الربيع والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٨ / أ) .

(١) في الأصل « لقوله » والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٢) حديث صحيح رواه مسلم (٢ / ٨١٩) (١٣) كتاب « الصيام » (٣٦) باب « استحباب صيام ثلاثة أيام من كل شهر .... » حديث (١٩٧) حديث الباب بإسناده عن أبي قتادة الأنصاري وفيه « فسئل عن صيام الدهر ؟ فقال : « لا صام ولا أفطر » أو « ما صام وما أفطر » .... » الحديث .

ورواه البخاري في صحيحه (٣ / ٢٦٠) (٣٠) كتاب « الصوم » (٥٧) باب « حق الأهل في الصوم » حديث (١٩٧٧) بإسناده عن عبد الله بن عمرو مرفوعًا بلفظ : « لا صام من صام الأبد » مرتين ورواه مسلم أيضًا في صحيحه (٢ / ٨١٥) (١٣) « كتاب الصيام » (٣٥) باب « النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوّت به حقًّا » حديث (١١٩٥) بإسناده عن عبد الله بن عمرو أيضًا .

(٣) وقال ابن الصلاح (رحمه الله) : « قال : (وقوله ﷺ : (من صام الدهر فلا صام) أراد به أن لا يفطر أيام العيدين) هذا الحديث رواه مسلم في صحيحه من حديث أبي قتادة وفيه « فلا صام ولا أفطر » وفي الصحيحين من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص (رضي الله عنهم) « لا صام من صام الدهر » . والتأويلُ المذكورُ ذكره غَيْرُه ، ويرد عليه أن يطلق عليه صوم الدهر مع الإفطار في أيام النهي ، ومما يدل عليه ما رويناه في السنن الكبير عن عائشة (رضي الله عنها) أنها كانت تصوم الدهر في السفر والحضر فالنهيُ إذن مخصوصٌ بمن كان يُضْعِفه ذلك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٨ / أ) .

(٤) في (ب) : « الترخص » .

(رحمه الله) وهو عندنا كنذر يوم الحيض [1] .

وفي نذر يوم الشك ، ونذر الصلاة في الأوقات المكروهةِ خلافٌ [2] ، وكذلك في أيام التشريق إن قلنا : إنه يُقْبل صومُ المتمتِّع [3] .

* * *

(١) **مذهب الشافعية** : أن النذر لا ينعقد في المعصية ، ولا يلزمه به شيء ، حتى لو نذر صومَ يومِ العيد ، لا يجب عليه شيء من كفارة أو قضاء ، وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : الأم (٢ / ٢٥٩) . شرح السنة (١٠ / ٣٣) . المنهاج ص (١٤٧) . الروضة (٣ / ٣١٩) . الكافي ص (١٢٨) . القوانين الفقهية (١٧٣) .

ومذهب الحنفية : أن من أوجب على نفسه صومَ يوم الفطر أو النحر أو أيام التشريق : أفطر ما أوجب على نفسه صَوْمَه من ذلك ، وقضى مثلَه من الأيام التي يَحِلُّ صَوْمُها ، وعليه - في قول أبي حنيفة ومحمد - كفارةُ يمينٍ إن كان أراد يمينًا ، وقال زفر : لا شيء عليه .

ومذهب الحنابلة : أن نذر المعصية كصوم العيد لا يجوز الوفاء به ، ويكفر عن يمينه ، وفي « دليل الطالب » : أنه يقضي هذا الصوم .

وقال ابن قدامة في المقنع : ويحتمل ألا ينعقد النذر المباح ولا المعصية ولا تجب به كفارة . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣٢٥ . الاختيار (٤ / ٧٨) . المقنع ص (٣٢٣) . زاد المستقنع ص (١٣٧) . دليل الطالب ص (٢٧٣) . منار السبيل (٢ / ٤٤٩) .

(٢) والأصح أنه لا ينعقد . انظر الروضة (٣ / ٣١٩) .

(٣) والمذهب أنه لا ينعقد نذرُ أيامِ التشريق . انظر الروضة (٣ / ٣١٩) .

في (ب) : « .... إن قلنا : إنها تقبل صوم التمتع » .

النوع الثاني

الحج

ومن نذر الحجَّ لزمه . فإن نذر ماشيًا ففي لزوم المشيِ قولان [١] ؛ بناءً على أن الأفضلَ هو الركوبُ أو المشيُ [٢] ؟ فإن قلنا : المشيُ أفضلُ ، لزمه ؛ لأنه صار وصفًا للعبادة [٣] . ثم النظرُ فيه في ثلاثة أمور :

الأول : في وقت المشي ، فلو نذر المشيَ من دويرة أهله قبل الإحرام ، ففي لزومه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنَّ المشي قبل الإحرام ليس بعبادة [٤] .

والثاني : نعم ؛ لأنّ الحج ماشيًا كذلك يكون [٥] .

فإن قلنا : يلزم [٦] ، فلو أطلق [٧] وقال : أَحجُّ ماشيًا ، أو أمشي حاجًّا ، ففيه [ثلاثة] [٨] أوجه :

أحدها : أنه يحمل اللفظ على العادة فيلزم المشي من دويرة أهله .

والثاني : يحمل على الحقيقة ، والحجُّ من وقت الإحرام [٩] .

والثالث : أنه إنْ قال : أحج ماشيًا ، فمن وقتِ الإحرام ، وإن قال : أمشي حاجًّا ، معناه

---

(١) والأظهر لزومُ المشيِ كما في الروضة (٣ / ٣١٩) . (٢) في (أ) ، (ب) : « هو المشي أو الركوب » .

(٣) رجح النووي (رحمه الله) أن الركوبَ هو الأفضلُ إلا إذا نذرَ المشي . انظر الروضة (٣ / ٣١٩) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (المشي قبل الإحرام ليس بعبادة) وجهه أن المشي في نفسه ليس بقربة وإنما يَصير قربةً مع الإحرام . وهذا له التفاتٌ إلى أحد القولين في أن الأجير إذا مات قبل الإحرام لم يستحقَّ شيئًا من الأجرة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٨ / أ) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٣ / ٣٢٠) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « يلزمه » . (٧) أي لم يعين مكانًا للمشي .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٣ / ٣٢٠) .

قاصدًا للحج [١] ، فمن دويرة أهله .

وأما في آخر الحج ، فله الركوبُ بعد التحللينِ ، وهل له ذلك بينهما ؟ فيه وجهان .

النظر الثاني : لو فاته الحجُّ بعد الشروع ، أو فسد عليه بالجماع ، لزمه لقاءُ البيت . وفي لزوم المشي وجهان ، من حيث إن هذا غير واقع عن المنذور ولكنه من لوازمه .

النظر الثالث : لو تركَ المشْيَ بعذر ، وقع الحجُّ عن نذره ، وإنْ ترك [٢] بغير عذرٍ فقولان :

أحدهما : لا ؛ لأنه ما أتى بالموصوف .

والثاني : وهو الأظهر ، أنه يقع [٣] ؛ لأنه أتى بالأصل . لكن هل يلزمه الفديةُ بترك المشْيِ ؟ فيه ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : لا ؛ لأنه ليس المشيُ من الأبعاض في الحج .

والثاني : نعم ؛ إذْ لا معنى للبعض إلا واجب لا يجوز تركه [٤] .

والثالث : أنه تجب إن تركه عمدًا ، وإن تركه بعذرٍ لم تجب .

فروع

أحدها : لو ركب في بعض الطريق ومشى في بعض ، قال الشافعي (رضي الله عنه) : إذا عاد للقضاء مشى حيث ركب ، وركب حيث مشى . وهذا تفريعٌ على لزوم القضاء ، فكأنه وقع الحج الأولُ عنه ، وبقي المشيُ الواجبُ ، فلم يمكن [٥] قضاؤه مفردًا ، فقضى بالحج له و كفاه بعض المشي لذلك ، ومنهم من قال : وَجَب المشي في جميعه ؛ لأنّ الأول لم يقع عنه [٦] .

---

(١) في (ب) : « قاصدًا الحج » . (٢) في (أ) ، (ب) : « وإن تركه » .

(٣) أي يقع هذا الحج عن نذره ، وتبرأ ذمته به .

(٤) وهذا هو الأظهر المشهور أنه يلزمه شاة . انظر الروضة (٣ / ٣٢١) .

(٥) في (أ) : « فلا يمكن » .

(٦) وهذا قول قديم للشافعي (رحمه الله) كما في الروضة (٣ / ٣٢١) . وفي شرح السنة (١٠ / ٢٨) أن الأصح أنه لا قضاء عليه كما لو ركب لِعَجْزٍ .

الثاني : لو قال : لله على أن أَحجَّ عامي هذا ، تعيَّن الوقتُ له كما في الصوم . فلو امتنع بعذر ، ففي القضاء خلافٌ كما في الصوم / وفي الإحصار خلافٌ مرتب ، وأولى أن لا يجب القضاءُ ، ونصَّ الشافعي (رضي الله عنه) في الإحصار : أنه لا يجب القضاءُ [1] . والآخرُ تخريجُ ابنِ سريج . ٢٨٦/ب

الثالث : لو قال : لله على أنْ أحج راكبًا ، وقلنا : إن الركوبَ أفضلُ ، فالقولُ فيه كالقولِ في المشي [2] .

* * *

(١) انظر الأم (٢ / ٢٥٩) ، (٢ / ٧٠) ، مختصر المزني ص (٢٧٩) . معرفة السنن والآثار (٧ / ٤٨٩) .

(٢) أي يلزمه الوفاء بالحج راكبًا ، فإن مشى فعليه دم . انظر الروضة (٣ / ٣٢٣) .

النوع الثالث

إتيان المساجد

إذا نذر إتيانَ مسجدٍ سوى المسجد الحرام والمدينة وبيت المقدس لم يلزْمه شيءٌ، قال رسول الله ﷺ : « لا تُشَدُّ الرِّحَال إلا إلى ثلاث : مسجد الحرامِ ، ومسجدي هذا ، ومسجد إيلياء » (١) أي المسجد الأقصى (٢) ، وهذا لا يُوجب تحريمًا وكراهيةً في شدِّ الرحال إلى غيره على الصحيح ، بل بيَّن أنَّ القربة هذا فقط ، أما إذا نذر إتيانَ مسجدِ بيتِ المقدس ، أو مسجد المدينة ، ففي اللزوم قولان :

أحدهما : لا ؛ إذ لا يتعلَّق بهما نُسُك (٣) .

والثاني : نعم ؛ لأنّ لهما اختصاصًا بالقربة على الجملة . فإن قلنا : يلزم ، فهل يجب أن يَضُمَّ إليه قربةً [أخرى] (٤) من اعتكافٍ أو صلاةٍ ؟ فيه وجهان .

---

(١) حديث صحيح : رواه البخاري (٣ / ٧٦) (٢٠) كتاب « فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة » (١) باب « فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة » حديث (١١٨٩) بإسناده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « لا تشد الرحال إلا لثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجد الرسول ﷺ ، ومسجد الأقصى » .

ورواه مسلم (٢ / ١٠١٤) (١٥) كتاب « الحج » (٩٥) باب « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد » حديث (١٣٩٧) . ورواه أبو داود (٢ / ٥٢٩) حديث (٢٠٣٣) . والنسائي (٢ / ٣٧) . وابن ماجه (١ / ٤٥٢) حديث (١٤٠٩) ، جميعًا من طرق عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعًا به .

(٢) قال ابن الصلاح : « حديث « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدي ، والمسجد الأقصى » ثابت في الصحيحين من حديث أبي هريرة وأبي سعيد (رضي الله عنهما) وأكثرُ الروايات « تُشَدُّ » بضم التاء على ما لم يُسَمَّ فاعلُه وهذا أقبل لما ذكره من أنه للقربة ولا تحريم فيه ولا كراهة ، وفي رواية لمسلم عن أبي سعيد « لا تَشُدُّوا » مُسَمَّى الفاعل . و « إِيلِيَاء » بهمزة مكسورة بعدها ياء مثناة من تحت ساكنة ثم لام مكسورة ثم ياء مثناة من تحت مفتوحة ، ثم ألف ممدودة . وحُكِيَ فيها القصر أيضًا قيل معناه : بيت الله ، والله أعلم » المشكل (جـ ٢ ق ١٨٨ / أ) .

(٣) وهذا القول هو الأظهر عند العراقيين وغيرهم من الشافعية كما في الروضة (٣ / ٣٢٥) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

أحدهما : أنه يلزم ؛ إذ يَبْعُد أن يكفي الاجتيازُ به (١) .

والثاني : أنه لا يلزم إلا ما التزم ، فهو مجردُ زيارةٍ كزيارة العلماء والقبور . فإن قلنا : تجب (٢) ، ففيه ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أنه يجب فيه الاعتكافُ ؛ لأنه أخصُّ بالمسجد .

والثاني : تجب الصلاة ، ولو ركعة واحدة (٣) ؛ لأنَّه (٤) أَظْهر فضيلةَ هذه المساجدِ بها ، فقال ﷺ : « صلاةٌ في مسجدي هذا تَعْدِل ألفَ صلاةٍ في غيره ، وصلاةٌ في مسجد إيلياء تعدل ألفَ صلاةٍ في غيره ، وصلاةٌ في المسجد الحرام تعدل مائةَ ألف صلاة في غيره » (٥) .

---

(١) وهذا الوجه هو أصحهما ؛ إذ الإتيان المجرد ليس بقربة . انظر روضة الطالبين (٣ / ٣٢٥) .

(٢) أي يجب أن يضم إلى الإتيان قربةً أخرى من صلاة أو اعتكاف أو غيرها .

(٣) كلمة : « واحدة » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) يعني النبي ﷺ .

(٥) قال ابن الصلاح : « ما ذكره في فضيلة الصلاة في المساجد الثلاثة قد ساقه مَساقَ حديثٍ واحد وهو – هكذا بتمامه – غيرُ ثابتٍ فيما نعلم . وصحَّ في المسجد الحرام ومسجد المدينة أنَّ رسول الله ﷺ قال : « صلاة في مسجدي هذا أفضلُ من ألف صلاة فيما سواه من المساجد إلا المسجد الحرام » أخرجه مسلم في صحيحه بهذا اللفظ من حديث أبي هريرة ، وصَحَّ مثلُه من وجوه ، وأما المسجد الأقصى ففيه حديثُ ميمونة مولاة رسول الله ﷺ أنها قالت : قلتُ : يا رسول الله أَفْتِنا في بيت المقدس قال : « أرض المحشر والمنشر ، إيتوه فصلّوا فيه ؛ فإن صلاة فيه كألف صلاة في غيره » أخرجه ابن ماجة ولم يخرج في الأصول الخمسة . والحديثُ الصحيحُ الذي ذكرناه في مسجد المدينة يأباه وما فيه من الحصر لا يكاد مثلُه يقبل التخصيصَ ، وهو يبطل ما ذكره من بَعْدُ في نذر الصلاة في المساجد من التعديل بين مسجد المدينة والمسجد الأقصى والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ١٨٨ / ب) بين ابن الصلاح (رحمه الله) أن الحديث الذي أورده الغزالي لم يصح هكذا كما أورده ، وقد صحَّ منه ما رواه البخاري في صحيحه (٣ / ٧٦) (٢٠) كتاب « فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة » حديث (١١٩٠) بإسناده عن أبي هريرة مرفوعًا بلفظ : « صلاة في مسجدي هذا خير من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام » . ورواه مسلم (٢ / ١٠١٢) (١٥) كتاب « الحج » (٩٤) باب « فضل الصلاة بمسجدي مكة والمدينة » حديث (١٣٩٤) . ورواه النسائي (٥ / ٢١٤) .

وأخرج ابن ماجه في سننه (١ / ٤٥٠) (٥) كتاب « إقامة الصلاة والسنة فيها » (١٩٥) باب « ما جاء في فضل الصلاة في المسجد الحرام ومسجد النبي ﷺ » حديث (١٤٠٦) بإسناده عن جابر مرفوعًا بلفظ : « صلاة في =

والثالث: أنه يتخيَّر بينهما[١]، وزاد الشيخ أبو علي أنه يكفيه زيارةُ القبر في مسجد المدينة.

فرع: لو نذر الصلاةَ في مسجد المدينة وإيلياء، قطع المراوزةُ باللزوم، وحكى العراقيون طرد القولين في تعيين المسجد. ولو نذر المشْيَ إلى المسجدين، ففي المشْيِ وجهان كما في المشي من دويرة أهله قبل الإحرام. وأما إذا نذر إتيانَ المسجدِ الحرام، فيلزمه حجٌّ أو عمرةٌ إن قلنا: يُحْمل النذرُ على أقلِّ واجبٍ[٢]. وإن قلنا: يُحْمل على مجرد الاسم، فلابُدَّ من إحرام إن قلنا: إن ذلك يجب بدخول مكة. وإن قلنا: لا يجب، نُزِّلَ منزلة المسجدين، فيُخَرَّج اللزومُ بالنذر على قولين. ثم لا فرقَ بين لفظ المشي وبين قوله: آتي، أو أَسير إليه، وقال أبو حنيفة (رحمه الله): لا يجب إلا بلفظ المشي.

ولا فرقَ بين أن يقول: إلى مكة، أو الحرم، أو المسجد، أو مسجد الخيف، وجميع مواضع الحرم.

ثم إن قلنا: يجب أن يُضَاف إلى الإتيان اعتكافٌ أو صلاةٌ، فهاهنا تزيد العمرة والحج[٣]؛ فإنهما أخصُّ به، ولا يَبْعُد أن يُكْتفى بمجردِ طوافٍ، وهو أيضًا أخصُّ من الاعتكاف. ولو قال: آتي عرفةَ، لم يلزمه شيءٌ؛ لأن ذلك ليس بقربة إذا لم يكن في حَجٍّ[٤]، وقال القاضي: إن خطر له شهودُ يومِ عرفةَ مع الحجيج، لم يبعد لزومُه؛ لما فيه من البركة، ولو نوى به الحجَّ لزمه الحجُّ وكذلك [لو قال][٥] إلى بيت الله تعالى فلا يلزمه شيءٌ؛ لأن جميعَ المساجد بيتُ الله إلا إذا نوى به الكعبةَ.

= مسجدي أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام. وصلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة ألف صلاة فيما سواه». والحديث صححه الألباني كما في صحيح ابن ماجه (١ / ٢٣٦ وما بعدها).

وأما الحديث الذي ذكره ابن الصلاح في مسجد بيت المقدس، فرواه ابن ماجه (١ / ٤٥١) (٥) كتاب «إقامة الصلاة والسنة» (١٩٦) باب «ما جاء في الصلاة في مسجد بيت المقدس» حديث (١٤٠٧). والحديث ضعفه الشيخ الألباني كما في ضعيف سنن ابن ماجه ص (١٠٤) وما بعدها.

(١) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٣ / ٣٢٥).

(٢) وهذا هو المذهب. انظر الروضة (٣ / ٣٢٥).

(٣) في (أ)، (ب): «تزيد الحج والعمرة».

(٤) في (أ)، (ب): «الحج».

(٥) زيادة من (أ)، (ب).

النوع الرابع

تعيين المساجد

فإذا قال : لله عليَّ أن أُصلي الفرائضَ في المسجد ، لزمه إذا قلنا : إن صفة الفرائض تُفْرض [١] بالالتزام . أما إذا عيَّن مسجدًا لم يتعين إلا المساجدُ الثلاث . وهل يقوم بعضُها مقامَ بعضٍ في المسجد [٢] سوي المسجد الحرام ؟ فيه خلافٌ [٣] . منهم من قال : يقوم ؛ لأن النبي ﷺ سوَّى بينهما بالتعديل بألف صلاة ، وعلى هذا يقوم المسجدُ الحرامُ مقامَهما . ومنهم من قال : إذا عيَّن فلابُدَّ من التعينُّ . ومنهم من طرد هذا في المسجد الحرام وقال : لا يقوم مقامَ المسجدين .

ولا خلافَ أنه لو نذر ألفَ صلاةٍ لا تكفيه صلاةٌ واحدةٌ في هذه المساجد .

ولو نذر صلاةً في الكعبة جاز الصلاةُ في أرجاء المسجد [٤] .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « تفرد » .

(٢)في (أ) ، (ب) : « المسجدين » .

(٣) قال في الروضة (٣ / ٣٢٧) : « ويقوم مسجد المدينة مقام الأقصى دون عكسه ، وهذا هو الأصح ، ونص عليه في البويطي » .

(٤) في (أرجاء المسجد) يعني في أطرافه ونواحيه .

النوع الخامس

في الضحايا والهدايا

وقد ذكرناه في الحج ، ونتكلَّم الآن في ألفاظ خمسة :

الأول : لو نذر أن يتقرب بِسَوْقِ شاةٍ إلى مكة لزمه ولم يَكْفِه الذبْحُ في غير مكة [١] . ثم يلزمه التفرقةُ بمكة ؛ لأن التلطيخ وحدَه ليس بقربة ، وفيه وجه : أنه لا تلزمه التفرقةُ بها ، بل يجوز النَّقْل ؛ لأنه لم يلتزِمْه مقصودًا . وأما إذا لم يذكر لفظ الضحية ، ولا لفظًا يدلُّ على القربة ، بل قال : [لله] [٢] عليّ أنْ أذبَحَ بمكة ، فالأظهرُ أنه يلزمه ؛ لأنَّ اقترانَه بذكرِ اللهِ تعالى ومكةَ يُشْعِر بقصد التقَرُّبِ ، ومنهم من قال : لا يلزمه ؛ لأن الذبح المذكور بمجرده ليس بقربة ما لم يُوصَفْ بما يدلُّ عليه فإنْ قال : لله علي أنْ أَذبح بنيسابور فوجهان مرتبان ، وأولى بأن لا يجب ؛ لأن لفظ « مكة » قرينةٌ مع ذكر اسم الله تعالى .

التفريع : إن قلنا : يلزم ، لو ذكر لفظَ التضحية بنيسابور فهل يتعين تَفْرِقَةُ اللحم بها ؟ فيه وجهان يُسْتمدَّان من جواز نَقْلِ الصدقة ، ويُخَرَّجُ عليه الخلافُ في أن الفقير ، هل يتعينَّ للتصدُّقِ عليه إذا عُيِّنَ ؟ ففي وجهٍ : لا يلزم ؛ إذْ لم تَثْبت قربةٌ في هذه الأعيان بخلاف مكة . فإن قلنا : لا يلزم ، فالظاهرُ أنه يلزم النذر ويسقط التعيين ، ويحتمل أن يُقال : فَسَدَ أصلُ النذرِ ، فإن قلنا: تتعين للتفرقة ، فهل يتعينَّ للذبح ؟ فيه وجهان من حيث إن تخصيصَ البلاد بالزكاة معهودٌ ، أما بالذبحِ فلا إلّا في مكة ، ولكن لا يَبْعُد أن يجب تابعًا للتفرقة .

اللفظ الثاني : إذا قال : لله عليّ أَنْ أُضَحي ببدنة ، لزمه بعيرٌ ، وهل يقوم مقامَه بقرةٌ أو سَبْعٌ من الغنم ؟ [فيه] [٣] طريقان :

أحدهما : إن عدمت البدنة جاز ، وإلا فوجهان .

---

(١) في (ب): « بغير مكة » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

والثاني : إن وُجِدت لم يَجُزْ [١] ، وإنْ عدمت فوجهان [٢] . ومأخذُ الخلافِ ، الالتفاتُ إلى موجب اللفظ [٣] ؟ أو وَضْعِ الشرع في التعديل ؟ ولا خلاف في أنه لو نذر دراهم ، فلا يتصدق بجنسٍ آخر .

التفريع : إن جَوَّزْنا الإبدالَ ، فلا يُشترط المعادلة في القيمة . وفيه وجه بعيد أنه يُشترط . وأما الصفةُ ، فالصحيح أنه يتعين من الإبل البعيرُ الثَّنِيّ الذي يُجْزىء في الضحية بقوله : عليَّ أَنْ اضحي ، وذكر العراقيون وجها ، أنه يُنَزَّل على ما يُسَمَّى بدنةً وإن كان معيبًا . نعم ، لا يُجْزِىء الفصيلُ [٤] فإنَّه لا يُسَمَّى بدنةً .

اللفظ الثالث : إذا قال : لله عليَّ هَدْيٌ ، وإن نَزَّلْناه على أقلِّ واجبِ الشرع ، فعليه حيوانٌ من النَّعَم ، سليم من العيوب ، ويلزمه السَّوْقُ إلى الحرم ، وفيه وجه أن السوق لا يجب ؛ لأن دم الإحصار ودَمَ الحيوانات تُجزيء في غير الحرم [٥] . وإن قلنا : يُنَزَّل على جائز الشرع ، فكلُّ ما يَنْطلق عليه اسمُ الهَدْيِ [٦] ، والمنحة - ولو دانق - يتصدق به حيث كان ، وفيه وجه : أنه لابد من تبليغ الحرم ؛ لاسمِ « الهَدْيِ » ، وهو بعيد .

اللفظ الرابع : إذا قال : لله علي أنْ أُهْدِي هذه الظبيةَ إلى مكة ، لزمه التبليغُ ، ويتصدَّق بها حَيَّةً بمكة ، إذ لا قُرْبةَ في ذبحها ، كما لو نذر عشرة أذرع من كرباس لا يخيطه قميصًا [٧] . ولو نذر بعيرًا مَعِيبًا لا يجزيء في الضحية ، ففي وجوب ذبحه بمكة وجهان ؛ لأنه من جنس الضحية

(١) يعني لم يجز العدول .

(٢) إن عدمت البدنة جاز أن يقوم مقامها بقرة أو سبع من الغنم . انظر الروضة (٣ / ٣٣٠) .

(٣) يعني في اللغة ، وهو الإبل .

(٤) الفصيل : هو ولد الناقة إذا فطم ؛ لأنه يُفْصل عن أمه . انظر : المصباح (٢ / ٧٢٨) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله - فيما إذا قال : لله عليّ أن أُهدي .... (لأن دم الإحصار ودماء الجبرانات تجري في غير الحرم) هذا غَيْرُ مَرْضِيٍّ ؛ فإن دماء الجبرانات لا تجوز إلا في الحرم ، على ما سبق بيانُه في كتاب « الحج » قطعوا بذلك ، وكان يمكن - على بُعْدٍ - أن يتأوله على دماء الجبرانات في حق المحصر ، أو على وجه بعيد في بعض دماء الجبرانات وسبق منه ذِكْرُه واستبعادُه ، ولكن ظهر من كلامه وكلامِ شيخه إرادةُ ذلك بإطلاقه ، فكأنه من السهو الذي لا يَسْلم منه إنسانٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٩ / أ) .

(٦) في (ب) : « اسم البدنة » .

(٧) يعني لا يلزمه أن يخيطه .

وإن لم يكن بصفته . فلو عَيَّنَ مالًا وقال : عليَّ أَنْ أُهْدِيَه إلى مكة ، لزمه النَّقْلُ بعينه إلا أن يكون عقارًا أو حجر رحى [١] مما لا يمكن النقل ، فَيَبيع وينقل القيمةَ ، وخُرِّج من هذا أن مكة تتعين في الصدقة والصلاةِ إذا عُيِّنَتْ . وهل تتعين للصوم ؟ الظاهرُ أنه [٢] لا تتعين ؛ إذ لم يَثْبت لها اختصاصٌ في الصوم بخلاف الصلاة والصدقة .

اللفظ الخامس : إذا قال : عليّ أنْ أَستر الكعبةَ ، أو أُطَيِّبها ، لزمه ؛ لأن الستر عُهِد في العصر الأول ولم يُنْكَرْ ، وهذا يدلُّ على أن ما ليس بقربة مقصودة أيضًا يلزم بالنذر ، ويجوز سَتْرُ الكعبةِ بالحرير ؛ لأن ذلك مُحَرَّم على الرجال أن يلبسوه [٣] بأنفسهم لا في التزيُّن [٤] . وفي التزام تطييبِ المسْجِدَيْنِ الآخرين تردُّدٌ ، [والله تعالى أعلم] [٥] .

* * *

(١) وهو يستخدم في طحن القمح والذرة وغيرهما .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أنها » .

(٣) في الأصل : « أن يلبسونها » بإثبات « النون » والمثبت من (أ) ، (ب) ، وهو القاعدة . وانظر في تحريم لبس الحرير للرجال صحيح البخاري مع الفتح (١٠ / ٢٩٥) حديث (٥٨٢٨) . ومسلم (٣ / ١٦٤٣) حديث (٢٠٦٩) . وسنن أبي داود (٤ / ٣٢١) . وابن ماجه (٢ / ١١٨٨) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في ستر الكعبة بالحرير (لأن ذلك محرم على الرجال أن يلبسوه بأنفسهم لا في التزيُّن) معناه أنه لم يحرم على الرجل أن يُزَيِّن بالحرير غَيْرَه ، مثل الكعبة ونحوها ، وإنما حرم عليه أن يَلْبسه بنفسه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٨٩ / أ) .

(٥) زيادة من (ب) .

كتاب أدب القضاء

وفيه أربعة أبواب

الباب الأول

في التولية والعزل

(وفيه فصلان)

الفصل الأول

في التولية

وفيه ستُّ مسائل :

الأولى : في فضيلة القضاء والقيام بمصالح المسلمين :

والانتصافُ للمظلومين من الظالمين من أفضل القربات ، وهو من فروض الكفايات ، وهو أفضلُ من الجهاد وأهمُّ [منه] (١) ؛ لأن الجهاد لطلب الزيادة ، والقضاءَ لحفظِ الموجود ، وقد قال رسول الله ﷺ : « لَيَوْمٌ واحدٌ منْ إمامٍ عادلٍ أَفْضَلُ من عبادة ستين سنةً ، وحَدٌّ يُقَام في أرض بحقه (٢) أزكى من مطر أربعين خريفًا » (٣) فلأجل فضيلة الولاية ، وكونِها مُهِمًّا لنظام الدين والدنيا : تجب الإجابةُ على مَنْ دُعِيَ إلى الحكم (٤) ، والمستحبُّ أنْ يقول إذا دُعِيَ : سَمْعًا وطاعةً .

الثانية : في جواز طلب القضاء والولايات :

وقد ورد فيه التحذيرُ مع ما ذكرناه من الفضل ، فقد قال ﷺ : « مَنْ وَلِيَ القضاءَ فقد (٥) ذُبِحَ بغيرِ سكينٍ » (٦) : وقال لعبد الرحمن بن سمرة : « لا تَسْأَلِ الإمارة / ؛ فإنَّكَ إنْ أُعْطِيتَها عن ٢٨٧/ب

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) ، (ب) « لحقه » .

(٣) قال ابن الصلاح : « حديث : ليوم واحد من إمام عادل ... » قد روي من حديث أبي سعيد الخدري (رضي الله عنه) ولم أجِدْ له إسنادًا ثابتًا ، ولكنْ أحاديثُ القضاء يُتَساهَل في أمرها . وقوله : (أربعين خريفًا) قد رُوِيَ بدله (أربعين يومًا) والله تعالى أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٩/أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (تجب الإجابة على من دُعِيَ إلى الحكم) يعني لمحاكمة خصمه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٩/أ) . (٥) في (أ) ، (ب) : « فكأنما » .

(٦) حديث صحيح : رواه أبو داود (٤/٤) (١٨) كتاب « الأقضية » (١) باب في « طلب القضاء » حديث (٣٥٧١) . ورواه الترمذي (٦١٤/٣) (١٣) كتاب « الأحكام » (١) باب « ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي » حديث (١٣٢٥) . وابن ماجه (٧٧٤/٢) (١٣) كتاب « الأحكام » (١) باب « ذكر القضاة » حديث =

مسألةٍ وُكِلْتَ إليها ، وإنْ أُعْطِيتَها من غير مسألةٍ أُعِنْتَ عليها »[1] . وقال عمر (رضي الله عنه) : « ما مِنْ أميرٍ ولا والٍ إلا ويُؤْتى يَوْمَ القيامةِ مَغْلولة يَدَاه إلى عُنُقِه أطلقه عَدْلُه أو أَوْبَقَه جَوْرُه »[2] .

وإنما هذه التحذيرات ؛ لأن [هذه][3] الولاية تستخرج من النفس خفايا الخبث حتى يميل على العدوّ وينتقم منه ، وينظر للصديق ، ويتبع الأغراض ، وقد يَظُنُّ بنفسه التقوى فإذا وُلِّيَ تَغَيَّرَ ، فنقول : للطالب أربعةُ أحوالٍ :

(إحداها) : أن يكون متعينًا ، بأن لا يوجد غيره ممن يَصْلح ، فالطلبُ فَرضٌ عليه . وإن كان خاملًا فعليه أَنْ يُشْهِرَ نفسَه عند الإمام حتى يُوَلَّى . ثم إن كان يخاف على نفسه الخيانةَ والمَيْلَ لم يكن هذا عذرًا ، بل عليه أن يُجَاهد نفسَه ، ويلازم سَمْتَ التقوى ، فإنْ تَوَلَّى ومالَ عَصَى ، وإن امتنع من القبول - خَوْفًا من الميل - عَصَى ، وهو متردد بين إحدى مَعْصيتين لا محالةَ .

(الثانية) : أن يكون في الناحية مَنْ هو أصلح منه ، ففي انعقادِ إمامةِ المفضولِ خلافٌ[4] .

= (٢٣٠٨) . ورواه أحمد في مسنده (٢٣٠/٢) حديث (٧١٤٥) جميعًا من طرق عن أبي هريرة (رضي الله عنه) مرفوعًا . والحديث صححه الشيخ الألباني كما في صحيح سنن ابن ماجه (٣٣/٢) .

وقال ابن الصلاح : « ومعني الحديث - والله أعلم - فقد ذبح ولكن من حيث المعنى لا من حيث الصورة ؛ وذلك لأنه بين عذاب الدنيا إن رشد ، وعذاب الآخرة إن فسد ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٩/أ) .

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه (١٣٢/١٣) كما في الفتح (٩٣) كتاب « الأحكام » (٥) باب « من لم يسأل الإمارة أعانه الله عليها » حديث (٧١٤٦) ورواه مسلم (١٤٥٦/٣) (٣٣) كتاب « الإمارة » (٣) باب « النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها » حديث (١٦٥٢) . وأبو داود (٣٤٣/٣) حديث (٢٩٢٩) ، والترمذي (٩٠/٤) حديث (١٥٢٩) .

(٢) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من قول عمر (رضي الله عنه) موقوفًا ، قد جاء نحوُه مرفوعًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٩/ب) .

قلت : هذا الحديث المرفوع الذي أشار إليه ابن الصلاح رواه أحمد في مسنده (٣٢٣/٥) حديث (٢٢٨١٠) بإسناده عن عبادة بن الصامت مرفوعًا ورواه أيضًا في (٢٨٤/٥) حديث (٢٢٥٠٩) بإسناده عن سعد بن عبادة (رضي الله عنه) مرفوعًا أيضًا . ومعني (أَوْبَقَه) أي : أهلكه .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) والأصح انعقاد إمامة المفضول في وجود الفاضل ؛ لأن تلك الزيادة التي في الفاضل خارجة عن شرط الإمامة . انظر الروضة (٩٢/١١) .

فإن مَنَعْنا ، ففي انعقادِ قضاء المفضول وتوليتِه خلافٌ ، والأصحُّ أنه ينعقد ؛ لأنَّ ما يفوت من مَزِيّة الإمامة لا جَبْرَ لها ، ونقصانُ القاضي يَجْبُرُه [1] نَظَرُ الإمامِ من ورائه . فإن قلنا : لا ينعقد ، حَرُمَ عليه القبول ، وحَرُمَ على الإمام التوليةُ . فإن قلنا : ينعقد ، جاز للمفضول القبولُ إنْ وُلِّيَ بغير مسألة وأوْلى أن لا يَقْبل . وأما الطلبُ فمكروهٌ ولا ينتهي إلى التحريم ، وقيل : إنه يحرم . وهذا كلُّه في الواثق بنفسه الذي اختبر وَرَعَها وتقواها ، فإن كان معه استشعارُ خيانةٍ فَيَحْرُم الطلبُ .

(الثالثة) : أن يكون في البلد من هو دونه ، فإن قلنا : لا تنعقد ولايةُ المفضول ، التحق بالصورة الأولى . وإن قلنا : تنعقد ، جاز القبولُ بل هو الأولى [2] لتحصيل تلك المزية للمسلمين . وأما الطلب فهو جائزٌ . وإن قُلِّدِ بغير سؤالٍ ، فهل يلزمه القبولُ ؟ فيه وجهان ، ولكن هذا إذا كان واثقًا بنفسه ، فإن كان خائفًا ، فهذا لا يوازيه مَزِيّة الفضيلة [3] ، فليمتنع .

(الرابعة) : أن يكون في الناحية مثلُه ، فالقبول جائزٌ . وإنْ وُلِّيَ بغير سؤالٍ فلا يجب القبولُ على الأظهر ؛ لأنه غَيْرُ متعينٍّ ، لكن الأولى القبول ؛ لأنَّه أتاه من غير مسألة ، فَيُعَانُ عليه . وأما الطلبُ فيحتمل أنْ يُكْرَه ؛ للخطر ، ويحتمل أن يُسْتحب ؛ للفضيلة ، وكلُّ هذا إذا لم يَخَفْ على نفسه ، فإن خاف خوفًا ظاهرًا ، فعليه الحذر .

وإن كان لا يستشعر مَيْلًا ، ولكنه لم يُجَرِّبْ نفسَه في الولايات : فإنْ كانت له حاجةٌ لطلبِ رزقٍ وكفايةٍ ، فلا تُطْلق له الكراهيةُ بالتوهُّم مع الحاجة ، فله الطلب ، وإن لم تكن حاجةٌ فَيُكْرَه له الطلبُ بمجرد هذا الاستشعار ولا ينتهي إلى التحريم .

المسألة الثالثة : في صفات القضاة . ولا بُدَّ أن يكون حرًّا ، ذكرًا مفتيًا بصيرًا ، إذْ لا ولايةَ للعبد ولا للمرأة ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يجوز توليةُ المرأةِ فيما لها فيه شهادةٌ [4] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « يجبرها » . (٢) في (أ) ، (ب) : « أولى » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مرتبة الفضيلة » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز أن تتولّى المرأةُ القضاءَ مطلقًا ، ولا يصح قضاؤها ، سواء كان ذلك في الحقوق ، أم الأموال ، أم في الحدود والقصاص وغير ذلك . وهذا مذهب المالكية والحنابلة . انظر الوجيز (٢/ ٢٣٧) . الروضة (٩٥/١١) . المنهاج ص (١٤٨) . حلية العلماء (١١٣/٨) . القوانين الفقهية ص (٢٩٩) . حاشية الدسوقي (٤/ ١٢٩) . الشرح الصغير على أقرب المسالك (١٨٧/٤) . أسهل المدارك شرح إرشاد السالك (٣/ =

وقولُنا : (مفتي) [١] ، أردنا المجتهدَ الذي تُقبل فتواه ، ويخرج عنه الصبيُّ والفاسقُ ؛ إذ لا تقبل فتواهما [٢] نعم ، الفاسقُ مُفْتٍ [٣] في حقّ نفسِه حتي لا يجوز له تقليدُ غيره ، ولكن لا يُوثَق بفتواه . ونَعْني بالمجتهدِ : المتمكنَ مِنْ دَرَكِ أحكام الشرع استقلالًا من غير تقليد غيره . ويُسْتقصى تفصيلُ ذلك في علم الوصول [٤] . أما المقلِّد فلا يَصْلح للقضاء . وأما مَنْ بلغ [٥] مبلغَ الاجتهاد في مذهب إمامٍ – لا في أصل الشرع – ففي جواز الفتوى له خلافٌ مبني على [أن] [٦] من قلّده ، كان قد قلَّدَ إمامه الميتَ ، أم قلده في نفسه ؟ فمن جوَّز تقليد الميت [٧] – وهو الصحيح – جوّز له

= ١٩٤) . الفروع لابن مفلح (٤٢١/٦) . المبدع (١٩/١٠) . كشاف القناع (٢٩٤/٦) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أنه لا يجوز تَوْليةُ المرأةِ القضاءَ ، فإن تولَّتْ أَثِمَ المُوَلِّي لها ، وصَحَّ قضاؤها فيما تصحُّ فيه شهادتها كالأموال ، ولا يصحُّ قضاؤها في الدماء والحدود وكلُّ ما لا تُقْبل شهادتُها فيه . انظر رءوس المسائل (٥٢٦) . بدائع الصنائع للكاساني (٣/٧) . شرح فتح القدير (٢٩٧/٧) . رد المحتار (٤٤٠/٥) . ملتقى الأبحر (٧٥/٢) .

(١) في (أ) ، (ب) : « مفتيًا » . (٢) في (ب) : « فتواه » .

(٣) في الأصل : « مفتي » والصواب حذف الياء هنا .

(٤) في (أ) ، (ب) : « علم الأصول » . وانظر تفصيل ذلك في المستصفى (٣٥٠/٢ – ٣٥٣) . المنخول ص (٤٦٣ ، ٤٦٤) . روضة الطالبين (٩٥/١١ ، ٩٦) إحكام الفصول في أحكام الأصول ص (٦٣٧)

(٥) في (أ) ، (ب) : « يبلغ » . (٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) وانظر الروضة (٩٩/١١) ففيها مزيدُ إيضاحٍ لهذا الأمر .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (أما من بلغ مبلغ الاجتهاد في مذهب إمام لا في أصل الشرع ... إلى قوله : (فمن جوز تقليد الميت ، جوز له الفتوى) هذا كلام مشكل ، وهو مبني على ما ذكرتُه في كتاب « الفتوى » من تأليفي من أن المقلِّد لا يُفْتي ، وأنه لا يكون مُفتيًا بما يذكره من مذهب إمامِه ؛ لأن فتوى المفتي قولُه ، وهذا قولُ إمامه لا قولُه . ومَنْ يُعَدُّ من المفتين – من الفقهاء المقلدين – فليسوا في الحقيقة من المفتين ، ولكنْ لما قاموا عند الضرورة مقامَ المجتهدين من المفتين وأمْكَنَهم ، عُدُّوا من المفتين . وأما المجتهدُ في مذهب إمام ، فقد ألحقه اجتهادُه ذلك بإمامه في جواز الفتوى ، ومقلِّدُه مُقَلِّدٌ لإمامه . فإن جوَّزْنا تقليدَ الميت – وهو الصحيح الذي عليه العمل – جازت فتياه . ومن لا يُجَوِّز تقليدَ الميت ، لم يُجَوِّزْ فتياه ؛ لأنها قولُ إمامِه الميت الذي بطل – بموته – تَقْليدُه ، وهكذا مَنْ جَعَلَ ذلك تقليدًا لهذا الحيّ ؛ لصدور صورة الفتيا منه دون الميت ، لم يُجَوِّزْه ؛ لأن ذلك قولُ إمامِه لا قولُه ، فهو كالمقلِّد المحض كما سبق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٨٩/ب ، ١٩٠/أ) .

الفتوى، ومع هذا فلا تجوز توليتُه مع القدرة على مجتهد مُستقل، وإذا لم يوجد غيره وَجَبَ تقديمُه على الجاهلِ والذي لم يَبْلغ مبلغَ الاجتهاد في المذهب .

وينبغي أنْ يُعْتبر مع هذه الخصال : الكفاءةُ اللائقة بالقضاء [(١)] ، فمجردُ العلمِ لا يكفي لهذه الأمور .

وفي تولية الأُمّيّ الذي لا يُحْسِنُ الكتابةَ وجهان ، أصحهما الجوازُ ؛ إذ كان ﷺ أُميًّا . وأَمّا العَمَى فيمنع القضاءَ ؛ لأنه لا يُميِّز بين الخصوم والشهود .

ثم هذه الشروطُ أطلقها أصحابُنَا ، وقد تعذَّر في عصرنا ؛ لأن مصدَر الولايات / خالٍ عن ٢٨٨/أ هذه الصفات ، وقد خلا العصر أيضا عن المجتهد المستقلّ ، والوجهُ القطْعُ بتنفيذ قضاءِ مَنْ ولاه [(٢)] السلطانُ ذو الشوكة ؛ كيلا تتعطَّلَ مصالحُ الخلقِ ، فإنا ننفذ قضاءَ أهل البغي للحاجة ، فكيف يجوز تعطيلُ القضاءِ الآن ؟ نعم ، يَعْصِي السلطانُ بتفويضه إلى الفاسق والجاهل ، ولكنْ بعد أنْ وَلَّاه فلابُدَّ من تنفيذ أحكامه ؛ للضرورة [(٣)] .

المسألة الرابعة : في الاستخلاف [(٤)] . والأَوْلَى [(٥)] بالإمام أن يُصَرِّح بالإذْن فيه . فإنْ نَهى

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (تعتبر الكفاءة اللائقة بالقضاء) هذه الكفاءة هي النهضة والقيامُ بعمل القضاء ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٠/أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « يُوَلِّيه » .

(٣) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من تقييد أحكام الفاسق أو الجاهل إذا ولاه السلطان للضرورة (كما ينفذ قضاءُ أهلِ البغي للحاجة) هو بخلاف ما قالَه غيْرُه ، فإن المنقول في « تعليق » القاضي حسين وغيره أنه لا تنفذ أحكامُه وإنْ ولاه الإمامُ . وما احتج به من قضاء أهل البغي ففي « التهذيب » وغيره أنهم إذا ولَّوْا قاضيًا غير عدل لم تنفذ أحكامه . نعم ، ماذكره تَوَّجَهُ بإجماع الأمة على تنفيذ أحكام الخلفاء الظلمة وأحكام مَنْ وَلَّوْا ، غيْرَ أنه يُورَدُ عليه ما إذا ولَّى السلطانُ قاضيًا كافرًا فإنه لا تنفذ أحكامُه مع وجود الضرورة ، وإن ارتكبَ وطَرَد فقد أبْعَدَ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٠/أ) .

(٤) أي في استخلاف القاضي من يساعده في القضاء . قال في الروضة (١١٨/١١) : « يُسْتحب للإمام أن يأذن للقاضي في الاستخلاف » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وأولى » .

امتنع ، وإن أطلق ، فثلاثةُ أوجهٍ [١] :

أحدها : أنه يمتنع ؛ لأنه لم يُفَوّضْ إليه ، وولايةُ القضاء عند الشافعي (رضي الله عنه) تتجزَّأ ، حتي لو فوض إليه قضاءَ الرجال دون النساء ، أو قضاءَ الأموال دون النفوس ، أو استثنى شخصًا واحدًا عن ولايته : نفذ عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) فكذلك إذا لم يفوض إليه الاستخلاف [٢] .

والثاني : أن المطلق يُنَزَّل على المعتاد ، [٣] فيجوز له الاستخلاف [٣] .

والثالث : أنه إن اتَّسَعَتْ خطَّةُ الولاية ، بحيث لا يَقْدر على القيام بنفسه جاز ، وإلا فلا .

وتُشترط صفاتُ القضاة في النائب إلا إذا لم يفوّض إليه إلا تعيين الشهود أو التزكية ، فإنه لا يُشْترط من العلم إلا ما يليق به . وقال الشيخ أبو محمد : نائبُ القاضي في القرى إذا لم يفوضْ إليه إمضاء الحكم [٤] بل سماع البينة ونَقْلها ، فلا يُشْترط منصبُ الاجتهاد ، بل العلمُ اللائق بأحكام البينات .

فرع : ليس له أنْ يَشْترط على النائب الحكمَ بخلاف اجتهادِه ، أو بخلاف اعتقاده ، حيث يجوز توليةُ المقلِّد للضرورة ، بل اعتقاد المقلّد في حقه كالاجتهاد في حقِّ المجتهد ؛ فإنْ شَرَطَ حنفيٌّ على نائبه [الشافعيِّ] [٥] الحكمَ بمذهب أبي حنيفة (رحمه الله) جاز له الحكمُ في كل مسألة توافق [٦] فيها المذهبان . وما فيه خلافٌ لا يحكم فيه أَصْلًا لا بمذهب أبي حنيفة (رحمه

---

(١) قال في الروضة (١١/١١٨) : « إن أمكنه القيامُ بما تولاه - كقضاء بلدة صغيرة - فليس له الاستخلاف على الأصح ، وإن لم يمكنه - كقضاء بلدتين أوبلد كبير - فله الاستخلافُ في القدر الزائد على ما يُمْكِنه وليس له الاستخلافُ في الممكن على الأصح » .

(٢) انظر رد المحتار (٥/٤١٩) وفيه أن القضاء يقبل التقييد والتعليق ، وذلك كقول الإمام للقاضي : إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت قاضيها ، و كقوله : جعلتك قاضيا في رأس الشهر ، ويقبل أيضًا الاستثناء كقوله : جعلتك قاضيًا إلا في قضية فلان ، أو لا تنظر في قضية كذا . وهذا يخالف ما ذكره الإمام الغزالى عن أبي حنيفة (رحمه الله) .

(٣) قوله : « فيجوز له الاستخلاف » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الأحكام » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (ب) : « يتوافق » .

الله) ؛ فإنه خلافُ اعتقادِه ، ولا بمذهبِ الشافعي (رضي الله عنه) فإنه لم يُفَوَّضْ إليه [١] .

المسألة الخامسة : إذا نَصَب في بلدة قاضيين على أن لا يستقل أحدُهما دون الآخر : لم يجز ؛ لأنَّ الاختلافَ يكثر في الاجتهاد ، فيؤدي إلى بقاء الخصومات ناشئةً . ولو خَصَّصَ كلَّ قاضٍ بطرفٍ من أطراف البلد : جاز ، كما يُعْتَاد في بغداد ، وإنْ أثبت لكلِّ واحدٍ الاستقلالَ في جميع البلد فوجهان :

أحدهما : لا ؛ إذ يتنازع الخصمان في اختيار أحدهما ، وكذلك في إجابة داعيهما بخلاف داعي الإمام والقاضي أو خليفته [٢] ، فإنَّ داعيَ الأصلِ يُقَدَّم ، وكذلك من اختاره .

والثاني : أنه يجوز ، ويحكم عند النزاع بالقرعة في التقديم [٣] .

المسألة السادسة : في التحكيم .

إذا حَكَّم رجلان رجلًا [٤] اختصما في مال ، هل يُنَفَّذ حكمُه عليهما ؟ فيه قولان ، والنكاحُ مرتبٌ على المال ، وأولى بأنْ لا ينفذ والعقوباتُ مرتبةٌ على النكاح وأولى بأن لا تنفذ ، ثم اخْتُلِفَ في محل القولين ، قيل : إنه إذا لم يكن في البلد قاضٍ ، فإن كان لم يَجُزْ . وقيل : إنْ لم

---

(١) قال ابن الصلاح : « ما ذكره فيما إذا وَلَّى حنفيٌّ شافعيًّا بشرط أن يكون حكمه بمذهب أبي حنيفة من أنه (يجوز له الحكمُ بما يتوافق فيه المذهبان) يُشْعِر بصحة هذه التولية ، والمقطوعُ به في « المهذب » ، و« التهذيب » أن التولِيَة باطلةٌ ، والخلافُ في ذلك مُتَّجِهٌ من حيث إنه من قِبَل العقد الذي لا عِوَضَ فيه المقترن بالشرط الفاسد ، وعن القاضي حسين أنه أفْتى بصحة التولية مع إفساد الشرط ؛ فيقضي بجميع مذهبه » . المشكل (جـ٢ ق ١٩٠/أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (داعي الإمام والقاضي أو خليفته) معناه الإمام والقاضي أو القاضي وخليفته . وقوله : (داعي الأصل يُقَدم) رأيٌ رآه شيخُه ، وكلامُ غيرِه مطلقٌ ، والظاهرُ أنّ الأصل وفرعَه في ذلك كالقاضيين ؛ لأن الفرعَ كالأصل في وجوب إجابته ونفاذِ حكمه ، ولا تأثير لكونه أصلًا فيما نحن فيه ، والله أعلم » مشكل الوسيط (حـ ٢ ق ١٩٠/ب) .

(٣) قال في الروضة (١٢١/١١) في هذه المسألة : « وأصحهما الجواز كالوكيلين والوصيين . فعلى هذا ، لو تنازع الخصمان في إجابة داعي القاضيين يُجَاب مَنْ سبق داعيه . فإن جاءوا معًا أُقْرِعَ . وإن تنازعا في اختيار القاضيين ، فقد أطلق الغزالي أنه يُقْرع ، وقال الماوردي : القولُ قولُ الطالب دون المطلوب . فإن تساويا ، حَضَرَا عند أقرب القاضيين إليهما ، فإن استويا في القرب فالأصحُّ أنه يُقْرع » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فإذا حكم رجلًا رجلان » .

يكن فهو جائزٌ ، وإن كان فقولان ، وقيل بطرد القولين مطلقا ، والأصحُّ : المنعُ بكل حال [١] ، وقد ذكرنا توجيه ذلك في مسألة مفردة التمس [٢] بعضُ الفقهاء بالشام .

التفريع : إن جوَّزْنا ذلك ، فَلْيكُنِ المحكَّمُ على صفة تُجَوِّزُ للقاضي توليتَه ، ثم لا ينفذ إلا على مَنْ رَضِيَ . فلو تعلَّق بثالثٍ – كما إذا كان في قَتْل الخطأ – لم يَضْرِبَ الدِّيَةَ على العاقلة إذا لم يَرْضَوْا بحكمه ، وفيه وجه : أنَّ رضا القاتل كافٍ فيه ؛ لأنهم تَبَعٌ له ، وهو بعيد ؛ لأنَّ إقرار القاتل لا يُلْزمهم ، فكيف يُلزمهم رضاه !! والمذهب أنه لا يُحَكَّم [٣] في الاستيفاء ، بل ليس إليه [٤] إلا الإثبات ، وفيه وجه .

ولا شك أنه ممنوعٌ من استيفاء العقوبات ؛ لأنَّه يَخْرِم أُبَّهَةَ الولاية .

ثُم للمُحَكِّم أنْ يرجع عن التحكيم قبل تمام الحكم ، وبعده فلا ينفع . وإن لم يُجَدِّدْ رضًا بعد الحكم [٥] ، فهل يلْزم بمجرد الرضا السابق ؟ ذكر العراقيون وجهين .

* * *

---

(١) قال في الروضة (١١/٢١٢) : « هل يجوز أن يحكم الخصمان رجلًا غير القاضي ؟ وهل لحكمه بينهما اعتبارٌ ؟ قولان : أظهرهما – عند الجمهور – نعم ، وخالفهم الإمام الغزالي فَرَجَّحَ المنع ... ولا يجزىء في حدود الله تعالى على المذهب ؛ إذ ليس لها طالب معين » .

(٢) في (ب) : « التمسها » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والمذهب أنه لا يَحْبِس » ، يعني ليس له أن يَحْبس أحدَ المتخاصمين .

(٤) في (أ) ، (ب) : « له » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم للمحكم أن يرجع عن التحكيم قبل تمام الحكم ، وبعده لا ينفع . وإن لم يجدد رضًا بعد الحكم) ذكر فيه وجهين مع قطعه بأن رجوعه بعد تمام الحكم لا ينفع ، وذاك أنه أراد بتمام الحكم الفراغ منه مع تجديد الرضا به ، فاعْلَمْ ذلك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩١/أ) .

الفصل الثاني
في العَزْلِ وحُكْمِه

وفيه خمس مسائل :

الأولى : في الانعزال . ويَنْعزل بكلِّ صفةٍ لو قارنت التوليةَ لامتنع ، كالعمى والجنون والنسيان . أما الفسقُ ، فالإمام الأعظم لا يَنْعزل بِطُرآنِه ؛ إذ فيه خطرٌ ، ويَجُرُّ ذلك فسادًا . أما القاضي إذا فسق وَجَبَ [1] على الإمام عَزْلُه ، وقطع الفقهاء المعتبرون بانعزاله ، وقال بعضُ
٢٨٨/ب الأصوليين : / لا يَنْعزل إلا أن يُعْزل .

فرع : لو جُنَّ القاضي ثم أفاق ، فهل يعود قضاؤه ؟ فيه وجهان ، والأصحُّ أنه لايعود كالوكالة ؛ لأنَّ القضاءَ أيضًا جائز ؛ إذْ للقاضي أنْ يَعْزل نفسَه .

الثانية : في جواز العزل . فللإمام عَزْلُ القاضي إذا رَابَهُ منه أمرٌ ، ويكفي غلبةُ الظنِّ . فإن لم يظهر سببٌ فعزَلَه بِمَنْ هو أفضلُ : نفذ . وإنْ عزله بمن هو دونه لم يَنْفُذْ على الأظهر . وإنْ عزلَه بمثله فوجهان ، واختار الإمامُ نُفُوذَ عزلِه بكلِّ حال ؛ إذ ربما يرى مَنْ هو دونه أصلحَ لهم منه ، نعم عليه [فيما] [2] بينه وبين الله تعالى أنْ لا يَعزل إلا لمصلحة المسلمين ، فإنْ خالفَ المصلحة عَصَى ، ولكن يَنْبغي أنْ ينفذ عَزْلُه ؛ فإن ذلك يَجُرُّ فسادًا في الأقضية .

فرع : حيث ينفذ العزلُ ، فهل يقفُ على بلوغ الخبر إليه ؟ فيه طريقان :

أحدهما : أنه على قولين [3] كالوكيل .

والثاني : القطع بأنَّه لاينعزل ؛ لِمَا فيه من الضرر [4] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « توجَّه » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (ب) : « القولين » .

(٤) والمذهب على هذا القول وهو أنه لاينعزل قبل بلوغ الخبر إليه ؛ لِعظَمِ الضرر في نقض أقضيته . انظر الروضة (١٢٦/١٠) . المنهاج ص (١٤٩) . الغاية القصوى (١٠٠٨/٢) .

أما إذا كتب : إذا قرأتَ كتابي [هذا] [١] ، فينعزل [٢] عند القراءة ، وكذلك إذا [٣] قُرِئَ عليه بخلاف الطلاق ؛ فإن ذلك ينبني على اللفظ ، وهذا ينبني على المقصود ، ولا يَقْصد الإمامُ الجادُّ في العزل قراءتَه بنفسه ، وفيه وجه : أنَّ هذا كالطلاق .

الثالثة : إذا انعزل الإمام لم ينعزل القضاة ، وكذا إذا مات ؛ إذ يَعْظُم الضَّرَرُ في خُلُوِّ الخِطَّة عن القضاة . ولو انعزل القاضي بعزلٍ أو موتٍ أو غيره انعزلَ كلُّ مَنْ فَوَّضَ إليه شغلًا معينًا ، كمن يُصْغِي إلى شهادةٍ معينة . وأما خليفتُه ونوابُه في القرى وقَيِّمُ الأطفالِ ، ففي انعزالهم ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أنهم لاينعزلون كما لا ينعزل القاضي بموت الإمام .

الثاني : ينعزلون كما ينعزل الوكيلُ .

والثالث : أنه إن استخلف بالإذن الصريح [٤] : لم ينعزلوا ، وإن استقلَّ بالاستخلاف : انعزلوا [٥] .

الرابعة : إذا قال القاضي بعد العزل : « كنتُ قضيتُ لفلانٍ » لم يُقْبَل قولُه كالوكيل بعد العزل [٦] ، ويُقْبَل بمجرد قوله قبل العزل وإن لم تكن بينةٌ وإن قَضَيْنا بأنه لا يحكم بمجردِ علمِه ، وهذا متفقٌ عليه ؛ لأنه أهلُ الإنشاء في الحال .

ولو شهد عدلان بعد العزل على قضائه : ثَبَتَ . وإنْ كان هو أحدَ العدلين وقال : « أَشْهد أني قضيتُ » لم يُقْبل ، ولو قال : أشهد أنَّ قاضيًا قضى ، ففيه وجهان :

أحدهما : تُقْبل كما تُقْبل شهادة المرضعة كذلك [٧] .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « انعزل » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إنْ » .

(٤) يعني إن استخْلَف القاضي بالإذن الصريح من الإمام الأعظم .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١١/١٢٧) وفيها زيادة تفصيل . وانظر المنهاج ص (١٤٩) . والغاية القصوى (٢/١٠٠٨) .

(٦) يعني لم يقبل قوله إلا ببيِّنَةٍ .

(٧) وفي الروضة (١١/١٢٨) أن شهادته هنا تُقْبل على الأصح ، كما لو شهدت المرضعةُ برضاعٍ مُحَرِّمٍ ولم تَذْكر فِعْلَها . وانظر المنهاج ص (١٤٩) . والغاية القصوى (٢/١٠٠٨) .

والثاني : لا ؛ لأنّ نسبة القضاءِ إليه ظاهرٌ ، فكأنَّه صَرَّح به .

الخامسة : مَنِ ادَّعى على قاضٍ معزول ، أنه أَخَذ منه رشوةً ، حمله إلى القاضي المنصوب لِيَفْصِل بينهما الخصومةَ بطريقها .

وإنِ ادَّعى أنه أَخذ مِنِّي المالَ بشهادة عبدين ، أو مُعْلِنَيْنِ بالفسق فكذلك . وإن ادعى مجرد الحكم دون أخذ المال [١] ففي قبول الدعوى وجهان [٢] ينبنيان على أنَّ القاضي إذا أقرَّ على نفسه بذلك ، هل يغرم ؟ أم يختصُّ الغرم بالشهود ؟ .

لو حاسَبَ الصارفُ الأُمناءَ [٣] ، فادَّعى واحدٌ منهم أنه أخذ منه أجرةً قَدَّرَها له المعزولُ ، فلا أَثَرَ لتصديق المعزول ، ولكن الزائد على أجرة المثل يُسْتَرَدّ . وهل تُصدق يمينه [٤] في قدر أجرة المثل ؟ فيه وجهان :

أحدهما [٥] : لا ؛ لأنه مُدَّعٍ .

والثاني : نعم ؛ لأن الظاهر أنه لايعمل مجانًا ، وقد فاتت منافِعُه ، فلابد من عِوَضٍ .

* * *

---

(١) يعني حَكَم له بشهادة العبدين ، أو المعْلِنَيْنِ بالفسق ، وشهادة هؤلاء غيرُ مقبولة .

(٢) قال في الروضة في هذه المسألة : « بل اتفق الأصحاب على أن دعواه مسموعة ، وبيِّنته محكومٌ بها . ولكن هل يحضر المعزول بمجرد دعواه ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ؛ كغيره . والثاني : لا يحضره إلا ببينة تقوم بما يَدَّعيه ، أو على إقرار المعزول بما يدعيه ؛ لأن الظاهر جريانُ أحكامِه على الصواب ، فيكفي هذا الظاهرُ حتى تقومَ بيِّنةٌ بخلافه » . الروضة (١١/١٢٩ ، ١٣٠) .

(٣) يعني الأمناء الذين كانوا يعملون مع القاضي المعزول .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بيمينه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الأول » .

الباب الثاني
في
جامع آداب القضاء

(وفيه فصولٌ)

الفصل الأول
في آداب متفرقة

وهي عشرة :

الأول : أن مَنْ قَبِلَ الولايةَ في الحضرة ، فَلْيقدم إلى البلد مَنْ يُشِيع ولايتَه . فإن انصرف على الفور ، وقَدِم فجأةً ولم يَسْتَفِضْ (١) فادَّعى أنه قاضٍ ، فلهم الامتناعُ من الطاعة إنْ لم يكن معه كتابٌ . وإن كان معه كتابٌ من غير استفاضةٍ ولا شهادةِ عَدْلين ، ففيه وجهان (٢) :

أحدهما (٣) : أنه يجب اعتمادُ الكتاب مع مَخايل الصدق وبُعْدِ الجرأة على التلبيس في مثل هذا على السلطان .

والثاني : أنَّ ابتداءَ الأمور العظيمة لا بُدَّ من الاحتياط فيها (٤) ؛ فلا بد مِنْ عدلين يُخْبِرَانِ عن التولية وإن لم تكن على صيغة الشهادة ؛ فإنَّه ليس لذلك خصمٌ معينٌ حتي تقام عليه ، ولا ثَمَّ قاضٍ آخرُ تثبت عنده . وإن ظهرت مخايلُ الخيانةِ ، فلا حَرَجَ على الناس في التوقُّفِ أصْلًا .

الأدب الثاني : أنه كما قدم [فينبغي أن] (٥) لا يشتغل بشيء حتي يُفَتش عن المحبوسين .

---

(١) أي ولم يَستفض أمْرُ توليه عند الناس .

(٢) والمذهب أنه لا يجوز الاعتماد على مجرد الكتابة بغير استفاضة ولا إشهاد . انظر الروضة (١١/ ١٣١) ، والمنهاج ص (١٤٩) .

(٣) في (ب) : « الأول » .

(٤) في الاصل : « فيه » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

فمن كان محبوسًا ظلمًا ، أو في تعزيرٍ ، أطلقه [١] . ومن أَقَرَّ بأنه محبوسٌ بحق رَدَّه إلى الحبس . فإن لم يعترف سأله عن خصمه / فإنْ ذَكَرَ خصمًا حاضرًا ، أحضره فطالبه بابتداء الخصومة ، ٢٨٩/أ
فإنْ أقام الحجة على أنَّ القاضي الأولَ حكمَ عليه ، رَدَّه إلى الحبس ، وإلا خَلَّاه حتى يستأنف الخصومة . فإن قال المحبوس : حُبِسْتُ ظلمًا ، قال بعضهم : يُخَلَّى ؛ فإنَّ إمساكه من غير حجةٍ لا وَجْهَ له . وخصْمُه يحتاج إلى ابتداء الخصومة لا محالة . وقال الأكثرون : لابد أن يحضر خَصْمُه أولًا ، ويُسْأَل [٢] . فإن لم يَظْهر له خصم أُطْلِق . فإن قال : لا أَدْرِي لِمَ حُبِسْتُ ، يُنَادى عليه إلى حَدِّ الإشاعة ، فإن لم يَظْهر له خصمٌ أُطْلِق ، وفي مدة الإشاعة لا يُحْبَس ولا يُخَلَّى بل يُرَاقب . وهل يُطَالب بكفيل ببدنه ؟ فيه وجهان ؛ والأكثرون على أنه لا يَلْزمه ذلك . فإن ذكر خصمًا غائبًا ، وقال : « أنا مظلومٌ » فمنهم مَنْ قطع بأنه يُخَلَّى ، ومنهم مَنْ ذكر وجهين :

أحدهما : أنه يكتب إلى خصمه حتى يجتهد في التعجيل ويحضر ، فإن تخلَّف أُطْلِق .

والثاني : أنه يُطْلَق ؛ لأن انتظار الغائب يَطول بخلاف الحاضر .

ثم ينبغي أن يُبَادِر بعد الفراغ من المحبوسين إلى النظر في أموال الأيتام [٣] ، والأوصياء ، ومُحاسبتهم ، فإنها وقائعُ لا رافعَ لها إليه . فإن وقعت [٤] حادثةٌ في أثناء ذلك ، ولم يتفرَّغْ لفصْلِها مع شغل الأوصياء ، استخْلَفَ مَنْ يقوم بأحد المهِمَّيْن ، والغرضُ مبادرةُ هذه الأمور .

الأدب الثالث : أن يتروَّى بعد ذلك في ترتيب الكُتَّاب والمزكِّين والمترجِمِينَ . أما الكاتبُ ،

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (فمن كان محبوسًا بظلم ، أو في تعزير أطلقه) هو محمولٌ على ما إذا كان فيما مضى في حبسه كفايةٌ في تعزيره ، والله تعالى أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩١/أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن لم يعترف سأله عن خصمه ، فإن ذكر خصمًا ، حاضرًا أحضره ... ثم قال : فإن قال : حُبِسْتُ ظلمًا ، قال بعضهم : يُخَلّى . وقال الأكثرون : لا بد من أن يحضر خصمه) فَأَوْهَمَ بهذا أنهما مسألتان ، والخلافُ في الثانية دون الأولى وليس كذلك قطعًا ، وكان ينبغي أن يُقَدِّم ذكْرَ الخلافِ من الأول ، ولا يُكَرر صورةً واحدة بعبارتين ، وعبارةُ « النهاية » و « البسيط » سالمةٌ عن هذا الإيهام ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ١٩١/أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الأطفال » . (٤) في (أ) ، (ب) : « رفعت » .

فليكنْ عدلًا عاقلًا نَزِهًا عن الطمع . ويكفي كاتبٌ واحد ، ولا أَقَلَّ من مُزَكِّيَيْنِ وستأتي صفاتهم .

وأما المترجم فلا بد أيضًا من عددهم . وأما المُسْمِع - وهو الذي يُسْمع القاضي الأَصَمَّ - ففي اشتراط العددِ ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يُشْترط كالمترجم ، فإنه ينقل عَيْنَ اللفظ ، كما أنَّ ذلك يَنْقُل معنى اللفظ [١] .

والثاني : لا ؛ لأن المُسْمِع لو غَيَّرَ ، عَرَفَه الخصمان والحاضرون بخلاف الترجمة .

والثالث : أنَّ العددَ لا يُشْترط إلا أنْ يكونَ الخصمان أَصَمَّيْنِ ، فإنَّ القومَ قد يَغْفُلون عن تغييره [٢] ، والخصمُ هو الذي يَعْتني به .

التفريع [٣] : إن لم نَشْترط العددَ [٤] ، فلا نَرْعَى لفظَ « الشهادة » .

وهل تشْترط الحريةُ ؟ فيه خلاف كما في شهادة رؤية الهلال لرمضان [٥] ، والصحيحُ أنه يُسْلك به مَسْلَكَ الرواية [٦] . وإن شُرِطَ العددُ ، ففي لفظ « الشهادة » وجهان [٧] . وعلى الجملة : ليست هذه شهادةً محققةً ، ولكن لا يَبْعد الاستظهارُ فيها بالعدد واللفظ .

وقد حصل أنَّ العدد شرطٌ في الشاهد والمُزَكِّي والمترجم والمُقَوِّم ، ولا يُشْترط في القائف [٨]

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١١/ ١٣٦) و المنهاج ص (١٤٩) .

(٢) في (ب) : « تعبيره » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فرع » .

(٤) يعني إن لم نشترط العدد في المُسْمع .

(٥) والأصح اشتراط الحرية كما في الروضة (١٣٦/١١) والمنهاج ص (١٤٩) .

(٦) وخالفه الرافعي والنووي كما في الروضة (١٣٧/١١) .

(٧) يعني فيقول المسمع للقاضي أو للأصم : أشهد أنه يقول كذا .

(٨) القائف : اسم فاعل من : قَافَ الرجلُ الأثرَ قَوْفًا وقِيَافَةً ، أي : تَبِعَه ، والجمعُ : قافة وقُوَّف . ويُطلق على من يتتبع الأَثَرَ ، والمقصودُ به هنا الذي يَعْرِف النسبَ - بفراسته ونظره - إلى أعضاء المولود والوالد . انظر : مختار الصحاح ص (٥٥٦) . القاموس المحيط ص (١٠٩٥) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٥٣) .

للخبر [(١)] وهل يُشْترط في الخارص [(٢)] ، والقاسم [(٣)] ، والمُسْمِع ؟ فيه وجهان .

ثم إن [(٤)] شرطنا العدد في المسمع [(٥)] فلا بد من رجلين وإن كانت الخصومة في مال وكذا في الشهادة على الوكالة بالمال ؛ لأنَّ المشهودَ عليه ليس بمالٍ في نفسه وإن كان إليه يئول .

فرع : إذا طلب المُسْمِعُ أجرةً ، فهي على صاحب الحقِّ أم هي من بيت المال ؟ على وجهين .

الأدب الرابع : أن يتخذ القاضي مجلسًا رفيعًا ، يكون مَهَبَّ الرياح في الصيف ، وفي الشتاء كما كسا [(٦)] . والمقصودُ أنْ لا يَتَسَارع إليه المَلَلُ ، فيستضرّ الخصومُ . ولا ينبغي أن يتخذ المسجدَ مجلسًا للقضاء ؛ فإنْ فَعَل ذلك فهو مكروهٌ وليس بمحرم . وسببُ الكراهة إفضاؤه إلى رفع الأصوات ودخولِ النساء الحُيَّضِ والصبيانِ ، وقال الشافعي (رضي الله عنه) : « إذا كنتُ

---

(١) يشير إلى الحديث الصحيح الذي رواه البخاري (٥٧/١٢) (٨٥) كتاب « الفرائض » (٣١) باب « القائف » حديث (٦٧٧٠) بإسناده إلى عائشة ، قالت : إن رسول الله ﷺ دخل عليَّ مسرورًا ، تَبْرُقُ أساريرُ وجهِه ،فقال: « ألم تَرَيْ أنّ مُجَزِّزًا نَظَرَ آنفًا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال : إنَّ هذه الأقدامَ بعضُها من بعض !! » .

ورواه مسلم(١٠٨١/٢)(١٧) كتاب « الرضاع » (١١) باب « العمل بإلحاق القائف الولد » حديث(١٤٥٩). وأبو داود (٦٩٨/٢) حديث(٢٢٦٧) والترمذي(٣٨٣/٤) حديث (٢١٢٩) . والنسائي(١٨٤/٦) . وابن ماجه(٧٨٧/٢) حديث(٢٣٤٩) جميعا من طرق عن ابن شهاب الزهري عن عروة عن عائشة (رضي الله تعالى عنها) مرفوعًا .

(٢) الخارص : اسم فاعل من « الخَرْص » ، وهو التقدير ، والقولُ بالظن . والخارص هو الذي يقدر الأشياء وأثمانها بنظره وخبرته في مجاله . انظر : المصباح المنير (٢٥٨/١) . القاموس المحيط ص (٧٩٥) . أنيس الفقهاء ص (٢١٢) مادة (خ ر ص) .

(٣) القاسم : اسم فاعل من « قسم » والمقصود به هنا الذي يقسم الدور والأرض بين الشركاء فيها ، وفي المحكم لابن سيده : هو الذي يقسم الأشياء بين الناس . انظر لسان العرب (٣٦٣٠/٥) مادة (ق س م) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ثم إذا » .

(٥) قوله : « في المسمع » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٦) كذا في النسخ ولا أدري ما هي .

أَكْرَه ذلك ، فإقامةُ الحدود أَكْرَهُ » [١] ولا بأس بفصل قضية أو قضايا في أوقات متفرقة [وقد] [٢] فعل ذلك رسولُ الله ﷺ ، ولكنْ لم يتخذْه [٣] مجلسًا ، وكلامُ المزنيِّ يُشير إلى أن اتخاذَه مجلسًا لا يُكْرَه ، لكِنِ الأَوْلى تركُه ، والصحيحُ الكراهيةُ .

فرع : ذَكَر الصيدلانيُّ وجهين في أنَّ القاضي ، هل يَتخَّذ حاجبًا وبوابًا ؟ والوجه أن يُقال : له ذلك إنْ كان في خلوة . [٤] وإن جلس للحكم [٤] وخَشِيَ الزحمةَ ، فله ذلك ، وإلا فَلْينظر إلى المصلحة . نعم ، ينقدح التردُّدُ إن [٥] لم يَخْشَ الزحمة من حيث إنَّ فيه توقفًا لصاحب الحق إلى الاستئذان ، فيجوز أن يُمْنع منه ، ويجوز أن يُحْتمل ذلك ؛ لِيَسْتَعِدَّ القاضي ويترك انبساطَه في البيت ويتصدَّى له .

الأدب الخامس : أن لا يقضي في حالِ غضبٍ وحزنٍ بيِّنٍ ، وألمٍ مُبرِّح ، وجوعٍ غالب ؛ إذ يَسُوءُ خُلُقُه فيمتدّ غَضَبُه [٦] ؛ قال رسول الله ﷺ : « لا يَقْضِي القَاضِي وهو غَضْبَانُ » [٧] . وفي

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في القضاء في المسجد : (قال الشافعي رضي الله عنه : « إذا كنتُ أكره ذلك ، فإقامةُ الحدودِ أَكْرَهُ) إنما قال الشافعي : « وأنا لإقامةِ الحدِّ في المسجد أَكْرَهُ » ، وهذا هو الصواب والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩١/ب) .

قلت : انظر قولَ الشافعيِّ هذا في الأم (١٩٨/٦) . مختصر المزني ص (٢٩٩) . معرفة السنن والآثار (٢٢٢/١٤) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لم يتخذ » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإن جلس في الحكم » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٦) في نسخة أخرى « فيحتدّ غضبه » .

وقال ابن الصلاح : « قولُه في أنه لا يَقْضي مع الحزن والألم والجوع (إذ يسوءُ خلقُه ، فيحتدّ غضبُه ، قال رسول الله ﷺ : « لا يقضي القاضي وهو غضبان ») تمامه أن يقول : (وإن لم يَحْتَدَّ غضبُه فيشتغل قلبُه) فهو في معنى المنصوص . وهذا الحديثُ في الصحيحين من رواية أبي بكرة ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٩١/ب) .

(٧) الحديث رواه البخارى في صحيحه (١٤٦/١٣) (٦٣) كتاب « الأحكام » (١٣) باب « هل يقضي القاضي – أو يفتي – وهو غضبان ؟ » حديث (٧١٥٨) ، ورواه مسلم (١٣٤٣/٣) (٣٠) كتاب « الأقضية » (٧) باب « كراهة قضاء القاضي وهو غضبان » حديث (١٧١٧) . وأبو داود (١٦/٤) حديث (٣٥٨٩) . والترمذي (٦٢٠/٣) حديث (١٣٣٤) . والنسائي (٢٤٧/٨) . وابن ماجه (٧٧٦/٢) حديث (٢٣١٦) جميعًا من طرق عن أبي بكرة (رضي الله عنه) مرفوعًا .

معناه كلُّ ما يمنع من التؤدة واستيفاءِ الفكر .

الأدب السادس : أن لايخرج حتى يَجْتمعَ علماءُ الفريقين (١) ، لِيُشَاورهم / فيكون أبْعَدَ ٢٨٩/ب
من التهمة ؛ قال تعالى : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ ﴾ (٢) قال الحسن البصري (رحمه الله) : « كان عليه الصلاةُ والسلام مُسْتَغْنِيًا عن مُشَاورتهم ، ولكنْ أرادَ أنْ تَصيرَ سُنَّةً للحُكَّام » (٣) .

الأدب السابع : أن لايبيع ولايشتري بنفسه ولابوكيلٍ معروفٍ ؛ لأنه يُسْتَحْيَا منه أو يُخَاف ؛ فَيُحَابى ، فيكون مُرْتشيًا بقدْر المسامحة .

الأدب الثامن : إذا أساءَ واحدٌ أَدَبَه في مجلسه بمجاوزة حَدِّ الشرع – في الخصام أو مشافهة الشهود بالتكذيب – زَجَرَه باللسان ، فإنْ عاد عَزَّرَه وراعى التدريجَ فيه ، فإنْ ظَهَرَ له شهادةُ زورٍ عَزَّر المُزَوِّرَ على مَلأ من الناس ونادَى عليه حتى لايُحَمَّل الشهادةَ بعده .

الأدب التاسع : أن لا يقضي لولده ولا على عدوِّه بعلمه وإن قلنا : يَقْضي بالعلم . وهل يَقْضي بالبينة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه أسيرُ شاهدين ، فليس إليه شيءٌ بخلاف الشاهد ، فإنه يقدر على الكذب .

والثاني : وهو الأصحُّ ، أنه لايَقْضي ؛ إذ إليه الاستقصاءُ في دقائق أداء الشهادة ، والردُّ بالتهمة ، وإليه التسامحُ فيه ، فولدُه كنفسِه ، فيرفع إلى الإمام . فإنْ رفع إلى نائبه وحَكَم به ، ففيه وجهان يلتفتان على أنه هل ينعزل بموته ؟ فإنه إن لم ينعزل يشابه قاضيًا مُسْتقلا (٤) .

ووصيُّ اليتيمِ – إذا وَلِيَ القضاءَ – فلا يَقْضي له ؛ لأنه خَصْمٌ في حقه كما في حقِّ نفسه

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (لا يخرج حتى يجتمعَ علماءُ الفريقين) لا اختصاصَ في ذلك بالفريقين ، وكأنه قال ذلك نظرًا منه إلى الواقع في تلك البلاد التي ليس فيها غَيْرُ الفريقين : الشافعيةِ والحنفيةِ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ١١٩/ب) .

(٢) من الآية (١٥٩) من سورة (آل عمران) .

(٣) رواه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٤/٢٨٨) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « قاضيا آخر » .

وولدِه ، وقال القفال : « يَقْضي ؛ لأنّ كلَّ قاضٍ فهو وليُّ الأيتامِ » وهو الصحيحُ .

الأدب العاشر : أن لا يَنْقض قضاءَ نفسِه ولا قضاءَ غيره بظنٍّ واجتهادٍ يُقَارب ظَنَّه الأولَ ؛ قضى عمر (رضي الله تعالى عنه) بإسقاط الأخ من الأب والأمّ في مسألة « المشرّكة » بعد أنْ شَرَّكَ في العام الأوّل ، فَرُوجِعَ فيه ، فقال : ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضي [1] .

ويَنْقُضُ في أربعة مواضع :

الأول : أنْ يُخَالف نَصَّ الكتابِ ، أو سنةً متواترةً [2] أو إجماعًا ، وهذا ظاهر .

الثاني : أنْ يخالف قياسُه واجتهادُه خَبَرَ الواحدِ الصحيحَ الصريحَ الذي لا يحتمل إلا تأويلًا

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (قضى عمر - رضي الله عنه - بإسقاط الأخ من الأب والأم في مسألة « المشرّكة » بعد أن كان شرّك في العام الأول) هكذا وقع في « النهاية » و « البسيط » وهو سَهْوٌ قطعًا ، وإنما هو على العكس (شَرَّك بعد أن لم يُشَرِّك) كذلك رواه الحافظ البيهقي في كتاب « السنن الكبير » والله أعلم» . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٢/أ) .

قال الحموي : « قوله في باب القضاء : (العاشر : ألا ينقض قضاءَ نفسه ولا قضاء غيره ولا اجتهاد يقارب ظنَّه الأول . قضى عمر (رضي اللّه عنه) بإسقاط الأخ من الأب والأم في مسألة المُشَرَّكة بعد أن شرَّك في العام الأول فروجع فقال : ذلك على ما قضينا ، وهذا على ما نقضي) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال ، فإنه ذكر أولًا أنه شرَّك في العام الأول ثم قضى في العام الثاني بخلافه ، وليس الأمر كذلك ؛ فإن الشيخ ذكر في كتاب الفرائض ما يخالف هذا النقل فقال : (وقعت هذه المسألة في زمن عمر فأسقط الإخوةَ من الأب والأم ، فقال أخ الأب والأم : هَبْ أن أبانا كان حمارًا ، أَلَسْنَا من أم واحدة ؟! فشرك عمر بينهما) وهذا يدل على أنه حكم أولًا بإسقاط الإخوة من الأبوين ثم رجع فشرَّك بينهما ، هذا مع أن صاحب الشامل عكس ما ذكره الشيخ في القضاء فقال فيه : شرك بعد أن أسقط في العام الأول مثل ما ذكره الشيخ في الفرائض ، [وهذا يخالف ما ذكره الشيخ في الفرائض] . هذا إشكال ظاهر .

قلت : يمكن أن يجاب عنه بأن يقال : لعل ما ذكره الشيخ روايةٌ أخرى في واقعة أخرى ؛ فيكون في العام الأول شرَّك ، وفي العام الثاني أسقط ، ويُحْمَل ما ذكره في الفرائض على واقعةٍ أخرى ، ويكون ذلك جمعًا بينهما ، وتكون واقعةُ الفرائض آخِرًا ؛ لئلا يلزم أن يكون ذلك رجوعًا ، فيلزم منه نفيُ الاستدلال بواقعة عمر في الفرائض وهي متفق عليها عندنا ، وبه خرج الجواب على حسب الإمكان » . إشكالات الوسيط (ق ١٨٩/أ- ١٩٠/أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو السنة المتواترة » .

بعيدًا يَنْبُو الفَهْمُ عن قبوله ؛ فَيُنْقَض قضاءُ الحنفيِّ في مسألة خيار المجلس (١) ، والعرايا ، وذكاة الجنين ، وأَلْحَقَ الأصحابُ به النكاحَ بلا وليٍّ (٢) ، والحكمَ بشهادة الفاسق (٣) ، وبَيْعَ أمهات الأولاد وأمثالَه . وقالوا : لا نُبَالي بتنزيل المتبايعين في خيار المجلس على المتقاولين ، وتنزيل المرأة في النكاح بلا وليٍّ على الأَمَة والصغيرة ؛ فإنه جَليُّ البطلان .

الثالث : أن يُخالف القياسَ الجليَّ ؛ فَيُنْقض قضاءُ أصحاب الظاهر (٤) المعتقدين بطلانَ

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه إذا انعقد البيع بالإيجاب والقبول ثبت لكل من المتبايعين الرجوعُ في هذا العقد ما لم يَتَفرَّقَا ، فإذا تفرقا من مكان العقد - مما يُعَدُّ في العرف تفرقًا - ثبت البيعُ ولزم كلاًّ منهما . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا .

ومذهب الحنفية : أن البيع يثبت بالإيجاب والقبول ويَلزم كلًّا منهما وإن لم يتفرَّقا ، وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر تفصيل هذه المسألة في : مختصر المزني ص (١١٠) . حلية العلماء (١٥/٤) . رحمة الأمة ص (١٢٩) . إيثار الإنصاف ص (٣١١) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله فيما ينقض فيه الحكم : (وأَلحق الأصحابُ به النكاحَ بلا وليٍّ) هذا مما لا ينبغي أن يُنْسَب إلى الأصحاب مطلقا ، فإنه خلافُ ظاهرِ المذهب ؛ وقد ذكره في كتاب « النكاح » منسوبًا إلى بعض الأصحاب ، وذلك هو الصواب ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٢/أ) .

(٣) **مذهب الحنفية** : أن الشاهد يجب أن يكون عدلًا ، لكن لو حكم القاضي بشهادة الشاهد الفاسق : صَحَّ .

ومذهب الشافعية : أنه لا يصحُّ الحكمُ بشهادة الفاسق . وانظر في تفصيل هذه المسألة : المبسوط (١٣٠/١٦) . تحفة الفقهاء (٣٦٣/٣) . فتح القدير (٣٧٥/٧ ، ٣٧٦) . رد المحتار (٤٧٢/٥ ، ٤٧٣) . ملتقى الأبحر (٨٤/٢ ، ٨٥) . روضة الطالبين (١٥٦/١١) .

(٤) أصحاب الظاهر : تُطْلق على مدرسة فقهية ذات أصول معينة في استنباط الأحكام الشرعية . ومن ذلك الاعتمادُ الكليُّ على ظاهر القرآن والسنة ، وإجماع الصحابة فقط . وهذه المدرسة تُنكر القولَ بالقياس والمصادَر الشرعية الأخرى : كالاستحسان وسدِّ الذرائع وشرع مَنْ قبلنا وغير ذلك مما اختلف في قبوله أئمةُ المذاهبِ الأربعة المعروفة . والمقصود بالظاهر عند هذه المدرسة ما ذكره ابنُ حزم ، وهو « ظاهر اللفظ من ناحية اللغة ؛ فلا يُصْرف اللفظ عن معناه اللغويِّ إلا بنصٍّ آخر أو إجماع ، فإنْ نُقِلَ اللفظ عما اقتضاه ظاهرُه وعما وُضِعَ له في اللغة إلى معني آخر - بغير نص أو إجماع - فحكمُ ذلك النقلِ أنه باطل ، ويُعتبر - في نظرهم - تبديلًا لكلام الله عز وجل » . والإمام الأول لهذا المدرسة داود بن علي وهو مؤسس المذهب وتوفي عام (٢٧٠) هـ . ومن أكابر هذا المذهب الذين نافحوا عنه الإمام ابن حزم المتوفي عام ٤٥٦هـ ، ومن مؤلفاته : الإحكام ، وهو في أصول المذهب الظاهري ، وكتاب « المحلَّى » في الفقه الظاهري . انظر رسالة الإمام داود الظاهريّ وأثره في الفقه الإسلامي ص (١٣١) .

القياسِ ؛ لأنه باطلٌ بدليل أصولي قاطع .

ويُنْقض قضاءُ الحنفيِّ إن قضى بالاستحسان المخالف للقياس الجليّ إلا أن يُعنى به اتباعُ الخبر أو القياس الخفي ، فَمنِ استحسنَ بغير ذلك فقد شرَّعَ . نعم ، قد استحسن الشافعي (رضي الله عنه) الحلفَ بالمصحف ، ولكنَّه مصلحةٌ من غير مخالفة خبرٍ وقياسٍ ؛ فهو جائزٌ .

ويُنْقض مذهبُ [1] الحنفيّ في مسألة القتل بالمثقَّل ، ومعظمِ مسائل الحدود و الغصب ؛ لأنه على خلاف القانون الكُلّيِّ [2] . وقال الشافعي (رضي الله عنه) : أنقض قضاءَ مَنْ حكم لزوجةِ المفقود بأنْ تَنْكِحَ بعد تَرَبُّصِ أربع سنين [3] وإن كان ذلك مذهبَ عمر (رضي الله تعالى عنه) .

الرابع : أن يُقاوِم القياسَ الجليَّ [4] قياسٌ خَفِيٌّ يستند إلى واقعة شاذة لايمكن تَلْفِيقُه إلا بتكلُّف [5] كقول أبي حنيفة (رحمه الله) : إنَّ المأذون [6] في التجارة لا يقتصر على الإذن بل يتعدَّى ؛ لقياسٍ يتكلف استنباطه من مسألة « العهدة » بالحيلة [7] . وقولُنا : إنه يتبع إذنَ المالك ، قياسٌ جَلِيٌّ يعلم الأصوليُّ سقوطَ خيالهم بالإضافة إليه .

وعلى الجملة فإذا لم ينقدح عنده إمكانُ الإصابة عند الله عز وجل بعد إحالة وقع فينقضه ،

---

(١) في (أ) ، (ب) : « قضاء » .

(٢) انظر المنخول من تعليقات الأصول للإمام الغزالي ص (٥٠٢) ، وتحفة الفقهاء (١٠٣/٣) .

(٣) انظر الأم (٢٤٠/٥) . مختصر المزني ص (٢٢٥) .

(٤) القياس الجليّ : « هو الذى يعرف به موافقة الفرع للأصل بحيث ينتفي احتمال مفارقتهما أو يَبْعد ، وذلك كظهور التحاق الضرب بالتأفيف في قوله تعالى : ﴿ فلا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ ﴾ [الإسراء : ٢٣] وما فوق الذرة بالذرة في قوله : ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ ... ﴾ [الزلزلة : ٧] ونظائره ؛ فإنّ فروعَ هذه الأحكام أولى في الأصول ، وبعضُ الشافعية لا يُسَمِّي هذا قياسًا ، ويقول : هذه الإلحاقاتُ مفهومةٌ من النص » . انظر الروضة (١٤٩/١١) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « إلا بتكليف » .

(٦) يعني العبد المأذون له في التجارة .

(٧) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من قول أبي حنيفة : إن العبد المأذونَ له في التجارة ، لا يَقتصر على ما أَذِنَ له فيه السيدُ من أنه قال ذلك لقياسٍ تكلَّف بالحيلة استنباطَه في مسألة « العهدة » يَعْني به ما ذكره من أن العبد يتصرف لنفسة بدلالة تَعَلّقِ العهدة به ، والمتصرِّفُ لنفسه لا يَقْتصر بل يَسْترسل ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٩٢/أ) .

وهذا مما يختلف بالمجتهدين والوقائع ، وإنما لا يُنْقض القضاء [١] حين يتقارب النظرانِ تقاربًا لا يُبْعِد وَهْمَ الإصابة [٢] ، أو المصير إلى أنّ كلَّ واحدٍ مصيبٌ .

ثم القضاءُ - وإن لم يُنْقَضْ - فلا يتغيَّر به الحكمُ باطنًا ، وإنما ينفذ القضاءُ عندنا ظاهرًا وإن وقع في محلِّ الاجتهاد [٣] . وقال القفال : « يحل باطنًا » ، وقَطع الأصوليون بأنه لا يتغيَّرُ أَمْرُ الباطن . وهو الصحيحُ ؛ فلا يَحلُّ للشفعوي شُفْعةُ الجار وإن قضى له الحنفيُّ بها [٤] .

وهل يَمْنَعُه الحنفيُّ عن طلبه على خلاف اعتقاده ؟ فيه تردُّدٌ . والظاهرُ أنه لا يَمْنع ؛ إذ القاضي لا يلتفت [٥] إلى مذهب غيره .

فرع : لو ظهر له خطأٌ في واقعة فليتتبع وإن لم تُرْفَع إليه . وإنْ ظهر له خطأُ القاضي المعزول [٦] لا يَلْزَمُه التتبعُ مالم تُرْفَعْ إليه .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « يَنْقض القاضي » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لوهم الإصابة » .

(٣) انظر معرفة السنن والآثار (٢٥٩/١٤) .

(٤) وذلك لأنّ مذهب الشافعية أنه لا شفعة للجار ، وهذا قول المالكية والحنابلة أيضًا . وقال أبو حنيفة : تجب الشفعة وتثبت بالجوار . انظر في تفصيل هذه المسألة : حلية العلماء (٢٦٦/٥) . تحفة الفقهاء (٤٩/٣) . مختصر الطحاوي ص (١٢٠) . الهداية (٣٤٩/٤) . فتح القدير (٣٦٩/٩ - ٣٧١) . ملتقى الأبحر (١٩٦/٢) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لا ينظر » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « المصروف » .

۲۹۰/أ

الفصل الثاني /
في مُسْتند قضائه [١]

ولا يخفى استنادُه إلى الحجج ، والغرضُ القضاءُ بالعلم والخطّ [٢] . أما القضاءُ بما ينفرد بعلمه [٣] ، ففيه قولان :

أحدهما : أنه يَقْضي به ، وهو أَقْوى من شاهدين [٤] .

والثاني : لا ؛ لأنه يتعرّض للتُّهْمَة ويُوغِر الصدورَ ولا يليق بالإيالة فَتْحُ هذا الباب ، فيصير أيضًا وسيلةً لِقُضَاة السوء . وفي العقوبات قولان مرتبان ، وأولى بأنْ لا يقضي . والصحيحُ أنه لا معنى للترتيب مع حصول حقيقة العلم ، والعقوباتُ فيه كالمال .

فإنْ قلنا : يقضي [٥] ، فلا خلاف أنه لا يقضي بظَنّه الذي [٦] لا يَسْتند إلى بَيِّنَةٍ ، ويَقْضي بعلمه كيف كان [٧] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يَقْضي إلا بعلمٍ حَصَل في زمانِ ولايته ومكانِ ولايته [٨] . وإن قلنا : لا يقضي ، فَيُسْتثنى عنه أربعةُ أمورٍ :

---

(١) أي كالإقرار والبينة وغير ذلك من أدلة الإثبات التي تُسَوِّغ حكم القاضي أو يَبْني حكمَه عليها .

(٢) أي والغرضُ من هذا الفصل بَحْثُ هل يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه ، أو خطّه . انظر ما يتعلق بالحكم بخطه في الصفحة التالية وما بعدها .

(٣) كعلمه بصدق المدَّعِي مثلًا .

(٤) وهذا القول هو الأظهر كما في روضة (١١/١٥٦) و المنهاج ص (١٤٩) والغاية القصوى للبيضاوي (٢/ ١٠١١) .

(٥) أيْ : يقضي بعلمه .

(٦) في (أ) ، (ب) : « إذ » والمعني متقارب .

(٧) يعني يقضي بعلمه ، سواءٌ ما عَلمه في زمن ولايته ومكانها ، أو ما علمه في غيرهما . وإذا قلنا : يقضي بعلمه فذلك في المال قطعًا ، وكذا في القصاص وحدّ القذف على الأظهر ، ولا يجوز في حدود الله تعالى – على المذهب – . انظر الروضة (١١/١٥٦) . المنهاج ص (١٤٩) .

(٨) **مذهب الشافعية** : أن للقاضي أن يحكم بعلمه في حقوق الآدميين ، سواءٌ عَلم ذلك قبل التولية أم بعدها . وسواء كان ذلك في حَيِّز ولايته أم لا . أما في حقوق الله تعالى فليس له أن يقضي فيها بعلمه . وهذا قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية . انظر : روضة الطالبين (١١/١٥٦) . الغاية القصوى (٢/١٠١١) . المنهاج ص (١٤٩) . حلية=

الأول [1] : أنه يتوقَّف عن القضاء إذا عَلِم كَذِبَ الشهود [2] يقينًا ، بل يجب عليه التوقُّفُ عند الرِّيبة ، فكيف يَقْضي على خلاف معلومه ؟! .

الثاني : أنه يقضي [به] [3] في عدالة الشهود [4] . ومنهم من قال : يحتاج إلى مُزَكِّين على هذا القول [5] ؛ لأنه يُتَّهَم ، وكيف لا ، والعدالةُ لا تُعْلَم يقينًا [6] .

الثالث : يقضي على من أَقَرَّ في مجلس القضاء وإن رجع المُقِرُّ ؛ فإنه أقوى الحجج . وأما إنْ أَقَرَّ عنده سِرًّا فَيُخَرَّج على القولين [7] ، ومنهم من جوّز أيضًا على الإقرار سِرًّا قولًا واحدًا .

الرابع : أنه لو شهد شاهدٌ واحد ، فهل يُغْني علمُه عن الشاهد الثاني حتى يكون هو كشاهد آخر ؟ فيه وجهان ، والأصحُّ أنه لا يكفي .

أما « الخط » فإذا رأى القاضي خَطَّه بأني قضيتُ بكذا ، لم يَجُزْ له إمضاؤه وكذا الشاهد [8]

= العلماء (٨/١٤٢ ، ١٤٣) .

ومذهب أبي حنيفة : أن ما علمه القاضي من حقوق العباد ، في مصره الذى هو فيه قاضٍ - فله أن يحكم فيها بعلمه ، إذا رُفعت إليه . أما ما في غير مصره أو قبل أن يتولى القضاء ، فخوصم إليه فيه ، فليس له أن يحكم فيه بعلمه . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣٣٢) . بدائع الصنائع (٧/٦) . تحفة الفقهاء (٣/٣٧٠ ، ٣٧١) . رد المحتار (٥/٢٣) ملتقى الأبحر (٢/٧٥) .

ومذهب المالكية والحنابلة : أنه ليس للقاضي أن يحكم بعلمه أصلًا ، وسواء في ذلك حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين . واستثنى الحنابلة أنه يحكم بما علمه من الإقرار في مجلس القضاء ، وعن أحمد روايات أخرى في ذلك . انظر : الكافي ص (٥٠٠) . القوانين الفقهية ص (٢٩٩) . الشرح الكبير (٤/١٥٨) الخرشي على مختصر خليل (٧/١٦٤) ، (٧/١٦٩) . الشرح الصغير على أقرب المسالك (٤/٢٣٠) . المقنع ص (٣٢٩) المبدع (١٠/ ٦٠، ٦١) . الفروع لابن مفلح (٦/٤٦٩) . دليل الطالب ص (٢٧٧) . المغني (٩/٥٣ ، ٥٤) .

(١) في (أ) ، (ب) : « أحدهما » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الشاهد » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) يعني : أنه يقضي بعلمه إذا شهد عنده رجلان يَعْلم هو عدالتَهما بنفسه .

(٥) أي : على قول أنه لا يقضي بعلمه .

(٦) وهذا ضعيف كما في الروضة (١١/١٥٦) .

(٧) يعني : يقضي بعلمه أو لا يقضي ؟ .

(٨) أي : وكذا الشاهد لا يشهد بمضمون خَطِّه إذا لم يتذكر الواقعة .

بل لا بُدَّ وأنْ يتذكَّرَ الواقعة بجميع حدودها . وقال أبو يوسف : يجوز الاعتمادُ على الخطّ كما في اليمين ، فإنه إذا رأَى خطَّ أبيه ؛ جاز له أن يَحْلف على البتِّ في طلب الحقوق وإسقاطها إذا وَثِقَ به [(١)] . وقطع أصحابنا بالفَرْق ؛ لأنَّ التزويرَ على الخطِّ بحيث لا يَخْتلف : ممكنٌ ، وفي فتح هذا الباب خطرٌ عام بخلاف اليمين ، فإنه يُبَاح [(٢)] بغالب الظن ولا تؤدي إلى ضرر عام .

فإذن ، الاعتماد [(٣)] على ثلاث درجات : أَوْسَعُها الحلفُ ، وأضيقُها القضاءُ والشهادة ، فإنه لا يعتمد فيه [مجرد] [(٤)] الخطّ دون التذكُّر ، وبينهما روايةُ الأحاديث ؛ فإنه لا يُعْتمد فيه مجردُ الخط إن أمكن التحريف ، لكن إن صحت النسخة وحفظها بنفسه وأَمِنَ من التغير : جازت الروايةُ على الأظهر ، وعليه عملُ علماءِ الأمصار . وسوَّى الصيدلانيُّ بينهما ، وقال : لا يَحِلُّ للمُحَدِّث إلا روايةُ ما حَفِظَ وتذكَّرَ ؛ فَلْيَرْوِ كذلك أو لِيَتْرُكِ الروايةَ . وسَوَّى الشيخ أبو محمد (٥على العكس من هذا ، وقال ٥) : « الشاهدُ إذا نسخَ الواقعة ، وحَفِظَ النسخةَ في خزانة ، ووَثِقَ بأنه لم تُحَرَّفْ : جاز له الشهادةُ وإنْ لم يذكر » ، والمشهورُ بين الأصحاب الفرقُ بين درجة الشهادة والرواية في صورة حفظ النسخة [(٦)] ، وما ذكرَه الشيخُ أبو محمد أَقْرَبُ مما ذكَره الصيدلانيُّ .

* * *

(١) يعني إذا رأى بخط أبيه : أن لي على فلان كذا ، أو أَدَّيْتُ إلى فلان كذا ، فله أن يحلف على الاستحقاق أو الأداء عن أبيه ؛ اعتمادًا على الخط إذا وثق بخطِّ والده وأمانته ، وهذا قول الشافعية . انظر الروضة (١١/١٥٩) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فإنها تباح » .

(٣) أي : الاعتماد على الخط .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « على عكس هذا فقال » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « الخط » .

فروع

الأول : لو شهد شاهدان عند القاضي بأنه قضى ، لم يَجُزْ له الحكمُ إذا لم يتذكر ، ويَشْهدان عند غيره ، فيثبت قضاؤه وإن لم يَذْكُرْه [1] ولم يُكَذِّبْهما . ولكن القاضي يَنْبغي أن يَطْلب من نفسه اليقينَ ، ولا يمكنه طلبُ اليقينِ من قاضٍ آخر . ويجوز هذا في الرواية ؛ فمن المشايخ من كان يقول : حَدَّثَني فلانٌ عَنِّي . وقال أبو يوسف : يُقْبل ذلك في القضاءأيضًا .

الثاني : أنه لو ادَّعى خصمٌ على قاضٍ : أنك قضيتَ لي ، فأنكر القضاءَ ، فليس له أن يَرْفَعَه إلى قاضٍ آخر ويُحَلِّفه [2] ، بل هو كالشاهد لا يُحَلَّف إذا أنكر الشهادة . وقال القاضي حسين : « إن قلنا : إن اليمين المردودة كالإقرار ، فله ذلك حتى إن نَكَل حَلَف الخصْمُ وكان كإقرار القاضي » . وهذا ضعيف .

الثالث : إذا التمسَ صاحبُ الحقِّ من القاضي أن يُعْطيه خَطَّه بأنه قضى له ويُسَلِّم إليه محضرًا ديوانيا ، هل تجب الإجابة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه يجب ؛ إذ به إحكام الأمرِ وإتمامُه .

والثاني : لا ؛ إذْ لااعتمادَ على الخط ، وإنما الخطُّ مُذَكِّرٌ فقط .

فإن قلنا : يَكتب ، فالكاغَدُ [3] على الْمُلْتَمِس إن لم يُطلق الإمامُ للقراطيس شيئًا ، وذلك مستحبٌّ إطلاقُه . ثم اعلمْ أنّا - وإن لم نوجب كَتْبَةَ [4] المحضر - فَيُسْتحبّ للقاضي استحبابًا مؤكدًا - مهما جَرَتْ قضيةٌ - أنْ يكتب مَحْضرًا يَذْكر فيه الواقعةَ وأسماءَ الخصمين . فإن كانا غريبين ، كَتَبَ الحِلْيَة ثم يَجْمع محاضِرَ كلِّ أسبوعٍ في إضْبَارة ، ومحاضِرَ الشهر في قِمَطْرة [5] ،

---

(١) في نسخة أخرى : « وإن لم ينكره » كذا على هامش الأصل .

(٢) يعني : ليس للخصم أن يرفعه إلى قاضٍ آخر ، وليس له كذلك أن يُحَلِّف القاضيَ الأول .

(٣) أي الورقة .

(٤) في (أ) ، (ب) : « كتابة » .

(٥) قال ابن الصلاح : « الإضبارة : هي بهمزة مكسورة ، يقال : إِضْبارة من صحف أو سهام : أي حِزْمة . والقمطرة : وعاءٌ يُتَّخذ للكتب » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٢/ب) .

ومحاضِرَ السنة في خريطة [1] ، ويكتب عليه التواريخَ ويختم القاضي على الخريطة بنفسه ، ويحفظه بنفسه ، أو بعدْلٍ لا يَتَمَارَى فيه ، ويدفع نسخةً أخرى إلى صاحب الحقّ حتى إن ضاعت واحدةٌ سَهُلَ الرجوعُ إلى الأخرى . وهذا هو العادة ؛ فإنَّ التذكُّرَ من غير خطٍّ ، بعيدٌ .

ومَنْ / جوَّزَ للأُميٍّ أن يكون قاضيًا ، فلا يُمْكنه إيجابُ الكتبة [2] وإن التمسَ صاحبُ الحقِّ . . ٢٩٠/ب

* * *

(١) الخريطة : الكيس . انظر المصباح المنير (٢٥٨/١) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الكتابة » .

الفصل الثالث

في التسوية بين الخصمين

وفيه مسائل :

الأولى : أنْ لا يُخَصِّص أحدَ الخصمين بالإذن في الدخول ، ولا بجواب السلام ، ولا بمزيد البِشْر ، ولا بالقيام ، ولا بالبداية بالكلام ، ولا برفع المجلس ، ولا بالنظر ، بل إنْ نَظَرَ ، نَظَرَ إليهما أو أطرق ، وقال : عليكما السلام (١) .

ولو بادر أحدُهما بالسلام صَبَرَ حتى يُسَلم الثاني فيُجِيب معًا (٢) إلا أن يظهر التقدُّمُ (٣) ، فَيُعْذَر في الجواب (٤) . وقيل : ينبغي أن يَصْبر ؛ قال ﷺ لعَليّ (رضي الله عنه) : « سَوِّ بين الخصمين في مَجْلسك ولَحْظِكَ » (٥) ؛ فَيُسَوِّي بين الشريف والوضيع في المجلس إلا أن يكون أحدُهما ذِمِّيًا فيجوز أن يرتفع عليه المسلمُ على أحد الوجهين (٦) ؛ لما رُوِيَ أن عليًا (رضي الله تعالى عنه) دخل مع خصم ذميٍّ له إلى شُرَيْح (٧) ، فقام له شريحٌ ، فقال علي (رضي الله تعالى عنه) : « هذا أَوَّلُ جَوْرِك » ثم (٨) أسند عليٌّ (رضي الله عنه) ظهرَه إلى الجدار ، وقال : « أَمَا إنّ خَصْمي لو كان مسلمًا لجلستُ بجنبه (٩) » ؛ فلا بأسَ بهذا القدر ؛ لأمرِ الإسلام (١٠) ، أما التخصيص بالقيام فقد نَهَى عنه (١١) . ثم لا بأس أن يقول القاضي : مَنِ المدَّعي منكما ؟ فإذا

---

(١) يعني : يقول ذلك إذا سلَّما عليه .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فَيُحَيِّيهما معًا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يطول التقدم » يعني : إلا أن يأتي أحدهما إلى القاضي قبل صاحبه بوقت طويل .

(٤) يعني : فَيُعْذر بِرَدِّ السلامِ على أحدهما .

(٥) لم أجده .

(٦) وهو الصحيح ، وبه قطع العراقيون . انظر الروضة (١٦١/١١) .

(٧) قال ابن الصلاح : « لم نجد لهذا إسنادًا » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٢/ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « ثم استند عَلَى ظهرِه إلى الجدار » .

(٩) في (ب) : « لجلستُ يمينَه » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « لِعِزّ الإسلام » .

(١١) قال ابن الصلاح : « قوله : (أما التخصيص فقد نَهَى عنه) هو بفتح النون ، أي : نَهَى عنه عليٌّ رضي الله عنه » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٢/ب) .

ابتدر (١) أحدُهما بدعوى صحيحة ، فالظاهرُ أنه يقول للآخر : ماذا تقول (٢) ؟ وقيل : إنه يَسْكت حتى يُجيبَ الآخرُ إن شاء . ثم إنْ أقرَّ ، ثبت الحقُّ ولم يَفْتقر إلى أنْ يقول : قضيتُ ، بخلافَ ما لو قامت بيّنةٌ ؛ لأن ذلك يتعلَّق باجتهاد . وقيل : يجب أن يقضي أيضًا في الإقرار .

وإن أنكر ، قال للمدعي : ألك بيّنةٌ ؟ وقيل : إنه لا يقول ذلك ؛ فإنه كالتلقين لإظهار الحجة ، وليس للقاضي أنْ يُلَقّنَ إقرارًا ، وإنكارًا ، وحجة (٣) . وهو بعيدٌ ؛ لأنه سؤالٌ لا تلقينٌ . فإنْ قال : لا بينةَ لي حاضرة ، (٤ ثم بعد ذلك أقام : قُبِلَ ، وإن قال : لا بيّنةَ لي حاضرةٌ ٤) ولا غائبةٌ ، ثم أقام بعد ذلك ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا تُقبل ؛ لمناقضةِ قوله .

والثاني : يُقْبل قوله (٥) ؛ فلعلَّه تذكَّر (٦) . وإصرار المدَّعَى عليه على السكوت كإنكاره في جواز إقامة البينة .

الثانية : إذا تَسَاوَقَ المدَّعُون إلى مجلسه (٧) ، فالسَّبَقُ لمن سَبَقَ (٨) . فإن لم يسبق فالقرعةُ ، ولا يُقَدَّم لفضله إلا أنَّ المسافر يجوز تقديمُه إن رأى المصلحة .

ثم مَنْ خرجتْ قرعتُه اقتصر على خُصومةٍ . فإن أَنشأَ دعوى أخرى على ذلك الخصم بعينه ، فالظاهرُ المنعُ ؛ كشخصٍ آخر . ومنهم من جوَّز إلى ثلاث دَعَاوى . ويجوز تقديمُ المرأة إذا اقتضت المصلحةُ ذلك ، ومنهم مَنْ مَنَعَ ذلك فيها وفي المسافر أصلًا ، وهو بعيدٌ . وكذلك إذا

(١) في (أ) ، (ب) : « ابتدأ » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « ما تقول » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « أو إنكارًا ، أو حجة » .
(٤) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .
(٥) كلمة (قوله) ليست في (أ) ، (ب) .
(٦) وهذا هو الأصح . انظر الروضة (١٦٣/١١) .
(٧) قال ابن الصلاح : « قوله (إذا تساوق المدعون إلى مجلسه) استعماله « التساوق » بمعنى « التلاحق » صحيحٌ ، ففي كتاب « تهذيب اللغة » : تساوقتِ الإبلُ تساوُقًا : تتابعت . وأما استعمالُه « التساوق » في غير هذا الموضع بمعنى « التساوى » فمُسْتنْكَر ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ١٩٢/ب) .
(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (فالسَّبقُ لمن سَبَقَ) إذا قُرِيء بإسكان « الباء » فالمعنى يحتمله ، ويكون معناه : فالسَّبْقُ إلى الدعوى لمن سَبَقَ إلى الحضور . إلا أنَّ الوجْهَ أن يُقال بفتح « الباء » وهو مَثَلٌ يُضْرَب في تقديم السابق ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٢/ب) .

ازدحموا على المُفْتي والمدرس ، فَلْيُعَوِّلْ على القرعة أو السَّبْقِ إلا إذا كان ما يُطْلب [منه] (١) من العلم غَيْرَ واجبِ تعليمُه ؛ فإليه (٢) الاختيار والإيثار .

فرع : لو سبق أحدُهما إلى الدعوى ، فقال الآخر : كنتُ المدَّعِي ، فيُقال له : الآن اخْرُجْ عن موجب الدعوى ؛ فإنه سبق إلى الدعوى . فإن ابْتَدَءَا معًا ، أَقْرَعَ بينهما .

الثالثة : ينبغي أن لا يَقْبل الهدية ، لا من الخصمين ولا من أحدهما ، بل يَتْرك قبولَ الهدايا أصلًا ، ولا بأس بقبولها ممن اعتادَ ذلك قبل القضاء ولا خصومة له .

وإن كان لا يعتاد ذلك ، ولا خصومة له في الحال : جاز القبولُ (٣) ، والأولى : أن يُثِيبَ (٤) أو يضع في بيت المال . وأما من [تكون] (٥) له خصومةٌ ، فيَحْرُمُ قبولُ هديتِه . وهل يَمْلِكه إنْ قَبِلَه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : [أنه] (٦) لا يملك ؛ لأنَّه حرامٌ .

والثاني : أنه يملك ؛ كالصلاة في الدار المغصوبة تصحُّ ويَحْرُم فعْلُها ، وكذا (٧) الخلافُ فيمنْ وهِبَ الماء - وهو محتاج إليه لوضوئه - من غير عطشان .

---

(١) زيادة من (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « فَعَلَيْه » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا أَهْدى إلى القاضي مَنْ لم تكن له عادة بالهداية قبل ولايته ، ولا خصومة له في الحال : (جاز له القبول) فيه تَسَاهُلٌ . وفي ذلك وجهان :

أحدهما : أنه يُكره له ذلك ؛ لاسيما إذا كان المهْدِي من أهل ولايته . والثاني : أنه يحرم عليه قبولُها ، ولعله الأصحُّ ، فحديثُ أبي حميد الساعدي في صحيح البخاري مُطْلَق مانعٌ للعمال من قبول الهدية المتجددة بعد الولاية . وروينا في السنن الكبير عن أبي حميد الساعدي أيضًا عن رسول الله ﷺ أنه قال : « هدايا الأمراءِ غلولٌ » . وعن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أن رجلًا كان يُهْدِي إليه كلَّ سنة فَخِذَ جزور ، فجاء يُخَاصِمُ إلى عمر (رضي الله عنه) فقال : يا أميرَ المؤمنين ، اقْضِ بيننا قضاءً فَصْلًا كما يُفْصَل الفَخِذُ من الجزور . فكتب عمر إلى عماله : لا تقبلوا الهدية ؛ فإنها رشوةٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٢/ب ، ١٩٣/أ) .

(٤) يعني : يُثِيبُ المُهْدِيَ ، فيُعطيه ما يُقَابل قيمةَ هديَّتِه .

(٥) زيادة من (ب) . (٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (ب) : « وكذلك » .

الرابعة : لا يُكْره له حضورُ الولائم إذا لم يُخَصِّصْ بالإجابة بعضَهم ؛ لأن في حضور الولائم أخبارًا كثيرة . وهذا في المأدبة العامة ، أما ما هُيِّيء لأجله ، فلا يحضره ؛ فإنَّه كالهدية .

ولا يَحْضر مَأْدبةَ الخصمين أصلًا ؛ فإنه ربما يتودَّد أحدُهما بزيادةِ تكلُّفٍ (١) .

* * *

(١) قال ابن الصلاح (رحمه الله) : « قوله : (ولا يحضر مائدة الخصمين أصلًا ؛ فإنه ربما يتودَّد أحَدُهما بزيادةِ تكلُّفٍ) ليس المراد به مائدةً واحدة اشترك الخصمان في اتخاذها ، بل ما إذا انفرد كلٌّ واحدٍ منهما بمائدة ، وسوّى القاضي بينهما في الحضور عندهما ، فلا ينبغي له ذلك ؛ لما ذكره من العلة ، وعلة أخرى ، وهي أنه لا يكاد ذلك يخلو من تقديم أحدهما في الإجابة وفي ذلك ما ذكره في تقديم أحدهما في جواب السلام ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٣/أ) .

الفصل الرابع
في التزكية

وفيه مسائل

الأولى : أنّ الاستزكاء عندنا حقُّ الله تعالى [(١)] . فإنْ سكت الخصمُ ، وَجَبَ على القاضي إلا إذا عَلم عدالتهما [(٢)] ؛ فإنَّ الظاهر أنه يُعَوِّل على العلم ههنا ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : إن سكت الخصم : قضى [(٣)] .

ولو أقر الخصْمُ بعَدَالَتِهما ، ولكنْ قال : قد زلّا في هذه الواقعة ، ففي وجوب الاستزكاء وجهان ، والظاهر أنه يقضي ؛ مؤاخذةً له بقوله ، وهو مذهبُ أبي حنيفة (رحمه الله) .

الثانية : في كيفية الاستزكاء .

وهو أن يكتب القاضي إلى المُزَكِّي اسمَ الشاهدين والخصمين وقدرَ المال ؛ فلعلَّه يَعْرف

---

(١) في (أ) ، (ب) : « حقٌّ لله تعالى » .

(٢) يعني إن سكت الخصم عن الطعن في شهود خصمه الآخر ، وجب على القاضي أن يطلب عدالتهما بسؤال المزكّين . فإذا كان يعلم عدالتهما بنفسه ، حَكَم بموجب شهادتهما .

(٣) **مذهب الشافعية :** أن القاضي لا يكتفي بظاهر العدالة حتى يعرف العدالة الباطنة ، سواء طعن الخصمُ في شهود خصمه أم لم يطعن ، وسواء كان ذلك في قصاص أو حدّ أو حق أو غيره . وهو مذهب مالك وأبي يوسف محمد من الحنفية ، وإحدى الروايتين عن أحمد واختارها ابن عقيل ، ونصرها ابنُ قدامة . انظر : الروضة (١١ / ١٦٧) . حلية العلماء (٨/١٢٧، ١٢٨) . رحمة الأمة ص (٣١٣) . الكافي ص (٤٩٨) . الشرح الكبير (٤/١٥٨، ١٥٩) . الخرشي على مختصر خليل (٧/١٦٩) . أسهل المدارك (٣/١٩٨) . المغني (٩/٦٤) .

ومذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أن القاضي يَسأل عن باطن عدالة الشهود في الحدود والقصاص ، وفيما عدا ذلك لا يسأل إلا أن يطعن الخصم في الشاهد ، فمتى طعن ، سأل عن العدالة ، ومتى لم يطعن ، لم يسأل ويسمع الشهادة ويكتفي بعدالتهم في ظاهر أحوالهم . انظر : مختصر الطحاوي ص (٣٢٨) . تحفة الفقهاء (٣ / ٣٦٣) . الهداية (٣ / ١٣١) . فتح القدير (٧ / ٣٧٧ ، ٣٧٨) . رد المحتار (٥ / ٤٦٦) .

بينهما عداوةً ، وربما يُعَدِّلُه في مقدارٍ يسير من المال دون كثير . ومن الأصحاب من قال : العدلُ في اليسير عدلٌ في الكثير فَذِكْرُ / قدرِ المال لا يجب . وهو الأشهر . ٢٩١/أ

ولْيكتبْ إلى المزكي سرًّا حتى لا يتوسَّل الشاهدُ إلى الاستمالة والتعرُّفِ إلى المزَكِّي بِحُسْن الحال . ثم يُسْتحبُّ أن يُشَافِهَ القاضي المزكيَّ ظاهرًا في آخر الأمر . ويُسْتحبُّ أن يكون له جماعةٌ من المزَكِّينَ أَخْفياء لا يُعْرفون .

الثالثة :صفاتُ المزكين كصفات الشهود ، ويزيد أمران :

أحدهما : العلم بالجرح والتعديل .

والآخرُ : خبرتُه ببواطن الشهود (١) ؛ فلا يجوز التعديل بناءً على الظاهر . ولابُدّ من الذكورة . ولابد من العدد إلا إذا كان منصوبًا للحكم بالجرح والتعديل وسماع البينة ، فللقاضي أن يعتمد قولَه وحده إذا قامت البينةُ عنده . ويجب على المزكِّي أنْ يقول : أَشهد بأنه عدلٌ ، إن قلنا : تجب المشافهةُ . وإن اكتفينا بالرقعة مع الرسول ، ففي اشتراط كَتْبِه لَفْظَ « الشهادة » خلافٌ كما في المترجم .

فرع : تزكيتُه لولده أو والدِه ، فيه خلافٌ كما في القضاء (٢) ، والأظهرُ أنه كالشهادة .

الرابعة : في مُسْتند المزكِّي . وينبغي أنْ لا يَجْرحَ إلا بمعاينة سبب الفسق أو يقينٍ وعلم ؛ لأن ذلك يُمْكِن معرفتُه . أما العدالةُ فلا يُمْكن معرفتُها يقينًا ؛ لأنه يرجع إلى أنه ليس بفسق (٣) ، وهو نَفْيٌ ، والإنسانُ يُخْفِي عيوبَه جَهْدَه ، وإنما يُعَدِّل إذا خَبَرَ باطنَه بالصحبة معه ، أو شهد عنده

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ببواطن الشاهد » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (تزكيته لولده أو والده ، فيه خلاف كما في القضاء) أي كما في قضائه بشهادة ولده أو والده للغير ، أو على الغير ، فإن فيه وجهين ؛ لأن في قضائه بشهادته حكما بتعديله . ووجه الجواز أنه لا يثبت بذلك له حقًّا . وقد سبق في قضائه له – بحق – بالبينة وجهان أيضًا ، لكنْ له مَأْخَذ آخر ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٣ /أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بفاسق » .

عدلان بعدالته إن كان منصوبًا للحكم بالتعديل (١) . والأصلُ فيه ما رُوِيَ أنَّ عمر (رضي الله تعالى عنه) قال لمن عرف شاهدًا بالصلاح : هل كنتَ جارًا له فتعرف إصْبَاحَه وإمساءَه (٢) ؟ فقال : لا . فقال : هل عاملْتَه على الدينار والدرهم ، فَبِهِمَا تُعْرف الأماناتُ ؟ فقال : لا ، فقال : هل صَحِبْتَه في السفر ، فَبِه تُعْرَف أخلاقُ الرجال ؟ فقال : لا ، فقال : ما أُراك إلا رأيتَه في المسجد يهمهم في صلاته ، يَرْفع رأسَه ويَخْفضه ، هاتِ مَنْ يَعْرِفك ؛ فإنه لا يعرفك (٣) . ولهذا يجب على القاضي أنْ يَعْرف أنّ المزكي ، هل خَبَرَ باطنَ الشاهدِ أم لا في كل مرة ، إلا إذا علم من عادته أنه لا يُزَكِّي إلا بعد الخبرة .

الخامسة : كيفيةُ التعديل أن يقول : هو عدلٌ عليَّ وليَ (٤) ، أو عدلٌ مقبولُ الشهادة ؛ فإنَّ العدلَ قد لا تُقْبل شهادتُه ؛ لكونه مُغفَّلًا .

ولا يجب ذِكْرُ سببِ العدالة ؛ فإنه لاينحصر . ويجب ذِكْرُ سببِ الجرح ، مِنْ شُربٍ ، وزنا ، وأكلِ حرامٍ وغيره . وهذا وإن كان غِيبَةً ، (٥ فهو جائز لهذه الحاجة ٥) . وإنما يجب الذِّكْرُ ؛ لأن للناس مذاهبَ في أسباب الجرح ، فمنهم مَنْ يُفَسِّق بأدنى خيالٍ . ولا يَنْبغي أن يكونَ المزكِّي من المتعصبين في المذهب والأهواء (٦) .

السادسة : لا تكفي الرقعةُ إلى القاضي بالتعديل ؛ فإنّ الخط لا يُعْتمد . والأظهر أنه يجب المشافهة (٧) . وقال الإصطخري : يكفي رسولان عدلان ؛ إذ تكليفُه الحضورَ شهرةٌ ،

---

(١) في الأصل : « منصوبًا بالحكم للتعديل » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « صباحه ومساءه » .

(٣) انظر معرفة السنن والآثار (١٤ / ٢٣٧) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قول المزكي : هو عدل عليَّ وليَ ، قد صار من حيث العرف لا من حيث الوضع ، إلا على تمام العدالة ، وليس فيه تعرُّضٌ لِنَفْيِ العداوةِ والولاية ، وذلك ليس من شرط العدالة ؛ فإنَّ العدوَّ والولدَ – مع رَدِّ شهادتهما – عدلان ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٣ / ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فهو جائز للحاجة » .

(٦) كلمة (الأهواء) ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قطع أولا بأنه يستحب للقاضي أن يشافه المزكي في آخر الأمر بعد كَتْبِه الرقعةَ إليه . ثم ذكر خلافًا في وجوب المشافهة . وفي ذلك إشكال مُوهِمٌ ، فاعلمْ أن المشافهة الثانية المستحبة الأولى : هي من القاضي في السؤال عن التزكية بأن يُشَافه المزكِّيَ بتعيين الشاهد المسئول عنه بالإشارة إليه ، أو غير ذلك ؛ فإنه إن ذكره في رقعة السؤال بنسبه وصفته ، فربما وقع فيه التباس . والمشافهة الثانية هي مشافهةِ المزكّي القاضيَ بنفس التزكية أو الجرح » . المشكل (جـ٢ ق ١٩٣ / ب) .

والمستحبُّ إخفاءُ المزكّي .

ومَنْ شَرَطَ المشافهةَ أوجبَ لفظَ « الشهادة » ، ومن اكتفى بالرسول تردَّدُوا فيه [1] .

السابعة : إذا زكّى المزكّون ، لكن ارتاب القاضي أو تَوَهّم غلطًا في خصوص الواقعة ، فلْيُفَرِّقِ الشهودَ ولْيُرَاجعْ أنه كيف رأى ؟ وأيّ وقتٍ رأى ؟ فربما عثر على تفاوتٍ بين كلامَيْهِمَا [2] فيكشف به وَجْه الغلط والتهمة [3] .

فإذا كان الشاهدُ فقيهًا ، فله الإصرارُ على كلمة واحدة ، ولا يَلْزمه التفصيلُ ، فلا يُفَصِّل ولا يَزيد على الإعادة . وليس للقاضي إجبَارُه ، ولكن ليبحث عن جهات أُخَر .

فإن أصرَّ الشاهد ، وبحث [4] ، ولم تَزُلِ الريبةُ ، وَجَبَ القضاءُ ؛ فإنه غايةُ الإمكان ، ولو قضى قبل البحث مع بقاء الرِّيبة ، لم يجُزْ له ذلك ؛ لأن البحث حقّ الله تعالى [5] .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « ما ذكره في هذه المشافهة من أنه يُشترط لفظ « الشهادة » إن قلنا : تجب المشافهة ، وإن اكتفينا بالرقعة مع الرسول ، ففي اشتراطه خلافٌ : يُوهِمُ أن في صحة أصل التزكية من غير مشافهة خلافًا ، وليس كذلك ، وإنما الخلاف في وجوب المشافهة من المزكي . ومن لا يُوجبها ، يُوجِبُ المشافهةَ من الرسول الحامل للرقعة ، واكتفى بشهادته بذلك مع حضور الشاهد الأصل - وهو المزكّى - للحاجة ؛ كي لا يَعْرف المزكّي ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٣ / ب ، ١٩٤ / أ) .

(٢) في (أ) : « كلامهما » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والتُّهَم » .

(٤) يعني القاضي .

(٥) في (أ) : « حق لله تعالى » .

فروع

الأول : لو عَدَّل رجلان ، وجَرَح رجلان ، فالجرحُ أَوْلَى ؛ لأنه مُستنِدٌ إلى عَيَانٍ . ولو جرح رجلٌ واحد وعدَّل رجلان ، لم يُقْبَل الجرح .

الثاني : يتوقَّفُ القاضي إذا توقف المزكُّون ، ولا يجوز للمزكِّي الجرحُ بالتَّسَامُعِ في الفسق ، بل التوقف ، إلا إذا عَايَنَ أو سَمِعَ ، أو شَهِدَ عدلان عنده على مُشَاهدة الفِسْق وكان حاكمًا في التعديل . فإنْ عدل المزكون ، فللقاضي - إذا انفرد بتسامُعِ الفسقِ - أنْ يتوقَّفَ ؛ لأنه محلُّ الرِّيبة (١) .

الثالث : إذا شهد المُعَدَّلُ مرةً أخرى ، روجع المزكي إنْ طال الزمانُ ؛ إذِ الأحوالُ تتغيَّر . وإنْ قَرُبَ الزمانُ فلا . ولو رجع المزكي ففي غرامته للمال (٢) وجهان [والله أعلم] (٣) .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن عدّل المزكون ، فللقاضي - إذا انفرد بتسامع الفسق - أن يتوقف) يعني إذا انفرد بذلك عن المزكّين ؛ فإنَّ المزكي لو تَسَامَعَ بالفسق لوجَبَ عليه الامتناعُ من التزكية . وقال : (فللقاضي) باللام ، مع أنه يجب عليه ذلك لا أنّ المقصودَ جوازُ ذلك له ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٩٤ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ففي غرامته المالَ » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

الباب الثالث
في القضاء على الغائب وكتاب القاضي إلى القاضي

والقضاء على الغائب يجوز ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [1] .

والنظرُ فيه يتعلق بستة أركان :

الركن الأول : الدعوى . فيشترط فيها ثلاثة أمور :

الأول : الإعلام . فإذا ادَّعى دَيْنًا ، فَلْيذكُرْ قدْرَه وجنْسَه . وهذا لا يختصُّ بالغائب فلا يَكْفيه أن يدعي / عشرةَ دنانير أو دراهم [ما لم يَذكرْ أيَّ نوعٍ هي] [2] ولا يُنَزَّل مطلقُ الدراهم ٢٩١/ب والدنانير على الغالب كما لا يُنَزَّل في الإقرار على الغالب بخلاف العقود ؛ إذ العادةُ تُؤَثِّر في المعاملات . ثم يُعْرِض القاضي عنه أو يَسْتفصله ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يُعْرِض ؛ حتى لا يكون كالتلقين ، وكذلك إذا أدَّى الشاهدُ شهادةً مجهولةً : فلا يُرْشِده القاضي بل يَسْكت ، وكذلك لو شَبَّبَ المدّعي بما لو ذكره كان إقرارًا ، لم يَزْجُره القاضي .

والثاني : أنه يَستفصل ، وهو الأصحُّ ؛ لأنّ هذا سؤالٌ لا تلْقينٌ .

الثاني : صريح الدعوى . فلا يكفيه أنْ يقول : لي على فلانٍ كذا ، ما لم يقل : إني الآن مطالِبٌ به . فلو قال : لي عليه كذا ويلزمه التسليم [إليَّ] [3] ، فهذا فيه تردد ؛ لأنه لم يَذكر

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن القضاء على الغائب جائز ، وذلك فيما يتعلق بحقوق الآدميين ، لا في حقوق الله (عز وجل) وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر تفصيل ذلك في : روضة الطالبين (١١/ ١٧٥) . المنهاج ص (١٥٠) . مغني المحتاج (٤ / ٤٠٦) . نهاية المحتاج (٨ / ٢٦٨) . القوانين الفقهية ص (٣٠٢) . الشرح الكبير (٤ / ١٦٢) . الخرشي على مختصر خليل (/ ١٧٢) . أسهل المدارك (٣ / ٢١٠ ، ٢١١) . الشرح الصغير (٤ / ٢٣١) . المقنع ص (٣٣٢) . المبدع (١٠ / ٨٩ - ٩٢) الفروع (٦/ ٤٨٤ ، ٤٨٥) .

ومذهب الحنفية : أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا كان له وكيل حاضر ، أو مَنْ يقوم مقامه . انظر : الهداية (٣/ ١١٩) . رءوس المسائل ص (٥٢٤) . فتح القدير (٧/ ٣٠٨) . رد المحتار (٥/ ٤٣٣) . ملتقى الأبحر (٢ / ٧٤) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

الطَّلبَ ، والدَّيْنُ لازمٌ قبل الطلب ، فلعله ليس بطلبٍ .

الثالث : أن يكون معه بينةٌ ، ويَدَّعي جُحودَ الغائب ؛ إذ لا معنى للدعوى على الغائب مِنْ غير بيِّنةٍ ، ولا تسمع البينةُ من غير جحود . ومنهم من قال : لا يُشْترط ذِكْرُ الجحود ؛ لأنه مِنْ أين يَعْلم جحودَه في الغَيْبَة وَكيف يُعَوِّل على مجرد قوله ؟ بل تُجْعَل الغيبةُ كالسكوت ، والبينةُ تسمع على الساكت . فلو قال : هو يعترف ، وإنما أُقيم البينة استظهارًا ، لم تُسْمع . ولا خلاف أنه لو اشترى شيئًا ، فخرج مستحقًا ، والبائعُ غائبٌ ، سُمعت بينتُه وإن لم يَذكر الجحودَ ؛ لأن تقدُّمَ البيعِ منه كالجحود .

الركن الثاني : الشهود . ولابد أن يستقصي القاضي البحثَ ، ولا يختلف ذلك عندنا بالحضور والغَيْبة ؛ فإن البحثَ حقُّ الله تعالى .

الركن الثالث : المدَّعِي . وحكمُه لا يختلف إلا في دعوى الجحود وإحضار البينة . وأمرٌ ثالث : وهو أن القاضي يُحَلِّفه أنه ما أَبْرَأ عنه ، ولا عن شيء منه ، ولا اعتاضَ عنه ، ولا عَنْ شيء منه ، ولا استوفاه ولا شيئًا منه وأنه يلزمه التسليمُ إليه ، وأن الشهود صدقوا .

ثم هذه اليمين واجبةٌ إن كانت الدعوى على صبيٍّ ، أو مجنون ، أو مَيِّت . فإن [١] كان على حَيٍّ عاقل [بالغ] [٢] فوجهان :

أحدهما : أنه لا يجب ، بل يحكم ، ثم لا ينحسم باب دعوى الإبراء والتوفية كما على الحاضر .

والثاني : أنه يجب [٣] ؛ إذِ الحاضرُ يبادر الدعوى ، والتسليطُ - من غير استقصاءٍ منه - محالٌ .

ثم على هذا ، لا يجب التعرُّضُ لِصِدْق الشهود ، وإنما يجب فيمن يحلف مع شاهد واحد . وأما إذا كملت البينةُ فلا . هذا إذا ادّعى بنفسه ، فإن ادّعى وكيلُه - وهو غائب - فلابد

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فلو » . (٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١١ / ١٧٦) والمنهاج ص (١٥٠) .

من تسليم الحقّ ، بل لو حضر المدَّعَى عليه بإزاء وكيل المدعي ، فأقيمت البينة عليه ، فقال : إن موكلك قد أبرأني ، فأُريد يمينَه : توقَّفَ في هذه المسألة فقهاءُ الفريقين بمرو في واقعة ، فاستدرك القفالُ [١] وقال : يُسَلِّم الحقّ ؛ إذْ لو فُتِحَ هذا البابُ تعذَّر طلبُ الحقوق الغائبة بالوكلاء .

الركن الرابع : في إنهاء الحكم إلى قاضٍ آخر [٢] . وذلك بالكتابة ، أو الإشهاد ، أو المشافهة .

أما مجردُ « الكتابة » فلا يعتمد ؛ إذْ لا تعويل على الخط ، ومجردُ الإشهاد بعدلين دون الكتاب كافٍ . وإن كتب فهو تذكرةٌ للشاهدين [٣] ولا يعتمد حتى لو ضاع لم يَضُرَّ . ولو شهدا بخلاف ما في الكتاب ، سُمِعَ ؛ لأنّ الاعتماد على العلم . ويحصل علمهما بأنْ يُجْرِي القاضي القضاءَ بين يديهما ويُشْهدهما عليه . ولا يكتفي أن يسلم إليهما الكتاب ، ويقول : أُشْهِدُكُمَا أنَّ هذا خطِّي . فإن قال : أُشهدكما أن مضمون الكتاب قضائي ، قال الإصطخري : يكفي ذلك ؛ لأن هذا إقرار بمجهول يمكن معرفتُه . وقال الأصحاب : لا يكفي حتى يذكر تفصيل قضائه للشاهدين . ويَقْرب من هذا ما لو سلّم المقرّ القبالة إلى الشاهد ، وقال : أُشهدك على ما فيه [٤] وأنا عالم به [٥] . ولعل الأصحَّ أنّ هذا يكفي ؛ لأنه مُقِرٌّ على نفسه بما لا يتعلّق بحق غيره ، والإقرارُ بالمجهول صحيحٌ . وأما القاضي فَمُقِرٌّ على نفسه لكن بما يرجع ضررُه على غيره ؛ فالاحتياطُ فيه أهمُّ .

---

(١) قال ابن الصلاح : « هذا ليس مخصوصًا بالقفال ، فقد ذكر ذلك أيضًا شيخ العراقيين بإزاء القفال في الخراسانيين ، وهو الشيخ أبو حامد الإسفرائيني (رحمه الله) وقطع به في كتاب « الوكالة » وحكاه عن أبي حنيفة . وقطع به أيضًا صاحب « الشامل » وغيرُهما » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٤ / ب) .

(٢) قال في الروضة – في توضيح هذا الركن – ما نصه : « الطرف الثالث : في كتاب القاضي إلى القاضي . فالقاضي بعد سماع الدعوى والبينةِ على الغائب ، قد يقتصر عليه ويُنْهِي الأمرَ إلى قاضي بلد الغائب ليَحْكم ويَسْتوفي ، وقد يُحَلِّفه – كما سبق – ويَحْكم . وعلى التقدير الثاني ، قد يكون للغائب مالٌ حاضر يُمْكن أداءُ الحقِّ منه ، فيؤدّى . وقد لا يكون كذلك ؛ فيسأل المدَّعِي القاضيَ إنهاءَ الحكم إلى قاضي بلد الغائب ، فيجيبه إليه » . الروضة (١١ / ١٧٨) .

(٣) في الأصل : « للشاهد » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فيها » . (٥) في (أ) ، (ب) : « بها » .

ثم الأولى (١) أنْ يكتب الكتاب مع الشهود للتذكرة ، ويختمه ويُسَلم إليهما نسخةً غير مختومة للمطالعة ، ويكتب في الكتاب اسمَ الخصمين واسمَ أبيهما وجدهما وحِليتهما ومسكنَهما إلى حيث يحصل التمييزُ ، فهو المقصود . ويذكر قدر المال (٢) ، وتاريخ الدعوى ويقول : قامت عندي بذلك بينةٌ عادلة ، وحلَّفْتُه مع البينة ، والتمس [مِنِّي] (٣) القضاءَ والكتبةَ إليك لِتَسْتوفي ، فأجبتُه إلى ذلك ، وأشهدت عليه / فلانًا وفلانًا . ٢٩٢/أ

ولا فائدةَ في ذكر عدالة شاهِدَيِ الكتابِ ، فإنه لا تَثْبت عدالتُهما بشهادتهما ولا بمجرد الكتاب ، وهما يشهدان على الكتاب ، بل ينبغي أن تَظْهر عدالتهما للقاضي المكتوب إليه بطريق آخر . فإن قيل : (٤ إذا لم يَبْقَ إلا استيفاء الحق ٤) ، فلم لا يُكاتب واليًا غَيْرَ القاضي حتى يَسْتوفي ؟ قلنا : لأن الكتاب لا يَثْبت عند الوالي إلا بشهادة الشهود ، ومنصبُ سماعِ الشهادة يختصُّ بالقضاة . فإن شافَهَ الواليَ : جاز له الاستيفاءُ في بلدةٍ هي من ولاية القاضي . فإنْ كانت خارجةً عن ولايته ، ففي وجوب استيفائه نظرٌ ؛ لأنه لاولاية له على تلك البقعة (٥) . ولكن الصحيح وجوبُه ؛ لأن سماعَ الوالي بالمشافهة كسماع قاضٍ آخر شهادةَ الشهود (٦) .

أما « المشافهة » فهي أقوى ، لكنْ بشرط أن يكون كلُّ واحد منهما في محلّ ولايته ، بأن يكونا قاضِيَيْ بلدةٍ واحدة على العموم ، أو شِقَّيْ بلدةٍ فيناديا في الطرفين . وإنما يكفي ذلك إذا

---

(١) في الأصل : « أولى » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « قدر الدَّيْن » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إذا لم يَبْق إلا الاستيفاء » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (ففي وجوب استيفائه نظر ؛ لأنه لاولاية له على تلك البقعة) معناه : لا ولاية للقاضي على تلك البلدة حتى يجب على واليها طاعتُه فيما يأمره به ، بخلاف والي بلدة القاضي ، فإنه يجب عليه طاعته لكونه تحت ولايته ، وهكذا نقول لو وقف ذلك الوالي على طرف ولايته وناداه هذا القاضي من طرف ولايته بأني قد حكمتُ بكذا وكذا ، فليس لذلك الوالي الاستيفاءُ ؛ لأنه لاولاية لهذا القاضي عليه ، وليس الوالي أهلًا لاستماع الحجج ، بخلاف مثله في قاضي تلك البلدة لو وقف على طرف ولايته على ما سنذكره ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٤ / ب ، ١٩٥ / أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بشهادة الشهود » .

قال : قضيتُ فاسْتوفِ .

أما إذا قال : سمعتُ البينةَ فاحْكُمْ ، فلا فائدة له في خبرة البينة ؛ لأن قولَه فرعٌ عن الشهود ، وإنما يفيد عند العجز عنهم [بالموت أو الغيبة] (١) ، هذا هو الأظهرُ ، وفيه وجهٌ سيأتي .

أما إذا اجتمعا في أحد الشقين ، فقال له صاحب الولاية : إذا رجعت إلى شِقّك فاسْتوفِ ، فإني قد قضيتُ ، فإذا رَجَع جازَ له الاستيفاءُ إنْ جوَّزْنا القضاء بالعلم ؛ لأنه عِلْمٌ حصل في غير محلّ ولايته . وإن لم نجوِّزْ ، فقد أطلق بعضُ الأصحاب جوازه . وقال الإمام : لا يجوز ، بل هو كسماعه الشهادة في غير محل ولايته ؛ لأنه سمع حيث لم يكن أهلًا للسماع ، فهو كما لو قال له : سمعتُ البينةَ ولم يَبْقَ إلا القضاءُ ، فإنه لا خلاف أنه لا يقضي إذا رجع إلى شِقِّه ؛ إذ قولُ القاضي فرعٌ لشهادة الشهود ، فسماعُه لا يزيد على سماع الشهادة . وهذا يلزمه أن يقول : الوالي الذي ليس بقاضٍ لا يستوفي ؛ لأنَّ كونَه قاضيًا لا يُخْرِجُه عن كونه واليًا ، لكن يمكن أنْ يجاب بأنّ الوالي لا يقضي إلا بعلمه ، ومستندُ علمِه قولُه : قضيتُ ، (٢ فكذلك يجوز أيضًا ٢) للقاضي إذا قلنا : إنه يقضي بعلمه .

أما إذا قال في غير محلّ ولايته لقاضٍ آخر : قضيتُ في ولايتي فاحكمْ أو استوفِ ، فلا خلافَ أنه لا يسمع ؛ إذ لا حجة في قوله إلا في محلّ ولايته .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فكذلك أيضًا يجوز » .

فروع

الأول : إذا كتب إلى قاضٍ ، فمات الكاتبُ ، أو المكتوبُ إليه : (١ جاز لكلِّ مَنْ شهد عنده الشهود ١) من القضاة الحكمُ به ؛ لأنَّ الحجة في حكمه لا في كتابه . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجوز ذلك إلا إذا كتب : إلى فلانٍ ، وإلى كل من يصل إليه من القضاة (٢) . وكأنه يجعل ذلك تفويضًا .

الثاني : إذا قضى القاضي ، واقتصر على قوله : حكمتُ على أحمد بن محمد فاعترف رجل في تلك البلدة بأنه أحمد بن محمد (٣) ، وأنه المعْنيُّ بالكتاب ، وأنكر الحقَّ : فلا يلزمه شيءٌ ؛ لأن الحكم في نفسه باطلٌ ؛ لأنه على مُتَّهمٍ غير معيَّن ، لا بالإشارة ولا بوصف مُسْتقْصٍ كامل ، فلا يتم الحكمُ باعترافه بأنه المعْنيُّ إلا أن يُقِرَّ بالحقّ فيؤخذ الحق بإقراره .

أما إذا استقصى ، فذَكَر اسم أبيه ، وجدّه وحليته ، ومَسْكنَه ومحلّتَه ، وأتى بالممكن ، فإمكانُ اشتراكه في جملة هذه الصفات على الندور لا ينقدح . فإن قال المأخوذ : لستُ مُسَمًّى بهذا الاسم ، فعلى الخصم - إن نقم - بيّنة على الاسم والنسب ، فإن عجز حلّفه ، فإنْ حلف انصرف عنه القضاءُ ، وإن نَكَل (٤ توجّه الحقّ باليمين ٤) المردودة .

فلو أخذ يحلف على أن الحق لايلزمه ، وليس يحلف على نَفْيِ الاسم ، فلا يُسمع ، بخلاف مَن ادُّعِيَ عليه قرضٌ فلم يُنْكر ، ولكنْ قال : « لا يلزمني تسليمُ شيءٍ » يُقْبل ؛ لأنه ربما أَخَذَ وردَّ . ولو اعترف لَطُولِبَ بالبينة ؛ لأنَّ مجردَ الدعوى ليس بحجة عليه ، وهاهنا قد قامت البينة على الاسم وتوجّه الحقّ إن ثبت الاسم . وقال الصيدلاني : يُقْبل ذلك منه كتلك المسألة . وهو ضعيف ؛ والفرقُ أَظْهَر .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « جاز لكل مَنْ شهد الشهود عنده » .

(٢) انظر قول أبي حنيفة (رحمه الله) في : الهداية (٣ / ١١٨) . فتح القدير (٧ / ٢٩٥ ، ٢٩٦) . رد المحتار (٥ / ٤٣٨) . ملتقى الأبحر (٢ / ٧٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « محمد بن أحمد » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « توجه الحق مع اليمين » .

وأما إذا قال : أنا موصوفٌ بهذه الصفات ولكن في البلد من يُسَاويني ، فإذا أَظهر ذلك – ولو ميتًا – انصرف القضاءُ عنه . وهذا كله إذا قضى القاضي بالبينة ولم يَبْقَ له إلا الاستيفاء . أما إذا سمع [البينة] [١] وكتب إلى قاضٍ آخر بسماع البينة ، فهذا جائزٌ بالاتفاق . وساعدَ عليه أبو حنيفة (رحمه الله) وفيه إشكالٌ ؛ لأنه إن كان تحملًا كالشهادة على الشهادة ، فلا يُكْتفى بواحد ، وإن كان قضاء بقيام البينة وسماعها حتى يُنَزَّل سماعُه منزلة سماع [القاضي] [٢] الثاني ، فلم يجب ذِكْرُ الشهود في الكتاب وصفتهم ، ولا يجب ذِكْرُ شهود الواقعة إذا تمم القاضي . وكأنّ هذا قضاءُ مَشُوبٌ بالنقل ، والأغلبُ عليه أنه قضاء [٣] بأداء الشهادة حتى يقوم سماعُه مقام سماع الآخر ، ولكن وَجَب ذكْرُ الشهود / ؛ لأن الآخر إنما يقضي بقولهم ٢٩٢/ب والمذاهب [٤] في الحجج مختلفةٌ ، فربما لا يرى القاضي القضاءَ بقولهم .

ثم لا خلافَ أنه لو سمع ولم يُعَدِّل ، وفوَّض التعديل إلى الآخر : جاز ، وإن كان الأولى [٥] أنْ يُعَدِّل ؛ لأن أهل بلدهم أَعْرَفُ بهم . ولو عدَّل القاضي ، وأَشْهد على التعديل شهودَ الكتاب : جاز ذلك . ثم إن ادّعى الخصْمُ جَرْحًا ، فلْيُظْهر شاهدين عَدْلين ، فَيُقَدّم بينة الجرح على التعديل الذي في الكتاب . فإن [٦] استمهل ، أُمْهِلَ ثلاثة أيام . فإنْ قال : لا أتمكن منه إلا في بلد الشهود ، لم يُمْهَل ؛ لأن ذلك يَطُول ويَصير [ذلك] [٧] ذريعة ، لكنْ يُسَلَّم المال ، ثم إن أثبت [٨] الجرحَ استردَّ ، قولًا واحدًا ولم يُخَرَّج على ما لو كان الخصمُ حاضرًا وأظهر الجرحَ بعد الحكم ، فإنّ في نقض القضاءِ به قولين ؛ لأنَّ الحاضر مُقَصِّر وهو معذور .

الثالث : لو كان للبلد [٩] قاضيان وجوَّزْناه ، فقال أحدهما للآخر : سمعتُ البينة ، فاقْضِ ، فله ذلك إن قلنا : الغالبُ عليه القضاء ، وكأنهما تعاونا على حكمٍ واحد . وإنْ قلنا : الغالبُ النَّقْل ، لم يَجُزْ ذلك مع حضور الشهود ؛ فإن القاضي كالفرع للشهود .

---

(١) زيادة من (ب) .
(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٣) في (أ) ، (ب) : « قضى » .
(٤) في الأصل : « والمذهب » والمثبت من (ب) .
(٥) في الأصل : « أولى » والمثبت من (ب) .
(٦) في (ب) : « فإذا » .
(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٨) في (أ) ، (ب) : « ثبت » .
(٩) في (أ) ، (ب) : « للبلدة » .

الركن الخامس : في المحكوم به .

وذلك إن كان دَيْنًا أو عقارًا يمكن تحديدُه ، فهو سهل . وإن كان عينًا فلا يخلو ، إما أن يُمْكن تعريفُه بالصفة كالفرس والجارية والعبد ، أو يكثر أمثالها [(١)] كالأمتعة والكرباس مثلًا . أما العبد وأمثالُه ، ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا ترتبط الدعوى والقضاءُ بعينه ، بل بقيمته كالكرباس ؛ لأن المحكوم عليه عُرِف بالنسب [(٢)] ، وتعريفُ العبد والفرس غيْرُ ممكن [(٣)] .

والثاني : أنه يجوز أن يقضي على عينه كالمحكوم عليه إذا كان خاملًا .

والثالث : أنه يسمع البينة على عينه ، ولايقضي ؛ لأن إبرام الحكم مع هذه الجهالة صَعْبٌ [(٤)] .

التفريع : إن قلنا : إنه [(٥)] يتعلَّق بعينه ، فالمدَّعَى عليه إذا عين [عليه] [(٦)] في تلك البلدة عَبْدٌ ، فيصرف القضاء عنه بأن يَظهر في البلد عبْدٌ آخر بتلك الصفة ، إما من [(٧)] ملكه أو ملك غيره . فإن أظهر من ملكه ، لم يَلْزمه تسليمُ أحدِهما ، بل صار القضاءُ باطلًا ؛ لكونه مُبْهمًا ، وإن لم يبين ، لزمَه تسليمُ العبدِ الموصوف .

وإن قلنا : إنه يسمع البينة فقط ، ففائدة المدعي أنْ يطالب بتسليم العبد إليه حتى يعينه

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أمثاله » . (٢) في (أ) ، (ب) : « بالنسبة » .

(٣) قال الحموي : « قوله في القضاء : (الركن الخامس : في المحكوم به [وذلك] إن كان دَيْنًا أو عقارًا يمكن تحديدُه فهو سهل ، وإن كان عينا فلا يخلو إما أن يكون تعريفُه بالصفة كالفرس والعبد والجارية ... إلى قوله : أما العبد في أمثاله ففيه ثلاثة أقوال : أحدهما : لا ترتبط الدعوى بعينه وقيمته كالكرباس ؛ لأن المحكوم عليه عُرِفَ بالنسب ، وتعريف الفرس والعبد غير ممكن) .

قلت : ما ذكره الشيخ من كونه لا ترتبط الدعوى بعينه فظاهر وأما قوله : (وقيمته) بالواو فإن الحاجة لا تدعو إلى ذكرها ، فإنه كان ينبغي أن يقول بدل « الواو » : « بل » فإن الاعتبار هاهنا بالقيمة بدل العين ، كما في الكرباس كما لا يخفى .

قلت : نقل في بعض نسخ الكتاب « بل قيمته » فعلى هذا لا كلام . وطريق الجواب على المشهور أن يقال : مراده بذلك : أن لا يجمع بينهما بطريق الوجوب بل بطريق الاستحباب ، وإنما يقتصر على القيمة لما تقدم من الدلالة عليه ثم يدل عليه ما ذكره الشيخ بعده حيث قال : (فإن قلنا : إنه كالكرباس ، فلا ترتبط الدعوى بعينه ، بل ترتبط بالقيمة ، فيدعي كرباسًا وعبدًا قيمتُه عشرةُ دنانير ، ولا بأس بذكر صفات العبد ولا تجب ، وإنما تكون بطريق الاستحباب) وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٠/أ، ١٩٠/ب) . (٤) في (أ)،(ب) : « ضعيف » .

(٥) كلمة : « إنه » ليست في (ب) . (٦) زيادة من (أ) ، (ب) . (٧) في (أ) ، (ب) : « في » .

الشهودُ في بلده . ثم في الاحتياط لملكه قولان :

أحدهما : أنه يلزم المدعي كفيلًا بالبدن .

والثاني : أن الكفالة بالبدن ضعيفٌ ؛ فلا يلزمه ، بل يلزمه أن يشتري ، ويتكفّل بالمال ضامنٌ حتى إن تَلِفَ : تلف من ضمانه ، وإنْ ثبت ملكُه فيه بَانَ بطلانُ الشراء . ويحتمل هذا الوقف للحاجة ، وذكر الفوراني « أنه يلزمه تسليم القيمة إليه للحيلولة في الحال من غير بينة ، فإن ثبت ملكه استردَّ القيمة » . وهذا لا بأس به ؛ إذْ كفالة البدن ضعيفةُ الفائدة ، والبيعُ ربما لا يَرْضى به صاحبُ اليد .

هذا في العبد أما الجارية ، فتسلم إلى أمينٍ ؛ لأن حِفْظَ الفروج واجبٌ ، ومن يدعي الملك لا يمتنع (١) من المباشرة . وإن قلنا : إنه كالكرباس فلا ترتبط الدعوى بعينه ، بل ترتبط بالقيمة ، فيذكر (٢) كرباسًا أو عبدًا ، قيمتُه عشرةٌ مثلًا ، ولا بأس بذكر صفات العين ، ولا يجب ، كما أنه لا بأس بذكر قيمة العقار وقيمةِ العبد على قولنا : تتعلّق بعينه ، ولكنْ لا يجب على الظاهر .

أما إذا كان المحكوم عليه حاضرًا ، والعبدُ والكرباس حاضرين (٣) ، ولكن لم يُحْضره مجلسَ الحكم فهاهنا يفترق الكرباس والعبد ؛ إذِ المنْكِرُ لا يلزمه إحضارُ الكرباس ؛ لأنه يتماثل وإن أحضر . وأما العبد ، فيحكم القاضي به - وإن كان غائبًا - إذا عرفه القاضي بعينه . وإن لم يَعْرفه ، فلابُدَّ من إحضاره للتعيين ، ويجب ذلك على المدعى عليه إن اعترف بأن في يده عبدًا هذا صفتُه . وإن لم يعترف حلف على أنه ليس في يده مثلُ هذا العبدِ . فإن نكل ، فحلف المدعي ، أو أقام بينةً على أن في يده مثله ، حبس المدعى عليه حتى يحضر ، ويتأبّد عليه الحبْسُ ، ولا يتخلَّص إلا بالإحضار أو بدعوى التَّلَف ، فعند ذلك يُقْبل قولُه للضرورة ، ويقنع بالقيمة . ثم إن حضر ، فعلى الشهود على الوصف إعادةُ الشهادة على العين .

فإنْ علم المدَّعي - حيث لا بيّنة له - أنّ المدعى عليه لا يُبَالي بالحلف على أنه ليس في يده ، فطريقُ الجزم له أنْ يصرف الدعوى إلى القيمة ، ويثبت المالية بالشهادة على الوصف مهما لم يطلب العين . فلو قال : أَدَّعي عبدًا صفتُه كذا ، وقيمتُه كذا ، فإما أنْ يردّ العينَ أو القيمةَ ، فهذه دعوى غير مجزومة ، ففي سماعها وجهان ، ولكن / اتفق القضاة على سماعها للحاجة اصطلاحًا . ٢٩٣/أ

فرع : إذا حضر العبدُ الغائب ، ولم يثبت ملك المدعي ، فعلى المدعي مئونةُ الإحضار

---

(١) في (ب) : « لا يمنع » . (٢) في (أ) ، (ب) : « فيدعي » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « حاضران » وهو جائز أيضًا .

ومئونة الردّ إلى مكانه . هذا ما ذكره الأصحابُ ولم يتعرّضوا لأجرة منفعته التي تعطّلَتْ ، ولا لمنفعة المحكوم عليه إذا تعطّل بالحضور ، وكأن ذلك احتملوه لمصلحة الإيالة ، وجُعل ذلك واجبًا لإجابة القاضي ، فلم يلزمه بدلًا ، أما مؤنة إحضار العبد فلم تحتمل [1] .

الركن السادس : المحكوم عليه .

وشرطُه أن يكون غائبًا . فإن كان في البلد ، ففي جواز سماع [2] البينة قبل استحضاره ، وجهان :

أحدهما : تُسمع ؛ إذْ إنكارُه غَيْرُ مشروطٍ ، وإنما الشرطُ عدمُ إقراره ، وهو معدومٌ في الحال .

والثاني : أنه لا يجوز ؛ لأن إقراره مُتَوَقَّعٌ على قُرْبٍ ، وسلوكُ أقرب الطرق واجبٌ في القضاء .

فإن قلنا : تُسمع ، فالمذهب أنه لا يقضي إلا في حضوره ؛ فلعلَّه يجد مَطْعنًا ودفعًا بخلاف الغائب ؛ فإن انتظاره يطول . وفيه وجه بعيد : أنه يقضي كالغائب .

أما إذا حضر ، ففي جواز سماع البينة من دون مراجعة الخصم وجهان مُرتبان وأَوْلَى بالمنع . ووجْهُ الجواز أنه قادر على الدفع والكلامِ ، فلْيتكلَّمْ إنْ أراد .

أما إذا توارى وتعذر [3] ، فالمذهبُ : أنه يُقْضى عليه كالغائب . وذكر القاضي وجهًا أن المنع لا يجعل كالعجز كما أنَّ مَنْعَ المهر والثمن [4] لا يُلْحق [5] بالإفلاس على وجه .

واختتامُ الباب بتنبيهات :

الأول : أن في قبول كتاب القاضي إلى القاضي ، والشهادةِ على الشهادة في الحدود – قولين [6] ، وفي القصاص قولان مرتبان وأَوْلَى بالقبول .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فلا تحتمل » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « استماع » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أو تعذر » .

(٤) في نسخة أخرى : « النفقة والمهر » كذا على هامش الأصل .

(٥) في (ب) : « لا يلحقه » .

(٦) في الأصل : « قولان » وهو خطأ ظاهر . والمثبت من (أ) ، (ب) .

الثاني : أن حَدَّ الغيبة ما فوق مسافة العَدْوَى ، وهو أن يَغْدُوَ من بيته فلا يَرْجع إليه مساءً . فإن أمكن ذلك فهو كالحاضر ، فيجب عليه إجابةُ القاضي إذا دعاه . وإن دعاه صاحبُ الحقِّ لم يجب الحضورُ ، بل الواجب هو الحق إن كان صادقًا ، وإلا فلاشيءَ عليه ، وإنما يجب الحضور طاعةً للقاضي لأجل المصلحة .

الثالث : أنه إنْ لم يكن على مسافة العدوى حاكمٌ ، فيجوز للقاضي إحضارُه ، ولكن بعد إقامة البينة (١) ؛ إذ تكليفُه ذلك من غير حجةٍ إضرارٌ ؛ ولهذا يجب على القاضي أن لا يُخَلِّيَ مثلَ هذه المسافة من حاكم .

الرابع : إذا كان للغائب مالٌ في البلد ، وَجَبَ على القاضي التوفيةُ ، وهل يُطَالب المدعي بكفيل ، فربما تُوُقِّعَ استدراكٌ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ إذ كلُّ حكمٍ يُمْكن فيه الاستدراكُ ، وقد تَمَّ الحكم في الحال .

والثاني : نعم ؛ لأنَّ الخصْمَ غائبٌ والاستدراكُ غالبٌ .

الخامس : إذا عُزِل القاضي بعد سماع البينة ، ثم وَلِيَ : يلزمه استعادةُ البينة ؛ إذْ بَطَلَ بالعزل سماعُه السابقُ . وإنْ خرج عن محلِّ ولايته ، ثم رجع ، ففي الاستعادةِ وجهان (٢) .

السادس : المخَدَّرة لاتحضر مجلسَ القاضي ؛ لأنَّ ضررَ إبطالِ الخِدْرِ أعظمُ من ضرر المرض ، بل يَحْضر القاضي أو مأذونٌ من جهته ؛ فكل من لا تخرج أصلًا إلا لضرورة مرهقة ، فهي مُخَدَّرة ، أما من لا تخرج إلى العزايا والزيارات إلا نادرًا ، قال القاضي : هي أيضًا مُخَدَّرة . وقيل : بل [هي] (٣) التي لا تخرج إلا لضرورة . وقيل : بل هي التي لا تصير مُبتذلة بكثرة الخروج وإن كانت تخرج على الجملة . وقال القفال : يجب إحضارُ المخدرة ؛ لأن الحضور بهذا العذر لا

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا لم يكن على مسافة العدوى حاكم ، فيجوز إحضاره بعد سماع البينة) من طغيان القلم ، وصوابه أن يقال : (إذا لم يكن فوق مسافة العدوى حاكم) ؛ لأن الحكم المذكور مخصوصٌ بما فوق مسافة العدوى على ما لا يخفى ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٦ / أ) .

(٢) والصحيح أن له الحكم بالسماع الأول ؛ لبقاء ولايته . انظر الروضة (١١/١٩٧) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

يُبْطِل التخدُّرَ . وخالفه جميعُ الأصحاب [فيه] [(١)] .

السابع : للقاضي أن يتصرف في مالِ حاضرٍ ليتيمٍ خارج عن محل ولايته إذا أشرف على الهلاك كما يتصرف في مال كل غائب . ولكن هل له نَصْبُ قَيِّمٍ للتصرف فيه ؟ تردد القاضي فيه ، ولم يَبُتَّ جوابًا ، فإنه نصب على اليتيم وفي المال أيضًا .

فإذا كان اليتيمُ في ولايته ، ومالُه في ولاية أخرى ربما أَدّى إلى أن يَنْصب كلُّ واحدٍ من القاضِيَيْنِ قَيِّمًا . ولعل الأولى أن يُلاحَظ مكانُ اليتيم لا مكانُ المال .

وأما إذا زَوَّج امرأةً خارجةً عن محلّ ولايته ، مِنْ غائبٍ خارج عن محل ولايته برضاها فهذا ينبغي أن لا يصحَّ [(٢)] . ولا يكفي حضورُ الزوج ؛ إذْ لا تعلُّق للولاية به [بل حضور المرأة معتبرٌ ، لأنه وليٌّ عليها] [(٣)] بخلاف المال . وليس ذلك كما لو حكم في محل ولايته على غائب خارجٍ عن محلِّ ولايته ؛ إذ المدَّعي حاضرٌ ، والولايةُ متعلِّقةٌ [به] [(٤)] .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) ويصح تزويجُه من امرأةٍ في محلّ ولايته إذا لم يكن لها وليٌّ . انظر الروضة (١١ / ١٩٨) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) . وعلى هامش الأصل أنها ثابتة في نسخة أخرى .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

الباب الرابع

في القسمة (١)

(وفيه ثلاثة فصول)

الفصل الأول (٢)

في القسّام وأجرته

(٣ ولا ينبغي أنْ يُخلِّي الحاكمُ ٣) النواحيَ عن القسام ؛ لمسيس / الحاجة إليه ، وليكن لهم رزقٌ من بيت المال ، وكذا القاضي والمزكِّي . أما الشاهدُ فلا يُعْطى ؛ كَيْلا يُتَّهم ، مع أن الشهود لا ينحصرون . ٢٩٣/ب

وإن لم يكن لهم رزقٌ ، فلا ينبغي أن يُعَيِّنَ الحاكم واحدًا ؛ فيحسم على الناس استئجارَ غيرِه . وفي اشتراط العدد في القسَّام قولان ، مأخذهما : أن منصبَه ، منصبُ الحاكمِ أو الشاهدِ ؟.

وإن نصب حاكما للتقويم أو للتزكية أو للقسمة فيثبت عندهم بشاهدين . ثم القاضي يُعَوِّل على قولهم على الانفراد ، ولا يجوز أن ينصب حاكمًا ليحكم بالتقويم باجتهاده أو ليزكي بنظر نفسه وإن فرعنا [على] (٤) أن القاضي يقضي بعلمه ، نعم (٥) للقاضي أن يعتمد على ما يَعرفه من

---

(١) يقال : قسمتُ الشيء : أي فرزتُه أجزاءً . وبابُه : ضَرَبَ .

واسم الفاعل : قاسم ، وقسَّام للمبالغة .

والاقتسام : طلب القسمة وسؤالُها . والقسمة : إفراز النصيبين بين الشريكين ، أو إفراز الأنصباء بين الشركاء ، سواء كان ذلك الشيء مكيلا أو موزونًا أو معدودًا ، وسواء كان ذلك دورًا أو مباني ، أو أراضي ، أو غير ذلك من المنافع . انظر : المصباح المنير (٢ / ٧٧٤) ، طلبة الطلبة ص (٢٤٨) ، أنيس الفقهاء ص (٢٧٢) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٦٣) .الفقه الإسلامي وأدلته (٥ / ٦٥٦) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الأول » بدون كلمة « الفصل » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وينبغي أن لا يُخَلّي الحاكم » .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (ب) : « ثم » .

عدالة الشاهد على رَأْيٍ . وهل له أن يكتفي ببصيرة نفسِه في التقويم ؟ منهم من قطع بالمنع ؛ لأنه تخمينٌ . ومنهم من خَرَّج على القولين .

ثم أجرة القسَّام عند تفاوت الحصص تقسم على الرءوس ، أو على عدد قدر الحصص ؟ فيه قولان كما في الشفعة (١) . ومنهم مَنْ قطع بأنه على قدر الحصص ؛ لأن العمل في الكثير بالمساحة أكثرُ لا محالةَ .

هذا إذا أطلق الشركاءُ العقدَ ، فأما إذا انفرد كلٌّ واحد بذكْرِ نصيبه ، أتبع ذلك . ولكن ليس لواحد أن ينفرد بالاستئجار دون إذن الشريك ؛ لأن تردُّدَه في الملك المشترِكِ ؛ ممنوعٌ دون الإذن ، فيكون العمل ممنوعًا ، والإجارةُ فاسدةً ، بل يعقد كلّ واحدٍ بإذن الآخرين ، أو الوكيلُ بإذن جميعهم .

فرع : إذا كان أحدُ الشريكين طفلا ، وطلبَ (٢) القيِّمُ القسمةَ – حيث لا غبطة – ردَّ القاضي عليه . وإن كان فيه غبطةٌ ، فعليه حصةٌ من الأجرة .

وإن طلب الشريكُ – حيث لا غبطة – ففي لزومِ أجرةٍ لنصيبِ الطفل وجهان ، والظاهرُ أنه يجب إذا لزمت الإجابة كما في (٣) البالغ ، والأجرةُ تتبع لزوم القسمة .

* * *

---

(١) والمذهب أن الأجرة توزع على قدر الحصص . انظر الروضة (١١ / ٢٠٢) . المنهاج ص (١٥١) . الغاية القصوى (٢ / ١٠١٥) .

(٢) في الأصل : « فلو طلب » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « على » .

الفصل الثاني

في كيفية القسمة [١]

فإن جَرَت في ذوات الأمثال ، جازت التسويةُ بالوزن والكيل ، وكذا في الربويات إن قلنا : إنها إفرازُ حقٍّ . وإن قلنا : إنها بيعٌ ، فلا يجوز في المكيل إلا الكيلُ . فإن كانت في عرصةٍ متساوية الأجزاء ، فالتسوية بالمساحة ، وتقسَّم الحصصُ وتكون الأجزاءُ على حسب أقلّ الحصص .

بيانُه : عرصة ، لواحدٍ نصفُها ، ولواحدٍ ثلثها ، ولواحدٍ سدسُها ، فتجعل الأرضُ ستةَ أجزاءٍ متساوية بالمساحة . وإن افتقر إلى التعديل بالقيمة عدل كذلك ، ثم يكتب أسماءَ المُلَّاكِ [٢] على ثلاثة رقاع ؛ لأنهم ثلاثةٌ ، ويُدْرجها في بنادق مِنْ شمع أو طين متساويةٍ ، وتُسَلَّم إلى من لم يشهد ذلك حتى يخرج واحدًا ويقف القسّام على الطرف ، فإنْ خرج اسمُ صاحب النصف أعطاه الجزءَ الأول والثاني والثالثِ على الاتصال حتى لا يتفرق [نصيبه] [٣] ثم يخرج الآخر ، فإنْ خرج اسمُ صاحب الثلث أعطاه الرابعَ والخامسَ ، ويتعين السادسُ لصاحب السُّدس .

وإنْ خرج اسمُ صاحبِ السدس أعطاه الرابعَ ، وتعينَّ الباقي لصاحب الثلث . وتعينَّ ما مِنْه ابتداءُ التسليم إلى تحكم القسام ، فيقف على أيّ طرف شاء .

وقد نصّ الشافعي (رضي الله عنه) فيمن أعتق عبيدًا ، لا يملك غيرهم ، أنه يكتب على الرقعة : الحرّية والرق لا اسمَ العبيد والورثة . وهاهنا لم يكتب الثلثَ والسدسَ والنصف . فمنهم مَنْ قال : قولان بالنقل والتخريج ، ومنهم من فرّق بأن مستحق الحرية هو الله تعالى دون العبيد فيكتب الحرية ؛ ليندفع عنها الورثة وبقية العبيد .

وعلى الجملة ، هذا في الاستحباب ؛ إذ يجوز كتبة [٤] الأجزاء هاهنا ، وكتبة الأسماء ثَمّ ،

---

(١) في الأصل و (أ) : « كيفية القسمة » وكلمة (في) زيادة من (ب) .

(٢) في الأصل : « اسم الملاك » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « كتابة » .

والغرضُ يحصل ، فإن قلنا : يكتب أسماءَ الملاك ، فقال العراقيون : يكتب باسم صاحب النصف ثلاثَ رقاعٍ ، وباسم صاحبِ الثلث اثنتين ؛ لأن صاحب الكثير أولى باستحقاق الطرف ، وفي تكثير اسمِه ما يوجب التقديمَ ؛ إذِ الغالبُ أنه يَسْبق واحدٌ من ثلاثة . والصحيحُ : أنه لا حقَّ له إلا في الكثرة ، فيكفي ثلاثُ رقاع .

فرعان

الأول : إذا استحق المتاع الواقع في حصة أحدهما - أو بعضَه - انتقضت القسمةُ . فإن استحَقَّ عينًا [1] من يد واحد [2] ، واستحق مثلَها في القسمة من يد الآخر [3] ، لم تبطل القسمة . وفيه وجه : أنه تُستأنف القسمة . ويلتفت على تفريق الصفقة . [4] وإن كان المال أرضًا ، قسم بينهما ، واستحق ثلث الكلّ ، فقد بطلت القسمة / في ذلك القدر ، والباقي يخرّج على تفريق الصفقة [4] . والأصحُّ : أنه لاينتقض . ٢٩٤/أ

أما إذا ظهر دَيْنٌ أو وصيةٌ بعد القسمة ، فإن قلنا : إنها إفرازٌ ، فالقسمةُ تبقى على الصحة إنْ وَفَّوْا الدَّيْنَ . وإن قلنا : إنها بيعٌ ، ففيه قولان :

أحدهما : البطلان ؛ لأن الدَّيْنَ ، إما أن يمنع الملكَ ، أو يَجْعل التركة مرهونةً .

والثاني : أنه يصح ، بل التركة كالعبد الجاني ، فينفذ بَيْعُه إلا أن لا يُوَفّىٰ الدَّين .

الفرع الثاني [5] : إذا ادّعى بعضُ الشركاء غلطًا في القسمة على قسّام القاضي ، لم يكن له تحليفه ؛ لأنه حاكم . لكن لم تنقض القسمة إن أقام بينة [6] ، وإلا فله أن يُحَلِّف شركاءه . فإن حلف بعضُهم ، ونكل بعضُهم ، فتفيد اليمينُ المردودةُ نقضَ القسمة في حقِّ الناكلين دون الحالفين .

---

(١) في النسخ الثلاثة : « عين » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في يد واحدٍ » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « في يد الآخر » .

(٤) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٥) في الأصل : « الثاني » بدون كلمة « الفرع » ، وهي ثابتة في (أ) ، (ب) .

(٦) في (ب) : « البينة » .

هذا في قسمة القاضي بالإجبار . أما إذا كان القسَّامُ منصوبَ الشركاء بالتراضي - أو تولَّوْا القسمةَ بأنفسهم ، فظهورُ الغلط بعد تمام القسمة ، هل يُوجب نقضَها ؟ قال العراقيون : لا تُنقض ؛ لأنه رَضِيَ به ، فصار كما إذا اشترى بغَبْنٍ . وهذا يتجه على قولنا : إنها بيع . فإن جعلناها إفرازَ حقٍّ، فلا يمكن ذلك مع التفاوت، وكذا إن جعلناه[1] بيعًا، ولم يَجْرِ لفظُ « البيع » أو ما يقوم مقامه .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « إن جعلناها » .

الفصل الثالث
في الإجبار

والقسمة ثلاثة : قسمةُ إفرازٍ ، أو تعديلٍ ، أو رَدٌّ [١] .

أما قسمة الإفراز : فهو أن يكون الشيءُ متساويَ الأجزاءِ ، كالثوب الواحد ، والعرصة المتساوية ، أو المكيلات والموزونات ، فيجبر على هذه القسمة مَنِ امتنعَ قهرًا بشرط أن تبقى الحصصُ بعد القسمة مُنْتفعًا بها المنفعة التي كانت . فلا يُجْبر على قسمة الطاحونة والحمام الصغير إذا لم يُمْكن الانتفاع به بعده [٢] . وفيه وجه بعيد : أنه يجبر إذا كان يَبْقى أصلُ الانتفاع وإنْ لم يَبْقَ ذلك النوعُ . أما إذا كان الحمامُ كبيرًا تبقى به المنفعة عند إحداث مُسْتَوْقد آخر ، وبئر آخر ، وما يجري مجراه ، ففي الإجبار - تفريعًا على المشهور - وجهان :

أحدهما : أنه لايجبر ؛ لأنه تعطيل إلا بإحداث [٣] أمر جديد .

والثاني : أنه يُجْبر ؛ لأنَّ إبقاء أصل المنفعة بأمرٍ قريبٍ ، ممكنٌ [٤] .

فرع : إذا ملك من دارٍ عُشْرَها ، والعشرُ المفردُ لا يَصْلح للمسكن ، فالصحيح أنَّ صاحبه لا يُجَاب إلى القسمة ؛ لأنه مُتَعَنِّتٌ . وهل يلزمه الإجابة إذا طلب شريكُه لصحة غرضه ؟ فيه وجهان :

---

(١) في (ب) : « قسمة إفراز وتعديل وردّ » .

وقال ابن الصلاح : « ذَكَر (رحمه الله) أن القسمة ثلاثة أنواع : قسمة إفراز ، وتعديل ، وردّ . فَقِسْمَةُ الإفراز قسمةُ ما يَتَساوى أجزاؤه . وهذا فيه شيء ، وينبغي أن يُسَمى هذا قسمة المماثلة . ومنهم من سماها قسمة المتشابهات . وقد يُطْلق في قسمة التعديل ويقال فيها : هي إفرازٌ وبيعٌ . ولا يمكن أن يُعْتذر له ويقال : هذه لما غَلَب فيها معنى الإفراز دون غيرها سميناها به ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٦ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بعدها » . والمراد بعد القسمة .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إلا باستحداث » .

(٤) وهذا هو الأصح ، وذلك لِيُسْر التدارُكِ . انظر الروضة (١١ / ٢٠٣) .

أحدهما : نعم ؛ لتمييزِ ملكه [١] .

والثاني : لا ؛ لأن فيه تعطيلَ المنفعة على الشريك ، فكأنه في حقه لا يقبل القسمة .

وإن قلنا : لا قسمةَ لواحدٍ منهما ، فلا شفعةَ لواحد منهما إذا باع صاحبُه ؛ لأن الشفعة لدفع ضررِ مؤنةِ القسمة .

أما إذا كان النصفُ لواحدٍ والنصفُ الآخرُ لخمسةٍ ، فإذا باع الخمسةُ النصفَ ، فلصاحبِ النصف الآخر الشفعةُ ؛ لأن الخمسة لو اجتمعوا وطالبوه بالقسمة : أُجْبِرَ ، وإنما لا يُجْبر إذا كان الطالبُ واحدًا . وفيه وجه أيضًا : أنَّ صاحب العشر يُجَاب ؛ إذ يقول : لي أَنْ أُعَطِّلَ الملكَ على نفسي فلم لا أُجاب ؟ وهذا - وإن كان غَيْرَ مشهورٍ - فهو مُنقاسٌ .

القسمة الثانية : قسمة التعديل [٢] .

وهو أن يخلف الرجلُ على ثلاثة بنين ثلاثةَ عبيدٍ مُتَسَاوِي القيمة ، ففي الإجبار عليه خلافٌ مشهور ، [٣] ذهب الأكثرون إلى أنه يُجْبر [٣] كما في الإفراز ؛ إذ لا ضررَ فيه [٤] والثاني : أنه لا يجبر ؛ إذ كل عبد يختصُّ بغرضٍ وصِفَةٍ لا توجد في الباقي [٥] فلا يكفي تساوي المالية [٥] مع تفاوت الأغراض وذلك غيرُ موجود في الأرض وذواتِ الأمثال .

وإن خلَّف بين ثلاثةِ بنين أربعةَ أَعْبُدٍ ، قيمةُ واحدٍ مائةٌ ، وقيمةُ آخر مائةٌ ، وقيمةُ الاثنين

---

(١) وهذا هو الأصح كما في الروضة (١١ / ٢٠٤) .

(٢) وفي هذه القسمة ، تُعَدَّل الأنصباءُ المختلفة بالقيمة ؛ وذلك لتحقيق العدل والمساواة بين الشريكين ، كأرضٍ تختلف قيمة أجزائها بسبب من الأسباب ، كأنْ يكون إنباتُها جيدًا ، أو كونها قريبة من الماء ، أو مُطِلَّة على بحر ، أو على شارع عام ، أو غير ذلك مما تزيد به قيمةُ بعض أجزائها . فإذا كانت الأرض مثلًا مُنَاصفة بين شريكين ، وكان قيمة ثلثها المشتمل على مزية كقيمة الثلثين الباقيين ، فيُجْعل الثلثُ سهمًا ، والثلثان سهمًا ويُقْرع بينهما كما سبق .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والمذهب الذي عليه الأكثرون أنه يُجْبر » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فيها » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فلا يكفي التساوي في المالية » .

الآخَرَيْنِ مائةٌ ، فالخلاف هاهنا مرتب وأولى [١] بأن لا يُجبر ؛ لأن تفاوت العدد انضمَّ إلى تفاوت الصفة . وفي الحمامات والطواحين - التي لاتقبل القسمة ، وتتساوى قيمتها - خلافٌ مرتب وأولى بالمنع ؛ إذ الغرض يختلف باختلاف أماكنها اختلافًا ظاهرًا .

فإن خلَّف طاحونةً ، وعبدًا وحماما متساوي القِيَمِ [٢] فالخلافُ مرتبٌ وأولى بالمنع .

أما إذا خلف قطعًا من [الأرض] [٣] متباينة ، وآحادُها يقبل قسمة الإفراز ، فلا يجبر على قسمة التعديل بالقيمة ؛ لأن ذلك جُوِّزَ ضرورةً للعجز عن الإفراز ، ومَيْلُ نصوصِ الشافعي (رضي الله عنه) إلى مَنْع الإجبار في هذه القسمة .

فروع

الأول : دارٌ مختلفةُ الجوانبِ ، فَقِسْمَتُها من قسمة التعديل إلا إذا كان في كل جانبٍ بناءٌ يماثل الجانبَ الآخر ويمكن قسمة العرصة ، فذلك كالأراضي . فإن احتيج إلى التعديل بالقيمة مع التفاوت ، فلا فرق بينها وبين الأمتعة .

الثاني : عرصة بين شريكين / وقيمةُ أحدِ الجانبين تَزِيد لِقُرْبه من الماء حتى يكون الثلث ٢٩٤/ب بالمساحة نصفًا بالقيمة . قال الأصحاب : يُجْبَر على هذه القسمة ولم يُخَرِّجوه على الخلاف ، ولم يكترثوا بمثل هذا التفاوت النادر .

الثالث : قسمة اللبنات المتساوية القوالب من قبيل قسمةِ الإفراز ، فإن تفاوتت القوالبُ ، فهي من قسمة التعديل .

القسمة الثالثة : قِسمة الرَّدِّ [٤] .

وهو أن يترك عبدين ، قيمةُ أحدِهما سِتُّمَائة ، وقيمةُ الآخر ألفٌ ، فلو أخذ أحدُهما

---

(١) في الأصل : « والأولى » .　(٢) في (أ) ، (ب) : « القيمة » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) « وهي التي تحتاج إلى رد مال أجنبيٍّ عن ذات المقسوم ، كأن يكون بأحد جانبي الأرض المشتركة - بئرٌ أو شجر مثلًا لا يمكن قسمته ، فيَرُدّ مَنْ يأخذ بالقسمة الناتجة عن القرعة ، قِسْطَ قيمة البئر أو الشجر ، فلو كانت قيمة البئر أو الشجر ألفًا ، وحصتُه النصْفُ ، ردّ الآخذُ خمسَمائة » . من الفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي (٥/ ٦٦٣)

النفيسَ ، وردَّ مائتين : استويا . ولكن هذا لايجبر عليه قطعًا ؛ لأنَّ فيه تمليكًا جديدًا .

لو قال أحدهما : يختص أحدنا بالخسيس وخُمسٌ من النفيس ، فهذا هل يُجْبَر عليه ليتخلّص في أحد العبدين عن الشركة ؟ فيه خلافٌ ، والظاهر : أنه لا يجبر ؛ لأنّ أصل الشركة ليس ينقطع .

فإن قيل : فما حقيقة القسمة ؟ قلنا : أما قسمة الإفراز ، ففيه قولان :

أحدهما : أنه إفرازٌ ؛ إذ لو كان بيْعًا لما أُجْبِرَ عليه ، فكأنه [1] قد تبيَّن بالقسمة أنَّ ما خصَّه هو الذي ملكه [2] .

والثاني : أنه بيعٌ ؛ إذ يَسْتحيل أن يُقال : إنه لم يَرِثْ من أبيه إلا هذه الحصة على الخصوص .

وأما قِسْمةُ الردِّ ، فهو بَيْعٌ في القدر الذي يُقابله العِوَضُ وفي [قسمة] [3] الباقي وفي قسمة التعديل بَيْعٌ أيضًا إن قلنا : لا يُجْبَر عليه . وإن قلنا : إنه يجبر ، فطريقان : منهم مَنْ خرّج على القولين ، ومنهم من قطع بأنه بَيْعٌ ، ولكن يُجْبَر للحاجة .

ويُخَرَّج على القولين مسائل في الربويات والزكاة والوقف ، فإذا قلنا : إنه بيع ، لم يَجُزْ فصلُ الوقف عن الملك ؛ لأنه بيع . أما فصل الوقف من الوقف فلا يجوز وإن قلنا : إنه إفرازٌ ؛ لأنه كالتغيير لشرط الواقف [4] ، وفيه وجه : أنه يجوز ؛ لأنه [قد] [5] يشرف على الانهدام ، فيحتاج إلى القسمة . فإن قيل : فهل يُشترط الرضا ؟ قلنا : لا يُشْترط في قسمة الإجبار ، ويشترط في قسمة التراضي . ولابد مِنْ لفظٍ ، وهو قولُه : رضيتُ ، ويجب تجديدُه بعد خروج القرعة ، فيقول : رضيتُ بهذا . وقال العراقيون : يكفي السكوت بعد الرضا إلى خروج القرعة ؛ فلا يجب التجديدُ .

وأجمعوا على أنه لا يُشْترط لفظ البيع وإن قلنا : إنه بيع . ومنهم من شرط أنْ يقول :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وكأنه » .

(٢) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (١١ / ٢١٤) . والمنهاج ص (١٥٢) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الوقف » .

(٥) زيادة من (ب) .

قاسمتُك على هذا الوجه ، أو رضيتُ بالقسمة ؛ ليتلفظَ بالقسمة ، ولا يكفي قولُه : رضيتُ بهذا ؛ لأن القسمة تؤدّي معنى التمليك والتملك .

فرعان

أحدهما : أن القبة والقناة [1] والحمام وما لا يقبل القسمة ، [فالصواب] [2] المهايأة فيها بالتراضي ، ومَنْ رجع قبل استيفاء نوبته ، فله ذلك . وإن استوفى ، ثم رجع ، فوجهان :

أقيسُهُمَا : أنه يرجع ويغرم ما انفرد به .

والثاني : لا ؛ لأنّ هذه معاملةٌ جَرَى عليها الأولون فلا تشوش . وقال ابن سريج : يُجْبر على المهايأة ؛ لأن بعض مَنْ يستغنى عنه لثروته قد يعطل على الشركاء بكذا . والصحيحُ : أنهم لو تنازعوا وتناكدوا : تُرِكُوا إلى أنْ يصطلحوا .

الثاني :أنه [3] لو تقدم جماعةٌ ، فالتمسوا من القاضي قسمةَ مالٍ بينهم من غير إقامة حجة على أنه ملكهم ، فالصحيح : أن القاضي يقسم ويكتب في الحجة : إني قسمتُ بقولهم ، وكذلك إذا جاء واحدٌ منهم وطلب . وفيه قول آخر : أنه لا يُجِيبُ ؛ لأنه ربما يكون متصرفًا في مال الغير من غير بينةٍ ، وهو بعيدٌ ؛ لأنَّ اليَدَ لهم في الحال .

* * *

(١) كلمة : « والقناة » ساقطة من (أ) ، (ب) . (٢) زيادة من (ب) .

(٣) كلمة : « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

كتاب الشهادات

وفيه ستة أبواب

الباب الأول

فيما يُفيد أهليةَ الشهادة وقبولَها من الأوصاف

وهي ستة : ثلاثة منها لا يَطُول النَظرُ فيها ، وهي : التكليف ، والحرية ، والإسلام ؛ (١ فلا تُقْبل شهادةُ صَبِيٍّ ولا مجنونٍ ١) . ولا تُقْبل شهادة كافر ، لا على كافرٍ ، ولا على مسلم . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : تُقْبل على الكافر (٢) .

ولا تقبل شهادة العبد أصلًا ، وقال داود : تُقْبل (٣) . وثلاثةٌ يطول النظرُ فيها ، وهي : العدالة ، وحِفْظُ المروءة ، والانفكاك عن التُّهْمَة .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فلا تقبل شهادة مجنون ولا صبيّ » .

(٢) اتفق أهل العلم على أن شهادة الكافر على المسلم لا تقبل . ثم اختلفوا في موضعين :

الأول : شهادة الكافر على الكافر ، وهي غير مقبولة عند الشافعية والمالكية والحنابلة . وأجازها الإمام أبو حنيفة (رحمه الله) .

الثاني : شهادة أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم ، وهي غير مقبولة في مذهب الحنفية والمالكية والشافعية . ومقبولة في مذهب الحنابلة في هذا الموضع . انظر : المبسوط (١٦/ ١١٣) . فتح القدير (٧/ ٤٠٢) . رد المحتار (٧/ ٦٣ ، ٦٤) . الكافي ص (٤٦١) . حاشية العدوي على الخرشي (٧/ ١٧٦) . الشرح الصغير (٤/ ٢٣٩) مختصر المزني ص (٣٠٥) . معرفة السنن والآثار (١٤/ ٢٧٧ ، ٢٧٨) . روضة الطالبين (١١/ ٢٢٢) . حلية العلماء (٨/ ٢٤٨ ، ٢٤٩) . رحمة الأمة ص (٣٢٥) . المقنع ص (٢٤٦) . المغني لابن قدامة (٩/ ١٨٤) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن شهادة العبد غير مقبولة مطلقًا ، سواء شهد في حق من حقوق الله أو في حقٍّ من حقوق العباد . وهو مذهب الحنفية والمالكية . انظر : مختصر المزني ص (٣٠٥) . معرفة السنن والآثار (١٤/ ٢٧٥ ، ٢٧٦) . حلية العلماء (٨/ ٣٤٦ ، ٣٤٧) . تحفة الفقهاء (٣/ ٣٦٢) . فتح القدير (٧/ ٣٩٩) . رد المحتار (٧/ ٦٣) . الكافي ص (٤٦١) . حاشية الدسوقي (٤/ ١٦٥) . الشرح الصغير (٤/ ٢٣٩) .

ومذهب داود : أن شهادة العبد مقبولة ، وهو مذهب الحنابلة أن شهادته مقبولة إلا في الحدود والقصاص ، ومنهم من قبلها فيهما أيضًا . انظر : القوانين الفقهية ص (٣١٢) . المغني (٩/ ١٩٤) . كشاف القناع (٦/ ٤٢٦) . دليل الطالب ص (٢٨٤) .

الوصف الأول : العدالة .

قال الشافعي (رضي الله عنه) : « وليس أحدٌ من الناس نَعْلَمه – إلا قليلًا – يمحض الطاعة حتى لا يَخْلطها بمعصية »[١] أشار بهذا إلى أنَّ العصمة من المعاصي ليس بشرط ؛ إذ ذلك يحسم بابَ الشهادة ، ولكن مَنْ قارف كبيرة ، أو أَصَرَّ[٢] على صغيرة ، لم تُقْبل شهادتُه ؛ لأن ذلك يُشْعِر بالتهاون بأمر الدِّيانة ، ومثلُه جديرٌ بأن لا يَخَاف وَبَالَ الكذبِ / . أما مَنْ يُلِمُّ بالصغيرة ٢٩٥/أ
أحيانًا لفترةٍ تقع من مراقبة التقوى ، وفَلْتةٍ تقع للنفس في الخروج عن لجام الورع ، وهو مع ذلك ما يَنفكّ عن تَنَدُّمٍ واستشعارِ خوفٍ ، فهذا لا تُرَدّ به الشهادة ؛ قال رسول الله ﷺ : « لا يَخْلو المؤمنُ مِنَ الذَّنْبِ يُصِيبُه الفَيْنَة بَعْدَ الفَيْنَةِ »[٣] أي الوقت بعد الوقت ، وإنما الفسقُ : المرونُ على المعصية[٤] وإن كانت صغيرةَ .

والفرقُ بين الصغيرة والكبيرة يَطُول ، وقد استقصيناه في كتاب « التوبة » من كتب « إحياء علوم الدين »[٥] ، ونُشير الآن إلى بعض ما يُعْتاد من الصغائر ، وهي ستة :

الأولى : اللعب بالشطرنج ليس بحرام ، ولكنه مكروهٌ . وإن قلنا : إنه مباح ، أردنا أنه لا إِثْمَ فيه ، لا لا كراهية فيه ؛ فلا تُرَد به الشهادة إلا أن يختلط به قمارٌ[٦] ، وهو أَخْذُ مالِ المقمور واشتراطُه[٧] ، أو اليمين الفاجرة . وقد رُوِيَ أن سعيد بن جُبَيْر[٨] (رضي الله عنه) كان يَلْعب به

---

(١) انظر مختصر المزني ص (٣١٠) . ومعرفة السنن والآثار (١٤ / ٣١٤) .

(٢) في (أ) : « وأصرَّ » .

(٣) لم أجد هذا الحديث . وقوله : « الفينة بعد الفينة » يعني الحين بعد الآخر . والفينات : الساعات . انظر تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ٢ / ٧٧) .

(٤) المرون : التعوّد والاستمرار . يقال : مَرَنَ يَمْرُنُ . انظر مختار الصحاح ص (٦٢٢) . المصباح المنير (٢ / ٨٧٨) . القاموس المحيط ص (١٥٩٢) مادة (م ر ن) .

(٥) انظر الإحياء (٤ / ١٧ – ٢٢) . وانظر روضة الطالبين (١١ / ٢٢٢) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « القمار » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أو اشتراطه » .

(٨) هو سعيد بن جبير بن هشام الأسدي ، تابعي جليل ، روى عن ابن عباس وابن عمر وأبي سعيد الخدري وأبي =

وهو مُسْتَدْبِرُه ولايراه [١] . وقولُ عليٍّ (رضي الله عنه) : « ما هذه التماثيلُ التي أنتم لها عاكفون » [٢] لعلّه كان في مَعْرض السؤال ؛ إذْ أَشْكل عليه صورةُ تلك الأشكال ، وأنها ما هي ؟ [٣] . أما المداومة عليه فقد تَقْدح في المروءة وتُعَطِّل المهمات ، وقد ينشأ رَدُّ الشهادة من هذا وسيأتي .

الثانية : اللعبُ بالنَّرْدِ حرامٌ ؛ لما رُوي أنه ﷺ قال : « مَلْعونٌ مَنْ لَعِبَ بالنردشير » . وقال : « اللَّاعِبُ بالنَّرْدِ كعَابِدِ الوثنِ » [٤] . ونُقِلَ عن ابن خيران وأبي إسحق المروزي أنه كالشطرنج ، وهو القياس ، ولكن الخبر مانعٌ منه . ثم وإنْ قلنا : إنه حرام ، فالمداومةُ عليه تَرُدُّ الشهادةَ دون المرة الواحدة ، وقيل : إنّ المرة الواحدة فسقٌ تردّ الشهادة .

وأما اللعبُ بالحمام فليس بحرامٍ ، وتردد العراقيون في كراهيته . وردُّ الشهادة به إنما يكون من جهة المروءة في حقِّ مَنْ يقدح في مروءته .

الثالثة : قال الشافعي (رضي الله عنه) : الحنفيُّ إذا شرب النبيذَ حَدَدْتُه وقَبِلْتُ شهادتَه . أما الحدُّ فللزجر حتى لا يَعود إليه ؛ إذْ يجرُّ إلى الفساد . وأما قبولُنا الشهادةَ ؛ فَلِأَنَّ إقدامَه على

= هريرة وغيرهم من الصحابة . وقد خرج على الحجاج مع ابن الأشعث ، ثم هرب إلى مكة بعد هزيمة ابن الأشعث ، وجيء به إلى الحجاج فقتله سنة (٩٥) هـ . انظر تهذيب التهذيب (٤ / ١١ - ١٣) .

(١) رواه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٤ / ٣٢٢) .

(٢) رواه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٤ / ٣٢٣) .

(٣) وهذا التأويل بعيدٌ ؛ ومما يدل على ذلك أنه رُوِيَ عنه أيضًا أنه قال لهم : « لِغَيْرِ هذا خُلِقْتُمْ » مما يَشي بزجره لهم . انظر المصدر السابق .

(٤) لم أجد هذين الحديثين ، ويُغْني عنهما ما صَحَّ عن النبي ﷺ في التحذير من اللعب بالنرد ، ومن ذلك ما رواه مسلم في صحيحه (٤ / ١٧٧٠) (٤١) كتاب « الشعر » (١) باب « تحريم اللعب بالنردشير » حديث (٢٢٦٠) بإسناده عن النبي ﷺ قال : « من لعب بالنَّرْدِشِير فكأنما صَبَغ يده في لحم خنزير ودَمِه » .

وروى أبو داود في سننه (٥ / ٢٣٠) (٣٥) كتاب « الأدب » (٦٤) باب في « النهي عن اللعب بالنردشير » حديث (٤٩٣٨) بإسناده عن أبي موسى الأشعري أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ لعب بالنَّرْدِ فقد عصى الله ورسوله » . ورواه ابن ماجه (٢ / ١٢٣٧) حديث (٣٧٦٢) .

شُرْبها لم يُشْعِر بتهاونه ؛ إذِ اعتقدَ إباحته . واستبعد المزنيُّ هذا الفرقَ [1] . فمن الأصحاب مَنْ قال : يُحدُّ ولا تُقْبل الشهادة . ومنهم من قال : لا يُحَدّ وتُقْبل شهادته . فتحصَّلنا على ثلاثة أوجه [2] . فإن قلنا : إن الحنفيَّ لا يُحَدُّ ، ففي الشفعويِّ وجهان ؛ لشبهة الخلاف في الإباحة [3] .

الرابعة : المعازِفُ والأوتار حرامٌ ؛ لأنها تُشوِّق إلى الشُّرْب ، وهو شِعَار الشَّرْبِ ؛ فحرم التشبُّهُ بهم . وأما الدفّ - إن لم يكن فيه جلاجل - فهو حلالٌ ؛ ضُرب في بيت رسول الله ﷺ [4] .

وإن كان فيه جلاجل ، فوجهان [5] . وفي اليراع وجهان ، والأصح أنه لا يحرم [6] . والمزمار العراقي حرام ؛ لأنه عادة أهل الشرب . والطبول كلُّها مباح إلا الكوبة ، قال : فإنه طَبْلُ المخنثين ، وهو طبل طويل مُتَّسِعُ الطرفين ضَيِّق الوسط ، وسبب تحريمِه التشبُّه بهم . وكذا الضَّرْب بالصفاقتين حرامٌ ؛ لأنه من عادتهم .

---

(١) اعترض المزني (رحمه الله) على ذلك فقال : « فكيف يحد مَنْ شرب قليلًا من نبيذ شديد ، ويجيز شهادته ؟! » . انظر مختصره ص (٣١٠) .

(٢) والأصح - وهو المنصوص - أنه يُحَدّ ولا ترد شهادته . انظر الروضة (١١ / ٢٣١) .

(٣) والمذهب أن من يشرب النبيذ معتقدًا تحريمه : يُحَدُّ وتُرَدُّ شهادته . انظر الروضة (١١ / ٢٣١) .

(٤) انظر في هذا ما رواه البخاري في صحيحه (٢ / ٥١٦) (١٣) كتاب « العيدين » (١٣) باب « سنة العيدين لأهل الإسلام » . حديث (٩٥٢) . وما رواه مسلم في صحيحه (٢ / ٦٠٧ - ٦١٠) (٨) كتاب « صلاة العيدين » (٤) باب « الرخصة في اللعب الذي لا معصية فيه في أيام العيد » ؟. وما رواه ابن ماجه (١/ ٦١١ - ٦١٣) (٥) كتاب « النكاح » (٢١) باب « الغناء والدفّ » حديث (١٨٩٧) عن الربيع بنت معوذ ، وحديث (١٨٩٨) عن عائشة . وحديث (١٨٩٩) عن أنس ، وحديث (١٩٠٠) عن ابن عباس ، وحديث (١٩٠١) عن ابن عمر رضي الله عنهم جميعًا .

(٥) وفي الروضة (١١ / ٢٢٨) أن الأصحّ حِلُّه أيضًا .

(٦) قال النووي في الروضة (١١ / ٢٢٨) : « قلتُ : الأصح - أو الصحيح - تحريم اليراع ، وهو هذه الزمارة التي يقال لها : الشبابةُ . وقد صنف الإمام أبو القاسم الدولعيّ كتابًا في تحريم اليراع مشتملا على نفائس ، وأطنب في دلائل تحريمه ، والله أعلم » .

وقد ذكرنا مآخذ هذه التحريمات في كتاب « الوجد والسماع » ، وفصلنا ما يَحِلُّ ويَحْرُم .
ثم قال الشيخ أبو محمد : سماعُ الأوتار مرةً لا يَرُدّ الشهادة ، وإنما تُرَدُّ بالإصرار . وقال العراقيون : هو كبيرة [١] تُوجِبُ المرةُ الواحدةُ رَدَّ الشهادة . ولاشك أن ذلك يختلف بالبلاد ، فحيث يَعْظُم أمْرُه ، فالمرةُ الواحدة تُشْعر بانخرام مروءةِ الشاهد .

الخامسة : نَظْم الشعرِ وإنشادُه وسماعُه - بألحان وغير ألحان - ليس بحرامٍ ، إلا أن يكون في الشعر هَجْوٌ ، أو وصْفُ امرأةٍ مُعَيَّنة ، أو فُحْشٌ . وما يحرم نَثْرُه فيحرم نَظْمه ؛ فإن الشعر كلامٌ ، حسنُه حسنٌ ، وقَبيحُه قبيح [٢] ، وقد أُنشد عند رسول الله ﷺ أشعارٌ ولم يُنْكرها [٣] .

وإن أطنب في المدح حتى انتهى إلى حدِّ الكذب ، قيل : إنه حرام ، والصحيحُ أن ذلك ليس بكذب ؛ إذ ذلك ليس يُقصد منه الاعتقادُ والتصديق ، بل هي إظهارُ صنعة في الكلام .

وسماعُ الغناء مباحٌ ؛ لأن ما جاز من غير لحنٍ جاز مع ألحان [٤] ، إلا أن يُتَّخذ ذلك عادةً ،

---

(١) في (أ) ، (ب) : « هي كبيرة » .

(٢) قوله : « فإن الشعر كلام .... الخ » هو من كلام الشافعي (رحمه الله) كما في الأم (٦ / ٢٠٧) : « الشعر كلامٌ ، حَسَنُه كحَسَنِ الكلام ، وقبيحُه كقبيحِ الكلام ... » . ويُرْوى هذا القولُ مرفوعًا أيضًا كما في السنن الكبرى (١٠ / ٢٣٧) ولكن إسناده ضعيف .

(٣) انظر في هذا ما رواه مسلم في صحيحه (٤ / ١٩٣٢ - ١٩٣٨) (٤٤) كتاب « فضائل الصحابة » (٣٤) باب « فضائل حسان بن ثابت » حديث (٢٤٨٥) بإسناده عن أبي هريرة ، ونصه « أن عمر (رضي الله عنه) مَرَّ بحسان (رضي الله عنه) وهو ينشد الشعر في المسجد ، فلحظ إليه ، فقال : قد كنتُ أُنشد فيه ، وفيه من هو خيرٌ منك ، ثم التفت إلى أبي هريرة (رضي الله عنه) وقال : أَنْشُدُكَ الله ، أسمعتَ رسولَ الله ﷺ يقول : « أَجِبْ عنِّي ؛ اللهمَّ أَيِّدْه بروح القدس ؟ قال : اللهم نعم » . وانظر حديث (٢٤٨٦) .

(٤) المقصود بالألحان هنا التقطيعُ العروضيّ المصحوبُ بالترنُّم والتنغيم ، وليس المقصودُ الغناءَ المصحوبَ بالموسيقى ، فهذا حرامٌ لا شك فيه . وفي الروضة كلام حسن في هذا الأمر ، وهذا نصّه « غناء الإنسان ، قد يقع بمجرد صوته ، وقد يقع بآلة . أما القسم الأول ، فمكروه ، وسماعُه مكروه ، ولَيْسَا محرمَيْنِ ، فإن كان سماعُه من أجنبية ، فأشدُّ كراهةً . وحكى القاضي أبو الطيب تحريمه ، وهذا هو الخلاف الذي سبق في أن صوتها ، هل هو عورةٌ ؟ فإن كان في السماع منها خوفُ فتنةٍ ، فحرامٌ بلا خلاف ، وكذا السماع من صبيٍّ يخاف منه الفتنة ... » ثم قال : « القسم الثاني : أن يُغَني ببعض آلات الغناء مما هو من شعار شاربي الخمر - وهو مُطْرِب - كالطنبور ، والعود ، والصَّنج ، وسائر المعازف ، والأوتار ، يحرم استعمالُه واستماعه » . اهـ (١١ / ٢٢٧ ، ٢٢٨) .

فقد يقدح في المروءة .

والرقص أيضًا مباح [١] ، ولكن إذا صار معتادًا ، أو صار الغناء مكسبة ، فيقدح في المروءة .

والتغني بالقرآن جائزٌ [٢] ، بل مستحبٌّ إلا أن يَنْتهي إلى التمطيط المشوِّش للنظم ، كان أبو موسى الأشعري (رضي الله عنه) حَسَنَ الترنُّمِ بالقرآن ، فقال رسول الله ﷺ : « إنَّ هَذَا قَدْ أُوتِيَ مِزْمَاراً من مزامير آلِ دَاوُدَ عليه السلام » [٣] .

السادس : لبس الحرير ، والجلوسُ عليه حرامٌ ، وتُرَدُّ الشهادة باستدامته دون المرة الواحدة ، وكذا التختم بخاتِمِ الذهب [٤] . وغَلط بعضُ الأصحابِ فقال : لو كان / شهود٢٩٥/ب

---

(١) وفي الروضة (١١ / ٢٢٩) : « قال الحليمي : لكن الرقص - الذي فيه تَثَنٍّ وتَكَسُّرٌ يُشْبه أفعالَ المخنثين - حرامٌ على الرجال والنساء » .

(٢) ومن الأدلة على ذلك قولُه ﷺ : « ليس مِنّا مَنْ لم يَتَغَنَّ بالقرآن » رواه البخاري في صحيحه (١٣ / ٥١٠) (٩٧) كتاب « التوحيد » (٤٤) باب « قول الله تعالى : ﴿ وأسِرُّوا قولكم أو اجْهَرُوا بِهِ ﴾ حديث (٧٥٢٧) .
وقال الحافظ ابن حجر بعد أن أورد تفسيرات في معنى « التغنّي » : « والذي يتحصل من الأدلة أن حُسْنَ الصوت بالقرآن مطلوبٌ ، فإن لم يكن حسنًا فَلْيُحَسِّنْه ما استطاع كما قال ابن أبي مليكة أحد رواة الحديث ، وقد أخرج ذلك عنه أبو داود بإسناد صحيح . ومن جملة تحسينه أن يراعي فيه قوانين النغم ، فإنّ الحَسَن الصوتِ يزداد حُسنًا بذلك ، وإن خرج عنها أثّر ذلك في حُسْنه ، وغيرُ الحسنِ ربما انجبر بمراعاتها ما لم يخرج عن شرط الأداء المعتبر عند أهل القراءات ، فإن خرج عنها لم يَفِ تحسينُ الصوتِ بِقُبْح الأداء . ولعل هذا مستند مَنْ كَرِهَ القراءة بالأنغام ؛ لأن الغالبَ على مَنْ راعى الأنغام أن لا يراعي الأداء ، فإنْ وُجِدَ مَنْ يراعيهما معًا فلا شك في أنه أرجح من غيره ؛ لأنه يأتي بالمطلوب من تحسين الصوت ويجتنب الممنوعَ من حرمة الأداء ، والله أعلم » . انظر فتح الباري (٨ / ٦٩٠) .

(٣) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٨ / ٧١٠) كما في الفتح (٦٦) كتاب « فضائل القرآن » (٣١) باب « حُسْن الصوت بالقراءة للقرآن » حديث (٥٠٤٨) بإسناده عن أبي موسى الأشعريّ أن النبي ﷺ قال له : « يا أبا موسى ، لقد أوتِيتَ مزمارًا من مزامير آل داود » . ورواه مسلم (١ / ٥٤٦) (٦) كتاب « صلاة المسافرين وقصرها » (٣٤) باب « استحباب تحسين الصوت بالقرآن » حديث (٧٩٣) من حديث بريدة مرفوعًا . ورواه ابن ماجه (١ / ٤٢٥) (٢٥) كتاب « إقامة الصلاة والسنة فيها » (١٧٦) باب « في حُسْن الصوت بالقرآن » حديث (١٣٤١) من طريق أبي هريرة مرفوعًا .

(٤) ومما يدلُّ على حُرْمة لبس الحرير ولُبْس الذهب على الرجال ما رواه أبو داود في سننه (٤ / ٣٣٠) (٢٦) كتاب « اللباس » (١٤) باب في « الحرير للنساء » حديث (٤٠٥٧) بإسناده إلى علي بن أبي طالب قال : « إن نبيّ الله ﷺ =

النكاح على حرير ، لم ينعقدِ النكاحِ ، بشهادتهم .

الوصف الثاني : المروءة . فمن يرتكب من المباحات ما لا يَليق بأمثاله ، كالأكل في الطريق ، والبول في الشارع ، ولُبْسِ الفقيهِ القباءَ والقَلَنْسُوة في بلادنا وغير ذلك مما يسخر به فيه ، فيدل ذلك إما على خبل في عقله أو انحلالٍ في نفسه يُبْطِل الثقةَ بصدقه ، فتخل شهادته . ولا يَخْفى أن ذلك يختلف بالأشخاص والأحوال ، فذو المنصب إذا حمل المتاعَ إلى بيته لِبَخْلِه فلا مروءة له ، وإن أمكن حَمْلُه على التقوى والاقتداءِ بالأولين ، فلا يقدح فيه .

ويلتحق بهذا الفنّ [(١)] الإكبابُ على المباحات المانعة من المهمَّات ، كمداومة الشطرنج ، واللعب بالحمام ، والرقص ، والغناء ، فإن ذلك أيضًا يُشْعر بانحلال .

واختلفوا [أيضًا] [(٢)] في الحرف الدَّنِيّة ، فمنهم من لم يَقْبل شهادةَ الدباغ والكنّاس والحجّام والمُدَلِّك [(٣)] ، ومَنْ يتعاطى القذر [(٤)] ؛ لأن اختيارَه هذه [(٥)] الحرفةَ يُشْعِر بخسَّتِه . ومنهم من قال : تُقْبل إذا كان ذلك صنعةَ آبائه ، ولائقًا بأمثاله . وفي الحائك طريقان ، قال القفال : لا فرق بينه وبين الخياط ، وقال بعضهم : جَرَت العادةُ بالإزراء بهم ، فاختيارُه – مع ذلك – كاختيار الكَنْس والحجامة .

الوصف الثالث الانفكاك عن التهمة :

ولا خلافَ أنّ شهادة العدل لا تُقْبل في كل موضع ، فنقول : للتهمة أسبابٌ :

= أخذ حريرًا فجعله في يمينه ، وأخذ ذهبا فجعله في شماله ، ثم قال : « إن هذين حرامٌ على ذكور أمتي » . ورواه الترمذي في سننه (٤ / ١٨٩) حديث (١٧٢٠) بإسناده عن أبي موسى الأشعري مرفوعًا بلفظ « حُرِّم لباسُ الحريرِ والذهب على ذكور أمتي وأُحِلّ لإناثهم » . قال الترمذي : حديث أبي موسى حديث حسن صحيح .

(١) كلمة : « الفن » ليست في (أ) ، (ب) .   (٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) والأصح قبول شهادتهم كما في الروضة (١١ / ٢٣٣) .

(٤) وفي الروضة (١١ / ٢٣٣) « أن الذين يباشرون النجاسة ، إنما يجري فيهم الخلاف إذا حافظوا على الصلوات في أوقاتها واتخذوا لها ثيابًا طاهرة ، وإلا فترد شهادتهم بالفسق » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لأن اختيار هذه ... » .

الأول : أن تتضمن الشهادةُ جَرًّا أو دفعًا (١) .

أما « الجرُّ » فبِأَنْ يشهد على مَنْ جرح مُوَرِّثَه ، فالشهادةُ مردودةٌ ؛ لأن بدل الجراحة يحصل له بالإرث ، والجرحُ سببُ الموت المفْضِي إلى الإرث . ولا خلافَ أنه لو شهد في مرض الموت للمورث بمالٍ جاز ، ولا نَجعل للتهمة موضعًا (٢) ، وإنما ردت شهادة الجرح ؛ لأن تزكيته (٣) ترجع إليه .

وأمّا « الدفعُ » فبِأنْ يشهد اثنان من العاقلة على فسق شهود القتلِ الخطأ ؛ فكأنهم يَشْهدون لأنفسهم .

فرعان

الأول : لو شهد أحدُ الابْنَيْنِ على أخيه بألف درهم دَيْنٌ على المورث وقلنا : لا يجب عند الانفراد بالإقرار إلا حصّةُ المقِرّ : قُبِلَتْ هذه الشهادة ؛ إذ لا دفع فيها . وإن قلنا : إنه يلزمه تسليمُ جميع الألف من حصته لو أنكر الآخر ، فلا تُقْبل شهادته ؛ لأنه دافع . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : إن أقر ثُمّ شهد ، لم تقبل كما لو قذف ثم شهد . ولو أنشأ الشهادةَ ابتداءً قُبِلَ ؛ كما لو شهد على الزنا .

الثاني : لو شهد شاهدان لرجلين بالوصية لهما في تركة ، فشهدا للشاهدين أيضًا بوصية ، قال صاحب « التقريب » : لا تُقْبَل ؛ للتهمة . وهذا فاسدٌ ؛ لأن كل شهادةٍ منفصلةٌ عن الأخرى ، ليس فيها جرّ ، وقد قطع الأصحابُ بأنَّ رفقاءَ القافلة إذا شهد بعضُهم لبعضٍ في قطع الطريق ، قُبِلَ إذا لم يَتَعَرَّض في شهادته لنصيبِ نفسه (٤) .

السبب الثاني : البَعْضيّة الموجبة للنفقة تمنع قبولَ الشهادة .

فلا تُقْبل الشهادة للولد والوالد وسائرِ الفروع والأصول ؛ لأنه ليس له من ماله إلا قدر حاجته ، ومالُ أصوله وفروعِه معرضٌ لحاجته، فكأنه شهد لنفسه . وفي شهادة الزوجين ثلاثةُ

---

(١) يعني تَجُرُّ نفعًا ، أو تَدْفع ضرًّا عن الشاهد .

(٢) في (أ) ، (ب) : « موقعًا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بدله » .

(٤) انظر ص ( ) من باب « قطع الطريق » .

أقوال كما ذكرناه في القطع بالسرقة (١) .

ولا خلافَ أن شهادة الزوج على إنسانٍ بأنه زنى بزوجته لا تُقْبل ، وكذلك إنْ شهد على زوجته بالزنا مع ثلاثةٍ من العدول ؛ لأنها أَوْغَرَتْ صدره فنشأ منه عداوةٌ ، ولأنه يشهد بالخيانة على محل حقّه . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : تُقْبل (٢) .

وقال مالك (رحمه الله) : تُقْبل شهادةُ الولدِ لوالدِه ، ولا تُقْبل شهادةُ الوالد لولده (٣) . وللشافعيِّ (رضي الله عنه) قولٌ قديم : أنه تُقْبل الشهادة للولد وللوالد .

أما الشهادة عليهم فمقبولةٌ ؛ لأنها أبْعَدُ عن التهمة . وفيه وجه : أن شهادةَ الابنِ لا تُقْبل على الأب بالعقوبات ؛ إذ لا يكون الابنُ سببَ عقوبةِ الأب . وهذا بعيد ؛ لأنه مُظْهِرٌ لا مُوجِب .

وفي حبس الأب بِدَيْنِ ولدِه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه لا يُحْبَس ؛ لأنه عقوبة (٤) .

---

(١) انظر باب « السرقة » .

(٢) مذهب الشافعية : أن الزوج إذا شهد على زوجته بالزنا مع ثلاثة آخرين ، فلا تقبل شهادته ، ويحدّ إذا لم يلاعن ، أما الثلاثة فيحدون ، وهو مذهب المالكية والحنابلة إلا أن الزوج – عند الحنابلة – لا يُحَدّ . انظر : الوجيز (٢ / ٢٥١) . الروضة (١١ / ٢٣٧) . حلية العلماء (٨ / ٢٧٤) . الكافي ص (٥٧٣) . المقنع ص (٢٩٨) المبدع (٩ / ٧٨) . كشاف القناع (٦ / ١٠١) .

(٣) اتفقت المذاهب الأربعة على أن شهادة الابن لأبيه ، أو شهادة الأب لابنه ، غير مقبولة . وعن الإمام أحمد روايتان أخريان : إحداهما : أنه تقبل شهادة الابن لأبيه ولا تقبل شهادة الأب لابنه . والثانية : تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه ما لم تَجُرَّ إليه نفعًا في الغالب .

ومن هذا يُعلم أن مذهب مالك ليس كما حكاه الإمام الغزالي (رحمه الله) . انظر : مختصر المزني ص (٣١٠) . معرفة السنن والآثار (١٤ / ٣١٧) . الوجيز (٢ / ٢٥٠) . الروضة (١١ / ٢٣٦) . مختصر الطحاوي ص (٣٣٥) . تحفة الفقهاء (٣ / ٣٦٢) . المبسوط (١١ / ١٢١) . فتح القدير (٧ / ٤٠٣) . رد المحتار (٧ / ٦٤) . ملتقي الأبحر (٤ / ٨٨) . الكافي ص (٤٦١) . الشرح الكبير (٤ / ١٦٨) . حاشية العدوي على الخرشي (٧ / ١٧٩ ، ١٨٠) . الشرح الصغير (٤ / ٢٤٤) . المبدع (١٠ / ٢٤٢ ، ٢٤٣) . كشاف القناع (٦ / ٤٢٨) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١١ / ٢٣٧) .

والثاني : أنه يُحْبس ؛ لأنه ليس مقصودًا ، وعليه أن يُؤَدّي الحقَّ لِيتخلَّص ، وقال صاحب « التلخيص » : يُحبس في نفقته ولايحبس في سائر ديونه .

فرع : إذا شهد بحقٍّ مشتركٍ بين ولدِه وأجنبيٍّ ، ورُدَّ في حقِّ ولده ، ففي الردّ في حقّ الأجنبيِّ وجهان ؛ لأجل تبعيض الشهادة في نفسها (١) .

السبب الثالث : العداوة . فلا تُقْبل شهادةُ العدوِّ على العدوّ خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) وسَلَّمَ أن شهادة المخاصم في الحال لا تُقْبل (٢) .

أما شهادةُ المخاصم [بعد انقطاع الخصومة] (٣) فمقبولةٌ بالاتفاق ؛ إذ يؤدّي ذلك إلى أنّ مَنْ

---

(١) والأصح أنه تقبل شهادته في حق الأجنبي ، ولا يؤثر في قبولها أن تُرَدَّ في حقِّ ابنه أو أبيه . انظر الروضة (١١ / ٢٣٧) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن شهادة العدوّ على عدوه غير مقبولة ، وهو مذهب المالكية والحنابلة . والمقصود بالعداوة هنا العداوة الدنيوية ، مثل أن يشهد المقذوفُ على القاذف ، والمقطوعُ عليه الطريقُ على القاطع ، والمقتولُ وليُّه على القاتل ، والمجروح على الجارح . فأما العداوة في الدين ، كالمسلم يشهد على الكافر ، أو المحقُّ من أهل السنة يشهد على مبتدع ، فلا ترد شهادته ؛ لأن العدالة بالدين ، والدينُ يمنعه من ارتكاب محظور في دينه .

وفي المذهب الحنفيّ اختلافٌ في هذه الشهادة ، والحاصلُ أن في المسألة قولين مُعْتمدَيْن :

أحدهما : عدم قبول شهادة العدو على عدوه عداوةً دنيوية مطلقًا ، سواء أخرجتْه هذه العداوةُ إلى الفسق أم لا .

والثاني : أنها تُقْبل إلا إذا فسق بهذه العداوة .

وقال بعضهم : تنقسم العداوة إلى مؤثرة في العدالة ، وغير مؤثرة ، فالمؤثرة كعداوة المجروح على الجارح ، وعداوة وليّ المقتول على القاتل . وغير المؤثرة ، كعداوة شخصين وقعت بينهما مشاتمةٌ أو دعوى مالٍ ، أو حق في الجملة . فشهادةُ صاحب النوع الأول لا تقبل كما هو المصرح به في كثير من كتب المذهب ، وشهادة صاحب النوع الثاني تقبل ؛ لأنه عدل . انظر في هذه المسألة : مختصر الطحاوي ص (٣٣٢) . رد المحتار (٧ / ١١١ ، ١١٢) . ملتقى الأبحر (٤ / ٨٨ ، ٨٩) . الكافي ص (٤٦٢) . القوانين الفقهية (٣١٣) . بداية المجتهد (٢ / ٥٦٩) . الخرشي على مختصر خليل (٧ / ١٨٤) . الشرح الكبير (٤ / ١٧١) . الشرح الصغير (٤ / ٢٤٦) . أسهل المدارك (٣ / ٢١٣) المقنع ص (٣٤٨) دليل الطالب ص (٦ / ٤٣١) المغني (٩ / ١٨٥) . مختصر المزني ص (٣١٠) . معرفة السنن (١٤ / ٣١٥) . حلية العلماء (٨ / ٢٦٢) . الروضة (١١ / ٢٣٧) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

يستشعر من غيره إقامةَ شهادةٍ عليه يُنْشيء معه خصومةً .

ورَدُّ شهادة العدوِّ مُشْكِلٌ ؛ لأنه إن أخرجتْه العداوةُ إلى فسقٍ ، فتردُّ للفسق . وإن لم تُخْرِجْه / إلى معصية فلا يَبْقَى إلا مجردُ تُهْمَةٍ . ٢٩٦/أ

ولا خلافَ أنَّ الشهادة للصديق مقبولةٌ ، وكذا الأخ والأقارب . ولكن المعتمد فيه قولُ رسول الله ﷺ : « لا تُقْبَل شهادة خصم على خصم » (١) .

وإنما تُرَدّ الشهادة بعداوةٍ ظاهرة ، موروثةٍ أو مكتسبة ، بحيث يُعْلَم أنّ كلَّ واحدٍ منهما يَفْرَح بِمَسَاءَةِ صاحبه ، ويَغْتمُّ بِمَسَرَّته ، ويَبْغِي الشرَّ له . وهذا القدرُ لا يَفْسُق به فترد الشهادة به . وإنْ عُرِفَ ذلك من أحدهما ، خُصَّتْ شهادتُه بالردِّ دون شهادة صاحبِه .

وقد يكون سببُ العداوة التعصُّبَ للأهواءِ والمذاهب ؛ إذ المعتزلةُ وسائرُ المبتدعة لا يَكْفرون ، وأنه تُقْبل شهادتُهم وإنْ ضَلَّلْناهم . قال الشيخ أبو محمد : تُرَدّ شهادة مَنْ يَطْعن في الصحابة (رضي الله تعالى عنهم) ومَنْ يقذف عائشة (رضي الله تعالى عنها) فإنها مُحْصَنة بنصِّ الكتاب (٢) ، مُبَرَّأةٌ عن الفواحش . وما ذكره صحيحٌ ، وإنما تُقْبل شهادةُ المخالفين في

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٨ / ٣٢٠) بإسناده عن أبي هريرة مرفوعًا قال : بعث رسول الله ﷺ مناديا في السوق أنه لا تجوز شهادةُ خَصْمٍ ولا ظِنِّين ، قيل : وما الظِّنِّينُ ؟ قال : المتهم في دينه » .

وروى ابن ماجه في سننه (٢ / ٧٩٢) (١٣) كتاب « الأحكام » (٣٠) باب « من لا تجوز شهادته » حديث (٢٣٦٦) بإسناده عن النبي ﷺ قال : « لا تجوز شهادة خائن ، ولا محدود في الإسلام ، ولا ذِي غِمْرٍ على أخيه » وحديث ابن ماجه هذا حديث حسن كما ذكر الألباني في صحيح سنن ابن ماجه (٢/٤٤) .

(٢) قال الحموي : « قوله في كتاب الشهادات : (وقد تكون العداوة للتعصب للأهواء والمذاهب ؛ إذ المعتزلة وسائر المُبْتَدعة لا يكفرون ، وإنما تُقْبَل شهادتُهم وإن ضللناهم . وقال الشيخ أبو محمد : تُرَدُّ شهادةُ من يطعن في الصحابة ومن يَقْذف عائشة (رضي اللّه عنها) فإنها محصنة بنص الكتاب) .

قلت : ما ذكره الشيخ من كون المبتدعة لا يكفرون فهو على ما ذكره ، وأما قذف عائشة فأقول : إن من يقذفها يَكْفُرُ فضلًا عن قبول شهادته أو ردِّها ، على ما نقله الشيخ أبو محمد من حيث إنه [قال :] لما قذفها صار مكذِّبًا بما نزل به نصُّ الكتاب في براءتها ، وذلك يقضتي الكفر ، وهو إشكال ظاهر .

قلت : لا يخلو قاذفُ عائشة إما أن يكون قَذَفَها بخصوصية تلك الواقعة التي أنزل اللّه بسببها الآياتِ أو غيرها ، فإن كان بالمعنى الأول كَفَرَ بالاتفاق وإليه يشير أصحابُنا بنقلهم ، وإن كان بالمعنى الثاني لم يكفر ، لكونها غيرَ =

الاعتقادات ؛ فإن مَنْ يرى أنَّ الكبيرةَ الواحدةَ تُوجبُ الخلودَ في النار ، فقولُه أوثق .

السبب الرابع : التغافل .

فَرُبَّ عدلٍ مغفلٌ (1) كثيرُ السهو والغلط (1) وإن لم يكذب عمدًا ، وربما لا يَفْطِن لحقائق الأشياء ، ويَكْثُر سَبْقُه إلى الاعتقاد بالتوهُّم ، فَمِثْلُ هذا لا تُقْبل شهادتُه المرسلة إلا في أمر جَليٍّ يَسْتقصي الحاكم فيه ، ويُكْثِر فيه مراجعتَه حتى يتبيَّنَ تثبّتَه وأنه لا يَسْهو في مثله .

السبب الخامس : التَّعَيُّرُ (2) يردُّ الشهادةَ :

فالفاسقُ المُسْتَسِرُّ (3) بالفسق إذا رُدَّتْ شهادته ، ثم حَسُنَت حالتُه ، فأعاد تلك الشهادةَ بعينها : لم تُقْبل ، وتُقْبل سائرُ شهاداتِه ؛ إذِ المكذَّبُ تَنْبعث فيه داعيةٌ طبيعيةٌ لإثبات صِدْقِ نفسِه ، فيصير ذلك من أهم حظوظه .

والكافرُ والصبيُّ والعبد إذا رُدّت شهادتُهم ، ثم أعادوها بعد الأهلية قُبِلَ ؛ إذ لا عَارَ عليهم في الردّ . أما الفاسق المُعْلِن ، والعدوُّ ، والسيدُ - إذا شهد لمكاتبه - فَرُدّت شهادتهم ، فأعادوها(4) بعد

= معصومة ، لكنه يَفْسُقُ ويُحَدُّ حدَّ القذف ، ويحتمل أن يكفر ؛ لعموم الآية ، فإنها مُطْلَقَةٌ في ذلك الزمان وغيره ، وإذا كان كذلك كان ما ذكره الأصحاب محمولًا على خصوصية تلك الواقعة ، وما نُقِلَ عن الشيخ أبي محمد يحتمل أن يكون من خصوصية واقعة أخرى ، وعلى ذلك ينبني قبولُ الشهادة على ما تقدم ذكرُه .

فإن قيل : فالمفهوم من كلامه أنه من خصوصية تلك الواقعة من حيث أنه قال : ومن يقذف عائشة ، فإنها مُحْصَنَةٌ بنص الكتاب مبرأةٌ عن الفواحش ، وإذا كان كذلك لم يصح حملُه علي عين تلك الواقعة ؛ لكونه جعل ذلك النصَّ دليلًا على ما يفهم من خاصة تلك الواقعة .

قلت : وإن كان الأمر كذلك إلا أن ذلك لا ينفي احتمال أن تكون مبرأةً على الإطلاق في تلك الواقعة ، ومحتمل في غيرها لما تقدم ذكره ، وإذا كان كذلك اندفع الإشكال بكل حال » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٠ / ب - ١٩١ / ب) .

(١) في (أ) : « كثير الغلط والسهو » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « التعيير » . والمقصودُ به أن يَدْفع مردودُ الشهادة عن نفسه عارَ الكذب بإعادة نفسِ الشهادة المردودة سابقًا تارة أخرى .

(٣) في (ب) : « المستتر » .

(٤) في (ب) : « ثم أعادوها » .

هذه الأعذار، ففيه وجهان (١) :

أحدهما : لا تُرَد ؛ لأنّ أسباب الردِّ ظاهرةٌ ؛ فلا يتعيَّرون بها كالصبي والعبد .

والثاني : أنه تُرَدّ ؛ لأنهم اتُّهِمُوا ، والمتَّهَمُ يتعيَّر ، فيَدْفع العارَ بالإعادة .

السبب السادس : الحرص على الشهادة بأدائها قبل الاستشهاد :

وذلك مردودٌ إن كان قبل الدعوى . وإن كان بعد الدعوى وقبل الاستشهاد ، ففي القبول وجهان . وإن لم تُقْبل ، فهل يصير به مجروحًا ؟ فيه وجهان (٢) .

وهذا فيما لا تجوز فيه شهادة الحسبة ، أَمَّا مالله تعالى فيه حقٌّ ، كالطلاق والعتاق وتحريم الرضاع والعفو عن القصاص (٣ فيثبت بشهادة الحسبة ٣) من غير تَقَدُّمِ دعوى . وترددوا في الوقف والنسب وشراءِ الأب .

أما « الوقفُ » فالصحيح أنه لا يثبت إلا بالدعوى إذا كان له مستحق معينٌ ، فأما على المساجد والجهات العامة فيثبت . وأما شراء القريب الذي يُعْتق عليه ، فيُشْبه الخلعَ من وجه . والطلاقُ البائن يثبت بالشهادة على الخلع . وفي شراء القريب وجهان :

أحدهما : يثبت كالخلع . وقال القاضي : لا يثبت دون الدعوى ؛ لأن العوض مقصودٌ في

---

(١) الفاسق لا تقبل شهادته المعادة ، وكذلك العدوّ لا تقبل شهادته بعد زوال عداوته على الأصح . انظر الروضة (١١/ ٢٤١ ، ٢٤٢) .

(٢) قال في الروضة (١١ / ٢٤٢ ، ٢٤٣) : « اعلم أن الحقوق ضربان :

ضرب لا تجوز المبادرة إلى الشهادة عليه ، وضربٌ يجوز . وتُسَمى الشهادةُ على هذا الثاني – على وجه المبادرة – شهادةَ حسبةٍ . فحيث لا تجوز [المبادرة بالشهادة] فالمبادِرُ مُتَّهَمٌ ؛ فلا تُقبل شهادتُه . والمبادرة أن يَشْهد من غير تَقَدُّمِ دعوى . فإن شهد بعد دعوى قبل أن يُستشهد رُدَّت شهادته أيضًا على الأصح ؛ للتهمة . وإذا رددناها ، ففي مصيره مجروحًا وجهان . الأصح : لا .

الضرب الثاني : ما تقبل فيه شهادة الحسبة ، وهو ما تمحَّضَ حقا لله تعالى ، أو كان له فيه حق متأكد لا يتأثر برضى الآدميّ » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فتثبت فيه شهادة الحسبة » .

الشراء ، وإثباتُه دون العوض محالٌ [(١)] وبيع العوض محال [(١)] إذ لا مُدّعي له . وأما النسب فقال القاضي : لا يَثْبت دون الدعوى . وقال الصيدلاني : مَنْ أَتَتْ بولدٍ ، وادّعى الزوجُ أنه لدونِ ستةِ أشهرٍ ، قُبِلَت البينة على أنه لِستة أشهرٍ وإن سَكَتت المرأة . وهذا يدلّ على القبول من غير دعوى ، فقد تحصلنا فيه على تردد من حيث إن النسب مُتعلِّق بكثير من حقوق الله تعالى كالطلاق .

ولا خلاف في أنّ من اختفى في زاوية لتحمُّلِ شهادةٍ ، فلا يُحْمل ذلك على حرصه على الشهادة ولا تُرَد ؛ لأن الحاجة قد تَمَسُّ إلى ذلك للأقارير [(٢)] . وقال مالك (رحمه الله) : هذه الشهادة مردودةٌ [(٣)] . وقيل : إنه قولٌ للشافعي ضعيفٌ [(٤)] .

---

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٢) الأقارير : جمع إقرار .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن من اختفى في زاوية أو غيرها ؛ ليتحمل شهادةً ، فشهادتُه مقبولة ، وهو مذهب الحنفية والحنابلة ، وذلك بشرط حصول العلم واليقين بالمشهود عليه .

وفي مذهب المالكية : أنه لا ينبغي لأحد دُعيَ إلى الاستتار للشهادة أن يجيب إليه إلا أن يَضطر ، فإن ابْتُلي بذلك فلا يشهد حتى يَسْتوفي آخرَ الكلام من المقرّ وأولَه ، ويشهد للذي دعاه وعليه . فإن كان المقرُّ ضعيفًا أو مختدعًا ، أو مُرَوَّعًا ، لم تُقْبل شهادتهم عليه . وإن لم يكن كذلك ، ثبت عليه الحقّ ؛ لأن من الناس من يُقرُّ في الخلاء ولا يُقرُّ في الملأ . ومَنْ عُرِفَ ذلك منه جاز أن يُسْتتر له ؛ ليُعْلم إقراره . انظر : الهداية (٣/١٣٣) . فتح القدير (٧/٣٨٣، ٣٨٤) . رد المحتار (٧/٨٦) . الكافي ص (٤٦٤) ، (٤٧٥، ٤٧٦) . الشرح الكبير (٤/١٧٥) . الشرح الصغير (٤/٢٤٩، ٢٥٠) . معرفة السنن (١٤/٣٤٥) . الروضة (١١/٢٤٣) . المقنع ص (٣٤٥) . المبدع (١٠/٢٠٥، ٢٠٦) . المغني (٩/٢١٧) .

(٤) قال الحموي : « قوله أيضًا : (ولا خلاف في أن من اختفى في زاوية لتحمُّلِ شهادة ، فلا تحمل على حرصه على الشهادة ولا ترد ، وقال مالك : الشهادة مردودة ، وقيل : إنه قول للشافعي وهو ضعيف) . قلت : قوله : (لا خلاف) لا يخلو إما أن يريد بين الأئمة أو عند الشافعي] ، فإن أراد به الأول فمذهبم مالك مخالفُه ، وإن أراد به الثاني فقد نقل فيه خلافًا وضعَّفه ، ولا شك بأن القول إذا كان ضعيفًا لا ينتفي الخلافُ فيه ، فإن ما من خلافٍ في الغالب مذكورٍ إلا وأحدُ جانبيه ضعيف والآخر قوي في الغالب ، وإذا كان كذلك كان مخالفًا لما ذكره أولًا .

قلت : مراد الشيخ بقوله : (لا خلاف) متحققٌ نقلُه عن الشافعي دون ضعف الدليل ، وإذا كان كذلك اندفع الإشكال بكل حال » . إشكالات الوسيط (ق ١٩١ / ب ، ١٩٢ / أ) .

هذه مجامع ما تُرَدُّ به الشهادة ، أما شهادة القرويّ على البدويّ ، والبدويّ على القروي فمقبولةٌ خلافًا لمالك (رحمه الله) [1] .

وشهادةُ المحدودِ في القذف إذا تاب مقبولةٌ خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [2] . وشهادة

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن شهادة البدويّ للقرويّ ، والعكس ، مقبولة . في الأموال وشبهها مما يمكن الإشهاد عليه في الحضر – وهو مذهب الحنفية والحنابلة قالوا : لأن قبلت شهادته على أهل البدو قُبلت على أهل القرى .

ومذهب المالكية : أنه لا تقبل شهادة بدوي – يشهد في الحضر – لحضريٍّ على حضري بدَيْنٍ ، أو بيع ، أو شراء ، أو هبة ، أو نحو ذلك مما يُستبعد حضورُ البدويّ فيه دون الحضريّ ، أما إن سمع البدويُّ حضريًّا يُقِرُّ بشيء لحضريّ ، أو رآه يفعل بحضريٍّ شيئًا من غصب أو ضرب أو إتلاف مال ، أو رآه يشرب الخمر أو نحو ذلك مما لا يُقصد الإشهاد به عليه ، فيجوز وتُقْبل شهادتُه ، كما يجوز فيما يقع بالبادية من ذلك كله على حضريّ ، وبدويّ وغير ذلك مما لا يُستبعد فيه حضورُ البدوي له وشهودُه إياه . انظر : الكافي ص (٤٦٤) . القوانين الفقهية ص (٣١٣، ٣١٤) . الخرشي على مختصر خليل (٧/ ١٨٨) . الشرح الصغير (٤ / ٢٥٠) . الشرح الكبير (٤ / ١٧٥) . أسهل المدارك (٣ / ٢١٤) . الأم (٦/ ٢٠٩) . مختصر المزني ص (٣١١) . حلية العلماء (٨/ ٢٥٣) . رحمة الأمة (٣٢٦) . المقنع ص (٣٤٨) . المبدع (١٠ / ٢٤٠ ، ٢٤١) . كشاف القناع (٦ / ٤٢٧) . المغني (٩ / ١٦٧) .

(٢) القاذف إذا كان زوجًا ، فَحَقَّقَ قذفه ببينة أو لعان ، أو كان أجنبيًّا فحققه بالبينة ، أو بإقرار المقذوف ، لم يتعلق بقذفه فسق ولا حَدّ ولا ردُّ شهادة ، وإن لم يحقق قذفه بشيء من هذا ، تعلّق به وجوبُ الحدّ عليه ، والحكمُ بفسقه وردّ شهادته .

فإن تاب – قبل إقامة الحدّ عليه – لم يسقط الحدُّ ، وزال الفسق بلا خلاف ، فإذا شهد قبلت شهادته . فإذا أُقيم عليه الحد ولم يتب ، فلا تقبل شهادته بلا خلاف .

أما إذا أُقيم عليه الحدُّ ، ثم تاب ، فاختلفوا في قبول شهادته . فمذهب المالكية والشافعية والحنابلة قبول شهادته ، وقال بعض أصحاب مالك : لا تقبل شهادته بعد ذلك في قذف . ومذهب أبي حنيفة : أنه لا تقبل شهادته بعد إقامة الحدّ عليه ؛ وذلك لالتصاق اسم الفسق به أبدًا .

انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٦٦) . تحفة الفقهاء (٣/ ٣٢٦) . المبسوط (٩ / ٧٠) ، (١٦ / ١٣٣، ١٢٥) . تبيين الحقائق (٣ / ١٩١) مع حاشية الشلبي . فتح القدير (٧ / ٤٠٠ ، ٤٠١) . رد المحتار (٥ / ٤٧٧) ، (٧ / ٦٣) . الكافي ص (٤٦٣ ، ٤٦٤) . بداية المجتهد (٢ / ٥٦٨) . الشرح الصغير (٤ / ٢٤٧) . الشرح الكبير (٤ / ١٧٣) . أسهل المدارك (٣ / ٢١٤) . مختصر المزني ص (٣٠٤) . معرفة السنن (١٤ / ٢٦٤ ، ٢٦٥) . حلية العلماء (٨ / ٢٣٥) . المبدع (١٠ / ٢٣٤ ، ٢٣٥) . كشاف القناع (٦ / ٤١٩ ، ٤٢٠) . المغني (٩ / ١٩٧) .

الفاسق الذي لا يَكْذب ويُوثق بقوله ، لا تُقْبل عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأن من لا يخاف الله تعالى إنما يَصْدق لغرضٍ ، وإذا تغير غرضُه لم يُبَالِ بالكذب (١) .

خاتمة بذكر قاعدتين :

إحداهما : أنّ هذه الأسبابَ إذا زالت ، قُبِلَت الشهادةُ . ولا يَطول النظر في زوالِ الصِّبَي والرقِّ وأمثاله ، وإنما يَطول في زوال الفسق والعداوةِ ؛ فإن التوبة مما يَخْفى ، ولا يَكفي قَوْلُ الفاسق : تُبْتُ ، بل لابد من الاستبراء مدةً حتى يَظْهر بقرائن الأحوال / صلاحُ سريرته . وقَدَّر ٢٩٦/ب بعضُهم بسنة ؛ لِتنقضِيَ الفصولُ ، فإنّ العزائم تتغيَّر فيه ، وقيل : ستة أشهر . والكُلُّ تحكُّمٌ ، بل يختلف ذلك بالأحوال والأشخاصِ ، والمطلوبُ غَلَبَةُ الظَنِّ .

أما القاذفُ ، فتوبتُه في إكذابه نَفْسَه ، كذلك قال الشافعي (رضي الله عنه) (٢) ، وهو مُشْكِلٌ ؛ لأنه ربما كان صادقًا ، فالمعْنِيُّ به تكذيبُه نفسَه في قوله : أنا مُحِقّ بالإظهار والمجاهرة دون الحجة ، فيكفي أن يقول : تُبْتُ ولا أعود ، وهل يكفي مجردُ ذلك دون الاستبراء إذا لم يَظْهر منه فسقٌ آخر ؟ فيه نصوصٌ مضطربة (٣) . والحاصلُ : أنه إنْ أَقَرَّ على نفسه بالكذب فيُسْتبرأ ؛ لأنّ هذا الكذبَ كبيرةٌ . وإنْ لم يُقِرَّ ، وجاء شاهدًا ، وما تمت الشهادة ، فقولان . وإن جاء قاذفًا ، فقولان مرتبان وأوْلى بأنْ يُسْتبرأ . والصوابُ أن نقول : إن عَلِم أنَّ ذِكْرَ ذلك حرامٌ ، فهو فاسق ؛ فيُستبرأ ، وإنْ ظَنَّ أنّ هذا القذفَ مباحٌ ، فلا حاجة إلى الاستبراء . ويكفي قوله : تُبْتُ . فإنْ أقام الحجة على صِدْق نفسه ، ففي بقاء عدالته وجهان :

أحدهما : أنه (٤) تقبل شهادته ؛ إذ ظهر صِدْقُه (٥) .

---

(١) هذا مرويٌّ عن أبي يوسف (رحمه الله) قال : إن الفاسق - إذا كان وجيهًا في الناس وكان ذا مروءة - تقبل شهادته ؛ لأنه يُشتبعد استئجاره ؛ لوجاهته ، ويمتنع عن الكذب لمروءته . انظر شرح فتح القدير (٣٧٥/٧)

(٢) انظر مختصر المزني ص (٣٠٤) .

(٣) يعني نصوصًا مضطربة عن الإمام الشافعي (رحمه الله) .

(٤) في الأصل : « أن » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) وهذا الوجه هو الصحيح ؛ لأن صدقه قد تحقق بالبينة . انظر الروضة (١١ / ٢٤٩) .

والثاني : لا ؛ (١ إذ لانمكن له ١) أن يقذف ، ثم يُثْبِت إلا أن يجيء مجيء الشهود .

القاعدة الثانية : أن القاضي إذا غلط ، فقضى بشهادة هؤلاء ، ثُمّ عَرَفَ بعد القضاء ، فينقض القضاءَ إنْ ظهر كونُ الشاهدِ عبدًا ، أو صبيًّا ، أو كافرًا . وإن ظهر كونُه فاسقًا فقولان :

أقيسهما : أنه ينقض ؛ إذ قال الشافعيُّ (رضي الله تعالى عنه) : شهادةُ العبد أَقْرَبُ من شهادة الفاسق ؛ إذ نصُّ القرآن يدلُّ على ردِّ الفاسق ، حيث قال : ﴿ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ ... ﴾ (٢) وقولُه : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾ (٣) .

والثاني : أنه لا ينقض ؛ لأنه أَهْلٌ على الجملة وربما صَدَق . وهذا ضعيف على مذهب الشافعي (رضي الله عنه) ؛ ولهذا قطع بعضُ الأصحاب بالنقض ، وَرَدَّ تَرَدُّدَ القولِ إلى ما إذا فسق بعد القضاء واحتمل الاستناد وأَوَّلَ عليه نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) .

* * *

---

(١) في (ب) : « إذ لم يكن له » .

(٢) من الآية (٦) من سورة (الحجرات) .

(٣) من الآية (٢٨٢) من سورة (البقرة) .

الباب الثاني
في العدد والذكورة (١)

والعددُ مشروطٌ في كل شهادةٍ ؛ فلا يثبت بشهادةٍ واحدٍ إلا رؤيةُ الهلال لرمضان على رأيٍ إذ يُسلك به مَسْلَكَ الأخبار ؛ لتعلُّقه بالعبادات ، أما هلالُ شوال فلا يثبت إلا باثنين .

ثم الشهادات في العدد على مراتب :

المرتبة الولى : الزنا . ولا يثبت إلا بشهادة أربعة رجالٍ ؛ لقوله تعالى : ﴿ لَّوْلَا جَآءُو عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾ (٢) . ويقول كلُّ واحدٍ : رأيتُه يُدْخِل فَرْجَه في فرجها كالمِرْوَدِ في المُكْحُلَة (٣) ؛ فإنَّ الشاهدَ الرابع على زنا المغيرة لما قال بين يَدِيْ عمر : رأيتُ نَفَسًا يَعْلو ، واسْتًا ينبو ، ورأيتُهما يضطربانِ تحت لحافٍ ، ورِجْلاها على عاتقه ، كأنهما أُذُنَا حمارٍ ، فقال عمر : الله أكبر ، وجَلَد سائرَ الشهود ، ولم يَكْتَفِ بهذا (٤) .

وهل يُشْترط على الإقرار بالزنا أربعةٌ ؟ فيه قولان (٥) . واللواطُ إن قلنا : إنه كالزنا ، أو يُوجِبُ القتلَ ، فهو كالزنا . وإن لم يوجِبْ إلا التعزيرَ ، فهل يُشْترط فيه أربعة ؟ فيه قولان (٦) . وهل يجوز للشاهد النَّظَرُ (٧) إلى الفرج أو إلى العورات لِتَحَمُّلِ الشهادة ؟ (٧) فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : نعم ؛ لأنَّ الشهادةَ أمانةٌ (٨) .

والثاني : لا ؛ لكنْ إنْ وقَعَ البصرُ تحمَّلَ الشهادةَ ، وإلا فلا .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « والذكورية » .
(٢) من الآية (١٣) من سورة (النور) .

(٣) وهذا التشبيه زيادةُ بيانٍ وليس بشرط . انظر الروضة (١١ / ٢٣٥) .

(٤) يعني لم يَكتفِ عمرُ بن الخطاب (رضي الله عنه) بهذا الكلام ؛ إذ لم يكنْ فيه تصريحٌ واضح تمامًا بالزنا . وهذه القصةُ أوردها عبد الرزاق في مصنفه (٨ / ٣٦٢) . والبيهقي في معرفة السنن والآثار (١٤ / ٢٥٢) .

(٥) والأظهر قبول إقراره بشاهدين فقط . انظر الروضة (١١ / ٢٥٢) . والمنهاج ص (١٥٣) .

(٦) والمذهب أنه لا يَثْبت اللواطُ وإتيان البهيمة إلا بأربعة . انظر الروضة (١١ / ٢٥٢) .

(٧) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح المنصوص . انظر الروضة (١١ / ٢٥٣) .

والثالث : لا يجوز لأجلِ الزنا ؛ فإنَّ الحدود [مبنيةٌ] [١] على الدفع ، أما لعيوبِ النساءِ وغير ذلك من الأحكام يجوز .

فرع : لا تُمْنع الشهادةُ بتقادُمِ العهد في الزنا [٢] ، ولا بأنْ يشهد أربعةٌ في أربعة مجالس خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) في المسألتين [٣] ، فإنه قال : إذا انفرد واحدٌ في مجلس : حُدَّ ، ولا ينفعه مَنْ يَشْهد [٤] في مجلس آخر .

المرتبة الثانية : النكاح والرجعة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [٥] ولقوله ﷺ : « لا نِكاحَ إلا بِوَليٍّ وشهودٍ » [٦] ألحقَ الشافعيُّ (رضي الله عنه) به كلَّ ما ليس بمالٍ

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن من أقيمت عليه البينة بزنا ، أقيم عليه حدُّه ، سواء كان هذا الزنا من قديم أم لم يَمْضِ عليه وقتٌ كبير ، وهو مذهب المالكية والحنابلة .

ومذهب الحنفية : أنّ من أقيمت عليه البينة بزنا قديم لم يقم عليه الحدُّ ما لم يَمْنع الشهودَ - عن الشهادة - بُعْدُهم عن موطن الإمام . وقد روي عن أبي يوسف ومحمد أن حدَّ التقادُمِ شهرٌ ، وأما أبو حنيفة (رحمه الله) فلم يُقَدِّرْه بشيء وفوَّضه إلى رأي الإمام . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٦٤) . المبسوط (٩ / ٦٩) . الهداية (٢ / ٣٩٣) . تبيين الحقائق (٣ / ١٨٧ ، ١٨٨) . شرح فتح القدير (٥ / ٢٧٨ - ٢٨٠) . رد المحتار (٤ / ٣٢ ، ٣٣) . ملتقى الأبحر (١ / ٣٣٦) . كشاف القناع (٦ / ١٠٣) . المغني (٨ / ٢٠٧) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا يُشْترط - في شهادة الزنا - إقامَتُها في مجلس واحد ، بل إذا جاءوا متفرقين في مجالس مختلفة ، قُبِلَتْ شهادتهم وأُقيم الحدُّ على المشهود عليه .

ومذهب الحنفية : أن مَنْ شهد عليه أربعةٌ بالزنا ، إذا جاءوا متفرقين حُدُّوا جميعا حدّ القذف ، وإنما تقبل شهادتهم مجتمعين ، أو إذا جاءوا إلى الحاكم في مجلس واحد قبل قيامه منه وإن تفرقوا في المجيء . وهو مذهب المالكية . انظر في هذه المسألة : مختصر الطحاوي ص(٢٦٧) . المبسوط(٩/٩٠) . الاختيار لتعليل المختار(٤/٨٠، ٨١) . اللباب في شرح الكتاب(٣/١٨١) . الخرشي على مختصر خليل(٧/١٩٨، ١٩٩) . الشرح الصغير(٤/٦٥) . أسهل المدارك(٣/١٦٩) . مختصر المزني(٢١٦) . رحمة الأمة ص(٢٧٤) . المقنع ص(٢٩٨) . المبدع(٩/٧٦-٧٨) . كشاف القناع(٦/١٠٠) . المغني(٨/٢٠٠) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « شهد » .

(٥) من الآية (٢) من سورة (الطلاق) .

(٦) سبق تخريجه في كتاب « النكاح » .

كالقصاص والعتق والاستيلاد ، والكتابة ، والوصايا ، والوكالة ، والعفو عن القصاص ، والجرح والتعديل ، والترجمة في مجلس القضاء ، وإثبات الرِّدة والإسلامِ والنسب ، والبلوغ ، والولاء ، والعِدَّة ، والموتِ . ولا يُنْظر إلى رجوع الوكالة والوصايا إلى مال ؛ لأنها في نفسها سلطنةٌ وولايةٌ وليس بمالٍ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ينعقد النكاحُ بشهادة رجلٍ وامرأتين [1] ، وخَصَّص اعتبارَ الذكورة بالعقوبات .

المرتبة الثالثة : الأموال وحقوقُها وأسبابُها . تثبت بشهادة رجلٍ وامرأتين ؛ بدليل آية المداينة [2] . ويدخل فيه الشركةُ والإجارة ، وإتلافُ الأموال ، وعقود الضمان ، والقتلُ خطأً ، وكلُّ جراحةٍ لا توجب إلا المالَ ، وحقُّ الخيار /والشفعة ، وفسخُ العقود ، وقبض نجوم الكتابة إلا ٢٩٧/أ
النَّجم الأخير ، فيتعلَّق به العتقُ ، ففيه وجهان . ويثبت المالُ في السرقة بشاهدٍ وامرأتين دون القطع . والصحيحُ : أن الأجل من حقوق المال ، وقيل : إنه نوعُ سلطنةٍ ، فيضاهي الوكالة .

ثم ليُعْلَمْ أنَّ النكاح إنْ لم يثبت برجلٍ وامرأتين يثبت في حقِّ المهر ، وكذا الوكالة تثبت في حق البيع ، وتثبت الوصيةُ وإن لم تثبت الوصاية .

فرع : لو قال لزوجته : إن غصبتِ فأنتِ طالق ، أو إنْ وَلَدْتِ [3] . فثبتَ الغصبُ أو الولادةُ بشهادة النسوة : وَجَبَ المالُ ، ولحق النسبُ ، ولم يقع الطلاقُ المعلَّق بهما . وكذا لو علَّق برؤية الهلال وشهد واحدٌ . ولو شهد أولًا على غَصْبِها رجلٌ وامرأتان ، فقضى القاضي بالضمان فقال : إن [كنتِ] [4] غُصبتِ فأنت طالق ، قال ابن سريج : إنه يقع ، بخلاف ما إذا تقدَّم التعليقُ [5] . وفيه وجهٌ آخر : أنه لا يقع .

المرتبة الرابعة : ما لا يَطَّلِعُ عليه الرجالُ غالبًا . ويثبت برجلٍ وامرأتين ، وبأربعِ نسوةٍ ،

---

(١) سبق تفصيل هذه المسألة في كتاب « النكاح » .

(٢) وهي الآية رقم (٢٨٢) من سورة (البقرة) وأولها ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بِدَيْنٍ إلى أجلٍ مُسَمًّى فاكتبوه ولْيَكْتُبْ بينكم كاتبٌ بالعدل ... ﴾ الآية .

(٣) يعني : فأنت طالق ، وحَذَف جواب الشرط لكونه معلومًا مما سبق ذكره في الجملة الأولى .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تعليق » .

كالولادة والبكارة، وعيوب النساء، والرضاع، وما يخفى عن الرجال غالبًا. وقال أبو حنيفة (رحمه الله): تثبت الولادة بشهادة القابلة وحدها عند قيام الفراش (١) أو ظهور مَخايل الحمل بعد الطلاق (٢).

فإنْ قيل: فهل يتعلّق بشاهدٍ واحدٍ حكمٌ؟ قلنا: من أقام شاهدين على مالٍ، فخاف فواته، فله التماسُ الحيلولة قبل التزكية (٣). ويجب ذلك على القاضي في الأمة إذا أقامت شاهدين على الحرية (٤)، ويجب في العبد إن طلب العبد (٥)، والعبدُ يُنفق من كَسْبه في مدة الحيلولة، وإن لم يكن فمِنْ بيت المال ثم يرجع إلى السيد (٦) إن لم يَثْبت العتق (٧). وكذا لو أقام شاهدين على

---

(١) في (ب): «القرائن».

(٢) **مذهب الشافعية**: أنَّ ما لا يطلع عليه الرجال غالبًا، تثبت الشهادة فيه بشهادة رجل وامرأتين، أو بشهادة أربع نسوة، وذلك كالولادة، والبكارة، وعيوب النساء. ولا يقبل في ذلك أقلُّ من أربعٍ يَشْهدن.

ومذهب الحنفية: أن ما لا يطلع عليه الرجال - كالمواضع السابقة - يثبت بشهادة امرأة واحدة من العدول. وهو مذهب الحنابلة أيضًا، واشترط الإمام مالك في ذلك شهادة اثنتين. انظر: المبسوط (١٦ / ١٤٢). الاختيار (٢ / ١٤٠). رءوس المسائل ص (٥٢٩). فتح القدير (٧ / ٣٧٢). رد المحتار (٧ / ٧٤، ٧٥). الكافي ص (٤٦٩). القوانين الفقهية ص (٣١٤، ٣١٥). الخرشي على مختصر خليل (٧ / ٢٠٢). الشرح الصغير (٤ / ٢٧١، ٢٧٢). بداية المجتهد (٢ / ٥٧١). مختصر المزني (٣٠٤). معرفة السنن (١٤ / ٢٦٠). حلية العلماء (٨ ٢٧٨). رحمة الأمة (٣٢٢). المبدع (١٠ / ٢٦٠، ٢٦١). كشاف القناع (٦ / ٤٣٦). المغني (٩ / ١٥٥).

(٣) يعني أنّ للمدَّعِي أن يطلبَ الحيلولة بين المدَّعَى عليه وبين المالِ أو العينِ التي أقام المدّعي الدعوى عليها، وذلك إذا خاف المدعي تَلَفَ هذا المالِ أو نَقْلَ العينِ.

(٤) يعني يجب على القاضي أن يحول بينها وبين سيدها؛ احتياطًا للبضع حتى يقضي في دعواها.

(٥) والأصح أنه لا تتوقف الحيلولةُ مع طلب العبد، بل إن رأى القاضي الحيلولة بينه وبين سيده: فعل. انظر الروضة (١١ / ٢٥٧).

(٦) في (أ)، (ب): «على السيد».

(٧) أي يجب أيضًا على القاضي أن يحول بين هذا العبد - الذي أقام شاهدين على أن سيده قد أعتقه - وبين سيده حتى يحكم في دعواه، ويؤجره القاضي ويُنفق عليه من كسْبه، فإن لم يكن، فينفق عليه من بيت المال. فإن بَانَ جرحُ الشهود: رُدّ إلى سيده واستمرَّ رِقُّه. انظر روضة الطالبين (١١ / ٢٥٧).

زوجيةِ امرأةٍ ، منعْنَا المرأةَ عن الانتشار قبل التزكية . وفي العقار ، هل يُجَاب إلى الحيلولة مع أنه لا خَوْفَ ؟ فيه خلافٌ .

في هذه المسائل ، الشاهدُ الواحد ، هل يُنَزَّل في اقتضاء الحيلولة منزلةَ الشاهدين ؟ فيه قولان :

أحدهما : نعم ؛ لأنّ تمامَه متوقَّعٌ كالتعديل .

والثاني : لا ؛ لأنّ الواحدَ ليس بحجة ، والتعديلُ يُبَيِّنُ أن ما أقامَه من قبلُ كان حجةً [1] .

فإنْ قلنا : يؤثر في الحيلولة ، فقد ظهر له فائدةٌ على الجملة .

ولو جرى في دَيْنٍ ، فهل للمدعي أن يَلْتمس الحجْرَ خوفًا من أن يَبيع مالَه ؟ فيه طريقان ، منهم مَنْ طرد القولين ، ومنهم من قطع بالمنع ، لأنّ ضررَ الحجْرِ عظيمٌ . وقال القاضي : إن كان الخصم معروفًا بالحيلة وخاف القاضي حيلتَه : حَجَرَ عليه .

* * *

---

(١) والأظهر أنه لا يُنَزل الشاهدُ الواحد منزلةَ الشاهدين ؛ فلا يُجَاب صاحبُ هذه الدعوى إلى الحيلولة . انظر : الروضة (١١ / ٢٥٧) . الغاية القصوى (٢ / ١٠٢٢) .

الباب الثالث

في مستند علم الشاهد ، وتحمُّله ، وأدائه

(وفيه فصلان)

الفصل الأول في مستنده

والأصلُ فيه اليقينُ ؛ قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ﴾ (١) وقال رجلٌ لرسول الله ﷺ : « بِمَ أَشْهد ؟ فقال : أرأيتَ الشمسَ طالعةً ؟ فقال : نعم ، فقال : عَلَى مِثْلِ هذا فَاشْهَدْ ، وإلا فاسْكُتْ » (٢) . هذا هو الأصل ، لكنَّا قد نُلْحِق الظنَّ به للحاجة (٣) ؛ فنقول :

المشهودُ عليه ينقسم إلى : ما يحتاج إلى البصر دون السمع ، وإلى ما يحتاج إلى السمع دون البصر ، وإلي ما يحتاج إليهما .

الأول : ما يحتاج إلى البصر دون السمع . وهو الأفعال (٤) ؛ إذ البَصَرُ يُدْرِك الفعلَ والفاعلَ جميعًا .

القسم الثاني : ما يحتاج إليهما . وهو الأقوال ؛ إذ الأقوالُ تُدْرَك بالسمع ، والقائلُ لا

---

(١) من الآية (٣٦) من سورة (الإسراء) .

(٢) حديث ضعيف : رواه العقيلي (٤/٧٠) والحاكم في المستدرك (٤/٩٨،٩٩) . وابن عدي في الكامل (٦ / ٢١٧) . والبيهقي في السنن الكبرى (١٠ / ١٥٦) من حديث طاوس عن ابن عباس ، وصححه الحاكم ، فأخطأ كما قال الحافظ ابن حجر ، ففي إسناده محمد بن سليمان بن مَشْمُول وهو ضعيف وقال فيه البخاري : منكر . وقال البيهقي : لم يُرْوَ من وجه يعتمد عليه . انظر : الضعفاء الصغير ص (٢٠٨) . التاريخ الكبير للبخاري (١ / ٩٧) . ميزان الاعتدال للذهبي (٣ / ٥٦٩) . لسان الميزان لابن حجر (٥ / ١٨٥) . تمييز الطيب من الخبيث ص (١٧٨) .

(٣) يعني أن من الحقوق التي تجب فيها الشهادة ، ما لا يحصل فيها اليقينُ ، فأقيم الظنُّ المؤكّد فيه مقام اليقين ؛ لئلا يؤدي ذلك إلى ضياع الحقوق .

(٤) وذلك كالغصب والإتلاف والزنا ، وشرب الخمر ، والولادة والرضاع ، فلا يجوز بناء الشهادة فيها على السماع من الغير ، وتقبل فيها شهادة الأصمّ . انظر الروضة (١١ / ٢٥٩) .

يتعين إلا بالبصر (١) . وليس للأعمى أن يعتمد الأصواتَ ؛ فإنها تتشابه (٢) بالتلبيس . وقال مالكٌ (رحمه الله) : له ذلك ؛ إذ يَحِلُّ له وَطْءُ زوجتِه ، فإذا سمع إقرارَها في حالة الوطء ، كيف لا يشهد عليها ؟! (٣) . فنقول : في غيره من الشُّهود غُنْيَةٌ : أما حِلُّ الوطء والمعاملات فَتُبْنى على الحاجات .

وقد اختلفَ الأصحاب في سبع :

الأولى : إذا تعلّق الأعمى بشخصٍ فصاح في أُذنه بالإقرار ، فَجَرَّه إلى القاضي مُتعلّقًا به وشهد ، ففيه وجهان :

أصحهما : القبولُ ؛ للثقة (٤) .

والثاني : لا ؛ لأن فَتْحَ هذا الباب عسيرٌ ، ودرجاتُ التعلُّقِ والملازمةِ تختلف ولا تنضبط .

الثانية : في رواية الأعمى خلافٌ ؛ لأنه يَعْجِز عن تمييز المرْوِيِّ عنه ولكن قال بعضهم :

---

(١) ومن ثَمَّ ، فلابُدَّ من سماع هذه الأقوال مع مشاهدة قائلها ، وذلك في مثل النكاح ، والطلاق ، والبيع ، وجميع العقود ، والفسوخ ، والإقرار بها .

(٢) في (ب) : « متشابهة » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا تُقبل شهادة الأعمى فيما سمعه ؛ لأن الأصوات تتشابه ، ويختلط بعضُها ببعض ، ويدخل فيها التلبيسُ . لكن ما تحمّله الأعمى – قبل عماه – تُقْبل شهادته فيه وإنْ أداها بعد العمى .

ومذهب أبي حنيفة : ومحمد : أنه لا تُقبل شهادة الأعمى مطلقًا، سواءٌ ما سمعه ورواه قبل العمى أو ما سمعه بعده . وخالفهما أبو يوسف فيما تحمّله قبل عماه وأداه بعده .

ومذهب المالكية : أنه تقبل شهادة الأعمى فيما تَيَقَّنَه من الأصوات ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : مختصر المزني ص (٣٠٤) . حلية العلماء (٨ / ٢٩١ ، ٢٩٢) . مختصر الطحاوي ص (٣٣٢) . المبسوط (١٢٩/١٦) . فتح القدير (٣٩٧/٧) . حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (١٩١/٣) . رد المحتار (٩٣/٧) . الكافي ص (٤٦٤) . القوانين الفقهية (٣١٤) . الخرشي على مختصر خليل (٧ / ١٧٩) الشرح الصغير (٤/ ٢٤٢، ٢٤٣) . أسهل المدارك (٣ / ٢١٦) . المبدع (١٠ / ٢٣٧) . دليل الطالب ص (٢٨٤) . كشاف القناع (٦ / ٤٢٦) .

(٤) وهذا الوجه هو الصحيح كما قاله الغزالي (رحمه الله) . وانظر الروضة (١١ / ٢٦٠) .

يجوز [١] ؛ وكان الصحابة يسمعون من عائشة (رضي الله تعالى عنها) من وراء السِّتْرِ ، فَهُمْ في حقّها كالعميان . أما ما سَمِعه قبل العمى ، فيروي ، بل ما تحمَّل من الشهادة قبل العمى - على معروفِ النسب - تُقْبل فيه شهادته .

والقاضي إذا سمع بينةً ، ولم يَبْقَ إلا الحكمُ ، فانعزل بالعَمَى ، ففي ذلك الحكمِ وجهان من حيث إن العزل يبعد أن يتجزأ [٢] .

الثالثة : في المترجِم الأعمى وجهان [٣] :

أحدهما : أنه [٤] يجوز ؛ لأنّ القاضي يُشَاهِد المترجَم كلامَه .

والثاني : لا ؛ حسْمًا للباب .

الرابعة : في انعقاد النكاح بحضور الأَعْمَيَيْنِ / وجهان ؛ لأنه ليس فيه إثباتٌ ، ولكن المقصود الإثباتُ . ٢٩٧/ب

الخامسة : إذا تحمّل البصيرُ شهادةً على شخص ، فمات ولم يكن معروفًا بالنسب [٥] ، فلابُدّ وأن يُحْضَر ميتًا حتى يَشْهد على عينه بمشاهدة صورتِه . فإنْ كان قد دُفِنَ ، لم يُنْبَشْ قَبْرُه إلا إذا عَظُمَتِ الواقعة واشتدت الحاجةُ ولم يَطُلِ العهدُ بحيث تتغيَّر الصورةُ .

فإن كان يَعْرفه باسمه واسمِ أبيه دون جدّه ، فَلْيقتصرْ عليه في الشهادة . وإن عرف القاضي بذلك جازَ . وإن افتقر إلى اسم الجدّ ، فليس له أن يسأل عن اسم جدّه ويذكره ، وحُكِي أنَّ القفال وَرَدَ عليه كتابٌ من قاضٍ ليزَوِّجَ فلانةً من خاطبها أحمد بن عبد الله ، وكان جَارَ القفال ؛ فقال : أنا إنما أَعْرِفك بأحمد ، لا بأحمد بن عبد الله ، فلم يُزَوِّجْ . وفي مثل هذه الصورة ، لو أقام

---

(١) وهذا هو الصحيح - وبه قطع الجمهور - وذلك إذا حصل الظنُّ الغالب بضبطه . انظر الروضة (١١ / ٢٦٠) .

(٢) والأصح أنه يُقبل حكمُه إنْ لم يَحْتَجْ إلى الإشارة ؛ قياسًا على تحمُّل الشهادة قبل العمى ، ثم يشهد بها بعده . انظر الروضة (١١ / ٢٦١) .

(٣) يعني في الاعتماد على ترجمته .

(٤) كلمة : « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « معروف النسب » .

عنده بينةً على أنه أحمد بن عبد الله لم تَنْفع ؛ لأنه لم يُفَوَّضْ إليه سماعَ البينة ، كيف والصحيحُ أنَّ البينة إنما تُسمع بعد تَقَدُّمِ دعوى وإنكار ؟!! .

السادسة : تَحَمُّلُ الشهادةِ على امرأة منتقبة بتعريفِ عدلين ، غَيْرُ جائز إلّا على مذهبِ مَنْ يرى أن التَّسَامُعَ [١] من عدلين كافٍ في معرفة النسب ، بل الطريق ما فعلَه القفال (رحمه الله) ، إذ كتب في مثل هذه الشهادة « أَشْهَدَني فلانٌ وفلانٌ أنها فلانة بنت فلان وأنها أقرت ، وامتنع [٢] عن الأداء فقال : وكيف [٣] أشهد ، والشاهدان في السوق ؟! يعني أن شهادتي شهادةُ الفرعِ ، لكن طريق تحمُّل الشهادة أن تكشف عن وجهها حتى يَنْظر إليها ويحفظ حليتها . ثم إنها [٤] عند أداء الشهادة ، تكشف ثانيًا ، فإن عَرَفَها شهد وإلا فَيَسْكُت .

ويجوز النظر لحاجة التحمل وإن كانت في غاية الجمال . وللقاضي عند الشهادة إنْ رَابَهُ أمرٌ أن يُحْضِرَ معها نسوةً في قَدِّها وكسوتها ، ويَمْتحن الشاهدَ ، فإن لم يُمَيِّزْها عنهنّ لم تُقْبل شهادتُه ، وقد فعل ذلك بعضُ القضاة .

السابعة : إذا وقعت الشهادة على عينها - كما ذكرناه - بمالٍ ، فطلب الخصم التسجيل ، ولم يعرفها القاضي بنسبها ، لم يكن له ذلك إلا أن يسجل على حليتها وصورتها . ولا يكفي قولُها : إني فلانة بنت فلان ؛ إذ لا يُسْمع مجردُ قولها ولا أن يقيم الخصم بينةً ؛ لأنها إنما تقام بعد تقدم دعوى في النسب ، ولكن لو نصب قيمًا حتى يدعي عليها دينًا ، وأنها بنتُ فلان ، فتنكر المرأة وتقام البينة : جاز ذلك ؛ فعله القاضي حسين في مثل هذه الواقعة ، وفيه إشكال من حيث إنها ربما كانت أقرت عند القاضي بالنسب ، فكيف تنكره ولا دعوى إلا على منكر ؟ ومن حيث إن القاضي عالم بأن هذه الدعوى كذب ؟ لكن قال القاضي حسين : « هذه حيلة جائزة للحاجة كما جاز بيع ثمار خيبر بالدراهم ، ثم شراء نوع آخر به » . والمسألة محتملة .

القسم الثالث : ما لا يَحْتاج إلى البصر . وهو الذي يَثْبت بالتَّسَامُع ؛ إذْ لا يُدْرِكه البصر

---

(١) في (أ) ، (ب) : « السماع » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « وامتنعت » وهو خطأ .
(٣) في الأصل : « كيف » والواو ثابتة في (أ) ، (ب) .
(٤) كلمة : « إنها » ليست في (أ) ، (ب) .

كالإعسار ، فإنه إنما يُدْرَك بالخبرة الباطنة وقرائنِ الأحوال في الصبر سِرًّا على الضرّ [1] والجوع . ولا يُعْلَم بيقينٍ ، لكن إذا حصل ظنٌّ قريبٌ من اليقين جازت الشهادةُ .

أما الذي يثبت بالتسامع فالنسبُ والملك المطلق . واختلفوا في الولاء والوقف والنكاح والعتق ؛ لأنَّ هذه أمور يُدْرك بالبصر أسبابُها ، لكنْ قد يَسْتفيض بين الناس ويَدوم التَّفَوُّهُ به ، وتتوفَّر الطباعُ على ذكره بخلاف البيع والهبة وأمثاله ، ففي اعتماد التَّسَامُعِ به وجهان ، منهم من مَنَع ؛ لإمكانِ المشاهدة . ومنهم من ألحق بالنسب ؛ لحصول الظن بالاستفاضة . وكذا الخلاف في النسب من جانب الأم ؛ فإنه يمكن مشاهدةُ الولادة ، ولكن يؤثر فيه التسامع أيضًا . ومنهم مَنْ قطع بأنَّ جانب الأم كجانب الأب . وفي الموت أيضًا طريقان ، والمشهور : أنه كالنسب يثبت بالتسامع . ومنهم مَنْ ألحقه بالنكاح ؛ لأنه يمكن مشاهدتُه .

ثم إذا قضى به ، فالنظر في النسب والملك :

أما النسبُ - وما يُلْحق به - ففي حَدِّ التسامع فيه وجهان :

أحدهما : أنه يسمع من قومٍ لا تَجْمَعُهم رابطةُ التواطؤ كما في أخبار التواتر [2] .

والثاني : ذكر العراقيون أنه يَكفي أن يسمع من عَدْلين ، ثم لا يكون شاهدًا على شهادتهما . وهو بعيد . ثم زادوا عليه وقالوا : لو رآه يَحْمل صغيرًا وهو يَسْتلحقه ، أو قال الكبير : هذا ابني [3]، وهو ساكت : شهد على النسب . وهذا غلطٌ إلا أن يشهد على الدعوة فقد يثبت النسب بمجرد الدعوة .

أما الملكُ ، فلا يحصل فيه تعيينٌ ؛ لأنه - وإنْ شَاهَدَ الشراءَ - فمن أين يعلم مِلْكَ البائع ؟!! أو شاهد الاصطياد فمن [4] أين يعلم أنه لم يَفْلِتْ من غيره ؟ لكنْ يُعْتمد الظنُّ الغالبُ الذي لو

---

(١) في (ب) : « الضَّير » .

(٢) وهذا الوجه هو الذي رجحه الماوردي وابن الصباغ والغزاليّ وهو أشبه بكلام الشافعي (رحمه الله) . انظر الروضة (١١ / ٢٦٨) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « هو ابني » .

(٤) في الأصل : « مِنْ » والمثبت من (أ) ، (ب) .

كلف / مزيد بحث ، لتعذّرَ إثباتُ الأملاكِ . ويحصل ذلك باجتماع ثلاثة أمورٍ : اليد ، ٢٩٨/أ
والتصرف ، والتسامع ، أعني تفاوُضَ الناس بإضافة الملك إليه (١) ، فإن هذا - إذا دام مدةً بلا منازِعٍ - غَلَب على الظنِّ الملكُ .

وهل يكفي مجردُ اليدِ والتصرُّفِ دون تفاوضِ الناس بالإضافة ؟ المشهور أن ذلك كافٍ . وقال القاضي : لا يكفي ؛ لأنّ المنازع إنما يظهر إذا سمع الإضافة من الناس . لكنْ يقابله أنه لو كان تَصَرُّفُه بالعدوان ، لَظَهر التفاوضُ بعدوانه في الجيران وأهلِ المحلّة ، فعدمُ ذلك دليلٌ على عدم الخصم .

وأما مجردُ اليد دون التصرف - أو التصرف دون اليد - فلا يكفي . وهل يُكتفى بمجرد التسامع دون اليد والتصرف ؟ ويُتَصَوَّر ذلك في ملك معطل ، قال العراقيون : يكفي ذلك . وهو بعيدٌ ؛ فكأنهم يظنون أن الملك أيضًا يشتهر كما يشتهر الوقف .

ثم إنما نعني بالتصرفِ ، الهدمَ والبناءَ والبيعَ والفسخَ والإجارةَ والرهنَ . ولو لم نَرَ إلا مجردَ الإجارة - ولكنْ مرةً بعد أخرى - ففيه خلافٌ ، والصحيح : أنه لا يَدُلُّ ؛ إذِ المستأجِرُ مدةً طويلة قد يؤاجر مرارًا .

هذا بيانُ ما يَعْتمده الشاهدُ فتحلُّ له الشهادة . أما « الخطّ » ، فقد ذكرنا أنه لا يُعْتمد للشهادة ويُعْتمد للحلف (٢) . ومما يجب ذِكْرُه هاهنا أنّ مَنْ شهد على أن فلانًا مات ، ولا وارث له سوى فلان ، فهذا يُسْمع وإن كان على النَّفْي ، كبيِّنة الإعسار ، ولكن يُسْمع ممن خَبَرَ باطنَ أحواله وعَلِمَ شعب نسبِه ، ويكفي فيه عدلان يقولان : لا نعلم له وارثًا سواه مع الخبرة الباطنة .

فإن لم تكن بينةٌ ، سَلَّم إلى الحاضر قدرَ اليقين فقط . ولا يَقِينَ إلا في فرض مَنْ لا يحجب عائلا كربع الثمن عائلا للزوجة ، وأما الأب فلا يستيقن له مقدار معين . فإن لم تكن بينةٌ ، بحث القاضي ونادى بأني قاسمٌ ميراثَه . فمنْ عَرف له وارثًا فَلْيذكر . فإن لم يظهر سَلَّم المالَ إلى الحاضر .

وهل يطلب له كفيلًا للقدر المشكوك ؟ فيه قولان .

---

(١) يعني استفاضة الخبر بين الناس .

(٢) يعني أن مَنْ رأى بخط أبيه أو ابنه أوغيرهما - ممن يعرف خطَّه ويتيقنه جاز له الحلفُ على ما تضمنه المكتوبُ دون الشهادة به .

الفصل الثاني

في وجوب التحمُّلِ والأداء

أما الأداء فهو واجبٌ على كل متحمل متعينٌ دُعِيَ إلى الأداء من مسافة دون مسافة العَدْوَى [١] ، فهذه ثلاثةُ قيودٍ .

فلو لم يتحمَّلْ ، ولكنْ وَقع بَصَرُه على فعلٍ وتعينٌ ، ففيه وجهان :

أحدهما : لايجب ؛ لأنّ المتحمِّلَ ملتزمٌ ، وهذا لم يلتزم .

والثاني : أنه يجب ؛ صيانةً للحقوق [٢] .

ولو لم يتعيَّنْ ، فإن امتنعوا بجملتهم عَمَّ الحرجُ جميعَهم . وإن امتنع واحدٌ ففي جوازه وجهان ؛ من حيث إنَّ فَتْحَ ذلك الباب ربما يدعو إلى التخاذل .

ولو دُعِيَ من مسافة دون مسافة القصر ، وفوق مسافة العَدْوَى ، فوجهان كالوجهين في لزوم قبول شهادة الفرع في غيبة الأصل إلى هذا الحد .

ثم الشاهد لايستحقُ الأجرةَ ؛ لأنه التزم هذه الأمانةَ بخلاف الكاتب . نعم ، يستحق الشاهدُ أجرةَ المركوب عند طول الطريق . ثم إذا أخذها ، فله أن لايركب ويَمْشي ، فكأنه أُجْرَةُ نَصَبِه في المَشْيِ .

ولو تعينَّ شاهدان ، فامتنع أحدُهما . وقال : احْلِفْ مع الثاني [٣] ، لم يَجُزْ بالاتفاق [٤] .

---

(١) مسافة العدوى : هي المسافة التي يخرج إليها المبكرُ من بيته فيرجع إليه قبل حلول الليل . وقال ابن فارس : العَدْوَى : طَلَبُك إلى الوالي لِيُعْدِيَك على مَنْ ظلمك ، أي : يَنْتقم منه بسبب اعتدائه عليك ، والفقهاء يقولون : مسافة العدوى ، وكأنهم استعاروها من هذه العدوى ؛ لأن صاحبها يَصِلُ فيها الذهابَ والعودةَ بِعَدْوٍ واحد ؛ لِمَا فيه من القوة والجِلَاد . انظر المصباح المنير (٢ / ٦٠٧) .

(٢) والأصح الموافق لإطلاق الجمهور أنه يلزمه الأداء أيضًا ؛ لأنها أمانة وشهادة عنده . انظر الروضة (١١ / ٢٧٢) .

(٣) أي قال للمشهود له : احلفْ مع الشاهد الثاني يعني كما يجوز ذلك في القضاء بشاهدٍ واحدٍ مع يمين المدَّعي .

(٤) ويكون هذا المتخاذل عاصيًا بامتناعه عن الشهادة . انظر الروضة (٢٧٢/١١)

أما التحمُّلُ فيما لايصح دون الشهادة كالنكاح ، فالإجابة إلى التحمل فيه من فروض الكفايات . ومن امتنع لا يأثم ؛ لأنه غَيْرُ متعينٌ .

أما التحمل في الأموال والأقارير [(١)] ، هل هو من فروض الكفايات ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لاستغنائه عنه .

والثاني : نعم ؛ لحاجةِ الإثبات عند النزاع [(٢)] . وكذا الخلافُ في كَتْبِه الصكّ ؛ لأنه لايُستغنى عنه في عصمة الحقوق .

* * *

(١) الأقارير جمع إقرار .

(٢) وهذا الوجه هو الصحيح كما في الروضة (١١/ ٢٧٤) .

الباب الرابع
في الشاهد واليمين

وكلُّ واقعةٍ يُقْضى فيها برجل وامرأتين، فَيُقضى بشاهد ويمين [1] إلا عيوب النساء وبابها. وقد صحَّ عن رسول الله ﷺ القضاء بشاهد ويمين. قال عمر (رضي الله عنه): وذلك في الأموال [2]. وقال أبو حنيفة (رحمه الله): لا يقبل شاهدٌ ويمين [3].

ثم عندنا ينبغي أن تتقدم شهادةُ الشاهد وتعديلُه، على اليمين؛ إذ اليمينُ - قبل تَأَيُّدِ جانب الحالف [4] باليد أو اللوثِ - ساقطُ الأثرِ. ويجب على الحالف أنْ يُصَدِّق الشاهدَ في يمينه، فيقول: أنا مُحِقٌّ وهو صادقٌ. ولا خلافَ في أنه لو حلف مع امرأتين لم يَجُزْ.

ثم هذا القضاءُ بالشاهد؟ أو باليمين [5]؟ أو بهما؟ ويَظهر الأثَرُ في الغرم عند الرجوع، فيه

---

(١) أي: يُقْضى فيها بشاهد ويمين. وفي (أ)، (ب): «يقضى».

(٢) الحديث رواه مسلم في صحيحه (٣ / ١٣٣٧) (٣٠) كتاب «الأقضية». (٢١) باب «القضاء باليمين والشاهد» حديث (١٧١٢) بإسناده عن ابن عباس «أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد». ورواه أبو داود في سننه (٤ / ٣٢) (١٨) كتاب «الأقضية» (٢١) باب «القضاء باليمين والشاهد» حديث (٣٦٠٨). ورواه ابن ماجه (٢ / ٧٩٣) (١٣) كتاب «الأحكام» (٣١) باب «القضاء بالشاهد واليمين» حديث (٢٣٧٠) ثلاثتهم من طرق عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس مرفوعًا. ورواه ابن ماجه أيضًا عن أبي هريرة حديث (٢٣٦٨). وعن جابر حديث (٢٣٦٩) مرفوعًا.

وقوله: (قال عمر (رضي الله عنه): وذلك في الأموال). هذا من قول عمرو بن دينار راوي الحديث عن ابن عباس، كما في سنن أبي داود (٤ / ٣٤) وليس من قول عمر بن الخطاب (رضي الله عنه). ولعلّ الناسخ لم يَرَ (واو) عمرو، فظنّه عمرَ بنَ الخطاب فترضَّى عليه، والله أعلم.

(٣) **مذهب الشافعية**: أن المال يثبت لمدَّعيه بشاهدٍ ويمينِ المدعي. وهو مذهب المالكية والحنابلة وأكثرِ أهل العلم.

ومذهب الحنفية: أنه لا يقضى في الأموال ولا في غيرها بالشاهد مع يمين المدعي، حتى قال محمد بن الحسن: من قضى بالشاهد مع اليمين، نقضتُ حكمه. انظر: الروضة (١١ / ٢٧٨). منهج الطلاب ص (١٥٣) مع المنهاج. المبسوط (١٧ / ٣٠). القوانين الفقهية ص (٣١١). الشرح الكبير (٤ / ١٨٧). الروض المربع ص (٥٣٤). المغني (٩ / ١٥١).

(٤) في (أ)، (ب): «الحلف».

(٥) في (أ)، (ب): «أو اليمين».

ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه باليمينِ ، والشاهدُ يُعَضِّد جانبَ الحالف كاللوث .

والثاني : أنه بالشاهد ؛ لما رُوِيَ أنه (عليه الصلاة والسلام) قضى بالشاهد واليمين .

والثالث : أنه بِهما جميعًا (١) .

ثم إن قلنا : إنه باليمين ، أمكن إيجابُ غُرمٍ أيضًا (٢) على الشاهد ، إذ اليمينُ نفذ بشهادته ، كما يجب – على رَأْيٍ – على المُزَكِّي ؛ لأنّ الشهادة نفذت بتعديله / وتمامُ الباب بمسائل أربع : ٢٩٨/ب

الأولى : لو أقام الورثة شاهدًا واحدًا على دَيْنٍ لمورِّثهم ، وحلفوا جميعًا : استحقوا . ولو حلف واحدٌ استحقَّ الحالفُ نصيبَه دون النَّاكِلِ . ولو مات النَّاكِلُ ، لم يَكُنْ لوارثه أَنْ يحلف ؛ إذ بطل حقُّ الحلف بالنكول . وإنْ مات قبل النكولِ ، فَلوارثِه أنْ يحلف ، ولكن هل يجب إعادةُ الشهادة ؟ فيه وجهان (٣) . وكذا لو جاء الوارثُ بشاهدٍ آخر هل يجب على الأوّل الإعادة ؟ فيه قولان ، مأخذهما (٤) أنّ هذه دعوى جديدة ، أو في حكم البناء ؟ . ولو نكل الوارثُ ، وللميتِ غريمٌ ، فهل يحلف ؟ فيه قولان ذكرناهما في القسامة (٥) . أما إذا كان فيهم غائبٌ أو مجنونٌ ، فإذا عاد أو أفاقَ : حلف من غير حاجة إلى إعادة الشهادة بل نفذت تلك الشهادة في الحقّ المشترك بدعوى واحدٍ من الورثة ، وإنما تختصُّ الدعوى والحلف دون المشاهدة . أما إذا أَوْصَى لشخصين ، فحلف أحدُهما مع شاهد ، والثاني غائبٌ ، فإذا عاد فلابُدَّ من إعادة الشهادة ؛ إذ ملكُه منفصِلٌ بخلاف حقوق الورثة ، فإنه إنما يثبت أولًا لشخصٍ واحد وهو الميت .

فرع : لو حلف بعضهم مع الشاهد ، فهل يخرج نصيب الغائب من يد المدَّعَى عليه ؟ فيه

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١١ / ٢٧٨) . وبناء عليه فإذا رجع الشاهد – بعد شهادته – لزمه أن يغرم النصفَ ، وهو مذهب مالك وأحمد . انظر المغني (٩ / ٢٥٥) .

(٢) كلمة : « أيضًا » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) والأصح أنه لا يجب إعادة الشهادة . انظر الروضة (١١ / ٢٨٢) .

(٤) في الأصل : « مأخذه » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) والأظهر أنه يمنع من الحلف ، وهو الجديد من قولي الشافعي (رحمه الله) . انظر الروضة (١١ / ٢٨٠) .

قولان كما ذكرناه في الحيلولة بشاهدٍ واحدٍ (١) ، لكنْ هذا أبعد ؛ لأنَّ صاحب الحقِّ لم يَدَّعِ ، إلّا أنَّ اتحادَ الميت ، كأنه يجعل دعوى الواحد كدعوى الجميع . ولذلك لا تُسْتَعَاد الشهادةُ . أما النصيبُ الذي أخذَه الحالفُ [الوارث] (٢) فلا يشاركه الغائبُ فيه ، نَصَّ عليه (٣) . وقال في كتاب « الصلح » : « لو ادّعى الوارثان عينًا ، فأقرَّ لأحدهما بنصيبه ، شاركَه الآخر » (٤) فمنهم من قال : قولان بالنقل والتخريج ، والصحيحُ : أنه فرض ههنا في الدَّيْن ، وذلك إنما يتعيَّنُ بالتعيين فلا يُشاركه فيه (٥) . وفي الصلح في جزء من العين ، وهو مشترك بإقراره ، فكيف ينفرد به ؟ (٦) . أما إذا أقام أحدُهما شاهدَيْن فَيُنْتزع نصيبُ الصبيِّ والمجنون (٧) . وأما نصيبُ الغائب فينتزع أيضًا إن كان عينًا ، وإن كان دَيْنًا فوجهان يجريان في [كلِّ] (٨) دَيْنٍ يُقَرُّ به لغائبٍ (٩) ، أن الوالي ، هل يَسْتوفيه أو يتركه عليه ؟ وهذا في الوراثة ، أمّا الوصية فَيُتْرَك نصيبُ الغائب وإن كملت بينةُ الحاضر .

المسألة الثانية : إذا ادَّعى ثلاثةٌ أنَّ أباهم وَقَفَ عليهم ضيعةً وعلى أولادهم – على الترتيب – وحلفوا مع شاهدٍ واحد : استحقوا . وفيه وجه : أن الوقف كالعتق ولا يثبت بشاهد ويمين إن قلنا : إنّ الملك فيه لله تعالى . وهو بعيدٌ غير مُعْتَدٌّ به . ثم البطن الثاني ، هل يحتاجون إلى الحلف عند موتهم ؟ إنْ قلنا : إنهم يأخذون الحقَّ من البطن الأول ، فيكفيهم يمينُ البطن الأول (١٠) . وإنْ قلنا : من الواقف ، فلابد من التجديد ؛ لأنهم لايستحقّونَ بيمين غيرهم .

فلو كان الشرطُ الصرفَ إلى المساكين بعد موتهم ، فعلى هذا لا يُمْكن تحليفُ المساكين ؛ إذ لا يَنْحصِرون ، ففيه وجهان :

---

(١) انظر الباب السابق .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) أي الشافعي (رحمه الله) .

(٤) انظر مختصر المزني ص (١٠٦) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فلا يشارك فيه » .

(٦) قوله : (به) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « المجنون والصَّبيّ » .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « للغائب » .

(١٠) وهذا هو الأصح عند الجمهور كما في الروضة (١١ / ٢٨٥) .

أحدهما : أنهم يستحقُّون بغير يمين ؛ للضرورة [1] .

والثاني : أنّ الوقف قد تعذّر مَصْرِفُه . وفيه خلافٌ أنه يبطل ؟ أو يُصْرف إلى أقرب شخص إلى الواقف ؟.

ولو مات واحدٌ من الحالفين [2] ، فنصيبُه للباقين [الذين حلفوا معه في درجته] [3] ؛ لأنه وقفُ ترتيبٍ ، وفي تجديد يمينهم قولان مرتبان ، والصحيح : أنه لا يحتاج إليه ؛ لأنهم قد حلفوا مرةً على الجملة .

أما إذا نكلوا جميعًا ، فالبطنُ الثاني لا يستحقون إن لم يحلفوا . وإن حلفوا استحقوا . هذا إن قلنا : إنهم يأخذون من الواقف . وإن قلنا : يأخذون من البطن الأول ، فلا أثر لحلفهم ؛ إذ قد بطل حقُّ الحلف بنكول البطن الأول .

أما إذا حلف واحدٌ ، ونكل اثنان ثم ماتوا ، فولَدُ الحالفِ يستحقُّ إنْ حلف ، وإن لم يحلف فقولانِ . وولَدُ النّاكل لا يستحقّ إن لم يحلف . وإنْ حلف فقولان . وإن مات [4] الحالف أولًا ، فشرط الوقف [5] أن يكون للآخرين ، لكن أبطلوا حقوقهم بالنكول ، وفيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يُصْرف إلى ولد الحالف وقد التحقا بالموتى لنكولهم . وهو بعيد .

والثاني : أنه يصرف إليهم ويستحقون بيمين الميت .

والثالث : أنه قد تعذَّر مصرفُه إذن ؛ فينتزع من يد المدعى عليه . [6] أما نصيب الناكلين ، فيبقى في يد المدعى عليه [6] .

فإن قلنا : يصرف إلى الناكلين ، ففي إيجاب الحلف عليهم قولان مرتبان على ما إذا كانا قد

---

(١) والأصح أنهم يأخذون بلا يمين ، وتسقط اليمينُ هنا ؛ لِتعذُّرِها ، ولا يبطل الوقفُ بعد صحته ووجودِ مصرفه . انظر الروضة (١١ / ٢٨٥) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أحد الحالفين » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولو مات » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الواقف » .

(٦) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

حلفا ، وههنا أَوْلَى بالحلف .

المسألة الثالثة : لو كان الوقفُ وَقْفَ التشريكِ ، وحلف الثلاثة ، ثم وُلِدَ لواحدٍ وَلَدٌ : صار الوقفُ أرباعًا بعد أن كان أثلاثًا ، ويُوقَف الربع للطفل ، وكذا غلّتُه . فإن بلغ وحلف : استحق ، وإن نكل ، فالنصُّ أنه[1] يرد على الثلاثة ، [2] وكأنَّ النّاكِلَ معدومٌ [2] ، وقال المزني (رحمه الله) : « كيف يُرَدّ عليهم ، وهم مُقِرُّون بأنهم لا يستحقونه ، فهو وَقْفٌ تعذَّر مصرفه » والقياسُ ما ذَكَرَه ؛ فنجعله[3] قولا مخرجا . فلو / قال المدّعَى عليه : رُدُّوه إليّ[4] ؛ فلا طالبَ له غيري ، فلا ٢٩٩/أ خلافَ أنه لا يرده إليه ؛ إذ قد انْتُزِعَ من يده بحجة ، فلا يمكن الردُّ إليه[5] .

المسألة الرابعة : جاريةٌ لها ولد ، ادعي إنسانٌ على صاحب اليد أنها مُشتولدته ، والولدُ منه ، وأقام شاهدًا واحدًا وحلف : سُلِّمَتْ له الجاريةُ ، وثبت ملكُه ثم تُعْتق عليه – إذا مات – بإقراره وبالاستيلاد ، لابالشاهد واليمين . أما الولدُ ، ففي حرِّيته ونَسبِه قولان :

أحدهما : أنه يثبت بطريق التبعية للأم .

والثاني : – وهو القياس ، واختيارُ المزني – أنه لا يثبت ؛ لأنه إنسان مُستقل تُدَّعى فيه الحرية والنسبُ كما يُدَّعَى في الأم الاستيلاد[6] . واستشهد المزني بما لو أقام هذه الحجة على عبدٍ بأنه كان ملكه ، وقد أَعتقه ، فإنه لا يسمع ؛ لأنه معترفٌ في الحال بحريته ، مع أنه قد سبق له ملكٌ ، فكيف يُسْمع في الولد ولم يَجْرِ عليه رِقٌّ أصلًا ؛ فمن أصحابنا مَنْ طرد القولين ، ومنهم من فرَّق بأنَّ الحكم هاهنا وُجِد منتسبًا من ملك حاضر وهو الأم بخلاف مسألة العبد . والقياسُ ما ذكره المزنيّ (رحمه الله) .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « نص أنه » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وإن كان الناكل معدومًا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فَيُجعل » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « عليَّ » .

(٥) كلمة : « إليه » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) والأظهر أنه لا تثبت حُرِيَّته ؛ وذلك لأنه لا يَدّعي ملكَه ، والنسبُ والحريةُ لا يثبتان بهذه الحجة ، أعني بالحلف مع الشاهد ؛ ومن ثَمّ فيبقى الولدُ في يدِ صاحب اليد . انظر الروضة (١١ / ٢٧٩) .

الباب الخامس
في الشهادة على الشهادة

والنظر في خمسة أطراف :

الطرف الأول : في مجاريه . وهو جارٍ فيما ليس بعقوبة [١] . وفي العقوبات ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يجري ؛ لأنه بدل ، فلا يخلو عن شبهة .

والثاني : أنه يجري ؛ لأن كونَه بدلًا ، لا يُوجب الشبهة .

والثالث : أنه يجري في حقوق الآدميين كالقصاص وحدِّ القذف دون حدود الله تعالى ؛ فإنه يتَسارع إليه [٢] السقوطُ بالشبهات [٣] . وكذا الخلاف في كتاب القاضي إلى القاضي وكذا في التوكيل باستيفاء القصاص ؛ لأن الوكيلَ بدلٌ عن الموكِّل ؛ فإذا منعنا ذلك ، فلا معنى لدعوى القصاص على غائب .

الطرف الثاني : في التحمُّل . ولا يجوز أن يشهد على شهادة غيره ما لم يعلم أن عنده شهادة مجزومة ثابتة [٤] . وذلك بأن يقول له : عندي شهادةٌ بكذا ، وأنا أُشْهِدُك على شهادتي ، وإما بأن [٥] يراه بين يَدَيْ حاكم وهو يقول : أشهد أن لفلان على فلانٍ كذا ، فله أن يتحمل وإنْ لم يَقُلْ له : أُشهدك ؛ لأنّ ذلك ليس تفويضًا حتى يحتاج إلى إشهاد [٦] ، نعم إذا [٧] رآه يُخْبِر عن

---

(١) أي : تقبل الشهادة على الشهادة في غير العقوبات ؛ كالأموال والأنكحة والبيع وسائر العقود ، والفسوخ ، والطلاق ، والعتاق ، والرضاع ، والولادة ، وعيوب النساء ، سواء في ذلك حقّ الله تعالى - كالزكاة ، ووقف المساجد ، والجهات العامة - وحقوق الآدميين . انظر الروضة (١١ / ٢٨٩) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إليها » .

(٣) والمذهب قبول الشهادة على الشهادة في القصاص وحدّ القذف ، ولا تقبل في حدود الله تعالى . انظر الروضة (١١ / ٢٨٩) ، والمنهاج (١٥٤) ، والغاية القصوى (٢ / ١٠٢٥) .

(٤) في (أ) : « تامة » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أنْ » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « شهادة » .

(٧) في (ب) : « إنْ » .

الشيء [1] لا في معرض الشهادة ولابلفظ الشهادة ، فالإنسانُ قد يتساهل فيه ولو كُلِّفَ الشهادة : امتنع ، فلذلك [2] لا يتحمل . أما إذا قال في غير مجلس القاضي : عندي شهادةٌ مثبوتة لا أتمارى فيها ، ففي جواز التحمل وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لانقطاع الاحتمال [3] .

والثاني : لا ؛ إذ قد يكون له فيه غرض ، وإذا طُولب بالإقامة توقّف .

أما إذا اقتصر على قوله : أنا أَشهد بكذا ، لم يعتمد ذلك ؛ لظهور اعتماد التساهل [4] ؛ ولأنه قد يريد به الوعدَ ولا يفي به . فلو قال : لفلانٍ عليَّ ألفٌ ، فيشهد على إقراره ولا يُقَدّر احتمالُ إرادةِ وَعْدٍ ؛ لأنَّ الإنسان لا يتساهل في الإقرار على نفسه ، ويتساهل في الإخبار عن الغير . وقال أبو إسحاق المروزي (رحمه الله) : « لا يشهد على إقراره ما لم يُضِفْه إلى إتلافٍ ، أو ضمان ، أو غير ذلك مما يقطع هذا الاحتمالَ » ، وهو بعيد غير مُعْتَدٍّ به .

ثم الشاهد ينبغي أنْ يحكي مُسْتندَ تحمله ، بأنَّ شاهِدَ الأصلِ أَشْهَدَه ، أو رآه يَشهد عند القاضي ؛ فإنه ربما لايعرف كيفية التحمل حتى يبحث عنه القاضي . فلو كان فقيهًا ، فيكفيه أن يقول : أَشهد على شهادته ، وله الإصرارُ عليه ، فلو سأله القاضي لم يلزمه التفصيلُ .

الطرف الثالث : في الطوارىء على شهود الأصل .

ولا يضرُّ موتُهم وغَيْبتُهم ومرضُهم ، بل هو المراد من شهود الفرع [5] ، وقد ذكرنا حدَّ الغَيْبة . أما طرآنُ فسقِهم وعداوتهم وردَّتهم فلا يُؤَثِّر طرآنه بعد القضاء بشهادة الفرعِ [6] . ولو

---

(١) في (أ) : « يخبر بالشيء » . (٢) في (أ) ، (ب) : « فذلك » .

(٣) يعني لانقطاع احتمال التساهل .

(٤) في الأصل : « لظهور اعتماد التساهل » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) يعني أننا نحتاج إلى شهادة الفرع ، إذا لم يمكن الوصول إلى شهادة الأصل ، ولا يُوصَل إلى شهادة الأُصل إذا ماتوا ، أو غابوا ، أو مرضوا مرضًا يمنعهم من الحركة ، أو الحضور إلى مجلس القضاء .

(٦) يعني أنَّ طرآن فسق الشهود الأصليين أو ردّتهم ، أو حصول عداوة دنيوية بينهم وبين المشهود عليه ، فذلك لا يؤثر إذا تمَّ الحكمُ بناءً على شهادة الفرع .

طرأ قبل القضاء منع القبول ؛ لأن هذه أمورٌ لا تهجم ، بل يتقدَّمُها مقدِّماتٌ [١] ؛ ولأنه يقبح أن يشهد على شهادةِ مرتدٍّ وفاسقٍ [٢] .

ولو حضر شهود الأصل ، فكذبوا الفرع بعد القضاء : لم يؤثر . وقبل القضاء لو ثبت تكذيبُهم - في الغيبة ببينة - أو رجوعُهم : امتنع شهادة الفرع . ولو بان - بعد القضاء - أنهم كانوا كذّبوا ، أو رجعوا قبل القضاء : نُقِضَ الحكم قولًا واحدًا .

أما طرآن العمى والجنون ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لا يؤثر كالموت ، وهو الأصَحّ .

والثاني : أنه يؤثر ؛ إذ بطلت أهليتهما والمقبول شهادتهما ، وإنما اسْتُثْنِيَ الموتُ للضرورة .

والثالث : أن الجنون بخلاف العَمَى ؛ فإن الأعمى أَهْلٌ ، وإنما يمتنع عليه التعيينُ .

أما الإغماءُ ، فلا يؤثِّر في الغيبة . وفي الحضور يُنتظر زوالُه فلا يسلط شاهد الفرع على الشهادة .

ثم إذا قلنا : يمتنع بالجنون ، فلو زال ، ففي وجوب تجديد التحمل / وجهان ، أقيسهما : أنه ٢٩٩/ب

---

(١) يعني أن الفسق أو الردة لا تحصل فجأةً ، بل يحصل ذلك في فترة طويلة تُورث شبهة في تحمله الشهادة ؛ إذ ربما يكون فاسقًا أو مرتدا عند تحمله لتلك الشهادة ولم يظهر ذلك إلا بعد التحمل .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله - رحمه الله وإيانا - فيما إذا طرأ على شاهد الأصل فسقٌ أو عداوة ، أو ردّة ، قبل القضاء بشهادة الفرعِ : (منع القبول) فقولُه : (منع القبول) لائقٌ بما إذا طرأت قبل إقامة الفرع الشهادة ، وكذلك صوَّر المسألةَ شيخُه الإمامُ . واللائق بالصورة المذكورة في « الوسيط » أن يقول : (منع القضاء) ، لكنا نقول : قوله : (لو طرأ قبل القضاء : منع القبول) شاملٌ لما طرأ [من] ذلك قبل إقامة الفرعِ الشهادةَ وما طرأ بعدها ، ولهذا قال : (ولأنه يقبح أن يَشهد على شهادة مرتد) .

ويُستفاد من قول : (منع القبول) مَنْعُ القضاء بها ؛ لأن القضاء بها قبولٌ آخر آكدُ من قبول سماعها .

وقوله : (بل يتقدمها مقدمات) يعني به أنه لا يظهر إلا بعد فسادٍ باطنٍ ، فيُورِث ذلك ريبةً مُنعطفةً على حالة تحمُّلِ الشهادة ، ولا يلزم ما إذا طرأت بعد القضاء ؛ لأن الريبة قبل القضاء تُؤَثِّر وتُورث توقُّفًا في العمل بالشهادة ، ولا تؤثر بعد القضاء ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٦ / أ ، ١٩٦ / ب) .

لا يجب . وأشهرهما : أنه يجب كما لو [1] أفاق الموكِّلُ .

الطرف الرابع : في العدد .

والكمالُ أن يشهد على كلِّ شاهدٍ شاهدان . فإن شهد اثنان على شهادةِ واحدٍ ، وهما بأعيانهما شهدا على الآخر ، فقولان ، أقيسهما : أنه يجوز ؛ كما لو شهد اثنان على ألف رجل بالإقرار ، وهو اختيار أبي حنيفة (رحمه الله) والمزني [2] .

والثاني : لا ؛ لأن هذه حجةٌ واحدة ، فلا يقوم شخصٌ بِطَرَفَيْها ، كما لو شهد أحَدُ شاهِدَيِ الأصل بالفرعية على شهادةِ آخر .

فإنْ مَنَعْنا ذلك ، فلو شهد أربعةٌ على شهادتهما فوجهان :

أصحها : الجوازُ ؛ إذْ شهد على كلِّ واحدٍ اثنان ، فتعرُّضُهما للثاني ينبغي أنْ يُجْعل كالعدم .

والثاني : لا ؛ لأنَّ من استقلَّ بشق لا تعتبر شهادتُه [في الثاني] [3] وليس أحدُ الشِّقَّيْنِ بالإسقاط [4] بأولى من الآخر .

ولا خلافَ أنَّ ما يثبت برجلٍ وامرأتين ، فالشهادةُ على شهادتهم تجري مجرى الشهادة على ثلاثة أشخاص .

فرع : الزنا ، إن قلنا : يثبت بالشهادة على الشهادة [5] ، فيجتمع في عدد الفرع [6] أربعةُ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٢) قال ابن الصلاح : « القولان في أنه هل يجوز أن يشهد [على] شاهِدَيِ الأصلِ معًا شاهدان لا غَيْرُ ؟ ذكر – هو وشيخُه – أن اختيار المزنيّ هو قولُ الجواز ، وذكَر غيرُهما كالفوراني وصاحبِ « الشامل » وصاحبِ « المهذب » و « التهذيب » وغيرهم أن اختيار المزني هو عدمُ الجواز . وهذا هو الصواب ، وعليه يدلُّ كلامُ المزنيِّ في مختصره والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٦ / ب) .

قلت : انظر ما قاله المزني في مختصره ص (٣١٢) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) قوله : « بالإسقاط » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٥) والمذهب أنه لا يقبل في إثبات العقوبات – الشهادةُ على الشهادة ، وذلك فيما هو من حقوق الله تعالى ، كما سبق .

(٦) يعني في عدد شهود الفرع .

أقوال :

ففي قول : يكفي اثنان يشهدان على شهادة الأربعة الأصولِ . وهو بناءٌ على أن الإقرار بالزنا ، يثبت بشاهدين على قول ؛ فكذلك الشهادة .

وفي قول : لابد من الأربعة .

وفي قول : ثمانية .

وفي قول : ستة عشر ، ومنشؤه التردُّدُ في أصلين :

(أحدهما) : عددُ شهود الفرع .

(والآخر) : عدد شهود الإقرار .

الطرف الخامس : في العذر المرخِّص لشهادة الفرع [١] وهو الموت ، والغيبة ، والمرض [٢] .

[٣] والغيبةُ إلى مسافة القصر ترخص . ودون مسافة العدوى : لا . وفيما بينهما وجهان [٣] والمرضُ هو القدر [٤] الذي يجوز تَرْكُ الجمعة به ، وهو ما فيه مشقةٌ ، لا مايمنع معه الحضور . وليس على القاضي انْ يَحْضُر دارَ المريض أو يبعث نائبَه إليه ؛ فإن ذلك يَغُضُّ [٥] من منصب القضاء وشهادة الفرع قريبٌ ؛ ولذلك جازت الروايةُ من الفرع مع حضور الشيخ . والخوفُ من الغريم كالمرض .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « بشهادة الفرع » .

(٢) كلمة : « المرض » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل : « والغيبة إلى مسافة القصر ترخص دون مسافة العدوي ، وفيما بينهما وجهان » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

وقال ابن الصلاح : « قوله في الغيبة إلى مسافة القصر ترخص : (ودون مسافة العدوى : لا) صوابه : (ومسافة العدوي : لا) والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٦/ب) .

(٤) كلمة : « القدر » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « نَقْصٌ » .

فرع : ليس على شهود الفرع الثناءُ على شهود الأصل وتعديلُهم عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) بل لو عَدَّلوا ، ثبتت العدالةُ والشهادةُ جميعًا بشهادتهم [1] ، [2] وإلا بحث القاضي عنهم [2] .

وليس عليهم أيضًا [3] أن يشهدوا على صِدْق شهود الأصل ؛ فإنهم لا يَعْرفون ، بخلاف الحالف مع الشاهد ، فإنه يَعْرف صِدْقَه ، والله أعلم [4] .

* * *

(١) يعني تُقْبل تزكيتهم إذا توفرت فيهم صفات المزكِّين ، وإلا فلا يُقبل تعديلهم .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ولا يبحث القاضي عنهم » .

قلت : الذي حكاه الغزالي (رحمه الله) عن أبي حنيفة (رحمه الله) إنما هو من قول محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة . انظر مختصر الطحاوي ص (٣٣٦) . الهداية (٣ / ١٤٥) . فتح القدير (٧ / ٤٧٠) . رد المحتار (٧ / ٢٢٩ ، ٢٣٠) . (٥ / ٥٠١) . ملتقى الأبحر (٤ / ٩٤) . اللباب في شرح الكتاب (٤ / ٧٠) .

(٣) كلمة : « أيضًا » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) قوله : « والله أعلم » ليس في (أ) ، (ب) .

388/7

الباب السادس

في الرجوع عن الشهادة

والنظرُ في : العقوبات ، والبضع ، والمال .

الأول : العقوبات . وللرجوع ثلاثةُ أحوالٍ :

الأول : أن يكون قبل القضاء ، فيمنع [١] القضاء . فإن كان في زنًا ، وجَبَ حَدُّ القذفِ . فإن قالوا : غلطنا ، ففي وجوب الحدِّ قولان مرتبان على ما إذا نقص عددُ الشهود ، وهذا أولى بالإيجاب ؛ لأنّ التحفُّظَ واجبٌ عليهم وهو إلى اختيارهم [٢] .

فإن حَدَدنَا لم تُقْبل شهادتهم بعد ذلك إلا بعد التوبة والاستبراء . وإنْ لم نَحُدَّهُم لم تَسقط عدالتهم ؛ فتقبل شهادتُهم .

ولو رجعوا في الشهادة وفَسَّقْنَاهُم ، فعادوا بعد التوبة ، وقالوا : كذبنا في الرجوع ، لم تُقْبل تلك الشهادة أصلًا ؛ مؤاخذةً لهم بقولهم في الرجوع الأول .

ولو لم يُصَرِّح الشاهدُ بالرجوع [٣] ، ولكنْ قال للقاضي : تَوَقَّف ، فيتوقَّف القاضي . فإن [٤] عادوا إلى الشهادة ، ففي القبول وجهان ؛ لتَطَرُّقِ التُّهْمة بسبب التوقُّف ، والاستمهالِ للتروِّي [٥] . فإن قلنا : لا يمنع الاستمهالُ ، فهل يجب إعادةُ تلك الشهادة ؟ فيه وجهان [٦] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فيمتنع » .

(٢) وهذا هو الأصح أنه يجب إقامة حد القذف عليهم ؛ لما في شهادتهم من التعيير والفضيحة . انظر الروضة (١١ / ٢٩٦) .

(٣) في الأصل : « الرجوع » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فلو » .

(٥) والأصح قبول شهادتهم . انظر الروضة (١١ / ٢٩٦) .

(٦) والأصح من الوجهين أنه لا يجب إعادة تلك الشهادة ، إذا جزموا بها ، والشكُّ الطارىء قد زال . انظر الروضة (١١ / ٢٩٦) . قلت : ولا يلزم من التوقف في الشهادة طروءُ شكٍّ فيها ؛ إذ قد يتوقف الشاهدُ لمصلحة دينية أو لغيرها ، والله أعلم .

الحالة الثانية : الرجوع بعد القضاء ، وقبل الاستيفاء . وفيه ثلاثة أوجه (١) :

أحدها : أنه لا تُسْتوفى ؛ لأن الحدودَ تسقط بالشبهات .

والثاني : أنه تُستوفى كالأموال ؛ لأنَّ المحكوم بوجوب قَتْلِه كالمقتول (٢) .

والثالث: وهو الأعدل، أنّ حقوق الآدميين لا تَسقُط، كأموالهم، وتسقط حقوق (٣) الله تعالى.

الحالة الثالثة : الرجوع بعد استيفاء العقوبة . وله صور :

الأولى : أن يقولوا : تعمَّدْنا الكذبَ مع العلم بأنّ (٤) شهادتنا تُقْبَل ، فيلزمهم (٥) القصاصُ عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) (٦) . ولا خلاف أن الدية المغلظة تجب في مالهم .

ولو رجع معهم وليُّ القصاص - وهو الذي باشر - وَجب [عليه] (٧) القصاصُ . وهل يجب على الشهود معه ؟ فيه وجهان :

(١) قال في الروضة (١١ / ٢٩٦) : « إن كانت الشهادة في مالٍ ، استوفى على الصحيح المنصوص . وإن كانت في قصاص أو حدّ القذف لم يُشتوفَ على المذهب ؛ لأنها عقوبةٌ تسقط بالشبهة ، والرجوع شبهة بخلاف المال ؛ فإنه لا يتأثر بالشبهة ... وإن كانت في حدود الله لم تُشتوفَ » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مقتول » . (٣) في (أ) ، (ب) : « حقّ » .

(٤) في الأصل : « أن » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « فلزمهم » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) **مذهب الشافعية** : أنه إذا شهد الشاهدان أو الشهود على رجل بشيء يتلف من بدنه ، أو ينال منه ، كالقطع أو الجلد أو القصاص في قتل أو جرح ، وتم الاستيفاء من المشهود عليه ، ثم رجع الشهود وقالوا : تعمّدنا أن ينال ذلك منه بشهادتنا ؛ فذلك كالجناية عليه ، فيلزمهم القصاص . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا .

ومذهب أبي حنيفة : أنه لا يلزمهم القصاص ؛ لأنهم لم يباشروا وعليهم الدية . وهو قول مالك . وقال أبو يوسف ومحمد : عليهم التعزير . انظر : مختصر الطحاوي ص (٢٤٢) . المبسوط (٩ / ٦٤) . الهداية (٣ / ١٥٠) . فتح القدير (٧ / ٤٩٢ ، ٤٩٣) . رد المحتار (٧ / ٢٦٠ ، ٢٦١) . الكافي ص (٤٧٦) . القوانين الفقهية ص (٣١٨) . الخرشي على مختصر خليل (٧ / ٢٢٠) . الشرح الصغير (٤ / ٢٩٤ ، ٢٩٥) . مختصر المزني ص (٣١٢) . معرفة السنن (١٤ / ٣٤٦) . حلية العلماء (٨ / ٣١٤) . المقنع ص (٢٧٣) . كشاف القناع (٦ / ٤٤٣) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

أحدهما : لا ؛ إذ الشاهدُ - بالشهادة - صار كالمُمْسِك مع المباشر (١) .

والثاني : يجب ؛ لأنهم بالشهادة أهدروا الدم ، وأبطلوا العصمة .

والقاضي إذا رجع ، شَارَكَ الشهود / في القصاص والدية المغلظة . فإن رجع المزكّي ، ففيه ثلاثة أوجه : ٣٠٠/أ

أحدها : أنه كالشهود (٢) .

والثاني : أنه كالممسك .

والثالث : أنه يصلح فِعْلُه لإيجاب الدية دون القصاص .

الصورة الثانية : إذا قالوا : أخطأنا ، فلا قصاص ، وقد يُعَزِّرهم القاضي (٣) ، والديةُ في مالهم . فإن صدقهم العاقلة ، ففيه ترددٌ سيأتي (٤) . ولو قال بعضُهم : أخطأنا ، فلا قصاصَ على المعْترِف بالعمد ؛ لأنه شريك خاطىء . ولو قال كلٌّ واحد : تعمدتُ ، وأخطأ شريكي ، ففي القصاص وجهان (٥) :

أحدهما : لا يجب ؛ لأنه إقرار بأنه شريك خاطىء ، فلا يجب القصاصُ عليه بدعوى

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح ، أن القصاص - أو كمال الدية - علـى الوليّ ؛ لأنه المباشر . انظر الروضة (١١ / ٢٩٧) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح أنه يلزمه القصاص ؛ لأنه بالتزكية ألجأ القاضي إلى الحكم المفضي إلى القتل . انظر الروضة (١١ / ٢٩٨) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقد يعزرهم القاضي) لتركهم التحفظ ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٩٦ / ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن صدقهم العاقلة ، ففيه تردد وسيأتي) هذا فيه نظرٌ ؛ لأن الذي يأتي هو ما ذكره في آخر الباب من تردد القولين في أن الغرم الواجب في خطأ القاضي ، هل يجب في ماله أو في بيت المال ؟ والترددُ هاهنا إنما يكون تردد القولين في أنه يجب ذلك في ماله [أو] على عاقلته ؛ لأنه تعمَّد القتل . وإنما سقط القَوَدُ لأمرٍ خارج ، وهو ظنُّه أنه القاتل ، فهو كما لو قتل من أسلم في دار الحرب على ظنّ أنه مشركٌ بَعْدُ ، فهل تجب الديةُ على عاقلته أو في ماله ؟ فيه قولان . وكأنه [يعني الغزالي] اتبع في هذه « النهاية » « والبسيطَ » ، وسها عن ذكر ما في « النهاية » و « البسيط » من هذا الكلام ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٦ / ب ، ١٩٧ / أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « قولان » .

الشريكِ العمديةَ (١) .

والثاني : أنه يجب ؛ لأن دعواه خَطَأَ الشريكِ - وهو مُنْكِر - لا يَدْرَأ عنه قصاصَ العمدِ .

الصورة الثالثة : إذا قالوا : تعمدنا ولكن ما عرفنا أنه تُقْبل شهادتُنا ، فلا يجب القصاصُ عند الأكثرين (٢) ؛ إذ لم يَظهر قَصْدُهم إلى القتل مع أنّ نفس الشهادة ليس تَقْتل بخلاف ما لو ضرب شخصًا ضَرْبًا يقتل المريضَ دون الصحيح وجَهِلَ كونَه مريضًا ، فإن الأظهر أنه يجب القصاصُ ؛ ويحتمل فيه وجه من هذه المسألة .

فإن قلنا : لاقصاص لجهلهم ، قال صاحب « التقريب » : لتكن الديةُ مؤجلةً ؛ فإنه قريبٌ من شِبْهِ العمد (٣) .

* * *

(١) والأصح أنه لا قصاص عليهما ، ولا خلاف أن الدية تجب عليهما مغلظة . انظر الروضة (١١ / ٢٩٩) .

(٢) وهذا ما قاله الأصحاب أنه شِبْهُ عمْدٍ ؛ فلا يوجب قصاصًا . انظر الروضة (١١ / ٣٠٠) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال صاحب التقريب : تكون الدية مؤجلة ؛ فإنه قريب من شبه العمد) اقتصر على هذا دون نصّ الشافعي على أنها تجب في أموالهم حَالّةً . ووُجِّهَ بأنهم متعمدون . والمسألةُ قريبةٌ من مسألة قَتْلِ المسلم في دار الحرب التي ذكرناها آنفًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٧ / أ) .

قال الحموي : « قول في باب الرجوع عن الشهادة : (الصورة الثالثة : إذا قالوا : تعمدنا ولكن ما عرفنا أنه تُقْبَلُ شهادتُنا ، فلا يجب القصاص عند الأكثرين إذا لم يظهر قصدُهم ، مع أن نفس الشهادة ليست تقتل ، بخلاف ما لو ضرب شخصًا ضربًا يقتل المريضَ دون الصحيح وجهل كونَه مريضًا ، فإن الأظهر : أنه يجب القصاصُ ، ويحتمل فيه وجه من هذه المسألة ، فإن قلنا : لا قصاص بجهلهم ، قال صاحب التقريب : لكن الدية مؤجلة ؛ فإنه قريب من شبه العمد) .

قلت : ما ذكره الشيخ هنا : أنه لو ضرب شخصًا ضربًا يقتل المريضَ دون الصحيح وجهل كَوْنَه مريضًا أن الأظهر : وجوب القصاص ، ثم قال : (وفيه وجه) وذكر في أول الجنايات وقال : (فإن قيل : لو ضرب شخصًا ضربًا يقتل المريضَ غالبًا لكنْ ظنَّه صحيحًا ، قلنا : يجب القصاص ؛ لأن هذا الظن إذا لم يُثْبِت العدوانَ في القتل فهو في نفسه قاتلٌ ، فلا يكون معذورًا بجهله ،بخلاف ما لو صدر هذا من مؤدب) وإذا كان كذلك كان مقتضاه أن نذكر فيه الخلاف المذكور في مسألتنا ، ومعلوم أنه لا فرق بينهما ، كما لا يخفى .

قلت : المسألتان واحدة ، وإنما ذكر ذلك في أول الجنايات ولم يتعرض فيه لذلك الوجه ، وذكر في الرجوع عن الشهادة ؛ لأن تخريج ذلك الوجهِ من المسألة المذكورة وهو إذا قالوا : تعمدنا ... إلى آخره ، فإذا كان كذلك كان ذكرُه فيها الخلاف أولى من غيره ، وهذا الاعتراض ضعيف جدًّا ، وإنما ذكرناه لكون بعض الفقهاء يستشكله » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٢ / ب - ١٩٣ / ب) .

الطرف الثاني
فيما لا تَدَارُكَ له كالعتق والطلاق

وموجبه الغرمُ (١) . وفي مقدار ما يجب على الراجع في البضع قبل المسيس وبعده ، كلامٌ سَبَقَ (٢) ، ونذكر الآن فرعين :

الأول : لو شهد رجل وامرأتان على العتق مثلًا (٣) ، فالغُرْمُ الواجبُ ، يجب على الرجل النصفُ ، وعلى المرأتين النصفُ (٤) . ولو كانوا (٥) عشر نسوة ، فليس عليهن إلا النصفُ ؛ إذ نصْفُ البينة قام بالرجل .

أما إذا شهد رجلٌ وعشرُ نسوةٍ على رضاعٍ مُحَرِّمٍ أَوْجَبَ التفريقَ بين الزوجين ، ثم رجعوا

(١) يعني على الشهود ، ولا يرتفع الفراق الذي حكم القاضي به .

(٢) إنْ حكم القاضي بالفراق بعد الدخول ، فعلى الشهود الراجعين مَهْرُ المثل على المشهور ، وكذلك عليهم جميع مهر المثل إن كان الفراق قبل الدخول على المذهب . انظر الروضة (١١ / ٣٠٠) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو شهد رجل وامرأتان على العتق مثلا ... الخ) قال هذا ، مع أنه قد عُرف أن العتق لا يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين فيحتاج إلى تصوير ، وهو يكون فيما إذا شهدوا للمكاتب على أداء النجوم غلطًا ، وفيما إذا شهدوا بشراء القريب وعتق ثم رجعوا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٧٩ / أ) .

(٤) قال الحموي : « قوله فيه : (ولو شهد رجل وامرأتان على العتق مثلًا ، ثم وقع الرجوعُ ، فيجب على الرجل النصف وعلى المرأتان النصف) .

قلت : ما ذكره الشيخ هنا يقتضي أن تُقْبَل شهادةُ النساء على العتق ، وليس ذلك منقولًا بالاتفاق كما لا يخفى .

قلت : عنه جوابان : أحدهما : أن يفرض أن عبدًا كاتَبَه سيدُه على نَجْمَيْنِ مثلًا ، ثم دفع إلى سيده ما قدر عليه من النجم الأول ، وأن السيد طالَبَ المكاتبَ بالنجم الآخر ، فقال [له] المكاتب : سلَّمْتُه إليك ، وأقام على ذلك شاهدًا وامرأتين : أنه دفع إليه المقرر في النجم الثاني ، ففي سماع هذه البينة خلاف مشهور . فإن قلنا : تسمع – وهو الأصح – ، فتكون شهادةً على العتق كما لا يخفى ، بخلاف النجم الأول فإنه لا يلزم منه الإعتاق بالاتفاق ، فعلى هذا يكون على الرجل النصفُ وعلى المرأتين النصف بعد الرجوع . وأما الجواب عن الثاني فظاهر :

قلت : أمكن أن يقال : هاهنا الشهادة على المال ، ويكون تقديرُ الكلام : لو شهد مثلًا على أصل العتق شاهدٌ وامرأتان ... إلى آخره ، فإنه جائز ؛ لأنه لما كان المعلومُ من مذهب الشافعي (رضي الله عنه) أنه لا يجوز شهادةُ رجل وامرأتين على العتق ، حَذَفَ المضافَ وأقام المضافَ إليه مقامه كقوله تعالى : ﴿ واسأل القرية ﴾ وكون الشهادة حينئذ على المال ، ويكون مخصوصًا بالعتق حيث وقع فيها الإعتاق ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٣ / ب ، ١٩٤ / أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « كنّ » .

بعد التفريق ، فيقسم الغرمُ باثني عشر سهمًا ، على الرجل سهمان ، وعلى كل امرأةٍ سهمٌ ، ونُنزِّل امرأتين منزلةَ رجلٍ ؛ لأن هذه الشهادة تنفرد بها النساءُ ، فلا يتعينَّ الرجلُ بشطر هذه الحجة .

ولو رجع الرجلُ وستُّ نسوةٍ ، فقد : أَصَرَّ أربعُ نسوةٍ يستقللن بإثبات الرضاع ، ففي وجوب شيء على الراجعين وجهان :

الصحيح : أنه لايجب ؛ لأن الحجةَ بَعْدُ قائمةٌ .

والثاني : أنه يجب على الراجعين بقدر حصتهم .

أما لو رجع معه سبعُ نسوة : بطلت الحجة ، فَعَلَى الوجه الضعيفِ : عليهم حصتُهم ، وهي سبعة من اثني عشر . وعلى الصحيح : إنما بَطَل ربعُ الحجة ؛ فعليهم رُبُعُ الغُرْم .

الفرع الثاني (١) : أنّ شهود الإحصان ، هل يُشَاركون شهودَ الزنا في الغرم عند الرجوع ؟ فيه قولان .

أحدهما : نعم ؛ إذ تَمَّ الرجْمُ بهم .

والثاني : لا ؛ لأنهم ما شهدوا إلا على خصالِ كمالٍ (٢) .

وكذا الخلافُ في شهود التعليق والصفة (٣) ، فإن قلنا : يجب ، ففي حصتهم وجهان :

أحدهما : التسوية .

والثاني : أنه يجب عليهم الثلثُ ؛ إذ يكفي في الإحصان شاهدان ، وفي الزنا أربعة . ويتفرع من هذا ، أنه لو شهد على الإحصان شاهدان ، وعلى الزنا أربعةٌ ، ورجع أحدُ شاهِدَي

---

(١) في الأصل : « الثاني » ، وكلمة : « الفرع » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) والأظهر أنهم لا يغرمون . انظر الروضة (١١ / ٣٠٥) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « التعليق بالصفة » . والمقصود أنه إذا علق طلاق زوجته على صفة معينة كالخروج من الدار مثلًا ، فشهد شاهدان بأنه علّق طلاقها على الخروج ، وشهد آخران أنه وقعت منها هذه الصفة – وهي الخروج من الدار – فهل يغرم شهود التعليق مع شهود وقوع الصفة إذا رجعوا ؟ الأصح أنهم لايغرمون كما سبق في شهود الإحصان مع شهود الزنا إذا رجعوا .

الإحصان ، ففي قول : لا شيءَ عليه . وفي قول : يجب السدس ، وهو قول التثليث . وفي قول : يجب الربع ، وهو قول التسوية بين الإحصان والزنا [١] . وكذلك يتفرع صورٌ في زيادة الشهود على العدد الواجب ، وفي رجوع بعض شهود الزنا ، ولايَخْفى تخريجها [٢] - على الأقوال السابقة - على مُتَأمِّلٍ .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « بين الزنا والإحصان » .

(٢) في (أ) . (ب) : « تخريجهما » .

الطرف الثالث

فيما يقبل التدارك

كما لو شهِدَا على عينِ مالٍ ، ورجعا بعد التسليم ، فلا يُقْبل رجوعُهما في الاسترداد ، وفي وجوب الغرم - للحيلولة - قولان :

أحدهما : لا يجب ؛ لأنه يتوقع إقرار الخصم ، فكيف يغرم والعينُ قائمٌ ، لا كالعتاق والطلاق اللذين [1] لا تَدَارُكَ لهما .

والثاني : وهو الأقيس [2] ، أنه يجب ؛ لأنّ الحيلولة تَنَجَّزَتْ ، وإقرارُ الخصم بعيدٌ . وكذا القولان فيمن أقرَّ بدارٍ لزيد ، ثم لعمرٍو ، وتُسَلَّم الدارُ إلى زيد . وهل يغرم القيمة لعمرو ؛ للحيلولة ؟ فيه قولان .

فرع : لو ظهر كونُ الشاهدَيْنِ : عبديْنِ ، أو كافرَيْن ، أو صَبِيَّيْنْ : انتقض القضاءُ وبَانَ أنه لا طلاقَ ولا عتاق [3] ، وكذا إن كانا [4] فاسقينْ وقلنا : ينقض [5] القضاء . وإن كان ذلك أمرًا لا يُتَدارَك - كقَتْلٍ - فيجب الغرمُ على القاضي بخطئه [6] . ومحلُّه مالُه ، أو بيتُ المال ؟ فيه قولان [7] . ولا يُرْجَع على الصبيين ؛ لأن التقصير من جهته ، إذ لم يَبْحث . ولا على الفاسقين ؛ فإنهما معذوران في كتمان الفسق . وهل يرجع على العبدين والكافرين ؟ فيه قولان ، ذكرنا

---

(١) في الأصل : « الذي » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) قوله : « وهو الأقيس » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) أي لم يقع الطلاق ولم يقع العتق . فإذا شهد كافران أو عبدان أو صبيان بطلاق امرأة ، وحكم به القاضي ، لم يقع الطلاق عليها وهي زوجته كما كانت ، فإن كانت حيةً رجعت إليه ، وإن كانت قد ماتت ، فقد ماتت وهي زوجة له فيرثها .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إذا كانا » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ينتقض » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بخطئه لتقصيره » . وفي نسخة أخرى : « فيجب الغرم على القاضي لتقصيره » .

(٧) والأظهر أن الغرم على عاقلة القاضي . انظر الروضة (٣٠٨/١١) .

تفصيلَهما [١] في كتاب « ضمان الولاة » [٢] .

* * *

(١) في الأصل : « ذكرنا تفصيله » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « ضمان الولاية » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

كتاب الدعوى والبينات

ومجامع الخصومات يحويها خمسة أركان : الدعوى ، والإنكار ، واليمين ، والنكول ، والبينة (1) .

الركن الأول / : الدعوى . ٣٠٠/ب

ونُقَدِّم عليها (2) مقدمةً في بيان من (3) يحتاج إلى الدعوى . فنقول : مَنْ له حقٌّ عند إنسان ، فلا يخلو : إما أن يكون عينًا ، أو عقوبة ، أو دَيْنًا .

أما العينُ ، فله أن يَنْتزعه من يده - إنْ قدر عليه - قهرًا إذا كان لا يُؤَدي ذلك إلى تحريكِ فتنةٍ .

وأما العقوبة ، فلا يَسْتقلُّ باستيفائها أصلًا دون القاضي ؛ لِمَا فيه من الخطر .

وأما الدَّيْنُ ، فإن كان على معترفٍ مُمَاطِلٍ أو مُنْكِرٍ يُمْكِنُ رفعُه إلى القاضي ، فلا يجوز الانفرادُ باستيفائه ؛ إذ لا يتعينَّ حقُّه من الدَّيْن إلا بتعيين (4) مَنْ عليه ، أو بتعيين (4) القاضي . فإن

---

(1) قال ابن الصلاح : « قوله : (ومجامع الخصومات يحويها خمسة أركان : الدعوى ، والإنكار ... إلى آخره) لم يذكر الإقرار ، وهو منها . وسنذكره في جواب الدعوى . وكان ينبغي أن يقول : (الدعوى وجوابها) حتى يشمل الإنكار والإقرار ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٧/ب) .

قال الحموي : « قوله في كتاب الدعوى والبينات : (وأركان الدعوى خمسة : الدعوى ، والانكار ، واليمين ، والنكول ، والبينة) .

قلت : ركنُ الشيء ما هو داخلٌ في حقيقته ، وإذا كان كذلك اقتضى أن تتوقف صحةُ الدعوى على الإنكار واليمين والنكول ، وإنه ليس كذلك ؛ فإنه مهما [كان] المدعى أهلًا للدعوى ، وكانت دعواه على من هو أهلٌ للدعوى : صحَّتْ دعواه ، وإذا كانت صحيحةً وإن لم يوجد ما ذكره ، وأيضًا فإذا ذكر الدعوى أولًا وجعل أركانها خمسةً ، ثم ذكر الدعوى من جملتها ، وذلك يقتضي أن تكون ركنًا في نفسها ، وليس يحسن ذلك كما لا يخفى .

قلت : أراد الشيخ بأركان الدعوى أركانَ الخصومات المتعلقة بالدعوى ، وإذا كان كذلك صحَّ أن تكون أركانًا للخصومات ؛ فإنها لا تنفك عن الخمسة ، ويلزم من هذا أن لا تكون ركنًا لنفسها وبه زال الإشكال » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٤ /أ ، ١٩٤ / ب) .

(2) في (أ) ، (ب) : « ونقدم عليه » . وهو صوابٌ أيضًا ؛ إذ الضمير هنا يعود على « الركن » .

(3) في نسخة أخرى : « ما » . كذا على هامش الأصل .

(4) في الأصل : « بتعينٌ » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

تعذَّر رَفْعُه إلى القاضي لِتعزُّزِه ، أوتَوَاريه ، أو هَرَبه ، فإذا ظفر بجنس حقِّه ، فله أنْ يأخذه ويتملكه مُسْتبِدًّا . فإن ظفر بغير جنس حقِّه ، ففي جواز الأخذ قولان :

أحدهما : نعم ؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام) لِهند : « خُذِي ما يكْفيكِ وولَدكِ بالمعروف » (١) . ولم يُفَرِّقْ بين الجنس وغيره (٢) .

والثاني : لا ؛ لأنه كيف يتملَّك وليس من جنس حقه ؟ و كيف يبيع مِلْكَ غيره بغير إذنه ؟ .

فإنْ قلنا : يأخذ ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : وهو القول المشهور ، أنه يرفع إلى القاضي حتى يبيع بجنس حقه . ولم يَذْكر القَفَّالُ غَيْرَ هذا .

والثاني : أنه ينفرد ببيعه كما ينفرد بالتعيين (٣) في جنس حقّه ؛ فإنّ هذه رخصةٌ . ولو كلف ذلك كلفه القاضي البينةَ ، وربما عَسُرَ عليه .

والثالث : أنه يتملك (٤) منه بقدر حقه ، ولا مَعْنى للبيع . وهذا بعيدٌ في المذهب وإن كان متجهًا .

فإن قلنا : يبيع ، فإن (٥) كان حقُّه نَقْدًا باع بالنقد . وإن كان حنطة أو شعيرًا ، قال القاضي : يبيعٌ بالنقد ، ثم يشتري به الحنطة فإنه كالوكيل المطلق لا يبيع بالعرض . وقال غيرُه – وهو الأصحّ – : يبيع بجنس حقه ولا معنى للتطويل .

هذا كلُّه فيمن له بينةٌ ، فإن لم يكن ، وعَلِمَ أنه لو رفَعه إلى القاضي لجحدَ وحلف (٦) ، فكلامُ

---

(١) قال ابن الصلاح : « حديث هند أمّ معاوية بن أبي سفيان ، حديثٌ ثابت في الصحيحين ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٧/ب) .

قلت : سبق تخريجه ص (٦٥٠) من كتاب « النكاح » .

(٢) والمذهب أنه إن لم يجد إلا غير جنس ماله : جاز الأخذ منه ، وبه قطع الجمهور . انظر الروضة (٣/١٢) . الغاية (١٠٢٩/٢) .

(٣) في الأصل : « بالتعينُ » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في الأصل : « يملك » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فلو » .

(٦) قال الحموي : « قوله فيه : (وأما الدين على معترفٍ مماطلٍ أو منكر لا يمكن رفعُه إلى القاضي ؛ لتعذره أو تواريه أو هربه ، وإذا ظفر بجنس حقِّه فله أن يأخذه ويتملكه ، وإن ظفر بغير جنس حقه ، ففي جواز الأخذ قولان ... إلى =

القفَّال في تكليفه بالرجوع إلى القاضي - في البيع وإقامة البينة - يُشْعِر بأنه لا يأخذ شيئًا ، وإنما له حقُّ التحليف فقط . ولا يَبْعُد عندي أنْ يجوز له الأَخْذُ إذا ظفر به (١) ؛ لأن المقصود إيصالُ الحقِّ إليه إذا تعذَّر .

فروع

الأول : لو تلفت العينُ المأخوذة قبل بيعه ، فهي من ضمانه ، وليس له الانتفاعُ [به] (٢) قبل البيع ، وعليه مبادرةُ البيع . فلو قصر فنقصت القيمةُ ، كان محسوبًا عليه . وما ينقص قبل التقصير فليس عليه (٣) . والزيادةُ على مقدار حقِّه في ضمانه ؛ لأنه مُتَعَدٍّ في أَخْذِهَا إلا إذا كان

= قوله : هذا كله فيمن له بينة ، وإن لم يكن له بينة ، وعلم أنه لو رفعه إلى القاضي لجحده وحلف) .

قلت : الصحيح من المذهب : أن الأخذ لا يجوز على تقدير إمكانِ ثبوت الحق بالبينة ، بسبب تعذُّره أو تواريه وغير ذلك ، وإنما يكون [ذلك] على ما أشار إليه الشيخ إذا لم يكن [له] بينة ، ولم يكن مقرًّا ، وإذا كان كذلك كان مخالفًا لما ذكره جميع الأصحاب ، هذا مع أنه لم يذكر فيه خلافًا .

قلت : أمكن أن يقال : مراد الشيخ بقوله : (هذا [كله] فمن له بينة) وتعذر ذلك بسبب غيبة أو معاندة من الحاكم ، أو لكونه جعل التعوُّذَ والاستتارَ عذرًا لأخذ حقه منه ، إذا لم يأخذ لتضرَّرَ بذلك ، بخلاف من لم يكن متعذرًا ولا مستترًا [وما ذكره الأصحاب من الخلاف محمولٌ على غير المعذر والمستتر] ، وهو متجه وإن لم يكن منقولًا ، أو نقول : لعله اختار الجواز من الخلاف المذكور ؛ لكونه ترجَّح عنده لما ذكرناه ، ولم يذكر غيره لضعفه وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٤ / ب ، ١٩٥ / أ) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله - بعد ذكر التفصيل المعروف فيما إذا ظفر رب المال بشيء من مال المديون الممتنع - : (هذا كله فيمن له بينة . فإن لم يكن ، فكلام القفالِ يُشْعر بأنه لا يأخذ شيئًا . ولا يَبْعد عندي أنه يجوز له الأخذ إذا ظفر به) فاعتمد (رحمه الله وإيانا) في حكم هذا على إشعارٍ من كلام القفال واحتمالٍ من عنده . والحكمُ في ذلك منقولٌ على التصريح في كتب المذهب في طريقتي خراسان والعراق . ثم هو على العكس مما وقع له : فإنهم قالوا : يجوز الأَخْذُ إذا لم تكن له بينة . وإن كانت له بينة ، ففي جواز الأخذ وجهان .

ثم فيما ذكرَه من الإشعار نظرٌ ؛ فإنه لا يلزم من وجوب الرفع إلى القاضي - عند إمكان البينة - مثلُ ذلك عند عدمها ، بل المتّجِهُ عند ذلك : إمّا قولُ من قال : يبيع بنفسه - وهذا هو الأصح عند الفوراني - وإمَّا الرفْع ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٧/ب) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وعليه مبادرة البيع . فلو قصَّر ، ونقصت القيمة ، كان محسوبًا عليه . وما ينقص قبل التقصير فليس عليه) هذا إنما هو فيما إذا نقصت قيمتها بانخفاض السعر وباعها واستوفى ثمنها . أما إذا ردّ العين ، فلا شيء عليه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٨/أ) .

حقُّه خمسين ، ولم يَظْفر إلا بسيف يُسَاوي مائةً ، ففي دخول الزيادة في ضمانه وجهان :

أحدهما : نعم كالأصل .

والثاني : لا يضمن ؛ لأنه لم يأخذ بحقه ، فكان معذورًا فيه [١] ، بل قال القاضي : لو احتاج إلى نَقْبِ جدارِه ، فليس عليه ضمانُ النَّقْب ؛ إذْ به يتوصَّلُ إلى حقه .

الفرع الثاني [٢] : لو كان حقه صحاحًا [٣] ، فظفر بالمكسور ، جاز له أن يتملّكه ويَرْضَى به . ولو كان بالعكس فلا يتملكه ولا يَبيعه بالمكسَّر مع التفاضل ؛ لأنه ربًا ، بل يبيع بالدنانير ، ويشتري به قَدْرَ حقّه . ويُخَرَّج جوازُ أَخْذِه على القولين ؛ لأنه إذا احتاج إلى البيع ، فهو كغير جنس حقه . ومنهم من قال : هو كجنس حقه ، ولكنْ لابدّ من البيع ؛ للضرورة .

الفرع الثالث [٤] : إذا استحق شخصان ، كلُّ واحدٍ منهما على صاحبه ما لا يحصُل فيه التقاصُّ إلا بالتراضي ، فَجَحَدَ أحدُهما ، فهل للآخر أنْ يَجْحَد حقَّه ؟ فعلي وجهين [٥] يلتفتان إلى [٦] الظفر بغير جنس حقه [٧] .

هذه هي المقدمةُ ، رجعنا إلى الركن الأول ، وهي الدعوى [٨] . والأصلُ فيها قولُه ﷺ : « البَيِّنَةُ عَلَى المدَّعي ، والْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ [٩] » وفي حدّه قولان :

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٦/١٢) . (٢) كلمة : « الفرع » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) يعني دراهم صحيحة . (٤) كلمة « الفرع » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا استحق كل واحد منهما ما لا يحصل التقاصّ فيه إلا بالتراضي ، فجحد أحدهما : فهل للآخر أن يجحد حقه ؟ فعلى وجهين) هذا في « النهاية » و « البسيط » مفروض في الرتبتين المتجانسين على قولنا : لا يحصل التقاصّ فيها إلا بالتراضي ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٨/أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « على » .

(٧) والأصح أنه يجوز له أن يجحد ؛ إذا جحد صاحبُه حقَّه . انظر الروضة (٦/١٢) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « وهو الدعوى » .

(٩) قال ابن الصلاح : « قوله : (والأصل فيه قوله ﷺ : « البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » . إسناده حسن من حديث ابن عباس (رضي الله عنهما) أخرجه البيهقي في السنن الكبير ، وخرّج الترمذي نحوه بإسناد ضعيف » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٨/أ) .

أحدهما : أنَّ المدعي هو الذي يُخَلَّى وسكوته [١] .

والثاني : أنه الذي يَدَّعي أمْرًا خَفيًّا على خلاف الأصل [٢] .

ويظهر أَثَرُ هذا في الزوجين إذا أسْلما قبل المسيس ، فقال الزوج : أسلمنا معًا ؛ فالنكاحُ

---

(١) يعني : لا نطالبه بالبينة إذا ترك الخصومة ، فلا يُجبر على إظهارها ، وذلك لأنه طالِب لا مطلوب .

(٢) وهذا القول هو الأظهر عند الجمهور ، أن المدعي هو من يدعي أمرًا خفيًّا يخالفُ الظاهرَ . والمدعى عليه : هو مَنْ يوافق قولُه الظاهرَ . انظر الروضة (٧/١٢) . المنهاج ص (١٥٥) . الغاية القصوى (١٠٢٩/٢) .

قال الحموي : « قوله فيه أيضًا : (وفي حد المدعى قولان : أحدهما : هو الذي يخلى وسكوته ، والثاني : هو الذي يدعي أمرًا على خلاف الظاهر) .

قلت : ذكر الشيخ أن قائل هذا الخلاف يظهر فيما إذا أسلم الزوجان قبل المسيس ، فقال الزوج : أسلمنا معًا ؛ فالنكاح باقٍ . وقالت المرأة : بل على التعاقب . ثم ذكر أن القول قولها ، من حيث إن المدعي هو الذي يدعي أمرًا خفيًّا ، فإن الغالب التعاقب في الإسلام ، والتساوي خَفِيٌّ ، فإن قلنا : إنه لا يخلى وسكوته ، فهي مدعية ، والقول قول الزوج ؛ لأنه هو الذي يخلى وسكوته . ثم بعد ذلك قال : (المدعى هو الذي يخلى وسكوته) وفيه نوع مناقضة كما لا يخفى . وإذا كان كذلك فلا تحديد فيما ذكره .

قلت : تصور هذه المسألة على الوجه المرضي موقوفٌ على معرفة البحث فيها ، وإذا كان كذلك فأقول : ذكر الشيخ حد المدعي والمدعى عليه على الإطلاق ، ثم استثنى بعد ذلك هذه الصورة ؛ [لأن المدعى فيما سوى هذه الصورة] هو فيما إذا ادعى إنسانٌ على إنسان شيئًا وفرعنا على أن المدعي هو الذي يخلى وسكوته ، لم يكن فيه فائدة ، فإنه لو سكت ولم يطلب خُلِّيَ وسكوته .

وإن قلنا : إنه هو الذي يدعي أمرًا على خلاف الظاهر . فتَرَكَ الدعوى : جاز له ، ولا يُلْزِمُه الحاكمُ بأن يلتزم تمام الدعوى ، فإذا كان كذلك لم يكن على كلا التقديرين فائدةٌ زائدة على الحل الآخر ، وهو الذي ذكرناه في المدعي ، وأما المدعى عليه فيكون القول قوله مع يمينه على الحدين جميعًا ؛ لأن الأصل براءةُ الذمة .

إذا ثبت هذا رجعنا إلى مسألتنا ، فإن قلنا على أصل القاعدة : إن المدعي هو الذي يخلي وسكوته ، فهنا الزوج لا يخلى وسكوته ، وإنما يحلف هنا عن الأصل من [حيث] إن المرأة قد أقرت بزوال النكاح ، فلا يمكن للزوج وطؤها من غير يمين ، وإنما كان كذلك ؛ مؤاخذةً لها بإقرارها ، فعلى هذا تكون المرأةُ مدعيةً والزوج مدعًى عليه فيحلف ، فإن حلف ثبت حقُّه ، وإن نكل كان كسائر الدعاوى .

وإن قلنا : إن المدعي هو الذي يدعي أمرًا على خلاف الظاهر ، وكان هذا جريًا على الأصل على ما بيناه ، وإنما كان كذلك ، لأن التساوق في الإسلام بعيد ، وهو مدعٍ له ، وأما المدعى عليه هاهنا فهي المرأة ، والقول قولها كما لا يخفى . إذا ثبت هذا فالموضع الذي قال فيه : (المدعى : هو الذي يخلى وسكوته) أراد به في هذه الصورة المذكورة ، وإذا كان كذلك اندفع الإشكال » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٥ / أ - ١٩٦ / ب) .

دائم . وقالت : بل على التعاقب . فالقولُ قولُها إنْ قلنا : إن المدعي هو الذي يَدَّعِي أمرًا خفيًا ؛ فإنَّ الأغلبَ التعاقُبُ في الإسلام ، والتساوقُ خَفِيٌّ (١) . وإن قلنا : إنه الذي يُخَلَّى وسكوتَه ، فهي مُدَّعِيةٌ ؛ فالقول قولُ الزوج ؛ لأنه الذي لا يُخَلّى وسكوته ، وقد قال مالك (رحمه الله) : لا تسمع الدَّعْوَى على مَنْ لا معاملة بينه وبين المدَّعَى عليه . وهو ضعيفٌ . [وقال الإِصْطَخْرِيُّ : لا تـسْمع دَعْوَى الخسيس على الشريف في تزويج ابنته ، ولا تُسْمع أيضًا دعوى فقيرٍ على سلطان ، أو على أميرٍ أنَّه أقْرَضَه مالًا . وهو ضعيف أيضًا] (٢) . ولا خلافَ عندنا أنّ المودَع إذا ادّعى رَدَّ الوديعة ، صُدِّقَ بيمينه (٣) ؛ وسَببُه الحاجةُ ، فإنّ المودِع اعترف بأنه أمِينُه (٤) ، فلزمه تصديقُه . وإذا ثبت أنّ حكم الدعوى توجّه اليمين بها على المدَّعَى عليه ، فلا بد من دعوى صحيحة ، وهي الدعوى المعلومةُ الملزمةُ ، ويُخَرَّج على الوصفين مسائلُ :

الأولى : أنه مَنْ يدعي / على غيره هبةً أو بَيْعًا لم تُسْمَع ؛ إذ ربما تكون قبل القبض (٥) ، ٣٠١/أ
ويكون البيع مع الخيار (٦) ، بل ينبغي أنْ يقول : ويلزمك التسليمُ إليَّ ، فيحلف المدَّعَى عليه أنه لا يَلزمه التسليمُ . وكذلك مَنْ قامت عليه البينة بملكٍ ، فليس له أن يُحَلِّف المدَّعِيَ مع البينة ، إلا أنْ يُنْشِيء دعوى صحيحةً ، كدعوى بيع أو إبْراء . ولو ادّعى جَرْحَ الشهود ، فعليه البينةُ . وهل له

---

(١) يعني أنَّ تَوَافُقَ إسلامهما في لحظة : بعيدٌ ، والغالبُ في مثل هذا – أعنى الاقتناع بالإسلام والنطق بالشهادتين – أن يُسْلِم أحدهما قبل الآخر . فلو فرضنا –جدلا – أنهما أسلما في لحظة واحدة ، فهذا يحتاج إلى بينه ؛ لأنه يخالف العادة في مثله .

(٢) ما بين الحاصرتين زيادةٌ من (أ) ، (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا خلاف عندنا أن المودع إذا ادعى ردّ الوديعة ، صُدِّقَ بيمينه) هذا مع أن الحلف المذكور في هذا المدعي ، يقتضي فيه الخلاف ؛ فإنا إذا قلنا : المدعي من يُخَلّى وسكوته ، فالمودَعُ : مُدَّعًى عليه ؛ فإنه لا يخلى وسكوته ، فتصديقُه جارٍ على القاعدة . وإذا قلنا : المدعي من يدعي أمرًا خفيًا ، فالمودع كذلك ؛ فينبغي أن لا يُقْبل قولُه مع يمينه ، لكن خالفْنَا القاعدةَ فيه ؛ لأن صاحب الوديعة ائتمنه ، فلو كذَّبْناه ، نَسَبْناه إلى الخيانة ، والأصلُ بقاء الأمانة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٨/ب) .

(٤) أي مَأْمُونُه ، فالمودَع لديه مأمونٌ عند المودِع ؛ وإلا لما أودع عنده شيئًا .

(٥) أي تكون الهبة قبل قبضها ، ومعلومٌ أن الهبة قبل قبضها لا تلزم .

(٦) أي ويرجع البائع في مدة الخيار التي اشترطاها ساعة البيع ، ومن ثم فلا يلزمه إمضاءُ هذا البيع .

تحليفُ المدَّعِي على نَفْيِ العلم بفسقهم ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ إذ ليس يَدَّعي حقًّا لازمًا (١) .

والثاني : أنه يُسمع ؛ لأنه ينتفع به في حقّ لازمٍ كما لو قذف ميتًا وطلب الوارثُ الحدَّ ، فإنّ له أنْ يَطْلُب يمين الوارثِ على نَفْيِ العلم بزنا المقذوف (٢) . وكذا يجري الوجهان فيما لو ادّعى على إنسانٍ إقرارًا بحقٍّ ؛ لأن الحقَّ لا يُسْتحق بالإقرار ، ولكنْ ثبوتُه يُوجِبُ الحقَّ ظاهرًا ، ففي التلحيف به وجهان ، وكذلك إذا قال - بعد قيام البينة - : قد أَقَرَّ لي بهذا . وكذلك إذا توجه اليمين على المدعى عليه ، فقال : قد حَلَّفني به مرّة (٣) ، وأراد أن يحلفه عليه ، ففي سماع هذه الدعاوى (٤) وجهان . مأْخَذُهما : أنَّ ما ليس عَيْنَ الحقِّ - ولكنْ ينفع في الحقّ - فهل تسمع الدَّعْوَى به ؟ .

ولا خلافَ أنه لا تسمع الدّعوى على الشاهد والقاضي بالكذب ، ولا يتوجه الحلف وإن كان ينفع ذلك ؛ لكنْ يُؤَدِّي فَتْحُ بابِه إلى فسادٍ عظيم عام .

المسألة الثانية (٥) : لو قال المدَّعَى عليه - وقد قامتْ عليه البينةُ - : أمْهِلوني ؛ فإنّ لي بينةً دافعة حتى أُحْضِرها . قال الأصحابُ : يُمْهل ثلاثة أيام (٦) . وقال القاضي : بل يومٌ واحد ؛ لأنه يُشْبه أن يكون مُتَعنتًا (٧) .

---

(١) قال في الروضة (١٢/١٢) : « ذكر البغويُّ أن الأصحّ أنه لا يحلفه إذا ادَّعي فسْقَ الشهودِ أو كذبهم » .

(٢) قال في الروضة (١٢/١٢) : « وإن كان المقذوف مَيِّتًا ، وأراد القاذف تحليف الوارث أنه لا يعلم زِنى مورِّثه : حلف . وهذه الصورة محكيّة عن النصّ » .

(٣) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من الوجهين فيما إذا قال المدعى عليه : قد حلّفني مرة ، إنما هو فيما إذا ادعى وقوع ذلك عند قاضٍ آخر . أما إذا ادعى ذلك في مجلس هذا القاضي ، فإنه يرجع إلى تذكُّرِه ، وإذا لم يتذكره ، لم يلتفت إلى دعواه . قطع به صاحب « النهاية » والله أعلم . المشكل (جـ٢ ق ١٩٨/ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الدعوى » .

(٥) كلمة : « المسألة » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) وهذا هو الصحيح كما في الروضة (١٣/١٢) .

(٧) قال ابن الصلاح : « ذكر أن المدعى عليه إذا قامت عليه البينة ، فقال : أمهلوني ؛ فإن لي بينة دافعة حتى أُحضرها . قال الأصحاب : يمهل ثلاثة أيام . وقال القاضي : بل يومًا واحدا ؛ لأنه يُشْبه أنْ يكون متعنتًا : هذا نقله =

ولو قال : أَبْرَأني عن الحقّ ؛ فحلِّفوه : سُمِعَ ، فيحلف المدَّعي أولًا ، ثم يُسْتوفى . وقال القاضي : بل يُسْتوفى [أولًا ثم يحلف] (١) ؛ لأنَّ هذه خصومةٌ جديدة . وهو بعيدٌ . نعم ، لو قال : لي بَيّنةٌ على بَيْعه مِنّي أو على الإبراء ، فيجوز أنْ يُقَال : هذا يحتاج إلى مهلة فلا يمهل (٢) ، أمّا التحليفُ في الحال فيمكن (٣) ، فكيف يُؤَخَّر ؟ . ولو قال : أَبْرَأني عن الدعوى ، فهذا لا يُسمع ؛ إذ لا معنى للإبراء عن الدعوى إلا الصلح (٤) على الإنكار . وهو فاسد . وقال الإصطخري : يُسْمع .

الثالثة : في الدعوى المطلقة وفي البيع والنكاح (٥ نصوصٌ مختلفةٌ . وحاصلُها في البيع قولان ، وفي النكاح ٥) ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لابد من التفصيل بذكر الوليِّ والشاهدِ ورضاها (٦) . ولا خلافَ أنه (٧ لا يُشْترط انتفاء الموانع المفسدات ٧) : من الرِّدة ، والعدة ، والرضاع .

والثاني : أنه يكفي دعوى النكاح . ولا خلاف أنَّ من ادعى دينًا أو عينًا (٨) لا يلزمه ذِكْرُ

= عن القاضي صاحب « النهاية » مخصوصًا بما إذا قال : حلِّفتني مرةً ، فأمهلوني حتى أُقيم البينة على ذلك . وهذا هو اللائق بكلام القاضي وتغليظه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٨/ب) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) قوله : « فلا يمهل » ساقط من (أ) ، (ب) . وقال ابن الصلاح : « ذكر صاحب الكتاب أنه لو قال : لي بينة على الإبراء ، لم يمهل . وهذا مشكل على كلام صاحب الكتاب ؛ فإن بينة الإبراء دافعة أيضًا ، ولكن وجهه أنه في دعواه الإبراء أعرف بأصل الحق . ودعواه الإبراء خصومةٌ جديدة ، فيقال له : قد تمتِ الخصومةُ الأولى ؛ فاخْرُجْ عن موجبها ، وأَوْفِ ما ثبتَ عليك ، ثم تستأنف خصومتك ، فإنْ أثبتَّ الإبراء ، استرددتَ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ١٩٩/أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ممكن » .

(٤) في الأصل : « إلا يصلح » والمثبت من (أ)، (ب).

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٦) وهذا القول هو الأظهر . انظر الوجيز (٢٦١/٢) . الروضة (١٤/١٢) . المنهاج ص (١٥٥) . الغاية القصوى (١٠٢٩/٢) .

(٧) في الأصل : « ولا يشترط انتفاء ذكر المفسدات » والظاهر أنه حدث تقديم وتأخير في الجملة ، والأصل « ولا يشترط ذكر انتفاء الموانع » . والمثبت في المتن من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « عينًا أو دينًا » .

الجهة والتفصيلُ .

والثالث : أنه [١] إن ادّعى النكاحَ ، فلا بُدَّ من التفصيل . وإن قال : هي زوجتي ، فلا يحتاج إليه [٢] .

ولا خلاف أن القصاص لا بُدَّ من تفصيل الدعوى فيه ؛ لأن أمر العقوبة مخطر .

التفريع : إن قلنا : يجب التفسيرُ ؛ فيذكر في البيع أهليةَ العاقد ورضاه و الثمنَ . وإن قلنا : لا يُشْترط [٣] ، فهل يجب التقييدُ بالصحة ؟ فيه وجهان . والأصحُّ : أنه يُشْترط ؛ لأنه لفظٌ جامعٌ . ويجب القطعُ باشتراطه [٤] في النكاح . وحيث يُشْترط تفصيلُ الدعوى ، فكذلك الشهادةُ ؛ لأنها تصديقُ الدعوى ، فتُبْنى عليها . والأظهرُ : أنه لا يُشْترط التفصيلُ في إقرار المرأة بالنكاح .

الرابعة : دعوى الزوجية من المرأة ، إنما تُسْمع إذا ذَكَرَت النفقةَ أو المهرَ . فإنْ ذكرت مجردَ الزوجية ففي سماعها وجهان :

أحدهما : لا ؛ إذ الزوجية حقٌّ عليها ، فكأنها تَدَّعي أنها رقيقةٌ ، فليستْ دَعْوَى مُلْزِمة .

والثاني : أنه تُسمع ؛ إذ الزوجيةُ تتعلق بها حقوقُها إذا ثبتت [٥] .

فإنْ قلنا : تُسمع ، فهل تَبْطل بمجرد إنكار الزوج ؟ فيه وجهان . مَأْخَذُهما : أنَّ الإنكار هل هو طلاقٌ ؟ [٦] ، ويَتَبيَّنُ أَثَرُهُ في أنه لو قال : غَلطتُ في الإنكار ، هل تسلَّم الزوجةُ إليه ؟ فيه خلافٌ ، وقال القفال : تُسَلَّم إليه كما لو ادَّعَت انقضاءَ العدّة قبل الرَّجْعة ، ثم قالت : غلطتُ ؛ إذ لا خلافَ أنه تُسْمع وإن

---

(١) كلمة : « أنه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) يعني لا يحتاج إلى ذكر التفصيل من الوليّ ، والشاهد وغير ذلك .

(٣) وهو ظاهر نص الشافعي (رحمه الله) كما في الوجيز (٢٦١/٢) .

(٤) أي باشتراط لفظ « الصحة » ، أي يقول المدعي : تزوَّجتها في نكاح صحيح .

(٥) والأصح سماعُ دعواها الزوجية فقط . انظر الروضة (١٥/١٢) . وصحح الغزالي في الوجيز (٦٢١/٢) أن دعواها الزوجية مجردةً لا تسمع .

(٦) في ذلك وجهان ، والأصح أن إنكاره لا يُعَدُّ طلاقًا . وعلى الوجه الثاني – الذي يَعْتبر الإنكارَ طلاقًا – تسقط دعواها ، ويَحِلُّ لها أن تنكح زوجًا غيره . انظر الروضة (١٦/١٢) .

كان لها حَظٌّ في النكاح . وهو جَارٍ في كلّ مَنْ أنكر لنفسه [حقًا] (١) ثم عادَ وادعاه .

الخامسة : إن (٢) رَأَيْنا عبدًا في يد إنسان ، وادعى (٣) أنه حُرُّ الأصل ، فالقولُ قولُه مع يمينه (٤) ؛ لأنَّ الأصل عَدَمُ الرِّقِّ (٥) ، وكونُه في يده وتصرُّفه لا يُوجِب تَصْدِيقَه ؛ لأنّ الحرية تدفع اليد . نعم ، يجوز للمشتري أنْ يعتمد اليد في الشراء مع سكوت العبد . أمّا مع تصريحه بالإنكار ، فلا . وقال الشيخ أبو محمد : لا يجوز مع السكوت ، بل ينبغي أن نسأله حتى يُقِرّ ثم يشتري .

وإن ادّعى الإعتاقَ ، فالقولُ قولُ السيد (٦) . أما الصغير المميز إذا ادّعى الحرية ، هل تُسمع دعواه ؟ فيه وجهان (٧) يلتفت على صحة إسلامه ووصيَّته ، وقد قال الشافعي / : « إن الصغير ٣٠١/ب الذي لا يتكلم كالثوب » معناه أنه لا يزال [في] (٨) يده إذا قال : هو عبدي ، ويُشْترى منه بقوله . فإنْ أسقطنا دعوى المميز ، فبلغَ وعاد ، ففي القبول وجهان :

أقيسُهما : أنه تُقْبل .

والثاني : لا ؛ إذ حكمنا عند دعواه بالملك بناءً على اليد والتصرُّفِ وسقوطِ الدعوى .

السادسة : الدعوى بالدَّيْن المؤجَّل ، فيه ثلاثة أوجه :

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « إذا » .
(٣) يعني العبد
(٤) يعني قول العبد ويمينه . وعلى المدعي البينةُ فيما ادعاه .
(٥) قال الحموي : « قوله : (إذا كان عبدًا في يد إنسان ، فادعى أنه حرُّ الأصل ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم الرق) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالٌ من حيث إنه فَرَضَ أولًا ذلك عبدًا ، ثم ذكر بعده كونه حرَّ الأصل وذكر أن القول قوله ، فإذا ثبت هذا كان مخالفًا لما ذكره أولًا من فرض كونه عبدًا .

قلت : مراد الشيخ بقوله : (عبدًا) أولًا من حيث الظاهر ، فإنَّ من رأى شخصًا في يد إنسان ، وهو متصرف فيه غالبَ تصرُّفِ الملاك مع كونه مدعيًا عبوديتَه ، ولم يقع تكذيبٌ منه ، بل مجرد سكوت ، فإنَّا نحكم من حيث الظاهر أنه عبدُه ؛ بناءً على قوله ، أما إذا كان قبل دعوى حريته قد أقر بالعبودية ، فإنا بعد ذلك لا نسمع دعواه بالحرية لتعلق حقه ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٦ / ب - ١٩٧ / أ) .
(٦) أي إذا ادعى السيد عليه أنه عبده ، وقال العبد : لكنك أعتقتني . فالقول هنا قول السيد ، وعلى العبد بينةُ العتق .
(٧) والأصح أنه لا تسمع دعواه ، ويحكم برقّه ، ولا أثر لإنكاره . انظر الروضة (١٨/١٢) . المنهاج ص (١٥٥) .
(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

أحدها : أنه لا تُسْمع ؛ إذ ليستْ مُلْزِمةً في الحال [١] .

والثاني : تُسْمع ؛ إذ تُثْبت أصلَ الحقّ للزوم في الاستقبال .

والثالث : [أنه] [٢] إن كانت [٣] له بيِّنةٌ ، فتسمع للتسجيل ، وإلّا فلا .

أما دعوى الاستيلاد ، والتدبير ، وتعليق العتق بصفة : فتُقْبل على الصحيح . ومنهم مَنْ خَرَّجَ ذلك على الدَّيْن المؤجَّل [٤] .

السابعة : لو ادعى شيئًا ، ولم يذكر ما هو ، فالدعوى فاسدةٌ ؛ إذْ طَلَبُ المجهولِ غَيْرُ ممكنٍ . ولو دفع ثوبًا يساوي خمسةً إلى دلال ؛ ليبيع بعشرة ، فجحد ولم يَدرِ المالكُ أنه باع أو أتلف ، فقال : أدَّعي عليه ثوبًا ، إنْ بَاعَه فَلِيَ عليه عشرةٌ ، وإن كان باقيًا فَلِيَ عليه عَيْنُ الثوبِ ، وإن كان تالفًا فلي عليه [٥] خمسةٌ . قال القاضي : اصطلح القضاةُ على قبول هذه الدعوى المُرَدَّدَة ؛ للحاجة . ومِنَ الأصحابِ مَنْ قال : ينبغي أن يَدَّعي هذا في دعاوى مُفْردةٍ [٦] . ثم إذا عيَّنَ

---

(١) وهو الأصح ، إذ لا يتعلَّق بها إلزامٌ ، ولا مُطَالبة في الحال . انظر الروضة (١٢/١٨) . المنهاج ص (١٥٥) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) . (٣) في (أ) ، (ب) : « كان » .

(٤) قال ابن الصلاح : « الصحيح : القطع بصحة دعوى الاستيلاد والتدبير ، والعتق ، بخلاف الدين المؤجل ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٩/أ) .

(٥) قوله : « عليه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) قال الحموي : « قوله فيه أيضًا : (إذا ادعى شيئًا ولم يذكر ما هو ، فالدعوى فاسدة ؛ إذ طلبُ المجهول غير ممكن . ولو دفع ثوبًا يساوي خمسة إلى دلَّال يبيعه بعشرة فجحده ، ولم يَدْرِ أنه باعه أم تلف ، فقال : أدَّعي عليه ثوبًا : إن باعه فلي عليه عشرة ، وإن كان باقيًا فلي [عين] الثوب ، وإن كان تالفًا فلي خمسة .قال القاضي : اصطلح القضاة على قبول هذه الدعوى المترددة للحاجة ، ومن الأصحاب من قال : ينبغي أن يدعي هذا في دعاوي مفردة ... إلى آخره) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه قا ل : (لو ادعى شيئًا ولم يذكر ما هو ، فالدعوى فاسدة) ، ومعلوم أنه لو ادعى في الوصية شيئًا مجهولًا صحَّت دعواه ، وكذلك لو ادعى أنه أقر له بشيء مجهول فإن دعواه تُسْمَع عند بعض أصحابنا ، وإذا كان كذلك كان ينبغي له أن يفصله فيقول : إن كان ذلك في الوصية جاز ، وإن كان في الإقرار ففيه خلاف ، وإن كان في غيرهما لم يجز ، على ما ذكره .

الثاني : ما ذكره من قوله : (إن باعه فلي عشرة ، وإن كان باقيًا فلي عين الثوب) فذلك ظاهر ، وأما (إن كان تالفًا فلي خمسة) فليس على إطلاقه ، فإنه لو تلف في يد الدلَّال قبل الجحود لم يكن لم مطالبتُه من حيث إنه =

واحدًا [1] رآه أقربَ ، فنكل [2] ، فهل [له أن] [3] يستدل بنكوله ويحلف كما يستدل بخط أبيه ويستفيد به ظَنًّا ؟ فيه وجهان [4] . وكذا في المودَع إذا نكل عن يمين التلف ، فهل يحل الحلف ؛ استدلالًا بنكوله ؟ فيه خلافٌ [5] .

* * *

= وكيله ، وإذا كان كذلك كانت دعواه في التلف مترددةً بين الاستحقاق وعدمه ، فإنه جَعَل الاستحقاقَ بالقيمة متوقفًا على الجحود ، وإنه ليس كذلك لما بيناه .

قلت : أما الجواب عن الإشكال الأول فظاهر ، ومراده بذلك ما سوى الوصية [أو الإقرار على أحد الوجهين] ، فإنه قد علم أنه مستثنىً في موضع آخر فيُحمَل إطلاقه هاهنا على ما عدا ذلك .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر أيضًا ، فإن مراد الشيخ بقوله : (وإن كان تالفًا) إما بإتلاف الدلال أو بتفريطه ، وإذا كان كذلك صحت دعواه ؛ بناءً على ما تقدم ، وهذا الإشكال ضعيف ؛ لأنه ليس يُشْترط في صحة الدعوى ذلك كما لا يخفى ، فإنه على تقدير التلف قبل الجحود لا يُشتَحق عليه شيءٌ ، فللدلال أن يجيب بنفي استحقاقه ويحلف عليه ، ولا يكون مأمونًا كما لا يخفى » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٨ / أ - ١٩٩ / أ) .

(١) أي من الدعاوى .

(٢) أي المدعى عليه ، وهو هنا الدلال .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) والأصح أنّ له أنْ يَحْلف . انظر الروضة (١٢/١٩) .

(٥) يعني إذا ادعى المودَعُ لديه ، أن الوديعة قد تلفتْ ، فطولب باليمين ، فنكل ، فهل يجوز للمودِع أن يَحْلف هو بأن الوديعة ما تلفَتْ ؛ استدلالًا بنكول المودَعِ لديه عن اليمين ؟ .

الركن الثاني
جواب المُدَّعَى عليه

وهو إنكارٌ، أو سكوتٌ، أو إقرار. أما السكوت، فهو قريبٌ من الإنكار [١]، وأما الإقرارُ فلا يَخْفى حكْمُه، وقد ذكرنا إقرارَ المرأة بالنكاح في كتاب «النكاح»، ونذكر الآن مسائل:

الأولى: لو قال: لِيَ من هذا الكلام مَخْرَجٌ، فليس بإقرارٍ، خلافًا لابن أبي ليلى؛ فلعلَّ مخرجَه الإنكارُ. ولو قال: لِفلانٍ عليَّ أَكْثَرُ مِمَّا لَكَ، فيحتمل الاستهزاءَ، وليس بإقرار [٢]. ولو قال: الشهودُ عدولٌ، فليس بإقرارٍ؛ إذ العَدْلُ قد يَغْلط.

الثانية: لوقال: لِيَ عليك عشرةٌ. فقال: لا تلزمني العشرةُ، فيلزمه أنْ يقول: ولا شيء منها، ويكلفه القاضي ذلك في الإنكار واليمين؛ لأنَّ مُدَّعِي العشرة، مُدَّعٍ لجميع أجزائها، وقال القاضي: لا يكلفه ذلك في الإنكار، وإنما يكلفه في اليمين [٣]. ثم إن اقتصر في اليمين على نَفْيِ العشرة وأَصَرَّ عليه، فهو نَاكِلٌ عما دون العشرة بأقلِّ القليل؛ فللمدعي أنْ يحلف على ما دون العشرة؛ إذ [٤] لم يُسْند العشرة إلى قبول عقدٍ؛ فإنَّ المرأة إذا ادعت أنه نكحها بخمسين، وأقرَّ بالنكاح، وأنكرَ الخمسين ونكل، فليس لها الحلفُ على مادون الخمسين؛ لأنه يناقض دعوى الخمسين.

الثالثة: لو قال: مَزَّقْتَ ثَوْبِي؛ فَلِيَ عليك الأَرْشُ، فيكفيه أن يقول: لا يَلْزمني الأرشُ، وليس عليه الجوابُ عن التمزيق؛ فلعلَّه جَرَى [٥] بحيث لا يُوجب الأرشَ [٦]. ولو أقرَّ به لطُولِبَ

---

(١) وبناء عليه يجعل المدعى عليه كالناكل، فترد اليمين على المدعي، ويستحق ما ادعاه.

(٢) قال ابن الصلاح: «قوله في جواب المدعى عليه: (لو قال: لفلان عليّ أكثر مما لَكَ، فليس بإقرار؛ لأنه يحتمل الاستهزاء) هذا فيه نظرٌ، وقد علله الفوارني بأنه قد يريد: لفلانٍ من الحرمة أكثر ممالك، والله أعلم». مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٩/أ).

(٣) والصحيح ما ذكره الغزاليُّ أولًا من أنه يُكَلَّف المدعى عليه أن يقول: لا تلزمني العشرة ولا شيء منها، في الإنكار وفي اليمين. انظر الروضة (١٢/٢٠).

(٤) في (أ)، (ب): «إذا».

(٥) يعني التمزيق.

(٦) أو يكون المدعي قد أبرأه من أرش التمزيق، فلو أقر المدعى عليه بالتمزيق فربما يعجز عن إظهار بينة الإبراء، فإذا كان كذلك، فلا يتعرّض لموضوع التمزيق بِنَفْيٍ أو إثبات.

بالبينة . وكذلك من ادُّعِيَ عليه دَيْنٌ وكان قد أدّاه [١] ، فيكفيه أن يقول : لا يلزمني التسليمُ . وكذا إذا ادّعى عينًا ؛ لأنه ربما كان عنده [٢] رَهْنًا أو إجارةً ، فكيفيه أن يقول : لا يلزمني التسليمُ .

فلو أقام المدعي بينةً على الملك ، قال القاضي : يجب التسليمُ . وهذا مُشْكِلٌ من حيث إن له أنْ يقول [٣] : صَدَق الشهودُ في الملك ، ولا يلزمني التسليمُ . وهذا يلتفت على أنه لو صَرَّح بأنه في يدي بإجارة ، فالقولُ قولُ صاحبِ اليد ، أو قولُ المالك ؟ وفيه خلاف [٤] . فإن قلنا : القولُ قول المالك ؛ فيلزمه أنْ يُقيم بينةً على رهنٍ أو إجارة إنْ كان يدَّعيه [٥] . وقال الفوارني : طريقُه أنْ يقول في الجواب [٦] : إنْ كنتَ تَدَّعي مطلقًا ، فلا يلزمني التسليمُ . وإن كنتَ تدَّعي جهةَ رهنٍ ، فاذكُره حتى أُجيب . وكذا [٧] يقول : إن ادّعَيتَ الدَّيْنَ الذي لي به مالٌ مرهونٌ ، فحتى أُجيب . وقال القاضي : لا يُسْمع هذا الجوابُ المردَّدُ ، ولكنْ له أنْ يُنكر الدَّيْنَ ، إن أنكر هو الرهنَ [٨] ، وهذا بناءٌ على مسألة الظفر بغير جنس الحقّ .

الرابعة : إن ادعى ملكًا في يد رجل ، فقال المدَّعَى عليه : ليس لي ولا لك ، فله ثلاثة أحوال :

الأولى : أن يُضيف إلى ثالثٍ حاضر ؛ فَنُحْضِره ، فإنْ صدَّقه [٩] ، انصرفت الدعوى إليه ، وللمدَّعي أنْ يُحَلِّف الأولَ إن قلنا : إنه لو أقرَّ له ، غرم له بحيلولته بالإقرار للثالث . وإن قلنا : لا

---

(١) أي : ولا يستطيع إثبات هذا الأداء بإقرار المدعي أو بشهادة الشهود .

(٢) أي ما ادعاه المدعِي من العين ، قد يكون لدى المدعى عليه بحق ، كإجارته أو كَرهْنِه عنده .

(٣) يعني المدعى عليه .

(٤) انظر تفصيله في الروضة (٢٢/١٢) .

(٥) أي : يلزم المدعى عليه أن يُقيم بينةً على أنه رَهَنَ هذه العين عنده ، أو أنها عنده بإجارة .

(٦) والإشكال هنا أن المدعى عليه قد يعجز عن إظهار بينة الإجارة أو الرهن أو غيرهما ، فماذا يفعل حتى يجعل المدَّعِيَ يُقِرُّ بالرهن أو الإجارة ؟ وهذا ماأجاب عنه الفوراني .

(٧) في (أ) : « وكذلك » .

(٨) أي سبيل هذا المدعى عليه –حتى يخرج من هذه المشكلة – أن يُنكر أصلًا هذا الدَّيْنَ ، ما دام المدعي يُنكر أنه مرهون عنده .

(٩) أي : صدق المدعى عليه في أنه ملك لهذا الثالث .

يغرم [و] [١] إنْ أقرَّ ؛ فلا معنى لتحليفه .

أما إذا أحضرناه ، فقال : ليس هو لي ، ففيما يُفْعَل بالمال ثلاثةُ أوجهٍ :

أضعفها : أنه يُسَلَّم إلى المدّعِي ؛ إذْ لا طالبَ له سواه .

والثاني : أنه يأخذه القاضي ، ويتوقَّف إلى ظهور حجة ويحفظه [٢] .

والثالث : هو أن يُتْرَك في يد صاحب اليد ؛ فإنه أقرَّ للثالث ، وبَطل إقرارُه بردِّه ؛ فصار كأنه لم يُقِرَّ [٣] .

٣٠٢/أ ثم المقَرُّ له ، لو رجع بعد ذلك ، وقال : غلطتُ ، هل يُقبل ؟ / فيه وجهان . وإنْ رَجع المقِرُّ [٤] وقال : بل كانتْ لي ، وغلطتُ ، ففي رجوعه وجهان مرتبان ، وأولى بأنْ لا يُقْبل ؛ لأنه نَفَى الملكَ عن نفسه [٥] . وهذا إذا لم تَزُلْ يدُه [٦] ، فإنْ أَزَلْناه [٧] فلا أَثَر لرجوعه .

الحالة الثانية : إذا أضاف الدارَ إلى غائبٍ ، قال العراقيون : انصرفت الخصومةُ إلى الغائب [٨] ؛ فليس له أن يحلفه إلا لأجل الغرم على قولنا : يغرم بالحيلولة إن أقرَّ للثاني . وقال الشيخ أبو محمد والفوراني : بل يحلف ؛ لِننزع الملكَ من يده باليمين المردودة ؛ إذ لو فُتِحَ هذا البابُ ، صار ذريعةً بعد انقطاع سلطنته . ويجري هذا الخلافُ في كل مَنْ نفى عن نفسه شيئًا

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا الوجه صححه الغزالي في الوجيز (٢/٢٦٣) .

(٣) وهو ما رجحه النووي في المنهاج ص (١٥٦) .

(٤) وهو الذي في يده الملكُ أو العين .

(٥) قال ابن الصلاح : « ذكر فيما إذا أقر لغيره ، فكذبه – ثم رجع المقَرُّ له – وجهين في قبول رجوعه . ولو رجع المقرُّ ، ففيه وجهان مرتبان ،وأولى بأن لا يقبل ؛ لأنه نفى الملك عن نفسه : هذا مشترك بين المقِرّ والمقَرّ له إلا أن المقر في ذلك مُخْبِرٌ عن نفسه ؛ فيَبْعُد غلطُه فيه ، فلا يُعْقَل دعواه الغلط ، بخلاف المقرّ له ، فإنه رَدَّ حين أخبره ، ولا يَبْعُد خفاؤه عليه وغلطه فيه ؛ فَقُبِلَتْ دعواه بالغلط » مشكل الوسيط (جـ٢ ق١٩٩/أ) .

(٦) أي إذا لم نأخذ الملكَ من يد المقرّ . وقال ابن الصلاح : « وقوله : (هذا إذا لم تزل يده) يعني على قول من قال : تُقَرُّ العينُ في يد المقرّ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٩/أ ، ١٩٩/ب) .

(٧) أي أزلنا الملكَ . وفي (أ) ، (ب) : « فإن أزلناها » أي أَزَلْنا يده .

(٨) في الروضة (١٢/٢٤) : أن هذا الوجه هو الأصح ، وبه قال الأكثرون . وانظر المنهاج ص (١٥٦) .

ورجع مهما لم يُقِرَّ به لغيره ، أو أَقَرَّ ولكن رُدَّ إقرارُه بالتكذيب .

فإن قلنا : إنه يقبل رجوعُه ؛ فَلِلْمُدَّعي أنْ يُحلفه ، فَعَسَاهُ يرجع ويُقِرُّ له .

وإن قلنا : لا يصح رجوعُه ؛ فلا معنى لتحليفه إلى إسقاط الدعوى بالإضافة إلى غائبٍ لا يُرْجَى رجوعُه . نعم ، الغائبُ إذا رجع ، فالدارُ مردودةٌ إليه ، وعلى المدعي استئنافُ الخصومة معه .

فإنْ كان للمدّعي بينةٌ ، سُلِّمَت الدارُ إليه مع اليمين ؛ لأنه قضاء على الغائب عند العراقيين ، وعند الشيخ أبي محمد هو قضاءٌ على الحاضر ؛ فلا يحتاج إلى اليمين (١) .

أما إذا كان لصاحب اليد بينةٌ على أنه للغائب ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لا تُسمع إلا أنْ يُثْبت وكالةَ نفسِه (٢) .

والثاني : أنّ البينة تُسْمَع ؛ لا لإثبات الملكِ للغائب ، ولكن لِيَقْطَعَ التحليفَ والخصومة عنه (٣) .

والثالث : اختاره القاضي : أنه إذا ادَّعى لنفسه علقةً من وديعة أو عارية ، سُمِعت ، وإلا فلا .

ثم إنْ سُمعت البينةُ لثبوتِ الوكالة - وكان للمدعي بينةٌ - قُدِّمَ بينةُ الوكيل ؛ لأجل اليد . وإن سمعنا دون الوكالة (٤) ، فبينةُ المدعي أولى ؛ فإنه لم تسمع إلا لِصَرْفِ اليمين عنه ، ولذلك يجب على الغائب إعادةُ البينة ولا يُغْنيه ما أَقامَه صاحبُ اليد .

لكنْ إذا رجع الغائبُ ؛ جعلناه صاحبَ اليد ، حتى إن كانت له بينةٌ ، قُدِّمَتْ على بينة المدعي ، ويكتب في سجل المدعي : أن الغائب على حجته وعلى يده مهما عاد (٥) .

---

(١) وهذا هو الأصح في الروضة (٢٥/١٢) . وفي المنهاج ص (١٥٦) صحح الوجه الأول أنه قضاء على الغائب فيحتاج إلى اليمين .

(٢) وهذا الوجه هو أصحها . انظر الروضة (٢٥/١٢) . الغاية القصوي (١٠٣٠/٢) .

(٣) قوله : « عنه » ليس في (أ) ، (ب) .

(٤) أي إن سمعنا بينته - على أن هذا الملك الذي في يده ، هو ملك للغائب المذكور - ولم تكن معه بينة على أنه وكيل له . وفائدة سماع هذه البينة ، صرفُ اليمين عنه ، أي عن صاحب اليد . وهذا تفريع على الوجه الثاني من الأوجه الثلاثة التي ذكرها الغزالي قريبًا في أول هذه المسألة .

(٥) في الأصل : « مهما أعاد » والمثبت من (أ) ، (ب) .

فرعان

أحدهما : من قال : لا تسمعُ البينةُ دِون الوكالة [١] ، فلو ادعى لنفسه رهْنًا أو إجارةً ، ففي سماع البينة وجهان ، فإنْ قلنا : تسمع ، ففي التقديم على بينة المدعي وجهان . والأظهرُ : أنه لا تقدم ؛ لأنه إنما أَثبت إجارتَه ورهْنَه بعد ثبوت ملك الغائب ، فإذن لا تؤثر بينتُه إلّا في صَرْف الحلف عنه .

الثاني : إذا ثبت مِلْكُ الغائب ببينته بعد رجوعه – لكن بعد إقرار صاحب اليد للمدعي – فليس للمدّعي تحليفُ المقِرّ ليغرمه ؛ فإنّ الحيلولة وقعتْ بالبينة . وكذلك لو أقرَّ للغائب أيضًا بعد الإقرار للمدعي ، لا يغرم للمدّعي ؛ إذ رجوعُه إلى الغائب بالبينة لا بإقراره .

الحالة الثالثة: أن يقول : ليس لي [٢] ، وليس يُضيفه إلى معين . أو قال : هو لرجلٍ لا أُسَمِّيه ، فالمذهبُ : أن الخصومة لا تنصرف عنه بهذا الإقرار [٣] فيحلف ، وإن نكل حَلَف المدعي وأَخذ . ومنهم من قال : يأخذ القاضي عنه ويكون موقوفًا إلى أنْ تظهر حُجّةٌ ويبقى تحليفُ المدعي صاحبَ اليد لأجل التغريم .

أما إذا أضاف إلى صَبِيٍّ أو مجنون ، انصرفت الخصومةُ إلى وليهما ولكن لا حاجة [٤] لتحليف المولى ، ولا لتحليف الصَّبِيِّ ، لكنْ يؤخَّر إلى بلوغه إلا أن يكون للمدعي بينةٌ ، فيُحْكم بها . وكذلك لو قال : هذا وقفٌ على ولدي ، أو على الفقراء ، انصرفت عنه الخصومة ، ولا يبقى إلا التحليف للتغريم .

المسألة الخامسة : إذا خرج المبيعُ مُسْتَحَقًّا ببينة ، رجع المشتري على البائع بالثمن إنْ لم يَصَرِّحْ في إقراره [٥] بالملك للبائع . فإن صَرَّح وقال : هذا مِلْكي ، اشتريتُه من فلانٍ ، وكان

---

(١) أي لا تُسمع بينة الملك للغائب مفردةً إلا مع بينة أنه وكيل له .

(٢) يعني ما في يده من الملك أو العين .

(٣) ولا ينزع الملك من يده . انظر الروضة (٢٣/١٢) . المنهاج ص (١٥٥) . الغاية القصوى (١٠٣٠/٢) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ولكن لا وجه » . (٥) في (أ) ، (ب) : « في إنكاره » .

مِلْكَه ، ففي الرجوع وجهان (١) :

أحدهما : أنه لا يرجع ؛ مُؤاخذةً له بقوله ، فإنه زعم أنّ المدعي هو الظالم .

والثاني : وهو الأصح : أنه يرجع ، مهما قال : إنما قلتُ ذلك على رسم الخصومة .

أما إذا ادّعى جاريةً ، وأقام بينة ، وأخذها واستولدها ، ثم كذَّب نفسَه : فعليه المهرُ للمُقَرِّ له وتلزمه قيمةُ الولد ؛ لأنه انعقد حرًّا فلا تزول (٢) الحريةُ برجوعه . وكذلك يلزمه قيمة الجارية ؛ إذ ثبت لها علقة الاستيلاد ، فلا تبطل برجوعه .

فلو صَدَّقته (٣) فالظاهر : أن تصديقها لا يُسْقط علقة الاستيلاد . وفيه وجه : أنه يردّ الجارية ؛ لأن الحقَّ لا يَعْدُوهُمْ وقد تصادقوا .

السادسة : جواب دعوى القصاص على العبد بطلبٍ من العبد لا من السيد . وجوابُ دعوى أرش الجناية بطلبٍ من السيد لا من العبد ؛ لأنَّ إقرار العبد لا يقبل . نعم ، إنْ قلنا : يتعلق الأَرْشُ بذمته ، فيحلف . فإنْ نكل وحلف المدعي : لم يتعلق بالرقبة ؛ لأن اليمين المردودة ، إن كانت كالبينة فلا تتعدَّى إلى غير المتداعيين . وفيه وجه : أنه يتعلّق بالرقبة إذا جعلناه كالبينة .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « ذكر فيما إذا خرج المبيع مستحقا ببينة ، وكان المشتري قد قال عند الدعوى عليه : (هذا ملكي اشتريتُه من فلان ، وكان ملكَه ، ففي رجوعه بالثمن على البائع وجهان) فقوله : (اشتريته من فلانٍ وكان ملكه) لا حاجة إليه فى صورة المسألة ، بل لو قال : (هذا ملكي) واقتصر عليه ففي رجوعه الوجهان ، فإن قوله : هذا ملكي ، يتضمن إقراره للبائع بالملك ، فإن الكلام مفروضٌ فيما إذا لم يوجد من أسباب الملك غيْرُ ابتياعه منه . وهكذا صَوَّرها صاحب « النهاية » والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٩٩/ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فلم تَزُل » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فلو صدقه » وهو خطأ .

الركن الثالث

اليمين

والنظر في : الحلف ، والمحلوفِ عليه [والحالفِ ، وحُكْمِ الحلف] (١) ، وفيه أطراف :

الطرف الأول : في الحلف . وصورتُه مشهورةٌ . والتغليظ يجري (٢) فيه في كلِّ مالَه / ٣٠٢/ب خطرٌ مِمَّا لا يَثْبت برجل وامرأتين . ويَجْري في عيوب النساء ؛ لأن ثبوتها بقول النسوة للحاجة ، لا لنقصانِ الخطر . وأما المالُ فلا يجري التغليظُ في قليله ، ويجري في كثيره ، وهو ما يساوي نصابَ الزكاة : إمّا مائتي درهم ، أو عشرين دينارًا . وأَجْرَوُا التغليظَ في الوكالة وإنْ كانت على درهم ؛ لأنها سلطنةٌ في نفسها .

ولو ادّعى عبدٌ على مولاه العتقَ وقيمتُه دونَ النصاب (٣) ، فلا تغليظَ على سيده ؛ إذ يُثْبت لنفسه ملكًا حقيرًا . فإنْ نَكَل غلظت اليمينُ المردودة على العبد ؛ لأنه يُثبت العِتْقَ . وفيه وجه : أنه تُغَلَّظ على السيد أيضًا ؛ لاستواءِ الجانبين ولأن نَفْيَ العتق كإثباته . وهو بعيدٌ .

وكيفيةُ التغليظ ، قد ذكرناه في اللعان وهو بالمكانِ ، والزمان ، وزيادةِ اللفظ ، كقوله : والله الذي لا إله إلا هو الطَّالِبُ الغَالِبُ (٤) .

فإن امتنع الحالفُ عن المغلَّظة ، فهل يُجْعَل نَاكِلًا عن أصل اليمين ؟ فيه اضطرابُ نصوصٍ . ويَرْجع حاصلُها إلى أربعة أوجه ذكرناها في اللعان :

أحدها : أنَّ جميعَها مُسْتحقٌ (٥) .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) قوله : « يجري » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) يعني قيمة العبد .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله وقول غيره في تغليظ اليمين : (والله ، الذي لا إله إلا هو الطالب الغالب) قد أنكره الإمام أبو سليمان الخطابي –رحمه الله – من حيث إنه لم يرد به في صفات الله توقيفٌ . وأُجيب عنه بأن ذلك من قبيل اسم الفاعل الذي غلب فيه معنى الفعل ، وإضافةُ الأفعال إليه مستحقةٌ لاتتوقَّف على توقيف ، وكذلك توسّع الناسُ في ذلك في تحميداتهم وتمجيداتهم وغيرها ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٢٠٠/أ) .

(٥) يعني جميع التغليظات بالمكان والزمان واللفظ .

والثاني : أنّ الجميعَ مُستحبّ .

والثالث : أنه لا استحقاق إلا في المكان .

والرابع : إلحاق الزمان بالمكان (١) .

ثم قال الشافعي (رضي الله عنه) : رأيتُ بعضَ الحكام يستحلف بالمصحف ، فاستحسنْتُ ذلك (٢) .

وتغليظُ الذّمّيّ بحضور كنائسهم ، وعلى المجوسيّ بحضور بيت النيران . وفيه وجه : أنه لا يحضر بيت النيران كما لا يحضر بيت الأصنام ؛ إذ لم يَثْبت حُرْمَتُها في الكتاب (٣) .

التفريع

إنْ قلنا : [إن] (٤) التغليظَ مستحقٌّ ، فلو امتنع فهو نَاكِلٌ ، ولا يُغْنيه قولُه : حلفتُ بالطلاق أنْ لا أحلف يمينًا مغلَّظة . إذْ يُقال : انْكُلْ ، أو احْلِفْ ولْيَقَعْ طلاقُك . وكذلك يجب على المخدَّرة (٥) حضورُ المسجد للتحليف تغليظًا وإن لم يلزمها الحضور بجواب الدعوى . وإن قلنا : إنه مستحبٌّ فلا يلزمها ذلك .

وأما وقتُ اليمينِ ، فهو بعد عَرْضِ القاضي ؛ فما يُبَادِر إليه قبل عَرْض القاضي لا يُحْسَب (٦) ، ويُعَاد عليه .

وشَرْطُه : أنْ يُطابق الإنكارَ ، ويكون الإنكار على مطابقة الدعوى ؛ فما لا يكون كذلك لم يُحْسَبْ (٧) .

---

(١) انظر الروضة (٣٢/١٢) .

(٢) في الأصل : « فاستحببتُ ذلك » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « في كتاب » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) هي التي لزمت خِدْرَها، فلا تخرج منه إلا لضرورة.

(٦) في (أ) : « لا يحتسب » .

(٧) في (أ) : « لم يحتسب » .

الطرف الثاني في المحلوفِ عليه :

وفيه مسائل :

إحداها : أنه يحلف على البَتِّ فى كل ما يَنْسبه إلى نفسه مِنْ نَفْيٍ وإثباتٍ . وما يَنسبه إلى غيره من إثباتٍ ، كبيع وإتلافٍ ، فيلزمه البتُّ .

وأمَّا النَّفْيُ - كنَفْيِ الدَّيْنِ ، والإتلافِ عن المَوَرِّث الميِّت[١] - فيَكْفيه الحلفُ على نَفْيِ العلم . ولو نفى عن عبده ما يُوجِبُ أَرْشَ الجناية ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لايلزمه الْبَتُّ كالمورّث .

والثاني : أنه يلزمه ؛ لأنَّ عبده كأعضائه ، وهو مُطَّلِعٌ عليه[٢] . ويَلتفت هذا على أنه هل[٣] يتعلق بذمة العبد ؟ فإنْ تعلّق بذمته ، فقد صار شخصًا مستقلًا لا كالبهيمة ، فإنها إذا أتلفتْ ما يَنْسب صاحبَها إلى تقصير ، فالظاهرُ : أنه يلزمه البَتُّ .

ثم يجوز له أن يَبُتَّ بظنٍّ يَستفيده من خطّ أبيه ، وخطّ نفسه ، ونكولِ خصمِه كما سبق[٤]

الثانية : أنَّ اليمين على نية المُسْتَحْلِف وعقيدتِه .

أمّا « النيةُ » ، فهو أن التورية على خلاف رَأْيِ القاضِي[٥] لا تنفع . وكذلك لو قال عُقَيبَ اليمين : إنْ شاء الله - ولم يَسْمع القاضي - انعقدت اليمينُ فاجرةً مُؤْثمة ؛ لأنَّ هذا بابٌ ، لو فُتِحَ بَطَلَت الأيمانُ . ولو سمع القاضي الاستثناء لم يَنْعقد اليمينُ ، وعليه الاستعادةُ ؛ فإنه لم يَحْلف بَعْدُ .

وأما العقيدةُ ، فهو أن الحنفيَّ يُحَلّف الشفعويَّ على نَفْيِ شُفْعة الجوار ، فلا يحلُّ للشفعويِّ أنْ يحلف على أنه لا يلزمه[٦] بتأويل مذهبِ نفسِه ، بل يَأْثَم ، وتنعقد اليمينُ كاذبةً ؛ لأنه قد لزمه

---

(١) أي : إذا مات مورِّثُه ، فادعى مُدَّعٍ أن له دينًا عليه ، فالوارثُ له أنْ يَحْلف على أنه لا يَعلم أن مورِّثه مَدِينٌ لأحد .

(٢) وهذا هو الأصح . انظر الروضة (٣٥/١٢) . المنهاج ص (١٥٦) .

(٣) قوله : « هل » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) أي لا يُشْترط اليقينُ فيما يحلف فيه على البتِّ ، بل يكفي الظنُّ الغالبُ الحاصل مما يجده من خط أبيه أو خطه هو - وإن كان لا يذكره - أو نكول خصمه عن الحلف .

(٥) يعني قَصْدَ القاضي .

(٦) إذ المذهبُ الشافعيُّ على عدم إثبات شفعة الجوار بخلاف مذهب الحنفية . قال ابن الصلاح: « وقد سبق منه في =

في الظاهر كما ألزمه القاضي . وهل يلزمه في الباطن ؟ فيه خلافٌ [(١)] . وذكر صاحبُ « التقريب » وجهًا ثالثًا : وهو أنَّ القضاء ينفذ في محلّ الاجتهاد باطنًا على العوام ، فإنْ كان المحلوف عليه مُجْتَهَدًا [(٢)] لم يَنْفُذْ عليه ، فكأنه لا يُؤثمه إذا حلف بموجب اعتقاد نفسه . وهذا بعيدٌ ، بل الاعتقادُ كالاجتهاد [(٣)] ، وينبغي أنْ يُنْظر إلى عقيدة القاضي .

الثالثة : إذا لم يَطْلب المدّعي الحلفَ ، ولكن قال : لي بينةٌ ، لكنْ أُريد كفيلًا في الحال . فلا يلزمه بالاتفاق ، ولكنْ قد جرى به رَسْمُ القضاه .

ولو شهد شخصان ولم يُعَدَّلا : لزمه الكفيلُ بالبدن . فإن امتنع، حُبِسَ لأجل الكفالة، لا لأجْل الحقّ ؛ لأنه ربما يهرب ؛ فالحاجةُ تَمَسُّ إليه .

* * *

= كتاب « القضاء » ذِكْرُ خلافٍ في أن حكم الحاكم ، هل يُحيل الباطنَ في المجتهدات ؟ وعلى هذا ، ينبغي حِلُّ شُفْعةِ الجوار للشافعي إذا قضى بها حاكمٌ حنفيٌّ ، والله بغيبه أعلمُ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٠/أ) .

(١) والصحيح من هذا الخلاف - كما في الروضة (١٢/٣٧) - أنه يلزمه في الباطن أيضًا . وقال ابن الصلاح : « قوله في القاضي الحنفيّ إذا حَلَّف الشافعيَّ بشفعة الجوار ، فليس له أن يحلف بناءً على مذهب نفسه : (بل يأثم ، وتنعقد اليمينُ كاذبةً ؛ لأنه قد لزمه في الظاهر ما ألزمه القاضي ، وهل يلزمه في الباطن ؟ فيه خلاف) وهذا متهافتٌ ؛ لأنه قَطع بتأثيمه بناءً على اللزوم في الظاهر مع أن في اللزوم باطنًا : خلافًا ، ومن يقول : لا يلزم في الباطن لا يُؤَثمه في يمينه على وَفْقِ الباطن قطعًا .

ولو قال : (يأثم في يمينه ؛ لأنه لزمَه - في الظاهر والباطن - موافقةُ عقيدةِ القاضي أو اليمينِ . وهل يلزمه في الباطن القيامُ بالشفعة ؟ فيه خلافٌ ، ويظهر أثره في جواز الامتناع منها - بتعزُّزٍ أو غيره - لا في جواز الحلف بناءً على مذهب نفسه) : لكان مُتجها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٠/أ) .

(٢) أي مُجْتَهَدًا فيه .

(٣) يعني أن اعتقاد المقلد في مثل ذلك كاجتهاد المجتهد . قاله ابن الصلاح في المشكل (جـ٢ ق ٢٠٠/أ) .

الطرف الثالث

في الحالف

وهو كل مُكَلَّفٍ تُوَجَّهُ عليه (١) دعوى صحيحةٌ في حقٍّ ؛ فيحلف (٢) في الإيلاء ، والطلاق والرجعة ، والظهار ، والولاء (٣) ، والنسب . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يُقْضَى بالنكول في هذه المسائل ؛ فلا تعرض اليمين فيها .

ولا يجري التحليف في عقوبات الله تعالى ؛ إذ لا مُدَّعِيَ فيها . ولا يجوز تحليفُ الشاهد والقاضي (٤) . إذْ نسبتُهم إلى الكذب دعوى فاسدةٌ تَجُرُّ فسادًا عظيمًا . نعم ، تجوز الدعوى على القاضي المعزول فيحلف عليه .

ومن ادعى / أنه صَبِيٌ - وهو محتمل - لم يحلف ، بل يُنْتظر بلوغُه . وإن قال : أنا بالغٌ ، ٣٠٢/أ صُدِّق ولم يحلف [أيضًا] (٥) ، وكذلك الوصيُّ لا يحلف على نَفْيِ الدَّيْن عن المُوصِي (٦) ؛ لأنه لو أقرَّ لم يُقْبل قولُه . وكذا لا يُحَلِّف الوكيلُ الخصمَ - المُنْكِرَ لوكالته - على نَفْيِ العلم بالوكالة ؛ لأنه - وإن عَلِم - فلا يجب التسليم إليه ؛ لأن الموكّل ربما جَحَد وكالتَه . وله (٧) أن يُحَلِّف الوكيلَ على نَفْيِ العلم بأنه ما عَزَلَه ولا مات (٨) .

---

(١) كلمة : « عليه » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فيجوز » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والولاء والظهار » .

(٤) يعني لا يجوز ذلك في المسائل التي تتعلق بحكمه وقضائه ، أما ما لا يتعلق بقضائه ، كأنْ يدعي عليه مُدّعٍ مالًا أو غيره ، فهو في ذلك كسائر الناس في الخصومات الشرعية ، يَحْكم فيها بَيْنَه ، وبين المدعي : قاضٍ آخرُ . انظر الروضة (١٢/٣٨) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) يعني إذا ادعى رجلٌ على هذا الموصِي دَيْنًا ، أو ادعى أنه أوصى له بشيء ، لا يحلف الوصيُّ بقضاء ديونه وتنفيذِ وصاياه - على النَّفْيِ ؛ إذ لا يُقبل إقراره بالديون والوصايا أصلًا فلا معنى لتحليفه .

(٧) أي الخصم .

(٨) أي موكلُه .

وسبيلُ الوكيل في مجلس الحكم أنْ يُحْضِر الخصم ، ويقول : أستحقّ مخاصمتَك . فإن كان قد وكَّلَه موكله (١) في مجلس الحكم ، لم يَفتقرْ (٢) إلى حجة . وإن وكَّلَه في الغَيْبة ، وأراد الوكيلُ إثباتَه على الخصم بالحجة : جاز . وإن أراد إثباته في غير وجه الخصم ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يجوز ؛ لأنه يُثْبت حقَّ نفسِه (٣) .

والثاني : لا ؛ فإنه حقٌّ على الخصم .

* * *

(١) قوله : (موكله) ليست في (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) ، (ب) : « لا يفتقر » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٤/١٢) .

الطرف الرابع
في حكم اليمين

وفائدتُه – عندنا – قَطْعُ الخصومة في الحال ؛ فلا يحصل بها براءةُ الذمة ، بل يَجوز للمدّعي إقامةُ البينة بعده ، وسواءٌ[1] كانت البينةُ حاضرةً أو غائبةً . وقال ابنُ أبي ليلى : لا يجوز للمدعي . وقال مالك : إنْ كانت البينةُ حاضرةً : لم يَجُزْ[2] . ونحن نقول : لعلَّه تذكّرَ وعَرَف الآن .

فلو قال أولًا[3] : لا بينة لي ، حاضرةٌ ولا غائبةٌ ، فقد ذكرنا فيه وجهين[4] . أمّا إذا قال : كذَب شُهودي ، بطلت البينةُ . وفي بُطلان دعواه وجهان ، والأصح : أنه لا تَبْطل ؛ فلعلَّه أراد أنهم قالوا من غير علم . فإن قلنا : لا تبطل ، فلو أنه ادعى عليه الخصمُ إقرارَه بكذب الشهود ، وأقام شاهدًا ، وأراد أن يحلف معه : لم يَجُزْ ؛ إذ ليس مضمونُه إثباتَ مالٍ ، بل الطعن في الشهود . وإن قلنا : تَسقط الدعوى قُبِلَ ؛ لأنّ المقصودَ إبطالُ الدعوى بمالٍ .

فرع : إذا امتنع عن الحلف ، وقال : حَلَّفني مرةً على هذه الواقعة ؛ فَلْيَحْلِفْ على أنه ما حَلَّفني : ففي لزوم ذلك وجهان ؛ لأنه ليس يَدَّعي[5] حقًّا . وقال الفوراني : له ذلك .

فلو ادعى أنه حلفني مرةً[6] على أني ما حَلَّفتُه ، فَلْيحلف على أنه ما حلفني ، قال : لا يُجَاب إليه ؛ لأن ذلك يَتَسَلْسَل إلى غير نهاية . وبمثلِ هذا حَسَم البابَ مَنْ حسم ، ولم يَسْمع هذه الدعوى مِنْ غير بينة .

* * *

---

(١) في الأصل : « سواء » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في « نهاية المطلب » : (وقال مالك : إن كانت البينة حاضرة في المجلس) . المشكل (جـ٢ ق ٢٠٠/ب) .

(٣) قوله : « أولًا » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) والأصح سماع بينته أيضًا . انظر الروضة (١٢/ ٤٠) .

(٥) في (أ) : « ليس مُدعيا » .

(٦) قوله : (مرة) ليست في (أ) ، (ب) .

الركن الرابع
في النكول [١]

ولا يَثْبت الحقُّ على المُنْكِل بنكوله ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) بل حكمُ النكول رَدُّ اليمين على المدَّعي ، وبطلانُ حقِّ الناكِل عن اليمين حتى لا يعود [٢] ، ولكنْ إنما يَبْطل حقُّه إذا تَمَّ النكولُ ، وإنما يتمُّ بصريح قوله : لا أَحلف ، وأنا ناكلٌ ، فبعد ذلك لا يعود . ولا حاجة هاهنا إلى قول القاضي : قضيتُ بالنكول . أما إذا سكت - بعد عَرْض اليمين - فيحتاج إلى القضاء .

وحقُّ القاضي أنْ يَعرض اليمينَ عليه ثلاثًا ويُنبِّهه [٣] أنَّ حكمَ النكول استيفاءُ الحقّ بيمينِ المدعي ؛ فربما لا يَعْرف ذلك . فإذا فعل ذلك [٤] ، وقال : قضيتُ بنكوله ، لم يمكِّنْه الحلفَ بعد ذلك ، وكذلك لو قال المدعي : أَحْلِفُ ، فهو كالقضاء . ولو أقبل على المدعي بوجهه - وقبل أنْ يقول : احلف - رجَع الناكلُ ، فهل له اليمينُ ؟ فيه وجهان .

---

(١) النكول لغةً : هو الرجوع والتأخر . واصطلاحًا : هو الامتناع عن حلف اليمين الموجهة إلى المدعى عليه بطريق القاضي . انظر : المصباح المنير (٩٦٧/٢) . معجم لغة الفقهاء ص (٤٨٨) .

(٢) اتفق الفقهاء على أن المدعي إذا أقام شاهدين على دعواه ، وقُبِلتْ شهادتهما : حُكِمَ للمدعي بما ادعاه ، واتفقوا أيضًا على أنه إذا عجز عن البينة وطلب تحليفَ المدعى عليه ، فحلف : رُفضت دعواه ، ثم اختلفوا فيما إذا رفض المدعى عليه اليمين هل يُقْضى عليه بهذا الرفض فقط أم تُرَدّ اليمين على المدعي فإذا حلف قُضِيَ له بحقِّه ؟:

فذهب الحنفية والحنابلة إلى أن استنكاف المدعى عليه عن اليمين ، يُوجب عليه أداءَ الحقّ المدَّعَى به ؛ فيقضي عليه القاضي بما ادعاه المدعي .

وذهب المالكية والشافعية إلى أنه لا يجوز القضاءُ بالنكول فقط ، بل تُرَد اليمين على المدعي ، فإذا حلف ، قضى له القاضي بدعواه .

ثم هناك تفصيل بين المذاهب في مجال القضاء بالنكول . انظر : طريقة الخلاف في الفقه ص (٣٩٠ - ٣٩٤) . المبسوط (٣٤/١٧) . تكملة شرح فَتح القدير (١٧٦/٨ - ١٧٨) . الشرح الكبير (١٤٤/٤) . (٢٣٣/٤) . الوجيز (٢٦٦/٢). الروضة(٤٣/١٢). الروض المربع ص(٥٣٣). منار السبيل ص(٥٠٢). المغني لابن قدامة(٢٣٥/٩). الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي ص(٥٠٤).

(٣) في (أ) ، (ب) : « ويُنَبِّه » .

(٤) يعني إذا عرّفه القاضي حكم النكول .

ولو لم يُنبِّهْه على حُكْمه [١] ، وقضى بنكوله ، فقال الناكل : كنتُ لاأعرف حُكْمَ النكول ، فالظاهرُ أنَّ الحكمَ نَفَذَ ، وفيه احتمال .

وحيث منعناه من اليمين ، فلو رضي المدعي بأن يحلف ، ففيه وجهان :

أحدهما : [أنه] [٢] يجوز ؛ إذِ الحقُّ لا يعدوهما [٣] .

الثاني : المنعُ ؛ إذ بطل حقُّ الحلفِ بالقضاء ؛ فلا يُؤَثِّر الرضا .

ثم إذا ثبت النكولُ ، ورُدَّ اليمينُ [٤] علي المدعي ، فله حالتان :

إحداهما : النكولُ ؛ فإن نكل صريحًا وقال : لا أَحلف ، كان نكولُه كحلف المدَّعَى عليه ؛ فلا يُمَكَّن من العود إلى اليمين بعد ذلك ، بل لا تُسْمع دعواه إلا ببينة . فإن اسْتَمْهَل ، أَمْهلناه ثلاثًا ؛ ليراجع الحسابَ ولا يُمْهَل المدَّعَى عليه ؛ لأن المدعي على اختياره في : طَلب الحقِّ [٥] ، والمدعى عليه لا خِيَرَةَ له . وكذلك إذا أقام شاهدًا واحدًا واستمهل للحلف معه [٦] ، أمهلناه . ولو نكل ، حَكَمْنا بنكوله ؛ ولا يُقْبل بعد ذلك إلا ببينة كاملة . ومِنْ أصحابنا من قال : لا يحكم بنكول المدعي ، بل هو إلى خيرته أبدًا مهما عاد وحَلَف : مُكِّنَ [٧] ؛ كما أنه على خيرته في إقامة البينة .

الحالة الثانية : أن يحلف المدعي ؛ فيستحق الحق .

ثم اليمينُ المردودة ، منزلتُها منزلةُ إقرارِ الخصم ، أو منزلةُ البينة ؟ فيه خلاف مشهور [٨] . وقد بنى الأصحابُ عليه مسائلَ على غير وجهه ؛ لأنه –وإن جُعِل كالبينة– فلا ينبغي أن يُجْعل

---

(١) أي على حكم النكول .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصحّ كما في الروضة (٤٥/١٢) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ورُدَّتِ اليمينُ » .

(٥) يعني أنه صاحبُ حقٍّ ، فيمكنه ألا يُطَالِبَ به .

(٦) قوله : « معه » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « يمكَّن » .

(٨) والأظهر من القولين أنه كإقرار المدَّعَى عليه كما سيذكره الغزاليّ (رحمه الله) بعد قليل . انظر الروضة (٤٥/١٢) . المنهاج ص (١٥٦) .

كذلك في حق [1] غير الحالف ، بل الصحيحُ : أنها كالإقرار [2] . وقد ذكرنا تلك المسائلَ في مواضعها .

فإن قيل : هل يُتَصوَّر القضاءُ بالنكول عند الشافعي (رضي الله عنه) ؟ [3] قلنا : مهما كان المدّعي ممن لا يُمكن الردُّ عليه [4] ، بأن يكون غير مُعَيَّن كالمساكين ، أو يكون هو الإمام ، فيتعينَّ الحكمُ ، وذلك [5] في مسائل :

الأولى / : النزاع بين السّاعي وربّ المال في الزكاة [6] : يُوجِبُ اليمينَ على رَبِّ المال . فإن نكل تعذَّر الردُّ على السَّاعي . وعلى المساكين ، ففيه ثلاثة أوجه : ٣٠٣/ب

أحدها : أنه يُقْضى بالنكول ؛ للضرورة [7] .

والثاني : أنه يُحْبس حتى يُقِرَّ أو يؤدّي [8] .

---

(١) كلمة : « حق » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٢) ويَنْبني على هذا الخلافِ أن المدعى عليه ، لو أقام بينةً بالأداء ، أو الإبراء ، بعد أن حلف المدعي واستحق . فهل تُسْمع بينتُه ؟ إن قلنا : إن اليمين المردودة كالبينة ، سُمعت بينةُ المدعى عليه ، ثم يُطْلَب الترجيح . وإن قلنا: إنها كإقرار المدعى عليه وهو الأظهر ، فلا تُسمع بينتُه ؛ لكونه مكذِّبًا لبينته هذه بالإقرار . انظر الروضة (١٢/٤٥) .

(٣) أي القضاء بالنكول فقط دون رَدِّ اليمين .

(٤) أي ردّ اليمين ، ويكون ذلك بتعذُّر الرد ، كما إذا كان المردود عليه اليمينُ غَيْرَ متعينٍّ .

(٥) في (ب) : « وكذلك » .

(٦) وذلك كأن يدعي صاحبُ المال أنه بادر بالزكاة في أثناء الحول ، أو أنه دفع الزكاة لساعٍ آخر ، أو ادعى أن الخارص قد أخطأ ، أو أصاب الثمرَ جائحةٌ أو غير ذلك ، واتهمه السّاعي في دعواه .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح الأشهر . انظر الروضة (١٢/٤٨) . والمنهاج ص (١٥٦) .

(٨) في (أ)، (ب) : « حتى يقر أو يحلف » وهو الصواب ؛ قال ابن الصلاح : « قوله فيمن ادعى عليه الساعي الزكاة ، فأنكر ، وتوجهت عليه اليمين ونكل ، فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يقضي عليه ؛ للضرورة .

والثاني : أنه يُحْبس حتى يقر أو يؤدي . كذا وقع في « الوسيط » ولا وجه له كما لا يخفى ، وصوابُه : (حتى يقر أويحلف) وهكذا هو في « البسيط » و « النهاية » وغيرها . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٠/ب) .

قلت : وقولُ الغزاليّ – على ما في الأصل – (حتى يقر أو يؤدي) مؤداهما واحدٌ ؛ إذ لو أقر ، فإنه يجب عليه الأداء ، =

والثالث : أنه (١) إن ادّعى الأداءَ ، فهو في صورة مُدَّعٍ ؛ فَيُسْتَوفى ، وإن أنكر المال ، فلا يُقْضى عليه (٢) .

الثانية : ذميٌّ غاب ، فرجع مسلمًا ، وزعم أنه أسلم قبل انقضاء السنة ولا جزية عليه ، ونكل عن اليمين (٣) ، ففي وجه : يُقْضى عليه . وفي وجه : يُحْبس حتى يُقِرَّ ، أو يقيم بينةً (٤) ، وفي وجه : لا شيء عليه ؛ إذ هو مُنْكِرٌ ولا حجة عليه .

الثالثة : الصبيُّ المشرك إذا أنبت (٥) وادعى أنه استعجل بالمعالجة (٦) ، حُلِّف . فإنْ نكل ، قُتِلَ . وليس ذلك حكمًا بالنكول (٧) ، بل تَوَجَّهَ القتلُ بالكفر مع الإنبات ، وإنما اليمينُ دافعٌ ، ولا

= فَلَيْسَ هُمَا متغايرَيْنِ . والمعنى - على ما في نسختي (أ) ، (ب) - (حتى يُقِرَّ أو يَحْلف) أي : حتى يُقِرَّ فيؤدِّي ، أو يَحْلف فَيُتْرَك ولا يُطالَب بشيء .

(١) قوله : « أنه » ليس في (أ) ، (ب) .

(٢) يعني أنه إذا ادعى أداء الزكاة - وليس معه بينة - فهو مُدَّعٍ ، فَيُسْتوفَى منه الحقُّ . وإن أنكر المال فهو مُدَّعًى عليه ؛ فلا تؤخذ منه زكاة .

(٣) يعني واتهمه عامُل الجزية بأنه أسلم بعد تمام السنة ، فوجب عليه الجزية ، فَطُولِبَ باليمين فنكل ، فهل تُؤخذ منه ؟ .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (ذميٌّ غاب ، ثم رجع مسلمًا وزعم أنه أسلم قبل انقضاء السنة ، فلا جزية عليه ، ونكل عن اليمين) يعني أن القول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل براءة ذمته .

فلو لم يَغِبْ وكان بيننا وادعى ذلك ، لم يُقْبل قولُه ؛ لأنه على خلاف الظاهر ؛ لأنه لو كان قد أسلم ، لأظهر إسلامَه ، ولم ينكتم . ثم إنه ذكر فيها وجوهًا ثلاثة ، وذكر في الوجه الثاني : أنه يُحْبس حتى يقر أو يقيم البينة . وصوابهُ أيضا (أو يحلف) . وذكر وجهًا ثالثًا : أنه لا شيء عليه . وهذا الوجه يَجْري مثلُه في مسألة الزكاة [يعني السابقة] وهو قول من قال فيها : إن اليمين مستحبة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٠/ب) .

(٥) أي ظهرت عليه علاماتُ البلوغ كظهور شعر لحيته أو غيرها .

(٦) يعني وهو لم يَبْلغ الحلمَ حقيقةً .

(٧) قال ابن الصلاح : « الصبيّ المشرك إذا أنبت ، وادعى أنه استعجله بالمعالجة ، وقلنا : إن الإنبات ليس عَيْنَ البلوغ ، بل أمارة عليه ، فالقولُ قولُه مع يمينه . فإن نكل : قُتل ، نصّ عليه الشافعي فيما نقله القاضي . وقوله في « الوسيط » : (وليس ذلك حكما بالنكول) خلاف المقطوع به في « النهاية » و « البسيط » من أن ذلك قضاء بالنكول . ولكن هذا المذكور في « الوسيط » أثبت مما هو منقول عن الأصحاب ، والله أعلم » . انظر مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٠/ب)

دافعَ له . وفيه وجه : أن القتل بالنكول مُحَالٌ ، وتحليفُ مَنْ زعم أنه صبيٌّ ، محالٌ . بل يُحْبَس حتى يَبْلغ ، فإن حلف تُرِكَ ، وإن نكل قُتِلَ إذ ذاك ، وهذا أجدر مِنْ تحليف مَنْ يزعم أنه صبيٌّ . وهو ركيكٌ ؛ لأنَّا نتوَهَّم بلوغَه ، وعلامتُه النكولُ [1] .

الرابعة : ادعى واحدٌ من صبيان المرتزقة أنه بالغ . قال الأصحاب : يُثْبَت اسمُه بغير يمينٍ ؛ لأنه إن كذَب ، فأيُّ فائدة في يمين الصبيِّ ، وإن صَدَق فَلْيُثْبَتْ [2] . وقال صاحب « التلخيص » إن اتهمه السلطانُ يحلفه ، فإن نكل فلاحقَّ له [3] .

الخامسة : مات مَنْ لاوارثَ له ، وادعى القاضي له دَيْنًا على إنسان ، فنكل عن اليمين ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يَقْضي عليه للضرورة ؛ فإنّه مُنْتهى الخصومة .

والثاني : أنه يحبس حتى يَحْلف أو يُقِرّ [4] .

وفيه وجه ثالث [5] : أنه يُعْرِض عنه . ولم يذكره أحدٌ إلا الشيخ أبو محمد .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وعلامتُه بالنكول » .

(٢) يعني فليثبت اسمُه في الديوان حتى ينال حقَّه .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فلا حق عليه » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « حتى يقر أو يحلف » . وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٢/٥٠) .

(٥) في الأصل : « والوجه الثالث » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو المتَّسِقُ مع قوله في أول هذه المسألة : « ففيه وجهان » .

الركن الخامس
البيِّنة

وقد ذكرنا شرْطَها ووصْفَها في الشهادات . والغرضُ تعارض البينتين [١] . ومهما أمْكَنَ الجمعُ بينهما : جُمِعَ . فإنْ تناقضا وأمكن الترجيحُ : رجّح . وإن تَسَاوَيَا من كلِّ وجهٍ ، فأربعةُ أقوالٍ إذا كان المدَّعَى في يد ثالث :

أحدها : التساقُط [٢] .

والثاني : الاستعمال بالقرعة .

والثالث : القسمة بينهما .

والرابع : الوقف إلى أنْ يصطلحا .

وأما مدارك مثارات الترجيح ، فثلاثةٌ : قوةٌ في الشهادة ، أو زيادةٌ فيها ، أو يدٌ تقترن بإحداهما [٣] .

المدرك الأول : قوة الشهادة : وله صور :

إحداها : أنْ يُقيم أحدُهما شاهدَيْن ، والآخرُ ثلاثةً فصاعدًا ، أو كان شهودُ أحدهما أكملَ عدالةً ، فالقولُ الجديد : أنه لا ترجيحَ بخلاف الرواية [٤] ؛ لأنَّ نصابَ الشهادة قدَّره الشرعُ ، فالزيادةُ عليه . لاتُؤَثر [عليه] [٥] بخلاف الرواية . والقول القديم : الترجيح به كما في الرواية . وعلى هذا يُخَرَّج ما إذا كان في أحد الجانبين شهادةُ أحد الخلفاءِ الأربعة .

الثانية : شاهدان يُقَدَّم [٦] على شاهد [وامرأتين ومنهم مَنْ قطع بطرد القولين ، وهو

(١) يعني والغرضُ هنا في هذا الموضع بيانُ ما يُسْلك في تعارض البينتين .

(٢) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (٥١/١٢) . المنهاج ص (١٥٦) . الغاية القصوى (١٠٣١/٢) .

(٣) في الأصل : « بأحدهما » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو أليق ؛ لأن الضمير يعود على الشهادة وهي مؤنثة لفظًا .

(٤) وهو المذهب . انظر : الوجيز (٢٦٨/٢) . الروضة (٥٨/١٢) . المنهاج ص (١٥٦) . الغاية (١٠٣١/٢) .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « يقدمان » .

الأظهرُ [١] .

الثالثة : تقديمُ الشاهدين على شاهد] [٢] ويمينٍ ، فيه قولان في الجديد ، والأصحُّ : الترجيحُ .

ثم حيث رَجَّحْنا [٣] ، لو اقترن اليدُ بالحجة الضعيفة ، فوجهان :

أحدهما : أنهما يتساويان .

والثاني : أنَّ اليد تُوجِبُ ترجيحَ الضعيف ؛ لأنها أقوى .

المدرك الثاني : اليد . ولا يخلو المتنازع فيه ، إما أن يكون في يدهما ، أو في يد أحدهما ، أو في يد ثالث :

الحالة الأولي : أن يكون في يد ثالث : ففي استعمال البينتين قولان :

أحدهما : أنهما يتساقطان ؛ لِتَكَاذُبِهما : وهو اختيار المزنيّ (رحمه الله) [٤] .

والثاني : الاستعمال [٥] ، وفي كيفيّته ثلاثة أقوال :

---

(١) والمذهب أنه لا ترجيح أيضًا . انظر الوجيز (٢٦٨/٢) . الروضة (٥٨/١٢) . المنهاج ص (١٥٦) . الغاية (١٠٣١/٢) . وقال ابن الصلاح : «قوله : (شاهدان مقدمان على شاهد وامرأتين ومنهم من قطع بطرد القولين ، وهو الأظهر) فترك الطريقة المذكورة وهي القطع بالتسوية ، ونقل طريقتين : الأولى منهما لا تُعْرف ، والثانية عن نفسه . وهي طريقة الفوراني . وقد نقل شيخُه عن الأصحاب القطعَ بعدم الترجيح ، وذكر ذلك في « البسيط » عوضًا عن طريقته الأولى المذكورة هاهنا . ووجدتُ في «تعليق» القاضي حسين : أنه لا خلافَ في أنه لا ترجيح . وهذا مع نَقْلِهِ القولين في الترجيح بزيادة العدد وزيادة العدالة ، وذلك منه – وممن سَلَكَ مَسْلَكه – مُشْكِلٌ ؛ لم أجِدْهم تعرَّضوا لبيانه ، ولعلَّ وجْهَه أن في الرجل والمرأتين زيادةَ العدد ، وفي [الرجلين] زيادة العدالة ، فَتَقَاوَمَتَا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠١/أ) .

(٢) ما بين الحاصرتين ساقط من الأصل ، وثابتٌ في (أ) ، (ب) .

(٣) أي رجحنا الشاهدين على الشاهد واليمين ، وهو الأصح كما ذكر .

(٤) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (٥١/١٢) . المنهاج ص (١٥٦) . الغاية (١٠٣١/٢) .

(٥) أي استعمال البينتين ، وعلى هذا القولِ تُنْتزع العينُ المدَّعَاة ممن هي في يده .

أحدها : أنّه يُقْسم بينهما . وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأنّ كلَّ بينةٍ سببٌ لكمال الملك (١) ، وقد ازدحما ، فيقسط عليهما (٢) .

والثاني : أنه يُتَوَقَّف إلى الاصطلاح ؛ لأنّ مَنْ قسم فقد خالفَ موجبَ البينتين جميعًا .

والثالث : أنه يُقْرَع بينهما ؛ (٣ لأنه يُقْرع عند الإشكال ٣) . فعلى هذا ، هل يجب الحلفُ على من خَرَجت القرعةُ له ؟ فيه قولان (٤) .

ثم اعلمْ أنّ قولَ « الاستعمال » لايجري إذا تَكَاذَبَا صريحًا بحيث لا يُمْكن الجمعُ [بينهما] (٥) كما لو شهدتْ إحداهما (٦) على قَتْلٍ في وقتٍ ، وشهدت الأُخرى على الحياة في ذلك الوقت (٧) ، ....

(١) في الأصل : « سبب إكمال الملك » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) انظر الدر المختار (٤٥٦/٤) . اللباب شرح الكتاب (٣٢/٤) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأن القرعة تُشْرع عند الإشكال » .

(٤) وفي الروضة (٥١/١٢) أنه « يحلف مَنْ خرجت قرعته أن شهوده شهدوا بالحق ، ثم يَقْضي له » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) يعني إحدى البينتين .

(٧) قال الحموي : « قوله فيه : (الحالة الأولى : أن تكون في يد ثالث ، ففي استعمال البينتين قولان : أحدهما : تسقطان ؛ لتكاذبهما ، وهو اختيار الزني ، والثاني : الاستعمال ، وفي كيفيته ثلاثة أقوال : أحدها : أنه يقسم بينهما ، وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأن كل بينة سبب لكمال الملك وقد ازدحما فتسقط عليهما . والثاني : أنه يتوقف إلى الاصطلاح ؛ لأن من قسم فقد خالف موجب البينتين جميعًا ، والثالث : أنه يقرع بينهما عند الإشكال . فعلى هذا فهل يجب الحلف على من خرجت له القرعة ؟ فيه قولان . ثم اعلم أن قول الاستعمال لا يجري إلا إذا تكاذبا صريحًا ، بحيث لا يمكن الجمع كما إذا شهدت إحداهما على قتل في وقت ، وشهدت أخرى على الحياة في ذلك الوقت) .

قلت : مقتضى ما ذكره أن كل ما وقع التكاذبُ صريحًا لا يمكن فيه الجمعُ ، لا يجري فيه قولُ الاستعمال ، ويكون ذلك قياسًا على ما إذا شهدت إحداهما على القتل في وقت ، وشهدت الأخرى على الحياة في ذلك الوقت ، وإنه ليس كذلك ، فإنه من جملة صورة وقوع التكاذب صريحًا ، وإنه لا يحسن أن يقاس ذلك عليه كما لا يخفى .

قلت : ليس مراده بأن يجعل ذلك مقاسًا عليه ، وإنما ذكره بيانًا لصورة التكاذب ، وأصل المذهب ألا يجري على الأقوال في التكاذب ، بل لو تعارضت البينتان في الأملاك [كان] كما لو تعارضت كل واحدة منهما لتأقيت عند بدو أول قرص الشمس فيجري قول الاستعمال ، ثم تفريع الأقوال الثلاثة في كيفية الاستعمال ، وتعارض البينتين كتعارض الخبرين » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٧ / أ - ١٩٨ / أ) .

بل حيث يتوهَّم تأويلٌ [1] ، كما لو شَهِدَا على الملك ، فإنا نقول : لعلَّ كلَّ واحدٍ سمع وصيَّتَه له ، أو شراءً ، أو غيره [2] . ومنهم من طرد القولين مع استحالة الجمع . وهو بعيد .

وكذلك قولُ « القسمة » لا يجري حيث تمتنع القسمةُ ، كالمرأة التي يدَّعيها زوجان [3] ، وكذا قولُ « الوقف » ؛ لأن الصلح غير ممكن ، وفي جريان قولِ « القرعة » وجهان [4] .

فروع

أحدها : دارٌ في يدِ ثالثٍ ، ادعى واحدٌ كلَّها ، وأقام بينة ، وادعى آخرُ نصفَها ، وأقام بينةً .

أمّا النصفُ فقد تعارَضَا فيه ، ففيه الأقوالُ الأربعة . والنصفُ الآخر لامعارِضَ له ، لكن إن قلنا بالتهاتر ، بطلتْ بينتُه في بعضِ موجبها ، فهل تَبْطل في الباقي ؟ فيه وجهان .

الثاني : / دارٌ في يد ثالثٍ ، ادَّعى واحدٌ نصْفَها ، فَصُدِّق . وادعى آخرُ النصفَ الآخرَ ، ٣٠٤/أ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « بل حيث نتوهم تأويلًا » . والمعنى أن قول استعمال البينتين يجري حيث يُمْكن توهُّم الصدق فيهما ولو مع التأويل وتقدير الاحتمال .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في إمكان تأويل البينتين المتعارضتين في الملك : (لعل كل واحد سمع وصيته له أو شراء) ينبغي أن يجعل الوصية والشراء على مرتين – كما فعله شيخه (رحمهما الله) . والوصية يقرب فيها الجمع والتأويل ، بأن تكون إحدى البينتين سَمعت وصيةَ المِلْك أولًا بجميع العين لأحد المدعِيَيْنِ . ثم سَمعت الأخرى وصيةً بجميعها للآخر ، ولم يَعلم كلّ واحد منهما بما سمعتْه صاحبتُها ، والعينُ في نفس الأمر مشتركةٌ بينهما ، كما عرف .
وأما الشراء ، فذكر الإمام أن صورته أن تشهد إحداهما لواحد بشراء عينٍ ، وتشهد الأخرى [للآخر] بشراء تلك العين ، مع اتحاد التاريخين . قال : فتأويل الاجتماع على التصديق بعيد ، ولم يَذكر وجهَه مع إشكاله ، فقلت : يمكن ذلك بأن تكون تلك العينُ مشتركةً بين شخصين نصفين ، وكلُّ واحد منهما وكيلٌ لشريكه في بيعه ، فباعَها كلُّ واحد منهما من شخص في تاريخ واحد ، وحضر شراءَ كل واحد من المشترِيَيْنِ بينةٌ عارفة بوكالة البائع من شريكه ، وكان قد انعزل – بجنونٍ ظهر أو غيره – فشهدت له بشراء العين بكمالها ؛ لكونها لم تعلم بالانعزال ؛ فهما صادقان على نحو ما سبق في مسألة الوصية ، والثابتُ – في نفس الأمر ، لكل واحد من المشتريين – نصفُ المبيع . وهكذا يتصوّر مثلُه في غير الشراء ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ٢٠١/أ – ٢٠١/ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في المرأة التي يدعيها زوجان : (قول الوقف لا يجري ؛ لأن الصلح غير ممكن) هكذا ذكره شيخه وحكاه عن الأئمة ، وذكر صاحب « التهذيب » أنه يجري ، وهذا هو الصحيح ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠١/ب) . وانظر الروضة (٥٢/١٢) .

(٤) والأصح أن القرعة لا تجري ها هنا . انظر الروضة (٥٢/١٢) .

فكذَّبه صاحبُ اليدِ والمدَّعِي الآخرُ - وهما لا يَدَّعِيانِ لأنفسهما - ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنها تُسلَّم إليه ؛ إذ لامُدَّعيَ لها سواه .

والثاني : أنه مالٌ لا مالك له ، والثاني (١ يُترك في يده ؛ فإنه لا حجة لمدَّعيه ١) .

والثالث : أنه تُنتزع من يده ، وتُحفظ إلى أنْ نتبينَّ مالكه (٢) .

الثالث : أقرَّ الثالثُ لأحدهما ، فهل يُوجب إقرارُ صاحب اليد الترجيحَ ؛ بمنزلة اليد ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم كاليد .

والثاني : لا ؛ لأن هذه يدٌ مستحقة الإزالة باليقين (٣) .

الحالة الثانية : أن تكون في يد أحدهما .

فعندنا تُقَدَّم بينةُ صاحب اليد - وهو الداخل - على بيِّنة الخارج . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا أَثَرَ لبيِّنة صاحب اليد (٤) . ولكنا نقول : للداخل في إقامة البينة ستة مقاماتٍ :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أنه مالٌ لا مالك له ؛ فيصرف في المصالح ، فإنه لا حجة لمدعيه » .

(٢) وهذا الوجه هو الأقوى . انظر الروضة (٥٥/١٢) .

(٣) في نسخة أخرى : « مستحقه الإزالة بالبينتين » . كذا على هامش الأصل .

(٤) من ادعى ملكا مطلقًا في يد غيره ، فأنكره صاحبُ اليد ، وكان لكل منهما بينة ، فإن بينة المدعي تُسمى « بينة الخارج » ، وبينةُ المدعى عليه تُسمى « بينة الداخل » ، وهاتان البينتان إما أن تكونا غير مؤرختين ، أو مؤرختين بتاريخ واحد ، أو تاريخ إحداهما أسبق من الأخرى ، أو إحداهما بتاريخ والأخرى من غير تاريخ ، ففي هذه الصور : تُقَدم بينة الخارج على بينة الداخل عند أبي حنيفة والحنابلة وهو المشهور عن أحمد ، إلا إذا كان تاريخ إحداهما أسبق من الأخرى ، فإنه يُقضى بها للأسبق تاريخًا اتفاقًا .

وعند المالكية والشافعية : تُقَدم بينةُ الداخل ؛ لأنهما استويا في إقامة البينة ، فتعارضت البينتان ، وترجحت بينةُ صاحب اليد بحيازته ؛ ولأن جانب المدعى عليه أقوى ؛ استصحابًا للأصل ، فالأصل معه ، وهو بقاء ما كان على ما كان . انظر : المبسوط (٣٢/١٧) . طريقة الخلاف في الفقه ص (٤٠٢-٤٠٥) . تكملة شرح فتح القدير (١٧٣/٨ - ١٧٥) . الشرح الكبير (٢٢١/٤) مختصر المزني ص (٣١٤) . المغني لابن قدامة (٢٧٥/٩ ، ٢٧٦) . الفقه الإسلامي وأدلته (٥٢٩/٦ - ٥٣٢) .

المقام الأول : أن لا يكون عليه مُدَّعٍ [1] وأراد إقامة بيّنة للتسجيل ، فالمذهب أنه لا تسمع ؛ إذ لا حجة إلا على خصم ، فطريقه أنْ ينصب [2] لنفسه خصمًا . وفيه وجه : أنه تُسْمع لِغرضِ التسجيل وإثباتِ الملك ؛ فإن اليد لا تُثْبت الملك .

المقام الثاني : أن يكون له خصمٌ مُدَّعٍ [3] لا بينةَ له ، فأراد الرجلُ إقامة البينة لِيَصْرف اليمينَ عن نفسه . فالمذهبُ : أنه لا تُسْمع ؛ إذ الأصلُ في جانبه اليمينُ بنصّ الخبر ، وإنما يُعْدَل إلى البينة حيث لا تَكْفيه اليمينُ . وخَرَّجَ ابن سريج قولًا : أنه تُسمع كما في [4] المودَع تُسمع بينتُه وإنْ قدر على اليمين .

المقام الثالث : أن يُقيم المدعي بينةً ولكن لم تعدَّلْ ، فهل تُسمع بينة الداخل قبل التعديل ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم كما بعد التعديل إذا [5] قامت أصلُ الحجة [6] .

والثاني : لا ؛ لأنه لا حاجة إلى أن يخالف منصبَه ويُنْهض مدعيًا ، والبينة تقبل من المدعي .

المقام الرابع : إذا عُدّلت بينة المدعي ، ولم يَبْقَ إلا القضاء ، فهذا أوانُ بينتِه ، فتُسْمع عندنا قطعًا ؛ لأنَّ كونَه صاحبَ اليد : لا يمنعه من دعوى الملك حيث لا تُغْنيه اليدُ . ولا التفاتَ إلى قولِ مَنْ يقول : إنَّ بينته إنما تعتمد ظاهرَ يده ؛ لأنَّ بينة الخارج إنما تعتمد أيضًا يدًا كانت له ؛ لأنّ اليدَ والتصرُّفَ دليلُ الملك ، وكونُه مقارنًا لا يُؤَثر . ومن أصحابنا من ارتاع منْ هذا وشَرَط في بينه الداخل أن تشتمل على إسناد [7] الملك إلى سبب ، ولم يسمع على الملك المطلق . وهو ضعيف .

ثم اختلف الأصحابُ في أنهما يتهاتران ، ويُسَلّم الملك للداخل بيمينه ، أو ترجح باليد ، فيحكم له بموجب البينة ؟ فإنْ قلنا : يرجح ، فهل يلزمه الحلفُ مع بينته ؟ فيه وجهان كما ذكرناه عند التفريع على قول القرعة [8] .

---

(1) في النسخ الثلاثة : « مدعي » .

(2) في (أ) ، (ب) : « ينسب » .

(3) في النسخ الثلاثة : « مدعي » .

(4) في (أ) : « كما أنّ » .

(5) في (أ) ، (ب) : « إذ » .

(6) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٢/٩٥) .

(7) في (أ) ، (ب) : « استناد » .

(8) والأصح أنه لا يحلف إذا قلنا : إن القضاء للداخل بالبينة المرجّحة باليد . انظر الروضة (١٢/٦٠) .

المقام الخامس : إذا لم تكنْ بينتُه [١] حاضرةً حتى أزلنا يده ، فجاءت بينتُه . فإن ادعى ملكًا مطلقًا ، فهو بينة مِنْ خارجٍ . وإن ادعى ملكًا مستندًا إلى ما قبل إزالة اليد [٢] وزعم أن البينة كانت غائبة ، فوجهان :

أحدهما : أنها تردُّ إليه ، وتُرجح باليد ولا حكم للإزالة السابقة .

والثاني : أنه كالخارج ؛ لأنَّ تيك اليد قد اتصل القضاءُ بزوالها ، فلا ينقض .

المقام السادس : إذا أقام بعد القضاء باستحقاق الإزالة ولكن قبل التسليم ، فوجهان مرتبان وأولى بأن ترجح .

فرعان

الأول : لو أقام الخارجُ بينةً على الملك المطلق ، وأقام الداخلُ بينةً على أنه مِلْكُه اشتراه من الخارج : تقدم بينةُ الداخل كما لو أطلق ، ولا تُزَال يَدُه قبل إقامة البينة . وقال القاضي : تُزَال يده إذا ادعى ذلك ؛ إذ يُقال : اعترفتَ له بالملك فَسَلِّمْ إليه ، ثم أثبتْ ما تَدَّعِيه من الشراء . وكذلك لو قال : أدعي أنه أبرأ عن الدَّيْن المدَّعَى به ، يُقال له : سَلِّم الدَّيْنَ ، ثم أَثْبتِ الإبراءَ ، فقد انتهضت الخصومة الأولى ؛ كما إذا ادعى على الوكيل بالخصومة إبراءَ موكّله الغائب . وجماهيرُ القضاةِ على أنه لا يُطَالب بالتسليم إذا كانت البينةُ حاضرةً بخلاف الموكّل الغائب ، فإنّ تأخيرَ ذلك يَطول . وكذا لو قال : لي بينةٌ غائبة ، فيكفيه تسليمُ العَيْنِ والدين في الحال .

الفرع الثاني [٣] : مَنْ أقرَّ لغيره بملكٍ ، ثم عاد إلى الدعوى : لم تُقْبل دعواه حتى يدعي تلقي الملك منه . أمّا إذا أُخرج مِنْ يده بينة ، فجاء يَدّعي مطلقًا ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يُقْبل ؛ إذ البينة في حقه كالإقرار .

والثاني : أنه يُقبل ؛ لأنّ الرجل يُؤاخذ بإقرار نفسِه في الاستقبال ، ولولاه لم يكنْ في الأقارير فائدةٌ .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « بينة » .

(٢) في (أ)، (ب) : « البينة » والصواب ما في الأصل .

(٣) كلمة : (الفرع) زيادة من (أ) ، (ب) .

أما حكم البينة فلا يلزم بكل حال . ولا خلاف أنّ دعوى ثالثٍ بالملك مطلقًا : تسمع ؛ إذ لم يلزمه حكمُ البينة المقامة على غيره . فهذا ثلاثُ مراتب ، فَلْتُفْهَم .

الحالة الثالثة : أن تكون الدارُ في يدهما ، وادعى كلُّ واحدٍ جميعَها :

فإنْ لم تكن بينةٌ ، فيتحالفان ؛ إذْ كلُّ واحدٍ مُدَّعٍ في النصف ، مُدَّعًى عليه في النصف . فيبدأ القاضي بمن يراه أو بالقرعة ، فإنْ حلفا أو نَكَلا ، بقيَ الدارُ في يدهما كما كان . وإنما يحلف كلُّ واحدٍ على النَّفْي بخلاف المتحالفين في البيع ؛ إذْ كلُّ واحدٍ يحلف على إثباتِ ما يدّعيه ، ونَفْيِ ما يُدَّعَى عليه / لأنه ليس يتميّز في البيع المدَّعِي عن المدَّعَى عليه ، أمّا هاهنا ، فالتمييزُ ظاهرٌ ؛ ٣٠٤/ب إذ نصفُ الدارِ مميّزٌ [1] عن النصف الآخر . ومنهم من قال : في المسألتين [2] قولان بالنقل والتخريج .

أما إذا حلف الأولُ ، ونكل الثاني : رُدَّت اليمينُ على الأول ، فيحلف على الإثبات في النصف الآخر ؛ لأنَّ هذه يمينُ المدعي المردودة .

فلو أقام الناكلُ بينةً بعد اليمين المردودة ، ففيه وجهان يَنْبنيان على أنّ اليمين المردودة كالإقرار أو البينة ؟ فإن قلنا : إنها كالإقرار ، لم تُقْبل . أما إذا نكل الأولُ ، فَتُعْرض على الثاني يمينُ النَّفْي واليمينُ المردودة . وفي تعدد اليمين وجهان :

أحدهما : أنه يتعدَّد ؛ لتعدد الجهة .

والثاني : أنه تكفي يمينٌ واحدة جامعةٌ بين النَّفْي والإثبات ؛ للإيجاز [3] ، فيحلف أنَّ جميعَ الدار له ليس لصاحبه فيها حقٌّ . فلو قال : واللّهِ ، إنَّ النصف الذي يدَّعيه ، ليس له فيه حقٌّ ، والنصفُ الآخرُ هو لي : اكتفي بذلك .

أما إذا كان لأحدهما بينةٌ : فَتُسْمع ابتداءً وإن كان داخلا في النصف ، ولكنْ تُسمع تابعًا للنصف الآخر وإنما ينقدح الردُّ على ردِّ بينة الداخل وحده إذا [4] أنشأ مع الاستغناء عنه ، وههنا احتاج لأجل النصف .

ولكن [5] لو أقام الثاني بينةً ، فقد قيل : الآنَ ، يجب على الأول إعادةُ بينته ؛ لِيَقعَ بعد بينة

---

(١) في (أ) ، (ب) : « متميز » . (٢) في نسخة أخرى : « في المسألة » كذا على هامش الأصل .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٥٣/١٢) . (٤) في (أ) ، (ب) : « إنْ » .

(٥) في الأصل : « لكن » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

الخارج . ولا يَبْعُد التساهلُ فيه أيضًا .

المدرك الثالث : اشتمال إحدى البينتين على زيادةِ تاريخٍ ، أو سببِ ملكٍ .

والنظرُ في أطراف :

الأول : في التاريخ . فإنْ تساوَيَا في التاريخ فيتعارضان [١] . وإنْ شهِدَتْ إحداهما على الملك منذ سنة ، والأخرى منذ سنتين ، ففيه قولان :

أحدهما : أنهما يتعارضان ؛ إذ المطلوبُ هو الملك [٢] في الحال ؛ فلا تأثير للسبق .

والثاني : ترجّح السابقة [٣] . وهو اختيار المزنيِّ [٤] ومذهبُ أبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأنّ ما سَبَق ثبوتُه ، فالأصلُ بقاؤه ، فيصلح [٥] للترجيح واستدلَّ المزنيُّ بما لو شهدتْ إحداهما النتاجَ [في يده] [٦] أو سببٍ آخر [٧] من أسباب الملك [فإنَّه يُقْضى بتقديمها] [٨] : وقضى الأصحابُ بطرد القولين وإنْ شهدتْ إحداهما على سبب الملك أيضًا .

ويجري القولان في بينة الزوجين على الزوجية إذا سبق التاريخُ . فإن كانت إحدى البينتين مطلقةً ، والأخرى مؤرخة فقولان مرتبان وأولى بأنْ لا ترجح [٩] ؛ لأن المطلقة كالعامّة .

أما إذا كان السَّبْقُ في جانب ، واليدُ في جانب [١٠] : فإنْ قلنا : السبقُ لا ترجيح به ، فاليدُ مقدمةٌ . وإن رجحنا به ، فهاهنا ثلاثةُ أوجهٍ :

---

(١) ومن ثَمَّ فلا تُرَجَّح إحداهما على الأخرى .

(٢) في (أ) ، (ب) : « المال » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « ترجيح السابقة » . والمذهب على هذا القول الثاني . انظر الروضة (٦٢/١٢) . والغاية القصوى (١٠٣١/٢) .

(٤) انظر اختيار المزني (رحمه الله) في مختصره ص (٣١٥) . ومذهب أبي حنيفة في تكملة شرح فتح القدير (١٧٣/٨) .

(٥) قوله : « فيصلح » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وسببِ آخر » .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « وأولى بأنْ لا ترجيح » . والمذهب في هذه المسألة أنهما متعارضتان ؛ ومن ثم فلا ترجح إحداهما على الأخرى . انظر المنهاج ص (١٥٦) .

(١٠) أي السبق في التاريخ ثابت في بينة أحد المتنازعين ، والمتنازَع عليه في يد الآخر .

أحدها : أنَّ السبق أولى .

والثاني : اليدُ أولى (١) .

والثالث : أنهما يتعارضان .

تنبيهات

الأول : إذا شهدت البينةُ على ملكِ إنسانٍ بالأمس ، ولم تتعرَّضْ له في الحال : لم تُقبل – على الجديد – بخلاف ما لو شهد على إقراره بالأمس ، فإنه يثبت الإقرار ، والإقرارُ الثابت مُسْتَدَامٌ حكمُه ، وعليه عَمَلُ الأولين (٢) ، وإلا لبطلت فائدةُ الأقارير ؛ لأن المقِرَّ يُخْبر عن تحقيقٍ ؛ فيظهر استصحابُه ، والشاهدُ يَشْهد على تخمينٍ في الملك ، فإذا لم ينضمَّ إليه الجزمُ في الحال : لم يؤثر . وكذلك لو شهدت البينةُ على أنه كان مِلْكَه بالأمسِ اشتراه من صاحب اليد : فتُقْبل ؛ لأنه يُدْرَك يقينًا ، بخلاف ما لو قال : اشتراه من غيره ؛ لأنه لا يكون حجةً على صاحب اليد . أمّا إذا أقرَّ المدَّعىَ عليه بملكٍ سابقٍ ، وقال للمدَّعِي : كان مِلْكَكَ أمْسِ ، فهل يلزمه التسليمُ استصحابًا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه يلزمه ؛ كما لو ثبت إقرارُه بالأمس (٣) .

والثاني : لا ، كما لو شهدت البينةُ على ملكِه بالأمس ، فإنه مردَّدٌ بينهما . فهذه ثلاثُ مراتب . وهاهنا قول قديم : أنّ البينة – وإنْ شهدت على الملك بالأمس – فَتُقْبل ؛ كالإقرار بالأمس . ووجهٌ غريبٌ مَالَ إليه القاضي : أن الإقرار السابق – إذا شهدت عليه البينةُ – لا يُسمع : ما لم يتعرَّض الشاهدُ للملك في الحال . والمشهورُ الفرقُ كما سبق (٤) .

التفريع : إذا فرعنا على الجديد ، فسبيلُ الشاهدِ أن يقول : كان مِلْكَه بالأمس ولم يَزُلْ ، أو : هو الآن مِلْكُه ، ويكون (٥) مستنده فيه الاستصحاب ، ويجوز ذلك إذا لم يَعْلم مُزِيلًا ، فلو

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٢/٦٣) . والمنهاج ص (١٥٦) .

(٢) في الأصل : « عَمِلَ الأولون » والأولى سياقًا ما في (أ) (ب) وهو المثبت .

(٣) وهذا هو الأصح . انظر الروضة (١٢/٦٤) .

(٤) أي الفرق بين الإقرار والبينة .

(٥) في الأصل : « يكون » بدون الواو ، وهي ثابتة في (أ) ، (ب) .

صرَّحَ بأني مُسْتصحبٌ ملكَه ؛ فإني لا أعلم مُزِيلًا ؟ قال الأصحاب : لا تُقْبل ؛ كشهادة الرّضاع على صورة الامتصاص وحركةِ الحلقوم . وقال القاضي : تُقبل ؛ إذ نعلم أنه لا مستند له سواه بخلاف الرضاع إذ يُدْرِك ذلك بقرائن لا تُعْرِب العبارةُ عنه . نعم ، لو قال الشاهد في معرضِ مرتابٍ : لا أدري ، أَزَال ملكُه ، أو لم يَزُل ؟ لم تُسمع ؛ لفسادِ الصيغة .

أما إذا قال : لا أعلم مُزِيلًا : كَفَاه ، وأكثرُ الأصحاب على أنه لابُدّ من الجزم في الحال .

ولا خلافَ أنَّ البينة لو شهدتْ بأنَّه كان في يد المدعي بالأمس : قُبِل / وجُعِلَ المدَّعِي صاحبَ اليد . ٣٠٥/أ

التنبيه الثاني : أنَّ البيّنة لا تُوجِب الملكَ ، لكن تُظْهِرُه ، ومن ضرورته [١] التقدمُ بلحظة على الإقامة [٢] . فلو كان المدَّعَى دابةً ، فنتاجُها الذي نتج قبل الإقامة : للمدَّعى عليه . وما نتج بعد الإقامة وقبل التعديل : فللمدَّعي .

فلو كانت شجرةً - ثمرتُها باديةٌ - فهي للمدّعَى عليه .

وفي الحمل احتمالٌ [٣] ؛ إذ انفصالُ الملكِ فيه ممكنٌ بالوصية . وهذا في البينة المطلقة التي لا تتعرّض لملك سابق .

التنبيه الثالث : أنَّ مقتضى ما ذكرناه أنْ لا يَرْجع المشتري بالثمن - إذا أُخِذ منه المبيعُ - ببينة مطلقة [٤] ؛ لأنه ليس يقتضي الزوال إلا من الوقت . قال القاضي : « يحتمل أن يُقال : لا يرجع إذا كانت الدعوى والبينةُ مستندةً إلى ملكٍ سابق . وإطلاقُ الأصحاب يُحْمل [٥] على

---

(١) أي الملك . (٢) يعني إقامة البينة .

(٣) يعني إذا كان المدَّعَى دابةً ، وهي حاملٌ ، وهذا الحمل يكون من حق المدعي - على الأصح - تبعًا للأم . انظر الروضة (١٢ / ٦٥) .

(٤) يعني إذا اشترى شيئًا ، فادعاه شخصٌ وأقام على ذلك بينةً ، فانْتُزِعَ المبيعُ منه ، وأُعْطِي للمدعي ، فليس للمشتري الرجوعُ بالثمن على البائع ؛ وذلك لاحتمال انتقال المبيع من المشتري إلى المدعي بملكٍ صحيح ، كَهِبَةٍ أو غيرِها . لكن الذي أطبق عليه الأصحاب ثبوت الرجوع كما سيذكر الغزالي (رحمه الله) . وانظر الروضة (١٢/٦٥) .

(٥) في الأصل : « يحتمل » . والمثبت في (أ) ، (ب) .

أنهم أرادوا ذلك ؛ فإنه غير نادر » لكنّه قال : في كلامِ الأصحاب ما يَدُلُّ على خلاف ما قلتُه ؛ إذ قالوا : لو أخذ من المشتري – أو المتَّهِب [(١)] من المشتري – فللمشتري الأولِ الرجوعُ على البائع منه [(٢)] . ولعلَّ سببَه أنّ البينة إذا كانت مطلقةً لا تشهد على إزالة الملك ، فيحمل على الصدق المطلق ؛ فالحاجةُ تمسّ إلى ذلك في عهدة العقود .

أما إذا ادعى عليه : أنك أزلتَ الملكَ ، فأنكر وقامت البينة على إزالته : فلا رجوعَ له . وأمّا مجردُ دعوى المدعي للإحالة [(٣)] عليه : فلا تمنع الرجوع [(٤)] ؛ إذا لم تشهد البينة عليه .

التنبيه الرابع : لو ادعى أرضًا – وزَرْعُها فيها [(٥)] – وأقام بينةً عليها وأنه زَرَعها ، وأقام صاحبُ اليدِ بينةً : أمّا الأرضُ فلصاحبِ اليدِ . وأمّا الزرعُ ، فيبنى على أنّ السبق واليد ، إذا اجتمعا ، أيُّهما يُقَدَّم ؟.

الخامس : إذا ادّعى ملكًا مطلقًا ، فذكر الشاهدُ الملكَ وسببَه : لم يَضرّ ، لكنْ إن طلب الخصمُ تقديم [(٦)] حجته – لاشتمالها على ذكْرِ السبب – فلا يُجَاب إليه إلّا بأنْ تُعَاد البينة بعد دعواه ؛ فإنّ الذّكْر قبل الدعوى لاغ ، ولا تُجْرح البينة ، بخلاف ما لو ادّعى ألفًا ، فشهدت البينةُ على ألفين ، رُدّ [في] [(٧)] الزيادة ؛ لأنها زيادةٌ مستقلة . وهل تُرَدُّ في الباقي ، كيلا تتبعَّضَ البينة ؟ فيه وجهان .

فإنْ قلنا : تُرَدّ ، فهل يَصير الشاهدُ مجروحًا به ؟ فيه وجهان يجري في كل شهادة تُؤدَّى قبل الدعوى .

ولو ذكر المدعي سببًا ، وذكر الشاهدُ سببًا آخر ، فالصحيحُ أنه لا يُقبل ؛ للتناقُضِ . وقيل : تُقْبل على المْلكِ ويُلْغَى السبب .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أو من الواهب » .

(٢) قوله : « منه » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « للإزالة » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فلا يمتنع الرجوع » .

(٥) في الأصل : « وزَرْعًا فيها » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : (ب) : « تقدم » .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

الطرف الثاني
التنازع في العقود

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال صاحبُ الدار : أكريتُ [1] بيتًا من الدار بعشرة . وقال المُكْتَرِي : بل اكتريتُ الكلَّ بعشرة . وأقام كلُّ واحد بينةً [2] . قال ابن سريج : بينةُ المكتري أولى ؛ لاشتماله على ذكر زيادةٍ ، حتى لو قال المكري : اكتريتَ جميع الدار بعشرين ، وقال المكتري : بل بعشرة ، فبينةُ المُكْرِي أولى ؛ لأنّ فيه زيادةً ، وهو ضعيفٌ . بل الصحيحُ التعارضُ [3] ؛ لأنّ هذه زيادةٌ في مقدار المشهود به ، وليس فيه زيادةُ إيضاحٍ ، بخلاف استناد الملك إلى سببٍ أو تاريخٍ سابقٍ . فإنْ فرّعنا على التعارض ، ورأينا التهاتر [4] ، فيتحالفان وكأنه لا بينة ، ولا تُجْعَل [5] الزيادةُ مَرْعيةً ، وبه يتبينُّ [6] ضَعْفُ رَأْيِ ابنِ سُريج . وإن قلنا بالوقف ، فلا وَجْهَ له ؛ إذِ المنافعُ تفوت . وإنْ قلنا بالقسمة فكذلك ؛ فإن الزيادة يَدّعيها واحدٌ . وينفيها الآخرُ ، وإنما يمكن القسمة إذا ادّعى كلُّ واحد لنفسه . وأما القرعةُ فممكنٌ ، ولكن استعمالُها ضعيفٌ ؛ لأنها لا تُستعمل إلا في إفراز الحقوق المشتركة ؛ لينقطع النزاعُ ، أو في العتق ؛ للخبرِ .

ومن رأى القسمة أو الوقْفَ وتعذّر عليه : اختلفوا ، منهم من رجع إلى قول التَّهَاتُر ؛ لِعُسْرِ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « اكتريتَ » .

(٢) وهنا حالتان أخريان للمسألة :

الأولى : ألا يكون لكل منهما بينةٌ على دعواه ، فيتحالفان ، ثم يفسخ العقد ، وعلى المستأجر أجرةُ مثلِ ما سكن في الدار أو البيت .

الثانية : أن يُقيم أحدُهما بينةً دون الآخر ، فيُقْضى بالبينة . انظر الروضة (١٢ / ٦٧) .

(٣) وهو الأظهر والمنصوص كما في الروضة (١٢ / ٦٧) . والوجيز (٢ / ٢٧٠) . والغاية القصوى (٢ / ١٠٣١) .

(٤) يعني إسقاطَ بينةِ كلٍّ منهما وعدمَ الاعتداد بها . انظر معجم لغة الفقهاء ص (١٤٨) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وتُجْعل » .

(٦) في الأصل و (أ) : « وبه تبين » . والمثبت من (ب) .

الاستعمال . ومنهم من رجع إلى الطريق الممكن في الاستعمال - وهو القرعة - فيرى الاستعمال بأحد الطرق [١] أولى من التهاتر .

الثانية : إذا ادّعى رجلان دارًا في يدِ ثالثٍ ، يزعم كلٌّ واحدٍ أن الثالث قد باعه ، وقبض منه مائةً في [٢] ثمنها ، فتجري الأقوالُ الأربعة في بيّنتَيْهِما [٣] ، لكنْ لابُدّ من البينة ؛ لأمور :

(أحدها) [٤] : أنّا - على قول « القرعة » - نُسَلّم الدارَ إلى من خرجت قرعتُه ، ونُسَلم الثمنَ إلى الثاني ؛ لأنّ القرعة مؤثرة [٥] في محلّ التناقض وهو رقبة الدار . أما اجتماعُ الثمنين عليه فممكنٌ لا تضادَّ فيه .

وعلى قول « الوقف » تُخرج الدارُ والثمنُ من يده ، ويتوقّف فيهما .

وعلى قول « القسمة » يأخذ كلٌّ واحدٍ نصفَ الدارِ ونصفَ الثمنِ . ثم لكلِّ واحدٍ أن يمتنع

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الطرفين » . (٢) في (ب) : « من » .

(٣) في الروضة إيضاح لهذه المسألة وبيانٌ لحالاتها الممكنة ، فأنقلها مع شيء من التصرف :

« فإذا ادعى كلٌّ منهما ذلك ، فإن أقرّ صاحبُ اليد لأحدهما ، سُلّمت إليه الدار .

وإن أنكر صاحب اليد ما ادَّعَياه ولا بينةَ لأحدهما : حلف لكل واحد يمينًا وبَقيت الدارُ في يده .

وإن أقام أحدُهما بينةً ، سُلمّت الدار إليه ، وليس للمدعي الآخر تحليفُه ؛ لأنه لم يُفوِّت العينَ عليه ، وإنما أُخذت بالبينة ، وله دعوى الثمن .

وإن أقاما بينتين ، نُظر : إن كانتا مؤرختين بتاريخ مختلف ، قدّم أسبقهما تاريخًا . فإن لم تكونا كذلك ، فللمدَّعَى عليه حالتان :

الأولى : أن يستمرّ على التكذيب ، فتتعارض بينتاهما ، فإن أجرَيْنا قولَ السقوط فيهما ، حلف المدعى عليه لكل واحد منهما ؛ كما لو لم تكن بينةٌ . وهل لهما استردادُ الثمن ؟ وجهان : الأصح : نعم . وهذا إذا لم تتعرض البينةُ لقبض المبيع . فإن تعرضتْ فلارجوع بالثمن ؛ لأن العقد استقر بالقبض .

وإن قلنا : تُستعمل البينتان ، فيصح مجيءُ قول « الوقف » فتنتزع الدار من يده والثمنان ، ويوقف الجميع » .

وانظر الحالة الثانية وتفصيلَها في الروضة (١٢ / ٦٨ ، ٦٩) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الأول » . (٥) في الأصل « مؤثر » والمثبت من (أ) ، (ب) .

عن النصف لِتَبَعُّضِ المبيع عليه (١) ؛ فيرجع إلى جميع الثمن .

فإنْ فسخ أحدُهما ، فللآخِر أنْ يَطلب جميعَ الدار ؛ إذ يقول : كانت القسمةُ لأجل المُزَاحم ، وقد اندفع . وفيه وجه : أنه يقتصر على النصف .

الثاني : أن الشيخ أبا محمد قال : « لا أُجْرِي قول / القرعة إذا كانتا مطلقتين غير مؤرختين (٢) حتى يؤرخا بتاريخ واحد يظهر تناقضُه ؛ إذ هي لتمييز الكاذب ، وصِدْقُهما ممكنٌ بتعاقُبِ عقدينِ بعد تخلُّلِ ملكٍ » ، وهذا ضعيفٌ ، بل هي لتقديم أحدِ المتساويين . ٣٠٥/ب

الثالث : أن الربيع خرَّج قولًا خامسًا : وهو أن تُستعمل البينتان لِفَسخِ العقدين ؛ إذ تعذّر عَقْدُ كلٍّ واحدٍ بسبب بينة الآخر .

الرابع : أن الأقوال تجري إذا كانتا مُطْلقتين ، أو مؤرختين بتاريخ واحد . أما إذا سَبَق تاريخُ إحداهما ، فهي مقدمةٌ ؛ لأنّ البيع (٣) إذا ثبت سَبْقُه مَنَع صحةَ مابعده .

المسألة الثالثة : عكس الثانية ، وَهو أن يدّعي كلُّ واحدٍ منهما بَيْعَ الدار من الثالث بألف ، ومقصودُهُما طَلَبُ الألفِ وتركُ الدار في يده : فالصحيح أنّ الأقوال لاتجري ؛ لأنّ الذمة مُتَّسِعَة (٤ لإثبات الثمنين ٤) ، فيلزمه تَوْفِيَتُهما ، بخلاف ما إذا كان المطلوبُ منه رقبة الدار [لأنها واحدة تضيق] (٥) . ومن الأصحاب مَنْ أَجْرَى الأقوالَ ؛ لأنهما رَبَطَا الثمنين (٦ بعين واحدة ، ولا يصحّ ذلك إلا إذا عينا وقتًا واحدًا يستحيل تقدير الجمع ، وإلا فلزوم الثمنين ٦) في عقدين بينهما ببدل ملك : ممكن ، إلا أنّ تعيين وقتٍ واحد لايتسع (٧) لكلمتين أيضًا : لا يُدْرِكه الحِسُّ إلا إذا اكتفينا بجواز شهادة النَّفْي مهما استند إلى وقت معينٍّ ؛ فإن السكوت عن البيع يُشَاهد ، فنعلم أنه نفى البيع ، وفي مثل تلك الشهادة خلافٌ (٨) .

(١) قوله : « عليه » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٢) يعني بينة كلٍّ واحد من المدّعِيَيْنِ .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الشراء » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لإثبات اليمين المردودة » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لا يسع » .

(٨) وفي الروضة (١٢ / ٧٣) أن الأصح من هذا الخلاف قبول هذه الشهادة ؛ لأن النَّفْيَ المحصور ، كالإثبات في إمكان الإحاطة به .

المسألة الرابعة : ادعى عبدٌ أنّ مولاه أعتقه ، وادعى آخرُ أنّ مولاه باعَه منه ، وأقام كلٌّ واحد بينةً . فإن كان فيهما تاريخ : قُدم السابقُ ؛ لأنه يَمنع صحةَ ما بعده . وإن لم يكن ، جَرى الأقوالُ كلُّها .

وعلى قول القسمة ، يعتق نصفُ العبد ، ويحكم بالملك في النصف . والصحيحُ : أنه لا يَسْرِي إليه العتْقُ ؛ لأنه محكوم به قهرًا . وذكر العراقيون قولين ، وزعموا أنه يَسْرِي [إليه العتق] [1] في قولٍ ؛ لأنه حكم عليه باختياره العتق . واعترض المزنيُّ وقال : « ينبغي أن تُقدم بينةُ العتق ؛ لأنّ العبد كصاحبِ اليد في حق رقبته [2] » ، وهو ضعيفٌ ؛ لأنه في يد سيده ما لم يثبت عِتْقُه ، فهو يدَّعي اليدَ ، ولم تثبت بَعْدُ .

* * *

---

(1) زيادة من (أ) ، (ب) .

(2) انظر قول المزني في مختصره ص (٣١٦) .

الطرف الثالث
في النزاع في الموت والقتل

وفيه مسائل ثلاثة [١] :

الأولى : رجل معروف بالتنصُّر مات ، وله ابنٌ مسلم يدعي أنه مات مسلما ، والابنُ النصرانيّ [٢] يدعي أنه لم يُسْلِمْ ، فالقولُ قول النصراني ؛ لأنّ الأصل عَدَمُ الإسلام .

ولو أقام كل واحد بينة قُدّمتْ [٣] بينةُ المسلم ؛ لاشتمالها على زيادة ناقلة عن الاستصحاب ، وكذلك إذا ادّعى الابنُ الإرثَ في دارٍ ، فأقامت زوجةُ أبيه بينةً أنه أَصْدَقَها الدار ، أو اشترتها [٤] من أبيه : قُدّمت [٥] بينتُها .

أما إذا شهدت بينةُ النصراني أنه نطق بتنصُّرٍ ومات عقيبه ، فقد تعارَضَا ؛ فتجري الأقوالُ الأربعةُ . وقال أبو إسحاق المروزي : « لا يجري قولُ القسمة ؛ إذ [٦] لا يَشْتَرك في الميراث مسلمٌ وكافرٌ » . وهذا ضعيفٌ ؛ إذ كلُّ بينةٍ تقتضي كمالَ الملك لصاحبها ، فاندفع في النصف بالأخرى ؛ إذ ليس أحدُهما بأولى ، فيكفي إمكانُ الشركة في جنس الملك .

أما إذا كان الميتُ مجهول الدين ، فقال كل واحد منهما : لم يَزَلْ على ديني حتى مات ، فليس أحدهما أولى بأنْ يُجْعل القولُ قولَه ؛ فَتُجْعل التركة كَمَالٍ في يد اثنين تنازعاه . وقال القاضي : « إن كان في يد أحدهما كان [٧] القولُ قولَه » . وهذه زلةٌ ؛ لأنه معترفٌ بأنَّ يده من جهة الميراث ؛ فلا أَثر ليده مع ذلك .

فإن أقام كلُّ واحد بينةً ؛ جرت الأقوالُ الأربعة . وقيل : بينةُ الإسلام تُقَدَّم ؛ لأنه الظاهر في

---

(١) كلمة : « ثلاثة » ساقطة من (أ) ، (ب) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « وابنٌ نصرانيٌّ » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « قدّم » .
(٤) في الأصل : « واشتراها » ، وهو خطأ واضح ، والمثبت من (أ) ، (ب) .
(٥) في (أ) ، (ب) : « قدّم » .
(٦) في (أ) ، (ب) : « لأنه » .
(٧) كلمة : « كان » ليست في (أ) ، (ب) .

دار الإسلام . وهذا بعيدٌ ؛ إذ لو كان كذلك لجُعِلَ القولُ قولَه ، نعم ، نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) أن هذا الشخص يُغَسَّل ويُصَلّى عليه إذا أشكل أمْرُه [1] . والصلاةُ على نصرانيّ أهونُ من ترك الصلاة على مسلم .

المسألة الثانية : مات نصرانيٌّ ، وله ابنٌ مسلمٌ يَدّعي أنه أسلم بعد موته [2] ؛ فيرث . وابنُه النصرانيُّ يدعي أنه أسلم قبل موته ؛ فلا يرث [3] ، فللمسألة حالتان :

(إحداهما) : أن يتفقا على أنه أسلم في رمضان ، ولكن ادعى أن الأب مات في شعبان . وقال [الأخ] [4] النصرانيّ : بل مات في شوال : فالقولُ قول النصراني ؛ لأن الأصل بقاءُ الحياة . فإن أقام كلٌّ واحد بينةً ، قال الأصحاب : تُقَدم بينة المسلم ؛ لاشتمالها على زيادة عِلْمٍ بالموت في شعبان . أما كونُه ميتًا في شوال فمشتَرِكٌ . قال الإمام : هذا ضعيفٌ ؛ لأن من يشهد على الموت في شوال ، يشهد [5] على موته عن حياة . وإذا ثبت [6] الحياةُ ، حصل التعارضُ ؛ فتجري الأقوال .

(الحالة الثانية) : اتفقا على أنه / مات في رمضان ، ولكن قال المسلم : أسلمتُ في شوال . ٣٠٦/أ
وقال النصراني : بل أسلمتَ في شعبان ، فالقولُ قول المسلم ؛ إذ الأصلُ بقاءُ الكفر . وإن كان لهما بينةٌ [7] فَتُقَدم بينة النصراني ؛ لأنّ النَّاقِلة أولى من المستصحبة .

(١) انظر نصّ الشافعي (رحمه الله) في الأم (٦ / ٢٣٣) .

(٢) أي أسلم ابنه بعد موت الأب ، ومن ثَمَّ يكون له الحقّ في ميراثه .

(٣) هذه المسألة في نسختي (أ) ، (ب) كالآتي :

« مات نصرانيٌّ بعد أن أسلم ، وله ابنٌ مسلم ، وابن نصراني يدعي أنه أسلم قبل موته فيرث . وابنه المسلم يدعي أنه أسلم بعد موت الأب ، فلا يرث » .

قلت : وقوله : (يدعي أنه أسلم) الضمير هنا يعود على الابن النصراني ، وليس على الأب ؛ فإنَّ إسلامه ثابت بيقين في هذه المسألة وقد اتفق على ذلك ولداه .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « شهد » .

(٦) في (أ) : « وإذا ثبتت » ، وفي (ب) : « فإن ثبتت » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « البينة » .

فرع : زوجةٌ مسلمة[١] ، وأخٌ مسلمٌ ، وابنانِ كافرانِ : تنازعوا في إسلام الميت ، وتعارضت بينتان : فإن رأينا القسمة ، فالنصفُ للاثنين ؛ فإنهما فريقٌ ، والنصفُ للزوجة والأخ . ثم الزوجة تأخذ الربعَ من هذا النصف ؛ لأن الابن محجوبٌ بقولهما فلا نردها إلى اليمين .

ولو خلف أبوين كافرين ، وابنين مسلمين ، وتنازعوا في دِينِ الميت ، فوجهان :

أحدهما : أن القول قولُ الأبوين ؛ لأنّ الظاهر أنّ الولد يكون على دين الأبوين[٢] .

والثاني : أن القول قول الابنين ؛ لأن الإسلام ينبغي أن يغلب بالدار .

المسألة الثالثة : قال لعبده : إن قُتلتُ ، فأنتَ حُرٌّ . فشهد اثنان أنه قُتل ، وشهد آخران أنه مات حَتْفَ أنفِه ، فقولان :

أحدهما : التعارض .

والثاني : تقديم بينة القتل[٣] ؛ لاشتمالها على زيادة ؛ إذ كلُّ قتيلٍ ميتٌ ، وليس كلُّ ميتٍ قتيلًا .

ولو قال لسالم : إنْ متُّ في رمضان ، فأنت حُرّ . وقال لغانم : إن مِتُّ في شوال ، فأنت حرّ . وأقام كلُّ واحد بينةً ، فقولان :

أحدهما : التعارض .

والثاني : تقديمُ بينة رمضان ؛ لزيادة علمها بتقديم الموت . وقال ابنُ سريج : بينةُ شوال أولى ؛ لأنه ربما يُغْمى عليه في رمضان ، فَيُظَنّ موته .

فرع : إذا تنازع الزوجان في متاع البيت ، فهو في يدهما ، ولا يختصُّ السّلاحُ بالرجل ، ولا آلةُ الغَزْل بالمرأة ، خلافا لأبي حنيفة (رحمه الله)[٤] .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « زوجةُ مسلمٍ » .

(٢) هذا الوجه هو الأصح عند الأصحاب . وقال النوويّ : الوقف أرجح دليلًا . انظر الروضة (١٢ / ٨٠) .

(٣) وهذا الوجه القول هو الأظهر كما في الروضة (١٢ / ٨١) .

(٤) انظر رءوس المسائل ص (٥٤٩)

الطرف الرابع
في النزاع في الوصية والعتق [١]

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قامت بينة على أنه أعتق في مرضه عبدًا – وهو [٢] ثلث ماله – وقامتْ بينةٌ أخرى لعبدٍ آخر ، فالقياسُ أنْ يجعل كأنه أعتقهما معًا ، فَيُقرَع بينهما . لكن نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) على أنه يُعْتق من كل واحدٍ نصفُه ؛ فيجب تنزيلُه على موضع لا تجري فيه القرعة ، وذلك بأن يتقدم عتقُ أحدهما ؛ فإنه [٣] لا قرعة . ولو تقدم عتقُ أحدِهما ، ولكنْ أَشْكَل السابقُ ، فهو كالإعتاق معًا ؟ أو كالتعاقب ؟ فيه قولان [٤] . فإن [٥] قلنا : لا يُقْرع ؛ فَيُحمل تعارُضُ البيّنتين على هذه الصورة . ونقول : الغالبُ أنه أعتقهما ترتيبًا وأَشْكَلَ الأمْرُ ؛ فلا قرعة ، فيقسم عليهما .

الثانية : المسألةُ بحالها ، لكنْ أحدُ العبدين سُدُس المال [٦] فحيث يُقرع ، لو خرج على الخسيس يُعتق بكماله ، ويعتق من النفيس نصفُه لتكملة الثلث [٧] . ولو خرج على النفيس اقْتُصِر عليه ؛ فإنه كمالُ الثلث . وحيث نرى القسمةَ – على قولٍ – ففي كيفيته وجهان :

أحدهما : أنه يُعتق من كل واحدٍ ثُلثاه ؛ لأن النفيس يُضَارب بضعْفِ ما يُضارب به الخسيسُ ، كما لو أوصى لزيد بكل مالِه ، ولعمرٍو بثلثِ ماله ، وأجاز الورثةُ الوصايا ، إذ يُقسم المال بينهما أرباعًا ؛ فإن زيدًا يُضَارب بثلاثة أمثال ما يُضارَب به عَمْرٌو .

---

(١) قال في الروضة (١٢ / ٨٤) : « من الأصول الممهّدة أنّ من أَعتق في مرض موته عبدين – كلُّ واحد منهما ثلثُ مالِه – على الترتيب ، ولم تُجِزِ الورثةُ : ينحصر العتقُ في الأول . وإن أعتقهما معًا : أُقْرِعَ . فإن عُلِمَ سَبْقُ أحدِهما ، ولم تُعْلم عينُه ، فهل يُقْرع بينهما ؟ أم يُعْتق من كل واحد نصفُه ؟ قولان . أظهرهما : الثاني » .

(٢) في الأصل : « هو » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وأنه » .

(٤) والأظهر في هذا أنه يعتق من كل واحد نصفُه . انظر الروضة (١٢ / ٨٤) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .

(٦) كلمة : « المال » ليست في (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « تكملة الثلث » .

والوجه الثاني : وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) أنه يُعْتق من النفيس ثلاثةُ أرباع ، ومن الخسيس نصفُه ؛ لأنّ النفيسَ يقول : إن [(١)] أُعتقتُ أولا فجميعي حُرٌّ ، وإنْ تأخرتُ فَنِصْفي حُرٌّ ، فنصفي مُسَلَّمٌ لاخلاف فيه ، إنما النزاع في النصف الآخر [(٢)] ، وهو قدر سدسٍ بيني وبينك ، فيقسم عليهما . وهذا أيضًا ينبغي أن يَطرد في مسألة الوصية ، فيقول زيدٌ : أما الثلثان فهو مُسَلَّم لي ، وإنما التراحم في الثلث ، فيقسم علينا ، فيحصل زيدٌ على خمسة أسداس ، وعمرو على سدس . وهو مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) .

الثالثة : شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق عبده غانم - وهو ثلث المال - وشهد وارثان بأنه رجع عنه ، وأَوْصَى بسالم ، وهو أيضًا ثلث : ثَبَتَ بقول الوارثين عِتْقُ سالمٍ ، والرجوعُ عن غانم ؛ إذْ لا تُهْمَة عليهما في تبديل محلّ العتق . ولا نَظَرَ إلى تبدل الولاء فلا يُتهم العدْلُ بمثله . أما إذا كان سالمٌ سدسَ المال ، فهو مُتَّهم بتنقيص السدس ، فتُرَدّ في قدر السدس [(٣)] ، والشهادةُ إذا رُدَّتْ في بعضٍ ، فهل تُردُّ في الباقي ؟ قولان . فإن قلنا : إنها تُرَدّ ، فَيُعْتق العبدان جميعًا : الأول بالشهادة ؛ إذْ رُدَّتْ شهادة الرجوع . والثاني يُعْتَق بإقرار الوارث . وقد نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) على عتقهما .

وإن قلنا : لا ترد في الباقي ، فقد شهد على الرجوع عن جميع غانم ، وهو مُتَّهَمٌ في النصف ؛ إذْ لم يُثْبِتْ له بَدَلًا [(٤)] . ولا يُتَّهَمُ في النصف في نصف غانم ، ويعتق نصفه مع جميع سالم ؛ لأنّ نصفَ غانمٍ سدسٌ ، وجملةُ سالمٍ سدسٌ ، والثلثُ يفي بهما ، فكأنه أوصى بعتقِ نصفِ غانم وجميعِ سالم . ويحتمل أن يقال : الرجوعُ لا يتجزأ / فتَبْطل الشهادةُ على الرجوع ٣٠٦/ب
[عن عِتْقِ غانمٍ] [(٥)] وتبقى الشهادةُ بالعتق لغانمٍ . وشهادةُ الورثةِ كشهادةِ الأجانب ، فكأنه ثبت عِتْقُهما جميعًا ؛ فَيُقرع بينهما . فإن خرج على غانم : عَتَقَ فقط . وإن خرج على سالم : عَتَقَ وعتَق معه مِنْ غانمٍ نِصْفُه ؛ ليكمل الثلث .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أنا » .

(٢) في (أ) : « نصفي الآخر » .

(٣) يعني الشهادة .

(٤) في (ب) : « إذْ لم يُثْبَت له بدلٌ » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) أيضًا .

الرابعة : شهدتْ بينةٌ أنه أوصى لزيدٍ بالثلث . وشهدتْ أخرى لعمرٍو بالثلث ، وشهدت أخرى بالرجوع عن إحدى الوصيتين [لا بعينها] (١) . قال الشافعيُّ (رضي الله عنه) : « يقسم الثلث بينهما » . قال الأصحاب : سببُه رَدُّ شهادةِ الرجوع ؛ لأنها مجملة . وقال القفال : تقبل شهادة الرجوع ؛ لأن المشهودَ عليه والمشهودَ له : معيَّنٌ .

وتظهر فائدةُ الخلاف فيما لو كان شهد (٢) كلٌّ بينة بالسدس . فإن رَدَدْنا شهادةَ الرجوع المجملة ، أعطينا كلَّ واحدٍ سدسًا كاملًا . (٣ وإن قَبلْنا الشهادة ٣) وَزَّعْنا سدسًا واحدًا عليهما .

وقد تَمَّ الكلامُ في الدعاوى (٤) ، فلنذكُرْ دعوى النسب .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « شهدت » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وإن قلنا : لا ترد الشهادة » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « في الدعوى » .

كتاب
دعوى النسب وإلحاق القائف (1)

(1) القائف : هو الذي يعرف الشبه ويميز الأثر ؛ سُمي بذلك لأنه يقفو الأشياء ، أي يتبعها . والمراد هنا أنه الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود والوالد . انظر : مختار الصحاح ص (٥٤٧) . المصباح المنير (٢ / ٧٨٨) . القاموس المحيط ص ١٠٩٥) ، (١٧٠٩) . التعريفات للجرجاني ص (١٧١) . فتح الباري (١٢ / ٥٧) . معجم لغة الفقهاء (٣٥٣) .

والنظر في أركان الإلحاق ، وهي ثلاثة : المستلْحِق ، والملْحَق ، والإلحاق .

الركن الأول : المستلحِق :

ويصحُّ استلحاقُ كلِّ حُرٍّ ذَكَرٍ يُمْكن ثبوتُ النسبِ منه بنكاحٍ ، أو وطءٍ محترم . فهذه ثلاثةُ قيود :

الأول : الحرية . وفي استلحاق العبدِ والمعْتَق ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أنه يصحُّ ؛ فلا فرقَ بين الحرِّ والعبد حتى لو تداعَيَا جميعًا ، عُرِضَ على القائف [١] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُقدَّم الحرُّ على العبد ، والمسلمُ على الكافر [٢] . وعندنا لا فرق .

والثاني : لا يَلحقهما [٣] نسبٌ إلا في نكاحٍ أو وطءٍ بشبهةٍ [٤] ؛ لأنهما بصدد الولاء ، فليس لهما قَطْعُ الولاء بمجرد الدعوى .

والثالث : أنّ العبد لا ولاءَ عليه ، فَيَلْحقه مَنْ يستلحقه . أما المعتق فالولاءُ عليه حاصلٌ ؛ فلا تصحُّ دعواه . وهذا الخلافُ جَارٍ لو كان المستلحق عبدًا أو معتقًا لأجل الولاء .

القيد الثاني : الذكورة . وفي استلحاق المرأة ثلاثةُ أوجه :

أحدها : الصحة كالرجل .

---

(١) والمذهب صحة استلحاق العبد والعتيق . انظر الروضة (١٢ / ١٠١) .

(٢) انظر الهداية (٢ / ٤٦٨) . الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٢٩٣) .

(٣) يعني العبد والمُعْتَق .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أو وطءِ شبهةٍ » .

والثاني : لا ؛ لأن الولادة يُمْكن إثباتُها بالشهادة بخلاف جانب الأب [١] .

والثالث [٢] : أنها إن كانت خَلِيّةً من الزوج لحقها . وإن كانت ذاتَ زوج فلا [إذ لا] [٣] يمكن الإلحاقُ بها دون الزوج ، ولا يُمْكن الإلحاقُ بالزوج مع إنكاره .

القيد الثالث : الإمكان . وذلك بحقيقة الوطء ، أو بعقد النكاح مع إمكان الوطء – وقد ذكرناه – وإنما يمكن النسبُ من شخصين بأنْ يجتمعا على وطئها في طهر واحد : إمّا بالشبهة أو بملك اليمين ، فإنْ وطيء الثاني بعد تخلُّلِ حيضةٍ ، فالولدُ للثاني إلا أن يكون الأول زوجًا فلا ينقطع الإمكانُ فيه [٤] بالحيض ؛ لأنه لا يُعْتبر في حقه وجودُ الوطء ، بل يكفي فراشُ النكاح مع إمكان الوطء ، وهذا موجودٌ في الطهر الثاني . وأما ملك اليمين فلا يُثبت فراشًا . والنكاحُ الفاسد يُلْحَق بالنكاح الصحيح ؟ أو بملك اليمين ؟ فيه وجهان . ولا خلافَ أنّ فراش النكاح الصحيح ينقطع بفراش آخر ناسخٍ له حتى يلحق الولد بالثاني وإن أمكنَ – من حيث الزمان – أن يكون منهما [٥] .

الركن الثاني : المُلْحِق :

وهو كل مدلجيّ [٦] ، مجربٍ ، أهل للشهادة [٧] . فهذه ثلاثة قيود .

الأول : المدلجيّ . والصحيحُ الاختصاص بهم ؛ إذْ رجعت إليهم الصحابةُ مع كثرة الأكياس فيهم . ومنهم مَنْ قال : هذه صنعةٌ تُتعلَّم ، فمن تعلَّم جاز اعتمادُ قولِه [٨] .

---

(١) والأصح أنه لايصح استلحاق المرأة . انظر الروضة (١٢ / ١٠١) . المنهاج ص (١٥٧) .

(٢) في الأصل : « الثالث » بدون « الواو » وهي زيادة (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « عنه » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بينهما » .

(٦) نسبة إلى مدلج بن مرة بن عبد مناف بن كنانة ، وكانت القيافة فيهم وفي بني أسد ، والعربُ تعترف لهم بذلك . انظر فتح الباري (١٢ / ٥٧) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « أهل الشهادة » .

(٨) وهذا هو الصحيح ؛ فيجوز أن يكون القائف من بني مدلج ، أو من غيرهم من العرب ، أو الأعاجم . انظر الروضة (١٢ / ١٠١) . المنهاج ص (١٥٦) . الغاية القصوى (٢ / ١٠٣٩) .

وأما المجرَّب ، فنعني به أن مَنْ كان مُدْلجيًا - أو ادعى علم القافة (١) - لم يُقْبل قولُه حتى يُجَرَّب ثلاثًا ، بأن يُرَى (٢) صبيًّا بين نسوة ليس فيهن أمُّه ، فإن لم يُلحق ، أُحضرت نسوةٌ أخرى ليس فيهن أمُّه ، فإن أَلْحق عَلِمْنا أنه بصير ، فنعرض عليه (٣) . وإنما يُرَى النسوة ؛ لأن ولادتهن نعلمها تحقيقًا ؛ فلا يتعينَّ عددٌ في التجربة ، بل المقصودُ ظهورُ بصيرته .

وأما كونه أهلًا للشهادة ، فلابدَّ منه ، وفيه وجه بعيد : أنه لا تُشْترط الذكورةُ والحريةُ ، وكأنه إخبارٌ . والصحيح أنه لا يُشْترط العددُ ، وكأنَّ القائفَ حاكمٌ .

الركن الثالث : في الإلحاق ، ومحلّ العرض على القائف :

إنما يُعْرض على القائف صغيرٌ تَدَاعَاه شخصان ، كلُّ واحد لو انفرد بالدعوة (٤) للحِقَه ، ولا ترجيحَ لأحدهما على الآخر . وخُرِّجَ (٥) على هذه القيود مسائلُ أربع :

الأولى : أن إثبات النسب من أبوين غَيْرُ ممكنٍ عند الشافعي (رضي الله عنه) فلذلك لزِمَ العرضُ على القائف . ومستندُ الشافعي (رضي الله عنه) حديثُ مُجَزِّزٍ المدلجيّ ، وهو معروف (٦) . وأبو حنيفة (رحمه الله) يقول : يُلْحق بهما جميعًا ، ولا نَظَرَ إلى قول القائف (٧) .

ثم عندنا يعتمد قولُ القائف في مولود صغيرٍ أو بالغ ساكت . أما البالغ المجهول إذا استلحقه / واحدٌ فوافقه ، فلا يُقْبل قولُ القائف على خلافه ؛ لأنّ الحقَّ لايَعْدوها . ولو أنكره ٣٠٧/أ البالغُ وألحقَه القائفُ ، لم يَصِرْ قولُه حجةً عليه .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « القيافة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بأنْ نُجْرِي » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فيُعَوَّل عليه » .

(٤) كذا بالنسخ الثلاثة ، والصواب « بالدعوى » .

(٥) في (أ) : « ويُخَرَّج » .

(٦) الحديث رواه البخاري في صحيحه (١٢ / ٥٧) (٨٥) كتاب « الفرائض » (٣١) باب « القائف » حديث (٦٧٧١) بإسناده إلى عائشة قالت : دخل عليَّ رسولُ الله ﷺ ذات يوم وهو مسرور ، فقال : يا عائشة ، أَلَمْ تَرَيْ أن مُجَزِّزًا المُدْلجي دخل عليَّ ، فرأى أسامةَ وزيدًا - وعليهما قطيفةٌ قد غَطَّيا رءوسَهما ، وبَدَتْ أقدامُهما - فقال : إن هذه الأقدام بعضُها من بعضٍ » . ورواه مسلم في صحيحه (٢ / ١٠٨١) (١٧) كتاب « الرضاع » (١١) باب « العمل بإلحاق القائف الولد » . حديث (١٤٥٩) عن عائشة أيضًا .

(٧) انظر الهداية (٢ / ٤٦٧) .

الثانية : صبيٌّ في يد إنسان وهو مُسْتلحِقُه ، فاستلحقه غيرُه : لم يُعْرَض على القائف بعد تقدُّمِ صاحب اليد ، ويدُهُ كفراشِ النكاحِ . والمولودُ على فراش النكاح إذا ادّعاه مَنْ يدعي وطءَ شبهةٍ : لم يَلْحقه وإن وافقه الزوجان على الوطء بالشبهة ؛ لأن حقَّ الولد يُرْعَى فيه [(١)] ، بل إن أقام بينةً على الوطء بالشبهة ، عُرِضَ على القائف .

الثالثة : صبيٌّ استلحقَه رجلٌ ذو زوجة ، وهي تُنْكر ولادتَه ، أو استلحقتْه امرأةٌ ذاتُ زوجٍ [(٢)] ، والزوجُ يُنْكر ولادتها : فيُلْحق بالرجل المسْتَلْحِق ، وفي المرأتين ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يَلْحق زوجة المستلحق وإنْ أنكرت .

والثاني : أنه يَلْحق بالمدَّعية ، ويُقَدَّر أنها ولدتْ من المدعي بوطء شبهة .

والثالث : أنه يُعْرض في حقهما على القائف .

الرابعة : إن لم نجد القائف [أو وجدناه] [(٣)] وتحيَّر ، فإذا بلغ أمرناه بالانتساب . فإن لم يَنْتسبْ حبسناه حتى ينتسب . فإذا انتسب إلى أحدهما لَحِقَه ، وكان اختياره كإلحاق القائف ، [(٤)] ولم يُقْبل رجوعُه [٤)] كما لا يُقْبل رجوعُ القائفِ ودعواه الغلطَ .

والصحيح أن المميّز لا يُخَيَّر بخلاف الحضانة [(٥)] ؛ فإن أمر النسب مُخْطرٌ .

فروع أربعة

الأول : وَطِىءَ رجلان في طهر واحدٍ [(٦)] ، وحَبَلت ، وادّعى أحدهما وسكت الآخرُ

---

(١) في (أ) ، (ب) « مَرْعِيٌّ فيه » .

(٢) في (أ) ذات الزوج .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وإن لم يُقْبَل رجوعُه » .

(٥) إذ في الحضانة يُخَير بين أبيه وأمه ، فإن اختار أحدهما تولّى حضانته كما سبق تفصيله في « الحضانة » من كتاب « النكاح » .

(٦) وذلك يُتَصور في بعض الحالات ، ومنها أن يطأ المرأةَ كلٌّ منهما بشبهة ، بأنْ يجدها في فراشه – مثلًا – فيظنها زوجَته أو أَمَته ، ومنها : أن يطأ زوجته في نكاح صحيح ، ثم يطلقها ، فيطؤها آخرُ بشبهة أو نكاح فاسد ، بأن ينكحها في العدة جاهلًا . ومنها : أن يطأ الشريكان الأمةَ المشتركة بينهما ، أو أن يطأ أمتَه ويبيعها ، فيطأها المشتري ولا يستبرئها واحدٌ منهما . انظر الروضة (١٢ / ١٠٢ ، ١٠٣) .

فقولان :

أحدهما : يُعْرض على القائف [١] .

والثاني : أنه يُلْحق بالمدعي .

الثاني : لو ألقتْ سقطا ، يُعْرَض على القائف . ولو انفصل حيًّا ومات يُعْرض ما لم يتغيَّرْ .

الثالث : نفقةُ الولد – قبل إلحاق القائف – عليهما . ثم إذا أُلحق بأحدهما رجع [على] [٢] الآخر بما أنفق . ولو أُوصِيَ له قَبِلَه كلُّ واحدٍ منهما [٣] حتى يحصل [الملكُ] [٤] له .

الرابع : من استلحق صبيًّا مجهولًا ، فبلغ وانتفى عنه ، ففيه قولان كالقولين فيمن حُكِمَ بإسلامه تبعًا ، [فبلغ] [٥] وأعرب عن نفسه بالكفر .

* * *

---

(١) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (١٢ / ١٠٦) .

(٢) ليست في النسخ ، وزدتُها توضيحًا .

(٣) يعني في مدة التوقف فإلى أن يُلْحقه القائفُ بأحدهما ، إذا أوصى له أحدٌ بشيء ، فعلى كلٍّ من المدّعِيَيْنِ أن يَقْبل هذه الوصية ، حتى لا تضيع على الولد .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) أيضًا .

كتاب العِتْق

ولا يَخْفى أنّ العتق قربةٌ ، ويشهد لنفوذه الكتابُ والسنةُ والإجماعُ [1] .

والنظرُ في : أركانه ، وخواصّه ، وفروعِه .

---

(١) ويدل على ذلك قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وما أدراك ما العقبة . فَكُّ رَقَبَة ﴾ [البلد : ١٢ ، ١٣] . وقوله ﷺ : « أيما رجل أعتق امرأً مسلمًا ، استنقذ الله بكل عضو منه ، عضوًا منه من النار » . والحديث رواه البخاري (٥ / ١٧٤) (٤٩) كتاب « العتق » (١) باب « في العتق وفضله » . حديث (٢٥١٧) .

أما أركانه فثلاثة :

الأول : المعْتِق . وهو كلُّ مكلّف ، لا حَجْرَ عليه بفَلْس وسَفَهٍ .

الثاني : المعْتَقُ . وهو كل إنسان مملوك ، لم يتعلَّق بعينه وثيقةٌ ، وحقٌّ لازم ؛ فإن في إعتاق المرهون خلافًا . وإعتاقُ الطير والبهيمةِ لاغٍ على الأصح [(١)] .

الثالث : الصيغة . وصَرِيحُه : « التحرير » و « الإعتاق » [(٢)] . و « فَكُّ الرقبة » وَرَدَ في القرآن مرةً ، ففي كونه صريحًا وجهان ، كالمفاداة في « الخلع » [(٣)] .

وأما الكناية فكلُّ ما يحتمل ، كقوله : أنت طالق ، ولا سلطانَ لي عليك ، وحَبْلُك على غاربك ، ونظائره [(٤)] .

فروع أربعة [(٥)]

الأول : لو قال لعبده : يا مولاي ، وَنوَى : عَتَقَ . ولو قال : يا سيدي ، ويا كَذْبَانُو [(٦)] للأَمَة

---

(١) قال ابن الصلاح : « ذكر خلافًا في إعتاق البهيمة ، وإنما ذلك فيما ملك بالاصطياد . وأما البهيمة الإنسية فإعتاقها من قبيل سوائب الجاهلية ، وذلك باطل قطعًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٥٢ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وصيغته : التحرير والإعتاق » والصواب ما في الأصل ، وهو المثبت ، وذلك لأن للعتق ألفاظًا مخصوصة ، كالطلاق . ثم منها ما هو صريحٌ ، ومنها ما هو كناية . فأما الصريح ، فلفظ « التحرير » و « الإعتاق » وما يُشْتق منهما ، كقوله : أنت حرّ ، أو محرَّر ، أو أحررتُك ، أو أنت عَتيقٌ ، أو مُعْتق ، أو أعتقتُك . فإذا قالها السيد لعبده : عتق وإن لم ينْوِ . وذلك بخلاف « الكناية » فلا يُعْتق العبد - إذا قال له سيده مثلًا : لا ملكَ لي عليك - إلا بالنية ، فإذا قالها ناويًا إعتاقَه : عَتَق العبدُ ، وإلا فلا .

(٣) والأصح أن لفظ « فك الرقبة » صريح . فإذا قال السيد لعبده : فككتُ رقبتَك ، عتق العبد وإن لم ينْوِ سيدُه . انظر الروضة (١٢ / ١٠٧) . المنهاج ص (١٥٧) . الوجيز (٢ / ٢٧٣) .

(٤) وذلك أن صرائح ألفاظ الطلاق وكناياته كلُّها كناياتٌ في العتق . انظر الروضة (١٢ / ١٠٨) .

(٥) كلمة : « أربعة » ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « هذه الكلمة فارسية ، ومعناها : سيدة البيت ، القائمة بتدبير أمره . وهي بكاف مفتوحة ، ثم ذال معجمة ساكنة ، ثم باء موحدة ، ثم ألف ، ونون مضمومة ، ثم واو ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٢٠٢ /أ) .

ونوى ، لم ينفذ ؛ لأنه يُنْبيء عن [١] التردد وتدبير المنزل دون العتق . ويحتمل أن يقال : ينفذ .

الثاني : أن يقول : يا حرة ؛ فتعتق ، إلا أن يكون اسمُها حُرّة . وكذلك إذا [٢] كان اسم الغلام آزاذروي [٣] . وإن كان اسمُها قبل الرقّ حرةً ، فبدّل اسمها فقال السيد : يا حرة ، ثم [قال] [٤] : قصدتُ نداءَها باسمها القديم ، لم يُقْبل في الظاهر ؛ لأنّ هذا الاسم الآن لا يَليق بها ، فظاهرُ اللفظ صريحٌ . ولو كان اسمها القديم فاطمة [فغيّر باسم من أسماء الإماء ، فناداها] [٥] وقال : يا فاطمة [٦] ونوى العتق ، لم ينفذ ؛ لأن اللفظ لا يُشْعِر به .

الثالث : لو قال [٧] : يا « آزاذمَرْد » [٨] ، ثم قال : أردتُ وَصْفَه بالجود ، لم يُقْبل في الظاهر ؛ لأن اللفظ صريحٌ إلا أن يكون معه قرينةٌ ، كما لو قال لزوجته : أنت طالق ، وهو يَحُلُّ الوثاقَ عنها وفي قبول نيّته - في حَلّ الوثاق - خلافٌ .

الرابع : إذا قال لعبد الغير : أعتقتك ، فإن كان في معرض الإنشاء لغا . وإن كان في معرض الإقرار ، كان مؤاخذًا به إنْ ملكَه يومًا من الدهر .

واعلم أن العتاق والطلاق يتقاربان [٩] ، وقد فصلنا حكم الألفاظ والتعليقات في الطلاق ، فلا نُعيده ، بل نقتصر على ذكر خواصّ العتق .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « على » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « إنْ » .

(٣) قال ابن الصلاح : « شَبَّه ما إذا كان اسم الغلام « آزاذ روي » بما إذا كان اسم الجارية « حرة » وليس يُشبه ذلك هذا ؛ فإن « آزاذ روى » معناه : حرّ الوجه . فكان ينبغي أن يذكر في ذلك بما إذا كان اسمه « آزاذ مرد » فإن معناه : رجل حُرّ . و« آزَاذْ » معناه : حرٌ . وأوله همزةٌ ممدودة ، بعدها زايٌ منقوطة ، ثم ألف ، ثم ذال معجمة ساكنة . ويتصل به في الكلمة الثانية « مَرْدْ » وهو بميم مفتوحة ، ثم راء مهملة ساكنة ، ثم دال مهملة ساكنة . ومعناه : رجل . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٢ / أ) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٥) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .
(٦) قوله : « وقال : يا فاطمة » ليس في (ب) .
(٧) في (أ) ، (ب) : « إذا قال » .
(٨) هي كلمة فارسية ، ومعناها : رجل حرّ ، كما سبق .
(٩) في (أ) ، (ب) : « يتقارب » . والمقصود أن ألفاظ العتاق وألفاظ الطلاق تتقارب في أحكامها .

النظر الثاني
في خواصّ العتق

وهي خمسة :

السراية [1] ، والحصول بالقرابة ، والامتناع من المريض فيما [2] جاوز الثلث ، والقرعة ، والولاء .

الخاصية الأولى : السراية . قال رسول الله ﷺ : « من أعتق شركًا له في عبد ، وله مال ، قُوِّمَ عليه الباقي » [3] فَفُهِمَ من هذا ، أن الشرع مُتَشَوِّفٌ إلى تكميل العتق ، فلذلك نقول : لو أعتق نصفَ عبدٍ عَتَقَ الجميعُ . بل لو أعتق يَدَه ، أو عضوًا آخر ، عَتَقَ الجميعُ ، وذلك بطريق السِّراية ؟ أو بطريق التعبير بالبعض عن الكلِّ ؟ فيه خلاف ذكرناه في الطلاق / وتظهر فائدته في الإضافة إلى ٣٠٧/ب
العضو المقطوع [4] . ولا تثبت السِّراية من شخص إلى شخص ؛ فإنْ أعتق الجنينَ ، لم تُعتق الأم ،

---

(١) قال الحموي : « قوله في كتاب العتق : (وقد فصَّلنا حكم الألفاظ في التعليقات في كتاب الطلاق ، ولا نعيده ، بل نقتصر على ذكر خواص العتق وهي خمسة : أولها : السراية) .

قلت : ذكر الشيخ أنه يقتصر في العتق على خواصه ، ثم ذكر بعد ذلك السراية ، ومعلوم أنها ليست من خاصية العتق وحدها ، بل هي من خاصية الطلاق كما لا يخفى .

قلت : أمكن أن يقال : مراد الشيخ بالسراية هاهنا سرايةُ العتق في ملك الغير ، مثل : إن كان له عبدٌ مشتركٌ فأعتق نصيبه منه وهو موسر ، فإنه يَعْتِقُ جميعُه ، وإذا كان كذلك كانت هذه السرايةُ غيرَ تلك السراية .

فإن قيل : فقد ذكر أيضًا في أول الباب : (لو أعتق يَدَه أو عضوًا غيره عتق الجميعُ كما في الطلاق) .

قلت : لما ذكر الشيخ هذه السراية المخصوصة بالعتق ذكر تلك السرايةَ المشتركة بينهما ضمنًا وتبعًا لهذه السراية المخصوصة ؛ لاشتراكهما في اسم السراية كما لا يخفى » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٩ / أ ، ١٩٩ / ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مما » .

(٣) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٥ / ١٧٩) كما في الفتح (٤٩) كتاب « العتق » (٤) باب « إذا عتق عبدًا بين اثنين ، أو أمة بين الشركاء » حديث (٢٥٢٢) بإسناده عن عبد الله بن عمر (رضي الله عنهما) أن رسول الله ﷺ قال : « من أعتق شركًا له في عبد ، فكان له مالٌ يبلغ ثمن العبد ، قُوِّم العبدُ عليه قيمةَ عدلٍ ، فأعطى شركاءَه حصصَهم ، وعَتَق عليه العبد ، وإلا فقد عَتَقَ منه ما عَتَقَ » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وتظهر فائدته في الإضافة إلى العضو المقطوع) المفهوم من ظاهره ما إذا قال مثلًا بعد قطع يده : يَدُكَ حرة . وقد سبق منه في كتاب « الطلاق » أن الصحيح أن هذا ليس محلّ الخلاف بل لا يعتق قطعًا ، وإنما محل الخلاف ما إذا قال : إن دخلتَ الدار ، فيمينُك حر ، فَقُطِعتْ ثم دخل الدار ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٢٠٢ / أ) . قلت : قول ابن الصلاح : « فَقُطِعَتْ » يعني فَتُقْطَع يمينُه لسبب من الأسباب .

خلافًا للأستاذ أبي إسحاق (رحمه الله) . ولو أعتق الأمَّ عَتَقَ الجنينُ تبعًا [١] كما يتبع في البيع . ولو كان الحمل مملوكا للغير [٢] فلا يَسْرِي . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يَسْرِي .

أما العتق ، فإنما يَسْرِي إلى ملك الشريك [٣] بشروط أربعة :

أحدها : أن يكون المعتق موسرًا ، ونعني به أن يكون له من المال قَدْرُ قيمةِ نصيب الشريك . ويُعْتبر فيه كلُّ ما يُبَاع في الدَّيْن ، فلا يُتْرك له إلا دَسْتُ ثوبٍ [٤] يَليق به ، ويُبَاع فيه [٥] دارُه وعَبْدُه الذي يحتاج إلى خدمته وإن كان لا يُبَاع في الكفَّارة [٦] ؛ لأنَّ هذا دَيْنٌ . والمريضُ ليس موسرًا إلّا بمقدار الثلث . ولو أوصى بعتق بعضِ عبدٍ [٧] عند موته : لم يَسْرِ ؛ لأن الميت مُعْسِرٌ وقد انتقل مالُه إلى الوارث ، إلا أن يستثني بالوصية . فلو قال : أعْتِقُوا نِصْفَه عِتْقًا ساريًا ، أعتقنا النصفَ ، ولم يَسْرِ ؛ لأنه أوصى بمحال إلا أن يُوصيَ بشراء النصيب الثاني [٨] وإعتاقه [٩] .

فرعان

الأول : لو كان له مالٌ ، وعليه مثلُه دَيْن ، فهل يُلْحَق بالمعسر ؟ فيه خلاف كما في الزكاة ؛ لأن السّراية حقّ الله تعالى كالزكاة [١٠] .

الثاني : لوكان معسرًا ببعض قيمة النصيب فيه وجهان :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « معها » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مملوكًا في البيع » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الغير » .

(٤) الدست من الثياب ما يلبسه الإنسان ويكفيه في تردده لحوائجه . والجمع : دُسُوت . انظر المصباح المنير (٢/ ٢٩٧) مادة (د س ت) .

(٥) كلمة « فيه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) وذلك ككفارة الظهار مثلًا .

(٧) في الأصل : « عبيد » والصواب ما في (أ) ، (ب) وهو المثبت .

(٨) كلمة : « الثاني » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٩) قال ابن الصلاح : « ذكر أنه إذا أوصى بأن يعتق نصيبه من عبد ، فلا يسري ، ثم قال : (إلا أن يستثني بالوصية) ثم فسّر ذلك بأن يُوصي بشراء نصيب الشريك وإعتاقه . وهذا ليس في الحقيقة استثناءً من ذلك ، فإن إعتاق نصيب الشريك في هذا ، ليس بالسراية ، بل بالمباشرة ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٢٠٢ / ب) .

(١٠) والأصح إلحاقه بالمعسر . انظر الوجيز (٢ / ٢٧٤) .

أحدهما : أنه [١] يسري بذلك القدر .

والثاني : أنه لايسري ؛ إذ لابد من تبعيض الرقّ ، والشريكُ يتضرَّر بتبعيض ملكه كما يتضرّر المشتري [٢] بتبعيض المبيع عليه في الشفعة .

الشرط الثاني : أن يتوجّه [٣] العتقُ على نصيب نفسه أو على الجميع ، حتى يتناول نصيبَه . فلو قال : أعتقتُ نصيبَ شريكي ، لَغَا قولُه . ولو قال : أعتقتُ النصفَ من هذا العبد ، فهو محتمل لكل واحد من الجانبين ولكنه [٤] لا يخصص بجانب شريكه . وهل يُخَصّص بجانبه ؟ أم يقال : هو نصفٌ شائع في الجانبين ؟ فيه وجهان . ولا تَظهر هاهنا فائدتُه ؛ لأنه إذا تناول شيئًا من ملكه ، سرى إلى جميع ملكه ، ويسري [٥] أيضًا إلى شريكه إلا أن يكون معسرًا ، لكن تظهر فائدتُه في قوله : بعتُ هذا النصفَ ، أو في إقراره بنصف الضيعة المشتركة لثالثٍ ، ففي وجه : يُخْرِج جميعُ النصف من يده . وفي وجه : يُخْرِج شطر النصف من يده . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يُنَزّل البيع [٦] عن نصف الخاص [٦] ، والإقرار يشيع ؛ لأن الإنسان قد يخبر عما في يد الغير ولا يبيع مال الغير . وهذا [٧] مُتَّجهٌ ؛ فلْيُجْعَلْ وجهًا في مذهبنا .

الشرط الثالث : أن يعتق باختياره ، فلو ورث نصفَ قريبه ، فعتق عليه : لم يَسْرِ ؛ لأن التقويم تغريمٌ يليق بالتلف [٨] .

الشرط الرابع : أنْ لا يتعلّق بمحلّ السّراية حقٌّ لازم . فإنْ تعلق - كما لو كان مرهونًا ، أو مُدَبَّرًا ، أو مكاتبا ، أو مُسْتَوْلَدة - ففي السراية إلى جميع ذلك خلافٌ [٩] . وبعضُها أولى - بأن

---

(١) قوله : « أنه » ليس في (أ) ، (ب) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « الشريك » .
(٣) في (أ) ، (ب) : « أن يوجه » .
(٤) في الأصل : « لكنه » والواو زيادة من (أ)،(ب) .
(٥) في (أ) ، (ب) : « وسَرَى » .
(٦) في (أ) ، (ب) : « على نصفه الخاصّ » .
(٧) في الأصل : « هذا » والواو زيادة من (أ) ، (ب) . (٨) في (أ) ، (ب) : « بالمتلف » .
(٩) قال ابن الصلاح : « ذكر من شروط السراية أن لا يتعلق بمحله حقٌّ لازمٌ ، كما لو كان مرهونًا ، أو مدبرًا ، أو مكاتبًا ، أو مستولدة . وقد عرف أن التدبير غير لازم ، فكأنه أراد أنه لازمٌ بالنسبة إلى الغير ، فليس للغير إبطالُه .
وصورة كون نصيب الشريك مكاتبًا ، أن يكاتبه الشريكان معًا ، ثم يعتق أحدُهما نصيبه . أو يموت شخص عن ابنين ، وله عبد ، فيدعي أن الميتَ كاتبَه ، فَيُصَدِّقه أحدُ الابنين دون الآخر ، فإنه يصير نصيبُ المصدِّق مكاتبًا . فإن كاتبه أحدهما وحده ، فلا يصحّ على المذهب ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٢ / ب) .

لا يسري – من بعض ، وذلك بحسب تأكُّدِ الحقوق .

ثم عِتْقُ الموسر ، متى يسري ؟ فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه في الحال ، حتى لايتبعَّض الرقُّ ما أمكن (١) .

والثاني : أنه إذا أدّى القيمة ؛ حتى لا يزول ملكُ الشريك (٢) إلا ببدل يملكه ؛ فإنَّ ذلك أهمُّ من السّراية .

والثالث : أنه موقوف ، فإذا أدّى تبينَّ السرايةُ من وقت العتق . وإن تعذّر استمرّ الرقُّ نظرًا إلى المعنيين جميعًا . **ثم ينبني على الأقوالِ مسائل :**

الأولى : في سراية استيلاد أحد الشريكين الأقوالُ الثلاثة بالترتيب ، وأولى بأنْ لا يتعجل ؛ لأنه علقة عتاقه ، لا حقيقة عتاقه . وقيل : أولى بأن يتعجل ؛ لأنه فِعْلٌ ، وهو أقوى من القول . [ثم] (٣) إذا سَرَّيْنَاه – لكونه موسرًا – فعليه نصفُ المهر ، ونصفُ قيمة الجارية ، ونصفُ قيمة الولد إلا إذا فرعنا على أن الملك ينتقل قبيل العلوق ، فتسقط قيمةُ الولد . وإن كان معسرًا (٤) ، فلا يسري . ولو استولدها الثاني أيضًا وهو معسر ، فهي مستولدتُهما (٥) . فإن أعتق أحدُهما نصيبَه وهو موسر ، ففي السراية وجهان ، أظهرهما : أنه لايسرى ، لأن السراية بتقدير نقل الملك ، والمستولدةُ لاتقبل النَّقْلَ . ولكنْ لايَبْعُد أن يُقْبل مثلُ هذا النقل القهري المفضي إلى العتق ، وكذلك لو أعتق الكافرُ نصيبَه من عبدٍ مسلمٍ ، ففي السراية وجهان ؛ إذ في ضمنها نَقْلُ الملك ولكنْ قهرًا .

المسألة الثانية (٦): عبدٌ بين ثلاثة ، لأحدِهم ثلثُه ، ولآخر سدسُه ....

(١) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (١٢ / ١٢٠) . المنهاج ص (١٥٨) . الغاية القصوى (٢ / ١٠٤٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ملك الغير » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « موسرًا » .

(٥) قال ابن الصلاح : « ذكر استيلادَ أحدِ الشريكين الجاريةَ ، وقال : (وإن كان معسرًا فلا يسري . ولو استولدها الثاني وهو معسرٌ ... إلخ) فنقول : قد علم أن الثاني لا فرق فيه بين أن يكون معسرًا ، وأن يكون موسرًا . فينبغي أن يجعل قوله : (وهو معسر) عائدًا على الأول ، أي الأول معسر كما سبق تصويره ، مثل أن يقال : فلو استولدها الثاني – والحالةُ هذه – والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٢ / ب) .

(٦) في الأصل : « الثانية » وكلمة « المسألة » زيادة في (أ) ، (ب) .

[وللآخر نصفه] (١) فأعتق (٢) [اثنان نصيبهما] (٣) معًا وسرى ، فقيمة محلّ السراية تُوَزّع على عدد رءوسهما ؟ أو على قدر ملكيهما ؟ فيه قولان كما في الشفعة . وقيل : يُقْطع هاهنا بالتوزيع على عدد الرءوس ؛ لأنه إهلاك ، فيشبه الجراحات . وهو / ضعيف ؛ لأن الجراحة ٣٠٨/أ لايتقدر أثرها بقدر غَوْرِها (٤) [حتى يقال بأنّ أربع جراحات ، أثَرُ كلٍّ واحدةٍ ربعُ السّراية] (٥) وهاهنا السبب مقدر تحقيقًا (٦) .

المسألة الثالثة (٧) : إذا حكمنا بتأخير السراية (٨) ، فالقيمة بأيّ يوم تُعتبر ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يومَ الإعتاق ؛ إذ هو سببُ الزوال (٩) .

والثاني : بِيَوْم الأداء (١٠) ؛ إذ عنده فواتُ الملك .

والثالث : يجب أقصى القيمة بين الإعتاق والأداء . وهو الأصحُ كما يجب أقصى القيمة (١١) بين الجراحة والموت .

فرع : إذا اختلفا في قدر قيمة العبد وقد مات ، وتعذّر معرفته ، فالقولُ قولُ الغارم ؛ لأنّ الأصلَ براءةُ ذمتِه . وفيه قول آخر ضعيف : أنّ القولَ قولُ الطالب ؛ إذْ يَبْعُد أن ينقل ملكُه بقولِ غيره . أما إذا ادعى الغارمُ نقصانَ القيمة بسبب نقيصة طارئة ، فالأصلُ عدم النقص ، والأصلُ براءةُ الذمة ، فَيُخَرّج على قَوْلَيْ تقابلِ الأصلين ، وليس معنى تقابلِ الأصلين استحالةَ الترجيح ، بل يُطْلب الترجيحُ من مُدْرَكٍ آخر سوى استصحاب الأصول . فإن تعذّر فليس إلا التوقّف ، أما تخيُّر المفتي بين متناقضين ، فلا وَجْهَ له .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٢) في الأصل : « فأعتقا » .
(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٤) في (أ) ، (ب) : « عددها » .
(٥) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .
(٦) في (أ) ، (ب) : « يتقدر تحقيقًا » .
(٧) في الأصل : « الثالثة » وكلمة « المسألة » زيادة من (ب) .
(٨) يعني سراية العتق عند الأداء .
(٩) وهذا الوجه هو الذي رجحه جمهور الشافعية . انظر الروضة (١٢ / ١٢٢) .
(١٠) في (أ) ، (ب) : « يوم الأداء » .
(١١) في (أ) ، (ب) : « أقصى القِيمَ » .

المسألة الرابعة (١) : في الطوارىء قبل أداء القيمة على قول التوقُّف : كموت المعتق ، أو العبد ، أو بيع الشريك ، أو عتقه ، أو وطئه ، أو إعسار المعتق . أما موتُ المعتق ، فيوجب القيمة في التركة ؛ لأنه مستحقّ عليه الإعتاق . وأما موتُ العبد ، هل يُسْقط القيمة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لخروجه من (٢) قبول العتق .

والثاني : لا ؛ لأنه سَبَق استحقاقُ العتق على الموت ، والقيمةُ وجبت به .

أما بَيْعُ الشريكِ ، فالصحيحُ أنه لاينفذ ؛ فإنه يبطل استحقاق العتق ، وأما إعتاقه ففيه وجهان :

أحدهما : لاينفذ ؛ لأن الأول استحقَّ إعتاقه من نفسه (٣) .

والثاني : أنه يصح ؛ لأنَّ الملك قائم ، والمقصودُ أصلُ العتق .

وأما وطؤه ، فيوجب نصفَ المهر لنصفِها الحرّ . والظاهر : أنه لا يجب للنصف الثاني ؛ لأنّ ملكه باقٍ . وفيه وجه : أنه يجب للشريك الأول ؛ فإنّ الملك مستحق الانقلاب إليه . وأما (٤) إعسار المعتق ، فالصحيحُ أنه يرفع الحَجْرَ عن الشريك في التصرف (٥) ؛ لأنا أخرنا العتقَ لأجل حقّه ؛ فلايمكن تعطيل ملكه بغير بدل . نعم لو كان معسرًا أولًا ، فطرآنُ اليسار لا يُؤَثر في السّراية .

المسألة الخامسة (٦) : إذا قال أحدُ الشريكين لصاحبه : إذا أعتقت أنت نصيبك ، فنصيبي أيضًا حُرٌّ . فإذا أعتق المقولُ له ذلك – وكان موسرًا ، ورأينا تعجيل السراية – عَتَقَ العبدُ كلُّه عليه ؛ لأنه اجتمع على النصف تعليقٌ وسرايةٌ . والسرايةُ أولى ؛ لكونها قهريةً تابعة لعتق النصف الآخر الذي لايَقْبل الدفْعَ . وأما التعليقُ فلفظٌ يقبل الدفع . وإن فرعنا على التأخير ، فيعتق النصف الآخر بالتعليق ، كما لو أنشأ العتق معه أو بعده إلا إذا فرعنا على أن عتقه لا ينفذ لاستحقاق

---

(١) كلمة : « المسألة » زيادة من (ب) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « عن » .
(٣) وهو الأصح كما في الروضة (١٢ / ١٢٣) .
(٤) في الأصل : « أما » والواو زيادة من (أ) ، (ب) .
(٥) في (أ) ، (ب) : « في النصف » .
(٦) كلمة : « المسألة » زيادة من (أ) ، (ب) .

السراية ، فحينئذ يندفع التعليق باستحقاق السراية كما يندفع بنفس السراية . أما إذا كان معسرا فتلغو السراية ، وينفذ التعليق .

ولو قال : فنصيبي حُرٌّ قبله - وكانا مُعْسِرَيْن - عتق كلُّ نصيبٍ على صاحبه ، وإن كانا موسرين ، فهذا من الدور ؛ إذ لو عتق قبل مباشرته بحكم التعليق ، لَسَرَى وامتنعت المباشرةُ بعده ، وانعدمت الصفة التي عليها التعليقُ ؛ فتنعدم السرايةُ ، فهذا عند ابن الحداد يقتضي الحجر على المالك [1] في إعتاق نصيب نفسه .

المسألة السادسة [2] : إذا قال أحدهما لصاحبه : قد أعتقتَ نصيبكَ وأنت موسر ، فأنكر : عتق نصيبُ المدعي مجانًا ؛ مؤاخذةً له بقوله ، وذلك ظاهر ولكنْ على قول تعجيل السّراية . ثم له أنْ يحلّفه ، فلو نكل ، فحلف المدعي : أخذ قيمة نصيبه ولم يُحْكم بعتق نصيب المدعى عليه بيمينه المردودة ؛ لأنّ دعواه إنما قُبِلَتْ لأجل قيمة نصيبه ، وإلا فدعوى الإنسان على غيره أنه أعتق ملكَ نفسِه غَيْرُ مسموع ، بل إنما تُسْمع الشهادةُ على سبيل الحسبة .

ولو ادعى كلُّ واحدٍ من الشريكين [على الآخر] [3] أنه أعتق نصيب نفسه : فإن كانا معسرين ، بقي العبد رقيقًا . وإن كانا موسرين ، عَتق العبدُ ، وولاؤه موقوفٌ ؛ إذْ لايدّعيه أحدُهما لنفسه .

* * *

---

(١) في الأصل : « الملك » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) كلمة : « المسألة » زيادة من (أ) ، (ب) .   (٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

الخاصية الثانية
العتق بالقرابة

وكل من دخل في ملكه أحدُ أبعاضِه : عَتقَ عليه إن كان من أهل التبرع . فهذه ثلاثةُ قيود :

الأول : قولنا : (دخل في ملكه) وقد تناولْنا بهذا : الإرثَ ، والهبةَ ، والشراءَ ، وكلَّ ملك ، قهرًا كان أو اختيارًا [١] ؛ لأن هذا [٢] العتق صلةٌ ، فلا يستدعي الاختيار . والسرايةُ غرامةٌ ؛ فلا تحصل إلا بعد الاختيار .

الثاني : الأبعاض [٣] . وقد تناولْنا به جميعَ الفروع والأصول [٤] ، وهو كلّ من يستحق النفقة / وأخرجْنا الإخوةَ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يعتق كلُّ ذي رحمٍ محرم . ٣٠٨/ب

الثالث : أهلية التبرع . ويخرج عليه الطفلُ والمريضُ والمحجور [٥] .

أما الطفل ، فليس لوليّه أن يشتري له قريبَه الذي يعتق عليه . ولو وهب له [٦] لم يجز قبولُه حيث تجب نفقته ، بأن يكون الموهوبُ غَيْرَ كسوبٍ ، والصبيُّ موسرٌ . وحيث لا تجب النفقةُ في

---

(١) والملك القهري كالإرث . والاختياريُّ كالشراء أو الهبة أو الوصية وغيرها .

(٢) قوله : « هذا » ليس في (أ) ، (ب) .

(٣) وذلك كأبيه وأمه ، أو أحد أصوله من الأجداد والجدات من جهة الأب أو الأم ، وكأولاده ، وأولاد أولاده وإن سفلوا .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (كل من دخل في ملكه أحد أبعاضه : عتق عليه) ثم قوله : (الأبعاض . وقد تناولنا به جميع الفروع والأصول) هذا في غاية الإشكال ؛ لأنه [الابن] بعضٌ من الأب – مثلًا – وليس الأبُ بعضًا منه ، فطلبنا لكلامه وجهًا لا يكون فيه التزام كَوْنِ الأب بعضًا منه ، فلما وجدتُه يقول في كتابه المسمّى « تحصين المآخذ في الخلاف » : (إن الجد بعض الأب) انسدّ علينا هذا البابُ ، فعدلنا إلى تكلف وجه لتقرير كون الأب بعضًا منه [الابن] فوجهناه بأن الأبوين هما السبب في وجوده . فالأب – إذن – بعضُ السبب والأم بعض السبب ، وكل واحد منهما بعضٌ منه بهذا الاعتبار ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ٢٠٣ /أ) .

(٥) أي المحجور عليه . وحذفُ الصلة في مثل هذا جَارٍ على ألسنة الفقهاء ، والله أعلم .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وهب منه » .

الحال يجوز القبولُ . وإن كان يتوقع في المآل فلا يُنْظر إليه ؟. ثم إذا قَبِلَ عَتَقَ عليه . ولو وهب منه نصف قريبه وتوقع (١) من قبوله السرايةَ والغرامةَ ، فلايقبله الوليُّ . وفيه وجه : أنه يَقْبل ولا يَسْرِي .

أما المريضُ ، فلو اشترى قريبه عتق من ثلثه . فإن لم يَفِ به فلا يعتق . وإنْ مَلَكه بإرثٍ أو هِبةٍ ، فيعتق من الثلث ، أو رأس المال ؟ فيه وجهان .

أحدهما : من الثلث ؛ كما لو اتهب عبدًا وأنشأ عِتْقَه .

والثاني : من رأس المال (٢) ؛ لأنه عِتْقٌ بغير اختياره ، ولم يبذل في مقابلته شيئا .

ولو اشتراه بألف ، وهو يساوي ألفين ، فقدرُ المحاباة يُخَرّج على أحد الوجهين ، والباقي يُحْسب من الثلث .

أما المحجور بسبب الدَّيْن - مريضًا كان أو مفلسًا - فيعتق عليه قريبُه الذي ورثه أو اتهبه إن قلنا : إنه يُحْسب من رأس المال . أما إذا اشترى ، ففي وجهٍ : يبطل الشراء . وفي وجه : يملك ولا يعتق .

فرع : إذا قهر الحربيُّ حربيًّا آخر ملكه . فلو قهر أباه ، فهل يملكه حتى يصحّ بيعُه ؟ قال أبو زيد : يملكه ؛ لأنه - وإن كان يعتق قهرًا - فقهر العتق ملك (٣) ، والقهرُ دائمٌ . وقال ابن الحداد : لا يملك ؛ لأن القرابة دافعةٌ ، وهي دائمة مع القهر .

قاعدة مركبة من عتق القرابة والسراية : وهي أن الموسر إذا اشترى نصفَ قريبه ، عتق وسرى ، وكذا (٤) لو اتهب . ولو وَرِث عتق ولم يَسْرِ ؛ لأنه لا اختيارَ .

---

(١) في الأصل : « ويتوقع » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، أنه يعتق من رأس المال ، وذلك حتى يعتق كله ، حتى ولو كان المعتق عليه محجورًا عليه بفلس ، أو كان مدينًا ، أو مريضًا - كما سيذكره بعد قليل . انظر الوجيز (٢ / ٢٧٦) . روضة الطالبين (١٢ / ١٣٤) .

(٣) في الأصل : « فقهر العتيق ملك » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « وكذلك » .

واعلمْ أنّ اختيار وكيلِه ونائبِهِ - شرعًا - كاختياره ، حتى لو أوصى له ببعض أبيه - فمات قبل القبول وورثه أخوه فقبل بنيابته [1] : عتق كلُّه على الميت إن كان في الثلث وفاءٌ ؛ لأنّ قبولَه كقبول الميتَ ، فكأن الميت ملكه في الحياة .

ولو أوصى له بنصف ابن أخيه ، فمات قبل القبول ، وورثه أخوه وقبل ، فهل يَسْري على القابل ؛ فإنه ابنه ؟ فيه وجهان . ووجْه مَنْعِ السراية : أن قبوله يحصل الملك للميت أولًا ، ثم ينتقل إليه قهرًا .

ويجري الوجهان في كل ملك [2] يحصل غير مقصود في نفسه ، كما لو باع بعض من يعتق على وارثه بثوب ، ثم ردّ الوارثُ الثوبَ بعيب : رجع إليه [3] بعضُ قريبه ضمنا لردِّ العوض . وكذلك إذا عجز مكاتبه وكان في يده بعضُ قريبه .

ولو عَجَّزَ المكاتبُ نَفْسَه ، فرجع بعضُ قريب السيد إليه ، لم يَسْرِ قطعًا .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وورثه أخوه ، فَقَبِلَ بِنِيَابَتِه) كان ينبغي أن يسمي ذلك خلافةً لا نيابة ، فإن فيها نُبُوًّا عن حقيقة الوراثة وحكمها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٣ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مقصود » .

(٣) في الأصل : « ورجع إليه » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

الخاصية الثالثة

امتناعُ العتقِ بالمرض إذا لم يَفِ الثلثُ به [1]

فلو أعتق عبدًا – لا مال له غيره – عتق ثلثه ، ورَقَّ ثلثاه للورثة . فإن ظهر عليه دَيْن مُسْتغرق ، بِيعَ كلُّه في الدين [2] . ولو مات العبدُ قبل موت السيد ، قال القفال : مات وثلثه حرّ [3] ، وثلثاه رقيق . وقيل : إنه مات حرًّا ؛ لأن الإرقاق إنما يكون حيث يكون للورثة فيه فائدةٌ . وقيل : يموت كلُّه رقيقًا ؛ لأنَّ الثلث إنما يعتق إذا حصل للوارث ثلثاه . وتظهر فائدة هذا فيما لو وَهَبَ عبدًا وأَقْبَضَه ومات ، ثم مات السيد ، فيظهر أثر الخلاف في مؤنة التجهيز وأنها على مَنْ ؟. أما لو قبله المتهب ، فهو كالباقي حتى يغرم قيمة الزائد على الثلث .

فرع : لو أعتق ثلاثة أعبدٍ – لامالَ له غيرُهم – ومات واحدٌ قبل موت السيد ، قال الأصحاب : يدخل الميت في القرعة ، فإنْ خرجتْ له رَقَّ الآخران . وإن خرج على أحد الحيَّيْنِ عَتَقَ ثلثاه فقط . وهذا إنما يصحّ على اختيار القفال . فأما من جَعل الميت قبل السيد كالمعدوم ،

---

(١) يعني امتناع العتق بمرض الموت ؛ إذ تبرعاتُ المريض مرَضَ الموت تحسب من الثلث الذي يجوز له الوصيةُ به ، والعتق من التبرعات ؛ فلا يجوز منه إلا ما يكون في حدود الثلث .

(٢) قال الحموي : « قوله فيه أيضًا : (الخاصية الثالثة : امتناع العتق في المرض إن لم يف الثلث به ، وإن أعتق عبدًا لا مال له غيرُه ، عتق ثلثه ورقَّ ثلثاه للورثة ، ولو ظهر له دَيْنٌ مستغرق ، بيع كله في الدين) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال من حيث إنه قال : (له دين) والأمر على العكس ، وذلك من حيث إن الدين على الميت لا له ، ولهذا يباع العبد كله في الدين من أجل الغريم ، وهو إشكال ظاهر .

قلت : عنه جوابان : أحدهما : أنه قد تقدم قبل هذا ما يدل على الغريم ، وإذا كان كذلك كان تقديرُ الكلام ، فإن ظهر للغريم على الميت دَيْنٌ مستغرق بِيع كلُّه ، وتكون « الهاء » في قوله : (له) عائدة على الغريم . الثاني : أن اللام تكون بمعنى « على » وردت في قوله تعالى : ﴿ ويخرون للأذقان يبكون ﴾ وكذلك ﴿ أولئك لهم اللعنة ﴾ تقديره : « أولئك عليهم اللعنة » « ويخرون على الأذقان » وإذا كان كذلك صح ما ذكره الشيخ ، وبه خرج الجواب . إشكالات الوسيط (ق ٢٠١ / أ – ٢٠١ / ب) .

(٣) قوله : « وثلثه حرّ » ساقط من (أ) ، (ب) .

فلا ينقدح [1] عنده إدخالُه في القرعة . أما إذا مات أحدُهم بعد موت السيد ، ولكن قبل امتداد يد الوارث وقبل القرعة : فيدخل في القرعة . فإن خرج عليه رَقَّ الآخران ، وإن خرج على أحد الباقيين عَتَقَ ثلثاه ولم يحتسب ما لم يدخل في يد الوارث عليه . وإن كان دخل في يده ، ولكنْ مات قبل القرعة ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يحسب عليه ، حتى لو خرجت على واحدٍ من الحيينِ عتق بكماله [2] .

والثاني : لا ؛ لأنه كان محجورًا عن [3] التصرُّف قبل القرعة ، فأيُّ فائدة لليد ؟ .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فلا يتجه » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (١٢ / ١٣٨) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « عند » .

الخاصية الرابعة
القرعة

والنظرُ في محلّها / وكيفيتها . ٣٠٩/أ

أما « محلُّها » فإنْ أعتق عبيدًا معًا لا يَفِي ثلثُه بهم [١] ؛ فقد أعتق رجلٌ ستةَ أعْبُدٍ لا مالَ له غيرهم ، فَجزَّأَهُم رسولُ الله ﷺ ثلاثة أجزاء ، وأَقرع بينهم [٢] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا قرعة ، ويوزَّع عليهم [٣] ؛ فيعتق من كل واحدٍ ثلثُه [٤] . وهو القياس ، ولكنْ تَشَوَّفَ الشرعُ إلى تكميل العتق ؛ فَوَجَبَ اتباعُ الخبر [٥] . والمذهبُ أنّ القرعة جاريةٌ فيما لو أوصى بعتقهم ، وفيما لو قال : الثلثُ من كل واحدٍ منكم حرٌّ . وفيه وجه : أن الخبر إنما ورد في تنجيز العتق على الجميع ؛ فلا تلحق به الوصية ولاصريحُ التجزئة ، بل يجري على القياس .

أما إذا أعتق على ترتيب ، فلا خلافَ أن السابق يُقدَّم ولاقرعة . وأما الوصية ، فلا ينظر فيها إلى التقدم والتأخر ؛ لأنّ الموت جامعٌ لوقت العتق ، وهو واحد . نعم ، لو دَبَّر عبدًا وأوصى بعتق آخر ، فالمدَبَّر يتصل عتقُه بالموت ، والوصية تقف على الإنشاء بعده ، ففيه وجهان :

أحدهما : تقديم المدبَّر .

والثاني : التسوية ؛ لأنَّ استحقاق الموصى به يُقَارب عِتْقَ المدبر .

---

(١) يعني إذا أعتق المريض مرض الموت قدرًا من العبيد يجاوزون قدرَ الثلثِ المسموح له به شرعًا ولم يُجِزِ الورثةُ ذلك .

(٢) الحديثُ رواه مسلم في صحيحه (٣ / ١٢٨٨) (٢٧) كتاب « الأيمان » (١٢) باب « من أعتق شركًا له في عبد » برقم (١٦٦٨) بإسناده عن عمران بن حصين أن رجلًا أعتق ستة مملوكين له ، عند موته - لم يكن له مالٌ غيرهم - فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزَّأَهُمْ أثلاثًا ، ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأَرَقَّ أربعة ، وقال قولًا شديدًا » .

(٣) يعني الثلث .

(٤) انظر في مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) شرح معاني الآثار (٤ / ٣٨١ - ٣٨٤) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ولكنْ تشوُّفُ الشرعِ إلى تكميل العتق ، يُوجِب اتباع الخبر » .

فرع : في الدَّوْرِ ، و كيفيةِ الإخراج من الثلث . فإذا أعتق ثلاثة أعبد ، قيمةُ كل واحد مائةٌ ، ولامالَ له غيرهم ، ولكن اكتسب واحدٌ مائة قبل الموت ، فيقرع بينهم : فإنْ خرج على المكتسب ، فلا إشكالَ ، وقد عتق وفازَ بالكسب ، ورَقّ الآخران . ولو خرج على غيره عتق ولم يُقْنَع به ؛ لأنه يَبقى للورثة عبدان ومائةٌ أخرى هي الكسب ، فيقرع مرةً أخرى بين العبدين الآخرين . فإنْ خرج على غير المكتسب ، فيعتق منه ثلثُه ، وبه يتمّ ثلثُ أربعمائة ؛ إذْ مهما رَقَّ المكتسبُ صار [المال] [(١)] أربعمائة . وإن خرج على المكتسب وقع الدَّوْر ؛ لأن كل جزء يعتق منه ، فيستتبع جزءًا من الكسب في مقابلته ، وينقص مبلغ الميراث به ؛ إذ ما يتبع الجزء يخرج من حساب الميراث ، فسبيلُه الجبر والمقابلة ، فطريق عمله أن نقول : عتق من المكتسب شيءٌ وتبعه مثلُه ؛ لأنّ الكسب مثل قيمته . ولو كان اكتسب مائتين ، لَقُلْنا : تبعه مِثْلَاهُ ؛ ولو كان اكتسب خمسين ، لَقُلْنا : تبعه مِثْلُ نصفِه . فإن [(٢)] كان الكسب مائة ، وتبعه مثلُه ، بقيَ في يد الورثة ثلاثمائة إلا شيئين ؛ إذ أعتقنا شيئًا وتبعه مثلُه ، وهي تعدل مثلي ما أعتقنا ، فيكون مائتين وشيئين ، أعتقنا مائةً وشيئًا ، ففي أيديهم ثلثان إلا شيئين ، تعدل مائتين وشيئين ، فتجبر الثلاث مائة بشيئين ، فيصير في أيديهم ثلاثمائة تعدل مائتين وأربعة أشياء ، فالمائتان بالمائتين قصاصٌ ، تبقى مائةٌ في مقابلة أربعة أشياء ، فيكون كلُّ شيء ربعَ المائة ، فقد ظهر لنا أنّ الذي أعتقنا ، كان ربع العبد وهو قدر خمس وعشرين ، وتبعه من الكسب مثلُه ، فتصير خمسين ، ويبقى في يد الورثة من بقية الكسب والعبدينِ قَدْرُ مائتين وخمسين ، وهو ضعْفُ ما أعتقناه ، فإنا أعتقنا مائةً وخمسًا وعشرين . وذلك ما أردنا أن نبين . ومهما زادت قيمةُ عبدٍ ، فهو ككسبه . ولو كانت جاريةً فحملت ، فالحملُ كالكسب .

الطرف الثاني : في كيفية القرعة ، وكيفية التجزئة . أما كيفيةُ القرعة ، فقد ذكرناها في كتاب « القسمة » ويتخيّر بين أن يكتب اسم [العبيد ، أو يكتب الرق والحرية ، ولعلّ الأسهل أن يكتب اسم] [(٣)] الحرية في رقعة ، والرقَّ في رقعتين ، وتُدْرج في بنادق متساوية ، وتُسَلم إلى صبيّ ، حتى يُعْطيَ كلَّ عبدٍ بندقةً . وهذا يقطع النزاعَ في البداية باسم مَنْ تخرج عليه .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .
(٣) ما بين الحاصرتين ساقط من الأصل وثابت في (أ) ، (ب) .

ولو اتفقوا على أنه إنْ طار غرابٌ ، فغانمٌ حرّ مثلًا ، وإنْ وضع صبيٌّ يدَه على واحد ، فهو حرّ : فذلك لا أثرَ له ، بل لا بدّ من القرعة كما ورد الشرعُ . نعم ، لا يتعينُّ الكاغد في الرقعة ، لكنْ يجوز بالخشب وغيرِه ؛ وقد أقرع رسولُ الله ﷺ في المغانم مرةً بالنوى ، ومرةً بالبعر (١) .

أما « كيفيةُ التجزئة » فإن أعتق ثلاثة أعبدٍ - أو ستةً - وَهُمْ متساوو القيمةِ ، فيسهل تجزئتُهم بثلاثة أجزاء (٢) . أما إذا خالفت القيمةُ العددَ ، فإن أمكن التجزئةُ إلى ثلاثة أجزاء بالقيمة ، فيفعل ولا يُبَالي بتفاوت العدد حتى لو كانوا أربعة (٣ وقيمةُ اثنين مائة ٣) وقيمة كل واحد من الآخرين مائةٌ ، جَعَل الاثنين جزءًا واحدًا . (٤ فإذا خرجت لهما القرعة عتقا ٤) . أما إذا لم يمكن ذلك ، بأن كانوا ثمانية أعبد مثلًا ، ولا تنقسم إلى ثلاثة أجزاء - إذا تساوت قيمتهم - ففيه قولان :

أحدهما : أنه يُجَزَّأ بحيث يقرب من التثليث فيجعل ثلاثة وثلاثة واثنين . فإن خرج على الثلاثة قرعةُ الحرية لم يعتق / جميعهم بل تُعاد القرعة بينهم بسهمِ رقٍّ ، وسهمَيْ عتقٍ . فمن خرج ٣٠٩/ب له سهمُ الرقّ : رَقَّ ثلثُه ، وعتق ثلثاه .

والثاني : أنه لا يجب التثليث ، بل يجوز تجزئتهم مثلًا أربعة أجزاء : سهم عتقٍ ، وثلاثةُ أسهمِ رقٍّ ، فأيُّ عبدين خرج لهما القرعة بالحرية عتقا ، ثم تُعاد بين الستة ، فَيُجَزَّءون بثلاثة أجزاء ، ويُضْرب بينهم سهمُ عتقٍ وسَهْمَا رِقٍّ ، فأي عبدين خرج لهما سهمُ العتق انحصر فيهما ، ثم تعاد بينهما ، فمن خرج له عَتَق ثلثاه مع الآخرين . والصحيح أنّ هذا في الاستحباب ، وقال الصيدلاني : الخلافُ في الاستحقاق .

فرع : إذا كان على الميت دَينٌ مُسْتغرِق ، بطل العتقُ . وإن لم يستغرق فالباقي بعد الدَّيْن كأنه كلّ المال ، فينفذ العتقُ بقدر ثلث الباقي . وإذا لم يملك إلا عبيدًا أعتقهم ، فيقرَع أوّلا سَهْمُ دَيْن ، وسَهْمُ تركةٍ حتى يتعين بعضُهم للدَّيْن ، فيصرف أولًا إلى الدين ، ثم يُقْرع للعتق والورثةِ في

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقد أقرع رسول الله ﷺ في المغانم مرةً بالنوى ومرةً بالبعر) لا أعرف له صحة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٣ / ب) .

(٢) في (ب) : « لثلاثة » .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فإذا خرجت القرعة لهما : أُعْتِقا » .

الباقين ؛ لأنه ربما يموت مَنْ تعين للدَّيْن قبل أن يصرف إليه .

ولا يجوز أن يكتب رقعةً للعتق ، وأخرى للدين ، وأخرى للورثة دفعةً واحدة ؛ لأنه ربما سبق رقعة العتق ولا يمكن تنفيذُه قبل قضاء الدَّيْن . وفيه وجه : أنه يجوز .

ثم إذا خرج أولًا سهمُ العتق وقفنا في التنفيذ إلى أن يُقْضى الدَّيْنُ . ثم كيفيةُ القرعةِ – على الصحيح – أن ينظر ، فإن كان الدين ربعَ التركة – مثلًا – قسمنا العبيدَ أربعةَ أجزاء . وإن كان ثلاثة قسمناهم ثلاثة أجزاء . فإذا خرج قرعة الدين لقسمٍ [1] صرفناه إلى الدين .

ثم إذا دفعنا بعض العتق – فظهر للميت دَيْنٌ – أعَدْنا القرعة بقدر ما اتسعت التركة ، ولايخفى وجهُه .

* * *

(١) في (ب) : « بقسم » .

النظر الثالث [1]
في فروع متفرقة

الأول : إذا أَبْهَمَ العتقَ بين جاريتين ، ثم وطيء إحداهما ، هل يكون ذلك تعيينًا للملك فيها ؟ فيه وجهان ذكرناهما في الطلاق [2] . وفي الاستمتاع باللمس والقبلة وجهان مرتبان وأولى بأن لايكون تعيينًا . وفي الاستخدام وجهان مرتبان ، ويبعد جَعْلُه تعيينًا . وبقيةُ أحكام الإبهام ذكرناها في الطلاق .

الثاني :إذا قال لجاريته : أولُ ولدٍ تلدينه فهو حرّ . فولدت ميتًا ، ثم حيًّا ، لم يعتق الحيُّ وانحلت اليمينُ بالميت خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [3] .

الثالث : لو قال لعبده : أنت ابني ، ثَبَتَ نسبُه وعتق إلا أن يكون أكبر سِنًّا منه فيلغو ؛ لأنه ذكر محالًا . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يعتق وإن لم يثبت النسب [4] .

ولو كان مشهورَ النسب من غيره ، لم يَثْبت النسب . وفي العتق وجهان ؛ لأن ما صرح به ممتنعٌ شرعًا لاحسًّا ، بخلاف مَنْ هو أكبر منه .

الرابع : إذا أعتق الوارثُ عبدًا من التركة قبل قضاء دَيْنِ الميت – أو بَاعَه – فذلك ينبني على أن تعلّق حقّ الغرم بالتركة كتعلق أرش الجناية ، أو كتعلق المرتهن ، أو يَمنع أصلَ ملكِ الوارث ؟ وفيه ثلاثة أوجه . ولعلّ الأصحَّ : أنه إن كان معسرًا لم ينفذ تصرُّفه ، وإن كان موسرًا فيكون تصرفُه كتصرف الراهن [5] .

---

(١) وهو النظر الثالث من كتاب « العتق » نفسه ، وكان حقه التأخير إلى ما بعد « الخاصية الخامسة ، وهي الولاء » .

(٢) انظر من كتاب « الطلاق » .

(٣) انظر في مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : طريقة الخلاف في الفقه ص (١٥٠ - ١٥٣) .

(٤) انظر طريقة الخلاف في الفقه ص (١٤٦ - ١٤٨) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله في إعتاق الوارث عبدًا من التركة قبل قضاء الدين : (لعل الأصح ، أنه إن كان معسرًا لم ينفذ تصرُّفُه ، وإن كان موسرًا ، فيكون تصرفه كتصرفِ الراهن) معناه : أنه إن كان معسرًا ، لم ينفذ إعتاقُه قولًا واحدًا بخلاف الراهن ، فإن فيه – إذا كان معسرًا – قولين . والفرق : أنَّ مِلْكَ الوارث ثلثاه من الميت ، فيقدم فيه حقٌّ =

الخامس : لو قال : إذا أعتقتُ غانمًا فسالمٌ حرٌ ، ثم أعتق غانما وهو مريض (١) ، وكلٌ واحد ثلثُ مالِه : لم يُقْرَع بينهما ، بل يُعتَق غانمٌ ؛ لأنه ربما تخرج القرعة على سالم فيعتق من غير وجود الصفة ، وهو وجودُ عتقِ غانمٍ . وفيه وجه : أنه يقرع ، وهو غلطٌ .

السادس : إذا قال أحد الشريكين : إن كان هذا الطائر غرابًا فنصيبي حُرٌ . وقال الآخر : إن لم يكن غرابًا ، فنصيبي حرٌ ، واشْتُبِهَ . فإن كانا موسرَيْن ، نفذ عتقُ العبد ؛ إذ أحدُهما حانث . وليس لأحدهما أن يُطالب الآخرَ بقيمة السِّراية . وإن كانا معسرين رَقَّ العبد إذ كلُّ واحدٍ يشك في عتق نصيب نفسه ، والأصلُ بقاء الملك (٢) .

= الميت ويقتضي ذلك امتناعَ تصرُّف الوارث إذا كان على وجه يفوت حقّ الميت من قضاء دَيْنِه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٣ / ب) .

(١) يعني السيد ، وهذا واضح .

(٢) قال الحموي : « قوله فيه : « الفرع السادس : إذا قال أحد الشريكين : إذا كان هذا الطائر غرابًا فنصيبي حرٌ ، وقال الآخر : إن لم يكن غرابًا فنصيبي حر ، واشْتُبِهَ ، فإن كانا موسرين فقد عتق العبد ؛ إذ أحدهما كان ولابد أن يكون صادقًا فيعتق نصيبُه ويشتري ، وليس لأحدهما أن يطالب الآخر بقيمة السراية ، وإن كانا معسرين رق العبد ؛ إذ كل واحد منهما تشكَّك في عتق نصيب نفسه ، والأصل بقاء الملك) .

قلت : ما ذكره الشيخ هاهنا فيه اضطراب ، حيث إنه قال : (يعتق الجميع) ومع الاعتبار لا يعتق شيء منه ، ثم علل بكونه مشكوكًا في عتق نصيب نفسه ، والأصل بقاء الملك ، ولا شك بأن هذا يخالف ما ذكره أولًا من الإعتاق ؛ فإنه أيضًا يشكك في عتق نصيب نفسه ، ولأن الإعسار لا يؤثر إلا بالنسبة إلى السراية لا بالنسبة لوقوع سبب التعليق ؛ إذ يقتضي ذلك أن يعتق النصف بطريق الإحالة ، ولا يعتق الباقي بطريق السراية على تقديم الإعسار؛ إذ لا يعتق منه شيءٌ للشك في وقوع ذلك ظاهر .

وذلك أيضًا يكون في الموسر كما لا يخفى [أيضا ؛ فإنه ذكر في « الوجيز » ما يناقض المذكور في « الوسيط » فقال : (عبد مشترك بين اثنين ، وقال أحدهما : إن كان هذا الطائرُ غرابًا ، فنصيبي حر . وقال الآخر : إن لم يكن غرابا فنصيبي حر ، فلا يتبقى منه شيءٌ ؛ للشك) وإذا كان كذلك كان مخالفًا لما ذكره من حيث النقل والمعنى كما لا يخفى] .

قلت : أمكن أن يقال : لعل هذه العلة تنبني على ما إذا أعتق أحدُ الشريكين نصيبَه ، هل يعتق في الحال أو يدفع القيمة أو يكون موقوفًا ؟ فيه ثلاثة أقوال . فإن قلنا : لا يعتق إلا بالأداء وهو موقوفٌ ، لم يعتق شيءٌ لا بالتعليق ، ولا بالسراية من حيث [إنه] لا يعلم من هو المعتق عليه ، فعلى هذا الموسرُ والمعسرُ في هذا سواء . وإن قلنا : يعتق في =

فإن اشترى أحدُهما نصيبَ الآخر ، حُكِم بعتق نصف العبد ؛ إذ تيقن أنَّ في يده نصفَ حرٍّ . وكذا لو اشترى ثالثٌ العبدَ حُكِم عليه بحرية نصفه ، وليس له الردُّ عليهما ولا على أحدِهما ؛ لأنّ كل واحدٍ يزعم أن نصيبه رقيقٌ . وفيه وجه : أنه يرد إذا كان جاهلًا . وهو فاسدٌ ؛ لأن العتق قد نفذ عليه ، فكيف ينقض ؟.

السابع : وقف بين يديه غانمٌ وسالم ، فقال [1] : أحدُكما حرّ ، ثم غاب سالمٌ ، ووقف ميسرٌ بجنب غانم ، فقال : أحدُكما حُرّ ، ثم مات قبل البيان ، وقلنا : الوارث لايقوم مقامه في التعيين ، فيقرع بين غانمٍ وسالمٍ . فإن خرج على سالم عتق ، وأقرع بين غانم وميسر ، ويعتق مَنْ خرج .

أمّا إذا خرج أولًا على غانم ، فهل تُعَاد بينه وبين ميسر ؟ فيه وجهان . قال الماسرجسي [2] : تُعاد ؛ لأنه أبهم مرتين فيقرع مرتين . وقال الأستاذ أبو إسحاق : لاتعاد ؛ لأن القرعة كتعيين المالك أو بيانه لِمَا نواه .

ولو قال المالك : أردتُ بالإبهامين غانمًا فقط ، أو عيَّن غانما عن الإبهامين لانقطعت المطالبةُ عنه ، فينزل الأمر بعد موته على الأول ، ويقنع بعتق غانم .

الثامن : إذا كان له عبدان ، فقال : أعتقتُ أحدَكما على ألف ، وقَبِلَ كلٌّ واحد ، ومات قبل البيان ، أقرع بينهما : فمن خرج له عتق ولزمه قيمة رقبته ؛ لفساد العوض بالإبهام . وفيه وجه : أن المسمَّى أيضًا يحتمل الإبهام ، تبعًا للعتق ، فيلزم الألف .

= الحال ، فإن كانا موسرين عَتَقَ العبدُ ؛ إذ لا بد وأن ينفذ عتقُ أحدهما لا محالة فيسري إلى الباقي ، لكن ليس لأحدهما مطالبةُ الآخر بالقيمة ؛ إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر ، وإن كانا معسرين ،رق العبدُ ؛ لأن كل واحد منهما لا يستيقن عِتْقَ نصيب نفسه ، والنصيبان لشخصين كعبدين ، لكن لو اشترى أحدهما نصيبَ الآخر حُكِمَ بعتق نصفِ العبد ؛ إذ المتيقن في حده نصفُ حر عبدًا بحال الملك ، وإذا كان كذلك أمكن أن يجمل ما ذكره في « الوجيز » على المعنى الأول ، وما ذكره في « الوسيط » على المعنى الثاني » . إشكالات الوسيط (ق ١٩٩ / ب - ٢٠٠/ب) .

(١) أي السيد .

(٢) انظر ترجمته في القسم الدراسي .

التاسع : جاريةٌ مشتركة زَوَّجَاها من ابن أحد الشريكين ، فولدت : عَتَقَ نصفُها على أحد الشريكين ؛ لأنه جدُّ المولود ، ولايسري عليه ؛ لأنه عتق بغير اختياره . ولا يُجْعَل – بالإذن في التزويج – مختارًا وقد تخلل بعد الوطء والعلوق باختيار غيره . وقيل : سببُه أنّ الولد ينعقد حرًّا وإنما يسري العتقُ الطارىء دون الحرية الأصلية . وقد قيل : إنه ينعقد رقيقًا ، ثم يعتق كما لو اشترى قريبَه ، مَلَكه ثم عتق عليه . وعندي : أنه لا يملك ، بل يندفع المِلْكُ بموجب العتق ، ويكون الاندفاعُ في معنى الانقطاع ، وكذلك الولد يندفع رِقُّه . ولهذا غَوْرٌ ذكرناه في « تحصين المآخذ »[1] في مسألة « شريك الأب » .

العاشر : المغرور بنكاح الأَمَةِ[2] ، يَغْرم قيمة الولد للسيد . فلو غُرَّ بجارية أبيه ، ففي لزوم قيمة الولد وجهان :

أحدهما : أنه لا يجب ؛ لأنه يعتق بسبب الجدودة وإن لم يكن ظن المغرور ، فإنه لو زوَّجها من ابنه كان ولده حرًّا .

والثاني : أنه يغرم ؛ لأن الأبَ لم يَرْضَ بتعرُّضِ ولد جاريته للعتق بنكاح ابنِه ، فلا يُفَوّت عليه .

* * *

(١) وهو من كتب الإمام الغزالي في الفقه ، واسمُه « تحصين المآخذ في علم الخلاف » . انظر : شفاء الغليل للغزالي ص (١٥٥) . وطبقات الشافعية لابن هداية الله ص (٢٤٨) ومؤلفات الغزالي للدكتور عبد الرحمن بدوي ص (٣٥) .

(٢) أي نكحها على أنها حرةٌ ، فَبَانَتْ أَمَةً .

الخاصية الخامسة

الولاء[1]

والنظر في : سببه ، وحكمه ، وفروعه .

الأول : في السبب . وسببُه زوالُ الملكِ بالحرية . فكلُّ من زال ملكُه عن رقيقٍ بالحرية ، فهو مولاه ، سواءٌ نَجَّزَ[2] ، أو علَّق ، أو دَبَّر ، أو كاتب فتمت الكتابةُ ، أو استولد فمات ، أو أعتق العبدَ بعوض ، أو اشترى قريبَه فعتق عليه ، أو ورثه فَعَتَقَ عليه قهرًا ، أو سرى عتقُه إلى نصيب شريكه . وسواء اتفق الدين عند العتق أو اختلف .

ولو باع عبده من نفسه ، فالظاهرُ أيضًا أن الولاء له . وفيه وجه : أنْ لا ولاء له في هذه الصورة أصلًا .

وأما حقيقة الولاء ، فهو لُحْمَةٌ كَلُحْمة النسب كما قال رسول الله ﷺ[3] ؛ فلذلك نقول : لو شرط في العتق نَفْيَ الولاءِ ، أو شَرَطَه لغيره ، أو شرطَه لبيت المال : لَغَا شرطُه ؛ وهذا لأنّ المعْتِق كالأب ، فإنه سببٌ في وجود العبد ؛ إذ كان العبدُ مفقودًا لنفسه ، موجودًا لسيّده ، فقد أوجدَه

---

(١) الولاء من آثار العتق ، مأخوذ من الوليّ بمعنى القرابة . يقال : بينهما ولاء ، أي : قرابة حكمية حاصلة بسبب العتق . والولاء نوعان :

الأول : ولاء عتاقة ، ويُسمّى ولاء نعمة ، وسبب هذا الولاء : الإعتاقُ .

الثاني : ولاء الموالاة . وسببه العقد الذي يجري بين اثنين .

انظر : مختار الصحاح ص (٧٣٦) . المصباح المنير (٢ / ١٠٤٤) مادة (و ل ي) . التعريفات للجرجاني ص (٢٥٤) . أنيس الفقهاء ص (٢٦١ ، ٢٦٢) . معجم لغة الفقهاء ص (٥٠٩) .

(٢) أي نَجَّزَ العتق .

(٣) حديث صحيح : رواه ابن حبان في صحيحه (٧ / ٢٢٠) كما في « الإحسان بترتيب ابن حبان » كتاب « البيوع » باب « النهي عن بيع الولاء وعن هبته » برقم (٤٩٢٩) بلفظ « الولاء كلحمة النسب ، لا يباع ولا يوهب » . ورواه الحاكم في المستدرك (٤ / ٣٤١) وصححه ووافقه الذهبيُّ . ورواه البيهقي في السنن الكبرى (١٠ / ٢٩٤) بإسناده عن علي مرفوعًا بلفظ « الولاء بمنزلة النسب ، لا يباع ولا يوهب ، أقره حيث جعله الله » وقال البغوي : اتفق أهل العلم على هذا ، أن الولاء لا يُبَاع ولا يوهب ، ولا يُورث ، إنما هو سبب يُورَث به كالنسب ، =

لنفسه بالعتق . ولذلك قال رسول الله ﷺ : « لن يُجْزِي ولدٌ والدَه حتى يَجِدَه مملوكًا ، فيشتريه فيُعْتِقه [(١)] » ؛ لأنه إذا أعتقه فقد كافأه على الأبُوّة ؛ إذ صار سببًا لوجوده الحكمي كما كان الأب سببًا لوجوده الحسّيّ . ولهذا قال بعضُ الأصحاب : تحرم الصدقةُ على موالي بني هاشم ، وإذا أوصى لبني فلانٍ دَخَل فيهم مواليهم . ولهذا نقول : لا يثبت الولاءُ بالمخالفة والموالاة خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) ؛ لأن الولاء ثمرة الإنعام بالإيجاد الحكمي ؛ فلا يحصل بالمعاقدة ؛ ولذلك نقول : يسترسل ولاءُ المعتِق على أولاد العتيق وأحفاده ، وعلى مُعْتَق العتيق ، ومعتق معتقه وإن سفلوا . وقد حصل لك من هذا أنّ الشخص قد يثبت الولاءُ عليه لمعتقه أو لمعتق أصوله من أب وأم ، وجد وجدة ، أو لمعتق معتقه ، ويسترسل الولاءُ على سائر أحفاد العتيق إلا في ثلاثة مواضع :

الأول : أن يكون فيهم مَنْ مَسَّه الرقُّ ، فالولاءُ عليه لمباشر العتق ولعصباته ولا ينجرّ إلى معتق الأصول أصلًا .

الثاني : أن يكون فيهم مَنْ أبوه حرٌّ أصلي – ما مَسَّ الرقُّ أباه – فلا ولاءَ على ولده كما لا ولاءَ عليه . وهو مذهبُ مالك (رحمه الله) . ومنهم من قال : يثبت الولاءُ نظرًا إلى جانب الأم ، فإنها في محلّ الولاء . وهو ضعيف ؛ لأن جانب الأب مقدمٌ في باب الولاء كما سيأتي في الجدّ . وفيه وجه : أن أباه إن كان عربيًّا يُعْلم نسبُه ، وأنْ لا رِقَّ في نسبه ، فلا ولاء عليه . وإن حُكِم بحريته بظاهرِ الحالِ – كالتركي والخوزي والنبطي – فيثبت الولاء عليه . وهذا مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) .

الثالث : أن تكون أمُّه حرةً أصليةً ، وإنما المعْتَقُ أبوه ، فالظاهر هاهنا ثبوتُ الولاءِ ؛ نظرًا إلى جانب الأب . وفيه وجه : أنه لا يثبت ، فعلى هذا : لا يثبت الولاءُ بالسّراية / من الأصل إلا على ولدٍ ليس في أصوله حرٌّ أصليّ . ٣١٠/ب

هذه قاعدةُ الولاء ، والنظرُ بعدَه في : التقديم والتأخير . والأصلُ فيه أن من مسّه الرقُّ

= يُورَث به ولا يُوَرَّث . وكانت العرب في الجاهلية تبيع ولاء مواليها ، فنهاهم رسول الله ﷺ عن ذلك » . شرح السنة (٨/ ٣٥٤) .

(١) الحديث رواه مسلم في صحيحه (٢ / ١١٤٨) (٢٠) كتاب « العتق » (٦) باب «فضل عتق الوالد » حديث (١٥١٠) .

فالولاءُ عليه لمباشر العتق لا لمعْتِق أبيه ومعتِق أُمّه . فإن لم يمسَّه الرقُّ - بأن يُولَد حرًّا من رقيقين في صورة الغرور ، أو من معتقين ، فالولاءُ عليه لموالي الأب ؛ وهو مقدم على موالي الأم . فإن كان الأبُ رقيقًا بَعْدُ - لا ولاء عليه - فالولاءُ لموالي الأم إلى أن يعتق الأب ، فينجرّ من موالي الأمّ إلى موالي الأب ، إلى أن يتعذَّر جَرُّه إلى موالي الأب بأن يشتري هو أبَ نفسِه ، فيعتق عليه ؛ إذ هو مولى أب نفسه ، فلا يمكن إثبات الولاء على نفسه ، ويبقى الولاءُ لموالي الأم . وقال ابن سريج : ينجرُّ الولاءُ إليه ويسقط ، ويصير كشخصٍ لا ولاءَ عليه أصلًا .

فرعان

أحدهما : لو كان الأب رقيقًا فأعتق أب الأب ، ففي انجرار الولاء إليه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنّ الأبَ رقيقٌ ، فيلزم أنْ ينجرّ من موالي الجدّ إلى موالي الأب إذا أعتق ، والمنجرُّ ينبغي أن يستقر ، ولا ينجرّ ثانيًا .

والثاني : وهو الأصح ، أنه ينجرّ إليه ، ثم ينجرّ إلى الأب ، وليس يشترط استقرار المنجرّ .

ولو أن مولودًا ما مَسَّه الرقُّ ، وهو من أبوين ما مَسَّهما الرقُّ ، لكن لكل واحد من أبويه أبوان رقيقان إلا أم أمه فإنها معتقة ؛ فالولاء فيه تبعٌ لولاء أُمّه ، وولاءُ أُمّه تبعٌ لولاء أمها . فإن أعتق أب أمه انجرَّ الولاءُ إلى موالي أب الأم . فإن أعتقت أم الأب انجرّ الولاءُ إلى موالي أم أمه . فإن أعتق أبو أبيه انجرّ إلى موالي أب أبيه ، واستقر فيه [1] .

---

(١) قال الحموي : « قوله في باب الولاء : (ولو أن مولودًا ما مسَّه الرق ، وهو من أبوين ماسهما رق ، ولكن لكل واحد من أبويه أبوان رقيقان ، إلا أم أمه ؛ لأنها معتقة : فالولاء فيه تبع لموالي أمه ، وولاء أمه تبع فيه لولاء أمها ، فإن أعتق أبو أمه انجرَّ الولاء إلى موالي أبي الأم ، وإن أعتقت أم الأب انجرَّ الولاءُ إلى موالي أبي الأم ، وإن أعتقت أم الأب انجر الولاء إلى موالي أبي أبيه ، واستقر فيه) .

قلت : مفهوم ما ذكره الشيخ أنه إذا انتهى الإرث إلى [موالي] أبيه أنه يستقر فيه وينقطع حتى يكون لبيت المال ، حتى لو فرضنا مثلًا مولى أبي أبيه ، فإنه لا يَنْجَرُّ إليه ، وإنه ليس كذلك ، فإنه ينجر إجماعًا كما لايخفى .

قلت : مقصوده من هذا التصوير أن يبين أن الولاء إذا انتهى إلى مولى أبي الأب وانقطع ، ولم يكن أحد ممن يدلي بأبي الأب ، فإنه لا يرجعُ الولاء إلى مولى الأم ، وقد أشار إليه بعد هذا ، وليس المعنى بالانجرار ، أَمَا يتبين من طريق الإسناد أن الولاء لم يَزَلْ في جانب الأم ، فعلى هذا ينقطع من موالي الأم ، ثم ينتقل إلى بيت المال بعد أن لم يَبْقَ أحدٌ من موالي أبي الأب وصاعدًا ، وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ٢٠١ / ب ، ٢٠٢ / أ) .

فإن فرضْنَا الأبَ رقيقًا ، تصوّر أن ينجرّ إلى معتق الأب من معتق الجد أيضًا . والمقصودُ أنَّ أبَ الأم أولى بالاستتباع من أم الأم ، وأمّ الأب أولى من أب الأم ، وأب الأب أولى من أمّ الأب ، والأب أولى من أب الأب ، فيقع الانجرارُ بحسبه إلى أن يستقر على ما لا يُوجد أولى منه .

الفرع الثاني : لو أعتق أمة حاملًا عتق الجنين ، وولاءُ الجنين لموالي الأم لا لموالي أبيه ؛ لأنه عتق بالمباشرة ، فالمباشرةُ أولى لمباشرته ، لا لأنه مولى أمّه . وهذا إذا عُلِم أن الجنين كان موجودًا يوم الإعتاق بأن يؤتى به لأقلّ من ستة أشهر . فإن كان لأقلَّ من أربع سنين بحيث يفترشها الزوجُ ، ففيه قولان ذكرنا نظيرهما في مواضع ؛ من حيث إن إثبات النسب يدلّ على تقدير وجوده وقتَ العتق ، ولكن يجوز أن يُكْتفى في النسب بالاحتمال ولا يكتفى في الولاية .

* * *

النظر الثاني
في أحكام الولاء

وهي ثلاثة : ولايةُ التزويج ، وتحمُّلُ العَقْل [1] ، والوراثةُ ؛ لأن الولاءَ يُفيد العصوبةَ ، وهذه نتائج العصوبة [2] . وقد ذكرناها في مواضع ، ولكنْ نُنبّهُ الآن في الميراث على أمور :

الأول : أن المعتق إذا مات ولم يَخْلُفْ إلا أبَ المعتق وأمَّه : فلا شيءَ للأم . ولو خَلَف ابنَ المعتق وبنتَه فلا شيءَ للبنت . ولو خلف أبَ المعتق وابنَه فلا شيء للأب ؛ لأن الأب ليس عصبةً مع الابن [3] ، والميراثُ لعصبةِ المعتق . ولايعصب الأخُ أختَه في باب الولاء . وعلى الجملة فالولاءُ يورَث به ولا يُورَث في نفسه ، وإنما يرث به العصباتُ ، فَيُقَدَّر موتُ المعتق بدل موت العتيق - يوم موت العتيق - وكلٌّ من يأخذ ميراثَه بعصوبته فيأخذ ميراث عتيقه ، ولا يُسْتثنى عن هذا إلا الجدّ والإخوة ، فإنّ فيهم قولين :

أحدهما : أنّ أخ المعتق يُقدَّم على جدّه ؛ لِقوّةِ البنوّة في العصوبة .

والثاني : أنهم يتقاسمون كما في ميراث النسب ، لكنْ لا مُعَادة بالأخ للأب مع الجدّ ، بل يُقدم عليه الأخُ للأب ، ولا يعاد عليه الأخ للأب . وهذا مذهبُ زيدٍ . وفيه وجه : أنّ الأخ للأب يُسَاوي الأخ للأب والأمّ ؛ لأنه لا أَثَر للأُمومة في الولاء .

---

(١) العقل : الدية . ومنه قولهم : عَقَلَ القتيلَ ، فهو عاقل : إذا غرم دِيَتَه . وتُسمى الجماعة : عاقلة ، وسُمّيت الدية عَقْلًا ، لأن الإبل كانت تُعْقَل بفناء أولياء المقتول ، أي : تُشدّ في عقلها ؛ لِتُسَلَّم إليهم ويقبضوها . انظر : المطلع على أبواب المقنع ص (٣٦٨) . معجم الفقهاء ص (٣١٨) .

(٢) ومعنى ذلك أنه إذا مات العتيق - ولا وارثَ له بنسبٍ ولا نكاح - ورث معتقُه جميعَ ماله . وإن كان للعتيق من يرث بالفرضية - وفضل منه شيء - أخذه المعْتِقُ . فإن لم يكن المعتق حيًّا - يوم موت العتيق - ورثه بالولاية أقربُ عصبات المعتق . ولا يرثه أصحابُ فروض المعتِقِ ، ولا من يتعصب بغيره منهم . فإن لم نَجِدْ للمعتِق عصبةً بالنسب ، فالميراثُ لمعتق المعتق ، فإن لم يوجد فَلِعَصباتِ معتق المعتق . انظر : الروضة (١٢ / ١٧٤ ، ١٧٥) .

(٣) يعني أن الابن مقدم على أبيه في العصوبة .

الثاني : أنَّ المرأة لا يُتصوّر أنْ ترث بالولاء إلّا إذا باشرت العتقَ ، فهي كالرجل في المباشرة حيث ثبت لها الولاءُ على عتيقها وعلى أولاد عتيقها وعلى عتيق عتيقها .

الثالث : لو خَلَفَ رجلٌ ابنين وولاءَ مَوْلى ، فالولاءُ لهما . فإن مات أحدُهما عن ابن ، ثم مات العتيقُ ، فميراثُه لابنِ المعتِق وليس لابن الابن شيءٌ ؛ لأنه لو قُدِّرَ موتُ المعتق في ذلك الوقت ما ورثه ابنُ الابن فلا يرث عتيقه ، وهو معنى قولهم : الولاءُ لِأَقْعَدِ ولد المعتق ، أي الأقرب .

الرابع : أن النسبة قد تتركّب من النسب والعتق ، فيلتبس أمره التقديم والتأخير ، فقد يثبت الولاء لأب معتق / الأب ولمعتق أب المعتق ، وينبغي أن يُقدم معتق الميت ، ثم عصباتُ معتقه ، ثم معتق معتقه . ٣١١/أ

ولو قيل لك : معتقُ أبٍ ، وأبُ معتقٍ ، فأيُّهما أولى ؟ فهذه أُغلوطةٌ ، فإنّ الميت له معتق ، فولاؤه لمعتقِه وعصباتِ معتقه ؛ فلا يكون لمعتق أبيه وأمِّه حقٌّ فيه ، فإنّ ولاء المباشرة لا ينجرُّ ، وإنما ينجرُّ ولاءُ السّراية إلى الأولاد . فإذن مَنْ له أب معتق فالولاءُ عليه ، كان بالمباشرة لمعتقه أو لعصبات معتقه أو لمعتق معتقه إذا كان له معتقٌ . وليس لمعتق أبيه ولاءٌ أصلًا ، فكيف يقابل بأب المعتق . و كذلك قد يُظَنُّ أن معتق أب المعتق أولى من معتق معتق المعتق ، لأنه يدْلي بالولاية حيث توسط الأب . وهو غلط ؛ لما ذكرناه من أنّ للميت معتقًا فولاؤه له بالمباشرة ، فلا حقَّ فيه لمَنْ يُدْلي بإعتاق أبيه .

فُرُوع مُشْكِلَة

الأول : اشترى أخٌ وأختٌ أباهما ، فعتق عليهما ، فأعتق الأب عبدًا ومات ، ثم مات العتيق . فقد غلط في هذه المسألة أربعمائة قاضٍ فضلًا عن غيرهم ؛ إذ قالوا : ميراثُ العتيق بين الأخ والأخت ؛ لأنهما مُعْتِقا معتقِه . وإنما الحقُّ أن الميراث للأخ ، ولاشيء للأخت ؛ لأنها إن أَخذَتْ لأنها معتقة المعتق ، فهو محال ؛ إذْ عصبةُ المعتق أولى ، وأخوها عصبةُ المعتِق ، بل لو خلف الأبُ ابنَ عمٍّ بعيدٍ : لكان أولى من البنت .

المسألةُ بحالها : لو مات الأخُ وخلَف هذه الأخت ، فلها نصفُ ميراثه بالأخوّة ، ولها من الباقي نِصْفُه ؛ لأنها لما اشترت أباها ثبت لها نصفُ الولاءِ على الأب واسترسل على أولاده ،

وأخوها من أولاد أبيها ؛ فلها نصفُ الولاء عليه ، فتحصُل على ثلاثة أرباع ميراثه .

ولو مات الأبُ ، ثم مات الابنُ ، ثم مات العتيقُ ، فلها ثلاثة أرباع ماله . أما النصفُ ؛ فلأنّ [١] لها نصفَ الولاء على معتقه . وأما الربع ؛ فَلأَنَّ لها الولاءَ أيضًا على أخيها الذي هو مُعْتِقُ نصفِ المعتق ، فهي في أحد النصفين معتقةُ المعتق ، وفي نصفِ النصفِ معتقةُ أبي معتق المعتق .

الثاني : أختان خلفتا حرتين في نكاح غرور ، اشترت إحداهما أباها والأخرى [٢] أمَّها ، فولاءُ التي اشترت أمَّها انجرَّ إلى التي اشترت أباها ، فثبت الولاءُ لمشترية الأب على مشترية الأم . وأما مشترية الأم ، فالمنصوصُ : أنّ ولاء صاحبتها أيضًا ثبت لها ، فتكون كلٌّ واحدة مولى صاحبتها ؛ لأن التي اشترت الأب لا تقدر أنْ تجرَّ ولاءَ نفسِها إلى نفسِها فيبقى لمشترية [الأم] [٣] فإنّها معتقة الأم . وقال ابن سريج : تجرّ إلى نفسها ، ويَسْقُط . فإذا ثبت هذا ، فلو مات الأبُ فلهما ثلثا ميراثِه بالبنوّة ، والباقي لمشترية الأب بالولاء . فإن ماتت بعد ذلك مشتريةُ الأمّ - ولا وارثَ لها سوى الأختِ - فنصفُ ميراثها لها بالأُخوّة ، والباقي بالولاء ؛ لأنها جرّت ولاءَها بإعتاق الأب . وكذلك كان ميراثها لمشترية الأم - على النصِّ - بالأُخوَّةِ والولاءِ . وعند ابن سريج : النصفُ لها والباقي لبيت المال ؛ إذْ لا ولاءَ عليها .

الثالث : **في الدَّوْر** . اشترت [٤] أختان أُمَّهما ، وعتقتْ عليهما ، ثم إن الأم شاركت أجنبيًّا في شراء أبيهما - أعني أبَ الأختين - وأعتقاه ، فيثبت الولاء لهما نصفان ، على الأب وعلى الأختين أيضًا ؛ لأنهما وَلَدَا معتقهما ، وولاءُ الأب يجرُّ الولاءَ من مولى الأم ، والأختان هما موليا أم نفسيهما ، فإذا ماتت الأمُّ فلهما الثلثان بالنسب ، والباقي بينهما بالولاء ؛ لأنهما اشتريا الأمَّ .

ثم إذا مات الأبُ ، فلهما ثلثا ميراثه بالبنوّة ، والباقي بين الأجنبيِّ والأمِّ ؛ لأنهما مُعْتِقاه .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لأن » .

(٢) أي : اشترت الأخرى أمَّها . فكلمة « الأخرى » مرفوعة بالضم المقدَّر على الألف ؛ لأنها معطوفة على الفاعل الأول « إحداهما » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (ب) : « اشترى » .

ولو مات الأبوان ، ثم ماتت إحدى الأختين ، فنصفُ ميراثِها لأختها بالنسب ، والنصفُ الآخر بين الأجنبي والأمّ لو كانت حيةً ؛ لأنهما معتقا الأب ، والآن فالأمُّ ميتةٌ ، فنصيبها - وهو الربع - يجب أن يكون لمعْتِقَيْهَا وهما الأختان - الحيّة والميتة - فيصرف النصف إلى الحيّة ويبقى نِصْفُه - وهو الثمن - للميتة .

والقياسُ أنْ يُصْرف إلى من له ولاءُ الميتة وهو الأجنبيّ والأم . ثم قَدْرُ ولاء الأمّ يرجع إلى الحية والميتة .

ثم قَدْرُ ولاء الميتة - من الأم - يرجع إلى الأجنبيّ والأمِّ فيدور بينهما الثمنُ لا ينفصل ، بل لا يزال يرجع منه شيءٌ إلى الميتة ، فالصوابُ أن يقسم المال من ستة : ثلاثةٌ للأختِ بالنسب ، والباقي بين الأجنبي وبينهما بالولاء أثلاثًا ، للأجنبيّ سهمان ولها سهم ، فتحصل / الأختُ على ٣١١/ب أربعة أسهمٍ ، والأجنبيُّ على سهمين . وغلط ابنُ الحداد فقال : يُصْرف الثمن إلى بيت المال ، لِتعذُّرِ مصرفِه . وهو فاسدٌ ؛ لأنه كلما دَارَ ، رَجَعَ إلى الأجنبي ضِعْفُ ما يرجع إلى الأخت فيقسم كذلك (١) ، والله أعلم وأحكم .

* * *

---

(١) قال الحموي : « قوله فيه أيضًا في الدور : (اشترت أختان أمهما ، فعتقت عليهما ، ثم إن الأم شاركت أجنبيًا في شراء أبيهما ... إلى قوله : وغلط ابن الحداد حيث قال : يُصْرَفُ الثمنُ إلى بيت المال ، ويتعذر مصرفه . وهو فاسد ؛ لأنه كلما دَارَ ، رَجَع إلى الأجنبي ضعفُ ما يرجع إلى الأخت فيقسم كذلك) .

قلت : المنقول في هذه المسألة ثلاثة أوجه : أحدها : أنه يُقَسَّم ذلك على ستة : على ما أشار إليه الشيخ ، والثاني : أنه يقسم بينهما جميعُ المال على سبعة . ذكره أبو علي ، وعلل بأن الثمن هو الدائر ، والمسألة من ثمانية ، ويقسم الثمن على بقية المال ، وهو ضعيف ، فإنه أدخل في القسمة ما أخذت الأخت بمجرد النسب ، وذلك لا ينبغي أن يدخل في الحساب ، بل الباقي بعد ذلك هو الذي يوجد بالولاء . والوجه الثالث : أن الثمن يصرف إلى بيت المال ، وهو الصحيح من المذهب لمن أمعن فيه النظر .

فإذا كان كذلك فأقول : أصل الفريضة من اثنين للأخت النصف بالنسب ، ويبقى سهم بين الأجنبي والأم لو كانت حية ؛ لأنهما معتقا الأب ، فيكون على هذا التقدير للأجنبي نصفُ السهم الباقي ، ويبقى نصف سهم للأخت الحية والميتة ، فيكون للحية نصف الربع وهو الثمن ، فإذا كان كذلك فيسقط الكل من جنس الكسر فيكون ثمانية أجزاء : للأخت بالنسب أربعةُ أسهم ، وللأجنبي سهمان على النسبة ، وللأخت الحية سهم ، ويبقى =

....

* * *

= سهم للأخت الميتة يدور بين الأجنبي والأخت الحية على ما ذكره الشيخ ، ولما كان كذلك ، اختار الشيخ أن تكون الفريضةُ من ستةٍ حتى ينقطع الدور على ما تقدم ذكره ، وأما ابن الحداد فإنما جعل السهم في بيت المال لكي لا يأخذ الأجنبي أكثرَ من حقِّه ؛ لأنه ليس له إلا قدرُ نصفِ هذا ، فكيف يأخذ أكثر منه ؟ وكذلك الأخت ، ولما كان كذلك جعله في بيت المال لهذا المعنى الذي ذكرناه ، وليس كان ذلك لأجل الدور الذي أشار إليه الشيخ ومن وافقه ، وكأنهم فَهِمُوا مَنْ جَعَلَه في بيت المال إنما كان لأجل الدور ، وليس كذلك لمن تأمل ذلك ، فإن فيه عوضًا فلْيَتَنَبَّهْ له .

فإن قيل : كيف جعل الشيخ المسألة من ستة على اختياره فمعلوم أنها ليس أصلها من ستة لمن عرف اصطلاح الفرضيين ؟ .

قلت : ليس مراد الشيخ بذلك أن يكون أصلها من ستة ، وإنما مراده بذلك أن يصح من ستة وطريق ذلك أن نقول : أصل الفريضة من اثنين للبنت النصف ، وقد علم أن الشيخ إنما فرضها من ستة ليقطع الدور . فيُحَصِّل للأجنبي سهمين وللأخت سهمًا ، وإذا كان كذلك ، بقي من الفريضة سهمٌ يخص الأجنبيَّ ثلثاه ، والأختَ ثلثُه ، ومهما اجتمع لنا في الحساب كسرٌ ضربنا أصله في مخرج ذلك الكسر ، وهو ثلاثة ، يكون ستة للبنت سهمٌ مضروب في ثلاثة تكون ثلاثةً ، وللأجنبي ثلثا سهم في ثلث فيكون سهمين ، وللأخت ثلث سهم في ثلاثة تكون واحدًا . صار المجموع ستة : للأخت أربعة ، وللأجنبي سهمان .

فعلى هذا يخرج الجواب بأن يقال : قد ثبت أن المنقول عن ابن الحداد أن الثُّمُنَ يُصْرَف إلى بيت المال ، ولم يُنْقَل عنه فيه تعليلٌ ، وكان من علَّل ذلك لنا [إنما] فَهِمَ منه الدورَ فبنى عليه ذلك ، ثم إن الشيخ قال ما ذكروه وقلدهم فيه وكان معذورًا ، والصحيح ما أشرنا إليه واعتمدنا عليه ، وهو اختيار ابن الحداد ، وإليه أشار صاحب الشامل وغيره من العلماء المحققين » . إشكالات الوسيط (ق ٢٠٢ / أ - ٢٠٤ / ب) .

كتاب التدبير [1]

(١) التدبير : مصدر ، يقال : « دَبَّرَ العبدَ والأمة تدبيرًا : إذا علق عتقه بموته ؛ لأنه يعتق بعدما يُدْبِر سيدُه . والممات : دبر الحياة . ويقال : أعتقه عن دبر : أي : بعد الموت . ولفظ « التدبير » لا يُستعمل في كل شيء يحصل بعد الموت كالوصية أو الوقف وغيرهما ، بل هو لفظ خُصَّ به العتقُ بعد الموت . انظر : مختار الصحاح ص (١٩٧ ، ١٩٨) . المصباح المنير (٢٨٩/١) ، مادة (د ب ر) . التعريفات ص (٤٨) . المطلع على أبواب المقنع ص (٣١٥) . أنيس الفقهاء ص (١٦٩) . معجم لغة الفقهاء ص (١٢٦) .

والنظر في أركانه وأحكامه .

الأول في الأركان : وهو اثنان : الصيغة ، والأهل (١) . أما المحلُّ فلا يخفى (٢) .

الركن الأول : الصيغة (٣) . وهي (٤) أن يقول : إذا متُّ فأنت حرٌّ ، أو دبَّرتُك ، أو أنت مُدَبَّر . وحكمه أنه يُعْتق إنْ وَفَّى الثلثُ به بعد قضاء الديون . وفيه مسائل :

الأولى : أنّ لفظ « التدبير » صريحٌ . نصَّ عليه ؛ لأنه مشهورٌ في اللغة لهذا المعنى ووردَ الشرعُ بتقريره . ولفظُ « الكتابة » يفتقر إلى النية ؛ لأن اللغة لاتجعلها صريحًا في حكمها الشرعيّ . وقيل : فيها قولان بالنقل والتخريج . وهو ضعيف .

الثانية : التدبير المقيَّد كالمطلق ، وهو أن يقول : إنْ متُّ من مرضي هذا ، أو قُتِلْتُ ، فأنت حرّ . ولو قال : إنْ دخلت الدارَ فأنت مُدَبَّر ، لايصير مُدبرًا ما لم يدخل الدار ، وقد علق العتق بصفتين ، ولو قال : إن متُّ فأنت حرٌّ بعد موتي بيومٍ : عتق بعد موته بيوم . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : صار وصيةً فتحتاج إلى الإنشاء بعد الموت .

فلو قال شريكان : إذا مِتْنَا فأنت حرٌّ ، فإذا مات أحدُهما لم يعتق نصيبُه ؛ لأنه مُعلَّق بموتهما جميعًا ، لكن صار نصيب الآخر مدبرًا عند موت صاحبه . وقيل ذلك ؛ لأن تدبير الثاني معلقٌ (٥) بموت صاحبه والآن لم يَبْقَ إلا موتُ المالك . ولكن ليس للوارث التصرُّفُ في نصيب من مات أولًا ؛ لأنه ينتظر العتق بموت الثاني ، فهو كما لو قال : إن دخلت الدار بعد موتي فأنتَ حُرّ ، لم يَجُزْ للوارث بَيْعُه بعد الموت كما لا يبيع مالَ الوصية قبل قبول الموصَى له . وليس للوارث رَفْعُ تعليق الميت كما ليس له رَفْعُ عاريته التي أضافها إلى ما بعد الموت .

---

(١) أي : من يصح منه التدبير .

(٢) وهو العبد المملوك لسيده أو الأمة .

(٣) وهي نوعان : صريحٌ ، وكناية مع النية .

(٤) في (ب) : « وهو » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « معلقًا » . وهو خطأ واضح .

الثالثة : إذا قال : أنت مُدَبَّر إنْ شئتَ ، فالمشهورُ : أنه لابد من مشيئته على الفور . وفيه وجه آخر : أنه لا يجب على الفور لا هاهنا ولا في تعليق الطلاق إلا أن يكون الطلاقُ على عوض .

أما إذا قال : أنت مدبر متى شئتَ ، فلا يجب على الفور أصلًا ، لكنْ يقتضي مشيئتَه في حياة السيد . وكذلك لو قال : إنْ دخلتَ الدار فأنت حرّ ، لم يعتق بالدخول بعد موت السيد ، بل مطلقُ تعليقه يُنَزَّل على حياته إلا أن يُصَرِّح ويقول : إنْ دخلت الدار بعد موتي فأنت حُرّ . وكذلك لو قال : إن شئتَ بعد موتي فأنت حُرّ ، فَشَاءَ بعدِ موته : عتق ، ولم يجب الفور بعد الموت إلا أن يرتب بِفَاءِ التَّعقيب ، فيقول : إن متُّ فشئتَ فأنت حرّ ، ففي الفور وجهان يجريان [(١)] في كل تعليق بهذه الصيغة [(٢)] .

فرع : لو قال : إذا متُّ ، فأنت حرٌّ إنْ شئتَ ، ففيه ثلاثة أوجه [(٣)] :

أحدها : أنه تكفي المشيئة في الحياة .

والثاني : أنه يُحْمل على المشيئة بعد الموت .

والثالث : أنه لابد من مشيئته [(٤)] في الحال ، وأخرى بعد الموت ؛ حتى يحصل اليقينُ ولا يُعْتَق بأحدهما .

---

(١) في الأصل ونسخة (أ) : « يجري » والمثبت من (ب) .

(٢) والأصح أنه يشترط مشيئته على الفور بعد موت السيد . انظر الروضة (١٢ / ١٨٨) .

(٣) قال في الروضة (١٢ / ١٩٠) : « يحتمل أن يراد بهذا اللفظِ ، المشيئةُ في الحال . وتحتمل المشيئة بعد الموت ، فيراجع ويُعمل بمقتضى إرادته . فإن قال : أطلقت ولم أَنْوِ شيئًا ، فثلاثة أوجه : الأصح : حمله على المشيئة بعد الموت » .

(٤) في (ب) : « مشيئة » .

ولو قال : إنْ رأيتَ العينَ فأنت حرٌّ - والعينُ اسمٌ مشتركٌ لأشياء [١] - فالظاهر أنه إذا رأى واحدًا يُسَّمى عينًا [٢] : عتق .

الركن الثاني : الأهل . ويصحُّ التدبير من كل مكلف ، مالكٍ ، غيرِ محجورٍ . فهذه ثلاثةُ قيود .

أما « المكلف » فنعني به أنه لا ينفذ من المجنون ، والصبيّ الذي لا تمييز له . وفي المميِّز قولان [٣] ، وكذا في وصيّته ؛ لأنه قربةٌ ولا ضَرَرَ عليه فيه .

وأما « المالك » : فيخرج عليه أنه لو دبَّر نصيب نفسه من عبدٍ مشترك لا يسري إلى الآخر . وذكر صاحب « التقريب » في سرايته وجهين ، وهو بعيد ؛ لأنه تعليقٌ أو وصية لا تليق به السراية . بل لو دبَّر نصفَ عبدِه لم يَسْرِ إلى الباقي ، لا في الحال ولا إذا عتق بعد الموت ؛ لأنه بعد الموت مُعْسِر .

وأما « المحجور » : فيخرج عليه السّفيه ، وفيه طريقان :

أحدهما : القطع بنفوذه منه [٤] .

والثاني : أنه كالمميز .

وأما « المرتدّ » ، فإن قلنا : لا يزول مِلْكه وقد حُجر عليه ، فَيُخَرَّج تدبيرُه [٥] على تدبير المفلس المحجور . وإن قلنا : يزول ملكه ، لم ينفذ . وإن قلنا : إنه موقوف [٦] فهو موقوف [٧] .

---

(١) فهي تطلق على العين الباصرة ، وعلى عين الماء ، وعلى الجاسوس وغير ذلك .

(٢) يعني واحدًا من هذه الأشياء السابقة التي يطلق عليها لفظ « العين » .

(٣) والأظهر أنه لا يصح تدبير المميز أيضًا . انظر : الروضة (١٢ / ١٩١) . المنهاج ص (١٥٩) . الغاية (٢ / ١٠٤٦) .

(٤) وهو المذهب . انظر الوجيز (٢ / ٢٨٢) . روضة الطالبين (١٢ / ١٩٢) . المنهاج ص (١٥٩) . الغاية القصوى (٢ / ١٠٤٦) .

(٥) يعني بعد ردته . (٦) يعني ملكه .

(٧) يعني أنّ تدبيره موقوفٌ أيضًا . ومن ثم ، فإن رجع عن ردته وأسلم ، فتدبيره صحيح . وإن مات مرتدا - والعياذ بالله - بَانَ فسادُ تدبيره .

=

ولو دبَّر ثم ارتد ، فطريقان :

أحدهما : أنه يُخَرَّج بطلانُه على أقوال الملك .

والثاني : القطع بأنه لايبطل ؛ لأنّ حقَّ العبد متعلّق به ، فلا يمكن إبطالُه كما لا يبطل حقُّ الغرماء ونفقةُ الأقارب عن ماله (١) .

وإن قلنا : يبطل ، فلو عاد إلى الإسلام / ففي عَوْدِ التدبير طريقان : ٣١٢/أ

أحدهما : أنه يعود ؛ كما لو استحال العصيرُ المرهونُ خمرًا ، ثم صار خلًّا .

والثاني : أنه يُخَرَّج على قولي عَوْد الحنث .

أما إذا مات مرتدًّا ، وقلنا : لا يبطل التدبير ، فينفذ إنْ وَفَّى به الثلث . وفيه وجه : أنه لا ينفذ ؛ لأن الوارث لا شيءَ له من ماله ، وإنما تنفذ الوصية في مالٍ يُورث ، ومالُه فيء . وهذا ضعيف ؛ لأن الفيءَ مصرفُه بيتُ المال فيعتبر الثلثُ لأجله .

أما الكافر الأصليّ فيصح تدبيره . فإن نقض العهد مُكِّن من استصحاب مدبره ؛ لأنه قِنّ (٢) ، ولا يُمَكَّن من مكاتبه . ولو أسلم مدبرُه ، فهل يُباع عليه ؟ فيه قولان (٣) :

= وقال في الروضة (١٢ / ١٩٢) : « قال ابن سلمة : [هذه] الأقوال ، إذا حجر القاضي عليه . فأما قبله ، فيصح [تدبيره] قطعًا . وقال أبو إسحاق : هي قبل الحجر ، فأما بعده فلا يصح قطعًا . وقال غيرهما بطرد الأقوال في الحالين . وقد سبق في « الردة » أن البغويّ جعل [قول] الوقف أصح » يعني وقْف ملكه إلى أن يرجع أو يقتل مرتدا .

(١) وهذا هو الأصح ، وهو الذي رجحه العراقيون . انظر الوجيز (٢ / ٢٨٢) . الروضة (١٢ / ١٩٢) . المنهاج ص (١٥٩) .

(٢) هو بكسر القاف وتشدد النون . ويستوي فيه الواحد والاثنان والجمع والمؤنث والمذكر . ويجمع على « أَقْنان » و « أَقِنّة » ، والقنّ بمعنى مقنون ، وهو لغة : الذي يُضْرب بالعصا ، ويطلق على المملوك هو وأبواه . وفي اصطلاح الفقهاء هو : الرقيق الكامل الرقّ ، أي الذي : لم يحصل فيه شيء من أسباب العتق أو مقدماته ، كالمكاتبة أو التدبير أو غيرهما . انظر : معجم لغة الفقهاء ص (٣٧٠) .

(٣) قال في الروضة (١٢ / ١٩٣) : « أظهرهما : لا يباع ، بل يبقى التدبير ؛ لتوقع الحرية . ولكن يخرج من يده ، ويجعل في يد عدل ، ويُصْرف كسْبُه للسيد كما لو أسلمت مستولدته » .

أحدهما : نعم كالقنّ .

والثاني : لا ، نَظَرًا للعبد ، ولكن يُحَال بينهما ، ويستكسب له كالمستولدة .

وفي المكاتب إذا أسلم ، طريقان [1] :

أحدهما : أنه كالمستولدة لا تُبَاعُ عليه .

والثاني : أنه كالمدَبَّر ، فَيُخَرَّج على القولين .

النظر الثاني :في أحكامه .

والنظر في حكمين : ارتفاع التدبير ، وسرايته إلى الولد . ويُرْفَع التدبير بأمور خمسة :

الأول : إزالة الملك ببيع وهبةٍ جائزٌ ، ويرتفع التدبير في الحال . فإن عاد إلى الملك [2] – وقلنا : إن التدبير وصيةٌ – لم يَعُدْ . وإن قلنا : تعليقٌ [3] ؛ فيخرج على قولَيْ عَوْد الحنث [4] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يجوز إزالة الملك عنه كالمكاتب .

الثاني : صريحُ الرجوعِ . وهو جائزٌ إن قال : أعْتِقُوه عنِّي بعد موتي ؛ لأنه وصيةٌ . وإن قال : إذا متُّ فدخلتَ الدار ، فأنت حرٌّ : لم يَجُزْ صريح الرجوع ، لكنْ يجوز إزالة الملك ؛ لأنه تعليق محضٌ . أما إذا قال : دبرتك ، أو أنت حرٌّ بعد موتي ، ففيه معنى التعليق والوصية فإنه إثباتُ حقٍّ للعبد ، فأيُّهما يُغَلَّب ؟ فيه قولان . واختيارُ المزنيّ ترجيحُ معنى الوصية وتجويزُ الرجوع [5] .

فإن قلنا : إنه وصيةٌ ؛ حصل الرجوعُ عنه بما يحصل به الرجوع عن الوصية حتى العرض

---

(١) والمذهب أنه لا يباع ، بل تبقى الكتابة ؛ لانقطاع سلطة السيد واستقلالِ المكاتب ، فإن عجّزه السيدُ عن أداء نجومه ، بيع عليه . انظر الروضة (١٢ / ١٩٤) .

(٢) يعني إن عاد هذا العبد إلى ملك سيده الأول الذي دبره ، كأن يشتريه ، أو يُوهب له ، أو غير ذلك .

(٣) وهذا هو الأظهر عند الأكثرين ، وهو أحد قولي الجديد كما في الروضة (١٢ / ١٩٤) .

(٤) والأظهر أنه لا يعود كما في الروضة (١٢ / ١٩٤) .

(٥) انظر اختيار المزني في مختصره ص (٣٢٢) .

على البيع إلا الاستيلاد ، فإنه يوافق موجب التدبير فلا يرفعه ، ويَرْفع الوصية . ولو قال بعد التدبير المطلق : إذا متُّ فدخلتَ الدار ، فأنت حُرّ ، كان رجوعًا عن التدبير المطلق . ولو قال : إن دخلت فأنت حر ، فقد زاده سببًا آخر للحرية ، فلا رجوعَ . فلو كاتبه أو رهنه هل يكون رجوعًا ؟ فيه وجهان . ولو رجع عن التدبير في نصفه ، فالباقي مدبرٌ . ولو رجع عن تدبير الحمل لم يَسْرِ الرجوعُ إلى الأم ولا بالعكس ، بل يقتصر .

الثالث : إنكارُ السيدِ التدبيرَ ، وقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : القول قولُ السيد [(١)] ، وهذا مشكل ؛ لوجهين :

أحدهما : أن الإنكار رُجُوعٌ ، فأيُّ مَعْنًى للتحليف ؟ فمنهم من قال : فرّع الشافعيّ على معني الرجوع الصحيح . ومنهم من قال : الإنكار ليس برجوع ، بل هو رَفْع الأصل ، فعليه أن يحلف أو يرجع [(٢)] . فقد تحصلنا على وجهين في الإنكار ، هل يكون رجوعًا [(٣)] ؟ ويجري في إنكار الوصية أيضًا [(٤)] . وأما إنكار الموكِّل فهو عَزْلٌ قطعًا [(٥)] . ومنهم من طرد الوجهين . وإنكار البائع - بشرط الخيار - ليس فسخًا ، وفيه احتمالٌ . وإنكارُ الزوجِ الطلاقَ الرجعيَّ لا يكون رجعةً قطعًا ؛ لأنه في حكم عقد فيحتاط باللفظ .

الإشكال الثاني : أن الشافعي (رضي الله عنه) نصَّ على أن الدعوى بالدَّين المؤجَّل لا تُقْبل ؛ إذ لا لزومَ في الحال ، فكيف تُقْبَل دعوى العبد في التدبير ، واتفق الأصحاب على آخر الخلاف في المسألتين بالنقل والتخريج . فإن قلنا : تُقْبَل دعوى التدبير ، فلايكفي فيه شاهد وامرأتان ؛ لأنّ مقصوده العتق [(٦)] .

---

(١) انظر مختصر المزني ص (٣٢٣) .

(٢) يعني : يرجع عن تدبيره .

(٣) ورجحه في الوجيز (٢ / ٢٨٢) .

(٤) والأصح أنه لا يرتفع التدبير والوصية بالإنكار ؛ لأنهما عقدان يتعلق بهما غرض شخصين ، فلا يرتفعان بإنكار أحدهما . انظر : الروضة (١٢ / ١٩٧) . المنهاج ص (١٦٠) .

(٥) يعني يكون إنكار الموكِّل عزلًا لوكيله الذي يدعي وكالته .

(٦) وعليه ، فلابد من شاهدين . انظر مختصر المزني ص (٢٢٣) .

الرابع : مجاوزة الثلث [١] . فلو كان استوفى ثلثَه بتبرُّعٍ قبل التدبير ، لم ينفذ تدبيرُه . ولو لم يَفِ الثلثُ إلا ببعضه اقتصر على ذلك القدر . والتدبيرُ - وإنْ كان في الصحة - فيحسب من الثلث كالوصية ؛ لأنه مضافٌ إلى الموت . أما إذا علق على صفة في الصحة ، فوجدت الصفةُ في المرض ، فهل ينحصر في الثلث ؟ فيه قولان .

فرع : لو لم يملك إلا عبدًا ، فدبَّره : عتق ثلثُه عند الموت . فلو كان له مال غائب ؟ فهل يُنَجَّز العتقُ في الثلث ؟ فيه قولان :

أحدهما : نعم ؛ لأن الغائب لايزيد على المعدوم ، فقدرُ الثلثِ مُسْتيقنٌ بكل حال .

والثاني : لا ؛ لأن العبد لو تسلّط على ثلث نفسه ، للزم تسليطُ الورثة على ثلثيه ، فكيف يُسلّط ، ويتوقع عتق الثلثين برجوع المال ؟ وهذا هو المنصوص [٢] ، والأولُ مخرَّج ، والقولان جاريان في الوصية بمالٍ إذا كان له مالٌ غائب ، أن الموصَى له ، هل يُسَلَّم إليه الثلثُ الحاضر في الحال ؟ وكذلك لو كان له دَيْنٌ على أحد ابنيه - لا مالَ له غيره - فهل يبرأ عن / نصيب نفسه قبل ٣١٢/ب
تسليم نصيب أخيه ؟ فيه قولان .

الخامس : إذا جنى المدبَّرُ بِيعَ فيه ، فإن فداه السيدُ بقي التدبيرُ . وإن باع بعضَه ، فالباقي مدبر ، وإن مات قبل الفداء - والثلثُ وافٍ بالأرشِ والعتقِ - وَجَب على الوارث فداؤه ليعتق . وفيه قول : أنه لايجب ؛ بناءً على أنّ أرش الجناية يمنع نفوذَ العتق . وفيه خلاف .

النظر الثاني في الولد :

وفيه مسائل :

الأولى : ولدُ المدبرة - من زنا أو نكاح - هل يَسْري إليه التدبيرُ ؟ فيه قولان :

أحدهما : أنه يسري ، كالاستيلاد .

---

(١) من المعلوم أنّ عتق المدبر مُعْتبر من الثلث بعد أداء الديون التي على مُدّبِّرِهِ . فلو كان على الميت دينٌ مستغرق للتركة ، لم يعتق منه شيء . وإن لم يكن دَيْنٌ - ولا مَالَ له سواه - عتق ثلثُه : انظر الروضة (١٢/١٩٨) .

(٢) وهو الأصح أيضًا كما في الروضة (١٢ / ١٩٩) .

والثاني : لا ، كالوصية (١) .

لو علّق عتقها بالدخول ، ففي سراية التعليق إلى ولدها قولان . نصَّ عليهما في « الكبير » .
فإن قلنا : يسري ، فمعناه أنه إن دخل أيضًا عتق ، ولا يعتق بدخول الأم ؛ لأن هذا سرايةُ عتقٍ لا سرايةُ تعليقٍ . ومنهم من قال : معناه أن يعتق بدخول الأم .

ثم إذا سَرَّيْنا التدبير ، كان كما لو دَبَّرهما معًا ؛ حتى لا يكون الرجوعُ عن أحدهما رجوعًا عن الآخر . ولو لم يَفِ الثلثُ بهما أُقرع بينهما . وفيه وجه : أنه يقسم العتق عليهما ؛ إذ يبعد أن تخرج القرعة على الولد ، فيعتق دون الأصل . وهذا ضعيفٌ ؛ فإنه صار مستقلًا بعد السّراية .
وكذلك لو ماتت الأمُّ بَقِيَ مدبرًا . أما ولد المدبَّر فلا يتبعه بل يتبع الأمَّ الرقيقة أو الحرة .

الثانية : إذا مات السيد – وهي حامل – عتق معها الجنينُ بالسراية . ولو كانت حاملًا حال التدبير ، فهل يسري التدبيرُ المضاف إلى الأم إلى الجنين ؟ فيه وجهان . فعلى هذا ، لو تبرع الوارث بالفداء وعتق ، فالولاء للميت إن قلنا : إن إجازة الورثة ليس بابتداء عطية .

فرع : المدبر المشترك ، إذا أعتق أحدُهما نصيبه ، هل يسري إلى الآخر ؟ فيه قولان :

أقيسهما : أنه يسري .

والثاني : لا ؛ لأن الثاني استحق العتاقة من نفسه .

وهذا يُضاهِي قولَنا : إذا أصدقها عبدًا فدبرتْه ، لم ينشطر بالطلاق ؛ كيلا يبطل غرضها من التدبير .

فإن قلنا : لا يسري ، فرجع عن التدبير ، فهل يَسْري الآن ؟ وجهان ، وَجْهُ قولنا : لا يسري ، أنه لم يَسْرِ في الحال ؛ فلا يَسْري بعده ؛ كما لو ظن اليسار . فإن قلنا : يسري . فيسري في الوقت ؟ أو تتبين السراية من الأصل ؟ فيه وجهانِ

أحدهما : نعم ، كما يسري إليه البَيْعُ (٢) .

---

(١) قال النووي (رحمه الله) : « الأظهر عند الأكثرين أنه لا يتبعها » . انظر الروضة (١٢ / ٢٠٣) .

(٢) والمذهب أنه مدبر . انظر الروضة (١٢ / ٢٠٥) .

والثاني : لا ؛ لأنه أدرج في البيع ، لأنّ استثناءه يُبْطل البيعَ .

فرعٌ : لو دبَّر الحملَ دون الأم صحَّ ، واقتصر عليه . فلو باع الأمَّ ونوى الرجوع ، صحَّ البيعُ ودخل فيه الجنينُ . وإنْ لم يَنْوِ الرجوع فكأنه استثنى الحمل .

الثالثة : لو تنازعا ، فقالت :ولدتُ بعد التدبير ؛ فتبعني – على قول السراية – وقال السيد : بل قبله ، فالقولُ قولُ السيد ؛ لأن الأصلَ بقاءُ ملكه .

وعلى قولنا : لا يَسْري ، لو نازعت الوارثَ ، وقالت : ولدتٌّ بعد الموت ؛ فهو حر . وقال الوارث : بل قبله ، فالقولُ قول الوارث .

ولو كان في يد المدبر مالٌ ، فقال الوارث : هو من كسبك قبل الموت . وقال : بل بعده ، فالقولُ قول المدبَّر ؛ لأنّ الملك في يده بخلاف الولد ، فإنه لا يَدَ لها عليه وهي تدعي حُرّيتَه .

* * *

كتاب الكتابة [1]

(١) الكتابة : اسم مصدر بمعنى « المكاتبة » . وهو في الاصطلاح الشرعى : عقد بين الرقيق ومالكه على مال يؤديه الرقيق لمالكه على أقساط ، فإذا أداها فهو حر . وفى المطلع على أبواب المقنع : « المكاتبة : لفظة وُضعت لعتق على مال منجّم إلى أوقات معلومة يحل كل نجم لوقته المعلوم . وأصلها من الكتْب : وهو الجمع ؛ لأنها تجمع نجومًا - يعني أقساطا - . انظر : المطلع ص (٣١٦). معجم لغة الفقهاء ص (٣٧٧) .

اعلم أنّ الكتابة عبارة عن « الجَمْع » . ولذلك سُمّي اجتماعُ الحروف كتابةً ، واجتماعُ العسكر : كتيبةً ، واجتماعُ النجوم[1] في هذا العقد : كتابةً[2] . وهذا عقد مندوب إليه ، وهو مشتملٌ على أمور غريبة كمقابلة الملك بالملك - أعني الكسبَ والرقبةَ - وكلاهما ملك للسيد ، وإثبات الملك للملوك ؛ لأنَّ المكاتب عبدٌ ويملك فكأنه إثبات رتبة بين الرقّ والحرية ؛ إذ المكاتبُ يستقلّ من وجهٍ دون وجه . لكن المصلحة تدعو إليه ؛ إذ السيدُ قد لا يسمح بالعتق مجانًا ، والعبد يتشمَّر للكسب إذا علق به عتقه ؛ فاحتُمِل لتحصيل مقصوده ما يليق به عتقه وإنْ خالف قياسَ سائر العقود ، كما احْتُمِلت الجهالةُ في عمل الجعالة وربح القراض وغيره .

وإنما يُستحبّ إذا جمع العبدُ القوة والأمانة . فإنْ لم يكن أمينًا فمعاملتُه لا تُفضي إلى العتق غالبًا فلا يستحبُّ تنجيز الحيلولة لأجله لا كالعتق ، فإنه يستحبّ بكل حال ؛ لأنه تنجيز خلاص . وإن كان أمينًا غير كسوب ، ففي الاستحباب وجهان[3] ، وظاهرُ الكتاب لم يشترط إلّا الأمانة ؛ إذ قال تعالى : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾[4] . وحكى صاحبُ « التقريب »

---

(١) قال في المصباح المنير (٩١٧/٢) : « النجم : الكوكب . والجمع : أنجم ونجوم . مثل فَلْس وأَفلس وفُلُوس . وكانت العرب تؤقت بطلوع النجوم ؛ لأنهم ما كانوا يعرفون الحساب ، وإنما يحفظون أوقات السنة بالأنواء ، وكانوا يسمون الوقت الذى يَحِلُّ فيه الأداء : نجمًا ، تجوُّزًا ؛ لأن الأداء لا يُعرف إلا بالنجم ، . . واشتقوا منه ، فقالوا : نَجَّمْتُ الدَّيْن - بالتثقيل - إذا جعلته نجومًا » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قال : (الكتابة عبارة عن الجمع ، ولذلك سُمِّي اجتماعُ الحروف كتابةً ، واجتماعُ العسكر كتيبةً ، واجتماعُ النجوم فى هذا العقد ، كتابةً) العبارة غير مرضية ؛ إذ ليست الكتيبة عبارة عن اجتماع العسكر ، وإنما هي عندهم عبارة عن قطعة من العسكر مجتمعة . والصواب أيضًا أن يقال : (جَمْع الحروف وجَمْع النجوم) لا اجتماع ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٣/ب) .

(٣) والأصح حينئذ أنه لا تستحب الكتابة . انظر الروضة (٢٠٩/١٢) .

(٤) من الآية (٣٣) فى سورة (النور) . وقال ابن الصلاح : « قوله في استحباب الكتابة : (وظاهر الكتاب لم يشترط إلا الأمانة ؛ إذ قال تعالى : ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرًا ﴾ هذا خلاف الظاهر ، وخلاف نص الشافعي (رضي الله عنه) . ومذهبه في هذا « الخير » فإنه قال فيه : وأظهر معاني « الخير » فى العبد : الاكتساب مع الأمانة ، وحُكي ذلك عن أبي حنيفة ومالك وغيرهما . وحُكي عن ابن عباس وابن عمر وغيرهما أن « الخير » فيها هو : الاكتساب خاصة . وحُكي عن الحسن البصريّ وسفيان الثوري أنهما قالا : هو الأمانة والدين خاصة . ومذهبُ الشافعي فيه هو الأقوى . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٤/أ) .

قولًا بعيدًا : أن الكتابة واجبةٌ . ولا وَجْه له وإنْ ذهب إليه داود ؛ لأنه إبطالُ سلطنةِ الملك ، فَحمْلُ الأمرِ على الاستحباب أولى .

ثم النظرُ يتعلَّق بأركان الكتابة ، وأحكامها . أما الأركان فهي أربعة : الصيغة ، والعوض والعاقدان / . ٣١٣/أ

الركن الأول : الصيغة . وهو أن يقول مثلًا : كاتبتُك على ألف تؤدّيه في نَجْمين ، فإذا أدَّيْتَه فأنت حرّ . فيقول العبد : قبلتُ . فإن لم يُصرِّح بتعليق الحرية ، ولكنْ نواه بلفظ « الكتابة » كفى . وفيه قول مُخرَّج : أن لفظ « الكتابة » صريح كالتدبير . وهو ضعيف ، بل الصحيح الفرقُ .

ثم وإنْ صرَّحَ بالتعليق ، فالعتق يحصل بالإبراء والاعتياض تغليبًا لحكم المعاوضة ، لكنْ في صحيح الكتابة[1] . أما في فاسدِها فَيُغلَّب حكم التعليق . ولو اقتصر [2] على قوله : أنت حر على ألفٍ ، فَقَبِلَ : عتق في الحال ، وكان الألف في ذمته ، وهو نظير الخلع ، وقد ذكرنا أحكامَه .

ولو باع العبد من نفسه : صَحَّ ، والولاءُ للسيد . وكأنه إعتاقٌ على مالٍ ليس فيه حقيقة البيع . وخَرَّج الربيعُ قولًا : أنه لا يصحّ ؛ إذ هو تمليكٌ ، وكيف يملك العبدُ نفسَه ؟ وفيه وجه : أنه لا يصحُّ ، ولا ولاءَ للسيد ، بل عتق على نفسه كما لو اشترى قريبَه .

أما إذا قال : إنْ أعطيْتَني ألفًا ، فأنت حُرّ ، فلا يمكنه أنْ يُعطيه من ملكه ؛ إذ لا مِلْكَ له ، فيكون كما لو قال لزوجته : إنْ أعطيْتِني ألفًا فأنتِ طالق ، فأتتْ بألف مغصوبةٍ ، ففي وقوع الطلاق خلافٌ ، وكذلك في العتق .

---

(١) قال ابن الصلاح : قوله : (العتق يحصل بالإبراء والاعتياض) هذا إخبار منه لجواز الاستبدال عن نجوم الكتابة ، وهو اعتياض يجري بين السيد والعبد ، وفيه وجهان على القول الصحيح بأن بيع « النجوم » من الغير باطل . والفرق أن الاستبدال طريق في الأداء ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٤/أ) .

(٢) يعني الكتابة الصحيحة .

الركن الثاني : العوض ، وشرطُه : أن يكون دَيْنًا ، مؤجلًا ، منجمًا ، معلومَ القدر والأجل والنجم [1] ، فهذه أربعة شروط :

الأول : كونُه دينًا ؛ إذ لو كان عَيْناً ، لكان ملكَ الغير ؛ فيفسد العتق . ثم لا يخفى أنَّ الدَّين ينبغي أن يكون معلومًا كما في السَّلَم والإجارة .

الثاني : الأجل . فلا تصح الكتابة الحالَّة عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) لعلّتين :

إحداهما : اتّباعُ السلف .

والأخرى : أنَّ العبد عقيب العقد عاجزٌ ، فكيف يجوز له لزومُ ما لا يقدر عليه ، إذ لو كان على ملّاحة ، وكاتبه على ملح فلابد من لحظة لأخذ الملح حتى يملك ، ولابد من لحظة لقبول الهبة إن قدر ذلك ، نعم يرد عليه أربعُ مسائل لا تخلو واحدةٌ عن خلاف :

(إحداها) : مَنْ نصفُه حرٌّ ، ونصفهُ عبدٌ ، قد يملك مالا ، ففي الكتابة الحالَّة منه فيه وجهان ؛ لتعارض معنى الاتباع والعجز .

(الثانية) : إذا كاتبه على مالٍ عظيم ونَجَّمَه بلحظتين ، فيه أيضًا وجهان [2] .

(الثالثة) : البيع من المفلس صحيح ؛ لأنه يقدر بالمبيع . وإن زاد الثمن على قيمة المبيع فلا يبعد وجود زبون يشتري المبيعَ منه ، ومع ذلك فقد ذُكِرَ وجهٌ أنه لايصحُّ العقد .

(الرابعة) : إذا أسلم إلى مكاتب عقيب العقد ، فيه وجهان . وجهُ التجويز أنه يملك رأسَ المال .

الشرط الثالث : التنجيم بنجمين فصاعدًا ؛ إذْ سببُ اشتراطه الاتباعُ المحض ؛ فما كاتَبَ أحدٌ من السلف على نجم واحد . ثم نصّ الشافعي (رضي الله عنه) على أنه لو كاتبه على

---

(١) النجم : القسط .

(٢) والأصح أنه تجوز الكتابة . انظر الروضة (٢١٢/١٢) .

خدمةِ شهرٍ ودينارٍ بعده : جاز [1] ؛ إذ حصل التنجيمُ ، لكن النجم الأول حالّ ؛ إذ يتنجّز استحقاق المنافع عقيب العقد . وإنما التأخير للتوفية ، ولذلك قال الأصحاب : ليس يُشْترط أن يكون الدينار بعده ، بل لو كان بعد العقد بيوم : جاز ، وقال أبو إسحاق المروزي (رحمه الله) : لا يجوز ، كأنه تخيل الخدمة مؤجلًا . ولاشك أنه لو لم يؤجل الدينار لم يَجُز ؛ إذ يكون جميع العوض حالًّا .

ولو كاتب على خدمة شهرين وجعل كل نجم شهرًا : لم يجز ؛ لأن الكل يتنجز استحقاقه بالعقد . فإنْ صرَّح بإضافة الاستحقاق إلى الشهر القابل خُرِّج على مثل هذه الإجارة في الشهر القابل ، وفيه وجهان .

أمّا إذا أعتق عبده على أن يخدمه شهرًا : عتق في الحال ، ويجب الوفاءُ . فإن تعذّر ، فيرجع السيدُ إلى قيمة الأجرة أو قيمة الرقبة ؟ قولان كما في بدل الصداق والخلع .

الشرط الرابع : الإعلام . وذلك قد ذكرناه في البيع . ومعنى إعلام النجم أن يميز المحلّ [2] لكلّ نجم ومقدارَه ، فلو كاتب على مائة يؤديه في عشر سنين ، لم يَجُزْ حتى يُبين قدرَ كلِّ نجم ومحلَّه . ولا يُشْترط تساوِي النجوم ، ولا تساوي المدة . وقد تنشأ الجهالةُ من تفريق الصفقة ؛ فَلْنذكر مسألتين :

إحداهما : لو كاتبه بشرط أنْ يبيعه شيئًا فهو فاسدٌ ؛ لأنه شَرَط عقدًا في عقدٍ . أما إذا باعه شيئًا وكاتبه على عوض واحد منجم فَسَدَ البيعُ ؛ لأن إيجابه يسبق على قبول الكتابة ، وهو ليس أهلًا للشراء قبله ؛ إذ صيغتُه أنْ يقول : بعتُك هذا الثوبَ ، وكاتبتُكَ بألف إلى نجمين ؛ فيتقدّم الإيجابُ على القبول . وفيه قول مخرج : أنه يصحّ ؛ أَخْذًا من نصّ الشافعي (رضي الله عنه) على أنه لو قال : اشتريتُ عبدك بألف ورهنت بالألف دارًا ، فأجابَ إليهما : صَحّ الرهنُ مع تقدّم إيجابه على لزوم الدَّين . إلا أن الرهن من مصالح البيع فلا يَبْعُد مَزْجه به ، وذلك في الكتابة يبعد .

فإنْ أفسدْنا البيعَ ، ففي صحة الكتابة / قولا تفريق الصفقة . وإنْ صححنا البيعَ ، فَيُخَرَّج على ٣١٣/ب
قولي الجمع بين صفقتين مختلفتين، ولا يجري ذلك في الرهن والبيع؛ لأن الرهن تابعٌ للبيع ومؤكِّدله.

---

(١) انظر ذلك في مختصر المزنيّ ص (٣٢٤) .

(٢) أي المدة التي يؤدي فيها القسط .

الثانية : لو كاتب ثلاثة أعْبُدٍ على ألف في صفقة واحدة ولم يُمَيِّزْ نجومَ كلِّ واحدٍ ، فالنصُّ صحة الكتابة [١] ، والنص في شراء ثلاثة أعبدٍ من ثلاثة ملاك بعوضٍ واحد : الفساد ، والنصُّ في خُلْعِ نسوةٍ ، أو نكاحِهن بعوضٍ واحد : أنه على قولين ؛ فمن الأصحاب مَنْ طرد القولين في الكل ، وهو الأصح ؛ لأنّ [٢] العوضَ معلومُ الجملة لكنْ [٣] مجهولُ التفصيلِ . ومنهم مَنْ قال : العبيدُ في الكتابة يجمعهم مالكٌ واحدٌ ، والعوضُ فيه غيرُ مقصودٍ ؛ فكأنه[٤] كعقدٍ واحدٍ ،وغرضُ الشراء مقصودٌ فيخالفه . والخلعُ والنكاحُ : على رتبة بين الرتبتين ؛ ففيه قولان . وهذا ضعيفٌ ، ولأنّ جملة هذه الأعواض تَفْسد بالجهالة وإن كانت العقودُ لاتبطل .

ثم إنْ صححنا ، فالقولُ الصحيح[٥] أنه يُوزَّع الألفُ على قدر قِيَمِ العبيد لا على عدد الرءوس . وفيه قول : أنه يوزَّع على عدد الروءس . ثم إن اعتقدنا التوزيعَ على العدد ، فتنتفي الجهالةُ ؛ فيصح لامحالة .

ثم كيف كان ، فإذا أدّى كلُّ عبدٍ نصيبَه : عَتَقَ ولم يَقِفْ على أداء رفيقه ، ولا يُنْظر إلى التعليق على أداء الجميع . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يعتق واحدٌ مالم يؤدّ الجميعُ ؛ نظرًا إلى التعليق .

الركن الثالث : السيد المكاتب . وشرطُه [٦] أنْ يكون مالكًا ، مكلفًا ، أهلا للتبرّع ، غَيْرَ دافعٍ بالكتابة حقًّا لازمًا .

أما شرطُ الملكِ والتكليفِ فلا يخفى ؛ فلا يصحّ كتابةُ الصبيِّ والمجنونِ وغيرِ المالك .

أما أهلية التبرع ، فيخرج عليه مَنْعُ وَليِّ الطفل من كتابة عبده[٧] ولو بأضعاف ثمنه ، فإنه ممنوعٌ ؛ لأنّ ما يَكْسِبه يكون [٨] ملكًا للطفل . وكذا المريض تُحْسب كتابتُه من الثلث .

---

(١) انظر مختصر المزنيّ ص (٣٢٤) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فإنّ » .

(٣) كلمة : « لكنْ » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فكان » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فالقول الصريح » .

(٦) في الأصل : « فشرطه » والمثبت (أ) ، (ب) .

(٧) في الأصل : « عبيد » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « كان » .

ولو كاتب في الصحة ، ووضَع النجومَ عنه في المرض ، أو أعتقه ، اعتبرنا خروجَ الأقلّ من الثلث : فإن كانت الرقبة أقلَّ ، اعتبرنا خروجَها ؛ لأنه لو عجز لم يكن للورثة إلا الرقبة . وإن كان [1] النجوم أقلّ ، فكذلك . وكذا لو أوصى بإعتاقه أو بوضْعِ النجوم عنه .

ولو كاتَبَ في الصحة [2] وأقرَّ في المرض بأنه كان قبض النجومَ : صَحَّ إقرارُه ؛ لأنه حجةٌ .

وأما قولُنا : لا يَرْفَع بها حقًّا لازمًا ، [3] فيخرج عليه كتابةُ المرهون [3] ، فإنه لا يصح . وكتابةُ الكافر لعبده المسلمِ بعد أن توجّه عليه الأمْرُ بالبيع ، في صحته وجهان :

أحدهما : المنع ؛ إذِ البيعُ لازمٌ عليه .

والثاني : الجوازُ ؛ نظرًا إلى العبد ، فذلك أصْلح له ثُمّ إنْ عجز بِعْنَاه .

ولو كاتب ثم أسلم – وقلنا : لا يصحّ استبراؤه – ففي دوامِه وجهان ؛ لقوة الدوام . ولو دَبَّر ثم أسلم ، فَيُبَاع عليه ؟ أم تُضرب الحيلولة ؟ فيه خلافٌ أيضًا .

أما المرتدّ فكتابته بعد الحَجْر وقبله تُخَرَّج على أقوال الملك في [4] تصرُّف المحجور .

وأمّا الحربيّ فتصحُّ كتابتُه للعبد الكافر ، لكنْ لا يظهر أثرُه ؛ فإنه لو قهره بعد أداء النجوم : ملكه ، فكيف قبله ؟ لكن لو أدى النجومَ ، ثم أسلما قبل القهر : فلا رقَّ عليه . وإن كان بعضُ النجوم خمرًا ، وقد بقي منه شيءٌ ، وقبض الباقي بعد الإسلام : عتق ، لكنْ يرجع السيدُ على العبد بقيمته كلّها ، ولا تُوَزَّع على ما بقي وعلى ما قبض . وقد ذكرنا نظيرَ ذلك في الخلع فلا نعيده .

الركن الرابع : العبد القابل ، وله شرطان :

الأول : كونُه مكلفًا ، فلا يصح كتابةُ الصغير المميّز ، نعم إنْ علق صريحًا على الأداء عتق ، لكنْ لا يرجع السيدُ بقيمته ، بخلاف الكتابة الفاسدة ؛ لأنّ هذه [الكتابة] [5] باطلة .[6]

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وإن كانت » . (٢) يعني الكتابة .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وما يخرج عليه : كتابةُ المرهون » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وفي » . (٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) قال الحموي : « قوله : (الركن الرابع : العبد القابل ، وله شرطان : الأول : كونه مكلفًا ، فلا تصح كتابة الصغير =

الشرط الثاني(١) : أن يورد الكتابة على كله ؛ ليستفيدَ عقيبها استقلالًا . فلو كاتب نصفَ عبدِه ، فالمذهبُ أنّ الكتابة فاسدةٌ . ولو كاتب النصف الرقيق مِمَّنْ نصفُه حُرٌّ : صحتْ ؛ لحصولِ الاستقلال . ولو كاتب أحدُ الشريكين دون إذن صاحبه ، فالمذهبُ : أنها فاسدةٌ . وإن كان بإذنه ففيه قولان . والأظهرُ : فسادُه ؛ لأنه لا يستفيد الاستقلال بالمسافرة ، وأَخْذُ الزكاة والصدقةِ لا تُصْرَف إلى مَنْ نصفُه رقيقٌ ونصفُه حُرّ ، فأيّ فائدةٍ للإذن ؟ ومن أصحابنا مَنْ قال : [فيه قولان](٢) . أما المسافرة ، فقد نقول : لا يستقلُّ بها المكاتَبُ كلُّه(٣) . وأما الصدقةُ ، فيجوز صرفُها إليه على رأْيٍ ، فَمِنْ هاهنا خرَّجوا طَرْدَ القولين / فيما لو كاتب بغير إذنه أيضًا . وخرجوا قولًا فيما لو كاتَبَ نصفَ عبدِ نفسِه . ٣١٤/أ

ولا خلاف أنهما لو كاتبا على مالٍ واحد : صحَّ ، وانقسمت النجومُ على قدر الحصتين . فلو شَرَطَا تفاوُتًا على قدر الحصص ، فقد انفرد كلُّ عقدٍ عن صاحبه ، فيخرَّج على القولين(٤) في كتابة أحدِهما بإذن شريكه .

فرع : لو كاتباه ثم عَجَّزه(٥) أحدُهما ، وأراد الثاني إنظاره وإبقاءَ الكتابة في نصفه ، ففيه

= المميز ، نعم إن علَّق صريحًا على الأداء عتق ، لكن لا يرجع السيدُ بقيمته ، بخلاف الكتابة الفاسدة ؛ لأن هذه كتابة باطلة) .

قلت : فرَّق الشيخ بين الكتابة الفاسدة والباطلة ، وعند الشافعي لا فرق بينهما ، خلافًا لأبي حنيفة ، فإنه فرق بين الباطل والفاسد ، فجعل الفاسدَ كالصحيح ، والباطلَ لا ينعقد أصلًا في جميع الأحكام ؛ لتطرُّقِ الخلل إلى جميع أركانه ، وإذا كان كذلك كان مستعمِلًا هنا مذهبَ أبي حنيفة ، وإنه غير مستحسن كما لا يخفى .

قلت : قد ذكرنا مثل هذا في باب « العارية » وامتناعه وقلنا : لما كان الفاسدُ هاهنا يغاير حكمَ الباطل الذي ذكره أحبَّ أن يغاير بين عبارتهما تبعًا للمعنى ، ولم يجد في مذهبه عبارةً مختصرة تقوم مقامها ، استعار ما استعمله أبو حنيفة ليفرق بين المعنيين ، فاستعمل لفظة الفاسد فيما هو في معنى الصحيح ، والباطل فيما لم ينعقد أصلًا ؛ ليطابق المعنى المختص به ، وإنما كان كذلك للضرورة وبه خرج الجواب » . إشكالات الوسيط (ق ٢٠٤ / ب ، ٢٠٥ /أ) .

(١) في (ب) : « الثاني » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) كلمة (كلّه) تعرب نائب فاعل لاسم المفعول (المكاتَب) .

(٤) في الأصل : « قولين » والمثبت في (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « عجّز » والمثبت من (أ) ، (ب) . وعجزه : إذا أوقعه في العجز . وتعجيز المكاتب : إعلامه بعدم =

ثلاثةُ طرق :

أحدها : القطع بالمنع ؛ إذْ يريد إبقاءَ الكتابة بغير رضاء صاحبه .

والثاني : تخريجُه على قولين ؛ إذ الشريكُ لمَّا وافق في ابتداء العقد ، فقد رضي [(1)] بلوازم وتوابع [(1)] وهذا منها .

والثالث : القطعُ بالجواز ؛ لأنّ الدوامَ يَحْتمل ما لا يَحتمله الابتداءُ [(2)] .

= قدرته على دفع بدل الكتابة . والمقصود بهذه المسألة : أن يكاتبه سيداه معًا ، فيعجز العبدُ عن أداء ما عليه من النجوم ، فيفسخ أحد السيدين عقد الكتابة معه ، ويريد السيد الآخر إبقاء الكتابة ، فالمذهب أنه لا يجوز الإبقاء على الكتابة بغير إذن الشريك . فإنْ أَذِن ، فالأظهرُ أنه لا يجوز أيضًا . ورجح الغزاليُّ – في الوجيز – الجوازَ ؛ لقوة الدوام ، ولأنه يحتمل ما لا يحتمله الابتداء ، وكذلك البيضاويُّ في الغاية . انظر : الوجيز (٢/٢٨٥) . المنهاج ص (١٦٠) . الروضة (١٢/٢٣٠) . الغاية القصوى (٢/١٠٤٧) . معجم لغة الفقهاء ص (١٣٥) .

(١) في (أ) ، (ب) : « بلوازمها وتوابعها » والضمير يرجع إلى « الكتابة » .

(٢) قال الحموي : « قوله فيه أيضًا : (فرع : لو كاتباه ثم عجز أحدهما ، وأراد الثاني إنظاره وإبقاء المكاتبة في نصفه ، ففيه ثلاثة طرق : أحدها : تخريجها على القولين ؛ إذ يريد إبقاء الكتابة بغير رضا صاحبه . الثاني : القطع بالمنع ؛ إذ الشريك لما وافق في ابتداء الكتابه ، فقد رضي بلوازمه وتوابعه ، وهذا منها . الثالث : القطع بالجواز ؛ لأن الدوام يحتمل ما لا يحتمله الابتداء) .

قلت : ما ذكره الشيخ في « الوسيط » يخالف ما ذكره في « البسيط » فإن الشيخ جعل التعليل الذي ذكره في تعليل الطريق الأول من « الوسيط » على التخريج هو تعليلُ المنع في الطريق الثاني في « البسيط » على التخريج . فقال في « البسيط » : (لأن ذلك يؤدي إلى أن يبقى نصفُ العبد مكاتبًا بغير رضا الشريك ، والنصُّ : إبطالُ ذلك في الدوام) وما ذكره في « الوسيط » في الثاني .، قوله : (القطع بالمنع ؛ إذ الشريك لما وافق في ابتداء الكتابة فقد رَضِيَ بلوازمه وتوابعه ، وهذا منها) .

قلت : هذا التعليل هو تعليل التخريج في «النهاية » و « البسيط » لا على وجه المنع ، ووقع التعليل ؛ لأن رِضَا الشريك بالعقد رِضًا بلوازم العقد وما يفضي إليه ، وما ذكره في الثالث من القطع بالجواز ، هو كما في « الوسيط » وإذا كان كذلك كان ما ذكره في « الوسيط » من التعليل مخالفًا « للبسيط » و « النهاية » على ما ذكرناه .

قلت : أمكن أن يجاب عنه بأن يقال : ما ذكره في تخريج التعليل في « الوسيط » صالحًا أيضًا لعِلَّةِ المنع في الثالث ؛ نظرًا إلى المعنى وإن كان بعيدًا ، أو ما ذكره في الثاني في « البسيط » يصلح أن يكون تعليلًا للتخريج في « الوسيط » لتفاوتهما في المعنى كما لا يخفى ، وإذا كان كذلك فلا منافاة بينهما » . إشكالات الوسيط (ق ٢٠٥/أ، ٢٠٥ / ب) .

ولو كاتب واحدٌ عبدًا ، ثم مات وخلف ابنين ، وعَجَّزه أحدُهما ففي إنظار[١] الآخرِ هذه الطرقُ ، وأولى بامتناع التبعيض ؛ لأنَّ العقدَ ابتداءً وُجِدَ من واحد .

هذا ما يصحّ من الكتابة . ثم ما لا يصحُّ ينقسم إلى : باطل ، وفاسد . والباطلُ لا حُكْمَ له إلّا موجب التعليق إن كان قد صرَّح به . والفاسدُ له حكمٌ . ومَهْما تطرَّق الخَلَلُ إلى أصلِ الأركان الأربعة فباطلٌ ، كما لو كان السيدُ صغيرًا ، أو مجنونًا ، أو مُكْرَهًا . والقابلُ كذلك . أو صدر من وليِّ الطفل ، ومَنْ ليس بمالكٍ ، أو عُدِم أصلُ العوض ، أو شَرَط شيئًا[٢] لا تُقْصد مَالِيَّتُه كالحشرات ، أو اختلَّت الصيغُ بأنْ لم تنتظم ، أو فُقِدَ الإيجابُ أو القبولُ ، أو صَدَرَ من غير أهله . نعم ، اختلفوا في مسألتين :

إحداهما : أنّ العبد لو كان مجنونًا ، نقل الربيعُ أنه عتق بالأداء ، ورجع السيدُ بالقيمة – والرجوعُ من حكم الفاسد – فكأنَّه[٣] جعل قبولَ المجنون فاسدًا . وقد نقل المزني (رحمه الله) ضِدَّه ، وهو الصحيح ؛ فإنّ قبولَ المجنون والصبيّ كَلَا قبولٍ ، فهو كالمعدوم .

الثانية : لو تَرَك لفظ « الكتابة » واقتصر على قوله : إنْ أعطيتني ألفًا ، فأنت حُرّ ، فقد ذكرنا خلافًا في أنه لو أعطى ، هل يُعْتق ؛ لأن ما يُعطيه في حكم المغصوب ؟ فإنْ قلنا : يعتق ، فهل يرجع السيدُ عليه بقيمة الرقبة ؟ فيه وجهان . والظاهر أنه لا يرجع .

فإنْ قلنا : يرجع ، فهل يستتبع الكسبَ والولد ؟ فيه خلافٌ ، والظاهر : أنه لا يستتبع . ومَنْ رأى الرجوعَ والاستتباعَ ، فقد ألحقه بالفاسد ، فقد حصل من هذا : أن الفاسد ما امتنع صحتُه بشرط فاسد ، أو لفوات شرطٍ في العوض – كالإعلام – أو في العبد ، ككتابة نصفه أو كترك الأجَل والنجوم .

فإن قيل : فما حكم الفاسد ؟ قلنا : الفاسدُ يساوي الصحيحَ في ثلاثة أحكام ، ويُفَارقه في

---

(١) في (أ) ، (ب) : « في إبطال » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو شُرِط شيء » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وكأنه » .

حكمين : يُساويه في العتق عند أداء ما علق عليه ، وذلك بحكم التعليق حتى لا يحصل بالإبراء والاعتياض ، فيغلب التعليق على الفاسد . ويُساويه في استتباع الكسْب والولد - أعني ولدَه من جاريته - ؛ لأنه في حكمِ كسْبه .

أما ولدُ المكاتبة ، ففي سراية الكتابة الفاسدة إليه قولان كالقولين في سراية التدبير وتعليق العتق . ومنهم مَنْ قطع بأنه يتبعه ويسري إليه (١) .

ويُساويه أيضًا في استقلال العبد عقيبه بالاكتساب . ويَنبني عليه سقوطُ نفقتِه عن مولاه ، وجوازُ معاملته إياه .

واختلفوافيما يتعلّق باستقلاله في شيئين :

أحدهما : في مسافرته ، وفيه وجهان إنْ رأينا أنّ المكاتب - كتابتُه صحيحةٌ - يُسافر . وكذلك في صَرْفِ الزكاة إليه وجهان . وجهُ المنع : أنَّ الكتابة غيرُ لازمة من جهة السيد ، فلا يُوثق بانصرافه إلى العتق .

أما ما يفترق فيه فأمران :

أحدهما : أن ما يقبضه ويحصل العتق به ، يجب ردّه ، والرجوعُ إلى قيمة الرقبة كما في الخلع الفاسد .

والثاني : أنها لا تلزم من جهة السيد ، بل له أنْ يفسخ . ومهما فسخ - أو قضى القاضي بردّها - انفسخ حتى لا يعتق بأداء النجوم ، ويرتفع التعليقُ أيضًا ؛ لأن معنى قوله : إن أدَّيتَ إليّ في ضمن معاوضةٍ فأنت حرٌّ ، والفسخُ يرفع المعاوضة .

ثم يُبْتَنى على هذا - أعني على عدم لزومه - لو مات السيد ، فأدّى إلى الوارث ، لم يعتق ؛ لأنه ليس هو القائل : إن أدَّيْتَ إليّ فأنت حُرّ . والتعليقُ غالبٌ على الفاسد . ويتفرّع منه أنه لو

---

(١) وهو المذهب . انظر الروضة (١٢/٢٣٣) .

أعتقه عن كفارته : صَحَّ ، ويكون كأنه فسخ الكتابة ، ولا يستتبع الكسب والولد، بخلاف / ما ٣١٤/ب
لو أعتق المكاتب كتابةً صحيحةً ، فإنه يقع عن الكتابة ولا يَبْرأ عن الكفارة ، ويتبعه الكسبُ والولد .

ولم تخالف الكتابة الفاسدة قياس الشافعي (رضي الله عنه) إلا في شيء واحد [1] ، وهو إثبات الاستقلال في الاكتساب وحصولُ العتق بالأداء تشوُّفًا إليه ، فوجب السَّعْيُ في تحصيل العتق ، فلا يمكن إلّا بإثبات الاستقلال بالكسب ، فأصْلُ الكسب يُسَلّم له مهما استقلّ ، وينبني عليه سقوطُ نفقته وصحة معاملته .

أما إلزامُه من جهة السيد ، وتصحيحُ المسمَّى - حتى لا يرجع إلى القيمة - فلا ضرورةَ فيه ؛ فأُجْرِيَ على القياس .

* * *

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولم تخالف الكتابة الفاسدة قياس الشافعي إلا فى شيء واحد ، وهو إثبات الاستقلال بالاكتساب ، وحصول العتق بالأداء) كان ينبغي أن يقال : (إلا في شيئين) والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٥/أ) .

النظر الثاني
في أحكام الكتابة

وحكمُها : العتقُ عند براءة الذمة بأداء [١] ، أو إبراءٍ ، أو اعتياضٍ ، واستقلالُ العبد بالاكتساب عقيب العقد . ويتفرّع عنه تبعيّةُ الكسب والولد ، ووجوبُ الأرش والمهر على السيد عند الوطء والجناية [٢] . والكتابةُ تقتضي نفوذ تصرفات المكاتب بما لا ينزع فيه ، وامتناع تصرف السيد في رقبته ، ومجموعُ هذه التفاصيل ترجع إلى خمسة أحكام :

الحكم الأول : فيما لا يحصل به العتقُ . وفيه مسائل :

الأولى : إذا أبرأ عن بعض النجوم ، أو قبض بعضه : لم يعتقْ منه شيءٌ ، بل هو عَبْدٌ ما بقي عليه درهمٌ . وقال عليّ (رضي الله عنه) : يعتق بكلِّ جزء من النجوم ، جزءٌ من رقبته . وأما الإبراءُ في الكتابة الفاسدة فلا توجب العتق .

الثانية : إذا جُنّ السيدُ ، فقبض النجوم : لم يعتق ؛ لأنّ قبضَه فاسدٌ حتى يقبض وليُّه . وللمكاتب استردادُه . وإن تلف فلا ضمانَ ؛ لأنه المضيِّعُ بتسليمه إليه . ولو جُنَّ المكاتب فقبض السيدُ منه : عتق ؛ لأن فِعْل العبد ليس بشرط ، بل إذا تعذّر فعْلهُ ، فللسيد أخْذُه [٣] . هكذا أطلقه الأصحابُ ، وفيه نظر ؛ إذ لا يبعد لزومُ رفعه إلى القاضي حتى يوفّيَ النجومَ إنْ رأى المصلحة .

أما استقلال السيد [٤] فمشكِلٌ عند إمكان مراجعة القاضي .

أما الكتابة الفاسدة ، فظاهرُ النصِّ أنها [٥] تنفسخ بجنون السيد كما تنفسخ بموته ، ولا تنفسخ بجنون العبد ؛ فاختلفوا في النصين . وحاصلُ ما ذُكِرَ – نقْلًا وتخريجًا – ثلاثةُ أوجه :

---

(١) يعني بأداء النجوم التي لزمته .

(٢) كلمة « الجناية » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٣) يعني فللسيد أن يأخذ حقَّه من النجوم .

(٤) في (أ) ، (ب) : « العبد » . وقوله : (أما استقلال السيد فمشكل . . » يعني استقلاله بأخذ ما وجب له من الحق على العبد .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أنه » .

أحدها : وهو الأقيس ، أنه لا تنفسخ ؛ لأنه - وإن كان جائزًا - فمصيرُه إلى اللزوم ، كالبيع في زمان الخيار .

والثاني : أنه ينفسخ لضعف الفساد (١) .

الثالث : أنه ينفسخ بجنون المولى دون العبد ، فإن الكتابة أبدًا جائزةٌ من جانب العبد ، فلم يؤثر الفساد في جانبه .

ولا خلاف أن موت العبد يُوجب فَسْخَ الكتابة الصحيحة أيضًا (٢) . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : إن خلف وفاءً ، فللوارثِ أداءُ نجومهِ وأخْذُ الفاضلِ بالوراثة (٣) .

[فإن قلنا : لا تنفسخ بجنون العبد ، فأفاق وأدَّى : عتق] (٤) وإن قلنا : تنفسخ(٥ بجنون العبد . فأفاق وأدى ٥) فهل يحصل العتق بمجرد التعليق ؟ فيه وجهان . والأظهر أنه لا يحصل كما لو فسخ السيد ؛ لأن هذا تعليق في ضمن معاوضة .

والثالثة : إذا كاتبا عبدًا ، ثم أعتق أحدُهما نصيبَه : نفذ ، وسرى إلى نصيب شريكه إن كان موسرًا ، لكن يَسْري في الحال ؟ أو يتأخر إلى أن يعجز المكاتب ؟ فيه قولان :

أحدهما : التأخير إلى أن يعجز ؛ إذ السيدُ قد نصب سبب العتق لنفسه بالكتابة ، فكيف يجوز إبطالُه ؟ .

والثاني : أنه يسري في الحال ، ويقدر انتقالُه إلى المعتق من غير انفساخٍ في الكتابة ، بل يعتق عن جهة الكتابة عن المعتق حتى يكون الولاءُ للشريك ولا يؤدي إلى بطلان الكتابة . ومنهم مَنْ قال : ينتقل وتنفسخ الكتابة ؛ إذِ العتقُ أقوى من الكتابة ، فيعتق كلُّه على الشريك المعتق . ومن هذا الإشكالِ حكى صاحبُ « التقريب » وجهًا أن الكتابة تمنع سراية العتق أصلًا فلا يسري .

فإذا فرعنا على الصحيح - وهو أنه يسري - فإبراؤه عن نصيبه - وقبضُ نصيبه حيث

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لضعفِ الفاسد » .

(٢) كلمة : « أيضًا » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) انظر الهداية (٣/ ٣٠٠) .

(٤) ما بين الحاصرتين زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) ما بين الرقمين ساقط فى (أ) ، (ب) .

يجوز القبض على ما سيأتي - كإعتاقه في اقتضاء السراية ، ولا نقول : إنّه مجبرٌ على القبض فلا يسري ؛ لأنه مختارٌ في إنشاء الكتابة التي اقتضت إجبارَه على القبض . نعم ، إذا مات وخلف مكاتبًا ، فقبض أحدُ الابنين نصيبه : عتق نصيبُه ولم يَسْرِ ؛ لأنه مجبرٌ على القبول ولم يَصدر العقدُ منه .

أما إذا ادّعى العبدُ على الشريكين أنه وَفَّى نجومَهما ، فصدّق أحدُهما ، وكذّبه الآخر : عَتَق نصيبُ المصدِّق . وهل يسري إلى الباقي ؟ فيه قولان [1] . وَجْهُ قولنا : إنه لا يَسْرِي - مع أنه مختارٌ في التصديق - أنَّ مقتضى إقرارِه عِتْقُ الكلّ ، فكيف يُعْمل بخلاف موجبه ويقدر عِتْقُ البعض حتى يسري .

٣١٥/أ **الرابعة** : أحدُ الابنين الوارثيْن إذا أعتق نصيبه / من المكاتب : نفذ ، وهل يُقَوَّم عليه الباقي إن قوَّمْنَا على أحد الشريكين ؟ فيه قولان . وَجْهُ الفَرْقِ : أنّ عِتْقَه يقع عن الميت ولذلك يكونُ الولاءُ للميت . ويمكن بناءُ القولين على أنّ الوارث ، هل يملك المكاتب ؟ ويحتمل أنْ لا يملك ؛ بناءً على أن الدَّيْنَ المستغرِق يمنع الملكَ . وكذا الخلاف في السراية عند إبرائه . أما عند قبضِه نصيبَه [2] فلا سراية ؛ لأنه مُجْبِر .

التفريع : إن قلنا : إنه لا يسري ورَقَّ النصيبُ الآخر بالعجز ، ففي ولاء النصف الأول [3] وجهان :

أحدهما : أنه بين الاثنين ؛ لأنّ العتق وقع عن الميت ؛ فله الولاءُ ولهما عصوبته .

والثاني : أنه للمعتق ، وكأنا بالآخرة تَبيَّنّا أنّ العتْقَ وقع عن المعتق وتضمن انفساخ الكتابة ؛ لأن الكتابة لا تَقْبل التبعيضَ ، وقد انفسخ في الباقي . وهكذا الخلاف إن فرعنا على أنّ العتق يَسْري ، ولكن يتضمن انفساخَ الكتابة في محلّ السراية ؛ لأنه قد انفسخ في البعض .

أما الولاء في محلّ السراية فينبني على انفساخ الكتابة . فإنْ رأينا أنها تنفسخ بالسراية ،

---

(١) والمذهب أنه لا يَسْري . انظر الروضة (٢٣٩/١٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لنصيبه » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الآخر » .

فالولاءُ فيه لمن سرى عليه [1] . وإن قلنا : لا تنفسخ ، فقد عتق العبد كلّه عن جهة كتابة الميت ، فالولاء لهما بعصوبته .

فرع : إذا خلف ابنين [2] وعبدًا ، فادّعى العبد أن المورث كاتبه ، فصدَّقه أحدُهما وكذَّبه الآخرُ ، وحلف : صار نصيبُ المصدِّق مكاتبا ؛ فيستقل العبد بنصف كسْبه لِيَصرفَه إلى النجوم . ثم إنْ عتقَ نصيبُ المصدِّق بقبضه النجومَ : لم يَسْرِ ؛ لأنه مجبرٌ عليه . وإن عتق بإعتاق سرى ، ولم يمكن تخريجه على الخلاف في السراية إلى المكاتب ؛ لأن الشريك يزعم أن نصيبه رقيقٌ ، فلابد وأنْ يسري إليه . وإن عتق بالإبراء [3] لم يَسْرِ ؛ فإنّ الشريك المكذِّب يقول : الإبراءُ لاغٍ ؛ إذْ لا كتابةَ ، فلا يَسْري حتى يصرِّح المصدقُ بلفظٍ يُوجب الإعتاق .

ثم الصحيح أن المصدِّق يَشْهد مع غيره على المكذِّب فيجوز ؛ لأنّ نصيبه من النجوم [4] قد سلم بإقرار العبد ، فلا تُهمَةَ فيه .

الخامسة : إذا قبض النجوم ، ثم وجَدَها ناقصةً في الوصف . فإنْ رضي استمرَّ العتقُ ويكون حصول العتق عند القبض ، أو عند الرضا ؟ فيه خلافٌ ينبني على أنّ الدَّيْن الناقص [5] ، يملك عند القبض أو عند الرضا ؟. وإنْ أراد الردَّ فله ذلك ، ويرتدّ العتقُ ، على معنى أنه يتبين أنه لم يحصل لعدم القبض في المستحق وهو ظاهرٌ إذا قلنا : لا يحصل الملك بالقبض . وإن قلنا : يحصل ، فيحصل العتقُ أيضًا بحسبه حصولًا غير مستقِرّ ، بل يندفع عند الردّ .

فلو اطَّلع على النقصانِ بعد تلف النجوم ، فله طلبُ الأرْش ، ويتبينَّ أنْ لا عتق حتى يؤدِّيَ الأرْش . فإن عجَّزَه السيد وأرَقه : جاز [6] ، كما في نفس النجوم [7] . ثم الأرْشُ : قدرُ قيمةِ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « يسري عليه » .

(٢) في الأصل : « اثنين » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل : « الإبراء » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « في النجوم » .

(٥) أي ليس على ما اشترط الدائن .

(٦) قوله : « جاز » ساقطة من الأصل ، وثابتة في (أ) ، (ب) .

(٧) يعني يجوز له تعجيزه وإرقاقُه بسبب عدم أدائه لأرش النقصان مثلما يجوز له تعجيزُه وإرقاقه بسبب عدم أدائه للنجوم .

نقصان النجوم أو ما يقابله[1] من الرقبة ؟ فيه خلاف يجري مثلُه في المعاوضات المتعلّقة بالديون .

السادسة : إذا خرج النجمُ مستحقا : تبينّ أنْ لا عِتْقَ ، وليس هو كما لو قال : إن أعطيتني ألفًا فأنت حُرٌّ ، فجاء بمغصوبٍ فيحصل العتق أو الطَلاقُ في مثله[2] على وجه ، لِتجرُّدِ حكم التعليق ووجوبِ صورة الإعطاء . أما ها هنا إذا صحَّت المعاملةُ فلا يعتق إلا ببراءة الذمة . نعم ، يجري الخلافُ في الكتابة الفاسدة إذا صَرَّحَ بالتعليق على أداء الألف .

فرع : لو قال له عند أداء النجوم : اذهبْ فإنّك حُرّ - أو عتقتَ[3] - فله رَدُّ العتق ، ولا يؤاخذ به ؛ فإنه قال بناءً على ظاهر الحال كالمشتري ، فإنه يرجع بالثمن إذا خرجَ المبيعُ مستحقًّا وإن كان قد قال : هو ملكي وملكُ بائعي ، وقد ذكرنا فيه وجهًا : أنه لا يرجع ، ويجري ها هنا أيضًا ؛ إذْ لا فرْقَ . أما إذا أقرَّ بعتقٍ أو طلاقٍ ، ثم قال : كنتُ أطلقتُ لفظةً ظننتُها نافذةً ، فراجعتُ المفتي ، فأفتى بأنه لا ينفذ[4] ، قال الصيدلاني : يُقبل ؛ قياسًا على هذه المسألة . وهذا بعيدٌ ؛ لأنّ الإقرار حجةٌ صريحةٌ . وفَتْحُ هذا البابِ يمنع الأقاريرَ ، إلا أنّ قولَه بعد قبض النجوم : أنت حُرّ ، أو عَتَقْتَ ، هو إقرارٌ . ولا فَرْقَ بين أنْ يقوله جوابًا إذا سُئل عن حريته أو ابتداءً ، وبين أنْ يقوله متصلًا بقبض النجوم أو بعده ؛ فإنّه معذورٌ في الأحوال كلِّها ؛ لظنّه . فإذا عُذِرَ ها هنا ، فلا يبعد أنْ يُفْتح هذا البابُ في كلام يجري مَجْراه .

الحكم الثاني : ما يتعلق بأداء النجوم ، وفيه سبع مسائل :

الأولى : أنه يجب الإيتاء[5] ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ﴾[6] ولأنه ما كاتب أحدٌ من السلف إلا وضَع شيئًا ، ولأنّ المطلَّقة تنتظر مهرًا ، فإذا لم تسلّم تَأَذَّتْ ، فَوَجَبَتَ المتعةُ ؛ دفعًا للأذى فكذا العبد ينتظر العتق مجانًا ، فإذا كان بعوضٍ فيتأذّى ، فلابُدّ من إمتاعه .

(١) في (ب) : « أو ما يقابلها » .

(٢) يعني في مثل هذه الصورة ، كقوله : « إن أعطيتني ألفًا فأنت طالق » فأتت بألف مغصوبة ، ففي وقوع الطلاق وجهان . أما في مسألتنا هذه ، إذا كان النجم مغصوبًا أو مستحقًا ، فلا يعتق العبدُ قولًا واحدًا .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وعتقت » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لا يفيد » .

(٥) يعني يجب على السيد إيتاء المكاتب شيئًا من المال أو وَضْع بعض النجوم عنه كما سيأتي .

(٦) من الآية (٣٣) من سورة (النور) .

ثم النظر / في محلّه[١] ، ووقته ، وجنسه ، وقدره : ٣١٥/ب

أما المحل : فهو الكتابة الصحيحة . وفي الفاسدة وجهان[٢] ؛ بناءً على أنّ الأصلَ في الإيتاءَ ، حَطُّ شيءٍ من واجب النجوم ، أو بذْلُ شيءٍ[٣] ؟ مع أنه لا خلافَ أن الوجوب يتأدّى بكلِ واحدٍ منهما . فإذا قلنا : الأصلُ هو حَطُّ الواجب ، فلا يجب في الفاسد النجوم ، بل يجب قيمة الرقبة بعد العتق . أما لو باع العبدَ من نفسه ، أو أعتقه على مال فالمشهور : أنه لا يجب الإيتاء . وفيه وجه : أنه يجب ؛ لأجل العوض . ولا خلاف أن العتق مجانًا لا يُوجب شيئًا ؛ فإنه عينُ الإيتاء والإمتاع .

أما الوقت : فلا يجب البدار عقيب العقد . وهل يجوز التأخير عن العتق ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنَّ مقصوده أن يكون بُلْغةً[٤] بعد العتق .

والثاني : لا ؛ لأن مقصوده أن يكون معونة على العتق .

وأما مقداره ، فوجهان :

أحدهما : أنه أقلُّ ما يتموّل ؛ إذ ينطلق عليه اسمُ الإيتاء بخلاف المتعة فإنه قُدِّرَ بالمعروف[٥] .

والثاني : أنه لا يكفي ذلك ؛ إذِ الحبَّة لا يَحْصُل بها ، لا بُلْغةٌ ولا معونةٌ ، بل لا بد من قدْرٍ يليق بحال السيد والعبدِ وقدرِ النجوم .

ويظهر له أثرٌ في التيسير والتخفيف . وقد كاتب ابنُ عمر (رضي الله عنه) عبدًا له بخمسة

---

(١) يعني في محل الإيتاء ووقته وجنسه وقدره .

(٢) يعني إذا كانت الكتابة فاسدة . وتكون كذلك إذا كان الخلل في غير العاقدين ، فإذا كان الخلل فيهما كانت باطلة ولغوًا .

(٣) والأصح أنه لا يجب الإيتاء إذا كانت الكتابة فاسدة . انظر : الوجيز (٢/٢٨٨) . الروضة (١٢/٢٤٩) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بُلْغة العتق » أي يكون شيئًا من المال يستعين به على قضاء حاجاته .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح والمنصوص . انظر مختصر المزني ص (٣٢٤) . الوجيز (٢/ ٢٨) . الروضة (١٢/ ٢٤٩) ، . الغاية القصوى (٢/١٠٤٨) .

وثلاثين ألفَ درهم ، ثم حَطَّ عنه خمسة آلاف [١] . وهو تُسْعُ المال . وإن كان السبعُ إلى العشر لائقًا ولكنْ لايتقدر به ، بل يجتهد القاضي عند النزاع . فإنْ شك في مقداره ، فيتقابل فيه أصلان : براءةُ ذمة السيد وبقاءُ الأمر بالإيتاء ، فلْيرجّح .

فرع : لو بقيَ من النجوم قدرٌ لا يُقْبل في الإيتاء أقلُّ منه ، فليس للسيد تعجيزه أصلًا ، بل يرفعه إلى القاضي لِيَرَى فيه رأيه .

أما الجنسُ ، فَلْيُبْرِئْ من بعض النجوم ، أو ليَرُدَّ عليه ممّا أَخَذ منه أو من جنسه . فإنْ عدل إلى غير جنسه فوجهان . وجه المنع : أنه تَعَبُّدٌ فُهِمَ من قوله تعالى : ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِيٓ ءَاتَىٰكُمۡۚ ﴾[٢] وعَنَى به النجومَ ، فَضَاهَى قولَه تعالى : ﴿ وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوۡمَ حَصَادِهِۦۖ ﴾[٣] . والأصحُّ أنَّ هذه معاملةٌ ، فيتطرَّق الْعِوَضُ إليها .

فرع : لو مات السيدُ قبل الإيتاء [٤] فهو في تركته[٥] ، لكن النصّ أنه يضارب به الوصايا [٦] . وهو مُشْكِلٌ[٧] ؛ لأن حقَّ الدَّيْن أنْ يُقَدَّم ، فلعلّه أراد به ما إذا قدر زيادة على الواجب فمات . ومنهم مَنْ قال : وجوبُ الإيتاء ضعيفٌ ، فينقلب استحبابًا بالموت . ومنهم من قال : أقلّ ما يتمول دَيْنٌ والزيادة – إذا أوجبناها [٨] – إنما أوجبنا ، لأنها لائقةٌ بالحال ، ولا تليق بما

---

(١) رواه الشافعي في الأم (٨/ ٣٣) . ومن طريقه رواه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٤/ ٤٥١) .

(٢) من الآية (٣٣) من سورة (النور) .

(٣) من الآية (١٤١) في سورة الأنعام .

(٤) يعني الإيتاء .

(٥) يعني بعد أخذ النجوم التي على العبد .

(٦) انظر مختصر المزني ص (٣٢٤) .

(٧) قال ابن الصلاح : « إذا مات السيد قبل الإيتاء ، قال : (فالنصُّ : أنه يضارب به الوصايا ، وهو مشكل) هذا فيه تغيير للفظ النص بما يبعد فيه التأويل ، ولابد من تأويله عند الأصحاب سوى من شذ منهم . ولفظ النص كما هو في مختصر المزني « حاصّ المكاتب بالذي له : أهلَ الدَّين والوصايا » ومن تأويلاته أن المراد به : يُساوي أهلَ الدَّين والوصايا في أنه يقدم على الميراث . ثم بعد التقديم المذكور يُحاصّ أهلَ الديون ويُقدَّم على الوصايا ؛ لأنه دَيْنٌ . وهذا لا يتأتى في اللفظ الذي عبرّ به . ومن الأصحاب من قال : غلط الكاتب وإنما قال : « حاصّ أهل الدين دون الوصايا » . المشكل (جـ٢ ق ٢٠٥/أ) .

(٨) في الأصل : « إذا أوجبنا » والمثبت من (أ) ، (ب) .

بعد الموت ، فهو الذي أراد به الشافعي (رضي الله تعالى عنه وأرضاه) [1]

المسألة الثانية : إذا عجل النجوم قبل المحلّ ، أُجبر السيد على القبول ؛ لأجل فكّ الرقبة كما يُجبر في الدين[2] الذي به رَهْنٌ . أمَّا في سائر الديون المؤجّلة فوجهان .

ثم إنما يُجْبر على قبول النجم إذا لم يكن على السيد ضررٌ ومؤنةٌ ولم يكنْ وقتَ نَهْبٍ[3] وغارة . فإذا كان عليه ضررٌ لم يلزمْه . فإنْ كان النَّهْبُ مقرونًا بوقت العقد ، ففي الإجبار وجهان[4] .

وحيث يُجبر ، فلو كان غائبًا أو امتنع ، قَبَض القاضي عنه وعتق . ويقبض النجمَ الأوّل وإن لم يكن فيه عتقٌ أيضًا ؛ لأنه تمهيدُ سببٍ للعتق[5] .

ولو قال : لا آخُذُه ؛ فإنه حرامٌ ، فالقولُ قولُ المكاتب[6] ، ويجب أخْذُه ويَعتق به[7] .

ثم يجب عليه ردُّه إلى مالكه إن أضافه إلى مالك[8] . فإن لم يُضِفْ ، فهل ينتزع من يده ؟ فيه وجهان[9] . فإن قلنا : لا يُنْتزع ، فلو كذَّب نفسه ، فالظاهرُ قبولُه ويعود تصرُّفُه فيه .

---

(١) قال في الروضة (١٢/٢٥٠) : « لو مات السيد بعد أخذ النجوم وقبل الإيتاء : لزم الورثة الإيتاء . فإن كانوا صغارًا تولّاه وليُّهم . فإن كان مال الكتابة باقيًا أخذ الواجب منه . ولا يزاحمه أصحاب الديون ؛ لأن حقه في عينه ، أو هو كالمرهون به . هكذا قاله القفال ، ونقله ابن كج عن نصه في « المبسوط » . وإن لم يكن باقيا فثلاثةُ أوجه :

أحدها : أن واجب الإيتاء – لِضَعْفهِ – يؤخر عن الديون ويحصل في رتبة الوصية .

والثاني : أنا إذا قلنا : يقدر الواجب في الاجتهاد ، فأقلُّ ما يتموَّل في رتبة الديون ، والزيادة في رتبة الوصية ؛ لضعفها .

والثالث : وهو الصحيح ، أن ما يُحكم بوجوده – على الاختلاف – يُقدم على الوصايا ، فإن أوصى بزيادة على الواجب ، فتلك الزيادة من الوصايا » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بالدين » .

(٣) يعني : ولم يكن وقتُ الأداء وقتَ نهبٍ .

(٤) والأصح عدم إجباره على القبول ؛ لأن الفتنة قد تزول عند حلول الأجل . انظر الروضة (١٢/٢٥١) .

(٥) فى (أ) ، (ب) : « العتق » .

(٦) يعني مع يمينه . وانظر المنهاج ص (١٦٠) .

(٧) وهذا إذا لم يُقِم السيدُ بينةً على أن هذا المال مغصوب أو حرام . فإن أقام بينة لم يُجبر على قبوله ، وتُسمع منه هذه البينة ؛ لأن في إقامتها غرضًا ظاهرًا ، وهو الامتناع عن الحرام . انظر الروضة (١٢/٢٥٢) .

(٨) يعني إن قال السيد في دعواه – التي لم يقم عليها بينة – : هذا المال لفلان وسمّاه ، فيجب عليه ردّه إليه ؛ مؤاخذةً له باعترافه وإن لم يُقْبل قولُه على المكاتب .

(٩) والأصح أنه لا يُنْتزع من يده ؛ لأنه لم يُقِرَّ لمعينٍ . انظر الروضة (١٢/٢٥٢) .

فرع : إذا قال السيد : عجِّلْ لي بعضَ النجوم ؛ لِأُبْرِئَكَ عن البعض . فقد نقل المزني (رحمه الله) في ذلك تردُّدًا ، وجعل المسألة على قولين . ومحلُّ القولين مُشْكِل ؛ لأنَّ السيدَ إنْ قال : إذا عجلتَ فقد أبرأتك . فهو تعليقُ [إبراء] [1] فاسدٌ . وإن قال العبد : خُذْ هذا بشرط أن تُبْرِئني ، فأداؤه بالشرط فاسد فلعل مَحَلَّ التردد أنْ يبتدىء العبدُ الأداءَ بالشرط ، فأداؤه فاسدٌ . لكن لو أبرأ السيدُ واستأنف [2] العبد رضًا في دوام القبض صار القبض صحيحًا . فلو لم يستأنف [2] ، فهل نقول : رضاه الأولُ كان رضاءً بالإضافة إلى حالة الإبراء وقد تحقق ، فهل يُكتفى به؟ يحتمل فيه تردُّدٌ .

المسألة الثالثة : في تعذّر النجوم ، وله خمسة أسباب :

الأول : الإفلاس عند المحل . وللسيد مبادرة الفسخ ، فإن لم يُبادر فله الفسخ متى شاء ، وليس هذا على الفور . ولو استمهل المكاتبُ ، لم يلزمه إلا بقدر ما يخرج المال من المخزن . فإن كان مالهُ غائبًا ، فله الفسخ . ولو كان له عروض لا تشترى إلا بعد زمان ، فله الفسخُ . وقال / ٣١٦/أ الصيدلانيّ : لا يفسخ . وهو بعيدٌ [3] . وإذا عجز عن البعض فله الفسخ ، والباقي يُسَلَّم للسيد إلّا ما كان من الزكوات ، فإنها ترد إلى أصحابها .

الثاني : إذا غاب وقت المحلّ ، فله الفسخ ولا يحتاج إلى الرفع إلى القاضي على الصحيح . ولو كان أَذِنَ له في السفر فله أن يرجع ولكنْ لا يُبادر الفسخ حتى يُعَرفه الرجوعَ عن الإذن . فإن قصَّر بعد ذلك في الإياب والأداء ، فسخ .

الثالث : أن يَمْنع مع القدرة فله ذلك ؛ إذ ليس النجومُ لازمًا على العبد ، بل الكتابة جائزة في جانبه ، لكنْ للسيد الفسخُ . وقال العراقيون : ليس للعبد الفسخ ، لكنْ له أنْ لا يؤدي مع القدرة حتى يفسخ السيد [4] وهو متناقضٌ ؛ لأن العقد إنْ كان لازمًا ، فَلْيجب الوفاءُ به .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) سقط من (أ) ، (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا كان للمكاتب عروضٌ لا تشترى إلا بعد زمان : (فللسيد الفسخ . وقال الصيدلاني : « لا يفسخ » . وهذا بعيد) ينبغي على قول الصيدلاني أن يتقدم بثلاثة أيام . وهذا هو الذي قطع به صاحب « المهذب » وليس ببعيد بل هو الصحيح ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٥/أ)

(٤) قال ابن الصلاح : « ما حكاه عن العراقيين من أنه ليس للعبد المكاتب فسخ الكتابة مع أنه له الامتناع من الأداء ، إنما هو أحد الوجهين عند العراقيين ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٥/أ ، ٢٠٥/ب) .

الرابع : إذا جُنَّ العبد وقلنا : لا ينفسخ – على الأصحّ – فالقاضي إن عَلِمَ له مالًا ، ورأى مصلحته في العتق ، أدى عنه . وإن رأى أنه يضيع إنْ عتق ، فله أنْ لايؤدي عنه . وكلامُ الأصحاب يُشير إلى أنّ السيد يستقلُّ بالأخذ ؛ إذْ ذكروا أنّ القبض من العبد المجنون يوجب العتق . وفيه نظرٌ ؛ إذ ربما لم يَرْضَ بالعتقِ والأداءِ إذا أفاق ، إلا أنّ هذا لا فائدة فيه ؛ فإن السيد يقدر على إعتاقه بكل حال ، فأيُّ فَرْقٍ بين أنْ يأخذ كسْبَه عن جهة النجوم أو عن جهة الرق ؟ .

الخامس : الموت . وذلك يوجب انفساخ الكتابة وإنْ خلَّف وفاءً ؛ لتعذُّرِ العتق بعد الموت .

فرع : لو استسخر المكاتب شهرًا ، وغرم له أجرة المثل فإذا حلَّ النجمُ وعجز ، فله الفسخُ . وفيه وجه : أنه يلزمه أنْ يُنْظِرَه مثلَ مدة الاستسخار ؛ لأنه كان يتوقَّع اتفاقَ فُتوحٍ في ذلك الشهر ، فيعوضه بمثل تلك المدة ، فلعلَّه يتحقق توقُّعُه .

المسألة الرابعة : في ازدحام الديون . ولها صور :

الأولى : أن يكونَ الدَّيْنُ للسيد ، فإذا كان له عليه دَيْنُ معاملةٍ ونجوم ، وفي يده ما يَفي بأحدهما ، فلو تطوَّعُ السيدُ وأخذ عن النجوم : عَتَقَ ، ودَيْنُ المعاملة يبقى في ذمته ، وله أنْ يأخذَ عن جهة المعاملة ويعجزه . ولو أراد تعجيزَه قبل أنْ يأخذ مَالَه عن جهة الدَّيْن ، ففيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ؛ لأنَّ له طَلَبهما جميعًا ، ويتضمن ذلك عَجْزَه عنْ بعض النجوم لا محالة [(١)] .

والثاني : لا ؛ لأنه قادرٌ على النجوم ، وإنما تزول القدرةُ بإخلاء يده عن المال .

فرع : لو قبض المالَ مُطلقًا ، وقصدَ السّيدُ الدَّيْنَ ، وقصد العبدُ االنجومَ ، فالاعتبارُ بأيِّ قصدٍ ؟ فيه وجهان . وتَظْهر فائدتُه في التحليف عند النزاع ، فإنّ القولَ قولُ مَنْ تُعْتَمد نِيّتُه .

الثانية : أنْ يكون عليه دَيْنُ معاملةٍ وأرْشٌ لأجنبيّ ، وليس عليه للسيد إلّا النجوم ، فإنْ لم يحجر القاضي بعد عليه ، فله أنْ يقدم أيَّ دَيْن شَاءَ . وإن حجر بالتماسِ الغير ، فالنصُّ أنه يُوَزَّع

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٢٦٠/١٢) .

على الديون[1] ؛ لأنّ كلَّ واحدٍ لو انفرد لاستغرق تمامَ حقّه . والذي ذَهَب إليه المحققون أنّ المقدَّم دَيْنُ معاملةِ الأجنبيّ ؛ لأنّه لا يجد متعلقًا من الرقبة بخلاف الأَرْش والنجم .

ثُمَّ أَرْشُ الأجنبيّ يُقَدَّم على النجم ؛ لأنه يُقَدم على حقِّ المالك حتى يباع فيه العبد .

الثالثة : أن يُعَجِّز المكاتبُ نفسَه ، فتسقط عنه النجومُ ، ويبقى للأجانبِ الأَرْشُ ودَيْنُ المعاملة ، وفيه ثلاثة أوجه :

أحدها : وهوالصحيح ، أنه يُقَسم ما في يده عليهما بالسوية .

والثاني : أنه يُقَدّم دَيْنُ المعاملة ؛ لِتَعَلُّقِ صاحبِ الأَرْشِ بالرقبة .

والثالث : وهو غريبٌ ، أنْ يُقَدّم الأَرْشُ ويُقَال لصاحب المعاملة : قد قنعْتَ بذمّتِه ، فَاتْبَعْه إذا عَتَق . وهذا يلزم طَرْدُه في الصورة الثانية . وهو بعيدٌ جدًّا .

التفريع : إن قلنا : يُقَدَّم المعاملة ، فلو مات المكاتبُ وخلف شيئا فالصحيح : أنه يُسَوَّي بينه وبين الأَرْش ؛ إذ لم يَبْقَ طَمَعٌ في الرقبة ؛ ليتعلّق بها الأَرْش . ومنهم من استصحب دَيْنَ المعاملة .

فرعان

أحدهما : أنَّ لمسْتحقِّ الأرشِ تعجيزَ المكاتب حتى يَفْسخ الكتابة ، ويبيع الرقبة ، فلو أرادَ السيدُ فداءه - لِتَسْتَمِرَّ الكتابةُ - لم يَجِبْ على المجنيّ عليه قبولُه ؛ لأنّه إنما يتعلَّق بالرقبة بعد انفساخ الكتابةُ وإنما له الفداءُ عند التعليق . وفيه وجه : أنّه يجبُ قبولُهُ لغرضِ السيد في دوام الكتابة .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله - فيما إذا اجتمع على المكاتب دين للسيد ، وحَجَرَ عليه القاضي حَجْرَ الفلس - : (فالنص أنه يوزع على الديون) معناه عند صاحب « التقريب » : وعلى النجوم أيضًا ، صرح بهذا صاحب التقريب ، وذكر أنه ظاهر النص وأنه الأصح . وكلام المصنف يقتضي أن الأصح التسوية والتوزيع من الأرش ودين المعاملة الثابتين للأجنبي ، لا ما حكاه عن المحققين من خلافه ؛ فإنه ذكر بعد هذا - فيما إذا عجز المكاتب نفسه - : أن الصحيح أن يقسم ما في يده على ما للأجانب عليه من دين معاملة وأرشٍ بالتسوية ، ولا فرق بين هذا أو ذاك ؛ إذ دين النجم للسيد ، وسيأتي منه القطع - في الفرع الثاني في الصورة الثانية - بأنه لا يضارب بالنجم . وفي ذلك ما حكيناه عن ظاهر النص من أنه يضارب ، والله بغيبه أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٥/ب) .

وأمّا صاحبُ دَيْنِ المعاملة ، فليس له التعجيزُ على المذهب ؛ إذ ليس له طَمَعٌ في الرقبة فلا فائدة له في التعجيز .

الفرع الثاني : لو كان للسيد دَيْنُ معاملةٍ ونجمٌ ، فلا يُضَارب الغرماء بالنجم ، ويضارب بِدَيْنِ المعاملة ؛ لأنه لا يقضى من الرقبة . وفيه وجه : أنه لا يضارب ؛ لأنّ حَقَّه على عبده ضعيفٌ وعُرْضَةٌ للسقوط .

المسألة الخامسة : إذا / كَاتَبَا عبدًا ، فليس للعبد أنْ يَقْضِيَ نصيبَ أحدهما ٣١٦/ب
وحده ؛ لأنَّ كلَّ ما في يده كالمشترِك بين السَّيِّدَيْنِ ، لكن لو وَكَّلَ أحدُهما صَاحِبَه بِقَبْضِ نصيبه ، فإذا قبض الجميعَ : عَتَقَ العبدُ . ولو استبدَّ بتسليمِ الجميع إلى أحدهما ، لم يُعْتق منه شيءٌ ؛ لأنَّ القابض لا يملك منه شيئًا ما لم يملك شريكُهُ مِثْلَه . وفيه وجه : أنه يعتق نصيبه ؛ إذْ ليس عليه رَفْعُ اليدِ إلا عن النّصف .

ولو رَضي أحَدُهما بتقديم الآخر بنصيبه ، فهل يصحُّ الأداءُ؟ فيه وجهان ينبنيان على نفوذ التبرُّعِ بإذن السيد . وقيل : ينبني على أنّ كتابة أحدِهما بإذنِ صاحبه هل تصحُّ في نصيبه وحدَه ؛ لأنّ هذا يؤدي إلى أنْ يعتق البعضُ ، وتبقى الكتابةُ في الباقي ؟ .

التفريع : إن قضينا بفساد الأداءِ ، فهو رَقيقٌ ويستردّ منه . وإنْ قلنا : صحيحٌ ، فلا نقول بعتق نصيبه ويسري ، بل إنْ كان في يده وفاءٌ أدَّى نصيبَ الثاني ، وعَتَقَ كُلُّه عليهما . وإنْ عجز عن نصيب الثاني ، قال ابن سريج : لا يُشَارِك الأولَ فيما قبض بإذنه ، ولكن عتق على الأول نصيبُه . وهل يُقَوَّم عليه الباقي ؟ فيه الخلاف المذكور في سراية عِتْقِ الشريك في المكاتب . وقال غيره : بل يُشارِكه فيما قبض ؛ لأنه أذِنَ في التقديم لا في التكميل . ثم إذا شارك فلهما التعجيزُ بسبب الباقي ويَرِقّ العبدُ .

فرع : لو ادعى أنه وفاه النجومَ ، فصدَّقه أحدُهما ، وكذَّبه الآخرُ ، فله أنْ يشارك المصدِّقَ فيما أَقَرَّ بقبضِه ، وله أن يُطَالب المكاتبَ بتمام نصيبِه إنْ شاء . ثم لا تَرَاجُعَ بين المكاتبِ والمصدِّق فيما[١] يأخذه المكذِّبُ منهما ؛ إذْ موجبُ قولِهما أنَّ المكذِّب ظالمٌ ولا يرجع المظلومُ إلّا على ظالم .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « بما » .

المسألة السادسة : إذا كاتب عبدين ، فجاء أحدُهما بمالٍ لِيتبرَّع بأداء نجوم الثاني وقلنا : لا ينفذ تبرُّعُه بالإذن ، فالمالُ للمؤدّي ، لكن قد نَصَّ الشافعي (رضي الله تعالى عنه) أنّ المؤدّيَ لو عتق بمال آخر لَم يرجع إلى ذلك المال . ونَصَّ على أنّ المكاتب لو عَفَا عن أرْشِ جناية ثَبَتَ له على سيِّده ، فإذا عتق رجع فيه ؛ فقيل : قولان بالنقل والتخريج ؛ بناءً على أنَّ تصرُّفَ المفلس إذا رُدَّ للحجر ، فإذا انقضتْ ديونُه ، فهل ينفذ بَعْدَه ؟ .

ولا خلافَ أنه لو استردّ قبل العتق ، ثم عَتَق : لم يكن للسيد استردادُه ؛ فإنه إنما ينفذ بعد العتق إذا لم يقبضه قبل العتق .

أمّا إذا تكفل أحدُ العبدين بنجومِ الآخر : لم يصحّ ؛ لأن النجوم ليس بلازم على العبد ؛ فلا يصحُّ ضمانُه . ولو شرط ضمان أحدِهما للآخر ، فَسَدَ العقْدُ .

فرع : لو كانا مُتفاوِتَي القيمة [1] ، وجاءَ المالُ ، ثم ادّعى الخسيسُ أنهما أدَّيَا على عدد الرءوس ، وقال الآخر : بل على قَدْرِ النجوم ، ففيه نَصَّان مختلفان ؛ فقيل قولان :

أحدهما : أنَّ القولَ قولُ مَنْ يدعي الاستواءَ ؛ لأنه كان في يدهما . وهو الصحيح .

والثاني : القولُ قولُ الآخر ؛ لأن قرينة التفاوُتِ في النجوم تَشْهَدُ له . وقيل : بل المسألة على حالَيْنِ ، فالقولُ قولُ مَنْ يدّعي الاستواء إلا أن يقتضي ذلك في النجم الأخير استرداد شيء من السيد ، فالقولُ قولُ مَنْ ينكره [2] .

المسألة السابعة: في النزاع . وله صور :

الأولى : إذا اختلف السيد والمكاتبُ في قدر النجوم ، أو في جنسه ، أو في مقدار الأجل : تحالفا وتفاسخا وإن كان بعد حصول العتق بالاتفاق . وفائدةُ الفسخ : الرجوعُ إلى قيمة الرقبة .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (لو كانا متفاوتي القيمة) يعني : وكانت نجومهما متفاوتةً على حسب تفاوتهما في قيمتهما ، ولا حاجة إلى هذا . وينبغي أن يقول : (لو كانا متفاوتين في النجوم) حتى يشمل ما إذا تفاوتت نجومهما مع تساويهما في القيمة وغير ذلك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٦/أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله (فالقول قولُ من ينكره) يعني مَنْ ينكره من العبدين ؛ لأن الاسترداد – وإن كان من السيد – فقول مَنْ ينكره منهما معتمدٌ أيضًا ؛ إذ الأصل عدمه » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٢٠٦/أ) .

أما ردُّ العتق فغيرُ ممكنٍ ، وصورتُه: أن يقبض منه ألفَينِ ، ويدعي العبدُ أن بعضَه وديعةٌ ، وقال السيد : بل النجوم ألفان .

الثانية : أن يختلفا في أصل الأداء أو في أصل الكتابة ، فالقول قول السيد . فلو قال العبد : لي بينةٌ على الأداء : أُمْهِلَ ثلاثة أيام . فإنْ أَتى برجلٍ وامرأتين قُبِلَ إلا في النجم الأخير ، ففيه وجهان ؛ لتعليق العتق به .

الثالثة : لو مات المكاتب وله ولدٌ من معتقه ، كان ولاؤه لموالي المعتقة . فلو قال السيد : عتق قبل الموت وجَرَّ إليَّ ولاءَ أولاده ، فالقولُ قول مولى الأم : إنه مات قبل العتق ؛ لأن الأصل عدمُ القبض واستمرار الولاء .

الرابعة : كاتَبَ عبدين وأقرَّ بأنه قبضَ نجومَ أحدِهما ، فلكلٍّ واحد أنْ يدّعي . فإن أقرَّ لأحدهما ونكل عن يمين الآخر حتى حلف المدعي : عتق هذا باليمين المردودة ، وعتق الأولُ بالإقرار . وإن مات قبل البيان ، فللوارثِ أنْ يحلف على نَفْي العلم بما عَنَاه المورثُ . وإذا حلف استبهم ، فهل يُقرع بينهما ؟ فيه قولان .

أحدهما : نعم ، لأنه عتق استبهم .

والثاني : لا ؛ / لأنه دَيْنٌ اسْتُبْهِمَ مَنْ عليه ، ولأنه عتق عبد معين من عبدين ، وإنما تجري القرعةُ عند إعتاق العبدين جميعًا وقُصور الثلث عن الوفاء وإبهام العتق بينهما . ٣١٧/أ

لكن إذا قلنا : لا يقرع ، فللوارثِ أن يعجزهما ليحصل تعجيز الرقّ منهما ، وبعد ذلك يستبهم عتق بين عبدين فلا تبعد القرعة .

* * *

الحكم الثالث

حكم التصرفات

أما تصرفاتُ السيد ، ففيها خمس مسائل :

الأولى : بيعُ المكاتب كتابةً فاسدةً : صحيحٌ ، وهو رجوع . وإنْ كانت الكتابةُ صحيحةً : فهو باطل على القول الجديد ؛ لأنّ العبدَ استحقَّ عتقًا عليه ، وفي بيع العبدِ نَقْلُ الولاء إلى غيره [1] . والقولُ القديم : أنه يصحّ ويكون مكاتبًا على المشتري : إن أدَّى إليه النجومَ عَتَقَ وله الولاءُ ، وإن عجز رَقَّ له .

الثانية : بيعُ نجوم الكتابة باطلٌ ؛ لأن ضمانه أيضًا باطلٌ ؛ لعدمِ لزومه . وفي الاستبدال عنه وجهان . وخَرَّج ابنُ سريج قولًا : أنه يصح بيعُه .

ثم إذا منعنا بَيْعَه فقبض المشتري النجومَ ، لم يعتق ويردّ على المكاتب . وفيه وجه : أنه يعتق ؛ لأنه مأذونٌ في القبض من البائع ، فكأنه وكيلهُ . فعلى هذا تُردُّ النجومُ على السيد إذا عتق عليه .

الثالثة : للسيد معاملتُه بالبيع والشراءِ ، ويأخذ الشفعة منه ، ويأخذ هو من السيد ، ويلتزم كلُّ واحدٍ الأرشَ عند الجناية على صاحبه ، فلو ثبت له على السيد دَيْنٌ مثل النجوم في قدره وجنسه عتق حيث نوى وقوعَ التقاصّ . وفي أصل التقاصّ – عند تساوي الدَّيْنَيْنِ – أربعةُ أقوال :

أحدها : أنه لا يقع مع الرضا ؛ لإنه إبدالُ دَيْنٍ بِدَيْن .

والثاني : يقع إنْ رَضِيَا جميعًا ؛ وكأنه يُشْبه الحوالة .

والثالث : أنه يقع إنْ رضيَ أحدُهما كما يُجْبرَ أحدُ الشريكين على القسمة عند طلب أحدِهما .

والرابع : أنه يقع التقاصُّ ؛ لأن طَلَبَه منه – إذا كان هو مطالبًا بمثله – عَنَتٌ . ولعلّه الأصح [2] . وقال صاحب « التقريب » : إنْ أجْرَينا التقاصَّ في النقدين ، ففي ذوات الأمثال

---

(١) انظر روضة الطالبين (٢٧١/١٢) .

(٢) ونص في الروضة (٣٧٣/١٢) على أن هذا هو الأظهر . وانظر المنهاج ص (١٦٢) .

وجهان (١) . فإنْ أجرينا ففي العروض المتساوية وجهان .

ولاشك في أنه لايجوز التقاصُّ بين المكسّر والصحيح ، والحالِّ والمؤجَّل .

الرابعة : لو أوصى برقبة المكاتب لم يصحَّ وإن عجز ، إلا أنْ يُضيف إلى العجز فيقول : إن عجز فقد أوصيتُ به لفلان ، ففيه وجهان مرتبان على ما لو قال : إن ملكتُ ذلك العبدَ فقد أوصيتُ به لفلانٍ . وهذا أولى بالصحة ؛ لقيامِ أصلِ الملك (٢) .

ولو أوصى بالنجوم لإنسان جاز فيما يخرُج من الثلث . فإن عجز فللوارثِ التعجيزُ وإن أنظر الموصى له . وحيث تصحُّ الوصية برقبته - إذا عجز - فللموصى له تعجيزُه وإنْ أَنْظَرَ الوارثُ ، وإنما يتعاطى القاضي تعجيزَه إذا تحقق ذلك عنده .

الخامسة : إذا قال : ضَعُوا عن المكاتب أكثرَ ما عليه ومثلَ نصفه - والنجومُ ثمانيةٌ مثلا - فيوضع - لأجل الأكثر - أربعٌ وشيء ، ولقوله : مثل نصفه ، نصفُ الأربعة والشيء ، فيجوز أنْ يبقى عليه درهمان إلا شيئين .

ولو قال : ضَعُوا عنه ما شاء ، فشاء الكلَّ : لم يوضع ، بل لابد من إبقاء شيء وإنْ قَلَّ . وفيه وجه : أنه يُوضع الكلُّ بخلاف ما لو قال : ضَعُوا من نجومه ما شاء فإنَّ « مِنْ » تَقْتضي التبعيضَ .

أما تصرفات المكاتب : فهو فيه (٣) كالحرّ إلا ما فيه تبرعٌ أو خطرُ فواتٍ .

أما التبرعُ : كالهبة ، والعتق ، والشراء بالعين ، والبيع بالمحاباة ، والضيافة ، والتوسّع في المطاعم والملابس .

وأما الخطر : فهو كالبيع بالنسيئة وإن استوثق بالرهن ؛ فإنه لا يدري عاقبتَه ، وقد يجوز مثلُ ذلك في مال الطفل بالمصلحة ، ولكن هاهنا لا تُطلب مصلحة المكاتَب بل مصلحة العتق واليد ، ولذلك لا ترفع يدُ السيد عن المبيع قبل قَبْض الثمن ، ولا يهب بثوابٍ مجهول ، ولا يكاتب ، ولا يتزوج ؛ لأنه يتعرّض للنفقة والمهرِ . ولا يَتَسَرَّى ؛ إذْ تتعرض الجاريةُ للهلاك بالطلق ،

(١) انظر الروضة (٢٧٤/١٢) .

(٢) وهذا هو الصحيح وبه قطع الجمهور . انظر الروضة (٢٧٤/١٢) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فهو فيها » .

ولا يَشْتري مَنْ يُعْتق عليه ، ولا يَتَّهِبُ أيضًا مَنْ يُعْتق عليه إلا إذا كان كسوبًا لا تجب نفقتُه .

وأما إقراره فَيُقْبلَ كالمريض ، وكل ما مُنِعَ إذا استقل ، فلو أذِن فيه السيدُ فقولان :

أحدهما : الجواز ؛ لأنَّ الحقَّ لا يَعْدُوهُما .

والثاني : المنع ؛ لأنّ حقَّ العتق ملحوظٌ أيضا ، وإذنُ السيد لا أَثَرَ له وقد استقل المكاتبُ بنفسه .

فروع

الأول : نكاحه بإذنه فيه القولان . وقيل : إنه يصحُّ قولا واحدا ؛ لأنه من حاجته . وهو ضعيفٌ ؛ إذ لو كان كذلك لاستقلَّ به ، ولجاز / التسرّي ، ولأنّ للكتابة آخِرًا فإنّ الصبرَ إليه ممكنٌ ٣١٧/ب

الثاني : في تزويج المكاتبة طريقان :

أحدهما : التخريج على القولين .

والثاني : الجوازُ قطعًا ؛ إذ تستحق المهرَ والنفقةَ ، ولا يلزمها تسليمُ نفسها نهارًا ، بل تكتسب كالأمة لا كالحرة . وقيل : إنه لا يجوز قولاً واحدا . وهو ضعيف .

الثالث : ذكر العراقيون في مسافرة المكاتب دون الإذن وجهين . ثم منهم مَنْ طرد في كل سفر ، ومنهم مَنْ خصص بالسفر الطويل ، وقال : هو انسلالٌ عن لحاظ السيد بالكلية .

الرابع : لو وهب من السيد شيئًا ، خُرِّجَ على القولين . وقيل : يصح قطعًا كما يعجل النجم الأول إليه ، ولا يعجل الدَّيْن إلى غيره .

الخامس : لو اتَّهبَ المكاتب نصفَ مَنْ يُعْتق عليه ، فكاتَب عليه حتى يُعْتق بعتقه ويَرِقّ برقّه : فإن عتق فعتق النصفُ قال ابن الحداد : يُقَوَّم عليه الباقي إن كان موسرًا عند العتق ؛ لأنه مختارٌ فيه . وقال القفال : لا يسري ؛ لأنه لم يَسْرِ عند حصول الملك فلا يسري بعده . وهو الأصحُّ .

السادس : لو اشترى مَنْ يُعْتَق على سيده : صَحَّ . ثم إنْ عجز – وانقلب إلى السيد – عتق عليه . ولو اتهب العبدَ القنّ دون إذْنِ السيد ، ففيه وجهان . فإنْ جوّزْنا ، فاتّهب مَنْ يعتق عليه – وهو غير كسوب – لم يَجُزْ إلا بالإذن ؛ لأجلِ النفقة .

وإذا[1] اتهب نصفَ قريبه ، ففي وجه : يصح ؛ ولا يسري . وفي وجه : لا يصح ؛ حَذَرًا من السِّرَاية . وفي وجه : يصح ويسري ؛ لأن اختيار العبد كاختياره .

ثم إذا صححنا قبولَ العبد ، فهل للسيد ردُّه ؟ فيه وجهان . فإنْ قلنا : له ردُّه ، فهو دفعٌ لأصل الملك ؟ أو قَطْعٌ من حين الردّ ؟ فيه وجهان .

السابع : إعتاقُ المكاتب عبْدَه بإذن سيده ، فيه طريقان :

أحدهما : التخريج على القولين .

والثاني : القطع بالمنع [2] ؛ لما نذكره من إشكال الولاء .

فإنْ قلنا : ينفذ ، ففي الولاء قولان :

أحدهما : أنه للسيد ؛ لأنّ المكاتب رقيقٌ ، وفائدةُ الولاءِ : الميراثُ ، والتزويجُ ، وتحمُّلُ العَقْلِ ، وكلُّ ذلك يُنَافيه الرقُّ .

والثاني : أنه موقوف . فإنْ عتق المكاتب يوما ما فهو له ، وإن مات رقيقًا فهو للسيد .

فعلى هذا ، لو مات المعْتَق قبل موت المكاتب وعتِقْهِ - وهو في مدة التوقف - ففي ميراثه وجهان :

أحدهما : يُوقَف حتى يتبينَّ أمر الولاء ، فيصرف إلى من يستقرّ عليه : مِن السيد ، أو من المكاتب .

والثاني : أنه لبيت المال ؛ لأن ما يتبيّن من بعد لا يسند الولاء إلى ما مضى .

فإن قلنا : يثبت الولاء للسيد في الحال ، فإذا عَتَق المكاتبُ ، فهل يَنْجَرُّ إليه ؟ فيه وجهان .

فرع : كتابةُ المكاتِب عبْدَه كإعتاقه . فإنْ قلنا : ينفذ ، فلو عَتق - والعبدُ الأولُ رقيقٌ بعد - ففي ولائه القولان المذكوران في الإعتاق .

---

(١) في (أ) : « وإنْ » .

(٢) وهذا هو المذهب . انظر المنهاج ص (١٦١) .

الثامن : ليس للمكاتبِ أنْ يُكَفِّر إلا بالصوم . فإنْ أذِن السيدُ في الإطعام ، فَعَلَى القولين . وقيل : يجوز إذا قلنا : إنّ القِنَّ لا يَمْلِك ، والمكاتبُ أيضًا لا يملك وإنما تصرُّفُه بحكم الضرورة ؛ فلا يصحُّ التكفير بالمال . وهو ضعيفٌ ، بل الصحيح : أن المكاتب يَمْلك .

التاسع : إذا استولد المكاتِبُ جاريةً ، فولدُه مكاتب عليه . وهل يَثْبت للأم علقةُ أُمِّيَّةِ الولد حتى تصير مستولدةً إذا عتق ؟ فيه قولان . والأصحُّ أنه لايثبت ؛ لأنها علقت بولد رقيقٍ .

* * *

الحكم الرابع

حكم ولد المكاتبة إذا كان من نكاح أو زنا

وفيه قولان كما في سراية التدبير ، إلا أنَّ ولدَ المدبَّرة لا يُعْتق بإعتاق الأم ، وهذا يُعْتق ؛ لأنّ أمّه تُعتق عن جهة الكتابة إذا عَتقتْ ، ولذلك يستتبع الولد .

فإن قلنا : يَسْري ، فحقُّ الملكِ في الولد للسيد أو المكاتبة ؟ فيه قولان :

أحدهما : أنه للسيد كالأم .

والثاني : أنه للأم ؛ لأنه من كسْبها .

ويتفرَّع على هذا : النفقةُ والكسبُ ، ولا شك أنه يُنْفق عليه من كسبه ، والفاضلُ منه يُصْرف إلى الأم إنْ قلنا : لها الحقّ . وإن قلنا : للسيد ، لم يُصْرف إليه ؛ لأنه كَسْبُ مكاتبة ؛ فيوقف . فإنْ عَتَقَ الولد تُعْتق الأم ، فالكسب له . وإن رَقَّ سُلّم للسيد ، وفيه وجه : أنه يُصرف في الحال إلى السيد .

فإنْ قلنا : الكسبُ للأم ، فعليها نفقتُه إذا لم يكن كَسْبٌ . وإن قلنا : موقوف للسيد ، فهي[2] على / السيد . وقيل : إنه على بيت المال ؛ لأنه يتضرَّر إن[3] توقَّفْنا في الكسب ؛ إذ يطالبه ٣١٨/أ بالنفقة . و كذلك إعتاق السيد ينفذ إن قلنا : له حقُّ الملك . وإنْ قلنا : للأم ، فلا ؛ كما لا ينفذ في عبد مكاتبه .

وأمّا أرْش الجناية عليه فهو كالكسب ، إلا أن يكون على روحه ، فإنه لا يمكن التوقف لانتظار العتق ، ففيه قولان :

أحدهما : أنه للسيد .

والآخر : أنه للأم .

أما ولدُ المكاتب من جاريته ، فهو ككسْب المكاتب ؛ فلا يتصرَّف السيدُ فيه ، لكن لو جنى

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فهو » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

الولدُ لم يكن للمكاتب أنْ يُفديه ؛ لأنه لا يتصرّف فيه بالبيع ويتصرّف في مال الفداء وفيه ضرر ، وفداؤه كشرائه .

إذا وطىء السيدُ المكاتبةَ فلاحَدَّ ولكنْ عصى ووجب المهر ؛ للشبهة . فإن أحْبلَها وولدتْ - وهي مكاتبة بعد - فعليه قيمةُ الولد لها إن قلنا : إنّ بَدَل ولدِها القتيل يُصْرف إليها .

ثم هي مستولدةٌ ومكاتبة . فإن[1] عَتَقت بأداء النجوم فَذَاك ، وإلا بَقيتْ مستولدةً فتعتق بموت السيد .

ومهما أتتْ بالولد - بعد العجز أو بعد العتق - فليس لها قيمةُ الولد قولًا واحدًا .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .

الحكم الخامس

حكم الجناية

وفيه صور :

الأول : إذا جنى على سيده - أو على أجنبيّ - لزمه الأرشُ . فإن زاد على رقبته ، فهل يُطالَب بتمام الأرش ؟ فيه قولان . وَجْهُ قولنا : لا يُطالَب ؛ أنه يقدر على أنْ يعجّز نفسَه ، فيرد حقّ الأرش إلى قدر الرقبة .

الثانية : جنى عبدٌ من عبيد المكاتب ، فليس له فداؤه بأكثر من قيمته ؛ لأنه تبرعٌ .

الثالثة : جنى المكاتب[1] على أجنبي - فأعْتقَه السيدُ - فعليه فداؤه ؛ لأنه فوّت الرقبةَ كما لو قتله . ولو عَتَقَ بأداء النجوم فلا فداءَ عليه ؛ لأنه يجبر [2] على القبول .

الرابعة : لو جنى على السيد فأعتقه سقط الأرشُ إن لم يكن في يده شيء ؛ لأنه لا يُطالِب عبدَ نفسِه بالجناية بعد العتق . وقال[3] الإمام : ينبغي أنْ يطالبه بعد العتق ؛ لأن المطالبة توجّهت عند الجناية بخلاف القِنّ .

أما إذا كان في يده شيء ، فهل يتعلّق بما في يده ؟ إن قلنا : لا يتبع ذمته ، ذكر الأصحابُ وجهين ؛ إذْ شُبِّهَ فواتُ رقبتِه بالعتق - لما عَسرَت مطالبتُه - بالفوات[4] بالموت .

الخامسة : لوجنى ابنُ المكاتب فلا يفديه ؛ لأنه في معنى شرائه . ولو جنى ابنه [5] على عبده فهل يتبع الابن ؟ وجهان[6] .

السادسة : لو قتل عبدُ المكاتب عبدًا آخر ، فله أن يقتله قصاصًا بغير الإذن للزَّجْر . وكذا لو

---

(١) في (أ) ، (ب) : « جنى مكاتب » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « مجبر » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « قال » .

(٤) في الأصل : « الفوات » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) قوله : (ابنه) ساقط من (أ) ، (ب) .

(٦) في (ب) : « وجهين » .

كان القاتل عبدَ أجنبيٍّ لم يلزمه طلب الدية . وخرج الربيع قولًا : أنه لا قصاصَ إلا بإذن السيد ، ويتعينَّ طلبُ الأرش لحقِّ السيد .

السادبعة : لو جنى على سيده بما يوجب القصاصَ ، فللسيد استيفاءُ القصاص .

ولو قُتِلَ المكاتبُ مات رقيقًا ، وللسيد طلبُ القيمة من القاتل .

* * *

كتاب أمهات الأولاد

مذهبُ العلماء[١] قاطبةً في هذه الأعْصَار أنّ من استولد جاريته : عَتَقَتْ عليه بموته ، ولم يَجُزْ بيعُها قبل الموت . وللشافعي (رضي الله تعالى عنه) قول قديم - وهو مذهبُ عليّ (كرم اللهُ وجهه) - أنه يجوزُ البيعُ ، فإنْ لم يتفق عَتقتْ بالموت . وقيل : معنى قوله القديم ، أنها لا تُعْتق بل الاستيلادُ كالاستخدام بإرضاع الولد . لكن اختلف الأصحابُ في أنه لو قضى قاضٍ بِبَيْع أمهاتِ الأولاد ، هل يُنْقض قضاؤه ؟ وكأنهم يرون الاتفاقَ بعد الاختلاف قاطعًا أَثَرَ الاختلاف[٢].

ثم النّظرُ في أركانهِ وأحكامِه . أما أركانُه فأربعةٌ :

الأول : أن يَظْهر على الولد خِلْقةُ الآدميّ . فإنْ كان قطعةَ لحمٍ ، ففيه كلامٌ مَضَى في العدة[٣] .

الثاني[٤] : أنْ ينعقد حرًّا[٥] . فلو انعقد رقيقًا[٦] لم يوجب الاستيلاد بعده .

الثالث[٧] : أنْ يُقارِنَ المِلْكُ الوطءَ ؛ فلو وطيءَ بالشبهة ، أَوْ غُرَّ بجاريةٍ[٨] فولدتْ منه حرًّا ، فإذا ملكها بعد ذلك ، ففي الاستيلاد قولان .

الرابع[٩] : أن يكون النسب ثابتًا منه . وقد ذكرنا مَظِنَّة لُحوقِ النسب .

وأمّا أحكامُه ، فهي كثيرةٌ ذكرناها في مواضعَ متفرقةٍ ، ونُنَبِّهُ الآنَ على أمور أربعة :

الأول : أنّ ولد المستولدة - من زنا أو نكاح[١٠] - يَسْرِي إليه حكمُها ؛ فيعتق بموت السيد وإنْ ماتت الأمُّ قبل موت السيد . ولا يُعْتق بإعتاق السيد أمَّه ، بل بموته .

---

(١) في الأصل : « مذاهب العلماء » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في نسخة أخرى : « أثر الخلاف » ثبت ذلك على هامش الأصل .

(٣) انظر باب العدة من كتاب « النكاح » .

(٤) ليست في النسخ الثلاثة ، وزدتُها تبيانًا .

(٥) وذلك إن كان الولد من سيدها .

(٦) وذلك إذا كان من نكاح أو زنى ، أو ولدت من وطء شبهة وكان الواطىء يعتقدها زوجته الأمة .

(٧) ليست في النسخ .

(٨) يعني تزوجها على أنها حرة ، فبانتْ أمةً .

(٩) ليست في النسخ .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « من نكاح أو زنا » .

وإذا فرعنا على أنه لو اشتراها بعد الاستيلاد صارت مستولدةً ، فإنما يَسْري إلى وَلدٍ يَحْدُث بعد الشراء ، وولدُها قبل ذلك / قِنٌّ . نعم ، لو اشتراها وهي حاملٌ ، فالظاهرُ أن الاستيلاد يَسْرِي ٣١٨/ب إلى الحمل . ويجوز أن يُخرَّج على سراية التدبير .

الثاني : تصرفاتُ السيد كلُّها نافذّة إلا إزالة الملك أو ما يؤدّي إليها كالرهن ؛ فله الإجارةُ والاستخدامُ والتزويجُ بغير رضاها . وفيه وجه : أنه لا يُزوّج إلّا برضاها . ووجْهٌ : أنها لا تُزوّج أصلًا . وَوَجْهٌ : أن القاضي يُزوجها برضاها ورضاءِ السيد ، والكلُّ ضعيفٌ .

الثالث : أرْشُ الجناية على طرفها وزوجها ، للسيد . ولو ماتتْ في يد غاصبها ، فعليه الضمانُ [للسيد] (١) . ولو شهد شاهدان على إقراره بالاستيلاد ، ورجعا بعد الحكم : غرما للورثة عند عتقها بموت السيد ، ولم يغرما في الحال إذ لم يُزيلا إلّا سلطنة البيع(٢) ، وذلك لا يُتقوَّم .

الرابع : مستولدةٌ استولدها شريكان مُعْسران ، فهي مستولدتُهما . فلو قال كلُّ واحد : ولدتْ مِنّي أوّلا – وهما موسران – فهي مستولدة لكنا لاندري أنها مستولدةُ مَنْ ؟ فلو ماتا عَتَقَت ظاهرًا وباطنًا ، والولاءُ موقوفٌ . فإن مات أحدُهما عَتق نصيبُه ؛ مؤاخذةً له بإقراره .

ولو كانا معسرين فماتا ، فلكل واحد منهما نصفُ الولاءِ ؛ إذ ليس يَثْبت لكلّ واحد إلا نصفُ الاستيلادِ .وحَكى الربيعُ أن الولاء موقوفٌ هاهنا أيضًا . وهو غلطٌ (٣ والله أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب٣) .

* * *

(١) زيادة في (أ) . (٢) في (ب) : « سلطة البيع » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والله سبحانه وتعالى أعلم » .

تَمَّ الكتابُ بحمد الله تعالى ومَنِّه وحُسْن توفيقه .

وقد وقع الفراغ منه على يد الفقير إلى الله تعالى الراجي رحمة ربه ، المعترف بذنبه : إسحاق بن محمود بن ملكويه البشيا ابن خوامنى البردجردي ؛ في الخامس من ربيع الأول سنة خمس وأربعين وستمائة بالقاهرة المحروسة .

رحم الله من طالعه أو نظر فيه أو ترحّم على كاتبه .

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وعترته وصحبه أجمعين ، وسلم تسليمًا كثيرًا .